

Distr.: General  
15 October 2007  
Arabic  
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي  
الدورة الأربعون المستأنفة  
فيينا، ١٠-١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٧

## المصالح الضمانية

## مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

## مذكرة من الأمانة\*

إضافة

## المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	٨٣-١	..... ثاني عشر- تنازع القوانين
٣	٨٣-١	..... ألف- ملاحظات عامة
٣	١٤-١	..... ١- مقدّمة
٣	٨-١	..... (أ) الغرض من قواعد تنازع القوانين
٦	١٣-٩	..... (ب) نطاق قواعد تنازع القوانين
٨	١٤	..... (ج) مخطط الفصل
		..... ٢- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بإنشاء حق ضماني ونفاذه تجاه الأطراف
٨	٢٧-١٥	..... الثالثة وألوليته

\* تأخّر تقديم هذه المذكرة أسبوعين عن المدة المحدّدة بعشرة أسابيع قبل بدء الاجتماع، وذلك بسبب الحاجة إلى إكمال المشاورات ووضع التعديلات التي أسفرت عنها تلك المشاورات في صيغتها النهائية.



الصفحة	الفقرات	
١٢	٣٧-٢٨	٣- القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في موجودات ملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته .....
١٢	٣٠-٢٩	(أ) القاعدة العامة: قانون مكان الموجودات المرهونة (قانون موقع الموجودات أو قانون البلد الموجود به الشيء محل النزاع) .....
١٣	٣٣-٣١	(ب) قاعدة إضافية لإنشاء حق ضماني في البضائع العابرة والبضائع المصدرة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة .....
١٤	٣٤	(ج) قاعدة خاصة لإنشاء حق ضماني في الصكوك القابلة للتداول ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته .....
١٤	٣٧-٣٥	(د) الاستثناءات المتعلقة ببعض أنواع الموجودات .....
١٦	٥٠-٣٨	٤- القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته .....
١٦	٤٣-٣٨	(أ) القاعدة العامة: قانون مقر المانح .....
١٧	٥٠-٤٤	(ب) الاستثناءات فيما يتعلق ببعض أنواع الموجودات .....
٢٠	٥٦-٥١	٥- القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته .....
٢١	٥٧	٦- القانون المنطبق على حقوق والتزامات الأطراف في الاتفاق الضماني .....
٢٢	٥٩-٥٨	٧- القانون المنطبق على حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها .....
٢٣	٦٨-٦٠	٨- القانون المنطبق على إنفاذ الحق الضماني .....
٢٥	٧٤-٦٩	٩- قواعد تحديد المكان والوقت الملأئم لذلك .....
٢٧	٧٥	١٠- السياسة العامة والقواعد الإلزامية دولياً .....
٢٧	٧٨-٧٦	١١- أثر بدء إجراءات الإعسار على القانون المنطبق على الحقوق الضمانية .....
٢٩	٨٣-٧٩	١٢- توصيات خاصة عندما يكون القانون المنطبق هو قانون دولة متعددة الوحدات .....
٣٠		باء- التوصيات .....

## ثاني عشر - تنازع القوانين

## ألف - ملاحظات عامة

## ١ - مقدمة

## (أ) الغرض من قواعد تنازع القوانين

١ - الغرض الأساسي من هذا الدليل هو مساعدة الدول في وضع قوانين عصرية للمعاملات المضمونة بغية تعزيز توافر الائتمان المضمون وتعزيز نمو المنشآت التجارية المحلية وزيادة التبادل التجاري بوجه عام (انظر الفقرة [...] ). وبهدف تحقيق هذا الغرض، ينبغي أن ييسر قانون المعاملات المضمونة الائتمان من المقرضين المحليين والأجانب على السواء، ومن غيرهم من مقدمي الائتمانات وأن يعزز نمو المنشآت التجارية المحلية ويزيد التبادل التجاري بوجه عام. ويُقصد من الجانب الأكبر من قانون المعاملات المضمونة التعامل مع المانحين والدائنين المضمونين والأطراف الثالثة المدينة، والأطراف الثالثة الدائنة التي توجد جميعها في الدولة ذاتها. ويتناول أيضا اتفاقات الضمان التي تشمل الموجودات المرهونة الكائنة أيضا في الدولة ذاتها وقت إنشاء الحق الضماني وفي أي وقت يليه. غير أن جزءا كبيرا من النشاط التجاري الحديث ليس من هذا النوع. لذلك فإن قانون المعاملات المضمونة، يغطي على نحو متزايد، الاتفاقات بين أطراف متواجدة في أكثر من دولة أو الاتفاقات التي تؤثر على هذه الأطراف، أو الاتفاقات المتعلقة بالموجودات المعدة للتصدير أو الاستيراد، أو الكائنة في أكثر من دولة، أو التي تُستخدم عادة في أكثر من دولة. وبناء على ذلك، لا بد للدليل، كي يحقق الشمولية، أن يتناول بالضرورة طائفة واسعة من المسائل الناشئة عن أنواع مختلفة من المعاملات العابرة للحدود.

٢ - ويناقش هذا الفصل قواعد تحديد القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة ("النفاذ تجاه الأطراف الثالثة") وأولويته على حقوق المطالبين المتنافسين وإنفاذه (فيما يتعلق بتعاريف مصطلحات "الحق الضماني"، و"الألوية" و"المطالب المتنافس"، انظر، المقدمة، الفرع باء، المصطلحات). وهذه القواعد، التي يُشار إليها بوجه عام بقواعد تنازع القوانين، تحدّد أيضا النطاق الإقليمي للقواعد الموضوعية المرتّاة في الدليل (أي ما إذا كانت القواعد الموضوعية للدولة التي تشترع النظام المرتّأى في الدليل تنطبق ومتى تنطبق). فإذا اشترعت الدولة، مثلا، قواعد القانون الموضوعي المرتّاة في الدليل فيما يتعلق بألوية حق ضماني، فإن هذه القواعد لن تنطبق على خلاف على الأولوية ناشئ في الدولة المشترعة إلاّ

في إطار إشارة قاعدة تنازع القوانين في دولة المحكمة<sup>(1)</sup> بشأن مسائل الأولوية إلى قوانين تلك الدولة. وإذا نصّت قاعدة تنازع القوانين في دولة المحكمة على أن القانون الذي يحكم الأولوية هو قانون دولة أخرى، فإن الأولوية النسبية للمطالبين المتنافسين تحدّد عندئذ وفقاً لقانون تلك الدولة الأخرى.

٣- ولا تنطبق قواعد تنازع القوانين المقترحة في الدليل إلا إذا كانت دولة المحكمة قد اشترعت القواعد التي يوصي بها الدليل. ولا يمكنها أن تنطبق في دولة لم تشترع تلك القواعد. والسبب في ذلك أن أي دولة لا يمكنها أن تشرّع بشأن قواعد تنازع القوانين التي يجب أن تنطبق في دولة أخرى. فمحاكم الدولة الأخرى تُطبّق قواعد تنازع القوانين الخاصة ببلدها لكي تحدّد ما إذا كانت ستطبّق قانونها الموضوعي الداخلي أم القانون الموضوعي لدولة أخرى.

٤- وتشير قواعد تنازع القوانين إلى الدولة التي ينطبق قانونها الموضوعي على حالة ما، عن طريق تحديد العوامل التي تربط الحالة بتلك الدولة. وعوامل الربط الأساسية التي يوصي بها الدليل هي مكان الموجودات المرهونة ومقر مانح الحق الضماني. ولذلك، عندما يكون عامل الربط هو مكان الموجودات، يصبح القانون المنطبق هو قانون دولة مكان الموجودات.

٥- وبعدها يُنشأ الحق الضماني ويصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، قد يحدث تغير في عامل أو أكثر من عوامل الربط. فمثلاً، إذا كان نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في مخزونات موجودة في الدولة "ألف" محكوماً، في إطار قواعد تنازع القوانين للدولة "ألف"، بقانون مكان المخزونات، فالسؤال المطروح هو ماذا يحدث إذا نُقل لاحقاً جزء من المخزونات إلى الدولة "باء" (التي تنص قواعد تنازع القوانين بها أيضاً على أن قانون مكان الموجودات الملموسة هو الذي يحكم نفاذ الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة تجاه الأطراف الثالثة). ومن النهج التي يمكن اتباعها هو أن يستمر نفاذ الحق الضماني في الدولة "باء" دونما حاجة إلى اتخاذ أي خطوة إضافية أخرى في الدولة "باء". وثمة نهج آخر هو اشتراط الحصول على حق ضماني جديد بمقتضى قوانين الدولة "باء". وهناك نهج ثالث هو الحفاظ على الحق الموجود مسبقاً للدائن المضمون، رهناً باستيفاء شكليات معيّنة في الدولة "باء" في غضون فترة زمنية معيّنة (مثلاً خلال ثلاثين يوماً من جلب البضائع إلى الدولة "باء"). وبما أن هذه المسألة تتعلق بالقانون الموضوعي وليس بتنازع القوانين، فإن الدليل

(1) يجيل تعبير "دولة المحكمة" إلى الدولة التي يتعين بشأنها على المرء أن يتأكد من ماهية القانون الموضوعي المنطبق فيها. ومن الضروري التأكد من القانون المنطبق ليس فقط في سياق التقاضي بل وأيضاً في كل حالة يلزم فيها معرفة ما إذا كانت المعاملة تحقق آثارها القانونية المنشودة.

يتناولها في الفصل خامسا الذي يتناول النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر الفقرات [...]) (التوصية ٤٥). ولا يتناول هذا الفصل إلا الفترة اللازمة لتحديد ما إذا كان حق ضماني قد نشأ وأصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة ونال أولوية على حق آخر.

٦- وفي أي نظام فعّال للمعاملات المضمونة، عادة ما تجسّد قواعد تنازع القوانين المنطبقة على المعاملات المضمونة أهداف نظام المعاملات المضمونة. وهذا يعني أنه ينبغي لتلك القواعد أن تتيح بسهولة تحديد القانون المنطبق على جوانب الملكية في الحق الضماني. فاليقين هو هدف رئيسي في وضع القواعد التي تمسّ المعاملات المضمونة، على صعيدي القانون الموضوعي وتنازع القوانين على السواء. وثمة هدف آخر هو قابلية التنبؤ. فكما يوضّح المثال الوارد في الفقرة السابقة، ينبغي لقواعد تنازع القوانين أن تقدّم رداً على مسألة ما إذا كان الحق الضماني المكتسب بمقتضى قوانين الدولة "ألف" يظل خاضعا لتلك القوانين أو أنه يُصبح خاضعا لقوانين الدولة "باء" إذا أدى تغيير لاحق في عامل الربط إلى اختيار قوانين الدولة "باء" لكي تنطبق على حق ضماني من نفس النوع. وثمة هدف رئيسي ثالث لأي نظام كفاء لتنازع القوانين، وهو أن تجسّد القواعد ذات الصلة التوقعات المعقولة للأطراف ذات المصلحة (أي الدائن والمناح والمدين والأطراف الثالثة). ولبلوغ هذه النتيجة، يجدر أن يكون لعامل الربط الذي يشير إلى القانون المنطبق على الحق الضماني ارتباط حقيقي بالوضع الفعلي الذي سيحكمه هذا القانون.

