

نقدی بر رأی وحدت‌رویه شماره ۷۸۸ دیوان عالی کشور در سایه نقض استقلال حقوق تجارت در برابر حقوق مدنی

ام‌البنین رمضان‌زاده بادلی*، سیدحسن حسینی مقدم**

چکیده

بر اساس قانون تجارت، تاجر ورشکسته از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بعد از توقف معاف است. اختلاف نظر در این خصوص که آیا در باب خسارت تأخیر تأدیه، ضامن تاجر ورشکسته نیز از تاجر پیروی می‌کند یا خیر سبب شده تا هیئت عمومی دیوان عالی کشور اقدام به صدور رأی وحدت‌رویه شماره ۷۸۸ مورخ ۲۷/۳/۹۹ نماید. به زعم نویسندگان، در این رأی نگاه مدنی بر موضوع اختلاف غلبه یافته و شرایط خاص قانون تجارت و احکام همه‌جانبه‌ای که بر ورشکستگی اجرا می‌گردد مهجور مانده و بی‌توجه به اوضاع و احوال حاکم بر ورشکستگی بنابر قاعده تبعیت مسئولیت ضامن از دین اصلی در حقوق مدنی، ضامن را نیز از پرداخت خسارت تأخیر معاف دانسته‌اند. پرسشی که به ذهن می‌رسد این است که آیا در تمامی موارد میزان مسئولیت ضامن تابعی از میزان مسئولیت مضمون‌عنه است و از آن پیروی می‌کند؟ در این مقاله با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی، به ملاحظه قانون تجارت و فضای مختلف حاکم بر روابط تجاری در حوزه‌های مختلف پرداخته شده و سبب شده تا قائل بر این باشیم، اساساً جز در موارد خاص، دیدگاه‌های صرف مدنی و احکام قانون مدنی نباید در تفسیر مقررات تجاری مورد استفاده قرار گیرد و باید نظریه استقلال مقررات تجاری از حقوق مدنی را حفظ نمود تا پاسخ‌گوی نیازهای تجاری جامعه باشد. این استقلال در رأی وحدت‌رویه مذکور نقض شده و سبب خلط احکام حقوق تجارت و حقوق مدنی گردید و در نتیجه آسیب جدی بر معاملات تجاری وارد خواهد ساخت. به ناچار باید همانند رأی وحدت‌رویه ۸۱۱ که در مقام

* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسئول)
o.ramzanzadeh@umz.ac.ir

** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

تنویر رأی وحدت‌رویه ۷۳۳ برآمده است؛ با صدور رأی وحدت‌رویه جدید دیگر، یا اصلاح صریح موادی مانند ماده ۴۰۵ یا ماده ۴۲۱ قانون تجارت بر ابقای مسئولیت ضامن در پرداخت خسارت تأخیر تأدیه علی‌رغم ورشکسته شدن و معافیت تاجر مضمون‌عنه اقدام و تصریح ورزید. **واژگان کلیدی:** ورشکسته، ضامن، توقف، خسارت تأخیر تأدیه، ضامن

مقدمه

حقوق مدنی و حقوق تجارت هر دو از زیرشاخه‌های حقوق خصوصی محسوب می‌گردند. از حیث رابطه بین دو رشته از حقوق عموماً این پندار وجود دارد که حقوق مدنی مادر حقوق تجارت محسوب می‌گردد. به عبارت دیگر قانون مدنی عام و قانون تجارت قانون خاص قلمداد می‌گردد. با آنکه می‌توان از جنبه‌ای به کلیت این عقیده احترام نهاد، اما این پرسش مطرح می‌گردد که این وابستگی تا به کجا امتداد خواهد یافت. باید در تمامی موارد نقص یا اجمال قانون تجارت به قانون مدنی مراجعه کرد، یا اینکه با این استدلال که موضوعات تجاری تابع ویژگی‌ها و موازین خاصی است (مقدم، ۱۴۰۰: ۲۸۱) قانون تجارت را به‌سان یک قانون خاص و مجزا از قانون مدنی حداقل در برخی حوزه‌ها که تخصصاً خارج از مباحث حقوق مدنی است، بدانیم؛ به‌عنوان مثال باید وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی در رفع ابهام و اجمال یا سکوت قانون عمل کرد و یا اینکه در نبود فتاوی معتبر فقهی در بسیاری از زمینه‌ها به روح حاکم بر مقررات تجاری تمسک نمود. هرچند این پرسش در موارد متعددی می‌تواند مطرح شود اما موضوع مقاله حاضر بررسی این موضوع به مناسبت صدور رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور به شماره ۷۸۸ مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۷ می‌باشد. این رأی مقرر می‌دارد: «... مستفاد از مواد ۴۱۸، ۴۱۹ و ۴۲۱ قانون تجارت و سایر مقررات مربوط، طلبکاران ورشکسته حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ایام توقف را از ورشکسته ندارند و حکم مقرر در مواد ۵۶۱ و ۵۶۲ قانون مذکور ناظر به زمانی است که تاجر بخواهد اعاده اعتبار (حقی) کند، که در رأی وحدت‌رویه شماره ۱۵۵ - ۱۳۴۷/۱۲/۱۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز تصریح شده است. با توجه به اینکه مسئولیت ضامن در هر حال نمی‌تواند بیش از میزان مسئولیت مضمون‌عنه باشد، خسارت تأخیر تأدیه فوق‌الذکر از ضامن تاجر ورشکسته نیز قابل مطالبه نیست...»

دلیل صدور این رأی وحدت‌رویه این بود که برخلاف وضعیت تاجر ورشکسته، عرف و رویه ثابت و یکنواختی در خصوص الزام یا معافیت ضامنین وی از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه، در دادگاه‌ها و مراجع قضایی و حتی نهادهای غیرقضایی مرتبط وجود نداشت. برخی شعبات دادگاه‌ها حکم به محکومیت و الزام ضامن به پرداخت این خسارت تأخیر داده و برخی از آن‌ها هم به تبع معافیت متعهد اصلی از پرداخت خسارت، ضامن را هم معاف قلمداد می‌کردند. همین اختلاف در

