



شماره حقوق

دوفصلنامه

دوره ۴ - شماره ۸ - بهار و تابستان ۱۴۰۰

- ابعاد فقهی و جرم شناختی شرط بندی در فضای مجازی
ابوالفتح خالقی، سیمین فرخی نیا
- بررسی انتقادی رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به آثار حقوقی جدایی
مجمع الجزایر جاگوس از مورپس در سال ۱۹۶۵
موسی عاقلی قاضیانی، محمد عاقلی قاضیانی
- واکاوی حقوقی تطبیقی نهاد وثیقه در پرتو قوانین ایران و انگلیس
حسین رحیمی خجسته، مرضیه فتحی برنجی
- رویکردی تطبیقی بر آثار ادغام شرکت‌های تجاری
افشین مجاهد
- تبیین ابعاد عدالت و اخلاق از منظر اصول چهارچوبی حقوق بین الملل اسلامی
نوروز کارگری، سجاد طبیبی
- جایگاه جنایات جنسی در محاکم کیفری بین‌المللی
عباس پورهاشمی، سحر چوبین
- پاندمی کووید ۱۹ در پرتو حقوق همبستگی
سیدبهراد میرفخرایی
- آثار و جهات تجدیدنظرخواهی (بزه‌هش‌خواهی) از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و فرانسه
سیدجعفر هاشمی باجگانی، افشین مجاهد
- سرمایه گذاری خارجی در حقوق موضوعه ایران و موانع پیش روی آن
محمدرضا پورپور
- شرط ضمان مطلق مستأجر در نگهداری از عین مستاجر در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران
فیروز احمدی، علی قائدرحمتی
- هشدار برای دانه درشت‌ها: مروری بر مهمترین نقش‌ها و رهاوردهای حقوق بین الملل
کیفری در نظم حقوقی بین المللی
محسن قدیر، موسی گرمی
- مطالعه تطبیقی آثار جرم اختلاس در حقوق ایران و انگلستان با نگاهی به اسناد بین‌المللی
محسن جعفری، فاطمه اسدی
- تعهد حسن‌نیت در قراردادهای در حقوق ایران و فرانسه
عباس کریمی، ابوالفضل سلیمان
- رویکردی تطبیقی بر قرارداد ارفاقی در حقوق ایران، انگلیس و فرانسه
حسن رحیم زاده مبدی، افشین مجاهد
- آثار نفقه زوجه در حقوق ایران و فرانسه
مصطفی افضلی گروه
- مطالعه تطبیقی عدم نفوذ با بطلان نسبی در حقوق ایران و فرانسه
عباس کریمی، غلامرضا ایزدپناه
- نقد و ارزیابی ضررهای فردی، اجتماعی و قضائی جرم انگاری در نظام کیفری ایران
رستم علی اکبری، امیر فرج بخش



Comparative Legal Analysis of the Collateral in the Light of the Anglo-Iranian Laws

واکاوی حقوقی تطبیقی نهاد وثیقه در پر تو قوانین ایران و انگلیس

Hossain Rahimi Khojasteh

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Tehran, Iran

Marziefh Fathi Bornajji

M.Sc. Student of Private Law, Department of Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Tehran, Iran (Corresponding Author)

حسین رحیمی خجسته

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، تهران، ایران

h_rahimikhojasteh@iau-tnb.ac.ir

مرضیه فتحی برناجی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

golshanfathi@hotmail.com

https://orcid.org/0000-0002-4016-2931

Abstract

Depositing a property as collateral of the belonging to debtor in order to guarantee the creditor's claim has been formed from the very beginning of the establishment on the basis of regulating the economic and social relations of individuals in society. Accordingly, in financial obligations, various types of securities have been established. However, security contracts with the same basic basis gradually prevailed, and taking into consideration the requirements of modern business, legislators adopted different procedures regarding security and its instances based on some laws, regulations, and instructions. However, all the different stances of the legislature have always been accompanied by a basis for securing and reassuring the guarantors and facilitating the granting of credits to the production units which deposit collaterals. In the legal systems of many countries such as Iran and the United Kingdom, security contracts are recognized to secure financial obligations; Collaterals that gives the creditor the right of precedence and prosecution in order to enforce an objective right over the pledger's assets. In this study, we seek to answer the question that, considering the differences and commonalities in Iranian and British law, how the legal nature of the institution of collateral is included in the framework of legal arrangements. In this regard, it seems necessary to recognize the legal establishment of "collateral" as a new face of collateral contracts, regardless of the difficulties of civil collaterals. By accepting the mentioned theory, the provisions of civil pledging contracts are applicable in cases of silence insofar as they do not contradict the basic elements of commercial collateral accepted by special laws.

Keywords: Legal Establishment, security, Objective Right, Iranian Law, British Law.

چکیده

وثیقه قراردادن مالی از اموال بدهکار جهت تضمین طلب بستانکار، از همان ابتدای تأسیس با مبنای تنظیم روابط اقتصادی و اجتماعی افراد جامعه شکل گرفته است. بر همین مبنا در تعهدات مالی، به تأسیس انواع وثائق عینی اقدام شده است. اگرچه قرارداد وثیقه با همان مبنای اولیه به تدریج عمومیت بیشتری یافته و به لحاظ اقتضات تجارت نوین، قانونگذاران بر مبنای برخی قوانین، آئین نامه ها و دستورالعمل های پراکنده رويه هائی متفاوت در خصوص وثیقه و مصادیق آن در پیش گرفتند، لیکن همه ی موضع گیری های متفاوت مقنن همواره با مبنای در امنیت قراردادن و اطمینان بخشی طلب وثیقه گیرندگان و تسهیل اعطای اعتبارات به واحدهای تولیدی وثیقه گذار، همراه بوده است. در بسیاری از نظام های حقوقی کشورها نظیر ایران و انگلیس برای تضمین تعهدات مالی، عقود توثیقی به رسمیت شناخته شده است. وثائقی که به منظور ایجاد حق عینی نسبت به دارائی های وثیقه گذار، برای بستانکار حق تقدم و تعقیب ایجاد می کنند. در این پژوهش به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که با عنایت به وجوه افتراق و اشتراک در حقوق ایران و انگلیس، ماهیت حقوقی نهاد وثیقه چگونه در چارچوب تریات قانونی قرار می گیرد؟ در این راستا به رسمیت شناختن تأسیس حقوقی «عقد وثیقه» به عنوان چهره ای جدید از عقود توثیقی، فارغ از دشواری های وثایق مدنی ضروری می نماید. با پذیرش نظریه یاد شده، مقررات قراردادهای توثیقی مدنی تا جایی که با ارکان اساسی وثیقه تجاری مورد پذیرش قوانین خاص، مغایرت نداشته باشد در موارد سکوت قابل اجراست.

واژگان کلیدی: تأسیس حقوقی، وثیقه، حق عینی، حقوق ایران، حقوق انگلیس.

Received:2021/04/14 - Review: 2021/08/15 - Accepted:2021/09/10

دریافت مقاله: ۱۴۰۰/۰۱/۲۴ - بازنگری مقاله: ۱۴۰۰/۰۵/۲۴ - پذیرش مقاله: ۱۴۰۰/۰۶/۱۹

مقدمه

«وثیقه در اصطلاح حقوقی قراردادی بین وثیقه گذار و وثیقه گیرنده است که به موجب آن مالی برای استحکام اجرای تعهدی معین (اعم از پرداخت دین، انجام فعل یا ترک فعل) توسط متعهد یا شخص ثالث به متعهدله سپرده می شود تا در صورت عدم انجام آن تعهد، مورد استفاده متعهدله قرار گیرد.» اصولاً در معاملات اعتباری، که عوض یا معوض مدت زمانی بر ذمه یکی از طرفین قرار می گیرد و یا زمان تسلیم آن مؤجل است و نیز در قراردادهای کار، طرف بستانکار برای اطمینان از انجام تعهد و یا حسن انجام کار، ممکن است خواهان اخذ وثیقه شود. در حقوق ایران، هرگاه از وثیقه سخن به میان می آید عمدتاً بحث عقد رهن مطرح می گردد. شرایط انعقاد، احکام، آثار و به طور کلی مقررات رهن در مواد ۷۷۱ تا ۷۹۴ قانون مدنی بیان شده است. لیکن با مطالعه در نوشته های حقوقی مختلف و نیز با موشکافی در متون قوانین متعدد در باب عقود توثیقی، ولو با عنوان عقد رهن به کار رفته باشند در می یابیم که عقد مستقلی به نام وثیقه در معنای خاص وجود دارد که علیرغم مشابهت ایجاد حق عینی برای طلبکار (حاوی دو امتیاز حق تقدم و حق تعقیب) و دیگر شباهت ها با عقد رهن مندرج در قانون مدنی، وجوه افتراقی با آن دارد که برای توثیق انواع اموال مانند اوراق بهاداری چون اسناد تجاری و نیز منافع که دارای ارزش مالی و کاربرد در عملیات بانکی هستند مانع و محدودیت ایجاد نمی کند. بدین توضیح که قانونگذار از بعضی شرایط رهن (مانند دو شرط لزوم عینیت و قبض رهنیه) احتراز نموده و محدودیت هائی را که در عقد رهن وجود دارد از سر راه برداشت و از این رهگذر بین رهن و وثیقه فرق قائل شد؛ همانطور که در حقوق انگلیس نیز این دو عنوان از یکدیگر مجزا و دارای مقررات جداگانه ای هستند. البته در مورد معاملات وثیقه ای تعریف قانونی و یا عنوان قانونی خاص پیش بینی نشده است، تنها برخی حقوقدانان آن را این گونه تعریف می کنند: هر معامله ای که به موجب آن شخصی (اعم از مدیون یا غیر آن) مال منقول یا غیرمنقول خود را وثیقه انجام عملی قرار دهد خواه آن عمل رد طلب باشد و خواه آن عمل، طلب ناشی از قرارداد باشد یا خیر. لذا معاملات وثیقه ای اعم از عقد رهن می باشد و مصادیق آن متنوع تر است و شامل قرارداد وثیقه در معنای خاص نیز می شود. این گونه می شود که شرایط اختصاصی انعقاد عقد رهن مدنی در وثیقه های تجاری به عنوان وثیقه خاص ضرورتی ندارد و تنها مالیت شیء مورد وثیقه اهمیت پیدا می کند، اعم از این که شیء مورد نظر عین، طلب و یا حتی منفعت باشد. این دلایل سبب شده است تا تفکیک وثیقه

بازرگانی از وثیقه مدنی به عنوان یک ضرورت مطرح شود. طبیعی است که تحول و تکامل هر نظام حقوقی در داشتن ارتباط با سایر نظام های حقوقی امکان پذیر است به همین منظور این پژوهش درصدد مقایسه تطبیقی وثیقه در قلمرو حقوق ایران و انگلیس است.

۱- مصادیق وثایق عینی در حقوق مدنی ایران

قدیمی ترین نهاد برای توثیق اموال بدهکار جهت اخذ وام و تضمین تعهدات و نیز تأمین طلب طلبکار در برابر خطر عدم وصول مطالبات، «عقد رهن» است که به موجب قانون مدنی با الهام از دیدگاه مشهور فقهای امامیه، شرایط و الزاماتی نظیر لزوم عینیت رهینه (ماده ۷۷۴)^۱ و نیز ضرورت قبض آن (ماده ۷۷۲)^۲ در نظر گرفته شده است که به جهت مواجه ساختن رهن بسیاری از اموال با ممنوعیت های قانونی، تأسیس دیگری تحت عنوان کلی «معاملات با حق استرداد» در قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ پیش بینی شد؛ بدون آن که تحولی عظیم در نظام عقد رهن مدنی ایجاد نموده باشد. بنابراین وثیقه گذار و وثیقه گیرنده به تناسب قالبی که برای توثیق، در نظر گرفته باشند تابع شرایط و احکام آن خواهند بود. در این راستا، گاه قانونگذار برای یک هدف، دو یا چندین قالب تجویز می کند، همان گونه که به جهت کنار نهادن محدودیت های لزوم قبض مورد رهن، نهاد معامله با حق استرداد می تواند راهگشا باشد. لیکن غالباً جریان احکام و آثار معاملات با حق استرداد به جهت پاره ای مصالح اجتماعی و اقتصادی بوده است، همانطور که در قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰، بیع شرط تحت احکام عقود توثیقی تنظیم شد و دیگر مملکت نخواهد بود.

