

# ضابطه نزدیکترین ارتباط در قانون حاکم بر معاملات با حق وثیقه (مطالعه تطبیقی در حقوق اتحادیه اروپایی، حقوق آمریکا و حقوق ایران)

حسن علی پور<sup>۱</sup>، محمدعیسائی تفرشی<sup>۲\*</sup>، مرتضی شهبازی نیا<sup>۳</sup>، محمودصادقی<sup>۴</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
۲. استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
۳. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
۴. دانشیار گروه حقوق مالکیت فکری، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۰۶

پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۰۱

## چکیده

جهانی شدن مبادلات اقتصادی منجر به ایجاد راهکارهای متفاوتی جهت تضمین معاملات شده که در این بین ابزار وثیقه که زاینده حقوق آمریکاست نقش بسزایی دارد. اختلافات حاصله از روابط بین المللی ناشی از این قراردادها و عدم همسانی مقررات تعارض قوانین و مکفی نبودن مقررات در این خصوص موجب بروز نظریه نزدیکترین ارتباط در تعیین قانون حاکم گردیده است. در مقررات اخیر اتحادیه اروپایی و آمریکا به خوبی بروز این نظریه

Email: tafreshi@modares.ac.ir

\* نویسنده مسؤول مقاله:

هویدا است. نظریه مذکور به حدی رشد و نمو پیدا کرده است که بعضاً به عنوان استثنایی بر اصل حاکمیت اراده هم تلقی می‌گردد. در مقررره رم یک اتحادیه اروپا، معیارهایی از جمله محل سکونت عادی شخصی که تعهد شاخص را انجام می‌دهد، محل وقوع مال غیر منقول، محل سکونت توزیع کننده، تعیین شده است. در حقوق آمریکا و به خصوص در مقررات متحدالشکل تجاری آمریکا (UCC) ضمن پذیرش قاعده ارتباط عمده، اصلی‌ترین معیار را در این خصوص اقامتگاه بدهکار وثیقه، معرفی کرده است. در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران نیز به نحوی محل انعقاد عقد ملاک قرار گرفته است، هرچند در قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران نیز قانون مناسب با لحاظ قواعد حل تعارض پذیرفته شده است، لکن اعمال این قاعده نهایتاً منجر به اعمال ماده ۹۶۸ ق.م. می‌گردد. همچنین آراء داورى بین‌المللى نیز در برخی موارد پا را فراتر نهاده و نزدیکترین ارتباط را بر اساس عرف تجارى یا قواعد مشترک ملی انتخاب نموده است. تعیین ملاک‌های دقیق برای ضابطه فوق خصوصاً در راستای قطعیت قراردادی امری اجتناب ناپذیر است که در مقاله پیش رو با لحاظ مقررات خاص در زمینه معاملات با حق وثیقه به آن پرداخته می‌شود.

**واژگان کلیدی:** حق وثیقه، تعهد شاخص، مقررره رم یک، ارتباط عمده، اقامتگاه بدهکار.

## ۱. مقدمه

جذب اعتبار همواره عاملی برای رونق تولید و در سطح کلان افزایش درآمد ناخالص ملی است. وثیقه به عنوان ابزار تضمین، این موتور رونق اقتصادی را نیرو می‌بخشد. معاملات با حق وثیقه که منشاء آن به حقوق آمریکا بر می‌گردد ناشی از پاسخ به نیاز اقتصادی فوق است. در این بین یکی از نکات مهم در معاملات با حق وثیقه تعیین قانون حاکم بر آن است. اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای اصلی کاملاً پذیرفته شده است لکن محتمل است در قراردادی انتخاب قانون حاکم به دلایل مختلفی به آینده موکول شود. همین امر موجب بروز ضابطه نزدیکترین ارتباط در تعیین قانون حاکم شده است. در حقوق اتحادیه اروپایی و حقوق آمریکا تحولات



خاصی در این زمینه به وقوع پیوسته که بررسی آن موجب پویایی قانونگذاری داخلی می‌گردد. خصوصاً با لحاظ این موضوع که حقوق داخلی در زمینه تعارض قوانین همپا با تحولات جهانی رشد نکرده است.

شایان ذکر است که حقوق تعارض قوانین اروپایی، چه از حیث تحلیلی و مفهومی و چه از حیث ساختار حقوقی، به نحو بنیادینی از مدل سنتی خود فاصله گرفته است. امروزه حقوق تعارض قوانین اروپایی به انحاء مختلف بر عدالت ماهوی تاکید می‌ورزد. این امر می‌تواند باعث انتخاب عامل ارتباطی به صورت موردی شود. در حقوق تعارض قوانین ایالات متحده آمریکا نیز، عدم تعریف ضوابط خاص و قطعی در تحقق عدالت ماهوی و تمرکز بیش از حد بر اجرای عدالت ماهوی در پرونده‌های تعارض قوانینی، منجر به اتخاذ تصمیمات خاص و موردی<sup>۱</sup> می‌گردد. در واقع هدف حقوق بین الملل خصوصی این است که قاعده حل تعارض بر مبنای امری وضع گردد که بیشترین و نزدیکترین ارتباط را با موضوع مورد اختلاف دارد و با اجرای آن قاعده عدالت و انصاف محقق گردد. نقطه قوت نظریه نزدیکترین ارتباط آن است که هر دعوی مستقلاً در پرتو عناصر ارتباطی‌اش رسیدگی می‌شود که همین امر، موجب می‌شود دادگاهها به روش استقرایی، برای هر پرونده قاعده‌ای متناسب و خاص اعمال کنند. بنابراین راهکاری که امروزه در تعارض قوانین مطرح می‌گردد این است که به جای انطباق وقایع حقوقی با قواعد از پیش مقدر شده، به مطالعه پرونده خاص و افراد درگیر در آن بپردازیم.

طبیعتاً هدف از تحقیق پیش رو تبیین نظریه نزدیکترین ارتباط در معاملات با حق وثیقه و پاسخ به سؤالاتی از قبیل اینکه نظریه مذکور در معاملات با حق وثیقه پذیرفته شده است یا خیر؟ در صورت پذیرش نظریه، جایگاه اصل حاکمیت اراده چگونه است؟ حدود نظریه و معیارهای مربوطه چیست؟ و نهایتاً ارائه راهکار به قانونگذار داخلی می‌باشد.

