

توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)

ابراهیم تقی زاده^۱

فریبا پهلوانی^۲

چکیده: امروزه با عنایت به تحولات شگرف در عرصه اقتصادی و تجاری توثیق اسناد تجاری به منظور تضمین وام و تسهیلات اعطایی در عرصه بین‌المللی جایگاه ویژه‌ای را به خود اختصاص داده و این امر در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا به رسمیت شناخته شده است. با این حال در حقوق ایران توثیق اسناد تجاری، به لحاظ اینکه معمولاً در قالب عقد رهن تحلیل می‌شود، با مشکلات اساسی روبرو است. چرا که قانونگذار در ماده ۷۷۴ قانون مدنی با تبعیت از آرای مشهور فقهای امامیه به صراحت رهن دین و منفعت را باطل تلقی کرده است. اما به منظور تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و افزایش منابع مالی و معاملات اعتباری و نیز در راستای ارتقای کارآیی بانک‌ها، برخی دستورالعمل‌ها و مقررات ناظر بر امور بانکی به رغم الزامات قانون مدنی از مقررات سنتی حاکم بر عقد رهن فاصله گرفته و رهن مصادیقی از اموال غیر مادی را که مطالبات نیز در این زمره‌اند، به رسمیت شناخته است که فاقد شرایط مقرر در قانون مدنی می‌باشند.

کلیدواژه‌ها: رهن دین، امام خمینی، قبض عین مرهونه، توثیق، اسناد تجاری.

مقدمه

امروزه با عنایت به اقتضائات تجار نوین گردش اسناد تجاری و توثیق آنها به منظور کسب وام و اعتبار در عرصه بین‌المللی گسترش چشمگیری یافته است ولی در نظام حقوقی ایران وثیقه گذاردن

۱. دانشیار دانشگاه پیام نور تهران
E-mail: taghizaadeh@yahoo.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور تهران
E-mail: pfariba601@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۰/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۸/۱۷

پژوهشنامه متین / سال هفدهم / شماره شصت و شش / بهار ۱۳۹۴ / صص ۹۲-۷۱

اسناد تجاری به رغم رویه معمول تجار و بانک‌ها خالی از مشکل نبوده و نمی‌باشد. آنچه صحت ظهنروسی به عنوان وثیقه را در اسناد تجاری با مشکل مواجه ساخته تحلیل آن در قالب عقد رهن است. به موجب قانون مدنی و به تبعیت از آرای مشهور فقهای امامیه الزاماتی برای عقد رهن مقرر شده است. بر اساس ماده ۷۷۴ قانون مدنی: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است» ضمن اینکه به موجب ماده ۷۷۲ مال مرهون باید به قبض داده شود.

گرچه ممکن است در توجیه ماده ۷۷۴ قانون مدنی از لحاظ منطقی و تحلیل حقوقی دلایل فراوانی عنوان نمود؛ اما در شرایط اقتصادی امروز دارایی‌های اعتباری که نمونه بارز آن طلب و منفعت است دارایی‌های مادی را تحت الشعاع قرار داده و معلوم نیست که مطالبات یک تاجر از مشتریان خود از اموال منقول و غیر منقولی که این تاجر دارد برای وثیقه گذاردن کم ارزش تر باشد (نصیری ۱۳۵۱: ۱۲۱) و باید گفت اگرچه تأسیس حقوقی رهن در قانون مدنی پاسخگوی شرایط اقتصادی خود بوده است لیکن با عنایت به ضروریات و مقتضیات اقتصادی و عرف و رویه بازرگانی و بانک‌ها، دیگر با شرایط حال حاضر مطابقت ندارد. و در عمل بانک‌ها، مؤسسات و نهادهای مالی و اعتباری را با چالش‌های جدی مواجه ساخته است و سبب شده است که آنها رویه‌های متفاوتی را برای اعطای تسهیلات در پیش گرفته و به استناد برخی آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها، و حتی قوانین، الزامات قانون مدنی مبنی بر لزوم قبض رهنه و نیز ضرورت عین معین بودن مال مرهون نادیده گرفته شده و رهن بسیاری از اموال غیرمادی به رسمیت شناخته شده است که این امر توثیق طلب را نیز دربرمی‌گیرد و متقاضی دریافت تسهیلات می‌تواند مطالبات خود را در مقابل دریافت تسهیلات به بانک مربوط به وثیقه گذارد. لذا نظر به اینکه عقد رهن موجب اطمینان دائن و وسیله کسب اعتبار مدیون در روابط تجاری است ضروری است تا موانعی را که بر سر راه توسل هر چه بیشتر به این عقد است، از بین برده و راه را برای رواج آن هموار سازیم یکی از این موانع این است که قانون مدنی رهن دین را باطل می‌داند.

مبحث اول: مفهوم و پیشینه توثیق اسناد تجاری

به منظور تبیین مفهوم توثیق اسناد تجاری در بدو امر شایسته است به بررسی مفهوم لغوی توثیق و نیز مفهوم اسناد تجاری پرداخته و در نهایت مفهوم و پیشینه توثیق اسناد تجاری را بیان نماییم.

مفهوم لغوی توثیق

توثیق در لغت به معنای استمرار و محکم کردن و همچنین اطمینان کردن است. چنان که وقتی گفته می‌شود وَثَّقَ الْأَمْرَ؛ یعنی آن کار را استوار و محکم کرد یا هنگامی که گفته می‌شود «وَوَثَّقَهُ» یعنی او را قابل اعتماد معرفی نمود. توثیق در نظام حقوقی ما جایگاهی روشن به عنوان یک عقد خاص ندارد و غالباً به عنوان نامی برای مجموعه‌ای از عقود یا نتیجه عقود خاصی معرفی می‌گردد (انصاری و ذوالفقاری ۱۳۹۱: ۱۲). بیشتر صاحب‌نظران حقوقی تفاوتی بین وثیقه و رهن قائل نشده‌اند و توثیق اسناد تجاری را در قالب عقد رهن تحلیل نموده‌اند در حقوق ایران عقود را که به موجب آن مال مدیون وثیقه طلب قرار می‌گیرد رهن می‌نامند (کاتوزیان ۱۳۷۸: ۴۹۶). در حالی که برخی معتقدند که نباید میان عقد رهن و توثیق قائل به اتحاد شد. وثیقه‌ای که در تعریف رهن از آن یاد می‌شود همان نتیجه قرارداد مزبور است که مترادف با مفهوم استحکام اجرای تعهدات قراردادی است در حالی که قرارداد وثیقه‌ای، عقدی است که مانند رهن می‌تواند به نتیجه اطمینان بخشی منجر شود و یکی از قالب‌های ایجاد توثیق باشد (انصاری و ذوالفقاری ۱۳۹۱: ۱۳). در هر حال به نظر می‌رسد وثیقه دارای مفهومی عام است و رهن نوع خاصی از آن است و به عبارت دیگر هر رهنی وثیقه است ولی هر وثیقه‌ای را نمی‌توان رهن دانست.

مفهوم اسناد تجاری

قانون تجارت ایران تعریفی از اسناد تجاری، با این عنوان ارائه نداده و تنها به ذکر موارد و مصادیق اسناد تجاری، نظیر: سفته، برات، چک و... کفایت کرده است (اسکینی ۱۳۸۵: ۵). این مسأله سبب اختلاف حقوق‌دانان در تعریف این اسناد شده است.

