

Distr.: Limited
13 June 2003
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المصالح الضمانية)
الدورة الرابعة
فيينا، ٨-١٢ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٣

المصالح الضمانية
مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة
تقرير الأمين العام
إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
١	٣٧-١ مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة
٢	٣٧-١ عاشر- تنازع القوانين
٢	٢٩-١ ألف- ملاحظات عامة
٢	٩-١ ١- مقدمة
٢	٥-١ أ- الغرض من القواعد الخاصة بتنازع القوانين
٤	٩-٦ ب- نطاق قواعد تنازع القوانين
٥	١٧-١٠ ٢- قواعد تنازع القوانين بالنسبة للانشاء والاشهار والأولوية
٧	٢٢-١٨ ٣- تأثير التغيير اللاحق في العامل الرابط
٨	٢٨-٢٣ ٤- قواعد تنازع القوانين بالنسبة لمسائل الانفاذ
١٠	٢٩ ٥- تأثير الاعسار على قواعد تنازع القوانين
١٠	٣٧-٣٠ باء- ملخص وتوصيات



عاشرا- تنازع القوانين

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدمة

أ- الغرض من القواعد الخاصة بتنازع القوانين

١- يناقش هذا الفصل قواعد تحديد القانون المنطبق على الانشاء والاشهار والأولوية والانفاذ فيما يتعلق بالحقوق الضمانية. ويشار إلى هذه القواعد بوجه عام باعتبارها قواعد تنازع القوانين، وهي تحدد أيضا النطاق الاقليمي للقواعد الموضوعية الواردة في الدليل (أي إذا كانت القواعد الموضوعية للدولة التي تشترع النظام المرتأى في الدليل تنطبق وعندما تنطبق). فإذا اشترعت الدولة مثلا، قواعد القانون الموضوعية الواردة في الدليل فيما يتعلق بأولوية حق ضماني، فإن هذه القواعد لن تطبق على تنازع أولوية ناشئ في الدولة المشترعة الا بقدر ما تشير قاعدة تنازع القوانين بشأن مسائل الأولوية إلى قوانين تلك الدولة. وإذا نصّت قاعدة تنازع القوانين على أن القانون الذي يحكم الأولوية هو قانون دولة أخرى، فإن الأولوية النسبية لمطالبين متنافسين ستحدد عندئذ وفقا لقانون تلك الدولة الأخرى، لا وفقا لقواعد الأولوية الموضوعية للدولة المشترعة.

٢- وبعدما يصبح الحق الضماني نافذ المفعول، قد يحدث تغيير في العامل الرابط الذي يحدد اختيار القانون المنطبق. فمثلا، اذا كان الضمان على بضائع ملموسة موجودة في الدولة "ألف" محكوما بقانون مكان البضائع، فإن السؤال الذي يُطرح اذ ذاك هو ماذا يحدث اذا جرى لاحقا نقل تلك البضائع إلى الدولة "باء" (التي تنص قواعدها الخاصة بتنازع القوانين أيضا على أن قانون مكان البضائع يحكم الحقوق الضمانية على الممتلكات الملموسة). وقد يكون أحد البدائل هو أن يستمر نفاذ مفعول الضمان في الدولة "باء" دونما حاجة لانتخاذ أي خطوة أخرى في هذه الدولة "باء". بينما قد يتمثل بديل آخر في الحصول على ضمانات جديدة بموجب قوانين الدولة "باء". وهناك فضلا عن ذلك بديل آخر هو الحفاظ على حق الدائن المضمون، الموجود مسبقا، رهنا بتنفيذ اجراءات شكلية معينة في الدولة "باء" في غضون فترة زمنية معينة (مثلا خلال ثلاثين يوما من جلب البضائع إلى الدولة "باء"). وهذه المسائل تعالجها قواعد تنازع القوانين في بعض النظم القانونية. وتُقترح في هذا الفصل قاعدة عامة في هذا الصدد.

