الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.VI/WP.16/Add.1

الجمعية العامة

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

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

المصالح الضمانية

توصيات مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

	التوصيات	الصفحة
سابعا- حقوق الأطراف والتزاماتها قبل التقصير	٥٨-٥٩	٢
ثامنا- التقصير والإنفاذ	٦٠-٧٧	٣
تاسعا- الإعسار	٧٨-٩٩	٨
عاشرا- تنازع القوانين	١٠٠-١١٦	٩
حادي عشر- الفترة الانتقالية	١١٧-١٢٥	١٦

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

301204 V.04-59814 (A)

سابعا- حقوق الأطراف والتزاماتها قبل التقصير

الغرض

الغرض من أحكام القانون بشأن حقوق الأطراف والتزاماتها قبل التقصير هو:

(أ) النص على قواعد بشأن الشروط الإضافية لاتفاق الضمان بغية جعل المعاملات المضمونة أكثر كفاءة وقابلية للتنبؤ؛

(ب) خفض تكاليف المعاملات بإزالة الحاجة إلى التفاوض وصياغة شروط لإدراجها في اتفاق الضمان عندما توفر القواعد أساسا مقبولا للاتفاق؛

(ج) الحد من النزاعات المحتملة؛

(د) توفير أداة مساعدة في الصياغة أو قائمة مرجعية للمسائل التي ربما تود الأطراف تناولها وقت التفاوض على اتفاق الضمان وإبرامه؛

(ه) تشجيع حرية الأطراف.

حرية الأطراف

-٥٨

البديل ألف

ينبغي أن يسمح القانون للأطراف بالتنازل عن حقوقهم والتزاماتهم أو تغييرها ما لم يتعارض هذا التنازل أو التغيير مع السياسات العامة أو لم يحمِ أطرافا ثالثة بصورة كافية.

البديل باء

ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون وللمانح أن يخرجا عن أحكامه ذات الصلة بحقوق والتزامات كل منهما أو أن يغيراها بالاتفاق، ما لم يُنص على خلاف ذلك في [تُحدّد الأحكام التي يجوز الخروج عنها أو تغييرها بالاتفاق]. وينبغي أن لا يمس ذلك الاتفاق بحقوق أي شخص ليس طرفا فيه.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن ينظر في صيغة التوصية المتعلقة بحرية الأطراف وفيما إذا كان ينبغي إدراجها في هذا الفصل أو في الفصل المتعلق بالنطاق والأحكام العامة.]

قواعد تكميلية

٥٩- ينبغي أن يتضمن القانون قواعد تكميلية غير إلزامية تنطبق في حال عدم وجود اتفاق مغاير بين الأطراف. وينبغي لهذه القواعد، من جملة أمور:

(أ) أن تنص على أن يتولى رعاية الموجودات المرهونة إما المانح أو الدائن المضمون الحائز للموجودات المرهونة؛

(ب) أن تحافظ على الحقوق الضمانية في الموجودات المرهونة، بما في ذلك الحق في العائدات أو الفوائد المدنية المتأتية من الموجودات المرهونة؛

(ج) أن تنص على حق المانح في أن يستمر في إدارة منشأته، بما في ذلك حقه في استخدام الموجودات المرهونة والمزج بينها والتخلص منها في سياق الأعمال المعتادة لمنشأته؛

(د) أن تكفل إبراء الذمة من الحق الضماني بمجرد سداد الالتزام الذي يضمنه أو أدائه على نحو آخر.

ثامنا- التقصير والإنفاذ

الغرض

الغرض من أحكام القانون بشأن التقصير والإنفاذ هو:

(أ) النص على إجراءات واضحة وبسيطة لإنفاذ الحقوق الضمانية بطريقة متوقعة وتتسم بالكفاءة عند تخلف المدين عن السداد؛

(ب) تعظيم القيمة التسييلية للموجودات المرهونة؛

(ج) توفير الصفة النهائية للمعاملة عند الامتثال لإجراءات الإنفاذ؛

(د) النص على تحديد واضح لمدى إمكانية اتفاق الدائن المضمون والمانح على إجراءات الإنفاذ؛

(هـ) النص على أنه يجب على جميع الأطراف، عند إنفاذ حقوقهم وأداء التزاماتهم بمقتضى نظام المعاملات المضمونة أن يتصرفوا بنية حسنة وأن يتبعوا المعايير المعقولة تجاريا وأن يحترموا السياسات العامة؛

(و) تنسيق حقوق وإجراءات الإنفاذ الخاصة بنظام المعاملات المضمونة مع حقوق وإجراءات الأطراف الأخرى بموجب القوانين الأخرى، بما فيها قانون الإعسار.

