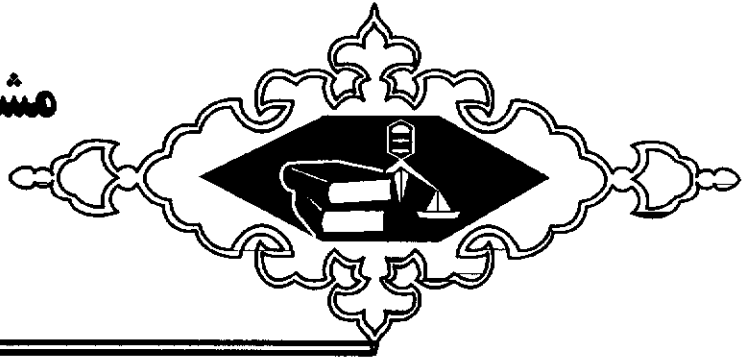


مشکلات حقوقی وثیقه‌گذاران اسناد تجاری



مریم السادات آموزگار - مدرس

«ظهنویسی» پیش‌بینی شده که به اسناد مزبور امکان می‌دهد که به صرف امضا در ظهر (پشت) سند، حقوق مندرج در آن بدون نیاز به سایر تشریفات، به دیگری انتقال یابد.

با تحولات تدریجی و سیر تکامل اسناد تجاری، ظهر نویسی نیز تحولاتی یافت و انواع مختلف را در بر گرفت؛ مثل ظهرنویسی بعنوان وکالت و ظهرنویسی بعنوان وثیقه. توثیق اسناد تجاری با درج عباراتی از قبیل «برای گرو»، «بعنوان وثیقه»، «بابت تضمین» و هر عبارت دیگری که مفید این معنی باشد، صورت می‌پذیرد.

هدف از ظهرنویسی بعنوان وثیقه این است که دارنده اسناد تجاری با اخذ مبلغی از مؤسسات اعتباری (مثل بانکها) بعنوان وام یا اعتبار یا عناوین دیگر، تسهیلات لازم را برای معاملات تجاری خود فراهم آورد.

در ظهرنویسی بعنوان وثیقه، مثل وثیقه‌گذاری اموال مادی (اعم از منقول و غیر منقول)، مالکیت اسناد، تغییری نسبی‌کند، بنابراین دارنده چنین سندی علی‌القاعده تمام حقوق ناشی از

در مبادلات بازرگانی، اسنادی است که معرف طلب یا مالی هستند؛ مثل اسکناس، سهام شرکتهای تجاری، اسناد خزانه، قبوض انبارهای عمومی، بارنامه‌های حمل و نقل، اعتبارنامه‌های بانکی، چک، برات، سفته و غیره که به آنها اسناد تجاری به مفهوم عام می‌گویند. در میان این اسناد، برخی به سبب ویژگیهایی که دارند، اسناد تجاری خاص نام گرفته‌اند که در حقوق ایران عبارتند از: برات، چک و سفته.

اسناد تجاری در مفهوم خاص، طی دوران نسبتاً طولانی، با توجه به نیازهای خاص مبادلات بازرگانی به وجود آمده و هدف آن پیشگیری از مخاطرات احتمالی حمل و نقل پولهای فلزی و کاغذی و لزوم پرداختهای سنگین و امکان نقل و انتقال وجوه از مکانی به مکان دیگر یا از کشوری به کشور دیگر بوده است. قابلیت نقل و انتقال ساده این اسناد، گردش سریع آنها را در روند مبادلات بازرگانی تسهیل می‌کند و وسیله و ابزاری است که نقش و قدرت اجرایی پول را دارد.

برای تسریع و تسهیل گردش این اسناد در حقوق تجارت، نهادی به نام

چکیده:

بازرگانان جهت تحصیل اعتبار یا تضمین حسن انجام کار و تعهدات خویش، اسناد تجاری را نزد بانکها به وثیقه می‌گذارند و بانکها می‌توانند هر زمان که بخواهند وجوه حاصله از اسناد مذکور را جهت پوشش مطالبات خود منظور نمایند؛ از آنجا که در قانون تجارت ایران، ظهرنویسی بعنوان وثیقه نهادن اسناد تجاری پیش‌بینی نشده است، حقوقدانان این مسأله را با توجه به مقررات قانون مدنی و در قالب عقد رهن بررسی کرده‌اند و چون مورد رهن باید «عین» معین و قابل «قبض» باشد، در توجیه عین بودن این اسناد و قبض مال مرهون با اشکال مواجه شده‌اند. در این مقاله، برخوردهای متفاوت حقوقدانان با این ضرورت بازرگانی و راهکارهای پیشنهادی ایشان در حل حقوقی این نهاد مطرح شده است.

کلید واژه‌ها:

رهن، وثیقه، اسناد تجاری، رهن دین

ظهنویسی بااستثنای حق ظهنویسی برای انتقال را دارد و چنانچه دارنده سند، آن را ظهنویسی کند، حکم ظهنویسی بعنوان وکالت را خواهد داشت.^۱

هرچند سابقاً در قلمرو معاملات به اموال مادی (منقول و غیرمنقول) بیشتر بها داده می‌شد، اما با توسعه روزافزون اسناد تجاری بعنوان اموال اعتباری، سرمایه نوینی در جامعه تجلی کرد و وسیله پرداخت، واسطه معاملات، معیار سنجش و ذخیره‌کننده ارزش اشیا و خدمات محسوب شد؛ بگونه‌ای که اکنون در بسیاری کشورها میزان اموال مادی اشخاص، ملاک سرمایه واقعی و منحصر به فرد آنها محسوب نمی‌شود؛ بلکه حجم و نوع اسناد تجاری مثل اوراق بهادار، این نقش را ایفا می‌کند و خاصیت زاینده‌گی آنها در بسیاری موارد، بیشتر از اموال مادی است و از همین رو فکر وثیقه‌گذاری آنها، ماهیت حقوقی و شرایط و احکام آن مطرح شد و مورد بحث قرار گرفت و از قلمرو حقوق داخلی کشورها فراتر رفته در قوانین و مقررات بین‌المللی انعکاس یافت.^۲

در کشور ما نیز قابلیت نقل و انتقال اسناد تجاری از طریق ظهنویسی پذیرفته^۳ و شرایط سهل و ساده‌ای برای آن بیان شده است. ظهنویسی از نظر شکلی، تابع شرایط خاصی نیست و دارنده سند می‌تواند به صرف امضای آن، حقوق خود را به دیگری منتقل کند،^۴ اما از انواع مختلف ظهنویسی موجود، قانون تجارت فقط به دو نوع آن یعنی ظهنویسی بعنوان وکالت و ظهنویسی

برای انتقال، تصریح دارد.^۵

در مورد ظهنویسی بعنوان وثیقه نهادن اسناد تجاری در قانون تجارت ما چیزی پیش بینی نشده است؛ حال آنکه عملاً در روابط تجاری و معاملات و قرار دادهای بانکی از توثیق اسناد تجاری استفاده می‌شود و تاجر غالباً برای تحصیل اعتبار در حساب جاری یا گشایش اعتبارات اسنادی یا تضمین حسن انجام کار و تعهدات تجاری خویش، اسناد تجاری را نزد بانکها به وثیقه می‌گذارند و بانکها حسب قرار داد منعقد با مشتریان خود، می‌توانند هر زمان که بخواهند وجوه حاصله از اسناد مذکور را جهت پوشش مطالبات خود منظور کنند.

