

توثیق برات در نظام حقوقی ایران و فرانسه

مجید شاملی^۱

چکیده

قانون تجارت ایران در مبحث پنجم از فصل اول که به ظهرنویسی برات اختصاص داده شده است، اشاره‌ای به توثیق برات نکرده است؛ رویه قضایی معتبر در نبود قانون و خلأ موجود، به ندرت وارد این بحث شده است و چندان قابل اتکا نیست. با توجه به ضرورت توثیق برات در امور تجاری شایسته است این امر مورد مطالعه قرار گیرد. هدف این مقاله بررسی امکان توثیق برات در نظام حقوقی ایران و فرانسه است. در این مقاله ماهیت «توثیق»، «عقد رهن» به عنوان ملکه وثایق، «برات» و «توثیق برات» در قالب یک قرارداد مستقل بررسی می‌شود و چالش‌ها و موانع پیش‌روی توثیق برات در حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق فرانسه در کانون توجه قرار داده می‌شود و در این راستا آرای ابرازی از سوی حقوق‌دانان به شیوه‌ای توصیفی - تحلیلی موضوع نقد و بررسی واقع می‌شود. در خاتمه با این استدلال که توثیق برات با آثار عقد رهن سازگار نیست، امکان توثیق برات در قالب عقد رهن منتفی اعلام و در نتیجه توثیق برات در قانون تجارت فرانسه به عنوان الگوی قانون‌گذاری در حقوق تجارت ایران پیشنهاد می‌شود.

کلیدواژه: وثیقه، رهن، برات، توثیق برات.

امتیازات ویژه حاکم بر برات به عنوان یک سند پرداختی که در اعتبارات اسنادی همواره در رأس هرم قرار دارد و تسری آنها به دیگر اسناد تجاری کاربردی یعنی چک و سفته، باعث شده تا عده‌ای از نویسندگان حقوق تجارت با این استدلال که انتقال برات، انتقال سند است نه انتقال دین، سند مزبور را یک نوع مال منقول غیرمادی و در حکم عین معین تلقی کرده و آن را قابل ترهین بدانند.^۱ بر همین اساس توثیق برات را در قالب عقد رهن بررسی کرده است و به منظور تعدیل حکم صریح ماده ۷۷۴ قانون مدنی که صرفاً عین معین را قابل ترهین می‌داند، تدابیر مفیدی اندیشیده است و راهکارهای مختلفی را ارائه داده‌اند.^۲ با این وصف خواهیم دید که بر اساس مقررات فعلی حاکم بر قانون مدنی ایران، عقد رهن نمی‌تواند مبنای مناسبی برای توثیق برات باشد. سوآلی که ذهن را به خود معطوف می‌دارد این است که آیا برای تعیین ماهیت حقوقی توثیق برات، ضرورتی به مقایسه آن با عقد رهن وجود دارد؟ بسیار شایسته خواهد بود که در پاسخ بگوییم تأسیسات خاص قانون تجارت که مبتنی است بر عرف مسلم تجار، طالب استقلال و از تشبث به نهادهای قانون مدنی گریزان هستند. «عقد ضمان» شاهد ممتاز این مدعی است؛ به رغم آنکه در مواد ۷۷۲ الی ۷۸۸ قانون مدنی برای عقد ضمان مقررات خاصی وضع شده اما بر اساس عرف غالب و نیاز جامعه تجار، مبحث مستقلی برای ضمانت در مواد ۴۰۵ الی ۴۲۰ قانون تجارت در نظر گرفته شده است و این بدان معنی است که ضمانت تجاری، اقتضائات خاص خود را دارد و متفاوت از ضمان مدنی است. با این حال چنانچه بر حسب انس ذهنی، ناگزیر از این مقایسه و تطبیق باشیم، می‌توان گفت که بر مبنای قواعد حاکم بر اسناد تجاری، برات نمی‌تواند به عنوان یک مال منقول غیرمادی، متعلق موضوع عقد رهن قرار گیرد و نظرات ابرازی حقوق دانان هم، گره توثیق برات را نمی‌گشاید و باید این نظر را تقویت کرد که توثیق برات با توجه به طبیعت ذاتاً تجاری‌اش، قراردادی است مستقل و قواعد ویژه و مختص به‌خود را می‌طلبد.

در گذشته ماندن و اصرار بر تطبیق روابط تجاری جدید با نهادهای کهن قانون مدنی، مانع از پیشرفت و ترقی حقوق تجارت می‌شود؛ راهی که قانون تجارت فرانسه در اصلاحیه جدید آن را پیموده و باعث شده است تا اعتبار متبلور در برات، خصیصه توثیق را هم بدون هیچ شبهه‌ای کسب و برای تجار گشایشی ایجاد کند و مراودات تجاری آنها را هرچه بیشتر و بهتر تسهیل کند.

۱. صقری، محمد، حقوق بازرگانی، اسناد، ۱۳۸۰، تهران، شرکت سهامی انتشار، ص ۱۶۶ و کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی؛ عقود اننی و وثیقه‌های دین (عقود معین ۴)، ۱۳۷۶، تهران، شرکت سهامی انتشار، ص ۵۴۰
 ۲. اخلاقی، بهروز، «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۲۴، ۱۳۶۸، ص ۵

جهت بررسی موضوع اطلاعات به روش اسنادی (کتابخانه‌ای) گردآوری و به شیوه توصیفی - تحلیلی مورد نقد واقع می‌شود. مطالب نیز به سه قسمت تقسیم می‌شوند: در قسمت اول با تعریف وثیقه و اقسام آن ماهیت توثیق تعیین می‌شود؛ در قسمت دوم آثار عقد رهن جهت مطابقت آن با توثیق برات طرح می‌شود؛ و قسمت سوم با تعریف برات و ذکر ویژگی‌های قرارداد توثیق برات، راه حل نظام حقوقی فرانسه در خصوص توثیق برات بیان می‌شود.

۱- ماهیت توثیق

ابتداء جهت تبیین ماهیت وثیقه لازم است که تعاریف مقرر در نظام حقوقی ایران و فرانسه مرور شود و سپس تقسیم‌بندی موجود در خصوص وثایق بررسی شود.

۱-۱- تعریف وثیقه

وثیقه در لغت به معنی آنچه بدان در کاری استواری نمایند.^۱ در اصطلاح حقوقی وثیقه مالی است که وام‌گیرنده زیر عنوان رهن یا معاملات با حق استرداد، به وام‌دهنده به اقباض یا به صرف تنظیم سند رسمی می‌سپارد تا اگر در موعد مقرر بدهی را ندهد، وام‌دهنده بتواند از محل فروش آن مال، برابر مقررات طلب خود را وصول کند^۲ و افراد و مصادیق آن شامل رهن و معاملات با حق استرداد و عقد ضمان و کفالت می‌شود.

کتاب چهارم قانون مدنی فرانسه که تحت عنوان وثایق^۳ در سال ۲۰۰۶ تصویب شده، وثیقه را تعریف نکرده است اما در مواد ۲۲۸۴^۴ و ۲۲۸۵^۵ قاعده کلی را تدوین کرده است که به موجب آن با قبول تعهد، اموال منقول و غیرمنقول حال یا آینده بدهکار، بدون دخالت اراده او، خود به خود تبدیل به وثیقه‌ای برای آن دین می‌شود. به عبارت دیگر، هرچند تعهد به‌طور ارادی ایجاد می‌شود، اما وثیقه شدن اموال بدهکار، غیرارادی و به حکم قانون است و باید بهای آنها میان طلبکاران بر اساس سهام تقسیم شود مگر اینکه به سبب قانونی حق تقدمی وجود داشته باشد.

