

**A study of the conflict of law rule applicable on Security agreement against a right to payment of a monetary obligation under UNCITRAL Model Law on Secured Transactions: Approaches for reviewing Iranian law**

**Hossein Hamdi**

*Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran*  
(Email: std\_hamdi@khu.ac.ir)

**Alireza Salehifar\***

*Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran*

**Seyed Ali Khazaei**

*Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran*  
(Email: khazaei@khu.ac.ir)

**Sahar Karimi**

*Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran*

(Email: Karimi\_Sahar@khu.ac.ir)

(Received: 2020/09/06, Accepted: 2020/12/26)

**Abstract**

The UNCITRAL Model Law on Secured Transactions which was approved by the UN General Assembly in 2016 has provided for rules on conflict of laws to determine the applicable law on secured transactions. These rules separate the contractual aspects from the property aspects of each secured transaction. The contractual aspect includes the mutual rights and obligations of the grantor and the secured creditor. Contractual aspect involves the mutual rights and obligations which are created between the parties to the agreement. It also includes the effects of the contract against third parties who might be affected by this contract. The effects of a contract on secured transactions will affect three parties. The first party is the guarantor who demands money from another person as collateral. The second party is the guarantor who accepts the mortgaged property. This contract is considered obligatory for the guarantor, but it is regarded voluntary for the other party. The latter whenever wishes might waive the collateral and if the guarantor has incurred costs in enforcing the collateral, the guarantor must reimburse these costs. The third party who owes money although is considered to be a third-party collateral for the contract. However, because his liability is the source of his debt, if he is notified of a security right in a receivable he is obliged to fulfill its obligation upon request. The second paragraph of Article 1 of the Model Law extends the scope of this law to the transfers of receivable contracts. This paragraph states that: “except otherwise is

---

\* Corresponding Author: Salehifar@khu.ac.ir, Fax:+982188311867

provided in Article 72 to Article 82, this law shall be applied to transferees by agreement of the parties”.

Property aspect of a contract on secured transactions involves the creation of effectiveness for third parties and priority of a security right among competing creditors. This distinction has been made on the basis of the protection of certainty principle and predictability objective as well as the protection of reasonable expectations of involved parties and also the protection of third parties’ rights. The model law considers that the law chosen by the parties would be the applicable law on the contractual aspect of security rights. In the absence of a choice of law by the parties to a contract on secured transactions, the law of a State that the security agreement has most closely connected with it will be applied. This place is the place where the characteristic of the agreement as the most important part of the obligations arising from security agreement have the most resemblance with the law of that country. Because the monetary obligation owed to the debtor of the receivable is used as encumbered asset, the UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, makes the relationship between secured creditor and the debtor as the subject of applicable law between the debtor and grantor as the principal creditor. This is to protect the debtor’s rights regarding the property aspect of the security agreement, the law on the location of the grantor has been determined as the applicable law, although there are exceptions to this rule.

The purpose of the UNCITRAL Model Law on Secured Transactions is to establish a new system for endorsing obligations by means of movable property, both tangible and intangible. This law provides for conflict resolution of laws to determine the law governing the agreement. Protecting certainty and predictability, as well as the legitimate expectations of stakeholders are considered as criteria for determining the rules on conflict resolution. The contractual aspect deals only with the rights and obligations arising from the contract and is limited to the relationship between the guarantor and the pledgee and the debtor of a monetary claim. Regarding the contractual aspect, the law governing the mutual rights and obligations of the guarantor would be their chosen law. In the absence of the selected law, then, a law which has the closest connection with the contract shall be applied. The benchmark for the determination of the closest relationship is to realize which of the parties fulfills the most important and major part of the obligation so that the law of his place of residence can be considered as the governing law. In this vein, the most important part of the contract relates to the nature of a contract, and it is a part of a contract which the contract was mainly created because of it, and if it does not exist, it is not a contract.

The selection of the most important part of a contract does not have a precise criterion and is at the discretion of the court and can lead to conflicting results. In the relationship between the guarantor and the debtor of a monetary claim, as the contract cannot restrict the rights of third parties, the same law governs the contract between the debtor and the main creditor, namely, the guarantor. The financial aspects of a contract include the conclusion of a contract and relying on third parties

and applying the priority of collateral over various creditors. In these cases, the principle of sovereignty of the guarantor is not governed and the model law in accordance with the type of property has developed a conflict resolution rule. If the mortgaged property is tangible property, the law of the place of occurrence of the property will prevail over these aspects. However, if the property is an intangible property, the law of the place of pledge of the guarantor will govern these aspects to protect the rights of third parties. In the context of the Iranian law, all contracts are governed by Article 968 of the Iranian Civil Code and Article 27 of the International Commercial Arbitration Law of Iran. These two codes do not distinguish between the contractual and property aspects of a security agreement. This study suggests that in the Iranian law, the model law approach should also be implemented to determine the rules of conflict of law so that the applicable law on security agreement can be ascertained.

**Keywords**

Contractual aspect, Property aspect, Security right, Secured obligation.

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۱۲، شماره ۱

بهار و تابستان ۱۴۰۰

صفحات ۴۱ تا ۵۹ (علمی - پژوهشی)

## بررسی قاعده حل تعارض حاکم بر قرارداد وثیقه بر روی طلب پولی در قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترال؛ راهکارهایی برای بازنگری در حقوق ایران

حسین حمیدی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران

(Email: std\_hamdi@khu.ac.ir)

علیرضا صالحی فر\*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی تهران

سید علی خزائی

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی تهران

(Email: khazaei@khu.ac.ir)

سحر کریمی

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی تهران

(Email: Karimi\_Sahar@khu.ac.ir)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۱۶، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۰۶)

### چکیده

در قانون نمونه معاملات با حق وثیقه ۲۰۱۶ آنسیترال، انعقاد قرارداد وثیقه برای ایجاد حق وثیقه بر روی طلب پولی مورد پذیرش قرار گرفته است. طلب پولی به معنای حق مطالبه تأدیة یک تعهد پولی بوده و به چهار قسم تقسیم شده است که شامل حساب دریافتی، حق مطالبه تأدیة طلب مستند به سند تجاری، حق مطالبه تأدیة وجوه واریزی به حساب بانکی و حق مطالبه تأدیة اوراق بهادار غیرواسطه‌ای است. برای تعیین قاعده حل تعارض، قرارداد وثیقه به جنبه قراردادی و جنبه مالی تقسیم شده است. قاعده حاکم بر هر یک از این جنبه‌ها با توجه به نوع طلب پولی متفاوت است. این تفکیک بر مبنای حمایت از اصل قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری، حمایت از انتظارات متعارف اشخاص ذی‌نفع در قرارداد وثیقه و حمایت از حقوق اشخاص ثالث صورت گرفته است. در حقوق ایران قانون حاکم بر قرارداد در ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین‌المللى مورد حکم قرار گرفته که در آنها بین جنبه قراردادی و جنبه مالی قرارداد تفکیکی به عمل نیامده است. این پژوهش پیشنهاد می‌کند که در حقوق ایران از روش قانون نمونه برای تعیین قاعده حل تعارض حاکم بر قرارداد وثیقه طلب پولی استفاده شود.

### واژگان کلیدی

تعهد مورد توثیق، جنبه قراردادی، جنبه مالی، حق وثیقه.

## مقدمه

قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترال در سال ۲۰۱۶ به تصویب کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد رسیده است (UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, 2016). این قانون به حق وثیقه (Security right) بر روی اموال منقول (Movable assets) اعم از مال محسوس (Tangible asset) و مال نامحسوس (Intangible asset) می‌پردازد. قبل از تصویب قانون نمونه، سند دیگری به نام راهنمای قانون‌گذاری معاملات با حق وثیقه آنسیترال (UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions) در سال ۲۰۰۷ تصویب شد که حاوی پیشنهادهایی مبنی بر چگونگی تدوین قانون معاملات با حق وثیقه بود. در قطعنامه شماره ۷۱/۱۳۶ مصوب ۱۳ دسامبر ۲۰۱۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد (Resolution adopted by the General Assembly on 13 December 2016) که قانون نمونه آنسیترال مورد تأیید قرار گرفته، بر تدوین قانون نمونه بر اساس پیشنهادهای این راهنما تصریح شده است. آنسیترال برای کاربرد بهتر قوانین نمونه به انتشار متن دیگری با عنوان راهنمای تصویب مبادرت کرده و در خصوص قانون نمونه نیز راهنمای تصویب قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترال (UNCITRAL Model Law on Secured Transactions: Guide to Enactment 2017) در سال ۲۰۱۷ به تصویب رسیده است.

در قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترال، حق وثیقه با قرارداد وثیقه (Security agreement) ایجاد می‌شود. این قرارداد بین وثیقه‌گذار (Grantor) از یک طرف و وثیقه‌گیر (Secured creditor) از طرف دیگر منعقد می‌شود. هدف قرارداد، توثیق و تضمین (Secure) یک تعهد (secured obligation) با مال موضوع حق وثیقه (Encumbered asset) است تا در صورت نقض (Default) تعهد، از محل مال موضوع حق وثیقه، آثار ناشی از عدم ایفای آن جبران شود (UNCITRAL, 2017: 32).

قانون نمونه قاعده حل تعارض یکسانی برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد وثیقه در نظر نگرفته است. قرارداد وثیقه در این قانون به دو جنبه قراردادی (Contractual aspect) و مالی (Property aspect) تقسیم شده است (UNCITRAL, 2010: 384). قاعده حل تعارض با توجه به هریک از این جنبه‌ها متفاوت است. در این قانون از فرایند تقطیع (Dépeçage) استفاده شده است. در فرایند تقطیع ابتدا یک موضوع حقوقی به دو یا چند جنبه جداگانه تقسیم می‌شود و سپس قاعده حل تعارض جداگانه‌ای برای هریک از آنها تعیین می‌شود (کریمی، ۱۳۹۹: ۲۸۶). در حقوق ایران، نه تنها تفکیکی بین جنبه قراردادی و جنبه مالی یک قرارداد به عمل نیامده است، بلکه دو قاعده حل تعارض متناقض برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد وجود دارد. ماده ۹۶۸ قانون مدنی به عنوان نخستین قاعده، آثار ناشی از قراردادها را تابع قانون محل وقوع عقد

می‌داند. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ به‌عنوان دومین قاعده، حکمی مخالف قاعده نخست مقرر نموده است. مطابق بند نخست این ماده، اصل حاکمیت اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد پذیرفته شده، ولی در صورت سکوت قرارداد، داور قادر است برابر بند ۲ این ماده مبادرت به تعیین قانون مناسب نماید که می‌تواند با قانون محل وقوع عقد تفاوت داشته باشد.

رویکرد قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترال می‌تواند باعث تحول در تعیین قانون حاکم بر قرارداد وثیقه بر روی طلب پولی و حتی سایر قراردادهای وثیقه در حقوق ایران شود. بر همین اساس، ابتدا به معنای قرارداد وثیقه بر روی طلب پولی در قانون نمونه آنسیترال پرداخته می‌شود، سپس به روش قانون نمونه در تفکیک جنبه قراردادی و جنبه مالی قرارداد وثیقه به‌عنوان مقدمه به قاعده حل تعارض پرداخته می‌شود. بعد از آن، قواعد حل تعارضی که در این قانون درباره جنبه قراردادی و جنبه مالی قرارداد وثیقه بر روی طلب پولی مورد حکم قرار گرفته است، بررسی می‌شود. در پایان، وضعیت فعلی حقوق ایران به بحث گذارده خواهد شد.

## ۱. معنای قرارداد وثیقه بر روی طلب پولی در قانون نمونه معاملات با

### حق وثیقه آنسیترال

قانون نمونه آنسیترال برای نامیدن طلب پولی از اصطلاح حساب دریافتنی (Receivable) استفاده نموده و آن را در زیرپاراگراف ۳۰ ماده ۲ این‌گونه تعریف کرده است: «هر حق مطالبه تأدیه یک تعهد پولی...» (A right to payment of a monetary obligation). در راهنمای تصویب قانون نمونه در تشریح مصادیق تعهد پولی این‌گونه گفته شده است: «این اصطلاح شامل حق قراردادی یا حق غیرقراردادی برای مطالبه پرداخت پول است. برای مثال، حق فروشنده یک مال مبنی بر تأدیه ثمن، حق قرض‌دهنده مبنی بر تأدیه وام و حق اقامه دعوا برای مطالبه خساراتی که در اثر تقصیر دیگری بر یک شخص وارد شده است» (UNCITRAL, 2017: 23). پول در زیرپاراگراف شماره ۲۰ ماده ۲ این‌گونه تعریف شده است: «پول به معنی هرگونه ارزی است که به‌عنوان وسیله پرداخت قانونی از سوی دولت به رسمیت شناخته شده است».

در ادامه، تعریف طلب پولی چند استثنا ذکر شده است که همگی این‌گونه از شمول تعریف خارج شده‌اند: «...اصطلاح طلب پولی شامل حق مطالبه تأدیه طلب مستند به سند تجاری (A right to payment evidenced by a negotiable instrument)، حق مطالبه تأدیه وجوه واریزی به حساب بانکی (A right to payment of funds credited to a bank account) و حق مطالبه تأدیه طبق ورقه بهادار غیرواسطه‌ای (A right to payment under a non-intermediated security) نخواهد بود».

استثنای یادشده همگی از نظر ماهیتی طلب پولی هستند، ولی از آنجایی که قانون نمونه برای هریک از آنها احکام جداگانه‌ای تدوین نموده است، بنابراین، فقط به دلیل تفاوت حکم از تعریف طلب پولی خارج شده‌اند، نه تفاوت ماهیت (UNCITRA, 2017: 23).

به عبارت دیگر، موارد استثنا اگرچه حساب دریافتنی تلقی نمی‌شوند، ولی طلب پولی هستند. بنابراین، حساب دریافتنی، حق مطالبه تأدییه طلب مستند به سند تجاری، حق مطالبه تأدییه وجوه واریزی به حساب بانکی و حق مطالبه تأدییه اوراق بهادار غیرواسطه‌ای، چهار قسم از اقسام طلب پولی مشمول قانون نمونه هستند. مبنای این تقسیم‌بندی، نقش تشریفات برای تشکیل و انتقال طلب است. اگر ایجاد طلب پولی منوط به تشریفات شکلی خاصی نباشد، حساب دریافتنی خواهد بود و در غیر این صورت، طلب پولی اسنادی و تشریفات نامیده می‌شود (Schaeffer, 2002: 81). این معیار در قانون نمونه پذیرفته شده است.

به غیر از حساب دریافتنی سایر طلب‌های پولی مشمول قانون نمونه منوط به رعایت تشریفات شکلی خاص برای ایجاد و انتقال هستند. حق مطالبه تأدییه طلب مستند به سند تجاری باید در اسناد تجاری به معنای خاص یعنی چک، برات و سفته بازتاب یابد. قابلیت نقل و انتقال و گردش اسناد تجاری منوط به شرایطی است که در قوانین هر کشوری تعیین شده است (UNCITRAL, 2017: 11).

