

Comparative Investigation the Legal Nature of Goods in Bond on Iran and English Law with Banking Approach

Samad Haghani¹, Ebrahim Delshad Maaref^{2*}, Sayyed Mahdi Mirdadashi³, Mohammad Sadeghi⁴

1 .PhD student in private law, Faculty of Humanities, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom- Iran.

2 .Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom- Iran: (Responsible author).

3 .Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom - Iran.

4. Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Humanities, Hazrat Masoumeh University, Qom- Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 693-709

Article history:

Received: 1 Aug 2022

Edition: 11 Oct 2022

Accepted: 5 Dec 2022

Published online: 6 Mar 2023

Keywords:

Security, Pledge, Facility Contracts, Promissory Contracts, Goods in Bond.

Corresponding Author:

Ebrahim Delshad Maaref

Address:

Iran-Qom, Islamic Azad University,
Qom Branch, Faculty of Humanities,
Department of Private Law.

Orchid Code:

0000-0001-9654-689X

Tel:

09123515609

Email:

edelshad1972@gmail.com

ABSTRACT

Background and Aim: The Bonded Goods is legal situation of the commercial goods which is purchased with the cash or credit of bank and is pawned in beneficiary of bank behalf to security the repayment of customer's debt or good performance of his obligations, and that is different from mortgage. The main problem is challenges arising from conservation the goods in private warehouse; because endorsing the private warehouse receipt will be weak security. Background on the scope of bonded goods has no specific research. Ambiguity in the legal nature of bonded goods and differences between the bank and customer and different perceptions of this kind of pledge, made it necessity to conduct research. The objectives of this study are to prevent dispute between bank and customer and reduce the claims.

Materials and methods: These are descriptive article so that analysis of the subject and resolving the issue are done with theoretical reasoning.

Ethical consideration: in this article, the authenticity of the texts, honesty and trustworthiness are observed.

Findings: The separation between the legal foundations of civil security and commercial security so that possibility of pledging the commercial goods near the private warehouse by including the trusteeship clause, to compensate for the weakness of the security of the bonded goods in the presumption of the problem, is an aspect of innovation and research findings.

Conclusion: The result of research indicates that legal nature of the bonded goods in Iranian law is special pledge that based on the principles of commercial security and in English law it's nature is often considered equitable mortgage.

Keyword: Security, Pledge, Facility Contracts, Promissory Contracts, Goods in Bond.

Cite this article as:

Haghani S, Delshad Maaref E, Mirdadashi SM, Sadeghi M. Comparative Investigation the Legal Nature of Goods in Bond on Iran and English Law with Banking Approach. Economic Jurisprudence Studies. 2022.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره چهارم، شماره پیاپی ۵، سال ۱۴۰۱

بررسی تطبیقی ماهیت حقوقی کالای زیرکلید در حقوق ایران و انگلیس با رویکرد بانکی

صمد حقانی^۱، ابراهیم دلشاد معارف^{۲*}، سیدمهدی میرداداشی^۳، محمد صادقی^۴

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم- ایران.

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم- ایران (نویسنده مسئول).

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم- ایران.

۴. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه حضرت معصومه(س)، قم- ایران.

چکیده

زمینه و هدف: کالای زیرکلید، وضعیت حقوقی کالای تجاری است که با پول یا اعتبار بانک خریداری و بابت تضمین بازپرداخت بدهی یا حسن انجام تعهدات مشتری به نفع بانک وثیقه می‌شود و متفاوت از رهن است. مشکلات ناشی از نگهداری کالا در انبار خصوصی، مسئله اصلی است؛ زیرا ظهنویسی قبض انبار خصوصی ضمانت اجرای ضعیفی خواهد بود. طبق جست‌وجوها تحقیقی در زمینه کالای زیرکلید مشاهده نشد. ابهام در ماهیت حقوقی کالای زیرکلید و اختلافات بین بانک، مشتری و برداشت‌های مختلف از این نوع وثیقه، باعث ضروری دانستن انجام پژوهش حاضر شد. هدف، ارائه راه‌کار حل مسئله و پیش‌گیری از اختلاف بین بانک و مشتری است.

مواد و روش تحقیق: نوع مقاله توصیفی و تجزیه و تحلیل مسئله با استدلال نظری انجام شده است.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: تفکیک مبانی حقوقی وثایق مدنی از وثایق تجاری و امکان وثیقه‌گذاردن کالای تجاری نزد انبار خصوصی با درج شرط استیمان، برای جبران ضعف ضمانت اجرای کالای زیرکلید در فرض مسئله، جنبه نوآوری و یافته تحقیق است. نتیجه‌گیری: نتیجه تحقیق حاکی است از اینکه ماهیت حقوقی کالای زیرکلید در حقوق ایران، وثیقه خاص بر پایه مبانی وثایق تجاری است و در حقوق انگلیس ماهیت آن اغلب رهن انصافی محسوب می‌شود.

واژگان کلیدی: تضمین، وثیقه، قراردادهای تسهیلاتی، قراردادهای تعهداتی، کالای زیرکلید.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۶۹۳-۷۰۹

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۱۰

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۰۷/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۱۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۱۲/۱۵

واژگان کلیدی:

تضمین، وثیقه، قراردادهای تسهیلاتی، قراردادهای تعهداتی، کالای زیرکلید.

نویسنده مسئول:

ابراهیم دلشاد معارف

آدرس پستی:

ایران-قم، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، دانشکده علوم انسانی، گروه حقوق خصوصی.

تلفن:

09123515609

کد ارکید:

0000-0001-9654-689X

پست الکترونیک:

edelshad1972@gmail.com

۱. مقدمه

انگلیس چیست؟ شباهت و تفاوت این موضوع در حقوق ایران و کامن لا چیست؟ با بررسی پیشینه تحقیق مشخص شد این موضوع (ماهیت حقوقی کالای زیر کلید و تطبیق آن با حقوق انگلیس) مورد توجه پژوهشگران قرار نگرفته است؛ اما زیر عنوان‌های دیگری می‌توان پژوهش‌های مشابهی را یافت. در مقاله‌ای با عنوان «ماهیت فقهی عقد ضمان و ضمانت‌های بانکی» نوشته موسوی (۱۴۰۰)، نویسنده ماهیت شرعی عقد ضمان، کفالت و حواله را بررسی می‌کند و اعتقاد دارد که ماهیت عقد ضمان ضم ذمه به ذمه است. در مقاله‌ای دیگر با عنوان «واکاوی حقوقی تطبیقی نماد وثیقه در پرتو قوانین ایران و انگلیس» نوشته رحیمی خجسته و فتحی برناجی (۱۴۰۰)، نویسندگان معتقدند عقد وثیقه یک عقد توثیقی فارغ از وثایق مدنی است.

۲. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری است و روش تحقیق به صورت توصیفی-تحلیلی است. روش گردآوری اطلاعات به صورت کتاب‌خانه‌ای است و با مراجعه به اسناد چند پرونده اعتباری بانک و دو پرونده قضایی مفتوح، کتاب‌ها و مقاله‌ها صورت گرفته است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در تمامی مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متن، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

بعد از وثایق نوع اول (وثیقه نقدی) و نوع دوم (وثایق ملکی) که در میان تضامین مختلف تسهیلات و تعهدات بانکی سهل‌الوصول هستند، گروه نکه داشتن همان کالایی که با پول یا به اعتبار بانک خریداری می‌شود، بهترین نوع وثیقه و روش اخذ تضامین حسن انجام تعهد مشتری یا بازپرداخت بدهی تسهیلاتی است. در حقوق بانکی به این وضعیت حقوقی، توثیق کالای زیرکلید، گفته می‌شود و جایگاه آن بین تضامین بانکی در ردیف نوع سوم تضامین تسهیلات و تعهدات بانکی قرار دارد. فرضیه تحقیق محدود به موردی است که کالای زیرکلید فاقد اسناد حمل یا دارای اسناد حملی است که ظهنویسی برای ترخیص آن کالایی اثر یا کم‌اثر است و اغلب در گشایش اعتبار اسنادی داخلی چنین وضعیتی رخ می‌دهد.

