

مطالعه تطبیقی تعیین قانون حاکم بر معاملات با حق وثیقه در اموال فکری

حسن علی پور^۱، محمد عیسانی تفرشی^{۲*}، مرتضی شهبازی نیا^۳

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

پذیرش: ۱۳۹۷/۰۸/۲۸

دریافت: ۱۳۹۷/۰۲/۳۱

چکیده

اختلافات حاصله از روابط بین‌المللی ناشی از قراردادهای با حق وثیقه و عدم همسانی مقررات تعارض قوانین و مکفی نبودن مقررات در این خصوص موجب بروز نظریه‌های متفاوتی در زمینه تعیین قانون حاکم بر معاملات با حق وثیقه در اموال فکری شده است. مراکز علمی مهمی نیز در سطح جهان به ارائه پیشنهادهای در این زمینه اقدام کرده‌اند. از جمله مؤسسه حقوقی آمریکا، گروه ماکس پلانک و آنسیترال. به رغم پذیرش نظریه حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، همچنان پذیرش این نظریه در مباحث مالکیت فکری دچار تردید و ابهام است. فارغ از بحث حاکمیت اراده امروزه دو معیار مهم جهت تعیین قانون حاکم پذیرفته شده است. قانون اقامتگاه مدیون و قانون دولت حامی (اصل سرزمینی). حقوق آمریکا و بخصوص در مقررات قانون متحدالشکل تجاری (UCC) ضمن پذیرش قاعده ارتباط عمده، اصلی ترین معیار را در این خصوص اقامتگاه بدهکار وثیقه، معرفی نموده است. متمم راهنمای قانونگذاری آنسیترال در معاملات با حق وثیقه در اموال فکری (IP) پیشنهادهای چهارگانه‌ای را در این

Email: tafreshi@modares.ac.ir

* نویسنده مسئول مقاله:

زمینه مطرح کرده است؛ اما بیشتر بر اصل سرزمینی تأکید دارد. اصول ماکس پلانک نیز قانون دولت حامی را در این زمینه پذیرفته است. آیین نامه رم یک، نظریه نزدیکترین ارتباط را پذیرفته است. همچنین ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران محل انعقاد عقد ملاک قرار گرفته است، هرچند در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز قانون مناسب با لحاظ قواعد حل تعارض پذیرفته شده لکن اعمال این قاعده نهایتاً منجر به اعمال ماده ۹۶۸ می‌شود. با لحاظ جمیع مطالب، نگارنده در حقوق ایران نهایتاً قائل به پذیرش حاکمیت اراده طرفین قرارداد است و در غیاب انتخاب قانون حاکم، اقامتگاه بدهکار وثیقه‌ایی را به عنوان قاعده حل تعارض پذیرفته است.

واژگان کلیدی: حق وثیقه، اموال فکری، قانون دولت حامی، اقامتگاه بدهکار، قاعده نزدیکترین ارتباط.

۱. مقدمه

تأمین مالی با استفاده از مالکیت فکری در کل دنیا در حال طی کردن مراحل تکامل است. طبیعتاً امر مهمی که در هر معامله تجاری بروز می‌کند بحث انتخاب قانون حاکم بر آن معامله است. و مسأله قانون حاکم بر قرارداد همچنان از مهمترین مباحث تعارض قوانین است. در این خصوص عموماً نظام‌های مختلف اعتبار بسیاری را برای اراده طرفین قائل هستند، حاکمیت اراده تا آنجا واجد اهمیت است که حتی در غیاب اراده صریح^۱ طرفین، باید اراده ضمنی^۲ آنها را جستجو کرد.

با توجه به دامنه گسترده معاملات با حق وثیقه، اندیشمندان حقوق بین‌الملل خصوصی بیش از پیش در مباحث ورود پیدا کرده‌اند که همین امر باعث بیان نظریه‌های در خور توجهی در این زمینه شده است. خصوصاً تحولاتی که در اتحادیه اروپایی در حال رخ دادن است بیش از همه قابل توجه است.

۱. Volonté explicite

۲. Volonté implicite



در رابطه با چارچوب حقوقی کنونی، درحالی که قانون گذاران ملی به ندرت به منافع وثیقه‌ای در حقوق مالکیت فکری می‌پردازند، گزاره‌های خاص مرتبط با قانون قابل‌اعمال برای چنین منافع وثیقه‌ای به ندرت دیده می‌شوند. با این حال، اخیراً اقداماتی در سطح بین‌المللی انجام شده است که مطمئناً منجر به توسعه مقررات و دکترین علمی در خصوص این موضوع خواهد شد. علی‌الخصوص، اقدامات خاص مرتبط با منافع وثیقه‌ای در حقوق مالکیت فکری چندین سال است که در کمیسیون حقوق تجارت بین‌المللی سازمان ملل متحد (UNCITRAL)، صورت پذیرفته است که یک فصل کامل را به حل مناقشات و تعارض قوانین اختصاص داده است (Bariatti, 2010, 396). به علاوه، تعدادی از مؤسسات و گروه‌های کاری با شرکت‌کنندگان معروف بین‌المللی از قبیل مؤسسه حقوق آمریکا و گروه ماکس پلانک اروپایی در خصوص تعارض قوانین در مالکیت فکری (CLIP)، اصولی را در خصوص مسائل و موضوعات حقوق مالکیت فکری بیان کرده‌اند که تا حدودی به مسائل مرتبط با قوانین قابل‌اعمال برای منافع وثیقه‌ای در چنین حقوقی نیز می‌پردازند.

در سال ۲۰۱۰ برای قرار دادن مالکیت فکری در ذیل نظام حقوق وثیقه عمومی، آنسیترال با استفاده از راهنما، متمم مالکیت فکری را منتشر کرد. قانون معامله با وثیقه که در متمم آنسیترال پیشنهاد شده است با این شرط تألیف شده که با مقررات اصلی قانون مربوط به مالکیت فکری تداخل نداشته باشد.

در مقاله پیش‌رو به دنبال تبیین گستره اراده طرفین در تعیین قانون حاکم هستیم. به علاوه اینکه در صورت عدم تعیین قانون توسط طرفین کدام قانون باید اعمال گردد. و نظام‌های مختلف حقوقی چه رویکردی را در این خصوص دارند؟ همچنین به صورت مجمل‌گریزی به نظریه نزدیکترین ارتباط زده می‌شود. در این تحقیق سعی شده رویکرد نظام‌های حقوقی بزرگ دنیا بررسی گردد و پاسخ سؤالات فوق داده شود.

۲. تاریخچه ابزار وثیقه

در قرن ۲۰ با تصویب ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری (ucc) 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 نیز قانون نمونه بانک بازسازی و توسعه اروپایی^۱ تا حدود زیادی در این مسیر گام برداشته است. اولین پیش‌نویس قانون نمونه از سوی بانک بازسازی و توسعه اروپایی در آپریل ۱۹۹۳ در لندن آماده شد (Simpson, 1992). در آپریل ۱۹۹۷ قانون نمونه با انتشار «اصول اصلی برای قانون معاملات با وثیقه» (core principles for a secured transactions law) تکمیل شد. قانون نمونه بر مفهوم حق وثیقه واحد برای همه انواع اشیاء و حقوق تأکید می‌کند. این قانون برای همه انواع اموال اعم از منقول و غیرمنقول اعمال می‌شود (کیبری شاه آباد، ۱۳۹۶، ص ۱۶۳).