۱. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، ج پانزدهم، ۲ (جدید)، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ص ۲۳۱۲۵.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۳۷۳۷.

۳. Sûretés

۴. Article ۲۲۸۴: Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

۵. Article ۲۲۸۵: Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.

حقوق دانان وثیقه را مکانیسمی قضایی-حقوقی می‌دانند که به طلبکار این نگرش را می‌دهد تا به بدهکار خود اعتماد کرده و در او این اطمینان را ایجاد کند که در سررسید طلبش را وصول خواهد کرد.^۱ اینکه چرا طلبکار یک مبلغ پول یا یک تعهد غیرپولی که طلبش بلافاصله قابل مطالبه نیست، طالب توثیق مالی است که اعتمادش را جلب کند کافی است که وضعیت طلبکاری را که از داشتن وثیقه محروم است و به او بستنکار سند ذمه‌ای گفته می‌شود، مدنظر قرار دهیم؛ حقوق چنین طلبکاری بر روی تمام اموالی که دارایی بدهکار را تشکیل می‌دهد اعمال می‌شود. طلبکار می‌تواند عناصری از دارایی بدهکار را که جزء مستثنیات دین او نیست، توقیف و در مزایده عمومی به فروش رسانده و طلب خود را از محل فروش آن مال وصول کند. بنابراین بخش مثبت دارایی بدهکار مقوم اعتبار اوست؛ به همین جهت وثایق به حقوق اعتبار مربوط می‌شود و اعتبار مبتنی است بر اعتماد و اطمینان. البته این اعتماد با تضمینی که مورد قبول قانون است^۲ یا به وسیله قرارداد فرعی مانند ضمانت یا رهن حمایت می‌شود.^۳

وثایق ماهیتاً نوعی ضمانت محسوب می‌شوند، زیرا اجرای تعهد را در آینده تضمین و شرایط بهتری را برای طلبکار فراهم می‌کنند، اما باید دانست که هر تضمینی یک وثیقه نیست؛ زیرا در فاصله بین ایجاد و پرداخت دین امکان دارد که دارایی بدهکار تغییر کند و طلبکار نتواند مالی از اموال مدیون به استثنای اموال موجود در لحظه سررسید را توقیف کند؛ از طرف دیگر این احتمال وجود دارد که طلبکاران دیگری اموال بدهکار را توقیف کنند و در این هنگام که چندین طلبکار سند ذمه‌ای، اموال مدیون را با هم توقیف می‌کنند و یا در مورد توقیف جمعی اموال تاجر ورشکسته، لاجرم قیمت دارایی بدهکار به نسبت سهام، میان آنان تقسیم خواهد شد و اگر قیمت اموال مدیون برای تأدیه دیونش کافی نباشد، هیچ طلبکاری نمی‌تواند به‌طور کامل طلب خود را وصول کند، بنابراین صرف رهن عمومی اموال باعث مصون ماندن طلبکار از خطر ورشکستگی آینده بدهکار نمی‌شود. به همین جهت است که جایگاه وثایق عینی رو به ترقی و ترفیع است و در مقابل، وثایق شخصی رو به قهقرا می‌روند. اما نه به یک شکل واحد؛ بلکه در روابط تجاری، این وثایق شخصی هستند که ارتقا می‌یابند.^۴

۱-۲- اقسام وثیقه

۱. Malaurie, ۲۰۰۶: p. ۱
۲. Chirographaire
۳. Privilèges
۴. Hess-Fallon, ۲۰۰۷: p. ۳۲۴
۵. Malaurie, ۲۰۰۶: p. ۳

وثایق بر مبنای منابع آن به وثایق قانونی، قراردادی و قضایی و بر اساس تقسیم‌بندی سنتی و عرفی به وثایق شخصی^۱ و عینی^۲ تقسیم شده‌اند که تقسیم‌بندی اخیر کامل‌تر به نظر می‌رسد.

۱-۲-۱- وثیقه شخصی

در وثیقه شخصی، طلبکار ریسک ورشکستگی مدیون را با توزیع و تقسیم آن بر دو یا چند دارایی از خود دور می‌کند و تعهد شخص ثالثی را در کنار مدیون اصلی به دست می‌آورد؛ این وثیقه به جای یک مدیون، دو مدیون را در اختیار طلبکار قرار می‌دهد. بدون شک چنین بستانکاری در دارایی هر یک از دو مدیون هیچ حقی به جز حق یک طلبکار سند ذمه‌ای بیشتر ندارد، اما حق رهن عمومی وی افزایش می‌یابد. با این وصف این احتمال وجود دارد که هر یک از آن بدهکاران به هنگام مطالبه طلب، ورشکسته شوند.^۳

در قانون مدنی ایران، عقد ضمان مصداق بارز وثیقه شخصی است که در آن ذمه ضامن به جای ذمه مدیون یا در کنار ذمه او، وثیقه طلب بستانکار می‌شود. ضمان هم یک تعهد مالی است و جزو ماترک ضامن خواهد بود^۴ زیرا اجبار ضامن به عنوان مدیون جدید در مقابل مضمون‌له به ادای دین از طریق تسلط بر شخص او نیست؛ بلکه از طریق تسلط بر اموالش است.^۵ به همین جهت است که جهل مضمون‌له به عدم ملائت ضامن، در حین عقد، حق فسخ را برای او ایجاد می‌کند (ماده ۶۹۰ قانون مدنی). در عقد ضمان آنچه که بر عهده ضامن قرار می‌گیرد، مال است که شامل عین و دین می‌شود^۶ اما در عقد رهن، توجه مقنن صرفاً به عین معین معطوف شده و رهن دین و منفعت باطل قلمداد شده است (ماده ۷۷۴ قانون مدنی).

وثایق شخصی در ماده ۱-۲۲۸۷ قانون مدنی فرانسه به عقد ضمان،^۷ عقد ضمانت مستقل^۸ و تمایل‌نامه^۹ تقسیم می‌شوند.

۱. Sûretés personnelles

۲. Sûretés réelles

۳. Ibid. p. ۴

۴. جمعری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی، عقد ضمان، تهران، شرکت سهامی کتابهای جیبی، ۱۳۵۲، ۲۹۱

۵. سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القنون المدنی الجدید، دوره تعهدات، مترجم: محمدحسین دانش کیا و سیدمهدی دامنرزی، قم، دانشگاه قم، ۱۳۸۲، ص ۲۵

۶. جمعری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی: عقد ضمان، تهران، شرکت سهامی کتابهای جیبی، ۱۳۵۲، ص ۱۳۵، حقوق مدنی، رهن و صلح، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰، ص ۴۳