۱-۱- مفهوم عقد رهن و ارکان آن

رهن در لغت به معنای ثبات و دوام (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ۱۹۶) و گاه در معنای حبس (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ۳۴۲) به کار می رود. در این راستا اصطلاح حقوقی از معنی لغوی دور نیافته است؛ زیرا در عقد رهن، عین مرهونه از نقل و انتقال بازداشته می شود (امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ۴۱۳) و نیز

۱- ماده ۷۷۴- مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.

۲- ماده ۷۷۲- مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

در آثار حقوقی، لفظ رهن گاه بر عقد رهن در معنای وثیقه و گاه بر عین مرهونه (مواد ۷۸۳ الی ۷۸۶) اطلاق شده است (ابوعطا، ۱۳۸۷، ۹). در حقوق موضوعه، مطابق ماده ۷۷۱ قانون مدنی عقد رهن زمانی است که مالی به عنوان وثیقه، در گرو و متعهدله قرار بگیرد تا به جهت یافتن حق عینی بَر روی مال معین، وصول طلب وی تأمین و توثیق گردد. در ماده ۴۷۸۱ قانون مزبور با عنوان حق رجحان، به حق تقدم که وجه امتیاز برجسته حق عینی از حق دینی است، اشاره شده است که نقش ضمانت اجرائی و توثیقی ایفاء می کند و عقد مذکور را به کامل ترین نوع وثیقه تبدیل نموده است؛ زیرا ابتدا طلبکاران دارای حق عینی، مطالبات خود را از عواید حاصله از فروش وثیقه عینی، وصول می نمایند و طلبکاران عادی صرفاً پس از وضع مطالبات دارندگان دارای حق تقدم، در باقیمانده دارائی بدهکار، شریک می شوند (امیری قائم مقامی، ۱۳۸۵، ۶۶). مضافاً این که چون مدیون، حق ندارد در وثیقه تصرفی کند که به زیان طلبکار باشد، محل وصول طلب، همیشه محفوظ می ماند و طلبکار می تواند آن را در دست هر کس بیابد با حفظ حق تعقیب متوقف سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۴، ۴۶۸).

قانون مدنی در دو ماده ۷۷۲ و ۷۷۴، ارکان عقد رهن را به ترتیب لزوم قبض عین مرهونه^۵ و عین معین بودن آن، معرفی می کند. در حقوق موضوعه، تعریف قبض در مجموعه مقررات عقد بیع، به موجب شق آخر ماده ۳۶۷ قانون مدنی با این عبارت مقرر شده است: «...قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع.» بنا بر اطلاق که در لفظ استیلاء به کار رفته است، قبض گاه به اختیار گذاشتن و تسلیط فعلی بر عین معین است (استیلاء و قبض مادی) و گاه سلطه و استیلاء معنوی است، بدون آن که الزاماً تصرف فعلی و مادی ملاک باشد. مشهور حقوقدانان نیز قبض را دارای ماهیت عرفی می دانند که چگونگی تحقق آن را می بایست، از منظر عرف تفسیر کرد (محمودی، ۱۳۹۱، ۱۶۸). حال در عقد رهن، آیا قبض

۳- حق عینی سلطه ای است که مالی را به طور کامل یا ناقص در اختیار شخص قرار می دهد و از رابطه مستقیم و قابل استناد در برابر هر شخص دیگر ناشی می شود؛ در حالی که حق دینی حقی است که شخص بر دیگری پیدا می کند و می تواند از او انتقال و تسلیم مالی یا انجام دادن کاری را بخواهد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۲۴-۲۵).

۴- ماده ۷۸۱- اگر مال مرهونه به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود مازاد مال مالک آن است و اگر برعکس حاصل فروش کمتر باشد مرتهن باشد برای نقیصه به راهن رجوع کند.

۵- در حقوق ایران گرچه عقد رهن از عقود عینی است و قبض مورد رهن شرط است، لیکن از آن جا که از شاخه های مالکیت (عین یا منفعت) به شمار نمی آید، دارنده حق عینی تبعی (وثیقه گیرنده) اختیار تصرف در عین مرهونه را ندارد.

شرط صحت عقد است؟ (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۵، ۹۹). بدین معنا که انعقاد آن، موکول به تسلیم مال موضوع تعهد شده باشد، آن گونه که در قراردادهای عینی معمول است. همچنین تأثیر قبض در عقود عینی به خاطر ناتوانی اراده اشخاص در ایجاد روابط حقوقی نیست، بلکه حفظ منافع متعهدله، فلسفه اصلی چنین عقودی می باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۴، ۸۹) و از لحاظ حقوقی چنانچه متعهد به هر دلیلی از اقباض مورد معامله امتناع نماید ایجاب و قبول طرفین کأن لم یکن خواهد شد (امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ۴۱۶) و یا اثر قبض محدود به تبدیل جواز عقد به لزوم است (حلبی، ۱۴۱۷ق، ۲۴۳) و یا مطابق دیدگاه گروهی دیگر، قبض در تشکیل عقد رهن بی تأثیر بوده و صرفاً از آثار عقد مزبور می باشد، همانطور که تعهد به تسلیم، اثر عقد بیع است. قانون مدنی دیدگاه نخست را مورد پذیرش قرار داده است. در توضیح عینیت مورد رهن نیز آمده است که مال معین و حال برای استیثاق دین معین قرار می گیرد و ماده ۷۷۴ قانون مدنی نیز بر این ضرورت اشاره نموده است. از سوی دیگر عین معین در مقابل دین و منفعت قرار گرفته است.^۶

۱-۲- معاملات با حق استرداد

معاملات با حق استرداد، «عقدی است که به عنوان وثیقه دین یا حسن انجام تعهد در اختیار بستانکار قرار داده شود تا تحت شرایط قانونی در صورت امتناع مدیون از پرداخت دین، از محل آن وثیقه، طلب خود را تأمین کند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۳، ۷۵۵). بنابراین معاملات با حق استرداد در معنای عام، از جمله وثایق عینی مدنی هستند؛ زیرا در صورت عدم پرداخت طلب بستانکار، مال وثیقه، به فروش رفته و از قیمت آن طلب و متفرعات آن پرداخت می شود. فلذا این وثایق نیز موجد حقوق تقدم و تعقیب می باشند. در تعریف حق استرداد در بند ک ماده ۱ آئین نامه اجرائی مفاد اسناد لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مصوب ۱۳۸۷ (اصلاحی ۱۳۹۸) آمده است: «حقی است که به موجب آن مدیون می تواند با رد طلب بستانکار، مال مورد وثیقه را تحت تصرف کامل خود درآورد.» (افروغ، ۱۴۰۰، ۱۹۱). مطابق قانون ثبت اسناد و املاک

۶- در وثیقه در معنای عام، ممکن است مورد وثیقه، افزون بر اموال موجود، اموال آتی در برابر تعهدات را نیز دربرگیرد (سلیمانی سوادکوهی، ۱۳۵۴، ۷).

مصوب ۱۳۱۰، معاملات مذکور ناقل مالکیت نیستند و فقط تعهد با وثیقه قلمداد می شوند. لازم به ذکر است، بیع شرط بارزترین فرد این گونه معاملات محسوب می شود که امروزه مملک و ناقل مبیع نیست. این نکته را باید افزود که علاوه بر تصریح ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰، در ماده ۴۴ نیز در بیان اجرائیه مرقوم شده است، معاملات با حق استرداد نسبت به اموال منقول نیز احکام خاص خود را دارند، فلذا معاملات مذکور منحصر در املاک نیست (نجفی، ۱۳۸۶، ۸۲).

۱-۳- بیع شرط

ماده ۴۵۸ قانون مدنی در توضیح بیع شرط مقرر داشته است: «در عقد بیع متعاملین می توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد...» سابقه تاریخی چنین عقدی نشان می دهد در طول تاریخ حقوق ایران از عنوان بیع شرط و ماده ۴۵۹ قانون مدنی به شدت سوءاستفاده می شده است؛ بدین نحو که برای فرار از مقررات شرع اسلام که ربح گرفتن را مجاز نمی شمارد، وام دهنده به طور صوری، ملک وام گیرنده را می خرید و در قرارداد، شرط می شد که اگر بایع ثمن را ظرف مهلت معینی به مشتری مسترد دارد حق

۷- ماده ۳۴- در مورد معاملات مذکوره در ماده ۳۳ هر گاه انتقال دهنده در ظرف مدت از حق خود استفاده نکرد انتقال گیرنده حق دارد از اداره ثبت فروش ملک متعلق حق خود را تقاضا نماید در این صورت اداره مزبور به انتقال دهنده اخطار خواهد کرد که در ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اخطارنامه اصل و اجرت المسمی عقب افتاده و خسارت تأخیر تأدیه نسبت به اصل (از روز انقضای مدت حق استرداد) یا وجه التزام را در صورتی که بین طرفین مقرر بوده به انتقال گیرنده تأدیه کند والا ملک به طریق مزایده فروخته شده و وجوه فوق الذکر مرجحاً بر هر طلبکار دیگر انتقال دهنده به انتقال گیرنده تأدیه می گردد.

۸- ماده ۴۴- هر گاه کسی که نسبت به ملک مورد ثبت اقامه دعوی کرده قبل از انقضای موعدهای مقرر در مواد ۱۷، ۱۸ و ۱۹ فوت کرده یا مجنون یا محجور شود مستدعی ثبت مکلف است مراتب را به اداره ثبت و پارک بدایت صلاحیتدار کتاباً اطلاع داده و پس از معین شدن قائم مقام قانونی به او از طریق محقق ثبت یا محکمه مربوطه اخطار نماید که مشارالیه در ظرف شصت روز از تاریخ ابلاغ اخطار به دعوا را تعقیب کند. هر گاه قائم مقام قانونی در مدت مقرر دعوا را تعقیب نکرد محکمه یا محقق ثبت قرار اسقاط دعوا را صادر می کند. این قرار فقط قابل استیناف است.

۹- ماده ۴۵۹- در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می شود با قید خیار برای بایع بنابراین اگر به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده عمل ننماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.

فسخ معامله را داشته باشد. از سوی دیگر چون قانوناً، منافع ملک به تبع اصل آن به محض انعقاد بیع، به خریدار شرطی منتقل می‌شود، نامبرده مال را به فروشنده اجاره می‌داد و ربح مورد نظر را به عنوان اجاره ملک از او می‌گرفت. بنابراین در این گونه معاملات افزون بر ربحتی که وام دهنده اخذ می‌نمود، ثمنی که از سوی فروشنده (مقرض) پرداخت می‌شد در برابر ارزش واقعی ملک ناچیز بود (عسگری، ۱۳۸۵، ۲۲۷). قانونگذار ثبت با الهام از ماده ۴۶۳ قانون مدنی که مقرر داشته است: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود» با تصویب مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک که آخرین تحولات آن در سال ۱۳۸۶ بوده است عنوان عام «معاملات با حق استرداد» را مبدعانه وضع نمود تا تمام معاملاتی را که به ظاهر در آن‌ها اراده آزاد حکومت دارد و اثر آن‌ها تملیک با حق استرداد است، اثر تملیکی را از آن‌ها سلب نموده و اثر معاملات توثیقی را جاری نماید تا از سوءاستفاده رباخواران جلوگیری شود؛ به گونه‌ای که مالکیت مورد انتقال همچنان در تملک انتقال دهنده باقی بماند و قانوناً حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده باشد.

