

Legal - Jurisprudence Thematic Analysis of Guarantees in Commercial Documents (Subsidiary or Independent?) and its Effects on the Holder's Rights; Based on the Theory of Detail

Mohammad Sadegh Tabatabaei

Associate Professor of Law Department, University of Isfahan, Iran.

Mohammad Amini*

PhD Candidate in private law, University of Isfahan, Iran.

Mahmoud Rasteghari

M.A in Private Law, University of Isfahan, Iran.

Abstract

If the guarantee contract is separated in a general division into the guarantee of transfer of Dhimmah and the guarantee as a tool to give credit to the obligee, the guarantee which is customary in commercial documents is the second part of the above division. The holder of the commercial document wants to introduce a guarantor while remaining the obligation and responsibility of the person who is the guarantor, in order to increase the strength and validity of the document and to raise his collective conscience in paying the amount of the commercial document. Therefore, the main question of the current research is that in the guarantee of commercial documents, is it engaged in the Dhimmah or responsibility? What effects will this detail have on the extent of the owner's rights? After researching and studying the works of jurists and jurists, and using a descriptive-analytical method, the authors came to the conclusion that in the guarantee of commercial documents, unlike the civil guarantee, the obligation to pay the amount of the document is placed on the guarantor, and such a view is also based on It increases the credibility of the commercial document and affects the rights of the holder.

According to the nature of the issue of guarantee in commercial documents, i.e. the substitution of responsibility for the Dhimmah, after the occurrence of the guarantee, the guarantor is independently responsible for paying the amount to the holder of the commercial document without his obligation being subordinate to the Dhimmah of the main debtor.

* Corresponding Author: aminimohammad341@gmail.com

How to Cite: Tabatabaei, S. M. S., Amini, M., & rastegari, M. (2023). Legal - Jurisprudence Thematic Analysis of Guarantees in Commercial Documents (Subsidiary or Independent?) and its Effects on the Holder's Rights; Based on the Theory of Detail. *Private Law Research*, 12(44), 49-95. doi: 10.22054/jplr.2023.74824.2769

After the conclusion of the guarantee in the commercial document, if it is determined that the obligation of the main debtor was invalid during the issuance or transfer of the commercial document due to reasons such as forgery of the signature or lack of capacity, and for this reason, the debtor on the date of the document, because of the forgery his signature or lack of legal capacity, raises objections and refuses to pay, it must be said that regarding fake signature and lack of legal capacity, there is no discussion about the obligations of the holder; Rather, the discussion is about the commitment itself, because the commitment is the guarantor of an independent commitment. The subordination of guarantor's guarantee in commercial documents is not related to the principle of the obligation itself and it is related to the duties and legal conditions of the demand, which if the holder of the commercial document does not comply with the formalities of the demand for the document's payment within the specified period, he cannot, in terms of the commercial document, refer to the guarantor, but the fault of the holder has nothing to do with the independence of the guarantor's obligation in front of the principal debtor. In fact, in this research, guarantee is in a sense other than the concept of transfer and attachment. Because in the two concepts of transferring or attachment, the subject of the guarantee is the Dhimmah and a function of the debtor's Dhimmah, but in the guarantee of commercial documents, what is important is the independence of the guarantor's responsibility in dealing with the holder of the commercial document.

The limits of the guarantor's responsibility (which include: the guarantor's relationship with the debtor; the relationship of multiple guarantors with the debtor; the relationship between multiple guarantors; Condition of mortgaged property; Collapse of debt obligation; Invalidation of debtor's obligation; Death of guarantor in relation to holder), the scope of the obligations of the officials of the commercial document towards the guarantor, the scope of the law (Statute) governing commercial documents, and the scope of defenses that cannot be cited against the guarantor (which in part consists of (1) irrefutable objections related to the will, which include the objection of forging the debtor's signature; Debtor's lack of legal capacity; forgery in the document after the signature of the debtor and guarantor; The problem of signing the document by the debtor's representative lacks authority, and in another part, it consists of (2) objections that cannot be relied on other than the will, that is, the guarantor's substitution of the debtor, as well as compliance with the deadlines for protesting and filing a lawsuit) will be the influencing factors in this connection.

Keywords: Guarantee of Commercial Documents, Civil Guarantee, Dhimmah, Responsibility, Owner's rights.

موضوع‌شناسی حقوقی - فقهی ضمانت در اسناد تجاری (تبعی یا مستقل) و آثار آن بر حقوق دارنده؛ مبتنی بر نظریه تفصیلی

سید محمدصادق

طباطبایی 

دانشیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

محمد امینی* 

دانشجو دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

محمود رستگاری 

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

چکیده

چنانچه عقد ضمان در یک تقسیم‌بندی کلی، به ضمان نقل ذمه و ضمان به‌عنوان ابزاری برای توثیق شخص متعهد تفکیک شود، ضمانتی که در اسناد تجاری مرسوم است، قسم دوم از تقسیم فوق می‌باشد. دارنده سند تجاری خواهان آن است تا با وجود استقرار دین و بدهی در ذمه مضمون‌عنه، ضمانتی نیز معرفی گردد تا هم به قوت و اعتبار سند افزوده شود و هم خاطر جمعی او را در تأدیة طلبش بالا برد. از این رو سؤال اصلی تحقیق حاضر آن است که آیا تعهد ضامن به پرداخت مبلغ مندرج در سند تجاری، امری است تابع ذمه مضمون‌عنه و یا مستقل از آن؟ به عبارتی در ضمانت اسناد تجاری، ظرف ذمه محل استقرار تعهد و التزام ضامن قرار می‌گیرد یا عهده؟ این تفصیل، چه آثاری بر گستره حقوق دارنده خواهد داشت؟ نگارندگان پس از تدقیق در آثار حقوق‌دانان و فقیهان، و با روش توصیفی - تحلیلی به این مهم دست یافتند که در ضمانت اسناد تجاری، برخلاف ضمانت مدنی، تعهد به پرداخت وجه سند، بر عهده ضامن مستقر می‌شود و چنین دیدگاهی، هم بر اعتبار سند تجاری می‌افزاید و هم مؤثر بر حقوق دارنده است.

واژگان کلیدی: ضمانت اسناد تجاری، ضمانت مدنی، عهده، ذمه، حقوق دارنده.

مقدمه

در معاملات معوض مدت دار، متعهدله همواره در اندیشه آن است که در موعد مقرر، موضوع تعهد بدون تأخیر و به نحو صحیح انجام شود و به منظور تحقق این مهم، تلاش می کند که به طریقی، بر خاطر جمعی و اطمینانش افزوده شود. استفاده از عقد ضمان^۱، یکی از آن راهکارهای حقوقی است که هم برای متعهد و مدیون (از حیث انجام و انعقاد عقد) و هم برای متعهدله و طلبکار (از حیث ترغیب شدن به انجام معامله با شخص ناآشنا از جهت انجام تعهدات قراردادی) پیش‌بینی شده است. از جمله حکمت‌های عقد ضمان در مفهوم و معنای مصطلح فقهی - مدنی خود، استمداد از بدهکاران بی بضاعت است.^۲ مقصود طلبکار از انعقاد عقد ضمان، این است که بر رسیدن به طلب خود اطمینان خاطر پیدا کند.^۳

مطلب اخیر، در اسناد تجاری نیز که امروزه بسیار کاربرد داشته و در قراردادهای مالی اشخاص مورد استفاده قرار می گیرد، صادق است و دارنده به دنبال آن است که از طریق معرفی ضامن توسط مضمون‌عنه، بر اطمینان خود بیافزاید. تعهدی که با صدور سند تجاری به وجود می آید، از عقد و رابطه حقوقی پایه، جدا می‌باشد. به عبارتی، اصل استقلال اعتبار اسنادی، اصلی بنیادین در مکانیسم اعتبار اسناد شمرده شده است.^۴ براساس این اصل میان معامله اعتبار اسنادی و روابط حقوقی مقدماتی که زمینه صدور اعتبارنامه را فراهم ساخته

۱. در حقوق اسلامی به جای مسئولیت از واژه ضمان و تضمین استفاده می‌شود و هدف اصلی از ایجاد مسئولیت و ضمان، جبران زیان‌ها و برقراری قسط و عدالت اسلامی است. به‌طور کلی احکام اسلامی از مصالح عموم مردم در زمینه‌های مختلف دنیوی و اخروی، حمایت و جانبداری می‌کند و از مجموع مقررات اسلامی برمی‌آید که اسلام، ضمن حمایت از جان، مال، آبرو و حقوق شهروندان، همگان را نیز به رعایت این حقوق مکلف کرده است. مقصود از ضمان عقدی نیز ضمان ناشی از این قرارداد است؛ یعنی تعهد به پرداخت خسارتی که در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد خصوصی یا عدم اجرای آن حاصل می‌شود (سعادت، صالح. «بررسی قاعده اتلاف با رویکردی به دیدگاه امام خمینی(ره)»، فصلنامه فقه، شماره ۵۹ (۱۳۸۹)).

۲. کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین، (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۲)، ص ۲۰۹.

۳. امینی، راضیه؛ ناصری مقدم، حسین. «مفهوم‌شناسی عقد ضمان با رویکرد رفع تعارض ماده‌ی ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۳ قانون تجارت»، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۳(۴۷) (۱۳۹۶)، ۱۱-۲۶، ص ۲۱.

4. Gillies, P., and Moens, G. *International Trade & Business Law & Policy*. Routledge (1998), p. 397

رابطه تبعیت برقرار نیست، بلکه کلیه این روابط علی الاصول از یکدیگر مستقل اند.^۱ اصل استقلال تعهد ناشی از سند تجاری، به دیگر مسائل مربوط به این گونه اسناد نیز سرایت پیدا کرده است، مانند اصل استقلال امضاها در اسناد تجاری. از این رو و براساس موضوع تحقیق حاضر، یکی از پرسش‌های اصلی آن است که آیا تعهد ضامن در سند تجاری، از تعهد مضمون‌عنه مستقل است؟

در یک تقسیم‌بندی برای عقد ضامن، می‌توان آن را به دو نوع تفکیک کرد:

(۱) عقد ضمانی که در کتاب‌های فقهی در کنار حواله و کفالت قرار داده می‌شود و فقیهان از آن به انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه‌ای دیگر تعبیر می‌کنند.^۲ عقد مزبور - چنان که از ماهیت و تفسیر آن پیدا است - معقول نیست که بر غیر دیون عارض شود و اثر آن ابراء و نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر است.

(۲) عقد ضمان دیگر، قرار دادن چیزی بر عهده مضمون‌علیه (ضامن) است.^۳ این معنا از ضمان ذاتاً عقلایی است و در مواقع بسیاری از سوی عقلا در خارج واقع می‌شود؛ برای مثال کسی از دیگری عاریه‌ای می‌خواهد و صاحب مال وی را امین نمی‌داند، شخص ثالثی به معیر می‌گوید: «عاریه را منعقد کن و هرگاه مال تلف شد، من ضامن و مسئول می‌باشم.» آنچه در این فرض وضع شده، نقل مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر نیست، چون دینی در کار نیست؛ بلکه مسئولیت رد مال یا بدل آن (در صورت تلف) بر عهده شخص سوم (ضامن) قرار می‌گیرد.

این معنا برای عقد ضمان، با معنای اول، چه از نظر مضمون و چه از نظر مورد، متفاوت است:

1. Gao, X. The Identity of the Fraudulent Party under the fraud Rule in the Law of Letters of Credit. UNSWLJ, Vol.24 (2001), p. 121.

۲. بحرانی، شیخ یوسف. الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۱، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، بی تا، صص ۳، ۴ و ۱۵)

۳. بودن مال بر عهده شخصی، همان گونه که با غضب، پیش از تلف عین محقق می‌شود، با وضع و انشاء نیز محقق می‌گردد.

الف) از حیث مضمون، نقل مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر نیست، بلکه فقط قرار دادن چیزی بر عهده ضامن است.

ب) از حیث مورد، اولی به باب دیون اختصاص دارد، ولی ضامن دوم، موجب اشتغال ذمه ضامن نمی‌شود. مانند آنکه شخصی از دیگری قرضی می‌خواهد و مقرض، مقرض را امین نمی‌داند، شخص سومی به‌عنوان ضامن می‌گوید: «به او قرض بده و مال بر عهده من است.» این بدان معنا نیست که شخص سوم مدیون است، بلکه معنایش آن است که هرگاه زمان ادا فرا رسد و مقرض پرداخت نکند، طلبکار نزد ضامن آمده و از او مطالبه می‌کند، چنان‌که در اعیان خارجی متصور است.

با تقسیمی که در این مقدمه از ضامن به عمل آمد (که بررسی و توضیح بیشتر آن، در متن مقاله خواهد آمد)، سؤال قابل طرح آن است که ارتکاز عرف از ضمانت در اسناد تجاری، کدام یک از این دو می‌باشد؟ جدا از ارتکاز عرف و عقلا، قواعد مسلم حقوق تجارت و حقوق اسناد تجاری، کدام یک را اقتضا دارد؟ چنانچه مراد از ضمانت در اسناد تجاری، ملتزم شدن ضامن به پرداخت باشد، این التزام که مستقل از ذمه مضمون‌عنه است، چه آثاری بر حقوق دارنده دارد؟

پژوهش‌هایی مانند «مفهوم‌شناسی عقد ضامن با رویکرد رفع تعارض ماده ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۳ قانون تجارت» (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی قلمروی مسئولیت ضامن در اسناد تجاری از منظر حقوق ایران، فرانسه و برخی کنوانسیون‌ها» (۱۳۹۹)، «تبیین و تحلیل ضمانت در اسناد تجاری» (۱۴۰۰) و غیره، در خصوص ضمانت اسناد تجاری صورت گرفته است، ولی تحقیق مستقلی با عنوان مقاله حاضر که مبتنی بر نظریه تفصیل به موضوع ضمانت اسناد تجاری و آثار ناشی از آن پردازد، انجام نشده است که در این مختصر به آن پرداخته می‌شود. روش تحقیق به صورت توصیفی - تحلیلی است و شیوه گردآوری داده‌ها، کتابخانه‌ای و اسنادی می‌باشد.

۱. مفهوم‌شناسی ضمان (با تکیه بر ضمانت در اسناد تجاری)

واژه «ضمان»^۱، مشتق از ریشه «ضمن»^۲، در لغت به معنای غرامت کشیدن^۳، تعهد، بر عهده گرفتن، التزام و پذیرفتن التزام^۴ و نیز کفالت چیزی را بر عهده گرفتن آمده است.^۵ «ضمّنته الشیء فتضمّنه عنی»؛ یعنی او را بدهکار کردم و وی پرداخت آن را ضمانت کرد.^۶ ضمان در حقوق کنونی، به معنای «مسئولیت» نیز به کار می‌رود.^۷

مفهوم اصطلاحی ضمان که در فقه نیز باب یا ابوابی به آن اختصاص می‌یابد، در یکی از سه معنای (۱) اشتغال ذمه به هر سببی از اسباب، (۲) مطلق تعهد و التزام به مال یا نفس و (۳) ضمان به معنای اخص،^۸ مورد استفاده قرار گرفته است که در علم حقوق و متون فقهی، بیشتر در دو معنای زیر به کار می‌رود:

۱. ضمان به معنای الزام خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی)، مانند غضب، اتلاف و تسبیب؛ که به آن «ضمان قهری» نیز می‌گویند (فصل دوم از باب دوم قانون مدنی).

۱. «ضمانت» در لغت به معنای بیماری و مرض جسمانی است (جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ضمان عقدی در حقوق مدنی، چاپ اول، (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶)، ش ۱۵۴).