عدم وضع مقررات تجاری در این خصوص باعث شده که مسأله توثیق اسناد تجاری با توجه به قانون مدنی و در قالب عقد رهن تحلیل شود. در این راستا با دو مشکل عمده مواجه می‌شویم:

۱- مطابق ماده ۷۷۴ ق. م مورد رهن باید «عین» معین باشد و رهن دین و منفعت باطل می‌باشد؛ پس باید تحلیل کرد که آیا اسناد تجاری «عین» محسوب می‌شود یا دین و اگر معرف دین محسوب می‌شود مشکل دوم را چگونه باید حل کرد؟

۲- طبق ماده ۷۷۲ ق. م قبض مال مرهون، شرط صحت رهن است؛ اما در مکانیسم توثیق اسناد تجاری مثل برات، رهن در واقع چیزی جز سند تجاری (برگه برات) را در تصرف مرتهن قرار نمی‌دهد و محل آن، نزد براتگیر می‌باشد و حتی

ممکن است که محل نیز در اختیار او قرار نگرفته باشد. پس چه توجیهی را می‌توان برای توثیق اسناد تجاری عنوان کرد تا اقدام بانکها به قبول آنها مؤثر تلقی شود. در این راستا، حقوقدانان تلاشهای چشمگیری جهت ارائه راه حل قانونی مسأله داشته‌اند. ابتدا سعی کرده‌اند مقررات مربوط به رهن، خصوصاً در

(۱) بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری، اخلاقی،

مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی

(۲) همان منبع؛ ص ۴ و ۸؛ ماده ۱۹ قانون متحد

الشکل ژنو در مورد ظهنویسی بعنوان وثیقه مقرر

می‌دارد: «در صورتی که ظهنویسی حاوی

عبارت «ارزش برای تضمین» یا «بعنوان وثیقه»

یا هر عبارت دیگری باشد که متضمن به وثیقه

نهادن ژنو در مورد برات می‌تواند کلیه حقوقی

را که از ظهنویسی ناشی می‌شود به مرحله اجرا

درآورد؛ ولی ظهنویسی که از طرف او به عمل

می‌آید فقط بعنوان ظهنویسی بعنوان وکالت،

اعتبار دارد. متعهدین نمی‌توانند در مقابل دارنده

برات به ابراداتی که متکی به روابط شخصی آنها

با ظهنویس است، استناد نمایند مگر آنکه

دارنده برات در موقع دریافت برات، عمدتاً به

ضرر بدهکاران اقدام کرده باشد.»

(۳) ماده ۲۴۵ ق. تجارت: «انتقال برات بوسیله

ظهنویسی به عمل می‌آید.»

(۴) ماده ۲۴۶ ق.ت: «ظهنویسی باید به امضای

ظهنویس برسد. ممکن است در ظهنویسی

تاریخ و اسم کسی را که برات به او انتقال داده

می‌شود، قید کرد.»

(۵) م ۲۴۷ ق.ت: «ظهنویسی حاکی از انتقال

برات است مگر اینکه ظهنویس وکالت در

وصول را قید نموده باشد...»

مورد مفهوم «عین» و «قبض»، را بطور موسع تفسیر می‌کنند تا بگونه‌ای رهن اسناد تجاری (یا لااقل پاره‌ای از آنها) را توجیه کنند و برای مواردی که در این تفاسیر نمی‌گنجد، طرق دیگری جایگزین عقد رهن پیشنهاد کنند تا طرفین بتوانند بدون برخورد با موانع موجود در شرایط عقد رهن، به همان نتیجه عقد رهن برسند. پیش از بررسی این تلاشها، بطور خلاصه به بررسی شرایط تحقق عقد رهن و بررسی اختلاف نظر فقها در این خصوص می‌پردازیم.

عقد رهن و شرایط تحقق آن

الف - مفهوم رهن و اوصاف آن

رهن، عقدی است که بموجب آن، مال مدیون، وثیقه طلب وی قرار می‌گیرد. به بیان ماده ۷۷۱ ق.م. «رهن عقدی است که بموجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.»

بدین ترتیب عقد رهن سبب می‌شود که طلبکار وثیقه عینی بیابد و بر آن «حق عینی تبعی» پیدا کند؛ بدهکار نتواند در آن تصرفی کند که به زیان مرتهن باشد (ماده ۷۹۳ ق.م) و طلبکار نسبت به استیفای حق خود از قیمت مال مرهون بر دیگر طلبکاران رجحان یابد.

بنابراین می‌توان اوصاف عقد رهن را بدینگونه خلاصه کرد:^۱

۱- 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).

وثیقه دادن برای دین آینده در حقوق ایران امکان ندارد و وجود سبب دین - مانند آنچه در ضمان گفته شد - شرط صحت رهن است. از سوی دیگر با پرداخت دین یا سقوط آن به دلایل دیگر حق مرتهن نیز از بین می‌رود؛ زیرا مبنای خود را از دست می‌دهد.

۲- عقد عینی است؛ بموجب ماده ۷۷۲ ق.م. «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد، داده شود؛ ولی استمرار قبض، شرط صحت معامله نیست.» از لحن و ترکیب این ماده برمی‌آید که عقد رهن پیش از تسلیم وثیقه به طلبکار، واقع

ظهر نویسی از

نظر شکلی، تابع شرایط

خاصی نیست و دارنده

سند می‌تواند به

صرف امضای آن، حقوق

خود را به دیگری منتقل

کند، اما از انواع

مختلف ظهر نویسی

موجود، قانون تجارت

فقط به دو نوع آن

یعنی ظهر نویسی بعنوان

وکالت و ظهر نویسی

برای انتقال، تصریح

دارد.

نمی‌شود.

۳- عقد رهن از سوی رهن لازم و از جانب مرتهن جایز است. در ماده ۷۸۷ ق.م. آمده که «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به رهن لازم است؛ بنابراین مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند؛ ولی رهن نمی‌تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود، رهن را مسترد دارد.»

ب - شرایط مورد رهن:

مانند هر قراردادی، در عقد رهن نیز موضوع قرارداد یعنی مورد رهن، باید مالیت داشته، دارای منفعت عقلایی و مشروع باشد. معلوم و معین و قابل نقل و انتقال باشد (ماده ۷۷۳ ق.م). علاوه بر اینها گفته شد که در رهن «قبض مورد رهن» از شرایط وقوع عقد است. پس باید مورد رهن، مالی باشد که بتوان آن را به قبض مرتهن داد؛ بنابراین استنباط می‌شود که:

۱. مورد رهن باید «عین» باشد، نه دین یا منفعت.

۲. مورد رهن باید قابل تسلیم به مرتهن باشد؛ پس رهن مالی که رهن قدرت بر تسلیم آن را ندارد و مرتهن نیز نمی‌تواند آن را در قبض خود درآورد، باطل است.

۳. مورد رهن باید ملک رهن باشد یا او حق رهن‌گذاستن آن را داشته باشد.

از میان شرایط مذکور، آنچه با

(۱) حقوق مدنی، کاتوزیان، عقود معین ۴.

موضوع این مقاله مرتبط است، شرط «عین» بودن مال مرهون و شرط «قابلیت تسلیم» آن است.

۱- لزوم عین بودن مورد رهن:

هنگامی که در عقد رهن گفته می‌شود مورد رهن باید عین باشد، مقصود «عین معین» است (م ۷۷۴ ق.م)؛ زیرا قبض مورد رهن، شرط تحقق رهن است؛ پس باید مورد رهن وجود خارجی داشته باشد تا قابل قبض و اقباض باشد؛ بنابراین مالی که در آینده به وجود می‌آید (منفعت) و عین کلی را که در شمار دیون قرار می‌گیرد، نمی‌توان مورد رهن قرار داد.^۱

چون در ماده ۷۷۴ ق.م چنین آمده که موضوع رهن باید «عین معین» باشد، چنین برداشت می‌شود که اموال غیر مادی مانند حق تألیف و سرقفلی و مطالبات را نمی‌توان مورد رهن قرار داد.

