

تصحیح و توجیه فقهی حقوقی توثیق اسناد تجاری

تاریخ دریافت: ۸۹/۵/۲۰

تاریخ تأیید: ۸۹/۷/۲۷

سیدعلی محمد یثربی قمی *

چکیده

۱۱۵

حقوق اسلامی / سال هفتم / شماره ۲۶ / پاییز ۱۳۸۹

اسناد تجاری اموالی ابزارهای اند که انتقال، قبض و اقباض آنها به منزله انتقال، قبض و اقباض ارزش مندرج در آنهاست. این اسناد در واقع «سرمایه‌های نوین» جامعه را با کاربردهای گوناگون تشکیل می‌دهند؛ یکی از کاربردهای آنها در عرف تجاری «توثیق تجاری» است. حسب قوانین بسیاری از کشورها، توثیق تجاری با روش «ظهنویسی برای وثیقه» انجام می‌شود. با توجه به اینکه قانون تجارت ایران نسبت به این کاربرد ساکت است، در نظر ابتدایی با عقد رهن، تحلیل و توجیه می‌شوند. این تحلیل به دلیل عدم تطابق با شرایط رهن در قانون مدنی، با مشکلاتی مواجه است. تلاش‌های بسیاری از سوی اساتید و پژوهشگران فقه و حقوق در جهت تطبیق و ارائه راه‌حل‌های نسبتاً مناسبی صورت گرفته است که هرکدام ضمن برخورداری از محاسن، خالی از اشکال علمی و عملی نیست.

این نوشتار، تلاشی است برای توجیه فقهی - حقوقی توثیق اسناد تجاری به عنوان عقدی مستحدث و نوپدید و مشمول آیه «أوفوا بالعقود» تا زمینه قانونی‌شدن آن در لایحه تجارت در دست تصویب مجلس شورای اسلامی (ماده ۳۴۹) یا با اضافه کردن تبصره‌ای به ماده ۲۴۷ قانون تجارت فعلی فراهم شود و گامی باشد برای رفع این مشکل حوزه بازرگانی و بانکی.

واژگان کلیدی: اسناد تجاری، توثیق، فقه، حقوق.

* عضو هیئت علمی دانشگاه تهران پردیس قم (myasrebi@ut.ac.ir).

مقدمه

قانون تجارت (مصوب ۱۳ اردیبهشت ۱۳۱۱ش) ایران، پیش از تدوین و اجرای قانون یکنواخت ژنو درباره برات و سفته در سال (۱۹۳۰م) و قانون یکنواخت ژنو درباره چک و با الهام‌گیری از قانون تجارت (۸ فوریه ۱۹۲۲م) فرانسه در ششصد ماده تدوین و به تصویب قانونگذار ایران رسیده است؛ ولی این قانون، بحثی را درباره توثیق تجاری به میان نیاورده است، اما لایحه قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۲۴ اسفند ۱۳۴۷ش، فقط دو ماده خود را به توثیق تجاری اختصاص داده است و مواد ۱۱۴ و ۱۱۵، توثیق تجاری را درباره سهام مدیران شرکت‌های سهامی پذیرفته‌اند و سهام آنها را در دوره تصدی مدیریت، وثیقه خسارت‌های احتمالی شرکت مذکور محسوب کرده‌اند و توقیف این سهام را در صندوق شرکت به عنوان وثیقه لازم دانسته‌اند. از مفاد این دو ماده، اصطلاح «توثیق سهام مدیران» قابل استناد است و می‌توان گفت لایحه مذکور، توثیق سهام مدیران را پذیرفته است. با این حال، حقوق ایران به توثیق اسناد تجاری اعتنای چندانی نکرده، قانون تجارت ایران، نهاد حقوقی و روشی را برای توثیق اسناد تجاری پیش‌بینی نکرده است، در حالی که تجار و بانک‌ها اسناد تجاری را توثیق می‌کنند و این مسئله باعث شده است که برخی از حقوقدانان و مؤلفان حقوق، توثیق اسناد تجاری را با عقد رهن تحلیل کنند و از آنجا که تحلیل عقد رهن با مشکلاتی همراه است؛ بنابراین برخی از حقوقدانان و مؤلفان حقوق، قانون تجارت را در توثیق اسناد تجاری ناقص دانسته‌اند و به نقد و ارزیابی نقص مذکور و نیز مشکلات موجود توثیق اسناد تجاری پرداخته‌اند و پیشنهادهایی برای مرتفع‌شدن چنین نقص قانون تجارت داده‌اند. آنها چندین راه‌حل در توثیق اسناد تجاری با نهاد عقد رهن ارائه داده‌اند و این راه‌حل‌ها در بستر قانون مدنی قابل بررسی‌اند و بیشتر آنها از راه تفسیر قانون به روش تفسیر موسّع به دست می‌آیند (باقری اصل، ۱۳۸۷، ص ۴۱).

امروزه توثیق اسناد تجاری به معنای خاص خود از راه ظهرنویسی برای وثیقه به پیروی و پس از تنظیم و تصویب قانون یکنواخت ژنو درباره برات و سفته در سال ۱۹۳۰ و قانون یکنواخت ژنو درباره چک در سال ۱۹۳۲ و ملحق‌شدن بسیاری از

کشورها به آن، به صورت عرف تجاری بین‌المللی و به اصطلاح نهاد و عقدی مستحدث و نوپدید و مورد عمل بانک‌ها و روابط بازرگانی درآمده است. بازرگانان و بانک‌های ایرانی که در کار استفاده از این اسنادند و نیز دادگاه‌های محل مراجعه، با ابهام وضعیت قانونی توثیق مواجه‌اند. شارحان قانون مدنی و تجارت، هرکدام راه‌حلی برای حل مسئله ارائه کرده‌اند که در عین برخورداری از برخی محاسن، از اشکالات علمی و عملی خالی نیستند. مهم‌ترین پرسش‌ها و ابهام‌ها بدین شرح می‌باشد: آیا توثیق اسناد تجاری حسب قانون و مبانی فقهی آن، صحیح است؟ با کدام نهاد فقهی و حقوقی می‌توان آن را توجیه کرد یا راه‌حل جامع برای تکمیل قانون براساس توجیهات فقهی و حقوقی وجود دارد؟

در بخش اول مقاله، مبانی و کلیات این مبحث بررسی شده است و در بخش دوم، رژیم حقوقی مناسب دستگاه حقوقی ما بررسی شده، راه‌حل نهایی از مبانی حقوق ایران، هماهنگ با عرف بین‌المللی، استخراج و ارائه شده است. امید که قدمی در جهت تکمیل قوانین مورد استناد در مجلس شورای اسلامی و احکام و آرای دادگاه‌ها و تسهیل و توجیه کارکرد حوزه بازرگانی و بانکی کشور تلقی شود. الهام‌بخش این تحقیق، آرای برخی فقهای معاصر و پژوهش‌های حقوقی اساتید و دانش‌پژوهان بوده، که به گونه فعلی سامان یافته است.

۱. کلیات و مبانی توثیق

۱-۱. توثیق و رهن دین

در باب توثیق اسناد تجاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی و ماهیت حقوقی آن در برخی مقالات از بعضی حقوقدانان فقه آشنا بحث شده، سعی شده است که از راه تفسیر موسع قبض یا تفسیر مضیق دین و بالمآل تحدید دایره بطلان رهن دین، راه‌حلی برای توثیق اسناد براساس رهن دین بیابند و ارائه دهند؛ ولی در بررسی اوصاف ماهوی توثیق اسناد تجاری و عقد رهن، مشکلاتی رخ می‌نماید که باید از راه دیگری به حل آن پرداخت. برخی از این مشکلات، عبارت‌اند از:

۱. جواز عقد رهن از سوی مرتهن و لزوم آن در طرفین عقد توثیق تجاری؛

۲. لزوم عین بودن مورد رهن با وصف قابلیت رهن منفعت و دین در توثیق تجاری؛
 ۳. تبعی بودن عقد رهن با وصف قابلیت برای دین آتی در توثیق تجاری؛
 ۴. غیرتجربیدی بودن تعهد در عقد رهن با وصف تجربیدی بودن تعهد در توثیق تجاری؛
 ۵. تفاوت کاربردهای عقد رهن مدنی با کاربردهای توثیق اسناد تجاری.
- در نهایت، با توجه به تعارض با قول مشهور فقهای عظام و مواد ۷۸۷، ۷۷۲، ۷۷۴، ۷۷۱ و ۷۷۵ قانون مدنی و تفسیر آنها که قانوناً مبتنی بر نظر مشهور فقهاست؛ پس چگونه می توان به وسیله رهن دین، توثیق اسناد تجاری را توجیه فقهی و حقوقی کرد؟ از میان عناوین معارض پیش گفته، با اختصار و استدلال متوسط به یکی از آنها می پردازیم و آن نقش قبض در رهن مدنی است.

۱-۲. نقش قبض در رهن

«قبض» مصدر ثلاثی مجرد از قبض یقبض و در لغت به معنای به دست گرفتن، تملیک، تملک، تصرف و جمع شدن به کار رفته است (طریحی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۶۳۴). در اصطلاح، به معنای استیلائی عرفی و استقلالی است که حسب مورد متفاوت است، قبض به ید باشد یا قراردادادن در جیب یا سوارشدن و یا قراردادادن در خانه او و خلاصه به گونه ای که در نظر عرف، مسلط بر آن به حساب آید (مراغی، ج ۲، صص ۲۶۲ و ۱۴۱۸).

قبض در حقیقت و ماهیت تحقق رهن مؤثر است. وثیقه بودن عین مرهونه نزد مرتهن، با قبض نکردن آن و اینکه عین ذیل تسلط و سیطره او نباشد، ناسازگاری دارد (عاملی، ۱۳۹۵، ص ۱۱۷ / میرزای قمی، [بی تا]، ج ۱، ص ۱۸۲ / فاضل، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۶۰ / طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۵۸۱ / خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۲، ص ۳۴۲ / بجنوردی، ۱۳۷۴، ص ۱۹۹).

حسب این نظر به واسطه نفی قبض، حقیقت و ماهیت رهن نفی می شود. سه نظر دیگر قبض، عبارت اند از: «شرط شرعی و قانونی»، «شرط لزوم» و «شرط به عنوان یکی از احکام» که هیچ دخالتی در درستی و لزوم ندارند. قبض در عقد رهن مانند عقود دیگر است و زمانی که عقد رهن با ایجاب و قبول واقع می شود، بر رهن لازم است که عین مرهونه را به قبض مرتهن دهد (عاملی، [بی تا]، ج ۵، ص ۱۳۹).

اگر قبض مانند ایجاب و قبول، شرط تحقق باشد، در این صورت قول خداوند متعال که می‌فرماید «مقبوضه»، تکرار بی‌فایده است (حلی، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۴۰۰ / حلی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۲۵ / عاملی، [بی‌تا]، ج ۵، ص ۱۴۰).

روایت «لارهن الا مقبوضاً» (حرّ عاملی، [بی‌تا]، ج ۱۳، ص ۱۲۳) که مستند شرط قبض بودن است را از نظر سند، ضعیف می‌دانند (حلی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۲۵ / مغنیه، [بی‌تا]، ج ۳، ص ۲۶ / حلی، ۱۴۲۳، ج ۱۳، ص ۱۸ / عاملی، [بی‌تا]، ج ۵، ص ۱۴۱). البته طرفداران نقش قبض در عقد رهن، ضعف سند را مُنَجَّبَر به شهرت عملی میان اصحاب و ظاهر کتاب می‌دانند (مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۵۷).

۳-۱. توثیق و ضمانت

برخی از حقوقدانان، توثیق اسناد تجاری را نوعی ضمانت برشمرده‌اند؛ بدین معنا که سند تجاری علامت انتقال دین نیست، بلکه سند گواه ضمانت ضامن از سوی مدیون به طلبکار است (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ش ۳۵۶، ص ۵۴۶).

آیا اسناد تجاری حالت تجریدی دارد و از روابط صادرکننده قبلی و دارنده فعلی مستقل تلقی می‌شود؟

ضمانت در حقوق تجارت، تضامنی است نه ضمانتی.

۴-۱. توثیق و انتقال صوری

برخی ماهیت توثیق را انتقال صوری معنا کرده‌اند و آن را با ماده ۱۰ قانون مدنی توجیه کرده‌اند (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۲۳)، در حالی که پاسخی برای اشکالات ذیل ندارند:

طرفین قرارداد، چنین تصویری را ندارد که «العقود تابعة للقصد و ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد»؛ اگر وثیقه بیشتر از دین باشد، چه باید کرد؟ آیا طلبکار بقیه را برگرداند؟ اگر طلبکار مالک شده است، عودت اضافه چه توجیهی دارد؟

۵-۱. توثیق و وکالت

برخی ماهیت توثیق اسناد تجاری را وکالت در پرداخت معرفی کرده‌اند؛ بدین معنا که بدهکار به طلبکار، وکالت می‌دهد تا طلب خود را وصول کند و به عنوان وثیقه نزد

خود نگاه دارد و در سررسید دین، اگر مدیون دین خود را نپرداخت، به اندازه طلب خود از مبلغ حاصل از سند برداشت کند و اگر مبلغ سند برابر طلب او بود، همه را بابت طلب خود تملک کند (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ش ۳۵۶، ص ۵۴۶ / امامی، ۱۳۵۲، ج ۲، صص ۳۲۸ و ۳۳۱).

گرچه این راه حل محاسنی دارد؛ ولی با دو مشکل زیر روبه روست:

۱. ظهنویسی برای وثیقه به ظهنویسی برای وکالت تبدیل می شود؛
 ۲. عقد وکالت، عقد جایز است و با عروض جنون، بیهوشی، افلاس، ورشکستگی و فوت هریک از طرفین، منحل می گردد.
- بر فرض که آن را ضمن عقد لازمی شرط کنیم و وکالت را از آثار عقد جایز رها سازیم؛ ولی در این فرض نیز نهاد مستقل توثیق توجیه نمی شود، بلکه به ظهنویسی برای وکالت که نهاد مستقل دیگر است، ارجاع می شود.

۶-۱. توثیق و راه حل معامله با حق استرداد

برای احتراز از اصول حاکم بر عقد رهن در توجیه توثیق اسناد تجاری، برخی از محققان، معامله با حق استرداد را پیشنهاد کرده اند؛ زیرا در معاملات با حق استرداد که به طور معمول به صورت رهن بیع یا صلح انجام می پذیرد، قبض عین شرط صحت نیست (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ش ۳۵۶، ص ۵۴۶). معامله با حق استرداد هر گونه معامله ایست که برای انتقال دهنده در آن حق استرداد مورد معامله قرار داده شده باشد.

مال در مالکیت مالک باقی است و حق عینی وثیقه برای غیر در آن یافت شده است؛ نتیجه وضعیت مزبور آنکه هرگاه مالک دین خود را بپردازد، آن مال آزاد می شود و چنان که در اثر عدم پرداخت، فروش رود، پس از ادای دین هرگاه مازادی بماند، از آن مالک خواهد بود؛ بنابراین در اثر تعلق حق غیر به وسیله بازداشت رهن یا معامله با حق استرداد نسبت به مالی، دایره مالکیت مالک نسبت به آن مال ضعیف شده، دیگر نمی تواند مانند ملک طلق هرگونه تصرفی را در آن بنماید (امامی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۳۴۰).

ویژگی متمایز آن از عقد رهن اینکه اصول حاکم بر عقد رهن مثل لزوم قبض و

عین بودن مورد معامله، لزوم استقرار دین در زمان معامله در معامله با حق استرداد شرط نیست.

در باب نقد و ارزیابی مسئله باید بگوییم گرچه این راه حل دارای محاسن بیشتری از راه حل های دیگر است، ولی وضعیت مورد بحث یکی از انواع ظهرونیسی مشروط تلقی می شود؛ یعنی در فرض ایفای تعهد از ناحیه صادرکننده یا دیگر مسئولان قابل پرداخت و استیفاست و هر چند از نظر اصولی صحیح است، ولی مشکل را حل نمی کند؛ چون این کار در واقع با طبیعت برات که یک تعهد مستقل است، ناسازگار است و کسی چنین براتی را نمی پردازد، چون ممکن است عواقب غیرقابل قبولی را دربرداشته باشد؛ زیرا در برات مشروط به عدم اجرای تعهد اصلی، دارنده سند، مالک برات نمی شود تا بتواند مجدداً آن را ظهرونیسی کند، بلکه فقط می تواند از حاصل نقد کردن آن طلب خود را که از معامله اصلی ناشی می شود، دریافت دارد (اسکینی، ۱۳۷۳، ص ۱۱۲).

۱-۷. توثیق تجاری و تعهد مستقل

با توجه به مشکلاتی که راه حل های فرار از رهن دین را برای توجیه توثیق اسناد تجاری رخ می نمود، فقط یک راه باقی می ماند و آن تلقی از آن به عنوان «تعهدی مستقل» است که نهایت باید متعارف بودن و معهودیت آن را در بازار ثابت کرد که از باب ضمان نیست، بلکه تعهدی مستقل محسوب می شود. ادله اثبات آن به شرح ذیل است:

۱-۷-۱. آیه شریفه أوفوا بالعقود

آیه در مقام امضای وجوب وفای به عهد به معنای صحت و مشروعیت عقود است. اصل مشروعیت عقود به معنای وجوب وفای به هرگونه عقد عرفی، نه تنها مقتضای جمع محلی به الف و لام استغراقی در آیه شریفه است، بلکه بر آن نصوص روایی نیز وارد شده است (قمی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۱۶۰).

هرگونه تصرف و عملی که نقض مضمون عقد محسوب شود، علاوه بر حرمت باعث ضمان نیز خواهد بود (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۱۵۸). این آیه یک اصل کلی در معاملات و عقود ارائه می دهد که در هر زمان هر عقدی اعم از عقد معین و غیرمعین

منعقد شود، صحیح و مشروع خواهد بود و عقد زمانی منعقد می‌شود که عرف، عقدبودن آن را بپذیرد و عرف بر آن اطلاق عقد کند. توثیق اسناد تجاری طبق داوری عرف مسلم تجاری و بانکداری عقد عرفی است و عموم و اطلاق العقود در آیه شامل آن نیز می‌شود.

۲-۷-۱. آیه شریفه تجارة عن تراض

یا ایهاالذین آمنوا لاتأکلوا أموالکم بینکم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را به ناروا مخورید، مگر آنکه داد و ستدی با تراضی یکدیگر باشد.

فقه‌ها این آیه شریفه را در کتب آیات الاحکام و مباحث فقهی مربوطه آورده‌اند و کیفیت دلالت آن را هم برای صحت و هم برای لزوم عقود بیان کرده‌اند. آنچه مربوط به بحث می‌شود، امکان دلالت آیه بر عقود نامعین و از جمله توثیق اسناد تجاری است. مفردات آن مانند لاتأکلوا، أموالکم بینکم بالباطل، أکل، تجارة عن تراض را شمول آن به عقود نامعین، اشکالات و پاسخ آنها همه را با دقت نظری که خاص فقه و فقهات ماست، مورد کنکاش قرار داده‌اند که از حوصله این مقال خارج است. به طور خلاصه اصل حلیت تجارت ناشی از رضا که با احادیثی نیز تأیید می‌شود، دلالت واضح آیه شریفه است به این بیان که ذیل آیه «الا أن تكون تجارة عن تراض»، استثنای منقطع غیرمفرغ از صدر آیه است و تجارت ناشی از تراضی طرفین، هرچند اکل مال به باطل نیست؛ ولی به عنوان امر مقابل با آن به اباحه محکوم است و در واقع اکل مال غیر و تملک و انتفاع از آن به دوگونه تقسیم شده است که در صورت سبب باطل، حرام و در صورت تجارت ناشی از رضایت، جایز و مشروع شمرده شده است.

تجارت در آیه، شامل همه عقود معاوضی است که مقصود از آنها کسب ربح می‌باشد؛ بدین ترتیب اصل حلیت و صحت همه مبادلات مالی و انواع تجارت‌های متداول و رایج میان مردم، ثابت می‌شود و در حقیقت فرق اصلی اکل مال به باطل و اکل به تجارت، عدم وجود رضا در اولی و وجود آن در نوع دوم است؛ با کشف رضا

می‌توان حلیت و با کشف عدم رضا می‌توان بطلان معامله را به دست آورد؛ بدین ترتیب اقسام اکل، تملک و تصرف مال غیر در آیه به سه گونه پیش‌بینی شده است:

۱. اکل و تصرف مال غیر به باطل و بدون جهت؛

۲. اکل مال غیر با تجارت و مبادله بدون رضایت؛

۳. اکل با تجارت ناشی از رضایت طرفین.

حکم صورت اول از مضمون صدر آیه و حکم صورت دوم از مفهوم مخالف ذیل آیه و حکم صورت سوم از مضمون ذیل آیه به دست می‌آید. می‌توان حکم صورت دوم را نیز از مضمون صدر آیه استفاده کرد؛ بر این اساس، ملاک در صحت جواز انتفاع و کمک مال غیر تجارت ناشی از رضایت است و بدون آن هرگونه استیفای منافع و کمک و داراشدن باطل و حرام محسوب می‌شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۸۹).

آیا وقتی دو نفر حقیقی یا حقوقی عقد می‌بندند که سندی تجاری را برای دین آینده یا دین حال، یکی نزد دیگری به توثیق بگذارند، می‌توان گفت که عموم و اطلاق «تجارة عن تراض» چنین تعهدی و تراضی طرفین را از اکل به باطل استثنا می‌کند، چون عمل به عهد و قرارداد مذکور مصداقی از تجارت عن تراض و صحیح و مشخص است؟

۱-۸. توثیق اسناد تجاری و قاعده «المؤمنون عند شروطهم»

دلیل دیگری که می‌توان به استناد آن توثیق را توجیه فقهی حقوقی کرد، قاعده شروط است. مستند قاعده، حدیث مشهور «المؤمنون یا المسلمون عند شروطهم» است (عاملی، [بی‌تا]، ج ۶، ص ۳۵۲)؛ یعنی مؤمنان و مسلمانان بر تعهدات خویش پای‌بندند. روایت از جهت صدور، دارای مشکل نیست (بجنوردی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۲۱۹)؛ ولی از این جهت که شروط ضمن عقد مشمول حدیث است یا به اصطلاح شروط ابتدایی را نیز دربرخواهد گرفت، محل خلاف است.

۱-۹. مقصود قاعده

کلمه «المؤمنون» و یا «المسلمون»، جمع معرف به الف و لام است که افاده عموم می‌کند و معنای آن روشن است. ظرف «عنده» نیز متعلق به کلمه مقدر «ثابتون» می‌باشد که مشتق و از افعال عموم است. «شروط» نیز جمع مضاف به ضمیر «هم»

است که آن هم افاده عموم می‌کند. متفاهم عرفی از این کلمات، الزام است به اعتبار انتساب به کسی که شرط به نفع او می‌باشد و التزام است به اعتبار انتساب به کسی که شرط بر علیه او مستقر شده است. مهم درک مقصود از حدیث مستند قاعده است. آنچه نزد عقلا حجت است، ظهور کلام می‌باشد و ظهور کلام همان فهم عرفی از کلام است و فهم عرفی پس از شرح الفاظ و اینکه مقام انشا و حکم می‌باشد نه اخبار، اینکه بر هر مسلم و مؤمنی واجب است که نسبت به تعهدات و الزامات خویش ثابت قدم باشد؛ خواه این تعهدات ابتدایی باشد یا در ضمن عقود. ثبوت عند التزام بدین معناست که مورد تعهد بر عهده اوست و از عهده او خارج نمی‌شود، مگر با وفای به آن؛ بدین گونه که در باب ضمان مطرح است، همان طور که در باب ضمان عین یا مثل به وجود اعتباری بر عهده اوست و تا ادا نکند، از گردن وی ساقط نمی‌شود. ملتزم نیز از ما به التزام خارج نمی‌شود، مگر با ادا و عمل بر طبق آن؛ بنابراین مفاد قاعده هم حکم وضعی است و هم تکلیفی: «بدین معنا که مفاد قاعده هم مثبت استقرار و ثبوت مورد تعهد و التزام است، وضعاً و هم مثبت وجوب عمل بر طبق مورد الزام است، تکلیفاً» (یثربی، ۱۳۸۵، ص ۶۹).

۱۰-۱. تفاوت شروط ابتدایی و شروط ضمن عقود

حسب متفاهم عرفی، الزام و التزام به شیء در ضمن معامله یا امر دیگری است؛ ولی برخی فقها قائل‌اند که عرف مطلق الزام و التزام را از ظاهر حدیث مذکور می‌فهمد و تبادر عرفی از شرط مطلق شرط است، خواه این الزام و التزام به شکل شرط ضمن عقد و یا به صورت شروط ابتدایی باشد؛ بنابراین از سخن کسی که می‌گوید «با خودم شرط کردم و یا با خدا شرط کردم که دیگر توبه خود را نشکنم و یا به سراغ گناه نروم» چیزی جز الزام و التزام و مطلق شرط، تبادر نمی‌سازد. این گونه است که حدیث مذکور هرچند درباره نذر و عهد وارد شده باشد؛ ولی مفاد شرط به حکم تبادر عرفی به مطلق شرط و مطلق الزام و التزام دلالت می‌کند (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۵). دلیل دیگر، تمسک به الغای خصوصیت است (خمینی، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۹۳). طبق این دلیل اگر ما به فرض اینکه بپذیریم شرط در این حدیث فقط به شرط در ضمن عقد دلالت می‌کند،

می‌توانیم به استناد قرینه موجود در مقام، از شرط ضمن عقد الغای خصوصیت کنیم و بگوییم این حدیث شروط ابتدایی‌اند و هرگونه قراردادی را دربرمی‌گیرند. قرینه موجود در مقام، عبارت است از مناسبت حکم و موضوع؛ یعنی چون حکم وجوب به عنوان مؤمن بودن و صفت مسلمان بودن، تعلق گرفته است و حکم وجوب عموم مؤمنان و مسلمانان را شامل می‌شود، چنین صفت و عنوانی اقتضا می‌کند که هم شامل شروط ضمن عقد باشد و هم شامل شروط ابتدایی (باقری اصل، ۱۳۸۷، ص ۱۴۶).

علاوه بر این، ثبوت شهرت واجد اعتبار یا اجماع در این مسئله که فقط شامل شروط ضمن عقود باشد، مورد اشکال بلکه ممنوع است؛ زیرا احتمال قوی دارد که مبنای فتوای کثیر یا اکثر بر عدم صدق شرط به التزام ابتدایی باشد و به همین دلیل از ادله شروط به گونه موضوعی خارج شده باشد (خمینی، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۲۰۲).

نتیجه اینکه بر مبنای نظر فقهایی که وفای به عقد را شامل عقود معین و نامعین می‌دانند، توثیق اسناد تجاری به عنوان یک عقد جدید، مشمول قاعده می‌شود و بر مبنای کسانی که وجوب وفای به عقد را فقط شامل عقود معین می‌دانند و عقود غیرمعین را عقد واجب‌الوفا تلقی نمی‌کنند، می‌توان از باب شروط ابتدایی آن را تصحیح کرد؛ زیرا قاعده «المؤمنون عند شروطهم» هم مستند عقود به معنای خاص خویش بوده، هم مستند شروط ابتدایی است.

۱-۱۱. توثیق و ماده ۱۰ قانون مدنی

حسب ماده ۱۰ قانون مدنی، قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است. این ماده نقش مهمی را در به رسمیت شناختن عقود نامعین دارد و قانونگذار ایران به تبع فقه پویای امامیه، نیازهای هر عصر و جامعه را با وضع این ماده و بر مبنای اصول حقوقی پذیرفته است.

۱-۱۲. وهم و دفع

ممکن است کسی توهم کند که توثیق اسناد تجاری چون با چند ماده قانون مدنی مثل مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ در باب رهن دین و ماده ۷۷۲ در باب قبض رهن و ماده ۷۷۴ درباره عین بودن مال مرهون و ماده ۷۸۷ درباره جواز عقد رهن در حالی که توثیق

از هر دو سو لازم است، مخالف خواهد بود و بالمال با قسمت اخیر ماده ۱۰ تعارض خواهد داشت. این اشکال به کسانی وارد است که بخواهند توثیق اسناد تجاری را از راه رهن توجیه و تصحیح کنند؛ ولی این اشکال به کسانی که آن را یک تعهد جدید پذیرفته شده در عرف تجاری بانکی و بین‌المللی تلقی کرده، از باب قاعده کلی وفای به عقود آن را لازم‌الاجرا بدانند، از این اشکال آزادند. علاوه بر این در مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت ایران مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۲۴، توثیق تجاری درباره سهام مدیران شرکت‌های سهامی را پذیرفته و سهام ایشان را در دوره تصدی مدیریت، وثیقه خسارت احتمالی شرکت مذکور قرار داده، توقیف این سهام را درباره شرکت به عنوان وثیقه لازم دانسته است که می‌توان با الغای خصوصیت نسبت به موارد مشابه سریان داد.

۲. رژیم حقوق اسناد تجاری

اسناد تجاری در مفهوم عام، اسنادی‌اند که معرف طلب یا مالی می‌باشند و به گونه‌ای از انحاء در قلمرو تجارت مورد استفاده قرار می‌گیرند و کاربردی مانند اسکناس، برات، سفته، چک، اوراق قرضه، اسناد خزانه، قبوض انبارهای عمومی، سهام شرکت‌های تجاری، بارنامه‌های حمل و نقل، اعتبارنامه‌های بانکی و... دارند.

اسناد تجاری به معنای خاص، در بیشتر نظام‌های حقوقی، مفهوم تعریف، اوصاف و ویژگی‌های خود را دارند و بدین معنا، حسب نظام‌های حقوقی گوناگون، افراد و مصادیق معینی را دربرمی‌گیرند. در حقوق تجارت کشور ما برات، سفته و چک از مصادیق اسناد تجاری به معنای خاص به حساب می‌آیند.

یکی از کاربردهای اسناد تجاری که با توجه به نیازهای خاص بازرگانان به وجود آمده، ظهنویسی برای انتقال وکالت ضمانت و وثیقه است. اسناد تجاری با احکام و آثار خاص آن، یعنی حکومت استقلالی امضاها و غیرقابل استنادبودن ایرادهای ظهنویسی یک نهاد حقوق تجارت است و به اسناد تجاری به معنای خاص در شکل رایج و معمول آن امکان می‌دهد که صرف امضای سند، حقوق مندرج در آن بدون آنکه نیاز به تشریفات خاص دیگر باشد، به دیگری انتقال یابد.

ظهنویسی دارای انواعی است:

۱. ظهنویسی برای وکالت؛

۲. ظهنویسی به عنوان وثیقه؛

۳. ظهنویسی برای انتقال.

توثیق اسناد تجاری با درج عبارت‌هایی مانند «به عنوان وثیقه»، «بابت تضمین»، «برای گرو» و هر عبارت دیگری که مفید این معنا باشد، صورت می‌گیرد.

هدف از ظهنویسی به عنوان وثیقه این است که دارنده اسناد تجاری با دریافت مبلغی از مؤسسات اعتباری مثل بانک‌ها، به عنوان وام یا اعتبار یا عناوین دیگر، تسهیلات لازم معاملات تجاری خود را فراهم آورد.

ماده ۱۹ قانون متحدالشکل ژنو که به این موضوع اختصاص دارد، اشعار می‌دارد: «در صورتی که ظهنویسی حاوی عبارت (ارزش برای تضمین یا ارزش به عنوان وثیقه) یا هر عبارت دیگری باشد که متضمن به وثیقه‌نهادن باشد، دارنده برات می‌تواند کلیه حقوقی را که از ظهنویسی ناشی می‌شود، به مرحله اجرا درآورد؛ ولی ظهنویسی که از طرف دوم عمل می‌آید، فقط به عنوان ظهنویسی به عنوان وکالت اعتبار دارد. متعهدان نمی‌توانند در مقابل دارنده برات به ایراداتی که متکی به روابط مشخص آنها با ظهنویسی است، استناد نمایند، مگر آنکه دارنده برات در موقع دریافت برات، عمداً به ضرر بدهکاران اقدام کرده باشد» (تهرانی، ۱۳۷۵، ص ۶۱-۶۲).

قانون تجارت کشور ما همچون همه کشورها ظهنویسی برای انتقال و نیز وکالت در وصول را در ماده ۲۴۷ ق.ت. (و نیز ماده ۳۴۹ لایحه ۱۰۲۸ ماده‌ای تجارت تحت بررسی فعلی در مجلس شورای اسلامی) پذیرفته است، ولی توثیق اسناد تجاری را به سکوت برگزار شده است و این‌گونه ظهنویسی در نظام حقوقی ما به‌رغم رویه معمول بانک‌ها خالی از بروز برخی مشکلات نبوده و نیست؛ زیرا معمولاً وثیقه اسناد تجاری را با عقد رهن می‌سنجند و به مشکلات و موانعی برمی‌خورند که در قسمت پیشین، به طور مستوفی بررسی شد و در پایان می‌گویند بدین ترتیب ماده ۷۷۴ ق.م. نهادهای است مزاحم و زیانبار که باید از پیکر نظام حقوقی کنونی زدوده شود و راه‌حل‌های جایگزینی معرفی می‌کنند که آنها نیز دچار عوارضی است که در فرازهای اولیه مقاله بررسی و نقد

شد. حقوقدانان برای خلاصی از این عویصه تلاش‌های فراوانی کرده‌اند؛ ولی آنچه به صواب نزدیک است اینکه «توثیق تجاری» را تعهد جدیدی بدانیم که عرف تجاری می‌پذیرد و مشمول عنوان اوفوا بالعقود است. در اصطلاح علمی، عقد متقوم به لفظ نیست؛ ربط بین دو شیء به گونه خاص است. اگر خود عقد را عرف مشخص می‌کند، فساد و بطلان آن نیز با عرف است؛ ملاک متعارف و معهودیت در بازار است. پیش از ارائه پیشنهاد فقهی - حقوقی به پرسشی در **تحریر الوسیله** آمده است و آیت الله العظمی **فاضل لنکرانی** پاسخ داده‌اند، اشاره می‌شود:

جامع المسائل، ج ۱، درس ۱۰۸۴:

سفته‌هایی در بازار و بنگاه‌ها معمول است که از ضامن می‌گیرند و به محض امضا، ضامن محسوب می‌شود. پس از آن بانک یا صندوق قرض الحسنه وام می‌دهد و در صورت عدم پرداخت، از صاحب سفته می‌گیرند؛ آیا صورت شرعی دارد؟

جواب: در صورت متعارف و معهودیت در بازار، صورت شرعی دارد؛ ولی از باب ضمان خارج است و تعهد مستقلی محسوب می‌شود.

جامع المسائل، ج ۲، ص ۳۲۲، سؤال ۱۰۰۹:

خرید و فروش اسناد و اوراق بهادار چه صورت دارد؟

جواب: اگر سند و اوراق فی‌نفسه ارزش و مالیت دارد، یعنی مانند اسکناس است، خرید و فروش آنها اشکال ندارد؛ توضیح اینکه مالیت هر چیزی به یکی از دو سبب است: یکی آنکه آن چیز منافع و آثار خاصی داشته باشد که مردم برای آن منافع و آثار در آن چیز رغبت می‌کنند و درصدد تهیه آن برمی‌آیند؛ مانند خوردنی‌ها، پوشیدنی‌ها، طلاجات و آنچه از این قبیل است.

دوم اینکه از ناحیه مقامی که اعتبار در دست اوست، به آن چیز اعتبار مالی داده شود؛ مانند اسکناس‌هایی که دولت در اختیار مردم می‌گذارد یا تمبرهای دولتی و هر چیز بهاداری که دولت برای آن بها قائل شده است؛ بنابراین اگر مورد سؤال از اوراق و اسنادی باشد که بر آن اعتبار مالی داده شده، مانند اسکناس است، خرید و فروش آنها اشکال ندارد؛ ولی اگر فقط سند و مدرک است و خود فی‌نفسه بها و ارزش ندارد، خرید و فروش آنها صحیح نیست. آری! می‌توان حق اولویت خود را در قبال مبلغی به دیگری واگذار و صلح کنند.

بعضی از اساتید حقوق نیز مانند آقای دکتر **جعفری لنگرودی** با پذیرش این

تقسیم‌بندی، نظر به امکان توثیق این‌گونه اسناد داده‌اند؛ چون خواسته‌اند براساس رهن دین، مسئله را تصحیح کنند، مالی آلی را نیز می‌توانند به وثیقه گذارند. مال اصلی مالی است که ارزش ذاتی دارد؛ مانند اغذیه، البسه، فرش، خانه، زمین و زر و سیم. مال آلی مالی است که خودش ذاتاً مالیت ندارد، بلکه نماینده مال است؛ مثل اسکناس؛ دست‌کم در نظر بعضی به اعتبار اینکه معرف پشتمانه و ارزش مقداری سیم و زر است، مالیت دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، ص ۱۰) و اسناد خزانه نیز مال آلی و حاکی از استحقاق دارنده آن به دریافت مقدار پول رایج است؛ زیرا مالیت این اسناد به اعتبار معتبر است و ماده ۱۰ قانون انتشار اسناد خزانه مصوب دی ماه ۱۳۴۰ می‌گوید: «اسناد خزانه قابل خرید و فروش است».

مالیت آن را از این راه تصحیح می‌کنند؛ ولی با قبض که شرط صحت رهن است، چه می‌کنند؟ و با استناد به آرای برخی فقها، مقصود از صحت در ماده ۷۷۲ قانون مدنی را قطعیت تأثیر می‌دانند (مامقانی، [بی‌تا]، ص ۲۵۹)؛ یعنی عقد رهن ذاتاً صحیح است؛ ولی آثار قانونی آن هنگامی ظاهر می‌شود که اقباض نیز محقق شود. بر اساس این استدلال‌ها در طرح قانون مدنی درباره عقد رهن، دو پیشنهاد اصلاحی مهم ارائه داده‌اند که تمبر، اوراق بهادار، اسناد خزانه، دستور پرداخت، اوراق قرضه و به طور کلی آنچه مالیت دارد، می‌تواند رهنه واقع شود؛ قبض رهنه نیز شرط صحت رهن نباشد. علاوه بر حذف قبض از رهن، ماده اصلاحی پیشنهادی، نامی از اسناد تجاری به معنای خاص نمی‌برد، گرچه عبارت «به طور کلی آنچه مالیت دارد» که تا حدودی می‌تواند گره‌گشای توثیق برخی اسناد تجاری که در مالیت آنها تردیدی نیست، باشد و گره لزوم عین معین به عنوان مورد رهن را حل کند.

برخی دیگر از اسناد در وجه حامل یا سهام بی‌نام شرکت‌ها که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال آنهاست را بدون مانع می‌دانند، برعکس سهام و اوراق بانام؛ زیرا ارزش محتوای آنها در زمره اموال غیرمادی است و رهن آنها را با توجه به لزوم عین‌بودن وثیقه درست نمی‌دانند.

ملاحظه می‌شود که پیشنهادهای اخیر اشکالاتی دارد، از جمله وضع و موقعیت اسناد تجاری به معنای خاص؛ یعنی برات، سفته و چک، با اوصاف و ویژگی‌های آن چندان مد نظر نیستند.

مهم‌تر اینکه به گفته یکی از صاحب‌نظران (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۹)، آنچه هنوز مورد شک است، ماهیت حقوقی اسناد تجاری از نقطه نظر تقسیم‌بندی کلی اموال است. بحثی نیست که اسناد تجاری، گرچه در ظاهر جزء اموال منقول غیرمادی‌اند؛ ولی در بسیاری از افراد و مصادیق این‌گونه اموال، ارزش مالی آنها نه تنها کمتر از ارزش مالی اموال مادی منقول به شیوه سنتی نیست، بلکه به مراتب از آنها بیشتر است. این ارزش چنان با عین سند درآمیخته است که انتقال، قبض و اقباض آنها به منزله انتقال و قبض ارزش مندرج در آنهاست و در واقع «سرمایه‌های نوین» جامعه را تشکیل می‌دهند. همچنین، در صورتی که امر دایر گردد که در قلمرو حقوق مدنی و به تبع آن در حقوق تجارت به پیروی از تقسیم‌بندی کلاسیک اموال به ویژه رهن که در زمان تصویب مقررات آن این‌گونه اموال مادی و غیرمادی رواج نداشته است، همچنان به لزوم عین‌بودن وثیقه توجه شود و چنین اسنادی غیرمادی محسوب شود، گره وثیقه‌گذاری اسناد تجاری به معنای خاص، به عنوان اموال باارزش از دیدگاه عرف و تجارت همچنان لاینحل خواهد ماند.

در عین حال، با توجه به مقررات قانون متحدالشکل ژنو که در روابط بازرگانی بسیاری از کشورهای جهان نفوذ و قابلیت اجرایی دارد و می‌تواند از این جهت الگوی مناسبی برای طرح اصلاح قانون تجارت کشور ما به حساب آید، به شرط آنکه مبانی فقهی آن بررسی شود و براساس آن با لحاظ اصل ۴ قانون اساسی، راه‌حل متناسب با دستگاه حقوق کشورمان ارائه شود.

براساس آنچه گذشت، پیشنهاد می‌شود تبصره ماده ۲۴۷ قانون تجارت فعلی یا ماده ۳۴۹ لایحه ۱۰۲۸ ماده‌ای تجارت در دست بررسی ظهنویسی برای وثیقه مثل ظهنویسی برای انتقال و وکالت، معلوم شود که وثیقه اسناد تجاری در نظام بانکی به عنوان عقدی ویژه و تعهدی نوین از مقررات رهن دین تبعیت نمی‌کند و توثیق اسناد تجاری با ظهنویسی و درج عباراتی همچون: «به عنوان وثیقه»، «بابت تضمین»، «برای گرو» و هر عبارت دیگری که مفید این معنا باشد، صحیح است. البته روشن است که مقررات اساسی عقود که در مواد ۱۹۰-۲۱۸ قانون مدنی آمده است، بر توثیق تجارتی حکومت دارد.

۱-۲. تفسیر موسع و نقد آن

برخی از صاحب نظران، مسئله اسناد تجاری را با توسعه مفهوم در عقد رهن به معنای تفسیر موسع عین یا توسعه در مفهوم قبض به معنای تفسیر موسع قبض، حل کرده‌اند و نیازی به ملاحظه و لحاظ متعارف و معهودیت توثیق اسناد تجاری به عنوان «تعهد مستقل» ندیده‌اند که ضمن احترام به نظرشان، حسب روال معمول مباحث علمی آن را مطرح و نقد کرده، همچنین راه حل تعهد مستقل را تقویت می‌کند. البته راه حل های نُه گانه تفسیر موسع در عین، صحت، قبض، لزوم و جواز، اصلاح قانون، ضمانت در پرداخت، انتقال صوری، وکالت در پرداخت و معامله با حق استرداد، به گونه ای در میان مبحث پیشین آمد.

برخی حقوق دانان، هر چند عین بودن مال مرهون را شرط صحت عقد رهن می‌دانند؛ ولی مال را به دو دسته «اصالی» و «آلی» تقسیم می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، ش ۱۰، ص ۱۰). مال اصالی، مالی است که ذاتاً ارزش و مالیت دارد؛ مانند طلا، اغذیه، البسه، خانه، زمین و مال آلی که ذاتاً ارزش و مالیت ندارد، بلکه نماینده مال است؛ مثل اسکناس (به اعتبار اینکه معرف پستوانه و ارزش سیم و زر است) و اسناد خزانه (حاکمی از استحقاق دارنده آن به دریافت مقدار پول رایج) و نیز سهام شرکت های سهامی، اوراق قرضه و تمبر. به طور کلی نمی توان اموال آلی را قابل رهن ندانست؛ چون تعریف عین بر این اشیا صدق می کند، به خصوص تمبر پُست که همچون یک کالای قابل خرید و فروش است.

اسناد بی نام چنان با عین سند مخلوط شده‌اند که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال آنهاست؛ ولی سهام و اوراق بانام، در حکم سند طلب‌اند و ارزش محتوای آن در زمره اموال غیرمادی است و رهن آنها با توجه به لزوم عین بودن مرهون، درست نیست. در پاسخ می‌گوییم: مشکل بطلان رهن اسناد تجاری مالیت نیست، بلکه قبض دادن غیرعین است؛ چون مال چیزی است که مورد داد و ستد قرار گیرد (امامی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۲۳۰). با توجه به اینکه مال از نظر فقهی دارای دو خصیصه قابلیت معاوضه و منفعت عقلایی است (انصاری، ۱۳۷۵، صص ۷۹ و ۱۶۱)؛ پس قبض حقوق دینی و از جمله اسناد تجاری با مشکل مواجه است نه مالیت آنها.

از سوی دیگر، این راه‌حل، اسناد تجاری به معنای خاص را نادیده گرفته است؛ هرچند اسناد تجاری در معنای عام را شامل می‌شود، چون اوصاف مذکور، اجازه تحلیل اسناد تجاری با نهادهای مدنی را به ما نمی‌دهد.

و در نهایت از نظر قضایی با تصریح ماده ۷۷۴ ق.م. بر عدم صحت رهن دین، استدلال به جواز، اجتهاد در مقابل نص صریح قانون است و چنین استدلالی باطل بوده، راه‌حل ایجاد نمی‌کند (اسکینی، ۱۳۷۳، ص ۱۱۳ / امامی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۳۱۷). بر این اساس، برخی پیشنهاد تغییر و اصلاح مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ ق.م. را داده‌اند (بجنوردی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۲۰۳ / علوی قزوینی، ۱۳۸۲، ص ۷۷).

۲-۲. تفسیر موسع قبض و نقد آن

هدف از قبض در معاملات استیلای عرفی بر مورد آن و درباره رهن محفوظ ماندن وثیقه برای فروش احتمالی از سوی مرتهن است و این مفهوم با تسلیم سند طلب و توقیف آن نزد بدهکار، تحقق می‌یابد و در قبض بیش از این نیز لازم نیست. این راه‌حل اشکالات متعددی دارد: یکی از این اشکالات، اجتهاد در مقابل نص قانون مدنی در ماده ۷۷۴ است که به روشنی رهن دین را باطل اعلام می‌کند و در ماده ۷۷۲، قبض را شرط صحت عقد دانسته است و شک در یک نوع خاص از قبض با تمسک به اصل عدم تحقق قبض مورد، قابلیت استناد به ماده مذکور را ندارد.

اضافه می‌کند توثیق اسناد تجاری فقط به دو مشکل عین و قبض محدود نمی‌شود. این راه‌حل‌ها علاوه بر فقه، با حقوق مدنی و حقوق تجارت ناسازگارند؛ بنابراین با وجود چنین راه‌حل‌هایی برخی از حقوقدانان به غیرقانونی بودن توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران نظر داده‌اند (اسکینی، ۱۳۷۳، صص ۱۰۹ و ۱۱۳)، در حالی که طبق داوری عرف مسلم تجاری و بانکداری توثیق، عقدی عرفی است و مشمول عموم و اطلاق «العقود» در آیه وفای به عقود خواهد بود. به گفته یکی از اساتید، عقد متقوم به لفظ نیست؛ ربط بین شیئین به گونه خاص است. اگر خود عقد را عرف مشخص می‌کند، فساد و بطلان آن نیز با عرف است؛ چنان‌که عموم و اطلاق «تجارة عن تراض» چنین تعهد و تراضی طرفین را از اکل به باطل استثنا کرده، آن را صحیح می‌شمارد و

چنان‌که استناد به لزوم پای‌بندی به شروط با توجه به پذیرش شروط ابتدایی از ناحیه بعضی از بزرگان فقها خالی از قوت نیست و اگرچه حسب ماده ۱۰ قانون مدنی نیز اسناد تجاری و ظهرنویسی برای توثیق، قابل توجیه است؛ ولی با طرح مطلب در لایحه جدید قانون تجارت به عنوان ظهرنویسی برای وثیقه، مشکل فعلی قابل حل است (باقری اصل، ۱۳۸۷، ص ۱۸۸).

نتیجه

جایگاه قانونی توثیق اسناد تجاری در قانون تجارت، مبهم است. در عمل، عرف تجاری و بین‌المللی در روابط بازرگانی و بانکی ساری و جاری است. رفع ابهام با بحث و بررسی حوزوی و دانشگاهی و تصحیح و توجیه فقهی - حقوقی آن، زمینه‌ساز تکمیل قوانین مربوطه و راهگشای دادگاه‌ها در دعاوی مربوطه است. این مقاله با دو قید «اختصار» و «استدلال»، متوسط تلاش متواضعانه‌ای برای تقویت یکی از راه‌حل‌های نسبتاً جدید در این باره است و توثیق اسناد تجاری را به عنوان تعهدی نو و عقدی نوپدید، مطرح و سامان داده است. انتظار آن است که تکلیف آن در لایحه تجارت که مراحل تصویب خود را در مجلس شورای اسلامی می‌گذرانند، با پیشنهاد تبصره‌ای روشن شود که اگر قبول اهل نظر افتد و شورای نگهبان تأیید کند، قدمی در جهت تصحیح و تکمیل یکی از مواد قانونی فعالیت‌های اقتصادی و بانکی کشور تلقی شود.

منابع

۱. قرآن کریم.
۲. اخلاقی، بهروز؛ «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»؛ نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ ش ۲۴، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۸.
۳. اسکینی، ربیعا؛ حقوق تجارت؛ تهران: سمت، ۱۳۷۳.
۴. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۲، تهران: کتابفروشی اسلامییه، ۱۳۵۲.
۵. انصاری، مرتضی؛ مکاسب؛ تبریز: اطلاعات، ۱۳۷۵.
۶. باقری اصل، حیدر؛ توثیق اسناد تجاری (رساله دکتری)؛ دانشکده الهیات دانشگاه تهران، راهنمایی استاد عمید زنجانی؛ ۱۳۸۷.
۷. بجنوردی، سیدمحمد؛ «نقش قبض در عقد رهن»؛ فقه اهل بیت (ع)؛ ش ۳، قم: دائرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۳۷۴.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۶۷.
۹. —؛ حقوق مدنی (صلح)؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۴۹.
۱۰. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعة؛ ج ۱۳، بیروت: احیاء التراث العربی، [بی تا].
۱۱. حلّی، حسن بن یوسف (علامه)؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱۳، قم: آل البيت، ۱۴۲۳ق.
۱۲. —؛ مختلف الشیعة فی احکام الشریعة؛ ج ۵، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۱۵ق.
۱۳. حلّی، فخرالمحققین؛ ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد؛ ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۳.
۱۴. خمینی، روح الله؛ کتاب البیع؛ ج ۱ و ۵، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۹.
۱۵. خوانساری، سیداحمد؛ جامع المدارک؛ ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۳۵۵.
۱۶. ستوده، حسن؛ حقوق تجارت ۳؛ تهران: دادگستر، ۱۳۷۵.

۱۷. طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل؛ ج ۱، قم: آل البيت، ۱۴۰۴ق.
۱۸. طریحی، فخرالدین؛ مجمع البحرين؛ ج ۲، تهران: نشر مصطفوی، ۱۳۷۹ق.
۱۹. عاملی، شمس الدین محمد بن مکی (شهید اول)؛ اللمعة الدمشقية؛ قم: انتشارات علمی، ۱۳۹۵ق.
۲۰. عاملی، محمدجواد؛ مفتاح الکرامة؛ ج ۵ و ۶، تهران: مرتضویه، [بی تا].
۲۱. عرفانی، محمود؛ حقوق تجارت؛ تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۲.
۲۲. علوی قزوینی، سیدعلی؛ «رهن دین»؛ اندیشه های حقوقی؛ قم: پردیس قم دانشگاه تهران، ش ۴، پاییز ۱۳۸۲.
۲۳. عمید زنجانی، عباسعلی؛ آیات الاحکام؛ تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، ۱۳۸۲.
۲۴. فاضل لنکرانی، محمد؛ جامع المسائل؛ ج ۲، قم: انتشارات امیر، ۱۳۷۹.
۲۵. فاضل، مقداد؛ کنز العرفان؛ ج ۲، تهران: مرتضویه، ۱۳۸۵ق.
۲۶. قمی، علی بن ابراهیم؛ التفسیر؛ ج ۱، قم: ذوی القربی، ۱۴۲۸ق.
۲۷. کاتبی، حسین؛ حقوق تجارت؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۶۸.
۲۸. کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین ۳؛ تهران: بهنشر، ۱۳۶۴.
۲۹. کریمی، عباس؛ «رهن دین»؛ مجله دانشکده حقوق تهران؛ ش ۳۸، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.
۳۰. مراغی، سید میرفتاح؛ العناوین؛ ج ۲، قم: انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، ۱۴۱۸ق.
۳۱. مغنیه، محمدجواد؛ فقه الامام جعفر الصادق؛ ج ۳، قم: قدس محمدی، [بی تا].
۳۲. میرزای قمی، سید ابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ ج ۱، تهران: رضوان، [بی تا].
۳۳. نجفی، شیخ محمد حسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۲۵، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ق.
۳۴. یثربی، سیدعلی محمد؛ قواعد فقه استدلالی ۱؛ تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۵.

