

Distr.: Limited
24 April 2002
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المصالح الضمانية)
الدورة الأولى
نيويورك، ٢٠-٢٤ أيار/مايو ٢٠٠٢

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

مذكرة من الأمانة*

١ - قررت اللجنة في دورتها الرابعة والثلاثين أن تعهد إلى فريق عامل بمهمة وضع "نظام قانوني فعال للحقوق الضمانية في البضائع الداخلة في النشاط التجاري، بما فيها المخزون، وتحديد المسائل المراد معالجتها، مثل: شكل الصك، والنطاق المضبوط للموجودات التي يمكن استعمالها كضمان رهني...".^(١) وشددت اللجنة على أهمية هذا الموضوع وعلى ضرورة التشاور مع ممثلي الصناعة والممارسين في المجالات ذات الصلة، وأوصت بعقد ندوة مدتها يومان أو ثلاثة أيام.^(٢)

٢ - وتيسيرا لعمل الفريق العامل، أعدت الأمانة نصا تمهيديا أوليا لمشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة (A/CN.9/WG.VI/WP.2 و Add.1 إلى Add.12). وعُقدت فضلا عن ذلك ندوة دولية حول المعاملات المضمونة، في فيينا من ٢٠ إلى ٢٢ آذار/مارس ٢٠٠٢ (يرد تقرير الندوة في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.3). وعقب الندوة تلقت الأمانة من المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير تعليقات على المشروع التمهيدي الأولي للدليل التشريعي. وترد هذه التعليقات في مرفق هذه المذكرة.

* هذه المذكرة صادرة قبل بدء الاجتماع. لمدة تقل عن العشرة أسابيع المطلوبة لأنها تتضمن تعليقات قدمت إلى أمانة اللجنة قبل صدورها ببضعة أيام.

(1) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/56/17)، الفقرة ٣٥٨.

(2) المرجع نفسه، الفقرة ٣٥٩.



المرفق

تعليقات المصرف الأوروبي للانشاء والتعمير

١ - تشكّل المعاملات المضمونة مجالا بالغ الأهمية للمصرف الأوروبي للانشاء والتعمير بوصفها جزءا من العمل المتعلق بالاصلاح القانوني الذي اضطلع به المصرف في السنوات العشر الماضية. فعندما تأسس المصرف في عام ١٩٩١ للمشاركة في جهود الإعمار في بلدان أوروبا الوسطى والشرقية الشيوعية سابقا، كان من الواضح على الفور أن استثمارات المصرف وغيره في المنطقة ستتعرق بشكل خطير إذا لم يكن الاطار القانوني اللازم لضمان هذه الاستثمارات قائما. ولم يكن من الممكن إقامة مثل هذا الاطار بمجرد سن قانون جديد، بل كان لا بد من اعادة النظر كلية في الأحكام القانونية المطبقة على الحقوق الضمانية في الممتلكات، وتنفيذ هذا الاصلاح السياساتي تنفيذا فعالا. وبدأت هذه العملية ببطء وازداد زخمها عبر السنوات. وقد أجرى كل بلد في المنطقة منذ ذلك الحين اصلاحا في هذا الموضوع بوسيلة أو بأخرى.