۷. Cautionnement

۸. Garantie autonome

۹. Lettre d'intention

عقد ضمان وقتی شکل می‌گیرد که چهار عنصر در آن جمع شده باشند: رضایت ضامن، اهلیت و توانایی قرارداد بستن، سبب قانونی و بالاخره چیزی که موضوع تعهد را تشکیل می‌دهد. بدون شک، ضمان یک نوع عقد است و تعهد ضامن باید توسط طلبکار مورد قبول واقع شود و در صورت فقدان قبولی قرارداد منعقد نمی‌شود اما شخصی که متعهد محسوب می‌شود، شخص ضامن است؛ زیرا عقد ضمان عقدی است یک‌طرفه و تمرکز حقوق بیشتر روی ضامن است.^۱ در ماده ۲۲۸۸ قانون مدنی فرانسه تصریح شده است هرگاه بدهکار خودش آن تعهد را ایفا نکند، ضامن در ایفای تعهد موصوف مطیع طلبکار خواهد بود، با این تذکر که ضامن ملزم به پرداخت نیست، مگر در غیاب بدهکاری که قبلاً در مورد اموالش تحقیق شده است^۲ و یا اینکه ضامن صرفنظر نکرده باشد از تحقیق در مورد اموال بدهکار و یا قبلاً مسئولیت تضامنی را با بدهکار نپذیرفته باشد (ماده ۲۲۸۸ قانون مدنی) تحقیق و تفحص در مورد دارایی بدهکار بدین صورت است که ضامن نباید دین را پرداخت کند مگر در نبود بدهکار اصلی و یا ورشکستگی وی، ضامن می‌تواند طلبکار را ملزم کند که ابتدا بدهکار را جهت توقیف و فروش اموالش قبل از اینکه ضمانت را اجرا کند، تحت تعقیب قرار دهد. این روند برای طلبکار خطرناک است؛ زیرا سرعت اجرای تعهد توسط ضامن را کاهش می‌دهد و آن را دشوار می‌کند.^۳ در مسئولیت تضامنی اصل بر این است که ضمانت ساده است و ضمانت تضامنی در حقوق استثنا بوده و تابع قرارداد خاصی است. در قانون مدنی فرانسه تعهد تضامنی فصل مستقلی را در مواد ۱۱۹۷ الی ۱۲۱۶ به خود اختصاص داده است و آن را به دو دسته تقسیم کرده است: تضامن بین بستانکاران^۴ و تضامن بین بدهکاران.^۵

تضامن میان بستانکاران زمانی است که به هر یک از بستانکاران حق مطالبه کل طلب را بدهد و آنچه که به یکی از طلبکاران پرداخت می‌شود، ذمه بدهکار را بری خواهد کرد (ماده ۱۱۹۷).

در تضامن بین بدهکاران هر یک آنان مستقلاً ملزم به پرداخت تمام دین خواهند بود و پرداخت دین به وسیله فقط یکی از بدهکاران، دیگران را در مقابل طلبکار بری می‌کند (ماده ۱۲۰۹). باید توجه داشت که مطابق ماده ۲۲۹۸ قانون مدنی در عقد ضمان، ضامن، بنا به اقتضای خود عقد مسئولیت تضامنی ندارد و

۱. Ibid: p. ۶۰

۲. Bénéfice de discussion

۳. Ibid: p. ۴۲

۴. Solidarité entre créanciers

۵. Solidarité de la part des débiteurs

مسئولیت تضامنی جزو عناصر ماهوی عقد نیست و عنصر عارضی عقد محسوب و با شرط محقق می‌شود. در مسئولیت تضامنی دو نفر مدیون منفرداً و متضامناً در مقابل طلبکار مسئول پرداخت تمام یک دین هستند و حال آنکه در عقد ضمان شخص ثالث غیرمدیون به نام ضامن در فرض ناتوانی مدیون اصلی مسئول پرداخت دین وی است.

ب) ضمانت مستقل

تعهدی است که به موجب آن شخصی به نام گارانت اجرای تعهد توسط شخص ثالثی را در مقابل یک مبلغ خواه به وسیله اولین درخواست یا موافقت بعدی تضمین می‌کند (ماده ۲۳۲۱).

ج) تمایل‌نامه

مطابق ماده ۲۳۲۲ قانون مدنی، تمایل‌نامه تعهد به انجام یا عدم انجام فعلی به منظور حمایت کردن از یک بدهکار در اجرای تعهدش در مقابل طلبکار است.^۱

در تفاوت این سند با ضمانت می‌توان گفت که صادرکننده چنین سندی خودش متعهد نمی‌شود که دین اصلی را ایفا کند، بلکه در صورت ناتوانی بدهکار اصلی تعهد وی شروع می‌شود و با اجرای آنچه که تعهد شده است، پیشاپیش طلبکار نتیجه مناسبی را به‌دست می‌آورد. تفاوت تمایل‌نامه با ضمانت مستقل این است که صادرکننده به‌جای تعهد به پرداخت یک مبلغ پول، انجام یک وضعیت و رفتار خاصی را متعهد می‌شود.^۲

۱- ۲- ۲- واثایق عینی

قانون مدنی در مواد ۲۳۲۳ الی ۲۴۸۸ واثایق عینی را بر اساس نوع مال و تصرف یا عدم تصرف آن توسط طلبکار به واثایق عینی منقول و واثایق عینی غیرمنقول تقسیم کرده است. واثایق منقول حسب ماده ۲۳۲۹ شامل حق ممتاز منقول،^۳ رهن منقول مال غیرمادی^۴ و مالکیت مال بازداشت شده^۵ و واثایق غیرمنقول طبق ماده ۲۳۷۳ به سه مورد *Privilèges immobiliers*، *Gage immobilier* و

۱. La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier.

۲. Ibid: p. ۱۵۱

۳. *Privilèges mobiliers*

۴. *Gage de meubles corporels*

۵. *Propriété retenue ou cédée à titre de garantie*

Hypothèques تقسیم شده‌اند. ماهیت تمامی این وثایق چیزی جز تضمینی برای پرداخت دین نیستند؛ با این وصف از میان تمامی آنها Hypothèque به ملکه وثایق^۱ مشهور شده است؛ بدین جهت که در ایپوتک، مال از تصرف رهن خارج نمی‌شود و برای مرتهن یک حق عینی کامل ایجاد می‌کند و با حق تقدمی که بر دیگر طلبکاران دارد به سهولت می‌تواند از محل فروش مال طلب خود را وصول کند (ماده ۲۳۵۹).

رهن (Gage) نیز در نوع خود بی‌نظیر است؛ زیرا هم جنبه مدنی و هم جنبه تجاری دارد. هدف از رهن (Gage) این است که مالی در اختیار طلبکار گذاشته شود که به آن به عنوان یک تضمین نگاه کند و به او حق حبس^۲ و نیز حق فروش^۳ با لحاظ حق تقدمی که نسبت به قیمت آن پس از فروش دارد اعطا می‌کند.^۴ ماده ۲۳۳۳ مال قابل ترهین را مال منقول یا مجموعه‌ای از اموال منقول مادی حال یا آینده توصیف می‌کند؛^۵ با این وصف مال غیرمنقول هم می‌تواند موضوع عقد رهن (Gage) باشد (ماده ۲۳۸۷).

۲- رهن (ملکه وثایق) و آثار آن

عقد رهن به عنوان تنها ابزار توثیق در مواد ۷۷۱ الی ۷۹۴ قانون مدنی ایران تبویب شده است. در قانون ثبت به طور پراکنده احکام معاملات با حق استرداد بیان شده است؛ هر چند قانون‌گذار ماهیت توثیق را به آنها داده است، اما رهن جایگاه خاص خود را دارد. مستفاد از مواد ۷۷۲، ۷۷۹، ۷۸۰ و ۷۸۱ قانون مدنی این است که بعد از ایجاب و قبول و قبض عین مرهونه، یک حق عینی تبعی برای مرتهن ایجاد می‌شود و به تبع آن وی حق حبس و مالاً حق درخواست فروش عین مرهونه را در صورت عدم وصول طلب خود در سررسید، خواهد داشت. رهن حقوق و تکالیفی را برای طرفین ایجاد می‌کند که نیاز به توضیح دارد.

