

ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام

محمد سلطانی^۱ / حامده اخوان هزاوه^۲

چکیده

در دنیای امروز اموال اعتباری مانند اوراق بهادار به عنوان دارایی‌های نوین، بخش مهمی از سرمایه اشخاص محسوب می‌شوند و در کنار سایر انتفاعاتی که از این اموال می‌شود، امکان وثیقه‌گذاردن آنها اهمیت ویژه‌ای دارد. امروزه در بسیاری از نظام‌های حقوقی، امکان وثیقه سهام مورد شناسایی قرار گرفته است. در نظام حقوقی ایران بر اساس ماده ۷۷۴ قانون مدنی: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت، باطل است»، ضمن اینکه مطابق ماده ۷۷۲ مال مرهون باید به قبض داده شود. این دو ماده تردیدهایی را بر سر راه رهن سهام شرکت‌های سهامی به وجود آورده است. این پژوهش در پی آن است که ماهیت حقوقی توثیق سهام شرکت‌های سهامی و مقررات و آثار حاکم بر آن را مورد بررسی قرار داده و نشان دهد که حتی اگر ماهیت حقوقی توثیق سهم را نتوان در قالب عقد رهن توصیف نمود، اصل آزادی قراردادی که در ماده ۱۰ قانون مدنی تبلور یافته، جایگاه مناسبی برای توثیق سهم محسوب شده و تقریباً تمامی قواعد حاکم بر رهن را به عاریت می‌گیرد.

واژگان کلیدی: سهم، رهن، وثیقه، ماده ۱۰ قانون مدنی، بورس و فرابورس.

طبقه‌بندی موضوعی: K22

۱. دکترای حقوق خصوصی از دانشگاه استراسبورگ فرانسه، مسئول گروه مشاوران حقوقی سازمان بورس و اوراق بهادار.

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران، گروه حقوق.

مقدمه

۱. میزان تولید و رشد اقتصادی هر کشوری وابستگی قابل توجهی با منابع مالی در دسترس دارد. تولید نیازمند پول است و پول را نیز بدون ارائه وثیقه کافی به تسهیلات‌دهنده نمی‌توان دریافت کرد. هرچقدر میزان و نوع اموالی که در یک فضای حقوقی روشن به عنوان وثیقه قابل استفاده است افزایش یابد، ارائه یک وثیقه مناسب توسط تسهیلات‌گیرنده نیز ساده‌تر خواهد شد و بدین وسیله یکی از پایه‌های دریافت تسهیلات و تأمین مالی، بهتر محقق خواهد گردید.

امروزه شرکت‌های سهامی عام نقش مهمی در جمع کردن سرمایه اشخاص و جهت‌دهی آن به سمت تولید دارند. در ازای سرمایه‌گذاری اشخاص در این شرکت‌ها به ایشان سهم داده می‌شود و به ویژه در کشورهای پیشرفته، سهم از دارایی‌های با ارزش اشخاص محسوب می‌شود. با توجه به اینکه در حال حاضر ملاک سرمایه واقعی اشخاص را تنها نمی‌توان اموال مادی آنها قرار داد و اموال اعتباری مثل اوراق بهادار نیز جزء با اهمیتی از سرمایه افراد را تشکیل می‌دهند؛ از این رو مسئله وثیقه‌گذاری و ماهیت و آثار و احکام آن مطرح می‌گردد. در این پژوهش ابتدا ماهیت سهم و وثیقه سهم مورد بررسی قرار می‌گیرد تا بینیم آیا اصولاً امکان توثیق سهام وجود دارد (بخش اول) و پس از آن به تبیین قواعد حقوقی حاکم بر وثیقه این مال خواهیم پرداخت (بخش دوم). تمایل بر آن بود تا موضوع این پژوهش تمامی انواع اوراق بهادار و نه فقط سهم را در بر گیرد، اما با توجه به اینکه ماهیت حقوقی انواع اوراق بهادار هنوز مورد بررسی تفصیلی قرار نگرفته و از این حیث هریک از اوراق بهادار باید جداگانه مورد مطالعه قرار گیرند، از ورود به سایر اشکال اوراق بهادار خودداری گردید.

بخش اول: ماهیت حقوقی سهام و وثیقه سهام

۲. به طور سنتی قالبی که برای توثیق مال در نظر گرفته می‌شود، عقد رهن می‌باشد که در مواد ۷۷۱ تا ۷۹۵ قانون مدنی، قواعد و احکام خاص آن مقرر گردیده است. برای بررسی امکان توثیق سهام شرکت‌های سهامی از طریق عقد رهن باید ابتدا به بررسی ماهیت حقوقی سهام پرداخت (گفتار اول) تا مشخص گردد که آیا سهم می‌تواند موضوع عقد رهن قرار گیرد و اگر امکان توثیق سهام از طریق عقد رهن وجود ندارد، ماهیت حقوقی این عمل چه خواهد بود (گفتار دوم).

گفتار اول: ماهیت حقوقی سهام

۳. به موجب ماده ۷۷۱ قانون مدنی: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد...». از طرف دیگر ماده ۷۷۴ قانون مدنی مقرر نموده است «مال مرهون باید عین معین باشد

و رهن دین و منفعت باطل است». از این جهت برای بررسی امکان توثیق سهام از طریق عقد رهن، ابتدا لازم است مفهوم عین معین و ماهیت حقوقی سهم مورد بررسی قرار گیرد. درخصوص مال بودن سهام، به عنوان ورقه‌ای که ارزش اقتصادی و داد و ستد داشته و قابل تقویم به پول باشد تردیدی وجود ندارد؛ چراکه سهم دو شرط اساسی برای اینکه مال تلقی شود را دارا می‌باشد: ۱. مفید باشد و نیازی را برآورد، خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی؛ ۲. قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۱). مسئله اصلی این است که سهام شرکت‌های سهامی از جهت عینی یا دینی بودن در کدام دسته از اقسام مال قرار می‌گیرند، زیرا در ماده ۷۷۴ قانون مدنی مقرر گردیده است که مال مرهون باید عین معین باشد.

۴. لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) به ماهیت حقوقی سهم پرداخته و تنها در ماده ۲۴ تعریفی از سهم ارائه داده است. به موجب این ماده، «سهم قسمتی از سرمایه شرکت سهامی است که میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی را مشخص می‌نماید. ورقه سهم سند قابل معامله‌ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد». در سایر متون قانونی نیز قانون‌گذار موضع خود را در خصوص ماهیت حقوقی سهم، از این حیث که آیا سهم در زمره دیون بوده یا عین تلقی می‌شود مشخص ننموده و صرفاً از ماده ۶۷ قانون اجرای احکام مدنی (۱۳۵۶) که ذیل مبحث سوم این قانون با عنوان صورت‌برداری اموال منقول آمده است، می‌توان نتیجه گرفت که از دیدگاه حقوق موضوعه سهم در دسته اموال منقول قرار می‌گیرد.^۱

۵. مطابق یک دیدگاه، حق صاحب سهم نسبت به شرکت یک حق دینی توصیف شده است که براساس آن صاحب سهم می‌تواند به نسبت آورده خود از منافع شرکت منتفع شود و در صورت انحلال، قسمتی از دارایی شخص حقوقی را مطالبه نماید (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ۱۰۷-۱۰۶-اسکینی، ۱۳۸۸، شرکت‌های تجاری، ۱۲۷). در تأیید این امر به مواد ۲۴، ۲۷، ۳۳، ۳۴، ۳۵ و ۳۸ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت به عنوان مبین رابطه حقوقی دینی بین صاحبان سهام با شخص حقوقی (شرکت سهامی) استناد شده است. این دیدگاه از آنجا که حقوق سهامدار شرکت را ناظر بر حق سهم شدن در سود در زمان حیات شرکت و حق تملک قسمتی از سرمایه شرکت بعد از انحلال دانسته است، آن را بیشتر با حق دینی سازگار می‌داند.