به نظر می‌رسد این اسناد در معنای خاص به اسنادی اطلاق می‌شود که در قانون تجارت دارای عنوان خاصی، مانند: چک، سفته، سند در وجه حامل و جزو اینها هستند (جعفری لنگرودی ۱۳۷۲: ۳۶۴). جایگزین و نماینده وجه نقد، و معرف طلبی به سررسید کوتاه مدت و عرفاً کمتر از یک سال هستند (ستوده تهرانی ۱۳۸۰: ۱۳؛ صقری ۱۳۸۰: ۱۵) و حقوق تجارت این اسناد را به منظور تسهیل در گردش ثروت و رفع مشکلات انتقال طلب، به وجود آورده تا تأمین بیشتری به دارنده آن اعطا نماید این سند به آسانی قابل انتقال بوده و تشریفات حقوق مدنی در آن رعایت نمی‌گردد (عرفانی ۱۳۸۳: ۵۲). اسناد تجاری در معنای عام خود علاوه بر اسناد تجاری در معنای خاص، شامل

کلیه اسناد نیز می‌شوند (اسکینی ۱۳۸۵: ۵). که در مراودات بازرگانی داخلی و بین‌المللی مهم‌ترین نقش را ایفا می‌کنند (نصیری ۱۳۸۱: ۱۹۸). این اسناد شامل برات، سفته، چک، اوراق قرضه، اسناد خزانه، قبوض انبارهای عمومی، سهام شرکت‌های تجاری، بارنامه‌های حمل و نقل، اعتبارنامه‌های بانکی و غیره می‌باشد. اسناد تجاری به معنی خاص، در اکثر نظام‌های مختلف حقوقی، تعریف، مفهوم، اوصاف و ویژگی‌های خود را دارند و به این معنی، حسب نظام‌های مختلف حقوقی، افراد و مصادیق معنی را در بر می‌گیرند در حقوق تجارت ما، برات، سفته، چک از مصادیق اسناد تجاری به مفهوم خاص هستند (اخلاقی ۱۳۶۸: ۱).

مفهوم توثیق در اسناد تجاری

حقوقدانان، اصطلاح توثیق اسناد تجاری را در «ظهنویسی برای وثیقه» به کار می‌برند. ظهنویسی برای وثیقه یک روش برای رهن اسناد تجاری است و در قوانین تجاری بسیاری از کشورها مقررات مشخصی دارد. این نهاد حقوقی در ماده ۱۹ قانون متحدالشکل ژنو پیش‌بینی شده و کشورهای زیادی این واژه حقوقی را از قانون مذکور اتخاذ کرده‌اند؛ بنابراین می‌توان گفت «توثیق تجاری» یک نوع عمل حقوقی است که بانک، تاجر یا شخصی سند تجاری را نزد بانک، تاجر یا شخص دیگری برای تضمین دین، تعهد خسارت احتمالی، تعهد حسن انجام کار و کسب اعتبار به وثیقه و رهن می‌گذارد تا اگر وثیقه‌گذار و راهن تعهد خود را انجام ندهد، وثیقه‌گیر و مرتهن طلب خود را از سند تجاری که برای وثیقه انجام تعهد نزد اوست، وصول و طلب خود را از آن برداشت کند (باقری اصل و دیگران ۱۳۸۸: ۵۲).

پیشینه تاریخی توثیق اسناد تجاری

اسناد تجاری در مفهوم خاص طی دوران نسبتاً طولانی، با توجه به نیازهای خاص سوداگران و بازرگانان به وجود آمده‌اند به منظور پیشگیری از مخاطرات احتمالی حمل و نقل پول‌های فلزی و کاغذی و لزوم پرداخت‌های سنگین در پاره‌ای از موارد و امکان نقل و انتقال از مکانی به مکان دیگر و یا از کشوری به کشور دیگر، این اسناد شکل گرفته، به تدریج دچار تحولات، اوصاف و ویژگی‌هایی شده و در نتیجه به درجه فعلی از تکامل رسیده‌اند. به عبارت دیگر هدف در مرحله نخست، ایجاد «وسيله» یا «ابزاری» بوده است که نقش پول را ایفاء کند و قدرت ابرائی آن را

داشته باشد. بازرگانان علی‌الاصول از اسنادی که نقل و انتقال آنها تابع تشریفات سنگین باشد، در پرداخت‌ها و دریافت‌های خود استفاده نمی‌کنند.

ظهنویسی به منظور تأمین همین هدف به وجود آمده است سابقه ظهنویسی در ایتالیا به قرن شانزدهم میلادی می‌رسد و در فرانسه به موجب فرمان ۱۶۷۳ به رسمیت شناخته شد و چون پاسخگوی نیازهای امور تجاری بود در سطح گسترده‌ای رواج یافت و به عنوان یک نهاد و ابزار قانونی به کار گرفته شد و تجار را از تشریفات انتقال طلب به شکل و کیفیتی که در قلمرو حقوق مدنی متداول بوده بی‌نیاز ساخت. با تحولات تدریجی و سیر تکامل اسناد تجاری، ظهنویسی نیز تحولاتی یافت و انواع مختلف را دربرگرفت. هدف از ظهنویسی به عنوان وثیقه این است که دارنده اسناد تجاری با اخذ مبلغی از مؤسسات اعتباری مثل بانک‌ها به عنوان وام یا اعتبار یا عناوین دیگر، تسهیلات لازم معاملات تجاری خود را فراهم آورد.

با توسعه روزافزون تجارت بین‌المللی گردش اسناد تجاری و توثیق آنها در صحنه بین‌المللی گسترش چشمگیری یافت. و از محدوده مرزهای یک کشور گذشت و مشکلاتی را هم از جهت شکل و ماهیت اسناد و هم از نظر بروز تعارضات قوانین به منصفه ظهور رساند و موجب شد حقوقدانان کشورهای مختلف در جستجوی راه‌حلی‌هایی برآیند. اولین تلاش‌ها در اواسط قرن نوزدهم، از طرف انگلیسی‌ها به عمل آمده و اولین پیشنهاد و طرح یک مقررات متحدالشکل حاکم بر اسناد تجاری را نمایندگان دولت اینکلین در نمایشگاه جهانی لندن ارائه نمودند که این طرح عقیم ماند. در سال ۱۹۱۲ در لاهه، کنوانسیون یا پیمانی به امضاء رسید که هدف آن وارد کردن مقررات متحدالشکل در نظام حقوق داخلی آنها بود که الهام‌بخش کنوانسیون ژنو گردید. و بالاخره در ۷ ژوئن ۱۹۳۰ پیمان مربوط به قانون متحدالشکل راجع به برات و سفته تنظیم یافت. و نهایتاً ماده ۱۹ قانون وارد در قلمرو حقوق کشورهای عضو پیمان ژنو گردید (اخلاقی ۱۳۶۸: ۸-۱).

مبحث دوم: وضعیت حقوقی رهن دین (طلب) از دیدگاه حقوق مدنی

با عنایت به اینکه در قانون تجارت در مبحث راجع به ظهنویسی، توثیق اسناد تجاری به سکوت برگزار شده است، وثیقه نهادن اسناد تجاری معمولاً در قالب عقد رهن تحلیل می‌شود که این امر صحت ظهن نویسی به عنوان وثیقه را در اسناد تجاری با مشکل مواجه ساخته است. چرا که بر اساس ماده ۷۷۴ قانون مدنی مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است این

ماده که صریحاً حکم به بطلان رهن دین (طلب) نموده از نظریه مشهور فقهی در این باب تبعیت نموده است؛ زیرا در فقه بین بطلان رهن دین و مسأله قبض عین مرهونه رابطه تنگاتنگی وجود دارد از این جهت که اکثریت فقها برای اثبات اینکه رهن دین باطل است به ویژه بر این نکته تأکید کرده‌اند که قبض در صحت یا لزوم رهن شرط است و این قبض در خصوص دین ممکن نیست. اما صرف نظر از اینکه اصل شرطیت قبض در اعتبار عقد رهن به شدت مورد تردید است، ابتنای نظریه بطلان رهن دین بر نظریه اشتراط قبض نیز مورد انتقادات جدی قرار گرفته است. از این رو شایسته است پس از بررسی مفهوم رهن دین (طلب) اثر قبض را در عقد رهن مورد بررسی قرار دهیم.