٧- ومن شأن استخدام الدليل (بما فيه هذا الفصل) في وضع قوانين للمعاملات المضمونة أن يساعد على تقليل المخاطر والتكاليف الناجمة عن أوجه التباين القائمة في النظم 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 تُدار فيها إجراءات الإعسار المتعلقة بالمناح وبموجوداته). وإذا كان لدى تلك الدول قواعد مختلفة لتنازع القوانين فيما يتعلّق بالنوع الواحد من الموجودات المرهونة، فسوف يلزم أن يمثّل الدائن لأكثر من نظام واحد ليحظى بحماية كاملة (وهي نتيجة قد تمس توافر الائتمان وتكلفته). ومن فوائد مواءمة قواعد تنازع القوانين في الدول المختلفة أن الدائن يستطيع أن يعتمد على قاعدة واحدة لتنازع القوانين (تسفر عن نتيجة واحدة) لتحديد حالة ضمانته في جميع تلك الدول. وهذا هو أحد الأهداف التي حققتها اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات فيما يتعلّق بالمستحقات، والاتفاقية الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط التي اعتمدها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي

الخاص في كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٢ ("اتفاقية لاهاي للأوراق المالية" فيما يلي)، فيما يتعلق بالأوراق المالية المحوزة بشكل غير مباشر.

٨- وقواعد تنازع القوانين ضرورية حتى وإن واءمت جميع الدول قوانينها الموضوعية للمعاملات المضمونة، إذ ستظل هناك حالات يتعين فيها على الأطراف أن تحدّد الدولة التي ستطبق شروطها. فعلى سبيل المثال، إذا نصّت قوانين جميع الدول على أن الحق الضمائي غير الحيازي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار في سجل عمومي، فسيطلب الأمر أن يعرف المرء في سجل أي دولة يتعين التسجيل.

### (ب) نطاق قواعد تنازع القوانين

٩- لا يُعرّف هذا الفصل الحقوق الضمانية التي ستطبق عليها قواعد تنازع القوانين. وعادة ما يكون توصيف حق ما بأنه حق ضمائي لأغراض تنازع القوانين مجسّدا لقانون المعاملات المضمونة الموضوعي في الدولة. ومن حيث المبدأ، ستستخدم المحكمة قانونها حيثما يتطلب الأمر منها توصيف مسألة ما لغرض اختيار القاعدة المناسبة من قواعد تنازع القوانين. بيد أن ثمة تساؤلا عما إذا كان ينبغي لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالحقوق الضمانية في دولة ما أن تنطبق أيضا على معاملات أخرى مماثلة وظيفيا للحقوق الضمانية، حتى وإن لم يشملها نظام المعاملات المضمونة الموضوعي لتلك الدولة (مثل ترتيبات البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية والإيجار التمويلي وسائر المعاملات المماثلة). وعدم انطباق قانون المعاملات المضمونة الموضوعي لدولة ما على تلك المعاملات الأخرى، ينبغي ألا يمنع الدولة من أن تُخضع تلك المعاملات لقواعد تنازع القوانين المنطبقة على الحقوق الضمانية. ويوصي الدليل بهذا النهج للدول التي تعتمد نهجا غير وحدوي إزاء تمويل الاحتياز (انظر التوصية ١٩٩).

١٠- وتعرض مسألة مماثلة في سياق عمليات نقل معيّنة لا تُجرى لأغراض ضمانية، يستصوب فيها انطباق قانون واحد على الإنشاء والنفذ تجاه الأطراف الثالثة وأولوية النقل وعلى الحق الضمائي في هذا النوع من الموجودات. ويوجد مثال على ذلك في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، التي تنطبق (كما في ذلك قواعد المتعلقة بتنازع القوانين) على عمليات النقل التام للمستحقات إلى جانب الحقوق الضمانية في المستحقات (انظر الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢ من الاتفاقية). وهذا الاختيار السياسي مدفوع على وجه الخصوص بضرورة الإشارة إلى قانون واحد منفرد لتقرير الأولوية بين مطالبين متنافسين لهم حق في المستحقات نفسها. ويعتمد الدليل السياسة ذاتها (انظر التوصية ٢٠٥). ومن غير ذلك، سيصعب (بل وقد يستحيل أحيانا) في حالة نشوء نزاع بشأن الأولوية على مستحق ما بين

مشترٍ لذلك المستحق ودائن له حق ضماني في المستحق ذاته تقرير من يستحق الأولوية إذا كانت أولوية المشتري محكومة بقانون الدولة "ألف" لكن أولوية الدائن المضمون محكومة بقانون الدولة "باء".

١١- وأياً كان قرار الدولة بشأن أنواع المعاملات التي تشملها قواعد تنازع القوانين، فإن نطاق القواعد المتعلقة بإنشاء حق ضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته سينحصر في الجوانب المتعلقة بالملكية من المعاملات ذات الصلة. وهكذا، فإن القاعدة المتعلقة بالقانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني لا تحدّد إلا 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 الدول، تخضع الالتزامات التعاقدية الصرفة الناشئة عن المعاملات التجارية عموماً للقانون الذي اختاره الطرفان في اتفاقهما الضماني، فإن لم يختارا قانوناً، تخضع تلك الالتزامات للقانون الذي يحكم اتفاق الضمان حسبما تحدده قواعد تنازع القوانين للدولة ذات الصلة (مثلاً الاتفاقية المعنية بالقانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية<sup>(2)</sup> المبرمة في روما عام ١٩٨٠، "اتفاقية روما" فيما يلي). ويوصي الدليل باتباع النهج ذاته لتقرير حقوق المانح والدائن المضمون والتزاماتهما المتبادلة فيما يتعلق بالحق الضماني (انظر التوصية ٢١٣).

١٢- وثمة مسألة تترتب على الاعتراف باستقلالية 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 يُسمح عادة للمانح والدائن المضمون بأن يختارا القانون المنطبق على الأولوية، لأن ذلك قد لا يؤثر في حقوق الأطراف الثالثة فحسب، بل يمكن أن ينتج عنه أيضاً تنازع على الأولوية بين حقين ضمانيين متنافسين يخضعان لقانونين مختلفين مما يفضي إلى نتيجتين متعارضتين.

١٣- وتنص قواعد تنازع القوانين في العديد من الدول اليوم على أن الإشارة إلى قانون دولة أخرى باعتباره القانون الذي يحكم مسألة ما إنما تعني القانون المنطبق في تلك الدولة بخلاف قواعد المتعلقة بتنازع القوانين. ويُستبعد مبدأ الإحالة إلى القانون المحلي، توحياً لقابلية التنبؤ، وكذلك لأن الإحالة إلى القانون المحلي ربما يؤدي إلى نتائج متناقضة مع توقعات الطرفين. ويعتمد الدليل النهج ذاته (انظر التوصية ٢١٨).

(2) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ١٦٠٥، الرقم ٢٨٠٢٣.

## (ج) مخطط الفصل

١٤- يناقش هذا الفصل، في الباب ألف-٢، قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بإنشاء حق ضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته بوجه عام. ويستعرض الباب ألف-٣ القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في موجودات ملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته، فيما يبين الباب ألف-٤ بالتفصيل القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. ويناقش الباب ألف-٥ القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. بعد ذلك، ينظر الفصل، في الباب ألف-٦، في القانون المنطبق على حقوق الطرفين والتزاماتهما في الاتفاق الضماني، ويعرض في الباب ألف-٧، للقانون المنطبق على حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها. أما الباب ألف-٨ فهو يورد تعليقا على القانون المنطبق على إنفاذ الحق الضماني. وتتناول الأبواب الثلاثة الأخيرة من هذا الفصل قواعد تحديد المكان والوقت الملائم لذلك (الباب ألف-٩)، والسياسية العامة والقواعد الإلزامية دوليا (الباب ألف-١٠)، وقواعد خاصة عندما يكون القانون المنطبق هو قانون دولة متعددة الوحدات (الباب ألف-١١). وينتهي الفصل، في الباب باء، بسلسلة من التوصيات.

## ٢- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بإنشاء حق ضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

١٥- عادة ما يستلزم تحديد نطاق الحقوق التي يخوّلها الحق الضماني تحليلا ثلاثي الخطوات على النحو التالي:

- (أ) المسألة الأولى هي ما إذا كان الضمان قد أنشئ (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم الإنشاء، انظر الفصل رابعا من الدليل)؛
- (ب) المسألة الثانية هي ما إذا كان الضمان نافذا تجاه الأطراف الثالثة (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، انظر الفصل خامسا من الدليل)؛
- (ج) المسألة الثالثة هي ترتيب أولوية حق الدائن المضمون في مقابل حق مطالب منافس، مثل دائن آخر أو مدير في حالة إعسار المانح (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم الأولوية، انظر الفصل سابعاً من الدليل).

١٦- وليس للحق الضماني، في واقع الأمر، قيمة عملية تذكر إذا تعذر إنفاذه بفعالية. ولكن هذه المسألة لا تتعلق بمدى ما للدائن المضمون من حقوق في الموجودات المرهونة وستناقش قواعد تنازع القوانين بشأن الإنفاذ في باب آخر من هذا الفصل.

١٧- وليست كل الدول تميّز بين المسائل الثلاث المذكورة في الفقرة ١٥. ففي العديد من الدول، يصبح الحق الضماني، (أو غيره من حقوق الملكية الأخرى) حال نشوئه نافذاً نفاذاً قطعياً، تجاه الكافة دون اتخاذ أي إجراء إضافي. وفي تلك الدول، تنطبق ذات القاعدة من قواعد تنازع القوانين على نشوء الحق الضماني وعلى نفاذه تجاه الأطراف الثالثة (ويمكن تحليل الأولوية أيضاً كمسألة من مسائل النفاذ). ولكن حتى الدول، التي تميّز بوضوح بين النفاذ فيما بين الطرفين (الإنشاء) والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، ليست دائماً تضع قاعدة منفصلة من قواعد تنازع القوانين لكل مسألة من تلك المسائل؛ لذلك فقد تنطبق قاعدة واحدة من قواعد تنازع القوانين على كل مسألة من المسائل الثلاث مما يفضي إلى انطباق القانون الموضوعي للدولة نفسها على جميع هذه المسائل.