۱. در این خصوص می‌توان به بند ۳ ماده ۶۳۰ قانون اصول محاکمات حقوقی (۱۲۸۵)، نیز اشاره نمود. اگرچه این قانون در حال حاضر نسخ شده اما در این قانون نیز سهام شرکت مال منقول محسوب گردیده است.

۶. از سوی دیگر اظهار شده که سهام مالی مستقل است و در زمره اموال عینی قرار دارد (باریکلو، ۱۳۸۵، ۲۶-۲۳ - عیسی تفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳، ۵۰ - ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ۱۰۷^۱ - مصباحی مقدم و سیاح و نادری نورعینی، ۱۳۸۸، ۷۰). البته چنانچه عین را به مال محسوس و مادی حمل کنیم، در آن صورت سهم عین تلقی نمی گردد؛ چراکه سهم وجود مادی ندارد و بر گه سهم معرف سهم می باشد، ضمن اینکه امروزه اصولاً صدور سهم بر روی برگه سهم ضرورت ندارد و سهم بدون وجود برگه سهم نیز قابل تصور می باشد.^۲ بنابراین با حمل مفهوم عین بر «اصل» مال (کریمی، ۱۳۸۷، ۳۱۸) و نه خارجی بودن آن، می توان اظهار داشت که سهام در گروه اموال عینی قرار دارد.

۷. برخی صاحب نظران نیز در تبیین ماهیت حقوقی سهم، بین سهام بانام و بی نام قائل به تفکیک شده اند (الماسی، ۱۳۶۸، ۱۹۵ - کاتوزیان، ۱۳۸۵، حقوق مدنی: عقود اذنی...، ۵۴۱) البته نویسنده اخیر در جایی دیگر (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۳)، حق شرکاء (بدون تفکیک بین سهام بانام و بی نام) در شرکت را حقی خاص توصیف می نماید. نک. ش. ۸). همان طور که می دانیم سهم ممکن است بانام و یا بی نام باشد (تبصره ۱ ماده ۲۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت). مطابق این دیدگاه سهام بی نام از آنجا که در دید عرف، ارزش موضوع آنها با عین سند مخلوط شده و در آن سند تجسم یافته است، در حکم عین معین می باشد. اما سهم بانام از آنجا که در نظر عرف بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد، در حکم سند طلب می باشد.

۸. دیدگاه دیگری نیز در خصوص ماهیت سهام مطرح است که آن را حقی خاص می داند؛ بدین معنا که ماهیت آن با هیچ یک از حقوق عینی و دینی قابل انطباق نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۳ - عیسی تفرشی، ۱۳۷۸، ۱۱۰ و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۱، ۹۶). سهامداران حق عینی بر اموال شرکت ندارند چراکه این اموال متعلق به شخصیت حقوقی است و طلبکار شرکت نیز محسوب نمی شوند و فقط سهم

۱. ایشان با وجود اینکه قائل به دینی بودن حق سهامدار می باشند (نک. ش. ۵)، معتقد است با ایجاد برگه سهم، حق سهامدار به یک حق عینی تبدیل می شود و مالیت سهم و مالک بودن سهامدار، اصطلاحی رایج و عادی در حقوق تجارت است.

۲. در حقوق انگلستان اولین بار در سال ۱۹۹۲ اوراق بهاداری تحت عنوان uncertificated securities که هیچ سند کاغذی برای آنها صادر نمی شود، به موجب The Uncertificated Securities Regulations 1992 (no.225) معرفی گردید. در سال ۲۰۰۱ The Uncertificated Securities Regulations 2001 (no.3755)، جایگزین این مقررات گردید که به ترتیب در سال های ۲۰۰۳ و ۲۰۰۷ اصلاح گردید:

The Uncertificated Securities (Amendment)(Eligible Debt Securities) Regulations 2003 (no.1633),
The Uncertificated Securities (Amendment) Regulations 2007 (no.124)

معینی از سود را می‌برند و هنگام انحلال شرکت نیز اموال بین آنها تقسیم می‌شود. اگرچه چنین اظهار شده که این حق «منحصر به مطالبه منافع حاصل در زمان بقای شرکت و تملک باقیمانده سرمایه پس از انحلال آن می‌باشد» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۶۰)، اما باید پذیرفت که این حق خاص منحصر به حق مطالبه سود در زمان حیات و تملک باقی اموال شرکت در صورت انحلال آن نیست و سهامدار حقوقی فراتر و بیشتر از این موارد دارد. از جمله می‌توان به حق فروش سهام، حق تقدم در خرید سهام جدید شرکت، حق حضور در جلسات مجامع عمومی و امثال آن اشاره نمود (عیسی تفرشی، ۱۳۷۸، ۱۱۰).

۹. اظهارنظر درخصوص ماهیت حقوقی سهم مستلزم بررسی جامع فقه و حقوق خارجی است. مطالعه این موضوع باید از مفهوم اوراق بهادار آغاز شود که مبنای آن غیرمادی کردن^۱ اموال مادی است. موضوع اصلی مورد بررسی ما در این مقاله ماهیت سهم نیست و باید آن را به مجالی دیگر و مطالعه‌ای عمیق سپرد تا آثار هریک از ماهیت‌های پیشنهادی بر روی رژیم حقوقی سهم مشخص شود. با این وجود و به عنوان مطالعه‌ای مقدماتی چنین به نظر می‌رسد که می‌توان حق صاحب سهم را به عنوان یک حق دینی توصیف نمود. توصیف ماهیت حقوقی سهم به عنوان یک طلب، بیشتر ناظر به رابطه شریک با شرکت و نه رابطه شریک با خود سهم است، حال آنکه وقتی در مقام توصیف ماهیت حقوقی سهم هستیم، باید رابطه شریک و سهم را مد نظر قرار دهیم. سهم مالی است اعتباری و غیرمادی که در ازای سرمایه‌گذاری در شرکت به سهامدار اعطاء می‌گردد و وی را مالک بخشی از شرکت با تمامی حقوق و تعهداتش می‌سازد. در واقع، سهامدار مالک شرکت به ماهوی خود است نه طلبکار آن و فقط به سبب مالکیت بر شرکت، مجموعه‌ای از حقوق و تعهدات نسبت به آن پیدا می‌کند. این حق سهامدار بر یک مال است و نه بر شخصی دیگر تا مشمول عنوان حق دینی گردد. در همین راستاست که افزایش یا کاهش قیمت سهم و در واقع مال سهامدار به سادگی قابل توجیه می‌باشد، حال آنکه توجیه طلب‌گونه از رابطه شریک و سهم چگونگی تغییر مرتب قیمت طلب شخصی از دیگر را به سادگی بیان نماید. البته اگر اصرار داشته باشیم که موضوع حق عینی حقاً یک مال ملموس و محسوس است، در آن صورت ناچار خواهیم بود که حق بر سهم را یک حق خاص بدانیم و آن را از شمول قواعد حاکم بر اعیان خارج سازیم. تصمیم‌گیری در خصوص این مسئله منوط به شناخت چرایی موضوع و نحوه تفکیک انواع حق و آثار حاکم بر آن است، اما چنین به نظر می‌رسد تلقی از عین به عنوان چیزی که دارای پایگاه مادی و ملموس می‌باشد ریشه در تعاریف قدیمی مقتبس از حقوق روم دارد که وارد حقوق فرانسه گشته و از طریق ترجمه متون فرانسوی وارد حقوق ایران شده است. تلقی

1. Securitization

از عین در روزگار گذشته کاملاً متناسب با همان روزگار بوده است ضمن اینکه توجه تمام عیار انسان قدیمی به اعیان خارجی قابل درک می‌باشد (سعیدی، ۱۳۸۷، ۱۴)؛ اما امروزه همگان اموال غیرمادی و غیر ملموس را در کنار اموال ملموس و مادی و در یک ردیف قرار می‌دهند.