اما در مورد اموال مادی، ارزش آنها را با چه معیاری باید سنجید؟

آیا ضرورتی دارد که ارزش عین به اعتبار جنس یا ماده اصلی آن باشد یا آنچه را هم که دارای ارزش اعتباری یا نماینده مقداری ارزش است، می‌توان به رهن داد؟ برای مثال، آیا وثیقه نهادن اسکناس یا اسناد در وجه حامل یا سهام بی نام شرکتها، بویژه آنها که فروش ارزش مالیشان بطور مسلم امکان دارد، درست است یا باطل؟

این پرسشی است که حقوقدانان پاسخهای متفاوتی به آن داده‌اند و ما به طرح و بررسی آنها خواهیم پرداخت.

۲- تأثیر قبض در عقد رهن:

در فقه امامیه بحث است که آیا قبض

مال مرهون، شرط تحقق و صحت عقد رهن است یا نه؛ در این باره سه نظر داده شده است:

۱- عقد با ایجاب و قبول کامل می‌شود و اجرای مفاد آن، بر رهن لازم می‌گردد و قبض و اقباض مال مرهون هیچ اثری در نفوذ عقد ندارد.

۲- عقد رهن از عقود است که بدون قبض تحقق نمی‌یابد و قبض، شرط صحت آن است؛ زیرا ایجاب و قبول به تنهایی عقد را بوجود نمی‌آورد.

۳- عقد رهن با ایجاب و قبول بوجود می‌آید نه به نحو عقد لازم؛ اما بعد از تحقق قبض و اقباض، عقد بر رهن لازم می‌شود؛ پس قبض، شرط لزوم عقد رهن است؛ نه شرط صحت آن.^۲

قانون مدنی در ماده ۷۷۲ مقرر داشته است که مال مرهون، باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد، داده شود ولی استمرار، شرط صحت معامله نیست.

با توجه به ذیل ماده که استمرار قبض را «شرط صحت» معامله نمی‌داند، می‌توان استنباط کرد که از نظر فقهای پیروی شده که قبض را شرط صحت معامله می‌دانند. هر چند صدر ماده بگونه‌ای است که قبض را فقط در زمره الزامات رهن به انجام مفاد عقد می‌داند. (نظر دسته اول فقها).

این نتیجه‌گیری، مورد انتقاد حقوقدانان قرار گرفته است؛ زیرا برخلاف آنچه ادعا شده، مفهوم «وثیقه گذاشتن» با سپردن و تسلیم کردن مال ملازمه ندارد؛ همانگونه که در رهن املاک، با توقیف ملک و تنظیم

سند رسمی، مال وثیقه از نقل و انتقال مصون می‌ماند و طلبکار اطمینان می‌یابد که در صورت لزوم می‌تواند آن را از طریق اجرای ثبت به فروش برساند؛ پس چه لزومی دارد که مالک بیهوده از انتفاع و تصرف در مال خود محروم بماند یا آن را به مرتهن بدهد و بازپس گیرد؟ هدف از قبض مورد رهن، این است که مرتهن از حبس مورد رهن و امکان دسترسی به آن مطمئن شود (نه اینکه از آن منتفع گردد) و این اطمینان را با توقیف ملک یا الزام رهن به تسلیم مال غیر منقول می‌توان ایجاد کرد. پس چه ضرورتی دارد که قبض از عناصر رهن و شرط وقوع عقد به حساب آید و باعث دشواریهای حقوقی، عملی و اقتصادی فراوان شود؟

از سوی دیگر چون منافع مال مرهون، به رهن تعلق دارد نه مرتهن، جمع بین این

(۱) همان منبع، ص ۵۳۹، ش ۳۵۳

(۲) در جواهر الکلام، قول اول به شیخ طوسی (درخلاف)، ابن ادریس، فاضل، محقق ثانی و شهید ثانی، و قول دوم به شیخ مفید و شیخ طوسی (در قول دیگرش) و طبرسی نسبت داده شده است و بعضی گفته‌اند که معنای رهن، بدون قبض محقق نمی‌شود که این دلیل را صاحب جواهر مردود می‌داند و قول سوم را اختیار مقنعه می‌دانند. به نظر صاحب جواهر نظر اول قویتر است؛ زیرا به استناد آیه «أوفوا بالعقود» و استنباط لزوم معامله از آن، اصل عدم اشتراط قبض در تحقق معنا یا لزوم عقد است: «وإلیه یرجع أصالة عدم اشتراط الرجاءه إلی ظهور الأدلة فی کون العقود هی الأسباب لمداولاتها من غیر حاجة إلی شیء آخر».

آنچه را که مدیون می‌پردازد، خود دین نیست، بلکه مصداقی از آن مفهوم کلی است.

به نظر صاحب جواهر نمی‌توان مسأله

آیا ضرورتی

دارد که ارزش عین به

اعتبار جنس یا ماده

اصلی آن باشد یا آنچه را

هم که دارای ارزش

اعتباری یا نماینده مقداری

ارزش است، می‌توان به

رهن داد؟

شرطیت قبض را مستند و دلیل بطلان رهن دین دانست؛ زیرا:

اولاً: مقتضای چنین دلیلی آن است که اگر قبض را در تحقق رهن شرط بدانیم، رهن دین صحیح است؛ حال آنکه فقهای که قائل به شرطیت قبض هم نشده‌اند (مانند علامه حلی در قواعد) باز رهن دین را صحیح ندانسته‌اند.

ثانیاً: اگر قبض را شرط لزوم عقد رهن بدانیم نه شرط صحت آن، رهن دین صحیح است. نهایتاً می‌توان گفت تا قبض دین صورت نگیرد، بصورت لازم در

کرده‌اند و نسبت به آن، ادعای شهرت نیز شده و در قانون مدنی ما انعکاس یافته است؛ حال آنکه مسأله در میان فقها، مورد اختلاف بوده، بسیاری از محققان، آن را نپذیرفته‌اند.

دلیل بطلان رهن ممکن است یکی از امور ذیل باشد:^۲

۱- آیه مربوط به رهن را منصرف به عین بدانیم چون در آیه آمده «فرهان مقبوضه» و ظاهراً این عین معین است که قابلیت قبض و اقباض را دارد.

۲- اجماعی که در سرائر و غنیه بر بطلان رهن دین ادعا شده است؛ که اگر واقعاً چنین اجماعی احراز شود، سه دلیل کافی است.^۳

۳- ادله مربوط به رهن، در عین بودن مورد رهن، ظهور دارد؛ ولو این ظهور با کمک شهرت در اعتبار عین بودن رهن تقویت شود.

۴- اصل عملی، بدین معنا که شک داریم آیا برخلاف ظاهر ادله، رهن دین هم صحیح است یا نه، اصل عدم صحت است.

دلایل مزبور هر چند قابل خدشه است، می‌تواند بعنوان مستند قائلان به بطلان رهن دین ارائه شود؛ اما غیر از دلایل فوق، دلایل دیگری نیز مطرح شده که به علت پیامدهای فاسدی که دارد، اصول قابل قبولی نمی‌باشد و نمی‌تواند مستند این ادعا قرار گیرد.^۴

۵- یکی از شرایط معتبر در رهن، «قبض مورد رهن» است؛ در صورتی که «دین» امر کلی است که در خارج وجود ندارد، یعنی نمی‌توان آن را به قبض داد و

امر و تسلیم مال به مرتهن دشوار و گاه غیر ممکن است. چگونه می‌توان تصور کرد که عین خانه یا اتومبیلی در اختیار مرتهن باشد، اما راهن بتواند از منافع اموال خویش بهره ببرد.

