

## امکان‌سنجی توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران و مصر

ابوذر ابراهیمی ترکمان \*

نیر پورا آقا \*\*

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۲/۰۵ - تاریخ تأیید: ۹۷/۰۹/۰۷

DOI: 10.22096/LAW.2020.40433

### چکیده

اسناد تجاری، اسنادی مالی‌اند که نماینده پول و وجه نقد بوده و با ظهرنویسی قابل انتقال به غیر هستند. توثیق اسناد تجاری نیز نوعی عمل حقوقی است که در آن - به‌طور قالب- تجار، اسناد تجاری را نزد بانک یا اشخاص دیگر برای تضمین دیون و تعهدات خود و یا کسب اعتبار به رهن می‌گذارند. این مدل از توثیق، یکی از نیازهای جدی و ضروری در روابط تجاری و اقتصاد داخلی و بین‌المللی کشورها است. قانونگذاران بسیاری از کشورها، توثیق اسناد تجاری را با روش «ظهرنویسی برای وثیقه» در قوانین خود پیش‌بینی کرده‌اند. در حقوق ایران با توجه به صراحت مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی که مبتنی بر نظر مشهور فقهای امامیه است، صحت عقد رهن منوط به عین معین بودن رهینه و لزوم قبض آن است و توثیق اسناد تجاری را نپذیرفته است؛ لیکن با توجه به لزوم تفسیر صحیح قوانین متناسب با نیازهای روز و پذیرش قبض عرفی، و نیز اهمیت قوانین تجارتی و فرعی، می‌توان قائل به پذیرش توثیق اکثر اسناد تجاری شد. در حقوق مصر نیز توثیق اسناد تجاری تحت شرایط خاصی مورد پذیرش قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: وثیقه؛ قبض؛ سند تجاری؛ حقوق ایران؛ حقوق مصر.

\* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران. «نویسنده مسئول»

Email: ab.ebrahimi245@gmail.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

Email: nayyer.p.gha@gmail.com



## مقدمه

رهن در لغت، به معنای ثبات و دوام است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۹۶) و در اصطلاح حقوقی، عقدی است که به موجب آن، مالی وثیقه دین قرار می‌گیرد، به نحوی که عین مرهونه از نقل و انتقال بازداشته می‌شود و مالک نمی‌تواند در آن تصرفات مالکانه به‌نحو کامل نماید. (امامی، ۱۳۷۰: ۴۱۳/۲) اسناد تجاری نیز به اسنادی اطلاق می‌شوند که در قانون تجارت دارای عناوین خاص مانند چک، سفته و امثال آن‌ها بوده و به‌عنوان جایگزین پول نقد، نماینده وجه نقد و اعتبار بوده و به‌صرف ظهرنویسی قابل انتقال به غیر هستند. (اسکینی، ۱۳۸۵: ۵) این اسناد مالی، قرض حاصل را اثبات می‌نمایند. توثیق و یا رهن تجاری نیز نوعی عمل حقوقی است که در آن -به‌طور قالب- تجار، اسناد تجاری‌ای همچون چک، سفته، برات، قبض انبار، سهام شرکت‌ها، اوراق قرضه و امثال آن‌ها را نزد بانک یا اشخاص دیگر برای تضمین دیون و تعهدات خود و یا کسب اعتبار به رهن می‌گذارند، تا از قبل این امر اگر رهن یا وثیقه‌گذار دین خود را نپردازد یا به تعهدات خود عمل ننماید مرتبه یا وثیقه‌گیر بتواند طلب و خسارات خویش را استیفا و وصول نماید. (ستوده‌تهرانی، ۱۳۷۴: ۵۶-۵۵) بحث توثیق اسناد تجاری در بازرگانی امروز جایگاه ویژه‌ای دارد؛ به‌نحوی که، قانونگذاران بسیاری از کشورها همچون فرانسه، توثیق اسناد تجاری را به‌عنوان نهادی در سیستم حقوقی به رسمیت شناخته‌اند و با استفاده از ظهرنویسی به این مهم اهتمام ورزیده و به آن پایبند هستند. در ایران گرچه در گذشته و در زمان تصویب قانون مدنی، اموال منقول و غیرمنقول مهم‌ترین دارایی اشخاص محسوب می‌شدند، ولی امروزه همانند همه کشورهای توسعه‌یافته، علاوه بر این اموال، انواع اموال ارزنده دیگری مانند اسناد تجاری نیز شناخته شده است که برای بانک‌ها مسلماً وثایق مطمئن‌تر و سهل‌الوصول‌تری هستند؛ به‌علاوه، در مقررات بازرگانی همچون مقررات متحدالشکل ژنو، اسناد تجاری و معاملات برواتی بالاخص توثیق آن‌ها، متداول است و اقتضات اقتصادی و اجتماعی دوران ما ایجاب می‌نماید که استفاده از این اوراق در معاملات افزایش یابد. با این اوصاف نهاد توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران به لحاظ آنکه ماده ۷۷۲ قانون مدنی قبض مال مرهون را شرط دانسته و ماده ۷۷۴ قانون مزبور به لزوم عینیت رهینه اشاره نموده و ترهین دین را باطل دانسته، با ابهام و اختلاف‌نظرهای جدی روبه‌روست؛ از طرفی با توجه به اقتضات عرصه بازرگانی و تجارت نوین، در برخی قوانین تجاری همچون ماده ۲۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور در زمینه توثیق، رویه‌ای متفاوت از قانون مدنی ایران اتخاذ شده است. ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی و ماده ۷۶ قانون تجارت مصر نیز به بحث ترهین اسناد تجاری اختصاص داده

شده است. به همین منظور، هدف مقاله حاضر بررسی توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران و مصر است. سؤالاتی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که اولاً، آیا در حقوق ایران توثیق اسناد تجاری امکان‌پذیر است؟ ثانیاً جایگاه توثیق این نوع اسناد در حقوق مصر چیست؟ ثالثاً بر فرض عدم امکان پذیرش این مدل توثیق، راهکارهای حقوقی برای دستیابی به این منظور چیست؟

به‌منظور پاسخ به سؤالات مزبور و دستیابی به نتایج مطلوب، مقاله حاضر به سه بخش کلی تقسیم می‌شود. در بخش نخست، به بررسی واژه‌های ضروری پژوهش می‌پردازیم؛ در بخش دوم، جایگاه توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران تبیین می‌شود؛ و سپس در بخش سوم، این موضوع در حقوق مصر مورد مطالعه قرار می‌گیرد؛ در پایان نیز ضمن نتیجه‌گیری پیشنهادهای نیز ارائه می‌شود.

## ۱- واژه‌شناسی

در این تحقیق، از واژگان حقوقی‌ای استفاده شده است که باید قبل از ورود به بحث اصلی تبیین شوند؛ این واژگان عبارت‌اند از: «توثیق»، «سند تجاری» و «قبض» که در ذیل بررسی می‌شوند:

### ۱-۱- توثیق در حقوق تجارت

کاربرد توثیق اسناد تجاری در مواردی است که سند تجاری با ظهرنویسی، وثیقه گذاشته می‌شود. در اصطلاح حقوقی، توثیق اسناد تجاری عملی حقوقی است که بانک، تاجر یا شخصی سند تجاری را نزد بانک، تاجر یا شخصی دیگر برای تضمین دین، تعهد خسارت احتمالی، تعهد حُسن 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 کارسازی نماید. (ستوده‌تهرانی، ۱۳۷۴: ۵۵؛ اسکینی، ۱۳۷۳: ۱۱۰ و ۱۱۱)

### ۲-۱- سند تجاری

سند تجاری دارای دو معنای عام و خاص است؛ در تعریف سند تجاری به معنای خاص گفته شده که اسناد مزبور عبارت‌اند از، اسنادی که مانند برات، نماینده مبلغی وجه نقد بوده و پرداخت آن در سررسید معین یا عندالمطالبه پیش‌بینی شده و از طریق ظهرنویسی قابل انتقال است. (اسکینی، ۱۳۷۳: ۱۷؛ افتخاری، ۱۳۸۰: ۳۶؛ ستوده‌تهرانی، ۱۳۸۵: ۱۷) در مورد سند تجاری به معنای عام، ویژگی قابلیت معامله، معرف طلب و دارای سررسید معین بودن را بیان نموده‌اند. (مهمان‌نواز، ۱۳۹۰: ۱۷؛ استخر، ۱۳۷۸: ۳) برخی دیگر از نویسندگان، اسناد تجاری به معنای عام

