

## مطالعه تطبیقی روند تحول نظام توثیق اموال

غلامعلی سیفی\* عطیه شمس‌اللهی\*\*

### چکیده

امروزه نهادهای توثیقی در مجموعه‌ی حقوق قراردادها نقش ارزنده‌ای را ایفا می‌نمایند، چرا که تأمین توان مالی متعاقدين در پذیرش تعهدات متقابل اصولاً با تحصیل اعتبار از بنگاه‌های اقتصادی صورت می‌پذیرد و اعطای تسهیلات مالی از سوی این بنگاه‌ها به پیدایش اطمینان از پاسخ دهی به روش‌های تضمین بازپرداخت مبالغ دریافتی مربوط می‌شود. عدم کفایت یا کارآیی نظام‌های سنتی توثیق باعث شده است که هم‌زمان با شکل‌گیری حقوق جدید قراردادها، طراحی الگوهای نوین توثیق توجه نظام‌های حقوقی را به خود جلب نماید. تأثیر غیرقابل انکار ساختار و روش تضمین از طریق اموال بر توسعه‌ی سرمایه‌گذاری موجب شده است که الگوهای مختلفی مورد بررسی قرار گیرد. در این میان دو الگوی مبتنی بر اصول مشابه بیش از همه مورد توجه قرار گرفته است؛ الگوی وحدت نظام توثیقی و الگوی نظام توثیقی تخصصی. مطالعه‌ی تطبیقی تحولات نظام‌های توثیقی نشان می‌دهد که مرحله‌ی سنتی و محدود نظام توثیق با ابزار بسترساز نهادهای میانه به سوی نظام واحد توثیقی در حال تحول است. حقوق ایران نیز علی‌رغم متون قانونی بازدارنده توسعه‌ی نظام توثیق اموال، در عمل روندی رو به پیشرفت دارد.

a\_seifi@sbu.ac.ir

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

atiyeshamsollahi@gmail.com

\*\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۲/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۰۲/۱۷

**واژه‌های کلیدی:** توثیق اموال منقول، توثیق اموال غیر منقول، توثیق مال آینده، توثیق مال غیرمادی، توسعه‌ی اقتصادی، الگوی وحدت نظام توثیقی، الگوی نظام توثیقی تخصصی.

### ۱. مقدمه

تنظیم روابط تجاری از طریقی که مجموعه‌ای هماهنگ ایجاد نماید و نیازهای ضروری را نیز بی پاسخ نگذارد، دغدغه‌ای مهم در اندیشه‌ی حقوقدانان، فعالان عرصه-ی اقتصاد و بعضاً سیاست ایجاد کرده است. توجه به ضرورت تسریع در فعالیت‌های تجاری و هم زمان نظارت دقیق برای برقراری امنیت معاملی با ثبات، نیازمند طراحی یک نظام دقیق حقوقی است. طراحی چنین مدل پیشرفته‌ای می‌تواند از دو طریق صورت پذیرد. نخست از مسیر پذیرش آگاهانه و مطابق بنیادهای حقوقی موجود و دوم؛ تأثیر پذیری از ایده‌های حقوقی غیر بومی. در شکل دوم، ورود نهاد حقوقی برای نظام پذیرنده، الزاماً منطبق با ساختارهای موجود نیست.

تحولات محتوایی و اصولی نظام‌های توثیقی در سطح جهانی به شکل یک جریان قوی و بعضاً تحمیلی نیز، چنین عمل کرده است. شناسایی تغییرات، دلایل و اهداف آن می‌تواند علاوه بر هم گامی نظام حقوقی با شرایط روز از تأثیرپذیری نامناسب جلوگیری نماید.

در یک نظام معاملی مطلوب، اجرای تعهدات قراردادی از طریق ساز و کارهای روشن و منعطف "تضمین" انجام می‌پذیرد. در چنین ساختاری، بدون تکیه بر شخصیت طرف، عقد با دنبال کردن اهداف اقتصادی خود از طریق ابزارهای اطمینان آور توثیقی، انتظارات قراردادی طرفین را برآورده می‌سازد.

رسیدن به چنین هدفی نیازمند نهادهای توثیقی پیشرفته‌ای است که با کارایی حقوقی-اقتصادی مناسب، بستر لازم را به منظور به سرانجام رسانیدن عقد فراهم آورد. لزوم وجود ساختارهای تضمینی کارآمد، کم و بیش، در تمامی نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است. این ضرورت با تغییر شرایط تجارت، خصوصاً در سطح

بین‌المللی، در چهره‌ای نوین ظاهر می‌شود. در حقیقت، امروزه تنها داشتن یک نظام توثیقی کافی نیست. بلکه باید با توجه به شکل‌گیری حقوق نوین قراردادی از آغاز قرن بیست و یکم به عنوان یک کل، اجزای مرتبط نیز برای حرکت هماهنگ به سوی هدف تحول یابند.

گذشته از لزوم انطباق با جریان پیش‌رونده‌ی حقوق جدید قراردادهای، به عنوان ضرورت کلی و اولیه‌ی تحول در ابزارهای توثیقی، مسائل اقتصادی و ارتباط فعال با جهان تجارت امروز اهمیت داشتن یک مجموعه‌ی تضمینی منسجم و پیشرفته را توجیه می‌نماید. نبود چنین ساختاری، به لحاظ اقتصادی هزینه‌هایی را تحمیل می‌نماید که اگرچه ممکن است در سطوح داخلی و محدود معاملات اثر چندان روشنی نداشته باشد، اما در روابط کلان و به ویژه در ارتباط با منعقدکنندگان قراردادهای تجارت بین‌الملل، می‌تواند منجر به پذیرش نقش ضعیف و انفعالی و حتی در نهایت اجبار به کناره‌گیری از بازارهای پراهمیت بین‌المللی شود.

با این ملاحظات، به نظر می‌رسد لزوم تحول در نظام توثیقی از یک ضرورت اصلی و دو ضرورت جانبی مرتبط مایه می‌گیرد: هم‌خوانی جزء (نظام تضمین) با کل (حقوق قراردادهای جدید). به عبارت دیگر؛ انعکاس تحولات در حقوق قراردادهای الزامات در اجزای آن متجلی شده و آن‌ها را نیز با خود همراه می‌سازد. در زیر مجموعه‌ی این الزام اولیه، رویکردهای اقتصادی به حقوق هم‌زمان با توجیحات هم‌گامی تجارت بین‌الملل؛ تفسیر نیاز تغییرات درون ساختاری تضمین در معاملات را بر عهده خواهد داشت.

به دیگر سخن، ضرورت اولیه‌ی تحول نظام تضمین اموال؛ تغییر در ساختارهای حقوق قراردادهای است. به این ترتیب معاملات مختلف که اجزای ساختار مزبور هستند نیز، از چنین مرحله‌ی گذاری عبور می‌نمایند. در کنار دیدگاه کلی پیش‌گفته، دو عامل دیگر - یعنی ضرورت‌های تجاری و نگاه اقتصادی به حقوق - مبین اهمیت تحولات ساز و کارهای توثیقی ملی هستند.

در یک مرور کوتاه تاریخی به نظر می‌رسد، نظام‌های مختلف حقوقی با لحاظ شرایط فعلی، هر کدام در یکی از مراحل مدل تحولی قرار دارند. مراحل مزبور عبارتند

از:

- مرحله‌ی وحدت نهاد توثیقی: پذیرش نهاد واحد با مقررات بسیط، واجد محدودیت‌های نسبتاً زیاد در خصوص موضوع وثیقه، انعطاف‌پذیری اندک؛
  - مرحله‌ی تعدد و یا اصلاح نهادهای توثیقی: نهادهای متعدد غالباً با تفکیک حوزه‌هایی که در آن‌ها کارایی دارند، قابلیت انعطاف بیشتر نسبت به مرحله‌ی پیشین. در برخی موارد حفظ نهادهای موجود با حذف و یا اضافه کردن برخی شرایط؛
  - مرحله‌ی وحدت نظام توثیقی: پیش‌بینی قواعد واحد برای نهادهای متعدد، یکسان‌سازی احکام و آثار، کم‌رنگ کردن تفاوت‌های نهادهای موجود از با گسترش حوزه‌ی اثرگذاری، تأکید بر استفاده از قابلیت توثیقی اموال منقول.
- مناسب خواهد بود با بررسی تطبیقی تغییرات نظام توثیق اموال در مدل مزبور و تأثیرپذیری آن از سایر حوزه‌های حقوقی، دیدگاه رایج در سطح جهانی تبیین گردد و جایگاه نظام حقوقی ایران به همراه تغییرات ضروری آن، که ضامن بقا در چیدمان جدید توثیق اموال باشد مورد تحلیل واقع شود. به این ترتیب بررسی دو موضوع اصلی و تمرکز بر روی آن‌ها، کارایی و سودمندی هر کدام از شیوه‌های رایج نشان می‌دهد: نخست، زیربناهای تحول در نظام توثیق اموال و دوم، تغییرات درون ساختاری این نظام.