اهمیت تحقیق به میزان اهمیت حیاتی ضمانت اجرای قرارداد است. اگر بانک در انعقاد قرارداد توثیق کالای زیرکلید و در فرآیند تحویل و تصرف آن، بر نحوه نگاه‌داری، ترخیص و مصرف آن دقت و نظارت نکند، ضمانت اجرای قرارداد را از دست داده است و چه بسا وصول مطالبات سررسیدشده، معوق و مشکوک‌الوصول بانک دچار فرآیند قانونی فرسایشی می‌شود و در اصطلاح بانکی، طلب بانک در وضعیت سوخت‌شده قرار می‌گیرد. بنابراین وثیقه شدن کالای زیرکلید در برگشت به موقع سرمایه یا منابع مالی، مشکل کاهش نقدینگی و کندی فعالیت تجاری، آستانه ورشکستگی مؤسسه اعتباری پیش‌گیری می‌کند.

در انجام این پژوهش سوالات زیر مطرح می‌شود: ماهیت حقوقی کالای زیرکلید در حقوق ایران و

اسناد حمل مطابق ماده ۲۰ مقررات اعتبار اسنادی متحدالشکل یوسی پی ۶۰۰ (UCP) شامل: اسناد مطابق، پیش فاکتور، سیاهه بازرگانی (سیاهه تجاری فروش)، صورت وضعیت انجام کار یا صورت حساب انجام خدمت، بارنامه (راه نامه)، بیمه نامه (گواهی بیمه)، گواهی بازرسی فنی است.

قراردادهای تعهدات بانکی، توافق بین مشتری با بانک حسب مورد برای صدور ضمانت نامه بانکی یا گشایش اعتبار اسنادی و سایر تعهدات ارزی مانند حوالجات ارزی است که در قبال اخذ کارمزد و تضمین مالی یا اعتباری منعقد می شود. قراردادهای تسهیلات بانکی، عقود معین خاص در شبکه بانکی بر پایه عقود معین قانون مدنی هستند که به موجب آن بانک مبلغ مشخص برای مصرف آن در محل معین (خرید کالا یا خدمات یا مشارکت در پروژه)، حسب مورد در ازای کارمزد یا سود در وجه مشتری یا شریک پرداخت یا کارسازی می کند (۱).

«قرارداد فروش» (پایه) مطابق بند ۱-۲۰ ذیل ماده ۱ دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی ریالی مصوب ۱۳۹۴/۰۹/۱۷ شورای پول و اعتبار (۲) توافق نامه ای است که به امضای ذی نفع و متقاضی می رسد و بیانگر نوع و مشخصات فنی کالا یا خدمت، میزان یا مقدار، مبدأ و مقصد حمل کالا، شرایط تحویل کالا و یا اجرای خدمت، بهای واحد و کل، شرایط پرداخت، موعد تحویل کالا یا خدمت، مهلت اعتبار قرارداد فروش کالا یا ارائه خدمت و سایر مفاد مورد توافق ذی نفع و متقاضی است و مطابق بند ۱۱ ذیل ماده ۱ دستورالعمل ناظر بر ضمانت نامه بانکی ریالی مصوب ۱۳۹۶/۰۷/۲۵ شورای پول و اعتبار (۳)، رابطه (قرارداد) پایه، قرارداد، شرایط مناقصه و مزایده یا هر رابطه حقوقی دیگری بین ضمانت خواه و ذی نفع

تفکیک مبانی حقوقی وثایق مدنی از وثایق تجاری و امکان وثیقه گذاردن کالای تجاری نزد انبار خصوصی با درج شرط استیمان، برای جبران ضعف ضمانت اجرای کالای زیر کلید در فرضیه مسئله، جنبه نوآوری و یافته تحقیق است.

۵. بحث

۵-۱. تجزیه و تحلیل ارکان و ماهیت حقوقی کالای زیر کلید

کالای تجاری، قرارداد پایه، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی یا قرارداد تسهیلات بانکی مناسب در قالب منشأ تعهد یا دین، اسناد حمل، تصریح شرط توثیق و امانی بودن کالای مورد معامله در قرارداد اصلی منعقد شده بین مشتری و بانک، قرارداد توثیق و قبض عرفی مورد وثیقه [علاوه بر عناصر اصلی و قواعد عمومی معاملات]، ارکان تشکیل دهنده کالای زیر کلید است.

مطابق بند ب ماده ۱ قانون حمایت از نشانه های جغرافیایی مصوب ۱۳۸۳، هر گونه محصول طبیعی و کشاورزی و یا فرآورده های آن یا صنایع دستی و یا تولیدات صنعتی، «کالا» و مطابق بند ض ماده ۱ قانون امور گمرکی اصلاحی مصوب ۱۴۰۱/۰۲/۱۱، کالایی که به تشخیص گمرک ایران برای فروش صادر یا وارد می شود اعم از اینکه به همان شکل یا پس از انجام عملیات اعم از تولیدی، تفکیک و بسته بندی به فروش برسد، «کالای تجاری» نام دارد. «کالای زیر کلید»، مال منقول تجاری است که بر اساس توافق خصوصی، بابت تضمین بازپرداخت بدهی تسهیلاتی یا حسن انجام تعهدات مشتری به- نفع بانک در وضعیت وثیقه قرار می گیرد.

است که ضمانت‌نامه بر اساس آن صادر شده است. بنابراین قرارداد پایه، مستقل از قرارداد تسهیلات و تعهدات بانکی است.

برخلاف وجود تشابه بین رهن با سایر عقود وثیقه، به دلیل حاکمیت عمده احکام و قواعد رهن بر سایر عقود وثیقه، مستقل از رهن، قرارداد خاصی به نام قرارداد وثیقه وجود دارد (فتحه برناجی و دیگران، ۱۴۰۰: ۴۶).

با توجه به ملاک ماده ۶۹۱ قانون مدنی، در اینکه سبب دین یا منشأ تعهد در عقود وثیقه و تبعی مانند ضمان و رهن باید ایجاد شود، تردید نیست و در کالای زیرکلید قرارداد پایه و قرارداد گشایش اعتبار اسنادی به عنوان منشأ تعهد برای اخذ تضمین یا وثیقه کفایت می‌کند، در نتیجه برای رفع هر گونه تردید در تحکیم وثیقه یا تضمین، بانک‌ها مشتری را در قبال دریافت مبلغی متعارف (معادل ۱۰/۰۰۰ ریال) با شرط تعهد به عدم تسویه آن تا انجام تعهد اصلی یا بازپرداخت کل بدهی، بدهکار می‌کنند و در اصطلاح مشتری در وضعیت مدیونیت قرار می‌گیرد.

با توجه به مفاد ماده ۷۷۵ قانون مدنی برای هر مالی که در ذمه باشد می‌توان رهن گرفت؛ مگر اینکه قابل فسخ باشد. حقوق دانان شرایط حقی را که می‌توان بابت آن رهن گرفت چهار مورد ذکر کرده‌اند: مال باشد، در ذمه باشد، در ذمه مدیون ثابت باشد و دین یا تعهد مربوطه طوری باشد که بتوان با فروش مال مرهون، آن حق را استیفا کرد (امامی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۳۵۱).

