

نشریه علمی فقه، حقوق و علوم جزا
مقاله پژوهشی، سال ششم، شماره ۲۱، پاییز ۱۴۰۰، صفحات ۸۳ تا ۷۰
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۴

رویکردی تطبیقی بر آثار ضمان تجاری

| افشین مجاهد* | دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی میبد،
مدرس دانشگاه آزاد اسلامی یزد و دانشگاه دارالعلم.

چکیده

عقد ضمان یا ضمانت علاوه بر قانون مدنی موضوع مواد ۴۰۲ الی ۴۱۱ از قانون تجارت را به خود اختصاص داده است. در قانون مدنی، اصل بر انتقال دین یا نقل ذمه مدیون به ذمه ضامن و در قانون تجارت اصل بر مسئولیت تضامنی است. در بسیاری از قراردادهای مدنی و تجاری، متعهدله برای اطمینان از انجام تعهد از متعهد درخواست دادن وثیقه یا ضامن می‌نماید. تضمینات مذکور نسبت به تعهد اصلی، تعهدی تبعی و فرعی است. در کنار رهن و ضمان عقدی، انواع اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی که از عرف تجارت بین‌المللی گرفته شده نیز به عنوان تضمین اجرای تعهدات یا حسن اجرای آن‌ها به کار می‌رود. مسئله تضمین ایفاء تعهدات در حقوق تجارت داخلی و بین‌المللی نیز اهمیتی به سزایی دارد، مخصوصاً در بازرگانی بین‌المللی که حجم کلان تولید و خرید و فروش کالا و اجرای طرح‌های عظیم و پیچیده مستلزم همکاری شرکت‌ها و مؤسسات مختلف تولیدی و خدماتی است که در کشورهای دور و نزدیک وجود یافته‌اند و در قراردادهای چندجانبه خود همدیگر را نمی‌شناسند، لذا برای تأمین اعتماد و اطمینان خود یا جلب نظر طرف معامله نیاز به تضمین کافی دارند.

واژگان کلیدی: ضمان تجاری، تعهد، معاملات، قرارداد، ضمانت‌نامه.

* نویسنده مسئول: mojahedafshin859@gmail.com

مقدمه

امروزه گردش اعتبارات در عملیات تجارتي نقش مهمی دارد و سرعت جریان آن بسته به اعتبارات متکی به اسناد تجارتي و غیر آن بوده که مستوجب وجود تضمین در پرداخت به موقع دیون است. تضمینات در امور تجارتي ندرتاً می‌تواند عینی باشد؛ زیرا کثرت موارد معاملات امکان توثیق اموال محدود منقول و غیرمنقول را نمی‌دهد. در عوض وثیقه ذمی به جای آن به کار گرفته می‌شود که هم به لحاظ سرعت انجام و هم نبودن هزینه اضافی در مصرف کالا توجیه‌پذیر است. در واقع تعاون متقابل تجار موجب وصول امکان ایجاد و گردش اعتبارات به عنوان امکانات مالی بالقوه در انواع معاملات آن‌ها خواهد بود. ضمانت‌ها بحث پیچیده و مهمی است که تقریباً زندگی همه افراد جامعه را درگیر کرده نموده، چه افرادی که به کار تجاری می‌پردازند و برای خود ضامن انتخاب می‌کنند و چه افرادی که ضامن می‌شوند، اما در کار تجاری دستی ندارند. برخی از حقوقدانان معتقدند که ماهیت و ذات عقد ضمان نه اقتضای نقل ذمه به ذمه را دارد و نه مقتضای ضم ذمه به ذمه است؛ بلکه تابع قصد مشترک طرفین است. (منتظری و مظاهری کوهانستانی، ۱۳۹۷، ۱۱۳) برخی دیگر بر این عقیده‌اند که ماهیت و ذات عقد ضمان، نه اقتضای نقل ذمه را دارد و نه ضم ذمه را، بلکه مقتضای ذاتی این عقد، ایجاد تعهد است؛ با این تفصیل پذیرش هر یک از این دو رأی در ضمن عقد و توافق بر آن‌ها می‌تواند صحیح باشد. از منظر حقوقی نیز ضمان بحث مدنی است و در قانون تجارت مفاد آن تکمیل شده است و اختصاص به قانون تجارت ندارد، بلکه تکمله‌ای بر مواد قانون مدنی است. (ناصری مقدم و امینی، ۱۳۹۶، ۱۱) عقد ضمان در قانون مدنی، یکی از عقود است که با پیشرفت جوامع و گسترش مبادلات و معاملات تجاری کمرنگ شده، چرا که در وضع این قانون از نظریه نقل ذمه به ذمه پیروی شده است و با انعقاد عقد ضمان، مدیون بری شده و دین بر عهده ضامن استقرار می‌یابد، لیکن عقد ضمان در قانون تجارت بدین منوال نبوده چرا که در این قانون از نظریه به ضم ذمه به ذمه پیروی شده که بر این اساس، ذمه مدیون بری نشده، بلکه ضمیمه ذمه ضامن می‌شود. به عبارت دیگر با انعقاد عقد ضمان، ضامن هم به همراه مدیون اصلی متعهد می‌گردد. در نظام بانکی و رویه فعلی بانک‌ها همانند قانون تجارت از نظریه ضم ذمه به ذمه پیروی شده و نظریه نقل ذمه به ذمه جایگاهی ندارد. حتی اشخاص نیز در قراردادهای عادی تمایل به انعقاد عقد ضمان به پیروی از شیوه ضم ذمه به ذمه دارند زیرا پیروی از این شیوه اطمینان خاطر بیشتری برای مضمون‌له در جهت وصول طلب خود به همراه دارد. (باکرم مریان، ۱۳۹۰، ۱۰) با توجه به اینکه در قانون مدنی ایران، شیوه اول یعنی ضمان به نحو نقل ذمه به ذمه پذیرفته را پذیرفته لیکن به عنوان مثال، بانک‌ها برای خودشان حق مراجعه به هر یک از ضامن، مضمون‌عنه و یا هردوی ایشان را محفوظ می‌دارند و به هر صورت با اخذ وثائق و تضمینات متعدد سعی در تسهیل وصول مطالبات خویش دارند. بنابراین با توجه به استفاده و کاربرد متفاوت از عقد مزبور در روابط متداول تجاری و مالی بین اشخاص با یکدیگر، در این مقاله به بررسی آثار ضمان تجاری می‌پردازیم. بر این اساس، با توجه به ماهیت موضوع، تحقیق حاضر از لحاظ هدف،

کاربردی، از لحاظ روش تحقیق، به صورت نظری می‌باشد و روش گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای بوده و روش تجزیه و تحلیل و جمع‌بندی به صورت توصیفی خواهد بود.