۱۰. به علاوه، با تعبیری که از ماهیت سهم در نظر گرفتیم تفکیک بین سهام بانام و بی‌نام هرچند در حقوق فرانسه نیز رایج بوده است اما در تعیین ماهیت حقوقی سهام درست به نظر نمی‌رسد؛ چراکه شیوه و روش نقل و انتقال در ماهیت اموال مذکور تأثیری ندارد، کما اینکه لزوم ثبت نقل و انتقال اموال غیرمنقول در دفتر اسناد رسمی در مقایسه با سایر اموالی که در نقل و انتقال آنها نیازی به ثبت نیست، تأثیری در ماهیت اموال مذکور ندارد (باریکلو، ۱۳۸۵، ۲۰). بنابراین نمی‌توان از نظر ماهیت، بین سهام بانام و بی‌نام تفاوت قائل شد؛ زیرا از نظر حقوقی که سهامدار از آن برخوردار می‌شود تفاوتی بین دارندگان این دو نوع سهم وجود ندارد.

۱۱. آثاری که از سهم ناشی می‌شود از خود سهم متفاوت است. اثر اصلی مالکیت هر میزان از سهام شرکت، حق بر اداره، دریافت سود و نیز دریافت وجوه پرداختی برای سهم پس از انحلال شرکت می‌باشد. حق دریافت سود خود به تنهایی حقی دینی است، اما حقی که سهامدار بر سهم خویش دارد متفاوت از این حق و سایر آثار سهامدار بودن است. سهم بنابر تعریف قانونی، بخشی از سرمایه شرکت است و توصیف این حق به عنوان حق عینی گمراه کننده به نظر نمی‌رسد. با این دید می‌توان اظهار داشت که سهام مالی مستقل بوده و در زمره اعیان قرار دارد. محدود دانستن «عین» به اجسام مادی خارجی نه تنها منطقی نمی‌نماید بلکه با واقعیت‌ها و تحولات اقتصادی نیز سازگار نمی‌باشد. پدیده‌های حقوقی مانند «عین» نیز باید با تحولات اقتصادی همگام باشند. بنابراین اجمالاً در نظر گرفتن سهم در گروه اموال عینی، به این معنا که هر جا حکمی بر عین بار شده است بر سهم نیز قابل تطبیق باشد، منطقی به نظر می‌رسد.

۱۲. نکته دیگری که ذکر آن اهمیت دارد این است که حتی اگر مطابق نظریات رایج، سهم را با توجه به رابطه شریک و شرکت مجموعه‌ای از حقوق شریک در قبال شرکت بدانیم، با توجه به اینکه این حقوق در سهم ترکیب شده و به صورت یک ورقه بهادار با ویژگی‌های معین و قابل معامله درآمده، با مالی مواجه هستیم که می‌توان آن را عین معین قلمداد کرد. همین دیدگاه سبب شده که سهام بی‌نام را در زمره اعیان محسوب دارند؛ زیرا در این حالت ترکیب حقوق در ورقه سهم در حد اعلامی خود ملاحظه می‌شود. سهم در این معنا مجموعه‌ای از حقوق قابل انتقال به اشخاص ثالث به وسیله یک ورقه است که با ثبت در دفتر ثبت سهام یا نزد شرکت سپرده‌گذاری منتقل شده و شرکت به عنوان متعهد و

ناشر اوراق بهادار بطور غیر قابل برگشت حق ارائه هرگونه ایراد که در مقابل انتقال دهنده امکان طرح آن را داشت از خود سلب می‌نماید^۱ (Prussen, 2004, 1292). باید توجه داشت این نکته که این حقوق در یک ورقه کاغذی متبلور شده یا دارای پایگاه الکترونیکی می‌باشد اهمیتی ندارد و در هر صورت همین که این حقوق در مال دیگری به نام ورقه بهادار مستقر شده برای عین دانستن سهم کفایت می‌کند^۲ (در تأیید این نظر به (Dider, 1996, 47- Lassalas, 1997. n° 371) نگاه کنید).

گفتار دوم: ماهیت حقوقی وثیقه سهام

۱۳. در برخی قوانین و مقررات به امکان توثیق سهم اشاره شده است: بند ۱۷ ماده ۸ و ماده ۱۱۴ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت به سهام وثیقه مدیران تصریح نموده است و ماده ۲۰ «قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و اصلاح ماده ۱۱۳ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۸۲/۵/۲۶، امکان توثیق ضمانتنامه بانکی، بیمه‌نامه و سایر اوراق بهادار را مطرح می‌نماید^۳. سؤال این است که آیا این عمل حقوقی همان عقد رهن است و آثار این عقد بر آن مترتب خواهد شد یا خیر و آیا اصولاً قالبی غیر از عقد رهن برای توثیق سهام قابل تصور می‌باشد؟

۱۴. مطابق مقررات قانون مدنی، برای اینکه مالی بتواند موضوع عقد رهن قرار گیرد باید دو شرط اساسی یعنی عین بودن مال مورد رهن (ماده ۷۷۴ قانون مدنی) و قابلیت قبض آن (ماده ۷۷۲ قانون مدنی) رعایت شود. درخصوص شرط اول یعنی «عین» بودن مورد رهن، با توجه به آنچه در گفتار قبل در زمینه ماهیت حقوقی سهم گفته شد، اگر سهم را عین به مفهوم اصطلاحی و رایج تلقی نکنیم، امکان به رهن گذاردن سهام نیز وجود نخواهد داشت. درخصوص شرط دوم، یعنی قابل قبض بودن مال مورد رهن که با توجه به ماده ۷۷۲ قانون مدنی شرط صحت رهن به شمار می‌رود، در فقه سه نظریه متفاوت وجود دارد: برخی از فقهای امامیه معتقدند قبض شرط صحت است (اسکافی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۱۹۱- ابی فاضل، ۱۴۱۷ ه.ق، ۵۴۰- عاملی، ۱۴۱۵ ه.ق، ۱۲۹- حلبی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۳۳۴). قول دیگر فقهای امامیه

۱. در حقوق ایران، اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات نه در اسناد تجاری و نه در ضمانتنامه مستقل بانکی و نه در زمینه اوراق بهادار نهاده نشده است (نک. سلطانی، محمد. (۱۳۹۰). حقوق بانکی، تهران، نشر میزان، ۲۶۱).

۲. درخصوص مسائل ناشی از غیر کاغذی کردن سهم به‌طور مثال نگاه کنید به:

Prüm, André. (2005). "La dématérialisation médiate des titres fongibles en droit luxembourgeois", in 20 ans de dématérialisation en France: Bilan et perspectives nationales et internationales, *La Revue Banque*.

۳. البته تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، صراحتاً از ترهین سهام سخن گفته است.

مبتنی بر این است که قبض شرط لزوم عقد رهن می‌باشد بدین معنا که عقد رهن با ایجاب و قبول محقق می‌شود ولی تا زمانی که عین مرهونه به قبض مرتهن در نیامده باشد جایز است و با قبض مورد رهن لازم می‌گردد (عاملی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۱۱). در نهایت قول سوم این است که قبض عین مرهونه نه شرط صحت و نه شرط لزوم عقد رهن است بلکه عقد رهن با ایجاب و قبول منعقد می‌شود (طوسی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۲۲۳). با وجود اینکه شرطیت قبض در عقد رهن توسط فقها محل اختلاف است، ماده ۷۷۲ قانون مدنی به صراحت قبض را شرط صحت عقد رهن می‌داند و بنابراین ممکن است تصور شود که مورد رهن باید وجود خارجی داشته باشد تا دارای قابلیت قبض و اقباض به مفهوم سنتی باشد؛ به ویژه آنکه علت اساسی بطلان رهن دین نیز عدم امکان قبض دین می‌باشد.