۱. La reine des suretes

۲. Ibid: p. ۲۶۱

۳. Droit de rétention

۴. Droit de vendre

۵. Ibid: p. ۲۱۹

۶. Article ۲۳۳۳: Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. Les créances garanties peuvent être présentes ou futures; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables

همان‌طور که گفته شد حق حبس که قانون مدنی از آن تحت عنوان استمرار قبض نام برده است، به تبع قبض عین مرهونه ایجاد می‌شود؛ هیچگاه، مرتهن یک حق عینی تمام عیار و سلطه کاملی بر عین مال پیدا نمی‌کند؛ بلکه دارای حق تقدمی^۱ بر دیگر طلبکاران در مطالبه طلب خود از محل شیء موضوع حق می‌شود.^۲ اغلب، طلبکار ترجیح می‌دهد که به تنهایی بر مال معینی از اموال بدهکار مسلط شود و با دیگر بستانکاران در آن مشارکت نداشته باشد^۳ تا بتواند عین مرهونه را تا زمان استیفای طلب، نزد خود محبوس کند. لازمه اعمال چنین حقی، سلطه و استیلائی مادی و معنوی بر عین مال است با این قید که پس از قبض، مرتهن حق استفاده و بهره‌برداری از مال را ندارد و صرفاً مکلف به نگهداری و مواظبت از آن است و در صورت عدم تعدی و تفریط، ضامن تلف نیز نخواهد بود (ماده ۷۸۹ قانون مدنی).

هر چند قبض جزء ارکان و عناصر ذاتی عقد رهن است و رهن مکلف به تخلیه و رفع موانع استیلائی معنوی و مادی مرتهن بر مال است (امامی، ۱۳۷۰، ص ۲۳۳) اما استمرار قبض و محبوس کردن مال لازم نیست و مرتهن می‌تواند مال الرهانه را مجدداً در اختیار رهن قرار دهد (ماده ۷۷۲ قانون مدنی). در عمل، خصوصاً در قراردادهای رهنی بانکی، سردفتر به شیوه صوری و رسم‌القباله اقرار خلاف واقع طرفین را مبنی بر قبض و اقباض عین مرهونه در سند قید می‌کند و این در حالی است که از طرف رهن هیچگاه ملک تخلیه نشده و مرتهن هم در صدد تصرف آن نبوده است. رواج این گونه اسناد مبین این واقعیت در حوزه معاملات رهنی است که اکثریت مردم قبض را عنصری زاید می‌دانند و به‌صورت یک امر ارتكازی از آن اجتناب می‌کنند و قبض را جزو مصالح معامله نمی‌دانند. قطعاً چنین رویه‌ای در آینده، مورد اقتباس قانون‌گذار قرار می‌گیرد و حکم ماده ۷۷۲ تعدیل خواهد شد. همچنان که در گذشته نیز فقهای سرشناسی چون شیخ طوسی، شهید ثانی، محمد حسین نجفی و محقق ثانی صرفاً ایجاب و قبول را برای تحقق و تشکیل عقد رهن کافی دانسته و اعتباری برای قبض قائل نبوده‌اند.^۴ با این وصف در قانون مدنی عقد رهن بدون وقوع قبض عین مرهونه در عالم خارج محقق نمی‌شود و با حیل حقوقی هم نمی‌توان عنصر قبض را از پیکره این عقد حذف کرد؛ زیرا قبض - همانند امتزاج که موجد اشاعه در مالکیت است - حقیقتی ذاتی و تکوینی دارد و باید در طبیعت و خارج اتفاق بیفتد. قبض صرفاً از امور

۱. Droit de préférence

۲. سنه‌وری، عبدالرزاق، پیشین، ص ۲۳.

۳. Malaurie, ۲۰۰۰: p. ۶۰۸

۴. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۵۰۷.

اعتباری نیست تا بتوان آن را تنها با اراده انشایی ایجاد کرد. هدف عقد رهن که اخذ تضمین مناسب در مقابل خطر افلاس و اعسار مدیون و ایجاد ثبات و اطمینان در وصول به موقع طلب است و جز به وسیله استیلاي مرتهن بر عین مال و قبض آن محقق نخواهد شد.^۱

بنابراین با توجه به اینکه قبض، قوام دهنده عقد است، باید در کنار ایجاب و قبول که اموری اعتباری هستند به عنوان یک امر مادی در عالم خارج اتفاق بیفتد. این وضعیت که امور مادی و اعتباری توأمان در تحقق و تشکیل عقد نقش دارند از خصایص عقود عینی است و بر خلاف آنچه که ادعا شده صرف تنظیم سند و توقیف ملک در دفتر املاک نمی‌تواند عرفاً نوعی قبض تلقی شود زیرا ثبت رهن اموال غیرمنقول از آثار قانونی عقد (ماده ۲۲۰ قانون مدنی) و یک امر اعتباری است تا مردم بدانند که چه شخصی مالک است و عقد در مقابل همه قابل استناد باشد. ثبت رهن تنها تصرفات حقوقی منافی با حق مرتهن را بی اعتبار می‌کند؛ اما مانع از تصرفات مادی توأم با تعدی و تفریط راهن نمی‌شود در حالی که قبض از امور تکوینی است و در مورد اموال غیرمنقول که محوریت بحث رهن را در قانون مدنی به خود اختصاص داده، جز از طریق تخلیه ملک و استیلاي مادی و مستقل مرتهن بر آن محقق نمی‌شود. فقط با حبس مال است که امکان تعدی و تفریط نسبت به عین مرهونه از راهن سلب و مرتهن به وصول طلب خود در آینده مطمئن می‌شود. به همین جهت با توجه به غیر واقعی بودن قبض در اغلب قراردادهای رهنی و با حق استرداد و به خصوص در قراردادهای بانکی پیشنهاد شده است که به جای قبض از بیمه مسئولیت استفاده شود تا اشخاص از دست یازیدن به حیل حقوقی که اغلب آلوده به جهات نامشروع است بی‌نیاز شده و ماهیتهای حقوقی با نیازهای واقعی و سالم زندگی قضایی آنان مطابقت داشته باشد.^۲

۲-۲- استفاده از بیمه به جای قبض

بیمه عین مرهونه و یا بیمه مسئولیت راهن از خشکی قاعده لزوم قبض می‌کاهد و جایگزین بی‌بدیلی برای آن خواهد بود. زیرا مرتهن را از خطرات پیش‌گفته در امان نگه می‌دارد و باعث می‌شود که طلب خود را در نهایت از بیمه‌گر وصول کند. در عمل نیز بانکها راهن را مکلف می‌کنند که با هزینه شخصی خود، عین مرهونه را قبل از عقد و تا پس از انقضای مدت قرارداد بیمه کند و در سند رهنی قید می‌شود

۱. Picod & Davo, ۲۰۰۵: p. ۲۸۹

۲. شاملی، مجید، پایان‌نامه کارشناسی ارشد: ماهیت و آثار معاملات با حق استرداد و مطالعه تطبیقی آن، تبریز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، ۱۳۷۷، ص. ۵۳