مفهوم رهن دین (طلب)

رهن دین (طلب) عقدی است که به موجب آن بدهکار طلبی را که از دیگری دارد وثیقه بدهی خود قرار می‌دهد تا چنانچه در موعد مقرر دینش را نپردازد، طلبکار بتواند طلب خود را از محل رهنه استیفا کند. بنابراین، آنچه موضوع عقد رهن قرار گرفته «طلب» است نه دین. با این توضیح که فقهای امامیه دین را مالی کلی دانستند که به سببی در ذمه یک شخصی برای شخص دیگر ثابت است. سبب ثبوت دین در ذمه، گاهی از امور اختیاری مانند قرض، بیع در سلم یا ثمن در نسبه و گاهی از امور قهری مانند موارد ضمان است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲ و ۵: ۵۰۵).

رهن ابتدایی و رهن بدلی دین

برخی از شارحین قانون مدنی بین زمانی که طلب به صورت ابتدایی در رهن قرار گرفته باشد و زمانی که طلب به عنوان بدل رهن دیگر، مورد رهن قرار داده شده باشد تفاوت قائل شده‌اند؛ به طوری که یکی از نویسندگان حقوق مدنی با استفاده از ماده ۷۹۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود باید تلف کننده بدل آن را بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود.» اظهار می‌دارد گرچه از ابتدا رهن دین و منفعت باطل است ولی اگر بعد از عقد رهن به علتی از علل قانونی، رهنه مبدل شد و به عنوان جبران تلف رهنه، عین کلی یا منفعت یا وجه نقد گرفته شد اشکالی ندارد که همان بدل جایگزین رهنه باشد (جعفری لنگرودی ۱۳۷۸: ۶۹) اما به نظر می‌رسد ماده مذکور چنین صراحتی نداشته باشد و نتواند مستمسکی

برای جواز رهن بدلی دین یا منفعت باشد؛ زیرا گرچه ماده مذکور از حیث ویژگی‌های بدل به رهن داده شده ساکت است ولی این سکوت بر این امر دلالت ندارد که هر نوع مالی می‌تواند به عنوان بدل در رهن مرتهن قرار گیرد و سایر مواد قانون مدنی به ویژه ماده ۷۷۴ باید در تفسیر ماده ۷۹۱ مد نظر قرار گیرد. باید گفت رهن دین (طلب)، خواه ابتدایی و خواه بدلی، بر اساس قانون مدنی باطل است (کریمی ۱۳۷۶: ۲۳-۲۲).

موضع گیری دکترین در قبال رهن طلب

۱. برخی از حقوقدانان معتقدند که با تأمل در مبانی حقوقی ماده ۷۷۴ قانون مدنی و نیز دقت در مقررات قانون تجارت می‌توان ماده موصوف را از عداد قواعد مربوط به نظم عمومی خارج دانست هر چند در ظاهر این ماده، عبارتی نظیر «باید» و «باطل است» به کار رفته - که قانونگذار معمولاً برای بیان قواعد آمره از آنها استفاده می‌کند؛ اما به نظر می‌رسد می‌توان در تحلیل این ماده از چارچوب عبارات ظاهری خارج شد. ایشان در تأیید این نظر این طور استدلال نمودند که قانونگذار در مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ توثیق سهام با نام شرکت‌های سهامی را اجازه داده است در حالی که مسلماً سهام با نام را نمی‌توان عین معین به حساب آورد مواد مذکور نیز می‌تواند قرینه‌ای دال بر اعراض قانونگذار از آمره بودن ماده ۷۷۴ قانون مدنی تلقی شود؛ زیرا به طور منطقی اگر قانونگذار رعایت حکمی را چنان برای نظم و منفعت جامعه مهم بداند که در زمره قواعد آمده و تخلف ناپذیر قلمداد کند خود نیز بدان پایبند بوده و در جای دیگر از آن عدول نمی‌نمود (شهبازی نیا ۱۳۸۶: ۱۲۳).

۲. در نظری دیگر و در توجیه واژه عین در ماده ۷۷۴ آمده است: اصل، وجود مال است که در مقابل دین و منفعت قرار می‌گیرد؛ نه وجود مادی و خارجی داشتن؛ به عبارت دیگر گاهی عین را به معنای وجود مادی به کار می‌بریم که در این مفهوم عین در مقابل اشیای غیرمادی نظیر حق اختراع قرار می‌گیرد؛ اما گاهی عین را در مقابل منفعت مال به کار می‌بریم که منظور، اصل خود مال است. این اشتباه در واقع ناشی از مشترک لفظی بودن واژه عین است. عین در اینجا به مفهوم «اصل» مال است در مقابل منفعت آن نه به معنای خارجی بودن مال و تعیین داشتن آن. به مرور زمان به لحاظ این اشتراک لفظی، مفهوم اول این واژه جای خود را به مفهوم دوم داده است شبیه این اتفاق در بحث وقف نیز روی داده؛ بنابراین همچنان که از عبارات ماده ۷۷۴ برمی‌آید و در

این ماده رهن عین در مقابل رهن دین و منفعت قرار گرفته است باید واژه عین را به معنای اصل مال تفسیر کرد وجود مادی و خارجی داشتن (کریمی و معین اسلام ۱۳۸۷: ۳۱۸). در مقابل این نظریه برخی این طور استدلال نموده‌اند که اگر واژه عین، دلالت بر مال دارد باید منفعت و دین را نیز دربرگیرد. چرا که در مال بودن این دو تردیدی نیست باید توجه داشت که ماده مزبور متوجه این نکته است که منفعت و دین نمی‌توانند مرهونه باشند و آن نیز به دلیل اشکالاتی است که ممکن است در بحث قبض آنها و یا موارد دیگر رخ دهد (انصاری و ذوالفقاری ۱۳۹۱: ۱۲).

۳. برخی از نویسندگان حقوق مدنی نیز معتقدند حکم ماده ۷۷۴ قانون مدنی، دیون (مطالبات) خاص را دربر نمی‌گیرد؛ زیرا سند معرف این مطالبات ارزش مبادله‌ای مستقل داشته و با قبض و اقباض آنها نقل و انتقال صورت می‌گیرد. از این جمله است اسکناس، اسناد در وجه حامل و سهام بی‌نام شرکت‌ها با ارزش موضوع این اموال «چنان با عین سند مخلوط شده که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال موضوع آنهاست» (کاتوزیان ۱۳۷۸: ۵۴۰). همچنین گفته شده که استعمال عین معین در خصوص تمبر پست، سهام شرکت‌ها، دستور پرداخت‌ها و اسناد خزانه اشکالی ندارد (جعفری لنگرودی ۱۳۷۸: ۱۰، ۶۹).

۴. مرحوم عدل در شرح ماده ۷۷۴ ق.م. این طور بیان نموده‌اند:

اولاً: حکم مزبور نتیجه لزوم قبض مال مرهون است اعم از اینکه قبض آن شرط صحت عقد باشد یا لزوم و یا شرط تحقق آن و چون علی‌الظاهر دین یا منفعت، مال معینی نیست که وجود خارجی داشته باشد و حساً قابل قبض تلقی گردد، لذا عقد رهنی که مورد آن چنین مالی باشد نمی‌تواند به نحو صحت یا لزوم منعقد گردد. لیکن بدیهی است که اگر برای دیون و منافع امکان قبض را بتوان قائل شد چنانکه تصور آن محال نیست در این صورت دلایل مزبور فوق‌العاده ضعیف و بلکه کالعدم خواهد بود.