این اشکالها را معتقدان به شرطیت قبض نیز دریافته‌اند و از همین رو ادامه قبض از سوی مرتهن را ضروری نمی‌دانند و می‌گویند کافی است عین مرهون لحظه‌ای به مرتهن تسلیم شود و دوباره در اختیار راهن قرار گیرد. از نظر عرفی نیز چون بیهودگی این امر ثابت شده است، مرتهن در سندها بطور صوری اقرار می‌کند که مال را قبض کرده و به رضای خویش به راهن باز می‌گرداند؛ لذا رویه قضایی نباید درباره مفهوم قبض سختگیری کند و چنین امر غیر لازمی را بر اشخاص تحمیل کند؛ بلکه باید استیلائی عرفی بر مورد رهن را در تحقق عقد، کافی بداند و بدینگونه ماده ۷۷۲ را تعدیل کند.

پس در تعریف قبض مورد رهن باید گفت: «در هر جا که عین مرهون بگونه‌ای در اختیار مرتهن قرار گیرد که در ید عرف استیلائی معنوی او بر توقیف و فروش آن تأمین شود، قبض تحقق یافته است؛ هر چند که تسلیم مادی نیز انجام نشده باشد.» (م ۳۶۸ ق.م)^۱

رهن دین و اختلاف نظر فقها در آن

با توجه به اینکه مورد رهن باید «عین معین» باشد، نتیجه گرفته می‌شود که رهن دین یا منفعت، باطل است. این نتیجه‌ای است که بعضی فقها از این شرط استنباط

(۱) حقوق مدنی، دکتر کاتوزیان، ص ۵۰۸-۵۱۰.

ش ۳۲۸

(۲) الفقه، شیرازی، ج ۴۹ (کتاب الرهن)

(۳) البسته این اجماع، بصورت اجماع محکی است و اجماع محکی حجت نمی‌باشد.

(۴) جواهر الکلام، نجفی، ج ۲۵، ص ۱۱۶-۱۱۷.

نمی‌آید. اما صاحب غنیه با اینکه قبض را شرط لزوم عقد رهن می‌داند، رهن دین را منع کرده است.

ثالثاً: مفهوم قبض در رهن همان است که در بیع صرف و هبه شرط شده و شکی نیست که با تعیین مدیون، قبض دین محقق می‌شود و به آنچه ادا می‌گردد، «دین» اطلاق می‌شود؛ هرچند که فردی از افراد کلی باشد.

رابعاً: اگر دینی که به رهن گذاشته می‌شود، برعهده خود مرتهن باشد، دیگر این دلیل کاربردی ندارد، چون دین در قبض مرتهن قرار دارد؛ پس باید رهن دین در چنین فرضی صحیح باشد؛ با اینکه قائلان به بطلان رهن دین بین این فرض و غیره تفاوتی نمی‌گذارند.

۶- عده‌ای گفته‌اند دلیل وجودی رهن آن است که به استیفای ما فی الذمه، اطمینان نیست؛ لذا برای اطمینان خاطر از وصول طلبش، برای ادای دین، وثیقه می‌خواهد. حال چطور ممکن است دین دیگری را بعنوان وثیقه دین اول قبول کرد. به نظر صاحب جواهر، این دلیل هم بطلان رهن دین را بطور کلی ثابت نمی‌کند؛ زیرا:

اولاً: در جایی که دین قبض شود و در اختیار مرتهن قرار گیرد، این دلیل کاربرد ندارد، خصوصاً در حالتی که دین به عهده خود مرتهن باشد.

ثانیاً: مردم از حیث خوش حسابی و وضعیت و اعتبار مالی یکسان نیستند؛ چه بسا دیون بعضی افراد حتمی الوصول تلقی شود و بتوان آن را بعنوان وثیقه پذیرفت، اما در مورد بعضی دیگر امیدی

به بازپرداخت دین نباشد.

۷- در ریاض و برخی کتب، دلیل دیگری بر رابطه بین بطلان رهن دین و قبض آورده شده است؛ بدین بیان که در رهن دین، شک داریم آیا مفهوم قبضی که وجودش در تحقق رهن شرط است، بوجود آمده باشد؛ زیرا ظاهر نصوص وارده حاکی از آن است که آنچه به قبض داده می‌شود، باید خود رهنی باشد که موضوع عقد قرار گرفته نه فردی از افراد آن؛ ولو اینکه قبض عرفی به آن اطلاق شود؛ چون قبضی که از ادله به ذهن متبادر می‌شود، ملازمه‌ای با قبض عرفی رهن ندارد.

عده‌ای از قائلان پیشتر رفته، گفته‌اند در مورد دین، قبض عرفی هم در بعضی موارد وجود ندارد؛ مثل موردی که دین در ملکیت دائن باقی مانده باشد، هرچند وقتی دین به خود مدیون منتقل شده باشد، حکم مقبوض را دارد. اما در چنین فرض هم اطلاقات قبض در نصوص منصرف به قبض حسی است؛ بنابراین تعجیبی ندارد که حتی کسانی که قبض را شرط تحقق عقد رهن نمی‌دانند، رهن دین را مجاز ندانند، چون در مورد «دین»، قبض حسی آن امکان ندارد.

به نظر صاحب جواهر این استدلالها هم ضعیف است چون تماماً مبتنی بر ادعاهایی است که دلیلی بر اثباتشان ارائه نشده است، بلکه می‌توان دلایلی بر خلاف آنها ارائه داد. چون همانگونه که ذکر شد، مسأله قبض در رهن، تفاوتی با سایر عقود که قبض در آنها شرط شده ندارد. از سوی دیگر، رهن مال مشاع نیز به

رهن کلی برمی‌گردد، ولی صحیح تلقی شده است؛ چون به بیان سابق در این موارد هم وثوق و اطمینان خاطر برای مرتهن ایجاد می‌شود.^۱

صاحب جواهر در نهایت به این نتیجه می‌رسد که باید بدون شک قائل به صحت رهن دین شد، همانگونه که در کتاب دروس شهید اول این احتمال بیان شده است؛ با اینکه شهید اول قبض را شرط صحت رهن می‌داند؛ بنابراین پذیرش مسأله در صورتی که قبض را تنها شرط لزوم عقد بدانیم، روشنتر است چه رسد به اینکه اصلاً قبض را در تحقق یا لزوم عقد رهن، شرط ندانیم (نظر صاحب جواهر).

بهر حال شهرت علمی قائلان به بطلان رهن دین و استدلالهایشان، نویسندگان قانون مدنی را قانع ساخته است که رهن دین را باطل بدانند و اعلام

۱) جواهرالکلام، نجفی، ص ۱۱۸: «فلا ريب في كون المتجه الصحة كما احتمله في الدروس بناء على اشتراط القبض في الصحة، فضلاً عن اللزوم و فضلاً عن المختار من عدم الشرطية اصلاً بل كون الرهن مما يقبض لو سلمنا اشتراطه متحقق كما عرفت و لعله لذا احتمله في الدروس و في الروضة الصحة كهيئة ما في الذم، بل جزم به في المسالك و المحكى عن مجمع البرهان».