که مال مجدداً به تصرف رهن داده شد؛ اما این نوع بیمه اموال، صرفاً، در مورد تلف سماوی مال است و خسارات اتلاف مال را که ناشی از تقصیر رهن باشد تحت پوشش قرار نمی‌دهد. در بیمه مسئولیت، بیمه‌گر متعهد است در صورت تحقق مسئولیت، بیمه‌گذار خسارت وارد از سوی او یا خسارت وارد بر او را جبران سازد.^۱ بیمه مسئولیت مطلق رهن، مرتهن را بی‌نیاز از قبض می‌کند و با لزوم رفتن مال به هر نحوی، به او این حق را می‌دهد که خسارات وارده به خود را از بیمه‌گر مطالبه کند. امتیازی که بیمه مسئولیت برای طرفین دربر خواهد داشت این است که رهن می‌تواند همانند قبل به تصرفات مالکانه و متعارف خود ادامه دهد و در سررسید مرتهن نیز خواهد توانست در فرض بقای عین مرهونه طلب ادعایی خود را از محل فروش آن وصول کند و پس از آن مسئولیت بیمه‌گر نیز منتفی می‌شود و در صورت تلف مال، معادل ارزش ریالی آن را از بیمه‌گر وصول کند. در واقع در این حالت، عقد رهن متشکل از سه عقد قرض، رهن و بیمه خواهد بود و در شرایط عادی که عین مرهونه متعلق به رهن بوده و عاریه‌ای نیست او و مرتهن و بیمه‌گر هر سه جزو طرفین اصلی عقد می‌باشند. وضعیت حقوقی موصوف شبیه قرارداد سه جانبه اسکرو^۲ در نظام حقوقی کامن لا است که به موجب آن متعهد، سند یا مالی را تحویل شخص ثالثی که واسطه انجام معاملات است می‌دهد تا در صورت تحقق شرط خاصی یا در زمان مشخصی آن را به متعهد بدهد.^۳ در مانحن فیه تقریباً همین شرایط حاکم است و بیمه‌گر به عنوان شخص ثالث متعهد است که خسارات وارده به مرتهن را در صورت تلف و یا اتلاف عین مرهونه جبران کند. نباید ناگفته بماند که هدف از بیمه مسئولیت رهن، رها کردن گریبان عقد رهن از دست قبض است نه اضافه کردن ذمه بیمه‌گر به ذمه رهن؛ او می‌خواهد از این طریق هم مسئولیت خود را بیمه کند و هم از منافع عین مرهونه در مدت رهن منتفع شود. جایگزین کردن بیمه مسئولیت به جای قبض باعث پویایی عقد رهن در روابط تجاری و توسعه صنعت بیمه خواهد شد.^۴

۲-۳- حق درخواست فروش از طریق مزایده

حق درخواست فروش، حقی است احتمالی که در صورت عدم ایفای دین در سررسید توسط مدیون

۱. کاتوزیان، ناصر، ایزنللو، محسن، الزامهای خارج از قرارداد، بیمه مسئولیت مندی، ج ۳، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، ص ۳

۲. Escrow

۳. Garner, ۱۹۹۹: p. ۵۸۴

۴. شاملی، مجید، پایان‌نامه کارشناسی ارشد: ماهیت و آثار معاملات با حق استرداد و مطالعه تطبیقی آن، تبریز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، ۱۳۷۷، ص ۶۱

اصلی، مرتبه‌ن می‌تواند با لحاظ مواد ۳۴ و ۳۸ قانون ثبت آن را از طریق اجرای ثبت یا اخذ حکم از مرجع قضایی اعمال کند، نکته مهم و اساسی این است که قابلیت فروش باید خصیصه ذاتی مال مورد مزایده باشد تا حس رقابت را در خریداران مزایده‌ای برانگیزد. این وضعیت زمانی ایجاد می‌شود که ارزش اقتصادی شیء مرهونه در بازار متغیر بوده و مظنه ثابتی نداشته باشد. لذا بر خلاف آنچه که گفته شده^۱، ترهین اسکناس، خصوصاً در جایی که موضوع تعهد پرداخت وجه نقد است و نه انجام یا ترک یک فعل، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا علاوه بر آنکه وجه نقد ویژگی قابلیت فروش را ندارد^۲ و از عنصر دوم بی‌بهره است، پذیرش اسکناس به عنوان مال مرهونه معنایی جز پرداخت دین قبل از سررسید نداشته و این اسکناسها به عنوان یک مال کلی با اسکناسهایی که در سررسید جهت وصول دریافت می‌شوند، تفاوتی ندارند تا یکی از آنها را وثیقه و دیگری را وجه نقد محسوب کنیم. به طور مثال اگر (الف) ده میلیون تومان به (ب) قرض بدهد و در مقابل از او وثیقه‌ای طلب کند و (ب) یا (ج) به عنوان شخص ثالث، ده میلیون تومان وجه نقد رایج به منظور وثیقه به (الف) بدهند، آیا این تودیع وجه را می‌توان توثیق نامید؟ چنین اقدامی عبث و بیهوده محسوب نمی‌شود؟

۳- برات و قرارداد توثیق برات

پس از بررسی ماهیت توثیق و عقد رهن، اینک لازم است که ماهیت برات نیز بررسی شود و پس از آن قرارداد توثیق برات و ویژگی‌های آن واکاوی شود و در خاتمه با توجه به سکوت قانون‌گذار ایران درباره توثیق برات، به راه حل نظام حقوقی فرانسه در این خصوص پرداخته می‌شود.

۳-۱- تعریف برات

ماده ۳ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به برات و سفته بین‌المللی، مصوب ۱۹۸۸ (آنسیترال) برات را چنین تعریف کرده است: «برات سند نوشته شده‌ای است که شامل دستور بدون قید و شرطی است که به موجب آن براتکش به براتگیر دستور می‌دهد که مبلغ معینی را در وجه دارنده برات یا حواله کرد او بپردازد»^۳. در این تعریف و مشابه آن در ماده ۱۷ کنوانسیون ژنو، اشاره‌ای به علت صدور برات نشده و در خود سند برات هم نامی از آن به میان نیامده است. این بدان سبب است که برات سندی است شکلی و

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود اذنی و وثیقه‌های دین (عقود معین ۴)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۲، ۱۳۷۶، ص. ۵۴۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی: رهن و صلح، ۲ چاپ، ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰، ص. ۱۱.

۳. عرفقی، محمود، حقوق تجارت تطبیقی، ج ۶، تهران، جنگل، ۱۳۸۸، ص ۴۱۱.



به سهولت دست به دست می‌شود و معمولاً دارندگان بعدی از علت صدور آن آگاهی ندارند.^۱ با این وصف، نمی‌توان انکار کرد که برات مؤید دستور پرداخت دین ناشی از قرض یا معامله پایه در تاریخ معین و مشخص است که توسط طلبکار بر عهده بدهکار صادر می‌شود^۲ و این رابطه حقوقی مالی منجز و یا مشروط پیشین، همواره سایه سنگین خود را^۳ در ارتباط با طرفین معامله اولیه - بر سر معامله براتی نیز گسترانده است، به طوری که آنان نمی‌توانند به آینده و سرنوشت معامله براتی خود بی‌اعتنا بمانند، اما بعد از به گردش افتادن برات و خروج آن از ید دارنده اولیه، آثار منفی معامله پایه، دامنگیر دارنده بعدی برات که اطلاعی از ایرادات شخصی پیشین ندارد، نخواهد شد و او همانند پول به آن می‌نگرد، به همین جهت گفته شده است که برات همچون پول رایج است و باید فارغ از هرگونه شک و تردید باشد^۴ زیرا برات قراردادی است مستقل و تحت تأثیر انتفای معامله اصلی که سبب صدور برات شده، قرار نمی‌گیرد و با آن همانند پول رفتار می‌شود^۵ باید توجه داشت که در حکم پول تلقی شدن برات، به جهت تقویت مواضع دارنده براتی است که هیچ اطلاعی از ایرادات شخصی طرفین معامله اصلی ندارد و با حسن نیت تمام آن را در مقابل عوض کافی^۶ دریافت کرده است. این نکته صادق است که برات پس از صدور و تا قبل از سررسید می‌تواند بارها و بارها در سلسله معاملات تجاری، به جای پول مورد استفاده قرار گیرد، هر چقدر که تعداد این نقل و انتقالات بیشتر شود، اثر معامله پایه که همان علت صدور برات است، کم‌رنگ‌تر خواهد شد، در نتیجه برات از یک وسیله پرداخت ساده، به یک سند مستقل تبدیل و پذیرش آن به جای ثمن در معامله اصلی، قطعاً مستلزم توافق دیگری است. معمولاً در هر معامله تجاری یک معامله براتی نیز انجام می‌گیرد، که خود مبتنی است بر توافق و تراضی مستقل میان طرفین معامله اصلی، در این میان صادرکننده و پرداخت‌کننده و گیرنده هریک، اهداف خاص خود را در معامله براتی دنبال می‌کنند، هدف فروشنده از دریافت برات، این است که قبل از سررسید با تنزیل^۷ آن به وجه نقد برسد، یعنی معامله اعتباری و مؤجل را به یک معامله نقدی و معجل تبدیل و سرمایه مورد نیاز را با تحمل مقداری ضرر تحصیل کند و خریدار نیز به هدف مستقیم خود، مبنی بر تملک کالا از طریق اعتباری که صدور برات

۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت تطبیقی: «چک، سفته و برات در حقوق ایران، فرانسه و انگلیس»، تهران، مجد، ۹۲، ص. ۴۹.
۲. Siné, ۲۰۰۵: p. ۶۸

۳. اشمیتوف، کلایو. ام، حقوق تجارت بین‌الملل، ج ۲، بهروز اخلاقی و دیگران، تهران، سمت، ۱۳۷۸، ص. ۵۸۵

۴. The bill of exchange is an autonomous contract and is not affected by breach in the underlying contract that resulted in the creation of a bill of exchange because of these characteristics bills of change are treated as cash.

۵. Sufficient consideration.)Indira carr, ۲۰۱۰: p. ۴۶۴

۶. Escompte

برایش کسب کرده است، دست یازد. ملاحظه می‌شود که برات نقشی فراتر از پول در روابط تجاری ایفا می‌کند و مزایای آن به مراتب بیشتر از پول است، برات در نبود پول صادر می‌شود و طرفین می‌خواهند از اعتبار خود مایه گذاشته و به‌وسیله برات، آن اعتبار را جایگزین پول سازند، پول اعتبارش را از طرفین معامله نمی‌گیرد و ارزش آن ناشی از اعتبار قانون است؛ اما اعتبار برات ذاتی نبوده و بستگی به اعتبار امضاکنندگان و متعهدین برات دارد. در معامله براتی مبتنی بر معامله اصلی، انتقال‌گیرنده بر اساس ظاهر معتبر برات و امتیازاتی که این سند دارد، حاضر به پذیرش آن می‌شود. در واقع ویژگی‌های برات باعث می‌شود که موجبات یک پرداخت ساده برای دارنده برات فراهم شود^۱ این ویژگی‌ها را می‌توان به شرح ذیل احصا کرد:

الف) ارزش مادی برات معادل همان ثمن معامله پایه است که به‌صورت ثابت باقی می‌ماند و تابع مظنه خاصی نیست؛

ب) برات صرفاً وسیله پرداخت دین است؛^۲

ج) برات عین پول نیست و با مبادله برات، ادای دین صورت نمی‌گیرد، بلکه وسیله کسب اعتبار است^۳

د) سند برات فی‌نفسه و فارغ از مبنا و منشأ صدور آن، معرف یک نوع حق مطالبه است. برات دارنده را مخیر می‌کند، به کلیه امضا کنندگان برات که مسئولیت پرداخت را، متضامناً، به‌عهده دارند، مراجعه و طلب خود را در سررسید از آنان مطالبه کند و در صورت عدم وصول، به‌واسطه برات بر اموالشان مستولی شود و از محل فروش آنها در مزایده، طلب خود را استیفا کند. به همین لحاظ می‌توان گفت برات مظهر تئوری تفکیک بدهکاری و مسئولیت است که با دید مادی به تعهد می‌نگرد. مطابق این نظریه، بدهکاری متضمن عامل اجبار بر پرداخت نیست، بلکه مسئولیت، متضمن اجبار است. از این رو مدیون گاه هم متعهد است و هم مسئول که در این صورت بین بدهکاری و مسئولیت جمع می‌شود و گاه نیز بین مسئولیت و بدهکاری جدائی می‌افتد و اجبار مدیون به پرداخت ممکن نمی‌شود و فرد دیگری مسئول پرداخت می‌شود^۴. برات با ویژگی‌هایی که دارد وسیله مطمئنی برای وصول طلب در سررسید خواهد بود و دارنده می‌تواند از آن، جهت جلب اطمینان طلبکاران خود استفاده کند.

۱. La lettre de change permet d'effectuer un paiement simplifié... Blaise, ۲۰۰۷: p. ۱۱۹

۲. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ ۶، تهران، مجد، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۳

۳. La lettre de change permet de réaliser une opération de crédit. Blaise, ۲۰۰۷: p. ۱۱۹

۴. السنهوری، عبدالرزاق، ترجمه الوسیط فی شرح القانون المدنی الجديد: دوره حقوق تعهدات، محمدحسین دانش کیا و سید مهدی داممرزی، قم، دانشگاه قم، ۱۳۸۲، ص. ۲۵

۳-۲- قرارداد توثیق برات و ویژگیهای آن

در قانون تجارت فعلی و در لایحه جدید قانون تجارت که مراحل تقنینی اش هنوز به پایان نرسیده، توثیق اسناد تجاری مورد توجه قرار نگرفته و ماهیت آن ناشناخته است. نظراتی هم که تاکنون از سوی علمای حقوق تجارت در این خصوص ارائه شده است، نتوانسته‌اند جایگاه مستحکمی را در دکترین برای خود باز کنند. بیشتر تلاشها بر مبنای توجیه ماده ۷۷۴ قانون مدنی و تسری و شمول تعریف عین معین بر خود سند برات استوار شده است، اما استدلالات مذکور ذهن را قانع نمی‌کند؛ زیرا هرچند طلبی که در برات منعکس شده در جای خود ارزشمند بوده است و به عنوان ارزشی قابل دادوستد و از عناصر مثبت دارایی محسوب می‌شود^۱ ولی باید توجه داشت که هریک از عناصر و اقسام مثبت دلاری را نمی‌توان دارای ارزشی یکسان و برابر دانست؛ تنها عناصری از دلاری قابلیت توثیق را دارند که موجبات ثبات و اطمینان^۲ را مستقیماً و بلاواسطه برای طلبکار فراهم سازند و اگر مالی فاقد چنین وصفی باشد، قابل ترهین نخواهد بود. لذا برخلاف آنچه که ادعا شده است^۳ برات را نمی‌توان به عنوان یک سند طلب در حکم عین معین اصطلاحی در قانون مدنی تلقی کرد؛ زیرا دارنده را خواه در مقام دائن و خواه در مقام مرتهن، بر هیچ مالی که مستقیماً بتواند از محل فروش آن طلبش را وصول کند، مستولی نمی‌سازد؛ بلکه صرفاً به او این حق را می‌دهد که طلب خود را از امضاکنندگان برات نه به جهت مدیونیت آنها، بلکه به جهت اینکه تعهد براتی را پذیرفته و مسئولیت تضامنی با انتقال دهنده دارند مطالبه کند. خود سند برات هم به عنوان سند ذمه‌ای که معرف یک حق دینی غیر قابل انکار است با اسکناس قابل مقایسه نیست و عرفاً عین معین محسوب نمی‌شود تا قبض آن به منزله تصرف مال^۴ موضوع آن باشد.

