

بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری

الف - مقدمه . پیشینه تاریخی و سیر تحول موضوع

۱ - اسناد تجاری در مفهوم خاص^۱ ، طی دوران نسبتاً طولانی ، با توجه به نیازهای خاص سوداگران و بازرگانان بوجود آمده‌اند . بمنظور پیشگیری از مخاطرات احتمالی حمل و نقل پولهای فلزی و کاغذی ، و لزوم پرداخت‌های سنگین در پاره‌ای از موارد

۱ - اسناد تجاری در معنی و مفهوم عام کلمه ، اسنادی هستند که معرف طلب یا مالی می‌باشند و بنحوی از انحاء در قلمرو تجارت مورد استفاده قرار می‌گیرند و کاربردی دارند مثل اسکناس ، برات ، سفته ، چک ، اوراق قرضه ، اسناد خزانه ، قبوض انبارهای عمومی ، سهام شرکتهای تجاری ، بارنامه‌های حمل و نقل ، اعتبار نامه‌های بانکی و غیره .
اسناد تجاری بمعنی خاص ، در اکثر نظامهای حقوقی ، مفهوم ، تعریف ، او صاف و ویژگیهای خود را دارند و به این معنی ، حسب نظامهای مختلف حقوقی ، افراد و مصادیق معینی را در برمیگیرند . در حقوق تجارت کشور ما ، برات ، سفته و چک از مصادیق اسناد تجاری بمعنی خاص بحساب می‌آیند .

برای این مفهوم در حقوق ایران رجوع شود به :

- دکتر عبدالحمید زنگنه ، حقوق بازرگانی ، چاپ دوم ، ص ۳۲۱

- دکتر حسن ستوده تهرانی ، حقوق تجارت ، جلد سوم ، ص ۳

- دکتر مرتضی نصیری ، مقدمه بر اسناد بازرگانی ، جزوه پلی‌کپی شده دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ، ص ۱

- دکتر منصور راستین ، حقوق بازرگانی ، چاپ سوم ، ص ۲۳۷

- دکتر حسینقلی کاتبی ، حقوق تجارت ، چاپ چهارم ، ص ۱۸۳ - ۱۸۴

و برای بررسی حقوق تطبیقی در این موضوع ر . ش . به مقاله نگارنده . بحثی پیرامون مفهوم اسناد تجاری ، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ، شماره ۲۱ ، اسفند ۱۳۵۸ ، و جزوه درسی حقوق تجارت ۳ - اسناد تجاری ، سال ۶۸ - ۱۳۶۷ انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

- دکتر ابولحسن صادقیان ، مطالعه تطبیقی راجع به برات و محل آن ، تهران ۱۳۴۰ ، چاپخانه حیدری

P. Lescot et R. Roblot, les effets de commerce, Rousseau & Cie, Editeurs, Paris, 1953, T.I., Nos 44 ets.

و امکان نقل و انتقال وجوه از مکانی به مکان دیگر و یا از کشوری به کشور دیگر، این اسناد شکل گرفته، بتدریج دچار تحولات، اوصاف و ویژگی‌هایی شده و در نتیجه به درجه فعلی از تکامل رسیده‌اند. بعبارت دیگر، هدف در وهله نخست، ایجاد " وسیله " و یا " ابزاری " بوده است که نقش پول را ایفاء کند و قدرت ابرائی آنرا داشته باشد.

قابلیت نقل و انتقال ساده اسناد مذکور، تاحدی پاسخگوئی به این نیاز است و رکن عمده آنها را تشکیل میدهد و گردش سریع آنها را در روند مبادلات بازرگانی تسهیل میکند. بازرگانان، علی‌الاصول، از اسنادی که نقل و انتقال آنها تابع تشریفات کند و سنگین باشد، در پرداخت ها و دریافت‌های خود استفاده نمی‌کنند. بهمین دلیل یک سند اقراردین که فقط به وسائل قانون مدنی قابلیت نقل و انتقال را دارد، در ردیف اسناد تجاری بمعنی خاص قرار نمی‌گیرد. همچنین سندی که متضمن ارزش است ولی فاقد قابلیت نقل و انتقال ساده و سریع میباشد، در بین بازرگانان، بعنوان وسیله پرداخت، طرفداری ندارد. مثل سهام بانام شرکتها و اوراق قرضه و اسناد خزانه و ضمانت نامه‌های بانکی که بنفع اشخاص معینی صادر شده و بانک ضامن متعهد پرداخت وجوه آنها به همان اشخاص است.

" ظهر نویسی " بمنظور تامین همین هدف بوجود آمده است^۱

در اسناد تجاری با احکام و آثار خاص آن، یعنی حکومت استقلال امضاها^۲ و غیر قابل استناد بودن ایرادات^۳، ظهر نویسی یک نهاد حقوق تجارت است و به اسناد تجاری بمعنی خاص، در شکل رائج و معمول آن، امکان میدهد که به صرف امضاء در ظهیر یا پشت سند، حقوق مندرج در آن، بدون اینکه نیاز به تشریفات خاص دیگری باشد، به دیگری انتقال یابد^۴.

1- BYLES, A treatise on the law of bills of exchange, 20th edit., London, 1939, by W. Baker Welfords, P.125.

-History of negotiable instruments in English law.

-Mcloughlin, introduction to negotiable instruments, London, Butterworths, 1975.

2- Le principe de l'indépendance des signatures.

3- Le principe d'inopposabilité des exceptions.

4- L'endossement translatif.

۲ - سابقه ظهر نویسی در ایتالیا به قرن شانزدهم میلادی می‌رسد^۱ و در فرانسه بموجب فرمان ۱۶۷۳ برسمیت شناخته شد.^۲ و چون پاسخگوی نیازهای امور تجاری بود در سطح گسترده‌ای رواج یافت و بعنوان یک نهاد و ابزار قانونی بکار گرفته شد و تجار را از تشریفات انتقال طلب، به شکل و کیفیتی که در قلمرو حقوق مدنی متداول بوده و هست بی‌نیاز ساخت^۳. و از نقطه نظر حقوقی ماهیت حقوقی خاص خود را یافت با آثار واحکام مترتب بر آن^۴ که بحث از آن در جنبه‌های مختلف و آثار آن باید به مقالات دیگر موكول نمود. با تحولات تدریجی و سیر تکامل اسناد تجاری، ظهر نویسی نیز تحولاتی یافت و انواع مختلف را در بر گرفت. مثل ظهر نویسی بعنوان وکالت^۵ و ظهر نویسی بعنوان وثیقه^۶. توثیق اسناد تجاری، یا درج عباراتی از قبیل " بعنوان وثیقه^۷، " بابت تضمین^۸ " برای گرو" و هر عبارت دیگری که مفید این معنی باشد، صورت می‌پذیرد.

- 1- Levy Bruhl, Annales de droit commercial, 1930, P.235 et s. et Histoire de la lettre de change, p.103 et s. -P.Lescot-R. Roblot, les effets de commerce, 1953, T.I., Nos 263 et s.
- 2- Bedarride, De la lettre de change, des billets à ordre, etc. T.I.No 284.
- 3- G.Ripert, Traite' élémentaires de droit commercial, Paris 2^e edit., 1951, Nos 1816-1818, 1832, 1841.
- 4- P.Lescot-R.Roblot, Op.Cit., Nos 264 et s.

برای اطلاع بیشتر از اوصاف و ویژگیهای اسناد تجاری با آثار واحکام خاص آن، ر.ش.به . جزوه حقوق تجارت (۳) اسناد تجاری، ماخذ یاد شده تالیف نگارنده.

- 5- L'endossement de procuration
- 6- L'endossement pignoratif.
- 7- "Valeur en gage"
- 8- "Valeur en garantie"

هدف از ظهر نویسی بعنوان وثیقه این است که دارنده اسناد تجاری با اخذ مبلغی از موسسات اعتباری مثل بانکها ، بعنوان وام یا اعتبار یا عناوین دیگر ، تسهیلات لازم معاملات تجاری خود را فراهم آورد .