۲. ضمان به اتفاق علماء امامیه مشتق از ضمّن می‌باشد، بنابراین (ن) ضمان اصلی است و در هیچ یک از اشتقاقات آن حذف نمی‌شود، اما در مقابل، اکثر علماء عامه قائل به اشتقاق ضمّن از ضمّ و زیاده (ن) هستند (مانند خذلان و جولان) و معنای آن را ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مضمون‌عنه می‌دانند (قیومی المقری، أحمد بن محمد بن علی. المصباح المنیر، (المکتبۃ العصریة، ۱۴۱۸ق)، ص ۱۸۸).

۳. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. لسان العرب، چاپ اول، (قم: نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ق)، واژه «ضمن».

۴. طریحی، شیخ فخر الدین. مجمع البحرین، ج ۶، چاپ دوم، (تهران: المکتبۃ المرتضویة، بی تا)، ص ۲۷۵.

۵. الزبیدی، سید محمد مرتضی. تاج العروس من جواهر القاموس، تحقیق عبدالستار أحمد فراج، ج ۳۵، (کویت: وزاره الإرشاد والأنبیا، ۱۹۶۵)، ص ۳۳۳.

۶. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. القاموس المحیط، چاپ هشتم، (بیروت، تحقیق مکتب التراث فی مؤسسه الرساله، مؤسسه الرساله، ۲۰۰۵م)، ص ۱۲۱۲.

۷. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۰۵.

۸. جمعی از نویسندگان، فرهنگ فقه، ج ۵، چ ۱، (قم: موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۹۲ش)، صص ۱۵۲ و ۱۵۳.

۲. عقدی که به موجب آن، مالی از ذمه مدیون (مضمون‌عنه) به ذمه ضامن منتقل می‌شود و منوط به موافقت مضمون‌له است.^۱

ضمان در حقوق، هم شامل تمامی تعهدات قراردادی مانند ضمان ناشی از اجاره، بیع یا خود عقد ضمان و هم شامل تعهدات خارج از قرارداد (مثل ایفای ناروا) و تعهدات ناشی از حکم قانون، مانند نفقه زوجه و اقارب می‌شود.^۲

اکنون که مفهوم ضمان در لغت و نیز کاربرد حقوقی و فقهی آن روشن شد، به بررسی ضمانت و چستی آن در حقوق مدنی و حقوق اسناد تجاری می‌پردازیم تا وجه تمایز آن دو مشخص گردد.

۱-۱. چستی ضمانت مدنی

قانون مدنی در ماده ۶۸۴، عقد ضمان را چنین تعریف کرده است: «عقد ضمان عبارت است از اینکه 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» و اثر آن را در ماده ۶۹۸ این گونه بیان می‌کند: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود».

منظور از ضمان عقدی^۳ این است که کسی با عقد و قرارداد خاصی، پرداخت بدهی مالی شخص معینی را برای طلبکار او به ذمه بگیرد. مشهور فقیهان امامیه معتقدند که ضمان شرعی،

۱. محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام، ج ۲، چ ۲، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق)، ص ۸۸؛ علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الاحکام، ج ۲، چ ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق)، ص ۱۵۵؛ شهید ثانی، زین‌الدین. الروضة البهیة (المحشی کلانتر)، ج ۴، چ ۱، (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق)، ص ۱۱۳؛ خمینی، سید روح‌الله. تحریر الوسیله، ج ۲، چ ۱، (قم: دارالعلم، بی تا)، ص ۲۵؛ مغنیه، محمد جواد. فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ج ۴، چ ۲، (قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق)، ص ۴۳.

۲. امامی، سید حسن. حقوق مدنی، ج ۲، چ ۲۶، (تهران: اسلامیه، ۱۳۸۵)، ص ۲۵۲.

۳. مشهور فقیهان امامیه قائل به عقد بودن ضمان هستند (محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام، ج ۲، چ ۲ تهران: استقلال، ۱۴۰۹ق)، ص ۳۵۵) و برخی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد، ج ۵، قم: مؤسسه آل‌البت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ق)، ص ۳۱۹). لازمه عقد بودن ضمان اشتراط قبول مضمون‌له

موجب نقل ذمه است (انتقال ما فی الذمه مضمون عنه به ضامن)، لکن علمای عامه آن را ضم ذمه می‌دانند (ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه برای پرداخت دین در طول او)؛ بعضی مانند محقق خویی می‌فرمایند، با توجه به ادله نقلی و روایات، این ضم الذمه هر چند عقد ضمان شرعی نمی‌باشد، اما یک عقد عقلایی بوده که از جانب شارع رد و منعی نسبت به آن نرسیده است، لذا تحت عمومیت (اوفوا بالعقود) قرار می‌گیرد و معتبر خواهد بود.^۱

ضمان عقدی خود بر دو قسم است:

۱. شخصی ضامن دیگری می‌شود که بدهی او را بدهد که در این قسم از ضمان، آنچه بر ذمه بدهکار است، به ذمه ضامن منتقل می‌گردد و به اصطلاح «نقل الذمه الی الذمه» می‌باشد، نه «ضم الذمه الی الذمه».
 ۲. شخصی ضامن دیگری می‌شود که اگر مضمون عنه در پرداخت بدهی کوتاهی کرد یا نتوانست آن را پردازد، طلبکار طلب خود را از ضامن بگیرد.
- و در هر دو قسم ضمانت صحیح می‌باشد،^۲ ولی آنچه مطابق با تعریف ضمانت در قانون مدنی و قول مشهور فقیهان امامیه است، قسم اول می‌باشد.
- در ضمان مصطلح فقهی که مواد عقد ضمان قانون مدنی به پیروی از آن تنظیم شده است، با ایجاب (ضامن) و قبول (مضمون له)، دین از ذمه بدهکار خارج و در ذمه ضامن مستقر می‌شود؛ لذا موضوع ضمان، دین مضمون عنه می‌باشد و بر این اساس شرط صحت ضمان، وجود دین خواهد بود و نسبت به این شرط ادعای شهرت بلکه اجماع شده است.^۳ ثبوت دین بر ذمه، گاهی به صورت مستقر است، مانند قرض یا عوضین در بیع قطعی بدون خیار و گاهی

برای تحقق آن می‌باشد، لکن بعضی مانند علامه حلی با آنکه ضمان را عقد معرفی نموده، اما اشتراط قبول مضمون له را مسلّم ندانسته است و به نظر نمی‌رسد این صدر و ذیل قابل جمع باشد. آیت الله حکیم در مقام توجیه و جمع کلام می‌فرماید احتمال دارد ایشان (علامه حلی) ضمان را عرفاً عقد و شرعاً غیر عقد می‌داند (طباطبایی حکیم، سید محسن. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، بیروت: دار إحياء التراث العربی، بی تا)، ص ۲۴۹.

۱. درایتی، درس خارج فقه، کتاب الضمان، (۱۳۹۹/۰۹/۰۸)

۲. شریفی اشکوری، الیاس. فقرات فقهیه، ج ۷، (قم: بیت آیت الله الیاس شریفی اشکوری، ۱۳۸۷)، صص ۹۳ و ۹۴.

۳. طباطبایی حکیم. سید محسن. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، چاپ اول، (قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق)، ص ۲۶۳.

به صورت متزلزل می‌باشد، مانند عوضین در بیع خیاری یا ضمان میب و ثمن کلی یا میب شخصی قبل از قبض و یا مهریه قبل از دخول.^۱

باتوجه به مطالب ذکر شده در این بخش، روشن می‌شود که با تحقق ضمانت مدنی، مطروف ذمه بدهکار به ذمه ضامن منتقل می‌گردد و پس از آن، مضمون‌له صرفاً حق مراجعه به شخص ضامن را دارد و با خالی شدن ظرف ذمه مدیون اصلی (مضمون‌عنه)، جایی برای مراجعه به او وجود ندارد. در ضمان مدنی (ماده ۶۹۸ ق.م.) جابه‌جایی دین (یعنی مطروف ذمه) از مضمون‌عنه به ضامن، جوهر ضمان را تشکیل می‌دهد و براین اساس ذمه ضامن، وثیقه طلب دائن نیست.^۲ به عبارتی، در ضمانت مدنی، بحث از توثیق بدهی مضمون‌عنه نیست، درحالی که در عرف و به خصوص در اسناد تجاری، مراد طلبکار و دارنده سند تجاری از تقاضای فردی به‌عنوان ضامن، این است که بر خاطر جمعی خود در تأدیة طلبش بیافزاید و بر اعتبار هرچه بیشتر سند تجاری، قوت بخشد. از این رو باید بررسی شود که با تحقق ضمانت در اسناد تجاری، آیا دارنده سند تجاری به هدف خود می‌رسد؟

۲-۱. چستی ضمانت اسناد تجاری

امروزه در روابط مالی-حقوقی اشخاص، مرسوم است که با صدور یا ظهرنویسی برات، سفته و چک، دارنده آن سند تجاری، از صادرکننده یا منتقل‌عنه درخواست ضامن می‌کند. به عبارتی، از آنجا که بستانکار برای دریافت طلب خود با پیش‌بینی تأخیر و کوتاهی بدهکار در پرداخت بدهی و نیز خطر ناتوانی وی در پرداخت روبه‌رو است،^۳ درخواست ضامنی می‌کند تا به دست‌رسی طلبش اطمینان بیشتری یابد یا آنکه خود انتقال‌دهنده به جهت جلب اطمینان دارنده، ضامنی معرفی می‌کند که او (دارنده)، در دریافت سند تجاری ترغیب شود و این عاملی است در تسهیل و گسترش معاملات و روابط قراردادی اشخاص؛ اما موضوع

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. العروة الوثقی، ج ۵، چ ۱، (قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۲۰ق)، ص ۴۰۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۱۲.

۳. کاشانی، سید محمود. قراردادهای ویژه، چاپ دوم، (تهران: میزان، ۱۳۹۴)، ص ۲۶۹.

اصلی این بخش، چستی ضمانت در اسناد تجاری است تا تفاوت آن با ضمانت مدنی معلوم شود.

ضامن در اسناد تجاری، مسئولیت پرداخت وجه را بر عهده می‌گیرد.^۱ به بیان دیگر، ضمانت اسناد تجاری عبارت است از تعهد یا التزام ضامن به تأدیه مبلغی مشخص که در صورت عدم ایفای تعهد از سوی مضمون‌عنه، ضامن مسئول پرداخت وجه است.^۲ همان‌طور که از این تعریف مشخص است، اصولاً برای ضامن در ضمانت‌های تجاری، دینی که باعث مشغولیت ذمه او گردد، ایجاد نمی‌شود، بلکه برای ضامن صرفاً تعهد و التزام به پرداخت به‌وجود می‌آید و اینکه قانون‌گذار در ماده ۲۴۹ ق.ت. از مسئولیت تضامنی ضامن سخن گفته، به معنای مدیون شدن ضامن نیست و مراد، مسئولیت او در پرداخت می‌باشد. به عبارتی، یک تمهید قانونی به نفع دارنده سند تجاری است که صرفاً موجب «حق مطالبه» یا «التزام به تأدیه» متعدد می‌شود، نه آنکه سبب تعدد دین گردد.^۳ ضامن سند تجاری، تأدیه ورقه تجاری را تضمین می‌کند^۴ و اثر آن، ایجاد تعهد و التزام برای او است.

امضا و ضمانت اوراق تجاری که از سوی بانک‌ها و دیگر اشخاص صورت می‌گیرد، نوعی تعهد است که طلبکار قادر می‌گردد در صورت تخلف مدیون از ایفای دین و عدم تأدیه ورقه تجاری در موعد مقرر، به ضامن مراجعه کند، اما این ضمانت، ضمان به معنای خاص که طبق فقه امامیه موجب نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر^۵ و براساس فقه عامه موجب

۱. سکوتی نسیمی، رضا. مباحثی تحلیلی از حقوق اسناد تجاری، چاپ چهارم، (تهران: مجد، ۱۴۰۱)، ص ۱۹۲.

۲. التزام به تأدیه شدن ورقه تجاری (صدر، محمد باقر. البنك اللاربوی فی الاسلام، (قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر (دار الصدر)، ۱۴۲۹)، ۲۳۱-۲۳۵).

۳. صفایی، سید حسین؛ جواهر کلام، محمد هادی. حقوق مدنی پیشرفته (تضمین‌های دین)، جلد نخست، چاپ دوم، (تهران: سهامی انتشار، ۱۴۰۰)، ص ۲۳۰.

4. Corley, Robert N. Shedd. Petter J. Principles of Business Law, Prentice Hall, New Jersey (1989), p 427

۵. نجفی، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۶، چاپ هفتم، (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۳۶۲ش)، ص ۱۱۶.

ضمم ذمه‌ای به ذمه دیگر است،^۱ نیست و حتی ضمانت به مفهوم «ضمم مسئولیت به مسئولیت»، آن گونه که در نظام رومی-ژرمنی تحلیل می‌شود، نمی‌باشد.^۲ امضای ورقه تجاری از سوی غیرمدیون را نباید بر مبنای عقد ضمان، در معنای رایج فقهی آن^۳ تفسیر کرد؛ زیرا امضاکننده، انتقال دین به ذمه خود را قصد نمی‌کند. علاوه بر آن، در این موارد امضاکننده، خود را نسبت به نفس مبلغی که مدیون در تأدیة آن مسئولیت دارد، مسئول نمی‌سازد و این قضیه به نحو ضمم مسئولیت به مسئولیت صورت نمی‌گیرد. مفاد تعهد امضاکننده این است که دین طلبکار و دارنده ورقه تجاری در سررسید تأدیه خواهد شد. ضمان در اینجا ضمان نفس مبلغ دین، خواه به نحو جانشینی مدیون اصلی و خواه به نحو انضمام نیست؛ بلکه ضمانت ادا شدن آن با وجود بقای دین در ذمه مدیون اصلی و تحمّل مسئولیت از سوی مدیون اصلی است.^۴

ممکن است گفته شود که این مفهوم به ضمان ضمم ذمه به ذمه یا ضمم مسئولیت به مسئولیت برگشت دارد؛ زیرا مدیون اصلی و متعهد جدید، هر دو متحمل مسئولیت می‌شوند، اما چنین برداشتی به نظر نمی‌رسد صحیح باشد، زیرا بین تعهد به مفهوم یادشده که می‌توان آن را به عنوان مفهوم سومی از ضمان توصیف کرد، با ضمان به معنای ضمم، تفاوت آشکاری وجود دارد. در ضمان به معنای ضمم، هریک از مدیون و ضامن در برابر دائن، مسئول همان مبلغ دین‌اند و مسئولیت هر دو بر شیء واحدی، قرار می‌گیرد و لذا دائن در سررسید، حق مطالبه و رجوع به هریک را که بخواهد، دارد^۵ (به خصوص در تضامن عرضی)، اما مفهوم سوم

۱. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم. البحر الرقائق شرح کنز الدقائق، ج ۶، (بیروت: دار الکتب العلمیه، ۱۹۹۷م)، ص ۱۴۱؛

ابن قدامه، عبدالله بن احمد. المغنی (همراه با شرح الکبیر)، ج ۵، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق)، ص ۷۰.

۲. عبدی پور فرد، ابراهیم. مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت، چاپ دوازدهم، (قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۹)، ص ۷۴.

۳. خویی، سیدمحمدتقی. مبانی العروۃ الوثقی، ج ۲، (بی تا)، ص ۱۵۷.

۴. صدر، محمد باقر. البنک اللاروی فی الاسلام، (قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر (دار الصدر)، ۱۴۲۹)، صص ۲۳۱-۲۳۵؛ فیاض، محمد اسحاق. احکام البنوك و الاسهم و السندات و الاسواق المالیه «البورصات» من

وجهه النظر الاسلامیه، (قم: مکتبه سماحه الشیخ محمد اسحاق الفیاض - چاپخانه امیر-، بی تا)، صص ۱۱۱ و ۲۱۱

۵. عبدی پور فرد، ابراهیم. پیشین، ص ۷۴.