دین امری است کلی و در عالم خارج ظهور و بروز ندارد و در نتیجه حبس آن امکان‌پذیر نیست. از طرف دیگر، هدف از عقد رهن این است که طلبکار حق فروش عین مرهونه را در صورت عدم ایفای دین از طرف مدیون در سررسید داشته باشد. این حق از آثار صحیح عقد رهن است و ماده ۷۷۸ قانون مدنی شرطی را که حق فروش عین مرهونه را از مرتهن سلب کند، باطل می‌داند. موانع مذکور باعث شده‌اند که در نظام بانکداری ایران برات و دیگر اوراق بهادار حاصل از معاملات تجاری که از آنها تحت عنوان اسناد وصولی مدت‌دار نام برده می‌شود، جایگاهی در توثیق نداشته باشند و بانکها ناچارند در قالب خرید

۱. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، تهران، میزان، ۱۳۸۴، ۳۳.

۲. جمفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص. ۵۳.

۳. صقری، محمد، حقوق بازرگانی، اسناد، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، ص. ۱۶۷.

دین، نسبت به تنزیل برات و دیگر اسناد براتی و پرداخت وجوه آنها به مشتریان بانکی که قبلاً خط اعتباری مشخصی را طبق ضوابط مربوط به آنان اختصاص داده‌اند، اقدام کنند.^۱

در هر حال سیر طبیعی و فرآیند معمولی توثیق برات چنین است که مدیون براتی را که پیشتر در اختیار داشته است، به طور مشروط به طلبکارش منتقل می‌کند، تا در صورت عدم پرداخت دین در سررسید، دارنده بتواند با مراجعه به تمامی امضاکنندگان برات موثق، طلب خود را از آنان مطالبه کند و در صورت ادای دین در سررسید، طلبکار دیگر حقی بر برات موثق نداشته و مکلف به استرداد آن خواهد بود. در نگاه اول ممکن است، رابطه حقوقی موصوف، نوعی انتقال طلب جلوه کند، اما چون به‌طور معمول مدیون ظهر برات را جهت انتقال به طلبکار امضا می‌کند، همچنان در مقابل وی مسئول است و این در حالی است که در «انتقال طلب» ناقل طلب مسئول وصول یا عدم وصول طلب نیست؛^۲ و بدین لحاظ رابطه مذکور را به‌جهت بقای اشتغال ذمه انتقال دهنده نمی‌توان نوعی انتقال طلب که از مصادیق تبدیل تعهد است^۳ و تعهد پیشین را زائل می‌کند دانست. بنابراین هدف از توثیق برات در واقع ضمیمه شدن ذمه‌ها است و نه جایگزین کردن آنها، تعهد براتی اعم از آنکه موثق باشد یا ساده، نوعی تصرف حقوقی مستقل در ذمه محسوب می‌شود و تنها موجب یک تکلیف محض نیست و برای دارنده برات، حق مطالبه ایجاد می‌کند. عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند چنین تعهدی، گونه‌ای از عقد ضمان مطلق است.^۴ زیرا ضمان نیز به عهده گرفتن دین دیگری و التزام به تأدیه آن است.^۵ اما به نظر می‌رسد که توافق مذکور با تعریف عقد ضمان در قانون مدنی یا ضمانت در قانون تجارت هم‌خوانی ندارد. مسئولین برات صرفاً به تعهد براتی خود در مقابل دارنده عمل می‌کنند و برای آنان تفاوتی نمی‌کند که دارنده چه شخصی است، ولیکن در عقد ضمان، ضامن تنها در مقابل مضمون‌له مسئول است نه شخص دیگر. دارنده قبلی جهت تضمین پرداخت دین خود، حق مطالبه مبلغ برات را به‌صورت مشروط به طلبکار منتقل می‌کند و در صورت عدم ایفای دین از جانب مدیون که به منزله تحقق معلق‌علیه است، طلبکار می‌تواند با استفاده از آن حق مطالبه، مبلغ برات را وصول کند. هرگاه مدیون ظهر برات را امضا کرده باشد، مسئولیت تضامنی^۱ به اعتبار امضای مذکور با سایر مسئولین برات برای وی ایجاد می‌شود نه به اعتبار توثیق برات، اما به جهت

۱. مصوبه مورخه ۶۴/۹/۲۴ شورای پول و اعتبار

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دایره المعارف عمومی حقوق، ج ۳، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص. ۳۴

۳. کاشانی، سید محمود، قراردادهای ویژه، ۲ چاپ، ۲، تهران، میزان، ۱۳۹۴، ص. ۳۰۷

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی، پیشین، ص. ۲۷۲

۵. کاشانی، سید محمود، قراردادهای ویژه، ۲ چاپ، ۲، تهران، میزان، ۱۳۹۴، ص. ۲۷۹

۱. obligation solidaire

تعدد منبع تعهد که شامل عقد منشاء دین و برات موثق می‌شود و وحدت موضوع تعهد که همان طلب است، مسئولیت میان مدیون و امضاءکنندگان برات موثق از نوع مسئولیت تضاممی^۱ است و با ضمیمه شدن ذمه‌ها، تضمین معتبری در اختیار طلبکار قرار می‌گیرد تا بتواند از آن برای کسب اعتبار در مراودات تجاری‌اش استفاده کند، امروزه این نوع اعتبار در دنیای تجارت وثیقه‌ای با ارزش‌تر از وثایق عینی است، که معمولاً دور از دسترس هستند.

۳-۳- توثیق برات در قانون تجارت فرانسه

تضامین^۲ عنوانی است که در قانون تجارت برای وثایق دین انتخاب شده است، Gage زیر مجموعه تضامین است و توثیق اسناد تجاری در قالب این عقد بررسی شده است. جایگاه اصلی Gage در قانون مدنی است اما مبحث ویژه‌ای در قانون تجارت^۳ بدان اختصاص داده شده و بدین لحاظ گفته می‌شود که Gage ماهیتی تجاری - مدنی دارد.^۴ علت این دوگانگی را می‌توان در ناکارآمدی قواعد سنتی حاکم بر عقد رهن دانست. قواعد موجود پاسخ‌گوی نیازهای تازه‌ای که عرف تجار در زمینه توثیق اسناد تجاری ایجاد کرده نیست و قانون‌گذار را وادار به نواندیشی و اصلاح امور کرده است. می‌دانیم که مراودات و مبادلات اقتصادی تاجر، مبتنی است بر اعتبار به همین لحاظ پرداخت نقدی و فوری بهای کالاها و خدمات مقبول تاجر نیست و تاجر باید بتواند در فاصله زمانی بین خرید تا فروش مجدد کالا و خدمات، از اسناد تجاری حاصل از معاملات خود به عنوان وثیقه‌ای مطمئن استفاده کند و در طرف مقابل این باور و اعتقاد را به وجود آورد که بدون نیاز به تشریفات خاصی، وجه سند موثق را در سررسید وصول خواهد کرد. با نگرش به مواد ۲۳۴۶ و ۲۳۴۷ قانون مدنی فرانسه مشخص می‌شود که حق درخواست فروش عین مرهونه برای مرتهن به عنوان یک قاعده الزام‌آور در نظر گرفته شده و مرتهن زمانی می‌تواند از دادگاه درخواست کند که عین مرهونه به مقدار ارزش طلب به او منتقل شود که طبق ماده ۲۳۴۸ ارزش مال بر اساس روز انتقال به وسیله کارشناس مرضی‌الطرفین و یا منتخب دادگاه ارزیابی شود. در این صورت هرگاه قیمت عین مرهونه بیشتر از دین تضمین شده باشد، مازاد به مدیون مسترد و یا در وثیقه دیگر طلبکاران باقی خواهد ماند. اساساً چون برات قابل تقویم شدن نیست، قانون تجارت فرانسه، در ماده ۱-

۱. obligation in solidum
۲. Garanties
۳. Gage commercial
۴. Malaurie, ۲۰۰۶: p. ۱

۵۲۱ به طلبکار دارنده برات موثق این اختیار را داده است، که مستقیماً و بدون نیاز به رعایت تشریفات مزایده مبلغ برات را از امضاکنندگان آن مطالبه کند.^۱ بر این اساس، مقررات مواد ۲۳۴۷ و ۲۳۴۸ قانون مدنی در مورد برات قابل اعمال نمی‌باشد.