حق مطالبه تأدییه وجوه واریزی به حساب بانکی نیز نوعی طلب تشریفات است. زیرپاراگراف شماره ۳، ماده ۲ قانون نمونه حساب بانکی را این‌گونه تعریف کرده است: «حساب بانکی حسابی است که نزد یک مؤسسه مجاز سپرده‌گذاری نگهداری می‌شود که قابلیت واریز و خرج وجوه نقدی را دارد». حساب بانکی ظرفی اعتباری است که ورود و خروج پول از آن منوط به رعایت تشریفات مثل صدور چک و کارت بانکی و ... است (Mishkin, 2019: 243). حق مطالبه تأدییه اوراق بهادار غیرواسطه‌ای نیز طلبی تشریفات است. اوراق بهادار (Securities)، سند کتبی بیانگر رابطه حقوقی بین دو شخص می‌باشد که یکی ناشر اوراق و دیگری دارنده آن است. اوراق بهادار در یک تقسیم‌بندی کلی به اوراق سهام (Equity security) و اوراق بدهی (Debt Security) تقسیم می‌شود. اوراق سهام نمایانگر مشارکت دارنده در سرمایه یک شرکت است که حق مطالبه سود و سایر حقوق قانونی را به وی اعطا می‌کند. در واقع، سود ناشی از این اوراق طلب پولی است، ولی چون سرمایه‌گذاری با پول انجام می‌شود، لذا با مسامحه به رابطه مشارکت نیز طلب پولی گفته می‌شود. اوراق بدهی بیانگر وجود تعهد پولی ناشی از وام یا قرض و حق مطالبه تأدییه آن برای دارنده است که همین ویژگی تلقی این اوراق به عنوان طلب پولی را توجیه می‌کند (Moloney, 2014: 21). در بند «الف» زیرپاراگراف شماره ۳۴، ماده ۲ قانون نمونه اوراق بهادار بر اساس معنایی که در بالا گفته شد، این‌گونه تعریف شده است: «اوراق بهادار به معنای هر تعهدی است که از سوی یک ناشر برعهده گرفته می‌شود. همچنین

به معنای سهام یا حق مشابهی است که بر مشارکت با ناشر یا در مؤسسه یا شرکت ناشر دلالت می‌کند». اصطلاح تعهد یک ناشر دلالت بر اوراق بدهی و اصطلاح سهام و مشارکت با ناشر به معنای اوراق سهام است. قانون نمونه معنای محدودی از اوراق بهادار یعنی اوراق بهادار غیرواسطه‌ای را در نظر گرفته است که در این اوراق بین ناشر و دارنده اوراق، واسطه‌ای وجود ندارد (UNCITRA, 2017: 20).

هدف قرارداد وثیقه بر روی طلب پولی ایجاد نوعی حق تبعی وثیقه بر روی طلب برای تضمین ایفای یک تعهد است. در اثر این قرارداد، حق مطالبه‌ای که طلبکار از مدیون طلب پولی دارد به نفع وثیقه‌گیر مقید می‌شود. در این حق، بدون انتقال مالکیت طلب پولی به وثیقه‌گیر، فقط به‌طور بالقوه امکان مراجعه مستقیم وی به مدیون طلب پولی ایجاد می‌شود. شرط فعلیت این حق، نقض تعهد مورد توثیق است. به عبارت دیگر، حق وثیقه در طول تعهد مورد توثیق قرار می‌گیرد (Richards, 2017: 687). قانون نمونه آنسیترال همین معنا را مورد پذیرش قرار داده است. در بند نخست ماده ۸۲ با عنوان وصول طلب (Collection of payment) این‌گونه آمده است: «پس از نقض تعهدی که با طلب پولی مورد توثیق قرار گرفته، وثیقه‌گیری که بر روی حساب دریافتی، سند تجاری، حق مطالبه پرداخت وجوه واریزی به یک حساب بانکی و اوراق بهادار غیرواسطه‌ای حق وثیقه تحصیل کرده است، استحقاق پیدا می‌کند تا تأدیة طلب را مطالبه نموده، آن را از مدیون حساب دریافتی، متعهد سند تجاری، مؤسسه مجاز سپرده‌گذاری و ناشر اوراق بهادار غیرواسطه‌ای وصول کند». نقض در زیرپاراگراف شماره ۱۰ ماده ۲ این قانون این‌گونه تعریف شده است: «نقض به معنای قصور مدیون نسبت به تأدیة و یا اجرای تعهد مورد تضمین بوده، به‌علاوه شامل هر اتفاق دیگری که مطابق شرایط قراردادی بین طرفین موجب تحقق نقض گردد نیز می‌شود».

## ۲. مقدمه تعیین قاعده حل تعارض در قرارداد وثیقه بر روی طلب

### پولی در قانون نمونه

در راهنمای قانون‌گذاری معاملات با حق وثیقه ۲۰۰۷ آنسیترال درباره مقدمه تعیین قاعده حل تعارض برای تعیین قانون حاکم بر معاملات با حق وثیقه به تفصیل بحث شده است که می‌توان همان مباحث و مبانی را در قانون نمونه نیز قابل پذیرش دانست.

### ۲.۱. تفکیک بین جنبه قراردادی و جنبه مالی قرارداد وثیقه

قانون نمونه به‌عنوان مقدمه و پیش‌شرط به تفکیک قرارداد وثیقه به دو جنبه متفاوت مبادرت نموده است که یکی جنبه قراردادی و دیگری جنبه مالی نام دارد. اگر ایجاد تمایز بین جنبه‌های مختلف



یک قرارداد مورد نظر باشد، چاره‌ای جز تصریح به تک‌تک این جنبه‌ها نیست، زیرا علی‌القاعده نباید تفاوتی بین جنبه‌های مختلف یک قرارداد برای تعیین قاعده حل تعارض وجود داشته باشد (Symeonides, 2014: 751). قانون نمونه آنسیترال از همین رویکرد پیروی کرده است.

### ۲.۱.۱. معنای جنبه قراردادی قرارداد و وثیقه

جنبه قراردادی به معنای آثار قرارداد و وثیقه بر روی طلب پولی بین طرفین و همچنین اثر قرارداد در برابر مدیون طلب پولی است (UNCITRAL, 2010: 386). این قرارداد نسبت به سه شخص اثرگذار خواهد بود: طرف اول، وثیقه‌گذاری است که طلب پولی خود از یک شخص دیگر را به‌عنوان مال موضوع حق وثیقه ارائه می‌کند. طرف دوم، وثیقه‌گیری است که بر روی طلب پولی حق وثیقه تحصیل می‌کند. این قرارداد نسبت به وثیقه‌گذار لازم و نسبت به وثیقه‌گیر جایز است و وثیقه‌گیر می‌تواند حق وثیقه را ساقط نماید (Miller, 2016: 434). طرف سوم، مدیون طلب پولی است که اگرچه نسبت به قرارداد و وثیقه شخص ثالث محسوب می‌شود و اراده وی دخالتی در ایجاد حق وثیقه ندارد، ولی چون ذمه او منبع مال موضوع حق وثیقه است و با مطالبه وثیقه‌گیر مطابق شرایط مقرر در قانون مکلف به تأدیه در حق او می‌شود، بنابراین می‌توان وی را از این قرارداد اثرپذیر دانست (Burnham, 2012: 78).

### ۲.۱.۲. معنای جنبه مالی قرارداد و وثیقه

در این قانون چهار جنبه از قرارداد و وثیقه در جنبه مالی قرار گرفته است که عبارت‌اند از: تشکیل قرارداد و وثیقه طلب پولی، استنادپذیری قرارداد و وثیقه در برابر اشخاص ثالث، تقدم حق وثیقه ناشی از قرارداد در برابر سایر طلبکاران، و تشریفات اجرای حق وثیقه (UNCITRAL, 2010: 388). در روش سنتی، قانون حاکم بر اصل قرارداد با قانون حاکم بر آثار آن یکسان است (Hoffheimer, 2019: 86)، اما در قانون نمونه اصل تشکیل قرارداد از آثار آن جدا شده و هر یک تابع قاعده حل تعارض متفاوتی قرار گرفته‌اند. بین اثر قرارداد در برابر اشخاص ثالث نیز تفاوت ایجاد شده است. شخص ثالث در این قانون شامل مدیون طلب پولی و سایر اشخاصی است که در انعقاد قرارداد و وثیقه دخالتی ندارند. برخلاف اثر قرارداد در برابر مدیون طلب پولی که در جنبه قراردادی وارد شده، اثر و روش استنادپذیری قرارداد در برابر سایر اشخاص ثالث به‌عنوان جنبه مالی قرارداد و وثیقه نگریسته شده است. نتیجه این نگرش در اعمال تقدم حق وثیقه در برابر سایر طلبکاران نمایان می‌شود که این امر نیز جزء جنبه مالی قرار گرفته است. در انتها، تشریفات اجرای حق وثیقه نیز در جنبه مالی قرار داده شده است (Nishitani, 2017: 834).