ثانیاً: در صورت قبول صحت رهن نسبت به دین، مقصودی که مرتهن از انعقاد عقد رهن داشت به عمل نخواهد آمد. چه مقصود مرتهن تحصیل وثیقه و داشتن حق عینی بوده است تا بتواند طلب خود را مرجحاً بدهکار طلبکار دیگر راهن از مال مرهون استیفا کند اگرچه مال مزبور در ید غیر باشد و اگر مورد رهن دین باشد مرتهن به مقصود خود نائل نخواهد شد؛ زیرا که دین وجود خارجی محسوس نداشته و در این صورت وثیقه حاصله به نفع مرتهن محکم‌تر از وثیقه‌ای

که در نتیجه عقد ضمان حاصل می‌شود نخواهد بود و اگر کسی که مدین راهن بوده و دین او به رهن داده می‌شود معسر گردد طلب مرتهن بلا وثیقه خواهد ماند.

ثالثاً: در عقد رهن باید حتی المقدور طوری باشد که اشخاص ثالث بتوانند از حقی که برای مرتهن نسبت به مال مرهون حاصل شده است اطلاع پیدا نمایند تا دیگر به اعتبار آن مال با راهن معامله نکنند برای تأمین همین نکته نه قانون فرانسه نه فقط قبض مال مرهون بلکه استمرار قبض هم شرط بقای حق رجحان مرتهن است (عدل ۱۳۴۲: ۴۸۸-۴۸۷).

۵. یکی از نویسندگان ق.م در راستای ماده ۷۷۴ ق.م بیان داشتند: کسی که طلبی را از کسی دارد و در ذمه او هست که باید پرداخت کند نمی‌تواند آن دین را وثیقه بدهکار خود قرار دهد چرا که شرط تحقق عقد رهن قبض است و طلبکار نمی‌تواند طلب را که بر ذمه مدیون است به قبض مرتهن بدهد اما می‌تواند حق خود را به طور شرطی و با حق استرداد به مرتهن انتقال دهد (مدنی ۱۳۸۵ ج ۵: ۲۸۹).

نقش قبض در عقد رهن

از دیگر الزاماتی که در قانون مدنی به تبعیت از آرای مشهور فقهای امامیه برای عقد رهن مقرر شده ضرورت قبض رهینه است به موجب ماده ۷۷۲ این قانون «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست».

امام خمینی در خصوص معنای قبض می‌فرماید:

در معاملات و ابواب فقهی هر جا که بحث قبض مطرح شده معنای حقیقی و لغوی آن منظور و مراد نیست بلکه معنای عرفی که همان استیلاء بر شیء است مورد نظر می‌باشد؛ لذا تحقق معنای عرفی و اعتبار عقلایی قبض که همان استیلاء است در تحقق آن معتبر است. بدون آنکه ضمیمه تصرف خارجی ضروری باشد. مفهوم «قبض و اقباض» همانند «وجود و ایجاد» که با هم ملازمه دارند نیست؛ زیرا تحقق یکی بدون دیگری ممکن است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۵: ۵۵۱-۵۵۰).

دیدگاه‌های فقهای امامیه در خصوص نقش قبض در رهن

در فقه امامیه در خصوص نقش و تأثیر قبض رهنه در عقد رهن احوال و آرای فقها بسیار متفاوت است اختلاف عقاید در این موضوع تا بدان حد است که بعضی از فقها بر شرطیت قبض در صحت عقد رهن دعوی اجماع کرده‌اند (طباطبایی ۱۴۱۹ ج ۸: ۵۸۱).

دیدگاه‌های مطروحه در خصوص نقش قبض در عقد رهن

دیدگاه اول: نقش قبض در حقیقت و ماهیت عقد رهن اول

برخی از فقها، قبض عین مرهونه را شرط صحت عقد رهن دانسته و صرف ایجاب و قبول را بدون تحقق قبض منشأ اثر نمی‌دانند (طباطبایی ۱۴۱۹ ج ۸: ۵۸۱؛ امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۴۸؛ شهید اول ۱۴۱۴: ۱۱۷؛ موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۶: ۱۵). قائلین به این دیدگاه به مفهوم وصف در آیه «وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَ لَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» (بقره: ۲۸۳) (طباطبایی ۱۴۱۹ ج ۸: ۵۸۱؛ شهید اول ۱۴۱۴ ج ۳: ۳۸۳)، حدیث منسوب به امام محمد باقر «لا رهن الا مقبوضاً» (حرعاملی ۱۴۱۴ ج ۱۲: ۳۸۳) و دلیل اجماع (طبرسی ۱۴۱۵ ج ۲: ۳۲۴) استناد می‌کنند.

در مقابل برخی دیگر از فقها با خدشه بر این ادله بیان آیه مزبور را به ویژه با توجه به سیاق آیه قبل ارشادی دانسته (حسینی روحانی ۱۴۱۴ ج ۲۰: ۵۹؛ محقق کرکی ۱۴۰۸ ج ۵: ۹۵-۹۳) و آن را دلیل خطاب تلقی کرده‌اند (علامه حلی ۱۴۱۳: ۴۰۰) و این نظر را دارند که مفهوم وصف حجیت ندارد (شهید ثانی ۱۴۱۹ ج ۴: ۵۶) ضمن آنکه حدیث مزبور را از حیث سند ضعیف دانسته (حسینی روحانی ۱۴۱۴ ج ۲۰: ۵۹؛ مقدس اردبیلی ۱۴۱۲ ج ۹: ۱۳۷) و در مورد اجماع نیز بر این عقیده‌اند که با وجود دیدگاه‌های مختلف در خصوص نقش قبض در عقد رهن وجهی برای استناد به دلیل اجماع باقی نمی‌ماند.

دیدگاه دوم: نقش قبض در لزوم عقد رهن

بنا بر این دیدگاه قبض شرط لزوم عقد رهن است اما قبض شرط تحقق نام رهن یا درستی (صحت) آن به شمار نمی‌رود بنابراین عقد رهن پیش از قبض نیز صحیح است و آثار و احکام مربوط به آن نیز بر آن مترتب می‌گردد اما عقد از طرف راهن و مرتهن جایز است و زمانی این عقد لازم می‌شود که مرتهن در عین مرهونه تصرف کند و قبض تحقق یابد (نجفی ۱۴۰۰ ج ۲۵: ۹۹؛ عاملی غروی بی تا ج ۵: ۱۳۸).

دیدگاه سوم: نقش قبض به عنوان آثار و احکام عقد رهن

بر اساس این دیدگاه قبض هیچ دخالتی در درستی و لزوم رهن ندارد و از احکام آن است، این دیدگاه متعلق به گروهی از بزرگان فقها از جمله شیخ طوسی در یکی از دیدگاه‌های معین، علامه حلی و فرزندش فخرالمحققین، ابن ادریس، محقق کرکی، شهید ثانی و غیره است (شیخ طوسی ۱۴۱۱ ج ۲: ۹۷؛ نجفی ۱۴۰۰ ج ۲۵: ۹۹).

از نحوه انشای ماده ۷۷۲ قانون مدنی نیز چنین استنباط می‌شود که مقصود از لزوم قبض مورد رهن برای کامل ساختن عقد است و قانونگذار نظریه اول را پذیرفته است.

مبحث سوم: توثیق اسناد تجاری در مفهوم عام و خاص

در این مبحث به بررسی توثیق اسناد تجاری در دو مفهوم خاص و عام و همچنین موضع‌گیری دکترین در این خصوص پرداخته می‌شود.