٣- ينبغي أن تعبّر قواعد تنازع القوانين عن أهداف نظام فعّال للمعاملات المضمونة. وهذا يعني، فيما يتعلق بهذا الفصل، أنه ينبغي أن يتسنى بسهولة تحديد القانون المنطبق على

الجوانب الخاصة بالملكات في الحق الضماني: فاليقين هو هدف رئيسي في وضع قواعد تؤثر في المعاملات المضمونة، سواء على مستوى القواعد الموضوعية أو على مستوى قواعد تنازع القوانين. وثمة هدف آخر هو امكانية التنبؤ. فكما توضح المسائل الواردة في الفقرة السابقة، ينبغي أن تسمح قواعد تنازع القوانين بالحفاظ على الحق الضماني المكتسب بموجب قوانين الدولة "ألف"، إذا أدى تغيير لاحق في العامل الرابط بشأن اختيار القانون المنطبق إلى أن يصبح الحق الضماني خاضعا لقوانين الدولة "باء". وثمة هدف رئيسي ثالث في نظام تنازع القوانين الجيد، وهو أن القواعد ذات الصلة يجب أن تعبر عن التوقعات المعقولة للأطراف ذات المصلحة (الدائن ومانح الحق الضماني والمدين والغير). ويرى كثيرون أن احراز هذه النتيجة يقتضي أن يكون للقانون المنطبق على الحق الضماني ارتباط بالأوضاع الفعلية التي سيحكمها هذا القانون.

٤ - ومن شأن استخدام الدليل (كما فيه هذا الفصل) في وضع قوانين للمعاملات المضمونة أن يساعد على الحد من 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 يتم فيها الانفاذ (كما في ذلك حقوقه في ولاية قضائية تجري فيها ادارة شؤون اعسار مانح الحق الضماني). وإذا كانت في تلك الدول قواعد مختلفة بشأن تنازع القوانين فيما يتعلق بالنوع نفسه من الموجودات المرهونة، فستكون هناك حاجة إلى امتثال الدائن لأكثر من نظام واحد للحصول على حماية كاملة. ومن فوائد وجود قواعد متساوقة بشأن تنازع القوانين في الدول المختلفة أن الدائن يستطيع أن يعتمد على قانون وحيد لتحديد أولوية ضمانه في جميع الدول المعنية. وهذا هو أحد الأهداف المحرزة فيما يتعلق بالمستحقات بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لاحالة المستحقات في التجارة الدولية وفيما يتعلق بالأوراق المالية المحازة بشكل غير مباشر بموجب اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط.

٥ - ومما يجدر ذكره أن قواعد تنازع القوانين ستكون ضرورية حتى إذا حققت جميع الدول التساوق بين قوانينها الخاصة بالمعاملات المضمونة. فستظل هناك حالات يكون فيها على الأطراف أن تحدد الدولة التي ستنطبق شروطها. وعلى سبيل المثال، إذا نصت قوانين جميع الدول على أن إشهار حق ضماني غير حيازي يتم بالتسجيل في سجل عمومي، فسيطلب الأمر أن يعرف الشخص في سجل أي دولة يتعين التسجيل.

ب- نطاق قواعد تنازع القوانين

٦- لا يحدد هذا الفصل الحقوق الضمانية التي ستطبق عليها قواعد تنازع القوانين. فعادة ما يعبر تحديد خصائص حق ما باعتباره حقا ضمانيا لأغراض تنازع القوانين عن قانون الحقوق الضمانية الموضوعي في الولاية القضائية المعنية. ومن حيث المبدأ، ستستخدم أي محكمة قانونها الخاص حيثما يتطلب الأمر تحديد خصائص مسألة لغرض اختيار القاعدة المناسبة لتنازع القوانين. بيد أن ثمة سؤالا يُطرح عما اذا كان ينبغي أن تطبق قواعد تنازع القوانين الخاصة بالحقوق الضمانية أيضا على معاملات أخرى مماثلة وظيفيا للضمان حتى لو لم يشملها نظام معاملات مضمونة. ويقدر ما تكون اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية، والاجارات المالية، وعمليات تسليم البضائع، وما إليها من المعاملات غير محكومة بأحكام القوانين الموضوعية التي تنظم المعاملات المضمونة، يجوز للدولة مع ذلك أن تخضع هذه الأدوات لقواعد تنازع القوانين المنطبقة على المعاملات المضمونة.

