

Distr.: Limited
15 June 2005
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)
الدورة الثامنة
فيينا، ٥-٩ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٥

المصالح الضمانية

توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

الصفحة	التوصيات	
٢	١٤٩-١٣٦	 تنازع القوانين حادي عشر -
١١	١٥٨-١٥٠	 الفترة الانتقالية ثاني عشر -



حادي عشر - تنازع القوانين*

الغرض

الغرض من قواعد تنازع القوانين هو تحديد القانون المنطبق على كل من المسائل التالية: إنشاء الحق الضماني؛ وحقوق الدائن المضمون والمانع والتزاماتهما قبل التقصير؛ ونفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة؛ وأولوية الحق الضماني على حقوق المطالبين المنازعين؛ وإنفاذ الحق الضماني.

وينبغي أن تكون هذه القواعد منطبقة أيضا، حسب الاقتضاء، على الحقوق غير المصنّفة بأنها "حقوق ضمانية" ولكن تؤدي نفس الوظيفة الاقتصادية ويمكن أن تنازع الحقوق الضمانية، كحقوق الطرف الذي أُحيلت إليه المستحقات، أو مورّد السلع الذي يحتفظ بحق ملكيتها في ترتيب قائم على الاحتفاظ بحق الملكية؛ أو مؤجّر الممول.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن يأخذ علما بأن عبارة "حسب الاقتضاء" ترمي إلى توفير قدر من المرونة للدول التي تتّبع نهجا غير وحدوي إزاء إمكانية معاملتها أدوات تمويل الاحتياز كأدوات ضمانية (انظر الوثيقة A/CN.9/574، الفقرة ٣٤). ولعل الفريق العامل يستذكر أن عبارة "فيما بين الأطراف" قد أضيفت بعد كلمة "الإنشاء" من أجل إبراز التمييز الوارد في الدليل بين "نفاذ المفعول فيما بين الأطراف الثالثة" وعبارة "نفاذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة". غير أنه لا يوجد نوعان أو مرحلتان من الإنشاء، بل نوعان من نفاذ المفعول. ومن ثم، لم تُعدّ التوصيات تشير إلى الإنشاء "فيما بين الأطراف". وربما يود الفريق العامل أن يُدرج في الفقرة الأولى من الباب المتعلق بالغرض حاشية فحواها أن: "معاني هذه المصطلحات تُشرح بتوسّع في الفصول الرابع والخامس والسادس والسابع والثامن، على التوالي".]

الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة

١٣٦- ينبغي أن ينص القانون على أن إنشاء حق ضماني في الممتلكات الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على حقوق المطالبين المنازعين هي مسائل يحكمها قانون الدولة التي يقع فيها مكان الموجودات المرهونة (انظر أيضا التوصية ١٤٢ فيما يتعلق بالبضائع العابرة والبضائع المصدّرة). أما بشأن الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة من النوع الذي

* أعدت التوصيات في تعاون وثيق مع مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

يُستخدم عادة في أكثر من دولة، فينبغي أن ينص القانون على أن تلك المسائل يحكمها قانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن ينظر في أن التوصية ١٣٦ ينبغي أن تنطبق على المستندات القابلة للتداول. أما بشأن الصكوك القابلة للتداول، فرمما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن تنطبق عليها التوصية ١٣٦، إلا ما دامت خاضعة لحق ضماني غير حيازي، وفي هذه الحالة ينبغي أن تنطبق عليها التوصية ١٣٧.]

الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة

١٣٧- ينبغي أن ينص القانون على أن مسائل إنشاء الحق الضماني في الممتلكات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على حقوق المطالبين المنازعين تخضع لقانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح.