در نظام حقوقی کشور ایران مطابق قانون مدنی تنها یک ابزار وثیقه وجود دارد، که عقد رهن موضوع مواد ۷۷۱ الی ۷۹۴ قانون مدنی است. عقد رهن دارای شرایط اختصاصی است که سبب شده است تا نهاد مزبور انعطاف لازم را نداشته باشد و لذا بسیاری از اموال شخص متقاضی تسهیلات، قابل توثیق نباشد.

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. به

۱. European Bank of Reconstruction and Development (EBRD)



عنوان مثال قانون تسهیل اعطاء 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 است. به این توضیح که در متن ماده اخذ وثیقه خارج از ارزش دارایی و «عواید آتی» طرح ممنوع شده است. مفهوم این آیین‌نامه به این معناست که اخذ وثیقه از عواید آتی مجاز است. حال آنکه عواید آتی در زمان اعطای تسهیلات نه موجود و نه طبیعتاً قابل قبض (به مفهوم سنتی) است.

۳. رویکرد قانونگذاری نسبت به تعارض قوانین

کنوانسیون ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی (موسوم به کنوانسیون رم)^۱ بهترین راه‌ما 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 می‌شود (اخلاقی، ۱۳۹۲، ص ۳۴۸). کنوانسیون یادشده در سال ۲۰۰۸ م. با اصلاحاتی که در آن به عمل آمد، با نام آیین‌نامه رم یک، در خصوص

۱. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980).

قانون حاکم بر تعهدات قراردادی^۱ برای اجرا در اتحادیه اروپا به تصویب شورا و پارلمان اروپا رسید.

در نظام حقوقی آمریکا نیز مجموعه اصول و قواعد دوم تعارض قوانین^۲ به نحو عام (در کلیه قراردادهای) در پی اعمال نمودن قانون محلی شده است که مهمترین رابطه را با معامله دارد (مافی؛ تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۴۹).

همچنین مقررات UCC خصوصاً بعد از اصلاحات سال ۲۰۰۸ به صورت خاص در زمینه معاملات با حق وثیقه نظریه نزدیکترین ارتباط را پذیرفته است. به رغم تحولاتی که در دونظام فوق ایجاد شده در حقوق ایران شاهد تغییری در این زمینه نبوده ایم و بیشتر تحلیل‌های تعارض قوانینی حول محور قراردادهای معطوف به ماده ۹۶۸ قانون مدنی است.

۴. حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم

امروزه کاملاً پذیرفته شده است که روابط بازرگانی تابع اراده طرفین باشد و به هر نحو که می‌خواهند توافق کنند، و از سویی این روابط بازرگانی تابع یک نظام حقوقی ما فوق ملی نیست بلکه در بحث تعارض قوانین نهایتاً به یک نظام حقوقی خاص می‌رسیم (نصیری، ۱۳۹۵، ص ۴۹). حاکمیت اراده تا آنجا واجد اهمیت است که حتی در غیاب اراده صریح طرفین، باید اراده ضمنی آنها را جستجو کرد. و آنچه بحث انگیز است شعاع جستجو برای یافتن اراده است و الا اصل حکومت اراده بر قرارداد به هیچ وجه قابل انکار نیست (شریعت باقری، ۱۳۹۱، ص ۹۸-۹۹).

۱. Regulation 593/2008 (Rome I), on the Law Applicable to Contractual Obligations

۲. در حقوق آمریکا مجموعه مقررات مجزایی در مورد حقوق بین الملل خصوصی موجود نیست. مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین مصوب ۱۹۷۱ (Restatement Second, Conflict of Laws The Second) متضمن قواعد کلی حقوق آمریکا درباره صلاحیت قضایی و قانون حاکم می‌باشد که توسط اکثر ایالت‌های آمریکا پذیرفته شده است.



۴-۱. حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر معاملات

در این خصوص شاید بتوان گفت آمریکا گوی سبقت را از سایرین ربوده و پیشتاز این عرصه شده است (کاویار؛ مافی، ۱۳۹۲، ص ۱۵۷). در بند a ماده ۱۸۷ مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین آمریکا^۱ قانون منتخب طرفین را بر قرارداد حاکم می‌داند؛ مگر اینکه این قانون دارای رابطه اساسی با طرفین یا معامله نباشد یا اینکه مبنای متعارف دیگری نداشته باشد. در قانون متحد الشکل تجاری آمریکا (UCC) نیز اصل حاکمیت اراده به رسمیت شناخته شده است. به نظر محاکم آمریکایی، متعاملین در انتخاب قانون صلاحیتدار باید حسن نیت داشته باشند و این قانون باید به روابط حقوقی مربوط، ارتباط معقول و وابستگی لازم داشته باشد.

در اتحادیه اروپا نیز وضعیت رو به جلو در این زمینه کاملاً مشهود است و با توجه به تحولات حاصله در راستای یکسان سازی قواعد حقوقی، مقررات رم یک نیز با همین هدف در زمینه قواعد حل تعارض وضع شده است که در این آیین نامه طرفین حق خواهند داشت حتی قانونی را که هیچ ارتباطی با قرارداد ندارد برگزینند (مافی؛ تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۴۷). در بند یک ماده ۳ (مقررات رم یک)، آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم به عنوان اصل اعلام شده است.

در حقوق ایران، قاعده حل تعارض در قراردادها، ماده ۹۶۸ قانون مدنی است. متن ماده به نحوی نگارش یافته که بنظر نمی‌رسد بتوان حاکمیت اراده را از آن حداقل در خصوص اتباع ایران دریافت کرد و همین امر هم مهمترین ابهام ماده شده است (کاویار؛ مافی، پیشین؛ ص ۱۶۷). با توجه به عدم وجود نص خاصی در مورد اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای با حق وثیقه، باید به همین قاعده عام مندرج در ماده فوق مراجعه کرد. در مجموع به نظر نگارندگان با توجه به

۱. Restatement (Second) of Conflict of Laws, 495 U.S., w377-397(1990).

محدودیت‌های موجود قوانین ایران در خصوص اخذ وثیقه و معاذیر قانونی موجود که باعث عدم حفظ حقوق طلبکار وثیه می‌شود. طرفداری از نظریه امری بودن ماده ۹۶۸ از حیث کارکرد اقتصادی و مصالح ملی نیز اساساً منطقی به نظر نمی‌رسد. در سال ۷۶ با تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی اصل حاکمیت اراده پذیرفته شد. همچنین در سال ۱۳۸۰ نیز با تصویب ماده واحده قانون الحاق به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ (کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام خارجی)، اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد داوری پذیرفته شده است.

۲-۴. حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر معاملات اموال فکری

مطالب فوق در خصوص حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادها به طور کلی بود؛ اما حاکمیت اراده طرفین دعوی در پرونده‌های مالکیت فکری (IP) موضوعی است با ماهیتی متفاوت که از دیرباز نادیده گرفته شده است (Rita Matulionytė, (p77), 2013 و انتخاب قانون حاکم توسط طرفین دعوی ناممکن انگاشته می‌شد. امکان دخالت دادن حاکمیت اراده طرفین دعوی در IP در طرح پیشنهادی مقررات رم دو^۱ به اختصار مورد بحث قرار گرفت. اما پس از کمی مناظره پارلمان اروپا تصمیم گرفت که چنین امکانی را حذف کند (بند ۳ ماده ۸ رم دو). لکن داستان به همین جا ختم نشد. چندین سال پس از تصویب مقررات رم دو پروژه‌های دانشگاهی بسیاری در آمریکا و اروپا ظهور کرده‌اند از جمله اصول پیشنهادی مؤسسه حقوق آمریکا (ALI)^۲،

۱. Regulation (EC) 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), [2007] OJ L199, 40-49.

2. Art 8(3) Rome II Regulation

۲. American Law Institute, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes (American Law Institute Publishers, 2008).