۱۵. با توجه به مراتب فوق، اختلاف نظرهایی در خصوص امکان به رهن گذاشتن سهام مطرح شده است. یک دیدگاه مبتنی بر عدم امکان به رهن گذاردن سهام شرکت‌های سهامی می‌باشد (اسکینی، ۱۳۸۸، شرکت‌های تجاری، ۱۲۷- کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۵۴۰ - بهروز اخلاقی، ۱۳۶۸). مطابق این نظر، از آنجا که اموال غیر مادی نظیر سرقفلی و سهم (که طلب شریک از شرکت هستند) عین نمی‌باشند، نمی‌توان آنها را به رهن گذاشت و صراحت ماده ۷۷۴ قانون مدنی ما را از هرگونه استدلال بی‌نیاز می‌سازد. البته بنابر عقیده‌ای (نک. ش. ۸)، وثیقه نهادن اسنادی که دارای ارزش اعتباری و قابل داد و هستند، مانند اسکناس و اسناد در وجه حامل و سهام بی‌نام شرکت‌ها صحیح است؛ چراکه ارزش موضوع آنها چنان با عین سند مخلوط شده که انتقال و قبض آنها به منزله انتقال و قبض موضوع آنهاست. ولی اسنادی که در حکم سند طلب است، چون در عرف، بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد، رهن آنها با توجه به لزوم عین معین بودن مورد رهن درست به نظر نمی‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، حقوق مدنی: عقود اذنی، ...، ۵۴۱).

با این استدلال کلیه اموال غیرمادی نظیر اسناد تجاری، حق تألیف، سرقفلی و امثال آن، از شمول ماده ۷۷۴ قانون مدنی خارج بوده و رهن این قبیل اموال و حقوق نیز باطل است.

۱۶. دیدگاه دیگر که سهم را عین تلقی می‌کند، قائل به پذیرش امکان به رهن گذاشتن سهام شرکت‌های سهامی می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۳۹۸ - عرفانی، ۱۳۸۸، ۳۸ - سکوتی نسیمی، ۱۳۸۱، ۳۱۷). یکی از صاحب‌نظران (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۰) پس از توصیف سهام شرکت‌های

سهامی به عنوان مال آلی^۱، رهن این نوع اموال را مورد پذیرش قراردادده و در حاشیه ماده ۷۷۴ قانون مدنی می نویسد: «اوراق بهادار و سهام شرکت ها و اوراق قرضه دولتی و تمبر داخل در مفهوم عین بوده و مال الرهانه واقع می شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۳۹۸). ایشان در طرح اصلاح قانون مدنی در ماده ۱۸۰۹ مقرر داشته اند: «تمبر، اوراق بهادار و اسناد خزانه و دستور پرداخت و اوراق قرضه و هر چه که مال باشد می تواند رهنه واقع شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۸۹۶). همچنین ذیل عنوان مال الرهانه (=رهنه) در تبصره ماده ۱۸۱۹ این پیشنهاد را مطرح نموده اند که: «اوراق بهادار مانند سهام و اوراق قرضه دولتی در حکم عین معین می باشند و می توانند مال الرهانه واقع شوند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۸۹۷). ایشان بخش پنجم باب مربوط به رهن در طرح اصلاح قانون مدنی^۲ را به رهن اوراق بهادار اختصاص داده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۸۹۹-۸۹۰).

در میان قائلین به این نظر، برخی رهن سهام شرکت های سهامی اعم از سهام بانام و بی نام را به اعتبار اوراق سهام بدون اشکال می دانند. مطابق این دیدگاه، سهام را به اعتبار اوراق سهام می توان «عین معین» نامید و بدین ترتیب شرط راجع به عین معین بودن رهنه حاصل می شود (سکوتی نسیمی، ۱۳۸۱، ۳۶۳)، در عین حال رهن سهام در شرکت های غیر سهامی امکان پذیر نمی باشد چرا که سهم الشرکه مالی غیر مادی است که اطلاق عین معین بر آن دشوار می باشد (سکوتی نسیمی، ۱۳۸۱، ۳۱۸ و ۳۶۳). قبض سهام نیز با توجه به مفهوم آن که در واقع استیلای عرفی مرتهن بر مال مرهون است، قابل تحقق است.

۱۷. کمیته وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران نیز در تاریخ ۸۹/۹/۲۰ در پی سؤالات دفاتر اسناد رسمی مبنی بر امکان تنظیم اسناد مربوط به ترهین سهام شرکت ها، بدین شرح اظهار نظر نموده است: «مستفاد از مواد ۲۴، ۳۹، ۴۰ و ۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴ ورقه سهم، سند قابل معامله ای است که نشانگر میزان مشارکت و تعهدات صاحب آن در شرکت می باشد و بنابراین وفق منطوق و مفهوم مخالف ماده ۷۷۴ قانون مدنی با رعایت اساسنامه شرکت وثیقه

۱. مال آلی مالی است که خود مالیت نداشته و نماینده مال است، مانند اسکناس که در نظر بعضی به اعتبار اینکه معرف پشتوانه و ارزش مقداری سیم و زر است مالیت دارد. در برابر مال آلی، مال اصلی قرار دارد که عبارت است از مالی که ذاتاً ارزش دارد، مانند اغذیه و البسه و فرش (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۰).

۲. ماده ۱۸۴۳- اوراق بهادار، اسناد مالی تجاری صاحب نرخ و قابل نقل و انتقال به ویژه در معاملات بورسی است و غالباً معرف شرکت دارنده آنها در یک مؤسسه و یا معرف مشارکت او در قرضه درازمدت است؛ این اوراق قابل معامله است، و ممکن است بانام و یا بی نام (در وجه حامل) باشند؛ در صورت اخیر، متصرف آنها مالک شناخته می شود.

ماده ۱۸۴۴- اوراق بهادار، اسناد مال منقولند و می توانند مال الرهانه قرار گیرند.

تبصره- در رهن اوراق بهادار بی نام، به منظور صیانت حقوق مرتهن، باید عقد رهن به اطلاع مراجع صادرکننده اوراق مذکور برسد.

نهادن آن بلامانع و مالاً قابل صدور اجرائیه است لکن سردفتر مکلف است مراتب را حسب مورد به دفتر ثبت سهام شرکت یا اداره ثبت شرکت‌های شهر مربوطه اعلام نماید^۱. همانگونه که ملاحظه می‌گردد، در رویه کانون سردفتران و دفتریاران نیز سهم عین معین و قابل تهرین تلقی گردیده است (همچنین در تأیید این دیدگاه که سهام می‌تواند مستقیماً موضوع رهن قرار گیرد به پاراگراف انتهایی شماره ۱۷ درخصوص ماده ۱۱۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت و قسمت دوم تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مراجعه کنید).

۱۸. چنین به نظر می‌رسد که منظور از عین معین در ماده ۷۷۴ قانون مدنی، اصل وجود مال - و نه وجود مادی و خارجی داشتن - است که در مقابل دین و منفعت قرار می‌گیرد (نک. کریمی، ۱۳۸۷، ۳۱۸ - مصباحی مقدم و سیاح و نادری نورعینی^۲، ۱۳۸۸، ۷۰ - باریکلو، ۱۳۸۵، ۲۶-۲۳ - عیسی تفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳، ۵۰)، و باید معین بوده و نمی‌تواند یکی از دو یا چند مال قرار داده شود (امامی، ۱۳۷۴، ۳۳۶). آنچه در ماده ۷۷۴ قانون مدنی منع گردیده است، رهن دین و منفعت می‌باشد که دلیل اصلی بطلان رهن در این موارد هم عدم امکان قبض می‌باشد. در ادامه خواهیم دید در خصوص سهام از این جهت مشکلی وجود ندارد. بنابراین با توجه به آنچه در گفتار قبل ذکر شد (نک. ش. ۹) سهام مالی است مستقل که دارای ارزش و قابل تقویم به پول بوده و در گروه اموال عینی قرار دارد و دین و منفعت محسوب نمی‌شود تا از این جهت قائل به بطلان به رهن گذاردن آن شویم. در تأیید این مدعا شاید بتوان به عقد هبه نیز اشاره نمود؛ در این عقد نیز که یکی دیگر از عقود عینی است و قبض موضوع عقد از شرایط صحت به شمار می‌رود، در تعریف آن در ماده ۷۹۵ قانون مدنی کلمه «مال» به کار رفته است، بنابراین نمی‌توان ادعا نمود که قبض مخصوص عین معین می‌باشد.