از فقهای معاصر نیز آیت الله شیرازی در کتاب الرهن می‌فرماید: «حيث لا اجماع قطعي لقرب احتمال الاستناد و رهن المنفعة عقلاني نحصول الاستيناف و لادليل على ان الشارع استثنى المنفعة كان مقتضى الصناعة الصحة (في رهن الدين)» (الفقه، ج ۴۹، ص ۳۳).

آیا ضرورتی

دارد که ارزش عین به

اعتبار جنس یا ماده

اصلی آن باشد یا آنچه را

هم که دارای ارزش

اعتباری یا نماینده مقداری

ارزش است، می توان به

رهن داد؟

دارند که «مال مرهون عین معین باشد...» (م ۷۷۴ ق.م) در حالی که هم جامعه کنونی نیاز به رهن اعیان کلی و دیون دارد و هم مبنای استدلال مربوط به بطلان رهن بشدت مورد انتقاد است.

موضع حقوقدانان در مورد رهن دین

تحلیل مسأله در قالب عقد رهن:

بعضی از حقوقدانان هرچند «عین معین» بودن را در مورد رهن، لازم می دانند، مال را به دو دسته «اصالی» و «آلی» تقسیم می کنند و معتقدند لازم نیست که مورد رهن از مصادیق مال اصلی باشد و می توان مال آلی را نیز به رهن گذاشت.^۱

توضیح آنکه به نظر ایشان «مال اصلی»، مالی است که ذاتاً ارزش دارد، مانند اغذیه، البسه، فرش، خانه، زمین و زر و سیم. و «مال آلی» مالی است که ذاتاً مالیت ندارد، بلکه نماینده مالی است. مثل اسکناس که لاقلاً در نظر بعضی به اعتبار اینکه معرف پشتوانه و ارزش مقدار سیم و زر است، مالیت دارد.

اسناد خزانه نیز مال آلی و حاکی از استحقاق دارنده آن به دریافت مقداری پول رایج است. همچنین است سهام شرکتهای سهامی، اوراق قرض و تمبر. به نظر این مولفان، بطور کلی نمی توان گفت این اموال قابل رهن گذاشتن نیست. چون تعریف «عین معین» بر این اشیاء صدق می کند؛ بخصوص تمبر پست که مانند یک کالا قابل خرید و فروش است. اسناد خزانه نیز بموجب ماده ۱۰ قانون انتشار اسناد خزانه (۱۳۴۰) قابل خرید و فروش می باشند.

ولی وجه نقد را نمی توان رهن داد و اصطلاحاً عین معین در حقوق مدنی بر غیر وجه نقد اطلاق می شود.

این حقوقدانان با تعبیری که از عین معین می کنند، مفهوم آن را بگونه ای توسعه می دهند که شامل لاقلاً برخی از اسناد تجاری بشود. علاوه بر این، در لزوم شرطیت قبض در تحقق عقد رهن نیز تشکیک می کنند و معتقدند که قبض مال مرهون، شرط صحت رهن نمی باشد زیرا: از یک طرف اعمالی که بین متعاقدان عقد رهن پیش از قبض و اقباض صورت گرفته، باطل و خلاق قانون نیست؛ چه اگر باطل باشد، اقباض مال رهن نمی تواند امر باطل را صحیح گرداند؛ پس منظور از «صحت» در ماده ۷۷۲ «فعلیت تأثیر» عقد رهن است؛ یعنی عقد رهن ذاتاً صحیح است، ولی آثار قانونی آن موقعی ظاهر می شود که اقباض هم محقق شود.

از طرف دیگر پس از عقد رهن و پیش از تحویل عین مرهون، راهن تعهد به اقباض ندارد و در واقع عقد رهن در این

مرحله، از دو طرف جایز است؛ مگر اینکه عقد رهن ضمن عقد لازمه، شرط شده باشد؛^۲ بنابراین قبض، «شرط لزوم» عقد رهن تلقی می شود.

برپایه این استدلالها، پیشنهاد کرده اند که در قانون مدنی، اصلاحاتی راجع به قبض رهن و عین بودن مورد رهن صورت پذیرد.

برخی دیگر از اساتید حقوق مدنی با اذعان به نیاز جامعه کنونی به رهن اعیان کلی و دیون، وثیقه قرار دادن اسناد تجاری را - که وسیله تسهیل بازرگانی داخلی و بین المللی است و از نظر اقتصادی و اخلاقی نیز هیچ زیانی ندارد و امروزه در عملیات بانکی و بازرگانی مرسوم است - حسب مورد، جایز شمرده اند و این ادعا را که دین نمی تواند وثیقه دین دیگر قرار گیرد، قابل قبول ندانسته اند.^۳

بر مبنای این نظر، وثیقه نهادن اسناد در وجه حامل یا سهام بی نام شرکتهای - بویژه آنها که فروش ارزش مالیشان بطور مسلم امکان دارد - درست است؛ زیرا در دید عرف، ارزش موضوع آنها چنان با عین سند مخلوط شده که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال آنهاست؛ پس هیچ مانعی ندارد که عین این اسناد مورد رهن قرار گیرد، همچنانکه

۱) حقوق مدنی (رهن - صلح)، جعفری لنگرودی، ص ۱۰-۱۱

۲) حقوق مدنی (رهن - صلح)، جعفری لنگرودی، ص ۱۱-۱۴

۳) حقوق مدنی (عقد معین ۴)، کاتوزیان، ش

موضوع بیع نیز واقع می‌شود.

برعکس سهام و اوراق با نام در حکم سند طلب است و ارزش محتوای آن در زمره اموال غیر مادی است و رهن آنها با توجه به لزوم عین بودن وثیقه، درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در نظر عرف بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد.

استدلال ایشان در مورد رهن دین که وثیقه‌گذاری برخی اسناد تجاری را نیز شامل می‌شود، بر چند پایه استوار است: اولاً، رهن دین منافاتی با هدف عقد رهن (ایجاد وثیقه) ندارد؛ چون اشخاص از حیث اعتبار و توانایی مالی و صداقت یکسان نیستند و چه بسا دیونی که اعتماد به پرداخت آن از وثیقه عینی بیشتر است. وانگهی هر اندازه که احتمال وصول نشدن طلب قوی باشد، باز هم بعنوان وثیقه بر درجه اعتبار طلبکار می‌افزاید و مدیون چنین وثیقه‌ای در حکم ضامنی است که ذمه او به تعهد مدیون اصلی ضمیمه شده است.

ثانیاً، اشکال مربوط به قبض مال کلی نیز بدان وارد نیست؛ زیرا قبض، عقد رهن را کامل می‌کند، ولی پیش از قبض نیز ترازی طرفین در حدود طبیعت و ویژه خود آثاری دارد؛ پس هیچ لزومی ندارد که قبض مورد رهن بیدرنگ انجام پذیرد (مواد ۵۹ و ۶۰ ق.م.)^۱

مدیون باید 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، موجود نیست تا بطور حسی به قبض داده شود، ولی این را باید دانست که

در داد و ستدها نیز موجودهای ذهنی مورد معامله قرار نمی‌گیرد، بلکه نظر به مصادیق خارجی آنهاست و مفهوم کلی تنها بعنوان نشانه و معیار تعیین آن مصداقها به کار می‌رود.