سابق براین ، در قلمرو معاملات ، به اموال مادی اعم از منقول و غیر منقول بهاداده می شد . با توسعه روزافزون اسناد تجاری بعنوان اموال اعتباری ، سرمایه نویسی در جامعه تجلی کرد و وسیله پرداخت ، واسطه معاملات ، معیار سنجش و ذخیره کنندارزش اشیاء و خدمات بحساب آمد . امروزه در قلمرو تجارت و حتی در روابط با اشخاص غیرتاجر ، در بسیاری از کشورها ، میزان اموال مادی منقول و غیرمنقول اشخاص ، ملاک سرمایه واقعی و منحصر بفرد آنها محسوب نمی شود ، بلکه حجم و نوع اسناد تجاری مثل اوراق بهادار این نقش را ایفاء میکند و خاصیت زایندهگی آنها ، در بسیاری از موارد ، بیشتر از اموال مادی است ، از همین رو ، فکروثیقه گذاری آنها ، ماهیت حقوقی و شرائط واحکام آن مطرح و مورد بحث قرار گرفت .

در ظهر نویسی بعنوان وثیقه ، مثل وثیقه گذاری اموال مادی از منقول و غیر منقول ، مالکیت اسناد تغییری نمی کند ، بنابراین دارنده چنین سندی ، علی القاعده تمام حقوق ناشی از ظهر نویسی ، باستثنای حق ظهر نویسی برای انتقال را دارد و چنانچه دارنده سند آنرا ظهر نویسی کند ، ظهر نویسی وی حکم ظهر نویسی بعنوان وکالت را خواهد داشت^۱

۳- توثیق اسناد تجاری ، در کشورهاییکه این نهاد در آنها با بعرصه گذاشت ، خالی از پاره ای مشکلات نبوده است . مشکلات ، ناشی از نفس وثیقه گذاری و جو از ویا عدم آن نبوده است بلکه بیشتر بر محور شرائط تحقق آن دور می زده است^۲ .

برای مثال در حقوق تجارت فرانسه که قانون تجارت مصوب ۱۸۰۷ آن الگوی نویسندگان قانون تجارت مصوب اردیبهشت ماه ۱۳۱۱ ایران بوده است ، مساله عبارت

1. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5^e édit., Paris, 1925 T.IV, No 153 et s.-Terrel et lejeune, *Traité des opérations commerciales de banque*, 8^e edit., Paris, 1951, p.376-Lescot-Roblot, *op.cit.*, Nos 351 et s.

دکتر ابولحسن صادقیان . منبع یادشده ، فصل یازدهم ، ص ۱۶۹ ببعد .

2. Lescot-Roblot, *op.cit.*, Nos. 351 et s.

از این بوده که توثیق اسناد تجاری، مثل انتقال آن به صرف امضاء و باقید عبارتی دال بر "توثیق" کفایت میکند و یا اینکه، به مثابه رهن در حقوق مدنی آن کشور، تابع تشریفات مربوط به آن است.؟ مواد ۲۰۷۴ و ۲۰۷۵ ق. م. ف. وجود حق ممتاز و رجحان طلبکار مرتهن را موقوف به تنظیم سند رسمی و یا عادی و ثبت و اعلان آن به مدیون میدانند^۱. در رویه قضائی^۲ و دکتترین فرانسوی^۳، نسبت به موضوع اختلاف نظر وجود داشت و نه قانون مدنی و نه قانون تجارت، راه حلی ارائه نکرده بود.^۴

با وجود مشکلات یاد شده قانون ۲۳ مه ۱۸۶۳ فرانسه، به اینگونه اختلاف نظرها پایان بخشید و ماده ۹۱ قانون جدید اعلام نمود که:

"در مورد اسناد قابل معامله، رهن میتواند با ظهرو نویسی درست دال بر اینکه اسناد به وثیقه گذاشته شده‌اند، تحقق پذیرد."

بعقیده مولفین حقوق مدنی و تجارت فرانسه، امکان توثیق اسناد تجاری از طریق سهل و ساده ظهرو نویسی، موجب تحول عمده‌ای در حقوق موضوعه این کشور شده و به یکی از ضروریات و مقتضیات امر تجارت پاسخگوئی کرده است.

حسب عقیده این مولفین، اسناد تجاری در دست تاجر، بعنوان اموال با ارزش است و باید به او این امکان را داد که بتواند به سهولت و در کوتاه مدت، و تا سر رسید، آنها را به وثیقه سپارد و بدون نیاز به انجام تشریفات سخت و سنگین قانون مدنی، وجوه و اعتبارات لازم را کسب کند و یا آنها را برای گشایش اعتبارات اسنادی و یا تضمین حسن انجام تعهدات تجاری خود بکارگیرد.

- 1- Rogier, De la mise en gage des créances en droit français, thèse, Paris, 1929, p.179 et s. Fontaine, De la lettre de change, No 699.
- 2- Cass., 3 aout 1845, S.1845.1.563; 18 juillet 1848, S. 1848. 1.609, D.1848.1.177; 23 janvier 1860, D. 1860.1.124; Nimes, 2 aout 1847, Rec. Gaz. Pal., 1848. 1.119, D.1848.2.41, Cass. civ., 17 mai 1847, D. 1847. 1.161, 19 juin 1860, D.1860.1.249; Lyon, 12 Juillet 1849, S.1849.2.703, D.1852.2.79; 27 aout 1849, D.1850. 2.79.
- 3- Nouguier, Des lettres de change et des effets de commerce, 3^e edit., 1875, No 742-Bedarride, op. cit., No. 300.
- 4- Lescot et Roblot, op. cit., No. 346.

هر چند مقرات قانون جدید فرانسه مصوب ۱۸۶۳، متضمن نقائصی بود ولی از آنجا که مشکلی از مشکلات اساسی امر تجارت را حل مینمود، از اینرو قبول عام یافت.^۱ در قریب باتفاق کشورهاییکه اسناد تجاری در قلمرو آنها رواج یافت، وضع کم و بیش مشابهی حکومت می کرد.^۲

ب - موضع حقوق تجارت بین الملل . مقررات قانون متحدالشکل ژنو

۴ - باتوسعه روز افزون تجارت بین المللی، گردش اسناد تجاری وتوثیق آنها، در صحنه بین المللی گسترش چشمگیری یافت. این گسترش کمی و کیفی، حسب مورد، از محدوده مرزهای یک کشور گذشت ولامحاله مشکلاتی را هم از جهت شکل وماهیت اسناد وهم از نظر بروز تعارضات قوانین، به منصفه ظهور رساند و اینگونه مشکلات موجب شد تا حقوقدانان کشورهای مختلف، در جستجوی راه حل هائی برآیند.

1. Lescot P. Roblot, R. op. cit., No. 346.

۲ - برای اطلاع از موضع حقوقی سایر کشورها ر. ش. به :

Percerou et Bouteron, la nouvelle legislation française et internationale de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque, T.I. Paris 1937.

Lescot-Roblot, op.cit., No.357.

و در نظام کامن لا (Common Law) ش. به :

Byles, Op.cit., p. 123.-

Hart, Law of banking, p. 916-McCloughlin, op.cit., P. 75-88-63.

و در حقوق کشورهای عربی ر. ش. به : محمد صالح بک . شرح القانون التجاري ، الاوراق التجارية و اعمال البنوك - مطبعه مصر - محسن شفيق . القانون التجاري المصري الاوراق التجارية ، چاپ اول ۱۹۵۲ ، دارالمعارف اسکندريه - امين محمد بدر . الاوراق التجارية في التشريع المصري ۱۹۵۳ ، المطبعه العالميه - محمد النوري الاوراق التجارية السوري ، مكتب النشر العلمي دمشق - رزق الله انطاكي ، الحقوق التجاريه البريه ۱۹۴۸ ، مطبعه الجامعه السوريه - حسن جاد . شرح القانون التجاري العراقي ، مطبعه الاهالي ، بغداد .