مراجع غیرقضایی و اداری مرتبط نیز وجود داشت (سلیمانی، ایرانشاهی و عزیزی، ۱۳۹۷: ۹۲). همان طور که در رأی مورد اشاره قرار گرفته، مبنای اصلی صدور این رأی وحدت‌رویه، تبعیت تعهدات ضامن از تعهد یا دین اصلی است. همچنین رأی سابق هیئت عمومی دیوان عالی کشور در خصوص پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به شماره ۱۵۵ نیز در این رأی مورد اشاره قرار گرفته است لذا برای روشن شدن بحث باید گریزی نیز به رأی سابق دیوان در خصوص دریافت خسارت تأخیر تأدیه از ورشکسته زد. رأی جدید با دیدگاه قبلی دیوان موافق است، لیکن با اصول مسلم قانون تجارت سازگاری ندارد. مضاف بر اینکه بر این رأی همانند برخی آرای دیگر صادره از دیوان ایراد عدم اتقان و استحکام وارد است و در واقع چیزی جز تکرار قانون نیست (رفیعی، ۱۴۰۰: ۲۴۰). پرسشی که پس از صدور این رأی وحدت‌رویه به ذهن می‌رسد این است که آیا قضات عالی‌رتبه دیوان عالی کشور به روح حاکم بر قانون تجارت و قانون مدنی و تفاوت میان این دو و آثار و ضرورات اقتصادی این رأی توجه داشته‌اند و اینکه آیا تبعیت تعهد ضامن از دین اصلی در تمامی جنبه‌ها باید وجود داشته باشد یا اینکه به واسطه ماهیت عقد ضمان و هدف طرفین از انعقاد این عقد باید قائل بر تمایز و تفکیک بود؟ به نظر می‌رسد رأی مذکور به آثار اقتصادی که سبب عدم تمایل تأمین‌کنندگان اعتبار برای تأمین سرمایه و ورشکستگی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری است، توجهی نداشته است؛ مضاف بر اینکه این رأی به تفاوت معاملات مدنی با معاملات تجاری که ناشی از اختلاف در کاربرد و نقش هر یک است و به آن‌ها خواهیم پرداخت، توجهی ندارد. وابستگی میان مسئولیت ضامن و دین اصلی صرفاً تا آنجا که منظور نظر طرفین قرارداد است باید امتداد یابد؛ چراکه قطعاً حداقل از طرف اعطاکنندگان اعتبار، عقد ضمان باید فرض ورشکستگی تاجر را نیز دربرگیرد تا ریسک بازگشت سرمایه را کاهش دهد. در این راستا از آنجا که مبنای اختلاف که منجر به صدور رأی وحدت‌رویه شماره ۷۸۸ شده میزان تبعیت مسئولیت ضامن از تاجر ورشکسته است و در خصوص ماهیت عقد ضمان در قانون مدنی و قانون تجارت حداقل در ظاهر اختلاف به چشم می‌خورد، از این حیث در این مقاله ابتدا گریزی کوتاه به بحث ضمان در قانون مدنی و سپس در قانون تجارت خواهیم داشت و در نهایت به توضیح دلایل موافقین و مخالفین رأی می‌پردازیم.

۱. ضمان در قانون مدنی و تجارت

قانون مدنی و قانون تجارت هر دو به مقوله عقد ضمان پرداخته‌اند. مقررات کلی عقد ضمان در قانون مدنی و تجارت هیچ‌گونه اختلافی ندارند به طوری که قانون‌گذار خود را بی‌نیاز از تکرار آن‌ها در قانون تجارت دانسته است. مفاهیم مندرج در ماده ۶۸۴ قانون مدنی راجع به معرفی ضامن و مضمون‌له و مضمون‌عنه و مدیون اصلی بر قانون تجارت حاکم است و در این موارد قانون تجارت

ساکت است و این امر به طور واضح دلیل بر آن است که عقد ضمان در حقوق مدنی و تجارت از جهات مذکور تفاوتی ندارند (امینی و ناصری مقدم، ۱۳۹۶: ۲۴).

اما در باب اثر اصلی عقد ضمان در این دو قانون تفاوت‌هایی به چشم می‌خورد که مورد بحث‌های فراوانی در میان حقوق‌دانان شده است. ماده ۶۹۸ قانون مدنی در اثر عقد ضمان مقرر می‌کند: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود.»

ماده ۴۰۲ قانون تجارت در این خصوص مقرر می‌دارد: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون‌له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد». به موجب ماده ۴۰۳ نیز «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.»

قانون مدنی در باب ضمان به روشنی اثر عقد را نقل ذمه می‌داند اما قانون تجارت هرچند در ظاهر و در ابتدای امر اثر عقد ضمان را صرفاً در صورت توافق یا وجود قانون خاص، تضامن می‌داند و گویی در غیر این صورت همان اثر نقل ذمه را برای ضمان قائل شده است اما در مواد بعدی از ماده ۴۰۵ به بعد در صدد بیان آثار و احکام تضامن است و به عقد ضمان از دید تضامنی بودن آن نگاه می‌کند، زیرا در موارد متعددی مانند مواد ۴۰۵، ۴۰۷، ۴۰۸، ۴۱۱ قانون تجارت به دین اصلی و مؤثر بودن نقش آن در عقد ضمان و روابط اطراف آن اشاره دارد، حال آنکه در نقل ذمه دین اولیه منتقل شده و نقشی در رابطه ضامن و مضمون‌له ندارد تا بتوان اثری بر آن بار کرد.

به عقیده برخی مبنای این تفاوت این است که عقد ضمان در حقوق مدنی بر اساس مسامحه و برای احسان به بدهکار وضع شده اما در عالم تجارت صحبت از مغاینه و سودآوری است و حتی مدیون نیز مرادش از معامله کسب سود بوده است، ضامنی هم که در عالم تجارت ضمانت دیگری را عهده می‌گیرد اراده او بر این است که یا هم‌پای مدیون اصلی مسئول باشد و یا اینکه محدودتر فکر کرده و خود را زمانی مسئول قلمداد می‌کند که به مدیون اصلی رجوع شود و نامبرده متمکن نباشد، نه اینکه ضامن رأساً مدیون شود (مظاهری کوهانستانی و منتظری، ۱۳۹۷: ۱۲۷-۱۲۴).

همین اختلاف در ظاهر مواد قانون مدنی و قانون تجارت سبب بروز دیدگاه‌های مختلفی در میان حقوق‌دانان شده است. برخی معتقدند از ظاهر این مواد این‌گونه برمی‌آید که قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه بر این عقیده است که با ضمانت ضامن مدیون در برابر طلبکار بری می‌شود و ضامن

به‌جای او مدیون می‌گردد (نقل ذمه به ذمه) اما طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت اصل تضامن بین مدیون و ضامن برقرار است و در حقوق تجارت اصل بر ضم ذمه به ذمه یا تضامنی بودن مسئولیت است و دو سیستم مجزا در حقوق تجارت و حقوق مدنی حاکم است (باقری، برزگر و باقری، ۱۳۹۴: ۳۱). برخی در تکمیل این نظر معتقدند قانون تجارت آزادی قراردادها را در چگونگی آثار عقد ضمان می‌پذیرد و طرفین می‌توانند ضمان را بر مبنای انتقال دین یا تضامن یا وثیقه دین منعقد سازند و در هر حال آثار عقد تابع اراده آن‌هاست. در نظر این عده طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت، اصل تضامن بین مدیون و ضامن است و از لحن مجموعه ماده‌های ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون فوق‌الذکر به خوبی بر می‌آید که به دشواری می‌توان احکام آن را ویژه اعمال تجاری دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۳۳). برخی از حقوق‌دانان نیز، مقررات مدنی در باب ضمان را با استناد به مقررات تجاری تضامن، در حقوق تجارت قابل‌عدول شناخته و در محدوده تجارت، ضمان را موجب ضم ذمه به ذمه مضمون‌عنه در مقابل داین دانسته‌اند و ضمانت تجاری را برخلاف ضمانت مدنی تضامنی دانسته‌اند (کاتبی، ۱۳۶۴: ۲۸۹). برخی از اساتید برخلاف این نظر معتقدند تضامن، خلاف قاعده است و در حقوق مدنی و حقوق تجارت اصل عدم تضامن است مگر اینکه خلاف آن تصریح شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۰۶). اما در نظر برخی دیگر اگرچه قانون‌گذار مدنی اثر اصلی عقد ضمان را ذیل عنوان عقود معین در قانون مدنی، نقل ذمه به ذمه دانسته است، لیکن با استدلالاتی، اقتضای اطلاق عقد ضمان در حقوق ایران را تضامن طولی دانسته‌اند. (افتخارجهرمی و طاهری، ۱۳۹۰: ۳۸ و ۳۹).

