الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.VI/WP.19

الجمعية العامة

Distr.: Limited
10 December 2004*
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)
الدورة السابعة
نيويورك، ٢٤-٢٨ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٥

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

المحتويات

		الفقرات	الصفحة
عاشرا-	تنازع القوانين	١-٣٥	٢
ألف-	ملاحظات عامة	١-٣٥	٢
١-	مقدمة	١-١٠	٢
	أ- الغرض من قواعد تنازع القوانين	١-٥	٢
	ب- نطاق قواعد تنازع القوانين	٦-١٠	٤
٢-	قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالانشاء بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية	١١-٢٠	٥
٣-	قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في العائدات	٢١-٢٢	٨
٤-	مفعول التغيير اللاحق في العامل الرابط	٢٣-٢٧	٩
٥-	قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بمسائل الإنفاذ	٢٨-٣٤	١٠
٦-	تأثير الإعسار على قواعد تنازع القوانين	٣٥	١٢
باء-	التوصيات		١٢

* تُقدَّم هذه الوثيقة متأخرة ثلاثة أسابيع عن فترة الأسابيع العشرة المطلوبة قبل بدء الاجتماع بسبب الحاجة إلى اتمام المشاورات ووضع التعديلات الناتجة في صيغتها النهائية.

281204 V.04-59820 (A)

عاشرا- تنازع القوانين

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدمة

أ- الغرض من قواعد تنازع القوانين

١- يناقش هذا الفصل قواعد تحديد القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني فيما بين المانح والدائن المضمون ونفاذه تجاه أطراف ثالثة ("النفاذ تجاه أطراف ثالثة") والأولوية والإنفاذ. ويشار إلى هذه القواعد عادة بقواعد تنازع القوانين، وهي تحدّد أيضا النطاق الاقليمي للقواعد الموضوعية المرتآة في الدليل (أي ما إذا كانت القواعد الموضوعية للدولة التي تشترع النظام المرتأى في الدليل تنطبق ومتى تنطبق). فإذا اشترعت الدولة، مثلا، قواعد القانون الموضوعي المرتآة في الدليل فيما يتعلق بأولوية حق ضماني، فإن هذه القواعد لن تنطبق على خلاف على الأولوية ناشئ في الدولة المشترعة ما دامت قاعدة تنازع القوانين بشأن مسائل الأولوية تشير إلى قوانين تلك الدولة. وإذا نصّت قاعدة التنازع على أن القانون الذي يحكم الأولوية هو قانون دولة أخرى، فإن الأولوية النسبية لمطالبين متنافسين ستحدّد عندئذ وفقا لقانون تلك الدولة الأخرى، لا وفقا لقواعد الأولوية الموضوعية في الدولة المشترعة.

٢- وبعدما يصبح الحق الضماني نافذا قد يحدث تغيّر في العامل الرابط الخاص باختيار القانون المنطبق. فمثلا، إذا كان نفاذ الحق الضمني تجاه أطراف ثالثة في بضائع ملموسة موجودة في الدولة "ألف" يحكمه قانون مكان البضائع، فثمة سؤال يُطرح هو ماذا يحدث إذا جرى لاحقا نقل تلك البضائع إلى الدولة "باء" (التي تنص قواعدها الخاصة بالتنازع أيضا على أن مكان البضائع هو الذي يحكم نفاذ الحقوق الضمانية تجاه أطراف ثالثة في الممتلكات الملموسة). وأحد البدائل هو أن يستمر نفاذ الضمانة في الدولة "باء" دونما حاجة لاتخاذ أي خطوة أخرى في هذه الدولة الأخيرة. وثمة بديل آخر هو الحصول على ضمانة جديدة بمقتضى قوانين الدولة "باء". وهناك بديل ثالث هو الحفاظ على الحق الموجود مسبقا للدائن المضمون، رهنا باستيفاء شكليات معيّنة في الدولة "باء" في غضون فترة زمنية معيّنة (مثلا خلال ثلاثين يوما من جلب البضائع إلى الدولة "باء"). وهذه المسائل تعالجها قواعد تنازع القوانين في بعض النظم القانونية. وتُقترح في هذا الفصل في هذا الصدد قاعدة عامة تستند إلى البديل الأخير.