را سندی می‌دانند که توسط تجار و شرکت‌های تجاری در قلمروی تجارت استفاده شده است. (اخلاقی، ۱۳۵۸: ۹؛ عبادی، ۱۳۷۱: ۲۱۷؛ ستوده‌تهرانی، ۱۳۸۵: ۱۵؛ رسائی‌نیا، ۱۳۸۳: ۳۲۹) به نظر می‌رسد، سند تجاری به معنای عام کلمه، علاوه بر اسناد تجاری به معنای خاص، شامل کلیه اسنادی نیز می‌شود که در مراودات بین‌المللی و داخلی مهم‌ترین نقش را ایفا می‌نماید؛ (نصیری، ۱۳۸۱: ۱۹۸) لذا این اسناد، اسنادی هستند که معرف طلب یا مالی هستند و به نحوی از انحاء، در قلمروی تجارت مورد استفاده قرار می‌گیرند و به چک و سفته و برات محدود نمی‌شوند و شامل قبض انبار، سند در وجه حامل، اوراق بهادار، اوراق قرضه، سهام و بارنامه، اسناد خزانه، اعتبارنامه‌های بانکی و امثال آن‌ها نیز می‌شوند. (اسکینی، ۱۳۷۳: ۵؛ اخلاقی، ۱۳۶۸: ۱)

### ۳-۱- قبض در عقد رهن

قبض در لغت به معنای گرفتن، گرفتن با دست، با پنجه گرفتن<sup>۱</sup> «ثُمَّ قَبْضَنَاهُ إِلَيْنَا قَبْضًا يَسِيرًا»<sup>۲</sup> و همچنین به معنای دست کشیدن و باز ایستادن، از گرفتن امساک کردن، و نیز به معنای تملیک و تملک و تصرف به کار رفته است. (دهخدا، ۱۳۷۳: ۱۰/۳۷۶) «فی قبضه» به معنای زیر نفوذ و سلطه نیز به کار رفته است. در مورد قبض بین فقهای عظام تعریف واحدی وجود ندارد و در واقع تفاوت‌هایی بین تعاریف ارائه شده از سوی ایشان وجود دارد: صاحب شرایع در تعریف قبض می‌فرماید: «قبض عبارت است از تخلیه، خواه مبیع غیرمنقول باشد مثل عقار، یا مبیع منقول و قابل حمل باشد مثل لباس»<sup>۳</sup> (محقق‌حلی، بی‌تا: ۲۹/۲) همان‌طور که در این تعریف می‌بینیم، صاحب شرایع مطلق تخلیه را به عنوان قبض معرفی می‌کند که مراد در تخلیه به لحاظ لغوی، رفع ید است. شهید ثانی در شرح لمعه سه قول در باب معنای عرفی قبض مطرح نموده و قول ابتدایی را بهترین قول می‌داند؛ شهید بیان می‌نماید: «قبض در منقول نظیر: حیوان، پارچه، مکیل، موزون و معدود، نقل است و در غیرمنقول مثل زمین، تخلیه نمودن میان مبیع و مشتری بعد از رفع ید از مبیع است و علت اختلاف این معنا آن است که شارع مقدس قبض را تعریف ننموده و باید در معنای قبض به عرف لغت‌شناسان و مردم رجوع شود و معنای عرفی قبض به معنایی که ذکر شد دلالت می‌نماید.» (شهید ثانی، بی‌تا، ۵۲۳).

۱. «قبض الید علی الشیء».

۲. آیه ۴۶ سوره مبارکه فرقان: «یعنی پس آن را به آسانی به طرف خویش گرفتیم».

۳. «...القبض هو التخلیه سواء كان المبیع مما لا ینقل كالعقار او مما ینقل و یحول کالتوب...».

## ۲- توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران

در زمینه توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران نظرات مختلفی بیان و در قوانین متعددی به امکان توثیق اسناد اشاره شده است که در ادامه بررسی می‌شود.

### ۲-۱- توثیق اسناد تجاری در اقوال فقهی و حقوقی

برای ترهین اسناد تجاری دو مانع می‌توان متصور شد؛ اول اینکه، به موجب ماده ۷۷۴ قانون مدنی، مورد رهن باید عین معین باشد و فلسفه وجودی چنین شرطی نیز اطمینان از وصول طلب مرتهن از مورد رهن است؛ درحالی‌که سند تجاری، سندی دال بر وجود دین (طلب) است و مال عینی نیست و به این لحاظ ترهین آن واجد اشکال است؛ دوم اینکه، ماده ۷۷۲ قانون مدنی تصریح نموده که مال مرهون به قبض مرتهن داده شود و قبض را شرط صحت رهن قلمداد نموده است و پُر مسلم است که دین (طلب)، مال کلی و فاقد وجود خارجی است. آنچه وجود خارجی و ملموس ندارد، امکان و قابلیت قبض و تسلیم را نیز ندارد؛ به همین منظور در اقوال فقها و حقوق‌دانان، نظریه‌هایی قابل طرح است که در ادامه به تبیین آنها می‌پردازیم.

### ۲-۱-۱- نظریه بطلان

دیدگاهی که بین فقها از شهرت خاص برخوردار است، این است که رهن دین محکوم به بطلان است. فقهایی همچون: شیخ انصاری، علامه حلی، شهید اول و ثانی و امثال ایشان، (علامه حلی، ۱۳۸۷: ۱۰/۲؛ انصاری، ۱۴۱۸ق: ۳۲۹/۱؛ حلبی، ۱۴۱۷ق: ۲۴۲؛ قمی سبزواری، ۱۳۷۹: ۲۹۲؛ زین‌الدین، ۱۴۱۳ق: ۳۱/۶؛ عاملی، بی‌تا: ۲۱۷؛ علامه حلی، بی‌تا: ۲۰۲/۱؛ مکی‌عاملی، ۱۴۱۴ق: ۱۱۷/۳؛ کرکی، ۱۴۰۸ق: ۴۹/۵؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۲۱/۶؛ همدانی، بی‌تا: ۲۱۳/۳) بر این اعتقادند که در صورتی که موضوع رهن، عین نباشد و دین باشد، رهن باطل است. این دست از فقها برای اثبات ادعای خود به ادله‌ای از جمله ادله مربوط به نفس عقد، فقدان اطمینان در وصول حق مرتهن و سایر دلایل فقهی و اصولی متمسک می‌شوند که در ادامه بررسی می‌شود.

### ۲-۱-۱-۱- ادله بطلان

قائلین به بطلان رهن دین در مقام استدلال و نیز اثبات دیدگاه خود به ادله متعددی به شرح ذیل متوسل شده‌اند.

#### ۲-۱-۱-۱-۲-۱-۱-۱-۲ عدم امکان قبض

یکی از دلایلی که فقها بر بطلان رهن دین و اسناد تجاری بیان نموده‌اند این است که، عقد رهن علاوه بر ایجاب و قبول نیازمند رکن سومی به نام قبض است. از آنجایی که قبض دین، غیرممکن است و قبض به معنای واقعی محقق نمی‌شود، در نتیجه رکن سوم عقد رهن شکل نگرفته و عقد رهن در همان رکن اول و دوم که ایجاب و قبول است عقیم می‌ماند؛ بنابراین، توثیق دین که مال کلی و غیرملموس است به لحاظ عدم امکان قبض عملاً امکان‌پذیر نیست. (انصاری، ۱۴۱۸ق: ۳۲/۱؛ عاملی، بی تا: ۲۱۷؛ مکی عاملی، ۱۴۱۴ق: ۱۱۷/۳؛ کرکی، ۱۴۰۸ق: ۴۹/۵؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۲۱/۶؛ همدانی، بی تا: ۲۱۳/۳)

#### ۲-۱-۱-۱-۲-۲-۱-۱-۱-۲ عدم حصول استیثاق از وصول طلب

برخی فقها بر این باورند، هدف از عقد رهن ایجاد اطمینان نسبت به استیفای طلب از محل رهینه به هنگام ضرورت است و این هدف صرفاً در اعیان تحقق می‌یابد؛ (کرکی، ۱۴۰۸ق: ۴۹/۵؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۲۱/۶) زیرا، قرار دادن دین به عنوان رهینه به این معناست که دینی وثیقه دینی قرار داده شود و این در حالی است که اگر اطمینانی به وصول دین سابق وجود می‌داشت، نیازی به عقد رهن و اخذ وثیقه احساس نمی‌شد؛ بنابراین، دین دوم که رهینه است، نیز مانند دین نخست مرهون به، نمی‌تواند برای بستنکار نسبت به وصول طلبش ایجاد اطمینان نماید؛ (حسینی عاملی، ۱۳۲۶ق: ۸۰/۵) بنابراین، از آنجایی که سند تجاری دال بر وجود دین و معرف طلب از دیگری است و به خودی خود ارزش عینی ندارد و از این حیث که استیثاق بر وصول آن نداریم، توثیق آن مصداق توثیق دین برای دین بوده که از موجبات بطلان رهن است.