الإنفاذ القضائي وخارج نطاق القضاء

٦٠- ينبغي أن ينص القانون على خيارات للدائن المضمون بعد التقصير من أجل:

(أ) اللجوء إلى محكمة أو أي سلطات أخرى لإنفاذ حقه الضماني؛ أو

(ب) إنفاذ حقه الضماني دون اللجوء إلى محكمة أو سلطات أخرى.

تحرير الموجودات المرهونة في أعقاب السداد الكامل

٦١- في أعقاب التقصير، وإلى حين تصرف الدائن المضمون في الموجودات المرهونة، ينبغي أن يكون للمدين أو المانح أو الأطراف الأخرى ذات المصلحة الحق في تسديد الالتزام المضمون بالكامل، بما في ذلك الفوائد وتكاليف الإنفاذ إلى حين السداد الكامل. وينبغي أن يحدد القانون أن أثر ذلك السداد هو إنهاء إجراءات الإنفاذ وتحرير الموجودات المرهونة من الحق الضماني.

الإشعار بالتصرف في الموجودات المرهونة

٦٢- ينبغي أن ينص القانون على قواعد واضحة بحيث تكفل امكانية توجيه أي إشعار يتعلق بالتصرف في الموجودات المرهونة وذلك بطريقة بسيطة وكفؤة وسريعة ورخيصة وموثوقة، بغية حماية المدين أو المانح أو الأطراف الأخرى ذات المصلحة، بينما يجري، في الوقت نفسه، تجنب أي أثر سلبي على تحقيق القيمة التسييلية للموجودات المرهونة.

التصرف في الموجودات المرهونة

٦٣- ينبغي أن ينص القانون على إجراءات مرنة للتصرف في الموجودات المرهونة، وتكون خاضعة لمعيار مستقل، كالالتزام بالتصرف بحسن نية ومراعاة معيار المعقولية التجارية.

تحصيل المستحقات

٦٤- ينبغي أن ينص القانون على إجراءات مرنة لتحصيل المستحقات، بما في ذلك الحق في الطلب من أي ملتزم بها أن يسدد أي دفعات مستحقة مباشرة إلى الدائن المضمون. وينبغي أن تكون هذه الإجراءات خاضعة لمعيار مستقل كالالتزام بالتصرف بحسن نية ومراعاة معيار المعقولية التجارية.

[الإشعار باعتزام اللجوء إلى الإنفاذ خارج نطاق القضاء

٦٥- ينبغي للقانون:

(أ) أن يتناول ما إذا كان ينبغي أن يُطلب من الدائن المضمون أن يوجّه إشعارا باعتزامه اللجوء إلى إنفاذ الحق الضماني خارج نطاق القضاء في أعقاب حدوث التقصير؛

(ب) أن يبيِّن الحد الأدنى من محتويات الإشعار والطريقة التي ينبغي توجيهه بها وتوقيته؛

(ج) أن يبيِّن أن الإشعار [الموجّه إلى المانح] ينبغي أن يتضمن أيضا احتساب الدائن المضمون للمبلغ المستحق نتيجة التقصير؛

(د) أن يبيِّن بالتفصيل الخطوات التي يجوز للمدين أو للمانح أن يتخذها للحصول على تحرير الموجودات المرهونة؛

(هـ) أن يتناول العواقب القانونية للنقص أو الخطأ في الإشعارات المتعلقة باعتزام اللجوء إلى الإنفاذ خارج نطاق القضاء؛

(و) أن يدرج قائمة بالحالات التي لا يكون فيها الإشعار باعتزام اللجوء إلى الإنفاذ خارج نطاق القضاء مطلوبا بغية تجنب الأثر السلبي على القيمة التسييلية للموجودات المرهونة؛

(ز) أن ينص على ما إذا كان الإشعار باعتزام اللجوء إلى الإنفاذ خارج نطاق القضاء ينبغي أن يسجل في سجل المعاملات المضمونة؛

(ح) أن ينص على أن الإشعار باعتزام اللجوء إلى الإنفاذ خارج نطاق القضاء ينبغي أن يكون في صيغة يتوقع بصورة معقولة أن تبلّغ متلقّيه عن محتوياته، كصيغة اتفاق الضمان.]

الاعتراضات على الإنفاذ خارج نطاق القضاء

٦٦- إذا اعترض المدين أو المانح أو الأطراف الأخرى ذات المصلحة (كالدائن المضمون الذي يتمتع بأولوية أدنى مرتبة من أولوية الدائن المضمون المنفِّذ، أو الكفيل، أو الشريك في ملكية الموجودات المرهونة) على الإجراءات التي يتخذها الدائن المضمون إنفاذا لحقوقه، ينبغي أن يتيح لهم القانون الفرصة للحصول على إعادة النظر قضائيا أو إداريا في إجراءات الدائن المضمون. وينبغي أن تدرج في العملية تدابير احترازية تثبط قيام المدين أو المانح أو الأطراف الثالثة ذات المصلحة من تقديم مطالبات لا أساس لها بغية تأخير الإنفاذ.

