مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

رهن خدمات آثار فکری از منظر حقوق ایران

علی جهانیان (نویسنده مسئول)

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

https://orcid.org/0000-0002-9703-4762
https://doi.org/10.22034/fvh.2026.24547.2336
a.jahanian@umz.ac.ir

- **Ali Jahannian (Correponding Author)**

Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

ناصر نیکخو امیری

استادیار گروه فقه و اصول دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران.

Naser Nikkho Amiri

Assistant Professor, Department of Fiqh and Usul, Al-Mustafa International University, Qom, Iran.

https://orcid.org/0000-0003-2133-4088
naser_nikkhoamiri@miu.ac.ir

رضا حیدریان‌بائی

استادیار گروه آموزشی معارف اسلامی دانشکده پزشکی، دانشگاه علوم پزشکی بابل، بابل، ایران.

Reza Heydarian-Bai

Assistant Professor, Islamic Studies Division, School of Medicine, Babol University of Medical Sciences, Babol, Iran.

https://orcid.org/0009-0006-0744-3690
r.heydarian@mubabol.ac.ir

محسن مهدیان

دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران و استادیار جامعه المصطفی العالمیه نمایندگی گلستان، ایران.

Mohsen Mahdian

Pre-final unedited, and pre-proofreading Version

PhD in Private Law from the University of Tehran and Assistant Professor at Al-Mustafa International University, Golestan Representative Office, Iran.

https://orcid.org/0009-0000-9840-9055
mohsen.mahdian@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت:
تاریخ بازنگری:
تاریخ پذیرش:
تاریخ انتشار:

کلیدواژه‌ها:
رهن خدمات،
آثار فکری،
عین معین،
حقوق ایران

چکیده

نهاد رهن در نظام حقوقی ایران به تبع از نظر مشهور فقیهان امامیه مبتنی بر اعیان معین پایه گذاری شده است؛ اما تحولات اقتصادی و حقوقی معاصر، مقتضی توسعه و گسترش نهاد رهن به پدیده های غیر مادی از جمله رهن خدمات است. پژوهش حاضر با تحلیل گزاره‌های حقوقی و قانونی از منابع کتابخانه‌ای به بررسی این سوال می پردازد که خدمات دارای ارزش مالی، با وجود محدودیت مقرر در ماده ۷۷۴ قانون مدنی، قابلیت قرار گرفتن موضوع رهن در نظام حقوقی ایران را دارد؟ پژوهش حاضر بر اساس قوانین و مقررات بانکی و ماده ۷ قانون تأمین مالی و زیرساخت‌ها، می‌توان رهن خدمات را به مثابه یکی از مصادیق جدید رهن و وثیقه پذیرفت. با توجه به این‌که خدمات آثار فکری دارای ارزش مالی، قابل تقویم، قابل معامله هستند، می‌تواند به مثابه موضوع رهن مشروع تلقی شود. عدول و نسخ ضمنی ماده ۷۷٤ قانون مدنی توسط قانون‌گذار حکایت از توجه به دستاوردهای مالی و اقتصادی خدمات فکری است، تا زمینه برای تقویت امنیت اعتباری و تسهیل سرمایه گذاری در حوزه دانش و فن‌آوری فراهم گردد.

استناد: نام خانوادگی، نام؛ نام خانوادگی، نام؛ و نام خانوادگی، نام (۱٤۰٤). عنوان مقاله.. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹ (X).
http//doi. org/000000000000000000

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

© نویسنده(گان).

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

طرح مسئله

نهاد رهن در نظام حقوقی ایران، با تأثیرپذیری از مبانی فقه امامیه، بر این دیدگاه استوار است که مال مرهونه باید دارای وصف عینیت بوده و قابلیت قبض داشته باشد. بر همین اساس، ماده ۷۷۴ قانون مدنی، رهن دین و منفعت را به دلیل فقدان وصف عین معین، باطل اعلام کرده است. این رویکرد در زمان تدوین قانون مدنی با ساختار سنتی دارایی‌ها و معاملات تناسب داشته است؛ با این حال، تحولات اقتصادی و گسترش اقتصاد دانش‌بنیان موجب ظهور و توسعه دارایی‌های غیرمادی و ارزش‌های اقتصادی ناشی از دانش، تخصص، نوآوری، نرم‌افزار، خدمات تخصصی و سایر فعالیت‌های فکری شده است. در چنین شرایطی، محدود کردن موضوع وثیقه به اموال عینی، پاسخگوی نیازهای نوین نظام اعتباری و تأمین مالی نیست.

در این میان، رهن خدمات آثار فکری به‌عنوان یکی از پدیده‌های نوظهور، این پرسش اساسی را مطرح می‌کند که آیا می‌توان خدماتی را که دارای ارزش اقتصادی، قابلیت تقویم و امکان اختصاص و مبادله هستند، به‌عنوان موضوع رهن یا وثیقه پذیرفت؟ اهمیت این مسئله زمانی بیشتر آشکار می‌شود که از یک سو، ماده ۷۷۴ قانون مدنی بر لزوم عین معین بودن مال مرهونه تأکید دارد و از سوی دیگر، قوانین و مقررات جدید، به‌ویژه مقررات نظام بانکی و ماده ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها، دامنه اموال و دارایی‌های قابل توثیق را به اموال مادی و غیرمادی، حقوق مالی، منافع، مطالبات و برخی دارایی‌های آتی گسترش داده‌اند.

سؤال اصلی پژوهش آن است که آیا رهن خدمات آثار فکری، با وجود محدودیت مقرر در ماده ۷۷۴ قانون مدنی، بر اساس قوانین و مقررات جدید نظام حقوقی ایران امکان‌پذیر است؟

فرضیه پژوهش بر این مبنا استوار است که با توجه به تحول رویکرد قانون‌گذار در پذیرش دارایی‌های غیرمادی به‌عنوان وثیقه، به‌ویژه حکم مقرر در ماده ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها، و با لحاظ مالیت، قابلیت تقویم و قابلیت مبادله خدمات آثار فکری، می‌توان امکان رهن این خدمات را در نظام حقوقی ایران پذیرفت؛ به‌گونه‌ای که حکم سنتی ماده ۷۷۴ قانون مدنی در پرتو قوانین مؤخر، قابلیت تفسیر یا عدول تقنینی داشته باشد

پژوهش حاضر ابتدا مفهوم و مصادیق خدمات آثار فکری و شرایط موضوع رهن را بررسی می‌کند؛ سپس با تحلیل مبانی حقوقی مربوط به عینیت و قابلیت معین بودن مال مرهونه، دیدگاه‌های حقوقی درباره امکان رهن اموال غیرمادی را مورد ارزیابی قرار می‌دهد. در ادامه، قوانین و مقررات بانکی و به‌ویژه ماده ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها بررسی و نسبت آن با ماده ۷۷۴ قانون مدنی تحلیل می‌شود. در نهایت، با بررسی جایگاه مالیت، عینیت و قابلیت نقل‌وانتقال در خدمات آثار فکری، امکان پذیرش این خدمات به‌عنوان موضوع رهن یا وثیقه در حقوق ایران تبیین خواهد شد.

Preliminary, unedited, and non-proofreading version

پیشینه پژوهش و تبیین نوآوری تحقیق: بررسی مطالعات و آثار موجود نشان می‌دهد که پژوهش‌های پیشین عمدتاً به امکان توثیق اموال غیرمادی، حقوق فکری و برخی مصادیق مالکیت فکری پرداخته‌اند و موضوع رهن خدمات آثار فکری به‌صورت مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است. از این‌رو، نوآوری پژوهش حاضر در طرح و تحلیل امکان توثیق خدمات آثار فکری و بررسی مبانی فقهی و حقوقی آن، با تأکید بر نسبت آن با حکم ماده ۷۷۴ قانون مدنی و تحولات تقنینی اخیر است.