١٨- وبناءً على ذلك، فإن السؤال الرئيسي هو ما إذا كان ينبغي أن تنطبق قاعدة واحدة منفردة من قواعد تنازع القوانين على جميع المسائل الثلاث. وتجنّب الاعتبارات السياسية، مثل البساطة واليقين، تطبيق قاعدة واحدة من قواعد تنازع القوانين. وكما ذكر أعلاه فإن التمييز بين هذه المسائل لا يجري أو لا يُفهم دائماً على النحو ذاته في جميع الدول، مما يثير احتمال أن يؤدي وضع قواعد مختلفة لتنازع القوانين بشأن هذه المسائل إلى تعقيد التحليل أو انعدام اليقين. ولكن اختيار قانون مختلف لمسائل الأولوية في حالات معينة من شأنه أن يراعي بشكل أفضل مصالح الأطراف الثالثة، مثل الأشخاص الحائزين لضمان قانوني أو الدائن بحكم قضائي أو مدير الإعسار.

١٩- وثمة تساؤل مهم آخر عما إذا كان ينبغي، فيما يتعلق بأية مسألة تعرض في هذا الشأن (أي الإنشاء أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو الأولوية)، أن تكون قاعدة تنازع القوانين ذات الصلة واحدة بشأن الموجودات الملموسة وغير الملموسة. ومن شأن رد بالإيجاب على هذا السؤال أن يجنّب إما وجود قاعدة تستند إلى قانون مقر المانح أو قاعدة تستند إلى قانون مكان الموجودات المرهونة (قانون موقع الموجودات أو قانون البلد الموجود به الشيء محل النزاع).

٢٠- وفي حالة المستحقات، من شأن اتباع نهج يستند إلى قانون موقع الموجودات ألا يتمشى مع اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات (المادة ٢٢ التي تشير إلى قانون الدولة التي يقع فيها مقر المحيل، أي المانح). وعلاوة على ذلك، وبما أن الموجودات غير الملموسة غير قابلة للحيازة المادية، فإن اعتماد قانون موقع الموجودات باعتباره قاعدة تنازع القوانين المنطبقة قد يستدعي وضع قواعد خاصة وافتراضات قانونية لتحديد المكان الفعلي لأنواع مختلفة من الموجودات غير الملموسة. ولهذا السبب، لا يعتبر الدليل مكان الموجودات عاملاً

الربط المناسب فيما يتعلق بالموجودات غير الملموسة ويجبّذ اتباع نهج يستند عموماً إلى قانون مقر المانح (انظر التوصية ٢٠٥).

٢١- وبالإضافة إلى ذلك، فإن توحيّ الاتساق مع اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات يقتضي تحديد مقر المانح بنفس الطريقة الواردة في الاتفاقية (انظر التوصية ٢١٦). وبمقتضى الاتفاقية، فمقر المانح هو مكان عمله، أو إذا كان للمانح أماكن عمل في أكثر من دولة، فالمقر هو الذي يمارس فيه المانح إدارته المركزية. وإذا لم يكن للمانح مكان عمل، يشار عندئذ إلى مكان إقامته المعتاد (انظر الفقرة الفرعية (ح) من المادة ٥ من الاتفاقية). وقد اعتمدت الاتفاقية هذا التعريف بالأساس لأن ذلك المكان اعتُبر المكان الحقيقي للمانح وهو يفضي كذلك إلى قانون الدولة التي من المرجح أكثر أن تبدأ فيها إجراءات الإعسار الرئيسية فيما يتعلق بالمانح.

٢٢- وكذلك قد تدعم اعتبارات البساطة واليقين اعتماد قاعدة واحدة من قواعد تنازع القوانين (مثل قانون مقر المانح)، لا فيما يتعلق بالموجودات غير الملموسة فحسب، وإنما أيضاً فيما يتعلق بالموجودات الملموسة، وبخاصة إذا كان القانون نفسه يجب أن ينطبق على إنشاء حق ضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. ووفقاً لهذا النهج، يكفي الاستقصاء مرة واحدة للتأكد من نطاق الحقوق الضمانية الراهنة لجميع موجودات المانح. ولا تكون هناك حاجة أيضاً إلى إرشادات في حال تغيير مكان الموجودات المرهونة، أو إلى التمييز بين القانون المنطبق على الحقوق الحيازية والقانون المنطبق على الحقوق غير الحيازية (وإلى تحديد القانون الذي يسود في حال تنازع حق ضماني حيازي محكوم بقانون الدولة "ألف" مع حق ضماني غير حيازي في الموجودات نفسها محكوم بقانون الدولة "باء").

٢٣- ولكن ليست كل الدول تعتبر أن قانون مقر المانح يرتبط ارتباطاً كافياً بالحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة، على الأقل فيما يتعلق بالموجودات "غير المنقولة" (أو حتى في بعض الفئات من الموجودات غير الملموسة، مثل الحقوق في سداد الأموال المودعة في حسابات مصرفية أو حقوق الملكية الفكرية). وفضلاً عن ذلك، فمن شأن اعتماد قانون مقر المانح أن يفضي، في الكثير من الحالات، إلى اعتماد قانون واحد يحكم المعاملة المضمونة وقانون آخر يحكم إحالة الملكية في الموجودات ذاتها. ولاحتتاب هذه النتيجة، يلزم أن تعتمد الدول قانون مقر المانح فيما يتعلق بجميع حالات النقل الملكية.

٢٤- ويُضاف إلى ذلك أن من المقبول عالمياً تقريباً أن يكون الحق الحيازي محكوماً بقانون المكان المحتفظ فيه بالموجودات. ومن ثم، فإن اعتماد قانون مقر المانح فيما يتعلق بالحقوق

الحيازية سيتعارض مع التوقعات المعقولة للدائنين البسطاء. وبناء على ذلك، وحتى إذا كان المراد أن يصبح قانون مقر المانح هو القاعدة العامة، فسيلزم استثناء الحقوق الضمانية الحيازية من تلك القاعدة.

٢٥- ونظرا لجمیع هذه الأسباب، يوصي الدليل بقاعدتين عامتين من قواعد تنازع القوانين بشأن القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وألويته على النحو التالي:

(أ) فيما يتعلق بالموجودات الملموسة، يكون القانون المنطبق هو قانون مكان الموجودات (انظر التوصية ٢٠٠)؛

(ب) فيما يتعلق بالموجودات غير الملموسة، يكون القانون المنطبق هو قانون مقر المانح (انظر التوصية ٢٠٥).

٢٦- وبما أن قواعد تنازع القوانين ستكون مختلفة على العموم تبعا لكون الموجودات ملموسة أو غير ملموسة، فإن السؤال يُثار بشأن ماهية قاعدة تنازع القوانين المناسبة في حالة الموجودات غير الملموسة القابلة للخضوع لحق ضماني حيازي. وفي هذا الصدد، تعامل معظم الدول فئات معينة من الحقوق الممثلة في مستندات ما (مثل الصكوك القابلة للتداول) معاملة الموجودات الملموسة، وهي بذلك تعترف بأن الحق الضماني الحيازي يمكن أن ينشأ في هذه الموجودات بتسليم المستند إلى الدائن. ويعامل الدليل هذه الأنواع من الموجودات غير الملموسة بوصفها موجودات ملموسة (للاطلاع على تعريف "الموجودات الملموسة"، انظر المقدمة، الفرع باء، المصطلحات) ومن ثم، تنطبق بوجه عام قاعدة تنازع القوانين فيما يتعلق بالموجودات الملموسة على هذه الموجودات غير الملموسة. وبناء على ذلك، يحكم قانون الدولة التي يُحتفظ فيها بالصكوك إنشاء الحق الضماني في الصك القابل للتداول ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وألويته (انظر التوصية ٢٠٠).

٢٧- وثمة مسألة متعلقة بذلك تنشأ عندما تكون الموجودات الملموسة متمثلة في مستند ملكية قابل للتداول (مثل سند شحن). ومن الأمور المقبولة عموما أن يُعامل أيضا مستند الملكية القابل للتداول معاملة الموجودات الملموسة، ويمكن أن يخضع لحق ضماني حيازي. وعندئذ، يكون الحق الضماني محكوما بقانون مكان المستند (لا مكان الموجودات الملموسة الفعلية المشمولة به). غير أن السؤال المطروح هنا هو حول القانون الذي سينطبق لحل تنازع الأولوية بين دائن ذي حق ضماني في مستند الملكية ودائن آخر يحتل أن يكون المدين قد منحه حقا ضمانيا غير حيازي في الموجودات الملموسة ذاتها، إذا لم يكن المستند والموجودات

الملموسة محتفظاً بهما في الدولة نفسها. وفي هذه الحالة، ينبغي أن تعطي قواعد تنازع القوانين الأسبقية للقانون الذي يحكم الحق الضماني في المستند، على أساس أن هذا الحل سيجسد بطريقة أفضل التوقعات المشروعة للأطراف ذات المصلحة (انظر التوصية ٢٠٣). وتتفق هذه النتيجة أيضاً مع قواعد القانون الموضوعي التي يقترحها الدليل بشأن إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته (انظر التوصيات ٢٨ و ٥٢ و ١٠٥).

### ٣- القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في موجودات ملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

٢٨- لا تسري الاعتبارات السياسية التي تحبذ القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة أعلاه بالضرورة في جميع الظروف، وتنطبق قواعد أخرى على بعض الأنواع المحددة من الموجودات التي لا يُشكل فيها مكان الموجودات أو مقر المانح عامل الربط الأنسب. وبالإضافة إلى ذلك، ولأغراض الكفاءة، تنطبق قواعد بديلة على الموجودات العابرة والموجودات المعتمز تصديرها. وليس الغرض من هذه الموجودات أن تظل في مكانها الأولي، وقد تعبر حدود عدة دول قبل أن تصل إلى وجهتها النهائية. وتوضح الفقرات التالية القاعدتين العامتين لتنازع القوانين المشار إليهما أعلاه واستثناءاتهما.

#### (أ) القاعدة العامة: قانون مكان الموجودات المرهونة (قانون موقع الموجودات أو قانون البلد الموجود به الشيء محل النزاع)

٢٩- يخضع إنشاء حق ضماني في موجودات ملموسة ونفاذه تجاه أطراف ثالثة وأولويته بوجه عام، كما أشير إلى ذلك أعلاه، لقانون الدولة التي توجد بها الموجودات المرهونة (انظر التوصية ٢٠٠). ومن الأمثلة المتكررة لانطباق هذه القاعدة مثال يتصل بالحقوق الضمانية في المخزونات، فإذا كان المانح يملك مخزونات في دولة تطبق هذه القاعدة (الدولة "ألف")، فإن قانون تلك الدولة يحكم تلك المسائل. وتعني القاعدة كذلك أنه، إذا كان المانح يملك أيضاً مخزونات أخرى في دولة أخرى (الدولة "باء")، فسيلزم الوفاء بشروط الدولة "باء" ذات الصلة لكي تعترف محاكم الدولة "ألف" بأن المخزونات الموجودة في الدولة "باء" تخضع لحقوق الدائن المضمون.