#### ۲-۱-۱-۱-۲-۳-۱-۱-۱-۲ قواعد فقهی و اصولی

اجماع و اصل عدم، از جمله دلایل فقهی و اصولی است که فقها برای اثبات ادعای خود از آنها بهره برده‌اند؛ به این نحو که برخی فقهای امامیه بر بطلان رهن دین و لزوم عین معین بودن متعلق رهن ادعای اجماع نموده و بر ظاهر نصوص وارد شده نیز متوسل شده‌اند؛ (علامه حلی، ۱۴۱۱ق: ۴۱۷/۲؛ حلبی، ۱۴۱۷ق: ۵۹۲؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۱۱۶/۲۵) دلیل دیگر اینکه، هرگاه برخلاف ظهور اولیه نصوص، برای صدق مفهوم رهن، در اعتبار یا عدم اعتبار عین بودن رهینه تردید شود، به مقتضای اصل عدم<sup>۱</sup> این

۱. اصل عدم یا ایصاله العدم، از اصطلاحات اصولی است و کاربرد آن جایی است که وجود چیزی یا اتصاف آن به صفتی، مشکوک باشد که با اصل عدم وجود یا اصل عدم اتصاف آن چیز بدان صفت، حکم به بقای عدم پیشین می‌شود، مگر آنکه وجود آن چیز یا اتصاف آن به آن صفت، به دلیل معتبر ثابت شود.

تردید برای عدم پذیرش رهن غیرمعین اعم از دین یا منفعت، کفایت می‌نماید. (طباطبایی، ۱۴۰۴ق: ۵۸۲/۱؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۱۱۶/۲۵) با این اوصاف امکان رهن اسناد تجاری با توجه به اجماع فقهی و ظاهر نَص‌های وارده در این زمینه و همچنین اصل عدم، منتفی است.

#### ۲-۱-۲-۱-۲- آیات و روایات

آیه ۲۸۳ سوره بقره که می‌فرماید: «وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» به این معنا که اگر در سفر بودید و نویسنده‌ای نیافتید وثیقه‌ای بگیرید، یکی از دلایل بطلان رهن دین تلقی شده است. و نیز فقها به روایت «لا رهن الا مقبوضاً» توجه نموده‌اند که این روایت در عین بودن رهینه ظهور دارد، گرچه این ظهور با کمک شهرت در اعتبار عین معین بودن رهینه تقویت می‌گردد (نجفی ۱۳۹۴، ۱۱۶:۲۵؛ بجنوردی ۱۴۱۹، ۲۱:۶). از آنجایی که ظاهر آیه قرآن و روایت مزبور به ضرورت تقبض مرهون به دارد که از آنجایی که سند تجاری مصداق عین معین نبوده و از اموال کلی محسوب است تعارض آشکار با آیات و روایات قرآن داشته و مصداق مخالفت با کتاب و سنت است و محکوم به بطلان است.

#### ۲-۱-۲-۲- نظر به صحت

دلیل عمده قائلین به بطلان رهن دین، این است که قبض رهینه را شرط صحت رهن تلقی کرده‌اند و دین را به دلیل کلی بودن و عدم وجود خارجی آن قابل قبض نمی‌دانند. در مقابل، قائلین به صحت رهن دین، فقهای هستند که برای قبض در عقد رهن نقشی قائل نبوده و عقد مزبور را نیز بدون تحقق قبض، محمول بر صحت می‌دانند، (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق: ۲/۲۱۶) و یا اشخاصی هستند که قبض رهینه را شرط لزوم عقد تلقی نموده و بر این عقیده‌اند که با به رهن گذاشتن دین، عقد رهن ایجاد می‌شود، اما از سوی راهن جایز بوده و لزوم آن به قبض تحقق می‌یابد؛ امری که با قبض فردی از افراد رهینه صورت می‌گیرد. (حلبی، ۱۴۱۷ق: ۲۴۳؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۹۸/۲) در این میان حتی برخی فقها که قبض رهینه را هر چند بنا بر احتیاط (حسینی سیستانی، ۱۴۱۶ق: ۲/۲۸۸) شرط صحت عقد رهن می‌دانند، رهن دین را پس از قبض صحیح دانسته و بر این عقیده‌اند که قبض دین به قبض مصداق آن صورت می‌گیرد. (حسینی سیستانی، ۱۴۱۶ق: ۲/۲۸۸؛ موسوی خمینی، بی تا: ۴/۲)

#### ۲-۱-۲-۱-۲- ادله صحت

ادله قائلین به صحت شامل واکاوی نقش قبض در رهن، قیاس رهن با هبه دین، اطمینان در وصول حق در مورد افراد مدیون حتمی الوصول و فقدان اجماع و عمومیت ادله وفای به عقد می‌باشد که به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۲-۱-۲-۱-۲- ضروری نبودن قبض در رهن

شرطیت قبض رهینه در عقد رهن محل تردید است؛ زیرا، تعدادی از فقها قبض را شرط لزوم عقد رهن تلقی می‌نمایند و نه شرط صحت آن؛ (حلی، ۱۴۱۷ق: ۲۴۳) همچنین برخی دیگر از ایشان، عقد رهن را بدون قبض نیز عقدی صحیح و لازم تلقی می‌نمایند. (علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ۴۶۲/۲؛ طباطبایی‌حکیم، ۱۴۱۶ق: ۲۱۶/۲؛ طوسی، ۱۳۸۷ق: ۱۹۸/۲؛ سیوری، ۱۴۰۳ق: ۶۰؛ علامه حلی، ۱۳۸۷: ۲۵/۲؛ کرکی، ۱۴۰۸ق: ۹۴/۵؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۹۹/۲۵) برخی نیز همانند شیخ طوسی پس از شرط دانستن قبض رهینه در صحت عقد رهن، بلافاصله لزوم عقد را که در نتیجه ایجاب و قبول حاصل می‌شود، شایسته‌ترین قول شمرده‌اند. (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۰/۲) علامه حلی نیز اشتراط یا عدم اشتراط قبض رهینه را در لزوم عقد مورد بحث قرار داده و شیخ طوسی را در یکی از دو قولش و نیز شیخ مفید را قائل به شرطیت قبض رهینه در لزوم عقد رهن دانسته است. ایشان دلیل این قول را عبارت «فرهان مقبوضه» در آیه قرآن و نیز گفتار امام صادق (علیه‌السلام) مبنی بر «لارهن الّا مقبوضه» دانسته و بر این دیدگاه‌اند که، رهن عقدی است امانی که به مانند قرض، پس از قبول، رهینه باید قبض شود و در صورتی که به قبض مرتهن در نیاید، رهن ملزم به اقباض آن نیست. (علامه حلی، بی‌تا: ۲۴/۲) آنچه از اقوال فقها برداشت شد این است که، قبض در رهن ضروری نیست و صرفاً از شرایط لزوم عقد است؛ بنابراین، به عقیده برخی فقها، توثیق سند تجاری که مصداق دین و طلب است به صرف ایجاب و قبول به‌طور صحیح محقق می‌شود و به عقیده برخی دیگر، به‌نحو جایز عقد واقع می‌شود که در هر حال هر دو قول ناظر بر این است که توثیق سند تجاری باطل نیست.