مفهوم تضمین در قوانین تجاری

بر خلاف حقوق مدنی، که اصل مسئولیت تضامنی در قراردادهای طرفداران زیادی ندارد و تضامن قهری نیز بسیار محدود است، در حقوق تجارت به تبعیت از حقوق اروپایی، مسئولیت تضامنی در چندین مورد تکرار شده، به طوری که در این موارد اگر تصریحی هم به عمل نیاید اصل مسئولیت تضامنی شناخته شده است. ضمانت تجاری به این صورت است که اگر چند نفر مسئولیت پرداخت دینی را به صورت تضامنی بر عهده بگیرند، اگر یکی از ضامنین دین را پرداخت کند و به تعهداتش عمل نماید، سایر ضامنین از پرداخت آن دین بری می‌شوند و دیگر مسئولیتی برای پرداخت آن دین ندارند. ضمانت تجاری معمولاً به دو صورت فردی و دسته جمعی وجود دارد. در ضمانت فردی ضمانت تجارت بر عهده یک نفر است و اگر فرد بدهکار و یا متعهد اصلی نتواند دیون خود را پرداخت نماید و یا به تعهدات خود عمل نماید، طلبکار می‌تواند از متعهد اصلی و یا همان و یا همان فردی که این ضمانت نامه را داده است، وجه خود را مطالبه نموده و یا ضامن را ملزم به ایفای تعهدات متعهد اصلی نماید. ضمانت تجارت دسته‌جمعی معمولاً در مورد شرکت‌های تضامنی است که سرمایه آن‌ها زیاد است. در این شرکت‌ها طلبکار می‌تواند دین خود را از متعهد اصلی دریافت نماید و اگر متعهد اصلی نتواند دین خود را پرداخت نماید، طلبکار می‌تواند دین و تعهد خود را از ضامنین دریافت کند. ضمانت تجارت در خرید و فروش‌ها و در بین کسبه و بازاریان بسیار اهمیت دارد و پشتوانه افراد در یک تجارت محسوب می‌شوند. همچنین کسانی که می‌خواهند برای اولین بار کسب و کاری را راه اندازی کنند و مراودات تجاری داشته باشند، اخذ این ضمانت نامه برای آن‌ها الزامی و مهم است. در حقوق تجارت دادن ضامن، نوعی تضمین به شمار آمده، به طوری که ماده ۲۳۸ قانون تجارت مقرر می‌دارد: اگر بر علیه کسی که براتی قبول کرده، ولی وجه آن را نپرداخته اعتراض عدم تأدیه شود دارنده براتی نیز که همان شخص قبول کرده ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است، می‌تواند از قبول‌کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه آن ضامن دهد یا پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین کند. در این ماده مقصود قانونگذار از ضامن دادن، تضمین شخصی است و قصد وی از به نحو دیگری تضمین کند، فقط می‌تواند جنبه مالی داشته باشد که شامل رهن اموال می‌گردد. در قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ برای کلمه تضمین این معانی را می‌توان یافت:

الف) به معنی وثیقه: چنانکه این مواد، این مطلب را مدلل می‌دارد: ۱- بند ۱۷ ماده ۸، صدر ماده ۸ قانون مذکور مقرر داشته: طرح اساسنامه باید با قید تاریخ به امضاء مؤسسين رسیده و مشتمل بر مطالب زیر باشد ... و در ادامه بندهای مربوط در بند ۱۷ آمده است تعداد سهام تضمینی که مدیران باید به صندوق شرکت بسپارند. ۲- ماده ۱۱۴ همان قانون: مدیران باید تعداد سهامی را که اساسنامه شرکت مقرر کرده است را دارا باشند. این تعداد سهام نباید از تعداد سهامی که به

موجب اساسنامه جهت دادن رأی در مجامع عمومی لازم است کمتر باشد. این سهام برای تضمین خساراتی است که ممکن است از تقصیرات مدیران منفرداً یا مشترکاً بر شرکت وارد شود. سهام مذکور با اسم بوده و قابل انتقال نیست و مادام که مدیری مفاصا حساب دوره تصدی خود در شرکت را دریافت نداشته، سهام مذکور در صندوق شرکت به عنوان وثیقه باقی خواهد بود. همچنین در مواد ۱۱۵ و ۱۱۶ و ۱۱۷ قانون فوق‌الذکر درباره این سهام مطالبی بیان شده، خصوصاً در ماده ۱۱۷ از این سهام به عنوان سهام وثیقه نام برده شده است.

ب) به معنی ضمان عقدی: این معنی تضمین، همان ضمانت کردن است که شامل این موارد می‌باشد: ۱- بند ۸ ماده ۵۸- این ماده مقرر می‌دارد: اطلاعیه انتشار اوراق قرضه باید مشتمل بر نکات زیر بوده و توسط دارندگان امضاء مجاز شرکت امضاء شده باشد و آنگاه در بند ۸ ماده مذکور آمده است: در صورتی که شرکت سابقاً اوراق قرضه مؤسسه دیگر را تضمین کرده باشد مبلغ و مدت و سایر شرایط تضمین مذکور. ۲- ماده ۱۳۲ قانون مذکور، مدیرعامل شرکت و اعضاء هیأت مدیره به استثناء اشخاص حقوقی حق ندارند هیچگونه وام یا اعتبار از شرکت تحصیل نمایند و شرکت نمی‌تواند دیون آن‌ها را تضمین یا تعهد کند ... ۳- بند ۱۲ ماده ۱۷۴ همان قانون، در این ماده مقرر شده طرح اعلامیه پذیره نویسی مذکور در ماده ۱۷۳ باید به امضای دارندگان امضاء مجاز شرکت رسیده، مشتمل بر نکات زیر باشد ... و در بند ۱۲ آمده است مبلغ دیون شرکت و همچنین مبلغ دیون اشخاص که توسط شرکت تضمین شده است. ۴- در ماده ۲۳۵ پیش‌بینی شده تعهداتی که شرکت، آن را تضمین نموده باید با قید مبلغ در ذیل ترازنامه آورده شود. ج) تضمینات مربوط به اوراق قرضه و بازپرداخت آن: ۱- در بند ۷ ماده ۵۸؛ این ماده مقرر می‌دارد: اطلاعیه انتشار اوراق قرضه باید مشتمل بر نکات زیر بوده و توسط دارندگان امضاء مجاز شرکت، امضاء شده باشد. و در بند ۷ ماده مذکور مقرر می‌دارد: در صورتی که شرکت سابقاً اوراق صادر نموده مبلغ و تعداد و تاریخ صدور آن و تضمیناتی که احتمالاً برای بازپرداخت آن در نظر گرفته شده و همچنین مبالغ بازپرداخت شده آن و در صورتی که اوراق قرضه سابق قابل تبدیل به سهام شرکت بوده باشد مقداری از آن گونه اوراق قرضه که هنوز تبدیل به سهم نشده است. ۲- بند ۱۰ ماده ۵۸ مقرر می‌دارد: تضمیناتی که احتمالاً برای اوراق قرضه در نظر گرفته شده است. ۳- بند ۸ ماده ۶۰ همان قانون؛ این ماده مقرر داشته ورقه قرضه باید شامل نکات زیر بوده و به همان ترتیبی که برای امضای اوراق سهام مقرر شده است امضا شود. و در بند ۸ آن ماده یکی از آن نکات را چنین بیان داشته است تضمیناتی که احتمالاً برای قرضه در نظر گرفته شده است. ۴- بند ۱۱ ماده ۱۷۴؛ در صدر این ماده آمده است طرح اعلامیه پذیره نویسی مذکور در ماده ۱۷۳ باید به امضای مجاز شرکت رسیده و مشتمل بر نکات زیر باشد ... و در بند ۱۱ ماده فوق یکی از آن نکات را چنین ذکر نموده که مبلغ بازپرداخت نشده انواع دیگر اوراق قرضه‌ای که شرکت منتشر نموده و تضمینات مربوط به آن. لازم به ذکر است که تضامن قانونی در اسناد تجاری نیز به دلیل اهمیت ویژه خود در روابط بازرگانی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و به دلیل همین ویژگی قانونگذار نیز برای تسهیل در امور تجاری و تضمین دارندگان آن، مقررات خاصی را در این باره مقرر کرده و