نتیجه اینکه قانون‌گذار با این روش راه را برای مردم باز گذارده تا بتوانند به راحتی به نتایج ضم ذمه به ذمه دست یابند. اما باید توجه داشت که وجود ماده ۱۰ قانون مدنی خود راهنما و بهترین وسیله جهت رسیدن به این نتیجه بوده و هیچ نیازی به توسل به این روش نبوده است. زیرا مقررات مربوط به ضمان از قواعد امری و مربوط به نظم عمومی نیست تا نتوان برخلاف آن شرط کرد و چنین شرطی برخلاف ذات عقد هم نمی‌باشد تا معتقد به بطلان آن گردید و شاید به خاطر وجود همین تقیصه‌ها بوده که مقنن در مادتهای ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت به ضم ذمه گرایش پیدا کرده و در ماده ۴۰۲ قانون تجارت به ضم ذمه به ذمه طولی و در ماده ۴۰۳ همان قانون به ضم ذمه به ذمه عرضی یا ضمان تضامنی اشاره نموده است (ستوده، ۱۳۸۲: ۱۰۰). بر این اساس نویسندگان دیگر معتقدند عقد ضمان در قانون مدنی و قانون تجارت هیچ‌گونه اختلافی ندارند، زیرا نقل ذمه و ضم ذمه را مقتضای ذات عقد ضمان ندانسته‌اند و ضمانت تجاری را با مبانی فقه امامیه در باب ضمان قانون مدنی مخالف ندیده‌اند (امینی و ناصری مقدم، ۱۳۹۶: ۱۲).

به‌هرحال به نظر می‌رسد همان‌طور که برخی حقوق‌دانان معتقدند اثر عقد ضمان ابتدا به ساکن،

نقل یا ضم نیست و بر حسب اراده ضامن و مضمون له ممکن است گاهی مفید نقل و گاهی ضم ذمه به ذمه باشد و هیچ دلیل شرعی و عقلی وجود ندارد که به استناد آن رضایت طرفین را که منشأ اصلی و اساس و پایه کلیه عقود است در این عقد به خصوص نادیده گرفت. ناگفته نماند که قانون مدنی ایران هم به طور انجماد حکم بطلان هر قسم التزامی را که مفید ضم ذمه به ذمه باشد نداده است چنانچه ماده ۷۲۳ و ماده ۶۹۹ مقرر 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 (کاتوزیان، ۱۳۳۳: ۷۲ و ۷۳). بنابراین ضامن اعم از ضامن عقدی یا ضامن تضامنی، چه به نحو نقل ذمه به ذمه و چه در قالب ضم ذمه به ذمه هر چه که باشد وقتی می‌تواند در زندگی روزمره افراد جامعه مفید فایده باشد که بتواند مشکلی از هزاران مشکل موجود در روابط اقتصادی و تجاری امروز مردم را مرتفع کند (شهنایی، ۱۳۸۵: ۴۱). باید دید کدام شیوه از اعمال مقررات با زندگی متعارف و اغراض اجتماعی و اقتصادی جامعه سازگارتر است و همان را تقویت نمود؛ چون در این صورت قوانین موجود نه تنها حاکم، بلکه متروک می‌گردد. در موضوع ضامن، خواست عمومی اشخاص، اجرای نظریة تضامن و برخورداری از امتیازات آن است نه رها کردن مدیون واقعی و مراجعه به ضامن با حسن نیت فاقد نفع و به عبارتی پذیرش نظریة نقل ذمه به ذمه!

فارغ از این بحث، نظریة نقل یا ضم دارای آثاری است، از جمله اینکه در ضم ذمه به ذمه یا تضامن هرگاه مضمون له، مضمون عنه را ابراء کند در این صورت مطابق ماده ۴۵۸ قانون تجارت ضامن بری می‌شود زیرا با ابراء مضمون عنه، دین اصلی که بر ذمه است ساقط می‌شود. در حالی که فقط ضامن ابراء شود، چون در ضامن تضامنی ذمه ضامن، وثیقه شخصی دین مضمون عنه است و حکم رهن را دارد، فک رهن از طرف مرتهن دلالت بر اسقاط دین ندارد. لذا ابراء ضامن فقط موجب براءة ذمه ضامن است و دین مدیون اصلی کماکان پابرجاست. بنابراین فقط ابراء مضمون عنه از سوی مضمون له، سبب براءة وی می‌شود چراکه دین اصلی بر عهده اوست و ضمانت به عنوان تضمین می‌باشد و گرنه مسئول اصلی، خود او می‌باشد (رشیدی و یوسفی، ۱۳۹۸: ۴۶)؛ حال آنکه بنابر نظریة نقل با انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن این مباحث خروج موضوعی دارد. همان طور که بر فرض پذیرش نظریة نقل در قلمروی حقوق تجارت، مسئله تبعیت ضامن از دین اصلی در بحث مسئولیت ضامن نسبت به خسارت تأخیر تأدیة در فرض ورشکستگی تاجر متفی است و صرفاً در ضامن تضامنی قابل تصور است.

۲. دلایل مورد استناد مخالفین رأی وحدت رویه

دسته‌ای از محاکم و حقوق دانان که می‌توان از آن‌ها به عنوان طرف داران نظریة استقلال تعهدات

ضامن از تعهدات متعهد اصلی نیز نام برد، عمدتاً به ماده ۷۰۷ قانون مدنی استناد می‌کنند که مقرر می‌دارد ابراء ذمه مضمون‌عنه توسط مضمون‌له، موجب بری شدن ضامن نمی‌شود؛ مگر اینکه مضمون‌عنه از اصل دین ابراء شده باشد. زیرا مطابق این ماده - البته با مبنا قراردادن ضامن به‌عنوان ناقل ذمه - فقط ذمه ضامن است که پس از عقد ضامن در برابر طلبکار مشغول می‌شود نه مدیون. بنابراین از آنجا که مطابق این رویکرد ذمه مدیون در مقابل طلبکار از هنگام انعقاد عقد ضامن، بری شده و مشغول نیست؛ دیگر دینی به طلبکار ندارد که به واسطه ابراء او، ذمه ضامن هم بری شود. ولی چنانچه بستانکار از اصل دین صرف‌نظر کند؛ ذمه ضامن به واسطه اسقاط دین، به‌خودی‌خود بری می‌شود. علاوه بر آن حکم ماده ۶۷۸ قانون مدنی مبنی بر صحت ضمانت از محجور و میت را دلیل دیگری بر استقلال تعهد ضامن می‌دانند. زیرا برای این قبیل اشخاص، اهلیت مضمون‌عنه شرط صحت ضمانت نیست. حتی بر فرض باطل بودن تعهد اصلی محجور، ضمانت از وی صحیح است. اما در پاسخ گفته شده است؛ در مورد ماده ۷۰۷ قانون مدنی، با مبنا قراردادن ضامن ضم ذمه یا تضامنی مندرج در قانون تجارت، همان طور که مسئولیت ضامن و مضمون‌عنه مشترک و غیرقابل تفکیک است؛ رابطه تبعیت و پیوستگی نیز بین آن‌ها وجود دارد. که بر اساس آن نفوذ و بقای هر کدام از عقود پایه و تبعی بر دیگری تأثیر می‌گذارد. همچنین راجع به ماده ۶۷۸ قانون مدنی در مورد مسئولیت مضمون‌عنه محجور یا میت نیز، لازم است دین بر ذمه آن‌ها قرار گرفته باشد تا امکان ضمانت آن باشد. در حالی که اساساً به دلیل عدم اهلیت آن‌ها، دینی برعهده‌شان قرار نگرفته که قابل تضمین از سوی ضامن باشد و از طرفی هم ضمانت از دین غیر موجود باطل است. اما با وجود این، نهادهایی مثل بانک‌ها و اداره کل تصفیه امور ورشکستگی قوه قضائیه و برخی محاکم با استناد به این دلایل معتقدند حتی با وجود معافیت تاجر ورشکسته از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه - که قانون تجارت حکم مشخصی مبنی بر معاف بودن آن دارد - مسئولیت ضامن در پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به دلیل استقلال تعهدات وی به قوت خود باقی است (عرفانی، ۱۳۸۱: ۵۹).