حرية الأطراف في الإجراءات الخارجة عن نطاق القضاء

٦٧- ينبغي أن يسمح القانون للأطراف في اتفاق الضمان بأن يتفقوا على الإجراءات المتعلقة بإنفاذ الحقوق الضمانية فيما بين هذه الأطراف، شريطة أن يتماشى الاتفاق مع القواعد العامة لقانون العقود والتزام الأطراف بالتصرف بنية حسنة واتباع المعايير المعقولة تجاريا وعدم انتهاك السياسة العامة. ويقع على عاتق الشخص الذي يطعن في الاتفاق المتعلق بإجراءات الإنفاذ عبء إثبات أن الاتفاق لا يفي بالاشتراطات السابقة.

قبول الموجودات المرهونة للوفاء بالالتزام المضمون والتصرف في الموجودات المرهونة خارج نطاق القضاء

٦٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الدائن المضمون الذي يقترح أخذ الموجودات المرهونة كوفاء كلي أو جزئي بالالتزام المضمون، أو الذي يقترح التصرف في الموجودات المرهونة دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى، يجب أن يوجّه إشعارا مسبقا بالاقتراح إلى:

(أ) المانح وأي شخص مدين يستحق عليه سداد الالتزام المضمون (كالكفيل، مثلا)؛

(ب) أي شخص له حقوق في الموجودات المرهونة وكان قد أبلغ الدائن المضمون بتلك الحقوق؛

(ج) أي دائن مضمون سجل إشعارا بالحق الضماني في الموجودات المرهونة باسم المانح أو كان حائزا للموجودات المرهونة وقت حجز الدائن المضمون عليها.

٦٩- وينبغي أن ينص القانون على أنه إذا قام دائن مضمون ذو أولوية أدنى أو شخص آخر له حقوق ذات أولوية أدنى في الموجودات المرهونة بالاعتراض كتابة على اقتراح أخذ

الموجودات المرهونة كوفاء بالالتزام المضمون، وجب على الدائن المضمون أن يتصرف في الموجودات المرهونة وفقا للقواعد التي تحكم عمليات التصرف (انظر التوصيتين ٦٣ و٦٤). بيد أنه ينبغي أن يكون للدائن المضمون الحق في أن يطلب من محكمة أو سلطة أخرى البت في وجاهة الاعتراض.

حق الملكية المكتسب من خلال التصرف خارج نطاق القضاء

٧٠- إذا اختار الدائن المضمون التصرف في الموجودات المرهونة دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى، يحتاز المحال إليه الموجودات المرهونة، وذلك رهنا بحقوق أولوية سابقة، ولكنه يأخذها خالية من حقوق المانح والدائن المضمون المنفِّذ وأي دائنين مضمونين ذوي أولوية أدنى وأي مُطالِب آخر ذي أولوية أدنى. وتنطبق القاعدة نفسها على حق الملكية الذي يكتسبه دائن مضمون أخذ الموجودات المرهونة كوفاء كلي أو جزئي بالالتزام المضمون.

حق الملكية المكتسب من خلال التصرف القضائي

٧١- إذا اختار دائن مضمون أن يتصرف في الموجودات المرهونة من خلال دعوى قضائية أو إجراء إداري حكومي رسمي آخر، ينبغي لحق الملكية الذي يكتسبه المشتري ولتوزيع الأموال التي تحققت عن طريق التصرف أن يتقررا بمقتضى القواعد العامة للدولة التي تحكم إجراءات التنفيذ.

حق الدائن المضمون ذي المرتبة الأولى في الأولوية أن يتولى الإنفاذ

٧٢- يحق للدائن المضمون ذي المرتبة الأولى في الأولوية أن يتولى السيطرة على الإنفاذ الذي استهله دائن مضمون ذو أولوية أدنى في أي وقت قبل التصرف النهائي في الموجودات المرهونة بتحويلها إلى المحال إليه. وحق السيطرة يشمل الحق في اختيار ما إذا كانت عملية التصرف ستدار من قبل محكمة أو سلطة أخرى أم لا.

الفائض والنقص

٧٣- يجب على الدائن المضمون المنفِّذ أن يدفع أي فائض يتبقى بعد الإنفاذ إلى الدائنين المضمونين ذوي الأولوية الأدنى وإلى أي مُطالِبين ذوي أولوية أدنى يكونون قد وجهوا إلى الدائن المضمون إشعارا مسبقا بمطالباتهم بأي فائض. وأي رصيد يتبقى يجب أن يحوَّل إلى المانح. وإذا حدث أي نزاع بشأن ترتيب الأولوية في الدفع، جاز للدائن المضمون أن يدفع

الفائض في حساب إيداع منفصل لتوزيعه من قبل محكمة أو سلطة معينة أخرى بناء على طلب يقدمه دائن مضمون ذو أولوية أدنى أو مُطالِب آخر ذو أولوية أدنى.