مفهوم خدمات فکری

خدمات جمع خدمت و به معنای «کارکردن برای کسی، بندگی کردن، مأموریت و...» (معین، ۱۳۷۱، ج۱: ۱۴۰۲) آمده است. در مفهوم اصطلاحی با توجه به پیچیدگی این واژه در دانش‌های مختلف معانی مختلفی دارد و مجموعه‌ای از خدمات شخصی و فردی تا خدمات به عنوان محصول را شامل می‌شود. به همین دلیل گستردگی در طول سال‌های دهه ۱۹۶۰-۱۹۸۰ تعاریف گوناگونی از خدمات ارائه شده است(Gronroos. ٤٦: ۲۰۰۰) . با توجه به توصیف پیش‌گفته، می‌توان خدمت را بدین‌گونه تعریف نمود: «خدمت، فعالیت یا منفعتی است که از سوی یک طرف به طرف دیگر ارائه می‌شود که ماهیت آن غیرملموس بوده و متضمن انتقال مالکیت عینی نمی‌باشد؛ هرچند ممکن است نتیجه آن به صورت محصول فیزیکی یا غیرمادی نمایان گردد».Kotler and Armesrang). ۲۰۰۰: ٤٢٨)یا «خدمت نوعی منفعت نامحسوس و غیر مادی است که یا به تنهایی به عنوان یک محصول مستقل یا به صورت جزئی از یک محصول ملموس عمل می‌کند. خدمتی که در فرایند مبادله ارائه می‌گردد تا نیاز شناسایی شده مشتری را برآورده سازدPalmer and col) «. ۱۹۹۵. ٣٤) از تعاریف فوق این نکته به دست می‌آید که خدمات دارای خصوصیاتی هستند موجب تمایز آن‌ها از اشیای مادی می‌شود. این خصوصیات عبارت‌اند از: «تغییر پذیری»، «فناپذیری»، «ناملموس بودن»، «تفکیک ناپذیری» و «عدم انتقال مالکیت»؛ با وجود تفاوت در تعاریف ارائه‌شده، وجه مشترک بیشتر این تعاریف، تأکید بر ناملموس بودن و فقدان وجود عینی خدمات است؛ با این حال، این تعاریف از جهت اطلاق وصف «ناملموس» بر تمامی خدمات، قابل نقد به نظر می‌رسند. زیرا برخی خدمات، اگرچه در اصل متضمن انجام فعل یا فعالیت هستند، می‌توانند به ایجاد آثار و نتایج عینی یا غیرعینیِ دارای ارزش اقتصادی منجر شوند. همچنین، صرف ناملموس بودن نمی‌تواند معیار مناسبی برای نفی مالیت یا قابلیت اختصاص و مبادله خدمات باشد؛ چه‌بسا خدماتی مانند خدمات نرم‌افزاری، مشاوره‌ای، پزشکی و پژوهشی، دارای ارزش اقتصادی قابل توجه بوده و در عرف قابلیت تقویم و مبادله داشته باشند. بنابراین، برای بررسی امکان توثیق خدمات، نمی‌توان صرفاً بر ویژگی ناملموس بودن آن‌ها تکیه کرد، بلکه باید مالیت، قابلیت اختصاص، تقویم و انتقال آثار و نتایج ناشی از خدمات نیز مورد توجه قرار گیرد.اما این که غرض از خدمات منتهی به رهن آثار فکری چیست، به دلیل مستحدثه بودن آن، کسی آن را تعریف نکرده است؛ آن‌چه در این خصوص به ذهن متبادر می‌شود این است که هدف از رهن خدمات آثار فکری، ایجاد یک رابطه حقوقی و عقدی که در اثر آن، متعهد (راهن) تعهد می‌نماید که خدمات و امتیازات مربوط به تولید، توسعه، یا بهره‌برداری از آثار فکریِ معین (مانند اثر هنری،

Pre-final, unedited, and non-proofreading version

علمی، ادبی، نرم‌افزار، اختراع یا طرح صنعتی) به‌عنوان وثیقه و تضمین در اختیار شخص متعهدله (مرتهن) قرار دهد و در فرض عدم انجام تعهد از سوی متعهد در موعد معین، متعهدله بتواند از محل آن، دین خود را استیفا نماید. از این تعریف تفاوت خدمات فکری با خدمات عینی روشن می‌شود؛ خدمات فکری بر پایه فعالیت های ذهنی، دیجیتالی و فاقد وصف خارجی است؛ مانند تحلیل داده، نرم افزار و طرح که آثار مالی قابل توجهی دارند، در حالی که خدمات عینی بر پایه فعالیت‌های فیزیکی است؛ مانند تعمیرات ساختمان و امثال آن. هم‌چنین اصطلاح خدمات بدون پسوند آثار فکری، اطلاق دارد که شامل آثار فکری و غیر فکری است و عبارت آثار فکری نیز مطلق است، می‌تواند در آن خدمات فکری باشد یا نباشد. اما غرض از خدمات فکری در این‌جا به مفهوم خاص است که بر پایه تخصص، تفکر، مشاوره، خلاقیت یا مهارت‌های ذهنی ارائه می‌شود، مانند ارائه خدمات توسط گرافیک کار، مهندس نرم افزار، امور پژوهشی، مشاوره مالی، پزشکی، هنری و....

مصادیق رهن خدمات فکری

رهن خدمات آثار فکری یکی از پدیده‌های نوپدید در حوزه دانش فقهی و حقوقی است که در حقوق ایران به صورت صریح ذکر نشده است؛ برای درک بهتر این موضوع، شایسته است مصادیق رهن خدمات آثار فکری را در قالب مثال‌های عینی تبیین نمود. همان طور که در تعریف گذشت، خدمات، فعالیت‌های هستند که ماهیت ناملموس دارد که توسط یک طرف به طرف دیگر ارائه می‌شود. خدمات، دارای مصادیق و قلمرو وسیعی است که بررسی و تصریح همه‌ی آن خارج از وسع این پژوهش است. مهم‌ترین مصادیق خدمات آثار فکری عبارت‌اند از: مشاوره حقوقی، خدمات آموزشی، خدمات پزشکی، خدمات درمانی و بهداشتی، خدمات حسابداری، خدمات فناوری اطلاعات(توسعه نرم افزار و امنیت سایبری، خدمات تجهیزاتی و دیجیتالی، خدمات مبتنی بر هوش مصنوعی، طرح‌های صنعتی و تزیینی، برندهای ثبت شده، علائم تجاری مجوزهای بهره‌برداری بین المللی و غیره). شایان توجه است، غرض از رهن خدمات، رهن گذاری ذات خدمات است و نه رهن گذاری آثار و منافع ناشی از خدمات می‌باشد. به طور مثال معلم متعهد می‌شود خدمات آموزشی(تدریس یک واحد معین در ترم آینده) خود را به عنوان رهن نزد نهاد مالی بگذارد، در فرض عدم انجام تعهد، طلبکار می‌تواند حقوق مالی ناشی از آن تدریس را توقیف کند یا پزشکی متعهد می‌شود که خدمات پزشکی خود را {به طور مثال ماهانه ٤٠ ساعت خدمت در بیمارستان وابسته به بانک) به رهن گذارد. در فرض نکول، بانک حق دارد از منافع حاصل از ارائه خدمات وی بهره مند شود. همین طور خدمت مشاوره حقوقی، حمل و نقل، طراحی یا مهندسی، هنرمند و امثال آن؛ اما با توجه به رویکرد قانون مدنی، رهن خدمات یکی از مسائل بسیار چالشی است که بر اساس مواد ۷۷۲ و ۷۷٤ قانون مدنی قابلیت رهن را ندارد؛ چه، فاقد قابلیت قبض و وصف عینیت است. اکنون سؤال اصلی این است، آیا خدمات رهن منتهی به آثار فکری، قابلیت رهن‌گذاری را دارد یا خیر؟ پاسخ استدلالی این پرسش، تحت عنوان ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

تحلیل قابلیت رهن خدمات

بررسی قابلیت رهن خدمات مستلزم تحلیل حقوقی این نهاد نوظهور است. با توجه به محدودیت مقرر در قانون مدنی و نیز توسعه دارایی‌هایی غیر ملموس و خدمات فکری، واکاوی حقوقی این مسأله را بیش از پیش ضروری می‌نماید؛ اما قبل از آن بایسته است شرایط رهن مورد وارسی قرار گیرد و سپس به تحلیل این موضوع پرداخته شود.

