



انتقال مطالبات در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن (بررسی موضوع در حقوق فرانسه و ایران)

جعفر جمالی *

چکیده

مطالباتی قابل تبدیل به اوراق بهادار می‌باشند که "قابل انتقال" بوده، و از "شایستگی" تبدیل به اوراق بهادار برخوردار باشند. از نظر حقوق سنتی، انتقال مطالبات با تشریفات دشواری همراه است که با نیازهای حقوق بازرگانی تناسب ندارد، به همین دلیل امروزه در کشورهای گوناگون، راه‌حلهایی برای ساده کردن، و "روان سازی" انتقال مطالبات تدارک شده است. در حقوق فرانسه، با به کار گیری ابزارهایی مانند "سیاهه دالی" و همینطور "توافقنامه واگذاری" مطالبات در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن، قانونگذار نیازهای بازار پول و سرمایه را برآورده ساخته و حقوق تجارت آن کشور را با نیازهای روز انطباق داده است.

در حقوق ایران با توجه به نحوه انشای بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی که با انتقال طلب منطبق است، و تردیدهایی که درباره مطالبات قابل انتقال، و نیز انتقال تضامین و توابع طلب بیان گردیده، وضعیت انتقال طلب و بویژه انتقال مطالبات آتی و تضامین آنها را برای معاملات تبدیل به اوراق بهادار کردن با ابهاماتی مواجه کرده است. تحلیل وضعیت حقوق ایران نشان می‌دهد که به رغم کوشش نویسندگان برای ارائه راه‌حل‌های عملی، نظام کشور ما با نیازهای بازار پول و سرمایه منطبق نیست و برای به روز کردن حقوق ایران در این زمینه قانون گذاری ضرورت دارد.

کلید واژه‌ها

انتقال طلب، انتقال تضامین طلب، سیاهه دالی، تبدیل به اوراق بهادار کردن، ضمان از دین آینده، انتقال مطالبات آتی

* عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد الکترونیکی، دکترای حقوق خصوصی، پست الکترونیکی: jafar.jamali@gmail.com

مقدمه:

انتقال مطالبات، نقش بسیار مهمی در گردش ثروت، تأمین مالی فعالیت‌های اقتصادی، خلق ابزارهای سرمایه‌گذاری، و رونق کسب و کار بنگاه‌های اعتباری درگیر در معاملات و خدمات مربوط به خرید مطالبات، و یا ارائه خدمات راجع به بستن‌کاری‌ها دارد. اهمیت انتقال مطالبات آنگاه آشکارتر می‌شود که در نظر آوریم بیشتر فعالیت‌های صنعتی، بازرگانی، خدماتی، و تولیدی و سرمایه‌گذاری در کشورهای توسعه یافته اعتباری انجام می‌شود، و در نتیجه انبوهی از مطالبات بوجود می‌آید. از این روست که معاملات مربوط به بستن‌کاری‌ها از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. انتقال مطالبات، کانون عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی‌ها توصیف شده است. چگونگی انتقال طلب و آثار آن، بر سرنوشت این عملیات و جاذبه معاملات مربوطه، و بویژه استقبال سرمایه‌گذاران از محصولات که در معاملات مورد بحث طراحی شده‌اند، نقش محوری دارد. امروزه مهندسی مالی و حقوقی موجب شده تا بستن‌کاری‌ها به عنوان ابزاری برای تأمین مالی ساختار یافته و خلق ابزارهای جدید مالی تلقی شوند. یکی از روش‌های نسبتاً تازه تأمین مالی تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی‌هاست.

عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن، فرآیندی برای تأمین مالی ساختار یافته فعالیت‌های اقتصادی است که به موجب آن مطالبات یک موسسه اعتباری یا بنگاه اقتصادی توسط "بانی" عملیات، گردآوری و بسته‌بندی شده، به یک بنگاه با مقصود معین یا "بنگاه واسط" منتقل می‌گردند. بنگاه واسط برای تأمین مالی پرداخت ثمن خرید سبد یاد شده، و به پشتوانه سبد مطالباتی که خریداری کرده اوراق بهادار منتشر می‌کند. منابع حاصل از پذیره نویسی عمومی و یا عرضه اختصاصی اوراق بهادار با پشتوانه دارایی و فروش آن‌ها صرف بازپرداخت بدهی‌های بنگاه واسط به بانی یا فروشنده سبد می‌شود. اوراق بهاداری که در این فرآیند انتشار می‌یابند، نسبت به جریان نقدینگی وصولی مربوط به سبد مطالبات دارای "حق وثیقه" یا سهم مشارکت می‌باشند. به همین جهت اوراق حاصل این فرآیند را "اوراق بهادار با پشتوانه دارایی" می‌گویند. خدمات جمع‌آوری و وصول سبد مطالبات، به طور معمول، توسط همان موسسه واگذارکننده مطالبات یا بانی عملیات انجام می‌شود و او را متصدی وصول و خدمات راجع به مطالبات می‌نامند.^۱

در حقوق فرانسه که مقاله حاضر به آن اشاره دارد، بنگاه واسط عملیات، "صندوق مشترک بستن‌کاری" نامیده شده است. هدف انحصاری صندوق تحصیل مطالبات، و انتشار اوراق است. صندوق توسط شرکتی اداره می‌شود که مدیر صندوق نامیده می‌شود. در این مقاله در پی بررسی تجارب و دست‌آوردهای حقوق مالی فرانسه در زمینه‌های بازارهای مالی، و مقایسه آن با وضعیت حقوقی انتقال طلب از دیدگاه حقوق مالی در ایران است. تا از این طریق راهکاری برای به‌روز رسانی حقوق تجارت و بانکی ایران بدست آید و بستر مناسبی برای توسعه فعالیت‌های مالی در کشور ما فراهم گردد. با توجه به آنچه گفته شد، در نوشتار پیش‌رو پرسش‌های زیر اساسی است:

۱. چه مطالباتی قابل انتقال، و "شایسته" تبدیل به اوراق بهادار کردن‌اند؟

۲. مفهوم انتقال مطالبات، و آثار آن چیست؟ راه‌های انتقال ساده مطالبات در فضای کسب و کار کدامند؟ آیا با توجه به بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی ایران تضامین و توابع طلب، نیز به همراه مطالبات منتقل می‌شوند؟

۳. راهکار متناسب سازی حقوق ایران با نیازهای روز حقوق تجارت و بانکی در این مورد چیست؟

بخش نخست . مطالبات قابل انتقال و شایسته تبدیل به اوراق بهادار کردن

تبدیل به اوراق بهادار کردن همه دارایی‌های مالی امکان‌پذیر نیست و یا به بیان دقیق‌تر به صرفه و همراه با موفقیت نمی‌باشد. دارایی‌هایی مالی باید از شایستگی لازم برای تبدیل به اوراق بهادار برخوردار باشند، و بتوان آن دارایی‌ها را منتقل نمود.

بند یک. مطالبات شایسته

در همه نظام‌های حقوقی، مطالباتی که برای تبدیل به اوراق بهادار منظور می‌شوند، باید با طبیعت عملیات همخوان بوده، دارای شایستگی و مخاطرات معقول باشند.

هر دارایی مالی (حق دینی) که در طول زمان جریان نقدینگی ایجاد کند، دارای قابلیت تبدیل به اوراق بهادار کردن است. این تعریف قلمرو دارایی‌های مالی قابل تبدیل به اوراق بهادار کردن را به شدت گسترش می‌دهد.^۲ اما به طور سنتی، دارایی‌های مالی که از عناصر زیر برخوردار باشند، به اوراق بهادار تبدیل می‌شوند:^۳

۱. دارای جریان نقدینگی منظم و هموار باشند به گونه‌ای که از آن دارایی‌ها، در طول زمان، جریان نقدینگی مستمری ایجاد شود.

۲. مطالبات از کیفیت مطلوب و بالایی برخوردار باشند.

۳. تنوع و ترکیب مطالبات به گونه‌ای باشد که مخاطرات سید کمتر گردد.

۴. ترکیب مطالبات به گونه‌ای باشد که بتوان بر پایه مطالبات منظور شده، اوراق میان مدتی منتشر کرد. البته، در تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی‌های "گردان"،^۴ سررسید بی‌اهمیت است.

۵. بازپرداخت بستانکاری‌ها دوره‌ای باشد (نه یکباره)، تا جریان نقدینگی هموار و کافی برای پرداخت به سرمایه‌گذاران فراهم گردد.

۶. دارایی‌های (مطالبات) موضوع تبدیل به اوراق بهادار کردن می‌باید همگون^۵ باشند.

۷. ترکیب مطالبات و قراردادهای اصلی مربوط به گونه‌ای باشد که حتی اگر بانی تبدیل به اوراق بهادار کردن ورشکست شود، در روند عملیات خلی پدید نیاید.^۶

۸. مطالبات باید قابل انتقال باشند.

۹. تداوم عملکرد دارایی‌ها، و ادعا نسبت به مدیون، مستقل از وجود بانی باشد. به طور مثال قراردادهای اصلی مطالبات نباید انجام فعلی توسط بانی را ضروری بدانند، یا بستگی خاصی به شخصیت بانی داشته باشند.

بند دو. مطالبات قابل انتقال

حقوق فرانسه در گذشته با تأثیر از حقوق رم، بستانکاری را رابطه‌ای شخصی تلقی می‌کرد. اکنون تردیدی وجود ندارد که طلب یک حق مالی دارای ارزش اقتصادی است و جزو دارایی‌های صاحب آن به حساب می‌آید. طلب خواه تجاری باشد یا مدنی قابل انتقال است و تفاوت نمی‌کند که حق منجز باشد، مشروط باشد یا مؤجل. طلب آتی^۷ نیز همانند حق مؤجل و مشروط قابل انتقال است؛ در حقوق فرانسه (دکترین) و در آرای زیادی از احکام دادگاه‌ها، انتقال حق و طلب احتمالی، حتی پیش از آن که عنصری از عناصر آن محقق گردد، جائز شمرده می‌شود.^۸

با توجه به قانون پولی و مالی فرانسه صندوق‌های مشترک بستانکاری می‌توانند "مطالبات واجد الشرايطی" به شرح زیر را تحصیل نمایند:^۹

- (۱) مطالبات ناشی از قراردادهای منعقد شده یا یک سند آتی، بدون توجه به این که میزان و تاریخ سررسید تاکنون تعیین شده باشد و یا خیر،^{۱۰} شامل مطالبات غیرقابل انتقال،^{۱۱} مشکوک الوصول،^{۱۲} یا متنازع‌فیه
- (۲) اسناد بدهی، که هر یک نمایانگر ادعایی علیه بنگاهی است که آن‌ها را صادر کرده، و از طریق ثبت در دفاتر^{۱۳} یا به روش سنتی قابل انتقال اند.^{۱۴}

بخش دوم - چگونگی انتقال مطالبات در حقوق فرانسه

قانون مدنی فرانسه واگذاری بستانکاری‌ها را "بیع طلب" دانسته، و این نوع ویژه از بیع را "انتقال طلب" نامیده است. زیرا در این عمل حقوقی مالکیت طلب به بستانکار جدید منتقل می‌شود.^{۱۵} مقررات قانون مدنی فرانسه درباره شیوه انتقال طلب خشک و سختگیرانه است. البته در حقوق مدنی، رویکرد جذمی قانون مدنی فرانسه، با لزوم حمایت از حق مالک مطالبات در مقابل نیرنگ و مخاطرات مربوط به پرداخت مضاعف، توجیه شده است.

انتقال مطالبات از طریق تبدیل تعهد هم امکان‌پذیر است اما به دو دلیل در کشور فرانسه تبدیل تعهد برای انتقال مطالبات در تبدیل به اوراق بهادار کردن رواج نیافته است: نخست، نیاز به رضایت بدهکار (که در مورد بخش زیادی از مطالبات عملی نیست) و دوم، آن که تبدیل تعهد متضمن انتقال تضامین پشتیبان مطالبات نیست.^{۱۶}

بند یک. انتقال طلب سنتی

از نظر نویسندگان فرانسوی اعتبار بیع طلب به واقع امکان‌پذیر است، قانون مدنی با صراحت آن را پذیرفته، و انتقال طلب را در قالب قواعد بیع و در مواد ۱۶۸۹ تا ۱۷۰۱ بیان نموده است. از نظر دادگاه‌های فرانسه نیز کلیه حقوق غیر مادی را می‌توان موضوع انتقال قرارداد.^{۱۷} البته، از آنجا که انتقال طلب از قواعد خاصی پیروی می‌کند، باید آن را نوع خاصی از بیع دانست. زیرا در این‌جا، ممکن است واگذاری به طور رایگان انجام شود.^{۱۸}

با توجه به مواد ۱۶۸۹ تا ۱۶۹۵ قانون مدنی فرانسه انتقال طلب توافقی است که به موجب آن یک بستانکار

طور ارادی حقی را که بر مدیون دارد به ثالثی (که به جای وی در برابر بدهکار، بستانکار می‌گردد)، واگذار می‌کند. انتقال طلب یا حق یا سهم به دیگری، با تسلیم سند معرف طلب از سوی واگذارنده به منتقل‌الیه محقق می‌شود. بیع طلب یا انتقال آن مستلزم ابلاغ به مدیون و متضمن انتقال توابع طلب مانند امتیاز یا رهن غیر منقول است.

جایابی^{۱۹} مطالبات از طریق انتقال مطالبات، قراردادی است تابع قواعد عمومی و حقوق عام قراردادهای، و می‌باید با شرایط عمومی اعتبار "توافق‌نامه" و مقررات خاص مذکور در مواد ۱۶۸۹ تا ۱۷۰۱ قانون مدنی راجع به نقل مطالبات^{۲۰} مطابق باشد.

ماده ۱۶۹۰ قانون مدنی برای غلبه بر خطری که منتقل‌الیه را در صورت آگاهی نیافتن مدیون بر انتقال تهدید می‌کند، دو شکل ابلاغ را به انتخاب انتقال دهنده مطالبات پیش‌بینی کرده است. ابلاغ واگذاری به بدهکار منقول‌عنه از طریق مأمور اجرا، و پذیرش انتقال از سوی بدهکار به موجب یک سند رسمی.^{۲۱} به محض آن که یکی از این تشریفات به انجام برسد، عملیات واگذاری نسبت به اشخاص ثالث قابل استناد است و تمامی آثار انتقال را به همراه خواهد داشت، و تنها منتقل‌الیه از مدیون اصلی بستانکار خواهد بود، او از تمامی تضامین مربوط بهره‌مند است،^{۲۲} و پاسخگوی تمامی ایراداتی است که بدهکار قانوناً می‌تواند علیه بستانکار به آن‌ها متوسل شود.