#### ۲-۱-۲-۲- قیاس رهن دین با هبه و بیع دین

افزون بر آنکه شرطیت قبض رهینه در عقد رهن محل تردید است، تفاوتی میان قبض دین در بیع صرف و هبه مافی‌الذمه و رهن وجود ندارد؛ زیرا قبض دین در هبه دین و یا بیع صرف با تعیین فردی از افراد کلی و نه خود کلی توسط مدیون و تسلیم آن به طرف مقابل محقق می‌شود، (حسینی‌روحانی، ۱۴۱۴ق: ۶۴/۲۰) و به همین دلیل است که برخی فقها با مقایسه رهن دین با این دو عمل حقوقی، رهن دین را احتمال بر صحت آن داده‌اند. (جبعی‌عاملی، ۱۴۱۴ق: ۲۰/۴)

#### ۲-۱-۲-۳- اطمینان در وصول حق در مورد افراد مدیون حتمی الوصول

در پاسخ به ایراد طرف‌داران بطلان رهن دین که گفته‌اند، اعتماد در وصول طلب مرتهن در مواردی که موضوع رهن دین است وجود ندارد، می‌توان گفت: اشخاص از حیث سهولت پرداخت



دیون خود و یا عُسرت در پرداخت با یکدیگر تفاوت دارند؛ چه‌بسا دیون برخی افراد حتمی‌الوصول تلقی شده و بتوان آن را به‌عنوان وثیقه پذیرفت، حال آنکه نسبت به دیون دیگر امیدی به بازپرداخت آن‌ها نیست؛ (نجفی، ۱۳۹۴: ۱۱۷/۲۵؛ حسینی‌روحانی، ۱۴۱۴ق: ۶۴/۲۰) همچنین هرگاه مدیون دین خود مرتهن باشد، استناد به دلیل مزبور کارایی نخواهد داشت، (نجفی، ۱۳۹۴: ۱۱۷/۲۵) و از این حیث نمی‌تواند مستمسکی برای بطلان رهن و توثیق دین از جمله اسناد تجاری باشد.

#### ۲-۱-۲-۴- فقدان اجماع و عام بودن ادله وفای به عقد

برخلاف آنچه که قائلین به بطلان رهن دین به آن استناد می‌ورزند، تحقق اجماع بر چنین بطلانی به شدت مورد تردید است. فراوانی تعداد فقهایی که برخلاف ادعای مذکور، عقیده بر صحت رهن دین دارند، (اردبیلی، بی‌تا: ۱۴۲؛ جبعی‌عاملی، ۱۴۱۴ق: ۲۲/۴؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۱۱۷/۲۵؛ حسینی‌روحانی، ۱۴۱۴ق: ۶۴/۲۰) به‌خوبی مؤید عدم تحقق اجماع ادعایی است؛ از طرفی دیگر، عموم دلیل لزوم وفای به عقود و نیز اطلاق نصوص وارده در رهن دین، صحت این رهن را به اثبات می‌رساند. (نجفی، ۱۳۹۴: ۱۱۷/۲۵؛ طباطبایی، ۱۴۰۴ق: ۵۸۲/۱) این استدلال که مستفاد از ادله، قبض، با قبض عرفی ملازمه ندارد یا اینکه نسبت به دین، قبض عرفی نیز مصداق نمی‌یابد، مبتنی بر ادعاهایی است که نه تنها دلیلی بر اثبات آن‌ها ارائه نشده است، بلکه می‌توان بر خلاف آن نیز اقامه دلیل نمود؛ زیرا، قبض در رهن، با دیگر عقود که قبض در آن‌ها شرط دانسته شده است، تفاوتی ندارد. (نجفی، ۱۳۹۴: ۱۱۸/۲۵)

#### ۲-۲-۱- نقد و بررسی و ارائه نظریه منتخب

برخلاف آنکه در وهله نخست حسب ظاهر، بطلان رهن دین، از شهرت عظیمی میان فقهایی امامیه برخوردار بوده و طرف‌داران آن ادله متعددی را بر آن اقامه نموده‌اند، مشاهده می‌شود که برخلاف شهرت ادعایی، نه تنها بسیاری از اعظام فقهی به صحت رهن دین اعتقاد داشته و در جهت اثبات ادعای خود و نقد و نفی ادعای قائلین به بطلان، ادله بسیاری ارائه می‌نمایند، بلکه بسیاری از طرف‌داران بطلان رهن دین نیز از دیدگاه خود عدول نموده و رهن دین را به نوعی محمول بر صحت دانسته‌اند. (خوانساری، ۱۴۰۵ق: ۳۳۴/۳؛ مکی‌عاملی، ۱۴۱۴ق: ۳۸۷/۳؛ جبعی‌عاملی، ۱۴۱۴ق: ۶۴/۴؛ شکر، ۱۳۹۰: ۹۰) در قانون مدنی ایران نیز در بررسی اولیه به نظر می‌رسد که دلایل بطلان رهن دین دو چیز است؛ اول اینکه، چون در ماده ۷۷۲ قانون مدنی قبض شرط صحت عقد رهن است و دین نیز یک امر کلی بوده و قابل قبض و اقباض نیست، لذا رهن

دین باطل است؛ (علوی قزوینی، ۱۳۸۲: ۷۵-۷۱) دوم اینکه، در صدر ماده ۷۷۴ قانون مدنی یکی از شرایط مورد رهن این است که باید عین معین باشد و چون دین یک مال کلی فی‌الذمه است، لذا رهن آن نیز باطل است. اما با توجه به سابقه فقهی موضوع و مطالعه اقوال فقها در این خصوص و از طرف دیگر با توجه به تبعیت قانون مدنی از نظر فقهای امامیه، به نظر می‌رسد، دلیل اصلی حکم بطلان رهن دین در ماده ۷۷۴، شرطیت قبض در صحت عقد رهن است که در ماده ۷۷۲ نیز به آن اشاره شده است؛ و در واقع شرط مذکور در صدر ماده ۷۷۴ مبنی بر عین بودن مال مرهون، منتج از همین شرط اصلی است، همان‌گونه که در بررسی اقوال فقها نیز عین معین بودن به‌عنوان شرط مستقل ذکر نشده است. با این اوصاف به نظر می‌رسد بهتر بود اولاً، در قانون مدنی این شرط را که قبض شرط صحت عقد رهن است به‌عنوان یکی از شرایط صحت رهن قرار نمی‌دادند و مقتضیات و مصالح جامعه را در نظر می‌گرفتند و این‌گونه چشم بسته تقلید نمی‌کردند؛ چرا که، به نظر نمی‌رسد حذف چنین شرطی از شرایط مورد رهن تخلف از ضروریات دینی باشد؛ ثانیاً، حال که چنین شرطی را در قانون آورده‌اند، از بیان مصادیق و اینکه رهن دین و منفعت باطل است، خودداری می‌نمودند؛ چرا که، دین در بعضی از موارد قابل قبض نیست؛ به‌عنوان مثال، در مواردی که دین بر ذمه شخص مرتهن است در واقع مال در قبض اوست و نیاز به قبض جدید نیست، همان‌گونه که در عقد هبه چنین است؛ و دیگر اینکه در مواردی نیز که طرفین عقد رهن به شخص مدیون دین مرهونه و کالت در قبض می‌دهند نیز، اشکال قبض برطرف می‌شود. در این راستا، اکثریت حقوقدانان و فقها معتقدند که قبل از قبض مال مرهون، ایجاب و قبول دارای وجود حقوقی است؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۴۳۲/۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۱) و همچنین باید مفهوم معنوی قبض را در مورد مال مرهون مدنظر قرار دهیم، (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۸۳/۴) به‌نحوی که، تعدیل حکم ماده ۷۷۲ قانون مدنی با رویه قضایی است که درباره مفهوم قبض سخت‌گیری نکند؛ و منظور از توثیق، مصون نگاه داشتن مال از نقل و انتقال است و برای تحقق این امر لازم نیست حتماً مال به‌طور فیزیکی به مرتهن تسلیم شود و هدف از قبض در معاملات، استیلائی عرفی بر مورد آن و در رهن محفوظ ماندن آن برای فروش احتمالی از سوی مرتهن است. (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۵۴۶/۴؛ کریمی و معین‌اسلام، ۱۳۸۷: ۳۲۲) ثالثاً، به‌نحو مطلق نمی‌توان حکم به بطلان توثیق دین نمود؛ چرا که، حکم ماده ۷۷۴ قانون مدنی، دیون (مطالبات) خاص را در بر نمی‌گیرد؛ زیرا، سند معرف این مطالبات، ارزش مبادله‌ای مستقل داشته و با قبض و اقباض آن‌ها نقل و انتقال صورت می‌گیرد، از جمله: اسکناس، اسناد در وجه حامل و سهام بی‌نام شرکت‌ها؛ که ارزش موضوع این اموال چنان

با عین سند مخلوط شده که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال موضوع آن‌هاست. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۴۰/۴؛ حسینی‌تهرانی، ۱۳۶۴: ۱۰۵-۱۰۴) اما اوراق تجاری بانام که عرفاً بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد، در حکم سند طلب شناخته شده است و رهن آن‌ها صحیح نیست. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵۴۰/۴؛ کریمی، ۱۳۷۶: ۲۲)

## ۲-۲- توثیق اسناد تجاری در قوانین ایران

اسناد تجاری در معنای عام کلمه اسنادی هستند که معرف طلب یا مالی هستند 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... به همین دلیل در ذیل به بررسی اهم اسناد تجاری یعنی توثیق اسناد تجاری به معنای خاص (اسناد براتی)، برگ وثیقه انبار عمومی، توثیق سهام، توثیق ضمانت نامه بانکی و توثیق تمبر و اوراق قرضه می‌پردازیم.