الف) قابلیت معین بودن موضوع رهن

مشهور فقیهان امامیه علاوه بر شروط عمومی قراردادها در عقد رهن، وجود برخی شروط خاص را ضروری دانسته‌اند. این شرایط عبارت‌اند از: وجود دین ثابت در ذمه (راوندی، ۱٤۰۵: ۵۸/۲؛ خوانساری، ۱٤۰۵: ۳٤٦/۳؛ حسینی روحانی، ۱٤۱٤: ۵۵/۲۰)، لزوم عین بودن وثیقه (طباطبایی، ۱٤۱۹: ۵۰٦/۸؛ مکی عاملی، ۱٤۱٤: ۳۸۷/۳) و قبض (طوسی، بی‌تا: ٤۳۱؛ طباطبایی، ۱۳۸۷: ۵۸۱/۱) و در نتیجه حکم به بطلان رهن دین و منفعت داده‌اند (حلی، ۱٤۰۸: ٦۷/۲؛ حلی، ۱٤۱۸: ۱۳۷/۱؛ خوانساری، ۱٤۰۵: ۳٤٤/۳). برخی بدون ارائه دلیل، صرفاً وجود نظر مخالف بر «لزوم عین» را رد نموده‌اند(حسینی روحانی، ۱٤۱٤: ٦۳/۲۰). قانون‌گذار ایرانی نیز با الهام از اندیشه‌های مشهور فقیهان امامیه (حلی، ۱٤۰۸، ج۲: ٦۷؛ عاملی، ۱٤۱۳، ج٤: ۲۸؛ کرکی، ۱٤۰۸، ج۵: ۲۷٤). در ماده ۷۷٤ قانون مدنی تصریح به لزوم عین معین بودن وثیقه داشته و رهن اعیان غیر مرهونه را مانند دین و منفعت به علت فقدان وصف عینیت باطل دانسته است؛ چه، عقد رهن با قبض وثیقه تمام می‌شود(ماده ۷۷۲ قانون مدنی) و از آن‌جایی که دین و منفعت فاقد وجود خارجی است، قابلیت قبض (طباطبایی، ۱۳۷۸، ج۱: ۵۸۱) و استیفای دین(حسینی عاملی، ۱٤۱۹، ج۱۵: ۲٤۱) در آن وجود ندارد. به همین دلیل برخی حقوقدانان نیز در رهن حقوق و آثار فکری با استنباط از مواد ۷۷۲ و ۷۷٤ ق.م. باتوجه به ماهیت غیر مادی بودن آن اظهار تردید نموده (کاتوزیان، ۱۳٦٤، ج۳: ش۳۵۳؛ امامی، ۱۳۸۲، ج۲: ٤۲۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۳۹) و آثار فکری را در زمره اعیان نمی‌دانند؛ چه، مطابق مدلول مطابقی ماده ۷۷۲ و ماده ۷۷٤ قانون مدنی، دارایی مذکور به طور مادی قابل قبض نیست. در جایی دیگر صریحاً رهن اموال غیر مادی را مردود دانسته است(کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج٤: ۵٤۰) و برخی نیز ادعا نموده، در وضعیت فعلی امکان رهن اموال فکری وجود ندارد(انصاری، ذوالفقاری، ۱۳۹۱: ۱۳-۱٦). بر اساس این استدلال رهن خدمات آثار فکری نیز در گستره رهن منفعت و دین قرار می‌گیرد و به علت فقدان مادی بودن وثیقه، بنابر قاعده باید باطل باشد؛ چه، قابلیت قبض را ندارد. با این حال، برخی حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷٦: ۲٤۰/٤) تلاش کرده‌اند توجیهاتی در راستای تجویز رهن اموال غیر مادی بیابند.

ب) استدلال‌های حقوقی برای امکان رهن اموال غیر مادی

برخی حقوقدانان تلاش کرده‌اند استدلال‌هایی را برای تجویز رهن پدیده های غیر مادی ارائه دهند:

Pre-final, unedited, and non-proofreading version

۱. تمایز بین سند و موضوع سند در رهن اموال

لازم به ذکر است که ماده ۷۷۴ قانون مدنی ناظر به بدهی‌ها و مطالبات خاص نمی‌باشد؛ زیرا اسنادی که گویای این‌گونه مطالبات هست، دارای ارزش مبادله‌ای مستقل و خودمختاری می‌باشد و به همین علت، انتقال و دریافت فیزیکی این اسناد، به منزله معادل انتقال و تسلیم مالیت واقعی موضوع آن‌ها محسوب می‌گردد و نه صرفاً انتقال یک حق یا تعهد غیر مادی؛ بنابر این، مشمول محدودیت‌های عمومی ناظر بر رهن اموال مادی نمی‌شود. به عنوان نمونه، می‌توان به اسناد حامل، سهام بی‌نام شرکت‌های سهامی، و اسکناس‌ها اشاره نمود؛ در این اموال، ارزش مالی به گونه‌ای با عین سند پیوند خورده است که تحویل و قبض سند، حکم تحویل و قبض خود مال را دارد» (کاتوزیان، ۱۳۷٦، ج٤: ۲٤۰)؛ اما در خصوص اوراق تجاری با نام{مانند سفته یا برات یا سهام بانام}، باید اذعان کرد که از دیدگاه عرفی میان سند و مال موضوع آن به خلاف اسناد حامل و سهام بی‌نام وحدت و همسانی وجود ندارد؛ زیرا یک سند وجود دارد و یک طلب یا مال موضوع سند. به طور مثال سند سهم با نام صرفاً نشانه‌ای از مالکیت سهامدار است نه این‌که خود برگه مال باشد. به همین دلیل این‌گونه اسناد تنها دلیل یا سند طلب شمرده می‌شود نه خود طلب یا مال. بنابر این، اگر کسی بخواهد چنین اوراقی را به مثابه رهن قرار دهد در واقع چیزی را در رهن گذاشته که ماهیت عینی و قابلیت قبض و اقباض به معنای فقهی و قانونی ندارد(همان: ۵۴۰-۵۴۱) و حال آن‌که مقنن در مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، وثیقه‌گذاری سهام بانام در شرکت سهامی را تجویز نموده است و این نشان می‌دهد که قانون‌گذار سند را معرف موضوع سند قرار داده و در فرض عدم ایفای تعهد از سوی راهن، مرتهن بتواند با در دست داشتن سند، طلب خود از موضوع سند ایفا کند

با این وجود، در توجیه امکان رهن این دسته از اموال گفته شده که ضرورتی ندارد مال مورد رهن، از نوع اموال اصیل باشد؛ بلکه اموال اعتباری نیز می‌تواند قابلیت وثیقه‌گذاری را داشته باشد و می‌توان آن‌ها را در دایره شمول ماده ۷۷۴ قانون مدنی گنجاند(جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۶۹) به نظر این استدلال منطقی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا، در منطق و لسان حقوقی، سند وسیله اثبات یک حق است و نه نفس موضوع حق. به این دلیل سند نمی‌تواند جای مسند (موضوع) قرار گیرد و از این‌رو، نبایستی بین سند و موضوع سند را خلط کرد. به علاوه، لحاظ کردن رهن خدمات به عنوان مال آلی نیز درست نیست؛ برای این که رهن خدمات خود دارای موضوعیت و اعتبار است و دارای ارزش مستقل بوده و اعتبار آن در حال حاضر، بیش از اموال مادی است.

۲. جانشینی مال وثیقه در رهن

در ماده ۷۷۴ قانون مدنی، قانون‌گذار صراحتاً رهن ابتدایی دیون و منافع را غیرمعتبر اعلام نموده است؛ با این وجود، جایگزینی این اموال و سایر نمونه‌های اموال غیرمادی به عنوان جانشین وثیقه، با توجه به اطلاق ماده ۷۹۱ قانون مدنی، فاقد اشکال حقوقی خواهد بود. به عبارت دیگر، چنان‌چه پس از انعقاد عقد رهن، مال مورد وثیقه به هر دلیلی از بین برود و در مقام جبران، عین کلی، منفعت یا مبلغی پول تعیین شود، مال جایگزین به عنوان مال وثیقه بلامانع خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۱۰) این استدلال نیز شایسته به نظر نمی‌رسد؛ زیرا از مفاد ماده ۷۹۱ قانون مدنی به‌تنهایی نمی‌توان، صحت رهنِ اموال غیر مادی و از جمله رهن

Pre-final unedited and pre-proofreading version

خدمات را به عنوان جانشین وثیقه استنباط نمود؛ چه، در متن ماده یاد شده نسبت به اوصاف و ویژگی‌های مال جایگزین، تصریحی به میان نیامده است. با وجود این، سکوت ماده ۷۹۱ از چگونگی ویژگی‌های مال جایگزین، به معنای آن نیست که هر نوع مالی می‌تواند به عنوان جانشین وثیقه، مورد رهن واقع شود؛ بلکه برای استنباط صحیح مفاد ماده ۷۹۱، لازم است با رجوع به سایر احکام و قواعد مندرج در قانون مدنی، به ویژه حکم مقرر در ماده ۷۷۴، شرایط و اوصاف لازم برای مال مرهونه ـ اعم از اصل یا بدل ـ احراز گردد(علوی قزوینی، ۱۳۸۲: ٦۹؛ کریمی، ۱۳۷٦: ۲۳).