٣- ينبغي أن تجسّد قواعد تنازع القوانين أهداف نظام فعّال للمعاملات المضمونة. وهذا يعني، فيما يتعلق بهذا الفصل، أنه ينبغي لتلك القواعد أن تتيح بسهولة تحديد القانون المنطبق على الجوانب الخاصة بالملكية في الحق الضماني: فاليقين هو هدف رئيسي في وضع القواعد التي تمسّ المعاملات المضمونة، سواء على الصعيد الموضوعي أو على صعيد تنازع القوانين. وثمة هدف آخر هو قابلية التنبّؤ. فكما توضّح المسألة الواردة في الفقرة السابقة، ينبغي لقواعد تنازع القوانين أن تتيح الحفاظ على الحق الضماني المكتسب بمقتضى قوانين الدولة "ألف" إذا أدّى تغيّر لاحق في العامل الرابط الخاص باختيار القانون المنطبق إلى أن يصبح الحق الضماني خاضعا لقوانين الدولة "باء". وثمة هدف رئيسي ثالث لأي نظام جيد بشأن تنازع القوانين، هو أن القواعد ذات الصلة يجب أن تجسّد التوقعات المعقولة للأطراف ذات المصلحة (الدائن والمانح والمدين والأطراف الثالثة). ويرى كثيرون أن بلوغ هذه النتيجة يقتضي أن يكون للقانون المنطبق على الحق الضماني ارتباط ما بالوضع الفعلي الذي سيحكمه هذا القانون.

٤- ومن شأن استخدام الدليل (بما فيه هذا الفصل) في صوغ قوانين للمعاملات المضمونة أن يساعد على تقليل المخاطر والتكاليف الناجمة عن الاختلافات بين القواعد الحالية لتنازع القوانين. ففي المعاملة المضمونة، يريد الدائن المضمون عادة أن يضمن الاعتراف بحقوقه في جميع الدول التي قد يحدث فيها الإنفاذ (بما فيها الولاية القضائية التي تجري فيها إدارة إعسار المانح). وإذا كان لدى تلك الدول قواعد مختلفة لتنازع القوانين فيما يتعلّق بالنوع نفسه من الموجودات المرهونة، فسوف يلزم أن يمتثل الدائن لأكثر من نظام واحد ليحظى بحماية كاملة. ومن فوائد مناسقة قواعد تنازع القوانين في الدول المختلفة أن الدائن يستطيع أن يعتمد على قانون واحد وحيد لتحديد ما لضمانته من أولوية في جميع تلك الدول. وهذا هو أحد الأهداف التي حققتها اتفاقية الأمم المتحدة لاحالة المستحقات في التجارة الدولية فيما يتعلّق بالمستحقات، واتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلّقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط فيما يتعلّق بالأوراق المالية المحوزة بشكل غير مباشر.

٥- ومما يجدر ذكره أن قواعد تنازع القوانين ستكون ضرورية حتى وإن قامت جميع الدول بمناسقة قوانينها الخاصة بالمعاملات المضمونة. إذ ستظل هناك حالات يتعيّن فيها على الأطراف أن تحدّد الدولة التي ستنطبق شروطها. فعلى سبيل المثال، إذا نصّت قوانين جميع الدول على أن الحق غير الحيازي يصبح نافذا تجاه أطراف ثالثة بالتسجيل في سجل عمومي، فسيتطلب الأمر أن يعرف الشخص في سجل أي دولة يتعين التسجيل.

ب- نطاق قواعد تنازع القوانين

٦- لا يحدّد هذا الفصل الحقوق الضمانية التي ستنطبق عليها قواعد تنازع القوانين. فعادة ما يكون توصيف حق ما بأنه حق ضماني لأغراض تنازع القوانين مجسّدا لقانون الحقوق الضمانية الموضوعي في الولاية القضائية المعنية. ومن حيث المبدأ، ستستخدم المحكمة قانونها الخاص حيثما يتطلب الأمر توصيف المسألة لغرض اختيار القاعدة المناسبة لتنازع القوانين. بيد أن ثمة سؤالا يُطرح عما إذا كان ينبغي لقواعد تنازع القوانين الخاصة بالحقوق الضمانية أن تنطبق أيضا على معاملات أخرى مماثلة وظيفيا للضمانة، حتى وإن لم يشملها نظام للمعاملات المضمونة. ومتى كانت اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية والتأجيرات المالية والإرساليات وسائر المعاملات المماثلة غير محكومة بأحكام القانون الموضوعي التي تنظّم المعاملات المضمونة، يجوز للدولة مع ذلك أن تُخضع هذه الأدوات لقواعد تنازع القوانين المنطبقة على المعاملات المضمونة.