۲- مصادیق و ثایق تجاری در نظام حقوقی ایران

امروزه، اوراق بهادار «به هر نوشته یا مستند قابل معامله‌ای که دارای ارزش مالی است» (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ۱۳۰) در معنای عام اعم از سهام شرکت‌های سهامی، اسناد تجاری در معنای خاص (اسناد براتی) و اسناد تجاری غیربراتی نظیر قبض انبارهای عمومی، مورد استعمال و استقبال قرار گرفته است (انصاری و ذوالفقاری، ۱۳۹۱، ۱۷). یکی از موارد شایع استعمال ابزارهای معاملاتی فوق الذکر، توثیق آن‌ها (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۲۷) برای تحصیل اعتبار و تضمین حسن انجام تعهد است.

۲-۱- سهام شرکت‌های سهامی

سهام یکی از مصادیق ورقه بهادار در ماده ۱۰۲۴ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ به حقوق سهامدار در شرکت تعریف شده است و ورقه سهم نوشته‌ای است که بیانگر حق مزبور باشد

۱۰- ماده ۲۴- سهم قسمتی است از سرمایه شرکت سهامی که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی می‌باشد. ورقه سهم سند قابل معامله‌ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد.

(عبادی، ۱۳۸۶، ۸۷). در مواد ۱۱۱۴ و ۱۱۱۵ قانون مذکور نیز به صراحت به توثیق سهام مدیران اشاره شده است. همچنین ماده ۱۳۶۷ آن قانون در مورد تعویض اوراق قرضه با سهام، توثیق سهام را مفروض پنداشته است. لیکن در خصوص ماهیت سهم، قانون تجارت سکوت اختیار نموده است و به همین جهت، محمل اختلاف نظر بین حقوقدانان شده است: برخی سهم را طلب شریک از شرکت می دانند که طلب مذکور یک رابطه حقوقی دینی است (عیسائی تفرشی، ۱۳۸۶، ج ۲، ۴۸). بسیاری دیگر در خصوص ماهیت سهم، سکوت نموده و به اعلام منقول بودن و قابلیت ترهین آن کفایت کرده اند (عرفانی، ۱۳۸۱، ج ۲، ۷۵). برخی دیگر نیز مطابق ماده ۱۴۳۹ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ توثیق سهام بی نام را به صورت سند در وجه حامل پذیرفته اند؛ بنابراین اگر به عنوان توثیق به متعهدله منتقل گردد انتقال به قبض و اقباض به عمل می آید (الماسی، ۱۳۶۸، ۱۹۵). لیکن در خصوص سهام بانام شرکت ها ممکن است گفته شود، ماهیت حق دینی دارد که قابل ترهین نیست. در پاسخ گفته شده است تعریف عین معین در ماده ۷۷۴ قانون مدنی بر مطلق سهام صدق می کند، همانند تمبر پست که مانند یک کالا قابل خرید و فروش است و نیز ماده ۱۰ قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه مصوب

۱۱- ماده ۱۱۴- مدیران باید تعداد سهامی را که اساسنامه شرکت مقرر کرده است دارا باشند. این تعداد سهام نباید از تعداد سهامی که به موجب اساسنامه جهت دادن رأی در مجامع عمومی لازم است کمتر باشد. این سهام برای تضمین خساراتی است که ممکن است از تقصیرات مدیران منفرداً یا مشترکاً بر شرکت وارد شود. سهام مذکور با اسم بوده و قابل انتقال نیست و مادام که مدیری مفصاحساب دوره تصدی خود در شرکت را دریافت نداشته باشد سهام مذکور در صندوق شرکت به عنوان وثیقه باقی خواهد ماند.

۱۲- ماده ۱۱۵- در صورتی که مدیری هنگام انتخاب مالک تعداد سهام لازم به عنوان وثیقه نباشند و همچنین در صورت انتقال قهری سهام مورد وثیقه و یا افزایش یافتن تعداد سهام لازم به عنوان وثیقه، مدیر باید ظرف مدت یک ماه تعداد سهام لازم به عنوان وثیقه را تهیه و به صندوق شرکت بسپارد و گرنه مستعفی محسوب خواهد شد.

۱۳- ماده ۶۷- سهامی که جهت تعویض با اوراق قرضه صادر می شود بانام بوده و تا انقضای موعد یا مواعد اوراق قرضه وثیقه تعهد پذیره نویسان در برابر دارندگان اوراق قرضه دائر به تعویض سهام با اوراق مذکور می باشد و نزد شرکت نگاهداری خواهد شد این گونه سهام تا انقضاء موعد یا مواعد اوراق قرضه فقط قابل انتقال به دارندگان اوراق مزبور بوده و نقل و انتقال این گونه سهام در دفاتر شرکت ثبت نخواهد شد مگر وقتی که تعویض ورقه قرضه با سهم احراز گردد.

۱۴- ماده ۳۹- سهم بی نام به صورت سند در وجه حامل تنظیم و ملک دارندنده آن شناخته می شود مگر خلاف آن ثابت گردد. نقل و انتقال این گونه سهام به قبض و اقباض به عمل می آید. گواهینامه موقت سهام بی نام در حکم سهام بی نام است و از لحاظ مالیات بر درآمد مشمول مقررات سهام بی نام می باشد.

۱۳۴۸ که می گوید: «اسناد خزانه قابل خرید و فروش است...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۲۸). علاوه بر این می توان گفت ماده ۱۱۴ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ به صراحت سهام بانام مدیران را تا پایان دوره تصدی آنان در شرکت به عنوان وثیقه در صندوق شرکت پذیرفته و به موجب دستورالعمل توثیق اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۹ توثیق سهام بانام در بازار سرمایه، به منظور تأمین مالی از جمله اخذ وام از بانک ها، صراحتاً پذیرفته شده است.

۲-۲- اسناد تجاری در معنای خاص

منظور از اسناد مذکور، اسناد براتی شامل برات، سفته و چک به عنوان اموال منقول (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸، ج ۳، ۲۱۴) و در حکم عین معین با قابلیت قانونی انتقال^{۱۵} است که متضمن تعهد یا دستور پرداخت مبلغ معینی پول به رؤیت یا در سررسید کوتاه مدت می باشند و دارنده آن ها مکلف نمی شود تا سند را تا سررسید نگه دارد، بلکه می تواند قبل از سررسید، به طرق مختلف نظیر تنزیل نسبت به وجه مورد نظر کسب اعتبار نماید. اما از آن جا که در تنزیل، مقداری از وجه می بایست به جهت زودتر پرداخت شدن سند قبل از موعد، کسر گردد و نیز به جهت معايب احتمالی دیگر، تمایل به وثیقه گذاری سند تجاری افزایش می یابد. لکن اسناد مزبور علیرغم آن که به جهت مالیت داشتن، کاربردهای مختلفی در پرداخت، کسب اعتبار و نیز توثیق در تجارت داخلی و خارجی ایفاء می کنند، قانون تجارت ایران در خصوص قابلیت قانونی وثیقه گذاری آن ها، حکم صریح ندارد. پیش نویس لایحه تجارت در بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۳۸ صرفاً در خصوص چک تضمینی همانند بندهای ج و د ماده ۱۳^{۱۶} قانون صدور چک حاوی مقرراتی است. اما همانطور که خواهد آمد با عنایت به مفهوم موادی

55 -Transferability

۱۶- ماده ۱۳- در موارد زیر صادرکننده چک قابل تعقیب کیفری نیست. الف- در صورتی که ثابت شود چک سفید امضاء داده شده باشد. ب- هرگاه در متن چک، وصول وجه آن منوط به تحقق شرطی شده باشد. ج- چنانچه در متن چک قید شده باشد که چک بابت تضمین انجام معامله یا تعهدی است. د- هرگاه بدون قید در متن چک ثابت شود که وصول وجه آن منوط به تحقق شرطی بوده یا چک بابت تضمین انجام معامله یا تعهدی است. ه- در صورتی که ثابت گردد چک بدون تاریخ صادر شده و یا تاریخ واقعی صدور چک مقدم بر تاریخ مندرج در متن چک باشد.

نظیر ماده ۱۷۶۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ که اسناد براتی را تحت عنوان اوراق بهادار بازداشت اعلام نموده است، قوانین و مصوبات دیگر به ویژه مقررات بانکی، اصول و قواعد حقوقی و نظریات متفاوت حقوقدانان، نظریه برگزیده؛ حکم به قابلیت توثیق آن ها برای وثیقه دین، تعهد خسارت احتمالی، تعهد حسن انجام کار و کسب اعتبار می باشد. در این راستا، علت نزاع بین حقوقدانان در خصوص توثیق اسناد براتی (صقری، ۱۳۸۴، ۳۲)، آن است که در قانون تجارت و در مبحث ظهرنویسی، تنها از ظهرنویسی برای انتقال (ماده ۲۴۵ قانون تجارت)^{۱۸} و ظهرنویسی برای وکالت (ماده ۲۴۷ قانون تجارت)^{۱۹} صحبت شده است و برخی از صاحب نظران حقوقی، توثیق اسناد براتی را با توجه به مقررات عقد رهن در قانون مدنی مورد بحث قرار داده اند و از یک سو معتقدند از آن جا که تعریف عین معین واجد ارزش ذاتی بر اسناد براتی صادق نیست، یا توثیق آن ها را به جهت اعتقاد به عدم مالیت اسناد براتی یا برخورد با مقررات عقد رهن که اسناد مذکور به عنوان اسناد طلب، حاکی از اهداف مالی هستند و بحث عین بودن آن ها منتفی است، مطلقاً نپذیرفته اند (اسکینی، ۱۳۸۴، ۱۰۷) و یا صرفاً توثیق اسناد براتی بی نام (در وجه حامل) را به جهت آن که مال منقول مادی به شمار می روند و همانند اسناد بانام (در وجه یا به حواله کرد شخص معین) صرفاً حاکی از ارزش مالی نیستند، تجویز نموده اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۵۴۱). در مقابل بسیاری از حقوقدانان، بدون تردید توثیق اسناد تجاری را گرچه در قالب عقد رهن و الزامات آن باشد، پذیرفته اند و مالیت اسناد مزبور را بر پایه قاعده وصف

۱۷- ماده ۶۷- دادورز (مأمور اجرا) باید قبل از توقیف اموال منقول، صورتی که مشتمل بر وصف کامل اموال از قبیل نوع، عدد، وزن، اندازه و غیره که با تمام حروف و اعداد باشد تنظیم نماید، در مورد طلا و نقره عیار آن ها (هر گاه عیار آن ها معین باشد) و در جواهرات اسامی و مشخصات آن ها و در کتاب، نام کتاب و مؤلف و مترجم و خطی یا چاپی بودن آن با ذکر تاریخ تحریر یا چاپ و در تصویر و پرده نقاشی خصوصیات و اسم نقاش (اگر معلوم باشد) و در مصنوعات، ساخت و مدل و در مورد فرش بافت و رنگ و در مورد سهام و اوراق بهادار نوع و تعداد و مبلغ اسمی آن و به طور کلی در هر مورد مشخصات و خصوصیات که معرف کامل مال باشد نوشته می شود.

۱۸- ماده ۲۴۵- انتقال برات به وسیله ظهرنویسی به عمل می آید.