قانون همچنین اصول راجع به تسلیم طلب^{۲۳} و مسئولیت واگذارکننده^{۲۴} را بیان می‌نماید. چنین تشریفاتی گاه بسیار سنگین به نظر می‌رسد.

بند دو. انتقال ساده طلب

انتقال ساده مطالبات را می‌توان در معاملات مربوط به اسناد قابل معامله و "سپاهه دالی" مشاهده کرد.

۱- انتقال اسناد قابل معامله

لازمه حقوق تجارت سرعت، روانی و سادگی واگذاری حقوق و مطالبات است. برای پاسخگویی به همین نیاز، اسناد قابل معامله بوجود آمده‌اند. ویژگی‌های (ممتاز) این اسناد موجب گردید تا امروز برای واگذاری پاره‌ای از مطالبات مدنی نیز بکار روند.^{۲۵}

انتقال اسناد تجاری که واگذاری مطالبات را عملی می‌سازد، مشمول تشریفات مقرر در ماده ۱۶۹۰ قانون مدنی نیست. این اسناد تنها با تشریفات ظهرنویسی، از طریق اشاره مکتوب در پشت سند، انتقال می‌یابند. با تحقق ظهرنویسی، منتقل‌الیه در مقابل بدهکار ذینفع سند محسوب می‌گردد. بدهکار چاره‌ای ندارد جز آن که در مقابل دارنده ذینفع سند، ایفای دین کند. در اینجا برخلاف حقوق عام راجع به انتقال مطالبات، از یک طرف ظهرنویس در اجرای اصل تضامن معاملی^{۲۶} ضامن قبول و پرداخت سند است، و از سوی دیگر بدهکار، مطابق اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات، نمی‌تواند به ایرادات مبتنی بر روابط شخصی خود با صادر کننده یا دارندگان قبلی استناد کند.

اگر چه اصول یاد شده پاسخگوی نیاز به سرعت و امنیت در معاملات تجاری‌اند، اما استفاده از اسناد

تجاری، به ویژه برات، مستلزم هزینه است. همین امر، قانونگذار را به سوی تهیه شیوه دیگری برای انتقال مطالبات سوق داده است. شیوه جدیدی که به "انتقال دالی" موسوم گردید، و در عمل به موفقیتی چشمگیر دست یافت.

۲- انتقال حرفه‌ای ویژه مؤسسات اعتباری: انتقال دالی^{۲۷}

در حقوق فرانسه برای ساده‌سازی شیوه انتقال^{۲۸} به موجب قانون دوم ژانویه ۱۹۸۱ (و اصلاحات بعدی آن) سند قابل معامله تازه‌ای طراحی و به رسمیت شناخته شد که از طریق آن مطالبات ناشی از کسب و کار و فعالیت‌های شغلی، قابل انتقال به مؤسسات اعتباری است. در روش تازه، مطالبات در سپاه‌ای ثبت شده و بدون نیاز به تشریفات سنتی و خاص انتقال طلب، واگذار می‌شوند. مهم‌تر از آن، با شیوه جدید می‌توان مطالبات مذکور را توثیق کرد. منتقل‌الیه می‌تواند از اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق عمومی باشد. و اگر شخص حقیقی است، بستانکاری‌ها باید از فعالیت‌های شغلی او ناشی شده باشند. اما گذشته از منشاء مطالبات، هر نوع بستانکاری خواه حال باشد یا مؤجل، قطعی باشد یا مشروط، محتمل باشد یا موجود، از این طریق قابل انتقال است.^{۲۹}

هدف قانون شماره ۱-۸۱ مورخ ۲ ژانویه ۱۹۸۱ (معروف به قانون دالی) که بعدها مورد اصلاح واقع شده، تسهیل کسب اعتبار برای بنگاه‌ها بوده است.^{۳۰} قانون با همین منطق، شیوه واگذاری مطالبات از طریق "سپاهه دالی"^{۳۱} را به وجود آورد. متن قانونی موضوع بحث که در قانون پولی و مالی جای گرفته،^{۳۲} ساز و کار سپاهه دالی را به ترتیب زیر تعریف می‌کند: "تمام اعتباراتی که یک مؤسسه اعتباری به شخص حقوقی حقوق خصوصی و یا عمومی، یا به شخص حقیقی در اجرای فعالیت شغلی و حرفه‌ای وی عطا می‌کند، می‌تواند به نفع این مؤسسه، صرفاً با تسلیم یک سپاهه‌ای، توثیق یا انتقال تمامی مطالباتی که او امکان دریافت آن از دیگری دارد را، توسط ذینفع این اعتبار، تحقق بخشد."^{۳۳}

علی‌القاعده، روش اقدام چنین است که بانکدار از مشتری خود فهرستی مشتمل بر مطالبات شغلی و حرفه‌ای وی، دریافت می‌دارد و در مقابل مبلغ کل ارزش مطالبات واگذار شده را پس از کسر هزینه‌های ناشی از عملیات، به او تسلیم می‌کند. بدین ترتیب، واگذار کننده سپاهه از طریق تسلیم مستندی که مطالبات واگذار شده را به بانکدار انتقال می‌دهد، اعتبار دریافت می‌دارد. سپاهه انتقال حاوی موارد خاصی مانند تسمیه سند به "سند انتقال مطالبات شغلی"، ذکر این که سند تابع قانون دالی است، نام مؤسسه اعتباری ذینفع، تعیین یا تفرد مطالبات واگذار شده، و موارد دیگر تصریح شده در قانون می‌باشد.

سپاهه‌ای که از آن یاد کردیم به امضای واگذار کننده می‌رسد، و به منتقل‌الیه تسلیم می‌گردد. در این صورت تمامی حقوق راجع به مطالبات و نیز توابع و ملحقات آن، و به‌ویژه، وثایق تضمین کننده طلب به خریدار انتقال می‌یابد، و واگذاری در تاریخ مذکور در سپاهه، برای اطراف آن و نیز در برابر اشخاص ثالث قابل استناد می‌گردد. خاصیت این ابزار آن است که واگذارنده را از تکلیف ابلاغ به بدهکاران محال علیهم معاف می‌دارد.^{۳۴}

بدهکار منقول عنه می‌تواند واگذاری انجام شده را بپذیرد و بدین ترتیب متعهد به پرداخت مستقیم بدهی خود به دارندهٔ سیاهه، یعنی همان منتقل‌الیه باشد. بدهکار حق استناد به ایرادات مبتنی بر روابط شخصی با انتقال دهنده را ندارد. در حالت کلی، اجرای این مکانیسم مفید جلوه می‌کند. با این حال، مشکلات گوناگونی در خصوص تشریفات ناظر بر تعارض بین بدهکار منقول عنه و منتقل‌الیه و همچنین مرافعه‌هایی بین منتقل‌الیه و اشخاص ثالث بروز می‌نماید که دکتین را به طرح پرسش‌هایی دربارهٔ آینده این مکانیسم سوق داده‌اند.^{۳۵} ساز و کاری که از آن یاد کردیم، به سیستم مورد استفاده برای اجرای عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن نزدیک است، اما همانند و نمایانگر آن نیست.^{۳۶} به طور خلاصه، واگذاری دالی مستلزم رعایت شروط شکلی و شروط اساسی مقرر در نظام حقوقی است. به عنوان شرط اساسی، واگذاری تنها به مؤسسهٔ اعتباری امکان‌پذیر است. به علاوه، اشخاص حقیقی، تنها می‌توانند مطالبات شغلی و حرفه‌ای را واگذار کنند.^{۳۷}

شرایط شکلی سیاههٔ انتقال که در مادهٔ ۲۳-۳۱۳ L. قانون پولی و مالی ذکر شده است، به گونه‌ای که در نبود این شرایط شکلی، واگذاری بی‌ارزش خواهد بود.^{۳۸} از جمله شرایط شکلی این است که بستنکاری‌های موضوع واگذاری می‌باید به طور روشن، در سیاههٔ انتقال منعکس باشند.

۳- چگونگی انتقال مطالبات در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن

در تبدیل به اوراق بهادار کردن، شیوهٔ واگذاری مطالبات دست‌کم از نظر شکل ظاهری با سیاههٔ دالی مطابقت دارد. سیاههٔ دالی مزیتی غیر قابل چشم‌پوشی دارد و آن قابلیت انتقال تعداد قابل توجهی از مطالبات در یک سند واحد است. در عین حال در مکانیسم موضوع قانون دالی تنها انتقال مطالبات شغلی امکان‌پذیر است، و از طریق فهرست واگذاری نمی‌توان مطالبات را به ارگانی غیر از مؤسسهٔ اعتباری منتقل نمود. از این تکنیک‌ها کم و بیش در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن استفاده می‌شود. اما به طور کلی می‌توان گفت که عناصر و محدودیت‌هایی که در بالا برای انتقال دالی ذکر شد، با قلمرویی که از عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن ترسیم می‌شود، سازگاری ندارند.

۳-۱- واگذاری مطالبات در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن:

سند انتقال مطالبات در اینجا هم در مادهٔ ۴۳-۲۱۴ L. قانون پولی و مالی واگذاری مطالبات از طریق یک جدول یا سیاهه پیش‌بینی شده است. نکات گوناگون یا شرایط شکلی لازم‌الرعایه در سیاههٔ انتقال در تصویب‌نامهٔ شمارهٔ ۱۵۸-۸۹ مورخ ۹ مارس ۱۹۸۹ منعکس می‌باشند:

- نامگذاری ورقه به "سند انتقال مطالبات"
- اشاره به این که واگذاری مشمول مقررات قانون شمارهٔ ۱۲۰۱-۸۸ مورخ ۲۳ دسامبر ۱۹۸۸ راجع به "ارگان‌های سرمایه‌گذاری جمعی در اوراق بهادار" می‌باشد و متضمن ایجاد صندوق مشترک بستنکاری است.
- تعیین منتقل‌الیه

- تعیین و تفرید مطالبات واگذار شده یا عناصر مؤثر بر این تعیین یا تفرید
 - تعیین منتقل الیه
 - تعیین و تفرید مطالبات واگذار شده یا عناصر دارای قابلیت انجام این تعیین یا تفرید، به ویژه با تعیین: بدهکار، مکان پرداخت، جمع مطالبات یا ارزشیابی آن‌ها، حسب مورد سررسید آن‌ها. در صورتی که انتقال مطالبات با استفاده از یک فرآیند کامپیوتری انجام شود، که امکان تعیین ماهیت مطالبات را فراهم آورد، علاوه بر سه مورد اخیرالذکر، ممکن است سیاهه به روش تعیین و تفرید، تعداد و مبلغ کل مطالبات محدود شود.
 - هرگاه، حصه‌های صندوق^{۳۹} برای پذیره‌نویسی توسط انتقال دهنده، سرمایه‌گذاران واجد شرایط یا سرمایه‌گذاران غیرمقیم در نظر گرفته شود، و چنانچه انتقال مطالبات مورد نظر، توسط یک فرآیند کامپیوتری انجام پذیرد، فهرست ممکن است علاوه بر آنچه در بالا مورد اشاره قرار گرفت، شیوه انتقال، تعیین و تفرید مطالبات، تعداد، مجموع کلی آن‌ها یا در صورت نبود آن، ارزشیابی این دو داده اخیر را نیز شامل شود.
 - اشاره به این که انتقال مطالبات مستلزم تعهدی برای واگذارکننده به عنوان مؤسسه مسئول وصول مطالبات برای اقدام در جهت انجام کلیه اقدامات ضروری برای حفاظت از وثایق، برای انجام تغییرات اصلاحی احتمالی در آن‌ها، در به کارگیری آن‌ها، در برداشت از آن‌ها و در اجرا گذاردن و اجرای الزامی آن‌ها^{۴۰} به همراه دارد. هر مؤسسه جدیدی که مسئول وصول مطالبات گردد نیز تعهدات یاد شده را بر عهده خواهد داشت.
 - با ارائه این ساز و کار، متون قانونی از شیوه سنتی واگذاری مطالبات که در ماده ۱۶۹۰ قانون مدنی مقرر گردیده است، فراتر رفته‌اند. البته، فرمول اخیر نیز، همانند همه فرمول‌های جدید، با تردیدهایی مواجه است. در مورد ماهیت حقوقی سیاهه "مدل تبدیل به اوراق بهادار کردن"^{۴۱} این پرسش مطرح شده است که آیا این سیاهه را می‌توان قرارداد دانست؟ به نظر می‌رسد در این مورد، بیشتر با یک سند "به صورت فرم اجباری"^{۴۲} مواجهیم که با صرف تسلیم آن، مطالبات انتقال می‌یابند. تلقی اخیر کاملاً با قانون انطباق دارد.^{۴۳}
 - از نظر کاربردی، نه در قانون ۲۳ دسامبر ۱۹۸۸، و نه در دستورالعمل اجرایی آن، قانونگذار امضای سیاهه توسط واگذار کننده را ضروری ندانسته است. در این مورد به نظر برخی صاحب نظران، اشتباهی رخ داده است. به نظر برخی دیگر، این یک حذف و اهمال ارادی با این توجیه است که امضای فهرست دالی "مدل مرجع"^{۴۴} و منشأ منازعه بوده است.
- ۴- کنوانسیون واگذاری**
- در حقوق فرانسه قرارداد واگذاری مطالبات را توافقنامه^{۴۵} خوانده‌اند و نه عقد.^{۴۶} گروهی از حقوقدانان عقیده دارند

در انتقال طلب، عقد در ایجاد حق نقشی ندارد و انتقال طلب مصداق عقد نیست، بلکه ناشی از توافق است. زیرا توافق می‌تواند هم موجب انتقال حق شود و هم تعدیل و ایفای حق. پس توافق اعم از عقد است.^{۴۷} البته گروه دیگری از نویسندگان، انتقال طلب را تابع شرایط عمومی صحت عقد دانسته‌اند.^{۴۸} در مورد عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن قانونگذار توسعه‌ای با اهمیت برای توافق‌نامه واکذارى منظور نداشته و وجود چنین توافق‌نامه‌ای را با اشاره به این که می‌توان برای واکذار کننده مطالبات نسبت به تمام یا بخشی از مازاد احتمالی تصفیة صندوق، منافی پیش‌بینی کرد، تصویر نموده است. بدین ترتیب، تنظیم توافق‌نامه مورد بحث اقدامی نیست که اعتبار عملیات منوط به آن باشد. اما تنظیم توافق‌نامه واکذارى مطالبات و توافق درباره مفاد آن به گونه‌ای که تمامی مسائل فیما بین انتقال دهنده و منتقل‌لیه را پوشش دهد، ضروری است. زیرا گمان می‌رود که سیاهة انتقال نتواند به طور سیستماتیک پاسخگوی همه این مسائل باشد. امروزه ترجیح بر این است که طرفین در توافق‌نامه واکذارى ابعاد دقیق عملیات مورد نظر را تعیین نمایند.