مسئولیت تضامنی را که کامل ترین و سخت ترین نوع مسئولیت در روابط بدهکاران با طلبکار است، در مورد مسئولین این اسناد اعمال نموده است. در این راستا ماده ۲۴۹ قانون تجارت مقرر می‌دارد: برات دهنده، کسی که برات را قبول کرده و ظهرنویس‌ها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند. این ماده پس از بیان مسئولیت تضامنی مسئولین و برخی قواعد دیگر این مسئولیت در بند آخر خود با این عبارت ... ضامنی که ضمانت برات دهنده یا محال علیه یا ظهرنویسی را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت کرده است. مسئولیت تضامنی ضامنین را نیز متذکر شده است (ماده ۴۰۲ و ۴۰۳ ق.ت) این ماده که در حقوق ما ناظر به مسئولیت تضامنی برای پرداخت وجه برات است در ماده ۴۷ قانون متحدالشکل ژنو نیز تصریح شده، منتهی در این ماده ظهرنویس را علاوه بر ضمانت در پرداخت، ضامن قبولی نیز می‌داند. (کاتبی، ۱۳۶۸، ۲۰۲) مفهوم ضمان تجاری در توثیق اسناد تجاری، نوعی از ضمان ضم ذمه است که در چنین ضمان تعهد ضامن به عنوان وثیقه دین می‌باشد که در نتیجه آن مضمون له ابتدا برای وصول و دریافت طلب خود به مضمون عنه (مدیون اصلی) مراجعه می‌کند و در صورتی که به جهتی از جهات به نتیجه نرسیده به مدیون تبعی (وثیقه) یعنی ضامن مراجعه می‌نماید. برخی از فقهای معاصر نیز در ضمان قائل به ضمان وثیقه‌ای (تضامن طولی) هستند. به نظر ایشان مضمون له مخیر نیست به اینکه به هر کدام از ضامن و مضمون عنه مراجعه کند بلکه ابتدا باید به مضمون عنه مراجعه کند و اگر او نداد به ضامن مراجعه شود. ذمه ضامن مشغول است ولی مأمور به اداء نیست، مگر اینکه مضمون عنه اداء نکند. به نظر ایشان عرف عقلاء معنای تبعی را می‌فهمد که در نتیجه ضمان طولی است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ۱۳) ضمان وثیقه‌ای به ضمان ساده شبیه است. ماده ۴۰۲ قانون تجارت در این خصوص مقرر می‌دارد: ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدو به او 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 به این ترتیب مقرر شده باشد. مطابق ماده فوق با انعقاد ضمان ذمه بدهکار اصلی بریء نمی‌شود، عقد ضمان موجب نقل ذمه نسبت به هر کدام (ضامن و بدهکار اصلی) در مقابل مضمون له جداگانه مسئولیت دارند. به موجب این ماده عقد ضمان یک تضمین شخصی برای طلبکار به وجود می‌آورد و تعهد ضامن جنبه تبعی دارد. که در صورت عدم تأدیه دین از سوی مدیون اصلی حال به هر جهتی از جهات قانونی، بستانکار حق مطالبه و رجوع به ضامن را داشته باشد. شیوه نگارش ماده مزبور بیانگر آن است که نویسندگان قانون مزبور قصد تبعیت از نظریه ضم در عقد ضمان (بر خلاف ضمان حقوق مدنی که نقل ذمه است) را داشته و خواسته‌اند اشخاص را از پیروی شیوه‌های غیرمستقیم و پیچیده التزام به تأدیه معلق موضوع (ماده ۷۲۳ قانون مدنی) رها سازند. مقنن قانون مزبور نظریه ضم ذمه ساده را به عنوان یک اصل و قاعده در قرارداد ضمان پذیرفته و آن را جایگزین مقررات قانون مدنی کرده است. (مسگر عبدالآبادی، ۱۳۹۱، ۲۵) در قانون تجارت ایران در مورد اطراف عقد ضمان مطلبی بیان نشده ولی نظر به اینکه ضمان یک عقد است و مشمول قواعد عام، باید گفت مطابق ماده ۶۸۴ قانون مدنی در حقوق تجارت هم اطراف عقد ضمان عبارتند از: ضامن و مضمون له و مضمون عنه.