ایجاد وحدت حقوقی ، در نظامهای حقوق داخلی کشورها ، که تلاش در حل و فصل مسائل حقوقی و موارد تعارض قوانین دارد ، در قلمرو اسناد تجاری با مشکلات کمتری روبرو بوده است . گرایش عمومی عمدتاً " در اکثر موارد ، از طرف کشورهای اروپائی آغاز شده است . اولین تلاشها ، در اواسط قرن نوزدهم ، از طرف انگلیسیها بعمل آمده است و اولین پیشنهاد و طرح یک مقررات متحدالشکل حاکم بر اسناد تجاری را نمایندگان دولت انگلیس به نمایندگان دول حاضر در نمایشگاه جهانی لندن ارائه نمودند . این پیشنهاد و طرح عقیم ماند و متعاقباً اقدامات دیگری صورت گرفت ^۱ .

در سال ۱۹۰۰ به پیشنهاد دولت آلمان ، کنفرانسی در لاهه تشکیل شد که ما حاصل آن به طرح موقت قانون متحدالشکل *Projet provisoire de la loi uniforme* منجر گردید و در سال ۱۹۱۲ ، توسط دول مقتدر وقت ، در لاهه کنوانسیون یاپیمانی با مضامین رسید که هدف آن وارد کردن مقررات متحدالشکل در نظام حقوق داخلی آنها بود ^۲ . این کنوانسیون ، الهام بخش پیمان یا کنوانسیون ژنو گردید و بالاخره در ۷ ژوئن ۱۹۳۰ ، تحت نظارت عالییه جامعه ملل ، پیمان مربوط به قانون متحدالشکل راجع به برات وسفته تنظیم یافت . بموجب این پیمان ، دول متعاهد ، متعهد شدند مقررات قانون متحدالشکل را وارد در قلمرو حقوق داخلی خود نمایند . اکثر دولتهای اروپائی عضو این پیمان شده اند ، وحدت حقوقی را در این زمینه بوجود آورده اند و مقررات پیمان عملاً " وارد حقوق داخلی بسیاری از کشورهای غیراروپائی نیز گردیده است ^۳ .

- 1- Yvon Loussouarn-Jean Denis Brédin, *Droit du commerce international*, Sirey 1969, No. 440 et s.
- 2- Percerou et Bouteron, op.cit., T.II. p.169 et s., - Arminjon, *Précis de droit international privé commercial*, Paris, 1948, Livre IV.
- 3- Percerou et Bouteron, op.cit., T.I. p. 169 et s.

علیرغم اهمیت و وسعت دامنه نفوذ مقررات قانون متحدالشکل ژنو ، پیمان مربوط ، محدودیتهائی را نیز دربردارد ، از یکطرف کشورهای نظام کامن لو (Common Law) از امضاء آن امتناع ورزیده اند ، زیرا ظاهراً " اختلافات آشکار و غیر قابل اجتنابی میان نظام حقوقی پیمان ژنو و نظام حقوق اسناد تجاری *Bills of exchange Act 1882* در حقوق انگلیس وجود داشته و دارد . و از طرف دیگر کشورهای آمریکای لاتین ، بجهت ارتباط شان با حقوق آمریکائی و برخورداری از یک مقررات متحدالشکل دیگر بنام پیمان هاوانا ، نیازی به ملحق شدن به پیمان ژنو ندیده اند . و بالاخره کشورهای مثل ایران ، اصولاً " نسبت به پیمان مذکور بی تفاوت مانده اند . از میان منابع فارسی موجود ، ر . ش . به . دکتر ابوالحسن صادقیان ، منبع یادشده ، فصول نهم ، دهم و یازدهم کاظم شیوارضوی . گردش چک ، بویژه قسمت سوم

۵- باری، هم در کنفرانس لاهه و هم در کنفرانس ژنو، موضوع توثیق اسناد تجاری با توجه به توسعه آن در قلمرو عملیات اعتباری بانکه‌ها و کاربرد ویژه آن، به مباحثات مهمی دامن زد و موجب ارائه نظریات عدیده‌ای گردید. دامنه مباحثات و اختلاف نظرات بحدی بالا گرفت که هیئت نمایندگی لهستان در کنفرانس، با استناد اینکه ظهر نویسی بعنوان وثیقه، موارد عملی چندانی ندارد، پیشنهاد حذف موضوع را از دستور جلسات کنفرانس نمود و پیشنهاد کرد تا هر کشور، موضوع توثیق اسناد تجاری را، بهر نحو که مصلحت میداند، در حقوق داخلی خود تنظیم کند.^۱

این پیشنهاد با موافقت اکثریت روبرو نشد و ماده ۱۹ قانون متحدالشکل ژنو به موضوع اختصاص یافت و متعاقباً "وارد در قلمرو حقوق کشورهای عضو پیمان ژنو گردید.

ماده ۱۹ ق. م. ژ، در مورد ظهر نویسی بعنوان وثیقه مقرر میدارد:

"در صورتیکه ظهر نویسی حاوی عبارت "ارزش برای تضمین یا "ارزش بعنوان وثیقه" یا هر عبارت دیگری باشد که متضمن به وثیقه نهادن باشد، دارنده برات می‌تواند کلیه حقوقی را که از ظهر نویسی ناشی میشود به مرحله اجراء در آورد ولی ظهر نویسی که از طرف او بعمل می‌آید، فقط بعنوان ظهر نویسی بعنوان وکالت اعتبار دارد.

متعهدین نمی‌توانند در مقابل دارنده برات به ایراداتی که متکی به روابط شخصی آنها با ظهر نویس است استناد نمایند مگر آنکه دارنده برات در موقع دریافت برات عمداً "بضرر بدهکاران اقدام کرده باشد"^۲.

امروزه در کشورهای که پذیرای مقررات قانون متحدالشکل ژنو شده‌اند، توثیق اسناد تجاری، بصورت یک اصل قبول شده است و در سایر کشورها نیز که مقررات قانون مذکور را بجهتی از جهات، نپذیرفته‌اند، حسب مورد، نظر به صحت توثیق دارند.^۳

1- Lescot et Roblot, op. cit., No. 346.

۲- بنقل از دکتر حسن ستود هتهرانی با دخل و تصرفی اندک، حقوق تجارت، جلد سوم ۶۳-۶۲.

3- Percerou et Bouteron, op. cit., No. 90 ets.

Lescot-Roblot, op. cit., No. 357.

دکتر ابوالحسن صادقیان، منبع یاد شده، فصل یازدهم.

ج - موضع حقوق ایران - مشکلات حقوقی موجود و راه حل‌های پیشنهادی

۶ - قانون تجارت کشورما ، مثل همه کشورها ، قابلیت نقل و انتقال سند تجاری را ، بطورکلی ، از طریق ظهرنویسی پذیرفته و شرایط سهل و ساده آن را بیان داشته است . ماده ۲۴۵ ق . ت . ا . میگوید :

" انتقال برات بوسیله ظهرنویسی به عمل می آید "

از نقطه نظر شکلی ، ظهرنویسی ، تابع شرایط خاصی نیست و دارنده برات فقط می تواند بصرف امضاء آن ، حقوق خود را به دیگری منتقل نماید . البته ظهرنویسی ممکن است شامل نام منتقل الیه و تاریخ و سایر مندرجات اختیاری هم باشد . از اینرو ماده ۲۴۶ ق . ت مقرر میدارد که :

" ظهرنویسی باید به امضاء ظهر نویس برسد . ممکن است در ظهرنویسی

تاریخ و اسم کسی که برات با و انتقال داده میشود قید کرد . "

قانون تجارت ، از انواع مختلف ظهرنویسی ، فقط به دو نوع آن یعنی ظهر نویسی برای انتقال و ظهرنویسی بعنوان وکالت تصریح دارد . ماده ۲۴۷ ق . ت . میگوید :

" ظهرنویسی حاکی از انتقال برات است مگر اینکه ظهر نویس وکالت در

وصول را قید نموده باشد که در این صورت انتقال برات واقع نشده ولی

دارنده برات حق وصول ولدی الاقتضاء حق اعتراض و اقامه دعوی برای وصول

خواهد داشت . جز در مواردیکه خلاف این در برات تصریح شده باشد . "

بنحویکه ملاحظه میشود ، در قانون تجارت کشورما ، در مبحث راجع به ظهرنویسی

توثیق اسناد تجاری ، به سکوت برگزار شده است و این نوع ظهرنویسی ، در نظام حقوقی ما

علیرغم رویه معمول تجار و بانکها ، خالی از بروز پاره‌ای مشکلات نبوده و نمی باشد . در

محدوده این مقاله ، ادای توضیحاتی چند ضروری است .

