

Distr.: General
19 April 2007
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الأربعون
فيينا، ٢٥ حزيران/يونيه - ١٢ تموز/يوليه ٢٠٠٧

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

مذكرة من الأمانة

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات
٣	٧٥-١ ثالث عشر - القانون الدولي الخاص
٣	٧٥-١ ألف - ملاحظات عامة
٣	١١-١ ١ - مقدمة
٣	٦-١ (أ) الغرض من قواعد القانون الدولي الخاص
٥	١١-٧ (ب) نطاق قواعد القانون الدولي الخاص
٧	٢٤-١٢ ٢ - قواعد القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بإنشاء حق ضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته
١١	٣٤-٢٥ ٣ - القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في ممتلكات ملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته



الصفحة	الفقرات
١١	(أ) القاعدة العامة: قانون مكان الموجودات المرهونة (قانون البلد الموجود به المال أو قانون البلد الموجود به الشيء محل الخصومة) ٢٦-٢٧
١٢	(ب) قاعدة إضافية لإنشاء حق ضماني في البضائع العابرة والبضائع المصدّرة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة ٢٨-٣٠
١٣	(ج) قاعدة خاصة لإنشاء حق ضماني في الصكوك القابلة للتداول ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته ٣١
١٣	(د) الاستثناءات المتعلقة ببعض أنواع الموجودات ٣٢-٣٤
١٤	٤- القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الممتلكات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته ٣٥-٤٧
١٤	(أ) القاعدة العامة: قانون مقر المانح ٣٥-٤٠
١٦	(ب) الاستثناءات فيما يتعلق ببعض أنواع الموجودات ٤١-٤٧
١٨	٥- القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته ٤٨-٥٢
٢٠	٦- القانون المنطبق على حقوق والتزامات الأطراف في اتفاق الضمان ٥٣
٢٠	٧- القانون المنطبق على حقوق الأطراف الثالثة المُلتزمة والتزاماتها ٥٤-٥٥
٢١	٨- القانون المنطبق على إنفاذ الحق الضماني ٥٦-٦٤
٢٤	٩- قواعد تحديد المكان والوقت الملائم لذلك ٦٥-٧٠
٢٥	١٠- السياسة العامة والقواعد الإلزامية دولياً ٧١
٢٦	١١- قواعد خاصة عندما يكون القانون المنطبق هو قانون دولة متعدّدة الوحدات .. ٧٢-٧٥
٢٧	باء- التوصيات ٢٧

ثالث عشر - القانون الدولي الخاص

ألف - ملاحظات عامة

١ - مقدّمة

(أ) الغرض من قواعد القانون الدولي الخاص

١ - يناقش هذا الفصل قواعد تحديد القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني، ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة ("النفاذ تجاه الأطراف الثالثة")، وأولويته على حقوق المطالبين المنازعين وإنفاذه (فيما يتعلق بتعاريف مصطلحات "الحق الضماني"، و"الأولوية" و"المطالب المنازع"، انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1، المقدّمة، الفرع باء، المصطلحات وقواعد التفسير). ويشار إلى هذه القواعد بوجه عام بقواعد القانون الدولي الخاص (أو قواعد تنازع القوانين)، وهي تحدّد أيضا النطاق الإقليمي للقواعد الموضوعية المرتآة في الدليل (أي ما إذا كانت القواعد الموضوعية للدولة التي تشترع النظام المرتآى 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 إلاّ في إطار إشارة قاعدة القانون الدولي الخاص بشأن مسائل الأولوية إلى قوانين تلك الدولة. وإذا نصّت قاعدة القانون الدولي الخاص على أن القانون الذي يحكم الأولوية هو قانون دولة أخرى، فإن الأولوية النسبية للمطالبين المتنازعين تحدّد عندئذ وفقا لقانون تلك الدولة الأخرى.

٢ - ولا تنطبق قواعد القانون الدولي الخاص المقترحة في الدليل إلا إذا كانت المحكمة توجد في الدولة التي اشترعت توصيات الدليل. ولا يمكنها أن تنطبق في دولة أخرى إذا لم تكن دولة مشترعة. والسبب في ذلك أن أي دولة لا يمكنها أن تشرّع بشأن قواعد القانون الدولي الخاص التي يجب أن تنطبق في دولة أخرى. فمحاكم الدولة الأخرى تُطبّق قواعد القانون الدولي الخاص لبلدها. ولكي تحدد المحكمة ما إذا كانت ستطبّق قانونها الداخلي أم قانون دولة أخرى، فعليها أن تحدد ما إذا كانت القضية داخلية أم دولية. ويمكن اعتبار هذه المسألة في حد ذاتها مسألة تتعلق بالقانون الدولي الخاص. وعلى عكس اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية⁽¹⁾ ("اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات" فيما يلي)، التي تعرف "الطابع الدولي"، فإن الدليل لا يتناول هذه المسألة، بل يتركها للقانون الآخر الذي تُطبقه المحكمة. ولكي ينطبق قانون الدولة الذي تشير إليه قواعد القانون الدولي

(1) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.04.V.4.

الخاص في أي حالة، ينبغي توافر صلة تربط الحالة بتلك الدولة. وعوامل الربط الأساسية التي يتناولها هذا الفصل هي مكان الموجودات ومقر مانح الحق الضماني.

٣- وبعدما ينشأ الحق الضماني ويُصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة، قد يحدث تغيير في عامل الربط. فمثلا، إذا كان نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في مخزونات موجودة في الدولة "ألف" محكوماً، في إطار قواعد القانون الدولي الخاص للدولة "ألف"، بقانون مكان المخزونات، فالسؤال المطروح هو ماذا يحدث إذا نُقل لاحقاً جزء من المخزونات إلى الدولة "باء" (التي تنص قواعد القانون الدولي الخاص الخاصة بها أيضاً على أن قانون مكان الممتلكات المموسة هو الذي يحكم نفاذ الحقوق الضمانية في الممتلكات المموسة تجاه الأطراف الثالثة). ومن النهوج التي يمكن اتباعها هو أن يستمر نفاذ الضمانة في الدولة "باء" دونما حاجة لاتخاذ أي خطوة إضافية أخرى في الدولة "باء". وثمة نهج آخر هو الحصول على ضمانة جديدة بمقتضى قوانين الدولة "باء". وهناك نهج ثالث هو الحفاظ على الحق الموجود مسبقاً للدائن المضمون، رهنا باستيفاء شكليات معينة في الدولة "باء" في غضون فترة زمنية معينة (مثلاً خلال ثلاثين يوماً من جلب البضائع إلى الدولة "باء"). وبما أن هذه المسألة تتعلق بالقانون الموضوعي وليس بالقانون الدولي الخاص، فإن الدليل يتناولها في الفصل الخامس (انظر التوصية ٤٦ في الوثيقة A/CN.9/631). ولا يتناول هذا الفصل إلا الفترة اللازمة لتحديد مكان الموجودات أو مقر المانح لأغراض تحديد ما إذا كان حق ضماني قد نشأ وأصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة ونال أولوية على حق آخر (انظر التوصية ٢١٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٤- في أي نظام فعال للمعاملات المضمونة، عادة ما تجسّد قواعد القانون الدولي الخاص، 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 تلمس المعاملات المضمونة، على صعيدي القانون الدولي الموضوعي والقانون الدولي الخاص على السواء. وثمة هدف آخر هو قابلية التنبؤ. فكما يوضّح المثال الوارد في الفقرة السابقة، ينبغي لقواعد القانون الدولي الخاص أن تقدم رداً على مسألة ما إذا كان الحق الضماني المكتسب بمقتضى قوانين الدولة "ألف" يظل خاضعاً لتلك القوانين أو أنه يُصبح خاضعاً 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 للقانون الدولي الخاص، وهو أن تجسّد القواعد ذات الصلة التوقعات المعقولة للأطراف ذات المصلحة (أي الدائن والمانح والمدين

والأطراف الثالثة). ولبلوغ هذه النتيجة، يجدر أن يكون للقانون المنطبق على الحق الضماني ارتباط ما بالوضع الفعلي الذي سيحكمه هذا القانون.