---

1. ad hoc decisions

## ۲. تاریخچه ابزار وثیقه وضابطه نزدیکترین ارتباط

در اواخر قرن ۱۹، اقتصاد آمریکا تغییر کرد و رشد بنگاه‌های تجاری آغاز و نیاز به جذب اعتبار نیز بیشتر شد. در این قرن برجسته‌ترین توسعه قانون معاملات با حق وثیقه معرفی وثیقه اموال منقول<sup>۱</sup> بود که به وام گیرنده اجازه می‌داد علی‌رغم دریافت وام و توثیق اموال، متصرف اموال موضوع وثیقه نیز باقی بماند (Gilmore, 1951, p. 28-30). در قرن ۲۰ با تصویب ماده ۹ مقررات متحدالشکل تجاری آمریکا (یوسی‌سی) توسعه شگرفی در زمینه معاملات با وثیقه این کشور صورت گرفت. ماده قانونی مذکور شامل وثیقه اموال شخصی یعنی وثیقه در اشیای منقول و برخی انواع حقوق می‌شود (Hendrik, 2000, p. 432). تمام ایالت‌ها متن ماده ۹ را پذیرفته‌اند. بندهای ۳۰۱-۹ تا ۳۰۷-۹ این ماده به قانون حاکم در معاملاتی که بین ایالت‌های مختلف صورت می‌گیرد، می‌پردازد. در اتحادیه اروپایی اختصاصاً در خصوص معاملات با حق وثیقه تاکنون مقرره‌ای وضع نشده است؛ لکن با مطالعه قانون نمونه بانک بازسازی و توسعه اروپایی تا حدود زیادی مسیر مباحث در این خصوص مشخص می‌شود.

اولین پیش‌نویس قانون نمونه از سوی بانک بازسازی و توسعه اروپایی<sup>۲</sup> در آپریل ۱۹۹۳ در لندن آماده شد (Simpson, Rover, 1992). در آپریل ۱۹۹۷ قانون مدل با انتشار «اصول اصلی برای قانون معاملات با وثیقه» تکمیل شد.

قانون نمونه بر مفهوم حق وثیقه واحد برای همه انواع اشیای و حقوق تأکید می‌کند. این قانون برای همه انواع اموال اعم از منقول و غیرمنقول اعمال می‌شود.

در نظام حقوقی کشور ایران مطابق قانون مدنی تنها یک ابزار وثیقه وجود دارد که شامل عقد رهن موضوع مواد ۷۷۱ الی ۷۹۴ قانون مدنی است. عقد رهن دارای شرایط اختصاصی می‌باشد که سبب شده است تا نهاد مزبور انعطاف لازم را نداشته باشد و

1. chattel mortgage

2. European *Bank of Reconstruction* and Development (EBRD)



لذا بسیاری از اموال شخص متقاضی تسهیلات، قابل توثیق نباشد. به همین دلیل در چهارچوب مقررات عقد رهن، یکی از نویسندگان حقوقی براین دیدگاه است که باید در نظام حقوقی ایران میان رهن مدنی و رهن بازرگانی قائل به تفکیک شده و لایحه مستقلی در خصوص رهن اخیر تنظیم و به تصویب برسد (نصیری، ۱۳۵۱، ص ۳-۲). یکی دیگر از اساتید حقوق در مقام بیان امکان توثیق اسناد تجاری معتقد است تا زمان اصلاح مواد قانون مدنی در مورد عقد رهن، رویه قضایی باید به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی توثیق اسناد تجاری را به عنوان اموالی که از دید عرف و تجارت مال بوده و خاصیت فزاینده مالی آنها به مراتب از سایر اموال مادی اعم از منقول و غیرمنقول و حتی پول کاغذی بیشتر است و سرمایه نوین جامعه را تشکیل می دهد، بپذیرد (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۲۳).

علاوه بر دکتترین حقوقی مذکور، قانونگذار ایران نیز با درک عدم تناسب مقررات عقد رهن موضوع قانون مدنی با شرایط روز اقتصادی و نیازهای جدید، به تدریج با تصویب قوانین متعددی از مقررات سنتی حاکم بر عقد مزبور و محدودیت‌های ناشی از آن فاصله گرفته است. من جمله قانون تسهیل اعطا تسهیلات بانکی مصوب ۱۳۸۶/۴/۵ که در ماده یک آن مقرر شده است: «به منظور تسریع، تسهیل و تقویت سرمایه‌گذاری در طرحهای تولیدی (اعم از کالا یا خدمت) دریافت وثیقه خارج از ارزش دارایی و عواید آتی طرح، از گیرندگان تسهیلات که توان مجری و توجیه اقتصادی، فنی و مالی و قابل ترهین طرح آنها به تأیید بانک می‌رسد، توسط بانکهای عامل ممنوع است...».

قانونگذار به موجب این قانون به صراحت شرایط مربوط به لزوم عین بودن مال مورد رهن، قبض دادن آن و نیز بطلان رهن دین و منفعت موضوع قانون مدنی را نادیده انگاشته و رویه جدیدی در پیش گرفته است.

عمده مباحث نوین مربوط به معاملات با حق وثیقه در خصوص اموال منقول است، چرا که نظام‌های مختلف حقوقی در خصوص پذیرش اموال منقول به عنوان وثیقه

تردیدی نداشته و حتی در خصوص قاعده تعارض قوانینی آن نیز بدون اختلاف نظر محل وقوع مال غیرمنقول را پذیرفته‌اند، و اساساً بروز و ظهور ضابطه نزدیکترین ارتباط بیشتر معطوف به اموال منقول می‌باشد. در واقع پیشینه ضابطه نزدیکترین ارتباط به حقوق عرفی سوئیس به سال ۱۹۳۴م. برمی‌گردد (Bundesgericht, 1934, p. 294) که بعداً ضابطه مزبور در قالب بند ۱ ماده ۱۱۷ قانون فدرال حقوق بین الملل خصوص سوئیس، تدوین و به نگارش قانونی در آمده است (Bundesgesetz 1987, p 291) که ایالات متحده آمریکا در بازنگری مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین، برای اولین بار در حقوق بین الملل خصوصی، آن را در قالب قانون تصویب کرد (Yongping; Baoshi, W, 2009, p. 423). همچنین کنوانسیون رم مصوب ۱۹۸۰م. راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی ضابطه نزدیکترین ارتباط را برگزیده که این ضابطه از پیش انگاره‌ها یا پیش فرض‌های قانونی تبعیت می‌نماید.<sup>۱</sup>

### ۳. رویکرد قانونگذاری نسبت به تعارض قوانین

کنوانسیون ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی (موسوم به کنوانسیون رم)<sup>۲</sup> بهترین راهنما و هادی برای تعیین رویکرد حقوق اتحادیه اروپاست. این کنوانسیون فقط موقعیتهای متعارض بین قوانین کشورهای عضو را تنظیم نمی‌کند، بلکه در مواردی که قانون کشور عضو با قانون کشور غیرعضو تعارض دارد نیز اعمال می‌گردد (بند ۱ ماده ۱ کنوانسیون) (اخلاقی، ۱۳۹۲، ص ۳۴۸). کنوانسیون مذکور در سال ۲۰۰۸ م با اصلاحاتی که در آن به عمل آمد، با نام مقررات رم یک، در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی<sup>۳</sup> برای اجرا در اتحادیه اروپا به تصویب شورا و پارلمان اروپا رسید. اکنون مقررات رم یک محور

1. [hereinafter Rome II Regulation]. 15. Convention 80/934/ECC on the Law Applicable to Contractual Obligations art. 4, opened for signature June 19, 1980, 1980 O.J. (L 266) 1 [hereinafter Rome Convention]; Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Consolidated Version) art. 4, 1998 O.J. (C 27) 34  
2. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980).  
3. Regulation 593/2008 (Rome I), on the Law Applicable to Contractual Obligations



اصلی تعیین قانون حاکم در اتحادیه اروپایی را تشکیل می‌دهد و کنوانسیون ۱۹۸۰ م به تاریخ سپرده شده و تنها در تفسیر مقررات ۲۰۰۸ مورد استفاده قرار گرفته است. در نظام حقوقی آمریکا نیز مجموعه اصول و قواعد دوم تعارض قوانین به نحو عام (در کلیه قراردادهای) در پی اعمال نمودن قانون محلی شده است که مهمترین رابطه را با میان معامله دارد. بعلاوه به منظور تعیین نمودن محلی که مهمترین رابطه در آنجا واقع گشته است، یک سری از عوامل ارتباطی را در بخش ۱۸۸ خود ارائه و مطرح نموده است؛ این اصول عبارتند از انتظارات طرفین، منافع مرتبط به جامعه و اجتماع که از جمله شامل سیاستهای بنیادین قواعد خاص حقوقی، سهولت در اجرای عدالت و انصاف می‌شوند.