الحقوق الضمانية في عائدات السحب في إطار تعهد مستقل

١٣٨- [ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) رهنا بالفقرتين الفرعيتين (ب) و(ج)، تكون مسائل إنشاء الحق الضماني في عائدات السحب في إطار تعهد مستقل ونفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على حقوق المطالبين المنازعين وإنفاذه خاضعة لقانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح؛

(ب) في حال طالب السداد من المصدر/الضامن أو الشخص المسمى أو السداد بإقرار من المصدر/الضامن أو الشخص المسمى، يكون إنشاء الحق الضماني في عائدات السحب في إطار تعهد مستقل ونفاذ ذلك الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على حقوق المطالبين المنازعين خاضعة لقانون الدولة التي يوجد فيها مقر مسدّد العائدات [فرع مسدّد العائدات ذي الصلة]؛

(ج) تكون حقوق وواجبات المصدر/الضامن أو الشخص المسمى في أن يتصرف أو لا يتصرف بناء على طلب إقرار بإحالة العائدات، أو بناء على إقرار من جانبه، خاضعة للقانون الذي اختاره ذلك الشخص في إقراره، أو لقانون الدولة التي يقع فيها مقر ذلك الشخص في حال عدم وجود إقرار أو عدم اختيار قانون فيه، ودون اعتبار القانون الذي يحكم التعهد المستقل ذاته.]

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما يلي: '١' ما إذا كانت الفقرة (أ) ضرورية، لأنها تكرر القاعدة الواردة في التوصية ١٣٧، و'٢' ما إذا كانت الفقرة (ب) ضرورية، لأنها تتناول مسألة حماية صاحب الحساب المدين التي تتناولها التوصية ١٤٧؛ و'٣' ما إذا كانت الفقرة (ج) ضرورية، لأنها تتناول مسألة تعاقدية. وربما يود الفريق العامل أن يحدد أيضا معنى مقرر الشخص لأغراض هذه التوصية.]

الحقوق الضمانية في الحسابات المصرفية

١٣٩- [باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٤٠ خلافا لذلك،] ينبغي أن ينص القانون على أن مسائل إنشاء الحق الضماني في حساب مصرفي ونفاذ ذلك الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على حقوق المطالبين المنازعين وإنفاذه حقوق وواجبات المصرف الوديع فيما يتعلق به تخضع لما يلي:

البديل ألف

قانون الدولة التي ذكر في اتفاق الحساب صراحة أنها الدولة التي يحكم قانونها ذلك الاتفاق، أو قانون آخر إذا كان اتفاق الحساب ينص صراحة على أن ذلك القانون ينطبق على جميع هذه المسائل. بيد أن القانون المحدد في هذه التوصية لا ينطبق إلا إذا كان لدى المصرف الوديع وقت إبرام اتفاق الحساب مكتب في تلك الدولة يقوم بنشاط منتظم في مجال حفظ الحسابات المصرفية.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: يستند البديل ألف إلى المادة ٤-١ من اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط، "اتفاقية لاهاي".]

١٣٩ مكررا- إذا لم يكن القانون المنطبق مُحددا بمقتضى التوصية ١٣٩، ولكن ثمة اتفاق حساب كتابي ذكر صراحة وبلا غموض أن المصرف أبرم ذلك الاتفاق من خلال مكتب معين، فينبغي أن ينص القانون على أن القانون المنطبق على جميع المسائل المحددة في التوصية ١٣٩ هو القانون النافذ في الدولة التي كان يوجد فيها ذلك المكتب آنئذ، شريطة أن يكون ذلك المكتب آنئذ مستوفيا الشرط المحدد في الجملة الثانية من التوصية ١٣٩.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: تستند هذه التوصية إلى المادة ٥-١ من اتفاقية لاهاي.]

١٣٩ مكررا ثانيا- إذا لم يكن القانون المنطبق محدداً بمقتضى التوصية ١٣٩ أو ١٣٩ مكررا، يكون القانون المنطبق هو القانون النافذ في الدولة التي يكون المصرف الوديع قد أنشئ أو نُظِّم على نحو آخر بمقتضى قانونها وقت إبرام اتفاق الحساب الكتابي أو وقت فتح الحساب المصرفي في حال عدم وجود اتفاق من هذا القبيل.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: تستند هذه التوصية إلى المادة ٥-٢ من اتفاقية لاهاي.]

١٣٩ مكررا ثالثا- إذا لم يكن القانون المنطبق محدداً بمقتضى أي من التوصيات ١٣٩ أو ١٣٩ مكررا أو ١٣٩ مكررا ثانيا، يكون القانون المنطبق هو القانون النافذ في الدولة التي يكون مكان عمل المصرف الوديع، أو مكان العمل الرئيسي لذلك المصرف إذا كان له أكثر من مكان عمل واحد، واقعا فيها وقت إبرام اتفاق الحساب الكتابي، أو وقت فتح الحساب المصرفي في حال عدم وجود اتفاق من هذا القبيل.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: تستند هذه التوصية إلى المادة ٥-٣ من اتفاقية لاهاي.]