٧٤- ويكون المانح وأي شخص آخر يستحق عليه سداد الالتزام المضمون مسؤولا عن أي نقص لا يزال مستحقا بعد الإنفاذ.

سُبل الانتصاف الأخرى

٧٥- ينبغي لممارسة سبل الانتصاف بمقتضى القانون أن لا تحول دون قيام أي طرف بممارسة سبل الانتصاف المتاحة له بمقتضى قانون العقود.

تشابك قانون المعاملات المضمونة المنقولة وغير المنقولة

٧٦- ينبغي أن يتضمن القانون قواعد خاصة بشأن ما يلي:

(أ) ما إذا كان يتعين إنفاذ الحق الضماني في التجهيزات الثابتة وفقا لقانون المعاملات المضمونة المنقولة أو غير المنقولة؛

(ب) ما إذا كان يتعين، في حالة الحق الضماني في جميع موجودات المانح، بما فيها المنقولات وغير المنقولات، أن يتم إنفاذ الحق الضماني في المنقولات وفقا لقانون المعاملات المضمونة المنقولة أو غير المنقولة.

التنسيق مع القوانين الأخرى

٧٧- ينبغي تنسيق القانون مع قانون الإجراءات المدنية العام بحيث ينص على حق الدائنين المضمونين بالتدخل في إجراءات المحكمة التي يباشرها دائنون آخرون للمانح بغية حماية الحقوق الضمانية وكفالة نفس صفة الأولوية التي تتمتع بها الحقوق الضمانية بمقتضى القانون.

تاسعا- الإعسار

٧٨-٩٩- [ملاحظة إلى الفريق العامل: ستُشمل التوصيات المتعلقة بالاعسار بعد استكمال المشاورات.]

عاشرا- تنازع القوانين*

الغرض

الغرض من قواعد تنازع القوانين هو تحديد القانون المنطبق على كل من المسائل التالية: إنشاء الحق الضماني فيما بين الأطراف؛ ونفاذ مفعول الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة؛ وأولوية الحق الضماني على حقوق المُطالِبين المنازِعين؛ وانفاذ الحق الضماني. وينبغي أن تكون هذه القواعد منطبقة أيضا، إلى الحد المناسب، على الحقوق غير المصنّفة بأنها "حقوق ضمانية" ولكنها تؤدي نفس الوظيفة الاقتصادية وقابلة للتنازع مع الحق الضماني، كحقوق مشتري المستحقات والبائع الذي يحتفظ بحق ملكية البضاعة في ترتيب للاحتفاظ بحق الملكية.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: قد لا تكون الاشارة إلى الاحتفاظ بحق الملكية ضرورية إذا قرر الفريق العامل أنه ينبغي أن يُعامَل كالحقوق الضمانية (انظر الوثيقتين *A/CN.9/WG.VI/WP.17* و *Add.1*).]

الحقوق الضمانية الحيازية في الممتلكات الملموسة

١٠٠- ينبغي أن ينص القانون على أن الإنشاء فيما بين الأطراف ونفاذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة والأولوية على حقوق المُطالِبين المُنازِعين بالحق الضماني الحيازي في الممتلكات الملموسة يحكمها قانون الدولة التي توجد فيها الموجودات المرهونة.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: إذا اعتمد الفريق العامل البديل باء من التوصية ١٠٣، فقد يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن تتضمن التوصيتان ١٠٠ و١٠١ صيغة على غرار ما يلي: "رهنا بالقواعد المنطبقة على العائدات بمقتضى التوصية ١٠٣."]

الحق الضماني غير الحيازي في الممتلكات الملموسة

١٠١- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالقواعد الإضافية المتعلقة بالبضائع العابرة والبضائع المصدّرة في التوصيتين ١٠٤ و١٠٥ على التوالي، يكون الانشاء فيما بين الأطراف ونفاذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة والأولوية على حقوق المطالِبين المُنازِعين بحق ضماني غير حيازي في الممتلكات الملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول)

* أعدت التوصيات بتعاون وثيق مع مؤتمر لاهاي بشأن القانون الدولي الخاص.

