

Distr.
GENERAL

A/CN.9/470
23 March 2000
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH



الجمعية العامة

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الثالثة والثلاثون

نيويورك، ١٢ حزيران/يونيه - ٧ تموز/يوليه ٢٠٠٠

التمويل بالمستحقات

تعليق على مشروع اتفاقية [أحالة المستحقات في التجارة الدولية]
[الاحالة في التمويل بالمستحقات]

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	٣-١	مقدمة
٥	٢٣٥-٤	تعليق تحليلي
٦	١٢-٤	التعليق والديباجة
١٠	٥٤-١٣	الفصل الأول - نطاق الانطباق
١٠	١٣	هيكل الفصل الأول
١٠	٢٣-١٤	المادة ١- نطاق الانطباق
١٥	٣٧-٢٤	المادة ٢- أحالة المستحقات
٢٢	٤٠-٣٨	المادة ٣- الطابع الدولي
٢٣	٤٩-٤١	المادة ٤- الاستبعادات
٢٧	٥٤-٥٠	المادة ٥- التقييدات المفروضة على [أحالة] المستحقات الأخرى غير المستحقات التجارية
٢٩	٧٩-٥٥	الفصل الثاني - أحكام عامة
٢٩	٧٣-٥٥	المادة ٦- التعاريف وقواعد التفسير
٣٧	٧٥-٧٤	المادة ٧- حرية الأطراف
٣٨	٧٩-٧٦	المادة ٨- مبادئ التفسير

الصفحة	الفقرات
٤١	الفصل الثالث - نفاذ مفعول الاحالة
٤١	شكل الاحالة
٤٢	المادة ٩- نفاذ مفعول الاحالات الاجمالية واحالات المستحقات الآجلة والاحالات الجزئية
٤٧	المادة ١٠- وقت الاحالة
٤٨	المادة ١١- التقييدات التعاقدية للاحالة
٥٢	المادة ١٢- نقل حقوق الضمان
٥٤	الفصل الرابع - الحقوق والواجبات والدفع
٥٤	الباب الأول - المحيل والمحال اليه
٥٤	الغرض من الباب الأول
٥٥	المادة ١٣- حقوق وواجبات المحيل والمحال اليه
٥٧	المادة ١٤- اقرارات المحيل
٦٠	المادة ١٥- الحق في اشعار المدين
٦٣	المادة ١٦- الحق في السداد
٦٥	الباب الثاني - المدين
٦٥	المادة ١٧- مبدأ حماية المدين
٦٧	المادة ١٨- اشعار المدين
٦٨	المادة ١٩- ابراء ذمة المدين بالسداد
٧٣	المادة ٢٠- دفع المدين وحقوقه في المقاصة
٧٦	المادة ٢١- الاتفاق على عدم التمسك بالدفع أو حقوق المقاصة
٧٨	المادة ٢٢- تعديل العقد الأصلي
٨١	المادة ٢٣- استرداد المبالغ المسددة
٨٣	الباب الثالث - الأطراف الأخرى
٨٣	هيكل الباب الثالث
٨٣	المادة ٢٤- القانون المنطبق على تنازع الحقوق مع الأطراف الأخرى
٩٠	المادة ٢٥- السياسة العامة والحقوق التفضيلية
٩٣	المادة ٢٦- القواعد الخاصة للعائدات
٩٤	المادة ٢٧- التنازل
٩٥	الفصل الخامس - تنازع القوانين
٩٥	نطاق الفصل الخامس والغرض منه
٦٩	المادة ٢٨- القانون المنطبق على حقوق وواجبات المحيل والمحال اليه
٩٩	المادة ٢٩- القانون المنطبق على حقوق وواجبات المحال اليه والمدين
١٠١	المادة ٣٠- القانون المنطبق على تنازع الحقوق مع الأطراف الأخرى
١٠٢	المادة ٣١- القواعد الالزامية
١٠٣	المادة ٣٢- السياسة العامة
١٠٤	الفصل السادس - أحكام ختامية
١٠٤	المادة ٣٣- الوبيع

الصفحة	الفقرات
١٠٤	٢٠١ المادة ٣٤- التوقيع والتصديق والقبول والاقرار والانضمام
١٠٥	٢٠٢ المادة ٣٥- الانطباق على الوحدات الاقليمية
١٠٦	٢١١-٢٠٣ المادة ٣٦- التنازع مع الاتفاقات الدولية الأخرى
١١١	٢١٢ المادة ٣٧- انطباق الفصل الخامس
١١١	٢١٤-٢١٣ المادة ٣٨- التقييدات ذات الصلة بالحكومات والهيئات العامة الأخرى
١١٣	٢١٥ المادة ٣٩- استبعادات أخرى
١١٤	٢١٦ المادة ٤٠- انطباق المرفق
١١٥	٢١٩-٢١٧ المادة ٤١- مفعول الاعلان
١١٧	٢٢٠ المادة ٤٢- التحفظات
١١٧	٢٢١ المادة ٤٣- بدء النفاذ
١١٨	٢٢٢ المادة ٤٤- الانسحاب من الاتفاقية
١١٩	٢٢٣ أحكام ختامية اضافية
١٢٠	٢٣٥-٢٢٤ مرفق مشروع الاتفاقية
١٢٠	٢٢٨-٢٢٦ الباب الأول - قواعد الأولوية المستندة الى التسجيل
١٢٠	٢٢٧-٢٢٦ المادة ١- الأولوية في حال تعدد المحال اليهم
١٢١	٢٢٨ المادة ٢- الأولوية بين المحال اليه ومدير الاعسار أو دائني المحيل
١٢٢	٢٣٣-٢٢٩ الباب الثاني - التسجيل
١٢٢	٢٣٠-٢٢٩ المادة ٣- انشاء نظام للتسجيل
١٢٣	٢٣٢-٢٣١ المادة ٤- التسجيل
١٢٥	٢٣٣ المادة ٥- البحث في السجل
١٢٦	٢٣٥-٢٣٤ الباب الثالث - قواعد الأولوية المستندة الى وقت ابرام عقد الاحالة
١٢٦	٢٣٤ المادة ٦- الأولوية في حال تعدد المحال اليهم
١٢٧	٢٣٥ المادة ٧- الأولوية بين المحال اليه ومدير الاعسار أو دائني المحيل

مقدمة

١- قررت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، في دورتها الثامنة والعشرين عام ١٩٩٥، أن تعهد الى الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية بمهمة اعداد قانون موحد بشأن الاحالة في التمويل بالمستحقات^(١) وكان معروضا على اللجنة، في تلك الدورة، تقرير من الأمين العام بعنوان "الاحالة في التمويل بالمستحقات: مناقشة القواعد الموحدة ومشروعها الأولي" (A/CN.9/412).

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخمسون، المجلد رقم ١٧ (A/50.17)، الفقرات ٣٧٤-٣٨١.

وقد اتفق على أن التقرير، الذي يبين الشواغل والأغراض الكامنة في المشروع والمحتويات المحتملة للقانون الموحد، سيوفر أساسا مفيدا لمداولات الفريق العامل.(2)

٢ - وبدأ الفريق العامل أعماله في دورته الرابعة والعشرين، في تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٥، بالنظر في تقرير الأمين العام المذكور.(3) ونظر الفريق العامل، في دوراته الخامسة والعشرين حتى الحادية والثلاثين، في مشاريع مواد منقحة أعدتها الأمانة،(4) واعتمد في دوراته التاسعة والعشرين حتى الحادية والثلاثين ضمنا، مشروع اتفاقية ما زال عنوانها بالتحديد يحتاج الى تقرير.(5) وكان معروضا على الفريق العامل، في دورته الحادية والثلاثين، تعليق أولي على مشروع الاتفاقية أعدته الأمانة.(6) وفي تلك الدورة، اتفق الفريق العامل على أن تعد الأمانة وتوزع الصيغة النهائية للتعليق بغية مساعدة اللجنة على النظر في مشروع الاتفاقية ووضعه في صيغته النهائية في دورتها الثالثة والثلاثين التي ستعقد في نيويورك من ١٢ حزيران/يونيه الى ٧ تموز/يوليه ٢٠٠٠.(7)

٣- وقد أعدت هذه المذكرة، عملا باتفاق الفريق العامل المذكور. والقصد منها عو تقديم ملخص للأسباب التي دعت الى اعتماد حكم معين وأهدافه الرئيسية، الى جانب شروح وتفسيرات لمصطلحات معينة، ولكن دون اعطاء تفصيل كامل للأعمال التحضيرية أو لجميع الاقتراحات والأحكام التي لم يجر استبقاؤها. وتحقيقا لفائدة من يسعون للحصول على معلومات أتم عن تاريخ نص معين، يدرج التعليق اشارات المرجعية الى الأجزاء ذات الصلة من تقارير دورات الفريق العامل الثمانية.(8) وبعد وضع مشروع الاتفاقية في صيغته النهائية، قد تود اللجنة أن تطلب الى الأمانة اعداد الصيغة النهائية للتعليق، الذي سيكون بمثابة دليل تشريعي غير رسمي وأداة للتفسير.

(2) المرجع نفسه ، الفقرة ٣٧٩. وكانت اللجنة قد نظرت، في دورتها السادسة والعشرين والسابعة والعشرين، في تقريرين آخرين من الأمين العام (A/CN.9/378/Add.3 و A/CN.9/397). وللاطلاع على مناقشة اللجنة لهذين التقريرين، انظر المرجع نفسه، الدورة الثامنة والأربعون، الملحق رقم ١٧ (A/48/17)، الفقرات ٢٩٧-٣٠١، والدورة التاسعة والأربعون، الملحق رقم ١٧ (A/49/17)، الفقرات ٢٠٨-٢١٤ على التوالي.

(3) يرد تقرير الفريق العامل في الوثيقة (A/CN.9/420).

(4) ترد مشاريع المواد التي أعدتها الأمانة في الوثائق A/CN.9/WG.II/WP.87 و A/CN.9/WG.II/WP.89 و A/CN.9/WG.II/WP.93 و A/CN.9/WG.II/WP.96 و A/CN.9/WG.II/WP.98 و A/CN.9/WG.II/WP.102 و A/CN.9/WG.II/WP.104. وترد تقارير الفريق العامل في الوثائق A/CN.9/420 و A/CN.9/432 و A/CN.9/434 و A/CN.9/445 و A/CN.9/447 و A/CN.9/455 و A/CN.9/456 و A/CN.9/466 .

(5) A/CN.9/455، الفقرة ١٧؛ و A/CN.9/456؛ الفقرة ١٨؛ و A/CN.9/466، الفقرة ١٩.

(6) A/CN.9/WG.II/WP.105 و A/CN.9/WG.II/WP.106.

(7) A/CN.9/466، الفقرة ٢١٥.

(8) تجنبا للالتباس ، لم ترد أية اشارة مرجعية خاصة الى الأرقام السابقة للمواد التي بدلت عدة مرات أثناء اعداد مشروع الاتفاقية. بيد أن أي رقم سابق سيتضح من المناقشة ذات الصلة في تقارير الفريق العامل. ويتضمن المرفق الثاني للوثيقة A/CN.9/466 قائمة تبين اعادة الترقيم النهائية للمواد.

تعليق تحليلي

مشروع اتفاقية [الإحالة في التمويل بالمستحقات] [إحالة المستحقات في التجارة الدولية]

الديباجة

إن الدول المتعاقدة،

إذ تؤكد مجدداً اقتناعها بأن التجارة الدولية القائمة على المساواة والمنفعة المتبادلة تمثل عنصراً هاماً في تعزيز العلاقات الودية بين الدول،

وإذ تضع في اعتبارها [أن] المشاكل الناشئة عن التشتتات المتعلقة بمضمون واختيار النظام القانوني المنطبق على الإحالات [إحالة المستحقات] في التجارة الدولية [تشكل عقبة في سبيل معاملات التمويل]،

وإذ ترغب في إرساء مبادئ واعتماد قواعد [بشأن إحالة المستحقات] توفر اليقين والشفافية وتساعد على تحديث القانون المتعلق [بإحالة المستحقات] [بالتمويل بالمستحقات] [بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، الإحالات المستخدمة في العملة والعوالة المستندية والتسديد وتمويل المشاريع وإعادة التمويل]، بينما تحمي في الوقت ذاته ممارسات [التمويل] [الإحالة] القائمة وتيسر استحداث ممارسات جديدة،

وإذ ترغب أيضاً في ضمان الحماية الكافية لمصالح المدين في حالة إحالة المستحقات،

وإذ ترى أن من شأن اعتماد قواعد موحدة تحكم [إحالة المستحقات] [التمويل بالمستحقات] أن ييسر تنمية التجارة الدولية ويساعد على توافر [رأس المال و] الائتمان بأسعار أيسر،

اتفقت على ما يلي:

المراجع

A/CN.9/455 ، الفقرات ١٥٧-١٥٩
A/CN.9/456 ، الفقرات ١٩-٢١ و ٦٠-٦٥

A/CN.9/420 ، الفقرات ١٤-١٨
A/CN.9/434 ، الفقرات ١٤-١٦
A/CN.9/445 ، الفقرات ١٢٠-١٢٤

التعليق

العنوان

٤- قد تود اللجنة النظر فيما اذا كان ينبغي الاحتفاظ بالاشارة الى التمويل بالمستحقات أو الى المستحقات في التجارة الدولية في عنوان مشروع الاتفاقية (للاطلاع على قائمة شاملة ووصف موجز للممارسات التي يشملها مشروع الاتفاقية، انظر الفقرات ٦-١٢). وقد تكون الاشارة الى التمويل مضللة اذ انها يمكن أن تعطي الانطباع بأن نطاق مشروع الاتفاقية يقتصر على معاملات التمويل فحسب، مستبعدة معاملات الخدمة الهامة (مثل الاحالات في معاملات العملة الدولية التي يقدم فيها التأمين ضد تقصير المدين، أو مسك الدفاتر، أو خدمات التحصيل؛ ولا يستبعد الفصل الأول هذه المعاملات من حيث أنه لا يشير الى غرض التمويل أو سياق الاحالة؛ انظر الفقرة ٢٦). ويمكن للاشارة الى التجارة الدولية أن تجسد تجسيدا كافيا الهدف الاجمالي لمشروع الاتفاقية وهو تيسير حركة البضائع والخدمات عبر الحدود وأن توضح توضيحا مناسباً أن مشروع الاتفاقية ينطبق على الاحالات ذات العنصر الدولي والتجاري، دون محاولة تنظيم الاحالات الاستهلاكية أو الاحالات المحلية للمستحقات المحلية. ومن جهة أخرى، يمكن للاشارة الى التجارة الدولية أن تعطي، دون قصد، الانطباع بأن مشروع الاتفاقية لا ينطبق الا على احالة المستحقات الناشئة في التجارة الدولية ولا ينطبق على احالة المستحقات الاستهلاكية؛ أو الاحالة الدولية للمستحقات المحلية؛ أو احالة المستحقات الناشئة عن قرض أو معاملات أخرى لا تنطوي على بيع بضائع أو توفير خدمات. وبالإضافة الى ذلك، قد تخفق هذه الاشارة في تجسيد واقع أن مشروع الاتفاقية يمكن أن يكون نافذ المفعول على الاحالات المحلية للمستحقات المحلية، اذ ان القصد منه، على سبيل المثال، هو أن ينص على القانون الذي ينطبق على النزاع القائم بين محال اليه محلي ومحال اليه أجنبي لمستحقات محلية (فيما يتعلق بهذه المسألة، انظر أيضا الفقرتين ٢١ و ١٦٩). وعلى سبيل الموازنة، قد يكون من الأفضل ادراج اشارة الى التجارة الدولية في العنوان وشرح المسألة في التعليق.

الديباجة

٥- القصد من الديباجة هو أن تكون بمثابة بيان للمبادئ العامة التي يقوم مشروع الاتفاقية على أساسها والتي يمكن، بمقتضى مشروع المادة ٨، أن تستخدم لملء الثغرات المتبقية في مشروع الاتفاقية. وتتضمن هذه المبادئ تسهيل كل من الائتمانات التجارية والاستهلاكية بأسعار أيسر، الأمر الذي يكون في مصلحة جميع الأطراف المعنية من محليين ومحال اليهم ومدينين؛ ومبدأ حماية المدين، الذي لا يمس بوضع المدين القانوني بموجبه الا اذا ذكر خلاف ذلك صراحة في مشروع الاتفاقية؛ والترويج لحركة البضائع والخدمات عبر الحدود؛ وتعزيز اليقين وامكانية التنبؤ فيما يتعلق بحقوق الأطراف المشتركة في المعاملات المتصلة بالاحالات؛ وتحديث ومواءمة القوانين الداخلية والدولية المتعلقة بالاحالة، على صعيدي القانون الموضوعي والقانون الدولي الخاص؛ وتسهيل الممارسات الجديدة وتجنب التدخل في الممارسات الراهنة، وتجنب التدخل في التنافس. أما بالنسبة الى الاشارة الى التمويل، الذي يظهر في الديباجة بين

معقوفتين، فقد تود اللجنة أن تنظر في ضرورة الاحتفاظ بها إذ انها يمكن أن توضح على نحو مفيد الأهداف الرئيسية لمشروع الاتفاقية، دون تقييد نطاق مشروع الاتفاقية، وهي مسألة يمكن شرحها بصورة اضافية في التعليق.