برخی دیگر با اذعان به اینکه تعهدات ضامن تابع تعهدات مدیون اصلی است معتقدند: اینکه طبق رأی وحدت‌رویه شماره ۱۵۵ مورخ ۱۳۴۷/۲/۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، امکان مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از ورشکسته وجود ندارد به منزله عدم اشتغال ذمه ورشکسته به پرداخت خسارت مزبور محسوب نمی‌شود؛ چراکه طبق ماده ۵۶۱ قانون تجارت در صورتی که ورشکسته بخواهد اعاده اعتبار واقعی (حقی) نماید، ملزم است کلیه دیون خود را با متفرعات (از جمله خسارت تأخیر تأدیه) بپردازد و در واقع در سیستم کنونی تجاری ایران ورشکسته حتماً ملزم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بوده، لکن تا زمان اعاده اعتبار امکان مراجعه به او برای جبران خسارت مزبور وجود ندارد و این

امر به معنای عدم اشتغال ذمه محسوب نمی‌شود و با وجود اشتغال ذمه مزبور امکان ضمانت از دین مزبور چه سابق بر تاریخ توقف و چه بعد از آن وجود دارد، لکن ضامنی که خسارت مزبور را پرداخت می‌نماید امکان مراجعه به مضمون‌عنه مثل مدیون اصلی (مضمون‌له) را نخواهد داشت مگر بعد از پرداخت تمامی دیون توسط تاجر. لازم به ذکر است که استناد به بحث اعاده اعتبار در رأی شعبه هجدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان شرقی در پرونده منتج به رأی وحدت‌رویه ۷۸۸ دیوان عالی کشور و در نظریه دادرای دیوان عالی کشور که منتج به صدور رأی وحدت‌رویه شماره ۱۵۵ شده است به چشم می‌خورد.

۳. دلایل مورد استناد موافقین رأی وحدت‌رویه

برخی شعب دادگاه‌ها حتی پیش از صدور رأی وحدت‌رویه، ضمن اعلام معافیت تاجر ورشکسته از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه، ضامنین وی را نیز از این موضوع معاف می‌دانستند. طرف‌داران این نظریه که مبنای اصلی استدلالشان بر تبعیت تعهدات ضامن از تعهدات متعهد اصلی است معتقدند مطابق ماده ۴۰۸ قانون تجارت «همین که دین اصلی به‌نحوی از انحاء ساقط شد، ضامن نیز بری می‌شود.» در نظر این عده این حکم قانونی نیز بر تبعیت ذمه ضامن از ذمه مدیون اصلی تأکید دارد و در خسارت تأخیر تأدیه که از متفرعات دین اصلی است با بری‌الذمه شدن مدیون اصلی به طریق اولی، ضامن بری‌الذمه خواهد شد و از طرفی دیگر، اساساً به‌موجب ماده ۶۸۴ قانون مدنی «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده بگیرد.» بر این اساس، از آنجا که عموماً عقد ضمان در قانون مدنی نیز بر ضرورت وجود دین یا سبب آن در مدیون اصلی تأکید دارد و به‌موجب رأی وحدت‌رویه شماره ۱۵۵ مورخ ۱۳۴۷/۱۲/۱۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ توقف از ورشکسته قابل مطالبه نیست. بر این اساس، تعهدی راجع به خسارات تأخیر تأدیه بعد از توقف در مدیون اصلی ایجاد نمی‌گردد تا به تبع آن ضامن متعهد تأدیه آن گردد.

نهایتاً اینکه در نظر ایشان عقد ضمان از عقود مسامحه‌ای است و علاوه بر اینکه ضامن در قبال عمل خود عوضی دریافت نمی‌کند؛ با امضای او انتقالی هم انجام نمی‌شود که دین مستقلی برای او قائل شویم. از این‌رو منطقی نیست زمانی که متعهد اصلی از پرداخت خسارت معاف است؛ ضامن را مکلف به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بدانیم (سلیمانی، ایرانشاهی و عزیزی، ۱۳۹۷: ۹۱). برخی دیگر این‌گونه استدلال می‌کنند که خسارت تأخیر تأدیه، نوعی جزای مدنی است که بر متعهد مستنکف تحمیل می‌گردد. اساساً در وضعیت مطروحه، استنکاف مطمح نظر مقنن موضوعیت پیدا نمی‌کند تا با کوتاهی ضامن مسئولیتی بر وی تحمیل گردد.

معتقدان به این دیدگاه مسئولان غیراصولی اسناد تجاری را نیز مدیون به معنی واقعی قلمداد نکرده و معتقدند این افراد مشمول ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی نبوده چنانچه برای مسئولیت ایشان در خصوص خسارت تأخیر تأدیه مستند قانونی خاصی وجود داشته باشد وفق همان مقررات عمل خواهد شد وگرنه مطابق ماده ۵۲۲ مذکور از بابت خسارت تأخیر تأدیه تکلیفی نخواهند داشت. در نظر ایشان ماده ۲۴۹ قانون تجارت نیز نسبت به اینکه مسئولیت تضامنی صرفاً ناظر به اصل وجه برات است و یا آنکه هزینه‌ها و خسارات از جمله خسارت تأخیر تأدیه را نیز در بر می‌گیرد تصریحی ندارد؛ بنابراین به استناد این ماده نمی‌توان مسئولیت ناشی از خسارت تأخیر تأدیه را تضامنی دانست و به دلیل استثنایی بودن مسئولیت تضامنی در خصوص خسارت تأخیر تأدیه باید تردید کرد و با عنایت به ملاحظات فوق، نظریه اداره کل حقوقی که مستند به ماده ۲۴۹ قانون تجارت مطالبه خسارت تأخیر تأدیه چک را از تمامی مسئولان سند اعم از صادرکننده، ضامن و ظهرنویس ممکن انگاشته قابل‌پذیرش نمی‌دانند (محسنی، ۱۳۸۹: ۱۱۰ و ۱۱۳). دکتر ستوده تهرانی نیز با اشاره به این ماده قانونی مسئولیت ضامن برات یا اسناد تجاری را بسته به این می‌داند که ضامن از چه کسی ضمانت کرده است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۹: ۶۰). دکتر اسکینی از دیگر صاحب‌نظران حقوق تجارت نیز با تأیید سرایت این معافیت از تاجر ورشکسته به ضامن؛ سایر مسئولان متضامن را مسئول پرداخت خسارت تأخیر تأدیه دانسته و ضامن ورشکسته که به موجب ماده ۲۴۹ قانون تجارت مسئولیتش در حدود مسئولیت مضمون‌عنه است؛ را مستثنا نموده است (اسکینی، ۱۳۹۶: ۷۹).