ثالثاً، موارد نقض این ایراد در قانون مدنی به اندازه‌ای است که بی اعتباری آن را در رهن ثابت می‌کند؛ برای نمونه اگر قبض دین امکان ندارد، چرا هبه که از عقد عینی است و قبض، شرط صحت آن است (ماده ۷۹۸ ق.م.)^۲ مخصوص عین معین نشده و قانونگذار بطور اطلاق کلمه «مال» را در تعریف آن به کار برده است؟ چرا در بیع که قدرت بر تسلیم مبیع، شرط صحت آن است، بیع کلی جایز شمرده شده است (ماده ۳۵۰ ق.م.)^۳؟

رابعاً، هدف از قبض در معاملات، استیلائی عرفی بر مورد آن و در مورد رهن، محفوظ ماندن وثیقه برای فروش احتمالی از سوی مرتهن است.

این مفهوم با تسلیم سند طلب و توقیف آن نزد بدهکار، تحقق می‌پذیرد و نیازی به قبض مصداق کلی ندارد. وانگهی اگر مورد وثیقه، دینی برعهده خود مرتهن باشد، آیا باز می‌توان در قبض چنین وثیقه‌ای تردید کرد؟^۴

برپایه استدلالات مذکور، به نظر این حقوقدانان ماده ۷۷۴ ق.م برای انجام و تسهیل پاره‌ای از اعمال تجاری، مزاحمت فراهم آورده است و باید اصلاح شود.

باقی ماندن پاره‌ای از مشکلات

نظریات اساتید سابق الذکر حقوق مدنی کشور ما، گامی است ارزنده در

جهت تحقق توثیق اسناد تجاری به معنی عام؛ و با ماهیت حقوقی اینگونه اسناد نیز، کاملاً سازگار است؛ ولی پاره‌ای از مشکلات را حل نشده باقی می‌گذارد، زیرا:

الف - وضع و موقعیت اسناد تجاری به معنی خاص (برات، چک، سفته) را با اوصاف و ویژگیهای آن، چندان مد نظر ندارد و توثیق اسناد در وجه حامل یا سهام بی نام شرکتها را درست می‌داند اما سهام و اوراق تجاری با نام را در زمره اموال غیر مادی به حساب آورده با توجه به لزوم عین بودن وثیقه، رهن آنها را درست تلقی نمی‌کند؛ حال آنکه امروزه اسناد تجاری مثل اوراق بهادار (سهام

۱) مواد استنادی مربوط به یکی از عقود است که هرچند صراحتاً بیان شده که قبض، شرط تحقق آن است، اما فوریت قبض را برای تحقق مفهوم آن لازم نمی‌داند و از ملاک آن می‌توان در عقد رهن نیز، که یک عقد عینی تلقی شده، استفاده کرد: م ۵۹. «اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد، وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به «قبض» داد، وقف تحقق پیدا می‌کند.» م ۶۰. «در قبض، فوریت شرط نیست، بلکه مادامی که واقف از وقف رجوع نکرده است، هر وقت به قبض بدهد، وقف تمام می‌شود.»

۲) ماده ۷۹۸ «هبه واقع نمی‌شود مگر با قبول و «قبض مهب» ...»

۳) ماده ۳۵۰. «مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین بطور کلی از اشیاء متساوی الاجزاء همچنین ممکن است کلی فی‌الذمه باشد.»

۴) حقوق مدنی (عقود معین ۴)، کاتوزیان،

شرکتها اعم از با نام و بی نام و اوراق قرضه، اسناد خزانه و قبوض انبارهای عمومی (مثل قبض رسید و برگ وثیقه)^۱ در تمامی کشورهایی که بورس اوراق بهادار در آنها وجود دارد، داد و ستد می‌شود. در آنجا بحثی پیرامون ارزش مالی مسلم اینگونه اسناد وجود ندارد؛ ارزش و خاصیت زایندهگی مالی آنها بمراتب بیشتر از سایر اموال مادی، اعم از منقول و غیر منقول و حتی پول کاغذی است و تردیدهای موجود در امکان توثیق آنها کلاً مرتفع شده است، بلکه بحثهای مربوط به توثیق اسناد تجاری خاص نیز در آنها حل شده است؛ زیرا جای تردید نیست که اسناد تجاری با نام که با قید «به حواله کرد» به صرف ظهر نویسی به دیگری انتقال می‌یابد، در هر ظهر نویسی به ارزش و اعتبارشان افزوده می‌شود؛ چون به متعهدان پرداخت وجه سند افزوده می‌شود و امکان مراجعه دارنده سند را جهت دریافت وجه آن افزایش می‌دهد.

ب - آنچه هنوز مورد تردید مانده، ماهیت حقوقی اسناد تجاری، از نقطه نظر تقسیم بندی کلی اموال است. شکی نیست که اسناد تجاری در زمره اموال منقول غیر مادی است؛ ارزش مالی آنها نه تنها کمتر از ارزش اموال مادی منقول به شیوه‌های سنتی نیست، بلکه بمراتب از آنها بیشتر است. این ارزش چنان با عین سند در آمیخته که انتقال، قبض و اقباض آنها به منزله انتقال و قبض ارزش مندرج در آنهاست و در واقع «سرمایه‌های نوین» جامعه را تشکیل می‌دهد.

چنانچه امر دایر گردد، در قلمرو حقوق مدنی و به تبع آن در حقوق تجارت، به پیروی از تقسیم‌بندی کلاسیک اموال و اقوال مشهور فقها بویژه در رهن که در زمان تصویب مقررات آن، اینگونه اموال مادی و غیر مادی رواجی نداشته، همچنان بر لزوم عین بودن وثیقه توجه شود، مشکل وثیقه‌گذاری اسناد تجاری بمعنی خاص، همچنان لاینحل خواهد ماند و این سؤال که آیا آنچه را دارای ارزش اعتباری یا نماینده مقداری ارزش است می‌توان به رهن داد، تماماً پاسخ داده نخواهد شد.^۲

با توجه به اشکالات مزبور، در تلاش برای رفع مشکلات توثیق اسناد تجاری در وضع کنونی قوانین ما، حقوق‌دانان راههای عملی دیگری در قالبی غیر از عقد رهن ارائه داده‌اند.

وثیقه دین به طرق غیر مستقیم

۱- معامله با حق استرداد:

از آنجا که در معاملات شرطی که معمولاً بصورت بیع یا صلح انجام می‌شود، قبض، شرط صحت نیست، می‌توان از نهاد «معامله با حق استرداد» به جای رهن یا وثیقه استفاده کرد. نتیجه اینگونه معاملات که دیگر ویژه املاک نیست و طبق ماده ۳۴ قانون ثبت در اموال منقول نیز اجرا می‌شود، با رهن شباهت کامل دارد.^۳

در این معامله، خریدار شرطی که در واقع همان طلبکار است، مال مورد انتقال را در هیچ شرایطی بموجب عقد تملک نمی‌کند و تنها می‌تواند با رجوع به اداره

ثبت یا دادگاه، تقاضای فروش مورد معامله و وصول طلب خود را بکند (ماده ۳۴ ق. ثبت). پس طلبکاری که مایل به وثیقه‌گذارن طلب خویش است، می‌تواند آن را بطور شرطی و با حق استرداد به وثیقه‌گیرنده (مرتین) انتقال دهد و از بابت آن تحصیل وام نماید. در نتیجه، هرگاه مبلغی را که به وام گرفته

(۱) تصویب نامه مربوط به تأسیس انبارهای عمومی (شهریور ۱۳۴۰)، ماده ۶: «قبض رسید و برگ وثیقه انبارهای عمومی را می‌توان نوأم با جداگانه، از طریق ظهنویسی منتقل نمود. در صورت ظهر نویسی برگ وثیقه، کالای مربوط به آن، درگرو شخصی است که ظهر نویسی به نفع او شده و در صورت ظهنویسی قبض رسید، مالکیت کالا به انتقال‌گیرنده منتقل خواهد شد.» به نظر برخی حقوق‌دانان چون ماده مزبور تصریحی به عدم لزوم قبض و اقباض اسناد یاد شده دارد، باید آن را مخصوص ماده ۷۷۲ ق.م دانست.