المعاملات المشمولة

٦- بالنظر الى التعريف الواسع لتعبير "مستحق" في المادة ٢ (أ) ("الحق التعاقدى للمحيل في تحصيل مبلغ نقدي")، ينطبق مشروع الاتفاقية على مجموعة واسعة من المعاملات. فمشروع الاتفاقية يشمل، بصورة خاصة، احوالة المستحقات التجارية (الناشئة عن بيع بضائع أو خدمات بين المنشآت التجارية) والمستحقات الاستهلاكية (الناشئة عن معاملات استهلاكية) والمستحقات المالية (الناشئة عن معاملات مالية، كالقروض وحسابات الايداع والمعاملات المتعلقة بصكوك المقايضة وبالصكوك الاشتقاقية) والمستحقات الحكومية (الناشئة عن معاملات مع هيئة حكومية). وبغية توضيح نطاق انطباق مشروع الاتفاقية، يرد وصف مختصر لتلك الممارسات في الفقرات التالية. ولا يمكن لقائمة الممارسات أن تكون شاملة، وخاصة بالنظر الى الاستحداث السريع لممارسات جديدة لا يستطيع مشروع الاتفاقية أن يتجاهلها.

٧- ويشمل مشروع الاتفاقية، قبل كل شيء، تقنيات التمويل التقليدية ذات الصلة بالمستحقات التجارية، كالعوملة (البيع القطعي لعدد كبير من المستحقات مع حق الرجوع أو بدون حق الرجوع) والعوملة المستندية (البيع القطعي لمستحقات فردية عالية القيمة، سواء كانت مستندية أو غير مستندية، بدون حق الرجوع). وفي هذه الأنواع من المعاملات يحيل محيلون الى ممولين حقوقهم في مستحقات ناشئة عن بيع بضائع المحيلين أو خدماتهم. وتكون الاحالة في معاملات كهذه عادة نقلا قطعيا ولكن يمكن أن تكون أيضا، لأسباب مختلفة (كرسم الطابع)، لأغراض الضمان. ويعدل سعر الشراء وفقا للمخاطرة والوقت المتعلقين بتحصيل المستحق الأساسي. وقد استحدثت هذه المعاملات، علاوة على أشكالها التقليدية، عددا من البدائل المعدة خصيصا لتلبية الاحتياجات المختلفة للأطراف في معاملات تجارية دولية. مثال ذلك أنه، في خصم الفواتير، يجري بيع قطعي لعدد كبير من المستحقات بدون اشعار المدين ولكن مع حق الرجوع الكامل على المحيل في حالة تقصير المدين؛ وفي عوملة الصكوك المستحقة، تجري الادارة الكاملة لدفتر المبيعات، والتحصيل من المدينين، والحماية من الديون المتعسرة، ولكن بدون أي تسهيل مالي؛ وفي العوملة الدولية، تجري احوالة المستحقات الى عامل في بلد المحيل ("عامل تصدير") وبعد ذلك يحيلها عامل التصدير الى عامل آخر في بلد المدين ("عامل استيراد") لأغراض التحصيل، بينما لا يكون للعاملين حق الرجوع على المحيل في حالة تقصير المدين (عوملة بدون حق الرجوع). وجميع هذه المعاملات مشمولة في مشروع الاتفاقية بغض النظر عن شكلها.

٨- ويشمل مشروع الاتفاقية أيضا تقنيات تمويل ابتكارية، كالتسديد وتمويل المشاريع، التي قد تكون ذات صلة بمجموعة واسعة من المستحقات، بما فيها المستحقات الاستهلاكية. ففي معاملة التسديد، يقوم المحيل، الذي ينشئ مستحقات بجهوده الخاصة ("منشئ")، على سبيل النقل القطعي عادة، باحوالة تلك

المستحقات الى هيئة ("هيئة خاصة الغرض") يملكها المحيل بصورة كاملة ومنشأة خصيصا لغرض شراء المستحقات وتسديد ثمنها بالأموال المتلقاة من مستثمرين تبيعهم الهيئة الخاصة الغرض المستحقات أو السندات المالية المدعومة بالمستحقات. وفصل المستحقات عن موجودات المنشئ الأخرى يتيح ربط الثمن الذي يدفعه المستثمرون (أو الأموال المقرضة) بالقوة المالية للمستحقات المحالة وليس بالجدارة الائتمانية للمحيل. وهو يعزل أيضا المستحقات عن خطر اعسار المنشئ. وبناء على ذلك، قد يتمكن المنشئ من الحصول على ائتمانات تزيد على ما يكون متاحا له على أساس تصنيفه الائتماني. وبالإضافة الى ذلك، فإن وصول المحيل الى أسواق السندات المالية الدولية قد يمكنه من الحصول على الائتمان بتكلفة أقل من متوسط تكلفة الائتمانات المصرفية التجارية. وفي مشاريع البنية التحتية الكبيرة المدرة للإيرادات، تجمع الجهات الراعية التكاليف الرأسمالية الأولية عن طريق الاقتراض في مقابل التدفق الآجل لإيرادات المشروع. وهكذا، فإن سدود توليد الكهرباء تمول عن طريق ضمان تدفق الإيرادات في المستقبل من رسوم الكهرباء، ويدفع ثمن شبكات الهاتف عن طريق الإيرادات المتأتية في المستقبل من رسوم الاتصالات، وتُنشأ الطرق السريعة بأموال تجمع من خلال إحالة متحصلات رسوم المرور على تلك الطرق في المستقبل. وبالنظر الى امكانية انطباق مشروع الاتفاقية على المستحقات الآجلة، يمكن تحويل هذه الأنواع من تمويل المشاريع الى عمليات نقل، تجرى عادة لأغراض الضمان، للمستحقات الآجلة التي يدرها المشروع الذي يجري تمويله. وفي هذا السياق، لا بد من التأكيد على أن استبعاد مشروع الاتفاقية للحالات التي تجرى لأغراض شخصية أو أسرية أو منزلية لن يؤدي الى استبعاد المستحقات الاستهلاكية.

٩- وستشمل أيضا أشكال أخرى عديدة من المعاملات التقليدية ذات الصلة بإحالة مستحق يجري إنشاؤه في سياق معاملة مالية. وتشمل هذه المعاملات: فتح اعتماد مضمون برصيد في حساب ايداع؛ وإعادة تمويل قروض من أجل تحسين نسبة رأس المال الى الالتزامات أو لأغراض تنويع الحوافظ المالية؛ وإحالة التزام شركة التأمين المحتمل بالدفع لدى حدوث خسارة؛ وإحالة الحقوق الناشئة في إطار خطاب اعتماد. وتشمل أيضا معاملات ذات صفة تقليدية أقل، مثل سندات الاقتراض ومشاركات الاقتراض، ومعاملات المقايضة وغيرها من المعاملات الاشتقاقية، واتفاقات إعادة الشراء، وعمليات الدفع بين المصارف.

١٠- و "المقايضة" معاملة يتفق طرفان فيها على تبادل مجموعة من الالتزامات بمجموعة أخرى. وأول معاملات مقايضة ذات صلة بمدفوعات الفوائد تنطوي على التزامات تتعلق بعمليات وبيع وطاقات وائتمان، ولا تزال التشكيلة آخذة في الاتساع. أما الأساس المنطقي للدخول في معاملة مقايضة فهو نقل المخاطر المترتبة على التزام معين الى طرف آخر أفضل أو أكثر استعدادا لإدارتها. ففي معاملة المقايضة التقليدية الخاصة بالفوائد، تقوم هيئة جديرة ائتمانيا تقترض المال بسعر فائدة ثابت باستبدال تلك الفائدة بسعر فائدة متغير تقترض به هيئة أقل جدارة ائتمانية مبلغا مماثلا. ونتيجة لذلك، تقوم الهيئة الأقل جدارة ائتمانية، لقاء رسم، باقتراض المال في الواقع بسعر فائدة ثابت. ولا يجري دفع رأس المال بين طرفي المقايضة (المنبثقة عن معاملات القروض الأساسية). فبين هذين الطرفين لا يجري الا دفع الفوائد. ومن الناحية العملية، تعوض مدفوعات الفوائد بعضها بعضا ولا يقوم الطرف الذي تستحق عليه المدفوعات

الأكبر إلا بدفع مبلغ صاف. والدفعة المتبقية هي حق تعاقدية في مبلغ نقدي وهي، لذلك، تدخل في إطار التعريف الواسع الوارد في المادة ٢. وهناك أشكال مختلفة عديدة من معاملات المقايضة البسيطة لسعر الفائدة. مثال ذلك أنه يمكن لمستثمر أن يشتري سندا ذا سعر فائدة ثابت ويقايض السعر الثابت بسعر عائم من أحد المصارف؛ وقد يأخذ المصرف ضمانا لقاء ذلك السند لكي يضمن التزامات المستثمر المتعلقة بدفع مبالغ مساوية للسعر الثابت.

١١- أما المعاملات الاشتقاقية فهي فئة أعم من المعاملات التي تمثل معاملات المقايضة نوعا محددا منها. فهي تشترك في الخصائص العامة المتعلقة بإنشاء التزامات سداد تتقرر عن طريق سعر المعاملة الأساسية (لهذا السبب وصفت بأنها "مشتقة" من تلك المعاملات). وباستثناء معاملات مقايضة الفوائد، تتعلق معظم العقود الاشتقاقية بالفرق بين السعر الآجل المتفق عليه لموجودات في تاريخ مستقبلي وسعر السوق الفعلي في ذلك التاريخ. مثال ذلك أنه في حالة العقود الآجلة، يوافق أحد الأطراف على أن يسلم طرفا آخر في تاريخ مستقبلي محدد ("تاريخ الاستحقاق") موجودات محددة (كسلعة، أو عملة، أو ديون، أو سند مالي متداول أو سلة سندات مالية، أو وديعة مصرفية، أو أي فئة من الممتلكات) بسعر يتفق عليه وقت إبرام العقد ويدفع في تاريخ الاستحقاق. وتنفذ العقود الآجلة عادة عن طريق دفع الفرق بين السعر المتفق عليه وقت إبرام العقد وسعر السوق بتاريخ الاستحقاق وليس عن طريق التسليم المادي والسداد الكامل في ذلك التاريخ (يطلق عليها اسم معاملات اشتقاقية لأن السداد لا يتم عن طريق التنفيذ الفعلي لعقد البيع أو عقد الإيداع بل عن طريق دفع فرق يشتق من موجودات فعلية وسعر فعلي؛ ويشق العقد من عقد تجاري عادي). وفي الخيارات، يكون للمشتري الحق (وليس الالتزام) في اكتساب ("حق الخيار في الشراء") أو في بيع ("حق البيع الآجل") موجودات في المستقبل بسعر محدد عندما يجري إبرام الخيار. واتفاقات إعادة الشراء هي عقود يقوم أحد الأطراف بموجبها ببيع سند مالي (بفائدة محددة عادة) لطرف آخر ويوافق في الوقت نفسه على إعادة شراء السند المالي في تاريخ مستقبلي بسعر متفق عليه يشمل بدلا عن الفائدة المستحقة على العوض النقدي والفائدة المتراكمة على السند المالي. وتعتمد المدفوعات على تسليم أو إعادة السند المالي. وفي إطار نظم الدفع بين المصارف ونظم تسوية السندات المالية، تكون على المشتركين التزامات بدفع عدد كبير من المدفوعات الفردية كما تكون لهم حقوق في الحصول على عدد مماثل من المدفوعات من مشتركين آخرين. وتحول هذه الالتزامات والحقوق إلى مدفوعات مستحقة للنظام أو منه ككل (باستخدام طرف نظير عادة) أو تستحق بين كل اثنين من المشتركين.

١٢- والمعاملات الاشتقاقية، بما فيها معاملات المقايضة واتفاقات إعادة الشراء، تتم عادة في إطار اتفاق معاوضة ارتكازي (مثل اتفاق المعاوضة الارتكازي الذي أعدته الرابطة الدولية لصكوك المقايضة والصكوك الاشتقاقية) الذي ينص على التسوية الصافية للمدفوعات المستحقة بالعملة نفسها وفي التاريخ نفسه. وقد ينص الاتفاق أيضا، لدى تقصير أحد الطرفين، على إنهاء جميع المعاملات المستحقة حسب تكاليف استبدالها أو تكاليفها السوقية المنصفة، وتحويل هذه المبالغ إلى عملة واحدة وتعويض أحد الطرفين من الطرف الآخر عن طريق دفعة تعويضية واحدة (تعالج المسائل المتصلة بالمعاوضة في قانون

المعاوضة النموذجي الصادر عن الرابطة الدولية لصكوك المقايضة والصكوك الاشتقاقية والذي اعتمدته ٢١ دولة). ويمكن للمقاصة (سداد مطالبات متبادلة بمقدار المطالبة الأصغر) والمعاوضة (في أبسط أشكالها، القدرة على إجراء مقاصة بشأن المطالبات المتبادلة لدى اعسار الطرف النظير) أن تدخل في نطاق مشروع الاتفاقية إلى الحد الذي يكون فيه من الممكن إحالة الالتزام الصافي الناشئ عن عقد اشتقاقي).

الفصل الأول - نطاق الانطباق

التعليق

هيكل الفصل الأول

١٣- في الفصل الأول، يجري تناول المسائل ذات الصلة بالانطباق في أحكام مختلفة تحقيقا للوضوح والتبسيط في النص. فالمادة ١ تحدد النطاق الموضوعي، بشكل عام فحسب، كما تحدد نطاق الانطباق الاقليمي لمشروع الاتفاقية. وتحدد المادتان ٢ و ٣ الانطباق الموضوعي بشكل أكثر تفصيلا (تعريف الاحالة والمستحق والطابع الدولي للاحالة أو المستحق). وتتناول المادتان ٤ و ٥ المعاملات المستبعدة والمعاملات التي تعامل بصورة مختلفة. وترد المادة ٦ في الفصل الثاني من مشروع الاتفاقية لأن المصطلحات المعرفة في هذه المادة لا تثير مسائل تتصل بالانطباق بصورة رئيسية أو بالانطباق فقط. وقد تود اللجنة، مع ذلك، أن تنظر فيما إذا كان مصطلح "المقرر" الوارد في المادة ٦ '١' ينبغي أن ينقل، بالنظر إلى أهميته، إلى المادة ٢ أو المادة ٣ أو إلى مادة جديدة في الفصل الأول.

المادة ١ - نطاق الانطباق

(١) تنطبق هذه الاتفاقية:

- (أ) على إحالات المستحقات الدولية وعلى الإحالات الدولية للمستحقات، حسب تعريفها الوارد في هذا الفصل، إذا كان مقر المحيل يقع، وقت إبرام عقد الإحالة، في دولة متعاقدة؛
- (ب) على الإحالات اللاحقة شريطة أن تكون أية إحالة سابقة محكومة بهذه الاتفاقية؛ و
- (ج) على الإحالات اللاحقة التي تحكمها هذه الاتفاقية في إطار الفقرة الفرعية (أ) من هذه الفقرة، بصرف النظر عما إذا كانت أية إحالة سابقة غير محكومة بهذه الاتفاقية.

(٢) لا تمس هذه الاتفاقية بحقوق المدين والتزاماته، ما لم يكن مقر المدين واقعا في دولة متعاقدة أو يكن القانون الذي يحكم المستحقات قانون دولة متعاقدة.

[(٣) تنطبق أحكام الفصل الخامس على إحالات المستحقات الدولية وعلى الإحالات الدولية للمستحقات، حسب تعريفها الوارد في هذا الفصل، بغض النظر عن أحكام الفقرتين (١) و (٢) من هذه المادة. غير أن هذه الأحكام لا تنطبق إذا أصدرت الدولة إعلانا في إطار المادة ٣٧.]

(٤) ينطبق مرفق هذه الاتفاقية في دولة متعاقدة أصدرت إعلانا بموجب المادة ٤٠.

المراجع

A/CN.9/447 ، الفقرات ١٤٣-١٤٦	A/CN.9/420 ، الفقرات ١٩-٣٢
A/CN.9/455 ، الفقرات ٤١-٤٦ و ١٦٠-١٧٣	A/CN.9/432 ، الفقرات ١٣-٣٨
A/CN.9/456 ، الفقرات ٢٢-٣٧	A/CN.9/434 ، الفقرات ١٧-٤١
A/CN.9/466 ، الفقرات ١٤٥-١٤٩	A/CN.9/445 ، الفقرات ٤٥-٤٨ و ١٢٥-١٤٥

التعليق

نطاق الانطباق الموضوعي والاقليمي

١٤- بمقتضى المادة ١، ينطبق مشروع الاتفاقية على إحالات المستحقات (للاطلاع على تعريف مصطلحي "الإحالة" و "المستحق"، أنظر الفقرات ٢٦ و ٢٧ و ٢٩ و ٣٠). وهناك شرطان لانطباق مشروع الاتفاقية. فيتعين توفر العنصر الدولي (للاستثناء، أنظر الفقرة ١٨) وعنصر الصلة الاقليمية بين أطراف معينة والدولة المتعاقدة. وقد تكون للعنصر الدولي صلة بالإحالة أو بالمستحق. ومن ثم، فإن مشروع الاتفاقية ينطبق على إحالات المستحقات الدولية سواء كانت الإحالات دولية أو محلية أم لا، وعلى الإحالات الدولية للمستحقات، حتى وإن كانت المستحقات محلية. ونتيجة لذلك تكون إحالة المستحقات مشمولة سواء نشأت تلك المستحقات أو لم تنشأ في سياق التجارة الدولية أو المحلية، ما دامت الإحالة نفسها دولية (للاطلاع على التعليقات على الطابع الدولي، أنظر الفقرات ٣٨-٤٠). أما عنصر الصلة الاقليمية فقد يكون متعلقا بالمحيل فقط أو بالمحيل والمدين. وبغية انطباق أحكام مشروع الاتفاقية، بخلاف الأحكام ذات الصلة بالمدين (كالباب الرابع من الفصل الثاني)، يتعين أن يكون مقر المحيل فحسب واقعا في دولة متعاقدة. وبغية انطباق مشروع الاتفاقية ككل، يتعين أن يكون مقر المدين أيضا واقعا في دولة متعاقدة (أو يتعين أن يكون القانون الذي يحكم المستحق هو قانون دولة متعاقدة؛ للاطلاع على المناقشة المتعلقة بمصطلح "المقر"، أنظر الفقرات ٦٦-٧٠).