از دیدگاه حقوق تجارت، ضمانت‌نامه‌های بانکی از قراردادهای تجاری به حساب می‌آیند. در قلمرو تجارت، در اکثر کشورها قراردادهای تجاری اوصاف و ویژگی‌های خود را یافته‌اند و از احکام و مقررات خاص خود پیروی می‌کنند. ضمانت‌نامه بانکی نیز به عنوان یک قرارداد تجاری و سند تعهدآور بانکی متضمن فصول و ویژگی‌هایی است و طبیعت و ماهیت خاص خود را دارد. این گونه اسناد و قراردادها زاییده عرف و رویه بانکی و مقتضیات دنیای تجارت و قراردادهای پیمانکاری بوده، در قلمرو تجارت بین‌المللی مشمول قواعد و مقرراتی هستند؛ از این رو در بررسی و تحلیل روابط حقوقی ناشی از آنها این جنبه‌ها نباید از نظر پنهان بماند. (اخلاقی، ۱۳۶۸، ۱۱۸) در مورد ظهرنویسی بعنوان وثیقه نهادن اسناد تجاری در قانون تجارت ما چیزی پیش بینی نشده است؛ حال آنکه عملاً در روابط تجاری و معاملات و قراردادهای بانکی از توثیق اسناد تجاری استفاده می‌شود و تجار غالباً برای تحصیل اعتبار در حساب جاری یا گشایش اعتبارات اسنادی یا تضمین حسن انجام کار و تعهدات تجاری خویش، اسناد تجاری را نزد بانک‌ها به وثیقه می‌گذارند و بانک‌ها حسب قرارداد منعقد با مشتریان خود، می‌توانند هر زمان که بخواهند وجوه حاصله از اسناد مذکور را جهت پوشش مطالبات خود منظور کنند. قانون تجارت کشور ما، مثل همه کشورها، قابلیت نقل و انتقال سند تجاری را به طور کلی از طریق ظهرنویسی پذیرفته و شرایط سهل و ساده آن را بیان داشته است. امروزه تضمین پرداخت اسناد تجاری هم بیشتر از طریق ضمانت به عمل می‌آید. دارندگان سند، خصوصاً بانک‌ها در هنگام دریافت آن از صادرکننده یا واگذارنده ضامن معتبر طلب می‌کنند و حتی در بسیاری موارد از مدیر شرکتی که سند را صادر نموده و تحویل می‌دهد به عنوان ضامن، امضاء می‌گیرند تا هم شرکت به عنوان شخص حقوقی و هم مدیر به عنوان شخص حقیقی معتبر متضامناً در مقابل بانک اعطاکننده تسهیلات مسئول پرداخت باشند. (اسلامی، ۱۳۸۳، ۳)

آثار تضمین در مبادلات تجاری

از بین تضمین و وثیقه که در ارتباط با شکل‌های متعارف پرداخت و تأمین اعتبار در تجارت است، شرط حفظ مالکیت، معمول‌ترین شیوه‌ای است که بایع می‌تواند با آن در مقابل عدم پرداخت ثمن حمایت شود. این شرط چنین است که مشتری تنها وقتی مالک می‌شود و تمامی حقوق مربوط به کالای خریداری شده را دارا می‌گردد که ثمن را به طور کامل پرداخته باشد. مقررات مربوط به تضمین پرداخت ثمن از لحاظ بین‌المللی یکنواخت نیست. راه‌حل‌های موجود قانونی از کشوری به کشور دیگر تفاوت می‌کند و برداشت ثابتی از آن وجود ندارد، یکی از دلایل این اختلافات شاید مربوط به این واقعیت باشد که حقوق مربوط به انتقال مالکیت اموال منقول یکی از ساختارهای عمده و اساسی هر نظام حقوقی است و بدین جهت یکنواخت نمودن آن مشکل می‌باشد. در عمل رابطه نزدیک میان مقررات تضمین پرداخت ثمن و مقررات ورشکستگی و افلاس و به طور کلی تضمین دین و اعتبار است. در نتیجه معیارهای مختلفی که در هر نظام حقوقی وجود دارد، هماهنگ نمودن مقررات و یکنواخت کردن آنها در این زمینه بدون اشکال نخواهد بود. بدین

ترتیب کسانی که در تجارت بین‌المللی دخالت دارند باید با شکل‌های مختلف تضمین کالا که در هر کشوری اعمال می‌شود هماهنگ گردند. در موقعیت‌های بسیاری مثلاً در تحویل کالا در کشور آلمان، جایی که مقررات مربوط به تضمین ثمن به شدت پیشرفته است، توجه یا بی‌توجهی به شکل‌های تضمین می‌تواند شرایط قراردادی معاوضه را به طور جدی تحت تأثیر قرار دهد. به علاوه شرط خاص مربوط به تضمین کالا معمولاً به طور جداگانه در جریان توافق معین نمی‌شود، بلکه در شرایط قراردادی استاندارد مربوط به بایع گنجانده شود. استفاده از شرط درست، نادرست یا عدم درج شرطی مربوط به تضمین ثمن می‌تواند نتایج بسیار متفاوتی را به همراه داشته باشد و بایع در صورت عدم استفاده از امکانات موجود تضمین در صحنه تجارت بین‌المللی به خاطر عدم آگاهی پیش‌پیمدهای ناگواری را متقبل می‌شود. بنابراین هر تاجر محتاطی توجه خواهد کرد که تا حد ممکن امکانات موجود تضمین در قرارداد صادراتش لحاظ شود، از همین رو مسئله تضمین کالا بخش مهمی از توصیه‌هایی است که در ارتباط با مفاد قرارداد صادرات به بایع ارائه می‌شود. (علیزاده، ۱۳۹۶، ۲۱) حفظ یا ذخیره مالکیت به عنوان تضمینی در مقابل ورشکستگی و افلاس در مواقعی که مشتری قبل از تأدیه ثمن معامله ورشکسته یا مفلس می‌شود، تضمین کالا در رابطه با حمایت از بایع اهمیت خاصی می‌یابد. توافق معتبر درباره نگهداری و حفظ مالکیت مقرر می‌کند که بایع حق دارد هر مقدار از کالا را که نزد خریدار باقی‌مانده مطالبه کند یا اینکه بایع برای استیفاء ثمن پرداخت نشده معامله حقوق دیگری دارد. طلب‌های مربوط به کالای تحویل شده در صورت افلاس و ورشکستگی، اصولاً از حق تقدم و امتیازی برخوردار نیستند و حداکثر به نسبت بخش پرداخت شده ثمن سهمی به آن تعلق می‌گیرد، البته مشروط به آنکه چنین پرداخت یا توزیعی اساساً ممکن باشد. بنابراین بسیار مفید خواهد بود اگر تسلیم‌کننده کالا بتواند بی‌درنگ از تضمین مقرر شده در رابطه با کالای تحویل شده استفاده کند. لازم به ذکر است که تضمین حفظ مالکیت در مقابل خود مشتری به کار نمی‌رود، زیرا وی پس از ورشکستگی از دایره کسانی که درگیر و دخیل می‌باشند کنار می‌رود. بایع که نفعش در استیفاء طلبش از کالای خودش به صورت مقدم می‌باشد، در چنین مواردی غالباً در تعارض با دیگر طلبکاران است، طلبکارانی که نفعشان در احتساب کالا در چارچوب جریان ورشکستگی است. تضمین و به گرو گرفتن کالا از سوی بایع عمدتاً در تعارض با تضمین اعتباراتی است که از سوی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری دیگر به مشتری داده شده است. در صورت ورشکستگی مشتری، تسلیم‌کننده برای تحقق بخشیدن و اجرای تضمینش نه تنها باید با مدیر امور ورشکستگی یا نمایندگان دیگر سایر طلبکاران برخورد نماید، بلکه باید با سایر طلبکاران وثیقه‌دار نیز رقابت نماید. حدود تضمین بایع در کالای تحویل شده از سوی وی ممکن است همیشه یکسان نباشد، کالاهایی که تا حد بسیار زیادی تحت تأثیر نحوه تسلیم قرار می‌گیرند ممکن است دچار تنزل سریع قیمت شوند مانند منسوجات و لباس‌های مد که این امر به نوبه خود ارزش تضمین حفظ شده را می‌تواند کاهش دهد. هزینه‌های فروش کالا نیز ممکن است گزاف باشد. بنابراین ارزش تضمین معمولاً تنها با تحقق فروش کالا معین و معلوم می‌شود، یعنی وقتی که احراز می‌شود چه مقدار کالا را می‌توان اخذ کرد و چقدر پول را