و طرح پیشنهادی گروه اروپایی ماکس پلانک در رابطه با تعارض قوانین در مالکیت فکری (CLIP)^۱.

پیش از وضع مقررات رم دو در اروپا، وضعیت انتخاب قانون حاکم در مالکیت معنوی با اختلاف نظر مواجه بود. حاکمیت اراده طرفین دعوی در اموال فکری رد شده بود (مثلاً آلمان^۲ و اتریش). توجیه این منع ماهیت محلی حقوق IP بود (Hamburg Group, 2002, p. 38). در سایر کشورهای اروپایی چنین منع قاطعی وجود نداشت (مثلاً در بند ۲ ماده ۱۰۴ قانون بین‌الملل خصوصی بلژیک) و حتی در بعضی کشورها به صراحت امکان حاکمیت اراده طرفین دعوی وجود داشت. برای مثال در قانون بین‌الملل خصوصی سوئیس آمده است که «در رابطه با دعاوی طرح شده در خصوص نقض حقوق مالکیت فکری، طرفین همواره می‌توانند پس از وقوع عمل مسبب زیان، توافق کنند که قانون دادگاه اعمال شود» (ماده ۱۱۰(۲) از قانون بین‌الملل خصوصی سوئیس)، اما مقررات رم دو از رویه حقوقی آلمانی پیروی کرده و حاکمیت اراده طرفین دعوی را برای IP در نظر نگرفته است (ماده ۸(۳) از آیین‌نامه رم دو). پارلمان اروپا در زمان پیش‌نویس مقررات رم دو در جلسه اول پیشنهاد گسترش حاکمیت اراده طرفین دعوی را در رابطه با دعاوی IP مطرح کرد (ماده ۸ پروپوزال آیین‌نامه رم دو)؛ اما در نسخه نهایی این مبحث حذف شد.

۵. اقلیمی بودن و نظم عمومی

حاکمیت اراده طرفین در اموال فکری ممکن است مشکلاتی نیز ایجاد کند. از همه مهمتر اینکه، از لحاظ تاریخی حقوق اموال فکری، بخشی از نظم عمومی، در نظر گرفته شده

۱. CLIP, Principles for Conflicts of Laws in Intellectual Property (Oxford University Press, 2012), available at www.cl-ip.eu.

۲. Supreme Court decision of 17 June 1992 – I ZR 182/90 – Alf, 24 IIC 539 (1993); Supreme Court decision of 02 October 1997 – I ZR 88/95 – Spielbankaffaire, MMR 35 (1998).

و به نوعی کاملاً اقلیمی بوده‌اند؛ به همین دلیل در بسیاری از دستگاه‌های قضایی انتخاب قانون حاکم در رابطه با IP کاملاً منتفی بوده است. حفظ مقررات امری و استثنائات نظم عمومی که در تمام طرح‌های پیشنهادی وجود دارد و به دادگاه اجازه می‌دهد فارغ از اینکه طرفین چه قانونی انتخاب می‌کنند، منافع دولت و نظم عمومی را در نظر بگیرد (Symposium, 1607, 2008).

قانون‌گذاران مقررات رم دو تصمیم گرفتند که اقلیمی بودن حقوق IP مانع از حاکمیت اراده طرفین در IP می‌شود. از آنجا که نظم عمومی با حقوق IP در ارتباط بود، برای اینکه حق حاکمیت و نظم عمومی سایر کشورها ملاحظه شود، اثرات حقوق IP نیز باید به همان اقلیم محدود می‌شد؛ یعنی حقوق IP تنها تحت حاکمیت قانون کشوری قرار داشت که حمایت را ارائه می‌داد؛ یعنی «کشور حامی». با وجود اینکه رویکرد اقلیمی امروزه نیز اعتبار دارد، اما استدلال‌هایی وجود دارد مبنی بر اینکه اصل اقلیمی بودن فی‌نفسه نباید مانع انتخاب قانونی غیر از قانون کشور حامی توسط طرفین در دعوی IP شود (Rita Matulionytė, 2013, p.86).

۶. توافق پیشینی و پسینی

طرح‌های ALI و CLIP امکان انتخاب قانون را هم پیش از طرح دعوی (پیشینی) و هم پس از طرح دعوی (پسینی) می‌دهند. در قانون سوئیس تنها توافقات پسینی در مورد انتخاب قانون برای IP مجاز شمرده می‌شوند (بند ۲ ماده ۱۱۰ قانون بین‌الملل خصوصی سوئیس). در حالت کلی در پرونده‌های IP، بیشتر توافقات در مورد انتخاب قانون بصورت پسینی انجام می‌شوند. تنها حالتی که در آن امکان رسیدن به توافق بصورت پیشینی وجود دارد حالتی است که در آن طرفین دارای نوعی رابطه از پیش موجود (یعنی قرارداد) باشند. (Rita Matulionytė, 2013, p.93).



در CLIP علاوه بر حاکمیت اراده پیشینی طرفین، پیشنهاد شده است که قاعده رابطه از پیش موجود نیز دخالت داده شود (ماده (2) CLIP 3:602).^۱ بند (3) مقررات رم دو در حالت کلی اعمال قانونی را مطرح می‌کند که پیوند نزدیکتری دارد؛ قانون رابطه از پیش موجود تنها یکی از گزینه‌هایی است که ذیل این قاعده قرار می‌گیرند و اگر پیوند نزدیکتر قانون رابطه از پیش موجود اثبات شود، می‌توان آن را اعمال کرد؛ اما CLIP مستقیماً اعمال قانون حاکم بر رابطه از پیش موجود را مطرح می‌کند.

۷. قاعده حل تعارض در صورت عدم انتخاب قانون توسط طرفین

در مبحث قبل میزان تأثیر حاکمیت اراده طرفین مورد واکاوی قرار گرفت، در مبحث پیش رو موضوع تعیین قانون حاکم در فرض عدم انتخاب طرفین بررسی می‌شود. برای این منظور از کتاب «راهنمای قانونگذاری آنسیترال در رابطه با معامله با وثیقه: متممی بر حقوق وثیقه‌ای در مالکیت فکری» (که از این پس به اختصار متمم آنسیترال خوانده می‌شود) استفاده شده است.

در راهنمای فوق تردیدهایی در رابطه با ابعاد بین المللی قانون حاکم بر حقوق وثیقه در مالکیت فکری در راستای اصل سرزمینی مطرح می‌شود؛ سپس تلاش می‌شود راه حلی برای رویکرد بکارگیری قانون دولتی که اقامتگاه مدیون در آن واقع است، و اعمال آن بر حقوق وثیقه در دارایی‌های منقول و مطالبات، بیابد (این رویکرد در ایالات متحده ایجاد شده و در چند سال اخیر حمایت گسترده‌ای را جلب کرده

۱. Article 3:602:

(1) A court applying the law or the laws determined by Article 3:601 shall only find for infringement if

(a) the defendant has acted to initiate or further the infringement in the State or the States for which protection is sought, or

(b) the activity by which the right is claimed to be infringed has substantial effect within, or is directed to the State or the States for which protection is sought.

