



موانع توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران

الهام پرورش

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تفت

parvareshel@gmail.com

حمید رحمانی منشادی

عضو هیئت علمی گروه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه یزد

Rahmani@yazd.ac.ir

چکیده:

اسناد تجاری یکی از مباحث مهم در حقوق تجارت است که امروزه توثیق این اسناد از جایگاه ویژه ای در حقوق تجارت و اقتصاد برخوردار است که هدف از توثیق این اسناد هم این است که دارنده اسناد تجاری با اخذ مبلغی از مؤسسات از جمله بانک ها به عنوان اعتبار یا وام، تسهیلات لازم معاملات تجاری خود را فراهم آورد. در حقوق ایران اعتنای چندانی به توثیق اسناد تجاری نشده است و برای اعمال آن مجوز حقوقی و قانونی لازم است و این مسئله باعث شده که برخی از حقوقدانان، توثیق اسناد تجاری را با عقد رهن مقایسه کنند که همین تحلیل باعث بوجود آمدن موانعی مانند لزوم عین بودن مال مرهون و لزوم قبض عین مال مرهون گردیده است که حقوقدانان و مؤلفان حقوق به نقد و ارزیابی این موانع پرداخته و راه حل هایی در این زمینه از جمله ضمانت و وکالت در پرداخت، انتقال صوری، معامله با حق استرداد، اصلاح قانون و توثیق در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی را ارائه نموده اند و به دلیل اهمیت این موضوع و از آنجایی که تحقیق جامعی در این مورد انجام نگرفته ما در این پژوهش با جمع آوری اطلاعات بصورت کتابخانه ای و با روش تحلیلی توصیفی به بررسی موانع و راه حل های ارائه شده می پردازیم.

واژگان کلیدی: توثیق، اسناد تجاری، رهن

مقدمه

پیرامون توثیق اسناد تجاری در قانون تجارت، دو بحث وجود دارد. نخست توثیق اسناد تجاری به معنای خاص که در این مورد قانون گذار امکان یا عدم امکان به رهن گذاشتن آن ها را به سکوت برگزار نموده است و دوم در مورد توثیق اسناد تجاری به معنای عام. منظور از توثیق اسناد تجاری در مفهوم خاص که فقط شامل برات، سفته، چک می باشد، این است که دارنده سند با ظهرنویسی تضمینی، آن را در اختیار طلبکار قرار می دهد تا در صورتی که در موعد معین دین خود را پرداخت نکرد وی بتواند از محل مال مرهون، طلب خود را استیفا کند. این نوع ظهرنویسی با درج عبارتی از قبیل به عنوان وثیقه، بابت تضمین، برای گروه و هر عبارتی که مفید این معنی باشد صورت می پذیرد. در غیر اینصورت، ظهرنویسی، انتقالی تلقی خواهد شد. در ظهرنویسی به عنوان وثیقه مثل وثیقه گذاری اموال مادی، اعم از منقول و غیر منقول، مالکیت اسناد تغییری نمی کند. بنابراین دارنده چنین سندی علی القاعده تمام حقوق ناشی از ظهرنویسی به استثنای حق ظهرنویسی برای انتقال را دارد و چنانچه دارنده سند آن را ظهرنویسی کند ظهرنویسی وی حکم ظهرنویسی به عنوان وکالت را دارد. اسناد تجاری عام هم اسنادی هستند که معرف طلب یا مالی می باشند و به نحوی از انحاء در قلمرو تجارت مورد استفاده قرار می گیرند مثل اسکناس، برات، چک، اوراق قرضه، سهام شرکت های تجاری، قبوض انبارهای عمومی، اسناد خزانه، برنامه های حمل و نقل، اعتبار نامه های بانکی و... می توان گفت، توثیق یکی از نهادهای حقوقی حقوق تجارت خصوصی و بین المللی بوده که در اسناد تجاری کاربرد مهمی دارد و امروزه تحولات محتوایی و اصولی نظام های توثیقی در سطح جهانی به شکل یک جریان قوی عمل کرده است و هر نظام حقوقی، نیازمند نهادهای توثیقی پیشرفته ای است که با کارایی حقوقی-اقتصادی مناسب، بستر لازم را به منظور به سرانجام رسانیدن عقد فراهم آورد. بدین بیان که بانک، تاجر یا شخصی، سند تجاری را نزد بانک تاجر یا شخص دیگری برای وثیقه دین، تعهد خسارت احتمالی، تعهد حسن انجام کار و کسب اعتبار به رهن می گذارد تا اگر رهن تعهد خود را انجام ندهد، مرتبه حق داشته باشد سند تجاری را که برای وثیقه انجام تعهد نزد اوست وصول کرده و طلب خود را از آن برداشت کند و می توان گفت دستیابی آسان به اعتبار، نشانه سطح رشد یافتگی اقتصادی است، که این امر خود معلول وجود یک نظام توثیقی قوی است و از مهم ترین عوامل چنین نظامی دسترسی قاعده مند و ساده به اموال مورد توثیق است. در حقیقت، منطق اقتصادی نظام های توثیقی مدرن بر پایه قابلیت دسترسی به اعتبار پی ریزی می شود و در کشورهایی که پذیرای مقررات متحدالشکل ژنو راجع به سفته و برات (۱۹۳۰)^۱ و چک (۱۹۳۲) شده اند، وثیقه گذاری اسناد تجاری به صورت یک اصل پذیرفته شده و با پیش بینی توثیق اسناد تجاری، قانون گذاران روش و نهاد خاصی را با نام ظهرنویسی بعنوان وثیقه در قوانین خود در نظر گرفتند و اسناد تجاری را با استفاده از این روش، به رهن می گذارند و اسم این نهاد را توثیق اسناد تجاری تعبیر می کنند و چون پاسخگوی نیازهای امور تجاری بوده در سطح گسترده ای رواج یافت و بعنوان یک نهاد و ابزار قانونی بکار گرفته شد که هدف از آن هم این است که دارنده اسناد تجاری با اخذ مبلغی از مؤسسات اعتباری مثل بانک ها بعنوان وام یا اعتبار یا عنوان دیگر، تسهیلات لازم معاملات تجاری خود را فراهم آورد. ولی در حقوق ایران به توثیق اسناد تجاری توجهی نشده و در حال حاضر نهاد توثیق با عقد رهن مقایسه می گردد که این تحلیل باعث بوجود آمدن موانعی برای توثیق اسناد تجاری شده است و برخی از حقوقدانان هم راه حل هایی برای رفع این موانع ارائه داده اند و از آنجایی که در رابطه با این موضوع تحقیق و بررسی کامل صورت نگرفته است بنابراین ایجاب می نماید این موضوع به طور کامل مورد بررسی قرار بگیرد و امیدواریم نتایج این تحقیق بتواند به نقاط ضعفی که وجود دارد کمک نماید. در این مقاله ابتدا به موانع توثیق اسناد تجاری و سپس به راه حل های ارائه شده از سوی حقوقدانان می پردازیم.