نتیجه‌گیری:

در قرارداد توثیق برات اراده‌ها چنین گره می‌خورند که انتقال دهنده برات موثق حق مطالبه‌ای را که از مسئولین برات مذکور داشته به طلبکار خود منتقل می‌کند، حق مطالبه موصوف دارای ارزش مالی است و بر ذمه امضاکنندگان برات مستقر می‌شود و آنان را مسئول پرداخت می‌کند. همین حق است که اعتماد طلبکار را جلب و مورد وثیقه قرار می‌گیرد. ازام مسئولین برات موثق به پرداخت وجه آن به دارنده جدید مشروط به عدم ایفای دین در سررسید توسط مدیون که دارنده قبلی بوده است، می‌باشد. در این فرض، طلبکار نیازی به تحقیق و تفحص در خصوص اموال مدیون و یا تحت تعقیب قرار دادن وی آن‌طور که در قانون مدنی فرانسه مقرر شده است ندارد و می‌تواند بدون نیاز به آداب و تدبیر خاصی و به سهولت وجه برات را وصول و یا آن را به دیگری واگذار کند. بدیهی است که در صورت پرداخت دین در سررسید، طلبکار دیگر حقی بر برات موثق نداشته و ملزم به استرداد آن است. این جنبه از توافق معامله براتی را مشمول معاملات یا حق استرداد موضوع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت که نوعاً ماهیتی ربوی دارند نمی‌کند. زیرا هدف اصلی از وضع مواد مذکور، جلوگیری از دارا شدن بلاجهت مازاد بر طلب واقعی و ممانعت از تملک وثیقه توسط طلبکار زیاده‌خواه و لزوم پرداخت طلب از محل فروش مال موثق در مزایده بوده است و چون برات، % ارزشی بیشتر از مبلغ مندرج در آن ندارد، لذا قابل مزایده نیست و صرفاً قابل وصول است. پس به طور کلی توثیق برات از دایره معاملات با حق استرداد و رهن خارج است و باید به عنوان یکی از ویژگی‌های اسناد تجاری برای آن قواعدی در قانون تجارت وضع کرد؛ قاعده‌ای که در ماده ۱-۵۲۱ قانون تجارت فرانسه بدان تصریح شده است و می‌تواند در قانون تجارت جدید ایران نیز جایگاهی بیابد و اسناد تجاری را از این ویژگی بهره‌مند سازد. پس به‌طور کلی توثیق برات از دایره معاملات یا حق استرداد و رهن خارج است.

۱. Article L521 ۱: ... Les effets de commerce donnés en gage sont recouvrables par le créancier gagiste.

منابع و مأخذ:

الف - فارسی

۱. اخلاقی، بهروز، (۱۳۶۸)، «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۲۴.
۲. اسکینی، ربیعا، (۱۳۹۲)، حقوق تجارت تطبیقی: «چک، سفته و برات در حقوق ایران، فرانسه و انگلیس»، تهران، مجد.
۳. اشمیتوف، کلایو. ام، (۱۳۷۸)، حقوق تجارت بین‌الملل، جلد دوم، بهروز اخلاقی و دیگران، تهران، سمت.
۴. امامی، سیدحسین، (۱۳۷۰)، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، اسلامیه.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۲)، حقوق مدنی: عقد ضمان، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۰)، حقوق مدنی: رهن و صلح، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد پنجم، تهران، گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، الفارق: دایره المعارف عمومی حقوق، جلد سوم، تهران، گنج دانش.
۹. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت‌نامه دهخدا، جلد پانزدهم، چاپ دوم (جدید)، تهران، دانشگاه تهران.
۱۰. السنهوری، عبدالرزاق، (۱۳۸۲)، ترجمه الوسیط فی شرح القانونی المذنی الجدید: دوره حقوق تعهدات، محمدحسین دانش کیا و سید مهدی دادمزنی، قم: دانشگاه قم.
۱۱. شاملی، مجید، (۱۳۷۷)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، ماهیت و آثار معاملات با حق استرداد و مطالعه تطبیقی آن، تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز.
۱۲. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۱)، سقوط تعهدات، چاپ ششم، تهران، مجد.
۱۳. صقری، محمد، (۱۳۸۰)، حقوق بازرگانی: اسناد، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۴. عرفانی، محمود، (۱۳۸۸)، حقوق تجارت تطبیقی، جلد ششم، تهران، جنگل.
۱۵. کاتوزیان، ناصر و محسن ایزانلو، (۱۳۸۷)، الزام‌های خارج از قرارداد، بیمه مسئولیت مدنی، جلد سوم، تهران، دانشگاه تهران.

۱۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶) حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین (عقود معین ۴)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.

۱۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴) نظریه عمومی تعهدات، تهران، میزان.

۱۹. کاشانی، سید محمود، (۱۳۹۴) قراردادهای ویژه، چاپ دوم، تهران، میزان.

ب- لاتین

۲۰. Blaise, Jean-Bernard, (۲۰۰۷) Droit des affaires: Commerçants, concurrence, distribution, ۴^e édition, Paris: LGDJ,

۲۱. Carr, Indira, (۲۰۱۰) International trade law, ۴th edition, New York: Routledge-Cavendish.

۲۲. Garner, Bryan A, (۱۹۹۹) Black's Law Dictionary, ۸th edition, United States: Thomson.

۲۳. Hess-Fallon, Brigitte & Simon, (۲۰۰۷), Anne-Marie, Droit des affaires, ۱۷^e édition, Paris: Dalloz (Sirey).

۲۴. Malaurie, Philippe & Aynès Laurent, (۲۰۰۰), Cours de droit civil: Les obligations, Tome VI, ۱۰^e édition, Paris: Cujas.

۲۵. Malaurie, Philippe & Aynès Laurent, (۲۰۰۶), Les sûretés: La publicité foncière, ۲^e édition, Paris: Defrénois.

۲۶. Picod, Yves & Davo, Hélène, (۲۰۰۵), Droit de la consommation, Paris: Dalloz (Armand Colin).

۲۷. Siné, Laure, (۲۰۰۵), Droit commercial et droit du crédit, ۳^e édition, Paris: Dunod.

Bailing bill in Legal System of Iran and France

Majid Shameli

Abstract

Iran Commerce Law, in the fifth discussion and chapter ۱ on the endorsement of the bill, has not referred to the bailing bill. The credited judicial procedure in lack of law and the existing gap has rarely involved in this discussion and can't be reliable. Due to the necessity of bailing a bill in commercial affairs, it is competent to study this issue. This study is aimed at investigating the possibility of a bailing bill in Iran and French Law. In this study, the nature of bail, contract on the mortgage as the queen of bails, bill, and bailing bill are analyzed in the frame of a contract. Besides, the challenges and barriers to the bailing bill in Iran law and comparing it with French law are focused. In this regard, votes can be analyzed by the lawyers using the *descriptive-analytical* method. Finally, with the deduction that the bailing bill is inconsistent with the effects of contract on the mortgage, the possibility of a bailing bill in the frame of contract on a mortgage is canceled. As a result, the bailing bill in French law has been suggested as a legislation pattern in Iran commerce law.

Keywords: bail, mortgage, bill, bailing bill