همچنین مقررات یوسی‌سی خصوصاً بعد از اصلاحات سال ۲۰۰۸ بصورت خاص در زمینه معاملات با حق وثیقه نظریه نزدیکترین ارتباط را پذیرفته است. لکن با تحولاتی که در دونظام فوق ایجاد شده در حقوق داخلی شاهد تغییری در این زمینه نبوده‌ایم و بیشتر تحلیل‌های تعارض قوانینی حول محور قراردادهای، معطوف به ماده ۹۶۸ قانون مدنی است.

#### ۴. مفهوم نزدیکترین ارتباط

نظریه نزدیکترین ارتباط که از آن تحت «شرط گریز فراگیر»<sup>۱</sup> نیز یاد می‌شود، جایگزین کردن قانون کشوری است که ارتباط نزدیک‌تری با دعوا دارد. می‌توان این امر را در حقوق تعارض قوانین اتحادیه اروپا به وضوح ملاحظه نمود و به عنوان مثال در مقررہ رم یک، احکامی به شرط گریز مزبور اختصاص یافته است.

در فقدان انتخاب صریح طرفین، دو شیوه برای تعیین قانون مناسب وجود دارد: روش شخصی که به جستجوی قصد اشخاص متعارف، قصد مفروض طرفین را استنباط می‌کند که طرفداران مکتب لیبرالیسم کلاسیک نیز معتقد به همین امر هستند

---

1. The universal escape clause

(افضلی مهر، وحدتی شبیری، ۱۳۹۵، ص ۳۴)، و روش دیگر، روش عینی است که در فقدان کشف اراده ضمنی یا فرضی متعاملین، دادگاه تلاش می‌کند از انتساب هرگونه قصد خیالی به طرفین اجتناب کند و در جهت تعیین قانونی که با قرارداد ارتباط نزدیکتری دارد، تلاش نماید.

تاثیر قاعده نزدیکترین ارتباط به حدی است که در صورتی که قانون حاکم بر مبنای محل سکونت طرفی که تعهد شاخص را می‌بایست انجام دهد تعیین شده باشد، لکن قرارداد ارتباط نزدیکتری با قانون دیگری داشته باشد، می‌بایست قاعده نزدیکترین ارتباط اجرا گردد. بند ۳ ماده ۴ رم یک مقرر می‌دارد: « هنگامی که از تمام اوضاع و احوال پرونده پیداست که قرارداد به وضوح با قانون کشوری غیر از کشوری که در بندهای ۱ و ۲ اشاره شد، ارتباط نزدیکتری دارد، قانون همان کشور بر قرارداد حاکم خواهد بود» (امیرمعزی، ۱۳۹۱، ص ۴۱۸). حتی بند ۳ ماده ۳ مقرر رم یک فراتر رفته و چنانچه کلیه عوامل مرتبط با قرارداد در کشورهای عضو اتحادیه اروپایی باشد توافق طرفین در انتخاب قانونی دیگر را بلااثر می‌داند. همچنین مقرر رم یک هفت قاعده عینی حل تعارض را مطرح کرده است که تمامی آنها تابع قانون کشوری که به وضوح ارتباط نزدیکتری با قرارداد دارد، می‌باشند. این هشت قاعده عبارتند از: ۱) محل سکونت عادی فروشنده، ۲) محل سکونت عادی ارائه دهنده خدمت، ۳) محل وقوع مال غیرمنقول، ۴) محل سکونت عادی موجر، ۵) محل سکونت عادی امتیاز گیرنده، ۶) محل سکونت عادی توزیع کننده و ۷) محل انجام حراج.

#### ۵. قاعده نزدیکترین ارتباط در ماده ۴ مقرر رم یک

ماده ۴ مقرر رم یک، درباره قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی مشتمل بر قواعد کلی تعارض مربوط به قراردادها است و تا حدی قابل اعمال است که قانون قابل اعمال مطابق با ماده ۳ مقرر تعیین نشده باشد.

---

1. manifestly





پیش‌انگاره کنوانسیون رم در مورد قانون حاکم، در صورت عدم انتخاب قانونی از جانب طرفین، آن است که قرارداد تابع قانون کشور محل سکونت عادی<sup>۱</sup> طرفی است که اجرای تعهد شاخص<sup>۲</sup> قرارداد بر عهده اوست، به شرطی که تعهد مزبور قابل تشخیص باشد (Hay, 2013, p.13).

در نتیجه چنانچه هیچ قانونی (صریح یا ضمنی) انتخاب نشده بود، همانطور که بیان شد مطابق مقررات روم یک، قرارداد تابع قانون کشوری است که نزدیکترین ارتباط را با آن دارد (بند ۴ ماده ۴ مقررات رم یک). این قاعده شبیه «قاعده ارتباط عمده» یا نظریه «قانون مرکز ثقل قرارداد» در حقوق آمریکاست. در واقع مقررات رم یک، قاعده نزدیکترین ارتباط را راه حل نهایی می‌داند.<sup>۳</sup>

وجود بندهای سوم و چهارم در ماده ۴ بیانگر ضابطه نزدیکترین ارتباط است. در این دو بند به روشنی مشخص می‌شود که بندهای ۱ و ۲ ماده ۴ نیز بر مبنای ضابطه نزدیکترین ارتباط هستند. در واقع، به روشنی ذکر شده است که، اگر «از تمامی شرایط مورد معلوم شود که قرارداد با کشوری غیر از کشوری که در بندهای (۱) یا (۲) به آن اشاره شده، به طور واضح ارتباط نزدیکتری دارد، آنگاه باید قانون آن کشور اعمال شود»؛ و اگر «نتوان قانون قابل اعمال را پیرو بندهای (۱) یا (۲) تعیین کرد، آنگاه قرارداد باید با توجه به قانون کشوری که با آن ارتباط نزدیکتری دارد، تعیین شود». ماده (۳) ۴ زمانی اعمال می‌شود که امکان تعیین قانون قابل اعمال توسط ماده (۱) ۴ و (۲) وجود داشته باشد، در حالی که ماده (۴) ۴ زمانی اعمال می‌شود که تعیین قانون قابل اعمال توسط بندهای مذکور میسر نباشد. مثلاً چنانچه به علت مشخص نبودن اقامتگاه شخصی که تعهد شاخص را بر عهده دارد امکان اعمال بند دو وجود نداشته باشد، طبیعتاً امکان اعمال بند ۳ نیز وجود ندارد، در این صورت بند ۴ تکلیف را مشخص کرده است و کماکان قرارداد را تابع قانون کشوری می‌داند که

1. habitual residence  
2. characteristic obligation  
3. Rome I Art. 4(3), (4).