## ۲. زیربناهای تحول نظام‌های توثیقی

هدف اصلی تحول ساختار توثیقی یک نظام حقوقی، بهبود کارکردهای اساسی آن است. رسیدن به چنین هدفی مستلزم سنجش قرارداد توثیق در ارتباط با مجموعه‌ی مرتبط آن است. چنین دیدگاهی برای محقق این امکان را فراهم می‌سازد تا نتایج هماهنگ اتخاذ کند و راه کارهای عملی را بپذیرد. با این لحاظ تغییر در ساز و کارهای توثیقی، مقدمه‌ای دارد و مؤخره‌ای؛ مجموع آن‌ها زیربناهای تحولات را تشکیل می‌دهد.

به عبارت دیگر، وجود بسترهای لازم باعث می‌شود که بتوان تحول را درون

ساختارهای نظام توثیقی انجام داد و پس از تحقق تحول، کارآمدی آن را تضمین نمود. برای مثال، در صورتی که علاقه‌های مختلف قابل توثیق در اموال، دچار ابهام باشد بروز تغییر اساسی امکان پذیر نیست. چرا که یکی از جنبه‌های مهم تحول در حوزه تضمین، پذیرش حداکثری حقوق قابل وثیقه گذاری است. از سوی دیگر، اگر تمامی مقدمات از این نوع فراهم آید، در حالی که فرآیند اعلام عمومی و ثبت دارای نواقص قابل توجهی است؛ پیشرفت نظام تضمینی قابل اجرا نبوده و کارایی لازم را نخواهد داشت.

بنابراین در قسمت حاضر زیر بناهای اساسی و تجربیات برخی کشورها در این باره سنجیده می‌شود. در نهایت وضعیت حاضر نظام ایران در مقایسه‌ای کوتاه، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲.۱. تحول در رویکردهای اقتصادی به حقوق معاملات توثیقی

بررسی تأثیر اقتصادی توثیق در معاملات از جمله حوزه‌های مرتبط با تحولات نظام‌های تضمین است. زیربنای مزبور زمینه ساز مناسبی برای به حداکثر رساندن کارایی توثیق محسوب می‌شود و از سوی دیگر، متضمن توسعه‌ی اقتصادی نظامی است است که بر مبنای قواعد تضمین کننده‌ی پیشرفته طراحی شده‌اند. بررسی این رابطه‌ی دو طرفه در موضوع نحوه‌ی دستیابی به اعتبار و آثار اقتصادی آن روشن می‌گردد. در خصوص نحوه‌ی اعطای وام و دسترسی به اعتبار دو دیدگاه در سطح جهانی مطرح شده است که پذیرش هر کدام از آنها بر میزان دسترسی و نهایتاً میزان رشد یافتگی نظام توثیقی و اقتصادی مؤثر است:

دیدگاه سنتی معتقد است که بنگاه اعطا کننده با کسب اطلاعات خاصی پیرامون شخص گیرنده و نظارت بر جریان فعالیت‌های مرتبط با کسب اعتبار، می‌تواند وام را اعطا نموده و برای بازپرداخت آن اطمینان حاصل نماید. در حالی که در نظریه جدید، حجم سرمایه و جریان پولی که از مسیر آن سود عاید هر دو طرف می‌شود، مبنای تخصیص اعتبار خواهد بود. هر دو نظریه با ایراداتی رو به رو هستند و البته الزاماً با

یکدیگر تعارضی ندارند و وجود هر دو رویه در یک نظام توثیقی امکان‌پذیر است. (سیلان<sup>۱</sup>، ۲۰۰۸: ۷-۴).

در تحلیل تأثیر این دیدگاه‌ها بر موضوع مورد بحث می‌توان گفت: در نظر نخست، اگرچه ممکن است میزان اعتماد به اخذ‌کننده اعتبار افزایش یابد و به این ترتیب نیاز به استفاده از ساز و کارهای توثیقی کاهش یابد، اما این شیوه زمان‌بر و با مقتضیات تجارت روز ناهماهنگ است. به این ترتیب امکان جابه‌جایی اعتبار در یک نظام تأمین مالی را تقریباً ناممکن خواهد ساخت. به علاوه پیش از این اشاره شد که در ساختارهای جدید توثیق اموال میزان اتکا بر اعتبار اشخاص تا حد امکان کاهش می‌یابد. دیدگاه دوم معایب فوق را ندارد، اما تمرکز بر جریان گردش سود به تنهایی نیاز بنگاه یا شخص اعطا‌کننده را پاسخگو نیست. بلکه باید ساز و کار جبران خسارت در صورت عدم پرداخت نیز روشن شود. به نظر می‌رسد، نقص اصلی هر دو نظر عدم امعان نظر کافی به نقش کلیدی ابزارهای توثیقی است. در حالی که گنجاندن یک نهاد توثیقی مناسب به عنوان رابط دست‌یابی به اعتبار و بازگشت آن تمام عیوب پیش‌گفته را مرتفع می‌سازد.

اعتبار یکی از مهمترین ابزارهای تأمین مالی است که خود از مسائل حائز اهمیت در برنامه‌ریزی‌های اقتصادی است. رابطه‌ی مزبور را می‌توان به این صورت ترسیم نمود:

دست‌یابی آسان به اعتبار نشانه‌ی سطح رشد یافتگی اقتصادی است، که این امر خود معلول وجود یک نظام توثیقی قوی است و از مهمترین عوامل چنین نظامی دست‌رسی قاعده‌مند و ساده به اموال مورد توثیق است. در حقیقت، منطق اقتصادی نظام‌های توثیقی مدرن بر پایه‌ی قابلیت دسترسی به اعتبار<sup>۲</sup> پی‌ریزی می‌شود. (سازو کارهای توثیق و ثبت اموال توثیقی، ۲۰۱۰: ۷) به این ترتیب که، نحوه‌ی این دسترسی متأثر از شرایطی است که از جمله‌ی آن‌ها تمایل قرض‌دهنده مبتنی بر امکان بازگشت اعتبار وابسته به ابزارهای توثیقی معتبر است. بر اساس گزارش‌های رسمی بانک جهانی، کشورهایی که نظام توثیقی بهتری را طراحی نموده‌اند، دسترسی بیشتر به اعتبار و قصور کمتری در پرداخت را تجربه می‌کنند. (تجارت، ۲۰۰۵: ۴۹).

دسترسی آسان‌تر به اعتبار و منابع تأمین مالی، در نهایت وضعیت نظام سرمایه-گذاری را به حال ثبوت نزدیک می‌سازد و می‌تواند بحران‌های حوزه‌ی اخیر را کاهش دهد و حتی در یک در وضعیت آرمانی، منجر به حذف چنین اختلالاتی گردد. (ساز و کارهای توثیق و ثبت اموال توثیقی، ۲۰۱۰: ۱۳) توضیح آنکه، با ایجاد یک نظام توثیقی صحیح که تا حد امکان بازپرداخت و جبران خسارات احتمالی را پوشش دهد، باعث ترغیب بانک‌ها، به عنوان مهمترین نهادهای دارنده‌ی امکانات مالی، به پرداخت وام با هزینه‌های (اعم از سود و کارمزد و سایر تعرفه‌های بانکی) بسیار پایین‌تر خواهد شد. همچنین، سرمایه‌گذاران را به منابع اعتباری متصل می‌سازد که با وجود یک نظام توثیقی ارزان و مطمئن نسبت به سیستم‌های فاقد ساختار تضمین پیشرفته برای دوره‌ی طولانی‌تری از آن بهره خواهند برد. البته کاربردهای اقتصادی نظام توثیقی مدرن به موضوع اعتبار محدود نمی‌شود و این زیرساخت اساسی پس از فراهم نمودن شرایط برقراری ساختارهای تضمینی پیشرفته، از آن متأثر خواهد شد. برای مثال با وجود ساز و کار توثیقی اطمینان آور، هزینه‌هایی که با عنوان هزینه‌ی بیمه و متفرعات آن اخذ می‌گردد به طور چشم‌گیری کاهش خواهد یافت. (ببینید: سیمپسون<sup>۳</sup>، ۲۰۰۶: ۲۱).

از منظر حقوقی صرف، هدف اولیه و اصلی توثیق ایجاد یک منبع فرعی برای بازپرداخت وام و یا انجام تعهد است. این در حالی است که با رویکرد اقتصادی، توثیق اموال نقش بنیادین در تمایل به پرداخت منابع اعتباری و تأمین مالی پروژه‌ها را بر عهده دارد. تحول در رویکردهای اقتصادی به حقوق به این ترتیب، می‌تواند نظام توثیقی را به جایگاهی انتقال دهد که مسیرگذار از یک مرحله‌ی مدل ارائه شده در مقدمه به مرحله-ی بعد باشد.