## ۲.۲. مبانی توجیهی تفکیک جنبه قراردادی از جنبه مالی قرارداد وثیقه

تحلیل مبانی و چرایی روش قانون نمونه در تفکیک جنبه قراردادی از جنبه مالی قرارداد وثیقه به درک آن کمک می‌کند. هدف اصلی این تفکیک، حفظ حقوق اشخاص ثالث بوده است. در صورت نبود این تفکیک، امکان خدشه به حقوق اشخاص ثالث به استناد اصل حاکمیت اراده وجود خواهد داشت که نتیجه‌ای جز حاکمیت قوانین مختلف ندارد (UNCITRAL, 2010: 387). به علاوه این رویکرد موجب تحقق عدالت ماهوی نیز می‌شود (علی‌پور و همکاران، ۱۳۹۷: ۸۳). تضمین اصل قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری و همچنین تضمین اصل احترام به انتظارات مشروع اشخاص ذی‌نفع، دو ملاکی است که برای توجیه روش قانون نمونه بیان شده است.

### ۲.۲.۱. تضمین اصل قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری

در نظام جامع معاملات با حق وثیقه باید امکان تعیین قواعد حل تعارض به‌طور ساده و روشن وجود داشته باشد. شرط تحقق این هدف، رعایت قطعیت (Certainty) و پیش‌بینی‌پذیری (Predictability) به‌عنوان دو نکته کلیدی چه از نگاه قوانین ماهوی (Substantive law) و چه از نگاه قواعد حل تعارض (Conflict-of-laws rules) است (UNCITRAL, 2010: 384). معیار قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری در برابر معیار انعطاف‌پذیری (Flexibility) ارائه شد. بر اساس این معیار به جای تکیه بر تشخیص قاضی باید معیاری عینی برای تشخیص قاعده حل تعارض وجود داشته باشد. قواعد حل تعارض باید طوری تدوین شود که امکان تعیین قانون حاکم به‌سادگی و با اطمینان بالا برای همگان وجود داشته باشد (Roosevelt, 2019: 3).

### ۲.۲.۲. احترام به انتظارات متعارف اشخاص ذی‌نفع

قواعد حل تعارض باید تأمین‌کننده انتظارات متعارف طرفین ذی‌نفع باشند (Reasonable expectations of interested parties). عامل ارتباط (Connecting factor) که شرط تعیین قانون حاکم است، باید ارتباط واقعی (Real relation) با موقعیت‌های واقعی (Factual situation) داشته باشد (UNCITRAL, 2010: 384). احترام به انتظارات متعارف طرفین ریشه در نظریه شخصی تعیین قانون حاکم بر قرارداد دارد. در این نظریه، قصد طرفین چه به‌طور صریح و چه ضمنی و حتی به صورت فرضی، مبنای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد قلمداد می‌شود (افضلی مهر و همکاران، ۱۳۹۵: ۳۳). در اینجا دو مصلحت با یکدیگر جمع می‌شوند؛ اولین مصلحت احترام به قصد طرفین و دومین مصلحت احترام به حاکمیت کشورهای است که در هر حال، یک رابطه واقعی با قرارداد دارند. اگرچه قانون حاکم بر مبنای قصد و انتظارات متعارف طرفین تعیین شده و چیزی به آنها تحمیل نمی‌شود، ولی در عین حال، قصد طرفین بر مبنای عناصر واقعی که قرارداد به آنها وابسته است تفسیر می‌گردد (Chemmerinsky, 2015: 199).

### ۳. قواعد حل تعارض قانون نمونه آنسیترال بر جنبه قراردادی و جنبه

#### مالی قرارداد و وثیقه

در این قسمت، قواعد حل تعارضی که قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترال برای هریک از جنبه‌های قراردادی و مالی قرارداد وثیقه طلب پولی مقرر شده است، مورد بحث قرار می‌گیرد.

#### ۳.۱. قاعده حل تعارض حاکم بر جنبه قراردادی قرارداد و وثیقه بر روی طلب پولی

گفته شد که جنبه قراردادی شامل آثار قرارداد بین طرفین آن، یعنی حقوق و تعهدات متقابل وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر و نیز رابطه وثیقه‌گیر با مدیون طلب پولی است.

#### ۳.۱.۱. قاعده حل تعارض حاکم بر اثر قرارداد و وثیقه بین طرفین

اثر قرارداد وثیقه دربردارنده حقوق و تعهدات متقابل طرفین قرارداد در برابر یکدیگر است. در قانون نمونه، تعیین قانون حاکم بر حقوق و تعهدات متقابل طرفین قرارداد وثیقه به توافق ایشان واگذار شده است. ماده ۸۴ قانون نمونه در این باره چنین مقرر داشته است: «قانون حاکم بر حقوق و تعهدات متقابل وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر که از قرارداد وثیقه ناشی می‌شود قانون منتخب طرفین است...».

این قاعده در اسناد بین‌المللی دیگری مانند کنوانسیون واگذاری مطالبات پولی در تجارت بین‌المللی سازمان ملل متحد (United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade Regulation of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008) مصوب ۲۰۰۱، قانون حاکم بر تعهدات قراردادی پارلمان اروپا (The Regulation of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations) موسوم به مقررۀ رم یک مصوب ۲۰۰۸، و بند اول ماده ۲ اصول انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی لاهه (The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts) مصوب ۲۰۱۵ کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه بازتاب یافته است.

بند نخست ماده ۲۸ کنوانسیون واگذاری مطالبات پولی چنین مقرر داشته است: «حقوق و تعهدات متقابل انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده که از یک قرارداد حواله ناشی می‌شود با قانون منتخب ایشان مورد حکم قرار می‌گیرد». در ماده ۳ قانون حاکم بر تعهدات قراردادی پارلمان اروپا این‌گونه آمده است: «قرارداد باید با قانون منتخب طرفین مورد حکومت قرار گیرد. انتخاب قانون حاکم باید به‌طور صریح و روشن در قرارداد ذکر شود و یا از اوضاع و احوال به‌روشنی قابل استنباط باشد...». این حکم به‌عنوان اصل آزادی انتخاب قانون حاکم (Freedom of choice)

به‌عنوان زیربنای اصلی مقررۀ رم یک قلمداد شده است (Kuipers, 2012: 42). بند نخست ماده ۲ اصول انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی لاهه چنین مقرر می‌دارد: «یک قرارداد با قانون منتخب توسط طرفین مورد حکومت قرار می‌گیرد». در بند ۲ این ماده به طرفین اختیار تقطیع قرارداد و تعیین قانون حاکم برای هر یک از قسمت‌های آن داده شده است. البته تقطیع قرارداد و انتخاب قانون جداگانه برای هر قسمت از آن فقط بین طرفین قرارداد معتبر خواهد بود و به اشخاص ثالث تسری پیدا نخواهد کرد (Loadsman, Douglas, 2018: 32).

توافق طرفین اگر برخلاف اصول اصلی و مفهومی نظم عمومی باشد، از سوی دادگاه مورد توجه قرار نخواهد گرفت (Cohen, 2018: 208). بر همین اساس، بند نخست ماده ۹۳ قانون نمونه با عنوان برتری قواعد امری و نظم عمومی (Overriding mandatory public policy) چنین گفته است: «قواعد این بخش، دادگاه را از اجرای قواعد امری قانون مقرر دادگاه محروم نخواهد کرد». بند ۳ این ماده اختیار دادگاه در برتری قواعد امری و نظم عمومی را درباره تمام قرارداد جاری ندانسته است و مقرر می‌دارد: «دادگاه می‌تواند اجرای قواعد حل تعارض موضوع این بخش را فقط تا جایی محدود کند که این قواعد به‌روشنی با مفاهیم بنیادین نظم عمومی قانون مقرر دادگاه مغایرت داشته باشد».