يحكمها قانون الدولة التي توجد فيها الموجودات المرهونة. بيد أنه فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في موجودات ملموسة من النوع الذي يُستخدم عادة في أكثر من دولة واحدة، يحكم هذه المسائل قانون الدولة التي يوجد فيها مقر المانح.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: سيذكر الفريق العامل أن هيكل وصيغة التوصيتين ١٠٠ و١٠١ هما نتاج مناقشة المشروعين السابقين لهاتين التوصيتين من قبل الفريق العامل (انظر الوثائق *A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11* و*A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7* و*A/CN.9/WG.VI/Wp.13/Add.1*). بيد أنه نظرا إلى أن القانون المنطبق بمقتضى التوصيتين ١٠٠ و١٠١ هو نفسه (أي قانون مكان المال)، ربما يود الفريق العامل أن ينظر في إدماج التوصيتين ١٠٠ و١٠١. وبالاضافة إلى ذلك، ربما يود الفريق العامل أن يأخذ علما أنه بمقتضى الصيغة الحالية للتوصيتين ١٠٠ و١٠١، لا تخضع إلا التوصية ١٠١ للقواعد الخاصة المتعلقة بالبضائع المتنقلة (الجملة الثانية من التوصية ١٠١) والبضائع العابرة (التوصية ١٠٤) والبضائع المصدّرة (التوصية ١٠٥) إذ إن تلك التوصيات ذات صلة بالحقوق الضمانية غير الحيازية (تفهم الحيازة على أنها حيازة فعلية لا وهمية). وربما يود الفريق العامل أن ينظر في مسألة ما إذا كان ينبغي أن تكون التوصيتان ١٠٠ و١٠١ خاضعتين لهذه القواعد الخاصة، وإن كان الأمر كذلك، فيما إذا كان يمكن تحقيق تلك النتيجة بصورة أفضل، من حيث الصياغة، عن طريق إدماج التوصيتين ١٠٠ و١٠١.]

الحق الضماني في الممتلكات غير الملموسة

١٠٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الانشاء فيما بين الأطراف ونفاذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة والأولوية على حقوق المُطالِبين المُنازعِين بحق ضماني في الممتلكات غير الملموسة يحكمها قانون الدولة التي يوجد فيها مقر المانح.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كانت القاعدة الواردة في هذه التوصية ستنطبق أيضا على الحقوق الضمانية غير الحيازية في الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول.]

العائدات

١٠٣-

البديل ألف

ينبغي أن ينص القانون على أن قواعد تنازع القوانين المنطبقة على الإنشاء فيما بين الأطراف ونفاذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة والأولوية على حقوق المُطالِبين المُنازِعين بعائدات الموجودات المرهونة هي نفس القواعد المنطبقة على الحق الضماني في موجودات مرهونة أصلية من نفس النوع كالعائدات.

البديل باء

ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أن إنشاء حق ضماني في العائدات ينبغي أن يحكمه القانون المنطبق على إنشاء الحق في الموجودات المرهونة الأصلية التي نتجت عنها العائدات؛

(ب) أن قواعد تنازع القوانين المنطبقة على نفاذ مفعول الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة والأولوية على حقوق المُطالِبين المُنازِعين بعائدات الموجودات المرهونة هي نفس القواعد المنطبقة على الحق الضماني في موجودات مرهونة أصلية من نفس النوع كالعائدات.

البضائع العابرة

١٠٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الممتلكات الملموسة (غير الصكوك أو المستندات القابلة للتداول) العابرة يجوز أيضا انشاؤه فيما بين الأطراف وجعله نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون دولة المقصد النهائي، شريطة أن تصل الممتلكات إلى تلك الدولة في غضون فترة معينة بعد الوقت الذي يُنشأ فيه الحق الضماني.

البضائع المصدّرة

١٠٥- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الممتلكات الملموسة (غير الصكوك أو المستندات القابلة للتداول) المقرر تصديرها يجوز أن تُنشأ وتُجعل نافذة المفعول تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون دولة المقصد، شريطة أن [تصل الممتلكات بعد ذلك دولة المقصد النهائي] [تغادر الممتلكات بعد ذلك الدولة المشرّعة] في غضون فترة معينة بعد الوقت الذي يُنشأ فيه الحق الضماني.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: تعاريف التعابير "المقر" و "القانون" و "المُطالِب المُنازِع" (المستندة إلى التعاريف الواردة في المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية) مشمولة في التوصيات بسبب أهميتها للتوصيات الواردة في هذا الفصل. وتحقيقا للاتساق مع النهج الذي اتبع حتى الآن، ربما يود الفريق العامل أن يُدرج هذه التعاريف في التعليق بدلا من إدراجها في التوصيات. وربما يود الفريق العامل أنه يرى أن التعاريف التي لها صلة بأكثر من فصل واحد في الدليل يمكن أن تُدرج مع التعاريف الأخرى في التعليق الخاص بالفصل الأول. أما التعاريف ذات الصلة بهذا الفصل فحسب فيمكن أن تُدرج في التعليق الخاص بهذا الفصل.]

معنى "المقر"

١٠٦- ينبغي أن ينص القانون على أن الاشارة إلى مقر المانح في التوصيتين ١٠١ و١٠٢ هي إشارة إلى مكان عمل المانح. وإذا كان للمانح مكان عمل في أكثر من دولة، يكون مكان عمل المانح هو المكان الذي يمارس فيه إدارته المركزية. وإذا لم يكن للمانح مكان عمل، فإن الاشارة إلى مقر المانح تعني إشارة إلى مكان اقامته المعتاد.