در حقوق ایران، چنین برداشتی از نقش و جایگاه معاملات توثیق شده در دکترین وجود ندارد. در حقیقت بخش زیادی از اندیشه‌های حقوقی معطوف به شناسایی ارکان و آثار نهاد توثیقی موجود، یعنی رهن، شده است. (برای مثال رک به: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۱۹-۲) و (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۹۸-۵۰۷) اما اینکه رویکردهای اقتصادی در حقوق تضمین از طریق اموال چه تأثیری به جا گذاشته است و یا نتایج داشتن یک نظام پیشرفته توثیقی کدام است، در عمل خود را نشان می‌دهد. به عبارت دیگر، تأثیر پذیری

حقوق ایران از تحولات توثیقی، نسبت به چهره‌ی حقوقی بیشتر جنبه‌ی عملی داشته است.

به عنوان نمونه، انجام پروژه در صنایع مختلف بی شک به منابع مالی هنگفتی نیاز دارد. این منابع و طرق تأمین آن‌ها از موضوعات مهم در اجرایی شدن آن‌هاست. نحوه تأمین مالی و تهیه بودجه اجرایی لازم برای انجام پروژه‌های زیربنایی و بهره برداری از محصولات و خدمات حاصل از آن‌ها در حال حاضر به عنوان یکی از مهمترین چالش‌های پیش روی کشورهای در حال توسعه است. با توجه به بحران‌های مالی سرمایه گذاری در این دسته از کشورها و نیاز به استفاده از منابع خارجی، اشکال مختلف تأمین مالی به وجود آمده‌اند.

شیوه‌های مزبور یا داخلی اند و یا خارجی. در شیوه‌های داخلی یا بخشی از کل در آمد کشور و یا درآمدهای صادراتی به این مهم اختصاص میابد. اما در انواع خارجی آن (چه به صورت استقراضی و چه غیر آن)، مجریان طرح برای فراهم آوردن بودجه‌ی لازم پروژه به مؤسسات خارجی متوسل می‌شوند.

هیأت وزیران در اردیبهشت ۱۳۸۵ بنا به پیشنهاد مشترک وزارت امور اقتصاد و دارایی و سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور و به استناد ماده (۶) قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت - مصوب ۱۳۸۴-آیین نامه اجرایی ماده یاد شده را تصویب کرد که بر اساس آن به منظور تأمین منابع مالی، شرکتهای دولتی ایرانی طرف قرارداد مجاز شدند نسبت به عقد قرارداد با سرمایه‌گذاران خارجی و ایرانی در چارچوب روش‌های سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، روش‌های (ساخت، بهره برداری و واگذاری) (ساخت، مالکیت، بهره برداری) (بیع متقابل) و (مشارکت مدنی) با اولویت سرمایه گذاری ایرانی اقدام نماید.

شرکت‌های ایرانی طرف قرارداد مکلفند از طریق دستگاه اجرایی ذی‌ربط، طرح‌های مورد نظر خود را در قالب برنامه‌های توسعه‌ای بخش مربوطه انتخاب و گزارش توجیه فنی، اقتصادی و مالی آن‌ها و موارد مشخص نیازمند تضمین دولت را برای بررسی، تأیید و صدور مجوز شورای اقتصاد به سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور ارائه کنند.



بر این اساس وزارت اقتصاد و دارایی نسبت به تضمین پرداخت تعهدات قراردادی شرکت دولتی ایرانی طرف قرارداد، موضوع قسمت اول ماده (۶) قانون یاد شده، پس از پذیرش طرح توسط هیأت سرمایه‌گذاری خارجی و صدور مجوز سرمایه‌گذاری در قالب قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی اقدام کند. تضمین دولت نافی اقدام و مسوولیت شرکت‌های دولتی ایرانی طرف قرارداد در پرداخت تعهدات قراردادی آنها نیست. بانک مرکزی نیز موظف است بخش مالی قراردادهای مربوطه را از لحاظ انطباق روش دریافت و پرداخت با روشهای سرمایه‌گذاری موضوع ماده (یک) این آیین نامه، بررسی و پس از تأیید، موضوع را به شورای اقتصاد اعلام کند. در نتیجه از منظر قانون ۵ نوع سرمایه‌گذاری خارجی در ایران مجاز است.

نقطه‌ی اتصال قراردادهای مزبور با نظام توثیقی بازگشت به یکی از معضلات اخذ وام از مؤسسات و بانک‌های غیر ایرانی دارد. توضیح آنکه به دلیل عدم اطمینان به سرمایه‌گذاری در ایران این اعتبارات بیمه می‌شوند. هزینه‌ی چنین بیمه‌هایی بسیار بالاتر از حد استانداردهای بین‌المللی است. غالباً علاوه بر تحمل این هزینه‌ی غیر متعارف، شرایط تحمیلی دیگری نیز پذیرفته می‌شود. وجود نهادهای توثیقی شناخته شده و نظام برگشت اعتبار می‌تواند نیاز به تحمل هزینه‌های غیر ضروری را از بین ببرد.

## ۲.۲. تحول در حوزه‌ی حقوق اموال توثیقی

توثیق اموال بیش از هر چیز به وجود یک ساختار حقوقی منظم در مورد موضع قرارگیری منافع توثیقی، یعنی، مورد وثیقه<sup>۴</sup> وابسته است. اینکه چه امتیازاتی واجد ویژگی‌های پیش‌بینی شده در حقوق اموال هستند که بتوان آن را به وثیقه سپرد، از یک سو و دسته‌بندی اموال به طور دقیق برای تبیین قواعد حاکم بر هر دسته از آنها، از سوی دیگر پیش شرط ایجاد یک نظام توثیقی مدرن است. ساختارهای پیشرفته‌ی حقوقی برای تضمین از طریق اموال بر ضرورت بازنگری این حوزه‌ی مرتبط و به ویژه تعداد اموال قابل توثیق، تأکید دارند.

به نظر می‌رسد اصلاحات در حقوق اموال یکی از پیش شرط‌های اساسی امکان

پذیر نمودن تغییرات ساختار توثیق (سیمپسون، ۲۰۰۶: ۲۸) و سپس مؤثر بودن آن است. دلیل این اهمیت روشن است. با توجه با اینکه قرارداد توثیقی برای منتفع وثیقه حقی نسبت به مال ایجاد می‌کند تا در نهایت بتواند از طریق تصرف در آن به منافع قراردادی تضمین شده‌ی خود دست یابد، تعریف و حدود این حقوق و اموال موضوع آن‌ها قابل توجه است.

به عبارت دیگر، یکی از مهمترین راه‌های رسیدن به یک نظام توثیقی مدرن، طراحی یک نظام اموال دقیق و برقراری ارتباط آن با معاملات توثیقی است. یعنی ایجاد حقوق اموال توثیقی. مفاد قواعد این بخش، ابتدا روشن نمودن اموال قابل توثیق، محتوای حق منتفع وثیقه و در نهایت نظام جبران خسارت در صورت امتناع از انجام تعهد توثیق شده است. نبود ساز و کار دقیق در این حوزه باعث می‌شود که اعطاکنندگان اعتبار و یا طرف معامله به دلیل ابهام در ضمانت اجراها و مواردی از این قبیل مایل به پذیرش مورد توثیقی جز اموال غیر منقول نباشند.

سوال اصلی در این بخش این است که حقوق اموال مورد تضمین باید چه ویژگی‌هایی برای تأمین نیازهای روند تحول سازمان توثیقی داشته باشد؟ یا به عبارت بهتر، حقوق اموال در چه زمینه‌هایی پیشرفت نماید تا مناسب نظام توثیقی کارآمد خود باشد؟

پیش از پاسخ به این سوال، به نظر می‌رسد لازم است تا مقدمه‌ی تحول در نظام حقوق اموال توثیقی مشخص شود. نقطه‌ی آغاز این تحولات تمرکز بر اهمیت و قابلیت‌های اموال منقول برای توثیق است. این قابلیت ریشه در پیشینه‌ی تنظیم قواعد برای توثیق به طور کلی دارد. (وود<sup>۵</sup>، ۱۹۹۵: ۲۶۰-۲۵۹). اما نظام‌های توثیقی مدرن دریافتند که وجود برخی محدودیت‌ها در این زمینه غیرضروری است و جریان تجارت را با اختلال رو به رو خواهد ساخت. اگرچه برخی از کشورها با وجود درک ضرورت مزبور، هنوز نتوانسته‌اند تحولات لازم را در حقوق خود ایجاد نمایند و همچنان اموال غیر منقول مهمترین نقش را در حوزه‌ی معاملات توثیقی ایفا می‌نمایند. امری که نتیجه‌ی ابهام در قواعد مربوط به اموال منقول در حوزه‌ی مزبور است. (استراتژی توسعه تجارت، ۲۰۱۰: ۲۶)

البته بسیاری از کشورها نظام توثیقی خود را از طریق نوسازی ساختار اداره کننده-ی توثیق اموال منقول خود، پیشرفت داده اند. برای مثال با گسترش طبقه بندی اموال منقولی که گیرندگان اعتبار می‌توانند به عنوان وثیقه از آن‌ها استفاده کنند و تأسیس روند ثبتي منسجم به منظور اجتناب از تعارض حق تقدم‌ها، بدون تغییرات بنیادین نهادهای توثیقی، کارآمدی ابزارها را مدنظر قرار داده‌اند. (فلیسینگ، صفویان، ۲۰۰۶: ۵۸-۵۴).