می‌توان از فروش آن به دست آورد. این عدم اطمینان ناشی از ماهیت و طبیعت تضمین و گرو گرفتن کالا است. تضمین کالا به بایع تضمین نهایی نمی‌دهد، بلکه تنها شانس برای او ایجاد می‌شود. کیفیت تضمین کالا به عنوان تضمینی در مقابل ورشکستگی آن‌گونه است که توافق بر سر آن میان بایع و مشتری عموماً با مانعی روبرو نیست. مشتری غالباً نفعی در عدم پذیرش تضمین بایع ندارد، تضمینی که تنها وقتی اهمیت می‌یابد که از نظر اقتصادی وضعیت اضطراری به وجود آمده باشد. به عبارت دیگر وقتی که مشتری مفلس شده و بدین ترتیب اهلیت تجارت را از دست داده است. (علیزاده، ۱۳۹۶، ۲۲) در تجارت مدرن ضمانت‌نامه حسن انجام کار یا تعهدات از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و در مقام تضمین و ضمانت اجرای مؤثر در مقابل عدم ایفاء یا اجرا و یا اجرای ناقص و معیوب و ناکافی و یا تأخیر در زمان‌بندی مشخص قراردادی نقش غیر قابل انکاری را ایفاء می‌کند به نحوی که از مهم‌ترین ضمانت‌نامه‌های قراردادی شناخته می‌شود و بیشتر ضمانت‌نامه‌ها تحت عناوین مختلف در تحلیل نهایی و ماهیتاً به نوعی ضمانت‌نامه حسن انجام کار شناخته می‌شوند. به عنوان مثال ضمانت در پیش‌پرداخت که هر چند در ابتدای امر و شروع تعهد و یا پروژه عملیاتی از ناحیه پیمانکار و متعهد تحقق نیافته ولیکن با پرداخت میزان مشخص از پیش‌پرداخت که به نوعی وام از ناحیه کارفرما تلقی می‌گردد در مقابل انجام تعهد به تجهیز کارگاه ملاک عمل طرفین خواهد بود و ماهیتی مشابه ضمانت حسن انجام کار یا تعهدات به خود خواهد گرفت. مبلغ ضمانت‌نامه حسن انجام کار وسیله‌ای برای تعیین قطعی خسارات و غرامات وارده نیست و به عبارتی چنانچه زیان و خسارات بیش از مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه باشد می‌توان برای مطالبه مازاد به متعهد رجوع کرده و چنانچه میزان خسارات و زیان کمتر از مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه باشد مازاد را نمی‌توان مطالبه کرد. (صادقی درمیانی، ۱۳۹۷، ۱۲) این‌گونه ضمانت‌نامه تضمین و وثیقه‌ای است که متعهد (اعم از فروشنده کالا، پیمانکار، خدمات، ...) به متعهدله می‌سپارد که در صورت عدم تحقق یا تخلف متعهد از هر یک از تعهدات کارفرما می‌تواند جبران خسارات و غرامات خود را از محل ضمانت‌نامه حسن انجام کار وصول نماید.

آثار ضمان در حقوق انگلیس

در تعاریفی که حقوقدانان انگلیسی از ضمان و تضمینات و وثائق نموده‌اند وصف تبعی را برای تعهد مربوط ذکر کرده‌اند. زیرا تبعی بودن تعهد مذکور در ذات ضمان و دیگر تضمینات و وثائق است و به همین لحاظ برای مشخص ساختن نوع این تعهد از انواع دیگر تعهدات، وصف تبعی به عنوان ممیز به کار برده می‌شود. به عنوان مثال، تضمین به تعهدی اطلاق می‌شود که تعهدی تبعی یا وثیقه برای دین، تخلف یا عدم موفقیت شخصی دیگر باشد. در بخش ۴ قانون کلاهبرداری‌ها مصوب ۱۶۷۷ انگلستان آمده است، در هیچ دعوی نمی‌توان خواننده را نسبت به بدهی، تخلف یا عدم موفقیت شخصی دیگر ملزم ساخت و او را مسئول تعهدات آن شخص دانست، مگر اینکه قراردادی ارائه گردد که به موجب آن خواننده دعوی مذکور خود را در قبال مسئولیت‌های آن شخص متعهد ساخته باشد یا به وسیله شخصی که این ضمانت را عهده‌دار شده است یادداشت یا