۱۹- ماده ۲۴۷- ظهرنویسی حاکی از انتقال برات است مگر این که ظهرنویسی 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 مواردی که خلاف این در برات تصریح شده باشد.

تجربیدی بودن اسناد تجاری از معاملات پایه، قرار داده اند که به موجب آن، از آن جا که اسناد براتی، پس از انتقال به دارنده با حسن نیت، فی نفسه متضمن تعهد پرداخت پول می باشند، در معاملات توثیقی آنچه مورد وثیقه قرار می گیرد خود اسناد به عنوان جایگزین پول است که در حکم عین معین هستند. بنابراین حقوق مندرج در اسناد براتی، از منشأ خود جدا شده و در سند تجسم پیدا کرده است (سلجوقی، ۱۳۷۷، ج ۲، ۳۷۳) که با وثیقه گذاری آن ها به روش مرسوم ظهنویسی، خود اسناد با تمام حقوق و تکالیف آن انتقال می یابد و انتقال دین یا طلب صورت نمی گیرد. لذا مطابق تئوری های جدید، تمامی اوراق بهادار به محض انتشار، از اموال دینی به اموال عینی تغییر می یابند و حقوق در اسناد کاغذی صورت مادی (عینیت) می یابند (ساعدی، ۱۳۹۳، ۷۸).

۲-۳- قبض انبارهای عمومی

انبارهای عمومی در ماده ۲۰۱ تصویبنامه مربوط به تأسیس انبارهای عمومی مصوب ۱۳۴۰، مؤسساتی معرفی شده اند که کالاها و مواد اولیه صاحبان صنایع و تولیدکنندگان را به امانت نگهداری می کنند. در ماده ۲ تصویبنامه فوق الذکر، آمده است: «انبارهای عمومی کالاهای مذکور در ماده یک را در مقابل قبض رسید و برگ وثیقه که طبق مقررات این قانون و آئین نامه های مربوط صادر می شود به امانت می پذیرند قبض رسید مدرک مالکیت و سپردن کالا در انبارهای عمومی بوده و برگ وثیقه بعد از ظهنویسی دلیل وثیقه بودن کالا می باشد.» همچنین در ماده ۶ تصویبنامه مذکور مقرر شده است «قبض رسید و برگ وثیقه انبارهای عمومی را می توان توأم یا جداگانه از طریق ظهنویسی منتقل نمود. در صورت ظهنویسی برگ وثیقه کالای مربوطه به آن در گرو شخصی که ظهنویسی به نفع او شده قرار خواهد گرفت در صورت ظهنویسی قبض رسید مالکیت کالا به انتقال گیرنده منتقل خواهد شد.» در تبصره ماده فوق الذکر آمده است: «انتقال مالکیت کالا در هیچ مورد به حقوق کسی که برگ وثیقه به نفع او ظهنویسی شده لطمه ای نخواهد زد و حق وثیقه گیرنده کالا در هر حال محفوظ خواهد بود.»

۲۰- ماده ۱- انبار عمومی مؤسسه ایست بازرگانی که به منظور قبول امانت و نگهداری مواد اولیه و محصولات صنعتی و فلاحتی و کالاهای صاحبان صنایع و کشاورزان و بازرگانان با موافقت هیئت نظارت بر انبارهای عمومی و با رعایت مقررات این قانون و آئین نامه های مربوطه به صورت شرکت سهامی تأسیس و بر طبق مقررات قوانین ایران به ثبت رسیده باشد.

بنابراین با تصریح به پذیرش توثیق برگ وثیقه انبارهای عمومی از طریق ظهنویسی، برای معطی اعتبار نسبت به کالای مورد وثیقه ایجاد حق وثیقه می شود. به نحوی که دارنده حق وثیقه با تخلف متعهد، می تواند از طریق اقدامات اجرائی و فروش کالای مورد وثیقه برای وصول طلب خود، اقدام نماید (ساعدی، ۱۳۹۳، ۸۱).

۲-۴- مقررات و نظامات بانکی

در برخی قوانین و مقررات ناظر بر امور بانکی، برای اعطای تسهیلات با عناوینی چون وثیقه، تضمین و تأمین، اموالی به عنوان مورد وثیقه بدون شرطیت لزوم قبض مورد وثیقه، معرفی شده اند که با رهنه ی موضوع قانون مدنی بسیار متفاوت هستند؛ برای نمونه می توان به دستورالعمل نحوه اعطای تسهیلات ویژه به طرح های اختراعی و ابتکاری مصوب ۱۳۶۶ اشاره نمود که به صراحت از امکان توثیق سهام و ظهنویسی وثیقه ای اسناد تجاری و نیز وثیقه شناور از محل دارائی های آتی به عنوان مورد وثیقه سخن رانده است. قانون^{۲۱} عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک ها و دستگاه ها و سایر مؤسسات و شرکت های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰ مصادیق بسیار متنوعی را برای اموال مورد وثیقه شناسایی نموده است که بسیاری از آن ها، سابقه تقنینی نداشته است (ساعدی، ۱۳۹۳، ۸۳). در این راستا، قانونگذار به رغم الزامات و ثایق عینی مدنی و آگاهی از محدودیت های مال مورد رهنه، عملاً توفیق حاصل نشده است.

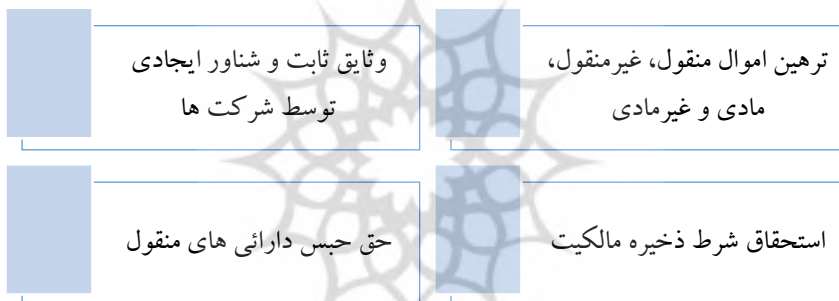
۳- مصادیق و ثایق عینی در حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، با عنایت به واقعیت های بازار، اقتصاد، صنعت و تجارت، به طور کلی وثیقه های عینی بر دو مبنا ایجاد می گردند:

۲۱- ماده واحده- بانک ها و دستگاه ها و سایر مؤسسات و شرکت های دولتی موظفند به منظور تضمین بازپرداخت اعتبارات خود نسبت به اخذ و ثایق ذیل اقدام کنند و بدون رضایت گیرنده اعتبار از اخذ وثیقه ملکی خارج از طرح خودداری نمایند.



بنابراین اشکال توثیق به شرح ذیل معرفی می شود:



تقسیم بندی چهارگانه فوق به جهت تفاوت های ساختاری، نظیر نوع مال یا اموالی است که به عنوان مورد وثیقه، طلب بستانکار توثیق می شود و بر حسب مورد، لزوم یا عدم لزوم قبض و تصرف فیزیکی مال مورد وثیقه، استنتاج می شود. در بین مصادیق گفته شده، دو طریقه ی نخست (mortgage و pledge) به عنوان طرق اصلی توثیق اموال و تأمین وصول طلب بستانکار، شناسایی شده اند؛ اگرچه همه آن ها با یکدیگر همسانی هائی دارند و در مجموع، ساختار اقتصادی مشابهی را ایفاء می کنند. بنابراین ساختار قانونی ابزارهای حفظ و ذخیره مالکیت، خارج از قواعد متداول معاملات توثیقی بر پایه ی حق وثیقه خاص عینی، نمی باشد و در عمل تمایز و تفاوت بین حفظ یا ابقاء مالکیت و حق وثیقه بسیار ضعیف است (Izadi,2010,59).

امروزه در حقوق انگلیس برای حق وثیقه، مکانیسم انتقال مالکیت موقت و ناپایدار به وثیقه گیرنده (به خصوص در دارائی های مادی) برای تضمین حقوق نامبرده، به عنوان یک هدف توثیقی جهت حمایت اقوی از بستانکار در مقایسه با متدهای سنتی عقود توثیقی، پیش بینی شده است که معمولاً حاوی دو شرط است: اول- در معاملات داد و ستدی بین فروشنده و خریدار، تصرف اموال منتقل شده، به فروشنده تعلق می گیرد تا برای وی مشروط به سپری شدن سررسید و عدم پرداخت دین توسط بدهکار، مالکیت مال مورد انتقال حفظ گردد. دوم- توافق طرفین بر شرطی نظیر هبه مشروط؛ بدین نحو که به شرط حدوث پرداخت تعهد توسط وثیقه گذار، مال مورد معامله به خریدار هبه می شود (Izadi,2010,61).

در حقوق انگلیس علاوه بر عقود توثیقی که منشأ قراردادی دارند، وثیقه قهری^{۲۲} نیز به رسمیت شناخته شده است؛ بدین معنا که برخی اشکال وثیقه گاه خود به خود و قهراً، شکل می گیرند؛ برای مثال اگر وام گیرنده برای کالاها و خدماتی که اعتباری خریداری نموده است بدهی اش را نپردازد و یا قادر به بازگرداندن وام نباشد، گاه قانون به وام دهنده، صرفنظر از آن که نامبرده مالی از اموال متعهد را در تصرف داشته باشد یا نه، این فرصت و مجوز را اعطاء نموده است حقوقش را جهت استرداد طلب بر علیه دارائی و اموال متعهد یا ضامن (گروگذار ثالث) اعمال نماید.

وثیقه ایقاعی^{۲۳} نیز نوعی دیگر از وثیقه است؛ آن هنگامی است که بستانکار به موجب توافق یکجانبه^{۲۴} یا حکم قضائی محاکم، بخواهد امتیازاتی را از بدهکار، کسب نماید و وی به موجب شروط عقد وثیقه ای، ملزم شود تا کالاها و خدماتی را برای طلبکار به عنوان وثیقه گیرنده، تهیه و تدارک بیند که در عمل چنین وثیقه ای نادر و غیرمحمتمل است (Kelly and Other,2002,311)؛ طریقه ای که در حقوق ایران هیچگاه حتی تحت عنوان وثیقه قضائی شناخته نمی شود. در این راستا نهادهای توثیقی در حقوق انگلیس و مصادیقی از وثایق تجاری شامل سهام شرکت های سهامی و اسناد تجاری در معنای خاص در ذیل بدان پرداخته می شود.

22- Non-contractual security

33- Unilateral security

44- Solus agreement

۳-۱- قرارداد Pledge و ارکان آن در حقوق انگلیس

مفهوم عینی بودن قراردادها در حقوق انگلیس، چندان مورد استقبال حقوقدانان و قانونگذاران قرار نگرفته است، به طوری که تنها یک شکل از عقود توثیقی تحت عنوان Pledge که اختصاص به توثیق اموال مادی دارد، نیازمند قبض و تصرف وثیقه گیرنده قلمداد شده است که اصطلاحاً عقد عینی نامیده می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۴، ۹۳). قرارداد مزبور به معنای یک عقد وثیقه ای عبارت است از: وثیقه گذار مال مادی و موجودی را به عنوان تضمین انجام یک تعهد مالی در استیلاء وثیقه گیرنده قرار دهد تا در صورت عدم بازپرداخت تعهد، حقوق بستانکار از محل مال معین، استیفاء گردد و در صورت ایفای تعهد، وثیقه گیرنده تصرف و اختیار مال را به وثیقه گذار بازگرداند.