۱- بررسی موانع توثیق سهام شرکت های سهامی

همانطور که در مقدمه بیان نمودیم در نظام حقوقی ایران، بدلیل اینکه قانون اعتنای چندانی به توثیق ننموده است. اکثر حقوقدانان، توثیق را با عقد رهن مقایسه می نمایند که این موضوع باعث بوجود آمدن تردیدها و موانعی بر سر راه توثیق اسناد تجاری گردیده است. بنابراین شناخت اوصاف و احکام عقد رهن و توثیق اسناد تجاری، ما را قادر می سازد تا عقد رهن و توثیق را درست بشناسیم و آنها را با یکدیگر مقایسه نماییم و مشکلات و موانع توثیق را با عقد رهن پیدا نماییم. با بررسی توثیق در قالب عقد رهن به موانعی از جمله مشکل لزوم عین

۱ ماده ۱۹ کنوانسیون ژنو: در صورتی که ظهرنویسی حاوی عبارت ارزش برای تضمین یا ارزش برای گروه و یا هر عبارت دیگری باشد که متضمن وثیقه گذاشتن باشد، دارنده برات می تواند کلیه حقوقی را که از ظهرنویسی ناشی می شود، اجرا کند ولی ظهرنویسی که از طرف او انجام گیرد، فقط بعنوان ظهرنویسی برای وکالت اعتبار دارد. متعهدان نمی توانند در مقابل دارنده برات به ایراداتی که متکی به روابط شخصی آن با ظهرنویس است متوسل گردند، مگر آنکه دارنده برات در موقع دریافت برات عمداً به ضرر بدهکار اقدام کرده باشد.



بودن مال مرهون و مشکل لزوم قبض عین مال مرهون برخورد می نماییم که این موارد نیاز به تحلیل دقیق دارد که ما در اینجا این موارد را مورد بررسی قرار می دهیم.

۱-۱- لزوم عین بودن مال مرهون

فقیهان مال مرهون را به عینی بودن توصیف می کنند و یکی از شرایط صحت عقد رهن را این ویژگی می شمارند. قول مشهور این ویژگی و شرط عقد رهن را در مقابل رهن دین و منفعت قرار می دهد و رهن دین و منفعت را باطل می داند، لذا معنای این وصف آن است که شرط صحت عقد رهن، عین بودن مال مرهون است و رهن دین و منفعت باطل می باشد. (عاملی، ۱۴۱۳)

قانون مدنی ایران نیز در ماده ۷۷۴ خود، در این مسئله از نظر مشهور فقیهان پیروی کرده است، در حالی که توثیق و رهن اسناد تجاری بر پایه رهن دین استوار گردیده است و اگر در مورد یا مواردی عنوان رهن دین محقق نگردد، آن مورد یا موارد استثنا از این اصل است و به نظر می رسد که اسناد تجاری نوعی دین هستند. بنابراین لزوم عین معین بودن مورد رهن، رهن دین و منفعت را باطل می نماید و مشکل رهن دین را در توثیق اسناد تجاری با عقد رهن روشن می کند. اگر قرار باشد که این شرط عقد رهن فقهی و مدنی را به توثیق اسناد تجاری نیز سرایت دهیم با این مشکل مواجه خواهیم شد که عقد رهن و توثیق اسناد تجاری باهم ناسازگار باشند و در نتیجه، تحلیل و تطبیق رهن اسناد تجاری با عقد رهن به علت دین بودنشان، غیر ممکن گردد. (باقری اصل، ۱۳۹۳)

توضیح اینکه مالیت اسناد تجاری مورد تردید فقیهان و حقوقدانان نیست زیرا فقیهان و حقوقدانان، مال را چیزی می دانند که بتواند مورد دادوستد قرار بگیرد. لذا مال در تعریف فقیهان و حقوقدانان، معنای عامی دارد و هر نوع مالی را در بر می گیرد و می توان گفت: معنای مال عین، منفعت، دین، حق مالی و انجام عمل را شامل می شود. بدین بیان که عین، مالی است که مانند کتاب، صندلی و منزل قابل لمس باشد و منفعت، عبارت از چیز تدریجی الحصول است که از شیء مادی حاصل می شود، اعم از اینکه منفعت بوجود آمده در مرحله دوم، نظیر سکونت منزل معدوم گردد و یا منافع در کنارهم مانند میوه درخت، به صورت عین متراکم گردد و دین، عبارت از چیزی است که بر عهده کسی و به اصطلاح فی الذمه شخص قرار گیرد. (امامی، ۱۳۸۶)

تعریف دین، اسناد تجاری را از مصادیق حقوق دینی قرار می دهد و این اسناد را از حقوق عینی جدا می نماید و به این ترتیب، قبض دادن حقوق دینی و از جمله اسناد تجاری با مشکل مواجه می شود، نه مالیت آنها. (باقری اصل، همان)

از نظر قضایی هم با تصریح ماده ۷۷۴ قانون مدنی به عدم صحت رهن دین، استدلال به این جواز، اجتهاد در مقابل نص و صریح قانون است و چنین استدلالی باطل بوده و راه حل ایجاد نمی کند. (اسکینی، ۱۳۷۳)

این است که بعضی حقوقدانان قابل شده اند ماده ۷۷۴ قانون مدنی برای انجام و تسهیل پاره ای از اعمال تجاری، مزاحمت فراهم آورده است و باید تغییر یابد. (کاتوزیان، ۱۳۸۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸)

۱-۲- لزوم قبض عین مال مرهون

بررسی اوصاف ماهوی و احکام عقد رهن اثبات می کند که یکی از اوصاف و یا احکام عقد رهن، لزوم قبض عین مرهونه است. اگر رهن عین مرهونه را به قبض مرتهن ندهد، وفق یک دیدگاه باید رهن، عین مرهون را به مرتهن تسلیم نماید و در صورت استنکاف رهن از تحویل مورد رهن، مرتهن می تواند اجبار تسلیم مرهون رهن را از حاکم بخواهد و اگر اجبار رهن ممکن نباشد و یا مورد رهن قبل از تحویل از بین برود، مرتهن حق فسخ عقد را پیدا می کند (امامی، همان)

مطابق رأی دیگر اگر رهن، مرهون را به قبض مرتهن ندهد، اجبار به تسلیم نمی شود. تنها مرتهن حق فسخ عقد را خواهد داشت و اگر به اختیار تسلیم کند عقد لازم می گردد. (باقری اصل، همان)

قانون مدنی هم که از نظر مشهور فقها تبعیت کرده در ماده ۷۷۲ خود، قبض مورد رهن را شرط صحت عقد رهن اعلام نموده است، در حالی که قبض مورد توثیق در توثیق اسناد تجاری تحقق ندارد زیرا در توثیق اسناد تجاری خاص، رهن در واقع چیزی جز سند تجاری را در تصرف مرتهن قرار نمی دهد و محل آن نزد خود باقی می ماند. لذا تحلیل و تطبیق نهاد حقوقی توثیق اسناد تجاری با عقد رهن با مشکل قبض مورد توثیق یا عین مرهونه مواجه می شود و تعارض عقد رهن و توثیق اسناد تجاری را در قبض مورد رهن و قبض اسناد تجاری نشان می دهد، زیرا مشهور فقیهان قبض مورد رهن را در عقد رهن شرط صحت یا شرط لزوم می دانند، چنان که قانون مدنی، قبض را شرط صحت می داند، در حالی که قبض مورد توثیق در اسناد تجاری وجود ندارد و محل این اسناد، نزد صادر کننده می باشد. (همان)

برخی از اساتید حقوق مدنی، با اذعان به نیاز جامعه کنونی به رهن اعیان کلی و دیون، وثیقه قرار دادن اسناد تجاری را حسب مورد، جایز شمرده و این ادعا را که دین نمی تواند وثیقه دین دیگری قرار بگیرد، قابل قبول ندانسته اند. (کاتوزیان، همان)

این گروه از حقوقدانان قبض را تفسیر موسع می کنند و برای اثبات ادعای خود، چنین استدلال می کنند: هدف از قبض در معاملات، استیلا عرفی بر مورد آن و در مورد رهن، محفوظ ماندن وثیقه برای فروش احتمالی از سوی مرتهن است و این مفهوم با تسلیم سند طلب و توقیف آن نزد بدهکار، تحقق می پذیرد و در قبض بیش از این لازم نیست و در حقیقت این نوع قبض، در اختیار گرفتن عین مرهون است و در قبض این اندازه استیلا بر مورد رهن کافی است و نیازی به تسلیم مصداق کلی ندارد. این نوع تفسیر از قبض سازگار با قانون مدنی ایران است و از نظر اقتصادی و اخلاقی نیز هیچ زیانی ندارد. به این دلیل است که امروزه، توثیق اسناد تجاری در عملیات بانکی و بازرگانی مرسوم است و این نوع اسناد وسیله تسهیل بازرگانی داخلی و بین المللی قرار گرفته است. (همان)

این است که ماده شش تصویب نامه تأسیس انبارهای عمومی مصوب ۱۳۴۰ اعلام می دارد: قبض رسید و برگ وثیقه انبارهای عمومی را می توان توأم یا جداگانه، از طریق ظهرونیسی منتقل نمود. در صورت ظهرونیسی برگ وثیقه، کالای مربوط به آن، در گرو شخصی است که ظهرونیسی به نفع او شده و در صورت ظهرونیسی قبض رسید، مالکیت کالا به انتقال گیرنده منتقل خواهد شد. حتی این ماده، سبب شده است که برخی از حقوقدانان تصریح ماده مذکور، در عدم لزوم قبض و اقباض اسناد یاد شده را به تخصیص ماده ۷۷۲ قانون مدنی حمل نمایند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸)

اشکالاتی را می توان به تفسیر موسع قبض گرفت. یکی از این اشکالات، اجتهاد در مقابل نص قانون مدنی در ماده ۷۷۴ است که به صراحت رهن دین را باطل اعلام می کند و اشکال دیگر این است که چنین تفسیر موسع از قبض، هرچند با قول برخی از فقیهان سازگار باشد، ولی با قانون مدنی ناسازگار است، زیرا قانون مدنی در ماده ۷۷۲، قبض را شرط صحت عقد رهن دانسته است و اگر ما در یک نوع خاص قبض، شک کنیم، باید به اصل عدم تحقق قبض، حکم کنیم. (باقری اصل، همان)

۲- راه حل های ارائه شده از سوی حقوقدانان

بعضی از حقوقدانان و مؤلفان حقوق، قانون تجارت ایران را در توثیق اسناد تجاری، ناقص و همراه مشکلاتی دیده و به نقد و ارزیابی نقایص و مشکلات موجود پرداخته و درباره تحلیل توثیق اسناد تجاری با عقد رهن و یا نهاد دیگر حقوقی بحث به میان آورده و پیشنهاداتی را برای مرتفع شدن چنین نقایص و مشکلات قانون تجارت و مدنی داده اند. (امامی، کاتوزیان و جعفری لنگرودی، همان)

ولی برخی دیگر از آنها، این راه حل ها را به علت ناسازگاری با حقوق مدنی ایران از یک سو و با حقوق تجارت از سوی دیگر، رد و به غیر قانونی بودن توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران اعتراف کرده و نقدهای زیادی بر راه حل های حقوقدانان نموده اند. (اسکینی، همان، اخلاقی، ۱۳۶۸)

لذا ما در این بخش راه حل های حقوقدانان را بیان می نماییم و آنها را مورد نقد و بررسی قرار می دهیم.

۱-۲- ضمانت در پرداخت

برخی از محققان پیشنهاد داده اند، ماهیت توثیق اسناد تجاری را یک نوع ضمانت تلقی کنیم و این نوع ضمانت را ضمانت در پرداخت بدانیم. در این نوع ضمانت تاجر که اسناد تجاری خود را بعنوان وثیقه دین دیگری به رهن می گذارد، در حقیقت، ضامن پرداخت می شود به این شرح که اگر مدیون، دین خود را در سررسید آن پرداخت نکند، وثیقه گیر حق مراجعه به ضامن را داشته باشد و از این طریق بتواند طلب خود را از ضامن بگیرد. لذا این ضمانت پرداخت یا توثیق اسناد تجاری، موجب انتقال دین نمی شود و سند تجاری، علامت انتقال دین نیست، بلکه سند گواه ضمانت ضامن از سوی مدیون به طلبکار یا در این اصطلاح، ضمانت پرداخت است. بنابراین دین در سررسید از محل مال کلی می تواند پرداخت گردد. (کاتوزیان، همان)

اشکالات متعددی به این بیان وارد است:

اولاً، ضمانت پرداخت تمام صورت های توثیق اسناد تجاری را شامل نمی شود و اگر تاجر و بانک سند تجاری را برای دین خود، به وثیقه بگذارد، به آن ضمانت اطلاق نمی شود، لذا ضمانت در پرداخت در اینجا راه حل محسوب نمی شود. ثانیاً، اشکال دیگر و اصلی بیان ضمانت پرداخت، این است که چنین راه حلی را هیچ و بانک و تاجر برای توثیق اسناد تجاری نمی پذیرد، زیرا حداقل برخی از اسناد تجاری حالت تجریدی دارد و از روابط صادر کننده، دارنده، دارنده قبلی و دارنده فعلی مستقل تلقی می شود و اینگونه ویژگی های اسناد تجاری در ضمانت پرداخت لحاظ نمی شود، لذا حل ضمانت در پرداخت، راه حل مسئله تلقی نمی گردد. ثالثاً، از همه مهمتر، ضمانت در اسناد تجاری و حقوق تجارت جنبه تضامنی دارد ولی ضمانت در حقوق مدنی، جنبه ضمانتی دارد، نه تضامنی. توضیح اینکه قانون تجارت ایران، ضمانت را تعریف نکرده است ولی قانون مدنی ایران، ضمانت را در مبحث ضمان عقدی تعریف نموده است.^۱ (باقری اصل، همان)

۱ ماده ۶۶۸ قانون مدنی: عقد ضمان عبارت از این است که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون می گویند.



بنابراین ضمانت در اسناد تجاری، عبارت از تعهد شخص ثالثی به این است که یک یا چند نفر از مسئولان اسناد تجاری وجه سند را پرداخت خواهد کرد. کسی که چنین تعهدی را می کند ضامن نامیده می شود و به شخصی که ضامن از او ضمانت کرده است، مضمون عنه گفته می شود. (اسکینی، همان)

رابعاً، هر چند یکی از نتایج و آثار پذیرش نظریه ضم ذمه ضامن به ذمه بدهکار اصلی، این است که آنها بطور تضامنی مدیون طلبکار هستند و داین می تواند به هر کدام از آنها که بخواهد رجوع کند، ولی باید توجه داشت که تضامن اسناد تجاری تفاوت ماهوی با تضامن فقهی و مدنی دارد و این تفاوت در جنبه های مختلف می باشد. به عنوان مثال حق یا موضوع تعهد در ضمانت فقهی و مدنی تجزیه پذیر است ولی در تضامن تجاری و اسناد تجاری تجزیه ناپذیر می باشد. (باقری اصل، همان)

۲-۲- انتقال صوری

عده ای از حقوقدانان، ماهیت توثیق اسناد تجاری را عقد رهن نمی دانند، بلکه ماهیت توثیق اسناد تجاری را انتقال صوری معنی می کنند. بر اساس این دیدگاه، توثیق سند تجاری حاکی از انتقال سند از دارنده فعلی به دارنده بعدی است. برخی این نوع قرارداد را از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی ایران تلقی کرده اند و چنین معامله ای را صحیح دانسته اند. (اخلاقی، همان)

این نظریه اشکالاتی دارد و یکی از اشکالات آن، این است که طرفین قرارداد چنین قصدی را ندارند و عقود، اعم از معین و نامعین تابع قصد طرفین قرار دادند و هیچ قراردادی بر خلاف قصد طرفین تحقق نمی یابد. اشکال دیگر این نظریه، به وثیقه بیشتر از دین مربوط است. فرض کنیم مبلغ سند تجاری بیشتر از دین مدیون به طلبکار باشد و طبق این نظریه، توثیق اسناد تجاری، انتقال صوری سند از دارنده فعلی به دارنده بعدی گردد، در این صورت طلبکار بیش از دین خود را طبق این سند مالک می شود و هیچ مدیونی به چنین امری رضایت نمی دهد. (نصیری، ۱۳۸۱)

ممکن است کسی بگوید، طلبکار مبلغ اضافه را بعد از برداشت دین خود از سند تجاری، به مدیون عودت می دهد. (اخلاقی، همان) و لیکن پاسخ این گفتار واضح است، زیرا اگر سند، صوری انتقال یافته و طلبکار مالک سند شده باشد، چرا مبلغ اضافه را به مدیون عودت می دهد. آیا این نشانه آن نیست که هنوز سند به طلبکار انتقال نیافته است. لذا به نظر می رسد اشکال اصلی این نظریه، آن باشد که معنی و مفهوم این نظریه و انتقال صوری برای طراحان آن نیز واضح نیست. (باقری اصل، همان)

۲-۳- وکالت در پرداخت

برخی از حقوقدانان، راه حل توثیق اسناد تجاری را در عقد وکالت دانسته و ماهیت توثیق اسناد تجاری را وکالت در پرداخت معرفی کرده اند. طبق این نظریه، بدهکار به طلبکار، وکالت می دهد تا طلب خود را وصول کند و هر چه را بدست آورد، نزد خود به عنوان وثیقه نگاه دارد و در سررسید دین، اگر مدیون دین خود را نپرداخت به اندازه طلب خود از مبلغ حاصله از سند برداشت نماید و اگر مبلغ سند برابر طلب وی است همه را بابت طلب خود تملک کند. (امامی، همان)

محاسن این نوع وکالت متعدد است. یکی از محاسن این نوع وکالت، آن است که به دارنده، امکان می دهد که سند تجاری را به دیگری واگذار کند تا وجه را به حساب او و یا حساب خود دریافت نماید. حسن دیگر این وکالت، آن است که دریافت وجه سند را برای شخص ثالث تسهیل می کند و دارنده را از مراجعه به صادر کننده و دیگر مسئولان سند و نیز از انجام تشریفات قانون برای وصول طلب معاف می کند. همچنین فایده این نوع وکالت، آن است که مالک اصلی سند بر مالکیت خود باقی می ماند و حقوق ناشی از سند، به مالک تعلق می گیرد. (کاتوزیان، همان)

راه حل وکالت در پرداخت چند اشکال دارد. نخستین اشکال این نظریه آن است که توثیق اسناد تجاری و نیز ظهنویسی برای وثیقه را به ظهنویسی برای وکالت تبدیل می کند. دومین اشکال نظریه مذکور آن است که این نوع توثیق تجاری بر اساس قواعد عمومی و اختصاصی عقد وکالت تفسیر می شود و عقد وکالت، عقد جایز است و با عروض جنون، سفه، بیهوشی، افلاس، ورشکستگی و فوت هر کدام از طرفین، منحل می شود و هر کدام از طرفین هر زمان خواست می تواند عقد را برهم زند و کسی چنین نهاد حقوقی را در توثیق اسناد تجاری نمی پذیرد. ممکن است کسی بگوید، وکالت را ضمن عقد لازم شرط می کنیم تا با این اشکال مواجه نگردیم و به این ترتیب، عقد وکالت را از این آثار و احکام عقد جایز رها می سازیم. (باقری اصل، همان)

و لیکن جواب این است که حتی وکالت در سند تجاری، در ضمن عقد لازم نیز اشکالاتی دارد که اجازه این راه حل را به کسی نمی دهد، زیرا در بانکداری، اقتصاد و تجارت داخلی و بین المللی، سه نوع نهاد برای اسناد تجاری پیش بینی شده است؛ یکی ظهنویسی برای وکالت، دیگری ظهنویسی برای انتقال و سومی توثیق اسناد تجاری. (اسکینی، همان، ستوده تهرانی، ۱۳۸۸، صقری، ۱۳۸۰)

راه حل مذکور، ظهنروپسی برای توثیق را که یک نهاد مستقل حقوقی است به ظهنروپسی برای وکالت که نهاد مستقل دیگر است ارجاع می دهد و قواعد عمومی و اختصاصی آن را بر توثیق اسناد تجاری حاکم می کند و این خلط میان دو نهاد حقوقی است و صرف نظر کردن از یک نهاد مورد قبول عرف مسلم بانکداری، اقتصادی و تجارت داخلی و بین المللی است. لذا این توجیه به نظر موجه نمی رسد.

۲-۴- معامله با حق استرداد

برخی از محققان حقوق، پیشنهاد داده اند که ماهیت توثیق اسناد تجاری را معامله با حق استرداد تلقی کنیم تا از اصول حاکم بر عقد رهن احتراز گردد، زیرا در معاملات با حق استرداد که به طور معمول، به صورت رهن (یا بیع و یا صلح) انجام می پذیرد قبض عین، شرط صحت نیست. لذا می توان ماهیت توثیق اسناد تجاری را معامله با حق استرداد دانست. (کاتوزیان، همان)

برخی از حقوقدانان، معامله با حق استرداد را چنین تعریف کرده اند: هر عقدی که موضوع آن، مال غیرمنقول بوده و به عنوان وثیقه دین، یا حسن انجام تعهد در اختیار قانونی بستانکار قرار داده شود تا تحت شرایط قانونی در صورت امتناع مدیون از پرداخت دین از محل آن وثیقه طلب خود را تأمین کند، چون در این معاملات اساساً نقل عین نمی شود. لذا ذکر کلمه استرداد که موهبم نقل مال است، درست نیست و عنوان صحیح این معاملات را باید معاملات وثیقه ای غیر منقول نهاد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵) مستفاد از ماده ۳۳ قانون ثبت و ماده ۳۴ اصلاحی آن، منظور از معاملات با حق استرداد، هر نوع معامله ای است که برای انتقال دهنده در آن حق استرداد مورد معامله قرار داده شده است. اینگونه معاملات، اختصاص به املاک یا مال غیر منقول ندارد و طبق ماده ۳۴ قانون ثبت، این نوع معاملات در اموال منقول نیز اجرا می شود. (امامی، همان)

بنابراین معاملات با حق استرداد، شباهت کامل با عقد رهن دارد و طلبکاری که مایل به وثیقه گذاردن طلب خویش است، می تواند آن را به طور معامله با حق استرداد به وثیقه گیرنده در آورد و از این طریق، تحصیل اعتبار یا وام نماید و اگر طرف، مبلغی را که به وام گرفته است، نپردازد وام دهنده حق دارد پول خود را از محل طلب مورد وثیقه برداشت کند. همچنین مورد معامله در این گونه معاملات به ملکیت طرف منتقل نمی شود. لذا در این نوع معامله اگر طرف عقد، بدهی خود را در زمان سررسید پرداخت نکند، طلبکار مال مورد معامله با حق استرداد را به موجب عقد، مورد تملک نمی کند و تنها می تواند با رجوع به اداره ثبت، یا دادگاه، تقاضای فروش مورد معامله و وصول طلب خود را بکند ولی ویژگی متمایز آن از عقد رهن، این است که اصول حاکم بر رهن، به اینگونه معاملات ناظر نیست. برای مثال لزوم قبض مورد معامله، لزوم عین بودن مورد معامله، لزوم استقرار دین در زمان معامله در معامله با حق استرداد شرط نیست، در حالی که اینها در عقد رهن شرط هستند. (کاتوزیان، همان)

اشکال این نظریه، آن است که این نوع توثیق اسناد تجاری از انواع ظهنروپسی مشروط می باشد، زیرا در آن شرط می گردد که دارنده فقط، زمانی حق وصول سند تجاری را دارد که صادر کننده سند و یا سایر مسئولان آن، به تعهد خود که ناشی از معامله اصلی است، عمل نکند. این نوع توثیق اسناد تجاری، هر چند از لحاظ اصولی درست است ولی مشکلی را در عمل حل نمی کند و بسیار بعید است بانک ها و تجار آن را بپذیرند زیرا عرف و عمل تجارت در ایران هرگز به وثیقه گذاشتن، سند تجاری را لااقل با قید شرط نپذیرفته است. (باقری اصل، همان)

۲-۵- اصلاح قانون

برخی از حقوقدانان، بعضی از راه حل های گذشته را اجتهاد در مقابل نص و صریح قانون دانسته اند. (اسکینی، همان) چنانکه برخی دیگر از حقوقدانان، قایل شده اند که مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی برای انجام و تسهیل پاره ای از اعمال تجاری، مزاحمت فراهم آورده اند و باید از پیکر نظام حقوقی کنونی زوده شوند. این حقوقدانان، تنها راه حل را در اصلاح قانون دیده اند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴) لذا برخی محققان پیشنهاد داده اند که در قانون تجارت، مخصصی برای ماده ۷۷۴ قانون مدنی وضع شود تا چنین نقص قانونی پیش نیاید. (اسکینی، همان)

بعضی محققان حقوق نیز پیشنهاد اصلاح قانون مدنی را داده و خواستار اصلاح و تغییراتی را راجع به قبض رهن و عین بودن مرهون در مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی شده و پیشنهاد داده اند که به ماده ۷۷۲ قانون مدنی، یک تبصره اضافه شود و به شرح زیر اصلاح گردد: «قبض رهینه، شرط صحت رهن نیست» و ماده ۷۷۴ این قانون هم به شرح مقابل اصلاح گردد: «تمبر و اوراق بهادار و اسناد خزانه و دستور پرداخت و اوراق قرضه و به طور کلی آنچه مالیت دارد، می تواند رهینه واقع شود». در این پیشنهاد اصطلاح و به طور کلی، آنچه مالیت دارد شامل اسناد تجاری نیز می شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸)

اصلاح مواد قانون در برخی از موارد خواسته شده ممکن نیست، زیرا موجب مخالفت صریح قول مشهور و یا اجماع فقیهان می شود. مشکل مسئله این است که قانونگذار با کدام مبنای فقهی و حقوقی دست به اصلاح این مواد بزند. قانون ایران بر حقوق اسلامی بنا شده است^۱ و اصلاح خواسته شده در مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ با تضاد قول مشهور فقیهان مواجه است. به عنوان نمونه، عقد رهن یک عقد تبعی است. تبعی بودن

۱ قانون اساسی: اصول ۹۱، ۹۴، ۹۶ و ۱۱۲.

عقد رهن به این معناست که باید قبل از عقد رهن، دینی موجود باشد تا بتوان برای آن رهن داد. این است که طبق مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ قانون مدنی آ رهن برای دین آینده ممکن نیست. در حالی که اسناد تجاری، گاهی وثیقه برای دین آینده می شود. برای مثال گاهی رهن، اسناد تجاری را نزد مرتهن می گذارد تا بعنوان وثیقه برای دینی که در آینده بر عهده او قرار می گیرد، باشد مثل اینکه رهن مبلغی را بعنوان وام از مرتهن گرفته است و وثیقه ای نظیر برات یا سفته را در مقابل پرداخت آن در زمان قرار داده شده در نزد مرتهن می گذارد تا اگر دین خود را در زمان قرار داده شده پرداخت نکنند، مرتهن حق برداشت طلب خود را از وجه وثیقه مذکور داشته باشد. اینجا دین در زمان عقد رهن وجود ندارد و به اصطلاح رهن برای دین آینده است. لذا باید این مواد را نیز اصلاح کنند در حالی که قول مشهور فقیهان اجازه چنین اصلاحی را نمی دهد، زیرا مشهور فقیهان، رهن برای دین آینده را صحیح نمی دانند. (باقری اصل، همان)

۲-۶- توثیق در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی

یکی از راه حل های منطقی ارائه شده از سوی برخی از حقوقدانان تحلیل توثیق با ماده ۱۰ قانون مدنی می باشد. لذا لازم است توثیق در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی را بطور کامل مورد بررسی قرار دهیم. ماده ۱۰ قانون مدنی عقود نامعین را به توافق اراده دو طرف عقد واگذار کرده و این ماده، تراضی طرفین عقد را، چنانکه مخالف صریح قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه نباشد صحیح و معتبر دانسته و آنها را میان متعاقدين و قائم مقام آنان لازم الرعایه اعلام کرده است. این ماده نقش مهمی در به رسمیت شناختن عقود نامعین دارد و دست اشخاص حقیقی و حقوقی را در عقود نامعین باز گذاشته است. چنان که می توان گفت: قانون گذار ایران، نیازهای هر عصر و نیازمندی های جامعه را با وضع این ماده و بر مبنای اصول حقوقی خود پذیرفته است و با توجه به این نکته که حقوق ایران بر اساس انطباق و یا عدم مخالفت با حقوق اسلامی و حقوق امامیه استوار شده است و حقوق اسلامی و حقوق امامیه، مبانی این ماده قانون مدنی را در بطن خود دارد، لذا این ماده قانونی منطبق بر حقوق اسلامی و حقوق امامیه است و در نتیجه، این ماده قانونی یکی از منابع عقود نامعین تلقی می شود و مفاد این ماده در حقوق اسلامی به اصل آزادی و حاکمیت اراده اشخاص بر عقود و ایقاعات و مقررات آنها معروف است. (همان)

ابتدا وجه استدلال به ماده ۱۰ قانون مدنی، سپس قلمرو این ماده را بیان می نماییم.

الف- وجه استدلال به ماده ۱۰ قانون مدنی

ماده ۱۰ قانون مدنی، اصل آزادی قراردادهای و حاکمیت اراده بر عقود و ایقاعات و نیز شروط ضمن آنها را بیان می کند و می توان آن را به اصل مباح بودن قراردادهای و عقود نامعین تعبیر کرد. عبارت دیگر، این ماده حاوی اصل آزادی قراردادهای بوده و به حکومت اراده، دامنه گسترده ای می بخشد و آن را از حصار عقود معین خارج می کند و علاوه بر محترم شمردن شروط ضمن عقد معین، شروط ابتدایی یا قراردادهای مستقل را نیز به رسمیت می شناسد، لذا عموم این ماده، هر نوع عقد نامعین و از جمله توثیق تجاری را شامل می شود. بنابراین، اگر دو طرف، قرارداد و عقدی را ببندند که فلان سند تجاری را نزد دیگری برای دین حال، یا دین آینده یا حسن انجام کار یا کسب اعتبار و غیره به توثیق بگذارند، ماده ۱۰ قانون مدنی این نوع توثیق تجاری یا عقد نامعین را به رسمیت می شناسد و آن را قانونی اعلام می کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۳)

ممکن است کسی اشکال کند و بگوید: استناد به این ماده جهت تصحیح توثیق اسناد تجاری درست نیست، زیرا ماده مزبور، قراردادهای خصوصی اشخاص حقیقی و حقوقی را نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی نافذ می داند که مخالف صریح قانون نباشد، در حالی که مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ قانون مدنی، رهن برای دین آینده را به طور صریح باطل اعلام کرده است ولی رهن برای دین آینده در توثیق اسناد تجاری صحیح است. همچنین ماده ۷۷۲ قانون مدنی، قبض را شرط صحت عقد رهن مقرر کرده است ولی در اسناد تجاری قبض وجود ندارد و محل اسناد تجاری در ذمه رهن می باشد و نیز ماده ۷۷۴ قانون مدنی، عین بودن مال مرهون را شرط صحت عقد رهن بیان نموده و رهن دین را باطل اعلام کرده است ولی رهن دین در اسناد تجاری امر مرسوم است. همچنین ماده ۷۸۷ قانون مدنی، عقد رهن را از سوی مرتهن جایز دانسته است ولی توثیق اسناد تجاری از سوی هر دو طرف عقد، لازم است. بنابراین اگر این مواد در قانون مدنی وجود نمی داشت، استناد به ماده ۱۰ این قانون، توجیهی برای قبول و قانونی بودن توثیق اسناد تجاری محسوب می شد و این ماده، توثیق اسناد تجاری را تصحیح و قانونی می کرد ولی با صراحت مواد مزبور، استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی مجاز نیست. به عبارت دیگر این ماده که اصل

۱ ماده ۷۷۱ قانون مدنی: رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می دهد.

۲ ماده ۷۷۵ قانون مدنی: برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.

۳ ماده ۷۸۷ قانون مدنی: عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به رهن لازم است و بنابراین مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را برهم زند ولی رهن نمی تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد.

آزادی قراردادهای و عقود نامعین را پی ریزی کرده است شامل موردی نمی شود که قانونگذار خلاف آن را به صراحت مقرر کرده است، مگر اینکه در قانون تجارت مخصصی برای مواد مذکور قانون مدنی وضع شود. (اسکینی، همان)

این اشکال چندین پاسخ می تواند داشته باشد:

۱- اول اینکه اگر توثیق اسناد تجاری را از طریق عقد رهن معین که در قانون مدنی طی مواد ۷۷۱ تا ۷۹۴ شرایط و احکام اختصاصی آن آمده است، تحلیل و تفسیر می کردیم، مشکل مذکور گریبانگیر ما نیز می شد ولی ما توثیق اسناد تجاری را از طریق عقد معین تحلیل و تفسیر نمی کنیم تا چنین مشکلی پیش آید بلکه عقد رهن معین قانون مدنی را کنار نهاده و سراغ عقد نامعین رفته ایم و توثیق اسناد تجاری را با عقد نامعین تحلیل و تفسیر می کنیم و این عقد نامعین و توثیق اسناد تجاری از تأسیسات حقوق تجارت است و قوانین حقوق تجرات و مقررات کنوانسیون های یکنواخت بین المللی، شرای و احکام اختصاصی آن را بیان، تحلیل و تفسیر می کنند. و این شروط و احکام اختصاصی بر آن جاری و ناظرند و عرف مسلم بانکداری، تجاری و اقتصادی همه کشورهای و از جمله کشور ما، توثیق اسناد تجاری را شناخته است و تجار، بانک ها و دیگران از این نهاد حقوقی و به طور مستمر استفاده می کنند و اسناد تجاری را به توثیق می گذارند و این نهاد جدید، یک عقد نامعین است و توثیق تجاری نام دارد. (باقری اصل، همان)

۲- پاسخ دوم اینکه شرط عدم مخالفت قراردادهای خصوصی با تصریح قانون در ماده مذکور به عقود معین و شروط ضمن عقود آنها مربوط می شود. توضیح اینکه ماده ۱۰ قانون مدنی در عقود معین نیز قابل استناد است. به این معنی که ماده ۱۰ قانون مدنی، نفوذ شرط را از این قید که ضمن عقد معین واقع شود رها می سازد، زیرا شرط نیز خود قراردادی است که می تواند جدای از عقد، الزام آور باشد ولی طبق ماده مذکور لازم است که دو شرط را در این مورد رعایت نماییم: یکی اینکه چنین شرطی یا به یک قراردادی مربوط باشد که پیشاپیش شرط می شود و یا متمم آن قرارداد محسوب گردد و بعد از آن عقد امضاء شود و شرط دیگر این است که این کار، وسیله تجاوز به احکام امری آن عقد نشود و مقررات عمومی و اختصاصی آن عقد را نادیده نگیرد و گر نه چنین قراردادی به علت مخالفت با احکام آمره آن عقد و به تعبیر ماده ۱۰ قانون مدنی مخالف با صریح قانون خواهد بود و چنین قراردادی گاهی غیر نافذ و گاهی باطل است. لذا مقصود از عنوان «مخالف صریح قانون نباشد» این است که استناد به ماده ۱۰ مذکور، در عقود معین به این شرط مشروط است که مخالف صریح قانون نباشد. (کاتوزیان، همان)

عنوان «مخالف صریح قانون نباشد» در ماده ۱۰ قانون مدنی، ناظر بر عقد معین و شروط ضمن عقود معین است، چنانکه مراد از واژه «قانون» در این عنوان، قانون امری است نه تکمیلی. زیرا تراضی طرفین بر قانون تکمیلی حکومت می کند و نیز واژه «صریح قانون» کنایه از این است که در منع قانونگذار تردید نباشد و اگر در منع قانونگذار تردید باشد، مخالفت روح قانون پیش می آید. برخی حقوقدانان مخالفت قرارداد با روح قانون را نیز باطل می دانند. پس این شرط ماده ۱۰ قانون مدنی را نباید با شرط عدم مخالفت نظم عمومی و اخلاق حسنه که در ماده ۱۹۷۵ این قانون آمده است مقایسه کرد زیرا دو شرط ماده ۹۷۵ بر هر عقد، اعم از معین و نامعین ناظرند. (همان، ۱۳۷۲)

در حقیقت، تشبیه و قیاس عقد رهن معین به توثیق تجاری که از عقود نامعین است، این اشکال را ایجاد کرده است. در حالی که این امر، خلط بین عقد رهن معین و عقد نامعین توثیق تجاری است. (باقری اصل، همان)

۳- پاسخ سوم این است که این تفسیر ماده ۱۰ قانون مدنی با نظر فقیهان در باب شروط ضمن عقد نیز سازگار است زیرا بررسی اقوال فقیهان در باب شروط ضمن عقد نشان می دهد که آنها این بحث ماده ۱۰ قانون مدنی، یعنی شرط عدم مخالفت قرارداد با تصریح قانون را در شروط باطل و جایز طرح کرده و معیار واحدی را در مخالفت و عدم مخالفت شرط نموده اند و آن معیار واحد، مخالفت و عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت است. لذا از نظر آنها (فقیهان) شرط باطل، عبارت از شرطی است که با کتاب و سنت مخالفت می کند و شرط جایز، عبارت از شرطی است که با کتاب و سنت موافق است. (عاملی، همان)

قانون مدنی ایران، این بحث فقیهان را از باب شروط ضمن عقد متخذ نموده و در استثنای ماده ۱۰ قانون مدنی گنجانده و قراردادهای خصوصی اشخاص را نسبت به کسانی که آن را منعقد نمودند، در صورتی محترم شمرده است که مخالف صریح قانون نباشد. لذا مراد از مخالفت صریح با قانون، همان مخالفت کتاب و سنت است که اینگونه شروط در مواد مختلف قانون مدنی گنجانده شده است.^۲

۴- در پاسخ چهارم می توانیم بگوییم، مخصص در قانون تجارت وجود دارد و آن مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷ است، هرچند قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ ایران که در آن ماده ۶۰۰ تدوین و به تصویب قانونگذار ایران رسیده است، بحثی را در مورد توثیق تجاری به میان نیاورده، ولی لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷، دو ماده خود را به توثیق تجاری اختصاص داده و ماده ۱۱۴

۱ ماده ۹۷۵ قانون مدنی: محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

۲ مواد ۲۴۶-۲۳۲ قانون مدنی

و ۱۱۵، توثیق تجاری را در مورد سهام مدیران شرکت های سهامی پذیرفته است و سهام آنها را در دوره تصدی مدیریت، وثیقه خسارات احتمالی شرکت مذکور محسوب کرده و توقیف این سهام را در صندوق شرکت بعنوان وثیقه لازم دانسته است.

از مفاد دو ماده ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه قانون تجارت ۱۳۴۷، اصطلاح «توثیق سهام مدیران» قابل استنباط است و می توان گفت که لایحه مذکور توثیق سهام مدیران را برای دین آینده پذیرفته است. بویژه که این لایحه و مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ آن، بعد از قانون مدنی و مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ آن به تصویب رسیده است و زمانی که قانون مؤخر، مثل مواد لایحه مذکور با قانون مقدم، مثل مواد مذکور قانون مدنی تعارض پیدا کنند، این تعارض را به عام و خاص حل می کنند. لذا می توانیم بگوییم مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه مذکور، مخصص مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ قانون مدنی می باشد. ولی مشکل این تخصیص آن است که اختصاص به توثیق سهام مدیران برای دین آینده و غیره است و عمومیت توثیق اسناد تجاری برای دین آینده را توجیه نمی کند. (باقری اصل، همان)

حقیقت این است که تخصیص مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ قانون مدنی، مبنی بر رهن برای دین آینده، امکان پذیر نیست زیرا همه فقیهان در بطلان رهن برای دین آینده، اجماع و اتفاق نظر دارند. لذا مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ مذکور را نیز نمی توان مخصص برای مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ قانون مدنی محسوب کرد بلکه مواد ۱۱۴ و ۱۱۵، توثیق اسناد تجاری را در قالب نهاد عقد نامعین تحلیل و تفسیر می کنند و از آنجایی که این دو ماده، فقط حکم توثیق سهام مدیران شرکت سهامی را بیان می کنند، لذا حکم سایر موارد توثیق اسناد تجاری با این دو ماده قابل استناد نیست و یا باید یک ماده کلی در این مورد در قانون تجارت تصویب گردد و حکم تمام موارد توثیق تجاری را معلوم کند و یا در وضع فعلی به راه حل پیشگفته عمل شود. (همان)

ب- قلمرو ماده ۱۰ قانون مدنی

واقعیت این است که اصل آزادی قراردادهای و ماده ۱۰ قانون مدنی در عقود معین نیز جریان می یابد، زیرا هدف از اصل حاکمیت اراده در قراردادهای و ماده ۱۰ قانون مدنی، مشروعیت عقودی است که در روابط متعاقدين و بر اساس اراده آنها به وجود می آید مگر در مواردی که این تراضی خلاف قانون و شرع، نظم عمومی و یا اخلاق حسنه باشد.^۱ در این صورت، تفاوتی میان عقود معین و عقود نامعین وجود ندارد، چنانکه در حقوق اسلام نیز فقیهان در استناد به عموماتی مانند «المسلمون عند شروطهم» تردید نمی کردند و در درون عقود معین نیز از اقدام به خواسته های دو طرف غافل نبودند و به قاعده «العقود تابعه للقصود» تمسک می کردند.

محدود نمودن آزادی قراردادی و اختصاص آن به عقود نامعین به این معناست که دو طرف عقد تنها در چارچوب قوانین ملتزم می شوند و خود نمی توانند چیزی بر آن بیفزایند یا نهادی را که قانون ساخته است تغییر دهند. نتیجه ای که، نه تنها منطق حقوقی پذیرای آن نیست، بلکه قانونگذار آن را نخواست است.^۲ اما باید توجه کرد که معنای اصل حاکمیت اراده در عقود معین و عقود نامعین متفاوت است. هر عقد معین در بر گیرنده پاره ای از قواعد امری است که اصل حاکمیت اراده توان تغییر و تجاوز به این قواعد را ندارد. برای مثال نمی توان عین را در برابر عوض معین تملیک کرد و به بهانه اینکه دو طرف نام بیع بر آن ننهادند از اجرای قواعد آن بگریزند. قانون مدنی^۳ تملیک عین به عوض معلوم را بیع می نامد و رعایت قواعد ویژه ای را در آن لازم می داند، خواه با الفاظ مرسوم در خرید و فروش بیان شود یا به واژه دیگری که مقصود را برساند. اگر پیمان، تعهدنامه یا قرارداد خصوصی نامیده شود ولی مفاد آن تملیک منفعت در برابر عوض باشد تابع قواعد اجاره است. پس طبق حقوق اسلام و ایران و از جمله ماده ۱۰ قانون مدنی گستره حاکمیت اراده بر عقود هم در عقود معین است و هم در عقود نامعین. (همان)

نتیجه گیری

قانون مدنی ایران، با وجود نیاز فراوان در حوزه تجارت به رهن اسناد تجاری، موانعی را بر سر راه، توثیق این اسناد ایجاد کرده است. مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت تا حدودی توثیق سهام شرکت های سهامی را به رسمیت شناخته اند ولی مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی، با مقرر نمودن شرط عین معین بودن مال مورد رهن و قابلیت قبض آن، با وجود اهمیت و نیاز فراوان به رهن این اسناد، موانعی را بر سر راه، توثیق اسناد تجاری ایجاد نموده است. که می توان گفت حقوقدانان، بدلیل اینکه نص صریح قانونی در رابطه با این موضوع وجود نداشته، توثیق را در قالب عقد رهن تحلیل نموده اند و نظریات و راه حل های مختلفی در این زمینه ارائه داده اند. با بررسی توثیق و عقد

۱ مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی

۲ مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی

۳ ماده ۳۳۸ قانون مدنی

رهن متوجه می شویم که وصف لزوم قبض مورد رهن، با وصف در اختیار بودن محل اسناد تجاری در ذمه رهن در توثیق اسناد تجاری تعارض دارد و وصف لزوم عین بودن مورد رهن، با وصف قابلیت رهن منفعت و دین در توثیق اسناد تجاری تعارض دارد. بنابراین تحلیل توثیق اسناد تجاری با عقد رهن غیر ممکن است و باید راه حل دیگری برای مسئله یافته شود، زیرا اگر توثیق اسناد تجاری را بخواهیم با عقد رهن تحلیل کنیم با مشکلات مذکور و بویژه با قول مشهور فقیهان (بدلیل اینکه مواد مذکور که باعث ایجاد مانع شده اند، بر اساس قول فقها مقرر گردیده اند) مواجه خواهیم شد. حقوقدانان برای توثیق اسناد تجاری راه حل هایی از جمله وکالت در پرداخت، ضمانت در پرداخت، معامله با حق استرداد، اصلاح قانون و توثیق در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی را ارائه داده اند. نتیجه ای که از این راه حل ها می توان گرفت این است که برخی از این راه حل ها بر اساس عقد رهن ارائه شده و مقررات اختصاصی عقد رهن بر آنها ناظر است و اینگونه راه حل ها در بستر قانون مدنی طرح شده و از طریق تفسیر قانون به روش تفسیر موسع بدست آمده اند و برخی از آنها، اجتهاد در مقابل نص است و خود طراحان نیز به این مسئله آگاه بوده اند، زیرا برخی از آنها قول خود را در مقابل صریح مواد قانون مدنی یافته و بر این اساس پیشنهاد کرده اند که در قانون مدنی، اصلاحاتی راجع به قبض رهن و عین بودن مال مرهون صورت پذیرد و تغییراتی را در مواد ۷۷۴ و ۷۷۲ قانون مدنی خواستار شده اند و برخی دیگر مانند ماده ۱۰ قانون مدنی بر اساس عقود نامعین هستند. با بررسی های انجام شده در این پژوهش متوجه شدیم که این راه حل ها جامع نیستند و مشکلات موجود در زمینه توثیق را حل نمی نمایند و می توان گفت در حال حاضر از بین این راه حل ها، تنها ماده ۱۰ قانون مدنی می باشد که تا اندازه ای توانسته این مشکل را حل نماید.

شایسته است قانونگذار در احکام و قواعد مربوط به عقود معین دست به تحولاتی زده و برخی مواد قانونی از جمله، دو ماده ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی را اصلاح نماید. یعنی در رابطه با لزوم قبض، ماده ۷۷۲ قانون مدنی به شرح زیر اصلاح گردد: «قبض رهینه شرط صحت رهن نیست.» و در خصوص مورد رهن نیز ماده ۷۷۴ قانون مدنی به شرح زیر اصلاح شود: «تمبر و اوراق بهادار و اسناد خزانه و دستور پرداخت و اوراق قرضه و به طور کلی آنچه که مالیت دارد می تواند رهینه واقع شود.» همچنین حقوق تجارت ایران می تواند با شناسایی یک مفهوم کلی تحت عنوان توثیق و جدا سازی آن از عقد رهن، یک ساختار توثیق اسناد را در ایران طراحی نماید و مقررات قانون متحدالشکل ژنو که در روابط بازرگانی بسیاری از کشورهای جهان نفوذ و قابلیت اجرایی دارد، می تواند از این جهت الگوی مناسبی برای طرح اصلاح قانون تجارت کشور به حساب آید.



منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی:

- ۱- اخلاقی، بهروز، ۱۳۶۸، بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری، تهران، مجله حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۴، ۲۳-۱
- ۲- اسکینی، ربیعا، ۱۳۷۳، حقوق تجارت (اسناد تجاری)، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت
- ۳- امامی، حسن، ۱۳۸۶، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ نوزدهم، تهران، انتشارات اسلامیه
- ۴- باقری اصل، حیدر، ۱۳۹۳، توثیق اسناد تجاری، چاپ اول، تهران، مجد
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۸، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ سوم، تهران، گنج دانش
- ۶- _____، ۱۳۸۸، حقوق مدنی (رهن و صلح)، چاپ ششم، تهران، گنج دانش
- ۷- ستوده تهرانی، حسن، ۱۳۸۸، حقوق تجارت، ج ۲، چاپ سیزدهم، تهران، نشر دادگستر
- ۸- صقری، محمد، ۱۳۸۰، حقوق بازرگانی شرکت ها، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار
- ۹- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۲، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مدرس
- ۱۰- _____، ۱۳۸۳، قانون مدنی در نظم کنونی، چاپ نهم، تهران، میزان
- ۱۱- _____، ۱۳۸۹، حقوق مدنی (عقود معین ۴)، چاپ هفدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار
- ۱۲- موسوی بجنوردی، محمد، ۱۳۷۴، نقش قبض در عقد رهن، فقه اهل بیت، شماره ۳
- ۱۳- نصیری، مرتضی، ۱۳۸۱، حقوق تجارت بین المللی در نظام حقوقی ایران، چاپ اول، تهران، امیر کبیر

ب) منابع عربی:

- ۱- جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، مسالک الافهام الی التنقیح شرایع الاسلام، چاپ اول، قم، نشر معارف اسلامی

ج) قوانین و مقررات:

- ۱- قانون تجارت
- ۲- قانون ثبت اسناد و املاک
- ۳- قانون مدنی
- ۴- کنوانسیون یکنواخت ژنو راجع به برات و سفته (۱۹۳۰م)