الوقت ذو الصلة عند تحديد المقر أو المكان

١٠٧- ينبغي أن ينص القانون على أن الاشارة إلى مكان الموجودات أو مقر المانح في التوصيات ١٠٠ إلى ١٠٢ تشير، فيما يتعلق بمسائل الانشاء، إلى ذلك المكان أو المقر وقت انشاء الحق الضماني وتشير، فيما يتعلق بمسائل نفاذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، إلى ذلك المكان أو المقر وقت نشوء المسألة.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: لا توجد أي اشارة إلى التوصيات ١٠٤ و١٠٥ و١٠٨ لأنها تتضمن قواعد التوقيت الخاصة بها.]

استمرار نفاذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة عند تغيير المقر

١٠٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في الموجودات المرهونة نافذ المفعول تجاه أطراف ثالثة بمقتضى قانون دولة غير الدولة المشرّعة وانتقل مكان الموجودات المرهونة أو مقر المانح (حسب الاقتضاء) إلى الدولة المشرّعة، يستمر الحق الضماني في كونه نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون الدولة المشرّعة فترة [تُحدد] أيام من تاريخ انتقال مكان الموجودات المرهونة أو مقر المانح (حسب الاقتضاء) إلى الدولة المشرّعة. وإذا

جرى الوفاء باشتراطات الدولة المشرّعة بأن يُجعل الحق الضماني نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة قبل انتهاء تلك الفترة، يستمر الحق الضماني في كونه نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة بعد تلك الفترة في الدولة المشرّعة.

الإحالة إلى القانون الأحرى بالتطبيق

١٠٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الاشارة إلى "قانون" دولة أخرى باعتباره القانون الذي يحكم مسألة معينة تعني الاشارة إلى القانون النافذ المفعول في تلك الدولة بخلاف قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين.

المُطالِب المُنازِع

١١٠- ينبغي أن ينص القانون على أن الاشارة إلى "المُطالِب المُنازِع" في التوصيات ١٠٠ إلى ١٠٣ و١١٣ إلى ١١٥ تعني ما يلي:

(أ) دائن مضمون آخر حائز لحق ضماني في الموجودات المرهونة نفسها (سواء كانت موجودات مرهونة أصلية أم عائدات)؛ أو

[(أ مكررا) البائع أو المؤجر التمويلي للموجودات المرهونة نفسها الذي احتفظ بالحق في ملكيتها عملا بـ[احتياز] [ثمن شراء] حق ضماني؛] أو

(ب) دائن آخر للمانح يؤكد حقا في الموجودات المرهونة نفسها (مثلا، بإعمال القانون أو بالحجز أو بعملية مماثلة)؛ أو

(ج) المدير في حالة إفلاس المانح؛ [أو

(د) مشتري الموجودات المرهونة].

مدى حرية الأطراف فيما يتعلق بالقانون الساري المفعول

١١١- ينبغي أن ينص القانون على أن الحقوق والالتزامات المتبادلة بين المانح والدائن المضمون يحكمها القانون الذي يختارانه بالاتفاق، إلا أنه لا يجوز لهما الخروج على القواعد المنصوص عليها في التوصيات ١٠٠-١١٠ و١١٣-١١٦.

القانون الذي يحكم الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين في حال عدم وجود اتفاق بينهما

١١٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالقواعد المنصوص عليها في التوصيات ١٠٠-١١٠ و١١٣-١١٦، وفي حال عدم اختيار المانح والدائن المضمون للقانون، يحكم حقوقهما والتزاماتهما المتبادلة الناشئة عن الاتفاق الضماني [قانون الدولة التي تكون للاتفاق الضماني أوثق صلة بها] [القانون الذي يحكم الاتفاق الضماني].

مسائل الإنفاذ

١١٣- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف

يحكم المسائل الموضوعية التي تمس بإنفاذ حق ضماني قانون الدولة التي يتم فيها الإنفاذ.

البديل باء

يحكم المسائل الموضوعية التي تمس بإنفاذ حق ضماني القانون الذي يحكم أولوية هذا الحق على حقوق المُطالِبين المُنازِعين، ولكن رهنا بقواعد الدولة التي يتم فيها الإنفاذ والتي تكون الزامية بصرف النظر عن القانون المنطبق في غير هذه الأحوال.