٢ - ساهم المصرف نفسه في هذه العملية بطرائق عديدة. فقد وضع، على سبيل المثال، قالباً للاصلاح. وصدر قانون المصرف النموذجي للمعاملات المضمونة في عام ١٩٩٤، كما صدرت مبادئ المصرف الأساسية العشرة لقانون المعاملات المضمونة في عام ١٩٩٨. وأجرى المصرف فضلا عن ذلك تقييما للتقدم المحرز في المنطقة. وصدرت دراسة المصرف الاستقصائية الاقليمية لقوانين المعاملات المضمونة، لأول مرة، في عام ١٩٩٩ ويجري تحديثها بانتظام منذ ذلك الحين. وساهم المصرف أيضا على نحو مباشر في احراز التقدم بتوفيره المساعدة التقنية لعدد من البلدان في اصلاح قانون المعاملات المضمونة وتنفيذه. لذا يهتم المصرف جدا أن يتابع مبادرة الأونسيترال الجديدة في هذا المجال ويشارك فيها؛ إذ تتيح هذه المبادرة فرصة لتوسيع وتطوير العمل الذي أجراه في هذا المجال المصرف الأوروبي للانشاء والتعمير ومصرف التنمية الأفريقي والبنك الدولي للانشاء والتعمير (البنك الدولي) ومؤسسات أخرى تعمل في مجال الاصلاح القانوني الدولي. ويمكن أن يكون للعمل الذي تضطلع به الأونسيترال تأثير على الدول في العالم بأكمله. يضاف إلى ذلك أنه على الرغم من الطابع غير الملزم الذي يتسم به الدليل التشريعي، خلافا للاتفاقية، فنحن نعتقد أن من الممكن أن يكون له تأثير أكبر لدى مصلحي القوانين في جميع أنحاء العالم، لأنه سيكون بلا ريب أحدث وأشمل وثيقة بشأن النظم القانونية للمعاملات المضمونة تصدر حتى تاريخه.

٣- ويرى المصرف دوره كمراقب فعال يقدم أمثلة على القضايا المواجهة في عملية الاصلاح القانوني والطريقة التي أمكن بها حل هذه القضايا في الولايات القضائية المختلفة في أوروبا الوسطى والشرقية. ويود المصرف أيضا أن يؤكد على الفوائد الاقتصادية التي تُستمد من وجود سوق فعالة للقروض الائتمانية المضمونة، وهي سوق لا ينبغي التضحية بها على عتبة التقاليد والمفاهيم النظرية. وينبغي أن تكون المشاكل العملية المصادفة في مجال المعاملات المضمونة والصعوبات وأوجه القصور الاقتصادي المواجهة في حلها بموجب القوانين القائمة (إن كان ذلك ممكنا على الإطلاق) هي الدافع إلى أي تشريع لاجراء اصلاح في هذا المجال والرجوع، بالتالي، إلى دليل الأونسسترال التشريعي المقبل. وعادة ما يكون ممارسو المهنة هم أفضل من يستطيع سوق الحجج المقنعة اللازمة لاقتناع صانعي القوانين بأنه لا بد من تغيير القواعد والممارسات التقليدية إذا ما أريد لها تلبية الاحتياجات الاقتصادية الحديثة.

٤- وبعد أن قرأنا المشروع التمهيدي الأولي للدليل التشريعي المعروض الآن على الفريق العامل وشاركنا في الندوة، نود أن نؤكد على بعض المسائل التي تبين في عملنا في البلدان التي هي في مرحلة انتقالية.

(أ) ينبغي أن يحفز الدليل على التغيير

٥- إن الهدف من وضع دليل تشريعي هو أن تكون ثمرة هذا المجهود عاملا على التغيير. ويكون من المخيب للآمال لو قرأت الدليل وصدقت عليه البلدان التي لديها أصلا نظام قانوني فعال للمعاملات المضمونة وأهملته عمدا البلدان التي تساق فيها حجج قوية من أجل التغيير. والجدير بالملاحظة أن من المرجح أن يكون للدليل القدر نفسه من الأهمية والفائدة للعديد من البلدان المتقدمة النمو وكذلك للبلدان النامية والبلدان التي تمر اقتصاداتها بمرحلة انتقالية. ويكون من المخيب للآمال بالمثل لو أن الحاجة إلى اتخاذ الحل الوسط في الفريق العامل أدت إلى تمييع سياسات الاصلاح بحيث لا تعود معه رسالة الدليل واضحة ولا مقنعة.