٣٠- ولا تُميز القاعدة العامة لتنازع القوانين المتعلقة بالموجودات الملموسة بين الحقوق الضمانية الحيازية والحقوق الضمانية غير الحيازية. وبناء على ذلك، فإن قانون مكان الموجودات هو الذي ينطبق بوجه عام، سواء كانت الموجودات في حوزة الدائن المضمون أم

لم تكن في حوزته. ويتصل ذلك بوجه خاص بالموجودات غير الملموسة التي تعامل معاملة الموجودات الملموسة، مثل الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول. فقانون مكان الصك أو المستند، على سبيل المثال، يحكم مسائل الأولوية حتى وإن كان الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بوسائل أخرى غير الحيازة.

### (ب) قاعدة إضافية لإنشاء حق ضماني في البضائع العابرة والبضائع المصدرة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة

٣١- فيما يتعلق بالموجودات العابرة أو الموجودات المعترمة تصديرها، يؤدي انطباق قانون مكان البضائع إلى انطباق قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات وقتما تنشأ مسألة ما. ومن نتائج هذه القاعدة أنه يلزم على الدائنين المضمونين رصد الموجودات واتباع شروط دول مختلفة لضمان تمتعهم دون انقطاع بحق ضماني نافذ. ومن النهوج الكفيلة بتجنب ذلك العبء، أن تعترف الدولة في الوجهة النهائية (أو الوسيطة) بنفاذ الحق الضماني الذي نشأ وأصبح نافذا تجاه أطراف ثالثة بمقتضى قانون المكان الأول. وسيجسد هذا النهج توقعات الأطراف في المكان الأول للموجودات، ولكنه يتناقض مع توقعات الأطراف التي قدمت اهتماما للمناخ وفقا لشروط قانون وجهة الموجودات النهائية.

٣٢- ومن النهوج الأخرى أن تعترف دولة الوجهة النهائية بالحق الضماني الذي نشأ وأصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون مكان الموجودات الأول لفترة زمنية محدودة. مما يتيح للطرفين في المكان الأول مهلة للوفاء بشروط نفاذ قانون دولة الوجهة النهائية تجاه الأطراف الثالثة للمحافظة على النفاذ المكتسب أصلا في المكان الأول. ومن شأن هذا النهج أن يوازن مصالح الأطراف في الولايات القضائية المختلفة (وهذا ما يؤيده الدليل في واقع الأمر فيما يتعلق بجميع أنواع الموجودات الملموسة، انظر التوصيتين ٤٥ و ٢٠٠).

٣٣- وثمة نهج إضافي يتمثل في ترك الدائن المضمون يختار بين إنشاء حقه الضماني وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون دولة المكان الأول للموجودات أو بمقتضى قانون دولة المكان النهائي للموجودات شريطة أن تصل الموجودات، في الحالة الأخيرة، إلى هذا المكان خلال مدة زمنية محددة (انظر التوصية ٢٠٤). وقد يمكن هذا النهج الدائن المضمون الوثائق من أن الموجودات ستصل إلى مكان وجهتها المقصودة من أن يعتمد على قانون ذلك المكان لإنشاء حقه الضماني وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ومن المفيد بصورة خاصة وضع قاعدة تنص على ذلك الخيار عندما يكون من المحتمل أن تعبر الموجودات دولا أخرى عبورا سريعا وأن تصل إلى وجهتها النهائية خلال فترة زمنية قصيرة بعد الشحن. فإن لم

يكن واثقا، فسيصبح عليه، متى أنشئ الحق الضماني أثناء وجود الموجودات في مكانها الأول، أن يفى بالشروط الخاصة بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة لمكان الموقع الأول ولكل دولة قد تعبرها الموجودات ولمكان الوجهة النهائية، لكي يبقى الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وفي جميع الأحوال، تكون الأولوية دائما رهنا بقانون مكان الموجودات وقتما ينشأ نزاع بشأن الأولوية.

### (ج) قاعدة خاصة لإنشاء حق ضماني في الصكوك القابلة للتداول ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

٣٤- من المقبول عموما، كما ورد سابقا، أن يحكم قانون الدولة التي يوجد فيها صك قابل للتداول (قانون موقع الموجودات) إنشاء الحق الضماني في الصك ونفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته (انظر التوصية ٢٠٠). ولكن يمكن كذلك في بعض الدول أن يصبح الحق الضماني في الصكوك القابلة للتداول نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في المكان الذي يوجد فيه المانع. وفي هذه الحالة، من المنطقي الاستناد إلى قانون دولة مقر المانع لتقرير ما إذا كان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قد تحقق بالتسجيل (انظر التوصية ٢٠٨). والجدير بالذكر أن هذا الخيار مقصور على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ويحكم قانون المكان الفعلي للصك دائما أولوية الحق الضماني في الصك.

### (د) الاستثناءات المتعلقة ببعض أنواع الموجودات

٣٥- عادة ما تخضع القاعدة العامة لتنازع القوانين المتعلقة بالحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة لبعض الاستثناءات حيثما لم يشكل مكان الموجودات عامل الربط المناسب (مثل الموجودات التي تُستعمل عادة في عدة دول) أو لم يتناسب مع التوقعات المعقولة للطرفين (مثلا الموجودات التي يجب تسجيل ملكيتها في سجلات خاصة).

### ٦٤ 'الموجودات المنقولة

٣٦- الموجودات المنقولة هي الموجودات التي تعبر، في سياق العمل المعتاد، حدود الدول (مثل الطائرات أو السفن أو في بعض الحالات الآلات أو السيارات). وقد يضطر المانع الذي يضطلع بمشاريع إنشائية في عدة دول، على سبيل المثال، إلى إنشاء حقوق ضمانية في الآلات التي تنقل على نحو دوري من دولة إلى أخرى لأغراض ذلك العمل؛ أو قد يحتاج المانع الذي يشغل شركة نقل إلى إنشاء حقوق ضمانية في المركبات المستخدمة في النقل

(رغم أن السيارات قد لا تعبر عادة الحدود الوطنية في الدول الجزرية). وقد يستدعي تطبيق القاعدة العامة لتنازع القوانين فيما يتعلق بالموجودات الملموسة على موجودات منقولة أن يتحقق الدائن المضمون من المكان الحقيقي لكل آلة أو لكل مركبة وقت إنشاء الحق الضماني. ولكي يكفل الدائن المضمون استمرار نفاذ حقه الضماني تجاه الأطراف الثالثة، قد يلزم أيضا أن يستعلم عن جميع الدول التي يُحتمل أن يوجد بها أي من هذه الموجودات في أي وقت من الأوقات وأن يفى بالشروط ذات الصلة التي تضعها كل هذه الدول. وعلاوة على ذلك، قد يتعدّر تحديد الدولة التي يمكن أن تكون بها الموجودات ذات الصلة وقتما ينشأ في المستقبل تنازع على الأولوية، وبالتالي يتعدّر تحديد نظام الأولوية الواجب تطبيقه لتسوية ذلك التنازع. ولتجنّب هذه المشاكل وما ينجم عنها من التكاليف والشكوك، يمكن في بعض الدول أن يخضع إنشاء الحق الضماني في الموجودات الملموسة من النوع الذي يستخدم عادة في أكثر من دولة واحدة، ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته لقانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح (اللهم إذا كانت ملكية الموجودات من ذلك النوع خاضعة للتسجيل في سجل خاص يسمح كذلك بتسجيل الحقوق الضمانية، انظر الفقرة ٣٧ أدناه)، ويتّبع الدليل هذا النهج (انظر أيضا التوصية ٢٠١).

٢٤ الموجودات الملموسة الخاضعة لتسجيل متخصص أو للتأشير بشأنها على شهادة الملكية

٣٧- تُسجّل ملكية بعض فئات الموجودات الملموسة في بعض الأحيان في سجلات متخصصة أو تُثبت بشهادة ملكية، وهو ما ينطبق بوجه عام على الطائرات والسفن، وكذلك على السيارات في بعض الدول. وطالما كان السجل الذي تسجل فيه أو نظام التأشير يسمح كذلك بتسجيل الحقوق الضمانية أو التأشير بشأنها، يمكن الإشارة إلى قانون الدولة التي يدار السجل المعني أو يصدر سند الملكية تحت سلطتها لتحديد القانون الذي يحكم إنشاء حق ضماني في موجودات تخضع للتسجيل في مثل هذا السجل المتخصص، ويحكم نفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته، أو تخضع للتأشير بشأنها في شهادة ملكية. ومن شأن إجراء بحث في السجل أو فحص سند الملكية أن يكشف عن حقوق الملكية وعن الحقوق الضمانية فيما يتعلق بهذه الموجودات. وقد تستند هذه القاعدة إلى القانون الوطني (انظر التوصية ٢٠٢)، أو إلى الاتفاقيات الدولية، التي تكون لها الأسبقية (مثل اتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة والبروتوكولات ذات الصلة).

٤ - القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه  
تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

(أ) القاعدة العامة: قانون مقر المانح

٣٨ - يحكم قانون الدولة التي يوجد بها مقر المانح، في بعض الدول، إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. فإذا أنشأ مُصدّر ما مقره في الدولة "ألف" حقا ضمانيا في مستحقات تقع على كامل زبائن مقرهم في الدولتين "باء" و"جيم"، على سبيل المثال، فإن قانون الدولة "ألف" يحكم جوانب الحق الضماني المتعلقة بحق الملكية. وتتفق هذه القاعدة مع النهج المتبع في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات فيما يتعلق بالقانون المنطبق على إحالة المستحقات (انظر المادتين ٢٢ و ٣٠).

٣٩ - وفي دول أخرى، يحكم قانون مكان الموجودات (قانون موقع الموجودات) كذلك إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. ومن الضروري، في تلك الدول، تحديد مكان الموجودات غير الملموسة (مثلا، فيما يتعلق بالمستحقات، يُحدد مكان المدين بالمستحقات).

٤٠ - ويتمتع قانون مقر المانح بعدة مزايا مقارنة بقانون موقع الموجودات، ولا سيما حيثما تتألف الموجودات المرهونة غير الملموسة من المستحقات. وينطبق قانون واحد حتى وإن كانت الإحالة تتصل بالعديد من المستحقات الواقعة على كاهل مدينين مختلفين. وبالإضافة إلى ذلك، يمكن التحقق بسهولة من قانون مقر المانح وقت الإحالة، حتى وإن كانت تتصل بمستحقات آجلة أو مستحقات أحيلت جملة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن قانون مقر المانح (مكان الإدارة المركزية إذا كان للمانح أماكن عمل في أكثر من دولة واحدة) هو قانون الدولة التي يُرجح أن تُدار فيها إجراءات الإعسار الرئيسية فيما يتعلق بالمانح.

٤١ - وينطبق ذلك أيضا على قانون موقع الموجودات المرهونة الذي وإن كان مجديا في معظم حالات الموجودات الملموسة، فإن ثمة صعوبات جملة تنشأ جرّاء تطبيقه على الموجودات غير الملموسة، من زاويتي المفهوم والتطبيق على السواء. فمن زاوية المفهوم، ليس هناك توافق في الآراء على موضع المستحقات ولا إجابة واضحة عن التساؤل في هذا الشأن. وثمة من يرى أنه المكان الذي يجب القيام فيه بالسداد. وهناك رأي آخر يقول إن موضع المستحقات هو الوطن القانوني للمدين بالمستحقات أو مكان عمله أو محل إقامته الرئيسي. ويوجب رأي إضافي اعتبار المستحق موجودا في الدولة التي يحكم قانونها العلاقة التعاقدية بين الدائن الأصلي (أي المانح) والمدين بالمستحق. وتفرض جميع البدائل السابقة على الحال إليه

المحتمل عبء القيام بتحريرات وقائية وقانونية مفصلة. وعلاوة على ذلك، فقد يكون من المستحيل أن يتمكن المحال إليه، في العديد من الحالات، من تحديد المكان الصحيح للمستحقات على وجه اليقين بما أن معايير تحديد ذلك المكان قد تتوقف على ممارسات العمل أو على إرادة الأطراف في العقد المنشئ للمستحقات. وبناء على ذلك، فإن استخدام قانون موقع الموجودات باعتباره القانون المنطبق على حقوق ضمانية تتضمن مستحقات لن يؤدي إلى توفير اليقين وقابلية التنبؤ، وهما هدفان أساسيان لأي نظام سليم من نظم تنازع القوانين في مجال المعاملات المضمونة.

٤٢ - يُضاف إلى ذلك أنه حتى وإن كانت لدى الدولة أحكام مفصلة تسمح للدائن المضمون المحتمل أو الموجود بالتأكد بسهولة وموضوعية من قانون مكان المستحقات، مستثنياً عنه، مع ذلك، صعوبات عملية في معاملات تجارية عديدة لأن الحق الضماني قد لا يتصل فقط بمستحقات موجودة ومعيّنة تحديداً، وإنما أيضاً بمستحقات أخرى كثيرة. ومن ثم، فإن الحق الضماني قد يشمل مجموعة من المستحقات الحالية والآجلة. فاختيار قانون موقع الموجودات، في هذه الحالة، ليحكم الأولوية ليس قراراً سياساتياً حقيقياً، لأن قواعد الأولوية المطبقة قد تختلف باختلاف المستحقات المُحالَة. وبالإضافة إلى ذلك فسوف يتعدّر على الدائن المضمون، عندما تكون المستحقات الآجلة خاضعة لحق ضماني، أن يتأكد من درجة حقوقه الخاصة بالأولوية وقت إجراء المعاملة، لأن موضع تلك المستحقات الآجلة يكون مجهولاً حينئذ.

٤٣ - وبالنظر إلى ما سبق، يوصي الدليل بأن يحكم قانون الدولة التي يوجد بها مقر المانح إنشاء حق ضماني في موجودات غير ملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته (انظر التوصية ٢٠٥). وتتفق معايير تحديد مقر المانح مع المعايير الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات (انظر الفقرتين ٢١ و ٧٠؛ وانظر أيضاً التوصية ٢١٦).

#### (ب) الاستثناءات فيما يتعلق ببعض أنواع الموجودات

٤٤ - ثمة ثلاث فئات من الموجودات غير الملموسة تسري بشأنها اعتبارات مختلفة، وليس مقر المانح هو أنسب عامل ربط (أو ليس هو عامل الربط الوحيد) لاختيار القانون المنطبق بشأنها، وهي: حقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، وحقوق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل؛ والمستحقات المتأتية من معاملة تتصل بممتلكات غير منقولة.

## ٦٤ حقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

٤٥ - فيما يتعلق بإنشاء حق ضماني في حقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، ونفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وإنفاذه، تُتبع نهج مختلفة باختلاف الدول (للاطلاع على تعريف "الحساب المصرفي"، انظر المقدمة، الفرع باء، المصطلحات). وتوخيا للبساطة، ولأن الوديعة المصرفية تدخل في عداد المستحقات، تعتبر بعض الدول أن القانون الذي يحكم المستحقات عموما ينبغي أن ينطبق على الحساب المصرفي. وثمة نهج مختلف يتمثل في الرجوع في تلك المسائل إلى قانون الدولة التي يوجد بها الفرع الذي به الحساب (انظر التوصية ٢٠٧، البديل ألف). وفي إطار هذا النهج، يتعزّز اليقين والشفافية فيما يتعلق بالقانون المنطبق، إذ يسهل تحديد مكان الفرع المعني في أية علاقة ثنائية بين المصرف والزربون. وبالإضافة إلى ذلك، يجسّد هذا النهج التوقعات العادية للأطراف في المعاملات المصرفية الجارية. ومن شأنه كذلك أن يفضي إلى أن يكون القانون المنطبق على الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي هو نفس القانون المنطبق على المسائل التنظيمية. وكثيرا ما يُعتبر مكان الفرع هو موقع الحساب البنكي بالنسبة للمسائل التنظيمية وغيرها من المسائل التي يجب أن يكون موقع الحساب مؤكّدا فيما يتعلق بها.

٤٦ - وثمة نهج آخر يتمثل في الإشارة إلى القانون المحدد في اتفاق الحساب المصرفي بوصفه القانون الذي يحكم ذلك الاتفاق أو إلى أي قانون آخر محدد بصراحة ضمنه، شريطة أن يكون لدى المصرف الوديع فرع في الدولة الممدّد قانونها في الاتفاق. وإذا لم يحدد الاتفاق أي قانون، يُحدّد القانون المنطبق باستخدام المعايير الاحتياطية ذاتها الواردة في المادة ٥ من اتفاقية لاهاي للأوراق المالية (انظر التوصية ٢٠٧، البديل باء). وفي إطار هذا النهج، يستجيب القانون المنطبق لتوقعات الأطراف في اتفاق الحساب المصرفي. وبإمكان الأطراف الثالثة كذلك أن تتحقق من القانون المنصوص عليه في الاتفاق، لأن المانح - صاحب الحساب يُقدّم عادة معلومات عن الاتفاق للحصول على ائتمان من المقرض استنادا إلى الأموال المودعة في الحساب.

٤٧ - وكما هو الشأن فيما يخص الصكوك القابلة للتداول وللأسباب نفسها، ينطبق قانون الدولة التي يوجد بها مقر المانح على نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة، حيثما كان من الممكن أن يتحقّق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في المكان الذي يوجد به مقر المانح (انظر الفقرة ٣٤ أعلاه، والتوصية ٢٠٨).

## ٢٤ حقوق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل

٤٨ - في العديد من الدول، يجري الرجوع في مسائل نفاذ حق ضماني في حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل تجاه الأطراف الثالثة وأولوية هذا الحق إلى القانون المحدد في التعهد المستقل (للاطلاع على تعريف "حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل"، انظر المقدمة، الفرع باء، المصطلحات؛ وللإطلاع على هذا النهج، انظر التوصية ٢٠٩). وإذا لم يكن القانون الحاكم محددًا في التعهد المستقل، يُرجع في تلك المسائل إلى قانون الدولة التي يوجد بها المكتب المعني للشخص الذي قدّم التعهد (أو وافق على الوفاء به، تبعًا للحالة) (انظر التوصية ٢١٠). ويعتبر هذا النهج أوثق النهج ارتباطًا بالتعهد فيما يتعلق بالقانون المنطبق على تلك المسائل. كما أنه يتمشى مع التوقعات العادية للأطراف في هذه المعاملات. أما فيما يتعلق بإنشاء حق ضماني في مثل هذه الموجودات، فتظل القاعدة العامة لتنازع القوانين الخاصة بالموجودات غير الملموسة هي المنطبقة لأن أثر الإنشاء ينحصر فقط في نفاذ الحق الضماني فيما بين طرفي الاتفاق الضماني ولا يؤثر حقوق الأطراف الأخرى.

٤٩ - ومع ذلك، إذا أصدر تعهد مستقل لضمان أداء التزام ما بمقتضى مستحق أو صك قابل للتداول، يحدّد القانون الذي يحكم إنشاء الحق الضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة ما إذا كان الحق الضماني يمتد تلقائيًا إلى التعهد المستقل (انظر التوصية ٢١١). أما المبرر الداعي إلى هذا النهج، المتبع رغبةً في تحقيق الاتساق، فينبع من ضرورة تطبيق القانون نفسه على إنشاء الحق الضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وفي حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل ذي صلة.

## ٣٤ المستحقات المتصلة بالملكيات غير المنقولة

٥٠ - عندما ينشأ المستحق من بيع ممتلكات غير منقولة أو تأجيرها أو عندما يكون مضمونًا ممتلكات غير منقولة، ينبغي عادةً أن يحكم قانون الدولة التي بها مقر المانح جوانب الملكية من الحق الضماني في المستحق أسوة بأي مستحق آخر. ولكن إذا نشأ تنازع على الأولوية، وكان واحد على الأقل من المطالبين المتنافسين قد سجّل حقه في سجل الممتلكات غير المنقولة في الدولة التي توجد بها الممتلكات غير المنقولة، فإن الدليل يوصي بأن يُسوَّى النزاع وفقًا لقانون الدولة التي يقع السجل تحت سلطتها (انظر التوصية ٢٠٦). وتهدف القاعدة الأخيرة إلى ضمان انطباق قانون الدولة التي تحفظ السجل انطباقًا فعليًا على الأطراف التي يحق لها بموجب ذلك القانون أن تعتمد على السجل. وللأسف نفسه، تقتصر

هذه القاعدة على الحالة التي يكون فيها التسجيل في السجل بموجب قانون دولة السجل ذا صلة بمسائل الأولوية.

#### ٥- القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

٥١- يوجد ثلاثة نهج متباعدة عموماً لتحديد القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته (للاطلاع على تعريف "العائدات"، انظر المقدمة، الفرع باء، المصطلحات).

٥٢- ويتمثل النهج الأول في الإشارة إلى القانون المنطبق على الحق الضماني في الموجودات الأصلية المرهونة، فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الحق الضماني في العائدات. فعلى سبيل المثال، إذا كانت المستحقات الأصلية المرهونة في شكل مخزونات توجد في الدولة "ألف" وكانت العائدات في شكل مستحقات وكان المانح موجوداً في الدولة "باء"، فإن قانون الدولة "ألف" ينطبق على إنشاء الحق الضماني في المستحقات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. وهكذا، يحكم قانون الدولة "ألف" (قانون مكان المخزونات)، التنازع الذي ينشأ على الأولوية بين حق ضماني في مستحقات في شكل عائدات مخزونات وحق ضماني في مستحقات في شكل موجودات مرهونة أصلية. ونتيجة لذلك، يتعزز اليقين فيما يتعلق بالقانون المنطبق في تلك الحالة لدى ممالي المخزونات الذين يعتمدون على المستحقات باعتبارها عائدات.

٥٣- غير أن لهذا النهج عيوباً كبيرة بالنسبة لممول المستحقات. فهو، يفضي على سبيل المثال إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الذي يتوقع ممولو المستحقات تطبيقه على حقوقهم في المستحقات كموجودات مرهونة أصلية. وثمة عيب آخر يتمثل في أن ممالي المستحقات لا يستطيعون التنبؤ بالقانون المنطبق لأن اختيار القانون الحاكم يتوقف على ما إذا كان التنازع سينشأ مع ممول مخزونات (وفي هذه الحالة فإن قانون مكان المخزونات هو المنطبق) أو مع مطالب منافس آخر (وفي هذه الحالة فإن قانون مقر المانح هو المنطبق). ولا يقدم هذا النهج كذلك أي حل في حالة نشوء تنازع ثلاثي بين ممول المستحقات وممول المخزونات ومطالب منافس آخر. ومن شأن هذا النهج كذلك أن يمنع اختيار قانون مقر المانح باعتباره القانون المنطبق على حق ضماني في مستحقات لأن المستحقات تأتي في كثير من الأحيان من بيع موجودات ملموسة. وقد لا يستطيع ممول المستحقات في العديد من الحالات التعويل على قانون مقر المانح.

٥٤ - ويتمثل نهج آخر في الإشارة إلى القانون المنطبق على الحقوق الضمانية في موجودات من نوع العائدات نفسه. وفي المثال المقدم أعلاه، ينطبق قانون الدولة "باء" (قانون مقرر المانح) على إنشاء حق ضماني في المستحقات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. وتدعم اعتبارات البساطة واليقين هذا النهج إذ أنه يتيح دوماً إمكانية تحديد القانون المنطبق بصرف النظر عن الأطراف المتنازعة.

٥٥ - بيد أن هناك نهجاً ثالثاً يجمع بين النهجين المشار إليهما سابقاً، فهو يحتفظ بالنهج الثاني بوصفه قاعدة تطبق على نفاذ الحق الضماني في العائدات تجاه الأطراف الثالثة وأولويته، بينما يطبق النهج الأول على إنشاء ذلك الحق. وفي إطار هذا النهج الثالث، تخضع مسألة انسحاب الحق الضماني على العائدات لأحكام القانون المنطبق على إنشاء حق في الموجودات المرهونة الأصلية التي تأتت منها العائدات، بينما يخضع نفاذ الحق الضماني في العائدات تجاه الأطراف الثالثة وألوية ذلك الحق للقانون الواجب الانطباق على هذه المسائل فيما لو كانت العائدات موجودات مرهونة أصلية.

٥٦ - ومن شأن هذا النهج أن يفني بتوقعات الدائن الذي يحصل على حق ضماني في المخزونات بمقتضى قانون داخلي ينص على أن ذلك الحق الضماني ينسحب تلقائياً على العائدات. ومن شأنه أيضاً أن يفني بتوقعات ممولي المستحقات فيما يتعلق بالقانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في مستحقات كموجودات مرهونة أصلية ونفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. وأخيراً، من شأن هذا النهج أن يكفل لممول المخزونات إمكانية التعويل على القانون الذي يحكم حقه الضماني للبت فيما إذا كان هذا الحق ينسحب على العائدات، ومن شأنه أن يسمح للمطالبين المتنافسين جميعهم بأن يحددوا على وجه اليقين القانون الذي سيحكم أي تنازع يُحتمل أن ينشأ حول الأولوية. وهذا هو النهج الذي يوصي به الدليل مراعاة لجميع هذه الأسباب (انظر التوصية ٢١٢).

## ٦- القانون المنطبق على حقوق والتزامات الأطراف في الاتفاق الضماني

٥٧ - وفقاً لما أشير إليه فيما سبق (انظر الفقرة ١١)، ينحصر نطاق قواعد إنشاء حق ضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته في الجوانب (العينية) المتعلقة بالملكية من هذا الحق. ولا تنطبق هذه القواعد على الحقوق والتزامات المتبادلة لأطراف الاتفاق الضماني، حيث يحكم هذه الحقوق والتزامات القانون الذي تختاره هذه الأطراف، فإن لم تختار قانوناً، فيحكمها القانون الذي يحكم الاتفاق على النحو الذي تحدده قواعد تنازع القوانين المنطبقة بوجه عام على الالتزامات التعاقدية (انظر التوصية ٢١٣). ففي حال عدم اختيار الأطراف

أي قانون، مثلا في دولة تسري فيها اتفاقية روما، فإن الحقوق والالتزامات المتبادلة للأطراف في الاتفاق الضماني سوف تخضع للقانون الأوثق صلة بذلك الاتفاق (انظر الفقرة ١ من المادة ٤ من اتفاقية روما). ويمكن افتراض أن اتفاق القرض، الذي يمنح بمقتضاه أيضا الحق الضماني أيضا، هو أوثق العوامل صلة بالدولة التي توجد فيها الإدارة المركزية للطرف المؤدي للالتزام المميز للاتفاق، أو التي بها محل إقامته المعتاد (انظر الفقرة ٢ من المادة ٤ من اتفاقية روما). ويمكن في مثل اتفاق القرض هذا أن يكون هذا الطرف هو المقرض، وأما في حالة البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية فقد يكون البائع.

#### ٧- القانون المنطبق على حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها

٥٨- تتضمن الحقوق الضمانية في الموجودات غير المموسة بوجه عام أطرافاً ثالثة مثل المدين. بمسحق أو المدين بمقتضى صك قابل للتداول، أو المصرف الوديع، أو الكفيل/المصدر أو المثبت أو أي شخص مسمى في تعهد مستقل، أو مصدر مستند قابل للتداول. وقد لا تكون قواعد تنازع القوانين التي تحكم جوانب الملكية أو إنفاذ الحق الضماني بالضرورة مناسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على التزامات الأطراف الثالثة التي قد يرغب الدائن المضمون أن يستخدم إزاءها سبل الانتصاف الناشئة من حقه الضماني. والسبب الرئيسي هو تجنب الإخلال بتوقعات الأطراف التي عليها التزام بالسداد أو التزامات أخرى ناشئة فيما يتعلق بالموجودات المرهونة ولكنها لا تشارك في المعاملة التي يتصل بها الاتفاق الضماني.

٥٩- ولا ينبغي، على وجه الخصوص، أن يترتب على رهن المستحقات بحق ضماني إخضاع التزامات المدين بالمستحقات لأحكام قانون يختلف عن القانون الذي يحكم المستحقات. وتسري اعتبارات مماثلة على التزامات المدين بمقتضى صك قابل للتداول، أو على المصرف الوديع أو الكفيل/المصدر أو المثبت أو أي شخص مسمى في تعهد مستقل، أو مصدر مستند قابل للتداول حيثما مُنح حق ضماني في صك قابل للتداول أو حق تقاضي أموال مودعة في حسابات مصرفية أو عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل أو مستند قابل للتداول. ومن المقبول عموماً أن وجود الحق الضماني لا ينبغي أن يجعل محل القانون المنطبق على علاقات جميع هذه الأطراف مع المانح وأن هذا القانون ينبغي أن يحكم أيضاً علاقتهم مع الدائن المضمون. وتتبع قواعد تنازع القوانين التي يوصي بها الدليل هذا النهج (انظر التوصية ٢١٤).

## ٨ - القانون المنطبق على إنفاذ الحق الضماني

٦٠ - في معظم الدول، تخضع المسائل الإجرائية لأحكام قانون الدولة التي تُتخذ فيها الخطوات الإجرائية ذات الصلة. ولكن الإنفاذ قد يتصل بمسائل موضوعية أو إجرائية. ورغم أن دولة المحكمة سوف تستخدم قانونها لتحديد ما هو موضوعي وما هو إجرائي، فبيما يلي أمثلة لمسائل تعتبر بوجه عام مسائل موضوعية: طبيعة ونطاق سبل الانتصاف المتاحة للدائن لتسييل الموجودات المرهونة؛ وما إذا كان يجوز اللجوء إلى سبل الانتصاف تلك (أو إلى بعضها) بدون إجراءات قضائية؛ والشروط التي ينبغي استيفاؤها لكي يحق للدائن المضمون أن يحصل على حيازة الموجودات ويتصرف فيها (أو يستصدر أمرا قضائيا لتسييل الموجودات)؛ وصلاحيّة الدائن المضمون لتحصيل مستحقات هي موجودات مرهونة؛ والتزامات الدائن المضمون تجاه دائني المانح الآخرين.

٦١ - وحيثما نشأ حق ضماني وأصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون دولة ما، وكان صاحبه يسعى لإنفاذه في دولة أخرى، تُطرح، فيما يتعلق بمسائل الإنفاذ الموضوعية، مسألة القانون الواجب التطبيق وبالتالي سبل الانتصاف المتاحة للدائن المضمون. وتصبح للمسألة أهمية عملية كبرى متى اختلفت قواعد الإنفاذ الموضوعية في الدولتين اختلافا كبيرا. فقد يسمح مثلا القانون الذي يحكم الحق الضماني بالإنفاذ عن طريق الدائن المضمون دون اللجوء مسبقا إلى النظام القضائي، بينما قد يستوجب قانون مكان الإنفاذ تدخلا قضائيا مسبقا. ولكل من هذين الحلين الممكنين لهذه المسألة مزاياه وعيوبه.

٦٢ - ويتمثل أحد النهوج في الرجوع في سبل الانتصاف الإنفاذية إلى قانون مكان الإنفاذ، أي قانون دولة المحكمة (قانون البلد الذي تُقام فيه الدعوى). ومكان إنفاذ الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة هو، في معظم الحالات، مكان الموجودات، في حين أن مكان إنفاذ الحق الضماني في موجودات غير ملموسة كالمستحقات هو غالبا مقر المدين بالمستحق. ومن الأسباب السياسية التي تدعم هذا النهج ما يلي:

(أ) أن قانون سبل الانتصاف متطابق مع القانون المنطبق بوجه عام على المسائل الإجرائية؛

(ب) أن قانون سبل الانتصاف متطابق، في العديد من الحالات، مع قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات 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 واحدة لجميع الدائنين الذين يعترمون ممارسة الحقوق في مكان الإنفاذ على موجودات المانح بغض النظر عمّا إذا كانت تلك الحقوق داخلية أو خارجية من حيث المنشأ.

٦٣- ومن جهة أخرى، فإن اختيار قانون الدولة الذي تقام فيه الدعوى يمكن أن يؤدي إلى انعدام اليقين متى كانت الموجودات المرهونة موجودات غير ملموسة، إذ لن يكون من الواضح، على سبيل المثال، أين سيتم الإنفاذ إذا كانت الموجودات المرهونة في شكل مستحقات. وقد يكون الجواب على هذا التساؤل مثار صعوبات لأنه يستدعي وضع معايير لتحديد مكان المستحقات (انظر الفقرة ٤١ أعلاه). وعلاوة على ذلك، قد يوجد الدائن المضمون في دولة مختلفة وقت اتخاذ خطوات الإنفاذ الأولى. وعندما يتعلق الأمر بإحالة إجمالية تنطوي على مستحقات على مدينين تقع مقراتهم في عدة دول، فإن قوانين متعدّدة يمكن أن تنطبق على الإنفاذ. وستكون الصعوبة هي نفسها إذا ما توجّب تنفيذ إجراء إنفاذ واحد في دولة ما (كإشعار المدين بالمستحقات مثلاً) وتنفيذ إجراء آخر في دولة أخرى (كتحصيل المستحقات أو بيعها). وإذا كان الأمر يتعلق بمستحقات آجلة، فإن الدائن المضمون قد يجهل، وقت الإحالة، القانون الذي سيحكم سبل انتصافه الإنفاذية. وربما يكون لانعدام اليقين هذا فيما يتعلق بالقانون المنطبق تأثير سلبي على توافر الائتمان وعلى تكاليفه.

٦٤- ومن الشواغل الأخرى أن قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى قد لا يتفق مع نوايا الطرفين. فقد يتوقع الطرفان أن حقوقهما والتزاماتهما الناشئة ستغدو، في حالة الإنفاذ، هي الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في القانون الذي تُحدد بمقتضاه أولوية الحق الضماني. فعلى سبيل المثال، إذا كان الإنفاذ خارج نطاق القضاء مسموحاً به بمقتضى القانون الذي يحكم أولوية الحق الضماني، فينبغي إتاحة سبيل الانتصاف هذا كذلك للدائن المضمون في الدولة التي يتعين عليه إنفاذ حقه الضماني فيها، حتى وإن لم يكن ذلك جائزاً بوجه عام بمقتضى القانون الداخلي لتلك الدولة.

٦٥- وثمة نهج آخر يتمثل في الرجوع في مسائل الإنفاذ الموضوعية إلى القانون الذي يحكم أولوية الحق الضماني. وميزة هذا النهج أن هذه المسائل وثيقة الصلة بمسائل الأولوية (مثلاً الطريقة التي سيُنفذ بها الدائن المضمون حقه الضماني يمكن أن تؤثر في حقوق المطالبين المتنافسين). وقد يكون لهذا النهج ميزة أخرى. فبما أن القانون الذي يحكم الأولوية هو، في كثير من الأحيان، عين القانون الذي يحكم إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة، فإن النتيجة النهائية هي في الغالب أن يحكم هو نفسه مسائل الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية والإنفاذ.

٦٦- وثمة نهج ثالث ممكن يتمثل في اعتماد قاعدة يمكن بمقتضاها للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية للأطراف أن يحكم أيضا مسائل الإنفاذ. ومن شأن هذا النهج أن يؤدي إلى قانون منطبق يتفق كثيرا مع توقعات الأطراف. وبالإضافة إلى ذلك، يتطابق القانون المنطبق، في إطار هذا النهج، وفي كثير من الحالات، مع القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني لأن ذلك القانون عادة ما يُختار باعتباره أيضا قانون التزاماتها التعاقدية. غير أن هذا النهج يكفل للأطراف عندئذ حرية أن تختار لمسائل الإنفاذ قانونا آخر غير قانون دولة المحكمة أو القانون الذي يحكم الأولوية. وهو حل غير ملائم للأطراف الثالثة التي ليست لديها وسيلة للتأكد من طبيعة سبل الانتصاف التي قد يلجأ إليها الدائن المضمون تجاه موجودات مدينهم المشترك. لذا، فإن الرجوع في مسائل الإنفاذ إلى القانون الذي يحكم علاقة الأطراف التعاقدية يستلزم وضع استثناءات تهدف إلى مراعاة مصالح الأطراف الثالثة وكذلك القواعد الإلزامية لدولة المحكمة، أو القانون الذي يحكم الإنشاء والنفذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية.

٦٧- وثمة نهج رابع هو محاولة التوفيق بين مزايا النهج المستندة إلى قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى والقانون الذي يحكم الأولوية. ويمكن بمقتضى هذا النهج أن يحكم قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى إنفاذ الحق الضماني في الموجودات الملموسة بينما يخضع إنفاذ الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة لأحكام ذات القانون المنطبق على الأولوية. ويوصي الدليل بهذا الحل لأنه يصون فوائد استخدام قانون الدولة التي تُقام فيها الدعوى فيما يتعلق بالموجودات الملموسة مع تفادي الصعوبات التي تنشأ إذا ما طبق هذا القانون على الموجودات غير الملموسة (انظر التوصية ٢١٥).

٦٨- ويجب الإشارة إلى أن قواعد تنازع القوانين بشأن الإنفاذ لا تحكم العلاقة بين الدائن المضمون والأطراف الثالثة المدينة. وكما ورد أعلاه (انظر الفقرة ٥٩)، فإن التزامات هؤلاء الأشخاص تجاه الدائن المضمون يحكمها عموما نفس القانون المنطبق على علاقتهم بالمانح.

#### ٩- قواعد تحديد المكان والوقت الملئم لذلك

٦٩- نظرا لأن القواعد العامة لتنازع القوانين المتعلقة بالحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة وغير الملموسة تشير إلى مكان الموجودات المرهونة ومقر المانح، على التوالي، فمن الضروري أن يكون تحديد مكان كل منهما أمرا سهلا. وعادة ما يُنظر إلى مكان الموجودات الملموسة على أنه مكان وجودها المادي، ولا يلزم وضع قاعدة محددة في هذا الشأن. ولكن هناك حاجة لتحديد مقر المانح. فقد يكون الموطن القانوني ومحل الإقامة لشخص طبيعي في

دولتين مختلفتين. وقد يوجد بالمثل المكتب الرئيسي الرسمي لشخصية اعتبارية في دولة أخرى غير الدولة التي يوجد فيها مكان عملها الرئيسي أو مركز اتخاذ القرار فيها.

٧٠- وكما ورد أعلاه، تعرّف اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات مقر المانح كما يلي: مقر المانح هو مكان عمله، أو إذا كان للمانح أماكن عمل في أكثر من دولة، فالمكان هو الذي تُمارس فيه الإدارة المركزية للمانح. وإذا لم يكن للمانح مكان عمل، يُشار عندئذ إلى محل إقامته المعتاد (انظر الفقرة الفرعية (ح) من المادة ٥). ويعرّف الدليل مقر المانح على نفس المنوال (انظر التوصية ٢١٦).

٧١- وأيّاً كان عامل الربط المستخدم لتحديد أنسب قواعد تنازع القوانين لأية مسألة معيّنة، فقد يتغير ذلك العامل بعد إنشاء الحق الضماني. فعلى سبيل المثال، عندما يكون القانون المنطبق هو قانون الدولة التي يوجد فيها المكتب الرئيسي للمانح، قد ينقل المانح مكتبه الرئيسي لاحقاً إلى دولة أخرى. وبالمثل، عندما يكون القانون المنطبق هو قانون الدولة التي توجد فيها الموجودات المرهونة، قد تُنقل الموجودات إلى دولة أخرى. ومن الضروري أيضاً تحديد الوقت الملائم لتعيين المكان.

٧٢- وإذا لم تعالج هذه المسألة بصورة محدّدة، فقد تُؤوّل القواعد العامة لتنازع القوانين بشأن الإنشاء والنفاد تجاه الأطراف الثالثة والأولوية على أنها تعني أنه في حال تغيّر عامل الربط ذي الصلة، يبقى القانون الحاكم الأصلي سارياً على مسائل الإنشاء (لأنها نشأت قبل التغيّر، بينما ينطبق القانون الحاكم اللاحق على الأحداث التي تقع بعد ذلك والتي تثير مسألتين)، بينما ينطبق القانون الحاكم اللاحق على الأحداث التي تقع بعد ذلك والتي تثير مسألتين. وعلى سبيل المثال، حينما يكون القانون المنطبق على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في حق ضماني هو قانون مقر المانح، يُحدّد نفاذ الحق تجاه مدير إعسار المانح باستخدام قانون الدولة التي بها المقر الجديد للمانح حين بدء إجراءات الإعسار.

٧٣- بيد أن صممت القانون بشأن هذه الأمور قد يثير تفسيرات أخرى، منها ما قد يذهب مثلاً إلى أن القانون الحاكم اللاحق يحكم أيضاً الإنشاء بين الطرفين متى وقع تنازع بشأن الأولوية بعد التغيّر (على أساس أنه من حق الأطراف الثالثة المتعاملة مع المانح أن تحدّد القانون المنطبق فيما يخص جميع المسائل استناداً إلى عامل الربط الفعلي باعتباره عامل الربط الساري وقت تعاملتهما).

٧٤- ولذلك يلزم توفير توجيهات بشأن هذه المسائل لتمكين الأطراف المعنية من أن تحدد، على وجه اليقين، ما إذا كان أي تغيّر في عامل الربط يمكن أن يؤدي إلى تطبيق قانون غير القانون الذي تتوقع الأطراف انطباقه إذا كانت لدولة المقر الجديد للموجودات أو المانح

قاعدة مختلفة من قواعد تنازع القوانين. ولذلك، يقترح الدليل توضيح التفسير المشار إليه في الفقرة ٧٣: فالأغراض لتحديد القانون المنطبق على الإنشاء، ينبغي عادة أن يكون المكان المعني هو مكان الموجودات المرهونة أو مقر المانع وقت الإنشاء المعروف (المقدّر أو المؤكّد)؛ ولأغراض تحديد القانون المنطبق على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولية، ينبغي أن يكون المكان المعني هو المكان الذي نشأت فيه المسألة. ولكن في حالة النزاعات التي تشمل مطالبين متنافسين أصبحت حقوقهم نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل حصول تغير في مكان الموجودات أو في مقر المانع، ينبغي أن تخضع مسائل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولية لقانون الموقع الأصلي (انظر التوصية ٢١٧).

#### ١٠ - السياسة العامة والقواعد الإلزامية دولياً

٧٥ - وفقاً لقواعد تنازع القوانين في العديد من الدول، لا يجوز لدولة المحكمة أن ترفض تطبيق القانون المحدد بمقتضى قواعد تنازع القوانين التي تعمل بها إلا إذا كان أثر هذا التطبيق مخالفاً بوضوح للسياسة العامة لدولة المحكمة أو للأحكام الإلزامية لقانون دولة المحكمة حتى في الحالات الدولية. والغرض من هذه القاعدة هو المحافظة على المبادئ الأساسية للعدالة في دولة المحكمة. فإذا لم يكن بالإمكان، بمقتضى القانون في دولة المحكمة، إنشاء حق ضمني في مستحقات التقاعد على سبيل المثال، وكان ذلك من مسائل السياسة العامة في دولة المحكمة، جاز لتلك الدولة أن ترفض تطبيق أي حكم من أحكام القانون المنطبق يعترف بإنشاء مثل ذلك الحق. ولكن هذه المبادئ لا ينبغي أن تسمح لدولة المحكمة بتطبيق قواعدها الخاصة بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو الأولية محل قواعد القانون المنطبق (انظر التوصية ٢١٩). ويتعين على دولة المحكمة أن تطبق أحكاماً أخرى من القانون المنطبق كي تحدد النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولية. ويُبرر هذا النهج بالحاجة إلى تحقيق اليقين فيما يتعلق بالقانون المنطبق على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولية. ويُتبع النهج نفسه في المواد ٢٣ (الفقرة ٢)، و ٣٠ (الفقرة ٢) و ٣١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات. وهو متّبع كذلك في الفقرة ٣ من المادة ١١ من اتفاقية لاهاي للأوراق المالية.

#### ١١ - أثر بدء إجراءات الإعسار على القانون المنطبق على الحقوق الضمانية

٧٦ - قد يثير تحديد القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وحقوق ما بعد التقصير مسائل إضافية عندما تبدأ إجراءات الإعسار في دولة ما بينما توجد بعض موجودات المدين أو يوجد مقر بعض الدائنين في دولة أخرى، أو عندما

تبدأ إجراءات الإعسار في دولتين مختلفتين بسبب الطبيعة المتعددة الجنسيات لعمل المدين. بيد أن قوانين غالبية الدول، في كلتا الحالتين، تنص على أن القواعد العامة لتنازع القوانين المنطبقة خارج نطاق إجراءات الإعسار تحكم هذه المسائل، رهنا بالقيود الواردة أدناه. وتتمشى هذه النتيجة مع التوصية ٣٠ من دليل الأونسيترال لقانون الإعسار التي تنص على أن الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (أي دولة المحكمة) ينبغي أن تطبق قواعدها الخاصة بتنازع القوانين لتحديد قانون الدولة الذي يحكم مسائل مثل صحة ونفاد الحقوق والمطالبات (بما في ذلك الحقوق الضمانية) القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار (انظر أيضا التوصية ٢٢٠ من هذا الدليل).

٧٧- وحالما تُحدّد صحة الحق الضماني ونفاذه، بموجب قانون غير قانون الإعسار المنطبق خارج إجراءات الإعسار. بمقتضى قواعد تنازع القوانين لدولة المحكمة، تُطرح مسألة ثانية تتعلق بآثار بدء إجراءات الإعسار في أولوية الحقوق الضمانية. ومن المعهود أن يحكم قانون الإعسار للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون دولة محكمة الإعسار) بدء تلك الإجراءات، وتسييرها، بما في ذلك تحديد مراتب المطالبات وإدارتها واختتام الإجراءات ("آثار الإعسار") (انظر التوصية ٣١ من دليل الأونسيترال لقانون الإعسار). وقد يتمثل أثر ذلك في تغيير الأولوية النسبية التي يتمتع بها الحق الضماني بمقتضى قانون المعاملات المضمونة، وفي وضع فئات المطالبات التي تتلقى الحصة الموزعة قبل الحق الضماني في إجراءات الإعسار. وبالإضافة إلى ذلك، قد يكون الحق الضماني رهنا بأحكام الإبطال المنصوص عليها في قانون الإعسار (انظر التوصية ٨٨ من دليل الأونسيترال لقانون الإعسار)، بغض النظر عن مسائل الأولوية.

٧٨- وبما أن آثار إجراءات الإعسار على الحقوق الضمانية يحكمها عادة قانون محكمة الإعسار، اعتمدت بعض الدول عددا من الاستثناءات. فعلى سبيل المثال، يمكن لدولة المحكمة أن تحيل إلى قانون الإعسار المنطبق في الدولة التي توجد فيها الممتلكات غير المنقولة فيما يتعلق بآثار الإعسار على الحق الضماني في ملحقات الممتلكات غير المنقولة. وترد مناقشة أكثر تفصيلا لهذه الاستثناءات في دليل الأونسيترال لقانون الإعسار (انظر الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرات ٨٥-٩١)، لكن هذا الدليل لا يوصي باعتماد قاعدة قانون موقع الموجودات فيما يتعلق بآثار الإعسار عند تطبيقها على ملحقات الممتلكات غير المنقولة أو حتى على الممتلكات المنقولة عموما. وعوضا عن ذلك، يوصي الدليل عموما بأن أية استثناءات على انطباق قانون محكمة الإعسار على آثار الإعسار ينبغي أن تكون محدودة

العدد ومبيّنة بوضوح في قانون الإعسار (انظر دليل الأونسيتال لقانون الإعسار، التوصية ٣٤ والجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرة ٨٨).

## ١٢- توصيات خاصة عندما يكون القانون المنطبق هو قانون دولة متعدّدة الوحدات

٧٩- يشير مصطلح "الدولة" في الدليل إلى دولة أو بلد ذي سيادة. ولكن التساؤل يثور حول القانون المنطبق إذا كانت قاعدة تنازع القوانين تشير، في مسألة ما، إلى دولة مؤلّفة من أكثر من وحدة إقليمية لكل منها نظامها القانوني الخاص بما فيما يتعلق بتلك المسألة. وقد ينطبق ذلك على الدول الاتحادية التي يندرج فيها بوجه عام قانون المعاملات المضمونة ضمن إطار السلطة التشريعية لوحدها الإقليمية. ولكي تسري قواعد تنازع القوانين عندما يكون القانون المنطبق هو قانون تلك الدولة (حتى وإن لم تكن دولة المحكمة متعدّدة الوحدات)، من الضروري تحديد الوحدة الإقليمية التي سينطبق قانونها.

٨٠- وعادة ما يقصد بالإشارة إلى قانون هذه الدولة القانون الساري في الوحدة الإقليمية ذات الصلة، المحدّدة استناداً إلى عامل الربط المنطبق (مثل مكان الموجودات أو مقر المانح). وعلى سبيل المثال، إذا كان القانون المنطبق هو قانون دولة متعدّدة الوحدات مؤلّفة من ثلاث وحدات إقليمية ("ألف" و"باء" و"جيم")، فإن الإشارة إلى قانون مقر المانح باعتباره القانون المنطبق على حق ضماني في مستحقات يعني الإشارة إلى قانون الوحدة "ألف" إذا كان مكان الإدارة المركزية للمانح يوجد في الوحدة "ألف" (انظر التوصية ٢٢١).

٨١- وللحفاظ على اتساق القواعد الداخلية لتنازع القوانين في دولة متعدّدة الوحدات، يعتمد الدليل تتبعه العديد من الاتفاقيات الدولية ويوصي بأن تبقى هذه القواعد منطبقة، ولكن داخلياً فقط (انظر التوصية ٢٢٢). وباستخدام المثال الوارد في الفقرة السابقة يجوز، إذا كان مقر المانح في الوحدة "ألف" لدولة متعدّدة الوحدات، ينطبق قانون الوحدة "باء" عندما تشير قواعد التنازع الداخلية للوحدة "ألف" إلى قانون الوحدة "باء" على أنه القانون المنطبق. وقد يكون الأمر كذلك إذا كانت قواعد التنازع في الوحدة "ألف" تتوخّى (على غرار الدليل) أن يحكم قانون مقر المانح نفاذ حق ضماني في مستحقات تجاه الأطراف الثالثة وأولوية هذا الحق، ولكنها تعرّف المقر بشكل مختلف. وإذا كان مقر المانح، كما يُعرّفه الدليل (أي مكان الإدارة المركزية) يوجد في الوحدة "ألف" ولكن قانون الوحدة "ألف" يعرّف مقر المانح على أنه مكان مكتبه الرئيسي الرسمي وكان مكان المكتب الرئيسي للمانح في الوحدة "باء"، فإن قانون الوحدة "باء" هو الذي يحكم نفاذ الحق الضماني في المستحقات تجاه الأطراف الثالثة وألويته. ويبدو أن في ذلك خروجاً عن القاعدة العامة المتعلقة باستبعاد

الإحالة إلى قانون آخر (انظر التوصية ٢١٨). ولكن هذا "الخروج" يقتصر على إحالة داخلية مما لا يمس اليقين فيما يتعلق بالقانون المنطبق. وفي المثال الوارد أعلاه، قد لا يُشار إلى أي قانون غير قانون الوحدة "ألف" إذا كان المكتب الرئيسي الرسمي للمناح يوجد في دولة أخرى غير الدولة التي تنتمي إليها الوحدة "ألف".

٨٢- ولا تنطبق هذه القواعد الخاصة بالدول المتعددة الوحدات إلا على المسائل التي تحكمها، في تلك الدولة، قوانين وحداتها الإقليمية. ومن ثم، قد لا يكون لهذه القواعد، على سبيل المثال، أثر في دولة اتحادية ينص دستورها على أن مسائل المعاملات المضمونة تحكمها القوانين الاتحادية.

٨٣- لا تنطبق التوصيتان ٢٢٣ و ٢٢٤ إلا إذا اعتمدت الدولة البديل بـ من التوصية ٢٠٧.

## باء- التوصيات

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أن توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة لم تُستنسخ في هذه الوثيقة نظراً إلى أن الوثيقة A/CN.9/637 تتضمن مجموعة موحّدة من تلك التوصيات. ومتى وضعت في صيغتها النهائية فسوف تُستنسخ في نهاية كل فصل.]