در همین راستا نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۹۳/۲۹۹۶ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۰۲ در پاسخ به پرسش‌هایی که در ارتباط با تعلق یا عدم تعلق خسارت تأخیر تأدیه به ضامنین تاجر ورشکسته طرح گردیده است جالب توجه است چون به معافیت ضامنین از پرداخت خسارت نظر داده است. اداره کل حقوقی بانک مرکزی هم به‌عنوان یک نهاد اداری و غیرقضایی در خصوص مطالبات مربوط به خسارت تأخیر تأدیه بانک‌ها از ضامنین تسهیلات گیرندگان ورشکسته؛ طی بخشنامه شماره ۳۰۰۰۲/۸ مورخ ۱۳۸۷/۸/۱۲ به معافیت ضامنین تاجر ورشکسته در این خصوص اشاره نموده است.

۴. نظریه استقلال مقررات تجاری از مدنی

رای وحدت‌رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور از منظر حقوق مدنی و با نگاه فقهی به موضوع تبعیت حدود مسولیت، احکام و شرایط ضامن از مضمون‌عنه نگریده و بر همان اساس، به معافیت ضامن تاجر ورشکسته نظر داده است. در حالیکه به استدلالات موافقین رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور ایراداتی وارد است از جمله اینکه عمده استدلالات پیرامون نظریه تبعیت عقد ضمان از دین

اصلی است، زیرا همان طور که برخی به درستی اشاره کرده‌اند اشتغال ذمه در عقد ضمان، فقط معلول دین نیست، بلکه اراده ضامن و مضمون‌له علت اشتغال ذمه است و از این رو، دو سبب موجب ایجاد و اشتغال شده است؛ اولی دین و سپس اراده طرفین عقد ضمان؛ به همین دلیل، برخی از فقیهان اهل سنت معتقدند در ضمان، مانند رهن و وثیقه، ضم اشتغال است و دین منتقل نمی‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ۱۰).

مشهور در فقه عامه و کشورهای اروپایی بر این عقیده‌اند که هدف از جعل ضمان، ایجاد نوعی تضمین و توثیق برای طلبکار در برابر مدیون معسر است؛ نه طلبکار قصد دارد با تحقق ضمان مدیون اصلی را رها کند و نه ضامن می‌خواهد خود به تنهایی مدیون گردد؛ بنابراین، مفاد عرفی ضمان و تمایل ضامن بر این است که وثیقه دین قرار گیرد و رابطه حقوقی اصلی از بین نرود. اثر حقوقی عقد باید تابع خواست طرفین باشد و مقتضای آن را قانون‌گذار بر این مبنا تعیین کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۲۷). به این موضوع باید این نکته را اضافه کرد که اساساً هدف از عقد ضمان، دسترسی دائن به طلب خود در فروض مختلف است. این هدف در ضمان تضامنی بیشتر مشهود است و نه تنها بر میزان اعتبار طلب می‌افزاید بلکه مضمون‌له را از خطرهای ناشی از ورشکستگی و اعسار و فرار مدیون مصون می‌دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۴۴). همین امر سبب گشته تا معطیان اعتبار از جمله بانک‌ها به اخذ حداقل دو ضامن برای کمترین مبالغ وام مبادرت کنند. استدلالاتی از این دست با هدف اصلی منعقدکنندگان عقد ضمان در تضاد است و به روشنی اصل آزادی قراردادهای را زیر سؤال می‌برد. همان طور که به‌رغم اختلاف نظرهای زیادی که در ابتدای امر در خصوص اختلاف میان قانون مدنی و تجارت وجود داشت امروزه غالب حقوق‌دانان همان طور که در عمل نیز به همین شکل است معتقدند نقل ذمه مطابق اطلاق عقد ضمان است نه اقتضای ذات آن، و از این رو، با شرط ضمن عقد امکان برقراری تضامن وجود دارد. پس چرا نتوان قائل بر این بود که در سایر جنبه‌ها نیز تبعیت عقد ضمان از دین اصلی را نیز مقتضای اطلاق عقد ضمان دانست نه مقتضای ذات آن و لذا شرط دریافت خسارت تأخیر در فرض ورشکستگی تاجر و یا حتی شرط کلی استقلال عقد ضمان از دین اصلی را صحیح دانست؟

از آنجایی که فلسفه و نقش قوانین حاکم بر معاملات تجاری باید تقویت‌کننده دو اصل سرعت و اعتماد به‌عنوان اساسی‌ترین محورهای مقوم قراردادهای تجاری باشند تا تسهیل بخش روابط تجاری باشد از این حیث همیشه باید درصدد وضع قوانین خاصی بود که به دور از احکام و تشریفات ذاتی معاملات مدنی بوده که در نتیجه آن انعطاف لازم برای معاملات تجاری فراهم گردد؛ از این منظر ار آنجا که در بسیاری از مواقع ممکن است هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مقام صدور رأی وحدت‌رویه نقش خطیر مقنن را بر عهده گیرد. لذا شایسته است قضات محترم دیوان عالی کشور

در ارائه نظریات حقوقی خویش قائل به تمییز میان موضوعات مدنی و تجاری باشند و حسب مورد در موضوعات تجاری تا حد ممکن از اعمال و حاکمیت بخشی مقررات حقوق مدنی به صرف تشابه بین دو موضوع خودداری ورزند و با نیم‌نگاهی به نیازهای تجاری جامعه احکام و مقرراتی وضع نمایند که بی‌چون و چرا به تبعیت از حقوق مدنی منجر نگردد؛ بلکه به استقلال حقوق تجارت و پاسخ‌گویی به اوضاع و احوال و شرایط خاص اعمال تجاری توجه داشته باشند. در غیر این صورت اختلاف حقوق تجارت و مدنی صرفاً در نام خواهد بود و قوانین تجارت کارآیی خویش را در اعمال تجاری از دست خواهد داد.

این دیدگاه در جای جای قانون تجارت به چشم می‌خورد و شواهد زیادی وجود دارد که این دیدگاه را تقویت می‌کند. عدم قابلیت استناد به بطلان در برابر بستانکاران در حالی که در قانون مدنی تنها به سه حکم از عقد اشاره شده، اصل عدم استناد به ایرادات در اسناد تجاری و اصولی از این دست که خاص حقوق تجارت است نیز شاهد دیگری از این مثال است. یا اینکه مقنن در مواد ۴، ۳۴ و ۴۶ لایحه اصلاح قانون تجارت از ابتیاع سهم صحبت به میان می‌آورد در حالی که ماده ۳۳۸ قانون مدنی در عین بودن مبیع در برابر عوض معلوم برای تملیک در عقد بیع تأکید فراوان نموده است، همین وضع در ماده ۱۱۴ لایحه قانون تجارت در خصوص توثیق سهام مدیران نیز ملموس است چراکه مقنن در حقوق تجارت به آسانی وثیقه گذاشتن سهام را از سوی مدیران به‌منظور تضمین جبران خسارت احتمالی دوره تصدی مدیریت آنان پذیرفته است؛ در حالی که ماده ۷۷۴ قانون مدنی در عقد رهن عین بودن مال مرهونه را ضروری دانسته و رهن دین و منفعت را باطل اعلام داشته است. این موارد نشانگر آن است که از ابتدا مقنن حقوق تجارت که پس از وضع قانون مدنی مبادرت به تصویب این قانون نموده احکام بسیاری را در قانون تجارت به رشته تحریر درآورده که متفاوت از قواعد حقوق مدنی و خاصه قانون مدنی بوده چراکه بی‌تردید قوانین مدنی نمی‌توانست پاسخ‌گوی نیازهای تجاری باشد که نمونه بارز آن حکم مندرج در ماده ۲۴۹ قانون تجارت است؛ این ماده مسئولیت کلیه مسئولین سند تجاری را تضامنی دانسته است و به کرات در موارد متعددی مانند مواد ۲۳ و ۱۴۳ در لایحه قانونی اصلاح قانون تجارت در شرکت سهامی مسئولیت تضامنی را حاکمیت بخشید و در مواد ۴۰۲، ۴۰۳ و ۴۰۴ و شق آخر ماده ۲۴۹ قانون تجارت نیز در بحث ضمانت احکامی را وضع نمود که متفاوت از احکام عقد ضمان در ماده ۶۹۸ قانون مدنی است.