درباره کالای زیرکلید بانکی، مالی که در وثیقه قرار می‌گیرد، اغلب همان کالای تجاری موضوع اعتبار اسنادی است که در قالب قبض اسناد حمل اعم از سیاهه بازرگانی فروش، بارنامه، بیمه‌نامه و قبض انبار

قابل تحویل است و حقی که بابت آن می‌توان کالا را به وثیقه گرفت، همان حقوق دینی ناشی از ایجاد تعهد پرداخت اسنادی بانک در برابر فروشنده است. امکان توثیق ضمانت‌نامه بانکی، بیمه‌نامه و سایر اوراق بهادار وفق ماده ۲۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و اصلاح ماده ۱۱۳ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ج.ا. مصوب ۱۳۸۲/۰۵/۲۶ مؤید این نظریه است.

عده‌ای ماده ۷۷۴ قانون مدنی را نهادی مزاحم و زیان‌بار تلقی کرده‌اند و معتقدند باید از پیکره نظام حقوقی کنونی زدوده شود (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۴۸۳ و ۴۸۴). عده‌ای ضمن اشاره بر ضرورت ویژگی عین بودن رهنه، به یک اعتبار اموال را به «آلی» و «اصالی» (۴) تقسیم کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۱۰). عده‌ای ضمن رد این استدلال که سهام، معرف طلب شریک از شرکت است نه عین مال، معتقدند اموال مادی مانند: سرقفلی و سهام قابلیت رهن دارد (نقل از اخوان هزاوه و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۴۸).

عده‌ای امکان تضمین به وثیقه‌گذاردن اموال آتی در مشارکت بانک برای تأمین مالی پروژه با وثیقه گرفتن اموال داخل طرح مشارکت و اموال آتی پروژه اشاره کرده‌اند، ولی مبانی حقوقی آن را ذکر نکرده‌اند (معصومی‌مهر و دیگران، ۱۳۹۸: ۲۴۵ و ۲۵۴). عده‌ای با ذکر مبانی و تجزیه و تحلیل، رهن بابت دین آتی را باطل (امامی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۳۵۲)، ولی دیگران با انتقاد از مبانی نظری مذکور، امکان رهن گذاردن مال بابت دین آتی با فرض وجود سبب را پذیرفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۵۰۲).

تسهیلات و تعهدات ریالی همان بانک ممنوع است. طبق بند ۲ بخشنامه تأکیدی شماره ۰۰/۳۷۵۵۱۷ مورخ ۱۴۰۰/۱۲/۲۳ بانک مرکزی، أخذ هر گونه سپرده در قالب وثیقه نقدی ممنوع و فقط بابت تعهدات بانکی یا طرح‌های توجیه‌پذیر مجاز است.

درباره نقش قبض در رهن، عده‌ای معتقدند پنج نظریه وجود دارد (جندقی، ۱۳۸۱: ۸۲) و دیگران معتقدند سه نظریه وجود دارد: نظر نخست، مبتنی بر قبض، شرط صحت رهن و عقیده شهید اول در لمعه، شیخ طبرسی در مجمع‌البیان، محقق حلی در شرایع، محقق ثانی (کرکی) در جامع‌المقاصد و محقق قمی در جامع‌الشتات، نظر دوم مبتنی بر قبض، شرط لزوم رهن و عقیده علامه حلی در قواعد الاحکام و عاملی در مفتاح‌الکرامه و نظر سوم مبتنی بر تأثیر نداشتن قبض در صحت یا لزوم رهن و عقیده شیخ طوسی در کتاب الخلاف، علامه حلی در تذکره، شهید ثانی در شرح لمعه و مسالک‌الفهام و شیخ نجفی در جواهرالکلام است (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۴۵۲ و ۴۵۸). عده‌ای (پاشاه‌خانی‌زاده، ۱۴۰۱: ۲۲۹) برگ بارنامه را معرف کالا و تصرف امانی متصدی حمل‌ونقل به نمایندگی از صاحب کالا را به منزله قبض در وثیقه گذاردن کالای موضوع بارنامه محسوب کرده‌اند.

مستفاد از مقررات خاص و بنابر دلایل زیر اثر قبض در عقود وثیقه‌ای اعتباری است و خصیصه جوهری و ذاتی ندارد:

۱. نهاد وثیقه اعم از عقد رهن است و ضرورتی ندارد احکام و شرایط معین ویژه رهن را به سایر وثایق مانند کالای زیرکلید تعمیم داد.
۲. حتی اگر قبض جزء ذات عقد رهن بود، در رهن کشتی نیز باید قبض رکن و شرط صحت تلقی می‌شد، حال آنکه به تصریح مذکور در ماده ۴۲ قانون

با توجه به مفاد مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون مدنی، معین بودن مال مورد توثیق ضروری است، اما معلوم بودن آن ضرورت ندارد؛ مشروط بر اینکه علم اجمالی منجر به جهل نوع، مشخصات اصلی و میزان ارزش مورد معامله نشود و در رهن این نظر وجود دارد (امامی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۳۳۷). اموال فاسدشدنی و اموال آلی مورد پذیرش است (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۴۸۲، ۴۸۵ و ۴۸۸؛ اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۸: ۱۲۲).

نیز کالای مصرفی فسادناپذیر متناسب با موضوع معامله اصلی و مدت رهن قابلیت توثیق دارد؛ زیرا منع قانونی وجود ندارد و اسناد مبادلات مالی و تجاری مانند: اسکناس، اوراق قرضه، سهام، بارنامه و قبض انبار از مصادیق اموال آلی محسوب و معرف میزان معینی از مالکیت دارایی و در حکم عین معین محسوب می‌شود؛ بنابراین قابلیت قبض و اقباض و توثیق دارد. حتی شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه نیز کد توثیق صادر می‌کند. مفاد ماده ۱۱۴ لایحه قانونی اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، دستورالعمل توثیق سهام مصوب ۱۳۸۹، دستورالعمل نحوه پذیرش اوراق اسناد مالی اسلامی در قالب ضمانت اعطای تسهیلات به پیمان‌کاران مجری طرح‌های عمرانی مصوب ۱۳۹۷/۰۷/۲۹ کمیسیون مقررات و نظارت مؤسسات اعتباری بانک مرکزی (۵) و خطمشی اعتباری و روش اجرایی بانک‌ها، سهام و کلیه اوراق بهادار منتشره از طریق بازار پول و سپرده نقدی، و جاهت قانونی نظریه را تأیید می‌کند.

بر اساس مفاد ماده ۵۲ دستورالعمل ناظر بر صدور ضمانت‌نامه بانکی ریالی مصوب ۱۴۰۱/۰۴/۱۴ شورای پول و اعتبار (۶) اخذ ضمانت‌نامه بانکی زیر هر عنوانی بابت وثیقه تسهیلات و تعهدات ارزی و نیز

مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحات بعدی آن قانون مصوب ۱۳۹۲، خواهد بود.

تبعی بودن قرارداد توثیق کالای زیرکلید به تبع وجود قرارداد اصلی، امکان توثیق کالای آتی به اقتضای تجارت نوین و بهره‌مندی از قواعد تکمیلی مستثنیات دین، ویژگی‌های کالای زیرکلید بانکی است.

تکمیلی بودن قواعد حاکم بر مستثنیات دین، دلیل توجیهی امکان رهن‌گذارن اموال مشمول مستثنیات دین است (میرداداشی، ۱۳۹۵: ۱۶۰) و مفاد رأی وحدت رویه شماره ۸۵ مورخ ۱۳۷۶/۰۸/۱۱ شورای عالی ثبت، مؤید مطلب است (شاه‌حسینی انگاسی، ۱۴۰۰: ۶۹). مطابق قاعده فقهی اقدام، شخصی که مالی را آگاهانه بابت وثیقه طلب بستان - کار گرو می‌نهد، نمی‌تواند به مقررات حمایتی مستثنیات دین استناد کند؛ زیرا طبق قاعده اقدام خود بر ضرر حقوق مالی خویش اقدام کرده است و دیگران مسؤول عمل وی نخواهند بود. کالای زیرکلید نیز از این قاعده مستثنی نیست و مشمول مستثنیات دین نیست.