نامه‌ای نوشته شده و امضاء وی در ذیل آن باشد، این عمل ممکن است به وسیله افرادی که به وکالت از خواننده دعوا مجاز به این امر باشند انجام گرفته باشد. تضمین غیرکتبی و امضانشده باطل نیست، بلکه بر طبق قانون غیرقابل اجراست، یعنی در محاکم پذیرفته نخواهد شد، زیرا به موجب ماده‌ای از قانون قبول نشده است. البته چنین تضمینی کاملاً بی‌فایده نیست و به هر حال به دلیل وجود تعهد به فرض اینکه قابل اثبات باشد ممکن است به عنوان دفاع در مقابل دعوا اقامه شود. نظر به اینکه در کشور انگلیس مانند ممالک دیگر امروزه وام و اعتبارات به وسیله بانک‌ها در اختیار مشتریان گذارده می‌شود، جهت تضمین وام و اعتبارات مذکور به وسیله بانک فرم خاصی چاپ می‌شود که تنظیم آن فرم باعث می‌گردد که تضمین کتبی تلقی گردد. چون ضامن یا متعهد فرم موصوف را امضاء می‌نماید و از لحاظ رعایت قانون مشکلی پیش نخواهد آمد. در قرارداد ضامن یا هر تضمین دیگر بین سه طرف قرارداد، رابطه قراردادی وجود دارد. یکی بانکدار، دیگری بدهکار و سومی ضامن. شخصی که از بانک یا هر شخص دیگر وام می‌گیرد، مدیون اصلی نامیده می‌شود و بانک یا هر وام دهنده دیگر در این قرارداد بستانکار است و شخص ثالث در مقابل بستانکار از بدهی مدیون به وسیله تعهد شخصی یا سپردن مالی ضمانت می‌کند. پس عرفاً دو قرارداد موجود است: یکی قرارداد وام و دیگری قرارداد ضامن یا تضمین. در حقوق انگلیس نیز همانند حقوق امریکا وجه‌الضمان فقط وقتی از ضامن مطالبه می‌گردد که بدهکار اصلی از پرداخت دین امتناع ورزد. در حقوق ایران چنین ترتیبی وجود ندارد، بلکه ضامن بر طبق مفاد قانون مدنی باعث براءت ذمه مضمون‌عنه می‌شود و بنابراین مطالبه از ضامن پس از عدم پرداخت دین به وسیله مدیون اصلی (مضمون‌عنه) سالبه به انتفاء موضوع است و در حقوق تجارت نیز به موجب مواد مربوط به ضمانت، فقط در صورتی ترتیب مراجعه به مضمون‌عنه و سپس ضامن وجود دارد که بین طرفین چنین ترتیبی در قرارداد پیش‌بینی شده باشد. در حقوق انگلیس هر امری که باعث بری‌الذمه شدن مضمون‌عنه گردد سبب بری‌الذمه شدن ضامن نیز خواهد بود. طلبکاری که دین مدیون اصلی را می‌بخشد حق اقامه دعوا علیه ضامن را جهت بازپرداخت دین نخواهد داشت. در حقوق ایران، اگر مضمون‌له ذمه مضمون‌عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود، زیرا پس از انعقاد ضامن به طور صحیح، ذمه مضمون‌عنه بری شده است و بری نمودن آن از طرف مضمون‌له فاقد موضوع بوده و بنابراین اثری در وضع ضامن که تنها متعهد نسبت به پرداخت دین است ندارد. اگر منظور مضمون‌له در این مورد ابراء از اصل دین باشد، برابر مفاد ذیل ماده ۷۰۷ قانون مدنی ضامن بری می‌گردد، زیرا بستانکار می‌تواند از طلب خود بدون توجه به اینکه به عهده چه کسی است، صرف‌نظر نموده، وی را ابراء کند. علاوه بر روابطی که به اقتضای عقد ضامن، خود به خود بین طرفین عقد مزبور به وجود می‌آید، بانک‌ها فرم خود را به نحوی تهیه و تنظیم می‌نمایند که عباراتی را شامل گردد که دلالت بر این نماید که تضمین مربوط به آن، تنها مسئولیتی تبعی نیست، بلکه علاوه بر آن مسئولیتی مستقیم را نیز در بر می‌گیرد، به طوری که گویی دین، بدهی خود ضامن است. بدین معنی که ضامن علاوه بر ضمانت دین نسبت به هر نوع خسارتی که از قرارداد مذکور حاصل گردد تعهد جبران خسارت وارد بر بانک را نیز می‌نماید و چنین سندی از

قرارداد تضمین مهم‌تر و دارای تعهدی سنگین‌تر می‌باشد، زیرا با توجه به تعهد مذکور اگر بدهکار اصلی معاف شود، تأمین‌کننده خسارت همچنان مسئول باقی خواهد ماند. بنابراین چنانچه شرکتی وامی بیش از حد توان و اختیارات قانونی خود دریافت دارد و آن شرکت نتواند از عهده پرداخت وام مذکور برآید شخصی که تعهد تأمین خسارت را نموده، مسئول پرداخت دین است. همچنین در موردی نیز که بدهکار اصلی فاقد اهلیت باشد متعهد طبق شرایط قرارداد مسئول جبران خسارت وارده بر بانک خواهد بود. (مواساتیان، ۱۳۷۶، ۱۰۷)

آثار ضمان در حقوق امریکا

ضمان رابطه‌ای قراردادی است و نتیجه توافقی است که به وسیله آن شخصی که ضامن نامیده می‌شود، نسبت به دین، تقصیر یا عدم موفقیت دیگری که مضمون‌عنه می‌باشد، تعهدی بر عهده می‌گیرد. ماهیت رابطه مذکور به عبارتی گوناگون توسط دادگاه توصیف گردیده و در قوانین موضوعه نیز به آن تصریح شده است: رابطه ضمان وقتی وجود می‌یابد، شخصی تعهدی را که بر عهده دیگری است در برابر متعهدله بر عهده گیرد و متعدهله مذکور فقط حق دارد که از تعهد مضمون‌عنه یا ضامن استفاده نماید، یعنی چنانچه یکی از آن دو، تعهد خود را ایفا کند، تعهد دیگری ساقط می‌شود. تعهد ضمان تعهد صلی و مستقیم برای اجرای خود فعل نیست، بلکه اغلب تعهدی فرعی است و وثیقه تعهد قراردادی مضمون‌عنه می‌باشد. بنابراین چنانچه قرارداد اصلی باطل باشد، تعهد ضامن که ناشی از قرارداد فرعی است نیز باطل خواهد بود، مثل اینکه متعهد قرارداد اصلی در موقع عقد قرارداد فاقد اهلیت قانونی بوده باشد. زیرا اهلیت از شرایط اساسی صحت قرارداد می‌باشد. وقتی که رابطه تضامن ناشی از ضمان عقدی به نحو فوق نیست و قراردادی که منشاء تضامن است به طور همزمان یا سابقاً منعقد شده باشد گفته می‌شود که تعهد مسئولیت متضامن نسبت به بستانکار یا متعهد اصلی، مستقیم و مطلق است. به عبارت دیگر، هر یک از مسئولین مذکور مستقیماً و به طور مساوی با مضمون‌عنه خود متعهد گردیده است. (مواساتیان، ۱۳۷۶، ۱۰۰) به طور کلی در حقوق امریکا، ضمان از روابط قراردادی دیگر، قابل تشخیص است. از روابطی نظیر تضمین یا جبران خسارت یا رابطه قانونی که میان یک ظهرنویس سند قابل انتقال و اطراف دیگر سند مذکور وجود دارد. هرچند در قلمروهای قضایی مختلف فرق بین تضمین‌کنندگان و ضامنین به وسیله قوانین موضوعه یا رویه‌های قضایی از میان رفته و در مجموعه قوانین و تفاسیر که از قانون شده واژه تضمین «Guaranty» به معنی لفظ ضمان «Suretyship» به کار رفته است. روابطی که از قرارداد ضمان حاصل می‌گردد، روابطی قراردادی و سه‌جانبه است که میان مضمون‌له، مضمون‌عنه و ضامن ایجاد می‌شود. اگر یکی از این سه طرف، وجود نداشته باشند ضمان واقعی ایجاد نخواهد شد. مضمون‌عنه کسی است که در قرارداد اصلی طرف قرارداد با متعهدله یا طلبکار بوده است، به طوریکه مستقیم در عقد ضمان ذی‌نفع است و از آن استفاده می‌نماید. تعهد اصلی از او یا نسبت به او ناشی شده و بنابراین کسی که خودش یا نفعی از یک قرارداد دریافت می‌کند یا آن را ایفا می‌نماید نمی‌تواند سمت ضامن داشته باشد و