الف) توثیق اسناد تجاری در مفهوم خاص

منظور از توثیق (رهن) اسناد تجاری در مفهوم خاص (برات، سفته و چک) این است که دارنده سند با ظهنویسی تضمینی، آن را در اختیار طلبکار قرار دهد تا در صورتی که در موعد معین دین خود را پرداخت نکرد وی بتواند از محل مال مرهون، طلب خود را استیفا کند. این نوع ظهنویسی با درج عباراتی از قبیل «به عنوان وثیقه»، «بابت تضمین»، «برای گرو» و هر عبارتی که مفید این معنی باشد صورت می‌پذیرد. در غیر این صورت، ظهنویسی وفق ماده ۲۴۷ قانون تجارت، انتقالی تلقی خواهد شد. ماده ۱۳ قانون صدور چک امکان صدور چک تضمینی بابت انجام معامله یا تعهد را پیش‌بینی کرده است. در ظهنویسی به عنوان وثیقه مثل وثیقه‌گذاری اموال مادی، اعم از منقول و غیرمنقول، مالکیت اسناد تغییری نمی‌کند. بنابراین، دارنده چنین سندی علی‌القاعده تمام حقوق ناشی از ظهنویسی به استثنای حق ظهنویسی برای انتقال را دارد و چنانچه دارنده سند آن را ظهنویسی کند ظهنویسی وی حکم ظهنویسی به عنوان وکالت را دارد (اخلاقی ۱۳۶۸: ۳-۴). از آنجا که حق داین به سند معین و حقوق متعلق به آن محدود است می‌توان آن را حق عینی تبعی دانست که در صورت ایفای دین، باید سند مزبور عیناً به رهن‌مسترد شود؛ اما چنانچه دین پرداخت نشد مرتهن می‌تواند با اجرای سند و از محل حقوق و تضمینات مربوط،

طلب خود را دریافت کند (نیک فرجام ۱۳۹۱: ۲۱۷). در بین حقوقدانان در خصوص توثیق این اسناد اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای رهن آن را باطل و راه حل‌های جایگزینی پیشنهاد کرده‌اند و عده‌ای نیز رهن آن را صحیح می‌دانند که در ذیل، به طور جداگانه، بررسی می‌شود.

ب) توثیق اسناد تجاری در مفهوم عام

اسناد تجاری در معنای عام کلمه، اسنادی هستند که معرف طلب یا مالی می‌باشند و به نحوی از انحاء در قلمرو تجارت مورد استفاده قرار می‌گیرند مثل اسکناس، برات، چک، اوراق قرضه، سهام شرکت‌های تجاری، قبوض انبارهای عمومی، اسناد خزانه، بارنامه‌های حمل و نقل، اعتبارنامه‌های بانکی و... (ر.ک: اخلاقی ۱۳۶۸: ۱).

۱. در خصوص ضمانت نامه‌های بانکی برخی با این استدلال که توثیق حقوق ناشی از ضمانت‌نامه در عرف بین‌المللی پذیرفته شده است و در حقوق ایران نیز علی‌رغم تصریح قانون مدنی به لزوم عین معین بودن مال مورد رهن با کمک قواعد حقوق تجارت و عرف و نیز با تحلیل متفاوت مقررات قانون مدنی، توثیق آن را قابل پذیرش دانسته‌اند (ر.ک: شهبازی‌نیا ۱۳۸۶: ۱۲۴). در هر حال باید گفت اگر بنا باشد توثیق ضمانت‌نامه بانکی، صرفاً در چارچوب قانون مدنی تحلیل شود باید محکوم به بطلان باشد.

۲. توثیق سهام نیز علی‌رغم اینکه در بسیاری از نظام‌های حقوقی امکان وثیقه‌گذاران سهام مورد شناسایی قرار گرفته، لکن مواد ۷۷۴ و ۷۷۲ قانون مدنی تردیدهایی را بر سر راه سهام شرکت‌های سهامی ایجاد کرده است.

تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی صراحتاً از ترهین سهام سخن گفته و نیز در بند ۱۷ ماده ۸ و ۱۱۴ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت به سهام وثیقه مدیران تصریح شده است. مطابق مقررات قانون مدنی باید دو شرط عین معین بودن مال مورد رهن و قابلیت قبض رعایت شود. در خصوص شرط نخست، نظر به این که لایحه قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷ به ماهیت حقوق سهم پرداخته و تنها به تعریف آن اکتفا کرده، دیدگاه‌هایی متفاوت مطرح شده است. دیدگاهی که سهام را مالی مستقل و در زمره اموال عینی قرار داده (باریکلو ۱۳۸۵: ۲۶-۲۳؛ تفرشی و سکوتی نسیمی ۱۳۸۳: ۵۰؛ مصباحی مقدم و دیگران ۱۳۸۸: ۷۰؛ سلطانی و

اخوان هزاوه ۱۳۹۱: ۱۴۶) زمانی قابل قبول است که منظور از عین در ماده ۷۷۴ قانون مدنی اصل وجود مال، که در مقابل دین و منفعت قرار می‌گیرد دانسته شود نه وجود مادی و خارجی داشتن (ر.ک: کریمی و معین اسلام ۱۳۸۷: ۳۱۸-۳۱۹). برخی از صاحب‌نظران در تبیین ماهیت حقوقی سهام، بین سهام با نام و بی‌نام قائل به تفکیک شده‌اند (ر.ک: الماسی ۱۳۸۹: ۱۹۵؛ کاتوزیان ۱۳۷۸: ۵۴۱). مطابق این دیدگاه، سهام بی‌نام در حکم عین معین و سهام بانام در حکم سند طلب است. در نهایت، باید پذیرفته شود که امروزه اموال غیرمادی و غیرملموس از منظر همگان هم‌ردیف با اموال ملموس و مادی قرار دارند.

در خصوص شرط دوم، یعنی قابل قبض بودن مال مورد رهن باید گفت: با توجه به هدف از عقد رهن - که توثیق و ایجاد اطمینان برای طلبکار در خصوص وصول دین خود است - به نظر می‌رسد وثیقه گذاردن ملازمه‌ای با سپردن و تسلیم ندارد. منظور از توثیق، مصون نگاه داشتن مال از نقل و انتقال است و برای تحقق این امر لازم نیست حتماً مال به طور فیزیکی به مرتهن تسلیم شود و هدف از قبض در معاملات، استیلای عرضی بر مورد آن و در رهن محفوظ ماندن آن برای فروش احتمالی از سوی مرتهن است (ر.ک: کاتوزیان ۱۳۷۸: ۵۴۶؛ کریمی و معین اسلام ۱۳۸۷: ۳۲۲). در هر حال، امکان پذیرش ترهین و توثیق سهام، مستلزم تفسیر موسع از دو شرط عین بودن مال مورد رهن و قابلیت قبض آن است. برخی معتقدند با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان دین را به وثیقه داد اما به نظر می‌رسد با توجه به منع صریح رهن دین در قانون مدنی، مشکل بتوان آن را در قالب قرارداد غیرمعین، صورت قانونی بخشید (کریمی ۱۳۷۶: ۳۷).

۳. به استناد ماده ۶ تصویب‌نامه ۱۶۹۵۲ به تاریخ ۱۳۴۰/۶/۱۱ مربوط به تأسیس انبارهای عمومی، قبض رسید و برگ وثیقه انبارهای عمومی را می‌توان توأم یا جداگانه از طریق ظهنویسی منتقل نمود و انتقال برگ وثیقه مانع انتقال قبض رسید که با ظهنویسی آن مالکیت کالا به منتقل‌الیه انتقال می‌یابد نیست.

برگ وثیقه انبار عمومی نوعی سفته محسوب می‌شود که علاوه بر وعده متعهد به پرداخت مبلغی معین در وجه یا به حواله کرد دارنده، متضمن رهن مقبوض کالای موجود در انبار عمومی است (صقری ۱۳۸۷: ۴۱۹).