ضمان،^۱ اگرچه منجر به تحمل مسئولیت از سوی مدیون و ضامن هر دو می‌شود، اما متعلق مسئولیت این دو متفاوت است. در این مفهوم، چنانکه دیگران نیز گفته‌اند،^۲ مدیون و ضامن هر دو مشغول‌الذمه و مسئول خود دین نیستند، بلکه تنها مدیون اصلی نسبت به آن مشغول‌الذمه است و ضامن، تنها مسئول پرداخت شدن آن مبلغ از سوی مدیون است. به عبارت دیگر، ضامن صرفاً مسئول خروج مدیون از عهده مسئولیتش و افرایش ذمه‌اش است، هر چند طبق مقررات تجاری (مواد ۲۴۹، ۴۰۳ و ۴۰۴ ق.ت.ت.)، دارنده سند تجاری این امکان را داشته باشد تا بدون رعایت ترتیبی، به هر کدام از مسئولین سند مراجعه نماید.

با عنایت به مطالب مزبور، به نظر می‌رسد در ضمانت اسناد تجاری، برخلاف ضمانت مدنی، باید قائل به استقلال ضمانت ضامن از دین و تعهد پایه بود. توضیح آنکه در ضمانت فرعی یا تبعی تعهد ضامن یک تعهد فرعی است و حدوث و بقا و اعتبار آن تابع تعهد اصلی می‌باشد، اما در ضمانت مستقل و در بسیاری از موارد آن، تعهد ضامن حدوثاً و بقائاً مستقل از تعهد و رابطه حقوقی پایه است و دارای وصف تجریدی است و ضامن نمی‌تواند به ایرادات و دفاعیات مربوط به تعهد پایه استناد کند.^۳ اثر بیان این مهم که موافق با اعتبار سند تجاری و حقوق دارنده است، در بخش‌های بعدی خواهد آمد.

ضمانت در اسناد تجاری به گونه‌ای که ذکر شد، از نظر فقهی صحیح و معتبر است و روایاتی که دلالت بر نقل ذمه به ذمه در عقد ضمان دارند، برای ابطال ضمانت اسناد تجاری،

۱. ضمان ثالث و هو ضمان التعهد، و هو جار بین العقلاء كثيراً، ... و صورته مثل أن يقول: «بع هذا الشيء و الثمن على إن لم يدفعه إليك»، فهذا ليس من الضمان المصطلح؛ لأن البيع لم يقع إلى الآن، و ذمة المشتري لم تشتغل بعد بالدین. نعم، بعد ما يقع البيع و تشتغل ذمة المشتري بالثمن فإنشاء الضمان حينئذ يكون من الضمان المصطلح، و هذا بخلاف الضمان الثالث. فبشئى التعهد معلقاً و لا تشتغل ذمة هذا الضامن بشئى من الدین، بل هی مشغولة بالتعهد لا بالدین، فیتعهد بدفع المال إن لم يدفعه المضمون عنه (أى المشتري) فيغایر ضمان العامة أيضاً؛ لأن فى ضمان العامة اشتغال الذمة فعلاً بالدین ضمناً إلى اشتغال الذمة الاولى، و فى هذا الضمان ليست ذمته مديونه فعلاً، بل يتعهد بالدفع على تقدير، فالتعهد معلق على عدم دفع المضمون عنه المال. و هذا هو ضمان التعهد (سند، محمد. فقه المصارف و النقود، چاپ اول، قم: محبین، ۱۴۲۸ق)، صص ۲۰۴-۲۰۵.

۲. عبدی پور فرد، ابراهیم، پیشین، ص ۷۴

۳. عبدی پور فرد، ابراهیم. حقوق تجارت (اسناد تجاری)، جلد ۳، چاپ ششم، (تهران: مجد، ۱۳۹۸)، ص ۱۲۹

قابل استناد نیست و ضمانت و تعهد مورد بحث در اسناد تجاری، موضوعاً از شمول آن روایات خارج‌اند؛ زیرا ضمانت مطرح در روایات، ناظر به عقدی است که در آن، ضمانت از نفس دین می‌شود و ناظر به تعهد غیرمدیون، مبنی بر اینکه مدیون، دین خود را ایفا خواهد کرد، نیستند.^۱

در ضمان تضامنی طولی (وثیقه‌ای)، مضمون‌له ابتدا باید برای مطالبه طلب خود به مدیون اصلی مراجعه کند و چنانچه مدیون (مضمون‌عنه) بدهی‌اش را به دلایلی مثل غیبت، اعسار و از جمله انکار مدیونیت^۲ نپردازد، طلبکار می‌تواند به ضامن او رجوع نماید.^۳ البته لازم به ذکر است که مراد از این تضامن، ضمیمه شدن دو ذمه به یکدیگر برای دینی واحد، چنانکه گروهی از فقهای عامه بدان قائل‌اند، نیست. در تأیید این گفتار، عبارت یکی از فقیهان معاصر آورده می‌شود: «... لأن المال الواحد لا تشتغل به ذمتان فی آن واحد، و لا ذمه واحدة علی سبیل التردید و عدم التعین، و یدل علیه قول الإمام الصادق علیه السلام: «إذا رضی الغرماء برئت ذمه المیت» فإنه صریح فی براءة ذمه المضمون عنه بعد الضمان».^۴

علمای معاصر^۵، صحت ضمان تضامنی طولی را به دلیل سیره عقلا و عموماً، پذیرفته‌اند.^۶

۱. عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۹، ص ۷۶

۲. طوسی، محمد بن حسن. الخلاف، ج ۳، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق)، ۳۱۵؛ لنوی، بو زکریا محیی الدین یحیی بن شرف النووی. المجموع شرح المذهب، ج ۱۴، (قم: دار الفکر، بی تا)، ۲۵.

۳. صفایی و جواهرکلام، پیشین، ص ۲۲۹.

۴. مغنیه، محمد جواد. فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ج ۴، چ ۲، (قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق)، ص ۵۳.

۵. تبریزی، جواد بن علی. منهاج الصالحین، ج ۲، چ ۱، (قم: مجمع الامام المهدی (عج)، ۱۴۲۶ق)، ص ۲۳۳؛ فیاض کابلی، محمد اسحاق. منهاج الصالحین، ج ۲، (بی جا، بی تا)، صص ۳۷۲ و ۳۷۳؛ شبیری زنجانی، سید موسی. المسائل الشرعیة، چ ۱، (قم: مؤسسه نشر الفقاهة، ۱۴۲۸ق)، صص ۵۲۳ و ۵۲۴؛ روحانی، سید صادق. المسائل المستحدثة، (بی جا، بی تا)، صص ۷۸ و ۷۹.

۶. باطل دانستن ضمان ضم ذمه (از حیث توثیق و تضمین) و تحمیل ضمان نقل ذمه به طرفین عقد، اغلب برخلاف قصد مشترک طرفین عقد ضمان می‌باشد، زیرا در اکثریت قریب به اتفاق موارد، هدف ضامن و مضمون‌له از انعقاد ضمان، گرفتن وثیقه است و این وثیقه در صورتی تحصیل می‌شود که ذمه مضمون‌عنه نیز مشغول باقی بماند (صفایی و جواهرکلام، پیشین، ص ۲۴۰).

۲. نظریه تفصیل

تعریف ضمانت مدنی و ضمانت اسناد تجاری در قسمت‌های قبل بیان شد. آنچه در تمایز بین این دو بیشتر به چشم می‌خورد، به کارگیری دو اصطلاح دین و ذمه در ضمانت مدنی و استفاده از ظرف عهده در ضمانت اسناد تجاری بود.^۱

ضمان در فقه شیعه به اعتبار ذمه دانسته شده است^۲ و ذمه عبارت است از ظرفی که دیون کلی اشخاص در آن جای می‌گیرد. براین اساس مورد ضمان مدنی، دینی است که بر ذمه مدیون اصلی قرار دارد^۳ و با تحقق ضمان، آن دین، از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود.

عهده،^۴ ظرف مسئولیت‌ها و تعهداتی است که بر یک شخص مقرر شده است و فرقی نمی‌کند که این تعهدات از طرف خود شخص جعل شده باشد، مانند التزاماتی که یک شخص در قراردادهای و پیمان‌ها بر عهده می‌گیرد یا اینکه تعهدات به موجب قانون تعیین شده باشد، مانند نفقه اقارب.^۵

ضمان عرفی که در فقه نیز معتبر شناخته شده است^۶ عبارت است از تعهد پرداخت و توثیق طلب که منجر به ایجاد اعتبار برای مضمون‌عنه و توثیق طلب طلبکار می‌شود.^۷ اثر اصلی این مفهوم از ضمان، پیدایش حکم تکلیفی مستقل، یعنی تعهد به پرداخت است که

۱. در مختصر حاضر، مجال تعاریف تفصیلی راجع به دین و ظرف آن یعنی ذمه و نیز عهده وجود ندارد. برای آگاهی بیشتر در این خصوص رجوع شود به: نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۱)، ذمه و عهده در فقه شیعه، فقه و اصول، ۴۴(۳)، ص ۱۵۵-۱۷۶ و نیز، عبدی‌پور فرد، ابراهیم؛ جعفری خسروآبادی، نصراله (۱۳۹۳)، خلط نظری ناشی از خطا در واژه‌شناسی، مجله علمی حقوق خصوصی، ۱۱(۱)، ۸۱-۱۰۰.

۲. حسینی حائری، سید کاظم. فقه العقود (چاپ دوم)، ج ۱، (قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق)، ص ۶۰.

۳. کاشانی، پیشین، ۳۳۳.

۴. از عهده بیشتر برای اعیان خارجی استفاده می‌شود.

۵. صدر، محمدباقر. «حواله»، فقه اهل بیت، (۲۱) (۱۳۹۷)، صص ۳-۲۰، ص ۴.

۶. طباطبایی حکیم، سید محسن. پیشین، صص ۳۴۲-۳۴۹؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹، ج ۲، ۲۰۰.

۷. سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الأحكام، ج ۲۰، ج ۴، (قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق)، ۲۲۵.

مبتنی بر عموماً وفای به عقد، صرفاً ایجاد تعهد می‌نماید^۱ و با ویژگی‌هایی همچون عدم اشتغال ذمه ضامن، عدم ضرورت وجود دین ثابت، استقلال تعهد ضامن، متمایز از ضمان مصطلح پذیرفته شده در فقه و قانون مدنی است که می‌توان گفت به عنوان یک عقد کامل توان پوشش بسیاری از قراردادهای تضمینی را دارد که در حال حاضر منعقد می‌گردد.^۲ چنانکه برخی از فقیهان می‌گویند: «ضمان به معنی التزام به تأدیة دین دیگری از حیث وجود تکلیفی نسبت به پرداخت دیگری از سوی ضامن است، بدون آنکه ذمه ضامن به دین مضمون‌عنه مشغول شود.»^۳ بعضی از ایشان نیز اطلاق ضمان را تنها مسئولیت ضامن در پرداخت می‌دانند و در این باره بیان می‌کنند: «... حقیقه الضمان و له إطلاق بمعنی ثان، و هو التعهد بالمال للغير و تحمل مسؤوليته من دون اشتغال ذمه الضامن بالفعل و برائة ذمه المضمون عنه كما هو علی المعنی الاصطلاحی؛ و هو مشروع بکلا معنیه.»^۴

در ضمان عرفی، از آنجاکه ماهیت این نوع ضمان مبتنی بر نهاد عهده و تعهد است، موضوع نیز بر این مبنا استقرار خواهد یافت؛ بنابراین با جایگزینی عهده به جای ذمه، موضوع نیز در این قرارداد از مال کلی (مظروف ذمه)^۵ به تعهد و مسئولیت (مظروف عهده)^۶ متفاوت خواهد بود؛^۷ از این رو در ضمانت اسناد تجاری، برای اینکه ذمه ضامن وثیقه طلب قرار گیرد، به هیچ وجه نیاز نیست تا او نیز مدیون شود و کافی است تا طلبکار، حق مطالبه دین را از او (ضامن) نیز داشته باشد و به عبارتی، مسئولیت پرداخت ضامن به دین مضمون‌عنه، ضمیمه

۱. نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۳۸۹)، ضمان به مثابه حکم تکلیفی. حقوق اسلامی، (۲۷)، ص ۳۱

۲. قنبری، سعیده؛ طباطبایی، سید محمدصادق. «شناسایی موضوع عقد در ضمان عرفی»، فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، دوره ۲۷، شماره ۳ (۱۳۹۹)، صص ۱۴۶ و ۱۴۷

۳. سیستانی، سید علی. منهاج الصالحین، ج ۲، ج ۵، (قم: دفتر آیه ۱.. سیستانی، ۱۴۱۷ق)، ص ۳۵۱.

۴. ایروانی، محمد باقر. درس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی، چاپ دوم، ج ۲، (المركز العالمی للدراسات الإسلامیة، ۱۴۲۲ق)، ص ۹۹

۵. سبزواری، عبدالاعلی. جامع الاحکام الشرعیة، (قم: موسسه المنار، بی تا)، ص ۳۵۳

۶. حسینی حائری، سید کاظم. فقه العقود، (قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق)، ص ۵۱ (عن الحقیق النائینی: ان الفرق الجوهری بینهما هو ان الاموال الخارجیة و ادائها تكون فی العهدة و اما الذمة فی وعاء الاموال الکلیة فحسب).

۷. قنبری و طباطبایی، پیشین، ص ۱۴۸.

شود که نتیجه آن، امکان مراجعه طلبکار به هریک از مدیون اصلی و ضامن است (از حیث اصل مسئولیت تضامنی در اسناد تجاری). به نظر می‌رسد نزدیک‌ترین ماده قانون مدنی که از حیث مفاد، بتوان آن را به ضمانت در اسناد تجاری شبیه دانست، ماده ۷۲۳ ق.م. است. قانون‌گذار در این ماده بیان می‌دارد: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیة دین دیگری ملتزم شود، در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست. مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیة دین مدیون، معلق به عدم تأدیة او نماید». توضیح آنکه مقررات و احکام ضمان در قانون مدنی، براساس معنای مصطلح فقهی آن که موجب براءة ذمه مدیون می‌شود (ماده ۶۹۸ ق.م) تدوین شده‌اند، اما چون این گونه ضمان در عرف جامعه و میان مردم، رواج ندارد و در بسیاری از موارد، منظور ضامن و مضمون‌له از تحقق ضمان، ترتب چنین نتیجه‌ای نیست؛ لذا مقنن در ماده ۷۹۳ ق.م. و ذیل مواد ضمان عقودی، راهکاری مطابق با نظر عرف از ضمان، پیشنهاد می‌دهد که مخالفتی نیز با نظر مشهور فقیهان امامیه نداشته باشد. در این فرض چون دین همچنان در ذمه مدیون اصلی باقی می‌ماند و به متعهد (ضامن) منتقل نمی‌شود، قانون‌گذار آن را ضمان نمی‌داند؛ بلکه التزامی است که شخص در پرداخت دین مدیون پیدا می‌کند و این التزام می‌تواند معلق به عدم تأدیة مدیون اصلی شود و ملتزم به عنوان «مسئول پرداخت دین» طرف مطالبه قرار می‌گیرد، نه مدیون.^۱ در ضمانت اسناد تجاری نیز ذمه ضامن به دین مضمون‌عنه مشغول نمی‌شود (به دلیل عدم امکان استقرار دین واحد در بیش از یک ذمه) و ضامن تنها ملتزم می‌گردد که در صورت عدم پرداخت از سوی مضمون‌عنه، آن را به دارنده بپردازد؛ همچنان که مقصود مضمون‌له از ضمانت ضامن، وقوع چنین نتیجه‌ای است و می‌خواهد با افزودن مسئولین پرداخت در سند تجاری، بر اطمینان خود جهت وصول طلبی که دارد، بیفزاید و به عبارتی، اعتبار آن سند تجاری را بالا ببرد.