۳-۱-۱- لزوم عینی بودن مال مورد وثیقه

حقوقدانان انگلیس، اموال را به دو دسته اموال منقول و غیرمنقول تقسیم می کنند که اموال منقول، خود به دو دسته اموال منقول مادی نظیر کتاب و هر مال ملموس قابل تصرف مادی دیگر (مورد تصرف^{۲۵}) و نیز اموال منقول غیرمادی، نظیر اسناد براتی و بسیاری از مصادیق حقوق مالکیت های فکری (حقوق موضوع دعوا^{۲۶}) تقسیم می شوند (نیک فرجام، ۱۳۹۱، ۲۲۴). عقد مزبور در حقوق انگلیس، مختص اموال غیرمنقول^{۲۷} و نیز اموال شخصی یا منقول^{۲۸} از نوع اموال عینی و مادی مورد تصرف است، ولی حقوق موضوع دعوا یعنی اموال منقول و غیرمنقولی که غیرمادی هستند^{۲۹} ولی دارای ارزش مالی هستند، اعم از غیرمادی مطلق و غیرمادی اسنادی را دربر نمی گیرد. عقد یاد شده در سرتاسر اروپا، مترادف با وثیقه تصرفی^{۳۰} می باشد که وثیقه گیرنده را محق می کند تا از دارائی توقیف شده به صورتی که حق تقدم و ارجحیت داشته باشد، جبران خسارت و استیفاء حق نماید.

55- chosen in possession

66- chooses in action

77- real property

88- Personal property

99- Incorporeal or Intangible assets

00- Possessory security

۲-۳-۱- لزوم قبض مورد وثیقه

در عقد Pledge مالکیت مال مورد وثیقه به وثیقه گیرنده انتقال نمی یابد، لیکن مال مزبور می بایست به تصرف و قبض متعهدله درمی آید تا در صورتی که وثیقه گذار از ایفای تعهد خود در زمان معقول پس از سررسید، امتناع نماید وثیقه گیرنده حق فروش مال مورد وثیقه را داشته باشد (Izadi, 2010, 37). در قرارداد یاد شده حکم لزوم قبض مورد وثیقه از چنان اهمیتی برخوردار است که اگر وثیقه گیرنده قبل از پرداخت دین از سوی متعهد و یا مأذون از جانب وی، مال موضوع قرارداد وثیقه را به وثیقه گذار بازگرداند، متعاقب عدم ایفای دین در سررسید، حق فروش مال مورد وثیقه را از دست می دهد و همانند طلبکار عادی و بدون داشتن حق عینی، می بایست بر اساس سند ذمه ای برای وصول طلب خود اقدام نماید (محمودی، ۱۳۸۸، ۶۳). فلذا پس از حکم به لزوم عینیت مورد وثیقه که در خصوص اموال منقول و غیرمنقول مادی صدق می کند، توثیق آن ها زمانی دارای اعتبار و اثر حقوقی خواهد بود که در خصوص اموال منقول به قبض واقعی و فیزیکی وثیقه گیرنده داده شوند و در خصوص اموال غیرمنقول به قبض حکمی یا معنوی با اقباض اسناد و مدارک آن ها صورت پذیرد.

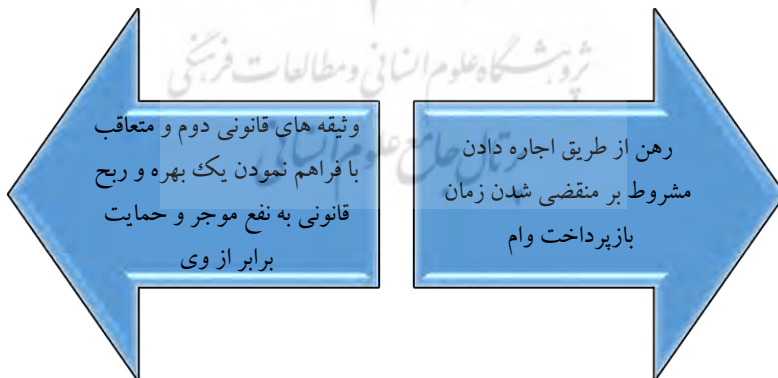
۲-۳-۲- قرارداد Mortgage در حقوق انگلیس

در ماده ۲۰۵ قانون حقوق اموال انگلیس مصوب ۱۹۲۵^{۳۱} آمده است: «رهن شامل هر نوع گرو یا حق حبس است که نسبت به هر مالی به منظور تضمین مبلغی پول یا ارزش مالی برقرار می شود.» مطابق ماده مذکور، قرارداد Mortgage هر نوع مالی اعم از اموال غیرمنقول و منقول مادی و حقوق موضوع دعوا نظیر اسناد براتی، اموال اعتباری و فکری را به عنوان مصادیق اموال قابل توثیق، مورد پذیرش قرار داده است. از حکم یاد شده عدم لزوم قبض مورد وثیقه استنتاج می شود؛ زیرا در خصوص اموالی نظیر آفریده های فکری و دارائی های آتی که وجود بالفعل و مادی ندارند، عقیده بر لزوم قبض مادی یا اعتباری آن ها، علیرغم به رسمیت شناخته شدن امکان توثیق آن ها در ماده فوق الذکر، عدم امکان انعقاد عقد وثیقه ای یاد شده را نتیجه می دهد؛ حکمی که به روشنی با ماده مزبور مخالفت خواهد داشت (ساعدی، ۱۳۹۳، ۹۲). بنابراین عقد وثیقه ای Mortgage، قراردادی است که اجرا و آثار اختصاصی ویژه ای ندارد (Judge, 1995, 64).

بدین معنا که طرفین قرارداد در تعیین موضوعات و جزئیات آن آزادی گسترده ای دارند؛ برای مثال، مال بازداشت شده (مورد وثیقه) می تواند بنا به توافق طرفین بدون انتزاع ید از وثیقه گذار (متعهد یا شخص ثالث) در تصرف وی باقی بماند و یا در قبض و تصرف وثیقه گیرنده باشد. در همین چارچوب، نیز یکی از مهم ترین مؤلفه های عقد وثیقه ای، امکان استفاده از دارائی های توثیق شده، وثیقه گذار برای در امنیت قرار دادن طلب بستانکار می باشد؛ برای این منظور با انعقاد عقد مزبور بر اساس ماده ۱۱۰ قانون حقوق اموال انگلیس مصوب ۱۹۲۵، مالکیت مال مورد وثیقه - که محدودیتی از نظر نوع و مصادیق آن، جهت وثیقه گذاری وجود ندارد- به وثیقه گیرنده انتقال می یابد، گرچه وی تعهد و التزام قانونی دارد تا در صورت پرداخت دین در موعد، مالکیت مال مزبور را مجدداً به وثیقه گذار بازگرداند (محمودی، ۱۳۸۸، ۶۲). در این راستا، قرارداد Mortgage به دو نوع رهن قانونی^{۳۲} و رهن قهری^{۳۳} شده است.

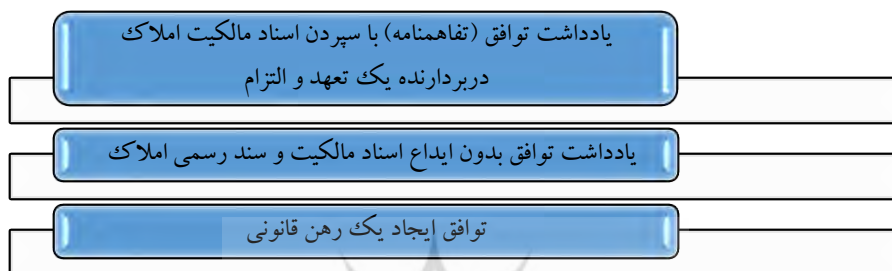
۱-۳-۲- رهن قانونی

در رهن قانونی با عنایت به وجود دو مکانیسم مندرج در شکل ذیل، راهن مالکیت مال مورد رهن را به مرتهن انتقال می دهد، مشروط به تعهد مرتهن به انتقال آن در زمان بازپرداخت وام و منافع (بهره) که به آن تعلق می گرفته است.



۲-۳-۲- رهن قهری

رهن قهری^{۳۴}، گاه در شرایط خاص از اعمال طرفین یک تأسیس حقوقی تحت قواعد عقود وثیقه ای ایجاد می شود، بدون آن که موضوع این تأسیس، صراحتاً و منجزاً به عقد رهن دلالت داشته باشد. بنابراین اگر رهن قانونی با شرایط گفته شده واقع نشود، ممکن است رهن قهری تحقق یابد. برای ایجاد رهن قهری سه شیوه وجود دارد:



۳-۳- شرط ذخیره مالکیت در حقوق انگلیس

شرط ذخیره مالکیت زمانی است که طلبکار یک قرارداد یا قواعد حقوقی، محق می شود تا با حفظ و ضبط مالکیت یک مال به عنوان مورد وثیقه به اهدافی مانند حق درخواست اجرای تعهد به ویژه تعهد پرداخت پول یا انجام یک تعهد مالی دست یابد. معمولاً چنین مقرره ای - که غالباً در قراردادهای بیع مورد استعمال قرار می گیرد - اگرچه از متعهد سلب مالکیت می کند امکان تصرف و قبض مال (گروئی) تحفیظی^{۳۵} را به وی می دهد. بنابراین در حقوق انگلیس در معاملات اعتباری به جای این که ابتدا مالکیت از فروشنده به خریدار منتقل شود، سپس در ثانی تحت معامله جداگانه ای یک حق وثیقه به فروشنده ی طلبکار اعطاء گردد، بستانکار تحت قواعدی ساده، مالکیت موقت را از متعهد به خود انتقال می دهد و همزمان یک حق وثیقه ای را نسبت به کالاهای انتقالی حفظ می نماید و وثیقه گذار فقط حقوق کالاهای توقیفی مانند فروش مجدد مبیع، را به دست می آورد (Von Bar and

Others, 2012, 445)

44- Equitable Mortgage

55- Right of retention (reservation) of possession

۳-۴- Lien یا حق حبس

حق حبس حقی تضمینی است که توسط متصرف مال یا اموال دیگری به جهت پول یا تعهد مالی که مستحق است، به کار می رود و تصرف مالی را برای خود حفظ کند تا زمانی که به طور کامل تعهد مورد توافق، جبران و ایفاء گردد؛ حق حبس ممکن است منشأ قراردادی داشته باشد و یا اگر قراردادی برای پوشش دادن و تنظیم جبران خسارت وجود ندارد، ممکن است به طور ضمنی و به حکم قانون ایجاد گردد، تا زمانی که متعهد، پول یا تعهد مالی را برای متعهدله پرداخت نماید. بنابراین حق حبس، حق توثیق مال بدهکار برای بستانکار است (محمودی، ۱۳۸۸، ۶۲). بنابراین به دارنده حق حبس صرفاً حق نگهداری در مالی از اموال متعهد اعطاء می شود که بدون داشتن مالکیت موقت و محدود، می تواند همچون دارندگان حق عینی با فروش مال مورد وثیقه به طلب خود نائل شود؛ بدین خاطر است که قالب Lien به عنوان یکی از قالب های ایجاد وثیقه ی عینی معرفی می شود.

۳-۵- توثیق سهام شرکت های سهامی

«در حقوق انگلیس، عقود توثیقی Mortgage و Pledge نسبت به تمامی اسناد قابل معامله، نظیر اوراق قرضه در وجه حامل، حواله سود سهام و حواله بانکی پذیرفته شده است» (نیک فرجام، ۱۳۹۱، ۲۳۰)، سهام شرکت های سهامی در بین اوراق بهادار^{۳۶} جایگاه خاصی داشته و از مصادیق بارز آن هستند. مطابق ماده ۱۴ قانون شرکت های تجاری انگلیس مصوب ۱۹۸۵ سهم قرارداد دوجانبه شرکت و سهامداران است که نمایانگر مبلغی پول با حقوق و تعهدات متعلق به آن در شرکت سهامی است (دشتی، ۱۳۸۹، ۴۴).