مطابق سیاست اعتباری (خط‌مشی و روش اجرایی بانک‌ها)، برای ضمانت اجرای تعهدات مشتری در قراردادهای تسهیلات و تعهدات بانکی، انواع تضامین به صورت زیر طبقه‌بندی و پیش‌بینی شده است: تضامین نوع اول (وثایق نقدی) مانند: سپرده نقدی و ضمانت‌نامه بانکی. تضامین نوع دوم (وثایق ملکی) مانند: عرصه و اعیان اموال غیر منقول و تضامین نوع سوم (اعتباری) مانند: سفته با ظهرنویسی ضامن، تأسیسات واحدهای تولیدی در شهرک‌های صنعتی و مناطق آزاد تجاری و ماشین‌آلات صنعتی و تولیدی قابل ترهین نو و کارکرده با عمر مفید حداقل یک سال و دارای سند مالکیت یا شناسنامه اموال منحصر

دریایی با اصلاحات آن مصوب ۱۳۹۱ قبض، شرط صحت عقد رهن کشتی نیست.

۳. ضرورت قبض مادی اختصاص به دوره‌ای اختصاص داشته است که به اقتضای امکانات موجود در آن زمان، امکان ثبت سفارش یا تجارت الکترونیکی وجود نداشته است، حال آنکه امروزه با ثبت سفارش تولید یا ثبت خرید کالای معین یا کلی در معین، مانند: امکان قبض کالای آتی و توثیق آتی هم‌زمان با به وجود آمدن کالا و تحقق تسلیم (موضوع ماده ۴ دستورالعمل عقد استصناع مصوب ۱۳۹۰ شورای پول و اعتبار)، بلاشکال است. بنابراین با اقرار رهن یا صورت جلسه تحویل ملک حتی برای یک لحظه به بستان کار (مرتهن یا متعهدله)، قبض حاصل می‌شود.

۴. قبض اعتباری کالای بی‌اثر نیست، بلکه به اقرار رهن موجب ایجاد ید امانی وی خواهد بود.

۵. قبض عرفی، ملاک قبض و اقباض کالای تجاری و عرف بانکی است.

کالای زیرکلید طبق قرارداد اصلی و توثیق، ضمن امکان بهره‌مندی از منافع آن برای نگه‌داری یا مصرف در محل معین در قالب امانت تحویل وثیقه‌گذار می‌شود؛ مگر اینکه مورد وثیقه مصرفی باشد مانند: شمش فولاد یا سنگ آهنی که اسناد حمل آن در قالب کالای تجاری، زیرکلید (وثیقه) بانک شود. ولی فیزیک کالا تحویل انبار عمومی یا مشتری شود تا برای تولید ورق فولادی، تیرآهن و سایر محصولات آهنی و فولادی در محل مصرف معین (خط تولید کارخانه) استفاده شود و هر گونه دخل و تصرف دیگر، موجب تبدیل ید امانی به ید ضمانی و علاوه بر ضمانت اجرای مدنی خیانت در امانت، مستوجب مجازات موضوع ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی

از مصادیق عنصر مادی جرم مذکور است (ساکي، ۱۴۰۰: ۳۳).

مطابق ماده ۶ دستورالعمل توثیق اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۹/۰۳/۲۹، در اثر توثیق [سهام]، حق تغییر مالکیت یا تبدیل وثیقه از وثیقه‌گذار سلب می‌شود؛ مگر اینکه با اجازه وثیقه‌گیر یا حکم مرجع ذی صلاح قانونی باشد.

۳-۵. بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس

مطابق بندهای ۷ و ۸ بخش اول قانون بانک‌داری انگلستان مصوب ۱۹۸۷ و اصلاح آن در سال ۲۰۰۹ متناظر بر مفاد قانون بانک انگلیس و خدمات مالی مصوب ۲۰۱۶، کمیته سیاست پولی و پولی و بانکی انگلیس، همانند شورای پول و اعتبار بانک مرکزی ایران اقدام می‌کند.

درباره تضمین، بانک‌های انگلستان از انواع روش‌های گرفتن تضامین از اموال شخصی شامل وثیقه، رهن و سپرده نقد استفاده می‌کنند (کرانستون، ۲۰۰۷: ۴۰۰) و نقض ضمانت از نوع تضمین، طرف بدون تقصیر را مستحق نمی‌کند تضمین را نادیده بگیرد (برهم زند)، ولی حق دعوای مطالبه خسارات را دارد (بیتسون، ۲۰۱۰: ۱۴۳).

رهن، معنای نرماندی آن ضمانت منسوخ یا مرده و معامله‌ای است که به موجب آن مقترض (راهن) با وثیقه گذاشتن مالی، از شخص دیگر (مرتهن) وام دریافت می‌کند (پدفیلد، ۱۹۸۹: ۲۸۷). امروزه در انگلستان، رهن به دو شکل صورت می‌گیرد: رهن قانونی و رهن انصافی (آریان کلور، ۱۴۰۱: ۳۹۱ و صغیری، ۱۳۹۰: ۴۸۰).

از دیدگاه حقوق دانان انگلیسی، ودیعه، نوعی قرارداد تضمین است که تا زمان بازپرداخت بدهی، مال مورد

به فرد، موجودی کالای فسادناپذیر مشتری، قبض انبار عمومی مکانیزه، خودرو با عمر مفید حداقل پنج سال و قرارداد لازم الاجرا (۷). بنابراین، ماهیت حقوقی کالای زیرکلید، وثیقه خاص و جایگاه آن میان تضامین بانکی، وثیقه نوع سوم محسوب می‌شود.

۲-۵. آثار توثیق کالای زیرکلید

توثیق کالای زیرکلید، برای وثیقه‌گیر در قبال کالای تجاری، حق عینی ایجاد و موجب حق تعقیب و حق تقدم نیز خواهد بود. ماده ۱۰۵ آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مقرر داشته است: «هرگاه مالی وثیقه برای دین یا ضمانت قرار داده شود و عنوان رهن و معاملات با حق استرداد را نداشته باشد، کلیه مقررات اجرای اسناد رهنی و معاملات با حق استرداد درباره آن مجری خواهد بود». قرارداد توثیق کالای زیرکلید اگر قابلیت لازم را داشته باشد، توصیه می‌شود ثبتی باشد. با توجه به مقتضای قرارداد وثیقه از هر نوع که باشد، بی‌گمان موجب محدودیت حقوق مالک کالای تجاری می‌شود.

حق عینی ناشی از کالای زیرکلید، همیشه موجب ایجاد حق فروش کالای زیرکلید بانکی نمی‌شود، بلکه به اقتضای نوع معامله اصلی و تبعی، آثار و ضمانت اجرای توثیق محدود به وثیقه شدن کالا، امانی شدن نوع تصرف، تبدیل ید امانی به ید ضمانی با فرض تخلف امین برای امکان اعمال ضمانت اجرای خیانت در امانت است.

برای احراز عنصر مادی خیانت در امانت یکی از چهار فعل مثبت استعمال، تصاحب، تلف یا مفقود کردن در مورد مال امانی باید رخ دهد و تغییر محل مصرف

در برابر مفهوم وثیقه ثابت) را به رسمیت شناخته است (زیگل، ۱۹۹۵: ۴۳۰ نقل از: کبیری شاه‌آباد و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۶۴). توثیق مال منقول در حقوق انگلستان برخلاف حقوق ایالات متحده آمریکا بدون قبض است و به وثیقه همراه با قبض و وثیقه بدون قبض تقسیم شده است.