وجود قراردادهای تضمینی متعدد، بدون موجود بودن موضوع در زمان انعقاد آن‌ها و مبادرت به انعقاد عقد ضمان در خصوص آن‌ها نزد عرف و عقلا، تأییدکننده صحت آن

۱. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۱۲.

است^۱ و نمی‌توان بعد از صدق عنوان عرفی عقد ضمان بر چنین توافقاتی به دلیل موجود نبودن موضوع هنگام عقد، آن‌ها را باطل دانست.^۲ عنصر عرف به عنوان دلیل مستقل که توان اثبات قراردادهای متعارف بین افراد جامعه را دارد، مورد تمسک قرار گرفته است.^۳ این دسته از فقیهان قائل به اعتبار ضمان بدون وجود دین شده‌اند، اما نه با تمسک به دلیل وجود و کفایت سبب دین، بلکه به دلیل شناسایی و اعتبار چنین قراردادی نزد عرف.^۴ با تفصیلی که بین دین و ذمه (مطرح در ضمانت مدنی) و عهده (مورد استفاده در ضمانت اسناد تجاری) صورت گرفت، مشخص شد که ضمانت اسناد تجاری مستقل از ضمانت مدنی است، اما همچنان این سؤال باقی است که تفکیک انجام شده، چه اثری در ضمانت اسناد تجاری و حقوق دارنده آن دارد؟ پاسخ این مهم، در بخش بعدی مقاله روشن می‌گردد.

۳. ثمره پذیرش نظریه تفصیل در ضمانت اسناد تجاری بر حقوق دارنده

برای صحت عقد ضمان لازم است دینی وجود داشته باشد (که بهتر است در اسناد تجاری گفته شود، وجود تعهد پرداخت و التزام تأدیه نیاز است؛ زیرا در اسناد تجاری، بیش از یک دین و مدیون اصلی وجود ندارد و مابقی ظهرونیسان (به معنی الاعم) ملتزم به پرداخت می‌باشند) تا ضمان بر پایه آن تحقق یابد. به این تبعیت عقد ضمان از وجود دین، «تبعیت اولیه» گفته می‌شود.^۵

تبعیت محض در عقد ضمان مدنی (تبعیت ضمان از دین پایه، از هر حیث) که ذمه ضامن مشغول می‌شود (ضمان مدنی) مطرح است و نه در ضمانت اسناد تجاری؛ زیرا غرض از ضمانت در مورد اخیر، با بقای مشغولیت ذمه مدیون اصلی، قوت بخشیدن به این گونه اسناد است تا هرچه بیشتر کارکردی شبیه به پول پیدا کنند و برای دارنده خاطر جمعی بیشتری ایجاد

۱. قنبری و طباطبایی، پیشین، ص ۱۵۵.

۲. طباطبایی قمی، سید تقی. مبانی منهاج الصالحین، چاپ اول، ج ۹، (قم: منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ق)، ص ۲۵۷.

۳. مغنیه، ج ۴، پیشین، ص ۵۳.

۴. همان، ۴۹.

۵. صفایی و جواهر کلام، پیشین، ص ۲۴۸.

شود که به مبلغ مندرج در سند دسترسی پیدا خواهد کرد؛ لذا ضامن سند تجاری مسئول پرداخت آن وجه می‌شود و نه مشغول‌الذمه.

ضمانت در سند تجاری از قواعد خاصی پیروی نموده و خصوصاً با توسل به اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات مطروحه از سوی ضامن در برابر دارنده، کوشش می‌شود که علاوه بر تقویت موقعیت دارنده، حق مراجعه ضامن به مضمون‌عنه و ایادی ماقبل، تضمین گردد؛ زیرا آنگاه که ضامن در برابر دارنده حق استناد به ایراد را نیابد، تبعاً مضمون‌عنه و ایادی ماقبل نیز در برابر ضامن نمی‌توانند به ایراداتی استناد کنند که امکان استناد به آن‌ها در برابر دارنده وجود داشته باشد.^۱ اگر گفته شود که ضمان از حیث آثار و احکام، تابع ضمان در قانون مدنی است، بر این اساس باید به این امر نیز قائل بود که در صورت عدم تعیین مضمون‌عنه در سند تجاری، چون ضمانت ضامن، بین چند مضمون‌عنه مردد است، لذا چنین ضمانتی باطل است و عدم تعیین مضمون‌عنه به منزله عدم تحقق ضمانت می‌باشد،^۲ اما نظر بر این است در این گونه موارد که مشخص نیست ضامن از کدام یک از مسئولین سند تجاری ضمانت نموده، ضمانت او حمل بر ضمانت از صادرکننده سند تجاری شود. از این رو باید نتیجه گرفت ضمانت در اسناد تجاری از حیث تبعیت، شبیه ضمانت قانون مدنی نیست.

بر این اساس چون ضمانت در اسناد تجاری بر پایه عهده است و نه ذمه، لذا تعهد ضامن از تعهد مضمون‌عنه پیروی نمی‌کند. به عبارتی ضمانت ضامن در اسناد تجاری، یک ضمانت مستقل است^۳ و تعهد او با وصف تجریدی، حدوثاً و بقائاً مستقل از تعهد و رابطه حقوقی پایه است.

۱. کاویانی، کورش. حقوق اسناد تجاری، چاپ اول، (تهران: میزان، ۱۳۸۳)، ص ۱۵۹.

۲. کاویانی، پیشین، ص ۱۱۴.

۳. از این رو قانون‌گذار گاه به منظور حمایت از حق و از بین بردن خطرهای احتمالی ناشی از اعسار یا حيله‌ی بدهکار و مسدود نمودن انجام عملیات‌های صورتی، ذمه‌ی اشخاصی را که بدهکار آن حق نیستند، وثیقه طلب قرار می‌دهد. این اشخاص، از نظر ماهوی بدهی ندارند ولی در برابر طلبکار، مسئول قرار می‌گیرند و آنگاه خود به مدیون اصلی رجوع می‌کنند (کاتوزیان، ناصر، پیشین، ۲۲۱).

کنوانسیون‌های ژنو با قطع وابستگی مسئولیت ضامن به مضمون‌عنه، راهکاری ساده و قابل درک را برای امنیت دارنده سند و بلکه امنیت ضامن طراحی نموده‌اند. این راهکار با منطق حاکم بر حقوق اسناد تجاری سازگارتر بوده و در کشور ما نیز قواعد حاکم بر ضمانت‌های بانکی بر همین اندیشه استوار است.^۱

باتوجه به مطالب ذکر شده، ثمره این تفصیل در مواردی است که پس از تحقق ضمانت در سند تجاری، کاشف به عمل آید که تعهد مضمون‌عنه، هنگام صدور یا انتقال سند تجاری به دلایلی مثل جعلی بودن امضا و یا عدم اهلیت، باطل بوده است و نامبرده در زمان سررسید سند، به ایراد جعلی بودن امضا و عدم اهلیت متمسک شود. راجع به التزام ضامن در این گونه شرایط، بعضی حقوق‌دانان معتقد به عدم مسئولیت او هستند و چنین می‌گویند: «قانون تجارت ایران راجع به مورد اخیر، ساکت است ولی باتوجه به قسمت اخیر ماده ۲۴۹، تردیدی نیست که مسئولیت ضامن در حدود مسئولیت مضمون‌عنه او معتبر است و بین تعهد ضامن و تعهد مضمون‌عنه، اصل استقلال امضاها اعمال نمی‌شود»^۲ اما در مقابل این دیدگاه، برخی دیگر از صاحب‌نظران حقوق تجارت معتقدند چنانچه مضمون‌عنه در زمان امضای سند تجاری اهلیت نداشته، مسئولیت ضامن منتفی نبوده و وی باید در موعد مقرر، وجه سند را به دارنده پرداخت کند^۳ یا اینکه در صورت جعل امضای مضمون‌عنه، ضامن مسئول پرداخت است و نمی‌تواند مانند مضمون‌عنه، استناد به جعل امضای او کند.^۴ این امر از اصل استقلال امضاها کلیه مسئولان برات ناشی می‌شود.

۱. کاویانی، کورش، پیشین، ص ۱۶۰

۲. اسکینی، ربیعا. حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، چاپ بیست و هفتم، (تهران: سمت، ۱۳۹۸)، ص ۱۴۳

۳. کاویانی، کورش، پیشین، ۱۶۰؛ فخاری، امیرحسین. اندیشه‌های حقوقی ۳ (حقوق تجارت)، چاپ دوم، (تهران: مجد، ۱۳۸۹)، ص ۷۰؛ فخاری، امیرحسین. «مسئولیت امضاکنندگان اسناد تجاری»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۶ و ۱۷ (۱۳۷۴)، ص ۵۷؛ خزاعی، حسین. حقوق تجارت (اسناد تجاری)، جلد سوم، چاپ اول، (تهران: نشر قانون، ۱۳۸۵)، ص ۳۲

۴. صفری، محمد. حقوق بازرگانی (اسناد)، ج ۱ و ۲، چاپ اول، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰)، ص ۳۳۲.

به موجب بند ۲ ماده ۳۲ کنوانسیون ژنو (۱۹۳۰ م)، فقط در صورت نقص شکلی، تعهدات منعکس در سند تجاری، تعهد براتی تلقی نمی‌شوند، لذا مسئولیت ضامن با وجود بطلان تعهد مضمون‌عنه، همچنان در مقابل دارنده سند تجاری باقی می‌ماند. همچنین طبق ماده ۲۷ کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو که مربوط به چک است، مسئولیت ضامن حتی اگر تعهد موضوع تضمین ساقط شده باشد (به جز ایرادات شکلی)، همچنان اعتبار دارد. موافق با کنوانسیون ژنو، در بند ۸ ماده L. 511-21 قانون تجارت فرانسه آمده است: «تعهد ضامن معتبر است، حتی در صورتی که تعهد ضمانت‌شده به دلیلی جز نقص شکلی، باطل باشد.»^۱

بعضی در مخالفت با دیدگاه مزبور، می‌گویند راه‌حل ارائه‌شده در بند ۲ ماده ۳۲ کنوانسیون ژنو، با مبانی حقوقی ضمانت در نظام حقوقی ایران سازگار نیست.^۲ در پاسخ می‌توان اظهار داشت که مبانی شناخته‌شده ضمانت در حقوق ایران، بیشتر در ضمانت مدنی که موجب نقل مافی‌الذمه می‌شود، صدق می‌کند و بر ضمانت اسناد تجاری که حالت وثیقه دارد، حاکم نیست. به عبارتی مسئولیت ضامن در اسناد تجاری، تضمین پرداخت سند تجاری است و ضمانت‌های تجاری اصولاً برای ضامن ایجاد دین نمی‌کند.^۳

در اسناد تجاری، ضمانت، مستقل از بابت دین اصلی اخذ می‌شود؛ به عبارت دیگر ضامن متعهد می‌گردد که با اولین درخواست متعهدله، مبلغ مورد تعهد را در وجه وی پرداخت نماید، بدون اینکه ضامن بتواند حق اعتراض یا استناد به ایراداتی که مضمون‌عنه می‌توانست

۱. البته حقوق‌دانان فرانسوی، ضمانت را تعهد تبعی توصیف کرده (ضمانت مدنی) و معتقدند که ضامن تحت همان شرایطی که مضمون‌عنه متعهد بوده در مقابل مضمون‌له مسئول و جواب‌گو است و تمام ایراداتی که متوجه مضمون‌عنه می‌باشد، نسبت به ضامن نیز جاری است

Cour d' Appel de PARIS, 22 juin 1978, & decembre 1974 et 14 novembre 1978
Recueil, Dalloz Sirey 1979, p 259 et s. Note. Michel vasseur

۲. سکوتی نسیمی، رضا، پیشین، ۱۹۵.

۳. دلشاد، ابراهیم؛ موجانی، نیره‌سادات. «مطالعه تطبیقی قلمروی مسئولیت ضامن در اسناد تجاری از منظر حقوق ایران، فرانسه و برخی کنوانسیون‌ها»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، (۱۹) (۱۴۰۱)، ص ۱۳۹.

در مقابل مضمون‌له داشته باشد را طرح کند. این قبیل ضمانت در حقوق آلمان و اتریش در تجارت داخلی و بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۱

تعهد تبعی و فرعی نشأت گرفته از ماده ۲۴۹ قانون تجارت در مواردی است که اگر دارنده به تکالیف خود عمل نکرد (مثلاً باید ظرف مهلت مطالبه می‌کرد، اقدام به اعتراض انجام می‌شد، اقامه دعوی لحاظ می‌گردید) و آن‌ها را انجام نداد و اصطلاحاً کاهلی کرد و قصور ورزید، حق مراجعه به مضمون‌عنه را ندارد و به تبع آن حق مراجعه به ضامن را هم ندارد، اما در بحث جعل و عدم اهلیت بحث بر سر تکالیفی که بر دوش دارنده وجود دارد، نیست؛ بلکه بحث بر سر نفس خود تعهد است؛ چرا که تعهد ضامن یک تعهد مستقل است. تبعی بودن ضمانت ضامن در اسناد تجاری، مربوط به اصل خود تعهد نیست و مربوط به تکالیف و شرایط قانونی مطالبه است.^۲

بنابراین و از آنجا که در ضمانت اسناد تجاری، بحث در مورد عهده ضامن است، لذا در فرضی که امضاکننده سند تجاری (مضمون‌عنه) با اثبات جعلی بودن امضایش یا عدم اهلیت، از مسئولیت پرداخت وجه سند معاف می‌شود، ملازمه‌ای با خروج ضامن از مسئولیت ندارد؛ زیرا تعهد ضامن در اسناد تجاری، یک تعهد فرعی یا تبعی نیست، بلکه تعهدی مستقل است و اعتبار تعهد ضامن تابع تعهد مضمون‌عنه نیست.^۳

۴. تحلیل آثار موضوع عقد ضمان بر ضمانت اسناد تجاری

با عنایت به موضوع ضمان در اسناد تجاری، پس از وقوع ضمانت، ضامن مستقلاً عهده‌دار پرداخت مبلغ مورد تعهد^۴ به دارنده سند تجاری است، بدون آنکه تعهد او تابعی از ذمه مضمون‌عنه باشد. در واقع در اینجا چنانکه ذکر شد، ضمان غیر از مفهوم نقل و ضم ذمه

۱. عرفانی، محمود. حقوق تجارت تطبیقی، جلد ششم، چاپ سوم، ج ۶، (تهران: جنگل، ۱۳۹۵)، ص ۸۹

۲. دلشاد و موجانی، پیشین، صص ۱۴۰ و ۱۴۱.

۳. عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۸، پیشین، ص ۱۳۳.

۴. خویی، سید ابوالقاسم، موسوعه الامام الخوئی، ج ۳۱، ج ۱، (قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ق) ص ۴۰۳؛ نعمت‌اللهی، اسماعیل. «راه‌کارهای توسعه قلمرو عقد ضمان در فقه امامیه». حقوق اسلامی، ۱۷(۶۵)، (۱۳۹۸) صص ۲۸۲-۲۸۳.