### ۲-۲-۱- توثیق اسناد براتی

اسناد تجاری، حسب تعریف متضمن مبلغی پول است و در واقع نوعی مال است که در نهایت وعده کوتاه مدتی دارد. وثیقه گذاشتن اسناد تجاری از طریق مکانیسم ظهرنویسی به‌عنوان وثیقه صورت می‌گیرد. ظهرنویسی به‌عنوان وثیقه با درج عباراتی نظیر بابت تضمین، به‌عنوان وثیقه، برای گرو و غیره صورت می‌پذیرد. توثیق اسناد تجاری<sup>۱</sup> مکانیسم ظهرنویسی به‌عنوان وثیقه، نهادی است که ابتدا در حقوق فرانسه به‌وجود آمد و به قانون متحدالشکل ژنو راه یافت. به‌موجب مقررات متحدالشکل ژنو، در ظهرنویسی به‌عنوان وثیقه، دارنده اسناد، حق تعقیب امضاکنندگان برات را جهت وصول وجه آن خواهد داشت و می‌تواند از محل مورد وثیقه، طلب خود را استیفا نماید. (اخلاقی، بی‌تا: ۱۲۲)

این نحو توثیق در عملیات اعتباری بانک‌ها بیشترین کاربرد را دارد. تجار اغلب برای تحصیل اعتبار یا گشایش اعتبارات اسنادی و سایر موارد، اسناد تجاری را نزد بانک‌ها به وثیقه می‌گذارند و بانک‌ها نیز با توجه به قرارداد منعقد شده بین خود و تجار، می‌توانند هر وقت که بخواهند وجوه حاصله از اسناد مذکور را برای پوشش مطالبات خود منظور نمایند. قانون تجارت در مورد ترهین اسناد براتی حکمی بیان نموده

۱. متخصصان حقوق تجارت، اصطلاح توثیق اسناد تجاری را برای «ظهرنویسی برای وثیقه اسناد تجاری» به‌کار می‌برند و آن نوعی 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 رهن، تعهد خود را انجام ندهد، وثیقه‌گیر و مرتهن طلب خود را از سند تجاری که برای وثیقه انجام تعهد نزد اوست، وصول نماید و طلب خود را از آن برداشت نماید. (ستوده‌تهرانی، ۱۳۷۴: ۵۶-۵۵؛ اسکینی، ۱۳۷۳: ۱۱۰-۱۰۹؛ باقری اصل، ۱۳۹۲: ۲۴)

و از طرفی هر دو نوع ظهرنویسی به‌عنوان انتقال و وکالت را در مواد ۲۴۵ و ۲۴۷ آن قانون پیش‌بینی کرده، ولی در مورد ظهرنویسی به‌عنوان وثیقه سکوت کرده است؛ نیز در استدلال به اینکه قانونگذار تجارت ما با تصریح این دو مورد و سکوتش در مقام بیان، در بطلان ظهرنویسی به‌عنوان وثیقه تردید نموده است، باید کمی تأمل نمود؛ مگر قانونگذار ما در اعلام بطلان رهن دین موضوع ماده ۷۷۴ قانون مدنی واهمه‌ای از خود نشان داده است که در مورد اعلام بطلان ظهرنویسی به‌عنوان وثیقه نیز واهمه داشته باشد؟! بنابراین، به نظر می‌رسد اولاً، قانونگذار تجارت ما از سکوت در خصوص اعلام حکم صحت یا عدم صحت توثیق اسناد تجاری و با استقرا در مصادیقی از توثیق اسناد تجاری هدفی داشته است؛ به نظر می‌رسد این هدف نمی‌تواند جز این باشد که قانونگذار در آن زمان و در آن موقعیت، نمی‌توانسته به‌صراحت صحت توثیق اسناد تجاری را اعلام نماید و به ناچار، با سکوتش راه تفسیر را برای حقوق‌دانان باز گذاشته است و آنان را به تأمل بیشتری در این خصوص واداشته است؛ ثانیاً، تفسیر اجتماعی و ضرورت‌ها نیز ما را بر این وامی‌دارد که از سکوت، به نفع جامعه استفاده نماید؛ مگر نه این است که «حقوق مجموعه قواعدی است که نیازهای موجود در جامعه را جمع‌بندی و به آن‌ها نظم می‌بخشد؟!» قانون با توجه به نیازهای زمان تقنینی خود تصویب می‌شود، ولی با توجه به نیازهای زمان اعمال آن باید تفسیر شود و برای هر لحظه که نمی‌توان قانون جداگانه تصویب نمود. نتیجه اینکه برخلاف نظر اکثر حقوق‌دانان، توثیق اسناد تجاری براتی صحیح و دارای آثار حقوقی است، (نیک‌فرجام، ۱۳۹۰: ۲۲۵-۲۲۱) و مهم‌ترین اثر مترتب بر این نوع ظهرنویسی، عدم انتقال مالکیت مندرج در سند به مرتهن و تضمین دین تاجر است که اسناد تجاری براتی نیز کارایی لازم را برای برآوردن این نیازها دارا هستند.

## ۲-۲-۲- برگ وثیقه انبارهای عمومی

برگ وثیقه انبارهای عمومی<sup>۱</sup> در زمره اسناد بازرگانی قرار می‌گیرد و به‌لحاظ ماهیت خاص آن از محکم‌ترین و معتبرترین اسناد بازرگانی محسوب می‌شود. دلیل آن نیز این است که این سند در واقع ترکیبی از دو نوع وثیقه عینی و دینی را در خود جای داده است. حقوق‌دانان ایرانی از برگ وثیقه انبارهای عمومی تعاریف مختلفی ارائه نموده‌اند، به‌گونه‌ای که دکتر ستوده تهرانی قبض انبار

۱. 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 ظهرنویسی منتقل نمود و انتقال برگ وثیقه مانع انتقال قبض رسید که با ظهرنویسی آن، مالکیت کالا به منتقل‌آلیه انتقال می‌یابد، نیست. برگ وثیقه انبار عمومی نوعی سفته محسوب می‌شود که علاوه بر وعده متعهد به پرداخت مبلغی معین در وجه یا به حواله‌کرد دارنده، متضمن رهن مقبوض کالای موجود در انبار عمومی است (صقری، ۱۳۸۷: ۴۱۹).

یا وراثت را چنین تعریف نموده است: «سند قابل معامله‌ای است که به‌وسیله آن تاجری به‌عنوان ضمانت تعهد خود اجناسی را که در انبار عمومی یا نزد خود دارد به گروهی طلبکار می‌دهد؛ این سند در عین حال معرف طلب و گروهی است.» (ستوده‌تهرانی، ۱۳۸۰: ۱۵۹)

تفاوت بین توثیق از طریق برگ وثیقه انبار عمومی و رهن قانون مدنی در این است که اولاً، در توثیق برگ وثیقه انبار عمومی لزومی به قبض کالای مورد وثیقه از سوی دارنده وثیقه بعد از ظهرنویسی ندارد. ماده ۷ تصویب‌نامه انبارهای عمومی، ثبت حق وثیقه در دفاتر انبار عمومی و همچنین درج مواردی مثل مبلغ بدهی، نام و نام‌خانوادگی و اقامتگاه انتقال گیرنده برگ وثیقه در ظهر قبض رسید (ماده ۱۳ آیین‌نامه انبارهای عمومی) را به‌عنوان شیوه معمول حمایت از حقوق ثالث برگزیده و لزوم قبض اموال تودیع شده به‌وسیله دارنده برگ وثیقه را مشخص کرده است؛ ثانیاً، از آنجا که برگ وثیقه انبارهای عمومی در زمره اسناد تجاری قابل انتقال محسوب می‌شود، از این‌رو دارنده برگ وثیقه می‌تواند با ظهرنویسی مجدد آن، حقوقی را که نسبت به آن تحصیل نموده است به دیگری انتقال دهد؛ این بدان معناست که وی حق وثیقه‌ای را که در اثر تحصیل برگ مزبور به‌دست آورده است، با ظهرنویسی دوباره سند به دیگری واگذار می‌کند. در مقررات رهن قانون مدنی چنین حقی برای مرتبه‌ن شناخته نشده است.