٧- وتنشأ مسألة مماثلة فيما يخص تحويلات معينة لا تتم لأغراض الضمان، حيث يكون من المستصوب أن يكون القانون المنطبق على الانشاء والاشهار والأولية هو نفس القانون المنطبق بالنسبة للحق الضماني على فئة الممتلكات نفسها. ويوجد مثال على ذلك في اتفاقية الأمم المتحدة لاحالة المستحقات في التجارة الدولية التي تنطبق (هي وقواعدها بشأن تنازع القوانين) على التحويلات المباشرة للمستحقات وعلى الحقوق الضمانية على المستحقات (انظر المادة ٢(أ)). وهذا الاختيار السياسي تحفزه، بين أمور أخرى، ضرورة الاحالة إلى قانون وحيد لتحديد الأولوية بين مطالبين متنافسين على المستحقات نفسها. وفي حال وقوع منازعة بشأن الأولوية على نفس المستحقات بين مشتري المستحقات والدائن الحائر لضمان على نفس المستحقات، سيكون تحديد من يستحق الأولوية أصعب (بل ومستحيلا أحيانا) اذا كانت أولوية المشتري محكومة بقوانين الدولة "ألف" لكن أولوية الدائن المضمون محكومة بقوانين الدولة "باء".

٨- وأيا كان قرار النظام القانوني بشأن طائفة المعاملات المختلفة التي تغطيها قواعد تنازع القوانين، فان نطاق القواعد سيكون محصورا في جوانب هذه المعاملات الخاصة بالممتلكات. وبالتالي، فان القاعدة المتعلقة بالقانون المنطبق على انشاء حق ضماني لا تحدد الا القانون الذي يحكم انشاء حق الملكية. ولن تنطبق القاعدة على الالتزامات الشخصية للأطراف بموجب عقدها. وينظم هذه الالتزامات القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية، التي تسمح معظم النظم القانونية للأطراف، رهنا ببعض التقييدات، باختيارها بحرية في العقود الخاصة بهم.

٩- وثمة مسألة ترتبط بالاعتراف باستقلالية الأطراف فيما يتعلق بالتزاماتهم الشخصية هي أن قواعد تنازع القوانين المنطبقة على جوانب الملكية من المعاملات المضمونة هي مسائل تقع خارج نطاق حرية العقد. وعلى سبيل المثال، لا يمكن أن يسمح لمناح الحق الضماني وللدائن المضمون باختيار القانون المنطبق على الأولويات، لأن ذلك يمكن أن يؤثر لا على حقوق أطراف ثالثة فحسب، بل يمكن أيضا أن ينتج عنه تنازع في الأولوية بين دائنتين مضمونتين متنافسين يخضعان لقانونين مختلفين مما يؤدي إلى نتيجتين متعارضتين.

٢- قواعد تنازع القوانين بالنسبة للانشاء والاشهار والأولوية

١٠- بشكل عام، يستلزم تحديد مدى الحقوق التي يمنحها الحق الضماني تحليلا من ثلاث خطوات:

(أ) المسألة الأولى هي ما اذا كان الضمان قد أنشئ على نحو سليم (انظر الفصل الرابع)؛

(ب) المسألة الثانية هي ما اذا كان الضمان نافذ المفعول في مواجهة أطراف ثالثة (انظر الفصل الخامس)؛

(ج) المسألة الثالثة هي ماهية درجة أولوية الدائن المضمون (انظر الفصل السادس).