حتی در باب ضمانت در اسناد تجاری در بحث تبعیت عقد ضمان از دین اصلی در مقررات بین‌المللی نیز استثنائاتی وجود دارد از جمله اینکه مقررات کنوانسیون ژنو در راستای اصل استقلال امضائات و غیرقابل استناد بودن ایرادات مسئولان برات و لزوم اعتبارافزایی به سند، در صورت رعایت

شرایط شکلی برات، تعهد ضامن در مقابل دارنده برات را معتبر قلمداد نموده و حقوق براتی را بر آن بار می‌نماید (سلیمانی، ایرانشاهی و عزیزی، ۱۳۹۷: ۹۱).

غلبه دیدگاه مدنی در مقوله ضمان سبب شده تا در تبیین ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز با مشکل مواجه شویم و در نهایت علی‌رغم وجود مشابهت‌های زیاد آن را قراردادی مستقل قلمداد کنیم (شاه‌منصوری و توفیقی بروجنی، ۱۳۹۶: ۷۲ و ۷۹). یا اینکه در حقوق مدنی در اثر عمل حقوقی ابراء، دین مدیون به وسیله ابراء اسقاط می‌گردد، یعنی ضمانتی متوجه مدیون نیست اما در نظریه ابراء در قرارداد ارفاقی، چنین اثری به چشم نمی‌خورد، بلکه قرارداد ارفاقی فی‌نفسه به‌منظور ایفای تعهد بوده و از این‌رو ضمان (مسئولیت) تاجر ورشکسته همچنان برقرار بوده و ابراء جنبه اسقاط ندارد. از این‌رو رفع ضمان و مسئولیت پس از ایفای تعهد و پرداخت دین از سوی تاجر صورت می‌گیرد، آن‌گاه اثر اسقاطی ابراء بخشی از طلب نیز محقق خواهد شد. در واقع زمانی تعهد تاجر ورشکسته نسبت به ابراء جزئی از دین ساقط می‌شود که تاجر نسبت به پرداخت بقیه دین نیز اقدام نماید (عبدی‌پورفرد و عباسی اندواری، ۱۳۹۸: ۱۹۹).

شاهد دیگر برای تفاوت ضمان در قانون مدنی و تجارت، ماده ۴۰۵ قانون تجارت است که مقرر می‌کند که قبل از رسیدن اجل دین اصلی ضامن ملزم به تأدیه نیست ولو اینکه به‌واسطه ورشکستگی یا فوت مدیون اصلی دین موجد او حال شده باشد؛ از این ماده نتیجه می‌گیریم که لزوماً مسئولیت ضامن با مسئولیت مضمون‌عنه یکی نیست. درست است که مواد ۴۰۵ تا ۴۰۸ قانون تجارت ایران به‌طور غیرمستقیم اشاره به اهمیت دین و مبنای آن و همچنین وابستگی کامل ضمانت به وجود دین اصلی و صحت قرارداد اصلی کرده‌اند حال آنکه در حقوق تجارت عملی امروزه نوعی از ضمانت به نام ضمانت مستقل وجود دارد که هیچ توجهی به دینی که منشأ ضمان است ندارد و تعهد ضامن را هرچند بر مبنای دین واقع می‌کند اما این ضمانت پس از وقوع کاملاً مستقل از آن می‌شود، اغلب ضمانت‌های تجاری امروز علی‌الخصوص ضمانت‌های بین‌المللی التفات به اصل عدم توجه ایرادات دارد، حال آنکه قانون تجارت ایران در این موارد با رجوع به قواعد مدنی تأکیدی دوباره بر وابستگی ضمان کرده است (مظاهری کوهانستانی و منتظری، ۱۳۹۷: ۱۲۵).

نکته‌ای که باید توجه کرد این است که غالباً وجود همین ضمانت‌ها به طرفین جرئت معاملات کلان می‌دهد و باعث رونق اقتصادی و توسعه امور بازرگانی می‌گردد. هنوز هم سنگ بنای نظام تجاری و اقتصادی اصل بنیادین حاکمیت اراده است و مداخله قانون‌گذار زمانی توجیه مناسب می‌یابد که عدم مداخله منشأ آسیب به نظام مذکور شود (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۷: ۴۱۰).

تالی فاسد آرا و قوانینی از این دست در حقوق تجارت این است که سبب سستی مقوله ضمان

در معاملات تجاری خواهد شد و طرف معامله تاجر دیگر اعتمادی به مقوله ضمانت و آثار مورد نیاز آن به‌ویژه در زمان ورشکسته شدن تاجر مضمون‌عنه نخواهد داشت، چراکه تاجر به‌منظور تضمین انجام تعهدات خویش ضامنی معرفی نموده تا در معاملات پرریسک و خطر شخص طرف معامله را مطمئن سازد که حتی در فرض عارض شدن ورشکستگی شخص معینی به‌عنوان ضامن، تعهدات وامانده او را با تمام لواحق آن از جمله تأدیه خسارت تأخیر تأدیه اجرا خواهد کرد. شاید بر همین اساس بوده که مقنن برای جلب اعتماد اشخاصی که با تاجر ورشکسته پس از امضای قرارداد ارفاقی وارد معامله می‌گردند مقرر نموده چنانچه به هر دلیلی محرز و مسلم گردد که تاجر ورشکسته حائز شرایطی برای انعقاد قرارداد نبوده است، به‌عنوان مثال حيله یا تقلبی را مرتکب گردیده و در نتیجه آن به حکم مفاد ماده ۴۸۳ و ۴۹۰ و نیز بند ۲ ماده ۴۹۲ قانون تجارت آن قرارداد باطل اعلام گردد؛ برخلاف حقوق مدنی اثر بطلان قرارداد از زمان انعقاد نبوده و اثر قهقراپی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۰۹). بلکه به‌دلیل وضعیت خاص تاجر و الزامات رعایت حقوق طلبکاران و لزوم جلب اعتماد آنان که با تاجر ورشکسته‌ای که با او قرارداد ارفاقی منعقد شده است وارد معامله شده‌اند، مقرر شده حتی با فرض بطلان قرارداد ارفاقی، قراردادی که این تاجر در این اثنا با تاجر ورشکسته منعقد نموده‌اند باطل نخواهد شد، بلکه برخلاف قانون مدنی، منفسخ خواهد شد و از تاریخ انحلال نسبت به آینده اثرگذار است؛ ماده ۵۰۰ قانون تجارت در این خصوص مقرر می‌دارد: «معاملاتی که تاجر ورشکسته پس از صدور حکم راجع به تصدیق قرارداد ارفاقی تا صدور حکم به بطلان یا فسخ قرارداد مزبور نموده باطل نمی‌شود...»؛ اما رأی وحدت‌رویه مذکور بدون در نظر گرفتن اقتضانات خاص تجاری و بی‌توجه به اراده طرفین قرارداد با این استدلال که چون طلبکاران خود تاجر ورشکسته، حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را ندارند و موارد مذکور در مواد ۵۶۱ و ۵۶۲ ناظر به زمانی است که تاجر می‌خواهد اعاده اعتبار کند؛ بنابراین مسئولیت ضامن را بیش از مسئولیت مضمون‌عنه ندانسته است و حکم نموده خسارت تأخیر تأدیه از ضامن تاجر ورشکسته قابل مطالبه نیست. همین ایراد به رأی وحدت‌رویه ۱۵۵ مبنی بر اینکه طلبکاران ورشکسته اعم از اینکه وثیقه داشته باشند یا نه حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ایام بعد از تاریخ توقف را ندارند، نیز وارد است؛ چراکه هر گونه راهی برای معامله با اطمینان با تاجر را برای افراد می‌بندد. عملاً نیز فاصله توقف تا زمان پرداخت مطالبات بسیار طولانی است و هیچ توجیهی وجود ندارد تا طلبکار دارای وثیقه را از خسارات وارده محروم کرد.