پس از این دریافت، تلاش‌ها به منظور رفع موانع بهره‌وری حداکثری از اموال منقول برای تضمین در قراردادها آغاز و گسترش چتر قواعد توثیقی بر تمام انواع اموال منقول از اصول ساختارهای مدرن در این باره شناخته شد. (روور، ۲۰۱۰: ۷) امروزه در نظام‌های اقتصادی پیشرفته اموال منقول بخش اعظم موضوع قراردادهای توثیقی را شکل می‌دهند. برای مثال در ایالات متحده‌ی آمریکا اموال منقول خود ۷۰٪ تأمین منابع مالی را در جریان تجارت تشکیل می‌دهد و این در حالی است که رقم مزبور در چین نیز که نظام توثیقی رو به پیشرفت دارد، نزدیک به ۱۵٪ است. (اصلاحات قانون مربوط به اموال توثیقی و ثبت شده، ۲۰۰۷: ۵).

وجود یک نظام مدرن برای اموال موضوع وثیقه در کاهش ریسک تأثیر زیادی دارد و این موضوع در تمام عناصر هشت گانه‌ی زیر نمودار است:

الف) توصیف کلی از اموال قابل توثیق؛

ب) توصیف کلی از دیون قابل توثیق؛

ج) مجاز بودن تمام اشخاص حقیقی و حقوقی به انعقاد قرارداد توثیقی بدون

محدودیت؛

د) نظام واحد ثبت که دربرگیرنده‌ی تصرف بر اموال منقول نیز باشد،

ه) قابلیت ثبت اموال موضوع توثیق به صورت آن لاین<sup>۶</sup>

و) شناسایی حق تقدم برای منتفع وثیقه

ز) امکان اجرای توافقی قرارداد

ح) امکان تصرف و فروش مال مورد وثیقه از جانب منتفع بدون نیاز به مراجعه به

دادگاه. (همان: ۵).

اصول یا عناصر مزبور به گونه‌ای جامع تنظیم شده اند که می‌توان گفت درصد

وجود آنها در پیکره‌ی حقوق یک کشور، نشانگر میزان پیشرفت و قابلیت بستر سازی برای نظام توثیقی پیشرفته است.

قانون مدنی ایران در عقد رهن، که نمونه‌ی بارز عقود توثیقی است، برای مرهونه شرایطی را در نظر گرفته است. ارکان مزبور در مواد ۷۷۲ تا ۷۷۴ مربوط به مرهونه و در ماده‌ی بعد در ارتباط با دینی است که می‌توان برای آن رهن داد.<sup>۷</sup> بررسی مواد مزبور در سنجش با اصولی که پیش از این بیان شد نشانگر یک نظام توثیقی بسیار محدود به ویژه در حوزه‌ی اموال است. اما مروری بر سایر متون قانونی این دیدگاه را تعدیل می‌کند.

قانون‌گذار ایران، در موارد متعددی دست به پذیرش قراردادهای توثیقی می‌زند که نشانی از وجود ارکان الزامی رهن در آنها وجود ندارد. برای مثال می‌توان به تبصره ۲ ماده ۹ قانون معادن سال ۱۳۷۷ که شناسنامه‌ی معدن را قابل توثیق معرفی می‌نماید، قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانکها مصوب ۱۳۸۶، که صراحتاً عواید آتی طرح موضوع قرارداد وثیقه‌ای معرفی می‌نماید (ماده ۱) و بند ب ماده ۱ دستورالعمل توثیق اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۹ هیأت مدیره سازمان بورس اشاره نمود.

وجود چنین مقرراتی در حوزه‌های مختلف تجارت، بورس و ... نماینده‌ی نیاز حقوقی به داشتن ساختار منظم و ساده‌ی توثیقی است. می‌توان گفت، حقوق ایران با وضع موجود توصیف دقیقی از اموال قابل توثیق ندارد و مقررات آن بعضاً در تضاد با یکدیگر به نظر می‌رسند. این موضوع در کنار نبود نظام ثبت واحد برای حقوق توثیقی جز در موارد خاص، مانند املاک دارای سابقه‌ی ثبتی، و امکان بروز تعارض در حق تقدم‌ها به این دلیل با وجود پذیرش قانونی اصل حق تقدم، حقوق ایران را برای پذیرش ساختار توثیقی نوین و پیشرفته، علی‌رغم نیاز به آن، ناکارآمد معرفی می‌نماید.

البته، ثبت منافع توثیق در حقوق ایران مانع قانونی ندارد اما اجباری نبودن آن در برخی موارد می‌تواند ایجاد اشکال نماید. به علاوه، اجرای قرارداد توثیقی، یعنی فروش مال مورد وثیقه، الزاماً از طریق دادگاه صورت می‌پذیرد و قواعد خاص خود را دارد. (۱۴۵-۱۱۳ قانون اجرای احکام مدنی) این در حالی است که، با وجود یک نظام الزامی

برای ثبت تمامی حقوق توثیقی، می‌توان اجرای آن را در زمره‌ی وظایف مقام ثبت کننده دانست و به این ترتیب از شروع جریان دادرسی و افزایش حجم پرونده‌ها جلوگیری نمود.

### ۳. تحولات درون ساختاری نظام‌های توثیقی

منظور از تحولات درون ساختاری، آن دسته از تغییراتی است که مستقیماً نهادهای توثیقی را دگرگون می‌نماید. اگرچه وجود زیربناهای مناسب، روند تحول را تسریع نموده و آن را مؤثر می‌نماید؛ اما تردیدی نیست که محتوای نظام مزبور نیز بایستی به گونه‌ای هماهنگ و مطابق با منطق تقنین تغییر نماید.

به نظر می‌رسد، به طور کلی، ساز و کار تحول را در روند جهانی آن به صورت دو جریان قوی حقوقی می‌توان تحلیل نمود:

اول) ارائه‌ی اصول از طریق قوانین مدل: پس از تسریع روند جهانی سازی نظام‌های مختلف حقوقی دریافتند که برای حفظ ثبات و بهبود اوضاع اقتصادی خود مجبور به پیوستن به جریان حاضر هستند. گام نخست برای این الحاق آماده سازی زمینه‌های حقوق داخلی مرتبط با اصول کلی مندرج در قوانین نمونه است که از طریق انعطاف پذیر کردن نهادهای قراردادی و نظریات پیرامون آن‌ها صورت می‌پذیرد. این امر عملاً نظام‌های توثیقی را به یک سمت واحد سوق می‌دهد و آن کاهش ریسک و ساده سازی نظام از طریق وحدت آن است. قوانین مدل با ارثه‌ی برخی اصول کلی و وارد نشدن به جزئیات قصد طراحی یک نظام توثیقی دقیق را ندارند بلکه صرفاً در پی آنند که آنچه نظام حقوقی باید به آن برسد را بیان سازند.

دوم) استفاده از ابزارهای تجارت جهانی. نبودن نظام توثیقی پیشرفته بخش بزرگی از توان معامله کنندگان را صرف هزینه‌هایی چون بیمه و یا مانند آن می‌کند. در حالی که با وجود یک نظام دقیق اطمینان آور این هزینه‌ها کاهش می‌یابد. اطمینان آوری یک نظام توثیقی مبتنی بر اصول پیشرفته و ساز و کار جبران خسارت مناسب است بدون این که هیچ‌کدام از این دو مورد جریان تجارت هر یک از طرفین را مختل سازد.

به عبارت دیگر، چرخه‌ی تحول با بررسی توانایی‌ها و داشته‌های نظام موجود آغاز می‌شود، با آماده‌سازی راه‌های حقوقی از طریق زیربناهای مربوط ادامه می‌یابد و در نهایت به اصلاح وضع موجود بر اساس نیازها می‌انجامد. در صورتی که روند مزبور به شکل منطقی ادامه پیدا نماید، می‌توان انتظار تحول نظام توثیقی را داشت.

پس از آماده‌سازی زیربناهای لازم برای گذار از نظام سنتی دارای محدودیت، روند رو به تحول جهانی از دو رویه‌ی متفاوت پیروی نموده است. برخی از کشورها با لحاظ ضرورت‌های موجود نظام توثیقی خود را وحدت بخشیده‌اند و بعضی دیگر نیز با تخصیص حوزه به هر یک از نهادهای موجود نظام توثیقی تخصصی ایجاد نموده‌اند. دلایل ظهور دو جریان اصلی کم و بیش متفاوت بیشتر به جایگاه شکل‌گیری آن‌ها مربوط می‌شود. پیش از این بیان شد که مبنای اصلی تحول در یک نظام توثیقی، زمینه‌ی سازمان حقوقی آن است. برخی از ساختارهای حقوقی، به دلیل وجود تعدادی محدودیت‌ها در سایر زمینه‌ها، که الزامات حقوقی نیستند، قادر به پذیرش نهاد جدید و یا پیروی از رویه‌ی خاصی نیستند. به عنوان مثال تبعیت از راه‌های مخصوص به حقوق عرفی برای کشورهای تابع نظام رومی-ژرمنی مستلزم تغییرات، بعضاً اساسی، در سایر حوزه‌ها خواهد بود. البته با توجه به نزدیک شدن جهانی‌سازی حقوقی، حداقل در زمینه‌ی تجارت بین‌الملل، انتظار می‌رود این دو رویه نیز به زودی با یکدیگر ادغام شوند.