١١- ولا تميز النظم القانونية جميعها بين هذه المسائل تمييزا محددًا من زاوية المفاهيم. فكون حق الملكية قد أنشئ على نحو سليم يعني بالضرورة، في بعض النظم القانونية، أن الحق نافذ المفعول في مواجهة الغير. وفضلا عن ذلك، فإن النظم القانونية التي تميز بوضوح بين المسائل الثلاث لا تضع دائما قواعد موضوعية منفصلة بشأن كل مسألة. فعلى سبيل المثال، عندما يكون رهن وفاء حيازي مستوفيا لاشتراطات صحة حق ضماني عيني، فإنه يؤدي عموما إلى أن يكون الضمان نافذ المفعول في مواجهة الغير دونما حاجة إلى اجراء آخر.

١٢- والمسألة الرئيسية هي ما اذا كان ينبغي أن تنطبق نفس قاعدة تنازع القوانين على جميع المسائل الثلاث. والبديل هو انتهاج مزيد من المرونة، حيث قد يكون من الأنسب أن يكون القانون المنطبق على الاشهار أو الأولوية مختلفا عن القانون الذي يحكم انشاء الحق. بيد أن هناك اعتبارات سياسية، منها البساطة واليقين، ترجح اعتماد قاعدة واحدة للانشاء والاشهار والأولوية. وكما لوحظ أعلاه، فإن التمييز بين هذه المسائل لا يتم أو لا يفهم دائما بالطريقة نفسها في جميع النظم القانونية، مما ينتج عنه احتمال أن يؤدي وضع قواعد

مختلفة لتنازع القوانين بشأن هذه المسائل إلى تعقيد التحليل أو اشارة عدم اليقين. ولكن اختيار قانون مختلف لمسائل الأولوية في حالات معينة من شأنه أن يراعي بشكل أفضل مصالح أطراف ثالثة مثل الأشخاص الحائزين لضمانات رضائية.

١٣- وثمة مسألة مهمة أخرى هي ما اذا كان ينبغي أن تطبق قاعدة تنازع القوانين ذات الصلة نفسها على الممتلكات الملموسة والممتلكات غير الملموسة، بالنسبة لأي مسألة معينة (أي الانشاء أو الاشهار أو الأولوية). والجواب بالاجاب على هذا السؤال من شأنه أن يجذ وجود قاعدة تستند إلى قانون مكان مانح الحق الضماني. أما البديل فسيكون قانون مكان حيازة الموجودات المرهونة (قانون موقع الموجودات)، الا أن هذا لا يتسق مع اتفاقية الأمم المتحدة لاحالة المستحقات (التي تشير المادة ٢٢ منها إلى قانون الدولة التي يكون فيها مكان الخيل، أي مانح الحق الضماني).

١٤- وتؤيد اعتبارات البساطة واليقين اعتماد قاعدة تنازع القوانين نفسها (مثل قانون مكان مانح الحق الضماني) بشأن الممتلكات الملموسة وغير الملموسة على السواء، وبخاصة اذا كان القانون نفسه ينطبق على الانشاء والاشهار والأولوية. ووفقا لهذا النهج سيكفي اجراء تحقيق واحد للتأكد من مدى الحقوق الضمانية التي تتغل بالرهون جميع موجودات مانح الحق الضماني. ولن تكون هناك حاجة إلى توجيه ارشادي في حالة تغيير مكان الموجودات المرهونة، أو إلى التمييز بين القانون المنطبق على الحقوق الحيازية والحقوق غير الحيازية (وإلى تحديد القانون الذي يغلب في حالة تنافس حق ضماني حيازي محكوم بقانون الدولة "ألف" مع حق ضماني غير حيازي على الممتلكات نفسها محكوم بقانون الدولة "باء").

١٥- ولكن الولايات القضائية لا تعتبر جميعها أن قانون مكان مانح الحق الضماني يرتبط ارتباطا كافيا بالحقوق الضمانية على الممتلكات الملموسة (على الأقل بالنسبة للبضائع غير المتنقلة). وفضلا عن ذلك، هناك حاجة إلى أن يكون القانون الذي يحكم الضمان هو نفسه الذي يحكم بيع الموجودات الضامنة نفسها. وهذا يعني أن قبول قانون مانح الحق الضماني لكل نوع من أنواع الضمانات لا يمكن العمل به الا اذا كانت الولايات القضائية عموما مستعدة لقبول تلك القاعدة بالنسبة لجميع التحويلات.

١٦- يضاف إلى ذلك أن من المقبول عالميا تقريبا أن الحق الحيازي ينبغي أن يحكمه قانون المكان الذي توجد فيه الممتلكات، حيث ان اعتماد قانون مانح الحق الضماني بشأن الحقوق الحيازية سيتعارض مع التوقعات المعقولة للدائنين البسطاء. وبالتالي، فانه سيكون من اللازم، حتى اذا تقرر أن يكون قانون مكان مانح الحق الضماني هو القاعدة العامة، اقرار استثناء بالنسبة للحقوق الضمانية الحيازية.

١٧- وبما أن قواعد التنازع المنطبقة قد تكون مختلفة حسب الطابع الملموس أو غير الملموس للموجودات أو الطابع الحيازي أو غير الحيازي للضمان، فإن السؤال يثار بشأن ماهية قاعدة التنازع المناسبة إذا كان يمكن أن تكون ملكية غير ملموسة موضوعا لحق ضماني حيازي. وفي هذا الصدد، تعامل معظم النظم القانونية بعض فئات الممتلكات غير الملموسة المتجسدة في مستند (مثل الصكوك أو سندات الشحن القابلة للتداول) نفس معاملة الممتلكات الملموسة، وتعترف بذلك بأن هذه الموجودات يجوز رهنها بتسليم المستند إلى الدائن. ويكون رهن الوفاء عندئذ محكوما بقانون الدولة التي يحاز فيها المستند.

[ملحوظة للفريق العامل]

نطاق القانون المرتأى في هذا الدليل مركّز على البضائع التجارية والمعدات والمستحقات في التجارة. وإذا قرر الفريق العامل أن يدرج فئات أخرى من الممتلكات غير الملموسة، مثل المستحقات غير التجارية والودائع المصرفية وخطابات الاعتماد والملكية الفكرية، فقد يرغب في النظر فيما إذا كان ينبغي أن تكون هناك قواعد تنازع خاصة لهذه الأنواع من الموجودات. وعند نظر الفريق العامل في المسألة، ربما يود أن يضع في الاعتبار أن الموجودات ضمن هذه الفئات من الممتلكات كثيرا ما تشمل جزءا كبيرا من قيمة منشأة تجارية، وأن عدم وجود قاعدة لتنازع القوانين بالنسبة للملكية الفكرية بوجه خاص يمكن أن يؤدي إلى صعوبات كبيرة في المعاملات التجارية.

وفيما يتعلق بقواعد التنازع المنطبقة على الأوراق المالية، ربما يود الفريق العامل أن يشير إلى اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط.

٣- تأثير التغيير اللاحق في العامل الرابط

١٨- من الممكن، أيا كان العامل الرابط المستخدم لتحديد أنسب قاعدة لتنازع القوانين بالنسبة لأي مسألة معينة، أن يحدث تغييرا في ذلك العامل بعد انشاء الضمان. فمن الممكن مثلا، إذا كان القانون المنطبق هو قانون الولاية القضائية التي يوجد فيها مقر مانح الحق الضماني، أن ينقل مانح الحق الضماني مقره لاحقا إلى ولاية قضائية أخرى. ومن الممكن، بالمثل، إذا كان القانون المنطبق هو قانون الولاية القضائية التي توجد فيها الممتلكات المرهونة، أن تنقل الممتلكات إلى ولاية قضائية أخرى.

١٩- وإذا لم تعالج هذه المسائل بشكل صريح فإنه يمكن استخلاص قاعدة ضمنية. ويمكن تفسير القواعد العامة لتنازع القوانين بشأن الانشاء والاشهار والأولوية بحيث تعني، في حال تغيير العامل الرابط، أن القانون الناظم الأصلي يبقى ساريا على مسائل نشأت قبل التغيير (الانشاء مثلا)، في حين أن القانون الناظم اللاحق سينطبق على الأحداث التي تقع بعد ذلك (مثل مسألة الأولوية بين مطالبين متنافسين).

٢٠- بيد أن صمت القانون فيما يخص هذه الأمور قد يثير تفسيرات أخرى. إذ يمكن مثلا أن يذهب أحد التفسيرات إلى أن القانون الناظم اللاحق يحكم أيضا الانشاء في حالة وقوع نزاع بشأن الأولوية بعد التغيير (على أساس أن من حق الأعيان المتعاملة مع مانح الحق الضماني أن تحدد القانون المنطبق بالنسبة لجميع المسائل اعتمادا على العامل الرابط الفعلي باعتباره العامل الرابط الساري وقت معاملاتهم).

٢١- ويبدو أن وضع قاعدة بشأن هذه المسائل أمر ضروري لاجتناب عدم اليقين، خاصة في حالة تغيير العامل الرابط من دولة لم تشترع القانون الذي يتصوره هذا الدليل إلى دولة اشترعته فعلا.

٢٢- ويمكن أن تنشأ مسألة مشابهة فيما يتعلق بالبضائع العابرة. فبعض النظم القانونية تنص على أنه يجوز أن يُنشأ ويُشهر على نحو سليم حق ضماني على هذه البضائع بموجب قانون المكان المقصود إذا نقلت إلى ذلك المكان في غضون فترة زمنية محددة.

٤- قواعد تنازع القوانين بالنسبة لمسائل الانفاذ

٢٣- حيثما يُنشأ حق ضماني ويُشهر بموجب القانون المنطبق في دولة ما ولكن يُلمس انفاذه في دولة أخرى، يطرح سؤال عما هي سبل الانتصاف المتاحة للدائن المضمون. ويتسم هذا الأمر بأهمية عملية كبيرة في حالة اختلاف قواعد الانفاذ الموضوعية اختلافا كبيرا. إذ يمكن، مثلا، للقانون الذي يحكم الضمان أن يسمح للدائن المضمون بالانفاذ دون اللجوء مسبقا إلى النظام القضائي ما لم يكن هناك اخلال بالنظام، في حين أن قانون مكان الانفاذ قد يقتضي تدخل هيئة قضائية. وينطوي كل حل من الحلول الممكنة لهذه المسألة على مزايا ومسالب.

٢٤- يتمثل أحد الخيارات في اخضاع سبل الانتصاف الانفاذية لقانون مكان الانفاذ - أي قانون المحكمة (قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى). ومن أسباب السياسة العامة التي ترجح هذه القاعدة ما يلي:

(أ) أن قانون سبل الانتصاف سيكون مطابقا للقانون المنطبق عموما على المسائل الاجرائية؛

(ب) أن قانون سبل الانتصاف سيكون، في العديد من الحالات، مطابقا لمكان الممتلكات موضوع الانفاذ (ويمكن أن يكون مطابقا أيضا للقانون الذي يحكم الأولوية، اذا أشارت قواعد تنازع القوانين في الدولة المعنية إلى مكان مسائل الأولوية)؛

(ج) أن الاشتراطات ستكون هي نفسها بالنسبة لجميع الدائنين الذين يعترفون ممارسة الحقوق على موجودات مانح الحق الضماني بغض النظر عما اذا كانت هذه الحقوق داخلية أو أجنبية من حيث المنشأ.

٢٥- من الجهة الأخرى، فان قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى قد يجعل نية الأطراف غير ذات مفعول. فقد تكون توقعات الأطراف أن حقوقهم والتزاماتهم المختلفة في حالة الانفاذ ستكون تلك المنصوص عليها في القانون الذي أنشئ الضمان بموجبه. فمثلا، اذا كان الإنفاذ خارج نطاق القضاء مسموحا به بموجب القانون الذي يحكم انشاء الضمان، فانه سيكون متاحا أيضا للدائن المضمون في الدولة التي يتعين عليه انفاذ ضمانه فيها حتى اذا لم يكن مسموحا به عموما بموجب القانون الداخلي لتلك الدولة.

٢٦- أما النهج القائم على التوقعات المعقولة للأطراف فمن شأنه أن يوحى بقاعدة تحيل مسائل الانفاذ إلى القانون الذي يحكم انشاء الحق الضماني. كما ان من شأن هذا الحل أن يجتنب أيضا فصل سبل الانتصاف عن طبيعة الحقوق الممنوحة بالضمان. وليس هذا الفصل واضحا في الحالات التي تكون فيها سبل الانتصاف مرتبطة ارتباطا وثيقا بخواص الضمان (مثلا، قد يُنظر إلى سبل الانتصاف في البيع المشروط باعتبارها نابعة من أن البائع بقي المالك الشرعي للبضائع). ويقدر ما تكون قاعدة تنازع القوانين بشأن مسائل الأولوية هي نفس القاعدة المنطبقة بالنسبة للانشاء والاشهار، ستكون للقانون المتعلق بانشاء الضمان والقانون الذي يحكم الانفاذ في اطار النظام نفسه مزية أخرى تتمثل في أن مسائل الأولوية والانفاذ ستخضع للقانون نفسه.

٢٧- وثمة خيار ثالث يتمثل في اعتماد قاعدة يمكن بمقتضاها للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية للأطراف أن يحكم أيضا أمور الانفاذ. وغالبا ما يتفق ذلك مع توقعات الأطراف، وسيكون في الكثير من الحالات مطابقا للقانون المنطبق على انشاء الحق الضماني، لأن هذا القانون غالبا ما يتم اختياره أيضا باعتباره قانون التعاقد. ولكن هذا النهج يكفل للأطراف الحرية في أن يختاروا لمسائل الانفاذ قانونا آخر غير قانون البلد الذي تقام بمقتضاه الدعوى،

أو القانون الذي يحكم الإنشاء والإشهار و (أو) الأولوية. وسيكون هذا الحل غير مؤات للأطراف الأخرى التي قد لا تكون لديها الوسائل للتأكد من طبيعة سبل الانتصاف التي يمكن أن يمارسها دائن مضمون بشأن ممتلكات مدينهم المشترك.

٢٨- لذا، فإن إحالة مسائل الانفاذ إلى القانون الذي يحكم علاقة الأطراف التعاقدية سوف تستلزم وضع استثناءات تهدف إلى مراعاة مصالح الغير ومراعاة القواعد الالزامية لقانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو القانون الذي يحكم صحة الاجراء والإشهار. أما الأمور الاجرائية، فستكون هناك حاجة، على أي حال، إلى أن يحكمها قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى. ونتيجة لذلك ستتم معاملة مسائل الانفاذ المختلفة بصورة مختلفة.

٥- تأثير الإعسار على قواعد تنازع القوانين

٢٩- حسب ما أشير إليه في فصل الإعسار (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6، الفقرة ...)، ينبغي بصفة عامة أن يستمر في اجراءات الإعسار سريان الحق الضماني في مواجهة مانح الحق الضماني و الأطراف الأخرى خارج نطاق الإعسار. وبالمثل، لا ينبغي لحدوث الإعسار أن يستبعد إعمال قواعد تنازع القوانين المنطبقة على إنشاء حق ضماني وإشهاره، وكذلك رهنا ببعض الاستثناءات، على أولويته.

[ملحوظة للفريق العامل]

يمكن أيضا دراسة تأثير الإعسار على قاعدة تنازع القوانين بالنسبة لتدابير الانفاذ، وما اذا كان ينبغي لهذا الدليل معالجة هذه المسألة أو ما اذا كان من الأنسب معالجتها في دليل الإعسار.]

باء- ملخص وتوصيات

٣٠- يحكم مسائل الإنشاء والإشهار والأولوية المتعلقة بالحق الضماني الحيازي على ممتلكات ملموسة وأموال وسندات ملكية قابلة للتداول وصكوك قابلة للتداول قانون الدولة التي توجد فيها الموجودات المرهونة.

٣١- يحكم مسائل الإنشاء والإشهار والأولوية المتعلقة بالحق الضماني غير الحيازي على ممتلكات غير ملموسة قانون الدولة التي يوجد فيها مكان مانح الحق الضماني.

٣٢- فيما يتعلق بالحق الضماني غير الحيازي على ممتلكات ملموسة، يجوز أن ينطبق البديان التاليان:

البديل ١

يحكم مسائل الانشاء والاشهار المتعلقة بالحق الضماني غير الحيازي على ممتلكات ملموسة قانون الدولة التي يوجد فيها مكان مانح الحق الضماني ، ولكن أولوية هذا الحق الضماني يحكمها قانون الدولة التي توجد فيها الأصول المرهونة.

البديل ٢

يحكم مسائل الانشاء والاشهار والأولوية المتعلقة بالحق الضماني غير الحيازي على ممتلكات غير ملموسة قانون الدولة التي توجد بها الموجودات المرهونة، باستثناء البضائع المتنقلة حيث يحكم هذه المسائل قانون الدولة التي يوجد فيها مكان مانح الحق الضماني.

٣٣- إذا اعتمدت دولة البديل ٢، فقد ترغب في النظر في وضع قاعدة إضافية للبضائع العابرة تنص على أنه يجوز انشاء حق ضماني على هذه البضائع واشهاره على نحو سليم بموجب قانون المكان المقصود شريطة أن تنقل إلى ذلك المكان في غضون فترة زمنية محددة.

٣٤- والقواعد المذكورة أعلاه لا تشير تحديدا إلى العائدات، على افتراض أن قواعد تنازع القوانين بشأن العائدات ينبغي، من حيث المبدأ، أن تكون هي نفسها المنطبقة على الحق الضماني المكتسب أصلا على نوع الممتلكات نفسها.

٣٥- ان الحق الضماني الذي يتم انشاؤه واشهاره على نحو سليم بموجب قانون دولة غير الدولة المشترعة يظل ساريا ومشهرا في الدولة المشترعة بعد تغيير العامل الرابط إلى تلك الدولة، اذا تم الامتثال لاشتراطات الاشهار المنطبقة فيها في غضون مهلة زمنية محددة. وهذه القاعدة ستعني ضمنا أن مسائل الانشاء تظل محكومة بالقانون الناظم الأصلي، في حين أن الاشهار (والأولوية اذا كانت محكومة بالقانون نفسه الذي يحكم الاشهار) سيحكمه بعد التغيير قانون الدولة المشترعة.

٣٦- وفيما يتعلق بالقانون المنطبق على مسائل الإنفاذ، يجوز النظر في البدائل التالية:

البديل ١

يحكم الأمور الموضوعية التي تمس بانفاذ حقوق الدائن المضمون قانون الدولة التي يتم فيها الإنفاذ.

البديل ٢

يحكم الأمور الموضوعية التي تمس بانفاذ حق الدائن المضمون القانون الذي يحكم الإنشاء [والأولوية] فيما يخص الحق الضماني.

البديل ٣

يحكم الأمور الموضوعية التي تمس بإنفاذ حقوق الدائن المضمون القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية للدائن و مانح الحق الضماني باستثناء [...].

٣٧- يجوز أن ينص القانون صراحة على أن حدوث الإعسار لا يزيح قواعد تنازع القوانين المنطبقة على إنشاء الحق الضماني وإشهاره. وفيما يتعلق بالأولوية، ينبغي أن يظل القانون المحدد وفقا للقواعد المنطبقة بشأن تنازع القوانين هو القانون الذي يحكمها، رهنا بالأحكام الإلزامية لنظام الإعسار في الدولة المشترعة.