البديل باء

هذا البديل مطابق للبديل ألف ولكن بدون التوصيات ١٣٩ مكررا و١٣٩ مكررا ثانيا و١٣٩ مكررا ثالثا، التي يمكن الاستعاضة عنها بالصيغة التالية: "إذا لم يكن القانون المنطبق محدداً بمقتضى التوصية ١٣٩، ينبغي أن ينص القانون على قواعد احتياطية تستند إلى المادة ٥ من اتفاقية لاهاي."

[ملحوظة إلى الفريق العامل: البديل باء هو صيغة مبسطة للبديل ألف. ويمكن للتعليق أن يتضمن القواعد الاحتياطية المفصلة لاتفاقية لاهاي مع ما يكفي من التوضيحات. وثمة صيغة أخرى للبديل باء هو أن تُستبعد من التوصية أي إشارة إلى القواعد الاحتياطية على أن يُستعاض عن ذلك بإدراجها في التعليق مع شرحها بما فيه الكفاية.]

البديل جيم

قانون الدولة [الأوثق صلة بالمصرف الوديع الذي] يُحتفظ بالحساب المصرفي فيه [لديه].

[ملحوظة إلى الفريق العامل: أضيف البديل جيم استجابة لطلب الفريق العامل (انظر الوثيقة A/CN.9/574، الفقرة ٨٠). وهو يقوم على افتراض أنه يمكن بسهولة تحديد المكان الذي يوجد فيه الحساب المصرفي (مثلا من خلال الرقم الدولي للحساب المصرفي الذي يتضمن رقم الحساب ورمز المصرف الذي يُحتفظ بالحساب لديه).]

١٤٠- [إذا كانت الدولة التي يقع فيها مقر المانح تعترف بالتسجيل كطريقة لتحقيق نفاذ الحق الضماني في الحساب المصرفي تجاه الأطراف الثالثة، فإن قانون تلك الدولة هو الذي يقرر نفاذ الحق الضماني في ذلك الحساب تجاه الأطراف الثالثة الذي تحقق عن طريق التسجيل.]

[ملحوظة إلى الفريق العامل: أضيفت التوصية ١٤٠ بين معقوفتين، استجابة لطلب الفريق العامل (انظر الوثيقة A/CN.9/574، الفقرة ٨٠). وهذه التوصية تكمل التوصية ١٣٩ (أيما كان البديل المعتمد)، إذ تنص على أنه إذا كانت الدولة التي يقع فيها مقر المانح تعترف بالتسجيل كطريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فإن نفاذ الحق الضماني في الحساب المصرفي تجاه الأطراف الثالثة عن طريق التسجيل يكون خاضعا لقانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح. ومن شأن هذا الاقتراح، إذا ما اعتُمد، أن يمكّن الدائن المضمون، في ظل تلك الظروف، من تسجيل الحق الضماني في الحساب المصرفي في نفس الدولة التي يسجل فيها حقا ضمانيا في ممتلكات أخرى غير ملموسة. ولا تنطبق التوصية ١٤٠ إلا على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة الذي يتحقق عن طريق التسجيل. أما النفاذ تجاه الأطراف الثالثة الذي يتحقق عن طريق السيطرة أو بأي طريقة أخرى فيخضع للقانون المحدد في التوصية ١٣٩ (تنص التوصية ٦٣ في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1 على أن الحق الضماني في حساب مصرفي الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة عن طريق السيطرة له أولوية على الحق الضماني في حساب مصرفي الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة عن طريق التسجيل.)]

العائدات

١٤١- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أن إنشاء حق ضماني في العائدات يخضع للقانون الذي يحكم إنشاء الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية التي نشأت منها العائدات؛

(ب) وأن نفاذ الحق الضماني في العائدات وأولويته على حقوق المطالبين المنازعين يخضعان لنفس القانون الذي يحكم نفاذ الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية، التي هي من نفس نوع العائدات، تجاه الأطراف الثالثة وأولوية ذلك الحق على حقوق المطالبين المنازعين.