به منظور روشن شدن روند تحول جهانی، دو نظام حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرند. دلیل انتخاب نظام‌های مزبور، مربوط به میزان تأثیرگذاری آن‌ها بر سایر کشورها و یا تحولات عمیق و سریع آن‌ها و یا حتی حفظ استقلال نظام توثیقی با وجود پاسخگویی به نیازهای تجاری داخلی و خارجی است. بررسی ایالات متحده‌ی آمریکا، به دلیل نخست، کشورهای اروپای شرقی به دلیل دوم و گذری کوتاه بر فرانسه و آلمان به منظور سوم صورت می‌گیرد.

### ۳.۱. ایالات متحده آمریکا

سیر تحولات نظام توثیقی در ایالات متحده‌ی آمریکا تا حد زیادی با نگاهی به تغییرات در مواضع تضمینی انگلستان صورت گرفته است. دلیل این مدعا تطبیق مراحل است که هر دو نظام برای رسیدن به اهداف توثیقی خود گذارانده‌اند.

در حقوق انگلستان، تا قبل از قرن شانزدهم برقراری حق نسبت به موضوع وثیقه نیازمند انتقال مالکیت به زمین و انتقال تصرف به منتفع وثیقه بود. اما با تسریع فرآیند تجارت و اقبال عمومی به استفاده از نهادی که مستلزم تسلیم مال به طرف مقابل نباشد، دادگاه‌ها متقاعد شدند که چنین ساختاری را مورد پذیرش قرار دهند. تا قرن هیجدهم روند مزبور تنها نسبت به اموال غیرمنقول وجود داشت اما پس از این زمان استفاده از قابلیت‌های اموال منقول مورد توجه قرار می‌گیرد و دیون تجاری با استفاده از ابزار "توثیق دارایی" تضمین می‌شوند. (کوزولوک<sup>۸</sup>، ۲۰۱۱: ۵-۴)

جریان تحول در قرن ۱۹ ادامه پیدا کرده و در نهایت با وجود زمینه‌های لازم، توثیق اموال غیرمادی نیز مورد پذیرش قرار می‌گیرد. (لوی<sup>۹</sup>، ۱۸۶۳: ۱۴۳) در حقیقت با شکل‌گیری عرف تجاری که مبتنی بر نیاز تجار به استفاده از نهادهایی بود که به شکل معتبر منعقد شده و مژثر نیز باشند، نظام مزبور ابتدا دست به اصلاح نهاد موجود خود، یعنی رهن اموال غیرمنقول<sup>۱۰</sup> زد و تسلیم مرهونه را غیر الزامی شمرد، سپس به دلیل ایجاد قواعد منظمی که می‌توانستند جایگزین تسلیم شوند<sup>۱۱</sup> (هنسان<sup>۱۲</sup>، ۱۹۷۹: ۶۲ و ۱۸۲-۱۱۷)؛ (بیلی<sup>۱۳</sup>، ۱۹۸۱: ۳۷۵-۳۳۲) اموال منقول را به صحنه‌ی معاملات تجاری کشاند و دیون این حوزه را قابل تضمین با نهادهای جدید دانست. در نهایت دامنه‌ی حقوق توثیق گسترده شده و اموالی که با پیشرفت جهان تجارت حاصل شده‌اند را نیز برای موضوع توثیق واقع شدن، اعتبار می‌بخشد.

دلیل و مبنای اصلی چنین تحولاتی در نیاز جامعه‌ی تجاری نهفته است. ناکارآمدی نهاد پیشین و امکاناتی که اموال جدید ایجاد نمودند، فعالان عرصه‌ی تجارت را ترغیب به انجام معاملات توثیقی می‌نمود که باطل اعلام کردن آن‌ها از سوی دادگاه‌ها، توالی فاسدی از جمله برهم خوردن نظم اقتصادی و رکود را به دنبال داشت.

ایالات متحدهی آمریکا تا رسیدن به مرتبه‌ای که اکنون در آن قرار دارد و الگوی بسیاری از کشورهای جهان در زمینه‌ی نظام توثیقی تلقی می‌گردد، سه مرحله را پشت سر گذاشته است.<sup>۱۴</sup> لازم به ذکر است که نظام توثیقی در آمریکا تا پیش از ورود به مراحل تحولی سه گانه‌ی برنامه ریزی شده، تغییراتی را در عرصه‌ی عمل تجربه نمود. و این نقطه‌ی اشتراکی است که در دگرگونی‌های توثیقی در آمریکا و انگلستان، هر دو، تجربه شده است.

در حقوق آمریکا، نهادهای توثیقی تا قبل از تصویب ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری، موضوع نزاع بین فعالان عرصه‌ی تجارت و دادگاه‌ها بوده‌اند و این امر عمدتاً به دلیل استفاده‌ی تجار و صنعتگران از ابزارهای توثیقی منقول بود. اغلب وسایل تضمینی مزبور توسط دادگاه‌ها به استناد عدم تطابق و مخالفت با مقررات ثبت باطل اعلام می‌شدند. (اوبینا ناگو<sup>۱۵</sup>، ۲۰۱۱: ۲۹).

تغییرات مزبور در عمل رخ داد و ایجاد برخی رویه‌های پراکنده، نظام توثیقی را به سمت تحول حقوقی سوق داد. نکته‌ی مهم و جالب توجه در تغییرات حقوقی نظام توثیقی ایالات متحدهی آمریکا، فرآیند نسبتاً خودآگاهانه‌ی آن است. یعنی، پیش از تنظیم ماده‌ی ۹، چندین پیش نویس قانونی طی مدت نسبتاً طولانی مورد بررسی و تجدیدنظر قرار گرفت. دیگر این که بررسی‌های مزبور محدود به تصویب قانون نشد و هم اکنون نیز با تشکیل کمیته‌ی دائمی تنقیح قانون متحدالشکل تجاری<sup>۱۶</sup> ادامه دارد. مراحل تحول مزبور عبارتند از:

گام نخست: قبل از سال ۱۹۲۹. ویژگی اصلی این برهه‌ی زمانی متأثر از دوره‌ی پیش از آن یعنی، زمان آغاز تغییرات عملی به ویژه در امر تجارت و صنعت است. به این معنا که، با ادامه‌ی تعارض دادگاه‌ها که نقش مهمی در شکل دهی به مرحله‌ی مزبور داشتند، با توجه به گذار جامعه از مرحله‌ی سنتی به صنعتی، با تلفیق برخی ابزارهای توثیقی و به شرط انجام قواعد شکلی مربوط به ثبت؛ گام در مسیر پذیرش آن‌ها نهادند. (فلینت<sup>۱۷</sup> و آلفارو<sup>۱۸</sup>، ۲۰۰۴: ۷).

مرحله‌ی مزبور خبر از ورود دیدگاه شکل‌گرا به حوزه‌ی معاملات توثیقی دارد که نتیجه‌ی آن ایجاد مقررات پیچیده و پرهزینه است. دیدگاه فرمالیسم، تا حد زیادی



رسیدن به حداکثر بهره برداری از قابلیت‌های اموال منقول در حوزه‌ی توثیق را محدود می‌نماید. با این وضع تنها برخی از افراد در حوزه‌های تخصصی قادر به استفاده از نهادهای جدید بودند. به علاوه، حوزه‌ی مزبور به دلیل احتیاط‌های فراوان در خصوص ثبت برای سرمایه‌گذاران جذاب نبود. (ونزیانو<sup>۱۹</sup>، ۲۰۰۸: ۹۰-۸۹) دشواری‌های مزبور باعث ورود به مرحله‌ی بعد شد.

گام دوم: پس از سال ۱۹۲۹ تا پایان جنگ جهانی دوم. مقطع زمانی مزبور به علت وقوع بحران نظامی در جهان حساسیت ویژه‌ای داشت. شرکت‌های تولیدکننده‌ی محصولات نظامی برای انجام تعهدات خود نیاز به سرمایه‌گذاری‌های کلان داشتند و همین امر باعث شد تا استفاده از ابزارهای توثیقی که الزاماً تطابقی با مقررات سخت و خشک نداشتند رواج یابد و دادگاه‌ها نیز در این باره حساسیت چندانی به خرج ندهند. همزمان با چرخش نرم مواضع، دولت‌ها اقدام به تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری‌های نمودند. (اوبینا ناگو<sup>۲۰</sup>، ۲۰۱۱: ۳۲-۳۱).