مضمون‌عنه کسی است که مسئول اصلی پرداخت بدهی یا اجرای عملی است که ضامن در قرارداد فرعی موظف به اداء یا اجرای آن می‌گردد. به عبارت دیگر مسئولیت مضمون‌عنه را ضامن بر عهده می‌گیرد و اگرچه مسئولیتی را که ضامن دارد و مضمون‌عنه نیز همان را مشترکاً دارا می‌باشد، در مرحله نهایی بر مضمون‌عنه قرار خواهد گرفت که آن نیز به روابط بین مضمون‌عنه و ضامن مربوط است. نکته دیگری که در روابط بین ضامن و مضمون‌عنه از حیث مسئولیت پرداخت دین یا اجرای تعهد وجود دارد و به وسیله آن نظام از مضمون‌عنه مشخص می‌گردد این است که ضامن خود را مکلف می‌سازد که در صورتی از عهده اداء دین مضمون‌عنه برآید یا هر عمل دیگری که وی موظف به انجام آن بوده اجرا نماید که خود مضمون‌عنه نسبت به تعهدات خود قصور ورزد. در مورد نکته‌ی اخیر تفاوت فاحشی بین حقوق ایران و آمریکا وجود دارد، زیرا در حقوق ایران نتیجه و اثر عقد ضمان بری شدن ذمه مضمون‌عنه و مشغول شدن ذمه‌ی ضامن به مضمون‌عنه است. چنان‌که ماده ۶۹۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: بعد از این‌که ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه‌ی ضامن به مضمون‌عنه مشغول می‌شود. در حقوق تجارت ایران نیز ضامن نمی‌تواند از مضمون‌عنه تقاضا نماید که ابتدا جهت دریافت طلب خود به مدیون اصلی رجوع کند و در صورتی که مدیون مذکور دین خود را پرداخت ننمود به او رجوع نماید، مگر این‌که چنین ترتیبی بین طرفین عقد ضمان خواه ضمن قرارداد مخصوص، خواه در خود ضمانت‌نامه مقرر شده باشد. علاوه بر این ماده ۴۰۳ قانون تجارت مقرر داشته: در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا 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 که از مفهوم مخالف آن اصل عدم تضامن استنباط می‌گردد. لازم به ذکر است که تضامن رابطه‌ای بین دو یا چند ضامن است که وظیفه‌ای را بر عهده گرفته‌اند که مضمون‌عنه بر عهده دارد و شخصی که در این تعهد شرکت داشته، در حد مضمون‌عنه و با وی و دیگران در مسئولیت ناشی از تأخیر او در ادای دین یا انجام تعهد مشترک خواهد بود و در نتیجه باید خسارت حاصله را تحمل نماید. به عبارت دیگر تضامن یا ضمان مشترک، شرکت در تعهد است و آن در صورتی ایجاد می‌گردد که چند شخص یا مجموعه‌ای از اشخاص یا شرکت‌ها در قراردادهای ضمانت مشترک داخل گردند و بدین ترتیب مسئولیت مشترکی را از لحاظ اجرای آن با وضعیت‌هایی که دارند برعهده گیرند. معمولاً در مواردی که چند شخص ضامن پرداخت دین یا انجام امری که برعهده‌ی دیگری است گردند. فرض بر این می‌باشد که ضامن‌های مشترک می‌باشند، حتی اگر به وسیله اسناد مختلف خود را موظف ساخته و در اوقات متفاوت قرارداد ضمان را امضاء کرده و بدون علم و اطلاع از یکدیگر به عقد ضمان مبادرت ورزیده باشند. بنابراین ضامنین اسناد مربوط به قراردادهای مختلف ضمان یا ضمانت‌نامه‌های متعدد و متفاوت که راجع به یک موضوع با شرایط یکسان باشند ضامنین مشترک یا تضامنی محسوب می‌شوند، لیکن چنانچه ضامن‌های به موجب دو سند مربوط به قرارداد ضمان یا دو ضمانت‌نامه مختلف به نفع دو مظنون‌عنه تعهدی را بپذیرند به علت اینکه نه زمان واحد است و نه مضمون‌عنه آنها یکی است