حق حبس در حقوق انگلیس، وثیقه تملیکی است که به موجب قانون یا توافق حاصل می‌شود. حق حبس فقط در قبال مالی که مورد معامله طرفین بوده است ایجاد می‌شود. حق حبس یک طرف را قادر می‌سازد مال را نگه دارد تا زمانی که طرف دیگر هزینه مربوط به آن مال یا حساب کلی یا در ارتباط با معاملات مشابه، پرداخت نکرده باشد. گاهی اوقات بانک‌ها بر روی کالا حبس‌نامه می‌گیرند، اما در حقوق انگلیس چنین چیزی واقعیت ندارد، بلکه باید به صورت واقعی در قالب وثیقه، رهن، نقد یا اعلامیه واقعی واقع شود (کرانستون، ۲۰۰۷: ۴۰۰). حق حبس در حقوق انگلستان به حق حبس مبتنی بر کامن‌لا و حق حبس مبتنی بر انصاف تقسیم شده است (مک کورمک، ۲۰۰۳: ۴۰ نقل از: کبیری شاه‌آباد و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۶۵). حق حبس در ماده ۸۵ کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره بیع بین‌المللی کالا نیز پیش‌بینی است.

بنابراین حق حبس در حقوق انگلیس متفاوت از وثیقه و شرط حفظ مالکیت مبیع و مانع تسلیم مبیع است؛ حال آنکه در حفظ حق انتقال مالکیت، مبیع تسلیم شده است؛ اما قطعیت انتقال مالکیت منوط به تحقق شرط قراردادی بین فروشنده و خریدار است.

۵-۳-۱. ماهیت کالای زیرکلید در حقوق انگلیس

تضمین (وثیقه) غیر قابل وصول (غیر قابل برداشت) است (مک‌کندریک، ۲۰۱۲: ۹۱۹). خیانت در امانت جرم مستقلی نیست و هر گونه تصاحب مال متعلق به دیگری اعم از اینکه آن مال به دیگری سپرده شده باشد یا وی آن را ربوده باشد با عنوان سرقت تعقیب و مجازات می‌شود. تبصره‌های ۳ و ۴ ذیل ماده ۵ قانون جرائم مربوط به سرقت اصلاحی ۱۹۹۶ متناظر بر قانون سرقت مصوب ۱۹۶۸ اگر مالک، مال خود را بنابر دلایلی به دیگری بسپارد، این شخص با مسؤولیت رد آن، مال را نزد خود نگه می‌دارد.

اگر سوءاستفاده از مال به صورت استفاده از کاغذی سفیدامضا یا سفیدمهر باشد، مطابق تصریح مذکور در بند D بخش ۱-۹ قانون جعل و تقلب مصوب ۱۹۸۱ در حقوق انگلستان مصداق جرم خیانت در امانت نیست، بلکه زیر عنوان جرم جعل قابل پی‌گیری است (میرمحمدصادقی، ۱۳۷۶: ۱۵۷).

تفاوت اصلی وثیقه با رهن در حقوق انگلیس، مال مورد وثیقه در تصرف وثیقه‌گیر ولی در رهن در تصرف راهن باقی می‌ماند. قرارداد اجاره خاص در کامن‌لا و عنوانی کلی و عام است و شامل قراردادهایی از جمله اجاره، ودیعه، عاریه و وثیقه می‌شود ولی شامل قرارداد فروش اقساطی نمی‌شود (دابسون، ۱۹۹۱: ۵۱۳-۵۰۹) نقل از: احمدی و دیگران، ۱۳۹۳: ۳۵).

بنابراین در حقوق انگلیس، قرارداد وثیقه، توافقی بین دو یا چند طرف است که مشخص می‌کند هر یک از طرفین برای دستیابی به یک هدف مشترک اقدام خاصی را انجام خواهند داد.

نظام حقوقی کامن‌لا و به‌ویژه تصریح مذکور در بند ۹-۲۰۴ الف از ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده آمریکا توثیق اموال آینده (وثیقه شناور

شرط حفظ مالکیت، فقط برای مالک (فروشنده) کالا متصور است حال آنکه توثیق کالای زیرکلید برای شخص ثالث نیز می‌تواند حق عینی ایجاد کند. مطابق بند ۱ ماده ۶۲ قانون مصرف‌کننده مصوب ۲۰۱۵، شرط غیر منصفانه مصرف‌کننده را متعهد نمی‌کند. شرط غیر منصفانه در بند ۴ ماده ۶۲ قانون حقوق مصرف‌کننده چنین تعریف شده است: «شرط غیر منصفانه، شرطی است که مخالف مقتضیات حسن نیت باشد و تعادل میان حقوق و تعهدات طرفین قرارداد را به زیان مصرف‌کننده از بین ببرد». بنابراین چنانچه در روابط حقوقی اشخاص شرط غیر منصفانه تعیین شود، چنین شرطی در دادگاه انگلیس معتبر نخواهد بود اعم از اینکه شرط مذکور در قرارداد پایه تعیین شود یا در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی یا تسهیلاتی (منعده بین بانک با مشتری)، تعیین شود. توافق بر توثیق کالای زیرکلید مغایرتی با قانون شروط غیر منصفانه ندارد و طبق قرارداد، خریدار متعهد به رعایت شروط قراردادی و آزادسازی منصفانه وثیقه منوط به ایفای تعهد وثیقه‌گذار است. بنابر همین علل وجه تسمیه آن، رهن انصافی (equitable mortgage) است.

۵-۳-۲. نقش قبض وثیقه در حقوق انگلیس

حقوق بانکی انگلیس، تصرف بانک در تحویل گرفتن کالای مورد وثیقه را محدود به تحویل واقعی نکرده است؛ بلکه تحویل دادن اعتباری (فرضی) کفایت می‌کند؛ مانند: تحویل دادن کلید محل نگهداری کالا به نحوی که امکان نظارت بانک بر کالای مورد وثیقه وجود داشته باشد. ممکن است این کالا را صاحب کالا بابت تضمین وام بانک نزد شخص ثالث قرار دهد که ممکن است برای نگهداری کالا در قسمتی از محل

عده‌ای نهاد حقوقی بیلمنت را که تأسیسی مشابه امانت اموال منقول ناشی از عقود اجاره، رهن، وثیقه، ودیعه، حمل و نقل، عاریه برای مصرف در محل معین با ضرورت رد آن به شخص معین محسوب می‌شود، می‌دانند و بر این نظر هستند که بیلمنت نهاد عیناً مشابه در حقوق ایران ندارد (ارزانیان و دیگران، ۱۴۰۱: ۴۰۹ و ۴۲۷).

انواع تضمین در نظام حقوق بانکی انگلستان: وثیقه، رهن و تأمین نقدی است. وثیقه کالا و اسناد، تأمین مالی مطالبات از طریق وثیقه، تضمین فرا قراردادی بابت تأمین مالی پروژه و تأمین مالی شناور (تجارت جهانی) زیرمجموعه انواع وثایق مالی و اعتباری تبیین شده است (کرانستون، ۲۰۰۷: ۳۹۹).

بنابراین کالای زیرکلید و رهن جزء وثایق ملکی Pawn / Pledge & Mortgage در زیرمجموعه تضمین Security قرار دارند.

برای احراز قصد طرفین به شروط قرارداد، رویه و رفتار طرفین و شرایط خاص هر مورد باید توجه کرد. شرط حفظ مالکیت در حقوق انگلیس، پنج نوع است: شرط ساده (۸)، شرط حساب جاری (۹)، شرط استمرار حفظ مالکیت (۱۰)، شرط اعطاکننده حق تعقیب ثمن حاصل از فروش (۱۱) و شرط مجموعی یا کلی (۱۲) (علوم یزدی، ۱۳۸۳: ۸؛ آقایی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۳۵).

ماهیت کالای زیرکلید در حقوق انگلیس از نظر آثار توثیق آن با شرط استمرار حفظ مالکیت نیز مطابقت ظاهری دارد؛ زیرا به لحاظ شکلی هر دو ممکن است در قالب شرط ضمن عقد یا در قالب قرارداد جداگانه توافق شوند و از لحاظ آثار حقوقی، توثیق کالای زیرکلید با نتیجه شرط استمرار حفظ مالکیت یکسان و تصرف در مال تا تحقق موضوع توافق، امانی هستند.