تغییرات این دو مرحله نهایتاً زمینه‌ساز آغاز مرحله‌ی سوم، یعنی شروع به تدوین ماده‌ی ۹ با دامنه‌ی گسترش وسیعی شد که تقریباً تمامی انواع اموال را در اکثر معاملات توثیقی پوشش می‌دهد. (شپارد<sup>۲۱</sup>، ۲۰۰۱: ۱۳۶) نظام حقوقی مزبور با پشت سر گذاشتن مراحل مزبور وحدت نظام توثیقی خود را تحقق می‌بخشد.

البته لازم به ذکر است که تا پیش از تدوین قانون متحدالشکل تجاری، نظام حقوقی آمریکا دارای چندین نهاد مستقل توثیقی بود که پراکندگی آن‌ها و منسجم نبودن قواعد حاکم ایجاد دشواری‌هایی می‌نمود، که این امر خود از دلایل ترغیب‌کننده‌ی نظام واحد تضمین در معاملات بوده است. (وایت<sup>۲۲</sup> و روبرت<sup>۲۳</sup>، ۱۹۷۹: ۸۵۶).

با توجه به آنچه بیان شد، روشن می‌گردد که تحول در نظام توثیقی کشوری که خود امروز بیشترین سهم تأثیرات را در سطح جهانی دارد؛ یک فرآیند چند جانبه و با بیشترین بهره‌گیری از شرایط موجود داخلی و جهانی صورت پذیرفته است. گذشته از بحث روند تاریخی، نگاهی تحلیلی به دوره‌های پیش گفته نمایانگر توجه به دو اصل مهم در انجام اصلاحات حقوقی است:

اول: ظهور نیازهای جدید، انجام اقداماتی برای پاسخ‌گویی به آن‌ها را می‌طلبد. با

توجه به این که محقق شدن هماهنگی از طریق تصویب قوانین جدید نیازمند مسیری طولانی و زمانبر است، اصلاحات بایستی با روند پلکانی انجام پذیرد. توضیح آنکه غالباً فعالان عرصه‌ی نیازمند اصلاح، با انجام اقداماتی نیازهای خود را خارج از پیچیدگی‌های قانونی و با نگاهی نزدیک‌تر به حقیقت برطرف می‌نمایند.

هنگام بروز اختلافات دادگاه‌ها با چنین راه حل‌های ظاهراً غیر قانونی برخورد می‌نمایند. این جاست که نظام حقوقی با برخورد صحیح و منعطف خود می‌تواند بنای یک قانون صحیح را پی ریزی نماید. از یک سو؛ قوانین آمره را نقض ننماید و از سوی دیگر تمام قابلیت‌های موجود متون قانونی خود را برای باطل نشناختن راه حلی که با واقعیت نیاز موجود ارتباط تخصصی تنگاتنگ دارند، به کار برند.

پس از شکل‌گیری رویه‌ی منطقی قضایی، قانونگذار با نهاد و یا قاعده‌ای رو به روست که آزمون خود را گذارنده است و نقائص احتمالی آشکار گردیده و آماده‌ی تصویب است. پیروی از چنین روندی اگرچه در نظام‌های حقوقی که رویه‌ی قضایی در آن چندان تأثیرگذار نیست، خود تحولات جدی می‌طلبد اما به نظر شیوه‌ای مطلوب است. چرا که نه نیازهای موجود را بدون پاسخ می‌گذارد و نه نظارت حقوقی را بر آن کاملاً منتفی می‌سازد و در آخر نیز امکان تصویب قانونی جامع را افزایش می‌بخشد.

دوم: به علاوه، تصویب یک قانون مادر در زمینه‌ای گسترده، مانند قوانین مدنی و تجاری، آخرین مرحله‌ی سنجش تطابق قانون با نیازها نیست. به منظور جلوگیری از راکد شدن قانون، علی‌رغم نظام قضایی پویا، نیاز به تدقیق کمیته‌های تخصصی حقوقی و فنی در قانونی است که دست‌آورد مراحل طولانی است. این تجربه، نیاز به اصلاحات عمیق و بعضاً با تأخیر را از بین می‌برد.

### ۳.۲. کشورهای اروپای قاره‌ای

پیش از این بیان شد که، دلیل بررسی نظام اروپایی توثیق اموال روند تحول تاریخی آن‌ها نیست. توجه به وضعیت موجود کشورهای مورد بحث نشانگر نتیجه‌ی یک سیر تحولی نسبتاً کوتاه ولی با تأثیرات قابل توجه است. همانند تغییرات نظام

جهانی، تحولات در اروپا از دو مسیر قصد دستیابی به اهداف خود را دارد. نخست: روند ارائه شده توسط بانک اروپایی و دوم روند نسبتاً مشابه با یکدیگر فرانسه و آلمان. اول) کشورهای اروپای شرقی با حمایت‌های بانک اروپایی ترمیم و توسعه امروز ساختار توثیقی پیشرفته‌ای را در اختیار دارند. سازمان تضمینی مزبور، با توجه به دو نکته‌ی عمده طراحی شده است و به نظر می‌رسد موفقیت قابل توجهی نیز داشته است. ابتدا این مسئله بایستی مورد توجه باشد که پیروی بدون تغییر از نظام توثیقی آمریکا برای کشورهای فوق، با توجه به نظام حقوقی آن‌ها، امکانپذیر نبوده است. با این وجود، تأثیر ساختار توثیقی آمریکایی بر حقوق کشورهای فوق، غیر قابل انکار است. (اسپانجل<sup>۲۴</sup>، ۲۰۰۹: ۲۸۳).

مدل اروپایی معاملات توثیقی<sup>۲۵</sup> در مقدمه‌ی توجیهی خود عنوان می‌دارد: معاملات توثیقی نقش حائز اهمیتی در تأمین مالی برای حوزه‌های اقتصادی دارند. هر فعال عرصه‌ی معاملات علاقمند به کسب منفعت برای جریان تجاری خود است. اما نگرانی پایه‌ای و اولیه‌ی وی در خصوص از دست رفتن سرمایه است. از بین رفتن این نگرانی مستلزم یک نظام توثیقی پیشرفته است.

بانک اروپایی از زمان تأسیس خود دریافت که کشورهای اروپای شرقی و مرکزی در این خصوص نیازمند حمایت ویژه‌ای هستند. در کنفرانس بوداپست ۱۹۹۲ روشن شد که بسیاری از این کشورها دارای ساختار توثیقی نیستند و به دنبال کنفرانس لندن ۱۹۹۳ نخستین مدل توثیقی به عنوان یک پروژه طراحی شد. (سیمپسون و روور<sup>۲۶</sup>، ۲۰۰۴: ۱) ساز و کار الگوها طی دو مرحله کشورهای اروپایی مورد نظر را به سمت یک نظام توثیقی بهبود یافته سوق می‌دهد. ابتدا با ارائه‌ی قانون الگوی سال ۱۹۹۴<sup>۲۷</sup> و اصول مربوط به آن در سال ۱۹۹۷<sup>۲۸</sup> و اصولی که ساختارهای توثیقی مدنظر، بایستی دارا باشند؛ زمینه‌ی تقنین را فراهم می‌آورند. در حقیقت اصول مزبور وارد جزئیات نشده و تنها نظام مطلوب را به طور کلی طراحی می‌نمایند.

سپس با اجرای برنامه‌های خاص درون هر نظام حقوقی، قانونی که تا حد امکان با نیازها و امکانات هماهنگ باشد را طراحی می‌نمایند. به این ترتیب کشورهای مختلف در این بخش از نظام حقوقی خود تحولی تدریجی و مؤثر را تجربه خواهند کرد.

نمونه‌ای از این تجربه، قانون شماره‌ی ۸۵۳۷ آلبانی با عنوان "اموال توثیقی" است که در سال ۱۹۹۹ به تصویب مجلس این کشور رسید. قانون مزبور در ماده‌ی ۱ خود همگام با نظام‌های توثیقی پیشرفته، حق وثیقه را نوعی حق عینی در تمام انواع اموال منقول مادی و غیر مادی حاضر و آینده معرفی می‌نماید.

از نمونه‌های دیگر فعالیت ویژه‌ی بانک اروپایی ترمیم و توسعه، که در حقیقت تلفیق‌کننده‌ی فعالیت بانک جهانی<sup>۲۹</sup> و شرکت بین‌المللی تأمین مالی<sup>۳۰</sup> است، می‌توان به پروژه‌های اصلاحی انجام شده در کشورهای آذربایجان، بلغارستان، قرقیزستان، مغولستان، لهستان، فدارسیون روسیه، صربستان و منتنگرو و جمهوری اسلواکی اشاره نمود. (روور<sup>۳۱</sup>، ۲۰۱۰: ۳).