نظریه مخالفین توثیق اسناد تجارتنی در مفهوم خاص

کسانی که اسناد براتی را صرفاً سند حاکی از دین تلقی می‌کنند و برای موضوع آن ارزش مالی و از نوع دین قائلند رهن آن را خلاف ماده ۷۷۴ قانون مدنی می‌دانند؛ زیرا در این ماده رهن دین و منفعت باطل اعلام شده و به لزوم عین رهن بودن مال مرهون تصریح شده است. بر این اساس، قبض این اسناد هم قبض مال موضوع آنها به حساب نمی‌آید و در نتیجه امکان تحقق ماده ۷۷۲ قانون مدنی وجود ندارد. مطابق این نظریه، حتی مال اعتباری هم، چون عین معین به حساب نمی‌آید قابل رهن نیست. به عقیده آنها در توثیق برات، در واقع راهن چیزی جز سند تجاری را در تصرف مرتهن قرار نمی‌دهد. محل برات نزد برات‌گیر است یا ممکن است هنوز در اختیار او قرار نگرفته باشد. از طرفی خود ورقه برات نیز عین معین تلقی نمی‌شود تا بتوان آن را به رهن گذاشت. ایشان در پاسخ به کسانی که به دلیل انگاشتن برات به مال اعتباری، رهن آن را صحیح می‌دانند بیان داشته‌اند که اگر قانونگذار در حین وضع ماده ۲۴۷ قانون تجارت به قابل رهن و وثیقه بودن برات نظر داشت مسلماً آن را پیش‌بینی می‌کرد (اسکینی ۱۳۸۵: ۱۰۷-۱۰۵). برخی نیز «اوراق تجاری با نام» را چون در نظر عرف بین سند و موضوع آنها یگانگی وجود ندارد در حکم سند طلب دانسته و رهن آن را با توجه به لزوم عین معین بودن مال مرهون نپذیرفته‌اند (ر.ک: کاتوزیان ۱۳۸۲: ۵۴۱).

ج) راه حل‌های پیشنهادی دکترین در قبال ممنوعیت توثیق اسناد تجاری

راهکارهای دکترین به منظور گریز از آثار سوء باطل دانستن چنین وثیقه‌هایی به دلیل مغایرت با الزامات مقرر در ماده ۷۷۴ قانون مدنی به شرح ذیل می‌باشد:

- پیشنهادهای جایگزینی

۱. معامله با حق استرداد (کاتوزیان ۱۳۸۲: ۵۴۶؛ صادقی گلدره ۱۳۶۵: ۱۷۵-۱۷۴)؛
 ۲. وکالت در وصول یا تملک (امامی ۱۳۸۹ ج ۲: ۴۲۰)؛
 ۳. ضمانت در پرداخت (کاتوزیان ۱۳۸۲: ۵۴۷)؛
 ۴. وثیقه قراردادی (جعفری لنگرودی ۱۳۷۸: ۶۲).
- پیشنهاد تفسیر موسع از مواد قانون مدنی (ر.ک: کریمی و معین اسلام ۱۳۸۷: ۳۱۸؛ باریکلو ۱۳۸۵: ۲۶-۲۳)

- تفکیک رهن مدنی از رهن بازرگانی (ر.ک: نصیری ۱۳۵۱: ۱۲۲).

۲. نظریه قائلین به صحت توثیق (رهن) اسناد تجاری

طرفداران تجویز رهن اسناد براتی، آن را در حکم عین معین و جزء اول منقول اعتباری به حساب آورده و چنین استدلال کرده‌اند: ممکن است ایراد شود که مقنن در قسمت اخیر ماده ۷۷۴ قانون مدنی رهن دین و منفعت را صریحاً باطل ندانسته، علی‌هذا ظهرونی برات به عنوان رهن، ملاک قانونی ندارد، لکن چون حقوق دارنده برات مانند سایر اوراق بهادار ناشی از سند است نه مدیون؛ به علاوه به عقیده عموم علمای حقوق این قبیل اوراق در زمره اوراق اعتباری و یک نوع مال شمرده شده، علی‌هذا برات، دین یا منفعت نبوده و مشمول مقررات قسمت اخیر ماده موصوف نمی‌باشد (حسینی تهرانی ۱۳۶۴: ۱۳۸). برخی حقوقدانان نیز با این استدلال که «انتقال سند تجاری، انتقال دین نیست؛ زیرا آن هنگام دیگر اختلافی میان برات و برگه‌ای که طبق قواعد قانون مدنی تنظیم می‌شود باقی نمی‌ماند و در واقع، انتقال برات، انتقال سند و نه طلب به شمار می‌آید، یعنی حقوق دارنده برات ناشی از سند و نه دین مذکور در آن است. پس برات، عوض دین به عنوان مال منقول غیرمادی، در حکم عین سنتی به حساب می‌آید؛ اعم از این که در وجه حامل باشد یا در وجه شخص معین، رهن سند را قابل پذیرش دانسته‌اند (صقری ۱۳۸۴: ۲۶-۲۷). برخی نیز با تفکیک اسناد بی‌نام از نام در مورد رهن اسکناس و اسناد در وجه حامل گفته‌اند: در این مورد قوانین و رویه قضایی پاسخ قاطعی ندارد ولی به نظر می‌رسد رهن اینگونه اسناد درست است؛ زیرا از دید عرف ارزش موضوع آنها چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال موضوع آنها است پس هیچ مانعی ندارد که عین این اسناد موضوع رهن قرار گیرد همچنان که موضوع بیع واقع می‌شود (کاتوزیان ۱۳۷۸: ۵۴۰).

مبحث چهارم: قوانین، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های ناظر بر امور بانکی

به رغم الزامات قانون مدنی نظام بانکی کشور به منظور تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و افزایش منابع مالی و معاملات اعتباری و نیز در راستای ارتقای کارآیی بانک‌ها در قالب تصویب برخی دستورالعمل‌ها و مقررات، رهن بسیاری از اموال غیرمادی به رسمیت شناخته شده است که این امر توثیق طلب را نیز دربرمی‌گیرد و متقاضی دریافت تسهیلات می‌تواند مطالبات خود را در مقابل دریافت تسهیلات به بانک مربوط به وثیقه گذارد.

الف) ماده واحده قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانکها و دستگاهها و سایر مؤسسات و شرکتهای دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰/۳/۲۷ مجلس شورای اسلامی^۱ با بررسی مفاد این ماده واحده ملاحظه می‌شود قانونگذار به دلیل تسهیل سرمایه‌گذاری، با عدول از قیود مقرر در ماده ۷۷۴ قانون مدنی، این وثایق که می‌تواند اطمینان در راستای برگشت منابع بانک را موجب شود به رسمیت شناخته است.

ب) قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارآیی بانکها

قانونگذار در تاریخ ۱۳۸۶/۴/۵ به موجب «قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارآیی بانکها» با توجه به نیازمندی‌های جامعه و اقتضائات تجارت نوین بر خلاف قیود مقرر در قانون مدنی به صراحت رهنه‌ای را به رسمیت شناخت که وجود خارجی نداشت. در واقع، رهنه دارایی آتی بدهکار است. ماده یک قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارآیی بانکها: «به منظور تسریع، تسهیل و تقویت سرمایه‌گذاری در طرح‌های تولیدی (اعم از کالا یا خدمت) دریافت وثیقه خارج از ارزش دارایی و عواید آتی طرح، از گیرندگان تسهیلات، که توان مجری و توجیه اقتصادی، فنی و

۱. به موجب ماده واحده مذکور بانکها، دستگاهها و سایر مؤسسات و شرکتهای دولتی موظف شده‌اند به منظور تضمین بازپرداخت اعتبارات خود نسبت به اخذ وثایق ذیل اقدام و بدون رضایت گیرنده اعتبار از اخذ وسیله ملکی خارج از طرح خودداری کنند.