(۲) «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، ص ۱۷-۱۹
 (۳) ماده ۳۴ قانون ثبت: «در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به اموال «غیر منقول» در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست کند... در مورد اموال «منقول» اعم از اینکه اجرائیه نسبت به تمام یا مابقی طلب صادر شده باشد هرگاه بدهکار ظرف چهار ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه، نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید، مال مورد معامله وسیله اجرای ثبت به حراج گذاشته می‌شود...»

است، نپردازد، خریدار شرطی (وام دهنده) حق دارد از محل طلب مورد وثیقه، پول خود را وصول کند.^۱ بعضی از اساتید حقوق تجارت به این نظر استناد وارد کرده‌اند، بدین بیان که:

ظهر نویسی بصورت معامله با حق استرداد، یکی از انواع ظهرنویسی مشروط است؛ چه در آن، شرط می‌شود که دارنده فقط در صورتی که ظهر نویس به تعهد خود بموجب معامله اصلی عمل نکند، حق وصول برات را خواهد داشت. این انتقال مشروط برات گرچه از نظر اصول حقوقی صحیح است، عملاً ایجاد مشکل می‌کند و بسیار بعید است که دست‌اندرکاران معاملات تجاری (بانکها) آن را بپذیرند؛ براتی که بطور مشروط ظهرنویسی شده و وصول آن منوط به عدم اجرای تعهد اصلی باشد، مورد قبول کسی قرار نمی‌گیرد؛ زیرا در آن صورت، مراجعه «دارنده شرطی» به متعهد برات، فقط در صورتی میسر است که دارنده برات ثابت کند ظهر نویس به تعهد خود در معامله اصلی عمل نکرده است. و این با طبیعت برات که مستضمن یک تعهد مستقل است، سازگار نیست.

در مورد براتی که به وثیقه گذاشته شده، لا اقل ظهرنویسی مجدد بعنوان وکالت، پذیرفته شده است؛ اما در مورد براتی که وصول آن موکول به عدم اجرای تعهد اصلی است، چنین ظهرنویسی میسر نیست؛ برای اینکه دارنده برات (دارنده شرطی) حتی با تحقق شرط (عدم اجرای تعهد از ناحیه ظهرنویس) مالک برات

نمی‌شود تا بتواند آن را مجدداً ظهرنویسی کند، حتی به عنوان دخالت؛ بلکه فقط می‌تواند از حاصل نقدکردن آن، طلب خود را به موجب معامله اصلی دریافت کند.^۲

۲- ضمانت در پرداخت:

بدهکاری که طلب از او باید مورد وثیقه قرار گیرد، می‌تواند ضامن وام‌گیرنده تلقی شود؛ مثلاً تاجری که اسناد خود را بعنوان وثیقه واگذار می‌کند، ضامن پرداخت آنها شود، با این شرط که وام دهنده در صورتی به او رجوع کند که مدیون، دین خود را نپردازد و ضمانت باعث انتقال دین نشود. همچنین با این شرط که دین از محل آن مال کلی پرداخته شود؛ زیرا در این صورت، ضامن باید مصداق تعیین شده دین را همچون وثیقه در نزد خود نگه دارد تا در صورت لزوم مورد استفاده طلبکار قرار گیرد.^۳

۳- وکالت در تملک:

بدهکار می‌تواند به بستانکار وکالت دهد تا طلب او را وصول کند و هرچه را به دست آورد، نزد خود بعنوان وثیقه نگاه دارد یا بابت طلب، تملک کند.^۴

۴- انتقال صوری:

جهت احتراز از بروز پاره‌ای مشکلات ناشی از روابط حقوقی فیما بین در راه حل‌های مذکور، بانکها غالباً وقتی اسناد بازرگانی را به وثیقه می‌پذیرند، عنوان رهن یا وثیقه به آن نمی‌دهند و در واقع سند تجاری از طریق ظهرنویسی ساده که علی‌القاعده حاکی از انتقال است، به

بانک واگذار می‌شود (مثل قرار داد خرید دین). در این صورت، ورشکستگی ظهرنویس تأثیری در حقوق وثیقه‌گیرنده نخواهد داشت؛ چون مالکیت سند عملاً به بانک انتقال یافته است.

هرچند این راه حل بعنوان یک حيله قانونی مشکلات موجود را مرتفع می‌سازد، در واقع مغایر با قصد و رضای طرفین و حقیقت موجود است. بانک باید به نحوی این حقیقت را در دفاتر خود منعکس کند؛ مثلاً قید کند که هرگاه وجوه حاصله از این نوع وثیقه، کفاف بانک را نمود، مازاد آن را به حساب مشتری خود واریز کند؛ نه اینکه چون ظاهراً مالک سند تلقی می‌شود، بتواند تمام وجوه حاصل از آن، حتی مازاد بر طلب خویش را تملک کند.

لذا رویه معمول بر این است که بانکها در ظهر نویسی بعنوان وثیقه، قرار داد خاصی را با واگذارنده اسناد منعقد می‌سازند؛ در این قرارداد، مشتری به بانک اختیار تام و تمام می‌دهد که پس از وصول وجوه ناشی از اسناد تجاری مورد وثیقه، بدو طلب خود را برداشت و باقیمانده را به حساب مشتری منظور کند.^۵

برخی این راه حل را، قراردادی از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب

(۱) حقوق مدنی، کاتوزیان، ص ۵۴۶

(۲) حقوق تجارت تطبیقی، ربیعا اسکینی، ص ۱۰۷

(۳) حقوق مدنی، کاتوزیان، ص ۵۴۷، ش ۳۵۶

(۴) همان منبع

(۵) بحثی پیرامون توفیق اسناد تجاری، اخلاقی،

ص ۲۱؛ حقوق تجارت تطبیقی، اسکینی، ص ۱۰۸

کرده، آن را در این حد معتبر می‌دانند و بر این عقیده‌اند که هرگاه دارنده اصلی اسناد تجاری ورشکسته شود، استفاده و وثیقه گیرنده به عنوان مرتهن دارای حق تقدم، موجبی نخواهد داشت.^۱

۵. وثیقه قراردادی

عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که می‌توان با استفاده از اصل مطروحه در ماده ۱۰ قانون مدنی، قرار داد راجع به تسوئق اسناد تجاری را از مصادیق قراردادهای ماده ۱۰ قانون مدنی تلقی کرد نه رهن اصطلاحی. بدین بیان که:

به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

به نظر برخی اساتید حقوق مدنی، ماده مزبور از حقوق فرانسه برگرفته شده و فرهنگ بومی ایران، اصل حاکمیت اراده در قرار دادهای را نمی‌شناسد و ظاهراً به پیروی از این نظر و طرز فکر، ماده ۱۰ ق.م. در سالهای اخیر مورد بی‌مهری قرار گرفته و بهای چندانی به آن داده نشده است؛ اما به عقیده برخی دیگر از حقوق‌دانان، این ادعا که مفاد ماده ۱۰ در حقوق ما پیشینه تاریخی ندارد و ابداع نویسندگان قانون مدنی و یا ثمره تقلید از حقوق اروپایی است، درست نمی‌باشد؛ زیرا فقهای امامیه، دست کم در بحث شرط، از همین اصل پیروی می‌کرده‌اند و گروهی وفای به همه عقود را که بر خلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد،

واجب دانسته‌اند.^۲

حتی ادعا شده که در فقه، مکتبی وجود دارد که اصل حاکمیت اراده را حتی در خارج از قلمرو عقود با نام و بی نام یعنی بصورت ایقاعات هم پذیرفته است، آن هم در زمانی که هنوز در اروپا بحث تعهدات یکجانبه مطرح نبود. اساساً بحث تعهدات یکطرفی از حقوق اسلام به آن دیار کشیده شده است.^۳

مسئله قبض در

رهن، تفاوتی با سایر

عقودی که قبض در

آنها شرط شده ندارد.