به نظر می‌رسد یکی از اساسی‌ترین فعالیت‌های نهادهای بین‌المللی پیش‌گفته، برای توسعه‌ی نهادهای توثیقی، گذر دادن نظام‌های حقوقی موضوع بررسی از محدودیت‌های نظام شکل‌گرایی است که غالباً بر اندیشه‌های حقوقی حکومت داشته است. دریافت عمیق این نکته که باقی ماندن نظام حقوقی و اقتصادی کشورها، به ویژه پس از آسیب‌هایی که بعد از فروپاشی نظام شوروی آشکار شدند، در صحنه‌ی روابط تجاری بین‌المللی نیازمند نهادهای تضمینی هماهنگ است.

البته، بعید نیست که اندیشه‌ی تطابق کشورهای اروپای شرقی با نظام رو به پیشرفت اتحادیه‌ی اروپا یکی از مهمترین دلایل استقبال حکومت‌های ملی مزبور باشد. یکی از ابزارهای متحد شدن کشورهای قاره‌ی اروپا یگانگی و یا حداقل وجود زمینه‌های مشابه در حقوق و ساختارهای زیربنایی آن است.

دوم) نظام توثیقی فرانسه و آلمان، اعضای اصلی خانواده‌ی حقوقی رومی-ژرمنی، مسیری جدا و در عین حال غیر متناقض با روند تحول جهانی پیمودند. ویژگی متمایز کننده‌ی نظام‌های مزبور مبتنی بر حفظ بنیان‌های حقوقی از پیش موجود با پذیرش تغییرات و اصلاحات نسبتاً جزئی است.

دلیل این امر را می‌توان در خصوصیت نظام رومی-ژرمنی و اتخاذ موضع محتاطانه و دقیق نسبت به تحولات عمده دانست. خانواده‌ی حقوقی مزبور برای پذیرش یک نهاد نوین تا حد امکان از قابلیت نهادهای موجود بهره می‌برد و تلاش

می‌کند تا با معرفی چهره‌های جدید از ساختارهای پیشین نیاز حقوقی حادث را پاسخگو باشد. این روند به روشنی در تحولات ابزارهای توثیقی دیده می‌شود:

نظام توثیق فرانسوی با تخصصی سازی ابزارهای توثیقی خود انواع متفاوتی از آن‌ها را در حوزه‌های مناسب مورد پذیرش قرار داده است. نخستین تقسیم بندی کلی در نظام توثیقی فرانسه، جدا ساختن وثایق عینی<sup>۳۲</sup>، از وثیقه‌ی شخصی<sup>۳۳</sup> است. وثایق عینی در فرانسه به موجب مواد ۲۰۷۱ و ۲۰۷۲ قانون مدنی بر اسای موضوع آن‌ها که منقول یا غیر منقول باشد، به دو دسته تقسیم می‌شوند. (مازو<sup>۳۴</sup> و شاباس<sup>۳۵</sup>، ۱۹۹۵: ۵۶).

ابزارهای توثیقی مورد پذیرش در متن اولیه‌ی قانون تا مدت‌ها مورد استفاده بودند تا این که، در سال ۲۰۰۳ وزارت دادگستری فرانسه گروهی از متخصصین را برای بررسی اصلاحات لازم در قانون تشکیل داد و این روند تا سال ۲۰۰۶ ادامه یافت. در همین سال اصلاحاتی در نظام مدنی فرانسه در خصوص حقوق توثیقی رخ می‌دهد که به نظر مهمترین حرکت برای تطبیق با نیازهای روز است. (شالوب<sup>۳۶</sup>، ۲۰۰۹: ۱۵)

با لحاظ این شرایط و نگاهی به قانون تجارت فرانسه، می‌توان گفت تمرکز اصلاحات صورت گرفته بیشتر بر اموال منقول بوده است. هم اکنون ابزارهای تضمینی از طریق اموال منقول عبارتند از:

۱. حق تقدم در اموال منقول<sup>۳۷</sup>

۲. رهن اموال منقول مادی<sup>۳۸</sup>

۳. رهن اموال منقول غیر مادی<sup>۳۹</sup>

۴. ذخیره‌ی مالکیت به عنوان تضمین<sup>۴۰</sup>

با توجه به آنچه که بیان شد ویژگی‌های نظام متحول توثیقی فرانسه عبارتند از:

الف) تخصیص حوزه به ابزارهای توثیق دیون تجاری و دیون مدنی؛

ب) جدا ساختن ابزارهای توثیقی بر مبنای طبقه بندی اموال؛

ب) پذیرش اشکال جدید اموال برای توثیق در همان قالب‌های از پیش شناخته

شده؛

ج) تعدد نهادهای توثیقی و پراکندگی احکام مربوط به آن‌ها. لازم به ذکر است که

برخی از تفکیک حوزه‌ها بر اساس قانون و بعضی دیگر بر مبنای دکتترین ایجاد شده

است. (همان، ۴۶).

حقوق آلمان نسبت به فرانسه انعطاف پذیری کمتری نسبت به نهادهای نوین از خود نشان داده است. انواع ابزارهای توثیقی در قسمت ۲۴۰ تا ۲۳۲ قانون مدنی آلمان<sup>۴۱</sup> بیان شده است، بر اساس مواد مذکور می‌توان گفت: نظام حقوقی مزبور همچنان از دیدگاه شکل‌گرا در خصوص معاملات توثیقی خود پیروی می‌نماید.

#### ۴. نتیجه‌گیری

حقوق معاملات توثیقی، همزمان با گسترش معاملات تجاری بین‌المللی و نیاز به سرمایه‌گذاری خارجی در عمل رو به رشد نهاد. پس از آن و در زمینه‌ی تئوری، دیدگاه‌های اقتصادی نسبت به حقوق باعث تغییر موضع در نظام‌های تضمین شد. به این ترتیب ساختار چندجانبه‌ای از پیکره‌ی نظام‌های حقوقی با ویژگی‌های زیر به وجود آمد:

الف) روند تحول در نظام‌های مختلف توثیقی، تابعی از تحولات زیربنایی و نوع ساختار حقوقی است که جزئی از آن به عنوان جریان معاملات تضمین شده در حال تغییر است. با این لحاظ دو مدل تحولی برجسته قابل توجه است: وحدت نظام توثیقی و نظام تضمین تخصصی.

در الگوی نخست، تمرکز بر اهداف و اصول یک ساختار توثیقی پیشرفته، موجب کم‌رنگ شدن تفاوتها، علی‌رغم باقی‌بودن موارد مربوط به ماهیت، شده است. در مقابل، نظام تضمین تخصصی با تأکید بر حفظ تفاوت‌ها به منظور تأمین نیازهای خاص هر حوزه، نقاط افتراق را برجسته می‌نماید.

ب) گذشته از تفاوت‌های بنیادین الگوهای فوق، به نظر می‌رسد هر ساختار توثیقی پیشرفته بایستی حائز شرایط و اصول زیر باشد:

۱. هدف از تحول نظام‌های توثیقی عبارت است از: کاهش ریسک اخذ اعتبار از طریق ایجاد ابزارهای توثیقی پیشرفته و نظام‌های جایگزین جبران خسارت. چنین نظامی با تحول در حقوق اقتصادی و اموال حمایت می‌شود و بر آن‌ها تأثیر می‌گذارد.

۲. تحول در یک نظام توثیقی زمانی کارآمد خواهد بود که ایجاد منفعت توثیقی ساده، سریع و ارزان باشد و وثیقه گذار را از تصرف در اموال خود منع ننماید. به علاوه جریان اجرای قرارداد توثیقی باید امکان تبدیل فوری به پول نقد متناسب با ارزش حقیقی مال اخذ شده به عنوان توثیق را فراهم نماید.

۳. نهادهای توثیقی بایستی تا حد امکان قابلیت انعطاف با نیازهای طرفین را داشته باشد. به این منظور وثیقه باید تضمین از طریق تمام انواع اموال (اعم از مادی و غیر مادی، موجود و آینده) و بین تمام اشخاص را امکانپذیر نماید.

۴. نظام توثیقی زمانی حداکثر کارایی خود را به دست خواهد آورد که در خصوص حق تقدم مقررات جامعی داشته باشد. از تعارض حقوق افراد بر مال مورد توثیق جلوگیری نماید و وضعیت ورشکستگی وثیقه گذار را با قواعد منطقی پیش‌بینی نماید.

۵. وجود ساختار ثبتي منسجم به منظور اعلان عمومی ایجاد حقوق ثبتي بر اموال، از لوازم سازمان تضمین صحیح اموال است.

ج) حقوق ایران در مقایسه با مدلی که در مقدمه به آن اشاره شد، در مرحله‌ی دوم قرار دارد. برخی از نهادهای توثیقی جدید به این نظام افزوده شده اند که نشانگر درک ضرورت تحول است. اما پراکندگی و بعضاً ناشناختگی قواعد این ابزارهای مفید، اجرای آن‌ها را با موانع فراوان رو به رو می‌سازد. پیشنهادات زیر در رفع معضلات نظام توثیقی ایران راهگشا خواهد بود:

اول. آماده سازی بسترهای پذیرش نهادهای جدید توثیق. برداشت و انتقال یک نهاد از نظام حقوقی بیگانه بدون توجه به قابلیت هماهنگی با سایر اجزای مرتبط، مانع محکمی در بهره برداری از قابلیت‌های نهاد مذکور خواهد داشت. چنان‌که در مورد ابزار توثیقی مال آینده رخ داده است.