مواردی که با ظهرنویسی اسناد بتوان مالکیت اسناد را انتقال داد، در حکم انتقال مال موضوع اسناد است.

۶. رویه قضایی

رویه قضایی در حقوق ایران با وجود آرای وحدت رویه صادره از دیوان عالی کشور ثبات نسبی دارد، ولی حقوق انگلیس به اقتضای حقوق عرفی و به دلیل موردی و تفسیر بردار بودن قواعد رسیدگی ویژه و متفاوت دادگاه‌های کامن‌لا از دادگاه انصاف، رویه واحد و ثابتی ندارد.

مفاد دادنامه شماره ۹۳۰۸۲۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۰۵ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی یزد و دادنامه شماره ۹۶۰۵۶۳ مورخ ۱۳۹۶/۰۴/۲۸ صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی یزد متضمن ضرورت وجود دین و رعایت مبانی حقوقی رهن اموال، نمونه حکم دادگاه حقوقی در این خصوص است (حسین بیگی، ۱۴۰۰: ۱۰۵ و ۱۰۷).

درباره ضمانت اجرای کالای زیرکلید می‌توان به استدلال شعبه دوم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۲/۲۳۷ مورخ ۱۳۷۲/۰۴/۱۴ اشاره کرد که به اختصار بیان می‌دارد خیانت در امانت زمانی مصداق پیدا می‌کند که تملک و تصاحب مال امانی توسط امین و یا تلف عمدی آن ثابت شود (بازگیر، ۱۳۸۰: ۲۱۵).

اگر کالا عین معین یا کلی در معین یا کلی در ذمه بوده باشد؛ ولی برای قرارداد تخصیص داده شده باشد و دسترسی به آن هم برای مأمور اجرا آسان باشد، در حقوق انگلیس حکم بر ایفای عین تعهد صادر نمی‌شود. زیرا اصل بر این است که در صورت عهدشکنی چه میزان خسارت به طرف مقابل وارد می‌شود و با پرداخت خسارت، متضرر در همان وضعیتی قرار می‌

تسهیلات گیرنده باشد. در این صورت ماهیت آن که امانت یا وکالت است، یقینی نیست. زیرا به نوع رابطه حقوقی و قراردادی بانک (وثیقه‌گیر) با مالک کالا (وثیقه‌گذار) یا توافق صاحب کالا و نوع دستور وی به انبار (شخص ثالث) بستگی دارد و گاهی اوقات به صورت صحرایی یا کلی با اموال عمده و مشابه دیگران نگه‌داری می‌شود؛ مانند: دانه‌های گندم در سیلو که مصداق عین معین آن قابل شناسایی نیست. بانک-های انگلیس اوراق قابل ظهرنویسی مانند: برات، سفته، گواهی سپرده و اسناد مالکیت از جمله بارنامه، صورت حساب و اوراق بهادار بی‌نام را به ضمیمه تعهد برای وثیقه می‌پذیرند. درباره وثیقه سهام در کنار مزایای آن، معایبی هم وجود دارد از جمله اینکه مطابق ماده ۳۹۵ قانون شرکت‌ها مصوب ۲۰۱۴، تسهیلات پرداختی با وثیقه از نوع سهام، مستلزم پرداخت هزینه ثبتی است؛ زیرا به لحاظ عملکردی وام مستقیم تلقی می‌شود و تعهد مربوطه فقط از محل وثیقه قابل وصول است (کرانستون، ۲۰۰۷: ۴۰۲-۴۰۱).

در حقوق انگلیس (کینینگر نقل از: نیاسری، ۱۳۹۵: ج ۱، ص ۲۹۶)، حق وثیقه بر اموال منقول را می‌توان به دو نوع تقسیم کرد: وثیقه تصرف و وثیقه مالکیت (رهن غیر تصرف). تصرف مال مورد وثیقه در نوع اول، در اختیار بستان کار است؛ ولی در وثیقه نوع دوم، بدهکار (وثیقه‌گذار) فقط مالکیت مال مورد وثیقه را با حق استرداد به شرط تسویه یا سقوط دین برای خود محفوظ می‌دارد؛ بدون اینکه مال یا اسناد حمل کالا را به تصرف بستان کار داده باشد. بنابراین قبض در حقوق بانکی انگلیس به صورت قبض عرفی پذیرفته شده است و لازم نیست عیناً همانند تصرف واقعی مالک یا خریدار باشد. در معاملات تجاری

که هدف از قرارداد، مصرف کالا در محل معین است (فارمستون، ۲۰۱۳: ۶۷-۶۱).

با لحاظ مفاد قانون شروط ناعادلانه مصرف‌کننده مصوب ۱۹۷۷، قانون شروط ناعادلانه در مقررات قراردادهای مصرف‌کننده مصوب ۱۹۹۹، قانون اعتبار مصرف‌کننده مصوب ۱۹۷۴ و قانون خدمات مالی و بازار مصوب ۲۰۰۰، اصل آزادی قراردادها در حقوق انگلیس محدود است.

هم‌چنین در اعتبار اسنادی، بانک می‌تواند تا زمان بازپرداخت بدهی، اسناد حمل کالا را در صندوق خود نگه‌دارد. دعوای لیخبارو به طرفیت ماسون منتهی به سال ۱۹۷۴ نمونه آن است. قاضی لرد مولتون در سال ۱۹۱۳، بیان داشت وثیقه بودن این نوع قراردادهای تضمین باید ثابت شود؛ مگر اینکه با ایجاد گمان باشد. با وجود این، رویکرد دادگاه‌ها به سمتی است که تمایل دارند ضمانت قراردادی را وثیقه تلقی کنند و دعوای مذکور چندان کمیاب نیست (بیتسون، ۲۰۱۰: ۱۱۵-۱۳۷).

درباره ضمانت اجرای کیفری موضوع در حقوق انگلیس، بر اساس قانون سرقت تصاحب مال به‌طور ناجوانمردانه ممکن است سرقت، خیانت در امانت، کلاهبرداری یا هر جرم دیگری علیه اموال محسوب شود و این تصاحب مستلزم گرو گذاشتن (سپردن مال) در قالب جزئی از اجزای عنصر مادی جرم است (میرمحمد صادقی، ۱۳۷۶: ۱۲۸).

بنابراین اگر توافق به‌نحوی باشد که خریدار یا مصرف‌کننده کالا نتواند به طرفیت فروشنده دعوا طرح کند، اعتبار این توافق به تشخیص دادگاه کامن-لا مبنی بر عادلانه بودن شرط توافقی و یا به تشخیص دادگاه انصاف مشروط به انطباق آن با اصل انصاف

گیرد که به‌فرض کالای معین را دریافت می‌داشت، بنابراین به‌طور استثنایی به‌شرطی که با پرداخت خسارت، وضعیت طرف زیان‌دیده جبران نشود، دادگاه حکم بر اجرای عین تعهد صادر می‌کند (داراب‌پور و دیگران) و هرچند استرداد عین مال در دعوای تسلط و تملک مال دیگری در قالب ضمانت اجرا پذیرفته شود، معمولاً مورد حکم دادگاه انگلیس قرار نمی‌گیرد (کوک، ۲۰۰۹: ۵۲۸ نقل از: صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۵۴۴).