٦- ولئن كان لا مفر من أن يتخذ الدليل شكل وثيقة طويلة نسبيا حافلة بالتفاصيل، فمن الضروري أن يؤكد على مجموعة من التوصيات التي تركز على النتائج الأساسية التي يجب أن تتحقق، وأن يبين (عند الاقتضاء) الوسائل البديلة (والفعالة في الوقت نفسه) التي يمكن أن تتحقق بها تلك النتائج. ونحن نرى، على سبيل المثال، أنه يجب النص بوضوح شديد على الشروط الأساسية لانشاء المصلحة الضمانية وعلى العناصر التي ينبغي أن تكون موجودة في أي نظام من النظم. فلا يمكن أن يكون الدليل مقصورا على سرد لمختلف الخيارات الموجودة في النظم القائمة كجزء من عملية "انتقاء واختيار". ومن الضروري التمييز بين

مفاهيم أو معالم النظام الأساسية لعملية الإصلاح بأكملها (كالقُدرة، مثلاً، على القيام، دون شكليات إضافية، برهن موجودات محددة بوجه عام أو تجري حيازتها في المستقبل) وتلك التي تقل عنها أهمية ويجوز الأخذ بها أو صقلها في مرحلة لاحقة وفقاً للحاجة والميل في البلد المعني. ومن الناحية الأخرى، ينبغي ألا يسعى الدليل إلى فرض حلول، حتى في مسائل التفصيل العملي، حيث يمكن اعتماد نهج أخرى (كتوسيع نطاق الحق الضماني ليشمل العائدات من بيع الموجودات المرهونة؛ وشراء ضمان نقدي؛ وطريقة إضفاء اليقين على تاريخ اتفاق الضمان؛ وتحديد تسجيل الاخطار).

(ب) ينبغي ألا يفرّق الدليل بين نظم القانون العام ونظم القانون المدني

٧- من المستصوب للدليل، مع اعترافه بالفارق بين العرف القانوني للقانون المدني والعرف القانوني للقانون العام، ألا "ينبذ" عملياً بعض البلدان ويجعلها تشعر بأنها مستبعدة من جهود الإصلاح واحتياجاته بسبب عرفها القانوني "المختلف" على ما يظهر. ومن المبادئ التي استرشد بها المصرف في عمله في هذا المجال الاستناد إلى العديد من الحلول المفيدة التي نشأت في نظم القانون العام لمسايرة التقنيات التمويلية الحديثة بأسلوب يتفق وأعراف القانون المدني التي يقوم على أساسها العديد من النظم القانونية المعمول بها في أوروبا الوسطى والشرقية. وجاءت خبرتنا تأكيداً لصحة اعتقادنا بأن العرف القانوني لا يقف عقبة في طريق الإصلاح في مجال المعاملات المضمونة من أجل إقامة نظام فعال اقتصادياً، شريطة وجود تصميم على الإصلاح وإمكانية جعل أوجه التغيير والمواءمة مراعية للاختلاف في المؤسسات والأسلوب والممارسة المرعية.

٨- ويجب أن تبقى رسالة الدليل بسيطة (ولكن دون إفراط في التبسيط) لكي يتمكن الذين يفكرون في الإصلاح من فهم فحواها بسهولة. فإذا كان الدليل معقداً أكثر من اللازم أو غامضاً في أسلوبه، أو بدا شديد التأثير بنظام قائم ربما لا يروق كنموذج لكل البلدان، فإنه لن يستعمل. ويجب ألا يغيب عن البال أيضاً أن من المرجح أن يترجم الدليل ويستعمل في سياقات عديدة ومختلفة من الإصلاح القانوني، ومن هنا تنبع الحاجة إلى الوضوح والبساطة واستخدام عبارات لا انحياز فيها.

(ج) ينبغي أن يؤكد الدليل على التمييز بين النهج الرسمي والنهج الوظيفي

٩- إن الحاجة إلى تحليل وظيفي للمعاملات المضمونة واضحة كما يلاحظ في كل أجزاء الدليل مع إيراد مبررات مختلفة ولكن دون أي تعليل واضح. ونحن نعتبر أن هذه المسألة هي