١٥- ويستند هذا النهج ازاء مسألة النطاق الاقليمي لمشروع الاتفاقية الى الافتراض بأن النزاعات الرئيسية التي سيكون من المطلوب أن يحسمها مشروع الاتفاقية سوف يجري تناولها اذا كان مقر المحيل (وكنك مقر المدين، فيما يتعلق بانطباق الأحكام المتصلة بالمدين فقط) واقعا في دولة متعاقدة. ويمكن أن تنشأ هذه النزاعات فيما يتعلق بما يلي: حقوق المحال اليه تجاه المحيل الناشئة عن الاخلال بالكفالة؛ وتنفيذ المحال اليه للمستحقات تجاه المدين؛ وبراء نمة المدين؛ ودفع المدين تجاه المحال اليه؛ والحقوق النسبية للمحال اليه والمدير لدى اعسار المحيل؛ وحقوق الأولوية النسبية للمحال اليه ولمحال اليه منافس؛ ونفاذ مفعول الاحالات اللاحقة. ورأى الفريق العامل أن التنفيذ يُطلب عادة في المكان الذي يقع فيه مقر المحيل أو المدين ومن ثم لا تكون هناك حاجة الى الاشارة الى مقر المحال اليه؛ وأن انطباق أحكام مشروع الاتفاقية، بخلاف تلك الواردة في البند الثاني من الفصل الرابع، لن يمس بالمدين ومن ثم لا توجد حاجة الى استبعاد انطباق جميع أحكام مشروع الاتفاقية اذا لم يكن مقر المدين واقعا في دولة متعاقدة.

١٦- ونتيجة لهذا النهج، فإن النطاق الاقليمي لانطباق مشروع الاتفاقية واسع الى حد كاف، وبالتالي ليس من الضروري توسيعه ليشمل حالات لا يقع فيها مقر أي طرف من الأطراف في دولة متعاقدة، ولكن قانون الدولة المتعاقدة يكون منطبقا استنادا الى قواعد القانون الدولي الخاص لدى المحكمة المختصة. ورأى الفريق العامل أن هذا النهج يمكن أن يسبب عدم يقين، على الأقل، طالما أن القانون الدولي الخاص بشأن الاحالة غير موحد؛ وأن الأطراف، على أية حال، لن تعرف وقت ابرام المعاملة أين يمكن أن ينشأ النزاع وأية قواعد قانون دولي خاص يمكن أن تنطبق نتيجة لذلك. غير أنه اذا كان مقر المحكمة المختصة واقعا في دولة غير متعاقدة، لا تكون المحاكم ملتزمة بمشروع الاتفاقية. ولذلك، وعلى الرغم من أن المادة ١ لا تشير الى انطباق مشروع الاتفاقية استنادا الى قواعد القانون الدولي الخاص، لا يمكن منع محاكم الدولة غير المتعاقدة من تطبيق مشروع الاتفاقية كجزء من القانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص لديها. وفيما يتعلق بانطباق مشروع الاتفاقية باعتباره القانون المنطبق استنادا الى قواعد القانون الدولي الخاص في دولة غير متعاقدة، يطرح سؤال محدد عما اذا كانت محاكم دولة غير متعاقدة لن تطبق مشروع الاتفاقية الا اذا كانت محاكم دولة متعاقدة تطبقه (أي اذا جرى الوفاء بالمقتضيات الموضوعية والاقليمية لمشروع الاتفاقية) أو حتى اذا كانت محاكم دولة متعاقدة لا تطبقه (أي اذا لم يجر الوفاء بمقتضيات الفصل الأول). وقد تود اللجنة تناول هذه المسألة.

١٧- وبمقتضى المادة ١ (٢)، يمكن لأحكام مشروع الاتفاقية ذات الصلة بالمدين أن تنطبق على الحالات التي قد لا يكون فيها مقره واقعا في دولة متعاقدة، ولكن قانون دولة متعاقدة يحكم المستحق المحال. وفي هذا السياق، يجري اتباع نهج مختلف لأن الفريق العامل رأى أنه لن يكون هناك مساس لا مسوغ له بالتيقن من انطباق مشروع الاتفاقية. وعلاوة على ذلك، وخلافا للفقرة (١)، لا تحدد الفقرة (٢) من المادة ١ الوقت الذي ينبغي أن يكون فيه مقر المدين واقعا في دولة متعاقدة أو الذي ينبغي أن يكون فيه المستحق محكوما بقانون دولة متعاقدة (للاطلاع على هذه المسألة، أنظر أيضا الفقرتين ٢٠٢ و ٢١٩. وقد تود اللجنة تحديد ذلك الوقت. وقد يكون وقت ابرام العقد الأصلي مفضلا من وجهة نظر

حماية المدين، لأنه يعزز امكانية التنبؤ بانطباق مشروع الاتفاقية على المسائل ذات الصلة بالمدين. ويتمشى هذا النهج أيضا مع المادة ٣٩ التي تشير الى وقوع مقر المدين في دولة تصدر اعلانا وقت ابرام العقد الأصلي. غير أن هذا النهج سيؤدي الى عدم تمكن المحيل والمحال اليه وأطراف ثالثة من أن تحدد، في حالة المستحقات الآجلة، ما اذا كان مشروع الاتفاقية سينطبق على حقوق والتزامات المدين (للاطلاع على مشكلة ذات صلة تتعلق بمستحقات آجلة محالة محليا، أنظر الفقرتين ٣٩ و ٤٠).

الاحالات اللاحقة

١٨- تمشيا مع مبدأ "الاستمرارية القانونية"، ينطبق مشروع الاتفاقية أيضا على الاحالات اللاحقة التي تجرى، مثلا، في سياق معاملات العملة والتسديد واعادة التمويل ذات الطابع الدولي، شريطة أن تكون أية احالة سابقة خاضعة لأحكام مشروع الاتفاقية (وبغض النظر عما اذا كان هناك عنصر دولي أم لا). وبناء على ذلك، يمكن حتى للاحالة المحلية لمستحقات محلية أن تدرج في نطاق مشروع الاتفاقية اذا كانت لاحقة لاحالة دولية. وسبب هذا النهج هو أنه، ما لم تكن جميع الاحالات في سلسلة من الاحالات قد أخضعت للنظام القانوني نفسه، سيكون من الصعب جدا تناول المسائل ذات الصلة بالاحالة بشكل متسق. وقد تود اللجنة أن تنظر فيما كان ينبغي أن لا ينطبق مشروع الاتفاقية على الاحالات اللاحقة الا اذا كان مقر المحيل واقعا في دولة متعاقدة.

١٩- وينطبق مشروع الاتفاقية أيضا على الاحالات اللاحقة التي تخضع، في حد ذاتها، لأحكام المادة ١ (أ)، سواء كانت أي احالة سابقة خاضعة لأحكام مشروع الاتفاقية أم لا (بما أن هذه الاحالة ليست نوعا منفصلا من الاحالات، قد تود اللجنة اعادة النظر في مكان المادة ١ (١) (ج)). ونتيجة لذلك، يمكن أن لا ينطبق مشروع الاتفاقية الا على بعض الاحالات في سلسلة من الاحالات. وهذه النتيجة خروج على مبدأ "الاستمرارية القانونية". بيد أن الفريق العامل اعتبر أن من الضروري اتباع هذا النهج لأنه ينبغي أن لا تحرم الأطراف في الاحالات في معاملات التسديد، التي قد تكون الاحالة الأولى فيها محلية، من الفوائد التي يمكن الحصول عليها من انطباق مشروع الاتفاقية. ويستند هذا النهج الى الافتراض بأنه لا يمس بالممارسات المحلية بدون مسوغ (للاطلاع على هذه المسألة، أنظر الفقرة ٢١).

العلاقة بالقانون الوطني

٢٠- نتيجة لشمول مشروع الاتفاقية للاحالات الدولية لمستحقات محلية أو حتى للاحالات المحلية لمستحقات محلية أجريت في سياق احالات لاحقة، يمكن للأطراف التجارية في معاملات محلية أن تستفيد من زيادة الوصول الى الأسواق المالية التجارية، ومن ثم الحصول على ائتمانات منخفضة التكلفة بصورة محتملة. ولن يجري المساس بدون مسوغ في مصالح المحيلين، المحميين مثلا عن طريق قيود قانونية تحظر احالات المستحقات الآجلة أو الاحالات العالمية، بالقدر الذي لا يمنع فيه مشروع الاتفاقية المحيل من عرض مستحقاته على مقرضين مختلفين للحصول على الائتمان (مثال ذلك، عرضها على مورد مواد

على أساس الائتمان أو على مؤسسة مالية للحصول على رأس مال متداول) لأنه لا يعطي الأولوية لأحد المقرضين على الآخر. ولن يجري المساس بدون مسوغ أيضا بمصالح المدينين، المحميين بالتشريعات الوطنية، على الأقل إلى القدر الذي يقتضي فيه مشروع الاتفاقية أن يكون مقر المدين واقعا في دولة متعاقدة ويجعل آثار الاحالة على المدين مقتصرة بصورة رئيسية على السداد لدائن آخر في البلد وبالعملة المنصوص عليهما في العقد الأصلي. ولن يجري المساس بدون مسوغ كذلك بمصالح المحال اليهم المحليين، لأن مشروع الاتفاقية لا يعطي الأولوية لمحال اليه أجنبي على محال اليه محلي. فهو يحدد أي قانون وطني يحكم الأولوية فحسب. وبالإضافة إلى ذلك، لكي يكون النزاع بين محال اليه محلي ومحال اليه أجنبي مشمولاً بمشروع الاتفاقية (المادة ٢٤ (أ) '١٤)، ينبغي أن يكون مقر المحيل واقعا في دولة متعاقدة (المادة ١ (أ)) وأن تكون تلك الدولة، حسب تعريفها في احالة محلية لمستحق محلي (المادة ٣)، هي الدولة التي يكون مقر كل من المدين المحلي والمحال اليه المحلي واقعا فيها. غير أنه نتيجة لقاعدة مقر الإدارة المركزية، قد تنطبق قوانين مختلفة على النزاع بين احالة أجراها مكتب فرعي واحالة أجراها المكتب الرئيسي، إذا لم يكن المكتب الفرعي أو المكتب الرئيسي واقعا في دولة متعاقدة.

نطاق الفصل الخامس

٢١- بمقتضى المادة ١ (٣)، تنطبق أحكام القانون الدولي الخاص في الفصل الخامس على الاحالات ذات العنصر الدولي حسب تعريفها في المادة ٣، سواء كان مقر المحيل أو المدين واقعا في دولة متعاقدة أم لا. والمبرر الذي يسوغ تقييد نطاق انطباق الفصل الخامس يكمن في الرغبة في التقليل من أي تنازعات مع اتفاقيات أخرى تتناول مسائل الاحالة في القانون الدولي الخاص (مثل اتفاقية الاتحاد الأوروبي بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية، روما، ١٩٨٠ ("اتفاقية روما") واتفاقية البلدان الأمريكية بشأن القانون المنطبق على العقود الدولية، مكسيكو، ١٩٩٤ ("اتفاقية مكسيكو"). وقد تود اللجنة أن تعيد النظر في هذا النهج. ولا يبدو أن من المناسب تعريف نطاق انطباق أحكام القانون الدولي الخاص عن طريق الإشارة إلى المفاهيم الموضوعية أو حتى الاصطناعية للطابع الدولي. وعلى أية حال، جرى على نحو كاف تناول مسألة التنازع مع نصوص القانون الدولي الخاص الأخرى في المادتين ٣٦ (تعطي الأسبقية لأي نص تشريعي دولي آخر يتناول المسائل نفسها) و ٣٧ (تتيح للدول اختيار عدم انطباق الفصل الخامس).

٢٢- وقد تود اللجنة أيضا أن تنظر في معالجة مسألة التسلسل بين أحكام القانون الموضوعي وأحكام قواعد القانون الدولي الخاص في مشروع الاتفاقية بهدف كفالة انطباق أحكام القانون الموضوعي أولا (عولجت المسألة في المادة ٢٤ بعبارة "باستثناء المسائل التي تسوى في مواضع أخرى من هذه الاتفاقية"). ويمكن إدراج حكم جديد في بداية الفصل الخامس بشأن نطاق الفصل الخامس والتسلسل بين الفصل الخامس وبقية مشروع الاتفاقية، وكذلك بشأن حق الدول في اختيار عدم انطباق الفصل الخامس. ويمكن أن يكون نص هذا الحكم على النحو التالي: "ينطبق الفصل الخامس على الاحالات بغض النظر عن أحكام الفصل الأول. وفي حالة وجود احالة تنطبق عليها هذه الاتفاقية وفقا للفصل الأول، ينطبق

الفصل الخامس على المسائل التي لا تحسم في مواضع أخرى من هذه الاتفاقية. وإذا أصدرت إحدى الدول إعلاناً بمقتضى المادة ٣٧، لا ينطبق الفصل الخامس". وستكون المادة ٣٧ بمثابة شرح لأثر مثل هذا الإعلان (للاطلاع على مزيد من التعليقات على نطاق الفصل الخامس وغرضه، أنظر الفقرات ١٨٧-١٨٩). وإذا ما اتبع هذا النهج، يمكن حذف المادة ١ (٣) أو الإشارة فقط إلى إمكانية تحفظ الدول بشأن انطباق الفصل الخامس.

انطباق المرفق

٢٣- تحيل المادة ٢٤ من مشروع الاتفاقية مسائل الأولوية إلى قانون مقر المحيل (فيما يتعلق بمعنى "المقر"، أنظر المادة ٦ '١'). وإدراكاً لامكان حاجة بعض الدول إلى تحديث أو تعديل قواعدها الخاصة بالأولوية، تتيح المادة ١ (٤) للدول اختيار إحدى قاعدتي الأولوية في القانون الموضوعي الواردتين في المرفق. وتوضح المادة ٤٠ الأثر الذي يتركه إصدار الإعلان بمقتضى المادة ١ (٤)، أي أن قانون مقر المحيل، لأغراض المادة ٢٤، يكون قاعدة الأولوية الواردة في المرفق والتي تختارها الدولة المتعاقدة التي يقع فيها مقر المحيل (للاطلاع على الخيارات المتاحة للدول وآثار الإعلانات، أنظر الفقرة ٢١٦). وحالما توضع المادة ٤٠ في صيغتها النهائية، قد تود اللجنة إعادة النظر في الصياغة والموضع الصحيح للمادة ١ (٤) في مشروع الاتفاقية.

المادة ٢ - إحالة المستحقات

لأغراض هذه الاتفاقية:

(أ) تعني 'الإحالة' أن ينقل شخص ما ('المحيل') إلى شخص آخر ('المحال إليه')، بالاتفاق فيما بينهما، الحق التعاقدي للمحيل في الحصول مبلغ نقدي ('المستحق') من شخص ثالث ('المدين'). ويعتبر إنشاء حقوق في المستحقات كضمان لمديونية أو التزام آخر بمثابة نقل؛

(ب) إذا جرت إحالة من جانب المحال إليه الأول أو أي محال إليه آخر ('إحالة لاحقة') يكون الشخص الذي يجري الإحالة هو المحيل ويكون الشخص الذي تجرى الإحالة إليه هو المحال إليه.