٧- وثمة مسألة مماثلة تنشأ في سياق إحالات معينة لا تجرى لأغراض الضمان، حيث يكون من المستصوب أن يكون القانون المنطبق على الإنشاء بين الطرفين والنفاذ تجاه أطراف ثالثة والأولوية هو نفس القانون المنطبق على الحق الضماني في فئة الممتلكات نفسها. ويوجد مثال على ذلك في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، التي تنطبق (بما في ذلك قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين) على الإحالات القطعية للمستحقات وعلى الحقوق الضمانية في المستحقات (انظر المادة ٢(أ)). وهذا الاختيار السياساتي مدفوع، ضمن جملة أمور، بضرورة الإحالة إلى قانون واحد وحيد لتقرير الأولوية بين مطالبين متنافسين لهم حق في المستحقات نفسها. وفي حال نشوء نزاع بشأن الأولوية على مستحق ما بين مشترٍ لذلك المستحق ودائن حائز لضمانة على المستحق ذاته، سيكون من الأصعب (بل ومن المستحيل أحيانا) تقرير من يستحق الأولوية إذا كانت أولوية المشتري محكومة بقوانين الدولة "ألف" لكن أولوية الدائن المضمون محكومة بقوانين الدولة "باء".

٨- وأيّا كان قرار الولاية القضائية بشأن أنواع المعاملات التي تشملها قواعد تنازع القوانين، فإن نطاق القواعد سيكون محصورا في الجوانب المتعلقة بالملكية من هذه المعاملات. وبالتالي، فإن القاعدة المتعلقة بالقانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني لا تحدّد الا القانون الذي يحكم الشروط التي يلزم استيفاؤها لإنشاء حق ملكية في الموجودات المرهونة. ولا تنطبق تلك القاعدة على الالتزامات الشخصية للطرفين بمقتضى العقد المبرم بينهما. ففي معظم النظم القانونية، تكون هذه الالتزامات الشخصية، رهنا ببعض التقييدات، محكومة بالقانون الذي اختاره الطرفان في اتفاقهما أو، في حال عدم وجود اختيار من هذا القبيل، إما

بقانون الدولة التي يكون اتفاق الضمان أوثق اتصالا بها أو بالقانون الذي يحكم اتفاق الضمان.

٩- وثمة مسألة ترتبط بالاعتراف بحرّية الطرفين فيما يتعلق بالتزاماتهما الشخصية، هي أن قواعد تنازع القوانين المنطبقة على جوانب الملكية من المعاملات المضمونة هي مسائل تقع خارج نطاق حرية التعاقد. وعلى سبيل المثال، لا يسمح عادة للمانح وللدائن المضمون أن يختارا القانون المنطبق على الأولوية، لأن ذلك يمكن أن يؤثّر لا على حقوق أطراف ثالثة فحسب، بل يمكن أن ينتج عنه أيضا تنازع على الأولوية بين دائنَيْن مضمونَيْن متنافسَين يخضعان لقانونين مختلفين يفضيان إلى نتيجتين متعارضتين.

١٠- ومما يجدر ملاحظته أن قواعد تنازع القوانين في العديد من النظم القانونية تنص الآن على أن الإشارة إلى قانون دولة أخرى باعتباره القانون الذي يحكم مسألة ما تحيل إلى القانون المنطبق في تلك الدولة مع استبعاد قواعد التنازع الخاصة بها. ويُستبعد مبدأ الرد إلى القانون المحلي، توخّيا لقابلية التنبؤ وكذلك بسبب أن الرد إلى القانون المحلي ربما يكون مخالفا لتوقعات الطرفين.

٢- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالإنشاء بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية

١١- عادة ما يستلزم تحديد نطاق الحقوق التي يضفيها الحق الضماني تحليلا ثلاثي الخطوات:

(أ) المسألة الأولى هي ما إذا كان الضمان قد أُنشئ بين الطرفين (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم الإنشاء بين الطرفين، انظر الفصل الرابع)؛

(ب) المسألة الثانية هي ما إذا كان الضمان نافذا تجاه أطراف ثالثة (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم النفاذ تجاه أطراف ثالثة، انظر الفصل الخامس)؛

(ج) المسألة الثالثة هي ماهيّة درجة أولوية الدائن المضمون في مقابل مطالب منافس، مثل دائن آخر أو مدير في حالة إعسار المانح (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم الأولوية، انظر الفصل السادس).