۷ - توثیق اسناد تجاری در نظام حقوقی ایران ، معمولاً " در قالب عقد رهن ،

تحلیل میشود . در حقوق ایران ، عقدی را که به موجب آن مال مدیون وثیقه طلب قرار می گیرد ، رهن می نامند .^۱

۱ - دکتر ناصر کاتوزیان ، حقوق مدنی ، عقود اذنی ، وثیقه‌های دین ، عقود معین ۳ چاپ

اول ، تیرماه ۱۳۶۴ ، ص ۴۹۶ .

ماده ۷۷۱ قانون مدنی در تعریف رهن می‌گوید .
 " رهن عقدی است که بموجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به‌دائن
 می‌دهد ، رهن‌دهنده را رهن‌و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند " .

عقد رهن ، چنانکه می‌دانیم ، سبب میشود که طلبکار وثیقه عینی بیابد و بر
 آن " حق عینی تبعی " پیدا کند و راهن‌ن تواند در آن تصرفی کند که به زیان مرتهن
 باشد (ماده ۷۹۳ ق . م . م) و طلبکار ، نسبت به استیفای حق خود از قیمت رهن ، بر دیگر
 طلبکاران رجحان یابد .

اساتید حقوق مدنی ایران ، از استقراء ، در احکام قانون مدنی ، در شناسائی
 ماهیت ، او صاف عقد رهن را چنین خلاصه کرده‌اند .
 اولاً "عقد تبعی است . بدین معنی که پیش از آن باید دینی وجود داشته باشد
 تا برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود (مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ ق . م . م) . وثیقه دادن
 برای دین آینده در حقوق ما امکان ندارد و وجود سبب دین ، مانند آنچه در ضمان جاری
 است ، شرط صحت رهن است . از سوی دیگر ، با پرداخت دین یا سقوط آن به دلایل
 دیگر ، حق مرتهن نیز از بین میرود .

ثانیاً " عقد عینی است . به این توضیح که مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف
 کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود . ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست (ماده
 ۷۷۲ ق . م . م)^۱

اول - مشکلات حقوقی موجود

۸ - آنچه صحت ظهرو نویسی بعنوان وثیقه را ، در اسناد تجاری ، در حقوق ما
 با مشکل روبرو ساخته است ، مقایسه آن با شرائط صحت عقد رهن و اجرای قواعد عمومی

۱ - دکتر سید حسن امامی . حقوق مدنی ، جلد دوم ، سال ۱۳۳۴ ، ص ۳۳۶ و ۳۵۴ ببعد
 دکتر ناصر کا توزیان . حقوق مدنی ، عقود اذنی ، وثیقه‌های دین ، عقود معین ۳ ، چاپ اول ،
 سال ۱۳۶۴ ، ص ۲۹۸
 دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی . حقوق مدنی ، رهن . صلح ، چاپ اول ، سال ۱۳۴۹ بخش
 دوم ص ۸ ببعد .

معاملات، و ویژگیهای، آن در خصوص مورد رهن می باشد، همانطوریکه می دانیم قواعد عمومی معاملات، نسبت به موضوع قرارداد، در مورد رهن نیز جاری است.^۱ بنابراین، مورد رهن باید مالیت داشته باشد، دارای منفعت عقلائی و مشروع باشد، معلوم و معین باشد و قابلیت نقل و انتقال داشته باشد (ماده ۷۷۳ ج. م. م.)^۲.

از آنجا که قبض نیز در رهن از شرائط وقوع عقد است، لذا ضرورت آن چند شرط به شرایط اساسی صحت این عقد که در بحث ما حائز اهمیت خاصی است، می افزاید:

- ۱- مورد رهن باید عین باشد، رهن دین و منفعت باطل است.
 - ۲- مورد رهن باید قابل تسلیم به مرتهن باشد، پس رهن مالی که رهن قدرت تسلیم آن را ندارد و مرتهن نیز نمی تواند آن را به قبض خود بگیرد باطل است.
 - ۳- مورد رهن باید ملک رهن باشد یا او حق رهن گذاردن آن را داشته باشد^۳
- قانون مدنی ایران به پیروی از قول مشهور فقها،^۴ رهن و دین و منفعت را باطل و وطی ماده ۷۷۴ اعلام داشته است که:

" منال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است "

فقهای که رهن دین را درست ندیده اند، قبض را شرط صحت رهن میدانند.^۵ برخی دیگر از آنها، قبض دین را ممکن شمرده اند و به این ترتیب رهن دین و عین کلی

- ۱- دکتر سید حسن امامی . همان مرجع ، ص ۳۵۴ ببعده - دکتر ناصر کاتوزیان همان مرجع ، ص ۴۹۸ - دکتر جعفری لنگرودی . همان مرجع ، ص ۱۰۹ ببعده .
- ۲ و ۳ دکتر ناصر کاتوزیان . منبع یاد شده ، ص ۵۳۸ و ۵۳۹
- ۴- علامه، حلی . تذکر جلد ۲، ص ۱۵ - شهید ثانی . مسالک ، جلد ۲ ، ص ۲۲۷ - سید علی طباطبائی . ریاض ، جلد ۱ ، کتاب رهن - محقق ثانی . جامع المقاصد جلد ۱ ، ص ۲۷۴ - مقدس اردبیلی . شرح ارشاد ، کتاب رهن - سید محمد جواد عاملی مفتاح الکرامه ، جلد ۵ - ص ۷۷ - شیخ یوسف بحرانی . حدائق ، جلد ۲۰ ، ص ۲۴۶ محمد محسن فیض کاشانی . مفاتیح الشرایع ، جلد ۳ ، ص ۱۳۳۷ .
- ۵- علامه حلی . قواعد ، کتاب رهن - سید علی طباطبائی . ریاض ، کتاب رهن ، رهن ، محقق ثانی . جامع المقاصد ، جلد ۱ - سید محمود جواد عاملی . مفتاح الکرامه ، جلد ۵ .

را درست دانسته‌اند. ^۱

۹- با توجه به مراتب فوق، پرسشی که برای برخی از حقوقدانان مدنی کشور ما مطرح شده این است که آیا با توجه به ضروریات و مقتضیات جامعه کنونی و عرف و رویه بازرگانی و بانکها، واقعا "باید رهن دین را باطل و عملیات اعتباری بانکها را با وجود ماده ۷۷۴ ق. م. م. غیر ممکن دانست؟ . . . آیا ضرورتی دارد که ارزش عین به اعتبار یا ماده، اصلی آن باشد یا آنچه را هم که دارای ارزش اعتباری یا نماینده مقداری ارزش است میتوان به رهن داد؟

بنحویکه از تالیفات حقوق مدنی کشور ما مستفاد میشود، مشکلات ناشی از توثیق اسناد تجاری ظاهرا "پیرامون دو مساله عمده دور میزند یکی عین بحساب آمدن آنها و دیگری امکان به قبض دادن که در واقع مساله اول است .

در نبود پاسخ قاطعی در این مورد در قوانین و رویه قضائی کشور ما، اساتید حقوق مدنی، نظرات متفاوتی ابراز داشته‌اند .