المراجع

A/CN.9/445 ، الفقرات ١٤٦-١٥٣

A/CN.9/456 ، الفقرات ٣٨-٤٣

A/CN.9/466 ، الفقرات ٨٧-٩١

A/CN.9/420 ، الفقرات ٣٣-٤٤

A/CN.9/432 ، الفقرات ٣٩-٦٩ و ٢٥٧

A/CN.9/434 ، الفقرات ٦٢-٧٧

التعليق

الاحالة وعقد الاحالة أو عقد التمويل

٢٤- يسلم مشروع الاتفاقية، مثله مثل معظم النظم القانونية، بالتباين بين الاحالة نفسها باعتبارها نقلا للملكية وعقد الاحالة باعتباره معاملة تنشئ التزامات شخصية (مما يعني، بين الاحالة ودافعها، أي بيع أو اتفاق ضمان أو هبة أو سداد). وقد يكون هذا التباين جليا حيث يبرم عقد الاحالة وتجرى الاحالة في وقتين مختلفين وتشكلان جزءا من اتفاقين منفصلين (كما في حالة التسديد ومعاملات تمويل المشاريع، على سبيل المثال). وقد لا تكون جلية بذلك الشكل حيث تجرى معاملتان في وقت واحد وتتجسدان في عقد واحد (كما في حالة معاملات العوامة، على سبيل المثال). وبينما ينصب التركيز الرئيسي في مشروع الاتفاقية على الاحالة باعتبارها نقلا لملكية حقوق في مستحقات، يعالج مشروع الاتفاقية أيضا المسائل التعاقدية في المواد ١٣ الى ١٦ و ٢٨. غير أن مشروع الاتفاقية لا يعالج مسألة العلاقة بين الاحالة وعقد الاحالة. وتعالج هذه العلاقة بصورة مختلفة بين نظام قانوني وآخر. ففي بعض النظم القانونية، يعتمد نفاذ مفعول الاحالة على نفاذ مفعول العقد. وفي نظم قانونية أخرى، تعامل الاحالة باعتبارها "معاملة قائمة بذاتها"، أي أنها مستقلة قانونيا عن العقد الأساسي، مما يعني أن العيوب في العقد الأساسي لا تؤثر تلقائيا في نفاذ مفعول الاحالة والعكس بالعكس. الا أن الاحالة، في نظم قانونية غيرها، عملية مستقلة ولكن يمكن أن تتأثر بعدم نفاذ مفعول العقد. ومن الناحية العملية، كثيرا ما يؤدي وجود عيب في عقد الاحالة الى الغاء الاحالة نفسها. بيد أنه في تلك الحالات المحدودة التي يمكن أن يكون فيها العقد وحده غير نافذ المفعول، لن تكون للمحيل الا مطالبة شخصية من المحال اليه تقتصر على اعادة أي اثار جائر؛ ولن يكون قادرا على فصل المستحق المحال عن موجودات المحال اليه التي يشملها الاعسار أو على معارضة الحجز على المستحقات المحالة الموجودة تحت تصرف المحال اليه.

٢٥- وبصورة خاصة، لا يشير مشروع الاتفاقية الى غرض الاحالة، أي ما اذا كانت الاحالة تُجرى لأغراض التمويل المحضة أو لمسك الدفاتر أو التحصيل أو التأمين أو ادارة المخاطر أو تنويع الحافظات أو لأغراض أخرى. وتمس هذه التحديدات بغرض عقد الاحالة أو عقد التمويل وتؤدي الى اقتصار مشروع الاتفاقية، على نحو غير مناسب، على معاملات التمويل المحضة واستحداث نظام خاص آخر بشأن الاحالة، رغم عدم الحاجة الى مثل هذا النظام؛ وتؤدي الى انعدام اليقين لعدم توفر مفهوم عالمي لمصطلحي "تمويل" و "تجاري"، كما أن من غير العملي أو المستصوب وضع تعريف موحد لهما؛ والى القيام بدون داع الى استبعاد معاملات هامة يمكن أن لا توفر فيها الا الخدمات من نطاق الاتفاقية (فيما يتعلق بالأثر المحتمل لمثل هذا النهج على القانون الوطني، أنظر الفقرة ٢٠؛ وفيما يتعلق بالتنازعات المحتملة مع اتفاقية العوامة الدولية، أوتاوا، ١٩٨٠ (اتفاقية أوتاوا)، أنظر الفقرات ٢٠٤-٢٠٦).

"النقل بالاتفاق"

٢٦- بغية ائخال ممارسات أخرى، اضافة الى الاحالات، تنطوي على نقل حقوق الملكية في المستحقات، كالحلول التعاقدية أو الرهن، ضمن نطاق مشروع الاتفاقية، تعرف المادة ٢ "الاحالة" بأنها نقل. ويضع هذا النهج في الاعتبار أن معاملات كبيرة للتمويل بالمستحققات، كالعوملة، تجرى في بعض النظم القانونية على شكل حلول تعاقدية أو رهن. وبدلا من استحداث نوع جديد من الاحالة، يهدف مشروع الاتفاقية الى توفير قواعد موحدة بشأن الاحالة والممارسات المتصلة بالاحالة ذات العنصر الدولي التي، على الرغم من أنها مشمولة نظريا في القوانين الوطنية القائمة حاليا، لا يمكن تطويرها بشكل كاف نظرا الى القيود الملازمة المفروضة على تطبيق القانون الوطني على مسائل القانون الالزامي في سياق دولي. والقصد من الاشارة الى عمليات النقل "بالاتفاق" هو استبعاد الاحالات الناشئة بفعل القانون (كالحلول القانوني).

٢٧- ومن المقصود أن تشمل كل من عمليات النقل القطعي، بما فيها العمليات التي تُجرى لأغراض الضمان، والاحالات على سبيل الضمان، سواء أعطيت "قيمة مالية أو اعتماد أو خدمات" أو جرى الوعد بها وقت الاحالة أو في وقت سابق (لا يذكر العوض في المادة ٢، لأنه مسألة تتعلق بعقد الاحالة أو عقد التمويل). وبغية تجنب أي غموض بشأن ما اذا كانت الاحالة على سبيل الضمان مشمولة أم لا، جرت معالجة هذه المسألة صراحة في المادة ٢ (أ) التي تنشئ الافتراض القانوني بأنه، لأغراض مشروع الاتفاقية، يعتبر انشاء حقوق في المستحقات بمثابة نقل. بيد أن مشروع الاتفاقية لا يعرف الاحالات القطعية والاحالات على سبيل الضمان. فهذه المسألة متروكة لقوانين أخرى منطبقة خارج نطاق مشروع الاتفاقية لأنه، بالنظر الى أوجه التباين الواسعة القائمة بين النظم القانونية بشأن تصنيف عمليات النقل، يمكن أن تكون للاحالة على سبيل الضمان، بالفعل، صفات البيع بينما يمكن أن يستخدم البيع أداة ضمان.

"ينقل شخص ما الى شخص آخر"

٢٨- يمكن لكل من المحيل والمحال اليه أن يكونا هيتين اعتباريتين أو شخصين، سواء كانا تاجرين أو مستهلكين. وبصورة خاصة تكون الاحالة بين شخصين مشمولة ما لم يكن المحال اليه مستهلكا وتجرى الاحالة لأغراض الاستهلاكية (المادة ٤ (١) (أ)). ونتيجة لذلك، فان احالة مستحقات بطاقات الائتمان أو القروض المضمونة بعقارات في معاملات التسديد واحالة متحصلات رسوم المرور على الطرق في ترتيبات تمويل المشاريع تقع ضمن اطار مشروع الاتفاقية. وبالنظر الى أن المفرد في مشروع الاتفاقية يشمل الجمع والعكس بالعكس، فان الاحالة التي يجريها عدة أشخاص (كالمالكين المشتركين للمستحقات) لصالح عدة أشخاص (كسندكة ممولين) مشمولة أيضا (وكذلك احالة أكثر من مستحق واحد). بيد أنه عند تقرير نطاق الانطباق الاقليمي أو الطابع الدولي، ينبغي أن ينظر الى كل احالة على أنها احالة منفصلة وتفي بشروط الفصل الأول لكي ينطبق عليها مشروع الاتفاقية (فيما يتعلق بالاحالات المنطوية على مدينين متعددين، أنظر الفقرة ٣٨). أما الاحالة التي تجرى لصالح قيم يعمل نيابة عن عدة أشخاص، فان وجود محال اليه واحد أو عدة محال اليهم يعتمد على صلاحية القيم على وجه التحديد، أي ما اذا كان القيم

مجرد وكيل أو اذا كانت لديه صلاحية اتخاذ قرارات موضوعية. وهذه المسألة متروكة للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية.

"الحق التعاقدي في تحصيل مبلغ نقدي"

٢٩- من المقصود أن تشمل المستحقات الناشئة عن أي نوع من أنواع العقود، سواء كان العقد قائما وقت الاحالة أم لا. الا أنه يجري استبعاد نقل المستحقات الناشئة بفعل القانون، كالمستحقات التعويضية أو المستحقات الناشئة في سياق اثناء جائر أو المستحقات الضريبية أو المستحقات التي تتقرر في أحكام محاكم، أو قرارات هيئات تحكيم ما لم يجر تأكيدها في اتفاق تسوية. أما ماهية الحق "التعاقدي" فهي مسألة عائدة الى التفسير وفقا للقانون الذي يحكم ذلك الحق. بيد أن المستحقات التعاقدية التي تشمل احوالها في مشروع الاتفاقية تتضمن المستحقات الناشئة في اطار عقود لبيع البضائع أو توفير الخدمات، سواء كانت تلك العقود معاملات تجارية أو استهلاكية؛ والمستحقات التي تكون على شكل ريع ناشئة عن ترخيص ملكية فكرية؛ والتعويضات المدفوعة لقاء الاخلال بعقد؛ والفائدة التي تكون مستحقة بموجب العقد الأصلي؛ والأرباح الناشئة عن أسهم، سواء أعلنت وقت الاحالة أو نشأت بعد ذلك؛ والحق في تحصيل عائدات كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد؛ والمستحقات التي تكون على شكل أرصدة دائنة في حسابات الايداع أو معاملات السندات المالية.

٣٠- ومع أن حق المحيل/البائع في أية بضائع يعيدها المشتري (المدين) ليس، من حيث المبدأ، مستحقا بمقتضى مشروع الاتفاقية، فيما بين المحيل والمحال اليه، فإنه يعامل كمستحق الى الحد الذي تحل فيه أية بضائع يعيدها المشتري محل المستحق المحال (المادة ١٦)؛ ولكن بالنسبة الى أطراف ثالثة، لا يكون للمحال اليه الحق في أية بضائع معادة لأنها مستبعدة من تعريف "العائدات" في المادة ٦ (ك)). وعلاوة على ذلك، فإن الحقوق غير النقدية التي يمكن تحويلها الى مبلغ نقدي (كاحالة الحقوق الناشئة في عملية مقايضة سلع) مستحقات شملت احوالها. وترد هذه النتيجة ضمنا في المادة ٢ بقدر ما يكون التحويل متوقعا في العقد الأصلي؛ وتتمشى مع قرار الفريق العامل بأن تشمل احوالة الحقوق غير النقدية التي تحول الى تعويضات لقاء الاخلال بعقد، بقدر ما يكون هذا التحويل غير متوقع في العقد الأصلي. وترد هذه النتيجة ضمنا أيضا في المادة ٥ التي تتعلق بمعاملات المقايضة والمعاملات الاشتقاقية. وقد تود اللجنة أن تجسد هذا المفهوم صراحة في مشروع الاتفاقية. وقد تود اللجنة أيضا أن تنظر فيما اذا كان ينبغي شمل الاحالات الانفرادية، مع أن هذه الاحالات نادرة عمليا. وبالإضافة الى ذلك، ستكون هناك احوالة بحكم الواقع بعد قبول عائدات المستحق المحال. غير أنه في الحالات القليلة التي تجرى فيها احوالة انفرادية وينشأ نزاع مع احوالة في اطار الاتفاقية قبل أي اتفاق ضمني على قبول المحال اليه للسداد، قد يكون من المستصوب كفالة حسم النزاع بمقتضى المادة ٢٤ استنادا الى قانون مقر المحيل.

حقوق الأداء غير النقدية

٣١- لا تشمل احالة الحقوق التعاقدية الأخرى غير النقدية (كالحق في الأداء أو الحق في الغاء العقد أو الحق في طلب تسليم سلعة أو سند ضمان في اطار اتفاق مقايضة أو شراء) أو الحقوق المركبة (كالحق في تقديم المستندات وطلب السداد بمقتضى كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد). وقد تود اللجنة اعادة النظر في استبعاد احالة الحقوق التعاقدية غير النقدية في الأداء. وقد ينتج عن هذا النهج اخضاع أجزاء من معاملة الاحالة نفسها لنظم قانونية مختلفة لأن الاحالات كثيرا ما تكون، من الناحية العملية، ذات صلة بجميع الحقوق الناشئة في اطار عقد كما ان المحال اليهم يعتمدون على حقوق الأداء غير النقدية (مشروع المادة ١٢-١٠١ من المبادئ الأوروبية بشأن العقود يشير الى "الحقوق في السداد أو غير ذلك من الأداء")^(٩) غير أن مشروع المادة ١-١ من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ("يونيدروا") بشأن الاحالة مصاغة على غرار المادة ٢^(١٠) ولا تشمل أيضا احالات العقود التي تنطوي على احالة حقوق تعاقدية وحوالة التزامات. ومع أن هذه المعاملات قد تشكل جزءا من ترتيبات مالية، يعول الممول عادة بصورة رئيسية على المستحقات. أما فيما يتعلق بحوالة الالتزامات، فقد رأى الفريق العامل أنها ينبغي أن لا تكون مشمولة لأنها تثير مسائل تتجاوز الى حد بعيد النطاق المستصوب لمشروع الاتفاقية.

أجزاء المستحقات أو المصالح غير المجزأة في المستحقات

٣٢- الممارسات الهامة التي يقصد أن يشملها مشروع الاتفاقية تتعلق باحالة أجزاء من المستحقات أو مصالح غير مجزأة في المستحقات (كالتسديد وسندكة الاقراض والمشاركة). ولا يوجد أساس مشترك بين جميع النظم القانونية بشأن نفاذ مفعول هذه الاحالات الجزئية. ولذلك فإن المادة ٩ توفر نفاذ المفعول لهذه الاحالات. غير أنه بالنظر الى عدم وجود اشارة صريحة في الفصل الأول الى هذه الاحالات الجزئية، فليس من الواضح ما اذا كان مشروع الاتفاقية ككل ينطبق عليها (بما في ذلك أحكام حماية المدين التي يعتبر تطبيقها هاما اذا أحيل المستحق جزئيا الى عدة محال اليهم وتكبد المدين نفقات اضافية ليقوم بالتسديد الى أكثر من شخص واحد). ولذلك قد تود اللجنة أن توضح هذه المسألة في المادة ٢ (أ) بأن تضيف، على سبيل المثال، عبارة "كلية أو جزئية" بعد عبارة "الحق التعاقدى للمحيل" (جرى تناول هذه المسألة في مشروع المادة ١٢-١٠٣ من المبادئ الأوروبية بشأن العقود ومشروع المادة ١-٣ من مبادئ "يونيدروا" بشأن الاحالة).

(٩) يشار الى المشروع المتاح في كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٩ الذي أعده البروفسور رولي غود للجنة قانون العقود الأوروبي.

(١٠) يشار الى يونيدروا ١٩٩٩، الدراسة L.Doc.65 المؤرخة كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٩، الفريق العامل المعني باعداد مبادئ بشأن عقود التجارة الدولية، الفصل [...].، احالة الحقوق ونقل الواجبات واحالة العقود، الباب الأول: احالة الحقوق (المشروع والملاحظات التفسيرية أعدها البروفسور مارسيل فونتتين).

٣٣- وفيما يتعلق بالحقوق النقدية القابلة للتجزئة، سيكون المدين قادرا عادة على القيام بالسداد الجزئي. وقد لا يكون الأمر كذلك بالنسبة الى حقوق الأداء غير النقدية لأن تجزئة حقوق الأداء يمكن أن تغير العلاقة بين الأداء والأداء المقابل ويكون لها أثر سلبي على الوضع القانوني للمدين. ولذلك، اذا قررت اللجنة ادراج احالات حقوق الأداء غير النقدية ضمن اطار مشروع الاتفاقية، فقد تود أن توضح أنه لا يسمح باحالة جزئية لهذه الحقوق الا اذا كان من الجائز تجزئتها (أي اذا كان يحق للمدين أن يقوم بسداد منفصل لجزء الأداء المحال؛ أنظر مشروع المادة ١٢-١٠٣ (٢) من المبادئ الأوروبية بشأن العقود). وبالإضافة الى ذلك، قد تود اللجنة أن تنظر في وضع المدين في حالة اجراء احالة جزئية لمستحق نقدي. فمن الناحية العملية، يهتم الدائنون بالتدفق النقدي للمدفوعات، ولذلك فإن من غير المحتمل أن يطلب من المدين أن يسدّد الى أكثر من محال اليه واحد. وعلاوة على ذلك، لا يمكن لهذا الطلب، بمقتضى المادة ١٧، أن يشمل الا مستفيدين مختلفين موجودين في البلد نفسه وأن ينتج عنه تحميل المدين أية تكلفة اضافية.