واحدة من أصعب المسائل وأكثرها إثارة للجدل وأنه يجب معالجتها بصراحة. فهناك آراء متشددة بين المؤيدة والمعارضة لاعتماد نهج وظيفي إزاء المصالح الضمانية (التي تشمل أي معاملة تتمثل وظيفتها في توفير ضمان لأحد الطرفين يكفل له سداد قيمة الالتزام موضوع الضمان، بصرف النظر عن الشكل والأسلوب القانوني اللذين يعتمدهما الطرفان). إن الإصلاح الذي يستلزم اعتماد نهج وظيفي يقتضي ضمنا أيضا اجراء استعراض مستفيض لقانون الالتزامات والملكية وبعض التعديلات الأساسية في النهج المتبع إزاء المسائل القانونية والعملية. ولا يمكن أن يكون هذا الإصلاح كناية عن استحداث متحفظ نسبيا لمصالح ضمانية غير حيازية تزود السوق بنوع جديد من الضمان المطوّع لاحتياجاتها، بل يصبح الهدف أشمل بكثير وسيستلزم كلا الإصلاح وتنفيذه قدرا أكبر من الاعداد والموارد. وعلى صانعي الإصلاح أن يفهموا ذلك بوضوح شديد وأن يوازنوا بتأن بين مزايا ومساوئ اعتماد نهج وظيفي كليا. واستنادا إلى خبرتنا، نود الإشارة إلى أن النهج الرسمي (الذي لا يشمل سوى المعاملات التي تكون في الشكل المطلوب لإنشاء الضمان) يمكن أن يخدم الأهداف الاقتصادية للإصلاح الخاص بالمعاملات المضمونة، ويترك في الوقت نفسه مجالا واسعا للتشجيع على التقارب، وذلك، على سبيل المثال، باستحداث قواعد مماثلة للمعاملات شبه الضمانية تتعلق بمسائل الاعلان والأولوية والافناذ.

١٠- ويجب أن يكون الدليل شديد الوضوح في هذه الناحية في مصطلحاته وفي تعريف الأهداف الرئيسية وفي النهج الأساسي إزاء مسائل الضمان، عوضا عن الافتراض ضمنا أنه ينبغي اعتماد نهج وظيفي، دون تعليل وجيه.

(د) ينبغي أن يظل الدليل مفتوح الباب أمام نظام للمعاملات المضمونة يشمل الممتلكات المنقولة وغير المنقولة

١١- هناك افتراض ضمني آخر في الدليل، وهو الفصل التام بين الموجودات المنقولة وغير المنقولة. وهذا الفصل الذي قد يكون وجيها تماما في بعض النظم القانونية يجوز ألا يكون مناسباً في جميع الأحوال. بل بالعكس، إذ قد يوجد في بعض الحالات مبرر وجيه جدا لمحاولة أحد البلدان إصلاح كلا المجالين في آن واحد واخضاع الضمان على الموجودات المنقولة وغير المنقولة لقواعد مماثلة. وينبغي أن يترك الدليل هذا الخيار مفتوحا وأن يعطي توجيهها عاما بشأن كيفية النجاح في الاضطلاع باصلاح يشمل الموجودات المنقولة وغير المنقولة على السواء.

(هـ) يجب أن تكون ضرورة الاعلان عن المصلحة الضمانية واضحة تماما

١٢- ينبغي ألا يترك الدليل مجالاً للشك في أن أي نظام حديث للمعاملات المضمونة يتطلب نظاماً للاعلان يُتبع في اخطار الأطراف الثالثة بأن المدين أنشأ لدائن ما مصلحة ضمانية في موجودات محددة، ويستطيع أيضاً أن يحل مسائل الأولوية. وينبغي أن يرد التعبير عن ذلك بوجه خاص في المبادئ الأساسية للدليل. وعلى الرغم من أن غياب الاعلان لم يمنع بعض الاقتصادات من انشاء سوق للقروض الائتمانية المضمونة، فانه لمن باب المتناقضات في اقتصاد السوق المفتوحة أن يُشجع على زيادة استخدام الموجودات كضمان وأن يُسمح في الوقت نفسه باخفاء وجود ذلك الضمان عن أشخاص آخرين في السوق. ويُعتمد مبدأ الاعلان حالياً ببطء ولكن باطراد في جميع أنحاء المنطقة التي يعمل فيها المصرف. ولا بد من اتخاذ خيارات سياسية صعبة لتنفيذ الاعلان، كالأثار القانونية للتسجيل والطابع غير الموثوق للمعلومات المسجلة، ويجب عرض هذه الأمور بوضوح في الدليل وفقاً لما يقبله مشروع النص الحالي.