تدبیر یافتن قرارداد وثیقه، نظریه علمی قبل از ۱۹۹۹ بود و یکی از قواعد استثنایی شروط توافقی بین متعهد و شخص ثالث است که سازوکار نظریه علمی مذکور نسبتاً در پرتو قانون شروط ناعادلانه قراردادهای مصرف‌کننده مصوب ۱۹۹۹ ارائه شد و بر این اساس دادگاه در قبال تکمیل توافق طرفین می‌تواند مداخله کند. برای مثال، دعوای شرکت با مسئولیت محدود فروش اروپایی فوجی به طرفیت گروه احتراق کاتالیتیک در سال ۲۰۰۵ نمونه پرونده وثیقه مستقیم است. مطابق محدودیت دکترین تدبیر علمی وثیقه به‌دلیل تصریح نکردن به وثیقه بودن کالای موضوع معامله یا آگاهی نداشتن طرف معامله، دادگاه باید با شواهد و قرائن و اوضاع احوال وثیقه بودن را احراز کن (مک کندریک، ۲۰۱۷: ۱۵-۷).

معیار تشخیص نقض قرارداد در حقوق انگلیس، بر اساس دکترین ممکن است به کوچک‌نمایی هسته قرارداد و موجب جایگزینی تعهد کوچک به‌جای تعهد بنیادین شود. وام‌دهندگان در رهن مکلف به ارزیابی مال معرفی شده برای رهن هستند و به‌طور متعارف هزینه ارزیابی قابل برگشت نیست. مطابق بند ۱-۱۲ قانون عرضه کالا (شروط ضمنی) مصوب ۱۹۷۳، حالت سوم در تعریف مصرف‌کننده، وضعیتی است

وثیقه خاص و از مصادیق وثایق تجاری محسوب کرد. ماهیت حقوقی کالای زیرکلید را در حقوق انگلیس می‌توان رهن انصافی محسوب کرد.

خواهد بود و سالب حق مصرف‌کننده یا خریدار کالا نخواهد بود.

۷. نتیجه‌گیری

نتیجه تحقیق حاکی از این است که بر پایه تفکیک مبانی حقوقی وثایق تجاری از وثایق مدنی در حقوق ایران با پشتوانه مستندات قانونی از جمله: ماده ۶ ذیل فصل دوم دستورالعمل وثایق و تضمینات مربوط به تسهیلات کشاورزی پرداختی شرکت مادر تخصصی صندوق حمایت از توسعه سرمایه گذاری در بخش کشاورزی وابسته به وزارت جهاد کشاورزی (SFIDA)، مفاد ماده ۳۸ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴، مفاد بند ۳-۱ تصویب‌نامه اتخاذ تصمیماتی در خصوص سیاست‌های مصوب سامان‌دهی اقتصادی ج.ا. مصوب ۱۳۷۷/۰۵/۲۱ هیئت وزیران و اصلاحات بعدی آن (ابلاغی طبق تصویب‌نامه شماره ۳۶۰۳۶/ت ۱/۲۱۷۰ هـ مورخ ۱۳۷۹/۰۲/۲۶ معاون اول رئیس‌جمهور)، مفاد ماده ۲۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و اصلاح ماده ۱۱۳ قانون برنامه سوم توسعه مصوب ۱۳۸۲، ماده واحده قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک ها مصوب ۱۳۸۰، دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی ریالی مصوب ۱۳۹۴ شورای پول و اعتبار، دستورالعمل توثیق اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۹ هیئت مدیره سازمان بورس متناظر بر مفاد ماده ۱۱۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ و نیز رویکرد جدید در لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۹۰ کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس، لایحه قانون وثایق بانکی و طرح قانون جامع بانک‌داری، می‌توان ماهیت حقوقی کالای زیرکلید را قرارداد

۸. سهم نویسندگان

همه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

۹. تضاد منافع

در این پژوهش، هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

پی نوشت

فروشنده مالکیت کالای تسلیمی به خریدار اول و خریداران بعدی را برای خود نگه می‌دارد تا کل بهای کالا به او پرداخت شود و یا اینکه همه تعهدات یا بدهی‌های خریداران در معاملات متعدد بین آنان با فروشنده تسویه یا انجام شود. این نوع شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران وجود ندارد. زیرا تا زمانی که مالکیت به خریدار اول منتقل نشده باشد اساساً خریدار اول مجاز به فروش مال به دیگری نبوده و مشمول احکام معامله فضولی خواهد بود، فلذا در حقوق ایران این نوع شرط موضوعیت ندارد (آقایی و دیگران، ۱۳۹۸: ص ۱۳۸).

۱۱. Tracing Clause or Proceeds of Sale Clause:

فروشنده ضمن حفظ مالکیت کالای تسلیمی تا زمان پرداخت کل بهای کالا و یا ایفای هر گونه تعهدات خریدار، به خریدار اول فروش کالا به دیگری را اجازه می‌دهد مشروط بر اینکه حق مالکیت فروشنده اول در برابر خریداران بعدی تا زمان پرداخت کل بهای کالا و یا ایفای هر گونه تعهدات خریدار اول برای فروشنده محفوظ باشد.

۱۲. The Aggregation Clause:

فروشنده مالکیت کالای تسلیمی به خریدار را برای خود نگه می‌دارد تا زمانی که خریدار کل بهای کالا را به فروشنده بپردازد؛ اما اگر کالا در جریان تولید محصول دیگری قرار بگیرد. خواه موجب افزودن کالای دیگری قرار بگیرد یا خیر، فروشنده حق مالکیت به کالای ساخته شده را به تناسب ارزش کالای مصرف شده (به میزان ارزش مبيع) خواهد یافت.

۱. موضوع دستورالعمل‌های مصوب ۱۳۶۳ شورای پول و اعتبار و تبصره ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰ منتهی به بخش نامه شماره ۰۰/۳۳۲۳۶۰ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۱ بانک مرکزی ج.ا.ا.

۲. ابلاغی طی بخش نامه شماره ۹۴/۲۹۶۲۷۳ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۱۵ بانک مرکزی ج.ا.ا. دستورالعمل مذکور در تاریخ ۱۴۰۱/۰۳/۲۷ بازنگری و پیش نویس آن تهیه شده است.

۳. ابلاغی طی بخش نامه شماره ۹۶/۲۵۵۷۵۵ مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۱۴ و اصلاحیه آن طی بخش نامه شماره ۰۱/۰۸۴۹۵ مورخ ۱۴۰۱/۰۵/۱۲ بانک مرکزی ج.ا.ا.

۴. اموال آلی به طور مستقیم ارزش مالی ذاتی ندارد و محتوای آن نشانگر مال یا دارایی است مانند: اسکناس، اوراق قرضه و ورقه سهم به اعتبار پشتوانه آن، لیکن اموال اصلی در مقابل آن، به طور مستقیم خودش ارزش مالی ذاتی دارد مانند: خودرو، زمین، گندم، نان و فرش.

۵. ابلاغی طی بخش نامه شماره ۹۷/۳۶۲۰۱۳ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۲ بانک مرکزی ج.ا.ا.

۶. ابلاغی طی بخش نامه شماره ۰۱/۱۰۸۴۹۵ مورخ ۱۴۰۱/۰۵/۰۲ بانک مرکزی ج.ا.ا.

۷. موضوع ماده ۶ دستورالعمل اجرایی اعطای تسهیلات خرد مصوب ۱۴۰۱/۰۱/۲۸ کمیسیون مقررات و نظارت ابلاغی طی بخش نامه شماره ۰۱/۲۴۷۹۲ مورخ ۱۴۰۱/۰۲/۰۴ بانک مرکزی ج.ا.ا.

۸- Simple Clause:

فروشنده مالکیت کالای تسلیمی به خریدار را برای خود نگه می‌دارد تا زمانی که خریدار کل بهای کالا را به فروشنده بپردازد.

۹. The Current Account Clause:

فروشنده مالکیت کالای تسلیمی به خریدار را برای خود نگه می‌دارد تا زمانی که همه تعهدات و بدهی‌های خریدار در مقابل فروشنده چه ناشی از این معامله و یا ناشی از سایر روابط مالی طرفین باشد، برای خود حفظ می‌کند.