٣٤- بيد أنه ينبغي تناول هذه المسألة بوضوح. وقد تود اللجنة أن تعتبر، مثلا، أنه ينبغي، وفقا لتقدير المدين، أن يعامل الاشعار كاشعار غير نافذ المفعول اذا كانت تعليمة السداد ذات الصلة تأمر المدين بأن يسدّد الى مستفيد معين مبلغا أقل من المبلغ المستحق بمقتضى العقد الأصلي. وسيؤدي هذا النهج الى شمول جميع توليفات الاحالات المنفردة أو المتعددة الأجزاء من المستحقات أو لمصالح غير مجزأة في المستحقات، سواء كانت تنطوي على سداد مبالغ اجمالية أو مدفوعات دورية. وسيؤدي أيضا الى توفير حماية كافية للمدين ولكنها مرنة، دون أن يفرض، بأسلوب تنظيمي، ما يتعين على المحيل أو المدين أو المحال اليه أن يفعله ودون أن ينشئ أية مسؤولية. أما اذا كان المدين مستعدا للامتثال لتعليمة تقضي بالسداد الى محال اليهم متعددين، فليس هناك من سبب يمنع الأطراف من فعل ما يريدون جميعهم أن يفعلوه. ومن جهة أخرى، اذا قام المدين بالسداد دون أن يكون مدركا لحقه في تجاهل تعليمة السداد هذه، فإن الصفة الاختيارية لعدم نفاذ مفعول الاشعار ستحفظ ابراء نمة المدين بذلك القدر نتيجة السداد وفقا لتعليمات السداد. وكبديل لذلك يمكن، في حالة الاحالة الجزئية، أن يُشترط تحديد هوية مستفيد واحد لنفاذ مفعول الاشعار وتعليمة السداد ذات الصلة. وفي هذه الحالة، يمكن أن يسمح للمدين، اذا ما ووجه بتعليمات للسداد الى أكثر من محال اليه واحد أحيلت اليه أجزاء من مستحق، أن يحصل على ابراء الذمة عن طريق السداد الى المحيل أو الى أول محال اليه وجه اليه اشعارا (قد تكون هناك حاجة الى ادراج صيغة اضافية في المادتين ١٨ و ١٩). وكبديل ثالث، يمكن تثبيت حق المدين في أن يلتمس من المحيل تعويضا عن أية تكاليف اضافية يتكبدها المدين نتيجة احالة جزئية أو حتى حقه في اجراء مقاصة تجاه المحال اليه. وفي الحالات التي يمكن أن لا يؤدي فيها الحق في التعويض الى حماية المدين حماية كافية من التعرض لدعاوى منفصلة يقيمها المحيل ومحال اليه واحد أو أكثر، يمكن أن يعطى المدين الحق في أن يطلب اصدار أمر بجمع أصحاب المطالب جميعهم في دعوى واحدة يكون القرار فيها ملزما للجميع (مشروع المادة ١٢-١٠٣ (٣) و (٤) من المبادئ الأوروبية بشأن العقود).

الحقوق الشخصية/قابلية الاحالة القانونية

٣٥- لا تشير المادة ٢ الى الحقوق الشخصية غير القابلة للاحالة بمقتضى القانون (كالأجور والمعاشات التقاعدية وبوالص التأمين والمستحقات الحكومية). الا أن من المفترض أن لا تُشمل القيود القانونية المفروضة على الاحالة، غير تلك التي جرى تناولها في المادة ٩ (فيما يتعلق بالقيود القانونية، أنظر الفقرتين ٨٤ و ٨٥). وقد تود اللجنة أن تذكر هذا المفهوم صراحة في المادة ٢ (مشروع المادة ١٢ ٣٠٢ من المبادئ الأوروبية بشأن العقود تشير الى "الأداء الذي لا يمكن أن يُطلب من المدين على نحو معقول، بسبب طبيعة ذلك الأداء أو علاقة المدين بالمحيل، أن يقوم به تجاه أي شخص باستثناء المحيل"؛ مشروع المادة ٣-١ من مبادئ "اليونيدروا" بشأن الاحالة تشير الى الحقوق التي يوجد لديها "طابع شخصي أو [التي] تُحظر احوالها بمقتضى القانون المنطبق").

[يدين بها] شخص ثالث

٣٦- بصرف النظر عن المحيل والمحال اليه، يمكن أن يكون المدين أيضا هيئة اعتبارية أو شخصا، أو تاجرا أو مستهلكا، أو هيئة حكومية أو مؤسسة مالية (أو قد يكون هناك مدينون متعددون). وبعبارة أخرى، لا يستبعد مشروع الاتفاقية الممارسات التجارية التي تنطوي على احالة مستحقات تعاقدية يدين بها مستهلكون، ما لم تكن الاحالة الى مستهلك لأغراض الاستهلاكية (المادة ٤ (١) (أ)). وتشكل احالات المستحقات الاستهلاكية جزءا من ممارسات هامة، كتسديد مستحقات البطاقات الائتمانية، التي تكمن في تسهيلها امكانية زيادة حصول أصحاب المصانع والبائعين بالمفرق والمستهلكين على ائتمانات أقل تكلفة والتي يمكن، نتيجة لذلك، أن تسهل التجارة الدولية بالبضائع الاستهلاكية. غير أنه بينما يشمل مشروع الاتفاقية احالة المستحقات الاستهلاكية، لا يقصد منه تجاوز قانون حماية المستهلك. وينبثق هذا المبدأ من المبدأ العام الخاص بحماية المدين مكرس في المادة ١٧ (١). ويتجسد أيضا في عدد من أحكام مشروع الاتفاقية كما يرد، على سبيل المثال، في المادتين ٢١ (١) و ٢٣، اللتين لا يمكن بمقتضاهما لمستهلك مدين التنازل عن أية دفعات وحقوق مقاصة ويكون له الحق في أن يسترد من المحال اليه ما دفعه على سبيل السداد، اذا كان قانون حماية المستهلك المنطبق في بلد المدين ينص على ذلك (للاطلاع على شروط عدم الاحالة في السياق الاستهلاكي، أنظر الفقرة ١٠٠).

٣٧- وتشمل احالة المستحقات التي تدين بها حكومة أو هيئة عمومية، ما لم تكن غير قابلة للاحالة بمقتضى القانون (مسألة قد تحتاج الى توضيح صريح؛ وفيما يتعلق بالتقييدات القانونية، أنظر الفقرتين ٨٤ و ٨٥). غير أن الدولة التي يقع فيها مقر المدين الحكومي يمكنها أن تصدر تحفظا بشأن قاعدة المادة ١١ التي تنص على أن الاحالات تكون نافذة المفعول بصرف النظر عن التقييد التعاقدي على الاحالة (أنظر الفقرتين ٢١٣ و ٢١٤). ويشمل مشروع الاتفاقية أيضا المستحقات التي يدين بها مدينون في عقود مالية، كالقروض وحسابات الايداع وصكوك المقيضة والصكوك الاشتراكية. غير أن نفاذ مفعول احالة هذا المستحق بصورة عامة أو بالنسبة الى المدين فحسب، يمكن تركه للقانون المنطبق خارج نطاق

مشروع الاتفاقية (المادة ٥). وعلاوة على ذلك، تُشمل أيضا احوالة مستحق واحد أو أكثر، سواء كليا أو جزئيا، ويدين بها مدينون متعددون بالتكافل (أي مجتمعين) والتضامن (أي منفردين)، شريطة أن يكون العقد الذي تنشأ عنه المستحقات المحالة (المشار اليه فيما بعد باسم "العقد الأصلي") خاضعا لقانون دولة متعاقدة. بيد أنه اذا لم يكن العقد الأصلي خاضعا لقانون دولة متعاقدة، ينبغي النظر الى كل معاملة على أنها معاملة مستقلة وبذلك لا يكون مشروع الاتفاقية نافذ المفعول بالنسبة الى المدينين الذين لا يقع مقرهم في دولة متعاقدة. وبخلاف ذلك، يمكن أن تتعرض للخطر امكانية التكهّن بانطباق مشروع الاتفاقية على حقوق والتزامات المدينين، الذي هو أحد الأهداف الرئيسية لمشروع الاتفاقية.

المادة ٣ - الطابع الدولي

يكون المستحق دوليا إذا كان مقرا المحيل والمدين يقعان، وقت إبرام العقد الأصلي، في دولتين مختلفتين. وتكون الإحالة دولية إذا كان مقرا المحيل والمحال إليه يقعان، وقت إبرام عقد الإحالة، في دولتين مختلفتين.

المراجع

- | | |
|--|------------------------------|
| A/CN.9/456 ، الفقرات ٤٤ و ٤٥ و ٢٢٧ و ٢٢٨ | A/CN.9/420 ، الفقرات ٢٦-٢٩ |
| A/CN.9/466 ، الفقرات ٩٢ و ٩٣ | A/CN.9/432 ، الفقرات ١٩-٢٥ |
| | A/CN.9/445 ، الفقرات ١٥٤-١٦٧ |

التعليق

٣٨- بغية تحقيق اليقين في انطباق مشروع الاتفاقية، فإن المادة ٣، على غرار النصوص الأخرى التي أعدتها الأونسيترال أو منظمات أخرى تعرف الطابع الدولي عن طريق الإشارة الى مقرّي الطرفين (بمقتضى المادة ٦ (ط)، يعني "المقر" مكان العمل أو، في حالة وجود أكثر من مكان عمل للمحيل والمحال اليه، مكان الادارة المركزية أو، في حالة عدم وجود مكان عمل، مكان الإقامة المعتاد). وفي حالة وجود أكثر من محيل أو محال اليه أو مدين، يتقرر الطابع الدولي لكل من هذه الأطراف بصورة منفصلة (أنظر الفقرتين ٢٨ و ٣٧). ونتيجة للمادة ٣، عندما يكون المستحق دوليا، تكون احوالته مشمولة في مشروع الاتفاقية، سواء أحيّل المستحق الى محال اليه محلي أو أجنبي. ومن جهة أخرى، حتى لو كان المستحق محليا، فإن احوالته يمكن أن تقع ضمن نطاق مشروع الاتفاقية اذا كانت دولية أو كانت جزءا من سلسلة احوالات تتضمن احوالة دولية سابقة (أنظر الفقرة ١٩).

٣٩- ويتقرر الطابع الدولي للاحوالة وقت اجرائها، بينما الطابع الدولي للمستحق يتقرر وقت إبرام العقد الأصلي ("في الوقت الذي ينشأ فيه"). وتقرير الطابع الدولي للمستحق في الوقت الذي ينشأ فيه له ما

يبرره بسبب حاجة المحيل المحتمل الى أن يعرف، وقت إبرام العقد الأصلي، أي قانون قد ينطبق على الاحالة المحتملة. وهذه المعرفة هامة للمحيل المحتمل لكي يتمكن من تقرير ما اذا كان يمكنه الحصول على الائتمان وبأي تكلفة ولكي يقرر، على أساس ذلك، ما اذا كان سيقدم ائتماناً الى المدين وبأية شروط. بيد أنه نتيجة لاتباع هذا النهج بشأن الوقت ذي الصلة المتعلق بتقرير الطابع الدولي فانه، في حالة الاحالة الاجمالية لمستحقات محلية ودولية آجلة، قد لا يتمكن الطرفان من التكهن، وقت اجراء الاحالة، بما اذا كان مشروع الاتفاقية سينطبق (غير أن هذه المشكلة لن تنشأ في حالة الاحالات الدولية لمستحقات محلية أو دولية، لأن من الممكن تقرير الطابع الدولي للاحالة وقت اجرائها). وعلاوة على ذلك، وفي حالة الاحالة المحلية لكل من المستحقات المحلية والدولية، سينطبق مشروع الاتفاقية على احالة المستحقات الدولية ولكن ليس على احالة المستحقات المحلية. وهذا يعني أنه، استناداً الى ما اذا كان مشروع الاتفاقية ينطبق أو لا ينطبق، قد تكون الاقرارات الضمنية فيما بين المحيل والمحال اليه مختلفة، كما قد يكون وضع المدين مختلفاً (مثلاً، بالنسبة الى الدفوع وحقوق المقاصة ولكن ليس بالنسبة الى ابراء النمة، لأنه يمكن ابراء نمة المدين بمقتضى قانون منطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية). غير أن قواعد الأولوية المنطبقة لن تكون مختلفة، لأن مشروع الاتفاقية سيشمل، على أية حال، جميع النزاعات المحتملة بشأن الأولوية، بما في ذلك النزاعات القائمة مع محال اليه محلي لمستحقات محلية.

٤٠- ولذلك ستحتاج الأطراف في الاحالات المحلية الى هيكلة معاملاتها بطريقة معينة لكي تتجنب هذه المشكلة (مثلاً، عن طريق تجنب احالة مستحقات محلية ودولية معا في معاملة واحدة). وحيث لا يتمكن الطرفان من القيام بذلك، سيتعرضان لامكانية انطباق أحد القوانين على مستحقات محلية وانطباق قانون آخر، مشروع الاتفاقية، على المستحقات الدولية. بيد أن مشروع الاتفاقية لا يحدث هذه المشكلة؛ فهي قائمة فعلاً خارج نطاق مشروع الاتفاقية في الحالات التي تجري فيها احالة مستحقات محلية ودولية. وعلاوة على ذلك، ستكون هيكلة معاملة بمقتضى مشروع الاتفاقية أسهل من هيكلتها بمقتضى قانون آخر، على الأقل الى حد أن الطرفين في احالة محلية لن يواجها الا امكان انطباق قانونين على احالتهما هما قانون البلد الذي يقع فيه مقر المحيل والمحال اليه، ومشروع الاتفاقية. وبالإضافة الى ذلك، لن يتغير وضع المدين القانوني ما لم يكن مقر المدين واقعاً في دولة متعاقدة أو كان القانون الذي يحكم المستحق هو قانون دولة متعاقدة.

المادة ٤ - الاستبعادات

(١) لا تنطبق هذه الاتفاقية على الإحالات:

(أ) التي تجرى الى فرد ما لأغراضه الشخصية أو الأسرية أو المنزلية؛

(ب) بقدر ما تجرى بتسليم صك قابل للتداول، مع ما يلزم من تظهير؛

(ج) التي تجرى كجزء من بيع المشروع التجاري الذي نشأت منه المستحقات المحالة، أو تغيير ملكيته أو وضعيته القانونية.

[(٢) لا تنطبق هذه الاتفاقية على الإحالات المذكورة في إعلان تصدره الدولة التي يقع فيها مقر المحيل بمقتضى المادة ٣٩، أو الدولة التي يقع فيها مقر المدين فيما يتعلق بأحكام هذه الاتفاقية التي تتناول حقوق المدين والتزاماته.]

المراجع

- | | |
|----------------------------|---------------------------------|
| A/CN.9/456 ، الفقرات ٤٦-٥٢ | A/CN.9/432 ، الفقرات ١٨ و ٤٧-٥٢ |
| A/CN.9/466 ، الفقرات ٥٤-٥٩ | و ١٠٦ و ٢٣٤-٢٣٨ |
| و ٨٦-٧٨ و ١٩٢-١٩٥ | A/CN.9/434 ، الفقرات ٤٢-٦١ |
| | A/CN.9/445 ، الفقرات ١٦٨-١٧٩ |

التعليق

٤١- بالنظر الى نطاق الانطباق الواسع لمشروع الاتفاقية، يقصد بالمادة ٤ استبعاد بعض الممارسات التي اما أنها متميزة عن الممارسات المتصلة بالاحالة أو أنها منظمة تنظيما كافيا فعلا.

الاحالات للأغراض الاستهلاكية

٤٢- القصد من الفقرة الفرعية (أ) هو أن تُستبعد من نطاق مشروع الاتفاقية الاحالات التي تجريها هيئة تجارية أو مستهلك لصالح مستهلك اذا كانت للأغراض الشخصية أو الأسرية أو المنزلية للمحال اليه. واتفق الفريق العامل على أنه لا توجد لمثل هذه الاحالات أهمية عملية. ونتيجة لذلك لا تُستبعد احالات المستحقات الاستهلاكية إلا اذا أجريت لصالح مستهلك من أجل أغراضه الاستهلاكية.

لحالات الصكوك القابلة للتداول

٤٣- القصد من الفقرة الفرعية (ب) هو استبعاد عمليات نقل الصكوك القابلة للتداول. فعمليات النقل هذه تختلف عن الاحالات وتنظم بقواعد معينة في القانون الوطني والدولي (مثال ذلك، لا يشترط وجود اشعار بالنقل؛ واذا سدد المدين الى منقول اليه لا يكون حاملا للصك، يظل المدين مسؤولا تجاه حامل الصك؛ والشخص الذي يحوز صكا على أساس قيمته ودون أن يكون على علم بأية دفع غير معلنة تجاه الناقل لا يكون عرضة لتلك الدفع). وبدلا من الإشارة الى الطابع المستندي للمستحق، تركز الفقرة الفرعية (ب) على شكل النقل. ويكفي هذا النهج للمحافظة على قابلية الصك للتداول، بينما يتجنب

الحاجة الى تعريف "الصك القابل للتداول"، وهو مصطلح لا يوجد تفاهم عالمي بشأنه. وتُستبعد عمليات النقل التي تجرى بتظهير الصك وتسليمه أو بمجرد تسليمه. وتشمل هذه الصكوك السفاتج (الكمبيالات) والسندات الاذنية والشيكات والسندات لحامله (مثل السندات المالية القابلة للتداول).

٤٤- وكثيرا ما تكون المستحقات الناشئة بمقتضى عقد مشمولة في صك قابل للتداول لغرض وحيد هو الحصول على السداد عن طريق اجراءات مستعجلة في المحكمة، اذا اقتضى الأمر. وفي هذه الحالات، يجوز نقل المستحق الناشئ بمقتضى عقد والمستحق المشمول في صك قابل للتداول. والقصد من عبارة "بقدر ما تجرى بتسليم، مع ما يلزم من تظهير" هو كفالة أن المستحق الذي يكون على شكل صك قابل للتداول فحسب لا المستحق في شكله التعاقدي هو الذي يستبعد من نطاق انطباق مشروع الاتفاقية. وقد تود اللجنة أن تنظر فيما اذا كان ينبغي أن تشير المادة ٤ (ب) الى عمليات نقل الصكوك غير المادية (أي الالكترونية) القابلة للتداول.