۱-۴- محتویات کنوانسیون واکذارى

در کنوانسیون واکذارى امکان واکذارى پرتفوی مطالبات، چگونگی آگاه‌سازی بدهکاران منقول‌عنه، تضامینی که واکذار کننده در قبال عدم مطابقت مطالبات با معیارهای تعیین شده برای شایستگی مطالبات (اوصاف شایستگی مطالبات) می‌سپارد، و مواردی از این قبیل قید می‌شود. همچنین در صورت اقتضاء، لازم است در این توافق‌نامه امکان بازخرید مطالبات (موجود در سبد صندوق) توسط مؤسسه انتقال دهنده این مطالبات، در هنگام تصفیة پیش از موعد، پیش‌بینی شود. در نهایت، چون سندی تشریحی همراه توافق‌نامه است که مطالبات واکذار شده و وثایق منضم به آن را دربر می‌گیرد، و به عنوان مکملی مفید برای مقررات (اساسنامه) صندوق مشترک بستانکاری تلقی می‌گردد، می‌توان گفت که کنوانسیون واکذارى در شفافیت و وضوح سیستم اجرا شده سهیم است.

بند دو. آثار واکذارى مطالبات

در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن انتقال بستانکاری‌ها از طریق تسلیم ساده سیاهة انتقال^{۴۹} از سوی انتقال دهنده به شرکت مدیریت صندوق مشترک بستانکاران، صورت می‌پذیرد. واکذارى، "فروش قطعی" فرض می‌شود. مگر در جایی که به طور مشخص عکس این موضوع در سند انتقال تصریح شود.^{۵۰} مطابق ماده ۴۳-۲۱۴ L، پاراگراف هشتم قانون پولی و مالی، تاریخ واکذارى همان تاریخ سند انتقال است. که توسط بانک بر روی سیاهة مطالبات درج می‌شود. از آن تاریخ، بدون لحاظ کردن تاریخ سررسید مطالبات، و این که آیا مطالبات تاکنون باید پرداخت می‌شده‌اند یا نه، انتقال در برابر اشخاص ثالث قابل استناد و لازم الاجراست.

شرط درج تاریخ روی سیاهة انتقال شرطی اساسی است؛ زیرا در این‌جا اعلام به بدهکاران پیش‌بینی نشده است و همین تاریخ نوشته شده بر روی فهرست واکذارى برای استناد به واکذارى در برابر همه کفایت می‌کند.^{۵۱}

در نهایت، مطابق ماده ۴۳-۲۱۴. L، پاراگراف هشتم قانون پولی و مالی، همه حقوق راجع به وثایق و حقوق متفرعه^{۵۲} همراه مطالبات، بدون نیاز به هیچ نوع تشریفات، ثبت یا هزینه‌ای، خودبخود به صندوق مشترک بستانکاران منتقل می‌شود. بعلاوه، صندوق مشترک بستانکاری استحقاق دارد تا پس از به اجرا گذاردن وثایق، دارایی‌های تضمین شده را ضبط یا تملک کند.

الف- آثار واگذاری نسبت به طرفین

واگذاری نسبت به مؤسسه واکذار کننده دارایی‌های مالی و همین‌طور در برابر منتقل‌الیه یعنی صندوق مشترک بستانکاری آثار متفاوتی را در پی خواهد داشت.

۱- آثار واگذاری نسبت به واکذارنده

به طور سنتی، مؤسسه واکذارنده تعهد تسلیم و تضمین وجود طلب در زمان واگذاری را بر عهده دارد. اما توانگری بدهکار را تضمین نمی‌کند، مگر آن که خلاف آن مقرر شده باشد (مواد ۱۶۹۴ و ۱۶۹۵).^{۵۳} در حقوق عام، انتقال دهنده نه تنها ضامن وجود اصل طلب است، بلکه وجود توابع و تضامین آن را نیز تضمین می‌کند. البته، کاهش یا افزایش این مسئولیت با توافق طرفین امکان‌پذیر است. ضمانت مربوط به وجود طلب و ملحقات و تضامین آن حین تراضی است و آینده را شامل نمی‌شود. مگر آن که طرفین با صراحت در این خصوص نیز توافق کنند.^{۵۴}

ماده ۴۶-۲۱۴. L سر خط یکم از قانون پولی و مالی به وضوح بیان می‌دارد که شرایط وصول مطالبات می‌باید در کنوانسیون منعقد شده بین شرکت مدیریت صندوق و مؤسسه واکذار کننده مطالبات، تعیین شود. در بیشتر موارد این اصول محتوایی در توافق نامه واکذار نامی مورد اشاره واقع می‌شوند. توافق نامه واکذار از نظر حقوقی به عنوان اعطای وکالت به واکذار کننده تحلیل می‌شود. علی القاعده موضوع توافق نامه تعیین شیوه‌های مختلف وصول مطالبات و تعهدات مربوط به اوراق در طول عملیات است. از نظر قانونی ماده ۴۶-۲۱۴. L سر خط دوم از قانون پولی و مالی با اشاره به این که تمام یا بخشی از وصول مطالبات می‌تواند به یک مؤسسه اعتباری یا صندوق امانات و سپرده‌ها محول شود، واکذار وصول مطالبات به شخص ثالث را امکان‌پذیر ساخته است.

۲- آثار انتقال نسبت به منتقل‌الیه^{۵۵}

به طور سنتی منتقل‌الیه (صندوق مشترک بستانکاری) متعهد پرداخت بهای مطالبات تحصیل شده است. صندوق مشترک بستانکاری بهای تحصیل مطالبات را با انتشار اوراق، و از محل وجوه حاصله تأمین خواهد کرد. در مقابل، صندوق از بدهکاران منقول عنهم بستانکار خواهد شد. بدین طریق، صندوق تمامی حقوقی که واکذار کننده نسبت به مطالبات و بدهکار منقول له داشت، را خواهد داشت. بویژه او از تمامی حقوق راجع به اقدام‌های قضایی و طرق اجرایی که از بستانکاری وی ناشی می‌شوند، بهره خواهد برد. این حق به طور مستقیم اعمال نمی‌شود و در بیشتر موارد متصدی و مدیر جمع‌آوری و وصول مطالبات همان

واگذارکننده است. از این حیث که واگذاری مطالبات، انتقال تضامین منضم به آن‌ها را نیز در پی دارد، جایگاه واگذار کننده به عنوان مدیر وصول مطالبات تقویت می‌شود.

۱-۲- انتقال تضامین همراه مطالبات موضوع انتقال

در حقوق فرانسه همین که تراضی انتقال مطالبات دارای شرایط تشکیل بیع مطالبات باشد، برای انتقال همه تضامین بستانکاری‌ها و وثایق همراه آن کفایت می‌کند. با تحقق انتقال وثایق، تضامین، و لواحق منضم به هر طلب، از جمله حقوق مربوط به اعیان مرهونه و قابلیت اجرای آن علیه اشخاص ثالث نیز منتقل می‌گردد.^{۵۶}

در ماده (۸) ۴۳-۲۱۴ L. قانون پولی و مالی به موضوع انتقال تضامین همراه طلب اشاره شده است. ماده یاد شده در بردارنده این مفهوم است که در صورت صحت و اعتبار فروش مطالبات به صندوق مشترک بستانکاری، انتقال تضامین به طور خود به خود و کامل انجام می‌پذیرد. ابلاغ انتقال تضامین (به طور مثال اعیان مرهونه) یا تضامین شخصی اعطایی نیز ضرورت ندارد.

در واقع موضوع سر خط ۸ از ماده ۴۶-۲۱۴ L. قانون پولی و مالی که بیان می‌دارد "تسلیم سپاهه، متضمن انتقال تمامی حقوق، انتقال وثایق تضمین‌کننده هر اعتبار (طلب) و قابلیت استناد آن در برابر اشخاص ثالث، بدون نیاز به توسل به شیوه‌های دیگر است". توضیحی است که قانون شماره ۶-۹۳ مورخ ۴ ژانویه ۱۹۹۳ برای برطرف کردن تردیدهای گوناگون در ارتباط با اجرای ماده ۲۱۴۹ قانون مدنی ارائه کرده است. به ویژه آن که این متن، ضروری می‌داند که انتقال مزایا، وثایق و هرگونه تغییر در شخص بستانکار در حاشیه ثبت^{۵۷} قید گردد. البته، ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات مقرر در ماده ۲۱۴۹ قانون مدنی فرانسه، همواره در حقوق عام وثایق، رویه قضایی^{۵۸} و دکتترین موضوع مناقشه بوده است. در مورد تبدیل به اوراق بهادار کردن این مباحث دوباره از سر گرفته شد. برخی گمان می‌کردند که ثبت در حاشیه که در ماده ۲۱۴۹ قانون مدنی پیش بینی شده، غیر قابل چشم پوشی است، در حالی که متخصصان دیگر اعتقاد دارند که رعایت این تشریفات تنها زمانی ضرورت دارد که اطلاع رسانی به اشخاص ثالث الزامی است.

قانون شماره ۷۰۶-۲۰۰۳ مورخ یکم اوت ۲۰۰۳ راجع به امنیت مالی، با اصلاح سر خط ۸ از ماده ۴۶-۲۱۴ L. قانون پولی و مالی و بازنویسی آن،^{۵۹} این تردید که چون صندوق مشترک بستانکاری به دلیل فقدان شخصیت حقوقی خود امکان اقدام حقوقی مقتضی برای تصاحب این نوع وثایق را ندارد، پس وثیقه بدون تصرف^{۶۰} به راحتی نمی‌تواند قابل انتقال باشد، را از بین برد.

با معاف کردن صندوق از اجرای تشریفات موضوع حقوق عام انتقال وثایق عینی، تکنیکی واقعی و ساده شده برای انتقال مطالبات ایجاد شده است. در مورد وثایق و تضامین شخصی اطلاعات مربوط به تضامین ضروری نیست، و واگذاری آن‌ها در هر حال قابل استناد است. این واقعیت که انتقال مطالبات و تضامین منضم به آن می‌باید آسان باشد، بر عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن اثرگذار بوده است، و آژانس‌های ارزشیابی و رتبه‌بندی نیز برای ارزیابی مخاطرات همراه مطالبات، این موارد را لحاظ می‌نمایند.

ب- قابلیت استناد واگذاری

مسئله قابلیت استناد واگذاری در سرنوشت عملیات اثر دارد. اهمیت این اثر در برابر مدیون و اشخاص ثالث برجسته است.

۱- قابلیت استناد واگذاری مطالبات در مقابل اشخاص ثالث

دیوان تمیز فرانسه، اشخاص ثالث را کسانی می‌داند که طرف قرارداد انتقال نیستند اما در این که انتقال دهنده طلب کماکان بستانکار باشد، ذینفع‌اند. در بحث ما اشخاص ثالث بستانکاران مؤسسه واگذار کننده یا بدهکاران منقول عنه می‌باشند.

در حقوق عام تنها زمانی انتقال طلب درمقابل بدهکار قابل استناد است که به وی ابلاغ شود و یا آن را قبول کرده باشد. در عین حال، اشخاص دیگری نیز ممکن است نسبت به توافق انتقال طلب ذینفع باشند. پیش از ابلاغ انتقال به مدیون،^{۶۱} نامبرده می‌تواند با تأدیه دین به بستانکار و در صورت امتناع وی از دریافت، با واریز به حساب صندوق دادگستری (تعیین شده در قوانین)، خود را از دین رها سازد. همچنین بدهکار می‌تواند تا پیش از ابلاغ به وی یا موافقت با انتقال، به تهاتر، مرور زمان و اسباب دیگری که موجب سقوط تعهد و براءت ذمه او شده‌اند، استناد کند.^{۶۲} در مورد ذینفعان دیگر یعنی انتقال گیرندگان دیگر یا بستانکاران انتقال دهنده وضع روشن است، هرگاه پیش از ابلاغ به مدیون، بستانکاران انتقال دهنده، طلب را بازداشت نمایند، بدهکار مکلف به اجرای دستور قضایی است. در مورد انتقال گیرندگان نیز هرکس پیش از انتقال برای تثبیت حق خود اقداماتی را با نادیده انگاشتن انتقال طلب به عمل آورد، (به طور مثال هر کس زودتر انتقال طلب را ابلاغ نماید، یا موفق به اخذ قبولی و تأیید مدیون گردد)، قرارداد انتقال طلب در حق او نافذ و معتبر است.^{۶۳}

پس از ابلاغ انتقال یا قبول مدیون، منتقل‌الیه جانشین ناقل می‌گردد و دائن مدیون اصلی تلقی می‌شود.^{۶۴} مدیون برای آن که بری‌الذمه شود، می‌باید در مقابل منتقل‌الیه و بستانکار تازه ایفای دین کند. جز در موارد استثنایی و خاص، مدیون حق دارد به ایراداتی که می‌توانست در برابر بستانکار اصلی بدان‌ها متوسل شود، استناد کند. اما موضوع در حالتی که مدیون انتقال را می‌پذیرد، نسبت به حالتی که انتقال طلب به وی ابلاغ شده، اندکی متفاوت است؛ در حالت قبولی انتقال، مدیون نمی‌تواند به ایراد مرور زمان یا تهاتر استناد کند.^{۶۵}

۱-۱- قابلیت استناد واگذاری در برابر بستانکاران مؤسسه واگذار کننده

در اینجا اصل بر این است که از تاریخ تحویل سپاهه، بستانکاران، در ارتباط با مطالبات واگذار شده که در واقع از تملک مؤسسه واگذار کننده خارج شده است، نمی‌توانند حقی را اعمال کنند، و یا به شیوه‌ای اجرایی^{۶۶} متوسل شوند.