البديل جيم

يحكم المسائل الموضوعية التي تمس بإنفاذ حق ضماني القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بين الدائن المضمون والمانح، ولكن رهنا بقواعد الدولة التي يتم فيها الإنفاذ والتي تكون الزامية بصرف النظر عن القانون المنطبق في غير هذه الأحوال.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: تشير البدائل ألف وباء وجيم إلى المسائل الموضوعية (المسائل الاجرائية يحكمها قانون الدولة التي يتم فيها الإنفاذ؛ انظر التوصية ١١٤). ومع أن المحكمة ستستخدم قانونها الخاص لتقرر ما هو الموضوعي وما هو الاجرائي، ترد فيما يلي أمثلة على المسائل التي تعتبر موضوعية بصورة عامة: طبيعة ومدى سبل الانتصاف المتاحة للدائن لكي يحقق القيمة التسييلية للموجودات المرهونة، سواء كان من الممكن ممارسة سبل

الانتصاف تلك (أو بعضها) دون دعوى قضائية؛ والشروط التي يتعين الوفاء بها لكي يكون للدائن المضمون الحق في احتياز الموجودات والتصرف فيها (أو جعل القيمة التسييلية للموجودات تتحقق عن طريق القضاء)؛ وسلطة الدائن المضمون في تحصيل المستحقات التي هي موجودات مرهونة؛ والتزامات الدائن المضمون تجاه دائني المانح الآخرين.]

البديل دال

المسائل ذات الصلة بإنفاذ الحق الضماني يحكمها القانون الذي يحكم الحقوق والالتزامات المتبادلة بين المانح والدائن المضمون، إلا أنه لا يجوز للدائن المضمون أن يحتاز الممتلكات المرهونة الملموسة من المانح دون موافقة المانح [إلا وفقا لـ] [بما يخالف] قانون الدولة التي توجد فيها الممتلكات عندئذ. [المسائل الاجرائية في سياق الدعوى القضائية ذات الصلة بإنفاذ الحق الضماني يحكمها قانون المحكمة.]

[ملاحظة إلى الفريق العامل: يزيل البديل دال الاشارة إلى "المسائل الموضوعية"، ويستخدم نفس الصيغة كالتوصية ١١١ ("الحقوق والالتزامات المتبادلة") ويركز بصورة مباشرة أكثر على السيطرة على إعادة الاحتياز اللاقضائية. وتجعل الجملة الأخيرة "المسائل الاجرائية" مقتصرة على المسائل الناشئة في سياق الدعوى القضائية، وإذا ما اعتمدت فإنها تزيل الحاجة إلى التوصية ١١٤.]

١١٤- ينبغي أن ينص القانون على أن المسائل الاجرائية المتعلقة بإنفاذ الحقوق الضمانية يحكمها قانون الدولة التي يتم فيها الإنفاذ.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن ينظر في إدماج هذه التوصية في التوصية ١١٣.]

تأثير الإعسار على قواعد تنازع القوانين

١١٥- ينبغي أن ينص قانون [المعاملات المضمونة] على أن بدء إجراءات الاعسار فيما يتعلق بالمانح لا يستبعد إعمال قواعد تنازع القوانين المنطبقة على إنشاء الحق الضماني ونفاذ مفعوله تجاه أطراف ثالثة. وفيما يتعلق بأولوية حق ضماني على حقوق المُطالِبين المُنازِعين، ينبغي أن يظل القانون المحدد عملا بقواعد تنازع القوانين المنطبقة هو الذي يحكمها، إلا إذا نص قانون الإعسار على خلاف ذلك.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن يوضح التعليق العلاقة بين التوصية ١١٥ والتوصية ٣٠ من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار الذي ينص على القاعدة المقبولة بصورة عامة والتي تنص على أن قواعد تنازع القوانين الخاصة بمحكمة الإعسار تنطبق على صحة ونفاذ مفعول الحقوق والمطالبات. وتجسد الجملة الأولى من التوصية ١١٥ ذلك المبدأ. وتخطو الجملة الثانية خطوة أبعد وتوضح أن بدء الإعسار يمكن أن يغير القانون المنطبق، بمقتضى قواعد تنازع القوانين الخاصة بالمحكمة، على أولوية الحق الضماني على حقوق المُطالبين المُنازِعين إلى الحد الذي ينص عليه قانون الإعسار (فيما يتعلق بالمُطالبات التفضيلية، على سبيل المثال).]

الإنفاذ في إجراءات الإعسار

١١٦- ينبغي أن ينص القانون [المعاملات المضمونة] على أن قانون الإعسار للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون دولة المحكمة التي تقام فيها الدعوى) ينطبق على كافة جوانب إنفاذ الحق الضماني في إجراءات الإعسار (انظر أيضا التوصية ٣١ من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار؛ وفيما يتعلق بالاستثناءات من هذا المبدأ، انظر التوصيات ٣٢-٣٤ من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الاعسار).

حادي عشر- المرحلة الانتقالية

الغرض

الغرض من الأحكام الانتقالية للقانون هو تحقيق انتقال عادل وفعال من النظام السابق لاشتراع القانون إلى النظام اللاحق له.