لحالات المستحقات في شراء الهيئات الاعتبارية

٤٥ - تهدف الفقرة الفرعية (ج) الى استبعاد الاحالات التي تجرى في سياق بيع مشروع تجاري يعتبر منشأة ناجحة، اذا أجريت من البائع الى المشتري. وتستبعد هذه الاحالات لأنها منظمة عادة بصورة مختلفة في القوانين الوطنية التي تعالج مسألة شراء الهيئات الاعتبارية ولأنها ليست ذات طابع تمويلي. بيد أن الاحالات التي تجرى في مؤسسة تمويل البيع ليست مستبعدة.

الأنواع الأخرى من الاحالات أو المستحقات

٤٦ - نظر الفريق العامل، أثناء قيامه بعمله، في استبعاد أنواع أخرى من الاحالات مثل الاحالات التي تجرى بفعل القانون، والاحالات التي تجرى كهباءات، واحالات الأجور، والحقوق التعاقدية بصورة عامة، وأقساط التأمين، والحقوق في اطار الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد ("التعهدات المستقلة") واحالات الاجارات المتأتية من عقارات ومعدات، واحالات الأرصدة في حسابات الايداع. ففيما يتعلق بالاحالات التي تجرى بفعل القانون، تجدر الملاحظة بأنها مستبعدة بالنظر الى أن "الاحالة" تعرف بالاشارة الى "النقل بالاتفاق" المادة ٢ (أ). وبالنظر الى أنه رئي أن القيمة المالية تشكل جزءا من عقد الاحالة، وهو ما لم يجر تناوله في مشروع الاتفاقية إلا في مشاريع المواد ١٣ الى ١٦ و ٢٨، قرر الفريق العامل عدم تناول الاحالات التي تجرى كهباءات.

٤٧- وفيما يتعلق باحالة الأجور (أو المعاشات التقاعدية)، قرر الفريق العامل ترك المسألة لقانون آخر. فاذا كانت هذه الاحالات محظورة بموجب القانون الوطني، لا يمس مشروع الاتفاقية بذلك الحظر. إلا أنه اذا لم تكن هذه الاحالات محظورة بموجب القانون الوطني بغية المحافظة على ممارسات هامة مثل تمويل خدمات التوظيف المؤقت، فان مشروع الاتفاقية لا يفعل أي شيء لإبطالها. غير أن هذه النتيجة قد لا

تتحقق ما لم تُشمل اشارة محددة الى التقييدات القانونية ذات الصلة بالمستحقات الشخصية أو المستحقات المماثلة في المادة ٩ التي توفر نفاذ المفعول لاحالات المستحقات الآجلة، بدون أي استثناء للحقوق الشخصية التي قد لا تكون قابلة للاحالة بمقتضى القانون الوطني (بشأن هذه المسألة، أنظر أيضا الفقرتين ٨٤ و ٨٥).

٤٨- وليس المقصود أن تكون احالة الحق في تقديم تعهد مستقل الى جانب أية مستندات يقتضيها وطلب السداد مشمولة في مشروع الاتفاقية (قد تود اللجنة أن تورد هذه النتيجة صراحة في المادة ٤). بيد أن احالة عائدات سداد التعهد المستقل مشمولة في مشروع الاتفاقية، الى جانب الحماية الاضافية التي توفرها المادة ٥ للكفيل/المصدر لهذا التعهد المستقل. أما بالنسبة الى احالة المستحقات الناشئة عن بيع أو ايجار معدات متحركة، فقد قرر الفريق العامل عدم استبعادها. ورئي أن المادة ٣٦ تكفي لمعالجة أي تنازع مع مشروع الاتفاقية التمهيدي الذي يجري اعداده حاليا (أنظر الفقرة ٢١١؛ وفيما يتعلق باحالة المستحقات غير المستحقات التجارية، أنظر الفقرات ٥٠-٥٤). وبغية التقليل من احتمال حدوث مثل هذه التنازعات، قد تود اللجنة أن تنظر فيما اذا كانت احالة المستحقات الناشئة عن بيع أو ايجار معدات عالية القيمة ينبغي أن تعامل بنفس الطريقة كاحالات المستحقات غير المستحقات التجارية (أي ما اذا كان ينبغي انفاذ مفعول التقييدات التقاعدية على الاحالة الى حد ابطال مفعول الاحالة بصورة عامة أو ابطال مفعولها تجاه المدين فحسب). وستكون المادة ١٢ (٥) كافية للمحافظة على أية اشتراطات شكل أو تسجيل تتصل بالضمان والحقوق الداعمة الأخرى في المعدات المتحركة العالية القيمة، وستكون المادة ٢٤ كافية لكفالة خضوع أي تنازعات بشأن الأولوية لأحكام مشروع الاتفاقية التمهيدي اذا كان مقر المحيل واقعا في دولة طرف في مشروع الاتفاقية التمهيدي.

٤٩- وبغية تعزيز مقبولية مشروع الاتفاقية، فان القصد من الفقرة (٢)، التي تظهر بين معقوفتين لأن الفريق العامل لم يعتمد عليها بعد، هو كفالة اعطاء الدول امكانية استبعاد المزيد من الممارسات. وقد يكون هذا النهج ضروريا اذا لم يتم التوصل الى اتفاق بشأن الممارسات التي ينبغي أن تستبعد في الفقرة (١) أو من أجل تناول الشواغل التي قد تنشأ في المستقبل. بيد أن الضرر المحتمل الذي يسببه مثل هذا النهج هو أن نطاق مشروع الاتفاقية يمكن أن يتغير بين دولة وأخرى مما يؤدي، بالنظر الى تعدد الأطراف المعنية وامكان قيام دولة واحدة أو أكثر من الدول التي يحتمل أن تكون معنية، ولكن ليس كل تلك الدول، باصدار اعلان، الى عدم التمكن بسهولة من التحقق من النطاق الدقيق لمشروع الاتفاقية.

[المادة ٥ - التقييدات المفروضة على [احالة] المستحقات
الأخرى غير المستحقات التجارية

البديل ألف

(١) لا تمس المواد ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٢٢ بحقوق وواجبات المدين فيما يتعلق بمستحق آخر ليس مستحقا تجاريا الا بقدر ما يقبل به المدين.

(٢) بصرف النظر عن المادتين ١١ (٢) و ١٢ (٣)، لا يكون المحيل الذي يحيل مستحقا آخر ليس مستحقا تجاريا مسؤولا تجاه المدين عن الاخلال بأي تقييد مفروض على الاحالة مبين في المادتين ١٠ (١) و ١١ (٢)، ويكون الاخلال عديم المفعول.

البديل باء

لا تنطبق المادتان ١١ و ١٢ والباب الثاني من الفصل الرابع الا على احوالات المستحقات التجارية. وفيما يتعلق باحوالات المستحقات الأخرى غير المستحقات التجارية، تسوى المسائل التي تتناولها هاتان المادتان وفقا للقانون المنطبق بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص.]

المراجع

A/CN.9/466، الفقرات ٦٠-٧٧

التعليق

٥٠- القصد من المادة ٥، التي ترد بين معقوفتين لأن الفريق العامل لم يعتمد، هو تلبية احتياجات خاصة للممارسات التي تنطوي، مثلا، على معاملات المقايضة والمعاملات الاشتقاقية، واتفاقات إعادة البيع، والمستحقات في معاملات دور المقاصة، وحسابات الايداع، وحسابات السندات المالية، وكذلك على مستحقات التأمين والمستحقات الناشئة عن التعهدات المستقلة. ومن الضروري، في هذه الممارسات، عدم تغيير وضع المدين نتيجة للاحالة بدون قبوله (أي أنه يجوز للمدين أن يتجاهل أي اشعار، ويبرئ نمته من ديونه وفقا لما هو منصوص عليه في العقد الأصلي، ويحتفظ بجميع دفعه وحقوقه في المقاصة وكذلك بحقه في تعديل العقد الأصلي بدون موافقة المحال اليه).

٥١- ففيما يتعلق بمعاملات المقايضة والمعاملات الاشتقاقية، يبدو أن هناك ما يبرر النهج المتبع في المادة ٥، تلك أن الأمر الكامن في هذه المعاملات المالية، هو أن أي طرف يمكن أن يكون مدينا أو دائنا

وأن تكون هناك بالتحديد مدفوعات سداد مصفاة بينهما. ونتيجة لذلك فإنه إذا سُحبت دفعة واحدة يمكن أن تنهار المعاملة كلها. بمعنى آخر، يمكن للإحالة أن تزيد مخاطر الائتمان التي على أساسها اشترك طرف من الأطراف في المعاملة. وبالنظر إلى أهمية هذه المعاملات بالنسبة إلى الأسواق المالية الدولية وحجمها، يمكن لهذا الوضع أن يسبب خطراً منتظماً قد يمس النظام المالي بأكمله. وقد يكون نفس تدفق المدفوعات في الاتجاهين وضرورة المحافظة على الطابع المتبادل للمدفوعات قائمين فيما يتعلق بمعاملات دور المقاصة. أما فيما يتعلق باتفاقات إعادة الشراء. فلا بد من التأكد من أحد الأطراف لا يجد أن التزامه بالسداد قد أُحيل إلى طرف يطالب بتنفيذه بينما يرفض الطرف النظير الأصلي إعادة الضمان.

٥٢- أما فيما يتعلق بأنواع المستحقات الأخرى (احالات الأرصدة في حسابات الإيداع ومستحقات التأمين وعائدات التعهدات المستقلة)، فقد يكون من الضروري وجود نهج كنهج المادة ٥ لأسباب مختلفة. ففيما يتعلق بالتعهدات المستقلة، على سبيل المثال، من الضروري تجنب المساس بممارسات راسخة الأساس أو التعارض مع اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، نيويورك، ١٩٩٥ ("اتفاقية الكفالات والخطابات الضامنة"). وتتعارض المادتان ١١ (١) و ١٢ (٢) مع المادة ١٠ من اتفاقية الكفالات والخطابات الضامنة التي لا يجوز للمستفيد بموجبها إحالة أي عائدات بدون موافقة الكفيل/المصدر. أما فيما يتعلق بحسابات الإيداع وحسابات السندات المالية، فمن الضروري كفالة عدم المساس بحقوق المؤسسة الودیعة أو سمسار السندات المالية في حقوق المقاصة.

٥٣- وفي كلا البديلين ألف وباء، تعرّف المستحقات بالإشارة إلى مفهوم "المستحق التجاري" المعروف جيداً. ومن ميزات هذا النهج أنه يتجنب ضرورة تعريف مصطلح "المستحق المالي"، وهو مصطلح غير معروف بالطريقة نفسها عالمياً ويستمر معناه في التغير لدى نشوء ممارسات جديدة. ومن ناحية أخرى، لدى الإشارة إلى أي مستحق آخر غير المستحق التجاري، قد تؤدي المادة ٥، دون قصد، إلى استبعاد معاملات ينبغي أن لا تستبعد. ولذلك، قد تود اللجنة ذكر الممارسات المستبعدة بطريقة أكثر تحديداً. والفرق الرئيسي بين البديلين ألف وباء يكمن في أنه يمكن للإحالة، بمقتضى البديل ألف، أن تكون صحيحة فيما بين المحيل والمحال إليه ولكن مفعولها تجاه المدين يترك للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية، بينما تركت صحة الإحالة ونفاذ مفعولها بصورة إجمالية في البديل باء للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. وهناك فرق آخر هو أن البديل ألف، خلافاً للبديل باء، يعطي المدين الحق في القبول بانطباق مشروع الاتفاقية على حقوقه والتزاماته. غير أن هناك فرقاً آخر بين البديلين ألف وباء هو أنه، بمقتضى البديل ألف، لا يكون للمدين الحق في إنهاء العقد الأصلي بسبب الإخلال بالتقييد التعاقدى المفروض على الإحالة.

٥٤- وتكمن قيمة المحافظة على صحة الإحالة فيما بين المحيل والمحال إليه في أن هذه الصحة شرط من شروط الحصول على الأولوية. فإذا سدد المدين إلى المحيل، كانت للمحال إليه مطالب ملكية في المستحق المحال. والقصد من هذا النهج هو تيسير الممارسات التي يتلقى فيها المحيل دفعات السداد نيابة عن المحال إليه ويحتفظ بالعائدات بصورة منفصلة عن الموجودات الأخرى (مثل التسديد وخضم

الفواتير غير المعلن). وبالإضافة إلى ذلك، فإن القصد من هذا النهج هو أن يحفظ للمحيلين والمحال اليهم والأطراف الثالثة الدائنة والمدينين القابلين، في الممارسات المنطوية على إحالة المستحقات المالية أو إحالة كل من المستحقات التجارية والمالية، الفوائد الرئيسية لمشروع الاتفاقية التي لا يمكن أن تكفل عن طريق التعاقد لأنها تمثل عادة جزءاً من قانون الزامي (مثل صحة إحالات المستحقات الآجلة والإحالات الاجمالية، وكذلك قواعد الأولوية في مشروع الاتفاقية).

الفصل الثاني - أحكام عامة

المادة ٦ - التعاريف وقواعد التفسير

لأغراض هذه الاتفاقية:

- (أ) "العقد الأصلي" يعني العقد المبرم بين المحيل والمدين، الذي ينشأ عنه المستحق المحال؛
- (ب) "المستحق القائم" يعني المستحق الذي ينشأ عند إبرام عقد الإحالة أو قبله؛ و "المستحق الآجل" يعني المستحق الذي ينشأ بعد إبرام عقد الإحالة؛
- (ج) "التمويل بالمستحقات" يعني أي معاملة توفر فيها قيمة مالية أو ائتمان أو خدمات ذات صلة لقاء قيمة في شكل مستحقات. ويشمل التمويل بالمستحقات العمولة والعمولة المستندية والتسديد وتمويل المشاريع وإعادة التمويل؛
- (د) "الكتابة" تعني أي شكل من المعلومات يمكن الوصول إليه بحيث يكون قابلاً للاستعمال كمرجع لاحق. وحيثما تشترط هذه الاتفاقية أن تكون الكتابة ممهورة بتوقيع، فإن ذلك الشرط يستوفى إذا حددت الكتابة هوية الشخص المشروط توقيعه وبينت موافقته على المعلومات الواردة في الكتابة، بوسائل مقبولة عموماً أو بإجراء يوافق عليه ذلك الشخص؛
- (هـ) "الإشعار بالإحالة" يعني رسالة مكتوبة تبين على نحو معقول ماهية المستحقات المحالة وهوية المحال إليه؛
- (و) "مدير الإعسار"، يعني الشخص أو الهيئة، بما في ذلك الشخص أو الهيئة المعينان بصفة مؤقتة، المأذون له أو لها، في إجراء إعسار ما، بإدارة عملية إعادة تنظيم موجودات المحيل أو أعماله أو تصفيتها؛

(ز) "إجراءات الإعسار" تعني الإجراءات الجماعية، القضائية أو الإدارية، بما فيها الإجراءات المؤقتة، التي توضع فيها موجودات المحيل وأعماله تحت مراقبة أو إشراف محكمة أو هيئة مختصة أخرى بغرض إعادة تنظيمها أو تصفيتها؛

(ح) "الأولوية" تعني حق طرف في التمتع بالأفضلية على طرف آخر؛

(ط) يعتبر مقر الشخص واقعا في الدولة التي يوجد فيها مكان عمله. وإذا كان للمحيل والمحال اليه أكثر من مكان عمل، يكون مكان العمل هو المكان الذي يمارس فيه إدارته المركزية. وإذا كان للمدين أكثر من مكان عمل، يكون مكان العمل هو المكان الأوثق صلة بالعقد الأصلي. وإذا لم يكن للشخص مكان عمل، يشار إلى مكان إقامته المعتاد؛

(ي) "القانون" يعني القانون الساري في دولة ما بخلاف قواعدها المتعلقة بالقانون الدولي الخاص؛

(ك) "العائدات" تعني كل ما يقبض فيما يتعلق بمستحق محال، سواء بالسداد الكلي أو الجزئي أو بأي أداء آخر للمستحق. ويشمل التعبير كل ما يقبض فيما يتعلق بالعائدات. ولا يشمل التعبير البضائع المعادة؛

(ل) "المستحق التجاري" يعني المستحق الناشئ عن عقد أصلي لبيع بضائع أو تأجيرها أو لتقديم خدمات أخرى ليست خدمات مالية.]

المراجع

- | | |
|--|-------------------------------------|
| A/CN.9/432، الفقرات ٧٠-٧٢ و ٩٤-١٠٥ | A/CN.9/420، الفقرات ٥٢-٦٠ |
| A/CN.9/445، الفقرات ١٨٠-١٩٠ | A/CN.9/434، الفقرات ٧٨-٨٥ و ١٠٩-١١٤ |
| A/CN.9/466، الفقرات ٢٥-٣١ و ٤٦-٤٩ و ٩٤-١٠٠ | و ١٦٧ و ٢٤٤ |
| | A/CN.9/456، الفقرات ٥٣-٧٨ |

التعليق

"العقد الأصلي"

٥٥- العقد الأصلي الذي يستخدم كنقطة مرجعية في المواد ٦ (ط)، و١٧، و١٨ (١)، و١٩ (١)، و٢٠ (١)، و٢٢ (٢) (ب)، و٢٣ هو مصدر المستحق المحال. وباستثناء الأحكام التي تنص صراحة على خلاف ذلك (مثل المواد ٩-١٢ و١٧-٢٣)، لا يقصد من مشروع الاتفاقية المساس بالعقد الأصلي.