در کامن لا توثیق سهام با دو عنوان توثیق قانونی و توثیق قهری (منصفانه) پذیرفته شده است و آثاری مانند اختطاریه توقیف و حق حبس سهام بر آن ها، مترتب نموده اند. بنابراین دارندگان برگه سهام^{۳۷} مشروط به آن که عضویت آن ها به عنوان دارنده در شرکت ثبت شده باشد، می توانند بابت تضمین بدهی خود، اعمال حقوقی نظیر توثیق را اعمال نمایند. همچنین توثیق سهام ثبت شده شرکت

66- securities

77- Share certificate

های سهامی، در قالب قرارداد Mortgage که محدودیتی از نظر اموال قابل وثیقه گذاری برای آن شناخته نمی شود، معتبر است.

۳-۶- توثیق اسناد براتی

اسناد براتی که تحت عنوان «اسناد قابل معامله»^{۳۸} شناخته می شوند (عبدی پورفرد، ۱۳۹۱، ۱۱)، شامل برات، سفته و چک می باشند. از بین اسناد مذکور، برات در سطح وسیعی مورد استفاده قرار می گیرد. در قانون بروات برابر بند ۳ ماده ۲۷ دارنده برات ممکن است در ازای طلب خود، به طور قراردادی یا قانونی نسبت به سند، حق حبس یا رهن داشته باشد (نیک فرجام، ۱۳۹۱، ۲۲۶). از آن جا که سفته و چک در بسیاری از مقررات از جمله توثیق از مقررات برات تبعیت می کنند، لذا این اسناد نیز قابل توثیق می باشند.

۴- مقایسه قراردادهای توثیقی در نظام های حقوقی ایران و انگلیس

رژیم حقوقی حاکم بر معاملات توثیقی تحت عنوان قرارداد خاص وثیقه، علیرغم آن که نام وثیقه را بر خود ندارند، اما منبعث از مقررات متعدد عقد نوین وثیقه است که به دلیل نیاز مبرم در حوزه تجارت به توثیق اموال غیرمادی، به صورت پراکنده در قوانین بازرگانی تدوین گشته اند. بنابراین به نظر می رسد قواعد ناظر بر وثیقه عینی مدنی؛ یعنی عقد رهن، صرفاً تا جایی که با مقررات خاص عقد وثیقه در تعارض نباشد، در موارد اجمال یا سکوت می بایست اعمال گردد؛ زیرا مسائل بازرگانی راه حل های اقتصادی و بازرگانی می خواهد، تا انواع اموال مادی، غیرمادی، موجود و آتی قابلیت توثیق داشته باشند (سلیمانی سوادکوهی، ۱۳۵۴، ۱۴).

بدین منظور، با ظهور بانکداری جدید به ویژه پیدائی مقوله بانکداری بدون ربا، تحولاتی در انواع وثایق مورد پذیرش به وجود آمد تا استفاده کنندگان و منتفعان از خدمات بانکی به سادگی تسهیلات اعطائی در مفهوم واقعی «تسهیلات» اخذ نمایند. همانگونه که قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک ها و دستگاه ها و سایر مؤسسات و شرکت های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰ مشتمل بر یک ماده واحده، بانک ها

و دستگاه های دولتی را موظف کرده است که به منظور تضمین بازپرداخت اعتبارات خود، وثایقی را که طی دو بند در همین قانون نام برده شده است، اخذ نموده و بدون رضایت گیرنده اعتبار، از اخذ وثیقه ملکی خارج از طرح خودداری ورزند (بزرگمنش فرد، ۱۳۸۰، ۱۷). بنابراین در حقوق ایران غالباً اموال مادی، به عنوان موضوع وثیقه، مورد پذیرش واقع می شوند و در توثیق اموال و ابزارهای تجاری مانند اسناد تجاری و سهام شرکت های سهامی که برخی قابلیت توثیق آن ها را با تردید و ممنوعیت مواجه می دانند، راهکار را در توسیع مفهوم عینیت مورد وثیقه می دانند تا قابلیت قبض آن ها نیز مفروض گردد؛ چرا که تمامی دشواری ها در خصوص ویژگی های مورد وثیقه و حکم لزوم قبض آن، در عقد رهن است یا اگر راهکار توسیع مفهوم عینیت اموال را نپذیرند، طرق اربعه ضمانت در پرداخت، معاملات با حق استرداد، وکالت در وصول و انتقال صوری را برای جایگزینی عقد رهن پیشنهاد می کنند تا در نهایت هدف توثیق بدون مواجهه با موانع موجود در شرایط رهنه، تحصیل شود (آموزگار، ۱۳۸۰، ۷۲). در قانون متحدالشکل ژنو، اوراق بهادار و از جمله اسناد تجاری صرفنظر از آن که اسناد مطالبات محسوب شوند یا اسنادی خاص، که بحث یگانگی موضوع سند با خود سند در مورد آن ها مطرح گردد، وثیقه گذاری آن ها به عنوان یک اصل پذیرفته شده است. ماده ۱۹ قانون متحدالشکل ژنو اشعار می دارد: «هنگامی که ظهنویسی متضمن عبارات «جهت رهن»، «جهت وثیقه» یا هر عبارت دیگری حاکی از وجود وثیقه باشد، دارنده می تواند تمام حقوق مقید در سند را به اجرا درآورد...» بنابراین همانطور که مشاهده می شود، پیمان ژنو ظهنویسی اسناد تجاری به عنوان وثیقه را تصریحاً مورد پذیرش قرار داده است. در حقوق انگلیس کشورهای با نظام کامن لا از امضاء قانون متحدالشکل ژنو امتناع نموده اند، چرا که به نظر می رسد علت این امتناع اختلاف آشکار و غیرقابل اجتنابی باشد که میان نظام حقوقی پیمان ژنو و نظام اسناد تجاری در حقوق انگلیس مشاهده می شود. بنابراین در کشورهایی که پذیرای مقررات قانون متحدالشکل ژنو شده اند وثیقه گذاری اسناد تجاری به صورت یک اصل پذیرفته شده است و در سایر کشورها نظیر حقوق انگلیس که مقررات قانون مذکور را به جهتی از جهات نپذیرفته اند، لیکن بدون تردید، نظر به صحت وثیقه گذاری آن ها دارند (علوی قزوینی، ۱۳۸۲، ۶۵).

۴-۱- تشابهات مشترک مجموعه عقود توثیقی در حقوق ایران و انگلیس

در این قسمت نکاتی کلی در خصوص عقود وثیقه ای مبنی بر شباهت ها و تفاوت ها در دو نظام حقوقی ایران و انگلیس تبیین گردیده که مختصراً به شرح ذیل است: الف- ایجاد حق عینی بر روی مال مورد وثیقه و حق اولویت و رجحان^{۳۹} وثیقه گیرنده نسبت به طلبکاران عادی، در برابر وثیقه گذار. ب- حمایت اصلی از وثیقه گذاران، اعطای حق فک وثیقه از مال مورد وثیقه می باشد؛ منوط به بازپرداخت اصل، بهره و هزینه های متعلقه به قرارداد وثیقه، نظیر هزینه های نگهداری مورد وثیقه. ج- سپردن و تسلیم کردن اسناد مالکیت یا اسناد طرح های اختراعی.

۴-۲- تشابهات وثایق عینی در حقوق ایران و انگلیس

مقایسه تشابهات عقد رهن در حقوق مدنی و عقد وثیقه که به رسمیت شناختن آن در حقوق ایران به ویژه در حوزه حقوق بازرگانی ضروری به نظر می رسد با نهادهای Pledge و Mortgage در حقوق انگلیس مورد بررسی قرار می گیرد.

۴-۲-۱- با عنایت به حقوق ایران و نهاد Pledge در حقوق انگلیس

توثیق اموال غیرمادی و غیرموجود به دلیل عدم امکان قبض مادی یا معنوی آن ها در قالب قراردادهای رهن در حقوق ایران و Pledge در حقوق انگلیس، ممکن نیست. بنابراین مورد وثیقه که اختصاص به اموال موجود و مادی دارد، می بایست در تصرف وثیقه گیرنده قرار گیرد. از سوی دیگر عقود رهن در حقوق ایران و Pledge در حقوق انگلیس، از عقود تبعی محسوب می شوند که به جهت وجود تعهد مندرج در عقد اصلی با توافق متعاملین و یا با دخالت شخص ثالث به عنوان وثیقه گذار، مالی مورد توثیق قرار می گیرد تا در صورت عدم انجام تعهد ناشی از قرارداد پایه، عقد وثیقه ای قابلیت اجرا یابد (Izadi,2010,32).

۴-۲-۲- با عنایت به حقوق ایران و نهاد Mortgage در حقوق انگلیس

چون اموال مادی، دیون، حقوق مالکیت های فکری، اموال آتی و به طور کلی هر آنچه مالیت داشته باشد قابل توثیق هستند، مسلماً قبض در تأسیس مزبور شرط صحت و تحقق نخواهد بود (جواندل، ۱۳۸۴، ۴۳)؛ زیرا حداقل قبض در معنای فیزیکی و عرفی در وثایق شناور میسر نخواهد بود و

از این نظر با قرارداد خاص وثیقه که ما قائل به لزوم شناسایی آن در حقوق ایران شدیم و شرط عینیت و حکم لزوم قبض مصادیق وثیقه را غیر ضرور اعلام نمودیم، سازگاری دارد. در حقوق ایران نیز می توان به قبول ظهرونیسی اسناد براتی (پول اعتباری تجار در مقابل پول افراد غیر تاجر در جامعه) به عنوان وثیقه با قیاس و وحدت ملاک با چک تضمینی، تجویزی در قانون صدور چک، توجه به عرف حاکم بر اسناد تجاری و رویه محاکم نظر داد. البته کمال مقصود در آن است که قانونگذار با تصریح به پذیرش توثیق اسناد تجاری و دیگر ابزارهای مالی، نقصان های موجود در قوانین نسبت به قراردادهای وثیقه ای تجاری را کاهش دهد و تمهیدات لازم را برای وثیقه سپاری انواع مصادیق اموال غیرمادی و اعتباری با تعیین دقیق شرایط و احکام آن فراهم نماید (شکری، ۱۳۹۷، ۸۶).

۳-۴- تفاوت های وثایق عینی در حقوق ایران و انگلیس

در مبحث پیش رو تفاوت های اساسی بین برخی مصادیق وثایق عینی در حقوق ایران و انگلیس

تبیین می شود.