با این همه، خصیصه مطلق بودن اصل قابلیت استناد انتقال قابل بحث است: نمونه آن در شیوه سنتی، قابلیت استناد در دوره مشکوک تعیین شده^{۶۷} توسط دادگاه، است. در بحث ما، قانون امنیت مالی شماره

۲۰۰۳-۷۰۶ مورخ یکم اوت ۲۰۰۳، در تحکیم امنیت قضایی انتقال مطالبات، در صورت وجود اقامه دعوی جمعی، سهام بوده است. در واقع متن اخیرالذکر، ماده ۲۱۴-۴۶ L قانون پولی و مالی را که مقرر می‌داشت "شرکت مدیر و مؤسسه وصول"^{۶۸} مطالبات انتقال یافته موافقت نمایند که مبالغ وصول شده به حساب بستانکار، حسابی خاص به نفع صندوق یا حسب مورد به سود زیرمجموعه‌ای از صندوق منتقل شود، تا بستانکاران مؤسسه مسئول وصول، حتی با وجود مفتوح بودن دعوی اصلاحی یا تصفیة قضایی علیه آن، قادر به پیگیری پرداخت مطالبات خود از این محل نباشند". به این ترتیب، تفکیک بین دارایی‌های شخص مسئول وصول، که غالباً واگذار کننده است، و دارایی‌های صندوق مشترک بستانکاری، تقویت می‌شود.

۲-۱- قابلیت استناد انتقال در برابر بدهکاران منقول عنهم (محال علیهم)

واگذاری مطالبات، در مقابل بدهکاران منقول عنهم- که اشخاص ثالث می‌باشند- از تاریخی که در هنگام تحویل سیاهه بر روی آن درج می‌شود، قابل استناد است.^{۶۹} در حال حاضر، در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن لازم نیست بدهکار از انتقال آگاه شود و تنها تغییر شخص مسئول وصول مطالبات، می‌باید به اطلاع بدهکار برسد. اگر چه گستره این اطلاع رسانی مشخص نشده است. همچنین نیازی نیست که بدهکار با انتقال موافقت کند. بدهکار حق معارضه با واگذاری را هم ندارد، چرا که واگذاری بر حقوق وی بی‌تأثیر است.^{۷۰}

ج. انتقال مطالبات آتی

واگذاری دریافته‌های آتی موضوعی است که گاهی پرداختن به آن از نظر مفهومی دشوار است. مطالبات آتی، بستانکاری‌هایی هستند که به موجب قراردادی که محقق و یا منعقد نشده بوجود می‌آیند. مانند اقساط قراردادهای اجاره بلند مدت (Leases) که در آتی به راجع به دارایی موجود، پدید می‌آیند. مطالبات تجاری ناشی از قراردادهای تجاری که تاکنون منعقد نشده‌اند، نیز از مصادیق مطالبات آتی هستند. این امکان وجود دارد که همه این‌ها، پیشاپیش واگذار شوند. از آن جا که مطالبات آتی هنوز به وجود نیامده‌اند، درستی انتقال آن‌ها مورد تردید است، زیرا مالی که وجود ندارد را نمی‌توان فروخت، یا انتقال داد.^{۷۱}

در یک پرونده نسبتاً جدید فرانسوی، انتقال جریان نقدینگی آتی، مورد پرسش و چالش واقع شده است: حکم شعبه تجاری^{۷۲} دیوان تمیز^{۷۳} به تاریخ ۲۶ آوریل ۲۰۰۰، مقرر داشت که به موجب "قانون دالی" پس از گشایش فرآیند ورشکستگی علیه انتقال دهنده، منتقل‌الیه نمی‌توانست مبالغ سررسید شده ناشی از یک قرارداد آتی^{۷۴} را از مدیون مسترد را دارد. به نظر می‌رسد که این تصمیم راجع به انتقال مطالبات آتی، نسبت به بنگاه واسط عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن حاکم است. در حال حاضر برخی نمونه‌های قانونگذاری همانند مدل قانونی آنسیترال در پی آن است تا انتقال مطالبات آتی را میسر سازد.^{۷۵}

ماده ۹۴-۲۱۴ R قانون پولی و مالی فرانسه به صراحت امکان تحصیل مطالبات آتی را به رسمیت شناخته است.^{۷۶}

در حقوق آلمان یکی از عناصر کلیدی فروش واقعی تبدیل به اوراق بهادار کردن آن است که انتقال جریان‌های نقدینگی آتی می‌باید در وضعیت ورشکستگی بانی معتبر و زنده باقی بماند. در این فضا، انتقال مطالبات آتی و قراردادهای این مطالبات، دو موضوع اساسی به شمار می‌آیند.

منتقل‌لیه مطالباتی که تنها پس از آغاز رسیدگی ورشکستگی بوجود می‌آیند، از اولویت یا رفتار امتیاز آمیز^{۷۷} برخوردار نیست و دین حق تفکیک این دارایی از اموال موضوع ورشکستگی^{۷۸} را ندارد. مطابق ماده ۹۱ قانون ورشکستگی آلمان، منافع دارایی‌های موضوع ورشکستگی پس از آغاز رسیدگی‌های ورشکستگی، قابل تحویل نیست.^{۷۹}

پس، ضابطه مهم این است که آیا مطالبات موضوع تبدیل به اوراق بهادار کردن دارای شرایط مطالبات آتی^{۸۰} می‌باشند و یا مطالباتی هستند که در زمان انتقال موجود تلقی می‌شوند، اما هنوز سررسید نشده‌اند.^{۸۱} به طور مثال تصمیم دادگاه مدنی فدرال آلمان (BGH)، در مورد مطالبات اجاره‌های بلند مدت این است که مطالبات یاد شده را می‌توان بستانکاری‌های موجودی تلقی کرد که هنوز سررسید نشده‌اند^{۸۲} و انتقال آن‌ها با ورشکستگی انتقال‌دهنده پا برجا می‌ماند. در مقابل، چنین مقرر شده که بستانکاری مربوط به اجاره^{۸۳} که از اجاره بلند مدت دارایی‌های مسکونی ناشی شده‌اند، مطالبات آتی می‌باشند.^{۸۴}

قبول اعتبار انتقال مطالبات آتی ممکن است در مورد مطالبات ناشی از قراردادهایی که برای هر دو طرف واجد تعهدات قراردادی می‌باشند، مانند قراردادهای اجاره بلند مدت،^{۸۵} قراردادهای ارائه خدمات^{۸۶} یا قراردادهای نگهداری^{۸۷} ایجاد اشکال کند. مدیر تصفیه بانی حق دارد تا ادامه قرارداد یا عدم ادامه آن را در صورتی که در زمان آغاز رسیدگی به ورشکستگی، تعهدات هر دو طرف قراردادی هنوز به طور کامل به طور کامل اجرا نشده باشد، تصمیم بگیرد.^{۸۸} رویه قضایی دادگاه مدنی فدرال آلمان^{۸۹} مقرر داشته که اثر تصمیم مدیر تصفیه برای ادامه اجرای قراردادهای ذیربط، "تبدیل" آن قرارداد است.

در نتیجه، در صورتی که مدیر تصفیه، تصمیم به عدم ادامه قرارداد بگیرد، انتقال مطالبات ناشی از این گونه قراردادها، غیر معتبر خواهد شد و قرارداد خاتمه می‌یابد. پس مطالبات ناشی از آن دیگر وجود نخواهد داشت. بنابراین، معمول آن است که برای حصول اطمینان از وجود معیارهای شایستگی مطالبات، دقت شود که تعهدات بانی مطابق قرارداد به طور کامل اجرا شده باشد.^{۹۰}

بخش سوم: انتقال مطالبات در حقوق ایران

در حقوق ما نحوه انشای قانون مدنی در بند ماده ۲۹۲ و ۲۹۳ موضوع انتقال مطالبات، و آثار آن را مبهم ساخته است. وانگهی در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن، موضوع انتقال و تضمین مطالبات آتی نیازمند بررسی و تحلیل است. مطابق روال گذشته نخست به موضوع انتقال مطالبات می‌پردازیم و سپس آثار و قابلیت استناد آن را بیان می‌نمائیم.

گفتار نخست: انتقال مطالبات

در حقوق ایران انتقال طلب در معنای اصطلاحی عقدی است که به موجب آن بستانکاری طلب خود

را، بدون این که بدهکار آن طلب، در این عقد دخالت داشته باشد به دیگری انتقال می‌دهد، انتقال طلب در رابطه بین ناقل و منتقل‌الیه، از زمان ایجاب و قبول محقق می‌شود.^{۹۱} انتقال طلب از این حیث با تبدیل تعهد تفاوت دارد که در انتقال طلب مدیون حق دارد از همه دفاع‌های قانونی که پیش از انتقال داشته (مانند ایراد مرور زمان) کماکان بهره‌بردار.^{۹۲} منتقل‌الیه هم از همه ضمانات و وثایق طلب که پیش از انتقال وجود داشت، بهره‌مند می‌باشد. انتقال مطالبات با عقد ضمان هم تفاوت دارد، در ضمان بستانکاری دائن به دیگری منتقل نمی‌شود، و به گفته آقای دکتر لنگرودی پس از عقد ضمان، تضمینات و دفاع‌هایی که پیش از این در مورد دین در دسترس بود، ساقط می‌شود. انتقال طلب با حواله بر مدیون انطباق دارد، ولی حواله بر بری، انتقال دین است.^{۹۳}

بندیک- انتقال طلب در قانون مدنی

در قانون مدنی ایران قرارداد ویژه‌ای برای انتقال طلب پیش‌بینی نشده است. به نظر نویسندگان می‌توان ماهیت انتقال طلب را تابع عقدی دانست که سبب این انتقال می‌شود:

چنانچه انتقال طلب در برابر پول انجام شود، قراردادی که واقع می‌شود بیع است و اگر قرارداد انتقال طلب مبتنی بر تسالم و تسامح باشد، بسته به مورد، قرارداد صلح یا هبه است. در صورتی که انتقال در اثر دستور بدهکار به پرداخت بدهی بستانکار باشد، باید احکام حواله را اجرا کرد. چنانچه موضوع و آثار مورد توافق قرارداد انتقال با هیچ‌یک از عقود قابل انطباق نباشد یا دو طرف نخواهند که در قالب معینی از عقود معامله کنند، شرایط وقوع و آثار قرارداد را باید برطبق ماده ۱۰ قانون مدنی مطالعه کرد. مگر آن که آثار ویژه‌ای در قانون تجارت یا سایر قوانین برای آن عمل حقوقی پیش‌بینی شده باشد.^{۹۴}

به نظر آقای دکتر لنگرودی "انتقال طلب" عقدی است که به موجب آن بستانکاری طلب خود را به دیگری انتقال می‌دهد، بدون این که بدهکار آن طلب، در این عقد دخالت داشته باشد.^{۹۵} ماده ۲۶ قانون بیمه ۱۳۱۶/۲/۷ بر پایه انتقال طلب به همین معنی نهاده شده است.^{۹۶} از نظر این نویسنده انتقال طلب عقدی بی‌نام است که در آن همه وثایقی که پیش از انتقال برای طلب بستانکار وجود داشته است، پس از انتقال به سود منتقل‌الیه وجود خواهد داشت. از آنچه که گفته شد دو نتیجه بدست می‌آید در حقوق ایران رضای مدیون در انتقال مطالبات نقشی ندارد و ضمانات و لواحق دین به منتقل‌الیه، انتقال می‌یابد.

اما ماده ۲۹۲ قانون مدنی یکی از اقسام تبدیل تعهد را وقتی می‌داند که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید. پرسش این است که با توجه به آنچه در مورد ماهیت انتقال طلب گفته شد، چگونه می‌توان این بیان را توجیه کرد؟

نظر نویسندگان متفاوت است:

(۱) مرحوم دکتر امامی معتقد است که قانون مدنی ایران تبدیل تعهد بوسیله تبدیل دائن را با انتقال طلب که تأسیس حقوقی جداگانه‌ای است اشتباه نموده است. در حالی که برغم همانندی سطحی انتقال با تبدیل دائن، از نظر حقوقی تحلیل این دو و آثار و احکام آن‌ها متفاوت است.^{۹۷}

(۲) آقای دکتر کاتوزیان در همین مورد می‌گوید، در مقام رفع تعارض بین مفاد حکم ماده ۲۹۲ و عنوان آن، یا باید آن را ناشی از اشتباه در ترجمه شمرد، یا چنین نتیجه گرفت که مراد قانونگذار از "تبدیل تعهد"، مفهوم و شکل جدید آن (انتقال طلب) بوده است، نه تبدیل تعهد رومی. اما مقصود هرچه باشد، وجود بند دو ماده ۲۹۲ مدنی با اصل حکومت اراده و مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی نیز موافق است، می‌تواند تأیید مفید و آشکاری بر امکان انتقال طلب خارج از شکل و قالب عقود معین باشد.^{۹۸}

(۳) آقای دکتر لنگرودی در حاشیه بر ماده ۲۹۲ اظهار می‌دارد که عبارت بند سوم ماده ۲۹۲ قانون مدنی به صورتی نوشته شده است که شامل انتقال طلب هم می‌شود، اما این نقص عبارتی را ماده ۲۹۳ قانون مدنی برطرف کرده است. زیرا در انتقال طلب، وثایق و تضمینات تعهد سابق بر اثر انتقال طلب از بین نمی‌رود و مدیون از همه دفاع‌هایی که در قبل بهره‌مند بوده است، کماکان استفاده می‌کند و این درست برعکس تبدیل تعهد است.^{۹۹}

در مجموع می‌توان گفت که در انتقال طلب، طلب با تمام ویژگی‌ها و تضمینات آن به شخص دیگری انتقال می‌یابد، و چون با این عمل بستانکار در مال خود تصرف می‌کند، و نظر به این که هرکس حق تصرف در اموال خود را دارد، انتقال طلب به رضای مدیون نیاز ندارد.^{۱۰۰}

بند دوم. آثار و قابلیت استناد انتقال مطالبات

انتقال مطالبات موجب انتقال حق دینی، و توابع آن می‌شود. انتقال دهنده ضامن وجود طلب در زمان انتقال است، قرارداد یاد شده بین طرفین لازم الاتباع بوده، منشا آثار قانونی و قابل استناد است.

الف- انتقال مالکیت طلب و توابع آن

نتیجه انتقال طلب آن است که طلب با کل توابع و ملحقات مربوط به مالکیت منتقل‌الیه در می‌آید. با این همه، پاره‌ای از نویسندگان حقوق ایران در مورد انتقال تضامین پیوست طلب که از مهمترین توابع طلب بشمار می‌آیند، تردید کرده‌اند.

همانگونه که در بخش‌های قبلی ملاحظه گردید، در بحث تبدیل به اوراق بهادار کردن انتقال بستانکاری‌ها با تنظیم قرارداد انتقال مطالبات انجام می‌شود. با توجه به این که حقوق مالی و از جمله طلب می‌توانند موضوع تملیک واقع شوند، می‌توان گفت که به صرف تراضی این حق مالی منتقل می‌شود.^{۱۰۱} در حقوق ایران طلب همچون عین کلی قابل داد و ستد و تملیک است. از این رو گفته می‌شود که به محض وقوع عقد، مالکیت بستانکاری از سوی مالک طلب به منتقل‌الیه تملیک می‌گردد،^{۱۰۲} و انتقال گیرنده مالک تازه آن می‌شود.^{۱۰۳} از آن جا که سند طلب وسیله عرفی تعقیب بدهکار است، انتقال مطالبات در دید عرف متضمن واگذاری سند طلب نیز هست. و بالاخره انتقال طلب، به حکم منطبق شامل توابع طلب نیز می‌شود.^{۱۰۴} می‌توان ادعا کرد که انتقال طلب موجب نقل کلیه امتیازات، قیود، شروط و محدودیت‌های طلب نیز می‌گردد. البته، اشاره شد، که در حقوق ایران انتقال تضمینات طلب مورد تردید و اختلاف نظر واقع شده است؛ با توجه به آنچه که در ماده ۲۹۲ قانون مدنی، و عبارت بند ۳ ماده مذکور گفته شد، می‌توان پرسید که

آیا در نظم کنونی حقوق ایران وثایق دین نیز خود به خود منتقل می‌شوند یا خیر؟ در این مورد مطابق آنچه گذشت، پاسخ‌های نویسندگان گوناگون است، و به مناسبت بحث رئوس این نظرات را یادآوری می‌کنیم:

(۱) بقای تضمینات: پاره‌ای از نویسندگان تعریف بند ۳ ماده ۲۹۲ را اشتباه در ترجمه تلقی کرده‌اند، و ماده ۲۹۳ را ناظر به تبدیل تعهد واقعی می‌دانند. در نتیجه در انتقال طلب، تعهد با تمامی وثایق و تضمینات آن منتقل می‌شود.^{۱۰۵}

(۲) سقوط تضمین‌های طلب: برخی از اساتید و نویسندگان، اعتقاد دارند که این بیان قانونگذار مبتنی بر اشتباه نیست، تمهیدی است برای جانشین کردن انتقال مستقیم طلب و دین به جای نهاد تبدیل تعهد رومی، پس ماده ۲۹۳ در مورد سقوط تضمینات ناظر "تبدیل تعهد" در اصطلاح قانونگذار، یعنی انتقال دین و طلب است.^{۱۰۶}

مطابق نظر دوم بهرحال ماده ۲۹۳ شامل انتقال طلب می‌شود، و تضامین طلب ساقط می‌شوند، هر چند که این وضعیت قابل انتقاد است.^{۱۰۷}

پس در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن، در نظم حقوقی ایران می‌باید بقای تضامین را در هنگام انتقال بستانکاری‌ها با صراحت شرط کرد.

ب- آثار انتقال مطالبات نسبت به طرفین و اشخاص ثالث

انتقال دهنده ضامن وجود دین در زمان انتقال است. اما، طبیعی است که این تضمین شامل بقای دین پس از انتقال نیست و انتقال دهنده توانایی بدهکار در پرداخت و ملائت بدهکار را تضمین نمی‌کند. همچنین انتقال دهنده نباید عملی انجام دهد که امکان وصول طلب توسط بستانکار تازه را از بین ببرد.^{۱۰۸} انتقال گیرنده علی‌الاصول بجز پرداخت مخارج تسلیم در صورت نبود عرف یا توافق مغایر ماده ۳۸۹ قانون مدنی، و همینطور تحمل بار اثبات وقوع انتقال مطابق قواعد عام اثبات، تکلیف مستقیمی بر عهده ندارد. در حقوق ایران دیدیم که رضای مدیون در انتقال طلب اعتبار نشده است. اما می‌توان ادعا کرد که ابلاغ واگذاری به مدیون در حقوق ما نیز مفید است.^{۱۰۹}

بند سه: انتقال ساده مطالبات در حقوق تجارت و مصادیق ویژه انتقال بستانکاری‌ها

از آن‌جا که بیشتر مطالبات در تبدیل به اوراق بهادار کردن، با استفاده از ساز و کارهای ساده انتقال مطالبات واگذار می‌شوند. بررسی انتقال ساده طلب در حقوق تجارت ایران نیز در بحث ما اهمیت دارد. در حقوق تجارت ایران هم مصادیق ویژه‌ای از انتقال مطالبات پیش‌بینی شده است:

(۱) انتقال طلب متبلور در اسناد تجاری تابع مقررات ویژه‌ای است^{۱۱۰} که با ظهر نویسی انجام می‌شود.^{۱۱۱} این پیش‌بینی برای برآوردن نیازهای بازرگانی و کسب و کار است. همین ویژگی‌ها سبب شده تا پاره‌ای از استادان و نویسندگان بر این اعتقاد باشند که با نظریه سنتی انتقال مطالبات نمی‌توان تعهدات ناشی از برات را توجیه کرد.^{۱۱۲}

(۲) قبض انبار نیز در حقوق ایران قابل ظهر نویسی به عنوان وثیقه است، که در نهایت به همین ترتیب منتقل می‌شود.^{۱۱۳}

(۳) انتقال اسناد در وجه حامل^{۱۱۴} و اسناد بی‌نام^{۱۱۵} با قبض و اقباض انجام می‌گردد.

(۴) بارنامه به عنوان سند در وجه شخص معین با ظهر نویسی منتقل می‌گردد.

(۵) انتقال بیمه‌نامه حمل و نقل اگر در وجه حامل صادر شود، تابع اسناد در وجه حامل است.^{۱۱۶}

اما قانون‌گذار ایران جهت تنظیم مقررات برای انتقال مطالبات حرفه‌ای و ناشی از کسب و کار گام با اهمیتی برنداشته است.

گفتار سوم: انتقال مطالبات آتی

همانطور که اشاره شد، مطالبات شایسته تبدیل به اوراق بهادار کردن مطالباتی هستند که جریان نقدینگی منظم قابل پیش‌بینی ایجاد کنند. مطالبات ناشی از وام‌های رهنی مسکونی، مطالبات وام‌های مصرفی و تجاری، کارت‌های اعتباری وام‌های دانشجویی، اقساط برندگان لاتاری، جریان نقدینگی حاصل از فروش محصولات هنری (فیلم‌های سینمایی یا ترانه‌ها) مطالبات ناشی از لیزینگ اتوموبیل، و غیره. دارای شایستگی تبدیل به اوراق بهادار کردن اند. این مطالبات را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد، پاره‌ای از مطالبات قطعی هستند و تنها از نظر سررسید مؤجل می‌باشند. اما برخی از مطالبات یا جریان‌های نقدینگی مربوط به قراردادهایی هستند که هنوز بسته نشده است و یا خدمات (تعهدات) راجع به قراردادهای منعقد شده که جریان نقدینگی در قبال آن‌ها تولید می‌شود، ارائه و ایفا نشده است. پرسش این است که آیا چنین مطالباتی را باید موجود تلقی کرد و انتقال و ضمان آن را صحیح دانست؟

همانگونه که دیدیم انتقال طلب در حقوق ما در قالب‌های گوناگونی انجام می‌شود. برای پاسخ گفتن به پرسش‌های بالا باید این قالب‌ها بررسی شوند، تا بتوان قاعده‌ای از آن استخراج کرد. به نظر می‌رسد با بررسی قواعد راجع به ضمان و حقی که در برابر آن رهن داده می‌شود، بتوان قاعده‌ای برای انتقال مطالبات آتی و امکان تضمین آن‌ها را بدست آورد.

بند یک. ضمان از دین آینده

ماده ۶۹۱ قانون مدنی می‌گوید "ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است". پس قانون مدنی بجای ثبوت دین بر ذمه مدیون، ایجاد سبب آن را کافی دانسته، و دینی را که سبب آن ایجاد شده در حکم موجود می‌داند، هرچند که شرایط ثبوت آن بر ذمه مدیون فراهم نیامده باشد.^{۱۱۷}

در عین حال، واقعیت این است که برداشت سنتی از قانون مدنی، پاسخگوی نیازهای کنونی، بویژه در زمینه حقوق تجارت و بانکی نیست. از این رو با وجود آن که نویسندگان حقوقی از لحاظ نظری وجود دین مضمون‌عنه را پیش از ضمان لازم می‌بینند، تمایل دارند که ضمان از "دین آینده" را نیز در صورتی که زمینه ایجاد آن فراهم شده باشد، نافذ بدانند. در این مورد کوشش‌های گوناگونی بعمل آمده است: موجود شناختن دینی که سبب آن ایجاد شده در همین راستاست. گسترش مفهوم حقوقی "سبب"، جدا کردن مفهوم "التزام

به تأدیه دین آینده " از ضمان، تحلیل ضمان از "دین طبیعی"، و ضمان از "دین معلق" اقداماتی است که در همین راستا، برای توسعه قلمرو ضمان و پاسخگویی به نیازهای کسب و کار انجام گرفته است.^{۱۱۸}

الف. ضمان از دینی که سبب آن ایجاد شده

ضمان عقد تبعی است، و از حیث نفوذ و بقاء تابع دینی است که مضمون عنه به طلبکار داشته است. از نتایج تبعی بودن عقد ضمان این است که دین مضمون عنه باید موجود باشد، و بر ذمه مدیون قرار گرفته باشد. به همین پاره‌ای از فقها شرط حق مضمون عنه را ثبوت بر ذمه دانسته‌اند. اما ماده ۶۹۱ قانون مدنی در این زمینه سخت‌گیری کمتری کرده است: "ضمان دینی که سبب آن ایجاد نشده باطل است." مفهوم مخالف ماده این است که ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده صحیح است. تمیز سبب دین از شرایط ثبوت و مطالبه آن دشوار است، و به تحلیل عوامل مؤثر در ایجاد دین بستگی دارد.^{۱۱۹}

برای نمونه قانون مدنی در برابر این پرسش که آیا تمکین شرط استحقاق زن در نفقه است، یا این که نشوز مانع استقرار آن می‌شود، حکم صریحی ندارد و در فقه نیز اتفاق نظر نیست، اما از لحن مواد ۱۱۰۲ به بعد بر می‌آید که قانون‌گذار تمکین را شرط استحقاق زن ندانسته و نشوز را مانع از آن می‌شمارد. زیرا به موجب این ماده "همین که نکاح به طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود." یکی از تکالیف، الزام مرد به دادن نفقه است، جز این که مطابق ماده ۱۱۰۸، نشوز زن این الزام را از بین می‌برد.^{۱۲۰} در نتیجه "سبب" استحقاق نفقه عقد نکاح است.

بر همین مبنا می‌توان سبب مطالبات مورد اشاره در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن را قراردادهای وام، یا خرید و اجاره اموال تحلیل کرد. پس اگر قرارداد را سبب بدانیم، شاید بتوان ضمان از مطالبات ناشی از قراردادهایی که جریان نقدینگی آن‌ها در آینده به وجود می‌آیند، و بویژه اجاره‌های بلند مدت، لیزینگ، و مانند آن را توجیه کرد.

ب. ضمان از دین معلق و التزام به تأدیه دین آینده

ضمان از دین معلق و التزام به تأدیه دین آینده را ابتدا در فقه و سپس در قانون مدنی بررسی می‌کنیم:

۱- بررسی موضوع در فقه

از نظر فقها حق مضمون به می‌باید مالیت داشته باشد و ثابت بر ذمه باشد. فقها ضمان از دینی که مقتضی آن بوجود آمده یا منجر به ثبوت در ذمه شود را نیز صحیح می‌دانند. پاره‌ای از فقها نیز توافقی را که به موجب آن شخصی، از تعهد دیگری ضمانت می‌کند صحیح می‌دانند. مطابق نظر اخیر هر عقدی که جنبه عقلائی داشته باشد، و صراحتاً دلیلی بر نهمی از آن در دسترس نباشد، صحیح دانسته شده است: وانگهی، ضمان از امور اعتباری است و در امور اعتباری عمل وقتی باطل دانسته می‌شود که لغو باشد، و عمل عقلائی باطل تلقی نمی‌شود. از این‌روست که ضمان از مال الجعالة پیش از انجام عمل پذیرفته شده است. برخی از فقها بر قول علامه در تذکره که می‌گوید در صورتی که کسی به دیگری بگوید "مهما اعطیت فلاناً

فهو علی"، باطل است و اجماع فقها بر عدم صحت آن است، گفته‌اند که این نظر درست نیست؛ زیرا اولاً در اجماع مورد ادعا تردید وجود دارد و مخدوش است.^{۱۲۱} ثانیاً، از آن جا که مقتضای ثبوت دین حاصل گردیده است، به رغم عدم ثبوت فعلی آن، می‌توان قائل به صحت این ضمان شد. ضمان بر چنین دینی صدق می‌کند، و عموماً شامل آن می‌شود، هر چند که ضمان یاد شده ضمان اصطلاحی نباشد، یعنی ضمان به دین متأخر است، در حد تعهد به اعیان خارجی.^{۱۲۲} وانگهی، ضمان به معنای تعهد از مال دیگری است،^{۱۲۳} خواه به طور فعلی در ذمه ثابت باشد یا از نظر عرف در معرض ثبوت بر ذمه قرار گیرد، به طوری که در حکم ثابت باشد. اشتغال ذمه مراتب گوناگونی دارد که برخی به اشتغال ذمه نزدیک‌اند و پاره‌ای از موارد، از آن دور.

پاره‌ای از فقها با صراحت گفته‌اند که استقرار حق بر ذمه مضمون عنه بر مبنای غلبه است و بطلان ضمان مالم یجب صورت ندارد.^{۱۲۴} سید محمد کاظم یزدی در پاسخ به این پرسش که: زید از عمرو طلب دارد. بکر می‌گوید "اگر عمرو نداد من ضامنم" آیا صحیح است یا نه می‌گوید: "هر چند ضمان عندالامامیه نقل دین است از ذمه مدیون به سوی ذمه ضامن، نه ضم ذمه به ذمه، چنانچه مذهب عامه است، و از اخبار هم مستفاد می‌شود براءت ذمه مضمون عنه به مجرد ضمان، الا این که اقوی صحت ضمان به معنی ضم ذمه به ذمه است، نیز هر گاه قصد این معنی کنند، نه ضمان مصطلح، و یدل علیه عموم "اوفوا بالعقود" و "المومنون عند شروطهم" بلکه در ضمان اعیان مضمونه به مثل غصب و عاریه مضمونه، نزد قائل به صحت، ذمه هر دو مشغول می‌شود به معنا این که ذمه غاصب بری نمی‌شود، چنانچه منقول از علامه است. و فرق مابین ضمان دین و ضمان عین نیست. و دعوی این که معقول نیست اشتغال ذمه دو نفر به یک مال، مدفوع است به منع عدم معقولیت، چنانچه در تعاقب ایدی چنین است، نظیر آن در تکالیف واجب کفایی. حاصل این که با فرض قصد معنای مذکور مانعی از صحت آن نیست، و اجماع هم ممنوع است. غایه مایکون، ضمان مصطلح نقل ذمه به ذمه است و از اخباری که مستفاد می‌شود از آن‌ها براءت ذمه مدیون، حصر مستفاد نمی‌شود.^{۱۲۵}

۲- بررسی موضوع در قانون مدنی

قانون مدنی ایجاد سبب دین را برای صحت ضمان کافی دانسته است. بدین ترتیب از نظر قانون مدنی، ضمان دین آینده، امکان‌پذیر نبوده و باطل است.^{۱۲۶} با توجه به موضوع قانون مدنی درباره ضمان، پرسش این است که آیا التزام به پرداخت دین احتمالی و آینده به گونه‌ای که ایجاد التزام، معلق به تحقق دین اصلی باشد را می‌توان از نظر حقوقی صحیح دانست؟ به نظر می‌رسد چنین التزامی را باید صحیح دانست زیرا "اگر پذیرفته شود که تعلیق در این التزام مانعی ندارد، چه تفاوت می‌کند که شرط تعلیق عدم تأدیه مدیون باشد یا تحقق دین؟"

ضمان از دین آینده التزامی است معلق که تابع قواعد عمومی قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنی است.^{۱۲۷} در این نوع ضمان، تعلیق در التزامی است که موضوع ضمان قرار می‌گیرد، نه این که انتقال دین، معلق به شرط باشد. به بیان ساده‌تر، در اینجا انتقال دین به طور منجز انجام می‌شود، و ضمان معلق نیست، منتهی

دین مورد انتقال از اصل معلق است.^{۱۲۸} در ضمان از دین معلق، در انتقال دین به ذمه ضامن اشکالی متصور نیست، آنچه موضوع بحث واقع می‌شود این است که آیا دین معلق، را می‌توان موجود تلقی کرد؟ به نظر می‌رسد که با انعقاد عقد، رابطه حقوقی بین مدیون و طلبکار ایجاد می‌شود، و هر دو به مفاد قرارداد ملتزم می‌شوند، اما "دین" تا پیش از تحقق شرط بوجود نمی‌آید. در این مرحله پس از انعقاد قرارداد و پیش از تحقق شرط، سبب دین ایجاد شده اما هنوز دین بر ذمه مدیون استوار نگردیده است. پس چنین ضمانی را می‌توان با توجه به ماده ۶۹۱ قانون مدنی صحیح دانست.^{۱۲۹} از این روست که ضمان مال الجعاله قبل از شروع عامل به عمل و در اثنای عمل صحیح است زیرا آیه ۷۲ سوره ۱۲ دلالت صریح بر این امر دارد.^{۱۳۰} در آیه شریفه آمده است که "قالو نفقد صراع الملک، و لمن جاء به حمل بعیر، و انا به زعیم" عامل دولتی در حدود صلاحیت خود اقدام به جعاله از طرف پادشاه مصر کرد، ولی خود اصالتاً ضامن مال الجعاله به نفع عامل شد نسبت به دین ملک، و سبب بروز این دین همان جعاله بود.^{۱۳۱}

بند دوم. رهن در برابر دین (جریان نقدینگی) آینده

از تعریف رهن مذکور در ماده ۷۷۱ قانون مدنی و همینطور مفاد ماده ۷۷۵ قانون مذکور نیز چنین برمی‌آید که رهن در برابر دین آینده جایز نیست.^{۱۳۲} با این همه، بین نویسندگان قانون مدنی در این مورد نیز اختلاف است:

– برخی می‌گویند: حق مرهون‌به، باید دینی باشد که موقع عقد رهن بر ذمه رهن مستقر است. در نتیجه، دادن رهن برای دیونی که بعداً بوجود می‌آید باطل است. به طور مثال، صاحبان کارخانجات اعتبار معینی به مشتریان خود می‌دهند که در حدود آن اعتبار، محصولات کارخانه را ببرند و در مقابل آنچه می‌برند، اسناد تجاری بدهند، و موقع گشایش اعتبار هم ضمن سند رسمی وثیقه غیر منقول می‌دهند، تا چنانچه اسناد تجاری وخواست شود، طلب کارخانه از محل مزایده وثیقه تأمین گردد، این تراضی به صورت رهن باطل است، مگر آن که در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی باشد و یا به صورت وجه الضمانه^{۱۳۳} انجام شود.^{۱۳۴}

در مورد امکان و نفوذ رهن در برابر دیون آتی برخی پنداشته‌اند که فقها تقدم دین بر رهن را شرط می‌دانند، و ظاهر مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ قانون مدنی هم همین است. با این همه، از مواد ۲۴۱ و ۳۷۹ قانون مدنی خلاف این ظاهر استفاده می‌شود و در قانون مدنی تقدم دین بر عقد رهن شرط نیست.^{۱۳۵} نتیجه این دیدگاه آن است که رهن در برابر دین آینده نافذ باشد.

– به نظر پاره‌ای از اساتید پذیرفتن نظر فوق امکان ندارد، زیرا نتیجه شرط ندانستن تقدم دین بر رهن قبول نفوذ رهن در برابر دیون آتی است. در حالی که هیچ نویسنده‌ای در بطلان رهن برای دیون آینده تردید نمی‌کند. در مواد ۲۴۱ و ۲۷۹، اجازه داده شد تا به صورت شرط فعل، در ضمن معاملاتی که ایجاد دین می‌کند بر مدیون شرط شود که برای تضمین آن دین، ضامن یا رهن دهد. بنابراین در اینجا فعل مشروط پس از تحقق عقد و شرط انجام می‌شود، و در حقیقت رهن برای دینی داده می‌شود که پیش از آن در نتیجه عقد بوجود آمده است. در مورد شرط نتیجه نیز می‌توان چنین تحلیل کرد که هرگاه در عقد بیع شرط شود

که مالی در برابر دین ناشی از خرید مبیع رهن باشد، هر چند شرط و عقد ضمن یک تراضی انجام می‌شود، تراضی بودن رهن، گویای آن است که ابتدا عقد بیع و بیدرنگ پس از آن رهن تحقق می‌یابد، یعنی وقوع رهن معلق به تحقق بیع و اشتغال ذمه خریدار به ثمن است، خلاصه آن که برای توجیه شرط نتیجه ضرورتی ندارد که قاعده "لزوم وجود دین پیش از رهن" مورد تردید قرار گیرد.^{۱۳۶}

نتیجه:

مطالباتی شایسته تبدیل به اوراق بهادار اند که قابل انتقال و مستقل از بانی بوده، دارای کیفیت، ترکیب، سررسید و تنوع مناسب عملیات باشند و جریان منظم و هموار از نقدینگی بوجود آورند. در حقوق ایران انتقال مطالبات باید را قراردادی دانست که به موجب آن بستانکاری طلب خود را، بدون این که بدهکار آن طلب، در این عقد دخالت داشته باشد به دیگری انتقال می‌دهد، در انتقال طلب، بستانکاری با کل تضامین، توابع و حقوق راجع به آن منتقل می‌شود، و نباید مقررات تبدیل تعهد را در مورد انتقال مطالبات جاری دانست. نظر به استدلال‌های فقهی در مورد امکان تسری عموماً و ادله فقهی به تضمین مطالبات معلق، صحیح دانستن آن و قبول درستی التزام به تادیبه دین آینده، با امعان نظر به راه‌حل‌های عملی پیشنهادی توسط حقوق‌دانان ایران برای انتقال و تضمین این مطالبات، می‌توان ادعا کرد که انتقال و تضمین جریان نقدینگی آتی که مقتضای آن ایجاد شده بشود، با مبانی حقوق ایران ناسازگار نیست. در عین حال، با توجه به تردیدهایی که در خصوص انتقال مطالبات آتی، و بویژه تضامین و توابع مطالبات وجود دارد، و از آن جا که اصولاً "راه‌حل‌های قانون مدنی برای تنظیم ساز و کارهای حقوق تجارت و نیازهای بانکی، همواره و بویژه در موضوع بحث کارگشا نیست به نظر می‌رسد که قانونگذار ایران می‌باید با وضع مقررات جدید، راه استفاده از شیوه‌های نوین تأمین مالی را فراهم آورد، قرارداد انتقال مطالبات ساده را تعریف نموده و احکام آن را بیان کند. توجه به تجربه دیگر کشورها همانند ابتکار تعریف شیوه تازه‌ای برای انتقال مطالبات حرفه‌ای و شغلی (مانند روش دالی در حقوق فرانسه، یا ضوابط پیش‌بینی شده در قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده، و کنواکسیون نمونه سازمان ملل متحد درباره انتقال مطالبات)، می‌تواند راه‌گشا باشد.

پی نوشت ها:

الف. منابع فارسی:

(۱) کتاب‌ها:

- ۱- افتخاری، جواد، (۱۳۸۴)، «حقوق تجارت(۲): شرکت‌های تجاری»، انتشارات ققنوس، ۱۳۸۰ تهران، چاپ پژمان
- ۲- اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۴)، «حقوق تجارت: برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک»، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها(سمت)، چاپ دوم
- ۳- اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۵)، «حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری»، چاپ اول، تهران، ج ۱
- ۴- امامی، سیدحسن، (۱۳۷۲)، «حقوق مدنی»، کتاب فروشی اسلامیة، چاپ دوازدهم، دوره ۶ جلدی
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۷)، «حقوق مدنی: رهن و صلح، کتابخانه گنج دانش»، چاپ سوم
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (فرودین ۱۳۴۰)، «تاثیر اراده در حقوق مدنی»، چاپخانه گیلان
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت»، چاپ مشعل آزادی، ج ۱
- ۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، «مبسوط در ترمینولوژی حقوق»، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، دوره پنج جلدی
- ۹- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۹)، «مجموعه محشی قانون مدنی»، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول
- ۱۰- ستوده تهرانی، حسن، (تابستان ۱۳۸۵)، «حقوق تجارت»، نشر دادگستر، چاپ هفتم(با الحاقات و اصلاحات)، ج ۲
- ۱۱- صفایی، سیدحسین، (پاییز ۱۳۸۳)، «دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها»، نشر میزان، چاپ دوم تهران، ج ۲
- ۱۲- صفایی، سیدحسین، (آبان ۱۳۷۵)، «مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی»، نشر میزان، چاپ اول
- ۱۳- صفایی، سیدحسین، (۱۳۵۱)، «حقوق مدنی: تعهدات و قراردادها»، موسسه مالی و حسابداری، چاپ میهن، تهران، ج ۲
- ۱۴- صقری، محمد، (۱۳۸۰)، «حقوق بازرگانی: اسناد (برات، سفته و قبض انبار عمومی)»، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، (پاییز ۱۳۷۵)، «دوره مقدماتی حقوق مدنی، حقوق خانواده»، موسسه نشر یدلا، چاپ اول
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، (زمستان ۱۳۷۲)، «حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها»، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ دوم، ج ۱
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر، (پاییز ۱۳۷۵)، «حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات»، نشر دادگستر، چاپ اول
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، «دوره عقود معین (۱)»، «حقوق مدنی: معاملات عرضی، عقود تملیکی، بیع

- ۱۹- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، «حقوق مدنی: عقود معین (۲)»، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنامه انتشارات مدرس، چاپ ششم
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر، (زمستان ۱۳۷۴)، «حقوق مدنی: عقود معین (۳)»، موسسه نشر یلدا- تهران، چاپ دوم
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، «عقود معین (۴)»، حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنامه انتشارات مدرس، چاپ دوم
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر، (بهار ۱۳۷۹)، حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات، نشر دادگستر، تهران، چاپ اول
- ۲۳- کوتس هاین، حقوق قراردادهای اروپا: تشکیل، اعتبار، محتوای قرارداد و اشخاص، ترجمه و تطبیق (با حقوق ایران)، ولی الله احمدوند، محمد باقر پارساپور، مجید قربانی لاجوانی، اصغر محمودی، مؤسسه انتشاراتی جهان جام جم، ۱۳۸۵

(۲) مقالات:

- ۱- حسینی تهرانی، سید مرتضی، «ظهورنویسی، مقررات و انواع آن»، فصلنامه حق، دفتر چهارم
- ۲- صقری، محمد، (بهار و تابستان ۱۳۸۰)، «تعارض قوانین در قابلیت استناد موارد انتقال طلب»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، سال ششم، شماره ۲۲-۲۱
- ۳- فخاری، امیرحسین، «ضامن در چک»، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۲۴-۲۳ دانشگاه شهید بهشتی
- ۴- کریمی، عباس، (پاییز ۱۳۷۶)، «رهن دین»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۸ (۳) جزوات درسی:
- ۱- اخلاقی، بهروز، «اسناد تجاری به معنای اخص»، جزوه درسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
- ۲- فخاری، امیر حسین، «تقریرات حقوق تجارت: اسناد»، دوره کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۷۲
- ۳- فخاری، امیر حسین، «جزوه درسی حقوق تجارت (۲)»، جزوه درسی دوره کارشناسی دانشگاه شهید بهشتی
- ۴- فخاری، امیر حسین، «جزوه حقوق تجارت (۳)»، دانشگاه امام صادق (ع) تقریرات دوره کارشناسی

ب. منابع انگلیسی و فرانسوی

(۱) کتاب‌ها و مقالات

1-Burnat Florian, (March 2008), «Titrisation v. securitization: Legal comparison of securitization in France and the United Kingdom», Law and Financial Markets Review

- 2-Bonneau T. , (1991), «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créance et le droit civil», 1991, Revue Trimestrielle de Droit Civil
- 3-Bazinas Spiro V., «An international legal regime for recivables financing: UNCITRAL's contribution», 8 Duke Journal of Comparative and International law
- 4-Cousy Herman, «Thevenoz Luc, Tilleman Bernard, Boulaire Jérémie», Verbeke Alain, (Contributor Herman Cousy, Luc Thevenoz, Jérémie Boulaire), Droit des
- 5-Dolan Patrick D. & Davis C.Vanleer III, (2006) , «Securitizations: Legal an regulatory Issues», Law Journal Press, New york
- 6-Granier Thierry et Jaffeux Corynne, (2004), «La titrisation: Aspects juridique et financier» , Economica, Paris , 2edition
- 7-Granier T. , (2005), «Droit commercial – instruments de paiement et de crédit – titrisation», 7 th édition, Paris, Dalloz
- 8- Hir Ch. , (december 1997), «Les évolutions du cadre juridique de la titrisation», Banque et Droit
- 9- Hir Ch., (1994), «Le Fonds commun de créances», La Revue Banque Editeur
- 10-Herve Causse, (1993), «Les titres négociables, essai sur le contrat négociable», Litec
- 11-Kremer Claude, «Lebbe Isubelle: Organismes de placement collectif», No 1474
- 12-Kothari Vinod,(2006) , «Securitization: The financial instrument of the future: John Wiley & Sons(Asia)pteltd»
- 13-Kothari Vinod, (2003), «Asset securitization, recontstruction & enforcement of security interests, Academy of Financital Services»
- 14-Lucas FX, (1997), «Les transferts temporaire de valeurs Mobilières», LGDJ
- 15-Mazeauds Henri, Leon, Jean et Chabas Francois, (2006), «Leçons de droit civil», 7 éditions, Montchrestien
- 16-Marie-France De Pover Trust, fiducie, administratiekantoor, fondation du Liechtenstein, Larcier, (2001)
- 17-Mazeaud F. Chabas, (1978) , «Leçons de droit civil, T.II, première partie», 6 édition, Paris

18-Planiol M. et Ripert G., (par Picard) Traité pratique de droit civil Français, T. III, Les biens, 2 ed

19-Ripert G., Roblot R., «Traité de droit commercial (Philippe Delebecque et Michel Germain)», Tome I.: Effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux procédures collectives, 16 edition, L. G. D. J. et DELTA

20-Stopp & Stopp Alexander H., (December 1997), «Asset – backed financing in Germany: legal concepts affecting the securitization of German receivables», financier, Vol. 4, No. 5

ج. منابع به زبان عربی:

(۱) منابع حقوقی فرانسوی و عربی

۱- السنهوری عبدالرزاق احمد، «الوسیط فی شرح القانونى المدنى الجديد (۳): نظريه الالتزام بوجه عام: الاوصاف- الحواله- الانقضاء»، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة

۲- بينابنت آلان، «القانون المدنى: العقود الخاصه المدنيه و التجاريه»، ترجمه (بالعربى) منصور القاضى، المؤسسه الجامعيه للدراسات و النشر والتوزيع (مجد)، الطبعة الاولى ۲۰۰۴ م

۳- بينابنت آلان، «القانون المدنى: الموجبات (الالتزامات)»، ترجمه (بالعربى) منصور القاضى، المؤسسه الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الاولى، ۲۰۰۴ م

۴- ريبير ج. - روبلو ر.، «المطول فى القانون التجارى»، ميشال جرمان، الجزء الاول - المطلب II الشركات التجاريه (ترجمه: منصور القاضى و سليم حداد)، المؤسسه الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الاولى، ۲۰۰۸ م

۵- فضلى هشام، «الاستثمار الجماعى فى الحقوق الآجله : التوريق»، دارالفكر الجامعى، الاسكندريه ۲۰۰۴

۶- فضلى هشام، «عقد شراء الحقوق التجاريه و دوره فى علاج مشاكل التحصيل (الجديد فى أعمال المصارف من الوجهتين القانونيه و الاقتصاديه: اعمال المؤتمر العلمى السنوى لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربيه»، الجز الثانى: الجديد فى التمويل المصرفى)

۷- هوييه جيروم، «المطول فى القانون المدنى: العقود الرئيسييه الخاصه (با شراف جاك غستان)»، ترجمه منصور القاضى، المؤسسه الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع (مجد)، بيروت، الطبعة الاولى ۱۴۲۳ هـ - ۲۰۰۳ م

(۲) منابع فقهی: فقه امامیه

۱- الخمينى، روح الله الموسوى، (۱۳۶۳ هـ ش)، «تحرير الوسيله»، مؤسسه نشر اسلامى، قم، (جلد يك و دو در يك مجلد)

- ۲- العاملی، زین‌الدین الجبعی، «الروضه البهیه فی شرح المعه دمشقیه»، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت لبنان، ج ۳
- ۳- السبزواری، سید عبدالاعلی الموسوی، (۱۴۱۶ ه.ق)، «مهذب الاحکام»، موسسه المنار، ج ۲۱، الطبعة الرابعة، ج ۲۱
- ۴- السیستانی، سید علی الحسینی، (۱۴۱۷ ه.ق)، «منهاج الصالحین»، انتشارات مهر، چاپ پنجم، قم، ج ۲
- ۵- حسینی عاملی، سید محمد جواد، (۱۴۱۸ ه.ق)، «مفتاح الکرامه»، دارالتراث، الطبعة الاولى، بیروت، ج ۱۱
- ۶- خوئی، سیدابوالقاسم، (۱۴۰۹ ه.ق)، «مبانی عروة الوثقی»، انتشارات لطفی، چاپ اول، قم
- ۷- خوئی، سیدابوالقاسم، (۱۴۱۲ ه.ق)، «مصباح الفقاهه فی المعاملات»، (تقریرات، به قلم میرزا محمد علی توحیدی)، دارالهادی، بیروت، الطبعة الاولى، ج ۳
- ۸- علامه حلّی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن علی بن مطهر الحلّی، «تذکره الفقهاء»، المكتبة المرتضویه، تهران، ج ۱
- ۹- یزدی، سید محمد کاظم، (بهار ۱۳۷۶)، «سؤال و جواب»، (به اهتمام سید مصطفی محقق داماد)، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول
- ۱۰- یزدی، سید محمد کاظم، «العروه الوثقی»، موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیرون، لبنان، ج ۲

ارجاعات

- ۱- جمالی، بخش نخست، ۱۳۸۸
- ۲- تبدیل به اوراق بهادار کردن Royalties و جریان نقدینگی حاصل از دارایی‌ها معنوی نمونه‌ای از وسعت و گستره‌ای است که در آن ابزار تبدیل به اوراق بهادار کردن می‌تواند به عنوان روش تأمین مالی مورد استفاده قرار گیرد:
۱. در سال ۱۹۹۷، David Pullman اوراق قرضه‌ای با پشتوانه درآمد David Bowie به بازار عرضه کرد. اوراق شامل بیع حق انتشار، و ضبط بیش از ۳۰۰ آواز بود که Bowie در این شغل تولید کرد. گفته می‌شد که تأمین مالی یاد شده بالغ بر ۵۵ میلیون دلار، از طریق انتشار اسناد بدهی ۱۵ ساله، با نرخ ثابت بهره ۷/۹٪ بود. موسسه رتبه‌بندی Moody's به این اوراق رتبه A3 داد. پس از آن چندین عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن رویالیتی مانند Iron Lady، Scorpion، Iron Lady، Ron Isley و موارد دیگر انجام شده است.

- Kothari, Securitization: The financial instrument of the future, 2006, 502
۲. اوراق قرضه تأمین مالی فیلم. در ماه مارس سال ۱۹۹۹، اوراق قرضه‌ای توسط یک شرکت ایتالیایی منتشر شد که پشتوانه آن درآمد چندین فیلم متعلق به آن شرکت از جمله چندین فیلم James Bond بود. این اوراق قرضه Bond Bonds نامیده شدند. حجم این اوراق ۵۰۰ میلیون یورو بود.
- Ibid, 503

۳. تبدیل به اوراق بهادار کردن رویالیتی دارویی

یکی از نمونه‌های بازار در این مورد معامله Royalty securitization Trust I است. که از سوی شرکت با سرمایه خصوصی Paul Capital Partners در اواخر سال ۲۰۰۴ به طور موفق انتشار یافت. اسناد بدهی ۲۲۹ میلیون دلاری این معامله به پشتوانه سبدهی از منافع رویالیتی بانی و منافع درآمدی در ۲۳ محصول biopharmaceutical، ابزار پزشکی و diagnostic بود که از ۱۳ تا ۱۹ سرمایه‌گذاری انجام شده توسط Roul Royalty Fund I L. P گزینش شده بود. Ibid, 504.

3- Kothari, Securitization, asset reconstruction & enforcement of security interest, 2003, 34- 38

4- Revolving

5- Homogenous

۶- قراردادهایی که مطالبات از آنها نشأت گرفته، فاقد Executory clause یا تعهدی برای بانی یا ناشر باشد.

۷- در گذشته انتقال مطالبات آتی امکان‌پذیر نبوده و معایر قانون تلقی می‌شد. انتقال احتمالات محض معامله‌ای غرری تلقی می‌شد. به علاوه، نباید به بستانکاری که در معرض مشکلات جدی قرار گرفته اجازه داد تا حقوق آینده خود را واگذار کند، و آزادی اقتصادی و شخصی خود را از بین ببرد. از سوی دیگر در تجارت امکان انتقال مطالبات آتی و بویژه به عنوان وثیقه یک ضرورت تلقی می‌شود و از این رو امروز به طور گسترده‌ای واگذاری طلب‌های آینده مورد پذیرش قرار گرفته است. مشروط بر آن که موجب سلب توان اقتصادی ناقل و زوال قدرت تجاری او نشود. هاین کوتس، حقوق قراردادهای اروپا: تشکیل، اعتبار، محتوای قرارداد و اشخاص، ترجمه و تطبیق (با حقوق ایران)، ولی الله احمدوند، محمد باقر پارساپور، مجید قربانی لاچوانی، اصغر محمودی، مؤسسه انتشاراتی جهان جام جم، ۱۳۸۵، ص ۳۹۳

در فرانسه اگرچه از نظر قانون مدنی طلب‌های آینده صرفاً به عنوان یک طلب احتمالی قابل انتقال است و واگذاری این طلب‌ها به موجب ماده ۱۶۹۰ قانون مدنی نسبتاً دشوار تلقی می‌شود اما در حال حاضر با تصویب قانون ۱۹۸۱ که برای برآوردن نیازهای تجارت در این حوزه تصویب شد به طور کامل روشن است که مطالبات آینده به طور صحیح قابل انتقال است. منبع پیشین، ص ۳۹۵

۸- السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (۳): نظریه الالتزام بوجه عام: الاوصاف- الحواله- الانقضاء، منشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت لبنان، ص ۴۵۳

۹- به ماده ۹۴-۲۱۴ R. قانون پولی و مالی مراجعه شود.

۱۰- ۱۳۸ در حقوق ایتالیا به موجب قانون تبدیل اوراق بهادار کردن و آیین نامه آن به صراحت تبدیل به اوراق بهادار کردن مطالبات آتی تجویز شده است. هنوز روشن نیست که آیا، در صورت ورشکستگی بانی مدیر تصفیه یا نماینده ورشکستگی واگذاری به ناشر را در مورد مطالباتی که پیش از اعلام

ورشکستگی بانى سررسيد نشده‌اند. به رسميت بشناسد.

Scott, Principal Legal issues of Italian Securitization, (Patrick D.Dolan & C.Vanleer Davis III, Securitizations: Legal an regulatory Issues, Law Journal Press, New york, 2006, 13

رويکرد محافظه‌کارانه مي‌گويد که تنها مطالباتي را مي‌توان به طور معتبري به اوراق بهادار تبديل کرد که ناشي از قراردادهای موجود در زمان واگذاري، و يا قراردادهایي که خدمات راجع به آن‌ها از سوی بانى به طور کامل انجام شده است. نگرانی از همين ابهام موجب شده که معاملات متضمن واگذاري مطالبات ناشي از قراردادهایي که هنوز شخص به آن‌ها داخل نشده، يا قراردادهایي که قبلاً داخل شده اما خدمات راجع به آن‌ها ارائه نشده است، همواره از طريق ترتيبات خريد گردان بين بانى و منتقل اليه انجام مي‌شوند که به موجب آن مطالبات از سوی بانى در زمان ايجاد و بعد از تاريخ آغاز انتقال فروخته مي‌شود Scott, 2006, 13

11- Immobilisées

12- Douteuses

13- Inscription en compte

14- Article R. 214 -94 du Code

۱۵- بينابنت، القانون المدنى: الموجبات (الالتزامات)، ۴۹۰، ۲۰۰۴

16- Florain Burnat, 2008, 147-148

۱۷- دادگاه استيناف پاریس، ۱۲ Decembre ۱۹۳۴

۱۸- هوييه، المطول فى القانون المدنى: العقود الرئيسيه الخاصه (به اشراف جاك غستان)، ۶۰، ۲۰۰۳

19- Transmission

20- Transport de cession

21- Un acte authentique

22- Article 1692 du Code Civil

23- Article 1689 du Code Civil

24- Article 1693 du Code Civil

۲۵- بينابنت، ۲۰۰۴، ۴۹۵

26- Principe de solidarité cambiaire

27- La cession Dailly

28- Ripert R.Roblot, 452

29- Mazeauds et Francois Chabas, Leçons de droit civil, 1978, No. 1268

۳۰- مبتکر اين قانون سناتور Dailly عضو مجلس سنای فرانسه است که قانون به نام او خوانده مي‌شود.

۳۱- برخی از نویسندگان اصطلاح "قرارداد محاسبه" را در برابر "Le bordereau Dailly" قرار داده‌اند. رجوع شود به: عباس کریمی، رهن دین، ۳۴

32- Article L. 313 -23 du Code Monétaire et Financier

33- Ibid

۳۴- بینابنت، ۴۹۹، ۲۰۰۴

35- Thierry Granier et Corynne Jaffeux, 2004, 93

36- J. – P. Dumas , 1996, 251

37- Article L. 313 -23 du Code Monétaire et Financier

۳۸- بینابنت، ۴۹۹، ۲۰۰۴

39- Parts du land

40- Exécution forcée

41- Modèle de titrisation

42- A la forme imposee

43- Hir, 1994, 88

44- Modèle de référence

45- Convention

46- Contrat

۴۷- السنهوری، ۴۴۷

48- Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, , No. 353

49- Bordereau de cession

۵۰- مانند آن که انتقال به عنوان وام تضمین شده توصیف شود.

۵۱- بینابنت، ۵۰۰، ۲۰۰۴

52- Sûretés et accessories

۵۳- بینابنت، ۴۹۲، ۲۰۰۴

54- Marty, P. Raynaud et P. Jestuc, No. 363 ets

55- Cessionnaire

56- Article L. 214-43(8) du Code Monétaire et Financier

57- En marge de l' inscription

58- Civ. 18 Mars 1974 , Defrénois 1974 , art. 30675, not Frank; Civ. 2février 1982, D. 1982, not frank; Com. 7 desembre 1987, D. 1983, IR, obs. Derrida; civ. 16 decembre 1987, Derfénois 1987

به نقل از:

Thierry Granier et Corynne Jaffeux,, 2004, 99

۵۹- "... تحویل سیاهه، تمامی حقوق انتقال تضمین و ملحقات مربوط به هر اعتبار (طلب)، ... از جمله وثایق رهنی و قابلیت استناد در برابر شخص ثالث را بدون نیاز به تشریفات دیگری، در پی دارد". به علاوه

یک سرخط دیگر (تکمیلی) مقرر می‌دارد که " ایجاد یا تشکیل این وثایق صندوق را برای تصرف یا مالکیت دارایی‌های موضوع آن‌ها قادر می‌سازد".

60- Dépossession

۶۱- مراجعه شود به: بینابنت، ۴۹۲ الی ۴۹۳، ۲۰۰۴

62- Maty, P. Raynaud, P. Jestaz, No. 365

63- Dalloz, 1970, N. 253-254

۶۴- همان منبع، ۴۹۳

65- Henri, Leon, Jean Mazeauds, et Froncois, No. 1243

66- Voie d' exécution

67- Suspect fixe

68- Recouvrement

69- Article L. 214-46(8) du Code Monétaire et Financier

۷۰- بینابنت، ۴۹۲، ۲۰۰۴

71- kothari, Securitization: The financial instrument of the future, 2006, 647

72- Chambre Commercial

73- Cour de Cassation

74- Ongoing/Contrat à exécution successive

۷۵- برای دیدن رژیم حقوقی انتقال مطالبات در مدل UNCITRAL مراجعه شود به:

Spiro V. Bazinas, 315 ets

در حقیقت پرسش این است که ببع در چه زمان واقع می‌شود؟ اکنون یا در آینده؟ قواعد کامن‌لا می‌گوید جریان نقدینگی آتی را می‌توان امروز فروخت و این ببع گرچه معتبر است، اما در آینده نافذ می‌شود. دارایی موضوع چنین معامله‌ای در آینده و پس از ایجاد، خود به خود، از آن خریدار می‌شوند. بدون آن که به رضایت یا موافقت خریدار نیازی باشد. با این همه آیا در صورتی که بانی در دوره بین قرارداد و ایجاد مطالبات ورشکست شود، مدیر تصفیه می‌تواند با احتساب انتقال مطالبات به عنوان تعهد یک‌طرفه (Onerous) یا قرارداد مؤجل (Executory contract) از تعهدات آن اجتناب ورزد؟

۷۶- " مطالبات واجد شرایطی " که صندوق‌های فرانسوی به موجب ماده ۹۴-۲۱۴ R. قانون پولی و مالی امکان تحصیل آن‌ها را دارند، به قرار مشروحه زیر است:

۱- مطالبات ناشی از قراردادهای منعقد شده یا یک سند آتی، بدون توجه به این که میزان و تاریخ سررسید تاکنون تعیین شده باشد و یا خیر، شامل مطالبات غیرقابل انتقال (immobilisees)، مشکوک الوصول (douteuses)، یا متنازع‌فیه، و

۲- اسناد بدهی، که هر یک نمایانگر ادعایی علیه بنگاهی می‌باشند که آن‌ها را صادر کرده است، و از

طریق ثبت در دفاتر (inscription en compte) یا از طریق دستی (tradition) قابل انتقال اند.

77- Absonderungsrecht (preferential Treatment)

78- Aussonderungsrecht

79- German Insolvency Code section 91

۸۰- یا Kunftige Forderungen منظور مطالباتی است که در زمان انتقال وجود ندارند اما در آتیه بوجود می‌آیند.

81- Betagte Forderungen

82- Betagte Forderungen

83- Rental receivable

84- Bernhard Kaiser and Stuart Axford, Principal Legal issues of German true sale securitization, (Patrick D.Dolan & C.Vanleer Davis III, Securitizations: Legal and regulatory Issues, Law Journal Press, New York, 2006, 7

85- Long Term Lease contracts

86- Servicing contracts

87- Maintenance contracts

88- German Insolvency Code section

89- Bundesgerichtshof

90- Bernhard Kaiser and Stuart Axford, 2006, 7

البته، در مورد مطالبات اجاره‌های بلند مدت (Lease) برای اموال منقول باید به استثنایی مهم اشاره کرد: در ورشکستگی موجر به عنوان بانی، جایی که مطالبات مربوط به اجاره بلند مدت واگذار شده باشد، هرگاه موضوع توافقنامه تأمین مالی تحصیل کالاهای موضوع اجاره‌های بلند مدت باشد، و مالکیت این کالاها به منظور تضمین تأمین مالی به فاینانس منتقل شده باشد، معتبر باقی می‌ماند. (پاراگراف نخست ماده ۱۰۸ قانون ورشکستگی آلمان، ماده ۱۰۳ را در شرایط خاص راجع به قراردادهای لیزینگ را نسخ کرده است. از این رو تبدیل تعهد توافقنامه lease نمی‌تواند واقع شود.)

ممکن است علت قابل انتقال نبودن طلب، ناشی از رابطه قراردادی باشد. اگرچه مطالبات اصولاً بدون رضایت بدهکار قابل انتقال هستند، اما این امر مانع از آن نیست که بدهکار با طرف قرارداد خود توافق کند که طلب غیر قابل انتقال باشد.

۹۱- در حقوق ایران ماده ۲۶ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶/۰۲/۰۷ بر پایه انتقال طلب به همین معنی نهاد شده است. در ماده ۳۸ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ نیز انتقال طلب مورد اشاره واقع شده است.

۹۲- ماده ۱۶۹۲ قانون مدنی فرانسه

۹۳- جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۶۷۴ و ۶۷۵، ج ۱، ۱۳۸۱

۹۴- کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ۲۵۲ و ۲۵۳، ۱۳۷۵

- ۹۵- جعفری لنگرودی، منبع پیشین، ۶۷۴
- ۹۶- در ماده ۳۸ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ انتقال طلب بدون اشاره به عقود معین پیش‌بینی شده است. کاتوزیان، همان منبع
- ۹۷- امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ۳۴۰ تا ۳۴۲، ج ۲، ۲۴۵ و ۲۴۶، ۱۳۷۲
- ۹۸- کاتوزیان، منبع پیشین، ۲۵۲
- ۹۹- جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، ۲۸۳، ۱۳۷۹
- ۱۰۰- از ماده ۳۸ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ که ناظر به انتقال طلب است نیز استنباط می‌شود که موافقت مدیون در انتقال طلب شرط نیست: "کسی که طلب خود را به غیر از مدیون انتقال داده و بعد از انتقال آن، را از مدیون سابق خود دریافت کرده و یا به دیگری انتقال دهد، کلاهبردار محسوب می‌شود...". سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ۲۵۹، ۱۳۸۳
- ۱۰۱- امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ۲۰۸ و ۲۰۹، ۱۳۷۲، - در این مورد همچنین رجوع شود به: جعفری لنگرودی، دائره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، ۳۲۶
- ۱۰۲- رجوع شود به: کاتوزیان نظریه عمومی تعهدات، ۲۶۶، ۱۳۷۵
- ۱۰۳- از این جا تفاوت بین انتقال گیرنده طلب و ضامنی که دین دیگری را می‌پردازد آشکار می‌شود، زیرا ضامن تنها به میزانی که خسارت دیده است، و مطابق مواد ۷۰۹، ۷۱۳، و ۷۱۴ قانون مدنی حق رجوع به مدیون را دارد. پس ضامن با پرداخت دین مدیون جانشین طلبکار نمی‌شود، و ریشه تعهد مدیون جبران غرامت ضامن در اذن اوست. رجوع شود به: ناصر کاتوزیان، منبع پیشین. - همچنین رجوع شود به: عقود معین (۴)، ۳۶۳-۳۶۵
- ۱۰۴- کاتوزیان، همان منبع، ۲۶۸
- ۱۰۵- امامی، حقوق مدنی، ۱۳۷۲، ج ۱، ۳۴۰ تا ۳۴۲، ج ۲، ۲۴۵ و ۲۴۶ و ۲۵۱ - دکتر لنگرودی نیز عبارت مشابهی دارد: این نقص عبارتی را ماده ۲۹۳ قانون مدنی برطرف کرده است. زیرا در انتقال طلب وثایق و تضمینات تعهد سابق بر اثر انتقال طلب از بین نمی‌رود و مدیون از همه دفاعاتی که در قبل بهره‌مند بوده است، کماکان استفاده می‌کند و این درست برعکس تبدیل تعهد است، مجموعه محشی قانون مدنی، ص ۲۳۸
- ۱۰۶- کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ۲۷۰، مرحوم مصطفی عدل همین نظر را دارد رجوع شود به حقوق مدنی، شماره ۳۳۶، ۱۳۷۵
- ۱۰۷- صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ۲۶۰، ۱۳۸۳ (پاورقی) همینطور مراجعه شود به: صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی: تعهدات و قراردادها، ج ۲، ۱۳۵۵، ۲۶۳-۲۶۶
- ۱۰۸- ماده ۳۸ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ در همین راستا می‌گوید: "کسی که طلب خود را به غیر از مدیون انتقال داده و بعد از انتقال آن را از مدیون سابق خود دریافت کرده و یا به دیگری انتقال دهد،

کلاهدردار محسوب می‌شود...".

۱۰۹- به مواد ۸۷ تا ۸۹ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، بخشنامه ثبتی شماره ۲۸۵۴-۱۸۱۶۴ مورخ ۱۳۱۶/۶/۱۰ اداره کل ثبت توجه شود.

۱۱۰- باب چهارم قانون تجارت ماده ۲۲۳ به بعد قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱/۱۲/۱۳

۱۱۱- مواد ۲۴۵ و ۲۴۷ قانون تجارت

۱۱۲- رجوع شود به: فخاری، تقریرات حقوق تجارت: اسناد، ۱۳۷۲- ستوده تهرانی، حقوق تجارت، ج ۳: ۱۴، ۷۱ و ۷۲ - اسکینی، حقوق تجارت: برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک، ۱۳۷۴، ۲۴ - صقری، حقوق بازرگانی: اسناد، ۱۳۸۰، ج ۱۶۱ و ۶۲

۱۱۳- مراجعه شود به: تصویبنامه راجع به تاسیس انبار های عمومی مصوب شهریور ماه ۱۳۴۰ - برای دیدن نظر نویسندگان مراجعه شود به: صقری، حقوق بازرگانی: اسناد، ج ۲، ص: ۴۱۷، ۱۳۸۰ به بعد - اسکینی، همان منبع، ۱۸۳-۱۸۶

۱۱۴- ماده ۳۲۰ قانون تجارت ه دارنده سند را مالک آن

۱۱۵- ماده ۳۹ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت سند بی نام را سندی دانسته که در وجه حامل صادر گردیده و ملک دارنده آن شناخته می‌شود.

۱۱۶- رجوع شود به ماده ۶ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶/۲/۷

۱۱۷- بنابراین از دینی که سبب قانونی یا قراردادی آن بوجود آمده، ولی هنوز شرایط ثبوت آن بر ذمه مدیون فراهم نیامده، و بر ذمه او ثابت نشده و از این رو فعلاً قابل مطالبه نیست، می‌توان ضمانت کرد مانند دین جاعل به پرداختن پاداش مورد تعهد پیش از انجام کار موضوع قرارداد و مانند این‌ها، کاتوزیان، عقود معین (۴)، ۲۴۵، ۱۳۷۶

۱۱۸- کاتوزیان، همان منبع، ۲۷۰

۱۱۹- سبب در این مقام به معنی مقتضی است، یعنی امری که احتمال دارد، به دلیل ایجاد مانع، هیچگاه به اثر مطلوب منتهی نشود. و معنای فلسفی آن مورد نظر نیست. گرچه نویسندگان قانون مدنی، واژه "سبب" را بکار برده‌اند، و از واژه "مقتضی" استفاده نکرده‌اند، اما نحوه انشای ماده ۶۹۱ نشان می‌دهد که آنان مایل بوده‌اند تا از باطل دانستن پاره‌ای ضمان‌هایی که از دیرباز مورد نیاز جامعه بوده پرهیز کنند. کاتوزیان، منبع پیشین، ۲۷۹.

۱۲۰- کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، حقوق خانواده، ۱۳۷۵، ۱۴۱ - حسن امامی، حقوق مدنی، ۱۳۷۲، ج ۴، ۴۵۶، ج ۲، ۲۶۵

۱۲۱- السبزواری، ج ۲۱، ۲۲۵، ۱۴۱۶ ه.ق

۱۲۲- خوئی، ۱۸، ۱۴۰۹ ه.ق

۱۲۳- السیستانی، ج ۲، ۳۵۱، ۱۴۱۷ ه.ق

۱۲۴- السبزواری، ۲۲۵

۱۲۵- یزدی، سؤال و جواب، ۲۵۲، ۱۳۷۶

۱۲۶- ماده ۶۹۱ ق.م " ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده، باطل است."

۱۲۷- ناصر کاتوزیان، عقود معین (۴)، ۲۷۱ - در تأییدیه این نظر رای شماره ۳۸۹۱-۴۱/۱۲/۲۲ قابل ذکر است: "... فرجامخوانده (ضامن) حسن انجام تعهد پیمانکار را عهده‌دار شده و ملتزم گردیده که هرگونه خسارت ناشی از پیمان را به سود اداره غله متحمل شود، به این عنوان فرجام خوانده متعهد است که اعمالی را انجام دهد، و تطبیق این تعهد با باب ضمان (به شرح قانون مدنی) به طوری که در حکم فرجامخواسته بیان شده صحیح نیست. ولو فرضاً فرجامخوانده ضامن و پیمانکار مضمون‌عنه نامیده شده باشند..." آرشو حقوقی کیهان، مجموعه رویه قضایی، ۱۳۲۸، تا ۱۳۴۲، ج ۲، ۴۵۶

۱۲۸- کاتوزیان، عقود معین (۴)، ۲۷۶، ۱۳۷۶

۱۲۹- کاتوزیان، منع پیشین، ۲۷۷

۱۳۰- جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، ۳۶۷، ۱۳۷۹

۱۳۱- تفسیر قطبی، ج ۹، ۲۳۲ به نقل از جعفری لنگرودی، همان منبع

۱۳۲- ماده ۷۷۱ ق.م. " رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد." رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.

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

133- Cautionnement

۱۳۴- جعفری لنگرودی، حقوق مدنی: رهن و صلح، ۷۳ و ۷۴، ۱۳۸۷

۱۳۵- همان منبع، ۷۴

۱۳۶- کاتوزیان، عقود معین (۴)، ۵۸۶