حال آنکه در جای دیگر هیئت عمومی دیوان عالی کشور با التفات به تفاوت میان قانون تجارت و سایر قوانین در رأی وحدت‌رویه‌ای که به‌طور پیاپی در شماره ۷۸۹ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۳ در خصوص مهلت اعتراض به حکم ورشکستگی داشته است آن را کاملاً از موضوع اعتراض ثالث در ماده ۴۱۷

قانون آیین دادرسی مدنی که فاقد مهلت است، جدا دانسته و تأکید داشت که کماکان باید مقررات قانون تجارت را حاکم دانست و اعتراض اشخاص ثالث نسبت به حکم ورشکستگی الزاماً باید در مهلت خاص پیش‌بینی شده مذکور در مواد ۵۳۷ به بعد به عمل آید چراکه عام لاحق را از حیث اصولی ناسخ خاص سابق ندانسته است و در عین حال ضرورت حقوق تجارت را درک نمود و قواعد خاص آن طبق مقتضیات خاص معاملات تجاری و احکام ناظر بر ورشکستگی را مراعات داشته است؛ به عبارتی نگاه تجاری مقنن را در حمایت از اعمال و معاملات تجاری حفظ و تقویت نموده است. با این تفاسیر به نظر نگارندگان از آنجا که به‌موجب ماده یک قانون نحوه وصول مطالبات بانک‌ها مصوب ۱۳۶۸، وجوه و تسهیلات مالی اعطایی بانک‌ها تحت هر عنوان اعم از اینکه قراردادی منعقد شده باشد یا خیر و مقرر بوده که بدهکار در سررسید معین، تسهیلات مالی و وجوه دریافتی را اعم از اصل و سود و سایر متفرعات مسترد دارد، بر اساس مقررات و شرایط زمان اعطای این وجوه و تسهیلات قابل مطالبه است و به‌موجب مندرجات ذیل این ماده نیز مراجع قضایی و دوایر اجرای ثبت مکلف به احتساب مطلق خسارات از جمله خسارت تأخیر تأدیه شده‌اند (باقری، جمالی و خادمان، ۱۴۰۰: ۲۶).

عدم دریافت خسارت تأخیر تأدیه از تاجر یک حکم استثنایی است و نباید به ضامن تسری داده شود. چه لزومی به استفاده از این امتیاز برای ضامن وجود دارد حال آنکه همین شخص اگر از یک شخص غیر تاجر ضمانت می‌کرد در معرض ریسک پرداخت خسارت تأخیر وجود داشت. اساساً اغلب، تاجر مبالغ عمده از بانک وام دریافت می‌کنند و نگرش مندرج در رأی وحدت‌رویه، مؤسسات مالی و بانکی را با بحران ورشکستگی مواجه می‌سازد؛ از طرفی از آنجا که وجوه نقد موجود در بانک‌ها و مؤسسات اعتباری متعلق به مردم است، قطعاً ورشکستگی بانک‌ها که مستند به رأی وحدت‌رویه، دستشان از وصول مطالبات، هم از تاجر ورشکسته و هم از ضامن کوتاه مانده، تحمیل ضرر بر پیکره آحاد اشخاص جامعه سپرده‌گذار در نزد بانک‌ها خواهد بود. از سوی دیگر مبنای ضمانت عموماً همین است که وام‌دهنده یا طلبکار بتواند به طلب خود دست یابد و ریسک بازگشت سرمایه به او کمتر شود. بنابراین استفاده از ابزارهای قدیمی نه تنها کمکی برای حل مشکلات موجود نبوده بلکه صرفاً اوضاع را پیچیده‌تر می‌کند. عقد ضمان بین ضامن و مضمون‌له منعقد می‌شود و بنابراین اراده آنان قطعاً در شناسایی آثار آن تأثیرگذار است. چنانچه این ایراد مطرح شود که عقد ضمان جنبه احسانی دارد و اجبار ضامن به پرداخت خسارت تأخیر با احسانی بودن آن تناقض دارد باید گفت که با استقلال تعهد ضامن جنبه وثیقه‌ای عقد ضمان، همانند کفالت و رهن، پررنگ می‌نماید و این امر منافاتی با احسانی بودن آن ندارد (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۴: ۵۹). درست است که عقد ضمان از عقود مبتنی بر ارفاق است و لیکن ضم ذمه بودن اثر ضمان نیز هیچ منافاتی با این خصیصه عقد ضمان ندارد. زیرا با تحقق ضمان

و قرار گرفتن ذمه ضامن در کنار مضمون‌عنه از سخت‌گیری مضمون‌له از مدیون اصلی کاسته می‌شود و در اینجا ارفاق صورت گرفته است (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ۱۵۰).

نتیجه

موضع دیوان عالی کشور در رأی وحدت‌رویه شماره ۷۸۸ مبنی بر عدم مسئولیت ضامن تاجر ورشکسته نسبت به خسارت تأخیر تأدیه به تبعیت از تعهد اصلی با آنکه با ظاهر مقررات قانون مدنی در باب ضمان موافق است، اما به روشنی با هدف انعقاد عقد ضمان در قراردادهای تجاری و در واقع اصل استقلال حقوق تجارت از حقوق مدنی مخالف است. این تفاوت دیدگاه در جای جای قانون تجارت نیز به چشم می‌خورد؛ مانند تفاوت بیع سهم با عین بودن مبیع در قانون مدنی یا ضرورت عین بودن موضوع مال مرهونه در برابر امکان توثیق سهام که عین نیست و همچنین تفاوت آثار بطلان عقد در قانون مدنی در مقایسه با اثر بطلان عقد در قرارداد ارفاقی در قانون تجارت و یا پذیرش مسئولیت تضامنی در قلمرو اسناد تجاری در قانون تجارت در مقابل عدم پذیرش این قاعده در قانون مدنی. تمامی این موارد مؤید اقتضای خاص معاملات تجاری در برابر معاملات مدنی است که مقنن اجازه وضع احکام متفاوتی را برای معاملات تجاری داده است و بر استقلال حقوق تجارت از حقوق مدنی به دلیل نیاز جامعه تأکید دارد. همان‌طور که اصولی مانند استقلال امضاها و یا عدم توجه ایرادات را در کنار وصف تجریدی و وصف تنجیزی بر اسناد تجاری حاکم دانسته، در حالی که هیچ‌یک از این احکام در معاملات مدنی و جاهت و جایگاهی ندارند. اگر بخواهیم با اصرار بر قواعد سنتی معادلات خاص حاکم بر دنیای تجارت را توجیه کنیم صرفاً کار را سخت‌تر و پیچیده‌تر کرده و تلاشی بیهوده داشته‌ایم، چراکه مطمئناً حداقل بانک‌ها یا تأمین‌کنندگان عمده سرمایه‌راهکاری برای این امر پیدا خواهند نمود و با شرط ضمن عقد ضمانت یا اخذ اسناد تعهدآور دیگر از ضامنین مشکلات ناشی از رأی وحدت‌رویه را از طریق دیگری حل خواهند کرد و نشان خواهند داد رأی وحدت‌رویه موصوف که ضامن را به تبع تاجر ورشکسته معاف از مسئولیت می‌داند فاقد کارایی لازم و بی‌اثر است و صرفاً برای قراردادهای سابق دارای اعتبار است و در آینده در عمل، بر قراردادهای آتی مصداقی برای حاکمیت رأی وحدت‌رویه یافت نخواهد شد. چراکه حتی معتقدین به نظریه تبعیت تعهدات ضامن از دین اصلی و عدم پرداخت نیز به این مسئله واقفند که قید این شرط در قرارداد اعطای تسهیلات و قرارداد ضمانت موجود در آنکه با توافق ضامن و مضمون‌له خسارت تأخیر تأدیه حتی در صورت ورشکستگی متعهد اصلی نیز قابل دریافت است می‌تواند مستمسک مطالبه این خسارت از ضامن قرار گیرد. مضاف بر اینکه هرچند می‌دانیم که لزوم رعایت اصل تساوی حقوق میان بستانکاران موجب تطبیق قانونی بستانکاری‌های آن‌ها در تاریخ صدور حکم ورشکستگی