است.^۱ چنین مواجهه‌ای با مسئولیت ضامن، دارای آثاری بر ضمانت در اسناد تجاری است. حدود گستره مسئولیت و تعهد ضامن، گستره قانون حاکم بر اسناد تجاری و گستره ایرادات غیرقابل استناد در برابر ضامن مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

۴-۱. گستره تعهد ضامن

۴-۱-۱. رابطه ضامن واحد با مضمون‌عنه

عقد ضمان در رابطه میان ضامن واحد با مضمون‌عنه مطابق با کلام فقهای امامیه، با عباراتی نظیر «هو التعهد ممن لیست ذمه مشغوله لذلك الضامن بمثله»^۲، «التعهد بمال ثابت فی ذمه شخص لآخر»^۳ و غیره، شناسایی می‌شوند که مؤید موضوعیت داشتن ذمه در عقد ضمان مدنی است. به عبارتی در صورت پذیرفتن ذمه و تبعیت ذمه ضامن از مضمون‌عنه، گستره تعهد او در سند تجاری مشابه و تابع ذمه مضمون‌عنه خویش است^۴ و به همان اندازه قبض پیدا می‌کند،^۵ اما اگر قائل به اشتغال عهده ضامن به پرداخت مبلغ سند تجاری و مسئولیت مستقل او باشیم، گستره تعهد او بسط پیدا می‌کند. در واقع ضامن با قید هر جمله‌ای در ظهر سند تجاری که دلالت بر ضمانت کند، به‌عنوان مسئول مستقل، متعهد به پرداخت می‌گردد. به عبارتی وسعت تعهد ضامن مشابه و تابع وسعت تعهد مضمون‌عنه نیست، بلکه متفاوت و مستقل از آن است. این در حالی است که در صورت تبعیت مسئولیت ضامن از مضمون‌عنه

۱. صالحی مازندرانی، محمد. (۱۳۹۴)، «نگاهی نو به ماهیت ضمان در پرتو مفهوم و هدف از تشریح آن، فقه»، ۲۲ (۳)، (۱۳۹۴)، ص ۴۹.

۲. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقا بزرگ، القواعد الفقهیه، ج ۶، (قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق) ص ۱۰۰.

۳. اصفهانی، سیدابوالحسن، وسیله النجاه، (قم؛ مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ق) ص ۴۹۵؛ خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی‌تا)، ص ۲۵؛ سبزواری، سید عبدالاعلی، جامع الأحکام الشرعیه، ج ۹، (قم: مؤسسه المنار، بی‌تا)، ص ۳۶۱.

۴. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، (تهران: سمت، ۱۴۰۰) ص ۱۲۹؛ الفی، بهمن؛ باشکوه، مظفر؛ لطفی دودران، علیرضا. «تیین و تحلیل ضمانت در اسناد تجاری». فصلنامه مطالعات مدیریت راهبردی، ۱۲(۴۶)، (۱۴۰۰)، ص ۱۶۶.

۵. نعمت‌اللهی، اسماعیل، پیشین، ص ۲۷۵.

در اسناد تجاری، میزان تعهد و مسئولیت او مشابه و برابر با همان مسئولیتی است که مضمون‌عنه در سند تجاری دارد.

۲-۱-۴. رابطه ضامن‌های متعدد با مضمون‌عنه

برخی با اشاره به تعاقب و تقارن تعدد ضامن‌ها به تحلیل این رابطه پرداخته‌اند.^۱ طبق دیدگاه بعضی از فقیهان، اگر آنچه مورد ضمانت قرار می‌گیرد، مظروف ذمه‌ای باشد که از جانب مضمون‌عنه به ضامن‌های متعدد منتقل می‌شود،^۲ در صورت تعدد ضمانت به نحو تقارن، چنین عقد ضمانتی باطل است؛ چرا که مشغول شدن ذمه‌ای واحد به ذمه‌های متعدد غیرعقلانی است.^۳ بعضی دیگر مسئولیت ضامن‌های متعدد را مشابه تعدد غاصبان دانسته‌اند که ذمه همه آن‌ها ضمیمه یکدیگر می‌شود^۴ و مالک (یا دارنده در اسناد تجاری) مخیر است هم‌زمان به هر کدام رجوع کند.^۵

در صورت تعدد ضمانت به نحو تعاقب، رابطه ضامن‌های متعدد با مضمون‌عنه بدین شکل است که به سبب فقدان محل، تمام مسئولیت متوجه نفر اولی است که در ضمان پیش‌قدم بوده است.^۶ در واقع محلی دیگر وجود ندارد که به تعاقب به دیگری منتقل گردد.

تمام این حالت‌ها در صورتی است که موضوع عقد ضمان، ذمه در نظر گرفته شود، اما اگر موضوع عقد ضمان در اسناد تجاری، عهده شناسایی شود، هم به نحو تقارن و هم تعاقب، ضامن‌ها به دلیل استقلال در تعهد، همگی مسئول به پرداخت هستند. به عبارتی مسئولیت آن‌ها به اندازه تمامی مبلغ سند تجاری بر عهده هر یک از ضامن‌ها مستقر می‌گردد و دارنده

۱. افشارنیا، طیب و اسدی، حمید «صحت تعدد ضمانت‌ها از یک دین در حقوق ایران و فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۳۴ (۲)، (۱۳۹۰)، ص ۵۰.

۲. نعمت‌اللهی، اسماعیل. «راه کارهای توسعه قلمرو عقد ضمان در فقه امامیه. حقوق اسلامی»، ۱۷ (۶۵)، (۱۳۹۸) ص ۲۷۶.

۳. محقق کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، (قم: بیروت موسسه آل بیت لاحیا التراث، ۱۴۰۸ ق) ص ۳۴۱.

۴. طباطبایی یزدی، سید محمد. عروه الوثقی، (تهران: المکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا)، ص ۷۷۹.

۵. طوسی، محمد بن علی، الوسيله الی نیل الفضیله، ج ۱، (قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق) ص ۲۸۱.

۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. دوره حقوق مدنی عقد ضمان، (تهران: شرکت سهامی، ۱۳۵۲) صص ۲۵۱-۲۵۲.

می تواند به اندازه تمام مبلغ سند تجاری به هر کدام از آن‌ها بالاستقلال مراجعه کند و همچنین برخلاف نظر برخی^۱ دیگر نیازی به تصریح به ضمیمه شدن ذمه‌ها به یکدیگر نیست.

۳-۱-۴. رابطه میان ضامن‌های متعدد

عده‌ای بر آن هستند که در صورت تعدد عرضی ضامن‌ها، ضامنی که وجه سند تجاری را پرداخت کرده است، می تواند به قدر سهم دیگر ضامن‌ها، به آن‌ها مراجعه نماید.^۲ دلیل چنین دیدگاهی آن است که ضامن مسئول ذمه‌ای است که از جانب مضمون‌عنه به او منتقل شده است. رابطه بین ضامن‌هایی که در عرض یکدیگر هستند، بر همین مبنا تنظیم شده و نتیجه چنین مواجهه‌ای محدود شدن رابطه آن‌ها به یکدیگر و تقسیم مسئولیت به اندازه سهم آن‌ها است؛ چرا که همگی تابع یک دین هستند و اگر در سند تجاری میزان مسئولیت قید نگردد، به نسبت مساوی، مسئول پرداخت آن دین می‌باشند،^۳ اما در مقابل یعنی استقلال تعهد به پرداخت، مسئولیت به اندازه مبلغ سند تجاری بر عهده هر کدام از ضامن‌ها مستقر می‌گردد. در واقع با توجه به موضوع‌شناسی عقد ضمان، در صورتی که ضامن از یکی از ظهرنویس‌ها ضمانت کرده باشد، در رجوع دارنده به او دارای مسئولیتی مستقل از مضمون‌عنه است. این اثر در رابطه میان ضامن‌های متعدد نیز جاری است. در موقعیتی که چند ضامن، از صادرکننده یا ظهرنویس سند تجاری ضمانت کرده باشند، هر یک از آن‌ها به مقدار مبلغ ضمانت شده، مستقلاً به‌عنوان متعهد پرداخت شناسایی می‌گردند و در صورتی که تمام وجه سند تجاری توسط یکی از ضامن‌ها پرداخت شود، او نه به قدر سهام دیگر ضامن‌ها، بلکه می‌تواند به اندازه تمام مبلغ پرداختی به ضامن‌های دیگر مراجعه کند؛ چرا که تعهد به پرداخت، به‌طور مستقل انجام پذیرفته و دیگر ضامنین نیز در ارتباط با او مستقلاً متعهد به پرداخت هستند. در واقع آنچه معقول و منطقی است، حمایت از دارنده سند تجاری حتی ضامن سابق (دارنده فعلی) است که از این رهگذر تأمین می‌شود.

۱. اسکینی، ربیعا، پیشین، ص ۱۲۹.

۲. اسکینی، ربیعا، پیشین، ص ۱۲۹.

۳. دمرچیلی، محمد؛ حاتمی، علی؛ قرائی، محسن. حقوق تجارت در نظم حقوق کنونی، (تهران: آوا، ۱۴۰۱) ص ۵۱۷.

مسئله ضمان‌های متعدد طولی نیز قابل توجه است.^۱ به نظر برخی صرفاً ضمانت ضامن از مضمون‌عنه خود مبتنی بر تضامن است و دلیلی در خصوص تضامنی بودن ضمانت ضامن از ضامن وجود ندارد و باید آن را حمل بر نقلی بودن ضمان دانست.^۲ این در حالی است که اگر موضوع ضمان در اسناد تجاری معطوف بر عهده و امری غیر ذمه ضامن باشد، تأثیر آن در ارتباط با ضمان‌های متعدد طولی نیز جاری می‌گردد؛ زیرا آنچه درباره مسئولیت ضامن موضوعیت داشته و ضامن ضامن آن را ضمانت کرده است، تعهد به پرداخت است و این تعهد مستقلاً بر عهده ضامن ضامن نیز مستقر می‌گردد.

۴-۱-۴. وضعیت وثایق و تضمینات

در صورت قائل شدن به موضوعیت ذمه در ضمان (یعنی ضمانتی که مبتنی بر نقل ذمه است)، وثایق و تضمینات مربوط به سند تجاری از بین می‌رود؛ چرا که موجب سقوط ذمه مضمون‌عنه می‌باشد.^۳ البته در مورد اخیر، به گفته برخی، وثایق و تضمینات دین با انعقاد ضمان، همچنان باقی خواهند ماند^۴ که به نظر می‌رسد این دیدگاه موجه‌تر است، اما در ضمانتی که مبتنی بر ضم ذمه است، به اعتبار عدم سقوط ذمه مضمون‌عنه و باقی ماندن آن، تضمینات مربوط به آن نیز باقی خواهد ماند.^۵ این مطلب در ارتباط با موضوعیت داشتن عهده، به جای ذمه نیز قابل طرح است. آیا با توجه به در نظر نگرفتن ظرف ذمه و جایگزین کردن عهده به جای آن، وثایق و تضمینات باقی خواهند ماند؟ آیا اساساً بقای تضمینات در سند تجاری معطوف به بقای ذمه مضمون‌عنه است؟ با نظر به پایداری تضمینات و وثایق تعهد پایه، طبق وصف تجریدی سند تجاری از تعهد پایه، خود سند تجاری نیز دارای ارزش است و عرفاً با همان

۱. دهقانی، پرویز. «حقوق شهروندی دارنده سند تجاری در قبال ضامن با نگرش انتقادی بر رویه قضایی». مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی، ۱۳ (۰)، (۱۳۹۸) ص ۲۶۳.

۲. اسکینی، ربیعا، پیشین، ص ۱۱۱.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ضمان عقودی در حقوق مدنی، چاپ اول (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶)، ش ۱۳، ۳۷، ۱۶۰ و ۱۶۱.

۴. امامی، سید حسن. حقوق مدنی، چاپ ۲۶، ج ۲ (تهران، اسلامیه، ۱۳۸۵)، ص ۲۷۰.

۵. سیداحمد سجادی، سیدعلی، «نظام در اسناد تجاری»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ۱۴ (۴)، (۱۳۸۱)، ص ۱۰۲.

وضعیت مورد ضمانت قرار می‌گیرد.^۱ در واقع تعلق تضمینات سابق به تعهد لاحق منوط به اراده نوعی است که در اسناد تجاری وجود دارد و موضوعیت داشتن عهده در ضمانت، نافی پایداری وثایق و تضمینات برای ضامن نخواهد بود.

۴-۱-۵. سقوط تعهد مضمون‌عنه

اثر دیگر موضوع عقد ضمان را می‌توان در ارتباط با اسقاط تعهد مضمون‌عنه توسط دارنده و مسئولیت ضامن در چنین وضعیتی مشاهده کرد.^۲ به عبارتی آیا در صورت سقوط تعهد مضمون‌عنه، تعهد ضامن نیز ساقط می‌گردد؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت در صورت اعتقاد به تبعیت ذمه ضامن از مضمون‌عنه، تعهد ضامن نیز ساقط می‌گردد،^۳ اما در مقابل به دلیل استقلال تعهد ضامن در بقا و استمرار از تعهد مضمون‌عنه و نیز باتوجه به حمایت از حقوق دارنده سند تجاری، پس از سقوط تعهد مضمون‌عنه، همچنان ضامن متعهد به پرداخت مبلغ سند تجاری است.

۴-۱-۶. بطلان تعهد مضمون‌عنه

اگر تعهد مضمون‌عنه باطل باشد، امکان سرایت آن به تعهد ضامن نیز قابل بررسی است. در این مورد قانون تجارت ساکت است.^۴ در صورت مراجعه به قواعد ضمان در قانون مدنی چه به نقل و چه به ضم ذمه، به دلیل از بین رفتن موضوع ضمان، یعنی بطلان تعهد مضمون‌عنه، تبعاً تعهد ضامن نیز باطل می‌گردد. به عنوان مثال هرگاه تعهد مضمون‌عنه به سبب فقدان اراده (مانند اجبار یا سفه) باطل باشد، تبعاً تعهد ضامن او نیز از بین می‌رود، اما در صورت استقلال تعهد ضامن حتی در صورتی که مضمون‌عنه پس از کشف بطلان تعهد، متعهد به پرداخت نباشد، تعهد ضامن منتفی نخواهد شد و او همچنان متعهد به پرداخت مبلغ سند تجاری است، مگر آنکه قصد طرفین ضمانت سند تجاری، غیر از این باشد. در واقع تعهد ضامن به دلیل

۱. کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴) ص ۲۴۸.

۲. اسکینی، ربیعا. پیشین، ص ۱۳۰.

۳. سیداحمد سجادی، سید علی. پیشین، ص ۱۰۳.

۴. الفی، بهمن؛ باشکوه، مظفر؛ لطفی دودران، علیرضا. پیشین، ص ۱۶۷.

عهده‌ مستقلی که دارد بسط پیدا می‌کند و این امر با بند ۲ ماده ۳۲ کنوانسیون ژنو (۱۹۳۰) منطبق است که مقرر می‌دارد: «مسئولیت ضامن همواره اعتبار دارد ولو تعهدی را که او تضمین نموده است به هر دلیلی باطل باشد به جز ایراد مربوط به شکل ظاهری».

۷-۱-۴. فوت ضامن در رابطه با دارنده

در مورد اخیر فرضی مورد بررسی قرار می‌گیرد که در آن ضامن پس از وقوع عقد ضمان، فوت کند. به عبارتی در صورت فوت ضامن، وضعیت پرداخت سند تجاری چگونه خواهد بود؟ چنانچه طبق قول برخی (همان‌طور که بیان شد)، ضامن به صورت نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن باشد، قطعاً امکان رجوع به ترکه او از جانب دارنده وجود خواهد داشت، ولی اگر تعهد به پرداخت باشد، در ابتدا ممکن است این‌گونه اظهار شود که نتیجه ضامن اخیر در ارتباط با فوت ضامن بدین نحو است که صرفاً وجوب تعهد به پرداخت وجود دارد و نه اشتغال ذمه ضامن^۱ و لذا با موضوعیت داشتن عهده مستقل ضامن در سند تجاری، با قبض گستره تعهد ضامن و محدود نمودن دارنده در امکان دریافت مبلغ سند تجاری از ترکه او مواجه هستیم.

