

توثیق اسناد تجاری

در حقوق ایران

تألیف:

دکتر حیدر باقری اصل

دانشیار گروه حقوق دانشگاه تبریز



مجمع علمی و فرهنگی مجد

سرسناسه	: باقری اصل، حیدر
عنوان و نام پدیدآور	: توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران/مؤلف حیدر باقری اصل
مشخصات نشر	: تهران: مجد، ۱۳۹۳-۲۳۹۳
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۲۶۱-۸
وضعیت فهرستویی	: قیفا
موضوع	: حقوق تجارت -- ایران
موضوع	: اوراق بهادار -- ایران
موضوع	: بازرگانی، اسناد -- ایران
رده‌بندی کنگره	: ۱۳۹۳ ق ۲/ب KM4۲۰
رده‌بندی دیویی	: ۳۴۶/۵۵۰۷
شماره کتابشناسی ملی	: ۳۷۰۳۱۰۱

هرگونه تکثیر کامل یا قسمتی از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده، خلاف قانون، شرع و اخلاق است.
موارد تخلف را به دفتر مرکزی مجد گزارش فرمایید.

توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران

تألیف: دکتر حیدر باقری اصل

انتشارات مجد

چاپ اول: ۱۳۹۳ تعداد: ۵۰۰ نسخه

قیمت: ۱۵۰۰۰ تومان

حق چاپ محفوظ و منحصر به «مجد» است.

دفتر مرکزی:

تهران، میدان انقلاب، خیابان وحید نظری، تقاطع خیابان ۱۲ فروردین، پلاک ۱۰۸

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۴۳۳۸۶

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۲۶۱-۸
ISBN: 978-600-193-261-8

شعبه فروردین: خیابان ۱۲ فروردین، مقابل تزییلات، پلاک ۲۸۳، طبقه دوم، تلفن: ۶۶۴۹۰۹۹۸
شعبه اردیبهشت: خیابان اردیبهشت (منیری جاوید)، تقاطع شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۷، تلفن: ۶۶۴۸۶۸۷۴
شعبه یزد: خیابان فرخی یزدی، مجتمع تجاری شقایق، طبقه هم کف - تلفن: ۰۳۵۱ ۶۲۶۸۶۷۰

www.majdlaw.ir

E-mail: majdlaw92@gmail.com

سیستم اشتراک پذیری «مجد»:

ارسال پیامک حاوی نام و نام خانوادگی و شغل (در صورت تمایل) به شماره ۳۰۰۰۸۷۷۶۷۷
فصلنامه حقوقی مجد با ارائه مقالات اساتید مبرز حقوق کشور به طور منظم منتشر می شود.

فهرست مطالب

پیشگفتار	۱۳
فصل اول: کلیات	۲۱
مقدمه	۲۱
۱. توثیق	۲۲
۱.۱. تعریف توثیق در لغت	۲۲
۲.۱. تعریف توثیق در اصطلاح حقوق تجارت	۲۳
۲. سند	۲۵
۱.۲. تعریف سند در لغت	۲۵
۲.۲. تعریف سند در قانون تجارت ایران	۲۶
۱.۲.۲. برات	۲۹
۲.۲.۲. سفته	۳۲
۳.۲.۲. چک	۳۳
۴.۲.۲. قبض وثیقه انبار عمومی	۳۴
۵.۲.۲. اسناد در وجه حامل	۳۶
۶.۲.۲. اوراق سهام	۳۸
۷.۲.۲. اوراق قرضه	۴۰
۸.۲.۲. بارنامه	۴۱
۹.۲.۲. اسناد فیاتا یا فورواردرها	۴۵
۱۰.۲.۲. اسناد اعتباری	۴۸
۳. تحلیل	۵۷
۴. نقد	۵۷
۵. ارزیابی	۵۸
۶. رهن	۵۸
۱.۶. تعریف رهن در لغت	۵۸
۲.۶. تعریف رهن در اصطلاح حقوق مدنی	۶۰
۳.۳. تعریف رهن در اصطلاح حقوق اسلامی	۶۰
۷. ظهرونیسی سند	۶۴

۶۵	۱.۷. ظهرو نویسی برای توثیق
۶۵	۲.۷. ظهرو نویسی برای انتقال
۶۶	۳.۷. ظهرو نویسی برای وکالت
۶۷	۴.۷. ظهرو نویسی برای ضمانت
۶۸	پیشینه تحقیق
۷۰	پیشینه توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران

فصل دوم: مشکلات تحلیل توثیق اسناد تجاری با عقد رهن

۷۱	مقدمه
۷۲	مشکل اول
۷۵	مشکل دوم
۸۱	مشکل سوم
۸۲	مشکل چهارم
۸۳	مشکل پنجم
۹۳	مشکل ششم
۹۶	مشکل هفتم
۹۹	نتیجه

فصل سوم: راه‌های حقوقدانان ایرانی در توثیق اسناد تجاری و نقد آنها

۱۰۱	مقدمه
۱۰۳	۱. طرح و تحلیل راه حل تفسیر موسع عین و نقد آن
۱۰۳	۱.۱. طرح و تحلیل
۱۰۴	۲.۱. نقد و ارزیابی
۱۰۶	۲. طرح و تحلیل راه حل تفسیر موسع صحت و نقد آن
۱۰۶	۱.۲. طرح و تحلیل
۱۰۷	۲.۲. نقد و ارزیابی
۱۰۹	۳. طرح و تحلیل راه حل تفسیر موسع قبض و نقد آن
۱۰۹	۱.۳. طرح و تحلیل
۱۱۱	۲.۳. نقد و ارزیابی
۱۱۲	۴. طرح و تحلیل راه حل تفسیر موسع لزوم و جواز نقد آن
۱۱۲	۱.۴. طرح و تحلیل

۱۱۳.....	۲.۴. نقد و ارزیابی
۱۱۴.....	۵. طرح و تحلیل راه حل اصلاح قانون و نقد آن
۱۱۴.....	۱.۵. طرح و تحلیل
۱۱۵.....	۲.۵. نقد و ارزیابی
۱۱۶.....	۶. طرح و تحلیل راه حل ضمانت در پرداخت و نقد آن
۱۱۶.....	۱.۶. طرح و تحلیل
۱۱۶.....	۲.۶. نقد و ارزیابی
۱۲۱.....	۷. طرح و تحلیل راه حل انتقال صوری و نقد آن
۱۲۱.....	۱.۷. طرح و تحلیل
۱۲۱.....	۲.۷. نقد و ارزیابی
۱۲۳.....	۸. طرح و تحلیل راه حل وکالت در پرداخت و نقد آن
۱۲۳.....	۱.۸. طرح و تحلیل
۱۲۳.....	۲.۸. نقد و ارزیابی
۱۲۵.....	۹. طرح و تحلیل راه حل معامله با حق استرداد و نقد آن
۱۲۵.....	۱.۹. طرح و تحلیل
۱۲۶.....	۲.۹. نقد و ارزیابی
۱۲۸.....	نتیجه

۱۳۱.....	فصل چهارم: توثیق اسناد تجاری با عقد نامعین
۱۳۱.....	مقدمه
۱۳۲.....	نظریه مختار در توثیق اسناد تجاری
۱۳۲.....	ادله نظریه مختار در توثیق اسناد تجاری
۱۳۳.....	تعریف عقد معین و عقد نامعین
۱۳۵.....	تعریف عقد رهن معین و عقد نامعین توثیق تجاری
۱۳۶.....	پیشینه عقود معین و نامعین در حقوق اسلامی
۱۳۹.....	تقریر محل نزاع فقیهان در عقود نامعین
۱۴۱.....	اصل اولی و فقاهتی در مسئله
۱۴۵.....	اصل ثانوی یا اجتهادی در مسئله
۱۴۶.....	نتیجه

فصل پنجم: تحلیل توثیق اسناد تجاری با أَوْفُوا بِالْعُقُود..... ۱۴۷

مقدمه ۱۴۷

نظریه های فقیهان در مسئله ۱۵۲

۱. نظریه عهد مؤکد یا مشدد ۱۵۲

۲. نظریه عقود خاص مردم ۱۵۳

۳. نظریه عقود غیر فقهی بین مردم ۱۵۴

۴. نظریه عهود ولایت ۱۵۴

۵. نظریه عقود خدا با مردم و عقود مردم با یکدیگر ۱۵۶

۶. نظریه عقود فقهی و معین مردم با یکدیگر ۱۵۶

۷. نظریه عهود اهل جاهلیت ۱۵۷

۸. نظریه تکالیف الهی ۱۵۸

۹. نظریه میثاق خدا با اهل کتاب ۱۵۸

۱۰. نظریه عموم عقود ۱۵۹

طرح نظریه مختار ۱۶۰

اثبات نظریه مختار ۱۶۶

۱. روش مقابله کردن عقد با حل ۱۶۶

۲. دلالت الف و لام العقود بر جنس ۱۶۹

۳. توقیفی نبودن عقود ۱۷۱

۴. روایت ابن سنان ۱۷۱

۵. عدم ثبوت حقیقت شرعی در لفظ عقد ۱۷۲

۶. ظهور أوفوا و العقود ۱۷۲

طرح اشکالات نظریه مختار و پاسخ به آنها ۱۷۵

۱. طرح اشکال انصراف آیه به برخی عقود و پاسخ آن ۱۷۵

۲. طرح اشکال شک در صحت و فساد عقد و پاسخ آن ۱۷۸

۳. طرح اشکال انصراف ادله به مسیبات و پاسخ آن ۱۸۰

۴. طرح اشکال تخصیص اکثر و پاسخ آن ۱۸۴

۵. طرح اشکال استعمال لفظ در بیش از یک معنی و پاسخ آن ۱۹۰

۶. طرح اشکال مجازیت عقود و پاسخ آن ۱۹۳

۷. اشکال اجمال آیه و جواب آن ۱۹۳

۸. طرح اشکال توقیفیت عقود و پاسخ آن ۱۹۴

۹. طرح اشکال عدم انطباق عهد موثق با هر عقدی و پاسخ آن ۱۹۶

۱۰.	طرح اشکال عدم انطباق معنای عهد با هر عقدی و پاسخ آن	۱۹۸.....
۲۰۰.	نتیجه	۲۰۰.....
فصل ششم: تحلیل توثیق اسناد تجاری با تجارة عن تراض		
۲۰۱.	مقدمه	۲۰۱.....
۲۰۲.	دیدگاه اندیشمندان در معنای مفردات الفاظ آیه	۲۰۲.....
۲۰۲.	۱. معنای نهی در لا تأکلوا	۲۰۲.....
۲۰۲.	۲. معنای لا تأکلوا اموالکم بینکم	۲۰۲.....
۲۰۳.	۳. معنای اکل مال غیر	۲۰۳.....
۲۰۵.	۴. معنای بالباطل	۲۰۵.....
۲۰۵.	۵. معنای تجارت	۲۰۵.....
۲۰۶.	۶. معنای رضایت	۲۰۶.....
۲۰۹.	طرح اشکالات استدلال به آیه تجارت و پاسخ آنها	۲۰۹.....
۲۰۹.	۱. طرح اشکال استثنای منقطع و پاسخ آن	۲۰۹.....
۲۱۱.	۲. طرح اشکال تخصیص اکثر، با نسخ و پاسخ آن	۲۱۱.....
۲۱۳.	۳. طرح اشکال معنای شرعی باطل و پاسخ آن	۲۱۳.....
۲۱۴.	۴. طرح اشکال دخول مقررات عقود معین در عنوان تجارت و پاسخ آن	۲۱۴.....
۲۱۵.	۵. طرح اشکال عدم تحقق صحت و لزوم عقد و پاسخ آن	۲۱۵.....
۲۱۷.	نتیجه	۲۱۷.....
فصل هفتم: تحلیل توثیق اسناد تجاری با المؤمنون عند شروطهم		
۲۱۹.	مقدمه	۲۱۹.....
۲۲۰.	مفردات الفاظ حدیث	۲۲۰.....
۲۲۰.	۱. واژه المؤمنون یا المسلمون	۲۲۰.....
۲۲۱.	۲. واژه عند	۲۲۱.....
۲۲۱.	۳. واژه شرط	۲۲۱.....
۲۲۲.	دیدگاه فقیهان در معنای شرط	۲۲۲.....
۲۲۲.	طرح ادله نظریه اخص	۲۲۲.....
۲۲۳.	۱. قول لغت‌شناسان	۲۲۳.....
۲۲۳.	۲. فهم عرف	۲۲۳.....
۲۲۳.	۳. اجماع	۲۲۳.....

۲۲۵.....	طرح ادله نظریه اعم
۲۲۵.....	۱. تمسک به تبادر عرفی
۲۲۵.....	۲. تمسک به الغای خصوصیت
۲۲۶.....	۳. تمسک به روایات مربوط
۲۲۹.....	بررسی و ارزیابی ادله نظریه های مذکور
۲۲۹.....	۱. بررسی و ارزیابی دلیل لغت شناسان
۲۳۲.....	۲. بررسی و ارزیابی دلیل اجماع
۲۳۲.....	۳. بررسی و ارزیابی دلیل عرف
۲۳۷.....	وجه استدلال به حدیث نبوی
۲۳۷.....	تکمیل بحث
۲۴۰.....	نتیجه

فصل هشتم: تحلیل توثیق اسناد تجاری با ماده ۱۰ قانون مدنی ایران..... ۲۴۱

۲۴۱.....	مقدمه
۲۴۲.....	وجه استدلال به ماده ۱۰ ق.م. برای توثیق اسنادی تجاری
۲۴۳.....	یک اشکال به وجه استدلال
۲۴۳.....	پاسخ اشکال
۲۴۸.....	قلمرو ماده ۱۰ قانون مدنی
۲۵۰.....	عوامل محدودکننده ماده ۱۰ قانون مدنی
۲۵۰.....	۱. مخالفت عرف و عقلا
۲۵۱.....	۲. مخالفت کتاب و سنت یا قانون
۲۵۴.....	۳. مخالفت اخلاق حسنه
۲۵۵.....	۴. مخالفت نظم عمومی
۲۵۶.....	نتیجه

فصل نهم: رژیم حقوقی توثیق اسناد تجاری..... ۲۵۷

۲۵۷.....	مقدمه
۲۵۹.....	تعریف ظهن نویسی
۲۵۹.....	پیشینه ظهن نویسی
۲۶۰.....	انواع ظهن نویسی
۲۶۱.....	روشهای اجرایی توثیق اسناد تجاری

۲۶۳.....	قلمرو حاکمیت اراده در تعیین روشهای توثیق اسناد تجاری
۲۶۴.....	تعریف روش ظهننویسی برای توثیق
۲۶۷.....	تاریخچه روش ظهننویسی برای توثیق
۲۶۸.....	قلمرو ظهننویسی برای توثیق
۲۶۹.....	مقررات روش ظهننویسی برای توثیق
۲۷۰.....	مقررات اساسی ظهننویسی برای توثیق
۲۷۰.....	۱. قصد و رضایت
۲۷۱.....	۲. اهلیت
۲۷۳.....	۳. مالیت مورد معامله و مالکیت ظهننویس بر مورد معامله
۲۷۳.....	۴. لزوم تصرف وثیقه گیر در ظهننویسی
۲۷۴.....	۵. جهت ظهننویسی
۲۷۴.....	مقررات اختصاصی ظهننویسی برای توثیق
۲۷۴.....	۱. عبارت ظهننویسی
۲۷۵.....	۲. ذکر برخی مشخصات در ظهننویسی برای توثیق
۲۷۵.....	۳. تفکیک سند با نام و بی نام در ظهننویسی برای توثیق
۲۷۶.....	۴. ظهننویسی سفید امضا
۲۷۷.....	۵. روابط ظهننویس و منتقل الیه
۲۷۷.....	۱.۵. روابط ظهننویس و منتقل الیه قبل از سررسید
۲۷۸.....	۲.۵. روابط ظهننویس و منتقل الیه بعد از سررسید طلب
۲۸۱.....	نتیجه تحقیق
۲۸۵.....	فهرست منابع و مآخذ

پیشگفتار

مسئله نوشتار، «توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران» است. توضیح مسئله به این شرح است که حقوق تجارت، عبارت از مجموعه قواعدی است که بر روابط بازرگانی و اعمال تجاری حکومت می‌کند و مسایل آن: الف- تاجر و شرکتهای بازرگانی، ب- اسناد و معاملات تجاری و ج- ورشکستگی هستند. این تحقیق، یکی از مسایل اسناد و معاملات تجاری را مسئله خود قرار داده است و آن مسئله «توثیق اسناد تجاری» است. اصطلاح «توثیق اسناد تجاری» از دو اصطلاح دیگر «توثیق تجاری» و «اسناد تجاری» ترکیب یافته است، لذا تعریف مسئله «توثیق اسناد تجاری» مستلزم شناخت دو اصطلاح «اسناد تجاری» و «توثیق تجاری» است.

«اسناد تجاری» در این نوشتار به هر نوع سندی اطلاق می‌شود که در تجارت داخلی و بین‌المللی قابل توثیق و رهن‌گذاری باشد و مصادیق آن، شامل: برات، سفته، چک، قبض انبار، سند در وجه حامل، اوراق سهام، اوراق قرضه، بارنامه، اسناد فیاتا یا فورواردها و اسناد اعتباری می‌شود.

«توثیق تجاری» یکی از نهادهای حقوقی حقوق تجارت خصوصی و بین‌المللی بوده و در اسناد تجاری کاربرد دارد. بدین بیان که بانک تاجر یا شخصی سند تجاری را نزد بانک تاجر یا شخص دیگری برای وثیقه دین، تعهد خسارت احتمالی، تعهد حسن انجام کار و کسب اعتبار به وثیقه و رهن می‌گذارد تا اگر راهن، تعهد خود را انجام ندهد، مرتهن حق داشته باشد سند تجاری را که برای وثیقه انجام تعهد نزد او است، وصول کرده و طلب خود را از آن برداشت کند. به این عمل حقوقی^۱ «توثیق اسناد تجاری» گفته می‌شود.

۱. حوادثی که در اجتماع رخ می‌دهد و بر آن آثار حقوقی بار می‌شود، به دو گروه ممتاز «اعمال حقوقی» و «وقایع حقوقی» تقسیم می‌گردد. وقایع حقوقی، دسته‌ای از وقایع هستند که آثار حقوقی آن نتیجه اراده شخص نیست و به حکم قانون به وجود می‌آیند، اعم از اینکه ایجاد واقعه ارادی باشد، مانند غصب و اتلاف مال غیر - و به طور کلی، الزامات خارج از قرارداد یا ضمان قهری که شامل غصب و اتلاف و تسبیب و استیفا می‌باشد - یا غیر ارادی نظیر فوت و تولد شخص باشد. اعمال حقوقی، کارهای ارادی هستند که به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص ایجاد می‌شوند و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می‌کند، به عبارت دیگر عمل حقوقی کار ارادی است که اثر حقوقی

این نهاد حقوق تجاری در عرف مسلم بانکداری، اقتصادی و تجارت داخلی و بین‌المللی ایران نیز کاربردهای متنوعی دارد، ولی علی‌رغم، رویهٔ مرسوم و عرف مسلم فوق، قانون تجارت مصوب ۱۳ اردیبهشت ۱۳۱۱ ایران که در آن ۶۰۰ ماده تدوین و به تصویب قانونگذار ایران رسیده و اصلاحیه‌های بعدی آن، بحثی در مورد توثیق اسناد تجاری به میان نیاورده و روش یا نهاد خاص حقوقی، نظیر «ظهنویسی»^۱ برای وثیقه را برای توثیق اسناد تجاری پیش‌بینی نکرده است و نیز دو ماده ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحهٔ اصلاح قسمتی از مقررات قانون تجارت، در «توثیق اسناد تجاری» چاره ساز نیست و توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران با مشکلات جدی مواجه است، لذا گفته می‌شود: قانون تجارت ایران به توثیق اسناد تجاری اعتنای چندانی نکرده است و این قانون در توثیق اسناد تجاری ناقص می‌باشد. این مسئله سبب شده است که برخی حقوقدانان و مؤلفان حقوق در بارهٔ مقررات حقوقی چنین نهادی بحث به میان آورند و پیشنهادهایی را برای مرتفع شدن چنین نقص قانون تجارت بدهند. با این وصف، مشکل توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران حل نشده است، زیرا حقوقدانان ایرانی، راه حل مناسبی را جهت تبیین مسئلهٔ توثیق تجاری ارائه نداده‌اند، لذا دو سؤال اصلی زیر در مورد توثیق اسناد تجاری طرح می‌شوند:

اولاً، آیا توثیق اسناد تجاری صحیح و قانونی است یا باطل و غیر قانونی می‌باشد؟ ثانیاً، در صورت صحیح و قانونی بودن توثیق اسناد تجاری، سؤال می‌شود که توثیق اسناد تجاری با کدام نهاد حقوقی قابل توجیه و تفسیر است؟ همچنین سه سؤال فرعی ذیل در این مورد قابل طرح هستند:

اولاً، آیا توثیق اسناد تجاری را با نهاد حقوقی عقد رهن می‌توان تحلیل و تفسیر کرد؟ ثانیاً، در تحلیل و تفسیر ماهیت حقوقی توثیق اسناد تجاری تاثیر و نقش ویژگی‌های ممتاز اسناد تجاری نسبت به اسناد عادی کدامند و آیا در تأسیس نهاد حقوقی برای

آن با آنچه فاعل می‌خواسته منطبق است، مانند عقود و ایقاعات یا تعهدات ناشی از قرارداد (عمیدزنجانی، موجبات ضمان، ۴۷-۴۶؛ ۱۰۳ و ۱۹۵ به بعد؛ کانونیان، مقدمهٔ علم حقوق، ۳۸۲). توثیق اسناد تجاری از این جهت، نوعی عمل حقوقی محسوب می‌شود.

۱. ظهنویسی نوشتن عبارت یا عباراتی بر پشت سند است که مبین انتقال حق مندرج در سند مزبور و مثبت آن است، لذا ظهنویسی مسبوق به یک عمل حقوقی مانند انتقال مال، دین، وثایق، اجاره، طلب و نظایر آنها می‌باشد.

توثیق اسناد تجاری، ویژگیهای ممتاز اسناد تجاری نسبت به اسناد عادی تأثیر و نقش دارند یا خیر تأثیر و نقش ندارند؟ ثالثاً، آیا توثیق اسناد تجاری را می‌توان یک نهاد حقوقی عقد نامعین تلقی کرد و آن را بر اساس حاکمیت ارده بر عقود تفسیر و تحلیل کرد؟

متأسفانه پاسخ این سؤالات اصلی و فرعی در حقوق ایران روشن نیست، به‌طوری‌که تجار یا وثیقه‌گذاران اسناد تجاری و وثیقه‌گیران این اسناد - نظیر بانکهای عامل - از مبهم و نامعلوم بودن وضعیت قانونی توثیق اسناد تجاری سردرگمند. این مسئله سبب شده است که بانکها توثیق اسناد تجاری را در عمل، به دلخواه خود تفسیر کنند. توضیح اینکه بانکها توثیق اسناد تجاری را به صورت ظهنویسی سفید امضا معمول کرده‌اند و تجار اسناد تجاری را به صورت سفید امضا در اختیار بانک قرار می‌دهند تا بانک بتواند در صورت لزوم اسناد مذکور را به حساب خود وصول نماید و این مسئله توثیق اسناد تجاری را در عمل به ماهیت ظهنویسی برای انتقال تبدیل کرده است، درحالی‌که تجار و بانکها چنین قصدی را ندارند و این مشکل بسیار مهمی است که باید حل گردد و برای آن، یک راه حل مناسب فقهی و حقوقی پیدا شود و این یکی از ضرورت‌های اجرای تحقیق حاضر است.

آنگاه ضرورت پاسخ یافتن به سؤالاتی مذکور بیشتر آشکار می‌شود که بدانیم، تکلیف قضات دادگاهها نیز در دعاوی مربوط به توثیق اسناد تجاری معلوم نیست. توضیح اینکه یکی از عملیات مهم تجار توثیق اسناد تجاری و کسب اعتبار از این طریق است. حال فرض این است که اگر تجار با وثیقه‌گیران اینگونه اسناد مواجه با اختلاف و دعوا شوند و جهت رفع نزاع به دادگاه رجوع کنند تکلیف قضات با توجه به فقدان نص قانونی و مبهم بودن وضعیت مسئله در فقه و نامعلوم بودن نظر مشهور فقیهان^۱ چیست؟

۱. مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد». این مسئله در ماده سوم قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز مورد تأکید قرار گرفته و مقرر شده است: «قضات دادگاهها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده و حکم مقتضی، صادر و یا فصل خصومت

همچنین ضرورت پژوهش در مسئله آنگاه بیشتر روشن می‌شود که بدانیم، مؤلفان و شارحان قانون تجارت یا قانون مدنی ایران نیز نتوانسته‌اند مشکل توثیق اسناد تجاری را حل نمایند و نهاد فقهی و حقوقی بدون اشکالی را در توجیه فقهی و حقوقی توثیق اسناد تجاری ارائه کنند.

بنابراین، همه از فقدان یک راه حل منطبق با فقه و سازگار با حقوق تجارت و قانون مدنی و تجارت ایران رنج می‌برند و این نوشتار راه حل منطبق با فقه و سازگار با حقوق مدنی و تجارت را کشف و ارائه خواهد کرد و به ناپسامانی‌ها و سر درگمیهای موجود پایان خواهد داد و این ضرورت تحقیق حاضر است. بنابراین، دلایل توجیهی و اهداف اجرای این طرح به شرح زیرند:

۱. دستیابی به پاسخ سؤالهای تحقیق بر اساس حقوق اسلامی و حقوق موضوعه ایران.

۲. معلوم کردن وضعیت قانونی اسناد تجاری برای وثیقه‌گذاری بر اساس حقوق اسلامی و حقوق موضوعه ایران.

۳. تفسیر و توجیه روابط حقوقی میان وثیقه‌گذاران و وثیقه‌گیران اسناد تجاری بر اساس حقوق اسلامی و حقوق موضوعه ایران.

۴. تعیین تکلیف قضات دادگاهها در دعاوی مربوط به توثیق اسناد تجاری بر اساس حقوق ایران.

۵. پایان دادن بر مناقشات و مباحثات موجود.

۶. مرتفع ساختن سردرگمی‌ها و ناپسامانی‌های موجود.

۷. نشان دادن خلاهای موجود قانونگذاری مربوط به مسایل پژوهش.

۸. نشان دادن تعارض قوانین مربوط به مسایل پژوهش.

۹. پر کردن یک خلأ علمی در مباحث فقهی و حقوقی.

نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده و یا متعارض باشد با اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشند، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.

هرکدام از عناوین مذکور نوآوریهای این نوشتار نیز محسوب می‌شوند و نوشتار حاضر از این جهت، یک اثر کاربردی و توصیفی و از قسم تحلیل محتواست و ابزارها و فنون اجرایی آن، جمع‌آوری اطلاعات با روش کتابخانه‌ای و به کارگیری روش اسنادی هستند. توضیح اینکه روشهای تحقیق را می‌توان با توجه به دو ملاک: الف) هدف تحقیق و ب) نحوه گردآوری داده‌ها تقسیم بندی کرد.^۱ تحقیقات علمی بر اساس هدف تحقیق، خود به تحقیق‌های بنیادی، کاربردی و توسعه‌ای تقسیم می‌شوند و اگر تحقیقات کاربردی به توسعه دانش کاربردی در یک زمینه خاص تعریف شود، تحقیق حاضر یک تحقیق کاربردی است، زیرا نتایج این تحقیق در تبیین توثیق اسناد تجاری، معین کردن روابط تجاری تجار و وثیقه‌گیران نظیر بانکها، تعیین تکلیف قضات دادگاهها در دعاوی مربوط به توثیق اسناد تجاری و به طور کلی در قانون تجارت کاربرد دارد؛ همچنین تحقیقات علمی بر اساس چگونگی جمع‌آوری اطلاعات و داده‌های مورد نیاز طرح پژوهشی به تحقیق توصیفی^۲ و تحقیق آزمایشی تقسیم می‌گردد^۳ و اگر تحقیق توصیفی به مجموعه روشهایی که هدف آنها توصیف و تفسیر کردن شرایط یا پدیده‌های مورد بررسی تعریف شود^۴، این تحقیق، یک تحقیق توصیفی به شمار می‌رود، زیرا تحقیق حاضر، متون فقهی و حقوقی را در مورد توثیق اسناد تجاری به نوعی توصیف و تفسیر می‌کند. تحقیق توصیفی، خود به تحقیق پیمایشی، تحقیق همبستگی، تحقیق اقدام پژوهی، تحقیق موردی، تحقیق پس رویدادی (علی - مقایسه‌ای)، تحقیق تاریخی، تحقیق عقلانی یا فلسفی، تحقیق قوم نگاری و تحقیق تحلیل محتوا تقسیم می‌گردد و تحقیق حاضر، یک تحقیق محتوا از یک سو و تحقیق عقلانی یا فلسفی از سوی دیگر است، زیرا روش توصیفی تحلیل محتوا به بررسی پیام‌های موجود یک متن نوشتاری و گفتاری می‌پردازد و با تحصیل ویژگی‌های متن یک پیام به پردازش آن می‌پردازد و سعی می‌کند به استنباط متون نوشتاری و گفتاری پیام پردازد و از مضامین و محتوای آن به نگرشها، ارزشها، اعتقادات و گرایشها مخاطب دستیابد و این همان چیزی است

۱. سرمد، روشهای تحقیق در علوم رفتاری، ۸۰-۷۹.

۲. سیف نراقی، روشهای تحقیق در علوم انسانی، ۷۲-۶۹.

۳. سرمد، روشهای تحقیق در علوم رفتاری، ۱۳۸-۸۰.

۴. قراملکی، روش شناسی مطالعات دینی، ۲۹۲-۲۷۷.

که تحقیق حاضر، آن را در پیدا کردن یک راه حل درست برای توثیق اسناد تجاری در متون حقوق اسلامی و حقوق تجارت دنبال می‌کند؛ همچنین روش این تحقیق یک روش توصیفی عقلانی یا فلسفی است، زیرا پژوهش در توثیق اسناد تجاری، پژوهش استنباطی و با تکیه به روش و منطق علم اصول فقه است و روش علم اصول در استنباط فقهی و حقوقی یک روش تعقلی و منطقی است.

دو نوع ابزار و فن ما را در اجرای این نوشتار کمک خواهند کرد: یکی، جمع‌آوری اطلاعات با روش کتابخانه‌ای است و دیگری، به کارگیری روش اسنادی می‌باشد. طبق جمع‌آوری اطلاعات با روش کتابخانه‌ای، تحقیق چنین اجرا خواهد شد که بعد از تبیین چهارچوب نظری تحقیق، کتابهای، مقالات و منابع مرجع در فقه و حقوق تجارت مربوط به مسئله تحقیق - که عمدتاً عربی و به ندرت فارسی هستند - تهیه و مورد مطالعه و فیش برداری قرار گرفتند. در این زمینه، سعی گردید دیدگاهها و نظریه‌های فقیهان و حقوقدانان در مسئله‌های تحقیق لحاظ شود و با عنایت با بستر سازی اینگونه دیدگاهها و نظریه‌ها، مسئله‌های تحقیق تبیین و تحلیل گردد تا ضمن دستیابی به راه حل سازگار با حقوق تجارت و منطبق با حقوق اسلامی، به مسئله‌های تحقیق تعمیق و تدقیق بیشتری شود و در استنباط و استخراج نتایج، دیدگاهها و نظریه با یکدیگر مقایسه گردد و تفاوتها و تشابه‌های آنها معین شود. فن و ابزار دیگری که در این تحقیق به کار گرفته شده است، استفاده از روش اسنادی است. روش اسنادی عبارت از مستندسازی گفتار خود به منابع حقوق موضوعه نظیر قوانین تجارت، مدنی، کنوانسیونها، رویه‌های قضایی و دکترین حقوقدانان و نیز منابع حقوق اسلامی نظیر آیات قرآن، روایات معتبر، اقوال فقیهان است. علاوه بر منابع مذکور از مجموعه قوانین و مقررات آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، قانون یکنواخت ژنو راجع به برات و سفته مصوب ۱۹۳۰ م. و قانون یکنواخت ژنو راجع به چک مصوب ۱۹۳۲ م، قانون تجارت ۱۹۳۵ م. فرانسه، قانون بروات ۱۸۸۲ م. انگلیس، قانون تأسیس بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵ ش، کنوانسیون ۳۱ و ۱۹۳۰ م ژنو،

کنوناسیون ۱۹۸۸ م. انستیتال راجع به برات و سفته بین الملل و لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴ ش استفاده شده است.

نه فصل، محتوا و رئوس این نوشتار را به شرح زیر تشکیل می‌دهند: فصل اول: کلیات؛ فصل دوم: مشکلات تحلیل توثیق اسناد تجاری با عقد رهن؛ فصل سوم: طرح و تحلیل راه‌های حقوق‌دانان ایرانی و نقد آنها؛ فصل چهارم: توثیق اسناد تجاری با عقد نامعین، فصل پنجم: توثیق اسناد تجاری با آیه اَوْفُوا بِالْعُقُود؛ فصل ششم: توثیق اسناد تجاری با آیه تجارت؛ فصل هفتم: توثیق اسناد تجاری با اَلْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فصل هشتم: توثیق اسناد تجاری با ماده ۱۰ قانون مدنی؛ فصل نهم: رژیم حقوقی توثیق اسناد تجاری است.