۱۰. The Continuing retention Clause:

منابع

منابع فارسی

- بناء نیاسری، ماشاءالله، حقوق اعتبارات اسنادی، جلد اول، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۵.
- پاشاه‌خانی‌زاده، علی، جایگاه بارنامه‌ها در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی و توثیق آن، انتشارات مجد، ۱۴۰۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (صلح)، انتشارات گنج دانش، ۱۳۴۹.
- جندقی، بهروز، «جواز و شرایط وثیقه‌گذاری اسناد بازرگانی در فقه و حقوق تجارت»، نشریه معرفت، پاییز، شماره ۵۸، صص: ۹۰-۵۷، ۱۳۸۱.
- حسین‌بیگی، علیرضا، قراردادهای مشارکت بانکی در منظر رویه بانکی، انتشارات مجد، ۱۴۰۰.
- داراب‌پور، مهربان، با همکاری: السان، مصطفی، ادیب، علی اکبر، علیخانی، محمد، غنی‌زاده، مریم، فاضلی، مرجان و داراب‌پور محمد، چالش‌های حقوقی در معاملات بازرگانی، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۶.
- رحیمی خجسته، حسین، «واکاوی حقوقی تطبیقی نهاد وثیقه در پرتو قوانین ایران و انگلیس»، تمدن حقوقی، دوره ۴، شماره ۸، صص: ۷۷-۴۵، ۱۴۰۰.
- ساکی، محمدرضا، بررسی علمی و کاربردی جرم خیانت در امانت، انتشارات مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۴۰۰.
- شاه‌حسینی انگاسی، رضا، مستثنیات دین در حقوق ایران، انتشارات مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۴۰۰.
- صغیری، اسماعیل، ترجمه کامل کتاب حقوق قراردادهای انگلستان (Law Made Simple)، تالیف سی. اف. پدیلد، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌اله، مسؤولیت مدنی تطبیقی، چاپ اول، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۷.
- آریان‌کلور، بهرام، ترجمه کامل کتاب حقوق قراردادهای انگلستان (Law Made Simple)، نوشته سی. اف. پدیلد، ویرایش دوازدهم، انتشارات مجد، ۱۴۰۱.
- آقایی، نیلوفر و مظاهری کوهانستانی، رسول، «شرط حفظ مالکیت در قراردادهای بیع» (بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان)، فصلنامه علمی تخصصی مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، دوره پنجم، شماره ۷، صص: ۱۴۳-۱۳۱، ۱۳۹۷.
- احمدی، مسعود، جهانیان، مجتبی و براری چناری، یوسف، اجاره به شرط تملیک در حقوق بانکی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و کامن‌لا)، انتشارات کتاب آوا، ۱۳۹۳.
- اخوان هزاوه، حامد و سلطانی، محمد، «ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، سال پنجم، بهار، شماره ۱۷، صص: ۱۶۱-۱۴۲، ۱۳۹۱.
- ارزانیان، نسترن و نبوی، مهسا سادات، «بررسی تأسیس بیلمنت در نظام حقوقی انگلستان، ایالات متحده آمریکا و تطبیق آن با نهاد امانت در حقوق ایران»، فصلنامه تمدن حقوقی، دوره ۵، بهار، شماره ۱۰، صص: ۴۳۰-۴۰۹، ۱۴۰۱.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین و میری، حمید، «رهن اسکناس»، مجله حقوق تطبیقی (نامه مفید)، شماره ۱۶، (پیاپی ۷۳)، ج ۵، شماره ۱، صص: ۱۲۴-۱۰۵، ۱۳۸۸.
- بازگیر، یداله، آرای ماهوی دیوان عالی کشور در امور حقوقی و جزایی، انتشارات دانش‌نگار، ۱۳۸۰.

- میرمحمد صادقی، حسین، مروری بر حقوق قراردادهای در انگلستان، انتشارات حقوق دان، ۱۳۷۷.

منابع انگلیسی

- Beatson, Sir Jack, Burrows, Andrew & Cartwright, John, Anson's Law of Contract, 29th, edition, Oxford University Press. ISBN HB 978-0-19-959333-0 & ISBN PB 978-0-19-928247-0(2010).
- C. F. Padfield, Law Made Simple, LLB, DPA, of Gray's Inn, Barrister, 7th edition, Made Simple Books Charles (1989).
- Cheshire, G. C. Fifoot & Furmston. The Law of Contract, 8th edition, London (1972).
- Cooke, John, Law of Tort, 9th edition, London, Pearson Education Limited (2009).
- Cranston, Ross, Principles of Banking Law, 2th edition-Reprinted, Oxford University Press (2007).
- Dobson, Paul, Charlesworths Business Law, South Quay Plaza Sweet & Maxwell (1991).
- Formston, Michael, Cheshire, Fifoot & Formston's Law of Contract, 16th edition, Published Online Jun. Oxford University Press. Print ISBN-13: 9780199568345 (2013).
- Frederique Dahan and John Simpson, The European Bank for Reconstruction and Development's Secured Transactions Project: a model law and ten core principles for a modern secured transactions law in countries of Central and Eastern Europe (and elsewhere), Published online by Cambridge University, 23 December (2009).
- Kieninger, Eva Maria (Editor), Security Rights in Moveable Property in European Private Law, Cambridge University Press, First Published (2004).
- Mckendrick, Ewan, Contract Law (Text, cases and Materiales), 5th Edition, Oxford University Press. ISBN 978-019-969938-4 (2012).
- Mckendrick, Ewan, Contract Law, 12th Edition, Macmillan Education Palgrave. ISBN 978-1-13760649-5 (2017).
- McCormack, Gerard, Secured Credit, under English and American Law, London, Cambridge University Press (2003).

- علومی یزدی، حمیدرضا، «شرط حفظ مالکیت در قراردادهای بیع» (بررسی تطبیقی در حقوق انگلستان و ایران)، مجله پژوهش حقوق عمومی (حقوق و سیاست)، شماره ۱۱، صص: ۲۶-۶، ۱۳۸۳.
- فتحی برناجی، مرضیه و رحیمی خجسته، حسین، «واکاوی حقوقی تطبیقی نهاد وثیقه در پرتو قوانین ایران و انگلیس»، مجله تمدن حقوقی، دوره ۴، بهار و تابستان، شماره ۸، صص: ۷۷-۴۵، ۱۴۰۰.
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد چهارم، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶.
- میرداداشی، سید مهدی، مستثنیات دین، چاپ اول، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.
- کبیری شاه‌آباد، حمید، عیسایی تفرشی، محمد و شهبازی نیا، مرتضی، «مطالعه تطبیقی رویکرد وحدت‌گرایی یا کثرت‌گرایی در خصوص ابزار توثیق اموال منقول در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، انگلستان و ایران»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۱، تابستان، شماره ۲، صص: ۱۸۰-۱۵۷، ۱۳۹۶.
- معصومی‌مهر، رهبر، نوید، محسن و قاسمی، مجتبی، «کاربرد اوراق بهادار در تأمین مالی پروژه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، دوره ۲۵، آذر، شماره ۹۹، صص: ۲۶۴-۲۳۹، ۱۴۰۱.
- موسوی، سید محمدنقی، «ماهیت فقهی عقد ضمان و ضمانت‌نامه بانکی»، دو فصلنامه یافته‌های اقتصادی، دوره ۱، شماره ۱، صص: ۱۳۹-۱۰۹، ۱۴۰۰.
- میرمحمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی، جرائم علیه اموال و مالکیت (کلاهبرداری، خیانت در امانت، سرقت و صدور چک پرداخت نشدنی)، انتشارات میزان، ۱۳۷۶.

- Treitel, G. H, Law of Contract, 9th edition, London (1995).
- Ziegel, Jacob S. "Condition Prespectives on Chattel Security Law Reform in the United Kingdom, the Cambridge", Law Journal, Vol. 54 (1995).