#### ۲-۲-۳- توثیق سهام

ماده ۲۴ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ در تعریف سهم اشعار می‌دارد: «سهم قسمتی از سرمایه شرکت سهامی است که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی است. ورقه سهم سند قابل معامله‌ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد.» در خصوص ماهیت حقوقی این اموال باید اشاره نمود، وقتی شخصی مبلغی را برای خرید سهام بازرگانی اختصاص می‌دهد، به اندازه وجوه مزبور در اجزای اموال شرکت شریک مشاع نمی‌شود، بلکه بدین وسیله او طلبکار شرکت می‌شود و حقی نسبت به آن اموال همانند حق حضور در جلسات عمومی و مشارکت در سود و زیان شرکت و غیره به دست می‌آورد. به مجموع این حقوق، سهم گفته می‌شود که در قالب یک برگه بهاداری به‌نام ورقه سهم تجلی می‌یابد؛ (دمرجیلی و دیگران، ۱۳۸۰: ۸۵) از طرفی، تبصره یک ماده مارالذکر، سهم را به دو نوع بانام و بی‌نام تقسیم نموده است؛ سهم بانام سهمی است که در ورقه راجع به آن، نام صاحب سهم قید شده و یا در دفتر سهام شرکت ثبت شده است، درحالی که سهم بی‌نام متضمن نام صاحب سهم نیست، بلکه به‌صورت سند در وجه حامل تنظیم می‌شود. (اسکینی، ۱۳۷۷: ۲/۷۰)

در خصوص اینکه سهام شرکت‌ها قابل توثیق هستند یا خیر، بین حقوق‌دانان اختلاف نظر است؛ حقوق‌دانان در این زمینه به سه گروه تقسیم می‌شوند: برخی توثیق سهام شرکت‌های سهامی را مشمول ممنوعیت ماده ۷۷۴ قانون مدنی می‌دانند و به‌طور مطلق توثیق آن‌ها را رد می‌کنند؛ (اسکینی، ۱۳۷۷: ۱۰۷/۲) برخی دیگر نیز توثیق سهام شرکت‌ها را به‌طور مطلق و بدون تفکیک پذیرفته‌اند؛ (ستوده‌تهرانی، ۱۳۷۸: ۱۵۴/۲؛ دامغانی، ۱۳۳۸: ۵۸-۵۶) برخی دیگر نیز در این میان قائل به تفکیک شده‌اند و سهام بی‌نام را قابل وثیقه و سهام بانام را غیرقابل وثیقه می‌دانند و استدلال می‌کنند که در دید عرف، ارزش موضوع اسناد بی‌نام از جمله سهام بی‌نام شرکت‌ها چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض اسناد به منزله قبض و انتقال اموال موضوع آن‌هاست. پس، هیچ مانعی ندارد که عین این اسناد موضوع رهن قرار گیرد، همچنان‌که موضوع بیع واقع می‌شوند؛ برعکس، در مورد سهام و اوراق تجاری بانام، چون در نظر عرف بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد، این‌گونه اسناد در حکم سند طلب هستند و ارزش محتوای آن‌ها در زمره اموال غیرمادی است و رهن آن‌ها با توجه به لزوم عین معین بودن وثیقه درست به نظر نمی‌رسد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۴۰/۴)

به نظر می‌رسد، عقیده طرفداران گروه اول و دوم مورد خدشه باشد و نتوان با وضعیت موجود حقوق تجارت سازگار نمود. در پاسخ استدلال گروه نخست باید اذعان داشت: در بند ۱۷ ماده ۸ و مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ از لایحه اصلاحی قانون تجارت، منظور قانونگذار این نبوده است که بخواهد بر قابل توثیق بودن سهام و مستثنا نبودن این دست اموال از ماده ۷۷۴ قانون مدنی تصریح نماید، بلکه برعکس در نظر مقنن توثیق سهام شرکت یک امر پذیرفته شده است و مشمول ماده ۷۷۴ قانون مدنی نبوده تا بحث خروج و مستثنا شدن توثیق آن‌ها با این مواد مطرح باشد؛ و اگر غیر این می‌بود، باید در ماده جداگانه و یا در ذیل همان ماده توثیق سهام شرکت‌ها از ممنوعیت ماده ۷۷۴ قانون مدنی مستثنا می‌شد. اما در پاسخ به طرفداران عقیده دوم، که توثیق سهام را مطلقاً می‌پذیرد، می‌توان بیان نمود: قانونگذار در مقام بیان بوده و فقط توثیق سهام بانام مدیران را صحیح می‌داند؛

۱. در مورد اینکه ماهیت حقوقی سهم چیست اختلاف نظر است؛ دیدگاهی سهام را مالی مستقل و در زمره اموال عینی قرار داده است، (باریکلو، ۱۳۸۵: ۲۶-۲۳؛ نفرشی و سکوتی‌نسیم، ۱۳۸۳: ۵۰؛ مصباحی‌مقدم و دیگران، ۱۳۸۸: ۷۰؛ سلطانی و اخوان‌هزاهو، ۱۳۹۱: ۱۴۶) که دیدگاه مزبور 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. (کریمی و معین‌اسلام، ۱۳۸۷: ۳۱۸-۳۱۹) در نهایت، باید پذیرفته شود که امروزه اموال غیرمادی و غیرملموس از منظر همگان هم‌ردیف با اموال ملموس و مادی قرار دارند. برخی دیگر از صاحب‌نظران در تبیین ماهیت حقوقی سهام، بین بانام و بی‌نام ←

از طرفی بند دوم تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، به‌صراحت از ترهین دین سهام سخن گفته است، به‌نحوی که ماده مزبور مقرر می‌دارد: «هیچ شخص حقیقی یا حقوقی نباید سرمایه یا سهام شرکت‌ها یا بنگاه‌های دیگر را به‌نحوی تملک کند که موجب اختلال در رقابت در یک و یا چند بازار شود»؛ و بند دوم تبصره آن مقرر می‌دارد: «موارد زیر از شمول این ماده مستثنا است: ۲- دارا بودن یا تحصیل حقوق رهنی نسبت به سهام و سرمایه شرکت‌ها و بنگاه‌های فعال در بازار یک کالا یا یک خدمت مشروط بر اینکه منجر به اعمال حق رأی در این شرکت‌ها یا بنگاه‌ها نشود.»

مضاف بر این موارد، ماده ۲۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور مقرر می‌دارد: «گمرک جمهوری اسلامی ایران موظف است، صرفاً با اخذ ضمانت‌نامه بانکی و یا بیمه‌نامه یا سایر اوراق بهادار به میزان دو برابر حقوق ورودی نسبت به ترخیص کالاهای وارداتی موقت (مواد اولیه صنعتی) اقدام کند. در مورد کالاهای واردات موقت، تضمین‌های مذکور پس از صادرات مجدد کالاها قابل استرداد است و در صورتی که کالاهای وارد شده به صورت موقت از کشور خارج نشود، ضمانت‌نامه‌ها ضبط شده و به حساب درآمدهای دولت واریز می‌شود.» ماده ۱۱۳ اصلاحی قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۲/۵/۲۶ نیز، امکان توثیق ضمانت‌نامه بانکی، بیمه‌نامه و سایر اوراق بهادار را مطرح می‌نماید. (سلطانی و اخوان‌هزروه، ۱۳۹۱: ۱۴۷)

#### ۲-۲-۴- توثیق ضمانت‌نامه بانکی

در خصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی، برخی با این استدلال که توثیق حقوق ناشی از ضمانت‌نامه در عرف بین‌الملل پذیرفته شده است و در حقوق ایران نیز علی‌رغم تصریح قانون مدنی به لزوم عین 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؛ (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۲۴) از طرفی، ماده ۲۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و ماده ۱۱۳ اصلاحی قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۲/۵/۲۶، امکان توثیق ضمانت‌نامه بانکی را مطرح می‌نماید. (سلطانی و اخوان‌هزروه، ۱۳۹۱: ۱۴۷)

→ قائل به تفکیک شده‌اند؛ (الماسی، ۱۳۸۹: ۱۹۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۵۴۱/۴) مطابق این دیدگاه، سهام بی‌نام در حکم عین معین و سهام بانام در حکم سند طلب است.

در هر حال باید گفت: اگر بنا باشد توثیق ضمانت‌نامه بانکی، صرفاً در چارچوب قانون مدنی تحلیل شود، باید محکوم به بطلان باشد؛ درحالی‌که مقررۀ پیش‌گفته، مخصّص قانون مدنی در این زمینه است.