المستحق "القائم" والمستحق "الآجل"

٥٦- يشار إلى مصطلحي المستحق "القائم" والمستحق "الآجل" في المادة ٩ (نفاذ مفعول الاحالات) والمادة ١٠ (وقت الاحالة). ويستند الفرق بين المستحق القائم والمستحق الآجل إلى وقت إبرام العقد الأصلي. فالمستحق الذي ينشأ بمقتضى عقد إبرم قبل وقت الاحالة أو وقت الاحالة يعتبر مستحقاً قائماً، حتى وإن لم يصبح مستحقاً حتى تاريخ في المستقبل أو كان يعتمد على وفاء مقابل أو على حدث آخر منصوص عليه. ويشمل التعريف المجموعة الكاملة من المستحقات الآجلة، بما فيها المستحقات المشروطة (أي المستحقات التي قد تنشأ رهناً بحدث في المستقبل قد يقع أو قد لا يقع) والمستحقات المحض افتراضية (أي المستحقات التي قد تنشأ عن نشاط لا يشرع به المحيل وقت الاحالة؛ للاطلاع على التقييد الوارد في المادة ٩، أنظر الفقرة ٨٩). والمعنى الدقيق لتعبير "إبرام العقد" متروك للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. وعلى أية حال، لا يقصد من تعبير "إبرام" أن يشير إلى تنفيذ العقد.

"التمويل بالمستحقات"

٥٧- يرد هذا المصطلح بين معقوفتين في الديباجة وفي المادة ١٣ (٣). وقد تود اللجنة حذف هذا المصطلح وربما الإشارة إلى التمويل بالمستحقات في الديباجة (أنظر الفقرة ٥).

"الكتابة"

٥٨- يشار إلى هذا المصطلح في المواد ٦ (هـ)، و١٩ (١) و(٥)، و٢١ (١) و(٣)، و٤١ (٢) و(٤)، و٤٤ (١) من مشروع الاتفاقية وفي المادة ٥ من المرفق. والقصد من تعريفه هو إدراج وسائل الاتصالات غير الورقية التي يمكن أن تؤدي الوظائف نفسها كالرسالة الورقية (مثل توفير دليل ملموس، أو العمل بمثابة تحذير للأطراف بشأن النتائج، أو توفير رسالة مقروءة وتوثيقها وتأكيد سلامتها بصورة كافية). وهو مستوحى من المادتين ٦ و٧ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ويجسد المفهومين المتميزين لكل من "الكتابة" و"التوقيع".

٥٩- وعلى افتراض أنه ينبغي اجراء تقييم مختلف للحاجة الى تأكيدات أقوى بشأن موثوقية الرسائل، استنادا الى السياق الذي جرى فيه الاتصال، يشترط مشروع الاتفاقية الكتابة فيما يتعلق بالاشعار بالاحالة والكتابة الموقعة من المدين فيما يتعلق بتنزله عن دفعه. وتُشترط الكتابة أيضا فيما يتعلق باعلانات الدول وفيما يتعلق ببعض الاجراءات المتصلة بالتسجيل. ويقصد بعبارة "يمكن الوصول اليه" الالامح الى أن الرسالة مقروءة وميسورة التفسير؛ ولا تشير عبارة "يكون قابلا للاستعمال" الى استعمال شخص طبيعى فحسب بل الى الاستعمال الحاسوبي أيضا؛ وتضع عبارة "كمرجع لاحق" معيارا مماثلا للمعيار الذي ينطوي عليه مفهوم مثل الدوام (لكن دون الاشارة الى التفسير الدقيق المعطى لمفهوم الدوام في بعض النظم القانونية والذي يعادل عدم قابلية التحويل) ولكنها أكثر موضوعية مما تنطوي عليه مفاهيم مثل سهولة القراءة أو سهولة الفهم (أنظر الفقرة ٥٠ من دليل تشريع القانون النموذجي). ويُعرف التوقيع بالاشارة الى هوية الموقع وابداء الموقع لموافقة على مضمون الرسالة.

"الاشعار بالاحالة"

٦٠- يستخدم المصطلح في المواد ١٥ و١٦ و١٨ و١٩ و٢٠ و(٢) و٢٢. وفي الاشعار باشتراطات مشروع الاتفاقية اذا كان مكتوبا ويبين على نحو معقول ماهية المستحقات المحالة وهوية المحال اليه. واذا لم يف الاشعار بتلك الاشتراطات، لا يكون نافذ المفعول بمقتضى مشروع الاتفاقية (أي أنه لا يحدث تغييرا في الطريقة التي يمكن للمدين أن يفي فيها بالتزامه أو لا يمس بحقوق المدين في المقاصة أو بحق المدين في تعديل العقد الأصلي بالاتفاق مع المحيل). بيد أن المسألة المتعلقة بما اذا كان مثل هذا الاشعار صحيحا بمقتضى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية فتخضع لذلك القانون. وعلى الخصوص، اذا قام المدين، عملا بذلك الاشعار غير المطابق للشروط، بالسداد الى الشخص الذي يحق له تقاضي السداد (سواء بمقتضى مشروع الاتفاقية أو بمقتضى قانون منطبق آخر) بمقتضى المادة ١٩ (٦)، أبرئت ذمة المدين (أنظر الفقرة ١٤٢).

٦١- والوصف المعقول في كل حالة معينة يتحدد وفقا للظروف. وعلى العموم، سيكون من الضروري ذكر ما اذا كانت الاحالة قطعية أو على سبيل الضمان أو تعريف هوية المدين أو ذكر المبلغ على وجه التحديد. والتعريف الذي يكون على غرار "جميع مستحقاتي من شركتي لبيع السيارات الى 'سين' أو 'جميع مستحقاتي من عملائي في البلدان ألف وباء وجيم الى 'صاد'" يعتبر تعريفا معقولا. بيد أنه في حالة الاحالة الجزئية، قد يكون من الضروري أن يحدد المبلغ المحال في الاشعار (فيما يتعلق بالاحالات الجزئية، أنظر الفقرات ٣٢-٣٤ و٩١). وعلاوة على ذلك، وبينما يتوجب أن يبين الاشعار هوية المحال اليه بصورة معقولة لكي يكون اشعارا نافذ المفعول بمقتضى مشروع الاتفاقية، لا ضرورة لأن يبين هوية الشخص المستفيد (أي الشخص الذي سيقوم المدين بالسداد اليه أو لحسابه أو العنوان الذي سيقوم المدين بالسداد فيه). ونتيجة لذلك، يكون الاشعار الذي لا يتضمن تعليمات بشأن السداد نافذ المفعول بمقتضى مشروع الاتفاقية (المادة ١٩ (٢)). غير أنه بالنظر الى أن الاشعار، بمقتضى الاتفاقية، يغير الطريقة التي يمكن فيها للمدين ابراء نمته من ديونه، تُشجع الأطراف التي تقوم باشعار المدين على أن تدرج في

اشعارها تعليمية السداد هذه. وقد جعل الفريق العامل ابراء ذمة المدين مستندا الى الاشعار بدلا من تعليمية السداد بغية تجنب بليلة المدين في حالات قد ترسل فيها اليه الرسالتان بصورة منفصلة أو قد ترسل فيها اليه عدة رسائل من عدة أشخاص.

"مدير الاعسار" و"اجراءات الاعسار"

٦٢- يستخدم مصطلح "مدير الاعسار" في المادتين ٢٤ (أ) ٣٠ و ٣٠ (١) (أ) ٣٠ من مشروع الاتفاقية والمادتين ٢ و ٧ من المرفق. ويستخدم مصطلح "اجراءات الاعسار" في المادة ٢٥ من مشروع الاتفاقية والمادتين ٢ و ٧ من المرفق. وقد استوحي تعريفاهما من تعريفي مصطلحي "الاجراء الأجنبي" و"المدير الأجنبي" الواردين في المادة ٢ (أ) و (د) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود. وتتمشيان كذلك مع المادتين ١ (١) و (٢) (أ) و (ب) من الاتفاقية الأوروبية بشأن اجراءات الاعسار. وبالإشارة الى غرض الاجراء أو وظيفة الشخص بدلا من استعمال تعابير تقنية قد تكون لها مدلولات مختلفة في النظم القانونية، يكون التعريفان واسعين بحيث يشملان مجموعة واسعة من اجراءات الاعسار، بما فيها الاجراءات المؤقتة. والقصد من هذا النهج هو تجنب اعتراف الدولة المتعاقدة بأن اجراء الاعسار أو مديره هو اجراء أو شخص ليست له تلك الصفة بموجب "القانون الذي يحكم الاعسار"، أو تجنب عدم تمكنها من الاعتراف بأن اجراء الاعسار أو مديره هو اجراء أو شخص له تلك الصفة بموجب "القانون الذي يحكم الاعسار".

"الأولية"

٦٣- يستخدم مصطلح "الأولية" في المواد ١٦ و ٢٤ و ٢٥ (٢) و ٢٦ و ٢٧ و ٣٠ و ٤٠ من مشروع الاتفاقية وكذلك في المواد ١ و ٢ و ٦ و ٧ من المرفق. وتعني الأولوية بمقتضى مشروع الاتفاقية أنه يمكن لأحد الأطراف استيفاء مطالبته على أساس أفضليته على مطالبين آخرين. ولا تعني الأولوية صحة الاحالة (يستخدم مصطلح "نفاذ المفعول" في مشروع الاتفاقية بدلا من ذلك للتدليل على الآثار الامتلاكية للاحالة). وهي تفترض سلفا وجود احالة صحيحة (يجري تناول الصحة الموضوعية أو المادية في الفصل الثالث بينما تترك الصحة الشكلية للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية؛ للاطلاع على اقتراح للأمانة بشأن تناول القانون المنطبق على الصحة الشكلية، أنظر الفقرات ٨٠-٨٢).

٦٤- وبالإضافة الى ذلك، لا تعني الأولوية أن للمطالب حقا امتلاكيا (يتعلق بشيء) أو شخصا (يتعلق بشخص) فيما يتعلق بالمستحق المحال أو أي عائدات. فهذه المسألة متروكة لقانون مقر المحيل (المادتان ٢٤ و ٢٦). وعلاوة على ذلك، لا تحكم الأولوية مسبقا على مسألة ما اذا كان المحال اليه الذي يتمتع بالأولوية سيحتفظ بجميع عائدات السداد أو يعيد أي رصيد متبق الى المحيل أو الى المطالب الذي يليه في تسلسل الأولوية. وتعتمد هذه المسألة على ما اذا كانت الاحالة قطعية أو على سبيل الضمان، وهي مسألة متروكة للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية (المادة ٢٤). ولا تمس الأولوية بابراء الدائن

لنمته كذلك، وتبرأ ذمة المدين الذي يسدد وفقا للمادة ١٩ (أو وفقا للقانون المنطبق بمقتضى المادة ٢٩، إن لم تكن المادة ١٩ منطبقة) حتى ولو جرى السداد الى محال اليه لا يتمتع بالأولوية (بمقتضى المادة ٢٤ أو بمقتضى المادة ٣٠، إن لم تنطبق المادة ٢٤). أما اذا كان ذلك المحال اليه سيحتفظ بعائدات السداد فمسألة أولوية تحسم بين مختلف المطالبين وفقا للقانون المنطبق بمقتضى المادة ٢٤ (أو المادة ٣٠).

٦٥- ولا يشير التعريف الى الحق في السداد لأنه، بينما قد يكون هذا التعبير مناسباً للحالات على سبيل الضمان، قد يكون حصرياً في الاحالات القطعية التي قد يكون للمحال اليه فيها، على سبيل المثال، الحق في تسلم أية بضائع يعيدها المدين الى المحيل. وبعد قرار الفريق العامل استبعاد البضائع المعادة من تعريف العائدات لأغراض قواعد الأولوية في مشروع الاتفاقية، قد تود اللجنة أن تنقح تعريف الأولوية بحيث يشير الى الحق في السداد. وقد تود اللجنة أيضاً أن تنظر فيما اذا كان الانطباق المشترك للمواد ٦ (ج) و ٩ و ٢٤ (أ) '١' كافياً لكفالة نفاذ مفعول أكثر من احالة واحدة للمستحق ذاته من المحيل ذاته. وهذه النتيجة مفترضة في المادة ٢٤ (أ) '١' التي تشير الى تنازع الأولوية بين عدة أطراف أحيلت اليها المستحقات ذاتها من المحيل ذاته. بيد أن هذه المسألة، في بعض النظم القانونية، لا تثير مسألة الأولوية على الاطلاق بل مسألة نفاذ المفعول (من لا يملك لا يعطي). ونتيجة لذلك، قد تعتبر الاحالة الأولى، في بعض الولايات القضائية، نافذة المفعول بمقتضى المادة ٩ وأية احالة لاحقة غير نافذة المفعول بمقتضى القانون الوطني بسبب عدم وجود حق ملكية (مسألة لم يجر تناولها في المادة ٩ التي تتناول الآثار الامتلاكية للاحالة، على الرغم من أنه جرى تناولها في المادة ١٤ التي تتناول عقد الاحالة). وفي هذه الحالات قد لا يكون للمادة ٢٤ أي دور على الاطلاق.

"المقرر"

٦٦- يشار الى هذا المصطلح في عدة أحكام من مشروع الاتفاقية (أي المواد ١ (أ) و (٢)، و ٣، و ٤ (٢)، و ١٧ (٢)، و ٢١ (١)، و ٢٣، و ٢٤، و ٢٥، و ٣٠، و ٣٥ (٣) و ٣٦، و ٣٧، و ٣٩). بيد أن الموضوعين الرئيسيين اللذين يشار فيهما الى مصطلح "المقرر" هما نطاق الانطباق ومسائل الأولوية. والقصد من هذا التعريف هو تحقيق توازن بين المرونة واليقين. فمكان العمل مصطلح معروف جيداً ويستخدم على نطاق واسع في نصوص الأونسيترال وغيرها من النصوص التشريعية الدولية، وتوجد بشأنه سوابق قضائية عديدة. ويستخدم للدلالة على المكان الذي تجري فيه الأنشطة المهنية لشخص أو لهيئة. ولغرض انطباق قانون الدولة، تعتبر أماكن العمل المتعددة في الدولة ذاتها مكان عمل واحد. وبغية كفالة درجة كافية من امكانية التكهن بشأن انطباق مشروع الاتفاقية فيما يتعلق بالمدين يشار، في حالة وجود أماكن عمل متعددة للمدين، الى المكان الأوثق صلة بالعقد الأصلي. ومن جهة أخرى، وبغية كفالة احالة مسائل الأولوية الى ولاية قضائية واحدة (وهي ولاية قضائية من المرجح أن يُشرع فيها بأية اجراءات اعسار رئيسية)، تنص المادة ٦ (ط) على أنه اذا كان للمحيل (أو للمحال اليه) أكثر من مكان عمل واحد يعني "مكان العمل" مكان الادارة المركزية. وتنطبق القاعدة الواردة في المادة ٦ (ط) في جميع أنحاء مشروع

الاتفاقية بغية تجنب تعريف "مكان العمل" بصورة مختلفة لأغراض مختلفة. فمن شأن نهج كهذا أن يعقّد انطباق مشروع الاتفاقية أو حتى يؤدي الى نتائج غير متسقة.

٦٧- وتعبير مكان الادارة المركزية مماثل لتعبير مركز المصالح الرئيسية (تعبير استخدم في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود) أو المكتب التنفيذي الرئيسي أو مكان العمل الرئيسي. وتفهم جميع هذه التعبيرات على أنها تدل على مركز الادارة والرقابة، مركز العمل الحقيقي، الذي تجري فيه، فعليا وليس شكليا، مراقبة الأنشطة الرئيسية للهيئة وتتخذ فيه بالفعل القرارات النهائية على أعلى المستويات (دون اعتبار للمكان الذي توجد فيه معظم الموجودات أو تمسك فيه الدفاتر والسجلات)، لا مجرد الادارة اليومية لشؤون تلك الهيئة وعملياتها. غير أنه، بعكس قانون الأونسيترال النموذجي الذي يرسى فيه افتراض قابل للطعن بشأن كون مركز المصالح الرئيسية هو مكان التسجيل (المادة ١٦ (٣))، لا يستحدث مشروع الاتفاقية قاعدة "الملاذ الآمن". والسبب في هذا النهج هو أنه، بعكس قانون الأونسيترال النموذجي الذي يركز بصورة رئيسية على الاعسار، يركز مشروع الاتفاقية بصورة رئيسية على التخطيط المسبق في تمويل مدين غير معسر وعلى أن من الضروري تماما، لتيسير ذلك التخطيط، تعريف المقرر عن طريق الاشارة الى ولاية قضائية واحدة يسهل تحديدها.