البضائع العابرة والبضائع المصدّرة

١٤٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الممتلكات الملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) العابرة أو المراد تصديرها من الدولة التي تكون موجودة فيها وقت إنشاء الحق الضماني يجوز أيضا إنشاؤه وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون دولة المقصد النهائي، شريطة أن تصل الممتلكات إلى تلك الدولة في غضون فترة قصيرة معينة بعد إنشاء الحق الضماني.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: دُجّحت التوصيتان المتعلقتان بالبضائع العابرة والبضائع المصدّرة لأنهما تنصان على انطباق القانون نفسه. وربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن تنطبق التوصية ١٤٢ على جميع أنواع "الممتلكات الملموسة"، وهو مصطلح يرد تعريفه في الدليل على أنه يشمل الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول.]

معنى "مقر" المانح

١٤٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه، لأغراض التوصيات الواردة في هذا الفصل، يُعتبر مقر المانح واقعا في الدولة التي يوجد فيها مكان عمله. وإذا كان للمانح مكان عمل في أكثر من دولة واحدة، يُعتبر مكان عمل المانح هو المكان الذي يُمارس فيه إدارته المركزية. وإذا لم يكن للمانح مكان عمل، يؤخذ بمكان إقامته المعتاد.

الوقت ذو الصلة عند تحديد المقر

١٤٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الإشارات إلى مكان الموجودات أو مقر المانح في التوصيات الواردة في هذا الفصل إنما تعني، فيما يتعلق بمسائل الإنشاء، ذلك المكان أو المقر وقت إنشاء الحق الضماني، وتعني، فيما يتعلق بمسائل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، ذلك المكان أو المقر وقت نشوء المسألة.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: في إطار التوصية ١٤٤، وفي حال حدوث تغيير في مكان الموجودات أو في مقر المانح (تبعاً للحالة) بعد إنشاء الحق الضماني، يكون نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وأولويته خاضعين لقانون الدولة التي يقع فيها مكان الموجودات أو مقر المانح آنئذ، حتى وإن أنشئت جميع المطالبات المنازعة أيضا قبل تغيير ذلك المكان أو المقر. وربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان ينبغي إدراج استثناء ينص على جواز أن تظل منازعات الأولوية هذه خاضعة لقانون المكان أو المقر الأصلي شريطة أن يكون الدائن

المضمون قد اتخذ ما يقضي به ذلك القانون من خطوات لجعل حقه الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة.]

استمرار النفاذ تجاه الأطراف الثالثة عند تغيير المكان أو المقر

١٤٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في الموجودات المرهونة نافذا تجاه أطراف ثالثة بمقتضى قانون دولة غير الدولة المشترعة وانتقل مكان الموجودات المرهونة أو مقر المانع (حسبما يقتضيه سياق التوصيات الواردة في هذا الفصل) إلى الدولة المشترعة، يظل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون الدولة المشترعة لفترة [...] يوما بعد انتقال مكان الموجودات المرهونة أو مقر المانع (حسبما يقتضيه سياق التوصيات الواردة في هذا الفصل) إلى الدولة المشترعة. وإذا ما استوفيت اشتراطات الدولة المشترعة بأن يُجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل انتهاء تلك الفترة، يظل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بعد تلك الفترة بمقتضى قانون الدولة المشترعة.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: لأغراض توضيح انطباق التوصية ١٤٥ في سياق النزاع على الأولوية، ربما يود الفريق العامل أن ينظر في إضافة النص التالي في نهاية التوصية ١٤٥: "، ولدى تقرير الأولوية بمقتضى قانون الدولة المشترعة، لأغراض أي قاعدة يكون فيها وقت التسجيل أو غيره من طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أمرا ذا صلة، يعتبر ذلك الوقت هو الوقت الذي وقع فيه ذلك الحدث بمقتضى قانون تلك الدولة الأخرى."]

الإحالة

١٤٦- ينبغي أن ينص القانون على أن الإشارة إلى "قانون" دولة أخرى بأنه هو القانون الذي يحكم مسألة ما إنما تعني القانون النافذ في تلك الدولة بخلاف قواعدها المتعلقة بتنزع القوانين.