اما چنانکه ذکر شد، ضمانت اسناد تجاری تعهدی مستقل^۲ و به رسمیت شناخته شده‌ای است که با وجود تعلق آن به عهده ضامن، ولی محدود به دوران حیات او نیست و از این رو چنانچه پس از فوت ضامن، واقعاً دین مضمون‌عنه در وقتش پرداخت نشود، موجب می‌شود که از زمان مرگ ضامن، آن دین به وی تعلق گیرد.^۳ برخی نیز صراحتاً، ضمانت مرسوم که امروزه منعقد می‌گردد و در بانک‌ها نیز از آن استفاده می‌شود (یعنی ضمانتی که به عهده تعلق می‌گیرد) را یک عقد رایج دانسته‌اند و در صورت فوت ضامن (و عدم تأدیه از سوی

۱. سیستانی، سیدعلی. *منهاج الصالحین*، ج ۲، (بی جا، بی تا)، ص ۳۵۱.

۲. ... بان یكون نفس هذا الضمان مولدا للعهد فلا يكون هناك مضمون عنه بل ضامن و مضمون له (حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، (بی جا، بی تا)، ص ۱۹۶).

۳. خرازی، محسن، «پژوهشی در اقسام بانک‌ها و احکام آن»، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره ۴۳، (۱۳۸۴)، ص ۴۸.

مضمون‌عنه)، آن را مانند حالتی می‌دانند که متوفی بدهکار بوده که پرداخت باید از ترکه‌اش انجام شود.^۱

۲-۴. گستره تعهد مسئولان سند تجاری در برابر ضامن

ضامن هرگاه وجه سند تجاری را پرداخت کند به‌عنوان دارنده می‌تواند به مسئولان دیگر سند تجاری رجوع نماید.^۲ در صورت انجام تعهد توسط ضامن، شناختن او به‌عنوان دارنده‌ای مستقل یا دارنده‌ای تبعی موضوعیت دارد. در این ارتباط باید گفت که هم در نقل ذمه و هم ضم ذمه، ضمانت و رابطه اطراف آن نهایتاً محدود به رابطه ضامن و مضمون‌عنه تعریف می‌شود و دارنده شناخته شدن ضامن و حق مراجعه به همه مسئولان سند تجاری به‌نحو استقلال امکان‌پذیر نیست، بلکه به تبع دین است که می‌تواند به مسئولان دیگر سند تجاری رجوع کند. به عبارتی در نقل ذمه دارنده صرفاً می‌تواند به مضمون‌عنه خویش رجوع کند و همچنین در ضم ذمه امکان رجوع او به مسئولان دیگر تابع ذمه‌هایی است که به یک‌دیگر ضمیمه شده‌اند. این در حالی است که با توجه به موضوع عقد ضمان در اسناد تجاری، یعنی تعهد به پرداخت و نتیجتاً مستقل بودن تعهد ضامن، ضامن به‌عنوان دارنده مستقل حق رجوع به مضمون‌عنه و دیگر مسئولان سند تجاری را دارد. این موضوع، مسئله مراجعه ضامن به مسئولان دیگر سند تجاری را توجیه می‌کند؛ زیرا ضامن صرفاً در مقابل مضمون‌عنه تعریف نمی‌شود، بلکه مستقلاً دارای مسئولیت است و رابطه او محدود به مضمون‌عنه خویش نیست، از این جهت به‌عنوان دارنده، مستقلاً می‌تواند به تمامی مسئولان سند تجاری و آیدای ماقبل نیز رجوع کند. به‌عنوان مثال در یک برات، وقتی ضامن برای ظهرنویس ضمانت کرده باشد و سپس مبلغ آن را پرداخت نموده، او علاوه بر ظهرنویس می‌تواند به برات‌گیری که برات را قبول کرده، صادرکننده و یا ظهرنویس‌های ماقبل یا ضامن‌های آنان مستقلاً رجوع کند. یا در مثالی دیگر هرگاه ضامن صادرکننده، برات را

۱. عباسی خراسانی، درس خارج فقه، ۱۴/۱۲/۱۴۰۱.

۲. اسکینی، ربیعا. پیشین، ص ۱۳۲.

۳. فرحناکیان، فرشید. قانون تجارت در نظم حقوق کنونی، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲) ص ۳۱۳.

پرداخت کرده باشد، برات گیر نمی‌تواند در برابر او ایرادِ عدم وجود محل را در نزد خود مطرح کند؛ چرا که با توجه به موضوع عقد ضمان، او دارنده‌ای مستقل است و نه تبعی. به همین دلیل قائم‌مقام یا جانشین مضمون‌عنه نیست و برات گیر نمی‌تواند به همان حقوقی که در برابر صادرکننده داشته است، در برابر ضامن او نیز استناد کند.

۳-۴. گستره قانون حاکم بر اسناد تجاری

درباره تعیین قانون حاکم بر تعهد ضامن می‌توان به دو نظر اشاره کرد:

(۱) بر اساس نظر اول تعهد شخص ضامن به عنوان تعهدی که از دین مضمون‌عنه تبعیت می‌کند، تابع قانون دینی است که مورد ضمانت قرار گرفته است. دیدگاه حقوق دانان و همچنین معاهدات بین‌المللی تا سال ۱۹۳۰، بر اعمال نمودن قانون حاکم بر دیون شخص مضمون‌عنه بوده است.

(۲) اما بر اساس نظر دوم، تعهد ضامن، وجودی متناسب با خود دارد و به دلیل تفکیک میان دو تعهد مضمون‌عنه و تعهد ضامن و متصف شدن تعهد هر کدام به استقلال، تعهد ضامن سند تجاری، تابع قانون محلی است که در آنجا تضمینات محقق شده است و نه تابع محل تعهد مضمون‌عنه.^۱ کنوانسیون ژنو نیز که در سال ۱۹۳۰ تصویب شده است، به وسیله ماده ۴ قرارداد دوم، نظر اخیر را به رسمیت شناخته است. این ماده مقرر می‌دارد: «آثار امضای دیگر متعهدان برات یا سفته... طبق قانون کشوری که در سرزمین آن امضاها انجام شده، تعیین می‌گردد». در واقع گستره قانون حاکم بر اسناد تجاری مطابق به قانون حاکم بر تعهد ضامن سند تجاری است و با عدم تبعیت ضامن از ذمه مضمون‌عنه، قانون محل انجام ضمانت سند تجاری، حاکم می‌باشد.

۱. الماسی، نجادعلی؛ حسین زاده، مهدی. «ضوابط تعیین قانون حاکم بر تعهدات ناشی از اسناد تجاری». حقوق خصوصی،

۴-۴. گستره ایرادات غیرقابل استناد در برابر ضامن

در این مورد می‌توان به ماده ۱۷ قانون متحدالشکل ژنو اشاره کرد که مقرر می‌دارد: «صاحبان امضای مورد تعقیب نمی‌توانند به روابط شخصی خود با برات کش یا دارندگان قبلی علیه دارنده برات استناد نمایند». البته قانون تجارت در ارتباط با اصل عدم توجه ایرادات تصریحی ندارد. برخی معتقدند که در قانون تجارت این اصل به طور تلویحی پذیرفته شد است.^۱ بدیهی است که نقل ذمه و ضم ذمه نیز قابلیت توجیه اصل عدم توجه ایرادات را نیز ندارد، اما لازم است توجیه اصل عدم توجه ایرادات با توجه به موضوع ضمان در اسناد تجاری، انجام شود. به همین دلیل قائل بودن به وجود تعهد مستقل برای ضامن (مانند ضمانت‌نامه بانکی)^۲ سبب می‌گردد ایراداتی که ضامن می‌تواند در جهت رهایی از مسئولیت از آن استفاده کند، توجیه شود. البته اثری که می‌توان در این مورد به آن اشاره کرد این است که گستره این اصل برای رها شدن از مسئولیت قبض پیدا کند.^۳ ایراد نقص شکلی سند تجاری و همچنین ایراد مربوط به روابط شخصی ضامن با دارنده بلافصل سند تجاری،^۴ تنها ایراداتی هستند که ضامن امکان استناد به آن‌ها را دارد، اما از سوی دیگر تعهد مستقل ضامن، موجب بسط گستره ایرادات غیرقابل استناد است که می‌توان آن‌ها را در دو تقسیم‌بندی یعنی ایرادات غیرقابل استناد مربوط به اراده و همچنین ایرادات غیرقابل استناد مربوط به غیر از اراده مورد تحلیل قرار داد و از حیث موضوع‌شناسی عقد ضمان و اینکه چه آثاری در این موارد ایجاد می‌شود، مورد بررسی قرار گیرد.

۱. الله‌آبادی، کمال. «اصل استقلال امضاها و عدم توجه ایرادات در اسناد تجاری»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۱۰ و ۱۱ (۱۳۷۷)، ص ۱۹.

۲. مافی، همایون؛ فرزنانگان، محمد. «پرداخت بی‌قید و شرط ضمانت‌نامه بانکی از منظر اصل استقلال از قرارداد پایه»، پژوهش حقوق خصوصی، ۵(۱۷)، (۱۳۹۵)، ص ۱۴۸.

۳. دلشاد، ابراهیم؛ موجانی، نیره سادات. «مطالعه تطبیقی قلمروی مسئولیت ضامن در اسناد تجاری از منظر حقوق ایران، فرانسه و برخی کنوانسیون‌ها». پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۹(۱)، (۱۴۰۱)، ص ۱۳۷.

۴. بزرگ‌پور، علی؛ صلحی، سیمین. (۱۳۹۸). «اصل عدم توجه به ایرادات و استثنای ید بلافصل بر آن». پژوهش‌های حقوقی، ۱۸(۴۰)، (۱۳۹۸)، ص ۴۵۴.

۱-۴-۴. ایرادات غیرقابل استناد مربوط به اراده

۱-۴-۴-۱. ایراد جعل امضای مضمون‌عنه

کسی که امضای او در سند تجاری جعل می‌شود، با اثبات جعلی بودن امضای منتسب، خود را از مسئولیت ناشی از امضای سند تجاری می‌رهاند. در این خصوص تفاوت دیدگاهی وجود ندارد.^۱ این مطلب تحت‌عنوان دفاع جهانی یا واقعی بیان شده است که در مقابل هر شخصی، حتی دارنده با حسن‌نیت، قابل استناد است.^۲ به همین دلیل برخی بر آن هستند که در ضمانت با احراز جعلی بودن امضای مضمون‌عنه، منطقی‌تر نباید دیگر مسئولیتی متوجه ضامن باشد؛^۳ زیرا صاحب امضای سند مجعول (مضمون‌عنه) هیچ نقشی در ایجاد ظاهر قابل اعتماد نداشته و همچنین تبعیت دین ضامن از دین مضمون‌عنه این نتیجه را دارد که با خدشه به اراده مضمون‌عنه در ایجاد دین و ثبوت عدم مدیونیت مضمون‌عنه در سند تجاری، دین ضامن نیز به تبع آن منتفی می‌گردد.^۴ برخی دیگر صرفاً با استناد به وصف استقلال امضاها و بدون توجه به موضوع عقد ضمان، ضامن را در صورت جعلی بودن امضای مضمون‌عنه، مسئول و عهده‌دار او را مشغول پرداخت مبلغ سند تجاری دانسته‌اند. البته واقعیت آن است که مسئولیت ضامن به دلیل استقلال امضاها، با توجه به موضوع عقد ضمان در ضمّ ذمه توجیه‌پذیر نیست. با عنایت به موضوع‌شناسی عقد ضمان یعنی التزام و تعهد به پرداخت سند تجاری، ضامن، تادیه و نه دین معطوف به ذمه مضمون‌عنه را تضمین می‌کند. از این جهت قائل بودن به مسئولیت ضامن در صورت جعلی بودن امضای مضمون‌عنه، هم منطبق بر موضوع عقد ضمان و هم موافق با اصل استقلال امضاها است.

1. Kessler, Friedrich, (1938) "Forged endorsements", Yale Law School Legal Scholarship Repository, Vol 47, No 6, p 863.

2. Clarkson, Kenneth A, Miller, Roger Leroy & Cross, Frank B, (2012), Business Law Text and Cases, 12Ed, USA, South -Western, Centage Learning. p 508.

۳. اسکینی، ربیعا، پیشین، ص ۱۴۳.

۴. دلشاد و موجانی، پیشین، صص ۱۳۰-۱۳۱.

۲-۱-۴-۴. ایراد عدم اهلیت مضمون‌عنه

بدیهی است که امضای بر روی سند تجاری توسط فردی فاقد اهلیت برای او ایجاد مسئولیت نمی‌کند. به عبارتی چنانچه مضمون‌عنه فاقد اهلیت باشد، او به دلیل فقدان اراده، مسئول نیست. در صورتی که موضوع عقد ضمان، ذمه مضمون‌عنه اعم از نقل یا ضم آن به ذمه ضامن تلقی گردد، تبعاً ذمه ضامن نیز بری خواهد شد،^۱ اما اگر موضوع عقد ضمان عهده ضامن به نحو استقلال باشد، ضامن مضمون‌عنه در سند تجاری، به دلیل آنکه مستقلاً متعهد به پرداخت است و نقل یا ضم دین در ارتباط با او منتفی است، متعهد به پرداخت وجه سند تجاری است؛ مضافاً بر اینکه این مهم بر استقلال امضاها منطبق است.

۳-۱-۴-۴. ایراد تزویر در سند پس از امضای مضمون‌عنه و ضامن

در صورت قائل بودن به نقل ذمه و یا ضم ذمه، آثاری که به تبع تزویر در سند تجاری ایجاد می‌گردد، نسبت به ضامن نیز قابل تسری است و نمی‌توان به‌عنوان مثال افزایش مبلغ ناشی از تزویر را از ضامن مطالبه کرد، چراکه آنچه مورد ضمانت قرار گرفته است، ذمه مضمون‌عنه است و مسئولیت ضامن نیز تابع او است،^۲ اما در مقابل فردی که سند تجاری را به‌عنوان ضامن امضا کرده است، به هر حال در مقابل دارنده مسئول است. در واقع اگر در سند تجاری، پس از امضای ضامن، تزویری در میزان مسئولیت مضمون‌عنه اتفاق افتاد، مسئولیت ضامن در زمان امضای خود در برابر دارنده تغییری نمی‌کند؛ چراکه ضامن بر اساس موضوع ضمان، مستقلاً و به تبع آن، طبق اصل استقلال امضاها، متعهد به پرداخت است.

۴-۱-۴-۴. ایراد امضای سند توسط نماینده فاقد اختیار مضمون‌عنه

در صورتی که سند تجاری به وسیله نماینده مضمون‌عنه امضا شده باشد، مسئولیت ضامن قابل تحلیل است. رابطه میان مضمون‌عنه و نماینده او دارای فروض مختلفی است. در تمام این فروض مسئولیت مضمون‌عنه با توجه به تحقق یا عدم تحقق نمایندگی از جانب او به دیگری،

۱. اسکینی، ربیعاً، پیشین، ص ۱۳۰؛ کاویانی، کوروش، حقوق اسناد تجاری، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۰)، ص ۴۲.

۲. فرحناکیان، فرشید، پیشین، ص ۲۴۷.