زمان آن‌ها تضامنی نیست و ضامنین مشترک محسوب نمی‌شوند. (مواساتیان، ۱۳۷۶، ۱۰۲) در حقوق آمریکا ضمانت از ضامن پذیرفته‌شده و چنین ضمانی را غالباً ضمان فرعی یا تبعی می‌گویند و شخصی که از ضامن دیگر ضمانت نماید، عنوان ضامن فرعی یا تبعی دارد و گاهی نیز به اعتباری ضامن الحاقی یا تکمیلی خوانده می‌شود. ضامن الحاقی از این نظر عنوان شده که شرایط و مفاد قرارداد ضمان قبلی را می‌پذیرد. در صورتی که در قرارداد ضمان تصریح نمایند که فقط از ضامن قبلی ضمانت می‌کند ضامن دوم را فرعی می‌گویند و در چنین صورتی او موظف به تحمل مسئولیتی بیش از آنچه تصریح شده است نمی‌باشد. در حقوق ایران نیز ضمانت کردن ضامن به وسیله قانون‌گذار پیش‌بینی شده و به تناسب شرایط قرارداد، حکم آن بیان گردیده است. چنان‌که ماده ۶۸۸ قانون مدنی مقرر داشته، ممکن است از ضامن ضمانت کرده و در ماده ۷۲۲ قانون مذکور، نحوه رابطه ضامنین مذکور با یکدیگر تعیین گردیده است. در حقوق آمریکا ضمان به ضمان قراردادی شهرت دارد. بر حسب قواعد تعارض قوانین، قانونی که نسبت به قراردادهای اعمال می‌گردد، قانون محل انعقاد عقد ضمان است که صحت و نفوذ آن را تعیین می‌کند. از آنجا که برای اعتبار تعهد لازم است که شرایط مربوط به خود عقد و اهلیت طرفین جهت تنظیم سند و امضا و مبادله آن با قانون صالح تطبیق شود، در صورتی که طبق قانون مذکور عموم شرایط صحت ضمان موجود باشد قرارداد ضمان صحیح شناخته خواهد شد و چنانچه یکی از طرفین عقد فاقد اهلیت لازم قانونی باشد، عقد ضمان به وسیله مرجع رسیدگی کننده باطل اعلام می‌گردد. بطلان قراردادی که به موجب آن زنی شوهردار ضامن شوهرش می‌شود، به طور کلی به وسیله قانون محلی که آن قرارداد منعقد شده تعیین می‌گردد. هرچند مراجع دیگر اظهار می‌دارند که اهلیت جهت ورود در قراردادهای ضمان به وسیله قانون محل اجرای قرارداد یا بر طبق استنباط قصد طرفین قرارداد خواهد بود. در حقوق ایران، طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر این‌که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. بنابراین تعهد ضامن در عقد ضمان تابع قانون کشوری است که محل انعقاد عقد می‌باشد. تشخیص اهلیت اطراف عقد ضمان نیز به موجب ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران خواهد بود. این ماده چنین مقرر می‌دارد: تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود، مع‌ذلک اگر یک نفر تبعه خارجی در ایران عمل حقوقی انجام دهد، در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته‌است آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت محسوب خواهد شد، در صورتی که قطع نظر از تابعیت خارجی او مطابق قانون ایران، نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد. حکم اخیر نسبت به اعمال حقوقی که مربوط به حقوق خانوادگی و یا حقوق ارثی بوده و یا مربوط به نقل و انتقال اموال غیرمنقول واقع در خارج ایران می‌باشد، شامل نخواهد بود.

نتیجه

مبحث ضمان تجاری از آنجا که امنیت اقتصادی افراد و مشاغل، وابسته به آن است و نقش مهمی در تسهیل معاملات و سرعت جریان امور بازرگانی دارد، باید با حساسیت و دقت بیشتری مورد بررسی قرار گیرد. ضمانت‌های تجاری به طرفین جرأت معاملات کلان می‌دهد و باعث رونق اقتصادی و توسعه امور بازرگانی می‌گردد. در اغلب قراردادهای ضمانت از نوع ضمان تضامنی است، بدین نحو که با انعقاد قرارداد ضمانت، بدهکار اصلی بری نمی‌شود و عقد ضمان موجب انتقال دین نیست و بدهکار اصلی و ضامن هر دو متضامناً مسئول پرداخت دین هستند و مضمون‌له این حق را دارد که برای وصول طلب خود به هر یک از بدهکار اصلی یا ضامن مراجعه نماید. در باب ماهیت ضمان و مسئولیت تضامنی میان قانون مدنی و قانون تجارت ایران تفاوت وجود دارد و ماهیت ضمان مدنی و ضمان تجاری متفاوت ارزیابی شده است. شاید دلیل این تفاوت این باشد که قانون مدنی ایران در بخش ضمان با استفاده از فقه شیعه تدوین شده و دقیقاً نظر فقهاء شیعه در قانون اعمال گردیده است و حقوق تجارت ایران در پذیرش مسئولیت تضامنی تحت تاثیر حقوق فرانسه بوده و به همین مناسبت مبحث ضمانت در این دو قانون متفاوت ارزیابی شده است. عقد ضمان مقرر در قانون تجارت بر پایه ضم ذمه به ذمه و دارای مفهوم تضمین می‌باشد، بی آنکه نیازی به شرط صریح یا ضمنی در قرارداد ضمانت باشد. در تفسیر قراردادهای ضمانت، قانون تجارت مواد ۴۰۲ ضمان ساده و ماده ۴۰۳ ضمان تضامنی و در صورت لزوم اصول کلی مربوط به قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنی حاکم است. قانون تجارت آزادی قراردادها را در چگونگی آثار عقد ضمان می‌پذیرد. طرفین می‌توانند ضمان را بر مبنای انتقال دین یا تضامن یا وثیقه دین منعقد سازند و در هر حال آثار عقد تابع اراده آنهاست.

منابع و مراجع

- اخلاقی، بهروز (۱۳۶۸)، «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه بانکی»، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۴۸-۱۴۹.
- اسلامی، علیرضا (۱۳۸۳)، «ضمانت در اسناد تجاری»، مجله کانون وکلاء، شماره ۵۰.
- باکرم مریان، اردشیر (۱۳۹۰)، «عقد ضمان در قوانین مدنی و تجارت»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی واحد پردیس بین‌الملل دانشگاه گیلان.
- صادقی درمیانی، بهروز (۱۳۹۷)، «بررسی تضمینات قراردادهای تجاری با تأکید بر ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران»، فصلنامه علمی آراء، سال دوم، شماره ۱۱.
- علیزاده، حسین (۱۳۹۶)، «بررسی نحوه تضمین در مبادلات تجاری کالا با نگرش تطبیقی در حقوق ایران و ترکیه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد گرمی.
- کاتبی، حسینقلی (۱۳۶۸) حقوق تجارت، چ ۵، تهران: انتشارات گنج دانش.
- مسگر عبدالآبادی، محمدرضا (۱۳۹۱)، «بررسی ضمان تجاری در حقوق تجارت ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور.
- منتظری، مهسا و مظاهری کوهانستانی، رسول (۱۳۹۷)، «تفاوت عقد ضمان مدنی با ضمان تجاری»، فصلنامه علمی تخصصی مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، دوره ۵، شماره ۷.
- مواستیان، ماندنی (۱۳۷۶)، «تضمین در حقوق تجارت (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، امریکا و انگلیس)»، پایان‌نامه دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۸۰) ضمان، چ ۱، تهران: انتشارات پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی.
- ناصری مقدم، حسین و امینی، راضیه (۱۳۹۶)، «مفهوم‌شناسی عقد ضمان با رویکرد رفع تعارض ماده ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۳ قانون تجارت»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۴۷.