از سوی دیگر، رهن

مال مشاع نیز به رهن کلی

برمی‌گردد، ولی صحیح

تلقی شده است؛ چون

به بیان سابق در این موارد

هم وثوق و اطمینان خاطر

برای مرتهن ایجاد

می‌شود.

بر پایه این مبانی و ملاحظات و با توجه به اوصاف عقد رهن، برخی از حقوق‌دانان چنین نظر داده‌اند که می‌توان تسوئق اسناد تجاری را در قالب قراردادی بر طبق ماده ۱۰ ق.م. انجام داد، نه در قالب رهن اصطلاحی.^۴ این نظر با انتقاد مواجه شده است؛ زیرا ماده ۱۰ در صورتی قابل اعمال است که در خصوص قراردادی، مقررات قانونی مخالف وجود نداشته

باشد. در مورد توثیق اموال، ماده ۷۷۴ ق.م. رهن هر چیزی را که عین معین نباشد، باطل اعلام کرده است.^۵ علاوه بر این، با اعلام این نکته که مال مرهون باید به قبض مرتهن داده شود، راه هرگونه تخطی از ماده ۷۷۴ را بسته است.^۶

هرچند بعضی نویسندگان گفته‌اند که

(۱) مقدمه بر اسناد بازرگانی (جزوه)، نصیری،

ص ۲۳-۲۴

(۲) قواعد عمومی قراردادهای کاتوزیان، ج ۱، ش ۸۵. آیه اول سوره مائده چنین بیان می‌کند: «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود». به نظر بسیاری فقها و مفسران، این آیه ناظر به هر عقدی است که با شرع و اخلاق مخالف نباشد و امرزشتی را مباح نگرداند و اختصاص به عقود معین ندارد.

(۳) دوره حقوق مدنی (تعهدات)، جعفری لنگرودی، ج ۱، ص ۱۲۳. ایشان به نقل از مؤلف جامع‌الشتات می‌گویند: «جواز اصل معاوضه دلیل نمی‌خواهد چون اصل، برائت ذمه و اباحه است و عدم ورود منع کافی است در جواز».

(۴) حقوق مدنی، صفایی، ج ۲، ص ۴۴۲

(۵) می‌دانیم که قانون امری یکی از عوامل محدود کننده آزادی اراده افراد در انعقاد قراردادهاست و برای تشخیص امری بودن یک قاعده، راههای متفاوتی وجود دارد. آنچه به طریق استقراء، در مواد قانون مدنی استنباط می‌شود، این است که غالب احکامی که بمنظور بیان شرایط وقوع و نفوذ عقد وضع شده، امری است. قواعد مربوط به موضوع معامله نیز بطور معمول بر اصولی اتکا دارد که تخلف آن نظم حقوقی مواد را بر هم می‌زند.

(۶) حقوق تجارت تطبیقی، اسکینی، ص ۱۰۶

۱) ظهنویسی و مقررات آن، نهرانی، فصلنامه حق، دفتر چهارم، ص ۱۰۴-۱۰۵
 ۲) حقوق تجارت تطبیقی، اسکینی، ص ۱۰۷
 ۳) ماده ۱۱۴: «مدیران باید تعداد سهامی را که اساتمامه شرکت مقرر کرده است دارا باشند. این سهام برای تضمین خساراتی است که ممکن است از تعقیدات مدیران، بر شرکت وارد شود. سهام مذکور با نام برده و قابل انتقال نیست و مادام که مدیری مفاصا حساب دوره تصدی خود در شرکت را دریافت نداشته در صندوق شرکت بعنوان وثیقه باقی خواهد ماند.» ماده ۱۱۵: «در صورتی که مدیری در هنگام انتخاب، مالک تعداد سهام لازم بعنوان وثیقه نباشد... باید ظرف یک ماه تعداد سهام لازم بعنوان وثیقه را تهیه و به صندوق شرکت بسپارد...»

تجارت(۴۷/۱۲/۲۴)، بر قابل توثیق بودن اسناد تجاری از این قبیل تصریح کند؟^۳

در مواد مزبور، در واقع، توثیق سهام متعلق به مدیران در صندوق شرکت، مجاز شناخته شده است و اگر قانونگذار به هنگام وضع ماده ۲۴۷ قانون تجارت (راجع به ظهنویسی برات) نظر به جواز رهن و وثیقه داشت، مسلماً آن را پیش‌بینی می‌کرد.

ماده ۷۷۴ ق.م ناظر به موردی نیز هست که مال جنبه اعتباری داشته باشد و چون برات یک نوع مال اعتباری است، دین و طلب تلقی نمی‌شود و رهن گذاشتن آن مخالف ماده مزبور نمی‌باشد.^۱
 اما بعضی دیگر از اساتید^۲، در مقابل می‌گویند اگر اموال اعتباری و اوراق و اسناد تجاری، کلاً مشمول ممنوعیت ماده ۷۷۴ قانون مدنی نمی‌شوند، چرا قانونگذار ضروری دیده که در مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه اصلاح قسمتی از قانون

منابع:

- بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری: بهروز اخلاقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۴، آذرماه ۱۳۶۸
- تجارت ۳ (اسناد تجاری) (جزوه درسی): بهروز اخلاقی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۶۹-۷۰ (دوره لیسانس)
- تحریر الوسیله: روح‌الله خمینی، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه
- تذکره: علامه حلی، چاپ سنگی
- جواهر الکلام: شیخ محمد حسن نجفی، نجف
- حقوق تجارت تطبیقی: ربیعا اسکینی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، مهر ۱۳۷۳، چاپ اول
- حقوق مدنی: سید حسن امامی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۱، چاپ یازدهم
- حقوق مدنی (رهن، صلح): جعفر جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، چاپ اول
- حقوق مدنی: سید حسین صفایی، ۱۳۵۰
- حقوق مدنی (عقود اذنی - وثیقه‌های دین، عقود معین ۱۴): ناصر کاتوزیان، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۶، چاپ دوم
- حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها، مفهوم عقد، انعقاد قرارداد): ناصر کاتوزیان، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۲، چاپ دوم
- شرایع الاحکام: محقق حلی، چاپ سنگی
- شرح اللمعة الدمشقیة (الروضة البهیة): شهید ثانی، حاشیه از محمد کلانتر، نجف
- ظهنویسی و مقررات آن: سید مرتضی حسینی نهرانی، فصلنامه حق، دفتر چهارم، دی و اسفند ۱۳۶۴
- الفقه (موسوعة استدلالیة فی الفقه الاسلامی): سید محمد حسینی شیرازی، بیروت، نشر دارالعلوم، ۱۹۸۸ م / ۱۴۰۹ هـ، چاپ دوم
- مقدمه بر اسناد بازرگانی (جزوه درسی): مرتضی نصیری، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی
- الوسیط فی شرح القانون المدنی - فی التامینات الشخصیة والعینیة: عبدالرزاق احمد سنهوری، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۷۰ م