۱۹. درخصوص مفهوم قبض، مستفاد از ماده ۳۶۷ قانون مدنی در مبحث بیع می‌توان اظهار داشت که قبض عبارت است از استیلاء مرتهن بر مال مرهون. ماده ۳۶۹ قانون مدنی در مورد تسلیم مبیع مقرر می‌دارد: «تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند».

۱. در اجرای شق ۲ ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران (۱۳۵۴)، موضوعاتی در کمیسیون وحدت رویه مطرح و منجر به اظهار نظر می‌گردد. این اظهار نظر پس از تأیید ریاست سازمان ثبت اسناد و املاک جهت اطلاع و رعایت مفاد آن به دفاتر اسناد رسمی ابلاغ می‌گردد.

۲. ایشان در بررسی شرط عین بودن سهام به جهت امکان وقف آن معتقدند که سهام دارای شرط عین بودن می‌باشد. چراکه عین در مقابل وقف دین، کلی و منفعت است؛ که وقف این سه مورد صحیح نمی‌باشد. از آنجا که سهام در مقابل دین، کلی و منفعت است بنابراین دارای شرط عین بودن می‌باشد.

با توجه به هدف از عقد رهن که توثیق و ایجاد اطمینان برای طلبکار درخصوص وصول دین خود است، به نظر می‌رسد وثیقه گذاردن، ملازمه‌ای با سپردن و تسلیم ندارد. منظور از توثیق، مصون نگاه داشتن مال از نقل و انتقال است و برای تحقق این امر لازم نیست حتماً مال به طور فیزیکی تسلیم مرتهن شود. به عنوان مثال در مورد اموال غیرمنقول که به حکم مواد ۴۶ و ۴۷ رهن این اموال باید به موجب سند رسمی انجام شود، هدف از رهن با تنظیم سند رهن حاصل می‌شود و شرط قبض مال مرهونه همزمان با ثبت محقق می‌شود و رویه عملی نیز هیچگاه قبض فیزیکی در معنای سنتی را شرط ندانسته است و ذکر صوری قبض در هنگام تنظیم سند رهن این اموال نیز هرچند رایج است اما ضرورتی ندارد. بنابراین قبض در رهن که هدف از آن استیلای عرفی بر مورد وثیقه و محفوظ ماندن آن برای فروش احتمالی از سوی مرتهن می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، حقوق مدنی: عقود اذنی، ...، ۵۴۶ - کریمی، ۱۳۸۷، ۳۲۲) به تناسب ماهیت اموال و نحوه استیلاء بر آنها متفاوت است.^۱

با توجه به مراتب فوق‌الذکر می‌توان اظهار داشت سهام^۲ شرکت‌های سهامی عام قابل مقایسه با اموال غیرمنقول ثبت شده هستند و از طریق ثبت در سامانه رایانه‌ای معاملات اوراق بهادار می‌توان به هدف از قبض که مصون نگه داشتن مورد رهن از تصرفات منافعی حق مرتهن است دست یافت (نک. ش. ۲۲). اما درخصوص سهام شرکت‌های سهامی خاص، چنانچه سهام مورد وثیقه بانام باشد، از طریق ثبت در دفتر و در مورد سهام بی‌نام از طریق قبض و اقباض فیزیکی برگه سهام یا طرخی مشابه قبض محقق می‌شود.

در نتیجه با تفاسیر فوق‌الذکر می‌توان گفت امکان توثیق بسیاری از اموال از جمله سهام شرکت‌های سهامی که از نظر اقتصادی دارای اهمیت بسیار می‌باشند، از طریق عقد رهن وجود دارد. ۴۰. در عین حال ممکن است ادعا شود که در قلمرو حقوق مدنی و مقررات رهن، نمی‌توان تفاسیر فوق‌الذکر را به مقنن نسبت داد و این امر که منظور قانون‌گذار از «عین معین» مذکور در ماده ۷۷۴،

۱. در تأیید این مدعا می‌توان به رأی شماره ۳۰۸۲۰-۱۷-و-ر کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران و در پی آن رویه عملی دفاتر اسناد رسمی اشاره نمود که قبض را استیلای عرفی در مال می‌داند (که در اینجا منظور تنظیم سند رسمی است): درخصوص سؤالی بدین شرح که اگر در هنگام تنظیم همزمان اسناد قطعی غیرمنقول و رهن تسهیلات خرید مسکن بانک‌ها، ملک در تصرف فروشنده باشد و فی‌المجلس به خریدار ندهد با توجه به شرایط صحت عقد رهن که قبض و اقباض در آن شرط است آیا می‌توان برای خریدار قبض تخلیه صادر نمود، کمیسیون وحدت رویه این چنین اظهارنظر نمود: «با توجه به ماده ۳۶۷ و ۷۷۲ قانون مدنی صدور قبض تخلیه به هنگام تنظیم سند قطعی و پیرو آن تنظیم سند رهنی بلامانع است».

۲. در حال حاضر اطلاعات کامل سهام شرکت‌های سهامی عام ثبت شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار از جمله مشخصات مالکان (ماده ۳ دستورالعمل ثبت، سپرده‌گذاری، تسویه و پایاپای مصوب ۱۳۸۸/۵/۱۳ هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار) و نقل و انتقالات آنها در پایگاه داده‌های شرکت سپرده‌گذاری مرکزی ثبت می‌گردد.

اصل مال و نه عین موجود قابل اشاره در خارج می‌باشد قابل پذیرش نیست. این دیدگاه لطمه‌ای به امکان پذیرش توثیق سهام نه در قالب عقد رهن بلکه در قالب قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی نخواهد زد. به موجب اصلی که در ماده ۱۰ قانون مدنی پذیرفته شده است، الزامی وجود ندارد که اشخاص معاملات خود را در قالب‌های معین پیش‌بینی شده در قوانین در آورند. این ماده که حاوی اصل «آزادی قراردادی» است، به حکومت اراده دامنۀ گسترده‌ای می‌دهد. بنابراین ماده ۱۰ قانون مدنی می‌تواند راه‌حلی برای وثیقه‌گذاران سهام شرکت‌های سهامی محسوب شود.

بنابراین می‌توان وثیقه‌ای را پیش‌بینی نمود که در آن عین بودن مورد رهن شرط نباشد. اما بررسی این مسئله حائز اهمیت است که آیا قواعد مقرر در عقد رهن قانون مدنی درخصوص عین بودن مورد رهن جنبه امری دارد یا خیر. اگر این قاعده آمره باشد، در این صورت باید قائل بر بطلان توثیق سهام در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی نیز باشیم.

در تمیز قوانین امری و تکمیلی «دادرس باید با ملاحظه وضع سیاسی و اقتصادی و اخلاق عمومی جامعه، اراده قانونگذار را در این باره احراز کند و چون این عوامل همیشه در تغییر و تحول است نمی‌توان ضابطه ثابت و روشنی برای این تحقیق به دست داد» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱۶۰). مستفاد از ماده ۹۷۵ قانون مدنی «هرگاه قانون مربوط به نظم عمومی باشد، امری است و در صورتی که هدف از وضع قانون تنها حفظ منافع خصوصی افراد باشد، تکمیلی است» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱۶۰). «قوانین مربوط به نظم عمومی قوانینی است که هدف از وضع آن حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز به آن نظامی را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی یا اقتصادی یا حفظ خانواده است بر هم زند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱۶۱). در مقام بررسی امری بودن عین مورد رهن، باید به این سؤال پاسخ داد که آیا عین بودن مال مرهون به اندازه‌ای با منافع عموم و نظم عمومی اقتصادی ارتباط دارد که اصل حاکمیت اراده در برابر آن بی‌ارزش است؟ پاسخ بی‌شک منفی است. «در این صورت که شک بر مزاج دادرس غالب می‌آید چراغی که فرا راه او توان داشت این است که از اصل آزادی اراده دست بردارد و قانون مورد شک را الزامی تلقی نکند. زیرا الزامی بودن یک قانون محتاج به دلیل است نه عدم آن» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ۳۸). در واقع، در هنگام تردید در امری بودن یا نبودن یک قاعده، در نتیجه اصل صحت قراردادها، اصل تکمیلی بودن قانون است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، ۱۶۴). همچنین، مستفاد از ماده ۳۰ قانون مدنی با آنکه در امور مالی قواعد امری فراوان وجود دارد، اصل تکمیلی بودن قانون است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، فلسفه حقوق، ۱۹۱).