منتج به مسئولیت مضمون‌عنه یا عدم مسئولیت او می‌شود. اما آنچه که در اینجا مورد توجه است، مسئولیت ضامن از مضمون‌عنه در صورت احراز فقدان نمایندگی مضمون‌عنه و تبعاً عدم مسئولیت مضمون‌عنه است که آیا ضامن نیز در چنین موقعیتی دارای مسئولیت می‌باشد؟ در صورتی که موضوع عقد ضمان، دین و نتیجه تحقق ضمان نقل یا ضمّ مطروف ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن شناسایی شود، تبعاً ضامن در صورت عدم نمایندگی از جانب مضمون‌عنه، مسئول پرداخت وجه سند تجاری نیست،^۱ اما با توجه به آنچه که در این تحقیق راجع به ضمانت اسناد تجاری بیان شد، ضامن نه تبعاً بلکه مستقلاً متعهد به پرداخت سند تجاری است و این مواجهه با موقعیتی که نماینده مضمون‌عنه فاقد اختیار است، تماماً منطبق بر اصل استقلال امضاها می‌باشد.

۲-۴-۴. ایرادات غیرقابل استناد مربوط به غیر از اراده

۱-۲-۴-۴. جانشینی ضامن از مضمون‌عنه

مسئله‌ای که در اینجا قابل طرح است، امکان یا عدم امکان استناد ضامن به ایرادات مربوط به غیر از اراده، یعنی موقعیت جانشینی ضامن از مضمون‌عنه است که او می‌تواند مطرح کند.^۲ با توجه به عهده مستقل ضامن از مضمون‌عنه، جانشینی ضامن از مضمون‌عنه در استناد به ایرادات قبض پیدا می‌کند. به عبارتی ضامن نمی‌تواند به تمام ایرادات مضمون‌عنه خود متوسل شود. تعهد ضامن از استقلال برخوردار است و در بیشتر موارد از تعهد مضمون‌عنه جدا می‌باشد. به عنوان مثال با ضمانت ضامن از برات‌گیر و باقی ماندن محل در نزد صادرکننده، با مراجعه دارنده به ضامن، او نمی‌تواند به عدم تأمین محل نزد برات‌گیر ایراد کرده و از تعهد به پرداخت امتناع کند. در واقع ضامن مستقلاً متعهد به پرداخت مبلغ برات است، خواه محل نزد برات‌گیر تأمین شده باشد یا خیر. این در حالی است که به نظر برخی،^۳ اگر ذمه در ارتباط

۱. درویشی هویدا، یوسف. «مسئولیت تضامنی و امکان طرح دعوا علیه کلیه مسئولین بدون رعایت ترتیب خاص»، مجله رأی (مطالعات آرای قضائی)، (۱۰)۴، (۱۳۹۴)، ص ۶۰.

۲. اسکینی، ربیعا، پیشین، ص ۱۳۰.

۳. فرحناکیان، فرشید، پیشین، ص ۳۱۳.

با سند تجاری موضوعیت داشته باشد، به دلیل تبعیت ضامن از دین مضمون‌عنه خود، ضامن می‌تواند به عدم وجود محلّ نزد برات‌گیر در مقابل دارنده ایراد کند.

۱-۲-۴. رعایت مهلت‌های وخواست و طرح دعوی

در صورتی که ضامن از یکی از ظهرونیسان ضمانت کرده باشد، آیا رجوع دارنده به ضامن، نیازمند رعایت مهلت‌های وخواست و طرح دعوی در ارتباط با مضمون‌عنه خود است؟ اگر قائل به تبعیت ذمه ضامن از ذمه مضمون‌عنه او باشیم، مسئولیت ضامن زمانی به منصفه ظهور می‌رسد که دارنده در مواعد قانونی مقرر به مضمون‌عنه مراجعه نموده باشد.^۱ این در حالی است که با پذیرش استقلال عهده ضامن، دارنده موظف است مهلت‌های مذکور در قانون تجارت را نه در قبال مضمون‌عنه بلکه باید در قبال ضامن رعایت کند. ضامن نیز نمی‌تواند به دلیل عدم رعایت مقررات مذکور در ارتباط با مضمون‌عنه، از تعهد به پرداخت خودداری کند.^۲

نتیجه

با توجه به چستی موضوع ضمان در اسناد تجاری یعنی جایگزین شدن ظرف عهده بر ظرف ذمه، پس از وقوع ضمانت، ضامن مستقلاً عهده‌دار پرداخت مبلغ مورد تعهد به دارنده سند تجاری است، بدون آنکه تعهد او تابعی از ذمه مضمون‌عنه باشد. در واقع در این پژوهش ضمان در مفهومی غیر از مفهوم نقل و ضم ذمه است؛ چرا که در دو مفهوم نقل یا ضم ذمه، موضوع ضمان ظرف ذمه و تابعی از ذمه مضمون‌عنه می‌باشد، اما در ضمانت اسناد تجاری، آنچه مورد توجه است، استقلال مسئولیت ضامن در مواجهه با دارنده سند تجاری است. در اسناد تجاری، ضمانت، مستقل از بابت دین اصلی اخذ می‌شود؛ به عبارت دیگر ضامن متعهد می‌گردد که با اولین درخواست متعهدله، مبلغ مورد تعهد را در وجه وی پرداخت نماید بدون

۱. دلشاد و موجانی، پیشین، ص ۱۲۶.

۲. رأی وحدت رویه ۵۹۷ دیوان عالی کشور در خصوص عدم شمول محدودیت مذکور در ماده ۲۸۹ قانون تجارت از جهت مهلت یک‌ساله اقامه دعوی علیه ظهرونیس درباره ضامن، مصوب ۱۳۷۴/۰۲/۱۲.

اینکه ضامن بتواند حق اعتراض یا استناد به ایراداتی که مضمون‌عنه می‌توانست در مقابل مضمون‌له داشته باشد را طرح کند. اثر اصلی این مفهوم از ضمان که حاصل نظریه تفصیل می‌باشد، پیدایش حکم تکلیفی مستقل در تعهد به پرداخت است. چنانکه با عنایت به عموماً وفای به عقد، باعث ایجاد تعهدی با ویژگی‌هایی همچون عدم اشتغال ذمه ضامن، عدم ضرورت وجود دین ثابت و استقلال تعهد ضامن می‌گردد و این مهم، موجب تمایز از ضمان پذیرفته‌شده در فقه و قانون مدنی می‌شود. به همین دلیل است که می‌توان گفت با یک عقد کامل مواجه هستیم. ضمن این که چنین مواجهه‌ای با مسئولیت ضامن، موجب جلوگیری از دوگانگی تحلیلی در مکانیزم حقوقی در اسناد تجاری است و دارای آثاری نیز بر ضمانت در ارتباط با این اسناد خواهد بود. حدود گستره مسئولیت و تعهد ضامن (که عبارتند از: رابطه ضامن واحد با مضمون‌عنه؛ رابطه ضامن‌های متعدد با مضمون‌عنه؛ رابطه میان ضامن‌های متعدد؛ وضعیت وثایق و تضمینات؛ سقوط تعهد مضمون‌عنه؛ بطلان تعهد مضمون‌عنه؛ فوت ضامن در رابطه با دارنده)، گستره تعهد مسئولان سند تجاری در برابر ضامن، گستره قانون حاکم بر اسناد تجاری و گستره ایرادات غیرقابل استناد در برابر ضامن (که در قسمی عبارت است از (۱) ایرادات غیرقابل استناد مربوط به اراده که شامل ایراد جعل امضای مضمون‌عنه؛ ایراد عدم اهلیت مضمون‌عنه؛ ایراد تزویر در سند پس از امضای مضمون‌عنه و ضامن؛ ایراد امضای سند توسط نماینده فاقد اختیار مضمون‌عنه می‌شود و در قسمی دیگر عبارت از (۲) ایرادات غیرقابل استناد مربوط به غیر از اراده، یعنی جانشینی ضامن از مضمون‌عنه و نیز رعایت مهلت‌های واخواست و طرح دعوی می‌باشد) موارد تأثیرپذیر در این ارتباط خواهد بود.

منابع

فارسی

- اسکینی، ربیعا، «قواعد حاکم بر تعهد تجاری در حقوق ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۲۳ (۱۳۷۷).
- اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)*، چاپ بیست و هفتم، (تهران: سمت، ۱۳۹۸).
- اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت - اسناد تجاری -*، (تهران: سمت، ۱۴۰۰).
- افشارنیا، طیب و اسدی، حمید «صحت تعدد ضمانت‌ها از یک دین در حقوق ایران و فقه امامیه»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ۳۴ (۲)، (۱۳۹۰).
- الله‌آبادی، کمال، «اصل استقلال امضاها و عدم توجه ایرادات در اسناد تجاری»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۱۰ و ۱۱ (۱۳۷۷).
- الفی، بهمن؛ باشکوه، مظفر؛ لطفی دودران، علیرضا، «تبیین و تحلیل ضمانت در اسناد تجاری»، *فصلنامه مطالعات مدیریت راهبردی*، ۱۲ (۴۶)، (۱۴۰۰).
- الماسی، نجادعلی. حسین‌زاده، مهدی، «ضوابط تعیین قانون حاکم بر تعهدات ناشی از اسناد تجاری»، *حقوق خصوصی*، ۷ (۱۶)، (۱۳۸۹).
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۲، چاپ ۲۶، (تهران: اسلامیه، ۱۳۸۵).
- امینی، راضیه؛ ناصری مقدم، حسین، «مفهوم‌شناسی عقد ضمان با رویکرد رفع تعارض ماده ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۳ قانون تجارت»، *مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ۱۳ (۴۷) (۱۳۹۶)، ۲۶-۱۱.
- بزرگ‌پور، علی. صلحی، سیمین، «اصل عدم توجه به ایرادات و استثنای ید بلافضل بر آن». *پژوهش‌های حقوقی*، ۱۸ (۴۰)، (۱۳۹۸).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دوره حقوق مدنی عقد ضمان*، (تهران: شرکت سهامی، ۱۳۵۲).

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ضمان عقدی در حقوق مدنی*، چاپ اول، (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶).

جمعی از نویسندگان، *فرهنگ فقه*، ج ۵، چاپ ۱، (قم: موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۹۲ ش).

خرازی، محسن، *پژوهشی در اقسام بانک‌ها و احکام آن*، *فصلنامه فقه اهل بیت*، شماره ۴۳، (۱۳۸۴).

خزاعی، حسین، *حقوق تجارت (اسناد تجارتي)*، جلد سوم، چاپ اول، (تهران: نشر قانون، ۱۳۸۵).

درایتی، حمید، *درس خارج فقه (کتاب الضمان)*، (۱۳۹۹) نمایه شده در سایت:

<https://www.eshia.ir>

درویشی هویدا، یوسف، «مسئولیت تضامنی و امکان طرح دعوا علیه کلیه مسئولین بدون رعایت ترتیب خاص»، *مجله رأی (مطالعات آرای قضائی)*، ۴ (۱۰)، (۱۳۹۴).

دلشاد، ابراهیم. موجانی، نیره‌سادات، «مطالعه تطبیقی قلمروی مسئولیت ضامن در اسناد تجاری از منظر حقوق ایران، فرانسه و برخی کنوانسیون‌ها». *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۹ (۱)، (۱۴۰۱)، صص ۱۲۱-۱۴۶.

دمرچیلی، محمد؛ حاتمی، علی؛ قرائی، محسن، *حقوق تجارت در نظم حقوق کنونی*، (تهران: آوا، ۱۴۰۱).

دهقانی، پرویز، «حقوق شهروندی دارندة سند تجاری در قبال ضامن با نگرش انتقادی بر رویه قضایی»، *مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی*، ۱۳ (۰)، (۱۳۹۸)، ۲۵۳-۲۶۶.

سعادت، صالح، «بررسی قاعده اتلاف با رویکردی به دیدگاه امام خمینی (ره)»، *فصلنامه فقه*، شماره ۵۹ (۱۳۸۹).

سکوتی نسیمی، رضا، *مباحثی تحلیلی از حقوق اسناد تجاری*، چاپ چهارم، (تهران: مجد، ۱۴۰۱).

سیداحمد سجادی، سید علی، «تضامن در اسناد تجاری»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، ۱۴ (۴)، (۱۳۸۱).

شریفی اشکوری، الیاس، *فقرات فقهیه*، (قم: بیت آیت‌الله الیاس شریفی اشکوری، ۱۳۸۷).
صالحی مازندرانی، محمد، «نگاهی نو به ماهیت ضمان در پرتو مفهوم و هدف از تشریح آن»،
فقه، ۲۲ (۳)، (۱۳۹۴).

صفایی، سید حسین؛ جواهر کلام، محمد هادی، *حقوق مدنی پیشرفته (تضمین های دین)*،
جلد نخست، چاپ دوم، (تهران: سهامی انتشار، ۱۴۰۰).

صقری، محمد، *حقوق بازرگانی (اسناد)*، ج ۱ و ۲، چاپ اول، (تهران: شرکت سهامی انتشار،
۱۳۸۰).

عباسی خراسانی، هادی، *درس خارج فقه (۱۴۰۱)*، قابل دسترسی در وب سایت:

<https://www.eshia.ir>

عبدی پور فرد، ابراهیم، *حقوق تجارت (اسناد تجاری)*، جلد ۳، چاپ ششم، (تهران: مجد،
۱۳۹۸).

عبدی پور فرد، ابراهیم، *مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت*، چاپ دوازدهم، (قم: پژوهشگاه
حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۹).

عبدی پور فرد، ابراهیم؛ جعفری خسروآبادی، نصراله، «خلط نظری ناشی از خطا در
واژه‌شناسی»، *مجله علمی حقوق خصوصی*، ۱۱(۱) (۱۳۹۳)، ۸۱-۱۰۰.

عرفانی، محمود، *حقوق تجارت*، جلد سوم، چاپ چهارم، (تهران: جنگل، ۱۳۹۸).

عرفانی، محمود، *حقوق تجارت تطبیقی*، جلد ششم، چاپ سوم، (تهران: جنگل، ۱۳۹۵).

فخاری، امیرحسین، «مسئولیت امضاکنندگان اسناد تجاری»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۱۶
و ۱۷ (۱۳۷۴).

فخاری، امیرحسین، *اندیشه های حقوقی ۳ (حقوق تجارت)*، چاپ دوم، (تهران: مجد،
۱۳۸۹).

فرحناکیان، فرشید، *قانون تجارت در نظم حقوق کنونی*، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲).

قنبری، سعیده؛ طباطبایی، سید محمدصادق، «شناسایی موضوع عقد در ضمان عرفی»،
فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، دوره ۲۷، شماره ۳ (۱۳۹۹).

کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه های دین*، (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۲).

- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴).
- کاشانی، سید محمود، قراردادهای ویژه، چاپ دوم، (تهران: میزان، ۱۳۹۴).
- کاویانی، کورش، حقوق اسناد تجارتي، چاپ اول، (تهران: میزان، ۱۳۸۳).
- کاویانی، کوروش، حقوق اسناد تجاری، (تهران: میزان، ۱۳۸۰).
- مافی، همایون؛ فرزندگان، محمد، «پرداخت بی قید و شرط ضمانت نامه بانکی از منظر اصل استقلال از قرارداد پایه»، پژوهش حقوق خصوصی، ۵(۱۷)، (۱۳۹۵)، ۱۳۳-۱۵۸.
- نعمت اللهی، اسماعیل، «ضمان به مثابه حکم تکلیفی»، حقوق اسلامی، (۲۷) (۱۳۸۹)، صص، ۲۹-۵۵.
- نعمت اللهی، اسماعیل، «اذمه و عهده در فقه شیعه»، فقه و اصول، ۴۴(۳) (۱۳۹۱)، صص ۱۵۵-۱۷۶.
- نعمت اللهی، اسماعیل، «راهکارهای توسعه قلمرو عقد ضمان در فقه امامیه»، حقوق اسلامی، ۱۷(۶۵)، (۱۳۹۸)، صص ۲۸۲-۲۸۳.