در صورت عدم تعیین قانون حاکم از سوی طرفین قرارداد، ماده ۸۴ قانون نمونه چنین حکم کرده است: «در فرض فقدان قانون منتخب طرفین، قانونی که بر قرارداد وثیقه حکومت می‌کند حاکم خواهد بود». منظور از قرارداد وثیقه (Security agreement) شرایط تشکیل قرارداد نیست، بلکه آثار ناشی از قرارداد مورد نظر است. در صورت سکوت قرارداد نسبت به قانون حاکم، قانونی که بر آثار قراردادی ناشی از قرارداد وثیقه حکومت می‌کند به‌عنوان قانون حاکم قلمداد خواهد شد. در اینجا قانونی حاکم خواهد بود که نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد را داشته باشد. معنای نزدیک‌ترین ارتباط در این قاعده که به‌عنوان یکی از مشهورترین قواعد پذیرفته‌شده در اسناد بین‌المللی تلقی می‌شود، قانون کشوری است که اجرای بخش مهم تعهدات قراردادی (Most closely connected with characteristic performance) در آنجا صورت می‌گیرد. برای مثال، در یک قرارداد وام قانون کشور محل استقرار وام‌دهنده به‌عنوان قانون حاکم تعیین می‌شود، زیرا قسمت مهم تعهدات ناشی از قرارداد وام را وام‌دهنده ایفا می‌کند (UNCITRAL, 2010: 396). بخش مهم و عمده تعهدات همان هدف و مقتضای ذات قرارداد است که به قرارداد معنا داده، فقدان آن موجب بی‌معنایی قرارداد خواهد بود. تشخیص این امر در اختیار دادگاه است که البته موجب ابهام و عدم قطعیت خواهد شد، زیرا ممکن است محاکم در تفسیر و تشخیص عمده‌ترین قسمت تعهد اختلاف نظر پیدا کنند (Symeonides, 2016: 361). این اصل در بند ۲ ماده ۲۸ کنوانسیون واگذاری مطالبات پولی در تجارت بین‌المللی نیز این‌گونه پذیرفته شده است: «در صورت فقدان قانون منتخب توسط طرفین، حقوق و تعهدات متقابل انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده

که از قرارداد حواله و واگذاری ناشی می‌شود با قانون کشوری تحت حکم قرار خواهد گرفت که حواله نزدیک‌ترین ارتباط را با آن دارد».

### ۳. ۱. ۲. قاعده حل تعارض حاکم بر رابطه وثیقه‌گیر و مدیون طلب پولی

پیش‌تر گفته شد که مدیون طلب پولی به‌عنوان منبع اجرای حق وثیقه قلمداد می‌شود. در زیرپاراگراف شماره ۸ ماده ۲ قانون نمونه، مدیون (Debtor) این‌گونه تعریف شده است: «مدیون به معنای شخصی است که تأدیة یک تعهد پولی یا اجرای یک تعهد غیرپولی را برعهده می‌گیرد. فرقی نمی‌کند که مدیون همان وثیقه‌گذار باشد یا شخص دیگر. اصطلاح مدیون شامل ضامن تعهد مورد توثیق که متعهد دوم نامیده می‌شود نیز می‌گردد». در این تعریف از اصطلاح متعهد دوم (Secondary Obligor) استفاده شده که به معنای ضامن و مسئول یک دین است. مدیون یک دین متعهد ایفای دین است، ولی مسئول یک دین فقط التزام به تضمین تأدیة به‌طور تبعی دارد، بدون اینکه به صورت مستقل و جداگانه مسئولیتی داشته باشد (عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۴: ۷۸).

قرارداد وثیقه طلب پولی نباید موجب تغییر قانون حاکم بر تعهدات مدیون شود، زیرا با اصل احترام به انتظارات متعارف اشخاص ذی‌نفع که ملاک قانون نمونه در تعیین قواعد حل تعارض است مغایرت خواهد داشت (UNCITRAL, 2010: 398) بر همین اساس، بند «الف» ماده ۹۶ قانون نمونه چنین حکم کرده است: «قانون حاکم بر حقوق و تعهدات بین مدیون حساب دریافتنی، متعهد سند تجاری و طلبکار طلب که به عنوان وثیقه‌گذار بر روی طلب پولی حق وثیقه به نفع وثیقه‌گیر ایجاد کرده است، بر حقوق و تعهدات متقابل وثیقه‌گیر و مدیون حاکم خواهد بود». در این بند از اصطلاح مدیون حساب دریافتنی (Debtor of a receivable) و متعهد سند تجاری (Obligor under a negotiable instrument) نام برده شده است. در این بند سخنی از مؤسسه مجاز سپرده‌گذاری (Deposit-taking institution) به‌عنوان مدیون طلب در حق مطالبه تأدیة وجوه واریزی به حساب بانکی و ناشر (Issuer) اوراق بهادار به‌عنوان مدیون حق مطالبه تأدیة طبق اوراق بهادار غیرواسطه‌ای سخنی به‌میان نیامده است. درباره این دو مدیون دو حکم متفاوت در نظر گرفته شده است که با حکم بند «الف» ماده ۹۶ تفاوت دارد. ماده ۹۷ قانون نمونه، قانون حاکم بر رابطه متقابل وثیقه‌گیر و مؤسسه مجاز سپرده‌گذاری را در صورتی قانونی می‌داند که:

«الف: مؤسسه مجاز سپرده‌گذاری که حساب بانکی را نگهداری می‌کند در آنجا محل تجارت داشته باشد.

ب: اگر مؤسسه مجاز سپرده‌گذاری بیش از یک محل تجارت در کشورهای مختلف داشته باشد، قانون کشوری که شعبه نگهدارنده حساب بانکی در آنجا واقع شده است حاکم خواهد بود». این حکم قطعیت و اطمینان و شفافیت بیشتری در خصوص قانون حاکم بر طلب پولی

مستند به حساب بانکی ایجاد خواهد کرد، زیرا محل استقرار شعبه با توجه به قرارداد دوجانبه بین بانک و مشتری به خوبی تعیین خواهد شد (Byttembier, 2017: 434).

درباره حق مطالبه تأدیه اوراق بهادار غیرواسطه‌ای نیز ماده ۱۰۰ قانون نمونه حکم دیگری مقرر داشته است. این ماده درباره هر یک از اقسام اوراق بهادار یعنی اوراق سهام و اوراق بدهی حکم مستقلی تدوین کرده است. بند نخست ماده ۱۰۰ قانون حاکم بر رابطه میان وثیقه‌گیر و ناشر اوراق، اوراق سهام را قانونی می‌داند که «ناشر اوراق بهادار طبق آن رسمیت یافته است». بند ۲ ماده ۱۰۰ نیز قانون حاکم بر رابطه میان وثیقه‌گیر و ناشر اوراق بدهی را قانونی می‌داند که «بر اوراق بهادار حاکم است». این حکم به نوعی بازتاب‌دهنده حکم بند «الف» ماده ۹۶ است، زیرا منظور از قانون حاکم در اینجا قانونی است که بر حقوق و تعهدات متقابل ناشر اوراق و دارنده آن حاکم است که می‌تواند قانون منتخب طرفین و یا قانون نزدیک‌ترین محل مرتبط با قرارداد باشد (UNCITRAL, 2017: 159). در بند نخست ماده ۱۴ قانون حاکم بر تعهدات قراردادی پارلمان اروپا و بند ۲ ماده ۱۰ اصول انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه که هر دو به قانون حاکم بر حواله و واگذاری طلب پرداخته‌اند، روش متفاوتی با قانون نمونه در پیش گرفته شده است. بند اول ماده ۱۴ مقرر می‌کند، چنین گفته است: «روابط بین انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده حواله قراردادی و جانشینی قراردادی و دعوی علیه شخص مدیون این مطالبات باید بر اساس قانونی مورد تصمیم قرار گیرد که بر قرارداد بین انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده حاکم است». این بند قانون حاکم بر سبب یعنی قرارداد حواله را بر روابط بین انتقال‌گیرنده و مدیون طلب حاکم می‌داند (Ferrari, Leible, 2009: 217). بند ۲ ماده ۱۰ اصول کنفرانس لاهه چنین می‌گوید: «قانون منتخب طرفین یعنی انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده بر حقوق انتقال‌گیرنده در برابر مدیون طلب نیز حاکم است». در اینجا احتمال ایجاد ضرر به مدیون طلب پولی وجود دارد، زیرا قانون منتخب طرفین می‌تواند با قانونی که مدیون طلب با طلبکار خود یعنی انتقال‌دهنده انتخاب کرده است متفاوت باشد. بر همین اساس، راهکار قانون نمونه مناسب بوده، حقوق مدیون را حفظ می‌کند.

### ۲.۳. قاعده حل تعارض حاکم بر جنبه مالی قرارداد وثیقه طلب پولی

جنبه مالی قرارداد وثیقه شامل تشکیل قرارداد، استنادپذیری در برابر اشخاص ثالث و اعمال تقدم حق وثیقه در برابر سایر طلبکاران و تشریفات اجرای حق وثیقه است. این قاعده با توجه به هر یک از اقسام طلب پولی مشمول قانون نمونه، متفاوت است.

#### ۲.۳.۱. در قرارداد وثیقه بر روی حساب دریافتی

قانون نمونه طلب پولی از نوع حساب دریافتی را مال نامحسوس می‌داند (UNCITRAL, 2017: 159).

19: 2017). زیرپاراگراف ۱۶ ماده ۲، مال نامحسوس را این‌گونه تعریف کرده است: «مال نامحسوس و غیرمادی به معنای هر مالی غیر از مال محسوس و مادی است». ماده ۸۶ قانون نمونه به‌عنوان یک اصل کلی، قانون حاکم بر جنبه مالی توثیق اموال نامحسوس از جمله حساب دریافتنی را این‌گونه تعیین کرده است: «قانون حاکم بر تشکیل، استنادپذیری در برابر اشخاص ثالث و اعمال تقدم در یک حق وثیقه که بر روی یک مال نامحسوس ایجاد می‌شود، قانون کشوری است که وثیقه‌گذار در آن مستقر است». درباره قانون حاکم بر تشریفات اجرای حق وثیقه بر روی حساب دریافتنی نیز بند ۲ ماده ۸۸ قانون نمونه حاکم خواهد بود. این بند چنین مقرر داشته است: «قانون حاکم بر موضوعات مربوط به اجرای حق وثیقه در یک مال نامحسوس قانونی خواهد بود که بر تقدم حق وثیقه حاکم است به غیر از استثنائاتی که در مواد ۹۷، ۹۹ و ۱۰۰ مقرر شده است». چون قانون حاکم بر تقدم حق وثیقه در ماده ۸۶ قانون محل استقرار وثیقه‌گذار است، بنابراین، حکم بند ۲ ماده ۸۸ را هم باید به قانون محل استقرار وثیقه‌گذار منصرف دانست. اگرچه در حساب دریافتنی می‌توان محل استقرار مدیون طلب پولی را به‌عنوان محل وقوع این مال در نظر گرفت، ولی باید در هر قراردادی وقت و هزینه زیادی برای تعیین محل استقرار مدیون طلب صرف نمود که با اصل قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری و اصل رعایت انتظارات متعارف اشخاص ذی‌نفع مطابقت ندارد. پس باید به‌طور مستقیم یک محل استقرار فرضی برای مال نامحسوس در نظر گرفت که محل استقرار وثیقه‌گذار به دلیل سهولت تشخیص می‌تواند بهترین محل باشد (Mooney Jr, 2017: 884).

در ماده ۲۲ کنوانسیون واگذاری مطالبات پولی در تجارت بین‌المللی از رویکرد قانون نمونه به صورت محدود استفاده شده است. این ماده از محل استقرار انتقال‌دهنده سخن به‌میان آورده، ولی آن را فقط در اعمال تقدم بین حواله‌های متعدد جاری دانسته است. می‌توان حکم ماده ۸۶ قانون نمونه را تکمیل‌کننده حکم ماده ۲۲ دانست، زیرا ثبات و استحکام قرارداد چنین اقتضا دارد که محل استقرار وثیقه‌گیر بر تمام جنبه‌های مالی قرارداد وثیقه‌حاکم باشد (UNCITRAL, 2010: 388).

مفهوم محل استقرار (location) وثیقه‌گذار در ماده ۹۰ قانون نمونه به ترتیب در سه قسمت ذکر شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «با توجه به هدف این بخش، وثیقه‌گذار در محل‌های زیر مستقر فرض می‌شود:

الف: در کشوری که وثیقه‌گذار محل تجارت (Place of business) دارد.

ب: اگر وثیقه‌گذار در بیش از یک کشور محل تجارت داشته باشد، کشوری که در آن مرکز اداره (Central administration) امور وثیقه‌گذار قرار دارد، محل استقرار اوست.

ج: اگر وثیقه‌گذار محل تجارت ندارد، قانون کشوری محل استقرار او فرض می‌شود که در آنجا سکونت عادی (Habitual residence) دارد.»

**۳.۲.۲. در قرارداد وثیقه بر روی حق مطالبه تأدیة طلب مستند به سند تجاری**

پاراگراف ۳۸ ماده ۲ قانون نمونه، اسناد تجاری را از مصادیق مال محسوس قلمداد کرده است. علی‌رغم بازتاب طلب پولی در این اسناد، خود سندی که طلب در آن تجسم یافته است به‌عنوان مال تلقی می‌شود، زیرا سند در مرحله ثبوت و ایجاد حق به‌عنوان یک عنصر اساسی دخالت دارد و حق فقط باید با شرایط شکلی خاص در سند متبلور شود. در نتیجه، شکل ظاهری این طلب بر خود طلب برتری یافته، ملاک مالیت آنها تلقی می‌شود و طلب پولی مستند به سند تجاری را مصداق مال محسوس قرار می‌دهد (Furmston, Jason, 2013: 343).

بند نخست ماده ۸۵ قانون نمونه چنین گفته است: «به‌غیر از استثنای مندرج در پاراگراف دوم تا چهارم این ماده و ماده ۹۸ و ماده ۱۰۰ این قانون، قانون حاکم بر تشکیل حق وثیقه، استنادپذیری در برابر اشخاص ثالث و اعمال تقدم حق وثیقه در یک مال محسوس و مادی قانون محلی است که مال در آنجا واقع شده است». چون درباره سند تجاری حکم دیگری مقرر نشده، بنابراین قانون بر جنبه مالی حق مطالبه تأدیة طلب مستند به سند تجاری قانون محل وقوع سند تجاری حاکم است، نه قانون محل استقرار وثیقه‌گیر؛ اگرچه تعیین قانون محل استقرار وثیقه‌گذار در این باره مناسب‌تر بود. درباره قانون حاکم بر تشریفات اجرای حق وثیقه بر روی این طلب نیز در بند نخست ماده ۸۸ چنین گفته شده است: «به‌غیر از استثنای مندرج در ماده ۱۰۰، قانون حاکم بر موضوعات مربوط به اجرای حق وثیقه در یک مال محسوس قانونی خواهد بود که این اموال در هنگام شروع پروسه اجرای حق وثیقه در آنجا واقع شده است».

**۳.۲.۳. در قرارداد وثیقه بر روی حق مطالبه تأدیة وجوه واریزی به حساب بانکی**

قانون حاکم بر جنبه مالی قرارداد وثیقه بر روی حق مطالبه تأدیة وجوه واریزی به حساب بانکی همان قانونی است که بر رابطه میان وثیقه‌گیر و مؤسسه مجاز سپرده‌گذاری حاکم است. پیش‌تر گفته شد که این رابطه مصداق رابطه میان وثیقه‌گیر و مدیون طلب پولی است که جزء جنبه قراردادی قرارداد وثیقه قرار می‌گیرد. ماده ۹۷ قانون نمونه در این باره چنین حکم کرده است: «قانون حاکم بر تشکیل، استنادپذیری در برابر اشخاص ثالث، اعمال تقدم حق وثیقه در برابر طلبکاران متعدد و اجرای حق وثیقه نسبت به حق تأدیة وجوه واریزی به حساب بانکی قانونی است که:

الف: مؤسسه مجاز سپرده‌گذاری که حساب بانکی را نگهداری می‌کند، در آنجا محل تجارت داشته باشد.

ب: اگر مؤسسه مجاز سپرده‌گذاری بیش از یک محل تجارت در کشورهای مختلف داشته باشد قانون کشوری که شعبه نگهدارنده حساب بانکی در آنجا واقع شده است حاکم خواهد بود».



### ۳.۲.۴. در قرارداد وثیقه بر روی حق مطالبه تأدیه طبق اوراق بهادار غیرواسطه‌ای

در سطور پیشین گفته شد که ماده ۱۰۰ قانون نمونه اوراق بهادار غیرواسطه‌ای را به دو قسم اوراق سهام و اوراق بدهی تقسیم کرده است. این ماده در دو بند جداگانه قانون حاکم بر جنبه مالی این دو قسم از اوراق را بیان نموده است. بند اول این ماده چنین مقرر داشته است: «قانون حاکم بر تشکیل، استنادپذیری در برابر اشخاص ثالث، حق تقدم و اجرای حق وثیقه در اوراق سهام، قانونی است که ناشر اوراق مطابق آن تشکیل شده است».

بند دوم این ماده نیز درباره قانون حاکم بر جنبه مالی اوراق بدهی چنین حکم کرده است: «قانون حاکم بر تشکیل، استنادپذیری در برابر اشخاص ثالث، حق تقدم و اجرای حق وثیقه در یک ورقه بهادار غیرواسطه‌ای از نوع اوراق بدهی، قانونی است که بر اوراق حاکم است». در این طلب نیز به مانند حق مطالبه تأدیه وجوه واریزی به حساب بانکی، قانون حاکم بر جنبه قراردادی قرارداد وثیقه اوراق بدهی بر جنبه مالی آن نیز حاکم دانسته شده است.

## ۴. تحلیل قاعده حل تعارض حاکم بر قرارداد وثیقه بر روی طلب

### پولی در حقوق ایران

در حقوق ایران، ماده ۷۷۲ قانون مدنی قبض مال مرهون را ضروری دانسته و در ادامه، ماده ۷۷۴ قانون مدنی، رهن دین را باطل اعلام کرده است. این دو ماده مانع مهمی برای ایجاد حق وثیقه نسبت به طلب پولی در حقوق ایران ایجاد کرده‌اند. در دکترین حقوقی پیشنهاد شده است تا قبض مال مرهون فقط به اموال مادی منقول اختصاص یابد و در ایجاد حق وثیقه نسبت به اموال غیرمادی مانند طلب پولی و اموال فکری، نیازی به قبض مال مرهون نیست (حبیبی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۵: ۱۱۶). در تأیید این نظر می‌توان به ماده ۸۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ استناد نمود. در این ماده به مرجع مجری حکم دادگاه اجازه داده شده است تا مطالبات محکوم علیه را در راستای اجرای حکم توقیف نماید. این توقیف، توثیق قضایی بوده و از نظر ماهیت با توثیق قراردادی تفاوتی ندارد و می‌توان از ملاک آن برای تجویز توثیق قراردادی طلب پولی در حقوق ایران استفاده کرد. در هر حال، بر فرض که چنین قراردادی در حقوق ایران صحیح باشد، باید قانون حاکم بر جنبه‌های مختلف آن در حقوق ایران مورد بررسی قرار گیرد.

در حقوق ایران راجع به قانون حاکم بر قراردادها دو قاعده حل تعارض وجود دارد. نخستین قاعده در ماده ۹۶۸ قانون مدنی با این حکم انعکاس یافته است: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». در مورد اسناد تجاری، ماده ۳۰۵ قانون تجارت سند تجاری را به‌عنوان

مال نامحسوس قلمداد کرده و برخلاف قانون نمونه آنسیترال این اسناد را مال محسوس تلقی نکرده است. ماده ۳۰۵ قانون تجارت چنین مقرر می‌دارد: «در مورد برواتی که در خارج ایران صادر شده شرایط اساسی برات تابع قوانین مملکت صدور است. هر قسمت از سایر تعهدات براتی (تعهدات ناشی از ظهرنویسی ضمانت قبولی و غیره) نیز که در خارج به وجود آمده تابع قوانین مملکتی است که تعهد در آن جا وجود پیدا کرده است. معذک اگر شرایط اساسی برات مطابق قانون ایران موجود و یا تعهدات براتی موافق قانون ایران صحیح باشد، کسانی که در ایران تعهداتی کرده‌اند؛ حق استناد به این ندارند که شرایط اساسی برات یا تعهدات براتی مقدم بر تعهد آنها مطابق با قوانین خارجی نیست». این ماده در واقع بازتاب دیگری از ماده ۹۶۸ قانون مدنی است، زیرا صدور سند تجاری و ظهرنویسی و انتقال آن یک عمل حقوقی است، پس وقتی در ماده ۳۰۵ سخن از محل صدور و محل ایجاد تعهد به میان آمده، به معنای بازتاب حکم عام ماده ۹۶۸ در سند تجاری است (الماسی و حسین‌زاده، ۱۳۸۹: ۳۲).

دومین قاعده در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ بازتاب یافته است که نسبت به ماده ۹۶۸ قانون مدنی انعطاف بیشتری دارد. در این ماده، اصل حاکمیت اراده برای همه اشخاص اعم از تبعه ایران و تبعه کشورهای خارجی پذیرفته شده است، در حالی که در انتهای ماده ۹۶۸ قانون مدنی، اصل حاکمیت اراده فقط برای اتباع خارجی مورد پذیرش قرار گرفته است. به علاوه در ماده ۲۷ به اختیار داور برای تعیین قانون مناسب در صورت سکوت تصریح شده، در حالی که در ماده ۹۶۸ قانون مدنی چنین اختیاری برای مرجع رسیدگی کننده پیش‌بینی نشده است. اصولاً تفاوتی بین صلاحیت داور و دادگاه برای تعیین جهات حکمی یک دعوا وجود ندارد (Stone Sweet, Grisel, 2017: 123). پس، وقتی داور می‌تواند قانون مناسب را انتخاب کند، به طریق اولی دادگاه نیز که مرجع عام حل اختلاف است باید چنین اختیاری را دارا باشد.

در حقوق ایران بین جنبه قراردادی و جنبه مالی یک قرارداد وثیقه طلب پولی تفکیکی وجود ندارد، به همین دلیل، ماده ۹۶۸ قانون مدنی به‌عنوان قانون حاکم بر رابطه میان وثیقه‌گیر و مدیون طلب پولی دانسته شده است (عباسی سرمدی و اونق، ۱۳۹۳: ۹۲)؛ در حالی که نمی‌توان با قرارداد، حقوق شخص ثالث را که در اینجا مدیون طلب پولی است محدود کرد و قانونی را بر تعهد او حاکم دانست که مورد انتظار متعارف او نبوده است. همچنین در حقوق ایران حکمی در مورد جنبه‌های مالی قرارداد، یعنی تشکیل و استنادپذیری در برابر اشخاص ثالث و اعمال تقدم حق وثیقه در برابر سایر طلبکاران و تشریفات اجرای حق وثیقه، وجود ندارد. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶، قواعد حل تعارضی را که داور باید در رسیدگی به اختلاف به‌عنوان تعیین قانون حاکم مورد استفاده قرار دهد، معین کرده است. اگرچه در ماده ۹۶۸ قانون مدنی، اصل حاکمیت اراده به‌طور محدود و آن هم بین اتباع خارجی پذیرفته شده است، ولی در بند نخست ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی چنین آمده

است: «داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد...». این رویکرد مطابق رویکرد قانون نمونه و اسناد بین‌المللی دیگری است که در این تحقیق مورد اشاره قرار گرفته‌اند. بند ۲ ماده ۲۷ در صورت سکوت قرارداد نسبت به قانون حاکم، از ضابطه اجرای قانون مناسب این‌گونه استفاده کرده است: «در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، «داور» بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد». البته معیاری برای تشخیص قانون مناسب ارائه نشده است.

این مواد فقط در روابط بین طرفین یک قرارداد وثیقه که مشمول جنبه قراردادی آن می‌شوند قابلیت اعمال دارند. در مورد جنبه مالی قرارداد، یعنی تشکیل و استنادپذیری در برابر اشخاص ثالث و اعمال تقدم حق وثیقه، حکمی از آنها قابل استخراج نیست و نمی‌توان تصمیم‌گیری راجع به این موارد را به اراده طرفین قرارداد سپرد، زیرا احتمال ایجاد ضرر برای اشخاص ثالث قابل تصور است.

### نتیجه

یافته‌های این پژوهش بیانگر لزوم اصلاح قوانین ماهوی و همچنین قواعد حل تعارض درباره قرارداد وثیقه بر روی طلب پولی در حقوق ایران است. برای این منظور می‌توان از احکام قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترال استفاده کرد. ابتدا باید امکان ایجاد حق وثیقه بر روی طلب پولی در حقوق ایران پذیرفته شود، سپس باید به‌مانند قانون نمونه آنسیترال طلب پولی به چهار قسم حساب دریافتنی، حق مطالبه تأدیه طلب مستند به سند تجاری، حق مطالبه تأدیه وجوه واریزی به حساب بانکی و حق مطالبه تأدیه اوراق بهادار تقسیم شود. برای تعیین قاعده حل تعارض حاکم بر قرارداد وثیقه طلب پولی می‌توان به‌مانند قانون نمونه این قرارداد را به دو جنبه قراردادی و مالی تقسیم نمود. جنبه قراردادی شامل آثار قرارداد بین طرفین و همچنین اثر قرارداد در برابر مدیون طلب پولی است. جنبه مالی قرارداد نیز شامل تشکیل قرارداد وثیقه طلب پولی، استنادپذیری قرارداد وثیقه در برابر اشخاص ثالث، تقدم حق وثیقه ناشی از قرارداد در برابر سایر طلبکاران و تشریفات اجرای حق وثیقه است. قانون حاکم بر جنبه قراردادی باید به دو قسم تقسیم شود. قانون حاکم بر اثر قرارداد بین طرفین باید با قانون منتخب ایشان مورد حکم قرار گیرد. در صورت نبود قانون منتخب طرفین، قانون کشوری که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد داشته باشد حاکم خواهد بود و این کشور همان محلی است که اجرای بخش مهم و عمده تعهدات قراردادی در آنجا صورت می‌گیرد. قانون حاکم بر اثر قرارداد بین وثیقه‌گیر و مدیون طلب پولی همان قانونی خواهد بود که بر رابطه میان مدیون و وثیقه‌گذار که طلبکار اصلی طلب پولی

می‌باشد حاکم است. البته این حکم درباره طلب پولی مستند به وجوه واریزی به حساب بانکی باید با استثنا روبرو شود. پس قانون حاکم بر رابطه میان وثیقه‌گیر با مؤسسه مجاز سپرده‌گذاری که حساب بانکی را نگهداری می‌کند، قانون محل تجارت مؤسسه یا شعبه آن است. همچنین درباره اوراق بهادار سهام نیز استثنای دیگری باید در نظر گرفته شده، قانون محل استقرار ناشر اوراق به‌عنوان قانون حاکم شمرده شود. قانون حاکم بر جنبه مالی قرارداد وثیقه نیز باید با توجه به هر یک از اقسام طلب پولی متفاوت باشد. در طلب پولی از نوع حساب دریافتی، قانون محل استقرار وثیقه‌گذار حاکم خواهد بود. در طلب پولی مستند به سند تجاری اگرچه قانون نمونه آنسیترال این سند را در حکم مال محسوس دانسته و قانون حاکم را قانون محل وقوع سند تجاری قلمداد نموده است، ولی می‌توان در این باره نیز قانون محل استقرار وثیقه‌گذار را حاکم دانست. در طلب مستند به وجوه واریزی به حساب بانکی نیز قانون محل تجارت مؤسسه یا شعبه آن حاکم است. درباره قانون حاکم بر جنبه مالی قرارداد وثیقه اوراق بهادار نیز می‌توان قانون محل استقرار ناشر اوراق را حاکم دانست؛ اگرچه قانون نمونه آنسیترال درباره اوراق بدهی قانون حاکم را قانون منتخب طرفین و یا نزدیک‌ترین قانون مرتبط دانسته است.

## منابع و مأخذ

### الف) فارسی

۱. الماسی، نجادعلی و حسین‌زاده، مهدی (۱۳۸۹)، «ضوابط تعیین قانون حاکم بر تعهدات ناشی از اسناد تجاری»، مجله حقوق خصوصی، ش ۱۶.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴)، «مسائل منطق حقوق و منطق موازنه»، تهران: گنج دانش.
۳. حبیبیا، سعید و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۵)، «بازپژوهشی نقش قبض در وضعیت رهن؛ مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام، ایران و فرانسه»، مجله آموزه‌های فقه مدنی، ش ۱۴.
۴. عباسی سمرمدی، مهدی و اونق، شهرزاد (۱۳۹۳)، «تبیین قاعده حل تعارض و تطبیق قانون حاکم بر رابطه منتقل‌آلیه و مدیون در حقوق ایران و قانون متحدالشکل تجاری امریکا در پرتو اسناد بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۴.
۵. عبدی‌پور فرد، ابراهیم (۱۳۹۴)، «مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه».
۶. علی‌پور، حسن؛ عیسائی تفرشی، محمد؛ شهبازی‌نیا، مرتضی؛ صادقی، محمود (۱۳۹۷)، «ضابطه نزدیکترین ارتباط در قانون حاکم بر معاملات با حق وثیقه (مطالعه تطبیقی در حقوق اتحادیه اروپایی، حقوق امریکا و حقوق ایران)»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۱.
۷. کریمی، سحر (۱۳۹۹)، «بررسی نظریه تقطیع (دپساز) در قراردادهای تجاری بین‌المللی؛ با

نگاه تطبیقی به حقوق امریکا و اتحادیه اروپا، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱.  
 ۸. وحدتی شبیری، سید حسن و فضل‌مهر، مرضیه (۱۳۹۵)، «تحول مفهومی ضوابط تعیین قانون  
 حاکم بر قراردادهای در حقوق بین‌الملل خصوصی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۳.

### ب) خارجی

9. Burnham, Scott J. (2012), **The Glannon Guide to Secured Transactions**, Harvard: Wolters Kluwer.
10. Byttember, Koen (2017), **Towards a New International Monetary Order**, New York: Springer.
11. Chemerinsky, Erwin (2015), **Conflict of Laws Cases and Materials**, New York: Wolters Kluwer.
12. Cohen, Neil B. (2018), "The Private International Law of Secured Transactions: Rules in Search of Harmonization, Law and Contemporary Problems", vol 81.
13. European Parliament (2008), Rome I Regulation, Regulation (EC) No 593/2008 of the on the law applicable to contractual obligations, Official Journal of the European Union.
14. Ferrari, Franco & Leible, Stefan (2009), **Rome I Regulation The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe**, Munich: European law publishers GmbH.
15. Furmston, Michael & Chuah, Jason (2013), **Commercial Law**, Edinburgh: Pearson Education Limited.
16. Hague Conference on Private International Law (2015), **Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts**, Hague, Hcch.
17. Hoffheimer, Michael H. (2019), **Conflict of laws**, New York: Wolters Kluwer.
18. Kuipers, Jan-Jaap (2012), **EU Law and Private International Law The Interrelationship in Contractual Obligations**, Biston: Martinus Nijhoff Publishers.
19. Loadsman, Nicholas & Douglas, Michael (2018), "The Impact of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Melbourne Journal of International Law, Vol. 19, No. 1.
20. Miller, Roger LeRoy (2017), **Business Law Today The Essentials**, New York: Cengage Learning.
21. Moloney, Niamh (2014), **EU securities and financial markets regulation**, Oxford: Oxford University Press.
22. Mooney Jr, Charles W. (2017), "Choice-of-law Rules for Secured Transactions An Interest-Based and Modern Principles-Based Framework for Assessment", Faculty Scholarship at Penn Law. 1776.
23. Mishkin, Frederic S. (2019), **The Economics of Money, Banking, and Financial Markets**, New York: Pearson Education Limited.
24. Nishitani, Yuko (2017), "Cross-border assignment of receivables: conflict of laws in secured transactions", Uniform Law Review, Vol. 22, Issue 4.

25. Richards, Paul (2017), **Law of Contract**, London: Pearson Education Limited.
26. Roosevelt, Kermit III. (2019), "Certainty versus Flexibility in the Conflict of Laws" Faculty Scholarship at Penn Law, 2029.
27. Schaeffer, Mary S. (2002), *Essentials of Credit, Collections, and Accounts Receivable*, New Jersey: John Wiley & Sons Inc.
28. Stone Sweet A & Grisel F. (2017), **The evolution of international arbitration, judicialization, governance, legitimacy**, Oxford: Oxford University Press.
29. Symeonides, Symeon C. (2016), **Choice of law**, New York: Oxford University Press.
30. Symeonides, Symeon (2014), "Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect", *University of Toledo Law Review*, Vol. 45, No. 1. pp 751-765.
31. UNCITRAL (2017), *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions*, United Nations, Vienna.
32. UNCITRAL (2017), *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions Guide to Enactment*, Vienna: United Nations.
33. UNCITRAL (2010), *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, New York: United Nations.