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن تكون هناك قاعدة للتنازع بشأن مسألة زوال الحق الضماني أو ما إذا كانت تلك المسألة تقع خارج نطاق قواعد تنازع القوانين المنطبقة على الحقوق الضمانية.]

١٢- ولا تميّز النظم القانونية جميعها بين هذه المسائل تمييزا مفاهيميا محدّدا. فكون حق الملكية قد أُنشئ بصورة صحيحة يعني بالضرورة، في بعض النظم القانونية، أن الحق نافذ تجاه الأطراف الثالثة. كما أن النظم القانونية التي تميّز بوضوح بين هذه المسائل الثلاث لا ترسي دائما قواعد موضوعية منفصلة بشأن كل مسألة. فعلى سبيل المثال، عندما يكون رهن حيازي مستوفيا لاشتراطات صحة حق ضماني عيني من هذا النوع، يؤدّي هذا عادة إلى أن يكون الضمان نافذا تجاه الأطراف الثالثة دونما حاجة إلى إجراء آخر.

١٣- والمسألة الرئيسية هي ما إذا كان ينبغي أن تنطبق قاعدة واحدة وحيدة لتنازع القوانين على جميع المسائل الثلاث. والبديل هو إتاحة مزيد من المرونة، حيث قد يكون من الأنسب أن يكون القانون المنطبق على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو على الأولوية مختلفا عن القانون الذي يحكم إنشاء الحق. أما الاعتبارات السياساتية، مثل البساطة واليقين، فترجّح اعتماد قاعدة واحدة للانشاء بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية. وقد ذكر أعلاه أن التمييز بين هذه المسائل لا يجري أو لا يُفهم دائما على النحو ذاته في جميع النظم القانونية، مما يثير احتمال أن يؤدّي وضع قواعد مختلفة لتنازع القوانين بشأن هذه المسائل إلى تعقيد التحليل أو إثارة عدم اليقين. ولكن اختيار قانون مختلف لمسائل الأولوية في حالات معيّنة من شأنه أن يراعي بشكل أفضل مصالح الأطراف الثالثة، مثل الأشخاص الحائزين لضمانات غير رضائية.

١٤- وثمة مسألة مهمة أخرى هي ما إذا كان ينبغي، فيما يتعلق بأي مسألة معيّنة (أي مسألة الإنشاء فيما الطرفين أو النفاذ تجاه أطراف ثالثة أو الأولوية)، أن تكون قاعدة تنازع القوانين ذات الصلة هي ذاتها التي تسري على الممتلكات الملموسة والممتلكات غير الملموسة. والجواب بالإيجاب على هذا السؤال من شأنه أن يحبّذ وجود قاعدة تستند إلى قانون مكان المانح. أما البديل فهو قانون المكان الذي يُحتفظ فيه بالموجودات المرهونة (قانون موقع الموجودات)، إلا أن هذا لا يتّسق فيما يتعلق بالمستحقات مع اتفاقية الأمم المتحدة لاحالة المستحقات (التي تشير المادة ٢٢ منها إلى قانون الدولة التي يقع فيها مكان المحيل، أي المانح).

١٥- وتوخّي الاتساق مع اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات يقتضي أيضا تحديد مكان المانح بنفس الطريقة الواردة في الاتفاقية. وبمقتضى الاتفاقية، فمكان المانح هو مكان عمله، أو إذا كان للمانح أماكن عمل في أكثر من دولة، فالمكان هو الذي يمارس فيه المانح إدارته المركزية. وإذا لم يكن للمانح مكان عمل، يُشار عندئذ إلى مكان إقامته المعتاد (أنظر المادة ٥ (ح)).

١٦- واعتبارات البساطة واليقين تدعم اعتماد قاعدة تنازع القوانين نفسها (مثل قانون مكان المانح) بشأن الممتلكات الملموسة وغير الملموسة على السواء، وبخاصة إذا كان القانون نفسه ينطبق على الإنشاء بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية. ووفقا لهذا النهج، يكفي إجراء تحقيق واحد للتأكّد من نطاق الحقوق الضمانية التي تُثقل جميع موجودات المانح. ولا تكون هناك حاجة إلى إرشادات في حال تغيّر مكان الموجودات المرهونة، أو إلى التمييز بين القانون المنطبق على الحقوق الحيازية والقانون المنطبق على الحقوق غير الحيازية (وإلى تحديد القانون الذي يغلب في حال تنافس حق ضماني حيازي محكوم بقانون الدولة "ألف" مع حق ضماني غير حيازي في الممتلكات نفسها محكوم بقانون الدولة "باء").

١٧- ولكن الولايات القضائية لا تعتبر جميعها أن قانون مكان المانح يرتبط ارتباطا كافيا بالحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة (على الأقل فيما يتعلق بالبضائع "غير المتنقلة"). وفضلا عن ذلك، يلزم أن يكون القانون الذي يحكم المعاملة المضمونة هو نفسه الذي يحكم بيع الموجودات ذاتها. وهذا يعني أن قبول قانون مكان المانح في كل نوع من أنواع الحق الضماني لا يكون قابلا للإعمال إلا إذا كانت الولايات القضائية، عموما، مستعدة لقبول تلك القاعدة فيما يتعلق بجميع الإحالات.

١٨- يُضاف إلى ذلك أن من المقبول عالميا تقريبا أن يكون الحق الحيازي محكوما بقانون المكان الذي يحتفظ فيه بالممتلكات، ومن ثم، فإن اعتماد قانون مكان المانح فيما يتعلق بالحقوق الحيازية سيتعارض مع التوقّعات المعقولة للدائنين البسطاء. وبناء على ذلك، وحتى إذا كان يُراد أن يكون قانون مكان المانح هو القاعدة العامة، يلزم توفير استثناء للحقوق الضمانية الحيازية من تلك القاعدة.

١٩- وبما أن قواعد التنازع المنطبقة قد تتباين تبعا لكون الموجودات ملموسة أو غير ملموسة أو كون الضمانة ذات طابع حيازي أو غير حيازي، فإن السؤال يُثار بشأن ماهيّة قاعدة التنازع المناسبة إذا كان يمكن لممتلكات غير ملموسة أن تكون موضوعا لحق ضماني حيازي. وفي هذا الصدد، يعامل معظم النظم القانونية فئات معيّنة من الممتلكات غير الملموسة المتجسّدة في مستندات (مثل الصكوك القابلة للتداول والأوراق المالية التي تصدر بها شهادات) نفس معاملة الممتلكات الملموسة، وهي بذلك تعترف بأن هذه الموجودات يجوز رهنها بتسليم المستند إلى الدائن. ويكون الرهن عندئذ محكوما بقانون الدولة التي يحتفظ فيها بالمستند.

٢٠- وثمة مسألة متعلقة بذلك تنشأ عندما تكون البضائع متمثّلة في مستند ملكية قابل للتداول (مثل سند شحن). ومن الأمور المقبولة عموما أن يُعامل أيضا مستند الملكية القابل للتداول معاملة الممتلكات الملموسة، وقد يكون موضوعا لرهن حيازي. وعندئذ، يكون ذلك الرهن محكوما بقانون مكان المستند (لا بقانون مكان البضاعة التي يشملها). غير أن السؤال الذي يُطرح هو ماهية القانون المنطبق لحل تنازع الأولوية بين الشخص الذي يرهن إليه مستند الملكية ودائن آخر يحتمل أن يكون المدين قد منحه حقا ضمانيا غير حيازي في البضائع ذاتها، إذا لم يكن المستند والبضاعة محتفظا بهما في الدولة نفسها. وفي مثل هذه الحالة، ينبغي أن تعطي قواعد تنازع القوانين الأسبقية للقانون الذي يحكم الرهن، على أساس أن هذا الحل سيجسّد بطريقة أفضل التوقّعات المشروعة للأطراف ذات المصلحة.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: يركّز نطاق القانون المرتأى في هذا الدليل على البضائع التجارية والمعدّات والمستحقات التجارية. وإذا ما قرّر الفريق العامل تناول فئات أخرى من الممتلكات غير الملموسة، مثل المستحقات غير التجارية والودائع المصرفية وخطابات الائتمان، فربما يود النظر فيما إذا كان ينبغي أن تكون هناك قواعد تنازع خاصة لهذه الأنواع من الموجودات.]

٣- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في العائدات

٢١- سوف تقتضي اعتبارات البساطة واليقين أن تنطبق على العائدات قواعد التنازع نفسها التي تحكم الإنشاء بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية فيما يتعلق بالحقوق الضمانية المتحصّل عليها مباشرة في الموجودات التي لها طابع ملكية مماثل للعائدات. فعلى سبيل المثال، إذا طالب أحد الدائنين بحقوق في مستحقات كعائدات بيع لمخزون كان يخضع سابقا لحق ضماني في صالحه، فينبغي تقرير أحقية الدائن في المستحقات باستخدام نفس القانون الذي كان سينطبق على الحق الضماني المتحصّل عليه مباشرة في المستحقات كموجودات مرهونة أصيلة. وفي هذا المثال، إذا كان قانون الدولة "باء" هو الذي يحكم الحقوق الضمانية الممنوحة أصلا في مستحقات، فسوف يحدّد ذلك القانون أيضا ما إذا كان الدائن له الحق في المستحقات كعائدات من المخزون، حتى إذا كانت الحقوق الضمانية للدائن في المخزون محكومة بقانون الدولة "ألف". ويكون قانون الدولة "باء" هو الذي يحكم أيضا نفاذ حق الدائن في المستحقات (كعائدات من المخزون) تجاه الأطراف الثالثة وأولوية ذلك الحق.

٢٢- غير أنه قد يُقال بأن الحل السالف الذكر ينبغي أن يكون خاضعا لاستثناء، هو أن إنشاء حق ضماني بين الطرفين في العائدات ينبغي أن يحكمه القانون الذي كان منطبقا على إنشاء الحق الضماني بين الطرفين في الموجودات المرهونة الأصلية التي نشأت منها العائدات. وهذا من شأنه أن يفي بتوقّعات الدائن الذي يحصل على حق ضماني في المخزون بمقتضى قانون داخلي ينص على أن ذلك الحق الضماني ينسحب تلقائيا على العائدات. وفي إطار هذا النهج، تكون مسألة ما إذا كان الحق الضماني ينسحب على العائدات محكومة بالقانون المنطبق على إنشاء حق بين الطرفين في الموجودات المرهونة الأصلية التي نشأت منها العائدات، بينما سيخضع نفاذ الحق في العائدات تجاه الأطراف الثالثة وأولوية ذلك الحق للقانون الذي كان سينطبق على مثل هذه المسائل لو كانت العائدات موجودات مرهونة أصيلة.

٤- مفعول التغيّر اللاحق في العامل الرابط

٢٣- أيّا كان العامل الرابط المستخدم لتحديد أنسب قاعدة لتنازع القوانين فيما يتعلّق بأي مسألة معيّنة، قد يحدث تغيّر في ذلك العامل بعد إنشاء الحق الضماني. فعلى سبيل المثال، عندما يكون القانون المنطبق هو قانون الولاية القضائية التي يوجد فيها مقر المانح، قد ينقل المانح مقره لاحقا إلى ولاية قضائية أخرى. وبالمثل، عندما يكون القانون المنطبق هو قانون الولاية القضائية التي تقع فيها الموجودات المرهونة، قد تُنقل الموجودات إلى ولاية قضائية أخرى.

٢٤- وإذا لم تعالج هذه المسائل على وجه التحديد، يمكن استخلاص قاعدة ضمنية. إذ يمكن تأويل القواعد العامة لتنازع القوانين بشأن الإنشاء بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية على أنها تعني أنه في حال تغيّر العامل الرابط ذي الصلة يبقى القانون الحاكم الأصلي ساريا على مسائل الإنشاء (لأنها نشأت قبل التغيّر، بينما ينطبق القانون الحاكم اللاحق على الأحداث التي تقع بعد ذلك والتي تثير مسألتي النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو الأولوية. وعلى سبيل المثال، في الحالة التي يكون فيها القانون المنطبق على النفاذ تجاه أطراف ثالثة في حق ضماني هو قانون مكان المانح، سيُحدَّد نفاذ الحق تجاه مدير إعسار المانح باستخدام قانون الدولة التي يوجد فيها المكان الجديد للمانح حين بدء إجراءات الإعسار.

٢٥- بيد أن صمت القانون بشأن هذه الأمور قد يثير تفسيرات أخرى. إذ يمكن مثلا أن يذهب أحد التفسيرات إلى أن القانون الحاكم اللاحق يحكم أيضا الإنشاء بين الطرفين في حال وقوع نزاع بشأن الأولوية بعد التغيّر (على أساس أنه من حق الأطراف الثالثة المتعاملة

مع المانح أن تحدّد القانون المنطبق فيما يخص جميع المسائل استنادا إلى العامل الرابط الفعلي باعتباره العامل الرابط الساري وقت تعاملاتهم).

٢٦- ويبدو أن توفير توجيه بشأن هذه المسائل أمر ضروري لاجتناب عدم اليقين، خاصة في حال تغيّر العامل الرابط من دولة لم تشترع قانونا يقوم على توصيات هذا الدليل إلى دولة اشترعت قانونا من هذا القبيل.

٢٧- وتنشأ مسائل ذات صلة فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في البضائع العابرة وبضائع التصدير. فبعض النظم القانونية ينص على أنه يجوز إنشاء حق ضماني بين الطرفين في تلك البضائع (ولا يمكن إلا أن يكون حقا غير حيازي لأن الحيازة تفهم في إطار الدليل باعتبارها حيازة فعلية وليست صورية) وجعله نافذا تجاه أطراف ثالثة بمقتضى قانون مكان المقصد إذا وصلت إلى ذلك المكان في غضون فترة زمنية محددة. وفيما يتعلق بالبضائع المراد تصديرها، سوف يكون ثمة خيار بديل يقضي باشتراط أن تغادر الدولة المشترعة في غضون فترة زمنية محددة. بيد أنه لا ينبغي لقاعدة خاصة بشأن البضائع العابرة وبضائع التصدير أن تمنع الدائن من القيام أيضا بإنشاء حقه عملا بقانون المكان الفعلي للبضائع من أجل الحصول على أولوية بمقتضى ذلك القانون في حال بقاء البضائع في ذلك المكان.

٥- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بمسائل الإنفاذ

٢٨- حيثما يُنشأ حق ضماني ويُنفَذ تجاه أطراف ثالثة بمقتضى قانون دولة ما ولكن يُلتمس إنفاذه في دولة أخرى، تنشأ مسألة تتعلق بماهيّة سبل الانتصاف المتاحة للدائن المضمون. وهذا يكتسي أهمية عملية كبيرة في حال اختلاف قواعد الإنفاذ الموضوعية في الدولتين اختلافا كبيرا. فالقانون الذي يحكم الحق الضماني، مثلا، يمكن أن يسمح بالإنفاذ للدائن المضمون دون اللجوء مسبقا إلى النظام القضائي ما لم ينشأ نزاع، في حين أن قانون مكان الإنفاذ قد يقضي بتدخل الجهاز القضائي. وينطوي كل حل من الحلول الممكنة لهذه المسألة على مزايا وعيوب.

٢٩- يتمثّل أحد الخيارات في جعل سبل الانتصاف الإنفاذية خاضعة لقانون مكان الإنفاذ، أي قانون المحكمة (قانون البلد الذي تُقام فيه الدعوى). ومن الأسباب السياساتية التي تدعم هذه القاعدة ما يلي:

(أ) أن قانون سبل الانتصاف سيتطابق مع القانون المنطبق عادة على المسائل الإجرائية؛

(ب) أن قانون سبل الانتصاف سيتطابق، في العديد من الحالات، مع قانون مكان الممتلكات التي هي موضوع الإنفاذ (ويمكن أن يتطابق أيضا مع القانون الذي يحكم الأولوية، إذا كانت قواعد تنازع القوانين في الدولة المعنية تشير إلى ذلك المكان فيما يخص مسائل الأولوية)؛

(ج) أن الاشتراطات ستكون هي نفسها لجميع الدائنين الذين يعتزمون ممارسة الحقوق على موجودات المانح بغض النظر عمّا إذا كانت تلك الحقوق داخلية أو أجنبية من حيث المنشأ.

٣٠- ومن ناحية أخرى، فان قانون المحكمة قد لا يُنْفِذ نيّة الأطراف. إذ قد يتوقّع الأطراف أن تكون حقوقهم والتزاماتهم المختلفة في حالة الإنفاذ هي تلك المنصوص عليها في القانون الذي سوف تحدد بمقتضاه أولوية الحق الضماني. فعلى سبيل المثال، إذا كان الإنفاذ خارج نطاق القضاء مسموحا به في القانون الذي يحكم أولوية الحق الضماني، فقد يتاح ذلك الإنفاذ أيضا للدائن المضمون في الدولة التي يتعيّن عليه إنفاذ حقه الضماني فيها حتى وإن لم يكن مسموحا به عموما في القانون الداخلي لتلك الدولة. وثمة سبب آخر لتطبيق القانون الذي يحكم الأولوية على مسائل الإنفاذ الموضوعي، هو أن تلك المسائل مرتبطة ارتباطا وثيقا بمسائل الأولوية (على سبيل المثال: الطريقة سيُسيِّل بها دائن مضمون ضمانته قد تؤثّر على حقوق مطالبين متنافسين).

٣١- وثمة نهج آخر يحيل مسائل الإنفاذ إلى القانون الذي يحكم أولوية الحق الضماني قد تكون له مزية أخرى. وبما أن القانون الذي يحكم الأولوية هو في الغالب نفس القانون الذي يحكم إنشاء حق ضماني بين الطرفين، فالنتيجة النهائية ستكون هي أن مسائل الإنشاء بين الطرفين والأولوية والإنفاذ ستخضع في الغالب للقانون نفسه.

٣٢- وثمة خيار ثالث يتمثّل في اعتماد قاعدة يمكن بمقتضاها للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية للأطراف أن يحكم أيضا مسائل الإنفاذ. وكثيرا ما يتفق هذا مع توقّعاتهم، ويتطابق في كثير من الحالات مع القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني بين الطرفين، لأن ذلك القانون كثيرا ما يُختار باعتباره أيضا قانون التعاقد. غير أن هذا النهج يكفل للأطراف حرية أن يختاروا لمسائل الإنفاذ قانونا آخر غير قانون المحكمة أو القانون الذي يحكم الإنشاء بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية. وسيكون هذا الحل غير مؤات للأطراف الثالثة التي قد لا تكون لديها وسيلة للتأكد من طبيعة سبل الانتصاف التي يمكن أن يلجأ إليها الدائن المضمون تجاه ممتلكات مدينهم المشترك.

٣٣- لذا، فإن إحالة مسائل الإنفاذ إلى القانون الذي يحكم علاقة الأطراف التعاقدية سوف تستلزم وضع استثناءات تهدف إلى مراعاة مصالح الأطراف الثالثة وكذلك القواعد

الالزامية لقانون المحكمة أو القانون الذي يحكم الإنشاء بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية.

٣٤- تتعلق المناقشة السابقة بالجوانب الموضوعية للإنفاذ. أما الأمور الإجرائية فستستلزم في كل حالة أن يحكمها قانون الدولة التي يجري فيها الإنفاذ. وثمة سؤال يثار عندئذ فيما يتعلق بالتمييز المطلوب بين مسائل الإنفاذ الموضوعية والإجرائية. ورغم أن المحكمة ستستخدم قانونها الخاص لتحديد ما هو موضوعي وما هو إجرائي، ففيما يلي أمثلة لمسائل تعتبر عموما مسائل موضوعية: طبيعة ونطاق سبل الانتصاف المتاحة للدائن لتسييل الموجودات المرهونة، وما إذا كان يجوز أن تمارس سبل الانتصاف تلك (أو بعضها) بدون إجراءات قضائية، والشروط التي ينبغي استيفاؤها لكي يكون الدائن المضمون مستحقا للحصول على حيازة الموجودات والتصرف فيها (أو لاستصدار أمر قضائي لتسييل الموجودات)، وصلاحية الدائن المضمون لتحصيل مستحقات هي موجودات مرهونة، والتزامات الدائن المضمون تجاه دائني المانح الآخرين.

٦- تأثير الإعسار على قواعد تنازع القوانين

٣٥- حسبما ذكر في الفصل المتعلق بالإعسار، ينبغي للحق الضماني النافذ تجاه المانح والأطراف الثالثة خارج إطار الإعسار أن يظل نافذا في إجراءات الإعسار، رهنا بوجود دعوى إبطال. وبالمثل، لا ينبغي أن يؤدّي بدء إجراءات الإعسار إلى استبعاد قواعد تنازع القوانين المنطبقة على إنشاء الحق الضماني بين الطرفين ونفاذه تجاه أطراف ثالثة، وعلى أولوية ذلك الحق، رهنا ببعض الاستثناءات (مثل ما يتعلق بالمطالبات الممتازة). بيد أن جميع جوانب إنفاذ الحق الضماني في إجراءات الإعسار ينبغي أن تخضع للقانون الذي يحكم إجراءات الإعسار (للاطلاع على المبدأ والاستثناءات المحدودة، انظر التوصيات ٣٠-٣٤ من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار).

باء- التوصيات

[ملحوظة إلى الفريق العامل: نظرا إلى أن الوثيقتين *A/CN.9/WG.VI/WP.16* و*Add.1* تتضمّنان مجموعة موحّدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، فلا تستنسخ هنا التوصيات المتعلقة بتنازع القوانين. ومتى وضعت التوصيات في صيغتها النهائية، ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان ينبغي استنساخها في نهاية كل فصل، أو في تذييل في نهاية الدليل أو في كلا الموضعين.]