بیشترین نزدیکی را با آن دارد. بنظر نگارنده با وجود بند ۳ لزومی به بند ۴ نبود؛ چرا که بند ۳ با وجود مشخص بودن ضوابط عینی مقرر در بند ۱ و ۲ همچنان قرارداد را تابع قانون محلی می‌داند که بیشترین نزدیکی را با آن دارد، در نتیجه به طریق اولی در فرض بند ۴ نیز باید همین نظریه اعمال گردد.

#### ۵-۱. مفهوم انعطاف‌پذیری در ماده فوق

وجود ماده (۳) ۴ راجع به کشوری که ارتباط نزدیکتری با قرارداد دارد، متضمن انعطاف‌پذیری قواعد انتخاب قانون عینی ذکر شده در ماده (۱) ۴ و (۲) است (Bogdan, 2009, p. 221).

ماده ۴ مقرر رم یک، خصوصاً بند سوم آن بازتابی از مفهوم انعطاف‌پذیری است. در واقع باید به یاد داشت که یک هدف ضابطه فوق، کاهش نابسامانی حاصل از ارتباطات پراکنده موارد مختلف و حفظ قطعیت حقوقی و قابلیت پیش‌بینی است (Williams, 1986, p. 15; Hill, 1998, p. 460).

ماده (۳) ۴ قواعد انتخاب قانون عینی بیان شده در ماده (۱) ۴ را به قواعد انعطاف‌پذیر تبدیل می‌کند. به عبارت دیگر، این قواعد فرض‌های حقوقی ویژه مربوط به کشوری هستند که قرارداد با آن کشور نزدیک‌ترین ارتباط را دارد. بنابراین، اگر هر یک از این مفروضات در یک مورد معین اشتباه از آب درآید، آنگاه باید از آن فرض چشم‌پوشی کرد، به شرط اینکه شرایط لازم ماده (۳) ۴ محقق شده باشد. از سوی دیگر، فرض‌های ویژه بند یک را نباید فرض‌های ضعیفی انگاشت. این فرض‌ها قواعد متحدالشکل آمره هستند که عدول از آنها منوط به شرایط لازم ماده (۳) ۴ یا (۴) ۴ است. به نحوی تمام موارد مذکور در بند ۱ «فرض قانونی» است (Petar, 2008, P.210).

نکته مهم درخصوص بند ۱ ماده ۴، این است که قواعد آنها نهایتاً منجر به اعمال قاعده اجرای بخش مهم و اساسی قرارداد<sup>۱</sup> که در بند ۲ ماده ۴ بدان اشاره شده، می-

---

1. Characteristic performance



گردد. در واقع در این گروه از قراردادهای لازم نیست اجرای بخش مهم و شاخص قرارداد را معین کنند (امیرمعزی، ۱۳۹۱، ص ۲۳۹).

بند ۲ ماده ۴ فرضی را مطرح می‌کند که قرارداد تحت پوشش یکی از پاراگراف‌های بند ۱ قرار نمی‌گیرد یا قرارداد تحت پوشش بیش از یکی از موارد مذکور در پاراگراف‌های بند ۱ است؛ در این صورت، قرارداد تابع قانون کشوری است که طرف انجام دهنده بخش مهم قرارداد در آنجا سکونت عادی دارد.

#### ۲-۵. فرض اولیه نزدیکترین ارتباط در ماده ۴

ماده (۲) ۴ مقرر رم یک، فرض اولیه را به شکل یک قاعده انتخاب قانون، عینیت بخشیده است. فرض کلی به نفع قانون کشوری است که محل سکونت عادی شخصی که باید تعهد شاخص<sup>۱</sup> را انجام دهد در آنجا قرار دارد. در گزارش کنوانسیون رم چنین بیان شده است که منظور از تعهد شاخص، یک شکل ویژه عینی از مفهوم نزدیکترین ارتباط است (Giuliano - Lagarde, 1980, C282/1). ساختار کلی ماده ۴ مقرر رم یک نیز این دیدگاه را می‌پذیرد. در واقع، وجود ماده (۳) ۴ مقرر رم یک نشان می‌دهد که فرض کلی، قانون کشور محل سکونت عادی شخصی که باید تعهد شاخص خود را انجام دهد را به طور پیش فرض به عنوان قانونی در نظر می‌گیرد که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد. پس، این قاعده مستلزم احراز شخصی است که تعهد شاخص را انجام می‌دهد. به همین منظور، قاعده مستلزم تعیین تعهد شاخص قرارداد است.

#### ۳-۵. تعهد شاخص (به عنوان نزدیکترین ارتباط)

اصل فکر تعهد شاخص از حقوق سوئیس گرفته شد. یعنی از کشوری که خود عضو اتحادیه اروپایی نیست و به طریق اولی به مقرر رم یک نیز نپیوسته است. مطابق بند ۲ ماده ۴ مقررات رم یک، وجود نزدیک ترین ارتباط با کشور محل سکونت عادی

1. characteristic performance

طرفی که تعهد اساسی و شاخص قرارداد به عهده اوست، مفروض تلقی می‌شود. البته باید دانست که قانون اجرای شاخص (قرارداد)، قانون کشوری که قرارداد باید در آنجا اجرا شود، نیست؛ بلکه قانون مکانی است که محل تجاری طرف انجام دهنده امر شاخص قرارداد در آن قرار دارد ( اخلاقی، ۱۳۹۲، ص ۳۵۰). البته مقرر رم یک تعریفی از تعهد شاخص ارائه نداده است و شاید علت این باشد که محاکم و داورها بسته به مقتضیات و اصول کلی تعارض قوانین این مفهوم را مشخص نمایند.

در توضیحات گزارش جیولیانو و لاگارد، رهنمودهای مقدماتی نسبت به مقرر رم یک در خصوص تعهد شاخص ارائه شده است. به طور کلی چنین بیان شده است که:

۱. تعهد شاخص باید از بین عناصر داخلی قرارداد که مرتبط به ذات آن است، تعیین شود؛

۲. تعهد شاخص تعهدی است که آنچنان نقشی را در رابطه حقوقی ایفا می‌کند که منجر به تحقق ضروریات اقتصادی و اجتماعی یک جامعه می‌شود. به عنوان مثال تهیه مسکن از ضروریات اقتصادی یک جامعه است، پس تعهد فروشنده مسکن تعهد شاخص محسوب می‌گردد.

۳. در قراردادهای دو جانبه، تعهد شاخص، تعهد مقابل تعهد پولی است. به عنوان مثال در بیع که خریدار، ثمن (پول) را پرداخت می‌کند و فروشنده کالا را تسلیم می‌کند، تعهد شاخص تعهد مربوط به فروشنده است (Giuliano - Lagarde, 1980 p. 1 – 50).

همانگونه که از مطالب فوق مشخص می‌باشد، عمده دشواری تشخیص تعهد شاخص مربوط به قراردادهای دو تعهدی است. به همین دلیل برخی یک معیار کلی و البته جامع را در این خصوص بیان می‌کنند و آن توجه به مرکز ثقل قرارداد است. در معیار تشخیص مرکز ثقل قرارداد به همان کارایی اقتصادی و انجام ضروریات اجتماع توجه می‌نمایند. در کل تعهد طرفی را که اثرگذاری بیشتری در اجتماع و



اقتصاد یک کشور دارد را به عنوان تعهد شاخص شناسایی می‌کنند (Zheng, 2008, p.79)

در اصول تعارض قوانین سوئیس، پیشنهاد شده است در قراردادهای دو تعهدی که یک تعهد آن به شکل پولی نمی‌باشد؛ تعهدی را به عنوان تعهد شاخص لحاظ کنیم که هدف از آن تعهد در نهایت، رسیدن به مبلغی پول نیست بلکه هدف قرارداد، انجام «عملی» باشد. به عبارتی در اقتصاد امروزی، معمولاً تعهد یکی از طرفین نهایتاً شکل پولی به خود می‌گیرد (Dutoit, 2008, p. 9). همچنین در این راستا می‌توان گفت تعهدی که در بردارنده خطر (ریسک) بیشتر و مضاعف‌تری است را به عنوان تعهد شاخص شناسایی کنیم (Mankowski, 2010, p. 447). البته هویدا است که معیارهای مذکور بسیار کیفی بوده و به سلیقه افراد بستگی دارد. به همین دلیل حتی برخی نویسندگان ابهام تعهد شاخص را بیشتر از ابهام قانون مناسب می‌دانند (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۵۸).

## ۶. قاعده نزدیکترین ارتباط در مقررات متحدالشکل تجاری آمریکا (ucc)

وست لیک نظریه پرداز بزرگ حقوق بین الملل خصوصی، معتقد است که قرارداد باید تابع قانونی باشد که با آن قانون واقعی‌ترین ارتباط را داشته باشد (نصیری، ۱۳۹۵، ص ۶۶). در آمریکا و بصورت کلی در نظام کامن لایی نیز همین نظریه جاری است (Marshall, Brooke Adele, 2012, p.23). نظریه مذکور در ایالات متحده آمریکا به عنوان نظریه «مهمترین ارتباط» نام برده می‌شود که در حال حاضر از قواعد بسیار کاربردی در زمینه تعارض قوانین می‌باشد.

بر مبنای بخش ۳۰۱-۱ قسمت ب مقررات یوسی‌سی مصوب ۲۰۰۸ نیز در فقدان انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، قانون کشوری اعمال خواهد شد که قرارداد وثیقه متضمن یک ارتباط مناسب با آن ایالت است. همانگونه که بیان شد یکی از مزایای

اساسی قاعده نزدیکترین ارتباط نسبت به قاعده اجرای تعهد شاخص منعطف بودن این قاعده است. همین امر هم باعث نزدیکی حقوق اتحادیه اروپا و آمریکا می‌گردد؛ چرا که معیار مهمترین ارتباط به وضوح در حقوق آمریکا پذیرفته شده است (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۶۰).

### ۷. اقامتگاه بدهکار عامل اصلی نزدیکترین ارتباط

در آمریکا با وجود نفوذ افکار استوری در تحولات حاصله در زمینه تعارض قوانین در قراردادهای، کماکان تحت تأثیر نظرات لورنزن، تمایل محاکم بیشتر بر اعمال قانون محل انعقاد است، مگر اینکه به نحوی قانون محل اجرای عقد منتسب به اراده طرفین باشد (نصیری، ۱۳۹۵، ص ۷۲)؛ اما در خصوص معاملات با حق وثیقه ماده ۳۰۱-۹ مقررات یوسی‌سی جز در موارد استثنا، قانون محل بدهکار<sup>۱</sup> را حاکم بر حق وثیقه می‌داند. ماده (۲) ۳۰۱-۹ حق وثیقه مالکانه<sup>۲</sup> (در جایی که فروشنده بابت تضمین پرداخت ثمن از طرف خریدار، کالای موضوع قرارداد را به عنوان تضمین قبول می‌کند، ازین شیوه در تأمین مالی استفاده می‌شود) و ماده (۳) ۳۰۱-۹ اموال غیرمنقول تبعی را مستثنی می‌کند، اما قاعده کلی که در بیشتر دعاوی اعمال می‌شود همان اجرای حق وثیقه در اقامتگاه بدهکار است. این بدان معناست که تفکیک بین اموال مادی و غیرمادی و اموال منقول و غیر منقول دیگر ضرورت ندارد (White, p.12).

### ۷-۱. تعیین اقامتگاه بدهکار

ماده ۳۰۷-۹ راجع به تعیین اقامتگاه بدهکار تغییر مهمی نسبت به قوانین قبلی ایجاد کرده است. بند (ب) قواعد سنتی اقامتگاه شخصی که تنها یک مرکز فعالیت دارد (محل تجارت) و اشخاصی که بیش از یک محل فعالیت دارند (دفتر اصلی شرکت) را پذیرفته است، اما تغییر عمده در ماده (س) ۳۰۷-۹ بیان شده است که به موجب این ماده فرض

---

1. Debtors' location  
2. Possessory security interest



بر این است که محل اقامت شرکت‌ها یا سازمان‌هایی که به ثبت رسیده‌اند، محل ثبت آنهاست. بدین ترتیب ابهامی در خصوص تشخیص اقامتگاه اشخاص حقوقی باقی نمی‌ماند. این مسأله که مرکز اداره شرکت در چه محلی است دیگر اهمیت و موضوعیتی ندارد. ماده ۳۰۷-۹ همچنین در خصوص اقامتگاه اشخاص حقیقی و سازمان‌هایی که به ثبت نرسیده‌اند، قاعده وضع کرده است.

(ب) جز در موردی که در این ماده به نحو دیگر مقرر شده باشد، قواعد ذیل برای تعیین اقامتگاه به کار می‌روند:

۱. در صورتی که بدهکار شخص حقیقی باشد، محل سکونت<sup>۱</sup> او اقامتگاه محسوب می‌شود.

۲. در صورتی که بدهکار یک سازمان-شرکت- باشد و تنها یک محل فعالیت داشته باشد همان محل اقامتگاه محسوب می‌شود.

۳. در صورتی که بدهکار یک سازمان-شرکت- باشد و بیش از یک محل فعالیت داشته باشد محل اداره شرکت (مرکز اصلی)<sup>۲</sup> اقامتگاه محسوب می‌شود.

منظور از «محل فعالیت» که در این ماده به کار رفته محلی است که بدهکار امور خود را در آنجا انجام می‌دهد؛ لذا هر سازمانی دارای یک محل فعالیت است. به موجب بند (د) شخص دارای اقامتگاه یا محل فعالیت پس از پایان یافتن موجودیتش در حوزه‌ای اقامت دارد که طبق بند (ب) تعیین می‌شود.

از اصطلاح «مرکز اداره» در مقررات یوسسی تعریفی صورت نگرفته است. منظور از این اصطلاح محلی است که بدهکار بخش عمده فعالیت‌ها یا امور خود را کنترل می‌کند. در واقع مرکز فعالیت مکانی است که در آنجا اشخاصی که با بدهکار معامله می‌کنند به دنبال تحصیل اطلاعات از وضعیت مالی وی هستند و لذا همان مکان، محل مناسب برای طرح دعوا به حساب می‌آید. در مورد بیشتر بدهکاران

---

1. principal residence  
2. chief executive office

چندایالتی<sup>۱</sup> به سادگی می‌توان مشخص نمود که کدام محل «مرکز اداره» است. حتی در موارد تردید به ندرت پیش می‌آید که بیش از دو احتمال وجود داشته باشد. در چنین مواردی طرفی که دارای حق وثیقه است با اجرای حق وثیقه به موجب قانون هر ایالت می‌تواند از خود دفاع کند.

#### ۷-۲. تغییر قانون حاکم در صورت تغییر اقامتگاه

در مقررره رم یک همانطور که در بالا اشاره شد جهت جلوگیری از تعارض زمانی، ملاک زمان انعقاد عقد پیش بینی شده است لکن در مقررات متحدالشکل تجاری آمریکا (یوسی‌سی) در خصوص این امر وضع متفاوت است. در بند ۳۱۶-۹ به طور کلی وضع قاعده شده است. در قسمت الف ماده مذکور تحت یکی از سه شرط زیر، تغییر اقامت بدهکار را باعث تغییر قانون حاکم دانسته است. اول آنکه حق وثیقه‌ایی که طبق قانون یک ایالت ایجاد شده است، طبق قانون همان محل اجرایش متوقف شود. یعنی قانون همان ایالت تصریح به این موضوع داشته باشد. نتیجتاً در این خصوص چنانچه قوانین ایالتی وضع نکرده باشند قانون حاکم تغییر نمی‌کند. دوم اینکه می‌بایست چهار ماه از تغییر اقامتگاه بگذرد تا قانون حاکم تغییر کند از این مهلت چهارماهه به مهلت ارفاقی<sup>۲</sup> نیز یاد می‌شود. ضمناً تاکید می‌شود این شرط مخصوص اشخاص حقیقی است؛ چرا که از حیث حقوقی، تغییر اقامتگاه اشخاص حقوقی به نحوی منجر به تغییر شخصیت حقوقی آنان نیز می‌شود. به همین دلیل تغییر اقامتگاه شخص حقوقی مشمول شرط بعدی می‌شود. سوم آنکه چنانچه مال مورد وثیقه به شخص دیگری منتقل شود (شخص جدیدی بدهکار حق وثیقه شود) و این شخص دارای اقامتگاه متفاوتی از اقامتگاه بدهکار اول باشد، می‌بایست لزوماً یکسال از این انتقال بگذرد تا قانون حاکم نیز تغییر یابد (White, p.12). به این ترتیب تحت هر یک از

---

1. Multistate debtors  
2. grace period





شرایط سه گانه فوق تغییر اقامتگاه بدهکار موجب تغییر قانون حاکم بر حق وثیقه می‌گردد.

## ۸. استفاده از اصول کلی قواعد حل تعارض

در بسیاری از موارد ممکن است قصد ضمنی طرفین در انتخاب قانون نادیده گرفته شود و طرفین در دفاعیات خود به اصول کلی تعارض قوانین متمسک شوند. حتی ممکن است اراده صریح طرفین نیز نادیده گرفته شود. خصوصاً در جایی که اعلام اراده با آنچه انتخاب شده است، متفاوت باشد. به عنوان مثال در اثر انتخاب صریح، نهایتاً قانون ملی یکی از طرفین حاکم گردد، حال آنکه طرفین فی الواقع چنین قصدی نداشته‌اند. به عبارتی انتخاب قانون ناآگاهانه صورت گرفته باشد. فرضی را می‌توان در نظر گرفت که طرفین قواعد حل تعارض کشور سوئیس را جهت انتخاب قانون حاکم برگزینند، حال آنکه ماده ۱۸۷ قانون بین الملل خصوصی سوئیس به قانونی که ارتباط نزدیکتری را با قرارداد دارد، ارجاع می‌دهد، که این امر در بسیاری موارد منجر به حاکم شدن قانون ملی یکی از طرفین می‌شود؛ حال آنکه طرفین هرگز چنین قصدی را نداشته‌اند. همین امر موجب پیدایش نظریه مقررات مشترک ملی تحت عنوان "Trunc Commun" خصوصاً در آرا داوری شده است. این نظریه چیزی شبیه یک جایگزین مصنوعی برای قصد طرفین است که حاصل آن اعمال مشترکات قوانین ملی طرفین است و تفاوت آن با "Lex mercatoria" در این است که نظریه اخیر ناظر به مشترکات فراملی است و به قوانین ملی توجهی ندارد. در پرونده آی‌سی‌سی به شماره (ICC Case no.7304/FMS) در خصوص دعوی وزارت دفاع ایران علیه شرکتی آلمانی نهایتاً در خصوص قانون حاکم اصل مشترک دو سیستم حقوقی ایران و آلمان انتخاب شد. یا در پرونده (ICC Case no.8261/FMS) نهایتاً دیوان داوری چنین اظهارنظر می‌نماید که قرارداد حاضر باید بر اساس مفاد آن تفسیر شود و در

صورت نیاز به اصول کلی حقوقی قابل اعمال در تجارت بین الملل که در Lex “mercatoria” آمده، تکمیل گردد (امیرمعزی، ۱۳۹۱، ص ۲۲۷-۲۲۸).

## ۹. رویکرد حقوق ایران

در حقوق ایران، قاعده حل تعارض در قراردادهای ماده ۹۶۸ قانون مدنی است. با توجه به عدم وجود نص خاصی در مورد تعیین قانون حاکم بر قراردادهای با حق وثیقه، باید به همین قاعده عام مندرج در ماده فوق مراجعه کرد. این ماده مقرر می‌دارد: «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». تعدادی از حقوق‌دانان ایرانی قسمت اول ماده فوق را آمره می‌دانند و قانون ایران را در مورد عقود منعقد شده در ایران، به طور اجباری حاکم می‌دانند (عزیزی، گزیزه علایی، ۱۳۹۴، ص ۴۷). برخی دیگر بخش اول ماده را اختیاری می‌دانند و در تقویت نظر اختیاری بودن ماده ۹۶۷ قانون مدنی چنین استدلال می‌کنند که «منطقاً امری یا اختیاری بودن قاعده حل تعارض (قانون بین المللی)، فرع بر امری یا اختیاری بودن قانون ماهوی (قانون داخلی) مربوطه است». توضیح آنکه چون در هر نظام حقوقی قوانین به امری و تخییری تفسیر می‌شوند، لذا قاعده تعارضی نیز که برای هر یک از دسته‌های روابط حقوق وضع شده است، از جهت امری یا اختیاری بودن، باید از قانون ماهوی مربوطه تبعیت نماید. مثلاً چون قوانین مربوط به اهلیت افراد جزء قوانین امری است، قاعده تعارض نیز که اهلیت را مشمول قانون دولت متبوع افراد می‌داند، یک قاعده امری است. برعکس، چون مقررات قانون مدنی ایران در باب تعهدات ناشی از عقد بیع، اساساً جنبه اختیاری دارد، قاعده تعارض نیز که تعهدات قراردادی را برای مثال تابع قانون محل انعقاد عقد می‌داند، منطقاً باید یک قاعده اختیاری تلقی شود و لذا می‌توان قائل شد به اینکه متعاملین می‌توانند توافق نمایند که تعهدات ناشی از عقد بیع آنان تابع قانون ایران باشد (نصیری، ۱۳۹۵، ص ۷۲).

به نظر با توجه به محدودیتهای موجود قوانین ایران در خصوص اخذ وثیقه و معاذیر قانونی موجود که باعث عدم حفظ حقوق طلبکار وثیه می‌گردد. طرفداری از نظریه امری بودن ماده ۹۶۸ ق.م. از حیث کارکرد اقتصادی و مصالح ملی نیز اساساً منطقی به نظر نمی‌رسد. به علاوه از حیث حقوقی نیز این تفکر که قواعد حل تعارض ایران مبتنی بر حاکمیت اراده نیست، صحیح نمی‌باشد؛ زیرا عبارت ذیل ماده ۹۶۸ ق.م. خلاف این تصور را ایجاد می‌کند و بلافاصله تذکر می‌دهد: مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. این عبارت شناسایی اصل آزادی انتخاب قانون با قلمرو محدود، ولو برای اتباع خارجی را نشان می‌دهد. در امتداد همین نگرش، قانونگذار ایران در سال ۱۳۷۶ بدون تردید در بند یک ماده ۲۷ قانون دآوری تجاری بین المللی بر گزینشی بودن قانون حاکم تصریح و غبار این تردید (عدم پذیرش اصل حاکمیت اراده) را از چهره قانون مدنی می‌زداید (امیرمعزی، ۱۳۹۱، ص ۲۱۱). چنانچه طرفین نخواهند از این حق استفاده نمایند، بند ۲ و ۴ ماده ۲۷ راه‌حلهایی را ارائه داده است. بند ۲ حاوی پذیرش قانون مناسب می‌باشد و بیان می‌دارد: 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. در بند ۴ نیز بیان شده است: داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوطه را مورد نظر قرار دهد. آنچه در بند ۲ واجد اهمیت است این است که در خصوص قانون مناسب می‌بایست به قواعد حل تعارض رجوع شود و حال آنکه قاعده حل تعارض مندرج در صدر ماده ۹۶۸ قانون مدنی محل وقوع عقد را معیار تعیین قانون می‌داند. به عبارتی قانون مناسب طبق این بند همان قانون ملی ایران می‌باشد و به نحوی این بند به‌رغم ظاهر مدرن خود، نهایتاً منجر به اعمال ماده ۹۶۸ می‌گردد. بند چهارم نیز حاوی پذیرش نظریه "lex mercatoria" است. لکن چنانچه مشهود است این دو بند با هم

معارض می‌باشند، چرا که بند چهارم نیز در صدد بیان معیاری برای انتخاب قانون مناسب می‌باشد. در حالی که در بند قبلی معیار، همان قواعد حل تعارض بیان شد. سؤال مهمی که در خصوص ماده ۹۶۸ مطرح می‌شود، این است که آیا این ماده موافق منافع اقتصادی یا مصالح برتر اجتماعی کشور ماست یا می‌بایست تغییر یابد؟ ظاهر امر بدون تحلیل کارشناسی همین امر را تجویز می‌کند؛ چرا که غالب قراردادهایی که دولت یا اشخاص خصوصی طرف آن هستند بیشتر فعالیت تجاری آنان از نوع واردات است و محل اجرای قرارداد طبیعتاً خارج از کشور است، اما ورود به سازمان تجارت جهانی و غلبه کشورهای توسعه یافته بر سازمانهای بین المللی در زمینه وضع قواعد تعارض قوانینی، با سمت و سوی محل اجرای قرارداد است. به عبارتی غربی‌ها با ایجاد قاعده جدید و یا تغییر قواعد موجود دامنه خطر (ریسک) صادرکنندگان را کاهش و متعاقب آن هزینه وارد کنندگان را افزایش می‌دهند.

#### ۱۰. نتیجه

در تحقیقی که صورت پذیرفت حول محور نظریه «نزدیکترین ارتباط» در معاملات با حق وثیقه بحثهای مختلفی صورت پذیرفت و تحولات جهانی آن مورد بررسی واقع شد. به طور کلی حقوق تعارض قوانین اروپایی، چه از حیث تحلیلی و مفهومی و چه از حیث ساختار حقوقی، به نحو بنیادینی از مدل سنتی خود فاصله گرفته است. حقوق تعارض قوانین اروپایی بر عدالت ماهوی تاکید می‌ورزد. این امر می‌تواند به معنای شخصی سازی فرآیند تصمیم‌گیری، ناظر بر انتخاب عامل ارتباطی و تعیین قانون حاکم با توجه به اوضاع و احوال پرونده‌های مختلف باشد. در حقوق تعارض قوانین ایالات متحده نیز، همین اتفاق صورت پذیرفته و هر دعوایی مستقلاً در پرتو عناصر ارتباطی‌اش رسیدگی می‌شود و به جای انطباق وقایع حقوقی با قواعد از پیش مقدر شده، به مطالعه پرونده خاص و افراد درگیر در آن پرداخته می‌شود. لکن با تحولاتی



که در دوزخ فوق ایجاد شده در حقوق داخلی شاهد تغییری در این زمینه نبوده‌ایم و بیشتر تحلیل‌های تعارض قوانینی حول محور قراردادهای معطوف به ماده ۹۶۸ قانون مدنی است.

مقررات رم یک، قاعده نزدیکترین ارتباط را راه حل نهایی می‌داند. ماده (۲) ۴ مقرره‌ی رم یک، فرض کلی را به شکل یک قاعده انتخاب قانون، عینیت بخشیده است. فرض کلی به نفع قانون کشوری است که محل سکونت عادی شخصی که باید تعهد شاخص را انجام دهد در آنجا قرار دارد.

در نظام حقوقی آمریکا با وجود پذیرش دکتترین نزدیکترین ارتباط در خصوص معاملات با حق وثیقه ماده ۳۰۱-۹ مقررات متحدالشکل تجاری آمریکا (یوسی‌سی) جز در موارد استثنا، قانون محل بدهکار را حاکم بر حق وثیقه می‌داند. در واقع محل موصوف را واجد نزدیکترین ارتباط به قرارداد می‌داند

قانون مدنی ایران تنها ماده‌ای را که در این خصوص دارد ماده ۹۶۸ ق.م. می‌باشد که تفاسیر از این ماده در زمینه امری یا اختیاری بودن آن نیز متفاوت است. با توجه به محدودیتهای موجود قوانین ایران در خصوص اخذ وثیقه و معاذیر قانونی موجود که باعث عدم حفظ حقوق طلبکار با وثیقه می‌گردد؛ بنظر طرفداری از نظریه امری بودن ماده ۹۶۸ از حیث کارکرد اقتصادی و مصالح ملی اساساً منطقی به نظر نمی‌رسد. به علاوه از حیث حقوقی نیز این تفکر که قواعد حل تعارض ایران مبتنی بر حاکمیت اراده نیست، صحیح نمی‌باشد؛ زیرا عبارات ذیل ماده ۹۶۸ ق.م. خلاف این تصور را ایجاد می‌نماید و بلافاصله تذکر می‌دهد: مگر اینکه متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. در امتداد همین نگرش، قانونگذار ایران در سال ۱۳۷۶ بدون تردید در بند یک ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین المللی بر گزینشی بودن قانون حاکم تصریح و غبار این تردید (عدم پذیرش اصل حاکمیت اراده) را از چهره قانون مدنی می‌زداید. چنانچه طرفین نخواهند از این حق استفاده نمایند، بند ۲ ماده ۲۷ راه حل‌هایی را ارائه داده است. بند ۲ حاوی

پذیرش قانون مناسب می‌باشد و بیان می‌دارد: 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. آنچه در بند ۲ واجد اهمیت است این است که در خصوص قانون مناسب می‌بایست به قواعد حل تعارض رجوع شود و حال آنکه قاعده حل تعارض مندرج در صدر ماده ۹۶۸ قانون مدنی محل وقوع عقد را معیار تعیین قانون می‌داند. به عبارتی قانون مناسب طبق این بند همان قانون ملی ایران می‌باشد. در نتیجه هنوز هم در قانون داوری بین المللی، محل وقع عقد به عنوان ضابطه نزدیکترین ارتباط پذیرفته شده است که البته پذیرش این موضوع با توجه به سرمایه دار (سرمایه فرست) بودن کشور با منافع ملی سازگارتر است.

#### ۱۱. پیشنهاد

با لحاظ جمیع موارد و تحولات صورت گرفته در زمینه تعارض قوانین به نظر ماده ۹۶۸ به عنوان مرجع تعارض قوانین در قراردادهای می‌بایست بدین شرح اصلاح گردد: «قرارداد تابع قانون یا قواعد حقوقی است که طرفین بطور صریح یا ضمنی برگزیده‌اند، در صورتی که طرفین قانونی را برای اعمال بر قرارداد معین نکرده باشند، قرارداد تابع محل وقوع عقد است. چنانچه قرارداد اصلی در یک محل و اصلاحیه‌ها و مذاکرات بعدی در محلی دیگر صورت پذیرد، ملاک محل وقوع قرارداد اصلی است».

#### ۱۲. منابع

##### ۱-۱۲. فارسی

۱. احمد، امیرمعزی، قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، نشر دادگستر، چاپ اول، تابستان ۱۳۹۱.
۲. اخلاقی، بهروز، «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۴، ۱۳۶۸.



۳. اشمیتوف، کلايوم اف، حقوق تجارت بين الملل، اخلاقی، بهروز و همکاران، ج اول، انتشارات سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۲.
۴. افضلی مهر، مرضیه؛ وحدتی شبیری، سید حسن، «تحول مفهومی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای در حقوق بین الملل خصوصی»، مجله پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۵.
۵. عزیزی، ستار؛ اردلان، گزیزه علایی، «نظریه نزدیکترین ارتباط در قاردهای با تاکید ر حقوق ایران»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۲، شماره ۱ بهار و تابستان ۱۳۹۴.
۶. کاویار، حسین؛ مافی، همایون؛ «بررسی تطبیقی قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی منعقد در محیط اینترنت از منظر نظام های حقوقی آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲.
۷. مافی، همایون؛ تقی پور، حسین، «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و آمریکا»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره سیزدهم، زمستان ۱۳۹۴.
۸. نصیری، مرتضی، تعارض قوانین در تجارت بین المللی، انتشارات جنگل، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۹. نصیری، مرتضی، رهن بازرگانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۲، ۱۳۵۱.

## ۲-۱۲. انگلیسی

1. Clive M. schmitthoff . The English Conflict of Laws- Stevens, Edition 3 , 1954.
2. F.J. Alferéz, The Rome I Regulation: Much Ado About Nothing2 European Legal Forum , 2008.

3. Grant Gilmore, The Secured Transactions Article of the Commercial Code, 16 Law and Contemporary Problems 27-48, Winter 1951.
4. Gungor, The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private Inter-national Law and International Civil Procedure, 2008.
5. J. Hill, the Law Relating to International Commercial Disputes, 2nd edition, Lloyds of London Press, London, 1998.
6. Jan Hendrik, Daihuisen on International Commercial. Financial and Trade Law, Oxford, Portland/Oregon 2000.
7. James J. White, "Choice - of - Law in Secured Transactions", Available at:[http://web4.uwindsor.ca/units/law/CARC/main.nsf/0/e096c2495caf982b852570fb00737f6a/\\$FILE/White.pdf](http://web4.uwindsor.ca/units/law/CARC/main.nsf/0/e096c2495caf982b852570fb00737f6a/$FILE/White.pdf)
8. Lindberg. A., Jurisdiction on the Internet—The European Perspective: An Analysis of Conventions, Statutes and Case Law, American Bar Association, 20 July 1997, <<http://www.abanet.org/buslaw/cyber/initiatives/eujuris.html>>.
9. M. Bogdan, Contracts in Cyberspace and the Regulation 'Rome I', 2009.
10. Mario Giuliano and Paul Lagarde , Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, [1980] OJ C282/1 (the Giuliano and Lagarde Report).
11. Marshall, Brooke Adele, «Reconsidering The Proper Law of The Contract», Melbourne Journal of International Law, 2012.
12. P. Mankowski, The Principle of Charac-teristic Performance Revisited Yet Again in Convergence and Divergence in Private International



- Law, Liber Amicorum Kurt Siehr, Schultess and Eleven International Publishing, The Hague, 2010.
13. P.R. Williams, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 1986.
  14. Ralf Michaels, Post-Critical Private International Law: From Politics to Technique, Horatia Muir Watt & Diego P. Fernández Arroyo eds., 2014.
  24. Shuhong, Y.; Yongping, X.; Baoshi, W, The closest connection doctrine in the conflict of laws in china, Chinese journal of international law ,8, 2, 2009.
  25. Tang, Zheng, “Law Applicable in the Absence of Choice - The New Article 4 of the Rome I Regulation, Legislation and Reports”, The Author, Journal compilation, The Modern Law Review Limited , 2008.
  26. Case C-381/98, Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Techs. Inc., 2000 E.C.R. I-9325.