تاريخ النفاذ

١١٧- ينبغي أن يحدد القانون، بعد اشتراعه، تاريخا أو آلية يمكن بواسطتها تحديد تاريخ يبدأ فيه نفاذه ("تاريخ النفاذ")، من حيث ما يلي:

(أ) تأثير تاريخ النفاذ على القرارات الائتمانية وخاصة تعظيم الفوائد المرجو تحقيقها من القانون؛

(ب) الترتيبات الرقابية والمؤسسية والتعليمية وغيرها من الترتيبات أو التحسينات في البنى التحتية الضرورية التي يتعين على الدولة إجراؤها؛ وحالة القانون القائم سابقا والبُنى التحتية الأخرى؛

(ج) مواءمة القانون مع التشريعات الأخرى؛

(د) مضمون القواعد الدستورية فيما يتعلق بالمعاملات السابقة لتاريخ النفاذ؛ والممارسة المتبعة أو المناسبة لبدء نفاذ التشريع (مثلا في اليوم الأول من الشهر)؛

(ه) ضرورة إعطاء الأشخاص ذوي المصلحة وقتا كافيا للاستعداد للقانون.

الفترة الانتقالية

١١٨- ينبغي أن ينص القانون على فترة زمنية بعد تاريخ النفاذ ("الفترة الانتقالية")، يمكن خلالها للدائنين الذين لديهم حقوق ضمانية نافذة المفعول تجاه المدين وأطراف ثالثة بموجب النظام السابق أن يتخذوا خطوات لضمان نفاذ مفعول تلك الحقوق تجاه المانح والأطراف الثالثة بموجب القانون. وإذا اتخذت تلك الخطوات خلال الفترة الانتقالية، ينبغي أن ينص القانون على استمرار نفاذ مفعول حقوق الدائن تجاه تلك الأطراف.

الأولوية

١١٩- ينبغي أن ينص القانون على قواعد واضحة لحل ما يلي:

(أ) أي القوانين ينطبق على الأولوية بين الحقوق الضمانية اللاحقة لتاريخ النفاذ؛

(ب) أي القوانين ينطبق على الأولوية بين الحقوق الضمانية السابقة لتاريخ النفاذ؛

(ج) أي القوانين ينطبق على الأولوية بين الحقوق الضمانية السابقة واللاحقة لتاريخ النفاذ.

١٢٠- ينبغي أن ينص القانون على أن الأولوية بين الحقوق الضمانية اللاحقة لتاريخ النفاذ يحكمها القانون.

١٢١- ينبغي أن ينص القانون عموما على أن الأولوية بين الحقوق الضمانية السابقة لتاريخ النفاذ يحكمها النظام القانوني السابق. ولكن ينبغي أن ينص القانون أيضا على أن تطبيق تلك القواعد السابقة لن يتم إلا في حالة عدم وقوع حدث بعد تاريخ النفاذ كان من شأنه أن

يغير الأولوية في إطار النظام السابق. وينبغي أن يحدد القانون الأولوية في حالة وقوع مثل هذا الحدث.

١٢٢- وفيما يتعلق بالأولوية بين الحقوق الضمانية السابقة لتاريخ النفاذ والحقوق الضمانية اللاحقة لتاريخ النفاذ، ينبغي أن ينص القانون على أنه ينطبق طالما كان من الجائز لحائز الحق السابق لتاريخ النفاذ، خلال الفترة الانتقالية، أن يضمن الأولوية بموجب هذا القانون باتخاذ أي خطوات ضرورية بموجبه. وخلال الفترة الانتقالية، ينبغي أن تستمر أولوية الحق السابق لتاريخ النفاذ كما لو كان القانون لم يصبح نافذا. وإذا اتخذت الخطوات المناسبة خلال الفترة الانتقالية، ينبغي أن يكون لحائز الحق السابق لتاريخ النفاذ نفس القدر من الأولوية الذي كان سيتمتع به لو أن القانون كان نافذ المفعول وقت المعاملة الأصلية، وكانت تلك الخطوات قد اتخذت في ذلك الوقت.

١٢٣- في حالة وجود نزاع معروض أمام القضاء (أو نظام مماثل لحل النزاعات) أو قيام الدائن المضمون باتخاذ خطوات لإنفاذ حقوقه في تاريخ نفاذ القانون، ينبغي أن ينص القانون على أنه لا ينطبق على حقوق الأطراف والتزاماتهم.

١٢٤- ينبغي أن يعالج القانون الانتقال من نظام لا يُشترط فيه التسجيل إلى نظام يكون فيه التسجيل شرطا لضمان نفاذ مفعول الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة.

١٢٥- ينبغي أن يكفل القانون أنه ينبغي أن لا تترتب على الأحكام الانتقالية أي تكلفة غير التكلفة الاسمية للتسجيل.