القانون الذي يحكم حقوق والتزامات المانع والدائن المضمون

١٤٧- ينبغي أن ينص القانون على أن حقوق المانع والدائن المضمون والتزاماتهما المتبادلة [المتعلقة بالحق الضماني] والناشئة عن اتفاق الضمان [، سواء كانت ناشئة عن اتفاق الضمان أو بمقتضى القانون] تخضع للقانون الذي يختارانه [وفي حال عدم اختيارهما أي

قانون، فللقانون الذي يحكم اتفاق الضمان] [لقانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح وقت إنشاء الحق الضماني].

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن يأخذ علماً بأنه اقترح إدخال ثلاثة تغييرات على التوصية ١٤٧، التي تستند إلى المادة ٢٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات. فعبرة "المتعلقة بالحق الضماني" توائم بين نطاق هذا الحكم وموضوع الدليل، يجعل القاعدة قابلة للانطباق على حقوق الأطراف والتزاماتها المتصلة بالحق الضماني. وإضافة عبارة "بمقتضى القانون" يجعل القاعدة قابلة للانطباق على الحقوق والالتزامات المتصلة بالحق الضماني التي تنشأ من القانون، بمعنى أن اتفاق الضمان لا يتناولها صراحة أو ضمناً بل تُصبح جزءاً من الحق الضماني بحكم القانون، وإن نتجت أصلاً من إنشاء الحق الضماني (وبذلك يكون مصدرها هو اتفاق الضمان). وإذا لم تُضف هذه العبارة، فإن الدليل لا يقدم أية قاعدة بشأن تنازع القوانين لتحديد الدولة التي يحكم قانونها هذه الفئة من الحقوق والالتزامات. وكمثال على ذلك ثمة طبيعة ونطاق واجب الطرف المضمون في الاعتناء بالضمانة الرهينة أثناء وجودها في حوزته، وهو التزام لا ينشأ بالتحديد من اتفاق الضمان بل يشكل من الناحية القانونية جزءاً من الحق الضماني. وفيما يتعلق بالقاعدة الاحتياطية التي تنطبق عندما لا يختار الأطراف أي قانون، تقدم التوصية ١٤٧ ثلاثة بدائل. البديل الأول هو عدم النص على أية قاعدة احتياطية، افتراضاً لانتفاء الحاجة إليها لأن الأطراف في المعاملات المضمونة غالباً ما تدرج في اتفاقاتها بنداً بشأن اختيار القانون. والبديل الثاني هو مواءمة القانون المنطبق على حقوق الأطراف والتزاماتها مع القانون المنطبق على الحقوق والالتزامات التعاقدية المحضة، وهو نهج يرحّب أن يتماشى مع توقعات الأطراف. أما البديل الثالث فهو الرجوع إلى مقر المانح (الذي قد يكون، أو لا يكون، هو العامل القارن في إطار البديل الثاني). وهذا البديل الثالث قد يبدو أنه يوفر مزيداً من اليقين؛ إذ قد يؤدي إلى إخضاع حقوق الأطراف والتزاماتها المشمولة بالتوصية ١٤٧ وحقوق الأطراف والتزاماتها التعاقدية المحضة لقانونين مختلفين].

القانون الذي يحكم حقوق والتزامات صاحب الحساب المدين والمحال إليه

١٤٨- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون الذي يحكم المستحق أو الصك القابل للتداول هو الذي يحكم العلاقة بين صاحب الحساب المدين والشخص الذي يحال إليه المستحق المحال، وكذلك بين المحوّل إليه والملتزم في حالة الصك القابل للتداول، والشروط الواجب توافرها للاستظهار بإحالة المستحق ضد صاحب الحساب المدين أو الملتزم. بمقتضى

الصك القابل للتداول، وهو الذي يقرر ما إذا كان صاحب الحساب المدين أو الملتزم قد أوفى بالتزاماته.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: الغرض من هذه التوصية هو تفادي أي إجحاء بأن التوصية ١٤٩، التي تتناول القانون الذي يحكم إنفاذ الحق الضماني تجاه المانح، تحدّد القانون الذي يحكم الإنفاذ من جانب الدائن المضمون تجاه صاحب الحساب المدين في حالة المستحق المحال (أو الملتزم في حالة الصك القابل للتداول). بيد أن التوصية ١٤٨، التي تستند إلى المادة ٢٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، تنطبق على كامل العلاقة القائمة بين صاحب الحساب المدين في حالة المستحق المحال، أو الملتزم في حالة الصك القابل للتداول، والدائن المضمون، وهي مسائل تشمل الإنفاذ ولكنها لا تقتصر عليه.]