٥- 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 للقانون الدولي الخاص. 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 للقانون الدولي الخاص فيما يتعلّق بالنوع الواحد من الموجودات المرهونة، فسوف يلزم أن يمتثل الدائن لأكثر من نظام واحد ليحظى بحماية كاملة. ومن فوائد مواءمة قواعد القانون الدولي الخاص في الدول المختلفة أن الدائن يستطيع أن يعتمد على قواعد واحدة للقانون الدولي الخاص (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 يتعلّق بالأوراق المالية المحوزة بشكل غير مباشر.

٦- وقواعد القانون الدولي الخاص ضرورية حتى وإن واءمت جميع الدول قوانينها الموضوعية للمعاملات المضمونة، إذ ستظل هناك حالات يتعيّن فيها على الأطراف أن تحدّد الدولة التي ستنتطبق شروطها. فعلى سبيل المثال، إذا نصّت قوانين جميع الدول على أن الحق 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 القانون الدولي الخاص

٧- لا يُعرّف هذا الفصل الحقوق الضمانية التي ستنتطبق عليها قواعد القانون الدولي الخاص. وعادة ما يكون توصيف حق ما بأنه حق ضماني لأغراض القانون الدولي الخاص مجسّدا لقانون المعاملات المضمونة الموضوعي في الولاية القضائية. ومن حيث المبدأ، ستستخدم المحكمة قانونها حيثما يتطلب الأمر منها توصيف مسألة ما لغرض اختيار القاعدة المناسبة من قواعد القانون الدولي الخاص. بيد أن ثمة تساؤل عما إذا كان ينبغي لقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالحقوق الضمانية في دولة ما أن تنطبق أيضا على معاملات

أخرى مماثلة وظيفياً للضمانة، حتى وإن لم يشملها نظام المعاملات المضمونة الموضوعي لتلك الدولة (مثل ترتيبات البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية، والتأجيرات المالية وسائر المعاملات المماثلة). وعدم انطباق قانون المعاملات المضمونة الموضوعي لدولة ما على تلك المعاملات الأخرى، ينبغي ألا يمنع الدولة من أن تُخضع هذه المعاملات لقواعد القانون الدولي الخاص المنطبقة على المعاملات المضمونة.

٨- وتعرض مسألة مماثلة في سياق بعض عمليات الإحالة الجارية لغير أغراض الضمان التي يستصوب فيها انطباق قانون واحد على الإنشاء والنفوذ تجاه الأطراف الثالثة وأولوية الإحالة وعلى الحق الضماني في هذا النوع من الممتلكات. ويوجد مثال على ذلك في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، التي تنطبق (بما في ذلك قواعدها المتعلقة بالقانون الدولي الخاص) على الإحالات القطعية للمستحقات إلى جانب الحقوق الضمانية في المستحقات (انظر الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢ من الاتفاقية). وهذا الاختيار السياسي مدفوع بالخصوص بضرورة الإشارة إلى قانون واحد منفرد لتقرير الأولوية بين مطالبين متنازعين لهم حق في المستحقات نفسها. ويعتمد الدليل السياسة ذاتها. ومن غير ذلك، سيصعب (بل وقد يستحيل أحياناً) 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".

٩- وأياً كان قرار الولاية القضائية بشأن أنواع المعاملات التي تشملها قواعد القانون الدولي الخاص، 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 النظم القانونية، تخضع الالتزامات التعاقدية الصرفة عموماً للقانون الذي اختاره الطرفان في اتفاقهما، فإن لم يختارا قانوناً، تخضع تلك الالتزامات للقانون الذي يحكم اتفاق الضمان (مثلاً الاتفاقية المعنية بالقانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية⁽²⁾ المبرمة في عام ١٩٨٠، "اتفاقية روما" فيما يلي). ويوصي الدليل باتباع النهج ذاته لتقرير حقوق المانح والدائن المضمون والتزاماتهما المتبادلة فيما يتعلق بالحق الضماني.

(2) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ١٦٠٥، الرقم ٢٣٠٢٨.

١٠ - وثمة مسألة ترتبط بالاعتراف بحرية الطرفين فيما يتعلق بالتزامهما الشخصية، هي أن قواعد القانون الدولي الخاص 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 على حقوق الأطراف الثالثة فحسب، بل يمكن أن ينتج عنه أيضا تنازع على الأولوية بين حقين ضمانيين متنازعين يخضعان لقانونين مختلفين مما يفضي إلى نتيجتين متعارضتين.

١١ - وتنص قواعد القانون الدولي الخاص في العديد من النظم القانونية اليوم على أن الإشارة إلى قانون دولة أخرى باعتباره القانون الذي يحكم مسألة ما إنما تعني القانون المنطبق في تلك الدولة بخلاف قواعد المتعلّقة بالقانون الدولي الخاص (انظر مع ذلك التوصيتين ٢١٩، الفقرة الفرعية (ب)، و ٢٢٠ في الوثيقة A/CN.9/631). ويُستبعد مبدأ الإحالة إلى القانون المحلي، توحيًا لقابلية التنبؤ، وكذلك لأن الإحالة إلى القانون المحلي ربما يكون مخالفًا لتوقعات الطرفين. ويعتمد الدليل النهج ذاته (انظر التوصية ٢١٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢ - قواعد القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بإنشاء حق ضمانى ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

١٢ - عادة ما يستلزم تحديد نطاق الحقوق التي يضيفها الحق الضماني تحليلًا ثلاثي الخطوات على النحو التالي:

(أ) المسألة الأولى هي ما إذا كان الضمان قد أنشئ (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم الإنشاء، انظر الفصل الرابع من الدليل)؛

(ب) المسألة الثانية هي ما إذا كان الضمان نافذًا تجاه الأطراف الثالثة (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، انظر الفصل الخامس من الدليل)؛

(ج) المسألة الثالثة هي ماهية مرتبة أولوية حق الدائن المضمون في مقابل حق مطالب منازع، مثل دائن آخر، أو مدير في حالة إعسار المانح (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم الأولوية، انظر الفصل السابع من الدليل).

١٣ - وليس للحق الضماني، في واقع الأمر، قيمة عملية كبيرة إذا تعدّر إنفاذه بفعالية. ولكن هذه المسألة لا تتعلق بمدى ما للدائن المضمون من حقوق في الموجودات المرهونة وستناقش قواعد القانون الدولي الخاص بشأن الإنفاذ في جزء آخر من هذا الفصل.

١٤- وليست كل النظم القانونية تميّز بين نفاذ الحق الضمائي بين الطرفين ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة (وأولويته). وفي العديد من النظم القانونية، يصبح الحق الضمائي، الذي أنشئ بصورة صحيحة (أو حق ملكية آخر)، نافذاً بحكم تعريفه، تجاه الكافة دون اتخاذ أي إجراء إضافي. وفي تلك النظم القانونية، تنطبق ذات القاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص على نفاذ الحق الضمائي تجاه الكافة (ويمكن تحليل الأولوية أيضاً كمسألة من مسائل النفاذ). ولكن حتى النظم القانونية، التي تميّز بوضوح بين النفاذ فيما بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، ليست دائماً تنص على قاعدة منفصلة من قواعد القانون الدولي الخاص لكل مسألة من تلك المسائل، لذلك فقد تنطبق قاعدة واحدة للقانون الدولي الخاص على جميع المسائل الثلاث مما يفضي إلى انطباق قاعدة واحدة للقانون الموضوعي عليها.

١٥- وبناء على ذلك، فإن السؤال الرئيسي هو ما إذا كان ينبغي أن تنطبق قاعدة واحدة منفردة من قواعد القانون الدولي الخاص على جميع المسائل الثلاث. وتجنّب الاعتبارات السياسية، مثل البساطة واليقين، تطبيق قاعدة واحدة من قواعد القانون الدولي الخاص. وقد ذكر أعلاه أن التمييز بين هذه المسائل لا يجري أو لا يُفهم دائماً على النحو ذاته في جميع النظم القانونية، مما يثير احتمال أن يؤدي وضع قواعد مختلفة للقانون الدولي الخاص بشأن هذه المسائل إلى تعقيد التحليل أو انعدام اليقين. ولكن اختيار قانون مختلف لمسائل الأولوية في حالات معيّنة من شأنه أن يراعي بشكل أفضل مصالح الأطراف الثالثة، مثل الأشخاص الحائزين لضمان قانوني أو حقوق مماثلة (مثل الدائن بحكم قضائي أو مدير الإعسار).

١٦- وثمة تساؤل مهم آخر عما إذا كان ينبغي، فيما يتعلق بأية مسألة تعرض في هذا الشأن (أي مسألة الإنشاء أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو الأولوية)، أن تكون قاعدة القانون الدولي الخاص ذات الصلة واحدة بشأن الممتلكات الملموسة والممتلكات غير الملموسة. ومن شأن رد بالإيجاب على هذا السؤال أن يحدّ إما وجود قاعدة تستند إلى قانون مقر المانح أو قاعدة تستند إلى قانون مكان الموجودات المرهونة (قانون البلد الموجود به المال أو قانون البلد الموجود به الشيء محل الخصومة).

١٧- ومن شأن اتباع نهج يستند إلى قانون البلد الموجود به المال ألا يتمشى، فيما يتعلق بالمستحقات، 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 الممتلكات غير الملموسة غير قابلة للحيازة المادية، فإن اعتماد قانون البلد الموجود به المال باعتباره قاعدة القانون الدولي الخاص المنطبقة قد يستدعي وضع قواعد خاصة وافتراسات قانونية لتحديد الحالة الفعلية لأنواع مختلفة من الممتلكات غير الملموسة. ولهذا السبب، لا يعتبر الدليل مكان

الموجودات عامل الربط المناسب فيما يتعلق بالمتلكات غير الملموسة ويجبّذ اتباع نهج يستند عموماً إلى قانون مقر المانح (انظر التوصية ٢٠٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٨- وبالإضافة إلى ذلك، فإن توحيّ الاتساق مع اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات يقتضي تحديد مقر المانح بنفس الطريقة الواردة في الاتفاقية. 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 اتبع هذا النهج في الاتفاقية بالأساس لأنه يفضي إلى تطبيق قانون واحد يسهل تحديده ولأنه قانون الدولة التي من المرجح أكثر أن تبدأ فيها إجراءات الإعسار الرئيسية فيما يتعلق بالحييل.

١٩- وكذلك قد تدعم اعتبارات البساطة واليقين اعتماد قاعدة واحدة للقانون الدولي الخاص (مثل قانون مقر المانح)، لا فيما يتعلق بالمتلكات غير الملموسة فحسب، وإنما أيضاً فيما يتعلق بالمتلكات 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 المتلكات نفسها محكوم بقانون الدولة "باء").

٢٠- ولكن ليست كل ولاية قضائية تعتبر أن قانون مقر المانح يرتبط ارتباطاً كافياً بالحقوق الضمانية في المتلكات الملموسة، على الأقل فيما يتعلق بالبضائع "غير المنقولة" (أو حتى في بعض الفئات من المتلكات غير الملموسة، مثل الحقوق في سداد الأموال المودعة في حسابات مصرفية أو حقوق الملكية الفكرية، وهي مسألة ستعالج أدناه). وفضلاً عن ذلك، فمن شأن اعتماد قانون مقر المانح أن يفضي إلى اعتماد قانون واحد يحكم المعاملة المضمونة وقانون آخر يحكم إحالة الملكية في الموجودات ذاتها. ولاجتناب هذه النتيجة، يلزم أن تعتمد الولايات القضائية قانون مقر المانح فيما يتعلق بجميع الإحالات.

٢١- ويُضاف إلى ذلك أن من المقبول عالمياً تقريباً أن يكون الحق الحيازي محكوماً بقانون المكان المحتفظ فيه بالمتلكات. 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.

٢٢- ونظرا لجميع هذه الأسباب، يوصي الدليل بقاعدتين عامتين للقانون الدولي الخاص بشأن القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على النحو التالي:

(أ) فيما يتعلق بالمتلكات الملموسة، يكون القانون المنطبق هو قانون مكان الموجودات (انظر التوصية ٢٠٢ في الوثيقة A/CN.9/631)؛

(ب) فيما يتعلق بالمتلكات غير الملموسة، يكون القانون المنطبق هو قانون مقر المانح (انظر التوصية ٢٠٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢٣- وبما أن قواعد القانون الدولي الخاص ستكون مختلفة على العموم تبعا لكون الموجودات ملموسة أو غير ملموسة، فإن السؤال يُثار بشأن ماهية قاعدة القانون الدولي الخاص المناسبة في حالة المتلكات غير الملموسة القابلة للخضوع لحق ضماني حيازي. وفي هذا الصدد، تعامل معظم النظم القانونية فئات معينة من المتلكات غير الملموسة المثلة في مستندات ما (مثل الصكوك القابلة للتداول) معاملة المتلكات الملموسة، وهي بذلك تعترف بأن الحق الضماني الحيازي يمكن أن ينشأ في هذه الموجودات بتسليم المستند إلى الدائن. ويعامل الدليل هذه الأنواع من المتلكات غير الملموسة بوصفها ممتلكات ملموسة (للاطلاع على تعريف "المتلكات الملموسة"، انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1، المقدمة، الفرع باء، المصطلحات وقواعد التفسير) ومن ثم، تنطبق بوجه عام قاعدة القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بالمتلكات الملموسة على هذه المتلكات غير الملموسة. وبناء على ذلك، يحكم قانون الدولة التي يُحتفظ فيها بالمستندات إنشاء الحق الضماني في الصك القابل للتداول ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته (انظر التوصية ٢٠٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢٤- وثمة مسألة متعلقة بذلك تنشأ عندما تكون البضائع متمثلة في مستند ملكية قابل للتداول (مثل سند شحن). ومن الأمور المقبولة عموما أن يُعامل أيضا مستند الملكية القابل للتداول معاملة المتلكات الملموسة، ويمكن أن يخضع لرهن حيازي. وعندئذ، يكون ذلك الرهن محكوما بقانون مكان المستند (لا مكان البضاعة المشمولة). غير أن السؤال المطروح هنا هو ماهية القانون المنطبق لحل تنازع الأولوية بين الدائن المرهّن لديه 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 هذه الحالة، ينبغي أن تعطي قواعد

القانون الدولي الخاص الأسبقية للقانون الذي يحكم الرهن، على أساس أن هذا الحل سيحسّد بطريقة أفضل التوقعات المشروعة للأطراف ذات المصلحة. وتتفق هذه النتيجة مع القاعدة الموضوعية التي يقترحها الدليل (انظر التوصية ١٠٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

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

٢٥- لا تسري الاعتبارات السياسية التي تحبّد القواعد العامة للقانون الدولي الخاص الواردة أعلاه (انظر الفقرة ٢٢) 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 البضائع العابرة والبضائع المصدّرة. وليس الغرض من هذه البضائع أن تظل في مكانها الأولي، وقد تعبر حدود عدة دول قبل أن تصل إلى وجهتها النهائية. وتوضّح الفقرات التالية القاعدتين العامتين للقانون الدولي الخاص المشار إليهما أعلاه واستثناءاتهما.

(أ) القاعدة العامة: قانون مكان الموجودات المرهونة (قانون البلد الموجود به المال أو قانون البلد الموجود به الشيء محل الخصومة)

٢٦- يخضع إنشاء حق ضماني في ممتلكات ملموسة ونفاذه تجاه أطراف ثالثة وأولويته بوجه عام، كما أشير إلى ذلك أعلاه، لقانون الدولة التي بها الموجودات المرهونة (انظر التوصية ٢٠٢ في الوثيقة A/CN.9/631). ومن الأمثلة المتكرّرة 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 أيضا مخزونات أخرى في دولة أخرى (الدولة "باء")، فسيُلزم الوفاء بشروط الدولة "باء" ذات الصلة لكي تعترف محاكم الدولة "ألف" بأن المخزونات الموجودة في الدولة "باء" تخضع لحقوق الدائن المضمون.

٢٧- ولا تُميّز القاعدة العامة للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالممتلكات 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 بالممتلكات غير الملموسة التي تعامل معاملة الممتلكات 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 الحيابة.

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

٢٨- فيما يتعلق بالبضائع العابرة أو البضائع المعترزم تصديرها، يؤدي انطباق قانون مكان البضائع إلى انطباق قانون الدولة التي توجد فيها البضائع وقتما تنشأ مسألة ما. وهذا يعني أن على الدائنين المضمونين رصد الموجودات واتباع شروط دول مختلفة لضمان تمتعهم دون انقطاع بحق ضماني نافذ. ومن النهوج الكفيلة بتجنّب هذه النتيجة، أن تعترف المحكمة في الوجهة النهائية (أو الوسيطة) بنفاذ الحق الضماني الذي نشأ وأصبح نافذا تجاه أطراف ثالثة بمقتضى قانون المكان الأول. وسيجسّد هذا النهج توقعات الأطراف في المكان الأول للبضائع، ولكنه قد يتناقض مع توقعات الأطراف التي اعتمدت على المكان الفعلي للموجودات وقدّمت ائتمانا للمانح وفقا لشروط قانون وجهة البضائع النهائية.

٢٩- ومن النهوج الأخرى أن تعترف المحكمة في الوجهة النهائية بأن الحق الضماني الذي نشأ وأصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون مكان البضائع الأول هو حق نافذ لفترة زمنية محدودة بما يتيح للطرفين في الوجهة الأولى مهلة للوفاء بشروط قانون دولة الوجهة النهائية للاحتفاظ بحقهم الضماني كما أنشئ أصلا وأصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ومن شأن هذا النهج أن يوازن مصالح الأطراف في الولايات القضائية المختلفة (وهذا ما يوصي به الدليل عموما في واقع الأمر فيما يتعلق بجميع الممتلكات المموسسة، انظر التوصيتين ٤٦ و٢١٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣٠- وثمة نهج إضافي يتمثل في ترك الدائن المضمون يختار بين إنشاء حقه الضماني وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون دولة المكان الأول للبضائع أو بمقتضى قانون دولة الوجهة النهائية (أو الوسيطة) للبضائع (انظر التوصية ٢٠٣ في الوثيقة A/CN.9/631). وقد يمكن هذا النهج الدائن المضمون الوثائق بأن البضائع ستصل إلى مكان وجهتها المقصودة من أن يعتمد على قانون ذلك المكان لإنشاء حقه الضماني وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة. فإن لم يكن واثقا، فسيصبح عليه، متى أنشئ الحق الضماني أثناء وجود البضائع في مكانها الأول، أن يفى بالشروط الخاصة بالإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة لمكان الموقع الأول ولكل دولة قد تعبرها البضائع ولمكان الوجهة النهائية، لكي يبقى الحق الضماني نافذا تجاه

الأطراف الثالثة. وفي جميع الأحوال، تكون الأولوية دائماً رهنا بقانون مكان البضائع وقتما ينشأ نزاع بشأن الأولوية.

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

٣١ - من المقبول عموماً، كما ورد سابقاً، أن يحكم قانون الدولة التي يوجد فيها الصك (قانون البلد الموجود به المال) إنشاء الحق الضماني في صك قابل للتداول ونفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. ولكن يمكن كذلك في بعض النظم القانونية أن يصبح الحق الضماني في صك قابل للتداول نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في المكان الذي يوجد فيه المانح. وفي هذه الحالة، من المنطقي الاستناد إلى قانون دولة مقر المانح لتقرير ما إذا كان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قد تحقق بالتسجيل. وهذا النهج مقصور في كل الأحوال على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة المتحقق بالتسجيل. ويحكم قانون المكان الفعلي للصك دائماً أولوية الحق الضماني في الصك (انظر التوصية ٢٠٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

(د) الاستثناءات المتعلقة ببعض أنواع الموجودات

٣٢ - عادة ما تخضع القاعدة العامة للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة لبعض الاستثناءات حيثما لم يشكل مكان الممتلكات عامل الربط المناسب (مثل البضائع التي تُستعمل عادة في عدة دول) أو لم يتناسب مع التوقعات المعقولة للطرفين (مثلاً البضائع التي يجب تسجيل ملكيتها في سجلات خاصة).

١٤٤ البضائع المنقولة

٣٣ - البضائع المنقولة هي البضائع التي تعبر، في سياق العمل المعتاد، حدود الدول (مثل الطائرات أو السفن وفي بعض الحالات السيارات). وقد يضطر المانح الذي يضطلع بمشروع إنشائية في عدة دول، على سبيل المثال، إلى إنشاء حقوق ضمانية في الآلات التي تنتقل على نحو دوري من دولة إلى أخرى لأغراض ذلك العمل، أو قد يحتاج المانح 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 للقانون الدولي الخاص على ممتلكات ملموسة من هذا النوع أن يتحقق الدائن المضمون من المكان الحقيقي لكل آلة أو لكل مركبة وقت إنشاء الضمان. 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 يفني 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 نزاع على الأولوية، وبالتالي يتعدّر تحديد نظام الأولوية الواجب تطبيقه لتسوية النزاع. ولتجنّب هذه المشاكل وما ينجم عنها من التكاليف والشكوك، تنص العديد من النظم القانونية على أن إنشاء الحق الضماني في الممتلكات الملموسة من النوع الذي يستخدم عادة في أكثر من دولة واحدة، ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته أمور يحكمها قانون الدولة التي بها المانح (اللهم إذا كانت ملكية الممتلكات من ذلك النوع خاضعة للتسجيل في سجل خاص يسمح كذلك بتسجيل الحقوق الضمانية، انظر الفقرة ٣٤ أدناه، وانظر أيضا التوصية ٢٠٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢٤ الممتلكات الملموسة الخاضعة لتسجيل متخصص

٣٤- تُسجّل ملكية بعض فئات الممتلكات الملموسة في بعض الأحيان في سجلات متخصصة، وهو ما ينطبق بوجه عام على الطائرات والسفن، وفي بعض الدول على السيارات. وطالما كان السجل الذي تسجل فيه يسمح كذلك بتسجيل الحقوق الضمانية، يمكن الإشارة إلى قانون الدولة التي يدار تحت سلطتها السجل المعني لتحديد القانون الذي يحكم إنشاء حق ضماني في موجودات تخضع للتسجيل في مثل هذا السجل المتخصص، ويحكم نفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. ومن شأن إجراء بحث في السجل أن يكشف عن حقوق الملكية وعن الحقوق الضمانية فيما يتعلق بهذه الموجودات. وقد تستند هذه القاعدة إلى القانون الوطني (انظر التوصية ٢٠٢ في الوثيقة A/CN.9/631)، أو إلى الاتفاقيات الدولية، التي تكون لها الأسبقية (مثل اتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة والبروتوكولات ذات الصلة التي أبرمها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص).

٤- القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الممتلكات غير الملموسة ونفاذه

تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

(أ) القاعدة العامة: قانون مقر المانح

٣٥- يحكم قانون الدولة التي يوجد بها مقر المانح، في بعض النظم القانونية، إنشاء الحق الضماني في الممتلكات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. فإذا أنشأ مُصدّر ما مقره في الدولة "ألف" حقا ضمانيا في مستحقات يملكها 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).

٣٦- وفي نظم قانونية أخرى، يحكم قانون مكان الموجودات كذلك إنشاء الحق الضماني في الممتلكات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. ومن الضروري، في تلك النظم القانونية، تحديد مكان الموجودات غير الملموسة (مثلاً، فيما يتعلق بالمستحقات، يُحدد مكان المدين بالمستحقات). وفي تلك النظم القانونية، يحكم قانون مكان الموجودات غير الملموسة (قانون البلد موضع المال) جميع تلك المسائل.

٣٧- ويتمتع قانون مقر المانح بعدة مزايا مقارنة بقانون البلد الموجود به المال. فهو قانون واحد، بما أن المحيل هو دائماً شخص واحد لا يتغير حتى وإن كانت الإحالة تتصل بالعديد من المستحقات المدين بها دائنون مختلفون (لا تثير الإحالات اللاحقة، من "ألف" إلى "باء" ومن "باء" إلى "جيم"، مسائل عن الأولوية، لأن محيلاً واحداً يحل محل آخر). 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 في حالة وجود أماكن عمل في أكثر من دولة واحدة) هو قانون الدولة التي يُرحح أن تبدأ فيها إجراءات الإعسار الرئيسية فيما يتعلق بالمحيل.

٣٨- وعلاوة على ذلك، ورغم أن قانون مكان الموجودات المرهونة (قانون البلد موضع المال) مُجدد في معظم حالات الممتلكات الملموسة، فثمة صعوبات جمة تنشأ جراء تطبيق قانون البلد الموجود به المال على الممتلكات غير الملموسة، من زاوية 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 الموطن القانوني للمدين بالمستحقات أو مكان عمله أو محل إقامته الرئيسي. ويوجب رأي إضافي اعتبار المستحق موجوداً في الدولة التي يحكم قانونها العلاقة التعاقدية بين الدائن الأصلي (أي المانح) والمدين. وتفرض جميع البدائل السابقة على المحال إليه المحتمل عبء القيام بتحريرات وقائعية وقانونية مفصلة. وعلاوة على ذلك، فقد يتضح استحالة أن يحدد المحال إليه، في العديد من الحالات، بيقين المكان الصحيح للمستحقات. بما أن معايير تحديد ذلك المكان يمكن أن تتوقف على ممارسات العمل أو على إرادة الأطراف في العقد المنشئ للمستحقات. وبناء على ذلك، فإن استخدام قانون البلد الموجود به المال باعتباره القانون المنطبق على حقوق ضمانية تتضمن مستحقات لن

يؤدي إلى توفير اليقين وقابلية التنبؤ، وهما هدفان أساسيان لأي نظام سليم من نظم القانون الدولي الخاص في مجال المعاملات المضمونة.

٣٩- يُضاف إلى ذلك أنه حتى وإن كان النظام القانوني يتضمن أحكاماً مفصلة تسمح للدائن المضمون المحتمل أو الموجود بالتأكد بسهولة وموضوعية من قانون مكان المستحقات، فهناك صعوبات عملية سوف تترتب عليه في معاملات تجارية عديدة مع ذلك 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 البلد الموجود به المال، في هذه الحالة مثلاً، ليحكم الأولوية ليس قراراً سياسياً حصيفاً، لأن قواعد الأولوية المطبقة يمكن أن تختلف باختلاف المستحقات المُحالة. وبالإضافة إلى ذلك فسوف يتعذر على الدائن المضمون، عندما لا تكون المستحقات الآجلة خاضعة لحق ضماني، أن يتأكد من درجة حقوقه الخاصة بالأولوية وقت إجراء المعاملة، لأن موضع تلك المستحقات الآجلة يكون مجهولاً حينئذ.

٤٠- وبالنظر إلى ما سبق، يوصي الدليل باختيار قانون الدولة التي يوجد بها مقر المانح (انظر التوصية ٢٠٤ في الوثيقة A/CN.9/631). وتتفق معايير تحديد مقر المانح مع المعايير الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات (انظر التوصية ٢١٥ في الوثيقة A/CN.9/631).

(ب) الاستثناءات فيما يتعلق ببعض أنواع الموجودات

٤١- ثمة ثلاث فئات من الممتلكات غير الملموسة تسري عليها اعتبارات مختلفة، وليس مقر المانح هو أنسب عامل ربط (ولا هو عامل الربط الوحيد) لاختيار القانون المنطبق بشأنها، وهي: الحقوق في سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي، والعائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل، والمستحقات المتأتية من معاملة تتصل بممتلكات غير منقولة.

١٠٤٠ الحقوق في سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي

٤٢- فيما يتعلق بإنشاء حق ضماني في الحقوق في سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي، ونفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وإنفاذه، وكذلك حقوق والتزامات المصرف الوديع، تُتبع نهج مختلفة باختلاف النظم القانونية (للاطلاع على تعريف "الحساب المصرفي"، انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1، المقدمة، الفرع بء، المصطلحات وقواعد التفسير). ومن النهج المتبعة الرجوع في تلك المسائل إلى قانون الدولة التي يوجد بها الفرع

الذي به الحساب. وفي إطار هذا النهج، يتعزّز اليقين والشفافية فيما يتعلق بالقانون المنطبق، إذ يسهل تحديد مكان الفرع المعني في أية علاقة ثنائية بين المصرف والزرّون. وبالإضافة إلى ذلك، يجسّد هذا النهج التوقعات العادية للأطراف في المعاملات المصرفية الجارية. ومن شأنه كذلك أن يفضي إلى تطبيق القانون ذاته على جميع المسائل (كالقروض، والمسائل الضريبية أو التنظيمية) المتصلة بالأنشطة المصرفية.

٤٣- وثمة نهج آخر يتمثل في الإشارة إلى القانون المحدد في الاتفاق المصرفي بوصفه القانون الذي يحكم الاتفاق المصرفي أو إلى أي قانون آخر محدد بصراحة في الاتفاق المصرفي، شريطة أن يكون لدى المصرف الوديع فرع في تلك الدولة. وإذا لم يحدد الاتفاق المصرفي أي قانون، يُحدّد القانون المنطبق باستخدام المعايير الاحتياطية ذاتها الواردة في المادة ٥ من اتفاقية لاهاي للأوراق المالية. وفي إطار هذا النهج، يستجيب القانون المنطبق لتوقعات الأطراف في الاتفاق المصرفي. وبالإضافة إلى ذلك، لن تكون هناك حاجة لتحديد مكان الحساب المصرفي، وهو أمر قد يصعب تحديده. وبإمكان الأطراف الثالثة كذلك أن تتحقق من القانون المنصوص عليه في الاتفاق المصرفي، لأن المانح - صاحب الحساب يُقدّم معلومات عن الاتفاق المصرفي للحصول على ائتمان من المقرض استناداً إلى الأموال المودعة في الحساب.

٤٤- وكما هو الشأن فيما يخص الصكوك القابلة للتداول، ينطبق قانون الدولة التي يوجد بها مقر المانح على نفاذ الحق الضماني في حق في سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة، حيثما كان من الممكن أن يتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في المكان الذي يوجد به مقر المانح (انظر الفقرة ٣١ أعلاه).

٢٤ العائدات المتأتمية بمقتضى تعهّد مستقل

٤٥- في العديد من النظم القانونية، يجري الرجوع في مسائل نفاذ حق ضماني في العائدات المتأتمية بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة وأولوية هذا الحق وإنفاذه، وكذلك حقوق والتزامات الضامن/المصدر، أو المثبت أو أي شخص مسمى إلى القانون المحدد في التعهد المستقل (للاطلاع على تعريف "الحق في العائدات المتأتمية بمقتضى تعهّد مستقل"، انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1، المقدمة، الفرع بء، المصطلحات وقواعد التفسير، وللإطلاع على هذا النهج، انظر التوصية ٢٠٨ في الوثيقة A/CN.9/631). وإذا لم يكن القانون الحاكم محددًا في التعهد المستقل، يُرجع في تلك المسائل إلى قانون الدولة التي يوجد بها المكتب المعني للشخص الذي قدّم التعهّد (أو وافق على أدائه، تبعاً للحالة) (انظر التوصية ٢٠٩ في الوثيقة A/CN.9/631). ويوفّر هذا النهج اليقين وقابلية التنبؤ فيما يتعلق

بالقانون المنطبق على تلك المسائل، كما أنه يتمشى مع التوقعات العادية للأطراف في هذه المعاملات. وعلى غرار إنشاء حق ضماني في مثل هذه الموجودات، يجري الرجوع إلى قانون مقر المانع، للأسباب الواردة أعلاه فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في المستحقات ولأن الإنشاء لا يقتضي سوى نفاذ الحق الضماني فيما بين الأطراف في اتفاق الضمان ولا يمس حقوق الأطراف الثالثة.

٤٦- وباستثناء الإنشاء، تخضع المسائل المشار إليها في الفقرة السابقة للقانون الذي يحكم المستحق أو الصك القابل للتداول، إذا صدر تعهد مستقل لضمان أداء التزام ما بمقتضى المستحق أو الصك القابل للتداول، وحصل الدائن الذي يتمتع بحق في المستحق أو الصك القابل للتداول أو غير ذلك من الموجودات غير المموسة حصولا تلقائيا، بمقتضى القانون المنطبق، على فوائد الحق الضماني في العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل (انظر التوصية ٢١٠ في الوثيقة A/CN.9/631). ويبرر هذا النهج، بما تلميه الرغبة في الاتساق من ضرورة تطبيق القانون نفسه على الحق الضماني في أي مستحق أو في صك قابل للتداول بحيث يشمل تلقائيا الحقوق التي تضمن أداء المستحق أو الصك القابل للتداول.

٣٤ المستحقات المتصلة بالمتلكات غير المنقولة

٤٧- عندما ينشأ المستحق من بيع أو تأجير ممتلكات غير منقولة أو عندما تضمنه ممتلكات غير منقولة، فإن قانون الدولة التي بها مقر المانع، هو الذي يحكم عادة جوانب الملكية من الحق الضماني في المستحق أسوة بأي مستحق آخر. ولكن إذا نشأ نزاع على الأولوية، وكان واحد على الأقل من المطالبين المتنازعين قد سجل حقه في سجل الممتلكات غير المنقولة في الدولة التي توجد بها الممتلكات، فإن النزاع على الأولوية يُسوَّى وفقا لقانون تلك الدولة (انظر التوصية ٢٠٥ في الوثيقة A/CN.9/631).

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

٤٨- يوجد نهجان متبعان عموما لتحديد القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته (للاطلاع على تعريف "العائدات"، انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1، المقدمة، الفرع باء، المصطلحات وقواعد التفسير).

٤٩- 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. ويحكم قانون الدولة "ألف" (قانون مكان المخزونات)، بوجه خاص، النزاع 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. ومن جهة أخرى، قد يفضي هذا النهج إلى انطباق قانون آخر غير القانون الذي يتوقع ممولو المستحقات أن ينطبق على حقوقهم في المستحقات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية.

٥٠ - ومن عيوب هذا النهج الآخر أن ممول المستحقات لا يستطيع أن يتنبأ بالقانون المنطبق لأن اختيار القانون الحاكم يتوقف على ما إذا كان النزاع سينشأ مع ممول مخزونات (وفي هذه الحالة فإن قانون مكان المخزونات هو المنطبق) أو مع مطالب منازع آخر (وفي هذه الحالة فإن قانون مقر المانح هو المنطبق). ولا يقدم هذا النهج كذلك أي حل في حالة نشوء نزاع ثلاثي بين ممول المستحقات وممول المخزونات ومطالب آخر منازع. 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 الاستناد إلى قانون مقر المانح.

٥١ - 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 مقر المانح) على إنشاء حق ضماني في المستحقات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. وتدعم اعتبارات البساطة واليقين هذا النهج. ومن مميزاته إمكانية تحديد القانون المنطبق دائماً بصرف النظر عن الأطراف في النزاع.

٥٢ - بيد أن هناك نهجاً آخر يجمع بين النهجين المشار إليهما سابقاً، ويجعل الثاني منهما قاعدة تطبق على نفاذ الحق الضماني في العائدات تجاه الأطراف الثالثة وأولويته، بينما يطبق الأول على إنشاء ذلك الحق. وفي إطار هذا النهج، تخضع مسألة انسحاب الحق الضماني على العائدات لأحكام القانون المنطبق على إنشاء حق في الموجودات المرهونة الأصلية التي تأتت منها العائدات، بينما يخضع نفاذ حق الملكية في العائدات تجاه الأطراف الثالثة وأولوية ذلك الحق للقانون الواجب الانطباق على هذه المسائل فيما لو كانت العائدات موجودات

مرهونة أصلية. ومن شأن هذا النهج أن يفى 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 يفى بتوقعات ممولي المستحقات فيما يتعلق بالقانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في مستحقات كموجودات مرهونة أصلية و نفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. وأخيراً، من شأن هذا النهج أن يكفل لممول المخزونات إمكانية الاستناد إلى القانون الذي يحكم حقه الضماني للبت فيما إذا كان هذا الحق ينسحب على العائدات، ومن شأنه أن يسمح للمطالبين المتنازعين جميعهم بأن يحددوا على وجه اليقين القانون الذي سيحكم أي نزاع يُحتمل أن ينشأ حول الأولوية (انظر التوصية ٢١١ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦- القانون المنطبق على حقوق والتزامات الأطراف في اتفاق الضمان

٥٣- وفقاً لما أُشير إليه فيما سبق (انظر الفقرة ٩)، 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 اتفاق الضمان، حيث يحكم هذه الحقوق والتزامات القانون الذي تختاره هذه الأطراف، فإن لم تختتر قانوناً، فيحكمها القانون الذي يحكم الاتفاق على النحو الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص المنطبقة بوجه عام على الالتزامات التعاقدية (انظر التوصية ٢١٢ في الوثيقة A/CN.9/631). ففي حال عدم اختيار الأطراف مثلاً أي قانون، فإن الحقوق والتزامات المتبادلة للأطراف في اتفاق الضمان قد تخضع للقانون الأوثق صلة باتفاق الضمان (انظر الفقرة ١ من المادة ٤ من اتفاقية روما). ويمكن افتراض أن اتفاق الضمان، الذي يضمن القرض، هو أوثق العوامل صلة بالدولة التي توجد فيها الإدارة المركزية للطرف المؤدي للالتزام المميز لاتفاق الضمان، أو التي بها محل إقامته المعتاد (انظر الفقرة ٢ من المادة ٤ من اتفاقية روما). ويمكن في مثل هذا الاتفاق الضماني أن يكون هذا الطرف هو المقرض، وأما في حالة البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية فقد يكون البائع.

٧- القانون المنطبق على حقوق الأطراف الثالثة المُلتزمة والتزاماتها

٥٤- تتضمن الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة بوجه عام أطرافاً ثالثة مثل المدين بمستحق أو الملتزم بمقتضى صك قابل للتداول، أو المصرف الوديع، أو الضامن/المصدر أو المثبت أو أي شخص مسمى في تعهد مستقل، أو مصدر صك قابل للتداول. وقد لا

تكون قواعد القانون الدولي الخاص 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 ناشئ عن الموجودات المرهونة ولكنها لا تشارك في المعاملة التي يتصل بها اتفاق الضمان.

٥٥- 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 حقوق الملتزم بمقتضى صك قابل للتداول، أو على المصرف الوديع أو الضامن/المصدر أو المثبت أو أي شخص مسمى في تعهد مستقل، أو مُصدر مستند قابل للتداول حيثما كانت الموجودات المرهونة مستندا قابلا للتداول أو حقا في سداد أموال مقيمة في حسابات مصرفية أو عائدات بمقتضى تعهد مستقل أو مستندات قابلة للتداول (انظر التوصيات ٢٠٦ و ٢٠٨ و ٢١٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

٨- القانون المنطبق على إنفاذ الحق الضماني

٥٦- في معظم النظم القانونية، تخضع المسائل الإجرائية لأحكام قانون الدولة التي تُتخذ فيها الخطوات الإجرائية ذات الصلة. ولكن الإنفاذ قد يتصل بمسائل موضوعية أو إجرائية. ورغم أن المحكمة تستخدم قانون بلدها لتحديد ما هو موضوعي وما هو إجرائي، ففيما 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)، وصلاحيات الدائن المضمون لتحصيل مستحقات هي موجودات مرهونة، والتزامات الدائن المضمون تجاه دائني المانح الآخرين.

٥٧- ومن ثم، فحيثما نشأ حق ضماني وأصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون دولة ما، ولكن يُسعى لإنفاذه في دولة أخرى، يصبح التساؤل، فيما يتعلق بمسائل الإنفاذ الموضوعية، عن القانون الواجب التطبيق وبالتالي حول 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 أي نظام قضائي، اللهم إن استوفيت شروط معينة

لحماية المانح، بينما قد يستدعي قانون مكان الإنفاذ تدخلا قضائيا. ولكل من هذين الحليين الممكنين لهذه المسألة مزاياه وعيوبه.

٥٨- ويتمثل أحد النهوج في الرجوع في سبل الانتصاف الإنفاذية إلى قانون مكان الإنفاذ، أي قانون المحكمة (قانون البلد الذي تُقام فيه الدعوى). ومكان إنفاذ الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة هو، في معظم الحالات، مكان الموجودات، في حين أن مكان إنفاذ الحق الضماني في ممتلكات غير ملموسة هو غالبا مقر المانح. ومن الأسباب السياسية التي تدعم هذه القاعدة 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 توجد فيها الممتلكات موضوع الإنفاذ (ويمكن أن يتطابق أيضا مع القانون الذي يحكم الأولوية إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص في الدولة المعنية تشير إلى ذلك المكان فيما يخص مسائل الأولوية)؛

(ج) أن الاشتراطات واحدة لجميع الدائنين الذين يعترمون ممارسة الحقوق على موجودات المانح بغض النظر عما إذا كانت تلك الحقوق داخلية أو خارجية من حيث المنشأ.

٥٩- ومن جهة أخرى، فإن اختيار قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى يمكن أن يؤدي إلى انعدام اليقين متى كانت الموجودات المرهونة مؤلفة من ممتلكات 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 مثيرا للجدل لأنه يستدعي وضع معايير لتحديد مكان المستحقات (انظر الفقرة ٣٨ أعلاه). وعلاوة على ذلك، قد يوجد الدائن المضمون في دولة مختلفة وقت اتخاذ خطوات الإنفاذ الأولى. وعندما يتعلق الأمر بإحالة إجمالية تنطوي على مستحقات متصلة بعدة دول، فإن قوانين متنوعة يمكن أن تنطبق على الإنفاذ. وستكون النتيجة واحدة إذا ما توجّب تنفيذ إجراء إنفاذ واحد في دولة ما (كإشعار المدين بالمستحقات مثلا) وتنفيذ إجراء آخر في دولة أخرى (كجمع المستحقات أو بيعها). وإذا كان الأمر يتعلق بمستحقات آجلة، فإن الدائن المضمون قد يجهل، وقت الإحالة، القانون الذي سيحكم سبل انتصافه الإنفاذية. ومن المرجح أن يكون لانعدام اليقين هذا فيما يتعلق بالقانون المنطبق تأثير سلبي على توافر الائتمان وعلى تكاليفه.

٦٠- ومن الشواغل الأخرى أن قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى قد لا يتفق مع نوايا الأطراف. فقد تتوقع الأطراف 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.

٦١- 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 المتنازعين). 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.

٦٢- وثمة نهج ثالث ممكن يتمثل في اعتماد قاعدة يمكن بمقتضاها للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية للأطراف أن يحكم أيضاً مسائل الإنفاذ. وكثيراً ما يتفق هذا النهج مع توقعاتها، ويتطابق في كثير من الحالات مع القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني لأن ذلك القانون كثيراً ما يُختار باعتباره أيضاً قانون التزاماتها التعاقدية. غير أن هذا النهج يكفل للأطراف عندئذ حرية أن تختار لمسائل الإنفاذ قانوناً آخر غير قانون المحكمة أو القانون الذي يحكم الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية. وهو حل غير ملائم للأطراف الثالثة التي ليست لديها وسيلة للتأكد من طبيعة سبل الانتصاف التي قد يلجأ إليها الدائن المضمون تجاه ممتلكات مدينهم المشترك.

٦٣- 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 للمحكمة، أو القانون الذي يحكم الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية.

٦٤- ومن النهج الأخرى محاولة التوفيق بين مزايا النهج المستندة إلى قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى والقانون الذي يحكم الأولوية. ويمكن بمقتضى هذا النهج أن يحكم قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى إنفاذ الحق الضماني في الممتلكات الملموسة بينما يخضع إنفاذ

الحق الضماني في الممتلكات غير الملموسة لأحكام ذات القانون المنطبق على الأولوية (انظر التوصية ٢١٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

٩- قواعد تحديد المكان والوقت الملائم لذلك

٦٥- نظرا لأن القواعد العامة للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة وغير الملموسة تشير إلى مكان الموجودات المرهونة ومقر المانح، على التوالي، فمن الضروري تيسير تحديد مكان كل منهما. وعادة ما يُنظر إلى مكان الممتلكات 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 للشخصية الاعتبارية في دولة أخرى غير الدولة التي يوجد فيها مكان عملها الرئيسي أو مركز اتخاذ القرار فيها.

٦٦- 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 ٢١٥ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦٧- وأيا كان عامل الربط المستخدم لتحديد أنسب قواعد القانون الدولي الخاص لأية مسألة معيّنة، فقد يتغير بعد إنشاء الحق الضماني. فعلى سبيل المثال، عندما يكون القانون المنطبق هو قانون الولاية القضائية التي يوجد فيها المكتب الرئيسي للمانح، قد ينقل المانح مكتبه الرئيسي لاحقا إلى ولاية قضائية أخرى. وبالمثل، عندما يكون القانون المنطبق هو قانون الولاية القضائية التي توجد فيها الموجودات المرهونة، قد تُنقل الموجودات إلى ولاية قضائية أخرى. ومن الضروري من ثم تحديد الوقت الملائم لتعيين المكان.

٦٨- وإذا لم تعالج هذه المسألة بصورة محدّدة، فقد تؤول القاعدة العامة للقانون الدولي الخاص بشأن الإنشاء والنفوذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية على أنها تعني أنه في حال تغيير عامل الربط ذي الصلة، يبقى القانون الحاكم الأصلي ساريا على مسائل الإنشاء (لأنها نشأت قبل التغيير، بينما ينطبق القانون الحاكم اللاحق على الأحداث التي تقع بعد ذلك والتي تثير مسألتي النفوذ تجاه الأطراف الثالثة أو الأولوية). وعلى سبيل المثال، حينما يكون القانون المنطبق على النفوذ 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.

٦٩- بيد أن صمت القانون بشأن هذه الأمور قد يثير تفسيرات أخرى، منها ما قد يذهب مثلا إلى أن القانون الحاكم اللاحق يحكم أيضا الإنشاء بين الطرفين متى وقع نزاع بشأن الأولوية بعد التغيير (على أساس أنه من حق الأطراف الثالثة المتعاملة مع المانح أن تحدّد القانون المنطبق فيما يخص جميع المسائل استنادا إلى عامل الربط الفعلي باعتباره عامل الربط الساري وقت تعاملتهما).

٧٠- ويلزم من ثم، فيما يبدو، توفير توجيهات بشأن هذه المسائل لاجتناب تبدّد اليقين، لأن أي تغيير في عامل الربط يمكن أن يؤدي إلى تطبيق قانون غير القانون الذي تتوقع الأطراف انطباقه إذا كان لقانون المكان أو المقر الجديد للموجودات أو المانح قاعدة مختلفة في القانون الدولي الخاص. ولأغراض تحديد القانون المنطبق على الإنشاء، عادة ما يكون المكان المعني هو مكان الموجودات المرهونة أو مقر المانح وقت الإنشاء. ولأغراض تحديد القانون المنطبق على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، فإن المكان المعني هو المكان الذي نشأت فيه المسألة (انظر التوصية ٢١٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٠- السياسة العامة والقواعد الإلزامية دوليا

٧١- وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص المنطبقة عموما، لا يجوز للمحكمة أن ترفض تطبيق القانون المنطبق بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص التي تعمل بها إلا إذا كان أثر هذا التطبيق مخالفا بوضوح للسياسة العامة لدولة المحكمة أو حيثما كان هذا الأثر مخالفا للأحكام الإلزامية لقانون دولة المحكمة. والغرض من هذه القاعدة هو المحافظة على المبادئ الأساسية للعدالة في دولة المحكمة. فإذا لم يكن بالإمكان، بمقتضى القانون في دولة المحكمة، إنشاء حق ضماني في مستحقات التقاعد على سبيل المثال، وكان ذلك من مسائل السياسة العامة أو القانون الإلزامي في الدولة المقام بها الدعوى، جاز لتلك الدولة أن ترفض تطبيق أي حكم من أحكام القانون المنطبق يعترف بمثل ذلك الحق. ولكن لا يجوز لها أن تطبق بدل ذلك قانونها على مسائل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو الأولوية، إلا إذا كان قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى هو القانون المنطبق (انظر التوصية ٢١٨ في الوثيقة A/CN.9/631). ويُبرر هذا النهج بالحاجة إلى اجتناب المساس باليقين فيما يتعلق بالقانون المنطبق على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية. 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 - قواعد خاصة عندما يكون القانون المنطبق هو قانون دولة متعددة الوحدات

٧٢- يشير مصطلح "الدولة" في الدليل إلى دولة أو بلد ذي سيادة. ولكن التساؤل يثور حول ماهية القانون المنطبق إذا كانت قاعدة القانون الدولي الخاص تشير، في مسألة ما، إلى دولة مؤلفة 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 لوحداتها الإقليمية. ولكي تسري قواعد القانون الدولي الخاص عندما يكون القانون المنطبق هو قانون تلك الدولة (حتى وإن لم تكن الدولة التي تقام بها الدعوى متعددة الوحدات)، من الضروري تحديد الوحدة الإقليمية التي سينطبق قانونها.

٧٣- وعادة ما يقصد بالإشارة إلى قانون هذه الدولة القانون الساري في الوحدة الإقليمية ذات الصلة، المحددة استناداً إلى عامل الربط المنطبق (مثل مكان الموجودات أو مقر المانح). وعلى سبيل المثال، إذا كان القانون المنطبق هو قانون دولة متعددة الوحدات مؤلفة 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 ٢١٩، الفقرة الفرعية (أ) في الوثيقة A/CN.9/631).

٧٤- وللحفاظ على اتساق القواعد الداخلية للقانون الدولي الخاص في دولة متعددة الوحدات، ينص القانون بوجه عام على أن هذه القواعد تبقى منطبقة، ولكن داخليا فقط (انظر التوصيتين ٢١٩، الفقرة الفرعية (ب) و ٢٢٠ في الوثيقة A/CN.9/631). وباستخدام المثال الوارد في الفقرة السابقة يجوز، إذا كان مقر المانح في الوحدة "ألف" لدولة متعددة الوحدات، تطبيق 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" تتوتخى (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 وأولويته. ويبدو أن ذلك يعتبر خروجاً عن القاعدة العامة المتعلقة باستبعاد الإحالة إلى قانون آخر (انظر التوصية ٢١٧ في الوثيقة A/CN.9/631). 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 للمانح يوجد في دولة أخرى غير الدولة التي تنتمي إليها الوحدة "ألف".

٧٥- ولا تنطبق هذه القواعد إلا على المسائل التي تحكمها، في الدولة المتعددة الوحدات ذات الصلة، قوانين وحداتها الإقليمية. وقد لا يكون لهذه القواعد أثر في دولة اتحادية ينص دستورها على أن مسائل المعاملات المضمونة تحكمها القوانين الاتحادية. وقد لا تنطبق هذه القواعد كذلك إذا كان القانون المنطبق هو قانون دولة ذات وحدات متعدّدة وولايات قضائية متعدّدة يؤدي فيها، عن غير قصد، تطبيق هذه الإحالة من هذا القبيل، إلى انعدام اليقين فيما يتعلق بالقانون المنطبق.

باء- التوصيات

[ملحوظة إلى اللجنة: نظراً إلى أن الوثيقة A/CN.9/631 تتضمن مجموعة موحّدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، ربما تود اللجنة أن تلاحظ أن التوصيات لم تستنسخ هنا. ومتى وضعت التوصيات في صيغتها النهائية فستستنسخ في نهاية كل فصل].