برخی از اساتید حقوق مدنی کشور ما، اصولا "امکان توثیق یا رهن اسناد تجاری را مطرح نساخته‌اند ولی با توجه به ماده ۷۷۲ ق. م. م. که میگوید .

" مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین میگردد، داده شود "

از یکطرف و صراحت ماده ۷۷۴ همان قانون که " رهن دین و منفعت را باطل " میدانند از طرف دیگر برای این عقیده‌اند که شرط تحقق رهن قبض عین مرهونه بمرتهن است و کلی فی الذمه، دین میباشد و دین نمیتواند وثیقه دین قرار گیرد چون نمیتوان آنرا به قبض مرتهن داد و آنچه بعدا " در اثر ایفاء تعهد حاصل میشود، دین نیست بلکه یکی از افراد و مصادیق کلی میباشد و بودن کلی در ضمن فرد اشکال عدم قابلیت قبض دین را رفع نمی‌نماید. و از نظر قضائی با تصریح ماده ۷۷۴ ق. م. م. بعدم صحت رهن دین، استدلال بجواز رهن آن، اجتهاد در مقابل نص است ^۲.

۱- علامه، حلی، تذکره، جلد ۲- شهید ثانی، مسالک الافهام، جلد ۱ و شرح لمعه، جلد ۴ (دکتر ناصر کا تویان، مرجع یاد شده، ص ۵۴۳- دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی دوره حقوق مدنی، عقد ضمان، شماره ۱۲۲-۱۲۱).

۲- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۲، ص ۲۳۷-۲۳۲

البته باید توجه داشت که این دسته از حقوقدانان مدنی، به پیروی از حقوق امامیه، در مالکیت داشتن اسناد تجاری تردیدی ندارند و مال را چیزی میدانند که بتواند مورد دادوستد قرار گیرد یعنی دارای ارزش معاوضه باشد و دین و یا مافی الذمه را از مصادیق اموال منقول بحساب می‌آورند ولی اشکال به قبض دادن آنرا، باعتبار حقوق دینی بحساب آوردن اسناد تجاری و نه حقوق عینی، قابل رفع نمیدانند.^۱

دوم - راه‌حلهای پیشنهادی

۱۰ - حقوقدانان مدنی معاصرا، برعکس، در سالهای اخیر، تلاش ارزنده‌ای برای امکان وثیقه گذاری اسناد، بکاربرده‌اند و هر یک بسهم خود، کوشش نموده‌اند تا موانع و مشکلات موجود حقوقی را بنحوی از سر راه بردارند.

برخی، از اسناد تجاری بمعنی خاص، سخن بمیان نمی‌آورند و در پاسخ به این سؤال که آیا سهام شرکتهای سهامی و اوراق قرضه و بهادار و تمبر را میتوان برهن داد؟ به تقسیم بندی جدید از موال پرداخته، نظربه امکان توثیق اینگونه اسناد دارند.^۲ در مورد لزوم "عین معین" بودن مورد رهن، در نظر این عده از حقوقدانان، مورد رهن لازم نیست از مصادیق و افراد مال اصالی باشد و میتوان مال آلی رانیز به وثیقه گذارد.

مال اصالی، مالی است که ذاتا "ارزش دارد مانند اغذیه و البسه و فرش و خانه و زمین و زروسیم"^۳.

و مال آلی، مالی است که خودش ذاتا "مالیت ندارد بلکه نماینده مالی است مثلا" اسکناس لاقل در نظر بعضی به اعتبار اینکه معرف پشتوانه و ارزش مقداری سیم و زر است مالیت دارد^۴. و اسناد خزانه نیز مال آلی و حاکی از استحقاق دارنده آن به دریافت مقداری پول رایج است و همچنین است دستور پرداخت اصلاحات ارزی یا شهرداری^۵.

۱- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۱، ص ۳۲-۳۵

۲- دکتر جعفر جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، رهن، صلح، چاپ اول، سال ۱۳۴۹، ص ۱۰

۳- دکتر جعفر جعفری لنگرودی، همان مرجع، ص ۱۰

۴- دکتر جعفر جعفری لنگرودی، همان مرجع، ص ۱۰

۵- دکتر جعفر جعفری لنگرودی، همان مرجع، ص ۱۰

بنظر این مؤلفین ، بکلی نمی‌توان گفت که این نوع اموال را نمی‌توان برهن داد .
تعریف (عین معین) در ماده ۷۷۴ ق . م . برای اشیا صدق میکند ، بخصوص تعبر پست
که مانند یک کالا قابل خرید و فروش است . و نیز ماده ۱۰ قانون انتشار اسناد خزانه مصوب
دیماه ۱۳۴۰ میگوید :

" اسناد خزانه قابل خرید و فروش است "

ولی وجه نقد را نمی‌توان رهن داد و اصطلاحاً " عین معین در حقوق مدنی بر
غیر وجه نقد اطلاق میشود ^۱ .

در مورد لزوم قبض ، تحلیل این دسته از حقوقدانان این است که قبض رهنیه ،
بدلائل عدیده شرط صحت رهن نیست ،^۲ زیرا از یکطرف اعمالی که بین متعاقدین عقد
رهن قبل از اقباض صورت گرفته باطل و خلاف قانون نیست و اگر باطل بوده باشد ، اقباض
رهنیه نمی‌تواند باطل را صحیح کند . مقصود از صحت در ماده ۷۷۲ فعلیت تأثیر ^۳ عقد رهن
است یعنی عقد رهن ذاتاً " صحیح بوده ولی آثار قانونی آن موقعی ظاهر میشود که اقباض
هم محقق شود .

در آیه (فرهان مقبوضه) هم بهمین عنصر عقد رهن اشاره شده است و فقهاء
این موضوع را از همین آیه اقتباس کرده‌اند .^۴

و از طرف دیگر ، قبل از اقباض رهنیه و بعد از عقد رهن ، راهن تعهد ^۵ به
اقباض ندارد و در واقع عقد رهن ، در این مرحله از دو طرف جائز است . مگر اینگه رهن ،
ضمن عقد لازم ، شرط شده باشد . (ماده ۲۴۱ ق . م .) . در این صورت باید به تعهد
خود عمل کند هر چند که اقباض واقع نشده باشد .^۶

۱- دکتر جعفر جعفری لنگرودی . همان مرجع ، ص ۱۱-۱۰

۲- دکتر جعفر جعفری لنگرودی . همان مرجع ، ص ۱۱ ببعده .

(قانون انتشار اسناد خزانه مصوب بهمن ماه ۱۳۴۳ بوسیله قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق
قرضه مصوب مهرماه ۱۳۴۸ ، فسخ شده است)

۳- مناهج المتقین تالیف شیخ عبدالهمامقانی ، چاپ سنگی ، ص ۲۵۹

۴- دکتر جعفر جعفری لنگرودی ، همان مرجع ، ص ۱۱ .

۵- حسب نظر ابرازی ، صحت مذکور در ماده ۷۷۲ ق . م . صحت فعلی است که در مقابل صحت تا هلی
قرا دارد . دکتر جعفر جعفری لنگرودی . حقوق اسلام ،

۶- دکتر جعفر لنگرودی . حقوق مدنی ، رهن ، صلح ، ص ۱۱ و ۱۴ .

۱۱- برپایه این استدلالات ، حقوقدانان مذکور ، در طرح قانون مدنی ایران ، در مورد عقد رهن ، دو پیشنهاد اصلاحی مهم ارائه داده‌اند . در رابطه بالزوم قبض چنین پیشنهاد میکنند که ماده ۷۷۲ ق . م . بشرح تبصره ماده ۱ بشرح زیر اصلاح گردد
 " قبض رهینه شرط صحت رهن نیست . " ^۱
 و در خصوص مورد رهن ، پیشنهاد دارند که ماده ۷۷۴ ق . م . بشرح زیر اصلاح شود :

ماده ۲ .