- در طرح‌های تولیدی: رهن گرفتن اصل طرح، اسناد زراعی، ضمانت‌نامه‌های زنجیره‌ای اشخاص معتبر یا اهالی روستا، به ویژه در طرح‌های کشاورزی امور دام و صنایع روستایی، چک یا سفته با ظهرنویسی ضامن معتبر، ذی‌نفع شدن در قراردادهای لازم‌الاجرا، اسناد اوراق بهادار و مشارکت، تضمین مؤسسات و شرکتهای معتبر یا پذیرفته شده در بورس، ... یا ترکیبی از وثایق فوق و هر نوع تعهدنامه و قرارداد دیگری که می‌تواند تضمین برگشت منابع بانک را موجب شود.

- در طرح‌های صادراتی: بیمه‌نامه یا ضمانت‌نامه اعتباری صادره توسط شرکت بیمه صادرات و ... بانکها نیز موظف شده‌اند بدون قید و شرط و به صرف اعلام کتبی صادرکننده وثایق یاد شده را تضمین کنند.

مالی و قابل ترهین طرح آنها به تأیید بانک می‌رسد توسط بانک‌های عامل ممنوع است...». به صراحت رهنه برای اعطای تسهیلات بانکی در راستای اجرای طرح‌های تولیدی را صرفاً از محل ارزش دارایی و عواید آتی طرح تولیدی مقرر کرده است. رهنه‌ای که در زمان اخذ تسهیلات اصلاً در عالم واقع وجود نداشته، حتی در آینده نیز حصول آن محتمل است. به نظر می‌رسد این قسم رهنه را بتوان با وثیقه شناور، که مورد پذیرش برخی نظام‌های حقوقی دنیا است مقایسه کرد و به وجوه اشتراکی دست یافت.

وثیقه شناور از جمله ابداعات نظام حقوقی انگلستان بود که به تدریج در بسیاری از نظام‌های حقوقی جهان نفوذ یافت. این قسم از وثیقه اغلب نسبت به دارایی‌هایی کاربرد دارد که ارزش آنها تابع تغییرات بازار است مانند سهام شرکت‌ها. با وجود این، ایجاد چنین وثیقه‌ای، به ویژه نسبت به تجهیزات، موجودی انبار و دریافت‌های ناخالص پیشنهاد می‌شود. با وجود آنکه این نهاد نوعی حق وثیقه فوری را نسبت به اموال حال و آینده بدهکار ایجاد می‌کند، به موجب قراردادی به این شخص اختیار تنظیم و ترتیب دارایی‌ها و انتقال آنها در جریان عادی تجارت اعطا می‌شود. چنین اختیاری تا زمانی به قوت خود باقی است که تجارت یا فعالیت بدهکار جریان عادی خود را طی کند (عیسائی تفرشی و دیگران ۱۳۸۹: ۱۹۶).

گرچه قانونگذار با تصویب قانون مذکور از مقررات سنتی حاکم بر عقد رهن مبنی بر لزوم عین بودن مال مورد رهن و ضرورت به قبض دادن آن فاصله گرفته و با تسهیل اعطای تسهیلات، راه را بر روی سیل مشتاقان در عرصه تجارت و سرمایه‌گذاری هموار ساخته و در نهایت به ارتقای وضعیت اقتصادی منجر شده است، لکن این قانون از جهات بسیاری مجمل بوده و در مقایسه با نهاد وثیقه شناور پذیرفته شده در سایر نظام‌های حقوقی که دارای ساختاری منسجم و همه‌جانبه می‌باشند، نقص‌های فراوان دارد.

ج) آیین نامه اجرایی عملیات پولی و بانکی در مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران

به موجب ماده ۲۶ آیین نامه اجرایی عملیات پولی و بانکی در مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران (موضوع ماده ۱۸ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری صنعتی ایران) واحدهای بانکی مناطق، مجاز به قبول سهام خود به عنوان وثیقه تسهیلات اعطایی نمی‌باشند. لذا با

عنایت به ماده مذکور این منع در خصوص پذیرش سهامی غیر از سهام خود واحد بانکی به عنوان وثیقه تسهیلات اعطایی وجود ندارد.

ماده ۲۶: واحدهای بانکی در مناطق، مجاز به قبول سهام خود به عنوان وثیقه تسهیلات اعطایی نمی‌باشند.

د) آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی از طرف بانک‌ها

مفاد ماده ۲ آیین‌نامه مذکور حکایت از آن دارد که الزامات قانون مدنی مبنی بر لزوم قبض رهنه و نیز ضرورت عین معین بودن مال مرهون نادیده گرفته شده و توثیق دیون و مطالبات و اموال غیرمادی به رسمیت شناخته شده است؛ در حالی که به استناد قانون مدنی توثیق اموال مذکور باطل است.^۱

نتیجه

امروزه با توسعه روزافزون تجارت بین‌المللی و اقتضات تجارت نوین توثیق اسناد تجاری برای بهره‌مندی از تسهیلات و اعتبارات مالی برای فعالان عرصه تجارت از اهمیت انکارناپذیری برخوردار است. این در حالی است که نظام حقوقی ایران به موجب قانون مدنی و به تبعیت از آرای مشهور فقهای امامیه به صراحت حکم به بطلان رهن دین (طلب) نموده است. لکن در سال‌های اخیر در راستای تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و افزایش منابع مالی و معاملات اعتباری

۱. ماده ۲- انواع وثایق قابل قبول برای صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی به شرح ذیل می‌باشد: الف) وجه نقد یا طلا یا اسناد خزانه یا اوراق قرضه دولتی یا اوراق مشارکت منتشره بر اساس مجوز بانک مرکزی یا سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار یا حساب‌های پس‌انداز قرض‌الحسنه نزد آن بانک یا حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار متقاضی نزد سایر بانک‌ها یا گواهی‌های سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار ویژه عام و خاص یا اوراق قرض‌الحسنه یا حساب‌های ارزی شامل حساب‌های سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار ارزشی و قرض‌الحسنه جاری و پس‌انداز ارزی نزد بانک صادرکننده ضمانت‌نامه؛ ب) تضمین بانک‌ها یا مؤسسات اعتباری غیربانکی مجاز داخلی (بنا بر تشخیص بانک)؛ پ) تضمین بانک‌ها یا مؤسسات اعتباری غیربانکی مجاز خارجی (بنا بر تشخیص بانک)؛ ج) ضمانت‌نامه‌های اعتباری (ارزی - ریالی) صادره توسط «صندوق ضمانت صادرات ایران»؛ د) سفته با دو امضاء قابل قبول بانک، اموال غیرمنقول، برگ وثیقه انبارهای عمومی مربوط به کالا، سهام شرکت‌هایی که در بورس پذیرفته شده باشد، کشتی و هواپیما.

نظام بانکی کشور با عدول از الزامات قانون مدنی در خصوص عقد رهن در قالب تصویب برخی دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه رهن طلب را تجویز نموده است و متقاضی دریافت تسهیلات می‌تواند مطالبات خود را در مقابل دریافت تسهیلات در بانک مربوط به وثیقه گذارد. حتی قانونگذار نیز به صورت پراکنده با تصویب برخی قوانین ناظر بر امور بانکی رهن مصادیقی از اموال غیرمادی را که مطالبات نیز در این زمره‌اند به رسمیت شناخته‌اند. این در حالی است که همچنان دو مانع عمده مبنی بر ضرورت عین معین بودن و لزوم قبض مال مورد رهن بر سر راه ترهین مطالبات وجود دارد قانونگذار در سال ۱۳۸۴ با تصویب قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارآیی بانک‌ها، به صراحت وثیقه به منظور اعطای تسهیلات بانکی در طرح‌های تولیدی را صرفاً از محل ارزش دارایی و عواید آتی طرح مقرر کرده است. رهنه‌ای که در زمان اخذ تسهیلات در عالم واقع وجود نداشته، در آینده حصول آن محتمل است. بنابراین، تحولی عمده نسبت به قانون مدنی اتفاق افتاده است؛ هر چند قانونگذار با تصویب این قانون از حکم ماده ۷۷۴ قانون مدنی عدول کرده است که این تغییر موضع را می‌توان نقطه عطفی در نظام حقوقی کشور دانست اما مطلوب آن بود که نه تنها نسبت به طرح‌های تولیدی، بلکه در خصوص اعطای اقسام تسهیلات برای سایر فعالیت‌های تجاری نیز مقرر می‌شد. با این حال، با عنایت به تجویز آن در قوانین خاص به سختی بتوان چنین عقودی را به دلیل مغایرت با الزامات مقرر در ماده ۷۷۴ قانون مدنی مشمول مقررات عقد رهن در قانون مذکور دانست و چنین ترهینی را در موارد سکوت قانون خاص باید مشمول مقررات قانون مدنی دانست.