۳-۴-۱- تفاوت های عقد رهن در حقوق ایران و قرارداد Mortgage

حقوق انگلیس	حقوق ایران
قرارداد وثیقه ای در خصوص مصادیق اموال قابل توثیق محدودیتی مشاهده نمی شود و اساساً هر نوع مالی اعم از اموال مادی و غیرمادی، اموال موجود و نیز حتی اموالی که در آینده تحصیل می شوند، قابلیت وثیقه گذاری می یابند. لذا قرارداد Mortgage در مقایسه با عقد رهن در حقوق ایران دارای امتیاز و برتری می باشد.	برابر مواد ۷۷۲، ۷۷۴ و ۷۷۵ قانون مدنی ایران، از یک سو مورد وثیقه می بایست عین و یا در حکم آن باشد و ترهین دین و منفعت و به طور کلی اموال غیرمادی و آتی به دلیل عدم امکان تحقق قبض آن ها، باطل است. از سوی دیگر تعهد مالی می بایست بر ذمه متعهد آمده باشد یا حداقل سبب قانونی یا قراردادی آن فراهم شده باشد؛ الزاماتی که در قرارداد وثیقه ای یاد شده در حقوق انگلیس به چشم نمی خورد.
مکانیسم های توثیق در قالب قرارداد Mortgage، رهن قانونی و رهن قهری معرفی	در حقوق ایران چنین تدابیری وجود ندارد و قرارداد رهن عقدی با ماهیت واحد، موجد توثیق عینی با لزوم

<p>شده است، همانطور که برای نمونه توثیق سهام در یکی از شیوه های مذکور انجام می شود.</p>	<p>رعایت الزامات و احکام آمره ای است که در قانون مدنی مقرر شده است و اصطلاحی تحت عنوان رهن قهری که قابلیت تبدیل به رهن قراردادی داشته باشد پیش بینی نشده است.</p>
<p>اساسی ترین مشخصه عقد Mortgage اعطای مالکیت موقت به وثیقه گیرنده نسبت به مورد وثیقه می باشد تا در صورت عدم ایفای اصل تعهد و متفرعات احتمالی آن، مالکیت مورد وثیقه به صورت قطعی به وثیقه گیرنده انتقال یابد.</p>	<p>در هیچ یک از عقود توثیقی، هیچ گاه وثیقه گیرنده ولو به صورت محدود و موقت، مالک عینی مورد وثیقه نمی شود.</p>
<p>حقوق ایران به جهت لحاظ نمودن قاعده ابقاء مالکیت وثیقه گذار نسبت به مورد وثیقه، ایراد تشریفات دشوار تملیک مجدد مورد وثیقه از طریق تنظیم سند رسمی به وثیقه گذار را ندارد.</p>	<p>حقوق انگلیس به جهت واگذاری مالکیت مال مورد وثیقه به وثیقه گیرنده به صورت موقت و محدود، قرارداد Mortgage نسبت به عقد رهن در حقوق ایران از استحکام و استیثاق بیشتری برخوردار است.</p>

۲-۴-۳- وجوه افتراق قرارداد رهن در حقوق ایران و نهاد Pledge

حقوق انگلیس	حقوق ایران
<p>نهاد توثیقی Pledge افزون بر کالاها، اسناد مالکیت آن ها مانند اسناد براتی و قبض انبارهای عمومی را نیز دربرمی گیرد.</p>	<p>در حقوق ایران همواره نسبت به رهن اموال تجاری نظیر اوراق بهادار شامل اسناد براتی و سهام شرکت های سهامی، میان قضات محاکم و دانشیان حقوق اختلاف نظر و تشتت آراء وجود داشته و همچنان این اختلاف آراء ادامه خواهد داشت.</p>
<p>در حقوق انگلیس، در عقود توثیقی، حق</p>	<p>در حقوق ایران، وثیقه گذار به حکم قوانین مدنی،</p>

<p>عینی، حق بر شیء محسوب می شود که همراه با آن حرکت می کند و تغییرات حقوقی ممکنه، در حق تقدم وثیقه گیرنده اثری نخواهد داشت. فلذا در حقوق انگلیس قابلیت انتقال مورد وثیقه، به عنوان یک قاعده آمره به رسمیت شناخته شده است و وثیقه گذار مجاز است موضوع وثیقه را به دیگری انتقال دهد، بدون آن که تحصیل رضای وثیقه گیرنده شرط باشد؛ زیرا حق عینی دارنده وثیقه، اعم از آن که انتقال، با رضا و یا بدون رضایت وی صورت گرفته باشد، به قوت خود باقی است و در برابر هر شخصی قابل استناد است و از وثیقه گیرنده با حکم به استمرار حق عینی وی در مال مورد وثیقه حمایت می شود.</p>	<p>ثبتي و رويه قضائي، از تصرفات منافی حقوق وثیقه گیرنده منع شده است و در صورتی که نسبت به مال مورد وثیقه نقل و انتقالاتی انجام دهد، در برابر وثیقه گیرنده غیرقابل استناد است.</p>
<p>در حقوق انگلیس، اموال قابل توثیق در عقد وثیقه ای Pledge می بایست از اعیان یا اسناد مالکیت آن ها باشند تا قابل قبض و تصرف مادی باشند و در اختیار وثیقه گیرنده قرار گیرند. در حالی که در حقوق انگلیس، ورقه سهم برخلاف حقوق ایران سند قابل معامله (Negotiable Instrument) معرفی نشده است تا موضوع یگانگی موضوع سند با خود</p>	<p>در حقوق ایران، سهام از آن جهت که مال اعتباری (آلی) و قابل انتقال هستند، رويه قضائي و بسیاری از نویسندگان حقوق به استناد آن که در قوانین مختلف به امکان وثیقه گذاری سهام تصریح شده است، آن ها را در حکم عین معین محسوب داشته و قابل توثیق؛ اگرچه در قالب عقد رهن باشد.</p>

<p>سند مطرح شود، بلکه ورقه سهام صرفاً دلیل مالکیت محسوب می شود. بنابراین توثیق سهام شرکت های سهامی که از اموال دینی محسوب می شوند و آنچه مورد معامله توثیقی قرار می گیرد حقوق سهامدار در شرکت است نه ورقه سهام.</p>	
---	--

۳-۴-۳- تفاوت های قرارداد وثیقه در معنای خاص در حقوق ایران با قرارداد

Mortgage

حقوق انگلیس	حقوق ایران
<p>در حقوق کشور انگلیس بنا به سوءاستفاده هائی که سرمایه داران از عقد وثیقه رهن و الزام آور بودن مدت آن می کردند قانون به وثیقه گذار امکان بازپرداخت وام را در زمان طولانی جهت استرداد مالکیت مورد وثیقه اعطاء نمود. از سوی دیگر محاکم قضائی انگلیس می توانند در صورتی که وثیقه گذار مدارکی موجه و قابل قبول بر توانایی پرداخت دین خود، طی دوره زمانی مشخص ارائه نماید، جریان مالکیت دائم و نامحدود وثیقه گیرنده بر مورد وثیقه، به جهت قصور در پرداخت به موقع دین توسط متعهد را برای یک دوره زمانی کوتاه یا طولانی اما مشخص و منجز، به تعویق اندازند.</p>	<p>در حالی که در حقوق ایران با اعطای وصف توثیقی برای معاملات با حق استرداد، می توان گفت برخلاف حقوق انگلیس، امروزه هیچ یک از مصادیق عقود توثیقی مدنی و تجاری به وثیقه گیرنده مالکیت موقت و محدود اعطاء نمی کنند تا در صورت ایفای دین توسط مدیون، مجدداً مالکیت وثیقه گذار به حکم قانون اعاده گردد؛ زیرا اگر قانون ثبت ایران برای بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد قائل به اثر تملیکی می شد، حق تقاضای ثبت را به خریدار می داد، در حالی که از انتقال دهنده به عنوان وثیقه گذار، انتقال گیرنده به عنوان وثیقه گذار و از ثمن به عنوان طلب و از مبیع با عنوان مورد وثیقه یاد می کند.</p>
<p>در حقوق انگلیس، به موجب «قرار اجرائیه رهنی» پس از سپری شدن سررسید ادای دین و</p>	<p>در حقوق ایران همانطور که در خصوص حقوق وثیقه گذاران مدنی و تجاری آمد، مالکیت مورد</p>

<p>مهلت های قانونی و نیز عدم پرداخت از سوی وثیقه گذار، مال موضوع قرارداد به وثیقه گیرنده تملیک قطعی می شود.</p>	<p>وثیقه همچنان به ایشان تعلق دارد و وثیقه گیرنده صرفاً حق عینی تبعی با امتیازات حق تقدم و حق تعقیب تحصیل می نماید؛ هرچند مورد وثیقه در قبض و تصرف نامبرده قرار گرفته باشد.</p>
<p>در حقوق انگلیس ممکن است قرارداد پایه، زمان معینی را برای سررسید تعهد متعهد تصریح نکرده باشد و بحث زمان بازپرداخت دین توثیق شده مطرح شود؛ در مورد مذکور وثیقه گیرنده می بایست عمل به مفاد قرارداد را از وثیقه گذار درخواست نماید تا امکان فروش یا تملیک قطعی مورد وثیقه فراهم گردد.</p>	<p>در حقوق ایران می بایست زمان بازپرداخت وام یا ایفای تعهد مالی که مورد توثیق قرار گرفته است، روشن باشد.</p>
<p>در حقوق انگلیس رهن در قالب قرارداد Mortgage به دو شیوه رهن قانونی و رهن قهری متبلور می شود.</p>	<p>در حقوق ایران با استخراج مقررات عقد وثیقه در مجموعه قوانین متعدد و پراکنده، چنین ترتیبی مشخص نشده است.</p>

۵- مقایسه حق حبس در حقوق ایران و Lien در حقوق انگلیس

حقوق انگلیس	حقوق ایران
<p>در حقوق انگلیس، احکام حق حبس از انواع وثایق عینی به شمار می آید ولذا اصولاً یک واقعه قهری یا ضمانت اجراهای قانونی، وسیله تحقق قرارداد وثیقه می باشد و آثار قرارداد های توثیقی را داراست؛ نظیر امانی بودن ید حبس در زمان اعمال حق حبس و نیز تکلیف طرف مقابل نسبت به هزینه های نگهداری مورد</p>	<p>در حقوق ایران، به جهت نارسائی احکام، حق حبس از انواع وثایق عینی به شمار نمی آید، فلذا یک نوع وثیقه منزلزل به شمار می رود؛ زیرا قاعده آن است که قرارداد وثیقه ای منشأ قراردادی داشته باشد و بر مبنای ایجاب و قبول و تلاقی اراده ها محقق شده باشد. لذا اصولاً یک واقعه قهری یا ضمانت اجراهای قانونی، نمی تواند محقق قرارداد وثیقه باشد، به ویژه</p>

<p>حق حبس، به جهت آن که اعمال حق حبس، اعمال حق قانونی است.</p>	<p>در مقایسه با عقد رهن که قبض یکی از ارکان تحقق آن می باشد و می بایست با رضایت وثیقه گذار به وثیقه گیرنده منعقد گردد، چنین امری در حق حبس نمی تواند وجود داشته باشد، لکن می تواند تحت مقرر «حق حبس» بدون داشتن حق عینی تبعی، برای جبران خسارت و یا خودداری طرف مقابل از ایفای تعهد مالی مورد استفاده قرار گیرد.</p>
<p>در حقوق انگلیس، حق حبس می تواند مانع تصرف مالک در مال محبوس گردد. لذا مقرراتی که در حقوق انگلیس در خصوص حبس سهام و دیگر ابزارهای مالی وجود دارد، در حقوق ایران تحت عنوان یکی از مصادیق وثیقه، به رسمیت شناخته نشده است. همچنین در حقوق انگلیس نسبت به سهام شرکت های سهامی، حق حبس شناخته شده است.</p>	<p>در حقوق ایران، حق حبس نمی تواند مانع تصرف مالک در مال محبوس گردد؛ به این معنا که وی می تواند آن را بفروشد یا به دیگری منتقل نماید، لکن به عنوان یکی از مصادیق عقود وثیقه ای به شمار نمی رود.</p>

۶- شرط ذخیره مالکیت در حقوق انگلیس و مقایسه با نظام حقوقی ایران

حقوق انگلیس	حقوق ایران	شروط
وجود دارد	وجود ندارد	شرط ذخیره مالکیت
وجود دارد	وجود دارد (خيار تفليس)	شرط حفظ مالکیت
وجود دارد	وجود ندارد	شرط حساب جاری
وجود دارد	وجود ندارد	شرط استمرار حفظ مالکیت