عربی

- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. المغنی (همراه با شرح الکبیر)، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق).
- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ اول، (قم: نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ق).
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، البحر الرقائق شرح کنز الدقائق - تحقیق شیخ زهیر عثمان الجعید-، (بیروت: دار الکتب العلمیه، ۱۹۹۷م).
- ابن همام، محمد بن عبدالواحد (سیواسی)، شرح فتح القدير (مع تکملته نتایج الافکار فی کشف الرموز و الاسرار/ للمولی شمس الدین احمد المعروف بقاضی زاده علی الهدایه شرح بدایه المبتدی تألیف شیخ الاسلام برهان الدین علی بن ابی بکر المرغینانی فی الفقه علی مذهب الامام الاعظم ابی حنیفه و بهامشه شرح العنايه علی الهدایه للامام اکمل الدین)، (بیروت: دار الفکر، ۱۹۷۰م).

اصفهانى، سيدابوالحسن، وسيله النجاة، (قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، ۱۴۲۲ق).
ايروانى، محمد باقر، دروس تمهيدية فى الفقه الاستدلالي، چاپ دوم، (المركز العالمى
للدراسات الإسلامية، ۱۴۲۲ق).

بحرانى، شيخ يوسف، الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة، (قم: مؤسسه النشر الاسلامى
التابعة لجماعة المدرسين، بى تا).

بخارى، طاهر بن احمد، خلاصة الفتاوى، چاپ سنگى، (دهلى، بى تا).

پيمانى، عبدالرسول، كشف الغطا عن وجه الربا، چاپ اول، (اصفهان: آيينه هستى، ۱۳۹۹).
تبريزى، جواد بن على، منهاج الصالحين، ج ۲، چاپ ۱، (قم: مجمع الامام المهدي (عج)،
۱۴۲۶ق).

حسينى حائرى، سيد كاظم، فقه العقود، چاپ دوم، (قم: مجمع انديشه اسلامى، ۱۴۲۳ق).
خمينى، سيد روح الله، تحرير الوسيلة، (تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، بى تا).
خمينى، سيد روح الله، تحرير الوسيلة، ج ۲، چ ۱، (قم: دارالعلم، بى تا).
خويى، سيد محمد تقى، مباني العروة الوثقى، (بى تا) برگرفته از وب سايت:

<https://lib.eshia.ir/>.

خويى، سيد ابوالقاسم، موسوعه الامام الخوئى، ج ۳۱، چ ۱، (قم: مؤسسه احياء آثار الامام
الخوئى، ۱۴۱۸ق).

روحانى، سيد صادق، المسائل المستحدثة، (بى جا، بى تا).

الزبيدى، سيد محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبدالستار أحمد فراج،
(كويت: وزاره الإرشاد والأنبا، ۱۹۶۵).

سبزوارى، سيد عبدالاعلى، جامع الأحكام الشرعيه، چ ۹، (قم: مؤسسه المنار، بى تا).

سبزوارى، سيد عبدالاعلى، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، (قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق).

سند، محمد، فقه المصارف و النقود، چاپ اول، (قم: مجبين، ۱۴۲۸ق).

سيستانى، سيد على، منهاج الصالحين، ج ۲، (بى جا، بى تا).

سيستانى، سيد على، منهاج الصالحين، ج ۲، چ ۵، (قم: دفتر آية ا. سيستانى، ۱۴۱۷ق).

شبيرى زنجانى، سيد موسى، المسائل الشرعيه، چ ۱، (قم: مؤسسه نشر الفقاهه، ۱۴۲۸ق).

شهید ثانی، زین الدین، *الروضه البهیة (المحشی کلانتر)*، ج ۴، چ ۱، (قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق).

صدر، محمد باقر، *البنک اللاریوی فی الاسلام*، (قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر (دار الصدر)، ۱۴۲۹).

صدر، محمد باقر، «حواله»، *فقه اهل بیت*، (۲۱) (۱۳۹۷)، صص ۳-۲۰

صدر، سید محمد باقر، «بررسی فقهی احکام بانک ۱»، *فقه*، ۱۸ (۷۰) (۱۳۹۰)، ۱۹۴-۲۳۱. طباطبایی حکیم. *سید محسن، مستمسک العروة الوثقی*، چاپ اول، (قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق).

طباطبایی حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، (بیروت: دار إحياء التراث العربی، بی تا).

طباطبایی حکیم، سید محسن، *منهاج الصالحین*، (بی جا، بی تا).

طباطبایی قمی، سید تقی، *مبانی منهاج الصالحین*، چاپ اول، (قم: منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ق).

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، ج ۵، چ ۱، (قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۲۰ق).

طباطبایی یزدی، سید محمد، *عروه الوثقی*، (تهران: المکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا).

طریحی، شیخ فخر الدین، *مجمع البحرین*، چاپ دوم، (تهران: المکتبه المرتضویه، بی تا).

طوسی، محمد بن حسن، *الخلافة*، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق).

طوسی (ابن حمزه)، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيله*، ج ۱، (قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق).

علامه حلّی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام*، ج ۲، چ ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق).

علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، (ناشر: منشورات المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریة، بی تا).

فياض، محمد اسحاق، احكام البنوك و الاسهم و السندات و الاسواق الماليه «البورصات» من وجهه النظر الاسلاميه، (قم: مكتبة سماحة الشيخ محمد اسحاق الفياض - چاپخانه امير - ، بی تا).

فياض كابلې، محمد اسحاق، منهاج الصالحين، ج ۲، (بی جا، بی تا).
فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، چاپ هشتم، (بیروت: تحقیق مكتب التراث فی مؤسسه الرساله، مؤسسه الرساله، ۲۰۰۵م).

قیومی المقری، أحمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر، (المکتبه العصریه، ۱۴۱۸ق).
محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام، ج ۲، ج ۲، (قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق).
محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، ج ۲ (تهران: استقلال، ۱۴۰۹ق).
محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، (قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ق).

مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق (ع)، چاپ اول، (قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق).
موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیة، ج ۶، (قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق).
موسوی خویی، ابوالقاسم، مبانی العروۃ الوثقی، چاپ اول، (قم: منشورات مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۹ق).

نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲ش).

النووی، بو زکریا محیی الدین یحیی بن شرف النووی، المجموع شرح المهذب، (قم: دار الفکر، بی تا).

References

- Corley, Robert N. Shedd. Petter J. *Principles of Business Law*, Prentice Hall, New Jersey (1989).
- Gao, X. *The Identity of the Fraudulent Party under the fraud Rule in the Law of Letters of Credit*. UNSWLJ, Vol.24 (2001).
- Gillies, P., and Moens, G. *International Trade & Business Law & Policy*. Routledge (1998).
- Clarkson, Kenneth A, Miller, Roger Leroy & Cross, Frank B, *Business Law Text and Cases*, 12Ed, USA, South -Western, Centage Learning, (2012).

Kessler, Friedrich, "Forged endorsements", *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Vol 47, No 6, (1938).

Translated References to English

- A group of authors, *jurisprudence culture*, vol.5, 1st edition, (Qom: Islamic Jurisprudence Encyclopaedia Institute, 2013). [in Persian]
- Abbasi Khorasani, Hadi, *the lesson outside jurisprudence*, available on the website: <https://www.eshia.ir> (2022). [in Persian]
- Abdipour Fard, Ebrahim, *Business Laws* (Commercial Documents), Volume 3, 6th Edition, (Tehran: Majd, 2018). [in Persian]
- Abdipour Fard, Ebrahim, *Analytical discussions of commercial law*, 12th edition, (Qom: Hozha and University Research Institute, 2019). [in Persian]
- Abdipour Fard, Ebrahim; Jafari, Nasrolah, "Theoretical Confusion Caused as a Result of Misconception in Terminology", *Journal of "Private Laws"*, 11(1) (2013). [in Persian]
- Afsharnia, Tayyeb and Asadi, Hamid "A Study of the Validity of Plurality of Suretyship for a Debt in Iranian Law and Shiite Jurisprudence", *Research Journal of Islamic Law*, 34 (2), (2011). [in Persian]
- Alefy, Bahman. Bashokouh, Muzaffar. Lotfi Dodran, Alireza, "Explanation and analysis of the Suretyship in commercial instrument", *Journal of Strategic Management Studies*, 12(46), (2021). [in Persian]
- Allahabadi, Kamal, "Principle of Independence of Signatures and Ignoring Defects in Commercial Documents", *Journal of Judicial Law Perspectives*, Vol. 10 and 11 (1998). [in Persian]
- Almasi, Nejad Ali. Hosseinzadeh, Mehdi, "The Criteriavfor Determining the Governing Law on Obligations of the Commercial Instruments", *Journal of private law*, 7(16), (2018). [in Persian]
- Amini, Razieh; Naseri Moghadam, Hossein, "Semantics of Guarantor's Contract by Approach of Rejecting Conflict of Clause 698 of Civil Law and 403 of Trade Law", *Journal of Islamic Jurisprudence and Law Research*, 13(47) (2016). [in Persian]
- Bozorgpour, Ali. Solhi, Simin, "Ignoring Objections Principle and One of This Exemption and the Exemption of the Next Direct Beneficiary on it". *Journal of Legal Research*, 18(40), (2018). [in Persian]
- Darvishi Hoveida, Youssef, "Joint liability and the possibility of filing a lawsuit against all officials without observing a specific order", *Journal of Judicial Opinion Studies*, 4 (10), (2015). [in Persian]

- Delshad, Ebrahim. Mojani, Nayera Sadat, "A Comparative Survey on the Boundaries of the Liability of the Guarantor in Commercial Instruments Considering Iranian and French Laws and Certain Conventions". *Journal of Comparative Research Islamic and Western Laws*, 9(1), (2022). [in Persian]
- Damarchili, Mohammad; Hatami, Ali; Qaraei, Mohsen, *Business Law in the Current Law System*, (Tehran: Ava, 2022). [in Persian]
- Dehghani P. "The Commercial Document Holder's Citizens' Rights Toward a Guarantor with a Critical Attitude to Judicial Precedent", *Journal of medical law*, Vol 13, MLJ 2019. [in Persian]
- Draiti, Hamid, *Lessons in Jurisprudence* (Book of Guarantee), indexed at <https://www.eshia.ir> (2019). [in Persian]
- Emami, Seyyed Hassan, *Civil Law*, Volume 2, 26 ed, (Tehran: Islamia, 2006). [in Persian]
- Erfani, Mahmoud, *Business Law*, Volume 3, Edition 4, (Tehran: Jangal, 2018). [in Persian]
- Erfani, Mahmoud, *Comparative Commerce Laws*, 6th volume, 3rd edition, (Tehran: Jangal, 2015). [in Persian]
- Fakhari, Amir Hossein, "The responsibility of the signatories of commercial documents", *Journal of Legal Research*, Vol. 16 and 17 (1995). [in Persian]
- Fakhari, Amir Hossein, *Legal Thoughts 3* (Business Law), second edition, (Tehran: Majd, 2009). [in Persian]
- Farhanakian, Farshid, *Commercial law in the current legal system*, (Tehran: Mizan Legal Foundation, 2012). [in Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *civil law -guarantee agreement-*, (Tehran: Sahami Company, 1973). [in Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar, *Contractual guarantee in civil law*, first edition, (Tehran: Ganj Danesh, 2016). [in Persian]
- Katouzian, Nasser, *Civil Laws: Permissive Contracts - debt Pledges*, (Tehran: Sohami Publishing, 2012). [in Persian]
- Katouzian, Nasser, *Civil Laws in the current legal order*, (Tehran: Mizan Legal Foundation, 2014). [in Persian]
- Kashani, Seyyed Mahmoud, *special contracts*, second edition, (Tehran: Mizan, 2014). [in Persian]
- Kaviani, Korosh, *Laws of commercial documents*, first edition, (Tehran: Mizan, 2004). [in Persian]
- Kaviani, Korosh, *Laws of commercial documents*, (Tehran: Mizan, 2001). [in Persian]

- Kharazi, Mohsen, "Research on the types of banks and their rulings", *Journal of Ahl al-Bayt Jurisprudence*, No. 43, (2004). [in Persian]
- Khazaei, Hossein, *Laws of Commerce (Commercial documents)*, third volume, first edition, (Tehran: Nash Qonun, 2015). [in Persian]
- Mafi, Homayun; Farzanegan, Mohammad, "Unconditional Payment of Bank Guarantee from the Perspective of Independent Principle", *Journal of Private Law Research*, 5(17), (2015). [in Persian]
- Nematollahi, Ismail, "Guarantee as an Obligatory Rule", *Journal of Islamic Law*, (27) (2010). [in Persian]
- Nematollahi, Ismail, "Dhimmah and responsibility in Shia jurisprudence", *Journal of Jurisprudence and Principles*, 44(3) (2011). [in Persian]
- Nematollahi, Ismail, "Methods for the Development of the Domain of Guarantee Contracts in Imami Jurisprudence", *Journal of Islamic Law*, 17(65), (2018). [in Persian]
- Qanbari, Saeeda; Tabatabaei, Seyyed Mohammad Sadegh, "Identify the Subject of the Contract in Customary Guarantee", *Journal of Jurisprudence*, Volume 27, Number 3 (2019). [in Persian]
- Saadat, Saleh, "Investigation of the rule of destruction with an approach from Imam Khomeini's point of view", *Journal of Jurisprudence*, No. 59 (2010). [in Persian]
- Saadat, Saleh, "Examination of the rule of waste with an approach from the point of view of Imam Khomeini (RA)", *Journal of Jurisprudence*, No. 59 (2010). [in Persian]
- Safai, Seyyed Hossein; Javaherkalam, Mohammad Hadi, *Advanced Civil law (guarantees of Dein)*, first volume, second edition, (Tehran: Sahami Publishing, 2021). [in Persian]
- Salehi Mazandarani, Mohammad, "A new view on the nature of guarantee contract in the light of concept and aim of its legalization", *Journal of Jurisprudence*, 22 (3), (2014). [in Persian]
- Saqri, Mohammad, *Commercial Laws (Documents)*, vol. 1 and 2, first edition, (Tehran: Sahami Publishing Company, 2001). [in Persian]
- Seyed Ahmad Sajjadi, Seyed Ali, "Solidarity in commercial documents," *Qom Higher Education Complex*, 14(4), (2002). [in Persian]
- Sharifi, Elias, *Faqrat Fiqhieh*, (Qom: Beit Ayatollah Elias Sharifi Ashkuri, 2008). [in Persian]
- Sokoti Nasimi, Reza, *Analytical discussions of commercial document law*, 4th edition, (Tehran: Majd, 2022). [in Persian]
- Sokoti Nasimi, Reza, *Analytical discussions of commercial document law*, 4th edition, (Tehran: Majd, 2022). [in Persian]

Skini, Rabia, "Rules Governing Commercial Obligation in Iranian Law", *Journal of Judicial Law*, No. 23 (1998). [in Persian]

Skini, Rabia, *Commercial Laws* (bill of exchange, promissory note, Warrant, bearer Bonds and cheque), 27th edition, (Tehran: Samit, 2018). [in Persian]

Skini, Rabia, *Commercial Laws -Commercial Documents-*, (Tehran: Samt, 2021). [in Persian]

استناد به این مقاله: طبایبی، سید محمدصادق؛ امینی، محمد؛ رستگاری، محمود. (۱۴۰۲).
موضوع‌شناسی حقوقی - فقهی ضمانت در اسناد تجاری (تبعی یا مستقل) و آثار آن بر حقوق دارنده؛ مبتنی بر
نظریه تفصیلی، پژوهش حقوق خصوصی، ۱۲(۴۴)، ۹۵-۴۹. doi: 10.22054/jplr.2023.74824.2769



Private Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.