۳. ماهیت عین در ماده ۷۷٤ قانون مدنی

غرض از واژه «عین» در ماده ۷۷۴ قانون مدنی، ذات و حقیقت مال به عنوان اصل آن است؛ مفهومی که در برابر دین و منفعت قرار دارد، نه الزاماً موجودیت خارجی و محسوس آن. به تعبیر دیگر، گاه «عین» در معنای خاصِ دارای ماهیت مادی و قابل لمس (Tangible) استعمال می‌شود که در این صورت، در مقابل اموال غیرمادی، نظیر حقوق مالکیت فکری از جمله حق اختراع، قرار می‌گیرد؛ اما در معنایی دیگر، «عین» در برابر «منفعت» قرار داده می‌شود که در این صورت غرض، خودِ مال به عنوان اصل و منشأ ارزش است. این دوگانگی در برداشت، از اشتراک لفظی نشأت گرفته و باعث شده که گاه معنای نخست جای خود را به مفهوم دوم بدهد (کریمی، معین اسلام، ۱۳۸۷: ۳۱۸). باید گفت: لزومی ندارد که حق داین از عین مال استیفا گردد؛ بلکه می‌توان از محل فروش عین مرهونه یا بدل آن پرداخت کرد و این کار نسبت به منافع نیز قابل اجراست؛ چه مانعی دارد که منافع به دیگران یا مرتهن تفویض شود و بهای آن وثیقه طلب باقی بماند(کاتوزیان، ٥٤٢/٤)

قانونگذار از واژگانی نظیر «باید» و «باطل است» در ماده ۷۷٤ قانون مدنی استفاده کرده که معمولاً برای بیان مقررات امری از آن‌ها استفاده می‌شود. بنابر این، این ماده را باید از مصادیق نظم عمومی دانست؛ اما با دقت و تأمل در مبانی حقوقی ماده مذکور، می‌توان آن را از عداد مقررات ناظر بر نظم عمومی خارج دانست؛ مؤید این دیدگاه –همان طور که اشاره شد– مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ است که وثیقه‌گذاری سهام بانام در شرکت سهامی را تجویز نموده است. به مقتضای قاعده، هرگاه شارع یا قانون‌گذار، حکمی را به منظور حفظ نظم عمومی و تأمین مصالح اجتماعی، در زمره قواعد آمره و تخلف‌ناپذیر وضع نماید، التزام عملی خود به آن را نیز در موارد دیگر رعایت خواهد کرد و از عدول یا نقض آن حکم در مقام تقنین، احتراز می‌نماید (شهبازی نیا، ۱۳۸٦: ۱۲۳) در حالی که قانون‌گذار در قوانین و مقررات بعدی عملاً از آن عدول کرده است و این نظر را تقویت می‌نماید که گفته شود ماده ۷۷٤ قانون مدنی از قواعد مربوط به نظم عمومی نیست. برای توجیه این مسأله باید گفت: درست است که قانونگذار از اصطلاحات امری در ماده ۷۷٤ قانون مذکور استفاده کرده و در نتیجه باید آن را از مصادیق نظم عمومی دانست؛ ولی با توجه به زمان تصویب قانون مدنی (۱۳۰۷) و قانون تجارت (۱۳٤۷) و فاصله زمانی که بین این دو قانون وجود دارد، می‌توان گفت: قانون‌گذار با توجه به تحولات و اقتضائات جامعه ماده ۷۷٤ قانون مدنی را توسط مواد ۱۱٤ و ۱۱۵ قانون تجارت نسخ ضمنی کرده و بدیهی است که نسخ منافاتی با نظم عمومی بودن قانون پیشین ندارد.

Pre-final unedited and non-proofreading version

به هر صورت، تلاش حقوقدانان در خور ستایش است و هر یک سعی داشته‌اند بر اساس چارچوب نظری خود، راه حلی برای برون رفت از این چالش بیابند. ایراد کلی و اساسی که این دیدگاه‌ها دارند این است که این آراء و نظریه‌ها فارغ از قوانین و مقررات حاکم بر نظام بانکی و سایر قوانین مرتبط ابراز شده، در حالی که با دقت در قوانین حاکم بر نظام بانکی و برخی قوانین و مقررات دیگر استنباط می‌شود که قانون‌گذار دیدگاه عدم اشتراط عینیت در وثیقه را پذیرفته و این گام بزرگی در مسیر توسعه تجارت و سرمایه گذاری خواهد بود.

ج) بررسی دیدگاه‌ها درباره لزوم عین معین در مال مرهونه

بر اساس ماده ۷۷۴ قانون مدنی، مال مرهونه باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. بر همین اساس، برخی فقها و حقوقدانان با توجه به لزوم عینیت و قابلیت قبض مال مرهونه، رهن اموال غیرمادی و از جمله آثار فکری را با اشکال مواجه دانسته‌اند. مطابق این دیدگاه، خدمات آثار فکری به دلیل فقدان وجود مادی و عدم قابلیت قبض، نمی‌تواند موضوع رهن قرار گیرد. در مقابل، برخی حقوقدانان با استناد به تمایز میان سند و موضوع سند و نیز امکان جانشینی مال وثیقه، امکان توثیق اموال غیرمادی را مطرح کرده‌اند. با این حال، این استدلال‌ها به‌تنهایی برای پذیرش رهن خدمات کافی نیست؛ زیرا نه می‌توان سند را با موضوع حق یکسان دانست و نه از اطلاق ماده ۷۹۱ قانون مدنی، بدون توجه به شرایط ماده ۷۷۴، جواز رهن هر نوع مال غیرمادی را استنباط کرد.

به نظر می‌رسد مبنای مناسب‌تر برای پذیرش رهن خدمات آثار فکری، بررسی مفهوم عین و مالیت در پرتو تحولات حقوقی و اقتصادی است. عینیت مقرر در ماده ۷۷۴ لزوماً به معنای وجود مادی و محسوس نیست؛ بلکه می‌تواند ناظر بر وجود و استقلال حقوقی مال باشد. افزون بر این، خدمات آثار فکری، در صورت برخورداری از ارزش اقتصادی، قابلیت اختصاص و منفعت مشروع، واجد وصف مالیت بوده و برخی آثار و نتایج آن نیز قابلیت تقویم و انتقال حقوقی دارند. از سوی دیگر، ماده ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها با پذیرش دارایی‌ها و حقوق مالی به‌عنوان موضوع وثیقه و عدم شرط قبض در تبصره آن، رویکردی متفاوت از الگوی سنتی ماده ۷۷۴ قانون مدنی اتخاذ کرده است. اما در کنار مالیت و قابلیت اختصاص و انتقال خدمات آثار فکری، مؤید امکان توثیق آن‌هاست. بنابراین، صرف فقدان عینیت مادی را نمی‌توان مانع مطلق توثیق خدمات آثار فکری دانست و با جمع میان مبانی حقوقی، مالیت خدمات و تحولات تقنینی اخیر، قابلیت توثیق این خدمات قابل دفاع است.

۱. آیین نامه‌های بانکی

در نظام بانکی ایران، آیین‌نامه‌های متعددی در خصوص وثیقه‌گذاری اموالی که موضوع آن عین معین نیست، به تصویب رسیده است. نمونه بارز آن، آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و اعطای تسهیلات ارزی به

pre-final, unedited and pre-proofreading version

شرکت‌های ایرانی برنده در مناقصه مصوب ۱۳۸۱/۸/۲۷ است. به موجب ماده ۵ این آیین‌نامه، برخی مصادیق به‌عنوان وثیقه قابل پذیرش شناخته شده‌اند که در زمره‌ی «عین معین» قرار نمی‌گیرند. ماده مزبور مقرر می‌دارد:

برای اعطای تسهیلات (اعتبار فروشنده)، موارد زیر نیز به عنوان وثیقه قابل قبول بانکی تلقی خواهد شد: ۱) اعتبارات اسنادی قطعی گشایش‌شده توسط کارفرما به نفع پیمانکار در بانک‌های معتبر که بر اساس قرارداد منعقده افتتاح گردیده باشد.

۲) «قرارداد انجام کار» به همراه «تضمین‌نامه» حقوقی شرکت‌های کارفرمای دولتی، مبنی بر تعهد پرداخت اقساط معوق مطالبات بانک از محل حقوق پیمانکار، به علاوه اسناد مطالبات قطعی ناشی از کارهای انجام‌شده. بر این اساس، اسناد مطالبات قطعی و اعتبارات اسنادی قطعی در شمار وثایق قابل قبول بانکی پذیرفته شده‌اند، هرچند که در مفهوم سنتی رهن، «عین معین» محسوب نمی‌شوند.