پذیرش وثیقه‌گذاران سهام مدیران موضوع ماده ۱۱۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت نیز به هر گونه تردید احتمالی در این خصوص پایان می‌دهد؛ بدین معنا که پیش‌بینی وثیقه سهام مدیران در قانون تجارت ولو به عنوان یک استثناء (اسکینی، ۱۳۸۸، شرکت‌های تجاری ۱۲۷)، نشان می‌دهد که وثیقه‌گذاران سهام تعارضی با قواعد امری و نظم عمومی ندارد (برای مطالعه نظر مخالف نک).

۱. دیوان عالی کشور، شعبه ۲۱، شماره رأی ۵۹۳، سایت قوانین: «توافق موضوع سند رسمی مورد بحث از جمله قراردادهای خصوصی است که به علت عدم مغایرت آن با قانون مستنداً به مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی بین طرفین و قائم مقام قانونی آنها نافذ و معتبر است و تلقی آن به عنوان عقد ضمان از جانب وکیل خواهانها و مدافعات مشارالیه مبنی بر بطلان قرارداد به لحاظ عدم احراز سبب دین به استناد ماده ۶۹۱ قانون مدنی مؤثر و موجه به نظر نمی‌رسد».- دیوان عالی کشور، شعبه ۱، ۳۱ تیر ۱۳۲۰، رأی شماره ۱۰۹۴، مجموعه رویه قضایی (قسمت حقوقی)، از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، تألیف احمد متین: «اگر کسی مبلغی به دیگری مدیون گردد و یک نفر تعهد کند که در صورت فروش اموال مدیون طلب داین را از بهای آنها وصول و ایصال نماید این نحو تعهد ضمان مصطلح نیست تا مشمول ماده ۶۹۸ قانون مدنی باشد زیرا که مطابق ماده ۶۴۸ قانون نامبرده ضمان عبارت است از نقل مالی از ذمه مدیون (مضمون عنه) به ذمه متعهد (ضامن) و در این مورد متعهد انجام عملی را به نحو تعلیق در عمل گرفته است نه وجه دین مدیون را».

اسکینی، ۱۳۸۸ برات، سفته...، ۱۱۸) و بر فرض عین معین نبودن سهم نیز تنها استفاده از قالب رهن برای توصیف وثیقه سهم منتفی می‌باشد. به علاوه چنین به نظر می‌رسد که ماده ۱۱۴ لایحه قانونی اصلاح قانون تجارت، استثنایی بر ضرورت توثیق عین در ماده ۷۷۴ قانون مدنی نمی‌باشد. امکان توثیق سهم در شرکت‌های سهامی خود قرینه‌ای بر حق عینی مدیر نسبت به آن می‌باشد. «روشن است حمل مقررات قانونی بر اصول خود برتر از استثنایی تلقی کردن آن است» (سعیدی، ۱۳۸۷، ۴۴۸). «تصریح ماده ۱۱۴ به خاطر جعل تکلیف بر عهده ایشان و حمایت از حقوق اشخاص ثالث بوده و قانون‌گذار در مقام اختصاص این امر بر مدیران شرکت نبوده است» (سعیدی، ۱۳۸۷، ۴۴۸). قسمت دوم تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی که متعرض بحث تحصیل حقوق رهنی نسبت به سهام و سرمایه شرکت‌ها گردیده نیز به خوبی مؤید این معناست که رهن سهام امکانپذیر است. بدین ترتیب می‌توان گفت حتی در فرض عدم پذیرش قالب رهن، استفاده از قالب ماده ۱۰ قانون مدنی، راه‌حلی مناسب برای توثیق سهام شرکت‌های سهامی می‌باشد.

بخش دوم: قواعد حقوقی حاکم بر توثیق سهام با تأکید بر شرکت‌های سهامی عام

۲۱. در بخش قبل بیان شد پذیرش امکان به رهن گذاشتن سهام شرکت‌های سهامی مستلزم تفسیر موسع از دو شرط عین بودن مال مورد رهن و قابلیت قبض آن می‌باشد. اما در صورتی که قائل بر این باشیم که تفاسیر فوق‌الذکر را نمی‌توان به قانونگذار نسبت داد، برای رفع مشکلات موجود درخصوص توثیق سهام شرکت‌های سهامی راهکار استفاده از ماده ۱۰ قانون مدنی پیشنهاد گردید. در این بخش ابتدا رژیم حقوقی حاکم بر توثیق سهام شرکت‌های سهامی در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی مورد بررسی قرار می‌گیرد (گفتار اول) و سپس به بررسی فرآیند توثیق سهام شرکت‌های سهامی و اوراق بهادار پذیرفته شده یا قابل معامله در بورس و فرابورس در وضعیت فعلی می‌پردازیم (گفتار دوم).

گفتار اول: مقررات حاکم بر توثیق سهام در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی

۲۲. در تفسیر و تبیین ماهیت قراردادهایی که به مرور زمان در اثر تحولات اقتصادی و اجتماعی جامعه در روابط معاملاتی مردم رواج یافته است، باید در وهله اول به مفاد این قراردادها توجه کنیم و احراز نماییم که آیا این قرارداد با عقود شناخته شده توسط قانونگذار منطبق است یا خیر. در صورتی که با هیچ یک از قالب‌ها مطابق نبود و مغایرتی با قوانین و مقررات امری نداشت، می‌توانیم آن را در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل نماییم.

مشکل اصلی تحلیل قراردادهای مستحدثه در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی، تبیین قواعد حقوقی حاکم بر آن است. اگر توجه نماییم که قواعد حاکم بر عقود معین نیز به نوعی جزو قواعد عمومی قراردادها محسوب شده و تا جایی که با قرارداد مستحدثه هماهنگی دارد بر آن قابل اعمال است، مشکلات کمتری از حیث یافتن قواعد حاکم بر قرارداد جدید ایجاد خواهد شد. بر این اساس آن دسته از قواعد رهن که ناظر به عین معین بودن آن است فقط بر عقد رهن اعمال می‌شود اما آن دسته از قواعد این عقد که ناظر بر وثیقه گذاردن مال به مفهوم اعم می‌باشد بر تمامی انواع توثیق اعم از اینکه بر آن اطلاق رهن گردد یا خیر، قابل اعمال است. همین رویه در تبیین قواعد حقوقی حاکم بر ضمانتنامه مستقل پیشنهاد شده است؛ ضمانتنامه مستقل علیرغم اینکه از قرارداد پایه مستقل است، پیش از هر چیز ضمانت است و از آن دسته از قواعد ضمان که مربوط به ماهیت تضمینی و ضمانتی آن است همچون امکان رجوع ضامن به مضمون‌عنه پس از پرداخت تبعیت می‌کند، اما آن بخش از قواعد ضمان که مربوط به ماهیت تبعی آن است - مانند لزوم وجود دین یا سبب آن در هنگام انعقاد ضمان - بر ضمانتنامه مستقل به جهت استقلال آن بار نمی‌شود (Soltani, 2010, 177).

با توجه به مراتب فوق‌الذکر، با فرض فقدان دو شرط عین بودن و قابلیت قبض مال مورد رهن درخصوص سهام شرکت‌های سهامی، نباید این طور نتیجه گرفت که وثیقه گذاردن آنها در قالب وثیقه قراردادی (ماده ۱۰ قانون مدنی) کاملاً متفاوت از عقد رهن قانون مدنی است. بنابراین قواعد حاکم بر عقد رهن، تا حد ممکن نسبت به این قبیل وثیقه‌ها نیز جاری خواهد بود.