دوم. به نظر نمی‌رسد که حقوق ایران آمادگی اقتصادی لازم را برای اجرای الگوی وحدت نظام توثیقی داشته باشد. اما می‌توان با شناسایی یک مفهوم کلی تحت عنوان "توثیق" و جدا سازی آن از سایر ابزارهای توثیقی موجود مانند "رهن" ساختمان تضمین از طریق اموال را در ایران طراحی نمود و درون ساختار مزبور نهادهای توثیقی

را با یک دسته احکام عمومی منطبق ساخت و در عین حال تفاوت تخصصی آنان را نیز حفظ نمود.

ایجاد چنین سازمانی این فایده را دارد که تفاوت‌های موجود را برجسته می‌کند و در صورتی که نظر به برطرف نمودن آن در آینده باشد، معایب و محاسن هر کدام روشن شده است. به علاوه با توجه به نیاز سرعت در تقنین انجام چنین طرحی چندان زمان بر نخواهد بود.

سوم. در صورتی که طراحی چنین سازمانی در نظر نباشد، مقنن می‌تواند با کاهش و یا حتی حذف محدودیت‌های موجود در نهاد رهن (مانند تسلیم و عین معین بودن) که قابل انطباق با مبانی فقهی نیز هست، نخستین گام را برای تغییرات اساسی آینده بردارد. (رک به: کریمی، ۱۳۷۶: ۲۷-۳۵) به این ترتیب چهره‌های جدید عقد رهن برای دربرگرفتن رهن اموال کلی، آینده و غیر مادی که جلوه‌های نوین اموال هستند؛ آماده خواهد شد.

#### پی‌نوشت‌ها

<sup>۱</sup> . Silanes.

<sup>۲</sup> . credit.

<sup>۳</sup> . Simpson.

<sup>۴</sup> . Collateral.

<sup>۵</sup> . Wood.

<sup>۶</sup> . On-Line.

<sup>۷</sup> . ۷۷۲: مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

۷۷۳: هر مالی که قابل نقل و انتقال نیست نمی‌تواند مورد رهن واقع شود.

۷۷۴: مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.

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

<sup>۸</sup> . Kozolchyk.

<sup>۹</sup> . Levi.

<sup>۱۰</sup> . Mortgage.



<sup>۱۱</sup> . منظور از این ساز و کارها، روش‌های مناسب جبران خسارت، اصلاح قواعد حق تقدم و اعلان عمومی و ثبت حقوق توثیقی است.

<sup>۱۲</sup> . Henson.

<sup>۱۳</sup> . Bailey.

<sup>۱۴</sup> . لازم به ذکر است که هر سه مرحله‌ی مذکور تا قبل از شروع تدوین قانون متحدالشکل تجاری

بوده‌اند.

<sup>۱۵</sup> . Obina Nwogu..

<sup>۱۶</sup> . Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code.

<sup>۱۷</sup> . Flint.

<sup>۱۸</sup> . Alfaro.

<sup>۱۹</sup> . Veneziano.

<sup>۲۰</sup> . Obina Nwogu.

<sup>۲۱</sup> . Sheppard.

<sup>۲۲</sup> . White.

<sup>۲۳</sup> . Robert.

<sup>۲۴</sup> . Spanogle.

<sup>۲۵</sup> . European Model law On Secured Transactions.

<sup>۲۶</sup> . Rover.

<sup>۲۷</sup> . EBRD Model law On Secured Transactions 1994.

<sup>۲۸</sup> . EBRD Core Principles For a Secured Transactions law 1997.

<sup>۲۹</sup> . International Bank For Reconstruction and Development.

<sup>۳۰</sup> . International Finance Corporation.

<sup>۳۱</sup> . Röver.

<sup>۳۲</sup> . Sûreté Réelle.

<sup>۳۳</sup> . Sûreté Personnelle.

<sup>۳۴</sup> . Mazeaud.

<sup>۳۵</sup> . Chabas.

<sup>۳۶</sup> . Chalhube.

<sup>۳۷</sup> . les privilèges mobiliers.

<sup>۳۸</sup> . le gage de meubles corporels.

<sup>۳۹</sup> . le nantissement de meubles incorporels.

<sup>۴۰</sup> . la propriété retenue à titre de garanti: Civil code: 2329.

<sup>۴۱</sup> . by the deposit of money or securities, by the pledge of claims that are registered in the Federal Debt Register [Bundesschuldbuch] or the Land Debt Register [Landeschuldbuch] of a Land, by the pledge of movable things, by the creation of ship mortgages on ships or ships under construction which are recorded in a German ship register or a ship construction register, by the creation of mortgages on land within the

country, by the pledge of claims for which there is a mortgage on land within the country, or by the pledge of land charges or annuity land charges on land within the country.

### منابع

#### الف. فارسی

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *رهن و صلح*. تهران: کتابخانه گنج دانش.  
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). *دوره عقود معین*، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.  
 کریمی، عباس (۱۳۷۶). «رهن دین». *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ۳۸: ۴۲-۱۹.

#### ب. انگلیسی

- Bailey, Henry (1981). **Secured Transactions in Nutshell**, Minnesota : West Publishing Company.  
 Business Climate Development Strategy (2010). Report of Steering Groups of the MENA-OECD Initiative, Egypt: [www.oecd.org](http://www.oecd.org)  
 Chalhub, Hana (2009) **Study of the French Law of Security interest on Movable Property**, the University of Arizona, Faculty of Law.  
**Doing Business in 2005 Removing Obstacles to Growth** (2005). the World Bank, the International Finance Corporation and Oxford University Press: [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)  
 Fleising, Heywood & Safavian, Mehnaz & De La Pena, Nuria (2006). **Reforming Collateral Laws to Expand Access to Finance**, Washington D.C. : World bank Publication.  
 Flint, George Lee & Alfaro, Maria Juliet (2004). “**Secured Transactions Histoty: The first Chattel Mortgage Acts in the Anglo-American World**”. *Wiliam Mitchell Law Review*, 30/4: 1403-1463.  
 Henson, Ray (1979). **Handbook on Secured Transactions**, Minnesota : West Publishing Company.

- Kozolchyk, Boris (2011). “**Implementation of the OAS Model law in Latin America: Current Status**”. Arizona Journal of International & Comparative Law, 28/1: 43-107.
- Levi, Leon (1863). **International Commercial Law**, London: Stevens & Haynes.
- Mazeaud, Henri, Leon et Jean et Chabas, Francois (1999) **Lecons de Droit Civil**, 1 Volum , (Suretes) Paris: Pulicite Foniere.
- Obina Nwogu, Tochi (2011). **Secured Transactions Laws of Nigeria and Cameroon Trough the Lens of article 9 of the Uniform Commercial code of the United States of America**. Submitted to Central European University Legal Studies Department, International Business Law Stream.
- Reforming Collateral Laws and Registries:International Best Practices and the Case of China (2007). International Finance corporation (IFC)/ World bank Group: **www.worldbank.org**
- Röver, Jan-Hendri (2010). EBRD’s Model Law on Secured Transactions –Are There Lessons to be Learnt? UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions, Vienna: **www.uncitral.org/search.html**
- Sheppard, Hale (2001). “**Overcoming Apathetic Internationalism to Generate Hemispheric : Analysis of and Arguments for Recent Secured Transactions laws in Mexico**”. Journal of Transnational Law & Policy, 10/2:133-18.
- Secured transactions systems and registers(2010). International finance corporation & World bank: **www.worldbank.org**
- Silanes, Lopez, Florencio, **Turning the key to credit: credit access and credit institutions**, 3-80 at Dahan, Frederique & Simpson John (2008). **Secured transactions reform and access to credit**, London: Edward Elgar publishing limited.
- Simpson, John L. & M.Rover, John Hendrik (2004) **Model Law on Secured Transaction**, London: Published by European Bank for Reconstruction and Development.
- Simpson, John (2006). Focus on secured transaction, EBRD,s office of the general counsel secured transactions projects,

London: [www.ebrd.com](http://www.ebrd.com)

Spanogle, John (2009). **Secured Transactions Law in Eastern Europe: The Polish Experience As An Example**, Thomas Jefferson Law Review, 31/279: 279-291.

Veneziano, Anna (2008). “**A Secured Transactions’ Regime for Europe: Treatment of Acquisition Finance Devices and Creditor’s Enforcement Rights**”. *Juridica International*, XIV: 89-95.

White, Summers, James J., Robert S. (1979) **Hand Book on the Uniform Commercial Code**, Minnesota: West Publishing Co.

Wood, Philip (1988). **International loans, bonds and securities regulation**, London: sweet & Maxwell.