مسائل الإنفاذ

١٤٩ - ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف

يحكم المسائل التي تمس إنفاذ الحق الضماني خارج نطاق إجراءات الإعسار قانون الدولة التي يحدث فيها الإنفاذ.

البديل باء

يحكم المسائل التي تمس إنفاذ الحق الضماني خارج نطاق إجراءات الإعسار القانون الذي يحكم اتفاق الضمان [الذي يُحدّد وفقاً للتوصية ١٤٧]. غير أنه:

(أ) لا يجوز لأي دائن مضمون أن يحتاز موجودات مرهونة ملموسة بدون موافقة الشخص الذي هي في حوزته إلا وفقاً لقانون الدولة التي توجد فيها تلك الموجودات وقت قيام الدائن المضمون باحتيازها؛

(ب) يجوز للمحكمة أن تُطبق من قانونها الأحكام التي يجب تطبيقها حتى في الحالات الدولية، بصرف النظر عن قواعد تنازع القوانين؛

(ج) لا يجوز للمحكمة أن ترفض تطبيق القانون المحدّد بمقتضى الجملة الأولى من هذه التوصية إلا إذا كانت آثار تطبيقه تتناقض بوضوح مع السياسة العامة لتلك المحكمة.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: استُمدت الفقرتان الفرعيتان (ب) و(ج) من المادة ١١ من اتفاقية لاهاي. ولا تشير الفقرة الفرعية (ج) إلا إلى الحملة الأولى من هذه التوصية وليس إلى الفقرة الفرعية (أ) لأن الأطراف في اتفاق الضمان والأطراف الثالثة في الدولة التي توجد فيها الموجودات المرهونة ينبغي أن تكون دائما قادرة على الارتكان إلى قانون المكان الذي يحدث فيه انتقال حيازة الموجودات المرهونة الملموسة لكي يحكم ذلك التصرف وأن تتمتع بحماية ذلك القانون، وينبغي ألا تكون لقانون المحكمة غلبة على قانون المكان.]

تأثير الإعسار على قواعد تنازع القوانين

[ملحوظة إلى الفريق العامل: انظر التوصية كاف والملحوظة المرفقة بها في توصيات هذا الدليل المتعلقة بالإعسار A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3، والتي نصها كما يلي: "ينبغي أن ينص القانون على أنه بالرغم من بدء إجراءات إعسار، يكون إنشاء الحق الضماني وإنفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وإنفاذه خاضعا للقانون الذي ينطبق في حال عدم وجود إجراءات الإعسار. ولا تمس هذه التوصية بانطباق أي قواعد خاصة بالإعسار، بما فيها أي قواعد تتعلق بإبطال الحقوق الضمانية أو أولويتها أو إنفاذها."]

[ملحوظة إلى الفريق العامل: انظر أيضا التوصيتين ٣٠ و ٣١ من دليل الإعسار. وسيوضح التعليق العلاقة القائمة بين هذه التوصية، من جهة، والتوصيتين ٣٠ و ٣١ من دليل الإعسار، من جهة أخرى. وسيوضح التعليق أيضا أن هذه التوصية تشمل قواعد إجرائية وموضوعية وقواعد متعلقة بالولاية القضائية، وما إلى ذلك.]"]

الدول المتعددة الوحدات

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كانت هناك حاجة إلى توصية إضافية تنص على كيفية تطبيق التوصيات الواردة في هذا الفصل في دولة متعددة الوحدات.]

ثاني عشر - المرحلة الانتقالية

الغرض

الغرض من الأحكام الانتقالية للقانون هو تحقيق انتقال منصف وفعال من النظام السابق على اشتراع القانون إلى النظام اللاحق له.