## ۲-۵- توثیق تمبر و اوراق قرضه

اوراق قرضه اسنادی است که به موجب آن شرکت انتشاردهنده، متعهد می‌شود مبالغ مشخصی (بهره سالانه) را در زمان‌هایی خاص به دارنده آن پرداخت کند و در زمان مشخص (سررسید) اصل مبلغ را بازپرداخت کند. دارنده اوراق به‌عنوان بستانکار حق دریافت اصل و بهره آن را دارد، ولی هیچ مالکیتی در شرکت ندارد. ماده ۵۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت نیز در این زمینه مقرر می‌دارد: «ورقۀ قرضه، ورقه قابل معامله‌ای است که معرف مبلغی وام است با بهره معین که تمامی آن یا اجزای آن در موعد یا مواعد معینی باید مسترد گردد. برای ورقه قرضه ممکن است علاوه بر بهره حقوق دیگری نیز شناخته شود.» برخی نویسندگان در رابطه با سایر اسناد تجاری از جمله اوراق قرضه بیان می‌دارند: «اوراق بهادار و سهام شرکت‌ها و اوراق قرضه دولتی و تمبر، داخل در مفهوم عین بوده و مال الرهانه واقع می‌شوند.» (جعفری‌لنگرودی، بی‌تا: ۳۹۷؛ ایزدی‌فرد و بهرامی، ۱۳۹۲: ۴۷) در واقع ایشان در پاسخ به این سؤال که آیا سهام، اوراق قرضه و تمبر را می‌توان به رهن داد، به تقسیم‌بندی جدید اموال به اموال آلی و اصالی پرداخته و معتقدند، مال آلی مالی است که خودش ذاتاً مالیت ندارد، بلکه نماینده مالی است؛ مثل، اسکناس که لااقل در نظر برخی به اعتبار اینکه معرف پشتوانه و ارزش مقداری سیم و زر است مالیت دارد و اسناد خزانه نیز مال آلی و حاکی از استحقاق دارنده آن به دریافت مقداری پول رایج است. مال اصالی مالی است که ذاتاً ارزش دارد مانند، اغذیه و البسه و فرش و امثال آن‌ها که در نظر این عده از حقوق‌دانان، مورد رهن لازم نیست از مصادیق افراد مال اصالی باشد و می‌توان مال آلی را نیز به وثیقه گذاشت. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۰) با این اوصاف ایشان نظر به امکان توثیق این نوع اموال دارند.

## ۳- توثیق اسناد تجاری در قوانین مصر

در حقوق مصر در دو قانون مدنی و تجارت به توثیق اسناد تجاری پرداخته شده است. به همین منظور در قسمت نخست توثیق اسناد اذنی و اسمی در قانون مدنی را تبیین و در ادامه، این موضوع در قانون تجارت بررسی می‌شود.



### ۳-۱- توثیق اسناد اذنی و اسمی در قانون مدنی

ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی مصر مقرر نموده است: «السندات الإسمية و السندات الإذنية يتم رهنها بطريقه الخاصة ألتی سمها القانون احواله هذه السندات»؛ یعنی، رهن اسناد اسمی و اذنی به طریق که قانون برای حواله این اسناد پیش‌بینی نموده است، کامل می‌شود. با توجه به مواد مربوط به حواله اسناد اسمی و اذنی، رهن اسناد اسمی با قید رهن بودن این اسناد در دفاتر شرکت محقق خواهد شد. رهن اسناد اذنی نیز از طریق ظهن‌نویسی امکان‌پذیر است. بنابراین برای به رهن گذاشتن اوراق سهام یک شرکت صرف درج این مطلب در دفاتر شرکت کافی است. در خصوص بروات و حواله‌جات نیز با ظهن‌نویسی به‌عنوان وثیقه این امر تحقق می‌پذیرد.

در خصوص رهن اسناد بانام و بی‌نام همانند، سهام شرکت‌ها و بروات، قانون مدنی مصر نحوه توثیق آن‌ها را به مقررات حواله این اسناد ارجاع داده است. با توجه به مقررات مربوط به حواله اسناد بانام، توثیق آن‌ها با قید این مورد در دفاتر مخصوص صورت می‌گیرد. (سنهوری، بی‌تا: ۳/۹۰۶ و ۳/۹۰۷) بنابراین، برای توثیق اوراق سهام شرکت درج این امر در دفتر ثبت سهام شرکت‌ها کافی است. در مورد اسناد بی‌نام مانند بروات، توثیق آن‌ها با ظهن‌نویسی صورت می‌گیرد؛ در ضمن، طبق ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی مصر، شرط است که دینی که موضوع رهن قرار می‌گیرد، قابل حواله باشد و گر نه رهن آن صحیح نیست.<sup>۲</sup>

### ۳-۲- توثیق اسناد تجاری در قانون تجارت

منظور از این نوع وثیقه، وثیقه حق منعکس در سند تجاری است که دینی را که بر ذمه ظهن‌نویس است، ضامن طلب دارنده سند تجاری می‌نماید. مجموعه قانون مدنی فرانسه به هنگام صدور حکم مبنی بر جواز رهن اوراق تجاری به‌وسیله ظهن‌نویسی حکمی نداشت، فلذا محل اختلاف فقه و حقوق بود. برخی عقیده داشتند که رهن تمام نمی‌شود مگر با اجرای حواله مدنی که مستلزم اعلام

۱. سند اذنی شامل چک و برات و سفته است که حواله این‌گونه اسناد بین مُحیل و محال‌له به‌صرف تراضی صورت می‌گیرد، ولی برای نفوذ نسبت به اشخاص ثالث و مدیون باید ظهن‌نویسی صورت گیرد. سند اسمی شامل اسنادی مثل سهام بانام شرکت‌ها است که حواله آن‌ها بین مُحیل و محال‌له به‌صرف تراضی صورت می‌گیرد و برای نفوذ نسبت به اشخاص ثالث و مدیون باید در دفتر خاص شرکت به ثبت برسد. برای مطالعه بیشتر ر.ک. به: سنهوری، بی‌تا: ۳/۴۸۶؛ عالیه، ۱۹۹۶: ۳۴۵

۲. ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «إذا كان الدين غير قابل الحواله او للجز فلا يجوز رهنه»؛ یعنی، دینی که قابل انتقال یا قابل توقیف نباشد، رهن آن جایز نیست.

به مدیون یا قبول آن به وسیله مدیون است؛ و برخی دیگر عقیده داشتند که رهن اسناد تجاری از طریق ظهرنویسی و بدون نیاز به این تشریفات امکان پذیر است. قانونگذار فرانسوی که در قانون مصوب ۲۳ می ۱۸۶۳ رهن اسناد تجاری را جایز اعلام نمود و ماده ۹۱ قانون تجارت نیز همین معنا را افاده می کند. قانونگذار مصری نیز به تقلید از قانون ۱۸۶۳ فرانسه این موضوع را در ماده ۷۶ قانون تجارت به تصویب رساند. (شفیق، ۱۹۵۴: ۲۸۰)

بنابراین در حال حاضر در قوانین و مقررات مصر راجع به اسناد تجاری دو ماده وجود دارد: یکی ماده ۷۶ قانون تجارت و دیگری ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی مصر. در ماده ۷۶ قانون تجارت پیش بینی شده است که اسنادی که قابل معامله هستند، رهن آنها از طریق تحویل به مرتهن صورت می گیرد؛ به شرط اینکه، این تحویل به قصد رهن صورت گرفته باشد. قبلاً نیز اشاره شد که رهن اسناد با توجه به حواله آنها صورت می گیرد و رهن اسناد اذنی که شامل چک، سفته و برات هستند، از طریق ظهرنویسی صورت می گیرد؛ اما رهن اسناد بانام از قبیل سهام شرکتها، با درج آنها در دفتر شرکت یا موسسه ای که اسناد مزبور را صادر کرده اند، تحقق پیدا می کند.

برای تحقق ظهرنویسی به عنوان وثیقه علاوه بر امضای ظهرنویس، درج نام ذی نفع ظهرنویسی و عباراتی از قبیل: «القيمة للرهن» و «القيمة للضمان» و تاریخ ظهرنویسی ضروری است. چنانچه ظهرنویسی فاقد یکی از شرایط ظهرنویسی باشد، ظهرنویسی ناقص بوده و به عنوان وکالت فرض می شود. این مطلب از ماده ۱۳۵ قانون تجارت استنباط می شود. (عالیه، ۱۹۹۶: ۳۴۵)

بنابراین با توجه به آنچه که گفته شد، تفاوت اساسی بین رهن مدنی و تجاری در رابطه با ابلاغ رهن به مدیون است. در رهن مدنی مطابق ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی برای اینکه رهن در رابطه با مدیون و اشخاص ثالث مؤثر شناخته شود، نیاز به ابلاغ مدیون و یا قبول وی دارد در غیر این صورت در مقابل آنها قابل استناد نیست، ولی در رهن تجاری نیازی به این تشریفات نیست و به صرف ظهرنویسی به عنوان وثیقه این امر تحقق پیدا می کند.