۲۳. با تحلیل فوق باید گفت وثیقه در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی، مستقل از عقد رهن قانون مدنی می‌باشد و آن دسته از قواعد رهن که از ماهیت عین بودن (به مفهوم مال مادی و محسوس) و قبض به مفهوم سنتی مورد رهن ناشی می‌شود، درخصوص وثیقه قراردادی قابل اعمال نخواهد بود. اما آن دسته از قواعدی که ناظر بر وثیقه بودن موضوع آن می‌باشد، باید در مورد وثیقه قراردادی نیز اعمال گردد. توثیق سهام شرکت‌های سهامی باعث می‌شود که وثیقه‌گیر نسبت به مورد وثیقه حق تعقیب پیدا کند و بتواند در برابر اشخاص ثالث به این حق استناد کرده و احترام به آن را از همگان بخواهد. وثیقه گذار (سهامدار) همچنان مالک سهم تلقی می‌شود و حقوق و امتیازات سهم از آن او خواهد بود و منافع آن همچون بحث رهن، چنانچه متصل باشد جزئی از مال‌الرھانه می‌باشد و چنانچه همچون سود سهام منفصل باشد، متعلق به سهامدار خواهد بود. بر همین اساس است که در ماده ۷ دستورالعمل توثیق اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۹/۳/۲۹ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار صراحتاً مقرر شده است که منافع منفصل سهم صرفاً در صورت توافق طرفین وفق قرارداد فیما بین جزء متعلقات وثیقه محسوب

خواهد شد. در این ماده مقرر شده است: «موارد زیر در صورت توافق طرفین وفق قرارداد فیما بین و به استناد فرم درخواست توثیق، جزو متعلقات وثیقه محسوب شده و حق برداشت، انتقال مالکیت یا تبدیل آنها به تبع وثیقه اولیه از وثیقه گذار سلب می شود:

الف. هرگونه حق تقدم که به واسطه مالکیت وثیقه گذار بر وثیقه به وی تعلق می گیرد.

ب. سهامی که در اثر افزایش سرمایه حاصل می شود.

ج. اوراق بهاداری که در اثر تقسیم اوراق بهادار وثیقه به چند ورقه بهادار حاصل می شود.

د. وجوهی که در اثر فروش حق تقدم استفاده نشده موضوع قسمت (الف) این ماده به وثیقه گذار تعلق گیرد.

هـ. سود متعلقه به اوراق بهادار وثیقه».

همانطور که ملاحظه می شود احتساب این موارد جزء متعلقات وثیقه منوط به توافق طرفین است و در صورت عدم توافق از متعلقات وثیقه به حساب نخواهند آمد؛ همان طور که در عقد رهن نیز منافع منفصل از توابع رهن نبوده و متعلق به راهن است.

اگر وثیقه گذار مقداری از دین خود را ادا کند در صورتی که بین وثیقه گیر و وثیقه گذار ترتیب دیگری مقرر نشده باشد، وثیقه گذار نمی تواند مقداری از مورد وثیقه را مطالبه کند و وثیقه گیر می تواند تمام آن را تا تأدیه کامل دین نگه دارد. تبدیل مورد وثیقه به مال دیگر تنها با تراضی طرفین جایز می باشد. وثیقه گذار نمی تواند تصرفاتی منافی حق وثیقه گیر انجام دهد؛ بنابراین نمی تواند مورد وثیقه را به هر نحو به دیگری انتقال دهد، مگر به اذن وثیقه گیر.

این عقد نسبت به وثیقه گذار لازم و نسبت به وثیقه گیر جایز می باشد و نامبرده می تواند هر وقت بخواهد آن را برهم زند ولی وثیقه گذار نمی تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود، وثیقه را به هم زند. این عقد اگرچه نسبت به وثیقه گیر جایز می باشد ولی با فوت وثیقه گذار یا وثیقه گیر فسخ نشده و حقوق و تکالیف آنها به ورثه منتقل خواهد شد. در نهایت چنانچه وثیقه گیر برای فروش مورد وثیقه وکالت نداشته باشد و وثیقه گذار نیز حاضر به فروش و ادای دین نگردد، وثیقه گیر می تواند برای الزام وثیقه گذار به فروش به دادگاه مراجعه نماید.

نتیجه گیری

۲۴. امروزه قلمرو اموال غیر مادی و دارایی های اعتباری، با توجه به پیشرفت های صورت گرفته در زمینه علم و فن آوری و تحولات اقتصادی، رو به افزایش است و چه بسا این اموال ارزشی به مراتب بیشتر از اموال مادی سنتی داشته باشند. به طور خاص، با توجه به نقش شرکت های سهامی در عرصه

اقتصاد، سهام این شرکت‌ها بخشی از دارایی بسیاری از افراد را به خود اختصاص داده است. با این وجود قوانین حقوقی ایران همگام با این تحولات حرکت ننموده و خلاءهای قابل توجهی در زمینه مقررات حاکم بر دارایی‌های اعتباری از قبیل سهام و سایر انواع اوراق بهادار احساس می‌گردد. یکی از این موارد مسئله رهن اموال غیر مادی و دارایی‌های اعتباری و به طور خاص سهام شرکت‌های سهامی می‌باشد که در صورت تفسیر لفظی، مقررات فعلی جوابگوی این نیاز نبوده و حتی موانعی را نیز ایجاد می‌نماید. از جمله مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی که با مقرر نمودن شرط عین معین بودن مال مورد رهن و قابلیت قبض آن، با وجود نیاز فراوان در حوزه تجارت به رهن اموال غیر مادی و از جمله سهام شرکت‌های سهامی، موانعی را بر سر راه به رهن گذاشتن این اموال ایجاد نموده است. البته می‌توان با تفسیری دیگر از مفهوم عین، امکان به رهن گذاردن سهام شرکت‌های سهامی را نیز به رسمیت شناخت. اما عدم پذیرش این نظر نیز لطمه‌ای به امکان توثیق سهم وارد نمی‌آورد. در واقع، با مقررات فعلی و با توجه به نیاز مبرم و ضرورت شناسایی توثیق سهام شرکت‌های سهامی، می‌توان به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی توثیق سهام شرکت‌های سهامی را به عنوان سرمایه‌های نوین و اموالی که واجد ارزش قابل توجه می‌باشند به رسمیت شناخت. رژیم حقوقی حاکم بر چنین توثیقی، علیرغم اینکه نام رهن را بر خود ندارد، کاملاً منبعث از مقررات عقد اخیر است و قواعد ناظر بر عقد رهن تا جایی که ناشی از ماهیت عین بودن و قابلیت قبض مورد رهن به مفهوم سنتی نمی‌باشند، نسبت به وثیقه قراردادی نیز اعمال می‌گردند.

با این تدبیر، از اموالی که در اختیار داریم به شیوه‌ای صحیح به عنوان سرمایه‌ای برای تولید استفاده می‌کنیم و با در نظر گرفتن اهداف بی‌آنکه در قید و بند الفاظ بمانیم، به موفقیت بیشتری دست پیدا خواهیم کرد؛ این است «راز سرمایه»^۱.

۱. «با قدم زدن در بیشتر جاده‌های خاورمیانه، اتحاد شوروی سابق یا آمریکای لاتین، شما موارد بسیاری را مشاهده خواهید کرد از جمله خانه‌هایی که به عنوان سرپناه مورد استفاده قرار می‌گیرند، قطعات زمین‌هایی که کاشت، داشت و سرانجام برداشت می‌گردند، کالاهایی که خرید و فروش می‌شوند. دارایی‌ها در کشورهای در حال توسعه و کمونیستی سابق به طور اساسی در خدمت این اهداف کوتاه‌مدت فیزیکی می‌باشند. ولی در غرب، خارج از دنیای فیزیکی، همان دارایی‌ها به طور موازی به عنوان سرمایه نیز عمل می‌کنند. آنها می‌توانند در جهت به جریان انداختن تولید بیشتر، به طور مثال، از طریق تأمین منافع طرف‌های دیگر به عنوان «وثیقه» برای وام گرفتن و یا از طریق تضمین عرضه اشکال دیگر اعتبار و بنگاه‌های خدمات عمومی، مورد استفاده قرار گیرند» (نک. دوسوتو، هرناندو، راز سرمایه، چرا سرمایه‌داری در غرب موفق می‌شود و در جاهای دیگر شکست می‌خورد؟ ترجمه دکتر فریدون تفضلی، تهران، نشر نی، چاپ سوم ۱۳۸۶، ص ۶۴ - ۶۳).

منابع و مأخذ:

الف) کتب و مقالات

۱. ابی فاضل، حسن بن ابی طالب. (۱۴۱۷ ه.ق). "کشف الرموز فی شرح مختصر النافع"، انتشارات جامعه مدرسین.
۲. اخلاقی، بهروز. (۱۳۶۸). «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۴.
۳. اسکافی، ابن جنید، محمد بن کاتب بغدادی. (۱۴۱۶ ه.ق). "مجموعه فتاوی ابن جنید"، انتشارات جامعه مدرسین.
۴. اسکینی، ربیعاً. (۱۳۸۸). "حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری" جلد اول، تهران، انتشارات سمت.
۵. اسکینی، ربیعاً. (۱۳۸۸). "حقوق تجارت: برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک"، تهران، انتشارات سمت.
۶. الماسی، نجادعلی. (۱۳۶۸). "تعارض قوانین"، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۷. امامی، سید حسن. (۱۳۷۴). "حقوق مدنی"، جلد اول، تهران، چاپخانه اسلامی.
۸. باریکلو، علی رضا. (۱۳۸۵). "ماهیت سهم و بازخريد آن توسط شرکت صادرکننده"، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، سال اول، شماره اول.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۵). "دانشنامه حقوقی"، جلد پنجم، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸). "حقوق مدنی؛ رهن و صلح"، تهران، گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۷). "مجموعه محشی قانون مدنی"، تهران، گنج دانش.
۱۲. حلبی، ابوالصلاح، تقی‌الدین بن نجم‌الدین. (۱۴۱۶ ه.ق). "الکافی فی الفقه"، انتشارات جامعه مدرسین.
۱۳. ستوده تهرانی، حسن. (۱۳۷۵). "حقوق تجارت"، جلد دوم، تهران، نشر دادگستر.
۱۴. سکوئی نسیمی، رضا. (۱۳۸۱). "ماهیت حقوقی، احکام و آثار معاملات سهام شرکت‌های تجاری با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس"، رساله دوره دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده علوم انسانی.
۱۵. سعیدی، محمدعلی. (۱۳۸۷). "حق عینی و دینی در حقوق ایران و فرانسه"، رساله دوره دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.

۱۶. سلطانی، محمد. (۱۳۸۹). "تأملاتی بر قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های مستقل و مقررات پیشنهادی آن در لایحه اصلاح قانون تجارت"، فصلنامه پژوهش حقوق، سال دوازدهم، شماره ۳۱، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.
۱۷. سلطانی، محمد. (۱۳۹۰). "حقوق بانکی"، تهران، نشر میزان.
۱۸. سلطانی، محمد و خلیلی، مرضیه و سهرابی، لیلا و فلاح تفتی، زینب. (۱۳۹۰). "بایسته‌های حقوق بازار سرمایه (اصول)"، تهران، شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس.
۱۹. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن. (۱۴۱۳ ه. ق.). "الخلافا"، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
۲۰. عاملی، شهید ثانی، زین‌العابدین بن علی. (۱۴۱۵ ه. ق.). "الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه"، انتشارات جامعه مدرسین.
۲۱. عاملی، شهید ثانی، زین‌العابدین بن علی. (۱۴۱۶ ه. ق.). "مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام"، انتشارات جامعه مدرسین.
۲۲. عرفانی، محمود. (۱۳۸۸). "حقوق تجارت"، جلد دوم، تهران، انتشارات جنگل.
۲۳. عیسی تفرشی، محمد. (۱۳۷۸). "مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری"، تهران، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس.
۲۴. عیسی تفرشی، محمد و سکوتی نسیمی، رضا. (۱۳۸۳). "بیع سهام شرکت‌های سهامی"، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره بیست و یکم، شماره دوم (پیاپی ۴۱).
۲۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران، نشر یلدا.
۲۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). "دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع"، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). "حقوق مدنی: عقود اذنی- وثیقه‌های دین- ودیعه، عاره، وکالت، ضمان، حواله، کفالت، رهن"، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). "فلسفه حقوق جلد دوم، منابع حقوق"، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). "مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران"، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۰. کریمی، عباس. (۱۳۸۷). "رهن اموال فکری"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۲.

۳۱. کوتر، رابرت و یولن، تامس. (۱۳۸۹). "حقوق و اقتصاد"، دادگر، یدالله و اخوان هزاوه، حامده (مترجم)، تهران، انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس.
۳۲. متین، احمد. (۱۳۸۷). "مجموعه رویه قضایی قسمت حقوقی"، تهران، آثار اندیشه.
۳۳. مصباحی مقدم، غلامرضا و سیاح، سجاد و نادری نورعینی، محمدمهدی. (۱۳۸۸). "امکان سنجی وقف سهام و پول؛ مدل صندوق وقف سهام و پول در ایران"، دوفصلنامه علمی- پژوهشی جستارهای اقتصادی، شماره ۱۲.
۳۴. یادگاری، محمدعلی. (۱۳۷۹). "نگاهی اجمالی به ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک و ضرورت اصلاح آن"، مجله کانون وکلا، سال چهل و چهارم، شماره ۲۱، تهران.

35. Didier, Martin. (1996). "De la matière corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)", Dalloz, chron.
36. Lassalas, Christine. (1997). L'inscription en compte des valeurs, la notion de propriété scripturale, L.G.D.J.
37. Prüm, André. (2005). "La dématérialisation médiate des titres fongibles en droit luxembourgeois", in 20 ans de dématérialisation en France: Bilan et perspectives nationales et internationales, La Revue Banque.
38. Prussen, Yves. (2004). "Le régime des titres et instruments fongibles", in Droit bancaire et financier au Luxembourg, Larcier, vol. 3, p. 1287-1318.
39. Soltani, Mohammad. (2010). Effets des garanties autonomes, Édition universitaires Européennes.

(ب) مقررات خاص

۴۰. دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران مصوب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار (۱۳۸۶).
۴۱. دستورالعمل پذیرش و عرضه اوراق بهادار در فرابورس ایران مصوب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار (۱۳۸۸).
۴۲. دستورالعمل توثیق اوراق بهادار مصوب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار (۱۳۸۹).
۴۳. دستورالعمل ثبت، سپرده گذاری، تسویه و پایاپای مصوب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار (۱۳۸۸).
۴۴. قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب (۱۳۸۴).
۴۵. قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۰-۱۳۹۴)

۴۶. قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و اصلاح ماده ۱۱۳ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۲).
۴۷. قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران (۱۳۸۲).
۴۸. قانون ثبت مصوب (۱۳۱۰) با اصلاحات و الحاقات بعدی.
۴۹. رأی شماره ۵۹۳ دیوان عالی کشور، شعبه ۲۱، ۱۲ شهریور ۱۳۷۰، سایت قوانین.
۵۰. رأی شماره ۱۷/۳۰۸۲۰ و-ر مورخ ۱۳۸۰/۹/۷ کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران.
۵۱. رأی شماره ۶۷/۸۰۲۸ و-ر مورخ ۱۳۸۹/۹/۲۰ کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران.

- 52.The Uncertificated Securities Regulations 1992(no.225), UK Statutory Instruments
- 53.The Uncertificated Securities Regulations 2001 (no.3755), UK Statutory Instruments
- 54.The Uncertificated Securities (Amendment)(Eligible Debt Securities) Regulations 2003 (no.1633), UK Statutory Instruments
- 55.The Uncertificated Securities (Amendment) Regulations 2007 (no.124), UK Statutory Instruments