علاوه بر این، مطابق ماده ۲۶ آیین‌نامه اجرایی عملیات پولی و بانکی در مناطق آزاد تجاری- صنعتی (مصوب ۹/۹/۱۳۷۸)، به استناد ماده ۱۸ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری- صنعتی ایران)، واحدهای بانکی مناطق آزاد مجاز به پذیرش سهام خود به‌عنوان وثیقه برای تسهیلات اعطایی نیستند. مفهوم مخالف این حکم آن است که پذیرش سهام سایر شرکت‌ها یا نهادها، به‌عنوان وثیقه تسهیلات بانکی، فاقد اشکال قانونی خواهد بود؛ هرچند پیش‌تر تأکید شد که سهام ذاتاً «عین معین» محسوب نمی‌شود. افزون بر این موارد، آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی از طرف بانک‌ها مصوب ۱۸/۴/۱۳۷۳ شورای پول و اعتبار، به موجب ماده ۲، در کنار پذیرش دسته‌ای از اموال(نظیر وجه نقد و طلا) که به وضوح مصداق «عین معین» هستند. گروه دیگری از دارایی‌ها را نیز به عنوان وثیقه معتبر دانسته که مشمول تعریف عین معین نمی‌شوند؛ از جمله اسناد تجاری و سپرده‌های سرمایه‌گذاری و مانند آن. همچنین میتوان به راه‌اندازی سامانه ثبت اصالت آثار هنری به نشانی www.esalat.ir اشاره نمود که هر هنرمند می‌تواند با ثبت مشخصات اثر خود شامل اطلاعات خالق، تاریخ خلق، جنس و تصویر آن، شناسنامه رسمی دریافت کند. این شناسنامه ضمن تضمین اصالت، امکان بیمه، نقل‌وانتقال و حتی بستر وثیقه‌گذاری بانکی اثر هنری را فراهم می‌کند. از این رو با همکاری بانک صادرات ایران برای نخستین‌بار، آثار هنری می‌توانند به‌عنوان وثیقه جهت دریافت تسهیلات مالی پذیرفته شوند. به این ترتیب، دارایی هنری هنرمندان به دارایی اقتصادی قابل استفاده تبدیل می‌شود؛ اقدامی که در راستای پیوند نظام مالی با اقتصاد هنر کشور صورت گرفته است.(https://www.mehrnews.com) در نتیجه روشن شد که در آیین‌نامه‌های بانکی، صرفاً «اعیان مادی» مبنای وثیقه و رهن گذاری نیستند، بلکه اموال اعتباری و اسناد مالی نیز در قالب وثیقه پذیرفته شده‌اند؛ این امر نشان‌دهنده‌ی توسعه مفهوم وثیقه در حقوق بانکی معاصر است.

۲. دستور العمل‌های بانکی

در این زمینه، دو مجموعه مقرره بانکی حائز اهمیت است: نخست، دستورالعمل اجرایی معاملات و تسهیلات اعتباری موسوم به «بخشنامه ۲۰ ب» است که طی آن انواع وثایق و تضامین قابل قبول برای اعطای تسهیلات بانکی احصاء گردیده است. به موجب این مقرره، مصادیقی از قبیل سپرده‌های سرمایه‌گذاری، اوراق مشارکت تضمین‌شده توسط دولت، ضمانت‌نامه‌های صادره از بانک‌های داخلی و بانک‌های معتبر خارجی، سهام شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار، قبوض انبارهای عمومی، سفته (اعم از سفته به تعهد مشتری یا با تعهد تضامنی اشخاص ثالث)، سفته جنسی همراه با ضمانت اشخاص ثالث، قراردادهای عادی یا ثبتی مشتمل بر تعهد یا ضمانت شخص ثالث، و نیز تعهدنامه‌های نمونه بانکی به عنوان وثیقه بانکی معتبر شناخته شده‌اند. بررسی این موارد نشان می‌دهد که بخش عمده‌ای از وثایق مذکور ـ همچون سپرده بانکی، سهام، اوراق مشارکت، ضمانت‌نامه و قبض انبار ـ در زمره اعیان معین قرار نمی‌گیرند، بلکه از لحاظ ماهوی مصادیق بارز حقوق دینی و مطالبات محسوب می‌شوند که در پرتو توسعه عرفی و رویه بانکی، قابلیت وثیقه‌گذاری یافته‌اند.

دومین مقرره، دستورالعمل نحوه اعطای تسهیلات ویژه به طرح‌های اختراعی و ابتکاری مصوب ۱۳/۴/۱۳۶۶ است. در ماده ۳ این دستورالعمل تصریح شده است که وثیقه اعطای تسهیلات موضوع ماده ۲ می‌تواند یکی از موارد ذیل باشد: الف) دارایی‌های موجود طرح و همچنین دارایی‌هایی که در آینده و در اثر اجرای طرح ایجاد خواهند شد؛ ب) سهام شرکت سهامی موضوع بند «ج» ماده ۱؛ و ج) سفته امضاشده توسط شرکاء و ظهرنویسی شرکت. دقت در این مقرره نشان می‌دهد که قانونگذار، دارایی‌های آتی ـ که در زمان انعقاد قرارداد وجود خارجی ندارند و از حیث ماهوی مشابه مطالبات بالقوه محسوب می‌شوند ـ را نیز در زمره وثایق پذیرفته است. همچنین اسنادی چون سفته و سهام، که ذاتاً بیانگر حق دینی یا مشارکت مالی هستند، به عنوان مال قابل وثیقه‌گذاری شناسایی شده‌اند.

در همین راستا، قانونگذار با تصویب قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانک‌ها مصوب ۵/۴/۱۳۸۶، رویکرد خود را در پذیرش دارایی‌ها و حقوق غیرعینی به عنوان وثیقه تثبیت نموده است. مطابق ماده ۱ این قانون، بانک‌های عامل مکلف شده‌اند از مطالبه وثیقه‌ای خارج از ارزش دارایی‌ها و عواید آتی طرح، در خصوص متقاضیانی که توان اجرایی و توجیه اقتصادی، فنی و مالی طرح آنان به تأیید بانک رسیده است، خودداری نمایند. بدین ترتیب، قانونگذار به‌صراحت «عواید آتی طرح» را در عداد وثایق مجاز قرار داده است؛ امری که ماهیتاً همان حقوق دینی ناشی از مطالبات آینده است و از حیث حقوقی، خروج از انحصار عین معین در وثیقه‌گذاری و پذیرش گسترده‌تر منابع غیرمادی را نشان می‌دهد. بنابر این، برآیند این مقررات آن است در حقوق بانکی ایران از انحصار عین معین خارج شده و به حوزه‌هایی هم‌چون حقوق دینی، مطالبات، دارایی‌های آتی، اوراق بهادار و سهام تسری یافته است.این تحول نشان می‌دهد که معیار پذیرش وثیقه، صرفاً «مادی و محسوس بودن» موضوع نیست، بلکه قابلیت انتساب اقتصادی و ارزش معاملاتی نیز می‌تواند ملاک قرار گیرد. از آنجا که

Pre-final_unedited_and_not_proofreading_version

خدمات نیز واجد ارزش اقتصادی مستقل و قابل سنجش هستند (مانند خدمات مشاوره‌ای، مهندسی، آموزشی، هنری و فنی)، می‌توان بر پایه همین منطق قانونگذار در پذیرش عواید آتی و مطالبات، مشروعیت رهن خدمات را نتیجه گرفت. همان‌گونه که قانون‌گذار «عواید آتی طرح» را به عنوان وثیقه معتبر دانسته است ـ در حالی که این عواید هنوز وجود خارجی ندارند و ماهیتاً تعهد یا حق دینی‌اند ـ خدمات نیز می‌توانند به عنوان موضوع رهن پذیرفته شوند، زیرا، خدمات دارای منفعت عقلایی و ارزش مالی هستند و قابلیت تقویم به پول را دارند و بنابر این، می‌توانند به‌طور مستقیم یا از طریق قراردادهای تبعی (مانند قراردادهای کار، پیمانکاری یا ارائه خدمات) در قالب رهن قرار گیرند . بنابراین، نتیجه منطقی از رویه و مقررات بانکی کشور آن است که خدمات نیز می‌توانند در زمره‌ی اموال قابل رهن قرار گیرند. این نتیجه مبتنی بر عبور تدریجی حقوق ایران از نگاه سنتی محدودکننده به «عین معین» و حرکت به سوی شناسایی انواع گسترده‌تر دارایی‌ها و منافع، از جمله خدمات، به عنوان موضوع وثیقه است.

د) تطبیق مبانی بر رهن خدمات آثار فکری

چنان‌که پیش‌تر بیان شد، از مجموع قوانین و مقررات ناظر بر نظام بانکی کشور در زمینه اخذ وثایق برای تسهیلات اعطایی، چنین برداشت می‌شود که برخلاف حکم ماده ۷۷۴ قانون مدنی ـ که صحت عقد رهن را منوط به قابلیت تصرف عینی مورد وثیقه می‌داند ـ متقاضی دریافت تسهیلات می‌تواند مطالبات خود از نظام بانکی، از جمله انواع سپرده‌ها، مطالبات ناشی از اوراق مشارکت و نیز اسناد تجاری را به عنوان وثیقه یا رهن نزد بانک تودیع کرده و در ازای آن، تسهیلات مورد نظر را دریافت نماید. پیش‌بینی و تصویب چنین سازوکاری از سوی قانون‌گذار، بیانگر آن است که این اقدام با علم و آگاهی نسبت به تحولات نوین اقتصادی و اقتضائات نظام مالی جهانی صورت گرفته و در واقع نشان‌دهنده عدول مقنن از سخت‌گیری‌های ناشی از اعمال مفاد ماده ۷۷۴ قانون مدنی در شرایط نوین اقتصادی است. ایرادی که بر نظر برخی نویسندگان حقوقی وارد شده این است که در اظهار نظر و استدلال خویش ماده ۷۷٤ قانون مدنی را بدون توجه به سایر قوانین و مقررات، ضابطه قرار داده و بر اساس آن، از شناسایی رهن پدیده‌های غیر مادی از قبیل رهن خدمات اجتناب ورزیده و به علت مغایرت با ماده ۷۷٤ قانون مدنی، رهن موارد مذکور را نپذیرفته‌اند(کاتوزیان، ۱۳۷٦، ج٤: ٥٤٦-٥٤٧؛ صادقی گلدر، دفتر ۸: ۱۷٤-۱۷٥). با این وجود، باید پذیرفت که نویسندگان مذکور در قدم نخست نسبت به عدم مطابقت رهن این اموال با الزامات مقرر در ماده ۷۷٤ قانون مدنی اذعان دارند، به نحوی که در بیشتر این تحلیل‌ها ردپایی از باور به فقدان وصف عینیت در این‌گونه اموال مشاهده می‌شود. در مورد هر یک از این دیدگاه‌ها سؤال‌هایی مطرح بوده که مقتضی پاسخ دقیق و مناسب است که آیا با وجود الزامات قانون مدنی در مورد عقد رهن، باز هم می‌توان رهن خدمات آثار فکری را در قالب پیش بینی شده قرار داد؟ این پرسش ناظر بر این نکته است که آیا استعمال واژه رهن در مقررات بانکی و قراردادی، به معنای شمول تمامی آثار حقوقی عقد رهن به ویژه حق تقدم مرتهن در صورت ورشکستگی راهن است یا این‌که تحقق این آثار، منوط به تصریح قانون‌گذار در هر مورد می‌باشد. در پاسخ به این پرسش، می‌توان دو دیدگاه را مطرح نمود:

Pre-final accepted and pre-proofreading version

۱) به نظر می‌رسد قانون‌گذار با هدف تسهیل فرایند اعطای تسهیلات بانکی و در راستای حمایت از گسترش معاملات اعتباری، به تدریج از حکم مقرر در ماده ۷۷۴ قانون مدنی فاصله گرفته و رهن انواعی از اموال غیرمادی، از جمله منافع حاصل از خدمات و حقوق ناشی از آثار فکری را مورد شناسایی قرار داده است. بر این اساس، می‌توان این نکته را مطرح نمود که حکم مقرر در ماده ۷۷۴ قانون مدنی واجد وصف امری نیست و اگر هم واجد وصف امری بوده در پرتو تحولات تقنینی و نیازهای عملی، به صورت ضمنی نسخ گردیده است. (شهبازی نیا، ۱۳۸٦: ۱۲۳). از این‌رو، می‌توان رهن اموال غیر مادی را حمل بر صحت کرد و احکام و آثار عقد رهن را بر آن بار نمود.

۲) می‌توان چنین بیان کرد که مقنن از حکم مقرر در ماده ۷۷۴ قانون مدنی عدول نکرده، بلکه با قائل شدن وصف «عینیت» برای برخی اوراق بهادار، امکان انطباق آن را با شرایط مقرر در این ماده فراهم آورده است. بدین ترتیب، رهن اوراق بهادار و نظایر آن در دایره شمول موضوع ماده ۷۷۴ قانون مدنی قرار می‌گیرد. این برداشت را می‌توان از بند ۲۴ ماده ۱ «قانون بازار اوراق بهادار» مصوب ۱۳۸۴ استنباط نمود؛ جایی که «اوراق بهادار» هر نوع ورقه یا مستندی تعریف شده که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین یا منفعت آن باشد. به نظر می‌رسد قانون‌گذار در این تعریف برای اوراق بهادار به نوعی عینیت قائل شده است؛ چرا که اوراق را مستند یا نوشته‌ای دانسته که متضمن حقوق مالی و قابلیت نقل و انتقال برای مالک آن دارد و حقوق مترتب بر اوراق نیز متعلق به دارنده آن است. قائل شدن به این استدلال می‌تواند ایرادات وارد بر ماده ۷۷٤ قانونی را مرتفع سازد. در واقع چنین استدلالی در راستای دیدگاه کسانی است که قبل از تصویب قانون اوراق بهادار، رهن اوراق بهادار را از حیث تحلیلی حمل بر صحت نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷٦، ج٤: ٥٤٠؛ جعفری لنگرودی، ۱۳٥۷: ۳٤۹؛ ستوده تهرانی، ۱۳۸۰، ج۳: ۱٦۷). به نظر می‌رسد، تحلیل نخست منطقی‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا در تحلیل دوم مقنن برای سند و اوراق بهادار نوعی عینیت قائل شده است، باید گفت: سند و اوراق بهادار نمی‌تواند جای موضوع را بگیرد؛ زیرا موضوع سند یک پدیده نامحسوس و غیر مادی است و ایراد ماده ۷۷٤ قانون مدنی همچنان باقی است. حتی با وجود این که پدیده فکری در یک ورقه بازتاب پیدا می‌کند، باز هم هیچ تغییری رخ نداده و هم‌چنان یک امر نامحسوس بوده و منع ماده ۷۷٤ قانون مدنی، باقی خواهد ماند، با این بیان درستی تحلیل اول اثبات می‌شود که گفته شود که مقنن از حکم مقرر در ماده ۷۷٤ قانون مدنی عبور کرده و این عبور بر حسب ضرورت و ناشی از تحولات جهانی و تجاری بوده است. با وجود آن، این قوانین از مجرای شوری نگهبان نیز گذشته و در عمل مهر صحت بر آن زده است. بنابر این، رهن خدمات فکری با منع قانونی مواجه نخواهند شد.

ه) تحلیل جایگاه خدمات آثار فکری در ماده ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها

ماده ۷ «قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها» چنین مقرر می‌دارد: کلیه اموال و دارایی‌ها اعم از عین، منفعت، طلب و حقوق مالی، اموال منقول و غیر منقول، اموال مادی و غیر مادی، ... اوراق بهادار، سپرده‌ها، گواهی سپرده‌های ریالی در چهارچوب مصوبات هیأت عالی بانک مرکزی و سپرده‌ها و گواهی سپرده‌های ارزی، عواید

pre-final, edited and proofreading version

قابل تصرف از سهام، ... نشان تجاری(برند)، مالکیت‌های فکری، کالاهای با دوام، بیمه‌های مسئولیت، مجوزهای اداری، ایرانه های نقدی و موجودی انبار(مواد اولیه یا محصول) واحدهای تولیدی ... قابل توثیق می‌باشند.

در تبصره این ماده مقرر شده، قبض شرط صحت قرارداد وثیقه نیست. این امر مانع از قبض مال و دارایی توسط نهادهای وثیقه پذیر نمی‌باشد. این که رهن و وثیقه دارای مفاد واحد است یا خیر؟ در فقه امامیه بین رهن و وثیقه به عنوان دو عقد مستقل قائل نبوده و رهن را به وثیقه دین تعریف کرده است(عاملی، ۱٤۱۰، ٥۱/٤) این تعریف مبین این است که فقیهان امامیه از وثیقه برای تعریف رهن استفاده کرده است. به تبع تدوین کنندگان قانون مدنی بین این دو اصطلاح تفکیک نکرده و ماده ۷۷۱ قانون مدنی در تعریف رهن مقرر کرده است: «رهن عقدی است که به موجب آن، مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد». طبق این تعریف توثیق نتیجه‌ای است که از رهن به دست می‌آید. هرچند ممکن است انحصار به ایجاد از مجرای رهن نداشته باشد. استقراء در قوانین و مقررات مختلف حکایت از رویکرد مختلف قانونگذار نسبت به کاربرد واژه وثیقه و رهن دارد. در برخی موارد وثیقه و رهن را باهم به کار برده و در برخی موارد، تنها اصطلاح وثیقه استفاده کرده است. من باب تمثیل می‌توان به تبصره ۲ ماده ۲٤ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران(مصوب ۱۳۷۰)، ماده ۷ قانون بیمه (مصوب ۱۳۱٦) قانونگذار این دو اصطلاح را مرادف هم بکار برده است و در ماده ۹ قانون معادن (مصوب ۱۳۹۰) و ماده ۳۲۹ قانون مجازات اسلامی، ماده ۱۸ قانون صدور چک و نیز ماده ۷ قانون مالی تولید و زیرساخت‌ها تنها واژه توثیق استفاده شده و قانونگذار در واقع یک تأسیس نوین را به عالم حقوق وارد کرده است. حال، با توجه به این مسأله می‌توان گفت: قانونگذار به نحو ضمنی ماده ۷۷٤ قانون مدنی را نسخ کرده است تا زمینه را برای رهن گذاری مصادیق جدید که با ماده ۷۷٤ قانون مدنی همسانی ندارد در گستره عقد رهن قرار دهد. نمونه بارز آن، ماده۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها است که تحول عظیم و بنیادین در حوزه ساختار رهن و نظام مالی ایران ایجاد کرد و ساختار سنتی رهن را که سد محکمی در مسیر شناسایی اموال غیر مادی (به طور عام) و آثار فکری(به طور خاص) شکست و الگوی جدیدی را بنیان نهاد. در واقع قانون‌گذار با تصویب این ماده سعی کرد از الگوهای سنتی که مبتنی بر رهن اموال مادی و عینی و قابل قبض بود عبور کرد و زیرساخت‌های حقوقی و اقتصادی نوینی را جهت تضمین تعهدات به ویژه در حوزه بانکی پدید آورد. با کنار گذاشتن الگوی سنتی رهن و افزودن دارایی نامشهود در گستره رهن، بستر نوینی را در حوزه وثیقه‌گذاری فراهم ساخت و قانون‌گذار فهرست موسع از انواع اموال و دارایی‌های فاقد وجود خارجی قابل وثیقه ارائه داد تا در مسیر هم‌سویی با معیارهای نوین حقوق رهن و تسهیل جریان اعتبار قدم نهند و انقلابی در نظام تضمین تعهدات به وجود آورد.

نوآوری قانون‌گذار در این ماده را می‌توان بر چهار مؤلفه استوار نمود: ۱) شمول دارایی‌های نامشهود و حقوق مالی؛ ۲) پذیرش توثیق بر منافع و عواید آتی؛ ۳) حذف شرط قبض از ارکان صحت عقد رهن؛ ٤) سلطه اعتباری به جای قبض؛ ٥)مشروعیت بخشی به دارایی‌های غیر مادی و ایجاد پشتوانه مناسب برای اعطا کننده نهادهای مالی، مانند: برندها، بیمه‌ها، دانش‌های فنی، مجوزهای بهره‌برداری، مطالبات تجاری و قراردادی،

Pre-final edited and proofreading version

دارایی‌های آتی(مانند عواید طرح‌های زیربنایی و پاداش پایان خدمت)، مالکیت فکری (نشان تجاری، حق اختراع، کپی‌رایت، (و... که به علت غیر مادی بودن فاقد قابلیت قبض بود، مشروعیت بخشید و پشتوانه مناسبی برای اعطا کننده نهادهای مالی ایجاد شد؛ در حالی که این موارد، بر اساس دیدگاه سنتی، که مبتنی بر عینیت و قبض بود، محل ایراد قرار گرفت. بنابراین، قانون‌گذار با تصویب این ماده نه تنها سعی در بهینه سازی نظام رهن در حقوق ایران نموده، بلکه ابزار سیاست‌گذاری اقتصادی برای رفع موانع تأمین مالی تولید، افزایش بهره وری دارایی‌ها و تقویت رشد فراگیر اقتصادی نیز انجام داد.

البته باید اذعان نمود با وجود برداشتن این گام موفق از سوی قانون‌گذار اجرای عملی این ماده مستلزم تمهیدات و الزاماتی است که بدون تحقق آن‌ها، آثار مورد انتظار حاصل نخواهد شد. از الزامات مهم و اجرایی شدن این ماده مستلزم تدوین آیین‌نامه‌ای جامع و شفاف، بهره‌گیری از تجارب جهانی، و نهادسازی‌های مکمل در حوزه ارزیابی، ثبت و انتقال وثایق است. هم‌چنین، آموزش نظام بانکی برای ارزش‌گذاری دارایی‌های فکری، طراحی مدل‌های جدید بیمه‌ای برای پوشش ریسک‌های ناشی از ارزش‌گذاری ناپایدار و ایجاد زیرساخت‌های ثبتی شفاف و در دسترس عمومی، از مهم‌ترین پیش‌نیازهای اجرایی این ماده تلقی می‌شود. علاوه بر آن، اصلاح برخی مواد قانون مدنی یا طراحی قانون خاص وثایق غیرعینی، می‌تواند به انسجام حقوقی و تسری الزامات تبصره ماده ۷ که هم‌سو با نظریه نوین توثیق بدون قبض است، کمک خواهد نمود(ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا).

۵-۳. اینجا باید به بخشنامه مورخ ۱٤۰٤/۹/۵ دستورالعمل تنظیم قرارداها و فرآیندهای سامانه جامع وثایق و صدور شناسه یکتا اشاره و نقد و بررسی گردد.

و) تحلیل وصف عین معین در خدمات آثار فکری

پس از بررسی دیدگاه‌ها و مقررات نظام بانکی به ویژه ماده ۷ قانون تأمین مالی و تولید زیرساخت‌ها و امکان رهن خدمات منتهی به آثار فکری بر اساس قوانین مذکور، این پرسش مطرح می‌شود که آیا خدمات مال محسوب می‌شود و معیارهای مال را بر خدمات آثار فکری مترتب نمود؟ بر اساس ماده ۷۷٤ قانون مدنی که از نظر مشهور فقیهان امامیه اقتباس شده ، مقرر شده: « مالی که در رهن داده می‌شود باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت» به علت فقدان وجود خارجی باطل است. (حلی، ۱۴۲۰: ۳۹۳/۲؛ آبی، ۱۴۱۷: ۵۴۰/۱). در این میان، قوانین و مقررات نظام بانکی و به ویژه ماده ۷ «قانون تأمین مالی و تولید زیرساخت‌ها» صریحاً قائل به جواز پدیده‌های غیر مادی شده است. شد به نظر می‌رسد با توجه به تحولات تقنینی اخیر و پذیرش دارایی‌های غیرمادی به‌عنوان موضوع وثیقه، قلمرو اعمال ماده ۷۷۴ قانون مدنی نیازمند تفسیر و بازنگری است. افزون در ماده ۷ قانون تأمین مالی از واژه «مال» استفاده شده، و این‌که مال چیست، قانون‌گذار تعریف نکرده، ولی آن‌چه از مصادیق مواد ۸۷۲، ۹٤٦، ۱۲۱٤ و ۱۲۱۷ به دست می‌آید این است که واژه مال به تمام اشیاء و حقوقی که دارای ارزش اقتصادی است، گفته می‌شود(کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۰) و قابلیت اختصاص نیز داشته باشد(مطهری، ۱۳٦۸: ۵۳). بیشتر فقها تعریف مال را به عرف

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

واگذار نموده و گفته‌اند هر آن‌چه از منظر عرف عنوان مال بر آن صدق نماید، در گستره مفهوم مال قرار خواهد گرفت(نراقی، ۱۴۱۷: ۱۱۳). بنابراین، از منظر عرف چه جایگاهی برای رهن خدمات آثار فکری می‌توان تصویر نمود؟ نهاد عرف ماهیت انعطاف پذیری داشته و بسته به شرایط، نقش خود را ایفا می‌کند. در زمان‌های قدیم آثار غیر مادی وجود نداشت و مورد رهن از آثار عینی بود و عرف، بر اعیان مهر تأیید می‌نهاد؛ اما امروزه که آثار غیر مادی و از جمله رهن خدمات آثار فکری در این عرصه قدم نهاده، باز هم مرجع اعتبار آن عرف است. از نظر عرف قرار گرفتن آثار غیر مادی به عنوان وثیقه همانند اشیاء مادی برای مرتهن ایجاد اطمینان می‌نماید؛ چه، هدف از اخذ وثیقه ایجاد اطمینان بوده است(کرکی، ۱۴۰۸: ۴۹/۵؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۱/۶) پس هر آن‌چیزی که برای مرتهن ایجاد اطمینان نماید و در عین حال، دارای ارزش مالی و اقتصادی باشد، می‌تواند مورد وثیقه واقع شود. رهن خدمات آثار فکری هم نوعی مال و حق است؛ ولی از نوع غیر مادی که قابلیت تجسم و عینیت ندارد ولی دارای مالیت و ارزش مالی است و دارای ارزش مبادلاتی بوده و عنوان مال بر آن صدق می‌کند.معیار تمییز ارزشی در این مورد نیز نوعی و عرفی است. یعنی از منظر عرف و عقلاء در نظام بازار مالی به آن نگریسته می‌شود؛ چرا که ارزش، نتیجه رغبتی است که اشخاص جهت به دست آوردن آن چیزی در خود احساس می‌نمایند. خواسته‌ها و نیازهای مردم ساکن در اجتماع باهم شباهت دارد و پذیرش ارزش ملاک نوعی و عقلایی نیز بدین جهت است. البته این، مانع آن نیست که مالی برای دو طرف ارزش مالی داشته باشد و هرچند برای دیگران در برابر موضوع آن بهایی نپردازند. کافی است که انگیزه عقلایی و مشروع باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۱).

به نظر می‌رسد ضوابط مالیت بر خدمات نیز قابل تطبیق است؛ زیرا در مالیت یک شئ، وجود خارجی آن لحاظ نشده، بلکه گفته شده، مال آن چیزی است که دارای ارزش اقتصادی باشد و مردم به آن تمایل و رغبت داشته و در برابر آن پول پرداخت کند (بجنوردی، ۱۳۸۵، ج۱: ۱۵) نیز قابلیت اختصاص در آن وجود داشته باشد و یا به تعبیر فقهی دارای منفعت مقصوده محلله باشد.(نجفی، ۱٤۰٤، ج۲۲: ۳٤۲). به علاوه، این منفعت مقصوده مورد عنایت، عقلاً و شرعاً حلال باشد؛ بدین معنا که دارای مالیت شرعی باشد. همان طور که یکی از فقیهان معاصر به خوبی به ملاک مالیت اشاره نموده که: ضابطه مالیت شئ، هم از نظر اصل وجود و هم از نظر مرتبه و مقدار تابع عرضه و تقاضاست(خمینی، ۱٤۱۵، ج۱: ۲٤٦) و در این خصوص غرض عقلایی ملاک است و این عرف و عقلاءست که میزان مالیت یک شئ را معین می‌کند؛ زیرا عنوان مال و مالیت یک عنوان عرفی و انتزاعی است که از نحوه تعامل عرف و عقلاء، عنوان مال انتزاع می‌گردد و این تعامل تابع زمان و مکان است. پس هرگاه شیء از نظر عرف و عقلاء مطلوبیت داشته باشد و عنصر عرضه و تقاضا بر آن حاکم باشد، آن شئ مال محسوب می‌شود. عنصر مطلوبیت و عنصر عرضه و تقاضا بر خدمات آثار فکری نیز حاکم است. مثلاً شخصی نرم افزار گرافیکی را طراحی کرده یا یک پزشکی متعهد به انجام خدمت در هفته ۲۰ ساعت به یک بیمارستان، یا مهندس نرم افزاری را ساخته و یا شخص شئ جدیدی را اختراع کرده و امثال آن، متقاضیان زیادی در سطح ملی و جهانی ایجاد کرده است. بدیهی است که با توجه به ازیاد تسهیلات، اموال مادی ممکن است کفایت نکند. اما در خصوص نقل و انتقال رهن خدمات می‌توان گفت: رهن خدمات قابلیت

انتقال را نیز دارد. مانند واگذاری حق نشر یک اثر، یا مجوز استفاده از نرم افزار(انتقال نتایج) و یا قراردادهایی که پزشک، نویسنده، هنرمند، استاد، معلم و... متعهد می‌سازد خدمات معینی را در آینده انجام دهد (انتقال تعهد به انجام خدمت). بنابر این، خدمت به مفهوم فعل انسان هرچند عینیت پذیر نیست؛ ولی نتایج و تعهدات ناشی از آن - همان طور که ذکر شد - قابلیت انتقال حقوقی دارد. بنابر این، همین نکته می‌تواند مبنایی برای پذیرش خدمات فکری به مثابه رهن یا وثیقه قرار گیرد.

نتیجه‌گیری

رهن خدمات فکری از مسائل مستحدثه و نوینی است که وارد گستره عقد رهن شده است. بر پایه‌ای الگوی سنتی مقرر در ماده ۷۷٤ قانون مدنی رهن دین و منفعت به علت فقدان وجود مادی فاقد وجاهت قانونی است. رهن خدمات آثار فکری نیز از آن جایی که فاقد وجود خارجی است علی القاعده باید باطل باشد. نمی‌شود انکار کرد با توجه به الزامات قانون مدنی مبنی بر بطلان رهن دین و منفعت و به تبع آن رهن خدمات آثار فکری، اما جستجو در مقررات نظام بانکی نشان می‌دهد که قانون‌گذار رهن اموال غیر مادی را در قوانین و مقررات نظام بانکی و به ویژه در قانون تأمین مالی تولید و زیر ساخت‌ها صریحاً پذیرفته است و حتی در تبصره ماده ۷ قانون تأمین مالی تولید قبض را در عقد وثیقه شرط ندانسته است و این در حالی است که همه‌ی این قوانین از معیار گزینش نظارتی شورای نگهبان گذر کرده و بنابر این، می‌توان قائل به صحت خدمات رهن شد؛ زیرا ضمن عدم شناسایی عین معین بودن و عدم قبض از سوی قانون‌گذار در قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها، ضوابط مالیت نیز بر خدمات قابل صدق است. چه، خدمات دارای ارزش اقتصادی، قابلیت مبادله و اختصاص داشتن و دارای منفعت محلله مقصوده است. عرف و عقلاء مالیت خدمات را مورد تأیید قرار داده است. بنابر این، با اثبات عدم منع قانونی و نیز اثبات مالیت و قابلیت مبادله خدمات، دارندگان خدمات فکری می‌توانند هر نوع معامله از جمله قراردادن آن به عنوان رهن یا وثیقه را انجام دهند.

Pre-final, unedited and uncorrected version

منابع

آبی، حسن(۱۴۱۷)، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

انصاری، علی، ذوالفقاری(۱۳۹۱)، توثیق اموال غیر مادی در حقوق ایران، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۴، ش۶، بهار و تابستان.

انصاری، علی، ذوالفقاری، سهیل(۱۳۹۱)، توثیق اموال غیر مادی در حقوق ایران، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۶.

بجنوردی، سید حسن(۱۴۱۹)، القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر(۱۳۵۷)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: بنیاد راستاد.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر(۱۳۷۰)، حقوق مدنی رهن و صلح، تهران: گنج دانش.

حسینی روحانی، سید صادق(۱۴۱۴)، فقه الصادق، قم: دارالکتب، مدرسه امام صادق(ع).

حسینی عاملی، سید جواد(۱۴۱۹)، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلاّمه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

حلی، حسن بن یوسف(۱۴۲۰)، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم: مؤسسه امام صادق(ع).

حلی، جعفر (۱۴۱۸)، المختصر النافع، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیه.

حلی، جعفر بن حسن(۱۴۰۸)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چ۲، قم، مؤسسه اسماعلیان.خمینی، سید روح الله (۱۴۱۵)، المکاسب المحرمه، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعلیان.

رواندی، قطب الدین(۱۴۰۵)، فقه القرآن، تحقیق: سید احمد حسینی، چ۲، قم: مکتبه آیت الله مرعشی.

ستوده تهرانی، حسن(۱۳۸۰)، حقوق تجارت، تهران: دادگستر.

شهبازی نیا، مرتضی(۱۳۸۶)، انتقال و توثیق ضمانت نامه مستقل بانکی، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۱، شماره ۲، تابستان.

صادقی گلدر، احمد(۱۳۶۵)، معاملات رهنی در قانون مدنی و قوانین ثبت، فصلنامه حق، دفتر ۸.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم(۱۳۷۸)، حاشیه المکاسب، قم: اسماعلیان.

طباطبایی، سید علی(۱۴۱۹)، ریاض المسائل، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

طوسی، محمد بن حسن(بی‌تا)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دارالاندلس.

عاملی، زین الدین(۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

علوی قزوینی، سیدعلی(۱۳۸۲)، رهن دین، اندیشه‌های حقوقی، شماره ۴، پاییز.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲) *اموال و مالکیت*، تهران: میزان.

کاتوزیان، ناصر(۱۳۶۴) *عقود معین*، تهران: دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر(۱۳۷۶) *عقود معین، عقود اذنی – وثیقه‌های دین*، تهران: مدرس.

کاتوزیان، ناصر(۱۳۸۸) *قواعد عمومی قراردادها* تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر(۱۳۸۹)، عقود معین، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی). (۱۴۰۸ ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل‌البیت(ع).

کریمی، عباس، معین الاسلام، محمد(۱۳۸۷)، رهن اموال فکری، فصلنامه حقوق، دوره۳۸، شماره ۲، تابستان.

مطهری، مرتضی(۱۳۶۸)، نظری به نظام اقتصادی اسلام، تهران: صدرا.

Pre-final, unedited, and non-proofreading version

معین، محمد(۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی، تهران: انتشارات امیر کبیر.
مکی عاملی، شمس الدین(۱۴۱۴)، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۵)، قواعد فقهیه، تهران: مجد.
نجفی، محمد حسن(۱۴۰۴)، جواهر الکلام، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
نراقی، مولی احمد(۱۴۱۷)، عوائد الایام، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

Cromroos. Christian(2000). service Management and marketing. john. wiley& sons. Ltd.
https://www.mehrnews.com
Kotler. Philip and Gary Armesrang(2000). Marketing Management. Prentice Hall. USA.
Palmer. Adrian and caterine col(1995). Servic Marketing: Principles and Practice. Englewoodcliffs. New jersey.

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version