### نتیجه گیری

در حقوق ایران مطابق ماده ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی رهن و توثیق اسناد که مصداق عین نیستند، باطل اعلام شده است؛ در حالی که، با تتبع در اقوال فقهی که دلایل متقنی بر بطلان رهن دین اقامه نشده و با توجه به تفسیر مناسب قانون مدنی متناسب با نیازهای روز و پذیرش قبض عرفی به جای قبض مادی، می توان توثیق اکثر اسناد تجاری را پذیرفت. در زمینه توثیق اسناد براتی که

از جمله اسناد تجاری هستند، قانون تجارت ایران فاقد حکم است؛ چرا که، در قانون تجارت ظهرنویسی به‌عنوان انتقال و وکالت را پذیرفته، اما در مورد ظهرنویسی برای وثیقه سکوت اختیار نموده است؛ درحالی‌که، به نظر می‌رسد می‌توان این نهاد را همانند حقوق فرانسه و قانون متحدالشکل ژنو به‌موجب مکانسیم ظهرنویسی که متناسب با نیازهای روز است و منع قانونی هم در آن وجود ندارد، به رسمیت شناخت. توثیق برگ وثیقه انبارهای عمومی نیز که در زمره اسناد تجاری است، مطابق مقررات مورد پذیرش واقع شده است. توثیق سهام نیز اعم از سهام بی‌نام و بانام، مطابق با مقررات لایحه اصلاح قانون تجارت، بند دوم تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، ماده ۱۰ قانون مدنی، ماده ۲۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و ماده ۱۱۳ اصلاحی قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۲/۵/۲۶ مورد پذیرش قرار گرفته است. در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی، تمبر و اوراق قرضه، ماده ۲۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و ماده ۱۱۳ اصلاحی قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۲/۵/۲۶، دلالت بر امکان توثیق دارد؛ و حال اینکه عمده حقوق‌دانان، توثیق این دست اسناد را پذیرفته‌اند.

در حقوق مصر، رهن اسناد تجاری به رسمیت شناخته شده و صرفاً در تشریفات توثیق تفاوت‌هایی بر حسب نوع سند تجاری به چشم می‌خورد؛ به‌نحوی‌که، در قانون مدنی مصر، رهن اسناد اذنی و اسمی تابع مقررات حواله است و رهن سند اسمی همانند سهام بانام شرکت‌ها با قید رهن بودن این اسناد در دفاتر شرکت، و رهن اسناد اذنی همانند بروات و حواله‌جات و سهام بی‌نام نیز با ظهرنویسی محقق می‌شود. در حقوق مصر، قبض از ارکان تشکیل‌دهنده عقد نیست، ولی برای نفوذ آن نسبت به اشخاص ثالث لازم و ضروری است، و به‌جای قبض دین، قبض سند دین از ناحیه مرتهن کافی و در حکم قبض مال منقول است.

## کتاب‌نامه

### الف- کتب و مقالات

#### الف-۱: فارسی

۱. اخلاقی، بهروز (۱۳۶۸)، «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۲۴، شماره پیاپی ۱۱۶۰، صص ۴-۱۶.
۲. اخلاقی، بهروز (۱۳۶۸)، «اسناد تجاری»، دوره کارشناسی ارشد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۴، صص ۶۳-۸۲.
۳. اسکینی، ربیعا (۱۳۷۳)، حقوق تجارت - اسناد تجاری، چاپ ۳، تهران: انتشارات سمت.
۴. اسکینی، ربیعا (۱۳۷۷)، حقوق تجارت - شرکت های تجاری، جلد دوم، چاپ ۲، تهران: انتشارات سمت.
۵. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۲)، حقوق تجارت - شرکت های تجاری، جلد دوم، چاپ ۵، تهران: انتشارات سمت.
۶. اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ میری، حمید (۱۳۸۸)، «رهن اسکناس»، نامه مفید، شماره ۷۳، سال پانزدهم، صص ۱۰۵-۱۲۲.
۷. ایزدی فرد، علی اکبر؛ بهرامی، حسین (۱۳۹۲)، «رهن اسکناس»، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۴، سال دهم، صص ۳۹-۵۸.
۸. باریکلو، علی رضا (۱۳۸۵)، «ماهیت سهم و بازخرید آن توسط شرکت صادر کننده»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، شماره یک، سال اول، صص ۱۴-۳۸.
۹. باقری اصل، حمید (۱۳۹۲)، «نقش قبض در توثیق اسناد تجاری»، دوفصلنامه علمی پژوهشی دانش حقوق مدنی، شماره ۲ پاییز و زمستان، دوره ۲، صص ۷۲-۸۳.
۱۰. تفرشی، محمد؛ سکوتی نسیم، رضا (۱۳۸۳)، «بیع سهام شرکت های سهامی»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۲، دوره ۲۱، صص ۳۵-۵۸.
۱۱. جعفری لنگرودی، سید محمد جعفر (۱۳۸۰)، حقوق مدنی (رهن و صلح)، چاپ ۳، تهران، گنج دانش.
۱۲. ستوده تهرانی (۱۳۸۴)، حقوق تجارت، جلد دوم، چاپ ۶، تهران: نشر دادگستر.

۱۳. ستوده تهرانی (۱۳۸۹)، *حقوق تجارت*، چاپ ۱۶، تهران: نشر دادگستر.
۱۴. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۸)، *حقوق تجارت*، جلد ۲، چاپ ۴، تهران: نشر میزان.
۱۵. سلطانی، محمد؛ اخوان هزاوه، حامده (۱۳۹۱)؛ «ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام»، *فصلنامه بورس اوراق بهادار*، شماره ۱۷، سال پنجم، صص ۱۴۱ - ۱۶۱.
۱۶. شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۸۶)، «انتقال و توثیق ضمانت‌نامه مستقل بانکی»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، شماره ۲، دوره ۱۱، صص ۱۰۷ - ۱۲۶.
۱۷. صقری، محمد (۱۳۸۰)، *حقوق بازرگانی اسناد*، چاپ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۸. صقری، محمد (۱۳۸۸)، *حقوق بازرگانی اسناد*، چاپ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۹. صقری، محمد (۱۳۹۴)، *حقوق بازرگانی اسناد*، چاپ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، *حقوق مدنی*، جلد ۴، چاپ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، *حقوق مدنی*، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، *حقوق مدنی*، جلد ۴، چاپ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۲۳. کریمی، عباس؛ معین‌الدین، محمد (۱۳۸۷)، «رهن اموال فکری»، *فصلنامه حقوق مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۲، دوره ۳۸، صص ۳۱۵ - ۳۲۴.
۲۴. کریمی، عباس (۱۳۷۶)، «رهن دین»، *مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۳۸، صص ۲۰ - ۳۷.
۲۵. الماسی، نجادعلی (۱۳۸۹)، *تعارض قوانین*، چاپ ۱۷، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۲۶. مصباحی مقدم، غلامرضا؛ سیاح، سجاد؛ نادری نورعینی، محمدمهدی (۱۳۸۸)؛ «امکان‌سنجی وقف سهام و پول؛ مدل وقف سهام و پول در ایران»، *دوفصلنامه علمی پژوهشی جستارهای اقتصادی*، شماره ۱۲، دوره ۷، صص ۹۱ - ۱۱۹.
۲۷. نیک فرجام، کمال (۱۳۹۰)، «رهن و وثیقه اسناد براتی در حقوق ایران و انگلیس»، *فصلنامه علمی پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۵۷، دوره ۴، صص ۲۰۶ - ۲۳۰.

الف-٢: عربی

٢٨. سنهوری، عبدالرزاق (١٩٥٨)، الوسيط فی الشرح القانون المدني الجديد، جلد سه، چاپ ٢، بیروت: داراحیاء التراث العربی.

٢٩. شفیق، محسن (١٩٥٤)، القانون التجاری المصری، چاپ ١٤، القاهره، دارالمعارف اسکندریه.

٣٠. عالیه، سمیر (١٩٩٦)، اصول القانون التجاری، الطبعة الثانية. بیروت، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع.



پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی