

بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری

الف - مقدمه : پیشینه تاریخی و سیر تحول موضوع

۱- اسناد تجاری در مفهوم خاص ، طی دوران نسبتاً طولانی ، با توجه به نیازهای خاص سوداگران و بازرگانان بوجود آمده اند . بمنظور پیشگیری از مخاطرات احتمالی حمل و نقل پولهای فلزی و کاغذی ، و لزوم پرداخت های سنگین از موارد و امکان نقل و انتقال وجوه از مکانی به مکان دیگر و یا از کشوری به کشور دیگر ، این اسناد شکل گرفته ، بتدریج دچار تحولات ، اوصاف و ویژگیهایی شده و در نتیجه به درجه فعلی از تکامل رسیده اند . بعبارت دیگر ، هدف در وهله نخست ، ایجاد " وسیله " و یا " ابزاری " بوده است که نقش پول را ایفاء کند و قدرت ابرائی آنها داشته باشد . قابلیت نقل و انتقال ساده اسناد مذکور ، تا حدی پاسخگویی به این نیاز است و رکن عمده آنها را تشکیل میدهد و گردش سریع آنها را در روند مبادلات بازرگانی تسهیل میکند . بازرگان ، علی الاصول ، از اسنادی که نقل و انتقال آنها تابع تشریفات کند و سنگین باشد ، در پرداخت ها و دریافت های خود استفاده نمی کنند . بهمین دلیل يك سند افرار دین که فقط به وسائل قانون مدنی قابلیت نقل و انتقال را دارد . در ردیف اسناد تجاری بمعنی خاص قرار نمی گیرد . همچنین سندی که متضمن ارزش است ولی فاقد قابلیت نقل و انتقال ساده و سریع میباشد ، در بین بازرگانان ، بعنوان وسیله پرداخت ، طرفداری ندارد . مثل سهام بانام شرکتها و اوراق قرضه و اسناد خزانه و ضمانت نامه های بانکی که بفع اشخاص معینی صادر شده و بانک ضامن متعهد پرداخت وجوه آنها به همان اشخاص است . " ظهر نویسی « بمنظور تأمین همین هدف بوجود آمده است .

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

۱- سابقه ظهر نویسی در ایتالیا به قرن شانزدهم میلادی میرسد و در فرانسه بموجب فرمان ۱۶۷۳ برسمیت شناخته شد . و چون پاسخگویی نیازهای امور تجاری بود در سطح گسترده ای رواج یافت و بعنوان يك نهاد و ابزار قانونی بکار گرفته شد و تجار را از تشریفات انتقال طلب ، به شکل و کیفیتی که در قلمرو حقوق مدنی متداول بوده و هست بی نیاز ساخت . و از نقطه نظر حقوقی ماهیت و آثار آن باید به مقالات دیگر موكول نمود . با تحولات تدریجی و سیر تکامل اسناد تجاری ، ظهر نویسی نیز تحولاتی یافت و انواع مختلف را در بر گرفت . مثل ظهر نویسی بعنوان وکالت و ظهر نویسی بعنوان وثیقه ، توثیق اسناد تجاری ، یا درج عباراتی از قبیل " بعنوان وثیقه " ، " بابت تضمین " ، " برای گرو " و هر عبارت دیگری که مفید این معنی باشد ، صورت می پذیرد هدف از ظهر نویسی بعنوان وثیقه این است که دارنده- اسناد تجاری یا اخذ مبلغی از موسسات اعتباری مثل بانکها ، بعنوان وام یا اعتبار یا عناوین دیگر ، تسهیلات لازم معاملات تجاری خود را فراهم آورد . سابق براین ، در قلمرو معاملات ، به اموال مادی اعم از منقول و غیر منقول بها داده می شد ، با توسعه روز افزون اسناد تجاری بعنوان اموال اعتباری ، سرمایه نویسی در جامعه تجلی کرد و وسیله پرداخت . واسطه معاملات ، معیار سنجش و ذخیره کنند ارزش اشیاء و خدمات بحساب آمد . امروزه اموال مادی منقول و غیر منقول اشخاص ، ملاک سرمایه واقعی و منحصر بفرده آنها محسوب نمی شود ، بلکه حجم و نوع اسناد تجاری مثل اوراق بهادر این نقش را ایفاء میکند و خاصیت زایندهگی آنها ، در بسیاری از موارد ، بیشتر از اموال مادی است ، از همین رو ؛ فکروثیقه گذاری آنها ، ماهیت حقوقی و شرائط و احکام آن مطرح و مورد بحث قرار گرفت .

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

۱- توثیق اسناد تجاری ، در کشورهاییکه این نهاد در آنها یا بعرضه گذاشت . خالی از پاره ای مشکلات نبوده است . مشکلات ، ناشی از نفس وثیقه گذاری و جواز و یا عدم آن نبوده است بلکه بیشتر بر محور شرائط تحقق آن دور می زده است .

برای مثال در حقوق تجارت فرانسه که قانون تجارت مصوب ۱۸۰۷ آن الگویی نویسندگان قانون تجارت مصوب اردیبهشت ماه ۱۳۱۱ ایران بوده است ، مساله عبارت از این بوده که توثیق اسناد تجاری ، مثل انتقال آن به صرف امضاء و با قید عبارتی دال بر " توثیق " کفایت میکنند و یا اینکه ، به مثابه رهن در حقوق مدنی آن کشور ، تابع تشریفات مربوط به آن است ؟ مواد ۲۰۷۴ و ۲۰۷۵ . م . ف . وجود حق ممتاز و رجحان طلبکار مرتهن را موقوف به تنظیم سند رسمی و یا عادی و ثبت و اعلان آن به مدیون میداند .

در رویه قضائی و دکترین فرانسوی ، نسبت به موضوع اختلاف نظر وجود داشت پایان بخشید و ماده ۹۱ قانون جدید اعلام نمود که :

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

بعقیده مولفین حقوق مدنی و تجارت فرانسه ، امکان توثیق اسناد تجاری از طریق سهل و ساده ظهرنویسی ، موجب تحول عمده ای در حقوق موضوعه این کشور شده و به یکی از ضروریات و مقتضیات امر تجارت پاسخگویی کرده است .

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

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

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

۱- با توسعه روز افزون تجارت بین المللی ، گردش اسناد تجاری و توثیق آنها ، در صحنه بین المللی گسترش یافت . این گسترش کمی و کیفی ، حسب مورد ، از محدوده مرزهای یک کشور گذشت و لا محاله مشکلاتی را هم از جهت شکل و ماهیت اسناد و هم از نظر بروز تعارضات قوانین ، به منصفه ظهور رساند و اینگونه مشکلات موجب شد تا حقوقدانان کشورهای مختلف ، در جستجوی راه حلهائی برآیند .

ایجاد وحدت حقوقی ، در نظامهای حقوق داخلی کشورها ، که تلاش در حل و فصل مسائل حقوقی و موارد تعارض قوانین دارد ، در قلمرو اسناد تجاری با مشکلات کمتری روبرو بوده است . گرایش عمومی عمدتاً در اکثر موارد ، از طرف کشورهای اروپائی آغاز شده است . اولین تلاشها ، در اواسط قرن نوزدهم ، از طرف انگلیسیها بعمل آمده است و اولین پیشنهاد و طرح یک مقررات متحد الشكل حاکم بر اسناد تجاری را نمایندگان دولت انگلیس به نمایندگان دول حاضر در نمایشگاه جهانی لندن ارائه نمودند . این پیشنهاد و طرح عقیم ماند و متعاقباً اقدامات دیگری صورت گرفت . در سال ۱۹۰۰ به پیشنهاد دولت آلمان ، کنفرانسی در لاهه تشکیل شد که ما حاصل آن به طرح موقت قانون متحد الشكل *Projet Provisoire de la loi uniforme* منجر گردید و در سال ۱۹۱۲ ، توسط دول مقتدر وقت ، در لاهه کنوانسیون یا پیمانی بامضاء رسید که هدف آن وارد کردن مقررات متحدالشکل در نظام حقوق داخلی آنها بود . این کنوانسیون ، الهام بخش پیمان یا کنوانسیون ژنو گردید و بالاخره در ۷ ژوئن ۱۹۳۰ ، تحت نظارت عالیه جامعه ملل ، پیمان مربوط به قانون متحدالشکل راجع به برات و سفته تنظیم یافت ، بموجب این پیمان ، دول متعاقد ، متعهد شدند مقررات قانون متحدالشکل را وارد در قلمرو حقوق داخلی خود نمایند ، اکثر دولتهای اروپائی عضو این پیمان شده اند ، وحدت حقوقی را در این زمینه بوجود آورده اند و مقررات پیمان عملاً وارد حقوق داخلی بسیاری از کشورهای غیر اروپائی نیز گردیده است .

۱-باری ، هم در کنفرانس لاهه و هم در کنفرانس ژنو ، موضوع توثیق اسناد تجاری با توجه به توسعه آن در قلمرو عملیات اعتباری بانکها و کاربرد ویژه آن ، به مباحثات مهمی دامن زد و موجب ارائه نظریات عدیده ای گردید . دامنه مباحثات و اختلاف نظرات بحدی بالا گرفت که هیئت ، موارد عملی چندانی ندارد ، پیشنهاد حذف موضوع را از دستور جلسات کنفرانس نمود و پیشنهاد کرد تا هر کشوری ، موضوع توثیق اسناد تجاری را ، بهر نحو که مصلحت میداند ، در حقوق داخلی خود تنظیم کند .

این پیشنهاد با موافقت اکثریت روبرو نشد و ماده ۱۹ قانون متحدالشکل ژنو به موضوع اختصاص یافت و متعاقباً وارد در قلمرو حقوق کشورهای عضو پیمان ژنو گردید . ماده ۱۹ ق ، م . ژ . در مورد ظهر نویسی بعنوان وثیقه مقرر میدارد :

" در صورتیکه ظهرنویسی حاوی عبارت " ارزش برای تضمین یا " ارزش بعنوان وثیقه " یا هر عبارت دیگری باشد که متضمن به وثیقه نهادن باشد ، دارنده برات می تواند کلیه حقوقی را که از ظهر نویسی ناشی میشود به مرحله اجراء درآورد ولی ظهر نویسی که از طرف او بعمل می آید ، فقط بعنوان ظهر نویسی بعنوان وکالت اعتبار دارد . متعهدین نمی توانند در مقابل دارنده برات به ایراداتی که متکی به روابط شخصی آنها با ظهر نویس است استناد نمایند مگر آنکه دارنده برات در موقع دریافت برات عمداً بضرر بدهکاران اقدام کرده باشد ."

امروزه در کشورهایانی که پذیرای مقررات قانون متحدالشکل ژنو شده اند ، توثیق اسناد تجاری ، بصورت یک اصل قبول شده است و در سایر کشورها نیز که مقررات قانون مذکور را بجتهی از جهات ، نپذیرفته اند ، حسب مورد ، نظریه صحت توثیق دارند .

ج - موضع حقوق ایران - مشکلات حقوقی موجود و راه‌های پیشنهادی

۱- قانون تجارت کشورما ، مثل همه کشورها ، قابلیت نقل و انتقال سند تجاری را ، بطورکلی ، از طریق ظهنویسی پذیرفته و شرایط سهل و ساده آنرا بیان داشته است .

ماده ۲۴۵ ق . ت . ۱ . می گوید :

" انتقال برات بوسیله ظهر نویسی به عمل می آید ."

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

" ظهر نویسی باید به امضاء ظهر نویس برسد . ممکن است در ظهر نویسی تاریخ و اسم کسی که برات باو انتقال داده میشود قید کرد ."

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

" ظهر نویسی حاکی از انتقال برات است مگر اینکه ظهر نویس وکالت در وصول را قید نموده باشد که در این صورت انتقال برات واقع نشده ولی دارنده برات حق وصول ولدی الاقتضاء حق اعتراض و اقامه دعوی برای وصول خواهد داشت . جز در مواردیکه خلاف این در برات تصریح شده باشد ."

بنحویکه ملاحظه می شود ، در قانون تجارت کشورما ، در بحث راجع به ظهر نویسی توثیق اسناد تجاری ، به سکوت برگزار شده است و این نوع ظهر نویسی ، در نظام حقوقی ما علیرغم رویه معمول تجار و بانکها ، خالی از بروز پاره ای مشکلات نبوده و نمی باشد . در محدوده این مقاله ، ادای توضیحاتی چند ضروری است .

۱- توثیق اسناد تجاری در نظام حقوقی ایران ، معمولاً در قالب عقد رهن ، تحلیل میشود ، در حقوق ایران ، عقده را که به موجب آن مال مدیون وثیقه طلب کار می گیرد ، رهن می نامند .

ماده ۷۷۱ قانون مدنی در تعریف رهن می گوید :

"رهن عقده است که بموجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دائن میدهد ، رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن میگویند ."

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

اساتید حقوق مدنی ایران ، از استقرا ، در احکام قانون مدنی ، در شناسایی ماهیت ، اوصاف عقد رهن را چنین خلاصه کرده اند :

اولاً عقد تبعی است . بدین معنی که پیش از آن باید دینی وجود داشته باشد تا برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود (مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ ق . م .) . وثیقه دادن برای دین آینده در حقوق ما امکان ندارد و وجوب سبب دین ، مانند آنچه در ضمان جاری است . شرط صحت رهن است . از سوی دیگر ، با پرداخت دین یا سقوط آن به دلایل دیگر ، حق مرتهن نیز از بین می رود .

ثانیاً عقد عینی است . به این توضیح که 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 (ماده ۷۷۲ ق . ع . م .) .

اول - مشکلات حقوقی موجود

۱- آنچه صحت ظهر نویسی بعنوان وثیقه را ، در اسناد تجاری ، در حقوق ما با مشکل روبرو ساخته است ، مقایسه آن با شرایط صحت عقد رهن و اجرای قواعد عمومی معاملات ، و ویژگیهای ، آن در خصوص مورد رهن می باشد . همانطوریکه می دانیم قواعد عمومی معاملات ، نسبت به موضوع قرار داد ، در مورد رهن نیز جاری است . بنابراین ، مورد رهن باید مالیت داشته باشد ، دارای منفعت عقلایی و مشروع باشد ، معلوم و معین باشد و قابلیت نقل و انتقال داشته باشد (ماده ۷۷۳ ق . م .) .

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

۱- مورد رهن باید عین باشد ، رهن دین و منفعت باطل است .

۲- مورد رهن باید قابل تسلیم به مرتهن باشد ، پس رهن مالی که رهن قدرت تسلیم آن را ندارد و مرتهن نیز می تواند آن را به قبض خود بگیرد باطل است .

۳- مورد رهن باید ملک رهن باشد یا او حق رهن گذاردن آن را داشته باشد قانون مدنی ایران به پیروی از قول مشهور فقها ، رهن و دین و منفعت را باطل و طی ماده ۷۷۴ اعلام داشته است که :

" مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است ".
 فقهای که رهن دین را درست ندیده اند، قبض را شرط صحت رهن میدانند. برخی دیگر از آنها قبض دین را ممکن شمرده اند و به این ترتیب رهن دین و عین کلی را درست دانسته اند.
 ۱- با توجه به مراتب فوق پرسشی که برای برخی از حقوقدانان مدنی کشور ما مطرح شده این است که آیا با توجه به ضروریات و مقتضیات جامعه کنونی و عرف و رویه بازرگانی و بانکها، واقعاً باید رهن دین را باطل و عملیات اعتباری بانکها را با وجود ماده ۷۷۴ ق. م. غیر ممکن دانست؟ . . . آیا ضرورتی دارد که ارزش عین به اعتبار یا ماده، اصلی آن باشد یا آنچه را هم که دارای ارزش اعتباری یا نماینده مقداری ارزش است میتوان به رهن داد؟
 بنحویکه از تألیفات حقوق مدنی کشور ما مستفاد می شود، مشکلات ناشی از توثیق اسناد تجاری ظاهراً پیرامون دو مساله عمده دور میزند یکی عین بحساب آمدن آنها و دیگری امکان به قبض دادن که در واقع مساله اول است.
 در نبود پاسخ قاطعی در این مورد در قوانین و رویه قضائی کشور ما، اساتید حقوق مدنی، نظرات متفاوتی ابراز داشته اند.

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

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

از یکطرف و صراحت ماده ۷۷۴ همان قانون که " رهن دین و منفعت را باطل " میدانند از طرف دیگر بر این عقیده اند که شرط تحقق رهن قبض عین مرهونه بمرتهن است. و کلی فی الذمه، دین میباشد و دین نمیتواند وثیقه دین قرار گیرد چون نمیتوان آنرا به قبض مرتهن داد و آنچه بعداً در اثر ایفاء تعهد حاصل میشود، دین نیست بلکه یکی از افراد و مصادیق کلی میباشد و بودن کلی درضمن فرد اشکال عدم قابلیت قبض دین را رفع نمی نماید. و از نظر قضائی با تصریح ماده ۷۷۴ ق. م. بعدم صحت رهن دین، استدلال بجواز رهن آن، اجتهاد در مقابل نص است. البته باید توجه داشت که این دسته از حقوقدانان مدنی، به پیروی از حقوق امامیه، در مالکیت داشتن اسناد تجاری تردیدی ندارد و مال را چیزی میدانند که بتواند مورد داد و ستد قرار گیرد یعنی دارای ارزش معاوضه باشد و دین و یا مافی الذمه را از مصادیق اموال منقول بحساب می آورند ولی اشکال به قبض دادن آنرا، باعتبار حقوق دینی بحساب آوردن اسناد تجاری و نه حقوق عینی، قابل رفع نمی دانند.

دوم - راه حل های پیشنهادی

۱- حقوقدانان مدنی معاصر ما، بر عکس، در سالهای اخیر، تلاش ارزنده ای برای امکان وثیقه گذاری اسناد، بکار برده اند و هر يك بسهم خود، کوشش نموده اند تا موانع و مشکلات موجود حقوقی را بنحوی از سر راه بردارند.
 برخی، از اسناد تجاری بمعنی خاص، سخن بمیان نمی آورند و در پاسخ به این سؤال که آیا سهام شرکتهای سهامی و اوراق قرضه و بهادار و تمبر را میتوان برهن داد؟ به تقسیم بندی جدید اموال پرداخته، نظریه امکان توثیق اینگونه اسناد دارند.

در مورد لزوم " عین معین " بودن مورد رهن، در نظر این عده از حقوقدانان، مورد رهن لازم نیست از مصادیق و افراد مال اصالی باشد و میتوان مال آلی را نیز به وثیقه گذارد.

مال اصالی، مالی است که ذاتاً ارزش دارد مانند اغذیه و البسه و فرش و خانه و زمین و زر و سیم.
 و مال آلی، مالی است که خودش ذاتاً مالیت ندارد بلکه نماینده مالی است مثلاً اسکناس لاقبل در نظر بعضی به اعتبار اینکه معرف پشتوانه و ارزش مقداری سیم و زر است مالیت دارد. و اسناد خزانه نیز مال آلی و حاکی از استحقاق دارنده آن به دریافت مقداری پول رایج است و همچنین است دستور پرداخت اصلاحات ارزی یا شهرداری.
 بنظر این مؤلفین، بکلی نمی توان گفت که این نوع اموال را نمی توان برهن داد. تعریف (عین معین) در ماده ۷۷۴ ق. م. بر این اشیاء صدق میکند، بخصوص تمبر پست که مانند يك کالا قابل خرید و فروش است. و نیز ماده ۱۰ قانون انتشار اسناد خزانه مصوب دیماه ۱۳۴۰ میگوید:

" اسناد خزانه قابل خرید و فروش است . . . "

ولی وجه نقد را نمی توان رهن داد و اصطلاحاً عین معین در حقوق مدنی بر غیر وجه نقد اطلاق میشود.
 در مورد لزوم قبض، تحلیل این دسته از حقوقدانان این است که قبض رهنیه، بدلائل عدیده شرط صحت رهن نیست، زیرا از یکطرف اعمالی که بین متعاقبین عقد رهن قبل از اقباض صورت گرفته باطل و خلاف قانون نیست و اگر باطل بوده باشد، اقباض رهنیه نمی تواند باطل را صحیح کند. مقصود از صحت در ماده ۷۷۴ فعلیت تأثیر عقد رهن است یعنی عقد رهن ذاتاً صحیح بوده ولی آثار قانونی آن موقعی ظاهر میشود که اقباض هم محقق شود. در آیه (فرهان مقبوضه) هم بهمین عنصر عقد رهن اشاره شده است و فقهاء این موضوع را از همین آیه اقتباس کرده اند.
 و از طرف دیگر، قبل از اقباض رهنیه و بعد از عقد رهن، راهن تعهد به اقباض ندارد و در واقع عقد رهن، در این مرحله از دو طرف جائز است. مگر اینکه رهن، ضمن عقد لازم، شرط شده باشد. (ماده ۲۴۱ ق. م.) در این صورت باید به تعهد خود عمل کند هر چند که اقباض واقع نشده باشد.

۱- بر پایه این استدلالات ، حقوقدانان مذکور ، در طرح قانون مدنی ایران ، در مورد عقد رهن ، دو پیشنهاد اصلاحی مهم ارائه داده اند . در رابطه بالزوم قبض چنین پیشنهاد میکنند که ماده ۷۷۲ ق . م . بشرح تبصره ماده ۱ بشرح زیر اصلاح گردد

" قبض رهنه شرط صحت رهن نیست "

و در خصوص مورد رهن ، پیشنهاد دارند که ماده ۷۷۴ ق . م . بشرح زیر اصلاح شود .
ماده ۲:

تمبر و اوراق بهادار و اسناد خزانه و دستور پرداخت و اوراق قرضه و بطور کلی آنچه که مالیت دارد میتواند رهنه واقع شود .

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

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

بر مبنای نظر اخیر ، وثیقه نهادن اسناد در وجه حامل یا سهام بی نام شرکتها بویژه که فروش ارزش مالیشان بطور مسلم امکان دارد ، درست است . زیرا ، " در دید عرف ، ارزش موضوع آنها چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض اسناد بمنزله انتقال و قبض اموال آنهاست . پس ، هیچ مانعی ندارد که عین این اسناد موضوع رهن قرار گیرد ، همچنانکه موضوع بیع نیز واقع میشود . برعکس ، در مورد سهام و اوراق بانام ، چون در نظر عرف بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد ، اینگونه اسناد در حکم سند طلب است ، ارزش محتوای آن در زمره اموال غیر مادی است و رهن آنها با توجه به لزوم عین بودن وثیقه درست بنظر نمیرسد ."

۱- استدلالات گروه اخیر در مورد رهن دین که وثیقه گذاری برخی اسناد مطالبات بازرگانی را نیز شامل میشود ، بر چند پایه استوار است .

اولاً : اشخاص از حیث اعتبار و توانایی مالی و صداقت یکسان نیستند و چه بسا دیونی که اعتماد به پرداخت آن از وثیقه عینی بیشتر است . وانگهی ، هر اندازه که احتمال وصول نشدن طلب قوی باشد ، باز هم بعنوان وثیقه بر درجه اعتبار طلبکار می افزاید و مدیون چنین وثیقه ای در حکم ضامنی است که ذمه او به تعهد مدیون اصلی ضمیمه شده است ، پس ، هیچگاه نباید رهن دین را با هدف از عقد رهن (ایجاد وثیقه) منافی پنداشت .

ثانیاً : اشکال مربوط به قبض مال کلی نیز وارد نیست ، زیرا قبض ، عقد رهن را کامل میکند ولی پیش از آن تراضی طرفین در حدود طبیعت ویژه خود آثاری دارد پس ، هیچ لزومی ندارد که قبض مورد رهن بیدرنگ انجام پذیرد . (مواد ۵۹ و ۶۰ ق . م) مدیون بایستی مصداق دین را معین سازد و همان مصداق میتواند بعنوان مظهر دین به قبض داده شود ، ولی این را نیز باید دانست که در دادو سند ها نیز موجوده های ذهنی مورد معامله قرار نمی گیرد و نظر به مصداق های خارجی است و مفهوم کلی تنها بعنوان نشانه و معیار تعیین آن مصداق ها بکار میرود .

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

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

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

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

اولاً : وضع و موقعیت اسناد تجاری بمعنی خاص یعنی برات و سفته و چک را با اوصاف و ویژگیهای آن چندان مدنظر ندارد و توثیق اسناد در وجه حامل یا سهام بی نام شرکتها را درست می داند و برعکس در مورد سهام و اوراق تجاری بانام ، اینگونه اسناد را در زمره ، اموال غیر مادی بحساب می آورد دو با توجه به لزوم عین بودن وثیقه ، رهن آنها را

درست نمیداند ، و حال آنکه امروزه در مورد بسیاری از اسناد تجاری بمعنی عام مثل اوراق بهادار (سهام شرکتها اعم از بانام و بی نام و اوراق قرضه) و اسناد خزانه و قبوض انبارهای عمومی مثل قبض رسید و برگ وثیقه ، در تمامی کشورهاییکه بورس اوراق بهادار وجود دارد و بازار داد و ستد اینگونه اسناد رایج است ، نه تنها بحثی پیرامون ارزش مالی مسلم اینگونه اسناد وجود ندارد و ارزش و خاصیت زایندهگی مالی آنها ، بمراتب از سایر اموال مادی اعم از منقول و غیر منقول و حتی پول کاغذی ، بیشتر است ، و تردیدهای موجود در مورد امکان توثیق آنها ، کلاً مرتفع شده ، بلکه بحث های مذکور در مقدمه این مقاله تماماً ناظر بر اسناد تجاری بمعنی خاص آن بوده ، که مساله وثیقه گذاری آنها حل شده است .

زیرا جای تردیدی نیست که اسناد تجاری با نام که با قید بحواله کرد به صرف ظهر نویسی به دیگری انتقال می یابد ، در هر ظهر نویسی ، به ارزش و اعتبار آنها افزوده می شود و يك سند تجاری با نام ، هر چه بیشتر ظهر نویس داشته باشد ، به متعهدین پرداخت وجه آن افزوده می شود و امکانات مراجعه دارنده سند را جهت دریافت وجه آن افزایش می دهد .

ثانیاً : در نظر ابزاری ، آنچه هنوز مورد تردید مانده است ، ماهیت حقوقی اسناد تجاری از نقطه نظر تقسیم بندی کلی اموال است . بحثی نیست که اسناد تجاری ، در زمره اموال منقول غیر مادی است . در بسیاری از افراد و مصادیق اینگونه اموال ، ارزش مالی آنها ، نه تنها کمتر از ارزش مالی اموال مادی منقول به شیوه های سنتی نیست ، بلکه بمراتب از آنها بیشتر است . این ارزش چنان با عین سند در آمیخته که انتقال و قبض و اقباض آنها ، بمنزله انتقال و قبض ارزش مندرج در آنها است و در واقع و نفس الامر " سرمایه های نوین " جامعه را تشکیل میدهند . و چنانچه امر دائر گردد که در قلمرو حقوق مدنی و به تبع آن در حقوق تجارت به پیروی از تقسیم بندی کلاسیک اموال و اقوال مشهور فقها و بویژه در رهن که در زمان تصویب مقررات آن ، اینگونه اموال مادی ، و غیر مادی رواجی نداشته ، همچنان به لزوم عین بودن وثیقه ، توجه شود ، گره وثیقه گذاری اسناد تجاری بمعنی خاص ، بعنوان اموال با ارزش از دیدگاه عرف و تجارت همچنان لاینحل خواهد ماند و پاسخ این سؤال که آیا آنچه را که دارای ارزش اعتباری یا نماینده مقداری ارزش است میتوان به رهن داد ، تماماً داده نخواهد شد .

۱- جاری ، اشکالات حقوقی موجود در نظام حقوقی ایران در مورد توثیق اسناد تجاری ، عموماً بشرحی است که گفته شد . بدیهی است این اشکالات ، مطلوب اسناد تجاری نیست و گرهی از مشکلات موجود باز نمیکند ، در تلاش برای رفع مشکلات ، برای توثیق اسناد تجاری ، در وضع کنونی قوانین ، حقوقدانان کشور ما ، راه حل های عملی جالبی بشرح زیر ارائه داده اند :

۱- معامله با حق استرداد

از آنجا که در معاملات شرطی ، که بطور معمول بصورت بیع یا صلح انجام میشود قبض شرط صحت نیست ، میتوان از نهاد " معامله با حق استرداد " بجای رهن یا وثیقه استفاده نمود . نتیجه اینگونه معاملات ، که دیگر ویژه املاک نیست و طبق ماده ۳۴ قانون ثبت در اموال منقول نیز اجرا میشود ، با رهن شباهت کامل دارد . در این معامله ، خریدار شرطی که در معنی همان طلبکار است . مال مورد انتقال را در هیچ شرائطی بموجب عقد تملک نمیکند و تنها میتواند با رجوع به اداره ثبت یا دادگاه تقاضای فروش مورد معامله و وصول طلب خود را بکند (ماده ، ۳۴ ق . ت .) . پس طلبکاری که مایل به وثیقه گذاردن طلب خویش است ، میتواند آنرا بطور شرطی و با حق استرداد به وثیقه گیرنده انتقال دهد و از بابت آن تحصیل اعتبار یا وام نماید ، در نتیجه ، هر گاه مبلغی را که به وام گرفته است نپردازد ، خریدار شرطی (وام دهنده) حق دارد از محل طلب مورد وثیقه پول خود را وصول کند .

۲- ضمانت در پرداخت

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

۳- وکالت در تملک

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

۱- انتقال صوری

۱۹- جهت احتراز از راه حل های عملی فوق و بروز احتمال پاره ای مشکلات ناشی از روابط حقوقی فیما بین ، بانکها غالباً وقتی اسناد بازرگانی را به وثیقه می پذیرند . عنوان رهن و یا وثیقه به آن نمیدهند و در واقع سند بازرگانی از طریق ظهر نویسی ساده که علی القاعده حاکی از انتقال است ، به بانک واگذار میشود (مثل قرار داد خرید دین) . در اینصورت ورشکستگی ظهر نویس ، تاثیری در حقوق وثیقه گیرنده نخواهد داشت و مالکیت سند عملاً به بانک انتقال یافته است . هر چند این راه حل ، بعنوان يك حيله قانونی ، مشکلات مطروحه را مرتفع میسازد ولي در متن واقع و نفس الامر ، مغایر با قصد و رضای طرفین و حقیقت موجود است و به هر حال بانک باید بنحوی این حقیقت را در دفاتر خود

منعکس نماید . وفي المثل هر گاه وجوه حاصله از این نوع وثائق کفاف بانک را نمود ، مازاد را به حساب مشتری خود واریز کند .

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

۲- وثیقه قراردادی

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

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

هر چند بنظر برخی از استادان حقوق مدنی ، ماده مرقوم از حقوق اروپائی (فرانسه) گرفته شده است و فرهنگ بومی ایران ، اصل حاکمیت اراده ارادر قراردادهای نمی شناسد . و ظاهراً به پیروی از این نظر و طرز تفکر ، ماده ، ۱۰ ق . م . پس از انقلاب اسلامی ایران ، بعضاً مورد بی مهری قرار گرفته و بهای چندانی به آن داده نشده است ، معذک حسب عقیده برخی دیگر ، نمی توان ادعا کرد که مفاد این ماده ، در حقوق ما پیشینه تاریخی ندارد و ابداع نویسندگان قانون مدنی و یا ثمره ، تقلید از حقوق اروپائی است . زیرا فقهای امامیه ، دست کم در بحث شرط ، از همین اصل پیروی میکرده اند و گروهی وفای به همهء عقود را که برخلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد واجب دانسته اند .

پاره ای از مولفین حقوق مدنی تا آنجا پیش رفته اند که : " در فقه ، مکتبی وجود دارد که اصل حاکمیت اراده راحتی در خارج از قلمرو عقود بانام و بی نام ، یعنی به صورت ایقاعات هم پذیرفته انهم در اعصار بسیار دور که هنوز در اروپا بحث تعهدات یکطرفی مطرح نبوده است و اساساً بحث تعهدات یکطرفی از حقوق اسلام به آن دیار سفر کرده است . بر پایه این مبانی و ملاحظیات و با توجه به اوصاف عقد رهن موضوع و طبیعت آن برخی از اساتید حقوق مدنی چنین اظهار نظر می کنند که ماده ۱۰ ق . م . راه حلی برای وثیقه گذاردن اسناد تجاری بدست می دهد . مطابق این نظر ، توثیق اسناد تجاری را نباید رهن اصطلاحی دانست بلکه قراردادی است مشمول ماده ۱۰

نتیجه گیری

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

مقررات قانون متحد الشکل ژنو که در روابط بازرگانی بسیاری از کشورهای جهان ، نفوذ و قابلیت اجرایی دارد ، میتواند از این جهت ، الگوی مناسبی برای طرح اصلاح قانون تجارت کشور ما بحساب آید .

نویسنده : دکتر بهروز اخلاقی

برگرفته از : وبلاگ تخصصی حقوق ایران