تاريخ النفاذ

١٥٠- ينبغي أن يحدد القانون، بعد اشتراعه، تاريخاً أو آلية يمكن بواسطتها تحديد تاريخ يبدأ فيه نفاذه ("تاريخ النفاذ")، آخذاً في الاعتبار ما يلي:

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

(ب) الترتيبات الرقابية والمؤسسية والتعليمية اللازمة وغيرها من الترتيبات أو التحسينات في البنى التحتية التي يتعين على الدولة إجراؤها؛ ووضع القانون القائم سابقاً والبنى التحتية الأخرى؛

(ج) مواءمة القانون مع التشريعات الأخرى؛

(د) محتوى القواعد الدستورية فيما يتعلق بالمعاملات السابقة لتاريخ النفاذ؛ والممارسة المعتادة أو المناسبة لبدء نفاذ التشريع (مثلاً في اليوم الأول من الشهر)؛

(هـ) ضرورة إعطاء الأشخاص المتأثرين بالقانون وقتاً كافياً للاستعداد له.

الفترة الانتقالية

١٥١- ينبغي أن ينص القانون على فترة زمنية بعد تاريخ النفاذ ("الفترة الانتقالية")، يجوز أثناءها للدائنين الذين لديهم حقوق ضمانية نافذة تجاه المدين والأطراف الثالثة بمقتضى النظام السابق أن يتخذوا خطوات لضمان نفاذ تلك الحقوق تجاه المانح والأطراف الثالثة بمقتضى القانون. وإذا اتخذت تلك الخطوات أثناء الفترة الانتقالية، ينبغي أن ينص القانون على استمرار نفاذ حقوق الدائن تجاه تلك الأطراف.

الأولوية

١٥٢- ينبغي أن ينص القانون على قواعد واضحة لتسوية المسائل التالية:

(أ) ماهية القانون المنطبق على الأولوية بين الحقوق الضمانية اللاحقة لتاريخ النفاذ؛

(ب) ماهية القانون المنطبق على الأولوية بين الحقوق الضمانية السابقة على تاريخ النفاذ؛

(ج) ماهية القانون المنطبق على الأولوية بين الحقوق الضمانية السابقة وعلى تاريخ النفاذ واللاحقة له.

١٥٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه هو الذي يحكم الأولوية بين الحقوق الضمانية اللاحقة لتاريخ النفاذ.

١٥٤- ينبغي أن ينص القانون عموماً على أن الأولوية بين الحقوق الضمانية السابقة على تاريخ النفاذ يحكمها النظام القانوني السابق. ولكن ينبغي أن ينص القانون أيضاً على أن تطبيق تلك القواعد السابقة لن يجري إلا في حال عدم وقوع حدث بعد تاريخ النفاذ كان من شأنه أن يغير الأولوية في إطار النظام السابق. وفي حال وقوع حدث من هذا القبيل، ينبغي للقانون أن يحدد الأولوية.

١٥٥- وفيما يتعلق بالأولوية بين الحقوق الضمانية السابقة على تاريخ النفاذ والحقوق الضمانية اللاحقة له، ينبغي أن ينص القانون على أنه ينطبق ما دام يجوز لحائز الحق السابق على تاريخ النفاذ، أثناء الفترة الانتقالية، أن يضمن أولوية بمقتضى القانون باتخاذ ما يلزم من خطوات في إطاره. وينبغي أن تستمر أولوية الحق السابق على تاريخ النفاذ وأثناء الفترة الانتقالية، كما لو أن القانون لم يصبح نافذاً. وإذا اتخذت الخطوات المناسبة أثناء الفترة الانتقالية، ينبغي أن يكون لحائز الحق السابق على تاريخ النفاذ نفس القدر من الأولوية الذي كان سيستمتع به لو أن القانون كان نافذاً وقت المعاملة الأصلية، وكانت تلك الخطوات قد اتخذت في ذلك الوقت.

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

١٥٧- ينبغي أن يعالج القانون مسألة الانتقال من نظام لا يُشترط فيه التسجيل إلى نظام يمثل فيه التسجيل شرطاً لضمان نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة.

١٥٨- ينبغي أن يكفل القانون ألا يستتبع الانتقال أي تكلفة غير التكلفة الاسمية للتسجيل.