نتیجه

در پرتو تاسیس حقوقی وثیقه، وثیقه گذاری در عرصه تجارت و صنعت نقش مهمی را در جوامع ایفاء می کند، به گونه ای که تعداد زیادی از افراد جامعه را تحت عناوین وثیقه گذار و وثیقه گیرنده در خود جای داده است و با جذب سرمایه های سرمایه داران، موجبات رشد و ترقی جوامع را فراهم می نماید. به نظر می رسد اگر ماهیت حقوقی توثیق برخی اموال غیرمادی و دارائی های آینده را نتوان در قالب عقود توثیقی توصیف نمود، «عقد وثیقه» جایگاه مناسبی برای توثیق اموال مزبور است. به هر ترتیب، بدون قبض ایجاد وثیقه مشکل است، لیکن اشکال نامبرده نباید موجب عدم تحقق عقد وثیقه ای در قلمرو حقوق تجارت باشد؛ زیرا در عقودی مانند بیع که ثمره آن تسلیم مورد معامله است، عدم تسلیم، موجب بطلان عقد نمی شود و یا فراتر از آن در عقود عاریه و ودیعه که از عقود رضایی هستند تسلیم مال موضوع عقد، شرط نیست؛ درحالی که تصور عقود مذکور بدون قبض مال، مشکل و بلکه غیرمعقول است. در حقوق انگلیس وضعیت وثیقه متفاوت از حقوق ایران است. اگرچه مشابهت هایی داشته که در متن مقاله به آن ها اشاره نمودیم اما تفاوت های آن نیز مورد اشاره واقع شد و این گونه به نظر رسید که در حقوق ایران اگرچه با استفاده از تفاسیر مختلف بتوان توثیق تمام اموال مادی و غیرمادی را مورد پذیرش قرار داد، ولی به منظور اجتناب از برداشت های متشتت حقوقدانان و محاکم قضائی، با توجه به شرایط و احکام متفاوتی که در خصوص وثایق تجاری در مقایسه با وثایق مدنی استنتاج و استخراج شد، در حقوق تجارت با اقدامات تقنینی و اجرائی لازم، صریحاً توثیق اموال غیرمادی و آتی در قالب قراردادی متمایز از عقد رهن پیش بینی گردد، تا ضمن همسو کردن با موضع نظام های حقوقی دیگر نظیر آن چه در حقوق انگلیس مورد مطالعه قرار گرفت، حجم گسترده ای از اموال و دارائی ها از امکانات و قابلیت توثیق محروم نگردند.

منابع

فارسی

- آموزگار، مریم السادات، ۱۳۸۰، مشکلات حقوقی وثیقه گذاران اسناد تجاری، **فقه و حقوق خانواده (فصلنامه ندای صادق)**، شماره ۲۱ و ۲۲.

- انصاری، علی، ذوالفقاری، سهیل، ۱۳۹۱، توثیق اموال غیرمادی در حقوق ایران، **مطالعات فقه و حقوق اسلام**، سال ۴، شماره ۶.
- ابوعطا، محمد، ۱۳۸۷، شرطیت قبض در حقوق ایران و فرانسه، **مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان**، شماره ۲۳.
- اسکینی، ربیعا، ۱۳۸۴، **حقوق تجارت؛ برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک**، چاپ نهم، تهران، انتشارات سمت.
- الماسی، نجادعلی، ۱۳۸۶، **تعارض قوانین**، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- امامی، حسن، ۱۳۸۶، **حقوق مدنی**، ج ۲، چاپ بیست و دوم، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیه.
- افروغ، ثریا، ۱۴۰۰، **مفاد اجرای اسناد رسمی (ذمه ای و رهنی)**، انتشارات خرسندی.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، ۱۳۸۵، **حقوق تعهدات**، جلد اول، چاپ سوم، تهران، انتشارات میزان.
- بزرگمنش فرد، غلامحسین، ۱۳۸۰، بانک ها و وثایق غیرمنقول، **بانک و اقتصاد**، شماره ۲۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸، **ترمینولوژی حقوق**، ج ۳، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸، **حقوق مدنی: رهن و صلح**، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- جواندل، فرخ، ۱۳۸۴، **توثیق دیون و اسناد تجاری با مطالعه تطبیقی**، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران.
- دشتی، رحمت، ۱۳۸۹، بررسی آثار مترتب بر توثیق سهامدار حقوق انگلستان و ایران، **فصلنامه بورس اوراق بهادار**، شماره ۱۰.
- ستوده تهرانی، حسن، ۱۳۸۸، **حقوق تجارت**، ج ۳، تهران، نشر دادگستر.
- سلجوقی، محمود، ۱۳۷۷، **حقوق بین الملل خصوصی (تعارض قوانین)**، ج ۲، تهران، نشر دادگستر.
- سلیمانی سوادکوهی، فتح الله، ۱۳۵۴، **رهن قضائی در حقوق فرانسه و مقایسه با حقوق ایران**، چاپ نقش جهان.
- ساعدی، الهام، ۱۳۹۳، **مقایسه وثیقه های تجاری و مدنی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس**، پایان نامه جهت اخذ مدرک کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه قم، با راهنمایی دکتر ابراهیم عبدی پورفرد.

- شکری، فریده، ۱۳۹۷، مطالعه تطبیقی انعقاد قرارداد رهن و استقرار آن در نظام حقوقی ایران و آمریکا، **مجله فقه و حقوق خصوصی**، سال اول، شماره ۲.
- صقری، محمد، ۱۳۸۴، ظهنویسی وثیقه ای در اسناد تجاری، **مجله دیدگاه های حقوق قضائی**، شماره ۳۶-۳۷.
- عبادی، محمدعلی، ۱۳۸۶، **حقوق تجارت**، تهران، انتشارات گنج دانش.
- عبدی پورفرد، ابراهیم، ۱۳۹۱، **مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت**، چاپ اول، تهران، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- عرفانی، محمود، ۱۳۸۱، **حقوق تجارت**، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- عیسائی تفرشی، محمد، ۱۳۸۶، **مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت های تجاری**، ج ۲، چاپ اول، تهران، دفتر نشر آثار علمی دانشگاه تربیت مدرس.
- عسکری، حکمت الله، ۱۳۸۵، معاملات با حق استرداد در حقوق ایران، **تحقیقات حقوقی**، شماره ۴۴.
- علوی قزوینی، سیدعلی، ۱۳۸۲، رهن دین، **اندیشه های حقوقی**، سال اول، شماره ۴.
- غمامی، مجید و ابراهیمی، مریم، ۱۳۹۱، ماهیت حقوقی سهام پذیرفته شده در بورس، **مطالعات حقوق تطبیقی**، دوره ۳، شماره ۲.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، **حقوق مدنی: عقود اذنی، وثیقه های دین**، چاپ پنجم، تهران، انتشارات بهنشر.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، **حقوق مدنی: عقود معین**، ج ۴، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- محمودی، اصغر، ۱۳۹۱، رهن اموال فکری در پرتو مقررات قانون مدنی و مطالعه تطبیقی، **پژوهش های حقوق تطبیقی**، دوره ۱۶، شماره ۱.
- محمودی، علی، ۱۳۸۸، **رهن حقوق مالکیت معنوی در حقوق ایران و انگلیس**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه قم.
- نیک فرجام، کمال، ۱۳۹۱، رهن و وثیقه اسناد براتی در حقوق ایران و انگلیس، **دیدگاه های حقوق قضائی**، شماره ۵۷.

- نجفی، ایرج، ۱۳۸۶، **حقوق ثبت شرح قانون و آئین نامه اجرای اسناد رسمی**، تهران، انتشارات نگاه
بینه.

عربی

- حلبی، ابن زهره، ۱۴۱۷ق، **غنیة النزوع الیعلم الاصول و الفروع**، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه
السلام.

- خوانساری، سیداحمد، ۱۴۰۵ق، **جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**، ج ۳، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، ۱۳۸۷، **مبسوط فی فقه الامامیه**، تحقیق: محمدتقی الکشفی، ج ۲، چاپ
سوم، تهران، المکتبه المرتضویه.

- نجفی، شیخ محمدحسن، ۱۴۰۴ق، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۵، چاپ هفتم، داراحیاء
التراث العربی.

لاتین

-Izadi, Bijan ,2010, **A Breif Comparative Introduction to Pledge Contract in Islamic Law ,common Law and Roman-Germanic Law legal Families**, Tehran: Jungel Publication.

-Kelly, David, 2002, Ann Holmes, Ruth Hayward, **Business Law**, Fourth edition, Cavendish publishing limited.

-judge, Stephen,1995, **Business Law**, Macmilan, first published, London.

-Von Bar, Chridtian, Eric clive and Hans Schulte-Nolke and Hugh Jonny Herre Jerome Huet Matthias Storme Stephen Swann Paul,Varul Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, 2012, Study Group on a Eropcean civil code and the, **Principle Definition and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame Of Reference (DCFR)**, Research Group on EC Private Law, Acquis Group.

قوانین

- قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷

- قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰

- قانون تجارت مصوب ۱۳۱۳

- تصویبنامه مربوط به تأسیس انبارهای عمومی مصوب ۱۳۴۰

- لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷

- قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه مصوب ۱۳۴۸

- قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶
- دستورالعمل نحوه اعطای تسهیلات ویژه به طرح های اختراعی و ابتکاری مصوب ۱۳۶۶
- قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک ها و دستگاه ها و سایر مؤسسات و شرکت های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰
- قانون صدور چک اصلاحی ۱۳۹۷
- قانون حقوق اموال انگلیس مصوب ۱۹۲۵
- قانون شرکت های تجاری انگلیس مصوب ۱۹۸۵
- قانون متحدالشکل ژنو



legal Civilization

Biannual

No.8/Spring & Summer 2021

Jurisprudential and Criminological Aspects of Betting in Cyberspace

Abolfath KHaleghi, Simin Farrokhi Nia

A Critical Review of the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965

Moosa Akefi Ghaziani, Mohammad Akefi Ghaziani

Comparative Legal Analysis of the Collateral in the Light of the Anglo-Iranian Laws

Hossain Rahimi Khojasteh, Marziyeh Fathi Bornaji

Comparative Approach to the Effects of Mergers on Commercial Companies

Afshin Mojahed

Explaining the Dimensions of Justice and Ethics from the Perspective of the Principles of the Framework of Islamic International Law

Nourooz Kargari, Sajad Tayebi

The Place of Sexual Crimes in International Criminal Courts

Abbas Por Hashemi, Sahar CHoobin

Covid-19 Pandemic in the Light of Solidarity Rights

Sayyed Behrad Mirfakhraei

Effects and Aspects of Appeal (Research) from the Perspective of Imami Jurisprudence, Iranian Law and French

Sayyed Jafar Hashemi Bajegani, Afshin Mojahed

Foreign Investment in Iranian Subject law and the Obstacles Facing it

Mohammad Reza Burbur

the Condition of the Absolute Guarantee of the Tenant in Keeping the Same Tenant in Imami Jurisprudence and Civil law of Iran

Firooz Ahmadi, Ali Qaed Rahmati

A Warning for the Big Fish: A Review of the Most Significant Roles and Achievements of International Criminal Law in International Legal Order

Mohsen Ghadir, Mousa Karami

A Comparative Study of the Crime of Embezzlement in Iranian and British Law with a Look at International Documents

Mohsen Jafari, Fateme Asadi

Religious Pluralism in Iranian Criminal Code

Abbas Karimi, Abalfazl Salimian

A Comparative Approach to the Scheme of Arrangement in Iranian, British and French Law

Hasan Rahim Zade Meybodi, Afshin Mojahed

Effects of Wife Alimony in Iranian and French Law

Mostafa Afzali Goroh

A Comparative Study of Non-Influence with Relative Invalidity in Iranian and French Law

Abbas Karimi, Gholam Reza Izadpanah

Critique and Evaluation of Personal, Social and Judicial Harms of Criminalization in the Iranian Penal System

Rostam Ali Akbari, Amir Faraj Bakhsh