تمبر واوراق بهادارواسناد خزانه و دستور پرداخت واوراق قرضه

و بطور کلی آنچه که مالیت دارد میتواند رهینه واقع شود .^۲

ماده اصلاحی پیشنهادی ، نامی از اسناد تجاری بمعنی خاص نمی برد ولی عبارت " بطور کلی آنچه مالیت دارد " ، تا حدودی می تواند گره گشای توثیق برخی از اسناد تجاری که در مالیت آن ، تردیدی نیست ، باشد و گره لزوم عین معین بعنوان مورد رهن را حل کند .

۱۲- برخی از استادان معاصر حقوق مدنی ، بگونه دیگری ، به تحلیل و توجیه مساله پرداخته و تلاش در جستجوی راه حل مناسبی دارند . این عده در حالی که هم جامعه کنونی نیاز به رهن اعیان کلی و دیون دارد ، هم مبانی استدلال مربوط به بطلان رهن به شدت مورد انتقاد است ، وثیقه قراردادن اسناد تجاری را که وسیله تسهیل بازرگانی داخلی و بین المللی است و از نظر اقتصادی و اخلاقی نیز هیچ زیانی ندارد و امروز مرسوم در عملیات بانکی و بازرگانی است ، حسب مورد ، جائز شمرده‌اند و این ادعا که دین را نمیتوان وثیقه دین دیگر قرار داد پذیرفتنی ندانسته‌اند .^۳

بر مبنای نظر اخیر ، وثیقه نهادن اسناد در وجه حامل یا سهام بی نام شرکتها بویژه آنها که فروش ارزش مالیشان بطور مسلم امکان دارد ، درست است . زیرا ، " هر دید عرف ، ارزش موضوع آنها چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض اسناد بمنزله

۱- دکتر جعفر جعفری لنگرودی . همان مرجع ، ص ۳۰۲ .

۲- دکتر جعفر جعفری لنگرودی . همان مرجع ، ص ۳۰۲ .

۳- دکتر ناصر کاتوزیان . حقوق مدنی ، عقود ادنی ، وثیقه های دین ، عقود معین - ۳

انتقال و قبض اموال آنها است . پس ، هیچ مانعی ندارد که عین این اسناد موضوع رهن قرار گیرد ، همچنانکه موضوع بیع نیز واقع میشود .^۱ برعکس ، در مورد سهام و اوراق بانام ، چون در نظر عرف بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد ، اینگونه اسناد در حکم سند طلب است ، ارزش محتوای آن در زمره اموال غیر مادی است و رهن آنها با توجه به لزوم عین بودن وثیقه درست بنظر نمیرسد .^۲

۱۳- استدلال گروه اخیر در مورد رهن دین که وثیقه گذاری برخی اسناد مطالبات

بازرگانی را نیز شامل میشود ، بر چند پایه استوار است :

اولاً^۱ . اشخاص از حیث اعتبار و توانائی مالی و صداقت یکسان نیستند و چه بسا دیونی که اعتماد به پرداخت آن از وثیقه^۲ عینی بیشتر است . وانگهی ، هر اندازه که احتمال وصول نشدن طلب قوی باشد ، با زهم بعنوان وثیقه بدرجه اعتبار طلبکار می افزاید و مدیون چنین وثیقه ای در حکم ضامنی است که ذمه^۳ او به تعهد مدیون اصلی ضمیمه شده است ، پس ، هیچگاه نباید رهن دین را با هدف از عقد رهن (ایجاد وثیقه) منافی پنداشت . ثانیاً^۴ . اشکال مربوط به قبض مال کلی نیز وارد نیست ، زیرا قبض ، عقد رهن را کامل میکند ولی پیش از آن تراضی طرفین در حدود طبیعت ویژه خود آثاری دارد پس ، هیچ لزومی ندارد که قبض مورد رهن بیدرنگ انجام پذیرد . (مواد ۵۹ و ۶۰ ق . م .) مدیون بایستی مصداق دین را معین سازد و همان مصداق میتواند بعنوان مظهر دین به قبض داده شود . درست است که عین کلی تنها وجود ذهنی دارد و در جهان خارج نیست ، تا به قبض داده شود ، ولی این را نیز باید دانست که در دادوستدها نیز موجودهای ذهنی مورد معامله قرار نمی گیرد و نظر به مصداق های خارجی است و مفهوم کلی تنها بعنوان نشانه و معیار تعیین آن مصداق ها بکار میرود .

ثالثاً^۵ . موارد نقض این ایراد در قانون مدنی به اندازه ای هست که بی اعتباری آن را در رهن اثبات کند . برای نمونه ، اگر قبض دین امکان ندارد ، چراهبه مخصوص عین معین نشده است و قانونگذار کلمه " مال " را در تعریف آن بکار میبرد ؟ در حالی که در هبه نیز قبض شرط صحت است (ماده ۷۹۸ ق . م .) و چرا در بیع که قدرت بر تسلیم شرط صحت آن است بیع کلی را مجاز می شمرد (ماده ۳۵۰ ق . م .) ؟

۱- دکتر ناصر کاتوزیان . مرجع یاد شده ، ش ۳۵۳ .

۲- دکتر کاصر کاتوزیان . مرجع یاد شده ، ش ۳۵۳ .

رابعا " . هدف از قبض در معاملات ، استیلای عرفی بر مورد آن و در رهن محفوظ ماندن وثیقه برای فروش احتمالی از سوی مرتهن است . این مفهوم با تسلیم سند طلب و توقیف آن نزد بدهکار تحقق می پذیرد و نیازی به قبض مصداق کلی نیز ندارد . وانگهی ، اگر دین مورد وثیقه بر عهده مرتهن باشد ، آیا باز هم میتوان در قبض چنین وثیقه ای تردید کرد ؟^۱ .

بر پایه استدلال یاد شده . بنظر این عده از حقوقدانان ماده ۷۷۴ ق . م . نهادی است که برای انجام و تسهیل پاره ای از اعمال تجاری مزاحمت فراهم آورده و در نتیجه باید اصلاح شود .^۲

۱۴- در واقع نظرات ابزاری این عده از استادان حقوق مدنی کشورما ، گامی ارزنده در جهت تحقق توثیق اسناد تجاری بمعنی عام است و با ماهیت حقوقی اینگونه اسناد ، سازگاری کامل دارد و روابط بازرگانی را تسهیل میکند . ولی پاره ای از مشکلات را حل نشده باقی میگذارد ، زیرا :

اولا " . وضع و موقعیت اسناد تجاری بمعنی خاص یعنی برات و سفته و چک را با او صاف و ویژگیهای آن چندان مدنظر ندارد^۳ و توثیق اسناد در وجه حامل یا سهام بی نام شرکتها رادرست می داند و برعکس در مورد سهام و اوراق تجاری بانام ، اینگونه اسناد را در زمره ، اموال غیرمادی بحساب می آورد دو با توجه به لزوم عین بودن وثیقه ، رهن آنها رادرست نمیداند . و حال آنکه امروزه در مورد بسیاری از اسناد تجاری بمعنی عام مثل اوراق بهادار (سهام شرکتها اعم از با نام و بی نام و اوراق قرضه) و اسناد خزانه و قبوض انبارهای عمومی مثل قبض رسید و برگ وثیقه^۴ ، در تمامی کشورهائیکه بورس اوراق بهادار وجود دارد و بازار داد و ستد اینگونه اسناد رائج است ، نه تنها بحثی پیرامون ارزش مالی مسلم اینگونه اسناد وجود ندارد و ارزش و خاصیت زایندهگی مالی آنها ، بمراتب

۱- دکتر ناصر کاتوزیان . منبع یاد شده ، ش ۳۵۵ .

۲- دکتر ناصر کاتوزیان . منبع یاد شده ، ش ۳۵۵ .

۳- برای اطلاع از این موضع ر . ش . به . جزوه درسی مولف . حقوق تجارت ۳- اسناد تجاری ، سال تحصیلی ۶۶-۶۷ .

۴- تصویبنامه مربوط به تاسیس انبارهای عمومی مصوب شهریورماه ۱۳۴۰ ، در ماده ۶ خود میگوید .

از سایر اموال مادی اعم از منقول و غیر منقول و حتی پول کاغذی، بیشتر است، و تردیدهای موجود در مورد امکان توثیق آنها، کلاً "مرتفع شده"، بلکه بحث‌های مذکور در مقدمه این مقاله تماماً "ناظر بر اسناد تجاری بمعنی خاص آن بوده که مساله وثیقه گذاری آنها حل شده است . .

زیرا جای تردیدی نیست که اسناد تجاری با نام که با قید بحواله کرد به صرف ظهرنویسی به دیگری انتقال می‌یابد، در هر ظهرنویسی، به ارزش و اعتبار آنها افزوده می‌شود و یک سند تجاری با نام، هر چه بیشتر ظهرنویس داشته باشد، به متعهدین پرداخت وجه آن افزوده می‌شود و امکانات مراجعه دارنده سند را جهت دریافت وجه آن افزایش می‌دهد.

ثانیاً "در نظر ابزاری، آنچه هنوز مورد تردید مانده است، ماهیت حقوقی اسناد تجاری از نقطه نظر تقسیم بندی کلی اموال است. بحثی نیست که اسناد

"قبض رسید و برگ وثیقه انبارهای عمومی را میتوان توأم یا جداگانه از طریق ظهرنویسی منتقل نمود. در صورت ظهرنویسی برگ وثیقه کالای مربوطه آن در گروه شخصی که ظهرنویسی بنفع او شده قرار خواهد گرفت و در صورت ظهرنویسی قبض رسید مالکیت کالا به انتقال گیرنده منتقل خواهد شد."

تبصره ذیل ماده مذکور می‌افزاید:

"انتقال مالکیت کالا در هیچ مورد به حقوق کسی که برگ وثیقه بنفع او ظهرنویسی شده لطمه‌ای نخواهد زد و حق وثیقه گیرنده کالا در هر حال محفوظ خواهد بود"

ماده ۸ تصویبنامه تصریح دارد بر اینکه:

"ظهرنویسان برگ وثیقه در مقابل دارنده آن، مسئولیت تضامنی دارند و هرگاه حاصل فروش کالا برای پرداخت طلبدارنده وثیقه کافی نباشد دارنده برگ وثیقه میتواند نسبت به بقیه طلب خود به هر یک از ظهرنویسان قبلی مراجعه کند."

بنظر برخی از مولفین حقوق مدنی، نظر به اینکه تصویبنامه قانون فوق، تصریح به عدم لزوم قبض و اقباض اسناد یاد شده دارد، از اینرو باید ماده ۶ تصویبنامه را مخصص ماده ۷۲۲ ق. م. دانست.

تجاری ، در زمره اموال منقول غیر مادی است . در بسیاری از افراد و مصادیق اینگونه اموال ، ارزش مالی آنها ، نه تنها کمتر از ارزش مالی اموال مادی منقول به شیوه‌های سنتی نیست ، بلکه بر مراتب از آنها بیشتر است . این ارزش چنان با عین سند درآمیخته که انتقال و قبض و اقباض آنها ، بمنزله انتقال و قبض ارزش مندرج در آنها است و در واقع و نفس الامر " سرمایه‌های نوین " جامعه را تشکیل می‌دهند .^۱ و چنانچه امر دائر گردد که در قلمرو حقوق مدنی و به تبع آن در حقوق تجارت به پیروی از تقسیم بندی کلاسیک اموال و اقوال مشهور فقها و بویژه در رهن که در زمان تصویب مقررات آن ، اینگونه اموال مادی^۲ ، و غیر مادی رواجی نداشته ، همچنان به لزوم عین بودن وثیقه ، توجه شود ، گره وثیقه گذاری اسناد تجاری بمعنی خاص ، بعنوان اموال با ارزش از دیدگاه عرف و تجارت همچنان لاینحل خواهد ماند و پاسخ این سؤال که آیا آنچه را که دارای ارزش اعتباری یا نماینده مقداری ارزش است میتوان به رهن داد ، تماما " داده نخواهد شد .

۱۵ - باری ، اشکالات حقوقی موجود در نظام حقوقی ایران در مورد توثیق اسناد تجاری ، عموماً " بشرحی است که گفته شد . بدیهی است این اشکالات ، مطلوب اسناد تجاری نیست و گرهی از مشکلات موجود باز نمیکند . در تلاش برای رفع مشکلات ، برای توثیق اسناد تجاری ، در وضع کنونی قوانین ، حقوقدانان کشور ما ، راه‌حل‌های عملی جالبی بشرح زیر ارائه داده‌اند :

۱- معامله با حق استرداد

از آنجاکه در معاملات شرطی ، که بطور معمول بصورت بیع یا صلح انجام میشود قبض شرط صحت نیست ، میتوان از نهاد " معامله با حق استرداد " بجای رهن یا وثیقه استفاده نمود . نتیجه اینگونه معاملات ، که دیگر ویژه املاک نیست و طبق ماده ۳۴ قانون ثبت در اموال منقول نیز اجرا میشود ، بارهن شباهت کامل دارد . در این معامله ،

1- Georges Ripert, *Traité élémentaire de* 3^e édit., Paris 1954, Nos 1539-1857-P. Lescot-R. Roblot, op. cit., T.I. P. 1 et s.

۲- امروزه بسیاری ، اسناد بی نام مانند اوراق بهادار را بجهت آنکه نقل و انتقال آنها به قبض و اقباض صورت می‌پذیرد و دین در سند تجسم یافته است ، جزء اموال مادی بحساب می‌آورند . (ر. س . به : Georges Ripert, op. cit., No. 1539 ets.)

خریدار شرطی که در معنی همان طلبکار است، مال مورد انتقال را در هیچ شرائطی بموجب عقد تملک نمیکنند و تنها میتواند با رجوع به اداره ثبت یا دادگاه تقاضای فروش مورد معامله و وصول طلب خود را بکند (ماده ، ۳۴ ق . ت) . پس طلبکاری که مایل به وثیقه گذاردن طلب خویش است ، میتواند آنرا بطور شرطی و با حق استرداد به وثیقه گیرنده انتقال دهد و از بابت آن تحصیل اعتبار یا وام نماید . در نتیجه ، هرگاه مبلغی را که به وام گرفته است نپردازد ، خریدار شرطی (وام دهنده) حق دارد از محل طلب مورد وثیقه پول خود را وصول کند .^۱

۲- ضمانت در پرداخت

۱۷- تاجری که اسناد خود را بعنوان وثیقه واگذار میکند ، می تواند ضامن پرداخت شود . باین شرط که در صورت عدم پرداخت وجوه اسناد ، وثیقه گیرنده حق مراجعه به وی را داشته باشد و ضمان باعث انتقال دین نشود . همچنین ، با این شرط که دین از محل مال کلی پرداخته شود . در این صورت ، ضامن باید مصداق تعیین شده دین را همچون وثیقه نزد خود نگاه دارد تا در صورت لزوم مورد استفاده طلبکار قرار گیرد .^۲

۳- وکالت در تملک

۱۸- بدهکار میتواند به بستانکار وکالت دهد تا طلب او را وصول کند و هر چه را بدست می آورد نزد خود بعنوان وثیقه نگاه دارد یا بابت طلب تملک کند .^۳

۴- انتقال صوری

۱۹- جهت احتراز از راه حلهای عملی فوق و بروز احتمال پاره ای مشکلات ناشی از روابط حقوقی فیما بین ، بانکها غالبا " وقتی اسناد بازرگانی را به وثیقه می پذیرند ،

۱- دکتر ناصر کاتوزیان . منبع یاد شده ش ۳۵۶ .

۲- دکتر سید حسن امامی . حقوق مدنی ، جلد دوم ، صفحات ۳۳۱ و ۳۳۸ .

۳- دکتر ناصر کاتوزیان . منبع یاد شده ، ش ۳۵۶ .

عنوان رهن و یا وثیقه به آن نمیدهند و در واقع سند بازرگانی از طریق ظهرنویسی ساده که علی القاعده حاکی از انتقال است ، به بانک واگذار میشود (مثل قرار داد خریددین) . در این صورت ورشکستگی ظهرنویس ، تاثیری در حقوق وثیقه گیرنده نخواهد داشت و مالکیت سند عملاً " به بانک انتقال یافته است . هر چند این راه حل ، بعنوان یک حيله قانونی ، مشکلات مطروحه را مرتفع میسازد ولی در متن واقع و نفس الامر ، مغایر با قصد و رضای طرفین و حقیقت موجود است و به هر حال بانک باید بنحوی این حقیقت را در دفاتر خود منعکس نماید . وفي المثل هرگاه وجوه حاصله از این نوع وثائق کفاف بانک را نمود ، مازاد را به حساب مشتری خود واریز کند .

بمنظور حل و فصل اختلافات احتمالی ناشی از این رویه ، معمول بر این بوده است که بانکها ، در ظهرنویسی بعنوان وثیقه ، قرارداد خاصی با واگذارنده اسناد منعقد میسازند . در این قرار داد مشتری به بانک اختیار تام و تمام میدهد که بانک پس از وصول وجوه ناشی از اسناد تجاری مورد وثیقه ، بدو " طلب خود را برداشت کند و باقیمانده را بحساب مشتری منظور نماید . برخی این راه حل را ، قراردادی از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی میدانند و آنرا در این حد معتبر تلقی می کنند و بر این عقیده اند که هرگاه دارنده اصلی اسناد تجاری ورشکسته شود ، استفاده وثیقه گیرنده بعنوان مرتهن دارای حق تقدم موجبی نخواهد داشت .^۱

۵- وثیقه قراردادی

۲۰- نویسندگان قانون مدنی کشور ما ، با وضع ماده ۱۰ که مبتنی بر آزادی اداره در معاملات است ، دست به ابتکار جالب و درخور تحسینی ، در قبول اصل اعتبار تعهدات و حاکمیت اراده زده اند .^۲ بموجب این ماده :

- ۱- دکتر مرتضی نصیری ، مقدمه بر اسناد بازرگانی ، جزوه پللی کپی شده ، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ، سال ، ص ۲۳-۲۴
- ۲- دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی ، دوره حقوق مدنی تعهدات ، ج ۱ ، سال ۱۳۶۳ ، فصل چهارم ، ص ۱۷۲ ببعده . دکتر ناصر کاتوزیان ، حقوق مدنی ، قواعد عمومی قراردادها ، ج ۱ ، سال ۱۳۶۴ ، ص ۱۵۱ ببعده . دکتر سید حسین صفائی ، حقوق مدنی ، ج ۲ ، سال ۱۳۵۰ ، ص ۴۹ ببعده .

" قرار دادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد ، نافذ است " .

هرچند بنظر برخی از استادان حقوق مدنی، ماده مرقوم از حقوق اروپائی (فرانسه) گرفته شده است و فرهنگ بومی ایران ، اصل حاکمیت اراده اراد در قراردادها نمی‌شناسد^۱ و ظاهراً " به پیروی از این نظریه تفکر ، ماده ۱۰ ق . م . پس از انقلاب اسلامی ایران ، بعضاً "مورد بی‌مهری قرار گرفته و بهای چندانی به آن داده نشده است ، معذک حسب عقیده برخی دیگر ، نمی‌توان ادعا کرد که مفاد این ماده ، در حقوق ما پیشینه تاریخی ندارد و ابداع نویسندگان قانون مدنی و یا ثمره ، تقلید از حقوق اروپائی است .^۲ زیرا فقهای امامیه ، دست کم در بحث شرط ، از همین اصل پیروی می‌کرده‌اند و گروهی وفای به همه عقود را که برخلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد واجب دانسته‌اند^۳ .

پاره‌ای از مولفین حقوق مدنی تا آنجا پیش رفته‌اند که : " در فقه^۴ ، مکتبی وجود دارد که اصل حاکمیت اراده راحتی در خارج از قلمرو عقود بانام و بی‌نام، یعنی به صورت ایقاعات هم پذیرفته آنهم در اعصار بسیار دور که هنوز در اروپا بحث تعهدات یکطرفی مطرح نبوده است و اساساً " بحث تعهدات یکطرفی از حقوق اسلام به آن دیار سفر کرده است .^۵

۱- دکتر سید حسن امامی ، حقوق مدنی ، ج ۱ ، سال ۱۳۳۵ ، ص ۲۶۷

۲- دکتر ناصر کاتوزیان ، منبع یاد شده ، ص ۱۵۱

۳- شیخ مرتضی انصاری ، مکاسب ، ص ۲۶۷- شیخ طبرسی ، مجمع البیان ، ج ۳ ، ص ۱۵۱- فاضل مقداد ، کنز العرفان ، ج ۲ ، ص ۷۱- میبیدی ، کشف الاسرار ، ج ۳ ، ص ۵- مقدس اردبیلی ، آیات الاحکام ، ص ۳- محقق قمی ، جامع الشتات ، ص ۵۳۰- سید محمد کاظم طباطبائی یزدی ، عروق الوثقی ، ج ۲ ، ص ۲۸۸ ، و برای دیدن نظر مخالف ر . ش . به : سید محمد جواد عاملی ، مفتاح الکرامه ، کتاب متاجر ، ج ۴ ، ص ۱۷۴- شیخ محمد حسن نجفی ، جواهر الکلام ، ج ۲۲ ، ص ۲۱۳

۴- الفتاوی الکبری ، ج ۳ ، ص ۴۷۰ ببعده .

۵- دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی ، منبع یاد شده ، ص ۱۲۳ ؛ مولف مذکور ، بنقل از مؤلف جامع الشتات میگوید : " جواز اصل معاوضه دلیل نمی‌خواهد چون اصل ، برائت ذمه و اباحه است . عدم ورود منع ، کافی است در جواز . . . " .

برپایه این مبانی و ملاحظات و با توجه به اوصاف عقد رهن و موضوع و طبیعت آن برخی از اساتید حقوق مدنی چنین اظهار نظر میکنند که ماده ۱۰ ق . م . ر . راه حلی برای وثیقه گذاردن اسناد تجاری بدست می‌دهد . مطابق این نظر ، توثیق اسناد تجاری را نباید رهن اصطلاحی دانست بلکه قراردادی است مشمول ماده ۱۰^۶

نتیجه گیری

۲۱- از آنچه گذشت میتوان چنین نتیجه گرفت که نظرات آن دسته از حقوقدانان کشورما که برخی از اسناد تجاری بمعنی عام را میتوان بعنوان وثیقه پذیرفت ، گامی است بسیار مثبت که با مقتضیات اعمال تجاری سازگاری کامل دارد ولی گره چندانی از مساله توثیق اسناد تجاری بمعنی خاص باز نمی‌کند و مقام منزلتی را که اینگونه اسناد ، از نقطه نظر " مال " بودن دارند ، بوضوح و روشنی به رسمیت نمی‌شناسد . جا دارد تا وقتی که مقررات ایران در این خصوص اصلاح نشده ، رویه قضائی بتواند به استناد ماده ۱۰ ق . م . ر . توثیق اسناد مذکور را بعنوان اموالی که از دیدگاه عرف و تجارت دارای ارزش است و سرمایه نوین جامعه را تشکیل میدهد ، معتبر بشناسد و به تبع آن ، باب ظهر نویسی بعنوان وثیقه را در قلمرو حقوق تجارت نیز باز نماید .

مقررات قانون متحدالشکل ژنوکه در روابط بازرگانی بسیاری از کشورهای جهان ، نفوذ و قابلیت اجرائی دارد ، میتواند از این جهت ، الگوی مناسبی برای طرح اصلاح قانون تجارت کشورما بحساب آید .