(و) ينبغي أن يتخذ الدليل موقفاً واضحاً من الانفاذ

١٣- انفاذ المصلحة الضمانية هو محك المسوّغ النهائي لوجود الضمان. فاذا لم يمكن الانفاذ من تحويل الموجودات المرهونة إلى نقود بسرعة وفعالية وسداد المستحق للدائن المضمون، كانت النتيجة النيل بشدة من الاعتماد على الضمان كوسيلة للحد من مخاطر الائتمان. ولكن قد يكون هذا أصعب جزء في الاصلاح لأن نظام الانفاذ سيتشابه بشدة، بالضرورة، مع القواعد القائمة للاجراءات المدنية في أمور على غرار تحصيل الديون (انفاذ العقود) باجراء قضائي، والاجراءات الحيازية، وفرض تدابير مؤقتة على الموجودات وانفاذ الحق الضماني في الموجودات المنقولة وغير المنقولة. يضاف إلى ذلك أن وجود المؤسسات وأدائها وظيفتها (أو عدم أدائها) سيكون هنا، أكثر من أي مجال آخر، عنصراً أساسياً في نجاح الاصلاح. وعلى سبيل المثال، سيكون من العناصر الأساسية في نجاح اصلاح نظام المحاكم وقدرته وطريقة أدائه وظيفته وانعدام احتمال الفساد فيه ووجود مهن أخرى تستطيع القيام بدور أساسي في اجراءات الانفاذ وفعالية هذه المهن (وبخاصة عندما تنفذ هذه الاجراءات عن طريق المهنيين الأفراد، كمأموري الانفاذ القضائي والكتّاب العدول وغيرهم من المحامين ودلالي المزادات والخبراء).

١٤- ونظرا لأهمية الانفاذ والتقييدات التي تحول دون اعتماد نهج أمري عام، اذ يتوجب أخذ عدد كبير جدا من العوامل الخارجية في الحسبان، لا بد من الرجوع إلى أهداف النظام من حيث التوقيت والفعالية. ومن المهم في هذا الصدد ايلاء الاعتبار للتوقعات الواقعية لما يمكن تحقيقه في أي بلد عوضا عن فرض حلول قد تصلح في بعض الولايات القضائية ولا تصلح في غيرها نظرا لاختلاف القوانين الاجرائية والأطر المؤسسية بينها.

١٥- كثيرا ما تُستقطب الآراء بين مؤيد ومعارض عندما تركز المناقشات عن الانفاذ على اشتراك المحاكم. ومع أن نهج اعطاء الأطراف حقوقا واسعة لحل المسائل بأنفسهم وحفظ دور المحاكم لوقت الحاجة لديه الكثير الذي يشهد على وجاهته، فهو كثيرا ما يصطدم مباشرة بالتقاليد والاعتقادات الراسخة بشأن دور المحكمة. ويوجد في العديد من البلدان توقع قوي باشتراك المحاكم. ويمكن عند وجود أوجه قصور في الطريقة التي يعمل بها نظام المحاكم أن تعتبر العملية التنفيذية التي تتم تحت سيطرة المحكمة وتنقصها الكفاءة أهون شرا من نظام المساعدة الذاتية، حيث تعجز المحاكم عن تأمين الحماية الكافية من أي تجاوزات أو أفعال تعسفية تصدر عن الدائن، وكثيرا ما يتبين الطريق المؤدي إلى حلول عملية بالاستكشاف المدروس لمختلف الطرائق التي يمكن تحقيق الانفاذ بواسطتها، وللتأثير الاقتصادي المحتمل لكل طريقة (وما يترتب عليها من أثر في مفهوم الضمان)، ولمختلف الوسائل المتاحة لضمان التوازن العادل بين مصالح الدائن والمدين التي يمكن تبريرها.