منابع

- اخلاقی، بهروز. (پاییز ۱۳۶۸) «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری» نشریه *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، تهران، شماره ۲۴، صص ۲۳-۱.
- اسکینی، ربیعا. (۱۳۸۵) *حقوق تجارت (بوات، سفته... و چک)*، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چاپ دهم.
- الماسی، نجادعلی. (۱۳۸۹) *تعارض قوانین*، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ هفدهم.

- امام خمینی، سیدروح الله. (۱۳۷۹) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
- _____ (۱۴۲۱ق) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
- امامی، سیدحسن. (۱۳۸۹) *حقوق مدنی*، تهران: اسلامیة، چاپ بیست و دوم.
- انصاری، علی وسهیل ذوالفقاری. (۱۳۹۱ بهار و تابستان) «توثیق اموال غیرمادی در حقوق ایران»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال ۴، شماره ۶، صص ۲۶-۷.
- باریکلو، علی رضا. (تابستان ۱۳۸۵) «ماهیت سهم و بازخرید آن توسط شرکت صادرکننده»، *پژوهش نامه حقوق و علوم سیاسی*، سال اول، شماره اول، صص ۳۸-۱۳.
- باقری اصل، حیدر، سیدمحمدتقی علوی و سعیده باقری اصل. (پاییز و زمستان ۱۳۸۸) «نقش جواز و لزوم عقد رهن در توثیق اسناد تجاری»، *فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، شماره ۱، صص ۶۸-۴۹.
- تفرشی، محمدعیسی و رضا سکوتی نسیمی. (تابستان ۱۳۸۳) «بیع سهام شرکت های سهامی»، *مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز*، دوره ۲۱، شماره ۴۱، صص ۵۸-۳۵.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸) *حقوق مدنی رهن و صلح*، تهران: گنج دانش، چاپ دوم
- _____ (۱۳۷۲) *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ ششم.
- حرعاملی، شیخ محمدبن حسن. (۱۴۱۴ق) *تفصیل وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- حسینی تهرانی، سیدمرتضی. (زمستان ۱۳۶۴) «ظهورنویسی، مقررات و انواع آن»، *فصلنامه حق*، شماره ۴، صص ۱۵۰-۱۰۴.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۱۴ق) *فقه الصادق*، قم: مؤسسه دارالکتاب، چاپ سوم.
- ستوده تهرانی، حسن. (۱۳۸۰) *حقوق تجارت*، تهران: نشر دادگستر، چاپ پنجم.
- سلطانی، محمد و محمد اخوان هزاوه. (۱۳۹۱)، «ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام»، *فصلنامه بورس اوراق بهادار*، شماره ۱۷.
- شهبازی نیا، مرتضی. (تابستان ۱۳۸۶) «انتقال و توثیق ضمانت نامه مستقل بانکی»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، شماره ۵۱، صص ۱۲۶-۱۰۷.
- شهید اول، جمال الدین محمدبن مکی عاملی. (۱۴۱۴ق) *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۹ق) *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تحقیق سید محمد کلانتر، قم: انتشارات داورى، چاپ اول.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۱ق) *الخلاص*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

- صادقی گلدره، احمد. (زمستان ۱۳۶۵) «معاملات رهنی در قانون مدنی و قوانین ثبت»، فصلنامه حقوق، شماره ۸، صص ۱۸۲-۱۷۲.
- صقری، محمد. (۱۳۸۰) *حقوق بازرگانی، اسناد*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
- _____ . (پاییز و زمستان ۱۳۸۴) «ظهورنویسی وثیقه‌ای در اسناد تجاری»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۳۶ و ۳۷، صص ۳۴-۲۵.
- طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۱۹ق) *ریاض المسائل*، مؤسسه نشراسلامی، چاپ اول.
- طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۵ق) *مجمع البیان فی تفسیرالقرآن*، بیروت: منشورات مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ اول.
- عاملی غروی، محمد جواد. (بی تا) *مفتاح الکرامه*، بیروت: داراحیاء التراث العربی .
- عدل، مصطفی. (۱۳۴۲) *حقوق مدنی*، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ هفتم.
- عرفانی، محمود. (۱۳۸۳) *حقوق تجارت به زبان ساده*، تهران: نشر میزان، چاپ پنجم .
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق) *قواعد الاحکام*، قم: مؤسسه نشر الاسلامی، چاپ اول.
- عیسانی تفرشی، محمد، مرتضی نصیری، مرتضی شهبازی نیا و فریده شکری. (تابستان ۱۳۸۹) «وثیقه شناور در نظام حقوقی آمریکا و ایران»، *مجله مدرس علوم انسانی (پژوهش های حقوق تطبیقی)*، شماره ۶۷، صص ۲۲۲-۱۹۵.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲) *حقوق مدنی (عقود معین)*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم.
- _____ . (۱۳۷۸) *حقوق مدنی (عقود اذنی - وثیقه‌های دین)*، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم.
- کریمی، عباس. (پاییز ۱۳۷۶) «رهن دین»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، شماره ۳۸، صص ۲۴-۱۹.
- کریمی، عباس و محمد معین اسلام. (تابستان ۱۳۸۷) «رهن اموال فکری»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۲، صص ۳۲۴-۳۱۵.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۰۸ق) *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البیت، چاپ اول.
- مدنی، سیدجلال الدین. (۱۳۸۵) *حقوق مدنی (عقود معین)*، تهران: انتشارات پایدار، چاپ اول .
- مصباحی مقدم، غلامرضا، سجاد سیاح و محمد مهدی نادری نورعینی. (پاییز و زمستان ۱۳۸۸) «امکان سنجی وقف سهام و پول؛ مدل صندوق وقف سهام و پول در ایران»، *دو فصلنامه علمی - پژوهشی جستارهای اقتصادی*، شماره ۱۲، صص ۹۰-۵۹.
- مقدس اردبیلی، احمد. (۱۴۱۲ق) *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الالذهان*، قم: جامعه مدرسین، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۴۱۹ق) *القواعد الفقهیه*، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درآینی، قم: نشرهادی، چاپ اول.

- موسویان، سید عباس. (پاییز ۱۳۸۰) «مشارکت مجدد جایگزین تنزیل مجدد»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، شماره ۳، صص ۷۵-۹۰.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۰ق) *جواهر الکلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نصیری، مرتضی. (زمستان ۱۳۵۱) «رهن بازرگانی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، شماره ۱۲، صص ۱۱۹-۱۲۶.
- _____ (۱۳۸۱) *حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوق ایران*، تهران: امیرکبیر، چاپ اول.
- نیک فرجام، کمال. (بهار ۱۳۹۱) «رهن و وثیقه اسناد براتی در حقوق ایران و انگلیس»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۵۷، صص ۲۴۳-۲۰۵.