است، اما با عنایت به اینکه عرفاً فاصله زمانی میان شروع توقف و حکم توقف بسیار طولانی و گاه بالغ بر ۱۰ سال است عدم تعلق خسارت تأخیر تأدیه به مطالبات بانکی در این مدت با روح قانون نحوه وصول مطالبات بانکی مورخ ۱۳۶۸/۱۰/۵ منافات دارد و قابل توجیه نمی‌باشد حداقل در خصوص ورشکسته اگر به جبر قانون و با توجه به وضعیت خاص ورشکسته قائل بر عدم دریافت خسارت تأخیر باشیم، با اخذ خسارت از ضامن ضرر طلبکاران جبران می‌شود. بنابراین شایسته بود که دیوان عالی کشور در مقام ایجاد وحدت رویه به ملاحظات اقتصادی و احکام خاص حاکم بر دنیای تجارت توجه بیشتری داشته و هم‌گام با مقتضیات آن به صدور رأی وحدت رویه بپردازد. با این اوصاف مشکلات جدیدی بر اساس این رأی وحدت رویه به بار خواهد آمد و مجدد ناچار به عدول از آن خواهیم بود، همان طور که رأی وحدت رویه ۷۳۳ پس از چند سال راجع به نحوه جبران خسارت در مبيع مستحق للغير در آمده با رأی وحدت رویه جدید به شماره ۸۱۱ در تیر ماه ۱۴۰۰ مورد تنویر و عملاً اصلاح قرار گرفت؛ همین امر را نیز باید به زودی نسبت به رأی وحدت رویه ۷۸۸ شاهد بود که با رأی وحدت رویه جدید دیگر مورد اصلاح و یا تشریح قرار گیرد و یا اینکه موادی مانند ۴۰۵ یا ۴۲۱ قانون تجارت را اصلاح نمود و بر ابقای مسئولیت ضامن تاجر ورشکسته در پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به وسیله ضامن با وجود معافیت مضمون‌عنه تأکید ورزید.

منابع

- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۶)، حقوق تجارت؛ ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران: انتشارات سمت.
- افتخارجهرمی، گودرز و سهیل طاهری (۱۳۹۰)، «مقتضای اطلاق ضمان قراردادی»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۷.
- امینی، راضیه و حسین ناصری مقدم (۱۳۹۶)، «مفهوم شناسی عقد ضمان با رویکرد رفع تعارض ماده ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۳ قانون تجارت»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۴۷.
- باقری، محمدرضا، جعفر جمالی و محمود خادمان (۱۳۹۹)، «بررسی و نقد رویه قضایی در خصوص دعوی مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ارزی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- باقری، علی، امیر برزگر و سکینه باقری (۱۳۹۴)، «بررسی وضعیت ظهنویسی و تفاوت آن با ضمانت در اسناد تجاری با تأکید بر رویه قضایی»، قضاوت، شماره ۸۲.
- جعفری لنگرودی محمدجعفر (۱۳۸۸)، دایره المعارف مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
- رشیدی، علی و قاسم یوسفی (۱۳۹۸)، «آسیب شناسی مقررات حمایتی از ضامن در ضمان تضامنی در قانون تجارت با نگرشی بر لایحه تجارت»، قانون یار، سال سوم، شماره ۹ (جلد اول).
- رفیعی، محمدرضا (۱۴۰۰)، «چالش‌های نهاد آراء وحدت‌رویه»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۹)، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
- ستوده، علیرضا (۱۳۸۲)، ضمانت در حقوق ایران (انگلیس، آمریکا و فرانسه)، تهران: انتشارات بهنامی.
- سلیمانی، امین اله، علیرضا ایرانشاهی و محمد عزیزی (۱۳۹۷)، «مسئولیت ضامنین تاجر ورشکسته در پرداخت خسارت تأخیر تأدیه پس از تاریخ ورشکستگی»، پژوهش ملل، شماره ۳۹.
- شاه منصوری، کمال و پیمان توفیقی بروجنی (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی فقهی، حقوقی عقد ضمان در قانون مدنی با ضمانت نامه‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی»، مطالعات حقوق، شماره ۹.
- شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۷)، «نگاهی به مقررات لایحه قانون تجارت در باب ضمانت مستقل (مواد ۱۳۶ تا ۱۷۱)»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۴.
- شهنایی، خلیل (۱۳۸۵)، «قلمرو مسئولیت تضامنی در حقوق ایران»، بررسی‌های بازرگانی، شماره ۲۱.
- صالحی مازندرانی، محمد (۱۳۹۴)، «نگاهی نو به ماهیت ضمان در پرتو مفهوم و هدف از تشریح آن»، کاوشی نو در فقه، سال بیست و دوم، شماره ۳.
- عبدی‌پورفرد، ابراهیم و محمدتقی عباسی اندواری (۱۳۹۸)، «ابراء و بررسی ضمان در قراردادهای ارفاقی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۸۷.
- عرفانی، محمود (۱۳۸۱)، حقوق تجارت، تهران: انتشارات میزان.
- کاتبی، حسینقلی (۱۳۶۴)، حقوق تجارت، چاپ دوم، تهران: نشر فرزاد.
- کاتوزیان ناصر (۱۳۹۰)، اعمال حقوقی، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۳۳)، «اثر عقد ضمان ۲»، کانون وکلا، دوره اول، شماره ۳۷.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۴، چاپ ششم، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین، جلد دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- محسنی، سعید (۱۳۸۹)، «جایگاه خسارت تأخیر تأدیه در اسناد تجاری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۹.
- مظاهری کوهانستانی، رسول و مهسا منتظری (۱۳۹۷)، «تفاوت عقد ضمان مدنی با ضمان تجاری»، مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، شماره ۷.
- مقدم، عیسی (۱۴۰۰)، «جایگاه قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در حقوق تجارت با تأکید بر رویه قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۶.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد و محمد مهریزی ثانی (۱۳۹۱)، «بررسی اثر عقد ضمان بر روابط طرفین با رویکردی نوین»، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۰.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۱)، «نگرشی جدید بر ضمان عقدی و آثار آن»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴.