

Distr.: Limited  
11 June 2004  
Arabic  
Original: English

## الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي  
الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)  
الدورة السادسة

فيينا، ٢٧ أيلول/سبتمبر - ١ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٤

## المصالح الضمانية

## مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

## تقرير الأمين العام

إضافة

## المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٣٢-١	عاشرا- تنازع القوانين .....
٢	٣٢-١	ألف- ملاحظات عامة .....
٢	٩-١	١- مقدمة .....
٢	٥-١	أ- الغرض من قواعد تنازع القوانين .....
٣	٩-٦	ب- نطاق قواعد تنازع القوانين .....
٥	١٨-١٠	٢- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالانشاء والنفاد تجاه الأطراف الثالثة والألوية .....
٧	٢٠-١٩	٣- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في العائدات .....
٨	٢٥-٢١	٤- مفعول التغيير اللاحق في العامل الرابط .....
٩	٣١-٢٦	٥- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بمسائل الإنفاذ .....
١١	٣٢	٦- تأثير الإعسار على قواعد تنازع القوانين .....
١١		باء- التوصيات .....



## عاشرا- تنازع القوانين

## ألف- ملاحظات عامة

## ١- مقدمة

## أ- الغرض من قواعد تنازع القوانين

١- يناقش هذا الفصل قواعد تحديد القانون المنطبق على الحق الضماني فيما بين المانح والدائن المضمون وسريانه تجاه أطراف ثالثة والأولية والإنفاذ. ويشار إلى هذه القواعد عادة بقواعد تنازع القوانين، وهي تحدّد أيضا النطاق الاقليمي للقواعد الموضوعية المرتآة في الدليل (أي ما إذا كانت القواعد الموضوعية للدولة التي تشترع النظام 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 ما دامت قاعدة تنازع القوانين بشأن مسائل الأولوية تشير إلى قوانين تلك الدولة. وإذا نصّت قاعدة التنازع على أن القانون الذي يحكم الأولوية هو قانون دولة أخرى، فإن الأولوية النسبية لمطالبين متنافسين ستحدّد عندئذ وفقا لقانون تلك الدولة الأخرى، لا وفقا لقواعد الأولوية الموضوعية في الدولة المشترعة.

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

٣- ينبغي أن تجسّد قواعد تنازع القوانين أهداف نظام فعّال للمعاملات المضمونة. وهذا يعني، فيما يتعلق بهذا الفصل، أنه ينبغي لتلك القواعد أن تتيح بسهولة تحديد القانون المنطبق على الجوانب الخاصة بملكية الحق الضماني: فاليقين هو هدف رئيسي في وضع القواعد التي

تمسّ المعاملات المضمونة، سواء على الصعيد الموضوعي أو على صعيد تنازع القوانين. وثمة هدف آخر هو قابلية التنبؤ. فكما توضّح المسائل الواردة في الفقرة السابقة، ينبغي لقواعد تنازع القوانين أن تتيح الحفاظ على الحق الضماني المكتسب بمقتضى قوانين الدولة "ألف" إذا أدى تغيير لاحق في العامل الرابط الخاص باختيار القانون المنطبق إلى أن يصبح الحق الضماني خاضعا لقوانين الدولة "باء". وثمة هدف رئيسي ثالث لأي نظام جيد بشأن تنازع القوانين، هو أن القواعد ذات الصلة يجب أن تجسّد التوقعات المعقولة للأطراف ذات المصلحة (الدائن والمناح والمدين والأطراف الثالثة). ويرى كثيرون أن بلوغ هذه النتيجة يقتضي أن يكون للقانون المنطبق على الحق الضماني ارتباط ما بالوضع الفعلي الذي سيحكم هذا القانون.

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

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

## ب- نطاق قواعد تنازع القوانين

٦- لا يحدّد هذا الفصل الحقوق الضمانية التي ستطبق عليها قواعد تنازع القوانين. فعادة ما يكون توصيف حق ما بأنه حق ضماني لأغراض تنازع القوانين مجسّدا لقانون

الحقوق الضمانية الموضوعي في الولاية القضائية المعنية. ومن حيث المبدأ، ستستخدم المحكمة قانونها الخاص حيثما يتطلب الأمر توصيف المسألة لغرض اختيار القاعدة لتنازع القوانين المناسبة. بيد أن ثمة سؤالاً يُطرح عما إذا كان ينبغي لقواعد تنازع القوانين الخاصة بالحقوق الضمانية أن تنطبق أيضاً على معاملات أخرى مماثلة وظيفياً للضمانة، حتى وإن لم يشملها نظام للمعاملات المضمونة. ومتى كانت اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية والتأجيلات المالية والإرساليات وسائر المعاملات المماثلة غير محكومة بأحكام القانون الموضوعي التي تنظم المعاملات المضمونة، يجوز للدولة مع ذلك أن تُخضع هذه الأدوات لقواعد تنازع القوانين المنطبقة على المعاملات المضمونة.

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

٨- وأيضاً كان قرار الولاية القضائية بشأن أنواع المعاملات التي تشملها قواعد تنازع القوانين، فإن نطاق القواعد سيكون محصوراً في الجوانب المتعلقة بالملكية من هذه المعاملات. وبالتالي، 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، تكون هذه الالتزامات الشخصية، رهناً ببعض التقييدات، محكومة بالقانون الذي اختاره الطرفان.

٩- وثمة مسألة ترتبط بالاعتراف بحرية الطرفين فيما يتعلق بالتزاماتهما الشخصية، هي أن قواعد تنازع القوانين المنطبقة على جوانب الملكية من المعاملات المضمونة هي مسائل تقع خارج نطاق حرية التعاقد. وعلى سبيل المثال، لا يسمح عادة للمانح وللدائن المضمون أن

يختار القانون المنطبق على الأولوية، لأن ذلك يمكن أن يؤثر لا على حقوق أطراف ثالثة فحسب، بل يمكن أن ينتج عنه أيضا تنازع على الأولوية بين دائنتين مضمومتين متنافستين يخضعان لقانونين مختلفين يفضيان إلى نتيجتين متعارضتين.

## ٢- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالإشياء والنفوذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية

١٠- عادة ما يستلزم تحديد نطاق الحقوق التي يضيفها الحق الضماني تحليلا ثلاثي الخطوات:

(أ) المسألة الأولى هي ما إذا كان الضمان قد أنشئ بصورة صحيحة (انظر الفصل الرابع)؛

(ب) المسألة الثانية هي ما إذا كان الضمان نافذا تجاه أطراف ثالثة (انظر الفصل الخامس)؛

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

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

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

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

١٤- واعتبارات البساطة واليقين تدعم اعتماد قاعدة تنازع القوانين نفسها (مثل قانون مكان المانح) بشأن الممتلكات الملموسة وغير الملموسة على السواء، وبخاصة إذا كان القانون نفسه ينطبق على الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية. ووفقا لهذا النهج، يكفي إجراء تحقيق واحد للتأكد من نطاق الحقوق الضمانية التي تُثقل جميع موجودات المانح. ولا تكون هناك حاجة 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 يغلب في حال تنافس حق ضماني حيازي محكوم بقانون الدولة "ألف" مع حق ضماني غير حيازي في الممتلكات نفسها محكوم بقانون الدولة "باء").

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

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

١٧- وبما أن قواعد التنازع المنطبقة قد تتباين تبعا لكون الموجودات ملموسة أو غير ملموسة أو كون الضمانة ذات طابع حيازي أو غير حيازي، فإن السؤال يُثار بشأن ماهية قاعدة التنازع المناسبة إذا كان يمكن لممتلكات غير ملموسة أن تكون موضوعا لحق ضماني

حيازي. وفي هذا الصدد، يعامل معظم النظم القانونية فئات معيّنة من الممتلكات غير الملموسة المتجسّدة في مستندات (مثل صكوك قابلة للتداول أو أوراق مالية مصدّقة) نفس معاملة الممتلكات الملموسة، وهي بذلك تعترف بأن هذه الموجودات يجوز رهنها بتسليم المستند إلى الدائن. ويكون الرهن عندئذ محكوما بقانون الدولة التي يحتفظ فيها بالمستند.

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

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

### ٣- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في العائدات

١٩ - سوف تقتضي اعتبارات البساطة واليقين أن تنطبق على العائدات قواعد التنازع نفسها التي تحكم الإنشاء والنفاد تجاه الأطراف الثالثة والأولوية فيما يتعلق بالحقوق الضمانية المتحصّل عليها مباشرة في الموجودات التي لها طابع ملكية مماثل للعائدات. فعلى سبيل المثال، إذا طالب أحد الدائنين بحقوق في مستحقات كعائدات بيع لمخزون كان يخضع سابقاً لحق ضمان في صالحه، فينبغي تقرير أحقية الدائن في المستحقات باستخدام نفس القانون الذي كان سينطبق على الحق الضماني المتحصّل عليه مباشرة في المستحقات كموجودات مرهونة أصيلة. وفي هذا المثال، إذا كان قانون الدولة "باء" هو الذي يحكم الحقوق الضمانية الممنوحة أصلاً في مستحقات، فسوف يحدّد ذلك القانون أيضاً ما إذا كان الدائن له الحق في

المستحقات كعائدات من المخزون، حتى إذا كانت الحقوق الضمانية للدائن في المخزون محكومة بقانون الدولة "ألف". ويكون قانون الدولة "باء" هو الذي يحكم أيضا الأطراف الثالثة، نفاذ حق الدائن في المستحقات (كعائدات من المخزون) تجاه الأطراف الثالثة وأولوية ذلك الحق.

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

#### ٤ - مفعول التغيير اللاحق في العامل الرابط

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

٢٢ - وإذا لم تعالج هذه المسائل على وجه التحديد، يمكن استخلاص قاعدة ضمنية. إذ يمكن تأويل القواعد العامة لتنازع القوانين بشأن الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية على أنها تعني أنه في حال تغيير العامل الرابط يبقى القانون الحاكم الأصلي ساريا على المسائل التي نشأت قبل التغيير (الإنشاء مثلا)، بينما ينطبق القانون الحاكم اللاحق على الأحداث التي تقع بعد ذلك (مثل مسألة الأولوية بين مطالبين متنافسين).

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



تحّد القانون المنطبق فيما يخص جميع المسائل استناداً إلى العامل الرابط الفعلي باعتباره العامل الرابط الساري وقت تعاملاتهم).

٢٤- ويبدو أن توفير قاعدة بشأن هذه المسائل أمر ضروري لاجتناب اللبلة، خاصة في حال تغيير العامل الرابط من دولة لم تشترع قانوناً يقوم على توصيات هذا الدليل إلى دولة اشترعت قانون من هذا القبيل.

٢٥- وتنشأ مسألة مشابهة فيما يتعلق بالبضائع العابرة. فبعض النظم القانونية ينص على أنه يصح إنشاء حق ضماني في تلك البضائع وجعله نافذاً تجاه أطراف ثالثة بمقتضى قانون مكان المقصد إذا نقلت إلى ذلك المكان في غضون فترة زمنية محددة.

#### ٥- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بمسائل الإنفاذ

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

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

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

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

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

٢٨- ومن ناحية أخرى، فإن قانون المحكمة قد لا يُنفذ نيّة الأطراف. إذ قد يتوقع الأطراف أن تكون حقوقهم والتزاماتهم المختلفة في حالة الإنفاذ هي تلك المنصوص عليها في القانون الذي أنشئ الضمانة في إطاره. فعلى سبيل المثال، إذا كان الإنفاذ خارج نطاق القضاء مسموحاً به في القانون الذي يحكم إنشاء الضمانة، فقد يتاح ذلك الإنفاذ أيضاً للدائن المضمون في الدولة التي يتعين عليه إنفاذ حقه الضماني فيها حتى وإن لم يكن مسموحاً به عادة في القانون الداخلي لتلك الدولة.

٢٩- وثمة نهج آخر قائم على التوقعات المعقولة للأطراف من شأنه أن يدعم قاعدة تحيل مسائل الإنفاذ إلى القانون الذي يحكم إنشاء الحق الضماني، أو أولوية ذلك الحق مادام الإنشاء والأولوية محكومين بالقانون نفسه (انظر التوصيات ١٠١-١٠٣ في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1). وهناك مزية أخرى لهذا النهج هي أن مسائل الإنشاء والأولوية والإنفاذ ستخضع للقانون نفسه.

٣٠- وثمة خيار ثالث يتمثل في اعتماد قاعدة يمكن بمقتضاها للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية للأطراف أن يحكم أيضاً مسائل الإنفاذ. وكثيراً ما يتفق هذا مع توقعاتهم، ويتطابق في كثير من الحالات مع القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني، لأن ذلك القانون كثيراً ما يُختار باعتباره أيضاً قانون التعاقد. غير أن هذا النهج يكفل للأطراف حرية أن يختاروا لمسائل الإنفاذ قانوناً آخر غير قانون المحكمة أو القانون الذي يحكم الإنشاء و/أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة و (أو) الأولوية. وسيكون هذا الحل غير مؤات للأطراف الثالثة التي قد لا تكون لديها وسيلة للتأكد من طبيعة سبل الانتصاف التي يمكن أن يلجأ إليها الدائن المضمون تجاه ممتلكات مدينهم المشترك.

٣١- لذا، فإن إحالة مسائل الإنفاذ إلى القانون الذي يحكم علاقة الأطراف التعاقدية سوف تستلزم وضع استثناءات تهدف إلى مراعاة مصالح الأطراف الثالثة وكذلك القواعد الالزامية لقانون المحكمة أو القانون الذي يحكم الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة. أما الأمور الإجرائية، فسوف يلزم، على أي حال، أن يحكمها قانون المحكمة. ونتيجة لذلك، ستعامل مسائل الإنفاذ المختلفة معاملة مختلفة.

## ٦- تأثير الإعسار على قواعد تنازع القوانين

٣٢- ذكر في الفصل المتعلق بالإعسار (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.3، الفقرة ...). أن الحق الضماني النافذ تجاه المانح والأطراف الثالثة خارج إطار الإعسار ينبغي أن يظل نافذاً في إجراءات الإعسار، رهنا بوجود دعوى إبطال. وبالمثل، لا ينبغي أن يؤدي حدوث الإعسار إلى استبعاد قواعد تنازع القوانين المنطبقة على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة، وعلى أولوية ذلك الحق، رهنا ببعض الاستثناءات.

## باء- التوصيات

[ملحوظة إلى الفريق العامل: نظراً لأن الوثيقتين A/CN.9/WG.VI/WP.13 و Add.1 تتضمنان مجموعة موحدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، فلا تستنسخ هنا التوصيات المتعلقة بتنازع القوانين. ومتى وضعت التوصيات في صيغتها النهائية، ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان ينبغي استنساخها في نهاية كل فصل، أو في تذييل في نهاية الدليل أو في كلا الموضعين.]