(2) The court may exceptionally derogate from that general rule when reasonable under the circumstances of the case.

است). در واقع تمرکز متمم آنسیترال بیشتر بر ایجاد قواعد راهنما برای توسعه قانون در سطح ملی است. به همین علت پیش فرض آن پذیرش قانون کشور حمایت کننده است. اعمال قانون کشور حمایت کننده همچنین برای ایجاد، اولویت و تأثیرگذاری در مقابل طرفین ثالث منافع وثیقه‌ای منجر به ساده‌سازی چشم‌گیری نیز خواهد شد؛ چرا که تمامی مسائل مرتبط با این حق مالکیت فکری - و به خصوص، مالکیت این حق، انتقال آن و ایجاد مزایای وثیقه‌ای - تحت حاکمیت یک قانون یکسان قرار خواهد داشت (Bariatti , 2010, p.398).

در برخی از کشورها نیز، ایجاد، قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث و حق تقدم حق وثیقه در اموال غیر مادی، تابع قانون کشور محل واقع‌شدن اموال غیر مادی می‌باشد (به‌عنوان مثال در خصوص مطالبات، محل اقامت بدهکار، محل واقع‌شدن مال مورد وثیقه غیرمادی در نظر گرفته می‌شود).

۸. اصل سرزمینی و قانون دولت محل اقامت بدهکار

اصل سرزمینی و قانون دولتی که بدهکار در آن اقامت دارد، قواعدی هستند که تحت حقوق بین‌الملل خصوصی، قانون قابل اعمال را تعیین می‌کنند و در زیر بطور مختصر به آنها می‌پردازیم.

۸-۱. تعاریف اصل سرزمینی و قانون دولت محل اقامت بدهکار

دو قاعده وجود دارد که می‌توان برای تعیین قانون حاکم بر حقوق وثیقه در مالکیت فکری از آنها استفاده کرد. یکی اصل سرزمینی است. بر اساس این اصل تأثیر مالکیت فکری ایجاد شده در آلمان تنها در آلمان به رسمیت شناخته می‌شود. وقتی این اصل اعمال شود، حق تضمینی که حق مالکیت فکری ایجاد شده در کشور X را مرهون کند، تحت حاکمیت قانون کشور X خواهد بود؛ حق تضمینی که حق مالکیت فکری ایجاد شده در کشور Y را مرهون کند، تحت حاکمیت قانون کشور Y خواهد.



قاعده دیگر اعمال قانون دولت محل اقامت بدهکار بر حقوق وثیقه در مالکیت فکری است. این رویکرد در سالهای اخیر به عنوان قانون قابل اعمال بر حقوق وثیقه در دارایی‌ها و مطالبات حمایت بیشتری را به خود جلب کرده است. بر اساس این قاعده، اگر بدهکار در کشور X باشد، نه تنها حق تضمینی که حق مالکیت فکری ایجاد شده در کشور X را مرهون می‌کند، بلکه همچنین حقوق وثیقه‌ای که حق مالکیت فکری ایجاد شده در کشور Y و Z را مرهون می‌کنند نیز تحت حاکمیت قانون دولتی خواهد بود که بدهکار در آن اقامت دارد.

تحت قانون دولت محل اقامت بدهکار، بستانکار با وثیقه می‌تواند تمام دارایی‌های دینی کنونی و آینده بدهکار را تحت یک قانون واحد مدیریت کند. این امر هزینه ثبت را کاهش می‌دهد و دسترسی پذیری اعتبار را بهبود می‌بخشد. بعلاوه غالباً کشور محل اقامت بدهکار همان کشوری است که دعوی ورشکستگی در آن اقامه می‌شود. در نتیجه یک قانون واحد بر هر دو وضعیت عادی و اضطراری حاکمیت دارد. به همین علل قانون کشور اقامت بدهکار برای حاکمیت بر حقوق وثیقه در مالکیت فکری مناسب می‌باشد.

در خصوص معاملات با حق وثیقه ماده ۳۰۱-۹ مقررات UCC جز در موارد استثناء، قانون محل بدهکار^۱ را حاکم بر حق وثیقه می‌داند. ماده (۲) ۳۰۱-۹ حق وثیقه مالکانه^۲ (در جایی که فروشنده بابت تضمین پرداخت ثمن از طرف خریدار، کالا موضوع قرارداد را به عنوان تضمین قبول می‌کند، ازین شیوه در تامین 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

-
1. Debtors' location
 2. Possessory security interest

بدان معناست که تفکیک بین اموال مادی و غیرمادی و اموال منقول و غیر منقول دیگر ضرورت ندارد (White, 2013, p.12).

بنظر پذیرش این رویکرد در نظام حقوقی ایران نیز می‌تواند مثمر ثمر با شد چرا که اقامتگاه بدهکار عمدتاً در تجارت بین الملل، ناظر به محل کشورهای در حال توسعه است. به عنوان مثال چنانچه سرمایه‌گذاری خارجی قصد مشارکت در طرحی عمرانی در ایران را داشته باشد، معمولاً طرف ایرانی به عنوان بدهکار شناخته می‌شود، چرا که سرمایه‌گذار خارجی با آورده نقدی خود عملاً نقش طلبکار وثیقه را پیدا کرده و طرف ایرانی نیز نقش بدهکار را خواهد داشت، که این امر در عمده قراردادهای تجاری بین المللی صادق است.

۸-۲. 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 که به موجب آن شرکت‌ها یا سازمان‌هایی که به ثبت رسیده‌اند فرض بر آن است که در ایالتی اقامت دارند که در آنجا ثبت شده‌اند. 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^۱ 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)^۲ 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 (White, 2013, p.4).

از اصطلاح «مرکز اداره» در مقررات ucc تعریفی صورت نگرفته است. منظور از این اصطلاح محلی است که بدهکار بخش عمده فعالیت‌ها یا امور خود را کنترل می‌کند. در مورد بیشتر بدهکاران چندایالتی^۳ به سادگی می‌توان مشخص کرد 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.

۹. قاعده قانون محل اقامت اعطاء کننده حق وثیقه

در برخی کشورها، ایجاد، قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث و حق تقدم حق وثیقه در اموال غیر مادی تابع قانون کشور محل اقامت اعطاء کننده است (UNCITRAL Legislative, 2010, p 392). به عنوان مثال، اگر صادرکننده کالایی که در کشور الف

1. residence principal
2. chief executive office
3. Multistate debtors

اقامت دارد، در طلبی که از مشتری مقیم در کشور ب و ج دارد، حق وثیقه‌ای را ایجاد کند، قانون کشور الف به عنوان کشور محل اقامت اعطاءکننده، بر جوانب مالکانه حق وثیقه‌ی مربوطه حکومت خواهد کرد. قاعده حاضر در تطابق با رویکرد کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به انتقال مطالبات است که به تعیین قانون حاکم در خصوص انتقال مطالبات پرداخته است.

همانگونه که در مبحث قبل بیان شد بنظر پذیرش این قاعده به نفع اتباع ایرانی نباشد. البته اظهار نظر قطعی در این خصوص بستگی به این موضوع خواهد داشت که مبنای تعیین قاعده حل تعارض را عدالت ماهوی بدانیم یا عدالت تعارضی. در واقع یکی از سؤالاتی که از دیرباز در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح شده و همواره در میان صاحب‌نظران این رشته، مورد بحث و گفتگو قرار گرفته، عبارت است از رسالت این رشته حقوق به هنگام انتخاب قاعده حل تعارضی که مبنای تعیین قانون صلاحیت‌دار و حل تعارض واقع می‌شود (میرحسینی، ۱۳۹۳، ص ۱۰۹). آیا وظیفه حقوق بین‌الملل خصوصی، فقط انتخاب کشوری است که قانون آن بر دعوا حاکم شده و در این میان، محتوای قانون منتخب و آثار ناشی از اجرای آن فاقد اهمیت و بی‌تأثیر می‌باشد؟ یا اینکه هدف انتخاب قانونی است که متضمن بهترین راه‌حل‌های ماهوی در اختلافات فراملی، صرف‌نظر از عناصر خارجی و چندگانه‌ای است که بر دعوا احاطه یافته است؟

دیدگاه سنتی حقوق بین‌الملل خصوصی، آن است که دعوا بر طبق قانون کشوری که «بیشترین تناسب» را با آن داراست، حل و فصل شود (میرحسینی، ۱۳۹۳، ص ۱۱۱). در این رویکرد، به جای جستجو و انتخاب «قانون مناسب» و یا «نتیجه مناسب» باید به دنبال انتخاب «کشور مناسب» باشیم. «تناسب» صرفاً با معیارهای جغرافیایی و در محیط‌های فیزیکی و در فضای خارج تعریف می‌شود. به طور مثال، در تعیین قانون حاکم بر اموال، صرفاً محل وقوع آن ملاک عمل قرار می‌گیرد و در این مسیر، محتوای آن قانون و نتایج ناشی از اجرای آن، کمترین اهمیتی ندارد. در این



دیدگاه، تمامی قواعد حل تعارض بر عوامل ارتباط مکانی استوار است. اما مطابق نظریه مدرن نسبت به شیوه اجرای عدالت در عرصه قواعد حل تعارض، حقوق تعارض قوانین مجموعه قواعد حل تعارضی را ارائه می‌دهد تا تعارض میان شیوه‌های متفاوت و متعارض پرداختن به مسأله‌ای حقوقی را برطرف کند (Hay, 1981, p.1653). در حقوق تعارض قوانین آمریکا، 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^۱ می‌شود. از آنجا که اتخاذ تصمیمات موردی برای اجرای عدالت ماهوی در سایه تأکید بر تبعات ماهوی حاصل از تصمیم و عدم اعتنا محض به ضوابط قواعد حل تعارض صورت می‌گیرد، لذا اگر قرار بر اتخاذ چنین تصمیماتی باشد دیگر مسأله تعارض قوانین منتفی خواهد شد (Brilmayer, 1995, p.37). حقوق تعارض قوانین اروپایی همواره به عدالت ماهوی توجه کافی را مبذول داشته است و تدوین و تنظیم قواعد آن به گونه‌ای صورت گرفته است تا عدالت ماهوی (که در برابر عدالت شکلی و آیینی قرار دارد) محقق شود.

۹-۱. مزایای قانون

قانون کشور محل اقامت اعطاءکننده، از مزایای بسیاری نسبت به قانون محل واقع شدن اموال غیر مادی برخوردار است، خصوصاً در مواردیکه اموال مورد وثیقه غیرمادی، شامل مطالبات باشند. به موجب این قاعده، حتی اگر وثیقه‌گذاشتن طلب مربوط به طلب‌های متعدد اعطاءکننده از بدهکاران مختلف با شد، بازهم قانون واحدی، که همان قانون کشور محل اقامت اعطاءکننده است، حاکم خواهد بود.^۲ همچنین به

۱. ad hoc decisions

۲. اعطاءکننده همان طلبکاری است که طلب خود به عنوان مالی غیر مادی را به وثیقه می‌گذارد. چنین فرآیندی را از جهت اینکه طلب خود از بدهکار را، به طلبکار دارای حق وثیقه از باب توثیق و ایجاد اطمینان در حصول طلبش انتقال می‌دهد، انتقال طلب که معادل انگلیسی آن assignment می‌باشد، می‌نامند.

موجب قاعده‌ی قانون کشور محل اقامت اعطاءکننده، حتی اگر انتقال طلب از باب وثیقه مربوط به مطالبات آتی^۱ اعطاءکننده باشد، باز هم به راحتی قابل تعیین می‌باشد. همچنین قانون کشور محل اقامت اعطاءکننده قانون کشوری است که به احتمال زیاد بخش عمده‌ای از دعوای ورشکستگی مربوط به اعطاءکننده مطابق آن رسیدگی خواهد شد.

۹-۲. معایب قانون

لازم به ذکر است که قانون کشور محل واقع شدن اموال مورد وثیقه در بسیاری موارد در خصوص اموال مادی قانون کارآمدی است و حال اینکه حدوث دشواریهای مختلف، در بعد نظری و عملی، مربوط به اعمال این قانون در خصوص اموال غیر مادی است. از حیث نظری پاسخ شفاف و اتفاق نظری در خصوص محل واقع شدن اموال غیر مادی همچون مطالبات وجود ندارد. از یک نگاه چنین محلی ناظر به مکان پرداخت بدهی می‌باشد. با این حال چنین محلی نیز به آسانی در تمامی موارد قابل شناسایی نمی‌باشد. چراکه در برخی موارد ممکن است قرارداد موجد طلب در خصوص مکان پرداخت ساکت باشد. دیدگاه دیگر در خصوص محل طلب، دائر به تعیین محل اقامت قانونی^۲، محل تجارت^۳ یا سکونتگاه اصلی^۴ بدهکار به عنوان محل واقع شدن طلب می‌باشد. در بسیاری موارد، ممکن است تعیین قطعی محل دقیق طلب برای منتقل الیه از باب توثیق^۵ (که بعبارتی همان طلبکار دارای حق وثیقه در طلب می‌باشد) نامقدور باشد، چراکه معیار تعیین چنین محلی ممکن است بر حسب اعمال

-
۱. future receivables
 ۲. legal domicile
 ۳. place of business
 ۴. principal residence
 ۵. assignee



تجاری یا خواسته‌ی طرفین قرارداد، باشد. بنابراین استفاده از قانون محل وقوع به عنوان قانون حاکم در خصوص حقوق وثیقه‌ای در مطالبات، تأمین‌کننده قابلیت پیش‌بینی و قطعیت به عنوان اهداف کلیدی قواعد حل تعارض در حوزه معاملات دارای وثیقه، نیست.

برخی کشورها با اعتنا و اتکا به قانون حاکم بر طلب^۱ مورد وثیقه، از مشکلات اعمال قانون کشور محل وقوع طلب نسبت به مطالبات مورد وثیقه، اجتناب کرده‌اند. منفعت حاصل از این رویکرد در اعمال قانون واحدی راجع به ایجاد، قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث و حق تقدم حق وثیقه و همچنین در خصوص آثار حق وثیقه بر بدهکار طلب^۲ مورد وثیقه، می‌باشد.

۳-۹. استثنائات وارد بر قاعده محل اقامت اعطاءکننده در خصوص انواع خاصی از اموال غیرمادی

دو دسته از اموال غیرمادی هستند که در ارتباط با آنها ملاحظات متفاوتی در نظر گرفته می‌شود و محل اقامت اعطاءکننده، مناسب‌ترین (به عبارتی تنهاترین) عامل ارتباطی برای تعیین قانون قابل اعمال نیست. این ۲ دسته عبارتند از: حق پرداخت وجوه سپرده‌گذاری شده در یک حساب بانکی (پرداخت از سوی بانک به سپرده‌گذار)، حق دریافت وجوه تعهدنامه مستقل^۳.

۱-۳-۹. حق بر وجوه سپرده‌گذاری شده در حساب بانکی

در این خصوص رویکردهای متفاوتی در کشورهای مختلف دنبال می‌شود. به منظور تأمین سهولت و از آنجا که حق ناظر بر پرداخت وجوه سپرده‌گذاری شده در یک

۱. law governing the receivable

۲. debtor of the receivable

۳. Independent undertaking

حساب بانکی، طلب مشتری از بانک محسوب می‌شود، بعضی کشورها اینگونه در نظر گرفته‌اند که، به‌طور کلی قانون حاکم برای مطالبات، می‌بایستی نسبت به حساب بانکی نیز اعمال گردد. دیگر کشورها پیرو رویکرد دیگری هستند و به قانون کشور محل واقع‌شدن شعبه‌ی نگهدارنده حساب مراجعه می‌کنند. این رویکرد موجب افزایش شفافیت و قطعیت در ارتباط با قانون حاکم می‌شود؛ چراکه محل واقع‌شدن شعبه‌ی مربوطه به راحتی قابل تشخیص و تعیین می‌باشد. به‌علاوه چنین رویکردی انتظارات معقول عادی طرفین معاملات جاری بانکها را برآورده می‌کند. همچنین رویکرد حاضر منتهی به حکومت همان قانون حاکم بر امور نظارتی،^۱ بر حق وثیقه‌ی در حق بر پرداخت وجوه سپرده‌گذاری شده در حساب بانکی می‌شود. محل واقع‌شدن شعبه، غالباً به‌عنوان محل حق بر دریافت وجوه سپرده‌گذاری شده در یک حساب بانکی، از حیث امور نظارتی و دیگر اموری که در ارتباط با آنها می‌بایستی محل این حق تعیین بگردد، در نظر گرفته می‌شود (UNCITRAL Legislative, 2010, p. 399).

رویکرد دیگر دائر به مراجعه به قانون مشخص‌شده در قرارداد افتتاح حساب بانکی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، یا هر قانون دیگری که در قرارداد افتتاح حساب صریحاً مشخص گشته، می‌باشد؛ مشروط بر اینکه بانک سپرده‌نگهدار^۲ شعبه‌ای در کشوری که قانون آن به این‌گونه مشخص‌شده، داشته باشد. اگر قرارداد افتتاح حساب بانکی قانونی را مشخص نکرده باشد، قانون حاکم با استفاده از معیار مشابه با آنچه که در ماده ۵ از کنوانسیون لاهه راجع به اوراق قرضه،^۳ مقرر گردیده است مشخص می‌گردد. وفق این رویکرد، قانون حاکم انتظارات طرفین قرارداد افتتاح حساب را برآورده می‌کند. اشخاص ثالث نیز می‌توانند قانون مقرر در قرارداد مزبور را تشخیص بدهند.

۱. regulatory matters

۲. depositary bank

۳. The Hague Securities Convention



۹-۳-۲. حقوق ناظر بر دریافت وجوه تعهدنامه مستقل (اعتباراسنادی تضمینی)^۱ در بسیاری از کشورها، مسائل قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث و حق تقدم حق وثیقه در حق بر دریافت وجوه تعهدنامه مستقل، به قانون مشخص شده در تعهدنامه ارجاع می‌شود. اگر قانون حاکم، در تعهدنامه مستقل مشخص نشده باشد، آن مسائل به قانون کشور محل واقع شدن اداره شخص عرضه‌کننده تعهد، ارجاع می‌شود. این قانون از بیشترین ارتباط با تعهد منبث از تعهدنامه مستقل برخوردار است. اعمال این قانون همچنین در تطابق با انتظارات معمول طرفین چنین معاملاتی است. راجع به ایجاد حق وثیقه در چنین اموالی، قاعده عام حل تعارض راهنمای آنسیترال در اموال غیر مادی (که همان قانون محل اقامت اعطاءکننده می‌باشد)، با توجه به این واقعیت که ایجاد حق وثیقه تنها شامل قابلیت استناد حق وثیقه فی‌مابین طرفین قرارداد وثیقه بوده و تأثیری بر حقوق دیگر اشخاص (اشخاص ثالث) ندارد، همچنان اعمال می‌شود. با این حال اگر که تعهدنامه‌ی مستقل به منظور تضمین ایفای تعهد به پرداخت طلب یا نسبت به سند قابل معامله صادر گشته باشد، قانون حاکم بر ایجاد و قابلیت استناد حق وثیقه در طلب و اسناد قابل معامله در برابر اشخاص ثالث، تعیین‌گر این است که آیا حق وثیقه به صورت خودکار به تعهدنامه مستقل تعمیم می‌یابد (منظور این است که اگر طلبکار دارای حق وثیقه با عدم دریافت طلب از سوی بدهکار ارائه‌دهنده وثیقه در قالب طلبی که از بدهکار ارائه‌دهنده تعهدنامه مستقل داشته است، بگردد، می‌تواند متقاضی دریافت وجه تعهدنامه مستقل شود یا خیر).

۱۰. چهار پیشنهاد متمم راهنمای آنسیترال

۱. Standby letter of Credit

متمم آنسیترال رویکرد مبتنی بر قانون کشور اقامت بدهکار را توصیه نمی‌کند. گفته می‌شود مبحث قانون قابل اعمال یکی از جنجالی‌ترین مباحث در نگارش این کتاب بوده است. متمم آنسیترال چهار پیشنهاد را مطرح می‌کند (Sato, 2013, p.7).

پیشنهاد الف می‌گوید که قانون کشور اقامت بدهکار باید بر حقوق وثیقه در مالکیت فکری اعمال شود، البته به استثنای تاثیر بر شخص ثالث و اولویت حق تضمین علیه منتقل الیه یا مجوز گیرنده مالکیت فکری که همچنان تحت حاکمیت اصل سرزمینی خواهد بود.

از سوی دیگر پیشنهاد نهایی می‌گوید تنها اعمال حق وثیقه در مالکیت فکری باید تابع قانون کشور اقامت بدهکار باشد و سایر مسائل باید تحت حاکمیت اصل سرزمینی باشند. انتخاب قانون تا حدودی در رابطه با ایجاد حق تضمین در مالکیت فکری و تاثیر آن بر طرف ثالث مجاز است و این دو مسأله می‌توانند تابع قانون کشور اقامت بدهکار یا کشور حامی باشند؛ اما مطابق رویکرد پیشنهاد نهایی، حق وثیقه‌ای که ملزومات قانونی کشور اقامت بدهکار را برآورده کند، تنها علیه مدیر تصفیه بدهکار یا محکوم‌له اثر خواهد داشت.

مقایسه این چهار پیشنهاد در جدول زیر نشان داده شده است و حرف «D» نشانگر «قانون کشور اقامت بدهکار» و «T» نشانگر «اصل سرزمینی» است.

جدول ۱ مقایسه چهار پیشنهاد متمم راهنمای آنسیترال

پیشنهاد نهایی	پیشنهاد سوم	پیشنهاد دوم		پیشنهاد اول	
D یا T	D اما با توافق ممکن است که T حاکم شود	بدون ثبت	ثبت تحت	D	ایجاد
		تحت IP	IP		
		D	T		



T یا D البته D فقط ممکن است علیه داور طلبکار و مدیر تصفیه ورشکسته اعمال شود	انتقال دهنده گواهینامه؛ وام دهنده وثیقه‌ایی	مدیر تصفیه	T	انتقال دهنده گواهینامه مالکیت	وام دهنده بدهکار وثیقه‌ایی ورشکست شده باشد	تأثیر بر اشخاص ثالث
	T	D		T	D	
D	D اما با توافق ممکن است که T حاکم شود		D	D		اجرا

همانطور که در جدول بالا مشاهده می‌کنید، فقط یک قانون (اصل سرزمینی یا قانون کشور اقامت بدهکار) بعنوان قانون قابل اعمال بر حقوق وثیقه در مالکیت فکری توصیه نشده؛ بلکه در تمام پیشنهادات، حق تضمین به چهار جنبه تقسیم شده است - ایجاد، تأثیر بر طرف ثالث، اولویت و اجرا - و بهترین قانون برای اعمال بر هر جنبه انتخاب شده است. یکی دیگر از ویژگی‌های مشترک پیشنهادهای این است که قانون کشور اقامت بدهکار در رابطه با ایجاد و اعمال حق تضمین در مالکیت فکری انتخاب شده است و تنها کمی در موقعیتهای مورد بررسی، تغییر ایجاد شده است. به بیان دیگر، اصل سرزمینی بیشتر برای جنبه‌های تأثیر بر طرف ثالث و اولویت به کار رفته است (Sato, ibid , p.7).

۱-۱۰. قاعده نزدیکترین ارتباط در ماده ۴ آیین نامه رم یک

ماده ۴ آیین نامه رم یک، درباره‌ی 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 آیین نامه تعیین نشده باشد.

پیش‌انگاره‌ی کنوانسیون رم (۱۹۸۰) در مورد قانون حاکم در صورت عدم انتخاب قانونی از جانب طرفین آن است که قرارداد تابع قانون کشور محل سکونت عادی طرفی است که اجرای تعهد شاخص^۱ قرارداد بر عهده اوست، به شرطی که تعهد مزبور قابل تشخیص باشد (Hay, 2013, p.13).

نتیجتاً چنانچه هیچ قانونی (صریح یا ضمنی) انتخاب نشده بود، مطابق آیین نامه رم یک، قرارداد تابع قانون کشوری است که نزدیکترین ارتباط را با آن دارد (بند ۴ ماده ۴ آیین نامه رم یک). این قاعده شبیه «قاعده ارتباط عمده» یا نظریه «قانون مرکز ثقل قرارداد» در حقوق آمریکا است. در واقع آیین نامه رم یک، قاعده نزدیکترین ارتباط را راه حل نهایی می‌داند (بند ۳ ماده ۴ آیین نامه رم یک).

۱۱. راه‌حل‌های پیشنهادشده توسط ALI و گروه CLIP

در نهایت، به گزاره‌های پیرامون منافع وثیقه‌ای مشخص‌شده در اصول ALI و در اصول جدیدتر تعارض قوانین در مالکیت فکری گروه ماکس پلانک می‌پردازیم. بخش ۳۱۷ اصول ALI با عنوان «منافع وثیقه‌ای» بیان می‌کند که: «(۱) قوانین مرتبط به وجود، خصایص و میزان قابلیت انتقال حقوق مالکیت فکری در ارتباط با معاملات وثیقه‌ای تا همان حدی قابل‌اعمال هستند که برای سایر معاملات مرتبط با حقوق مالکیت فکری اعمال می‌شوند. (۲) این اصول به قانون قابل‌اعمال برای تکمیل، اولویت یا اجرای منافع وثیقه‌ای در حقوق مالکیت فکری نمی‌پردازند.» ماده 3:508 اصول CLIP (قانون قابل‌اعمال برای منافع وثیقه‌ای در حقوق مالکیت فکری) بیان می‌کند که:



«قانون قابل‌اعمال بر منافع وثیقه‌ای در حقوق مالکیت فکری عبارت است از قانون قابل‌اعمال، مندرج در فکری به‌صورت ماده 102:3^۱». (دولت حمایت‌کننده). هر دو متن از قاعده سنتی استفاده می‌کنند که منافع وثیقه‌ای در حقوق مالکیت فکری را تحت گستره‌ی قانون کشور حمایت‌کننده قرار می‌دهد. با این حال، در اصول ALI، این قانون تنها برای وجود و قابلیت انتقال حقوق مالکیت فکری با اهداف ایجاد منافع وثیقه‌ای در این حقوق اعمال می‌شود درحالی‌که تکمیل، اولویت و اجرای منافع وثیقه‌ای از گستره این اصول حذف شده‌اند و بنابراین تحت قانون قابل‌اعمال مربوطه قرار دارند. این راه‌حل، که نیازهای قانون معاملات وثیقه‌ای را بیشتر مدنظر قرار می‌دهد، تحت تأثیر وجود چندین ابزار است که قبلاً توسعه‌یافته‌اند یا در مسیر توسعه برای این موضوعات هستند.

۱۲. 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 صریحا یا ضمنا تابع قانون دیگری قرار داده باشند». پذیرش اختیاری (تکمیلی) بودن ماده مذکور صحیح‌تر است و در امتداد همین نگرش، قانونگذار ایران در سال ۱۳۷۶ بدون تردید در بند یک ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی 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

۱. Article 3:102: Lex protection

The law applicable to existence, validity, registration, scope and duration of an intellectual property right and all other matters concerning the right as such is the law of the State for which protection is sought.

نخواهند از این حق استفاده کنند، بند ۲ و ۴ ماده ۲۷ راه حل هایی را ارائه داده است. بند ۲ حاوی پذیرش قانون مناسب است 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. و 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 اینست که در خصوص قانون مناسب می‌باید 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 است، و به نحوی این بند به رغم ظاهر نوین خود، نهایتاً منجر به اعمال ماده ۹۶۸ می‌گردد. بند چهارم نیز حاوی پذیرش نظریه "lex mercatorii" است. لکن چنانچه مشهود است این دو بند با هم تعارض دارند، چرا که بند چهارم نیز در صدد بیان معیاری برای انتخاب قانون مناسب است. در حالی که در بند قبلی معیار، همان قواعد حل تعارض بیان شد.

۱۳. نتیجه‌گیری

امروزه کاملاً پذیرفته شده است که روابط بازرگانی تابع اراده طرفین باشد و به هر نحو که می‌خواهند توافق کنند. در ماده ۱۸۷ مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین آمریکا قانون منتخب طرفین را بر قرارداد حاکم می‌داند؛ مگر اینکه این قانون دارای رابطه اساسی با طرفین یا معامله نباشد یا اینکه مبنای متعارف دیگری نداشته باشد. در قانون متحد الشکل تجاری آمریکا (UCC) نیز اصل حاکمیت اراده به رسمیت شناخته شده است. در اتحادیه اروپا نیز طرفین حق خواهند داشت حتی قانونی را که هیچ ارتباطی با قرارداد ندارد برگزینند. اصول ALI حاکمیت اراده طرفین



را بصورت پیشینی (ex ante) و پسینی (ex poste) برای دعوی مالکیت فکری مجاز دانسته است.

در صورت عدم انتخاب قانون دو قاعده وجود دارد که می‌توان برای تعیین قانون حاکم بر حقوق وثیقه در مالکیت فکری از آنها استفاده کرد. یکی اصل سرزمینی است. بر اساس این اصل تأثیر مالکیت فکری ایجاد شده در آلمان تنها در آلمان به رسمیت شناخته می‌شود.

قاعده دیگر اعمال قانون دولت محل اقامت بدهکار بر حقوق وثیقه در مالکیت فکری است. این رویکرد در سالهای اخیر به‌عنوان قانون قابل اعمال بر حقوق وثیقه در دارایی‌های و دریافتی‌ها حمایت بیشتری را به خود جلب کرده است.

در نظام حقوقی آمریکا با وجود پذیرش نظریه نزدیکترین ارتباط در خصوص معاملات با حق وثیقه ماده ۳۰۱-۹ مقررات قانون متحد الشکل تجاری آمریکا جز در موارد استثنا، قانون محل بدهکار را حاکم بر حق وثیقه می‌داند.

ماده ۴ آیین نامه رم یک، درباره‌ی 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 آیین نامه تعیین نشده باشد. مطابق مقررات رم یک، قرارداد تابع قانون کشوری است که نزدیکترین ارتباط را با آن دارد (بند ۴ ماده ۴ مقررات رم یک).

متمم آنسیترال رویکرد مبتنی بر قانون کشور اقامت بدهکار را توصیه نمی‌کند. متمم راهنمای آنسیترال بیشتر بر اصل سرزمینی تأکید دارد. هرچند پیشنهادی‌های چهارگانه‌ای را در این زمینه مطرح نموده است. اصول ماکس پلانک نیز قانون دولت حامی را در این زمینه پذیرفته است.

در حقوق ایران، قاعده حل تعارض در قراردادها، ماده ۹۶۸ قانون مدنی است. بنظر طرفداری از نظریه امری بودن ماده ۹۶۸ از حیث کارکرد اقتصادی و مصالح ملی اساساً منطقی به نظر نمی‌رسد. 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.

۱۴. منابع

۱۴-۱. فارسی

۱. احمد، امیرمعزی، قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، چاپ اول، نشر دادگستر، 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 بین الملل، اخلاقی، بهروز، و همکاران، ج اول، چاپ چهارم، انتشارات سمت، ۱۳۹۲.
۴. افضل‌ی مهر، مر ضیه؛ وحدتی شبیری، سید حسن، «تحول مفهومی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای در حقوق بین الملل خصوصی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۵.
۵. شریعت باقری، محمدجواد، «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، تابستان ۱۳۹۱، شماره ۵۸.
۶. عزیزی، سستار؛ اردلان، گزیزه علایی، «نظریه نزدیکترین ارتباط در قراردادها با تأکید در حقوق ایران»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۲، شماره ۱ بهار و تابستان ۱۳۹۴.
۷. کاویار، حسین؛ مافی، همایون، «بررسی تطبیقی قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی منعقد در محیط اینترنت از منظر نظام‌های حقوقی آمریکا»، اتحادیه اروپا و ایران؛ مطالعات حقوق تطبیقی؛ ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲.

۸. کبیری شاه آباد، حمید؛ عیسائی تفرشی، محمد؛ شهبازی نیا، مرتضی، «مطالعه تطبیقی رویکرد وحدتگرایی یا کثرت گرایی در خصوص ابزار توثیق اموال منقول در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، انگلستان و ایران»، مجله پژوهشهای حقوق تطبیقی، دوره ۲۱ شماره ۲، تابستان ۱۳۹۶.
۹. 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.
۱۰. میرحسینی، مجید؛ مبانی تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی در حقوق اتحادیه اروپا و ایران؛ انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ اول ۱۳۹۳.
۱۱. نصیری، مرتضی، تعارض قوانین در تجارت بین المللی، انتشارات جنگل، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۱۲. نصیری، مرتضی، «رهن بازرگانی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۲، ۱۳۵۱.

۱۴-۲. انگلیسی

13. American Law Institute, Intellectual Property. Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes (St Paul, MN, American Law Institute Publishers, 2008). Available on the website <http://www.cl-ip.eu/>.
14. CLIP, Principles for Conflicts of Laws in Intellectual Property (Oxford University Press, 2012), available at www.cl-ip.eu.
15. Clive M. schmitthoff . The English Conflict of Laws- Stevens, Edition3 , 1954.
16. F.J. Alferéz, The Rome I Regulation: Much Ado About Nothing2 European Legal Forum , 2008.

17. Gungor, The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private Inter-national Law and International Civil Procedure, 2008.
18. Hamburg Group for Private International Law, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, 2002 avail able at:http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/max_planck_en.pdf (accessed 25July 2007).
19. Ikumi Sato, Study on Governing Law on Security Rights in Intellectual Property, IIP Bulletin , Vol.22, 2013..
20. J. Hill, the Law Relating to International Commercial Disputes, 2nd edition, Lloyds of London Press, London, 1998.
21. James J. White, Choice-of-Law in Secured Transactions, 2013. [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/$File/White.Pdf).
22. James J. White, Choice-of-Law in Secured Transactions, [http://web4.uwindsor.ca/units/law/CARC/main.nsf/0/e096c2495caf982b852570fb00737f6a/\\$FILE/White.pdf](http://web4.uwindsor.ca/units/law/CARC/main.nsf/0/e096c2495caf982b852570fb00737f6a/$FILE/White.pdf)
23. Jan Hendrik, Daihuisen on International Commercial. Financial and Trade Law, Oxford, Portland/Oregon 2000.
24. Lea Brilmayer, The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules, 252 RECUEIL DES COURS 19, 111,1995.
25. 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>>.
26. M. Bogdan, Contracts in Cyberspace and the Regulation 'Rome I', 2009.
27. 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).
28. Marshall, Brooke Adele, «Reconsidering The Proper Law of The Contract», Melbourne Journal of International Law, 2012.



29. P Rummel (ed), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Band ۳۰, Teil 6, para 4 (Manz,2004) (with references to relevant case law).
30. P. Mankowski, The Principle of Characteristic Performance Revisited Yet Again in Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr, Schultess and Eleven International Publishing, The Hague, 2010.
31. P.R. Williams, the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 1986.
32. Peter Stone, Research Handbook on EU Private International Law, Edward Elgar Publishing, 2015.
33. Ralf Michaels, Post-Critical Private International Law: From Politics to Technique, Horatia Muir Watt & Diego P. Fernández Arroyo eds., 2014.
34. Regulation (EC) 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), [2007] OJ L199.
35. Regulation 593/2008 (Rome I), on the Law Applicable to Contractual Obligations.
36. Rita Matulionytė, Calling for Party Autonomy in Intellectual Property Infringement Cases, Journal of Private International Law, Volume 9, Issue 1, 2013 .
37. Rühl, Giesela, «Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency», Law Research Institute Research Paper Series, CLPE Research Paper 4/2007, Vol. 03 No. 01, 2007.
38. 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.
39. States, 82 TUL. L. REV. 1607, 2008.
40. Stefania Bariatti ,The Law Applicable To Security Interests In Intellectual Property Rights, Journal Of Private International Law, Vol. 6 No. 2, 2010.

41. symeonides (symeon), material justice and conflict justice in choice of law, essay in honor of friedrich k.jungert, 2001.
42. Symposium, The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for the United
43. 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.
44. Uncitral Legislative Guide On Secured Transactions, United Nations, New York, 2010, www.uncitral.org.