٦٨- وفي معظم الحالات، يكون من السهل تحديد مكان الادارة المركزية. غير أنه قد لا تكون لمكان الادارة المركزية شفافية مماثلة لشفافية مكان التأسيس (المكان الرسمي)، أي حيثما يكون مكان ممارسة السلطة المركزية، على سبيل المثال، موزعا بالتساوي على بلدين أو أكثر مما يجعل اختيار واحد بدل الآخر مستحيلا، أو في حالة وجود شركات فرعية بينما تكون الرقابة الادارية الحقيقية قائمة في الشركة الأم. إلا أن مكان التأسيس يمثل وضعاً غير مؤات من حيث أنه مفهوم غير معروف في العديد من النظم القانونية وأن استعماله سيثير مشكلة تتعلق بانطباق قانون الولاية القضائية التي ليست لها صلة وثيقة بعقد الاحالة والتي قد لا تكون لديها أي قوانين متطورة. والاشارة الى مكان الادارة المركزية وارساء افتراض قابل للطعن لصالح مكان التأسيس يمكن أن يوفر حلاً لهذه المشكلة، ولكنه سوف يؤدي، دون قصد، الى التقليل من مستوى اليقين الذي يتحقق عن طريق قاعدة المقر الذي يقع فيه مكان الادارة المركزية (لأنه قد يكون هناك أكثر من مكان تسجيل). وعلى أية حال فإنه، في الحالات الاستثنائية التي لا يدل فيها مكان الادارة المركزية ببسر على ولاية قضائية واحدة، ستترك الأطراف في وضع ليس أسوأ من الوضع الذي كان يتعين أن تبدأ به وستحاول كفالة كون مصالحها نافذة المفعول وقابلة للتنفيذ في كل ولاية قضائية قد يكون من المحتمل أن يقع فيها مقر المحيل.

٦٩- ولا يعالج تعريف "المقر" مشكلة اخضاع معاملات المكاتب الفرعية لقانون المكتب الرئيسي (خاصة مسائل الأولوية التي قد تنشأ في الحالات التي يحيل فيها واحد أو أكثر من المكاتب الفرعية والمكتب الرئيسي أو مكاتب فرعية مختلفة المستحقات ذاتها الى محال اليهم مختلفين). وبغية معالجة تلك المشكلة، نظر الفريق العامل، في دورته الحادية والثلاثين، في مسألة استثناء المكاتب الفرعية في الصناعة المصرفية فحسب أو في الصناعات الأخرى كذلك، ولكنه لم يتمكن من التوصل الى توافق في

الآراء (أنظر الوثيقة A/CN.9/466، الفقرات ٢٥-٣٠ و ٩٦ و ٩٧). وفي نهاية الدورة، قُدم اقتراح بشأن المكاتب الفرعية لمقدمي الخدمات المالية، ولكن الفريق العامل لم يستطع أن ينظر فيه بسبب ضيق الوقت (أنظر الوثيقة A/CN.9/466، الفقرتان ٩٨ و ٩٩). ومسوغ ذلك الاستثناء المحدود هو أن مؤسسات التمويل تميل إلى القيام بأعمالها من خلال مكاتب فرعية لكي تتمكن من الاعتماد على رأسمالها ككل (وليس رأس المال المودع فحسب، من أجل أعمال هيئة منفصلة أو هيئة فرعية، على سبيل المثال) بينما تميل المكاتب الفرعية إلى الخضوع لقانون الدولة التي تقوم فيها بأعمالها.

٧٠- ووفقا للنص المقترح، فإنه في حالة فرع مقدم الخدمات المالية الذي يكون له أكثر من مكان عمل واحد، يعني "مكان عمل" المحيل والمحال إليه المكان الذي يقع فيه الفرع الذي يُدون المستحق في دفاتره قبل إجراء الاحالة مباشرة. ويعرف "مقدم الخدمات المالية" بالاشارة إلى "مصرف أو مؤسسة مالية أخرى" (كتاجر السندات المالية) وإلى "ودائع أو قروض أو خدمات مالية أخرى". ويعرف "الفرع" بالاشارة إلى مكان عمل غير مكان الادارة المركزية. وتعرف عبارة "يُدون في دفاتره" بالاشارة إلى "المعايير [المحاسبية] [التنظيمية]" ويترك معناها الدقيق أيضا للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. وإذا ما أدرج استثناء في قاعدة "المقر" فيما يتعلق بالمكاتب الفرعية للمؤسسات المالية، فإنه ينبغي إدراجه أيضا فيما يتعلق بالصناعات الأخرى التي تستخدم فيها بنية فرعية (كصناعة التأمين). وكلما اتسع الاستثناء كلما زاد الشك في ملاءمة الادارة المركزية. وقد تود اللجنة، في مداولاتها بشأن مسألة "مقر" المكاتب الفرعية، أن تضع في اعتبارها المادة ١ (٣) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحويلات الدائنة الدولية ("لغرض تقرير نطاق تطبيق هذا القانون، تعتبر فروع المصرف الواحد ومكاتبه المنفصلة، الواقعة في بلدان مختلفة، مصارف مستقلة"). وقد تود اللجنة أن تنظر في مكان المادة ٦ (ط) في نص مشروع الاتفاقية (أنظر الفقرة ١٣).

"القانون"

٧١- يرد تعبير "القانون" في الديباجة وفي المواد ١ (٢)، و ٥، البديل باء، و ٨ (٢)، و ١٢ (١) و (٤) و (٥)، و ٢١، و ٢٣ إلى ٢٥، و ٢٨ إلى ٣٢ و ٣٥ و ٤٠ (٢). والقصد من تعريف "القانون" هو كفالة تجنب الرد إلى القانون الوطني. وإذا اشتمل تعبير "القانون" على أحكام القانون الدولي الخاص، فإنه يمكن احالة أي مسألة إلى قانون غير القانون المنطبق استنادا إلى أحكام القانون الدولي الخاص في مشروع الاتفاقية. وستؤدي هذه النتيجة إلى ابطال اليقين بشأن القانون المنطبق الذي تلتزمه أحكام القانون الدولي الخاص في مشروع الاتفاقية. وقد تود اللجنة أن تعرف "القانون" فيما يتعلق بحالة دولة اتحادية يوجد لديها أكثر من نظام قانوني واحد (فيما يتعلق بانطباق مشروع الاتفاقية في حالة الدولة الاتحادية، أنظر الفقرة ٢٠٢). ويمكن النظر في صيغة على غرار ما يلي: "في حالة الدولة التي توجد لديها وحدتان اقليميتان أو أكثر تطبق فيها نظم قانونية مختلفة فيما يتعلق بالمسائل التي تتناولها هذه الاتفاقية، يعني 'القانون' قانون الوحدة الاقليمية المعرفة في القواعد السارية المفعول في تلك الدولة التي تحدد قانون الوحدة الاقليمية المنطبق. وفي غياب قواعد كهذه، يعني 'القانون' قانون

الوحدة الإقليمية ذات الصلة المناسبة." وقد تود اللجنة أيضا أن تنظر فيما إذا كان من الضروري وضع أي شرط تفسيري آخر بشأن الدولة الاتحادية (فيما يتعلق بمعنى "المقر"، على سبيل المثال).

"العائدات"

٧٢- يرد تعبير "العائدات" في المواد ١٢ (١)، و ١٦ (١)، و ٢٤ (ب)، و ٢٦. والقصد من تعريفه هو أن يشمل كلا من عائدات المستحقات وعائدات العائدات (مثال ذلك أنه إذا سدد المستحق بواسطة شيك، كان الشيك "عائدات المستحق" وكان النقد الذي يتلقاه المستفيد من الشيك "عائدات العائدات"). والقصد من تعريفه أيضا هو أن يشمل العائدات النقدية ("السداد") والعائدات العينية ("أداء آخر") سواء قبضت كأداء كلي أو جزئي للمستحق المحال. والقصد منه، بصورة خاصة، هو أن يشمل البضائع المتلقاة كسداد كلي أو جزئي للمستحق المحال ولكنه لا يشمل البضائع المعادة (مثال ذلك، أن تكون معيبة ويلغى عقد البيع أو لأن عقد البيع يسمح للمشتري بإعادة البضائع بعد فترة تجربة). غير أنه، فيما بين المحيل والمحال إليه، يكون للمحال إليه الحق في البضائع المعادة (أنظر الفقرة ١٢٦).

"المستحق التجاري"

٧٣- يتمشى تعريف مصطلح "المستحق التجاري" الذي يرد في المادة ٥ مع المفهوم العام المتعلق بهذا المصطلح حسبما دون في اتفاقية أوتاوا. بيد أنه خلافا لاتفاقية أوتاوا، تستبعد الفقرة الفرعية (١) المستحقات الناشئة عن الخدمات المالية.

المادة ٧ - حرية الأطراف

يجوز للمحيل والمحال إليه والمدين، بالاتفاق فيما بينهم، الخروج عن أحكام هذه الاتفاقية أو تغيير مفعولها فيما يتعلق بحقوق والتزامات كل منهم. ولا يمس مثل هذا الاتفاق بحقوق أي شخص ليس طرفا فيه.

المراجع

A/CN.9/445، الفقرات ١٩١-١٩٤

A/CN.9/456، الفقرتان ٧٩ و ٨٠

A/CN.9/432، الفقرات ٣٣-٣٨

A/CN.9/434، الفقرات ٣٥-٤١

التعليق

٧٤- توفر المادة ٧، التي وضع نصها على غرار المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، فيينا، ١٩٨٠ ("اتفاقية الأمم المتحدة للبيع) اعترافاً واسع النطاق بمبدأ حرية الأطراف. فيجوز للمحيل والمحال اليه والمدين تغيير مفعول أحكام مشروع الاتفاقية أو الخروج عنها. غير أنه خلافاً للمادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، لا تسمح المادة ٧ للأطراف بتغيير مفعول الأحكام التي تمس حقوق الأطراف الثالثة أو الخروج عنها باستبعاد مشروع الاتفاقية ككل. وبناء على ذلك، لا يجوز للمحيل والمحال اليه تغيير مفعول المواد ١٣ إلى ١٦ و ٢٨ أو الخروج عنها، بينما تكون للمحيل والمدين حرية تغيير مفعول المواد ١٧ إلى ٢٣ أو الخروج عنها ما دامت حقوق الأطراف الثالثة دون مساس. والسبب في هذا النهج المختلف هو أنه، بينما تتناول اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الحقوق والالتزامات المتبادلة للبائع والمشتري، يتناول مشروع الاتفاقية، بصورة رئيسية، الآثار الامتلاكية للحالة وقد يكون له، لذلك، تأثير على الوضع القانوني للمدين والأطراف الثالثة. فالسماح للأطراف في اتفاق ما بالمساس بحقوق والتزامات الأطراف الثالثة لن يتجاوز أي مفهوم مقبول لحرية الأطراف فحسب، بل سيستحدث أيضاً قدراً غير مستصوب من عدم اليقين ويمكن أن يحبط بالتالي الأهداف الرئيسية لمشروع الاتفاقية، أي تيسير الحصول المتزايد على الائتمانات المنخفضة التكلفة وتوفير نظام كاف لحماية المدين، من جهة أخرى.

٧٥- والمادة ٧، مثلها مثل المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، تقتضي وجود اتفاق، أي وجود اعلانين متناظرين للنوايا فيما يتعلق بالخروج الفعلي عن أحكام مشروع الاتفاقية. وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً. والمثال النموذجي على الخروج الضمني هو قيام الأطراف بالإشارة إلى قانون دولة غير متعاقدة أو إلى القانون الداخلي لدولة متعاقدة. والقصد من المادة ٧ هو أن تنطبق على اتفاق بين المحيل والمحال اليه ("الأطراف الثالثة" هي المدين ودائنو المحيل ومدير الاعسار) وعلى اتفاق بين المحيل والمدين ("الأطراف الثالثة" هي المحال اليه ودائنو المحيل ومدير الاعسار). وقد تود اللجنة أن توضح ما إذا كان ينبغي أن تنطبق المادة ٧ على اتفاق بين المحال اليه والمدين (كالاتفاق الذي يتنازل فيه المدين عن دفعه تجاه المحال اليه لقاء الحصول على امتياز، كتخفيض سعر الفائدة أو تمديد تاريخ السداد. وهذه الاتفاقات غير مشمولة وهي لذلك غير مقيدة بالمادة ٢١ (أنظر الفقرة ١٥٠).

المادة ٨ - مبادئ التفسير

(١) عند تفسير هذه الاتفاقية، يتعين إيلاء الاعتبار لطابعها الدولي ولضرورة تعزيز الاتساق في تطبيقها ومراعاة حسن النية في التجارة الدولية.

(٢) تسوى المسائل المتعلقة بالأمور التي تحكمها هذه الاتفاقية، دون أن تسوى فيها صراحة، وفقا للمبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية، أو وفقا للقانون المنطبق بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص في حال عدم وجود مثل تلك المبادئ.

المراجع

- A/CN.9/432، الفقرات ٧٦ - ٨١
A/CN.9/434، الفقرتان ١٠٠ و ١٠١
A/CN.9/445، الفقرتان ١٩٩ و ٢٠٠
A/CN.9/456، الفقرات ٨٢-٨٥

التعليق

٧٦ - تتناول المادة ٨، المستوحاة من المادة ٧ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، تفسير مشروع الاتفاقية وسد الثغرات فيه. ففيما يتعلق بتفسير مشروع الاتفاقية، يشير مشروع المادة ٨ (١) الى ثلاثة مبادئ هي الطابع الدولي للنص، والاتساق، وحسن النية في التجارة الدولية. وهذه المبادئ شائعة في معظم نصوص الأونسيترال. ولا بد للإشارة الى الطابع الدولي للنص أو مصدره أن يحمل المحكمة على تجنب تفسير مشروع الاتفاقية على أساس مفاهيم القانون الوطني ما لم يكن معنى مصطلح مستخدم في مشروع الاتفاقية مماثل بشكل واضح لمعناه في قانون وطني معين أو متروك بوضوح للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. ولا يمكن تلبية الحاجة الى المحافظة على الاتساق الا اذا طبقت المحاكم أو هيئات التحكيم مشروع الاتفاقية في حد ذاته وأولت اعتبارا لقرارات المحاكم أو هيئات التحكيم في بلدان أخرى. وكانت الأونسيترال قد وضعت مجموعة السوابق القضائية المستندة الى نصوص الأونسيترال ("كلاوت" ("CLOUT")), وهي نظام للإبلاغ عن السوابق القضائية المستندة الى نصوص الأونسيترال، لكي لا تغرب عن البال الحاجة الى المحافظة على الاتساق. وتتوفر "كلاوت" بشكل ورقي في اللغات الرسمية الست للأمم المتحدة وتتوفر من خلال موقع وب الخاص بالأونسيترال، (<http://www.uncitral.org>)، باللغات الاسبانية والانكليزية والفرنسية (وستوفر النصوص باللغات الأخرى أيضا في المستقبل وفقا لتوفر الموارد).

٧٧ - ولا تنطبق الإشارة الى حسن النية الا على تفسير مشروع الاتفاقية واذا ما طبقت على سلوك الأطراف نتيجة تفسير مخالف لأحكامه، فلا بد من الحيطة. وبينما يمكن تطبيق مبدأ حسن النية بشكل مناسب على العلاقة التعاقدية بين المحيل والمحال اليه أو بين المحيل والمدين، يمكن لهذا المبدأ أن يقوّض اليقين الذي يوفره مشروع الاتفاقية اذا طبق على العلاقة بين المحال اليه والمدين أو بين المحال اليه وأي مطالب آخر. مثال ذلك أنه لو طبق مبدأ حسن النية السائد في دولة المحكمة المختصة على العلاقة بين المحال اليه والمدين أو بين المحال اليه وطرف ثالث قد يضطر المدين، الذي ربما قام بالتسديد للمحال اليه بعد تلقيه الاشعار، بالتسديد مرة أخرى اذا عرف المدين، مثلا، عن احالة سابقة؛

وقد يجري اغفال القانون المنطبق بموجب مشروع المادة ٢٤ إذا لم يكن يحترم مبدأ حسن النية حسبما قد يكون مفهوما في دولة المحكمة المختصة.

٧٨ - وفيما يتعلق بسد الثغرات، فإن القاعدة تقضي بأنه في حالة الأمور التي يحكمها مشروع الاتفاقية في إطار الفصل الأول ولكنه لا يحسمها صراحة، ينبغي أن تتقرر وفقا للمبادئ العامة التي يقوم عليها مشروع الاتفاقية. وتتضمن هذه المبادئ على الأخص المبادئ المذكورة صراحة في الديباجة أو المكرسة في عدد من أحكام مشروع الاتفاقية (مثل مبدأ تيسير زيادة الحصول على الائتمانات المنخفضة التكلفة ومبدأ حماية المدين). ولا يسمح باللجوء الى قواعد القانون الدولي الخاص الا اذا لم يكن هناك، فيما يتعلق بالمسألة التي يحكمها مشروع الاتفاقية ولكنه لا يحسمها صراحة، مبدأ يمكن على أساسه البت في المسألة؛ أو اذا كان مشروع الاتفاقية لا يحكم المسألة على الإطلاق. أما الثغرات المتبقية في أحكام القانون الدولي الخاص في مشروع الاتفاقية فينبغي سدها وفقا لمبادئ القانون الدولي الخاص التي يستند اليها مشروع الاتفاقية. وفي حالة عدم وجود مبادئ كهذه، تسد تلك الثغرات وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص في المحكمة المختصة.

٧٩ - والمسائل التي لا يحكمها مشروع الاتفاقية والمتروكة للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية، استنادا الى قواعد القانون الدولي الخاص، تشمل ضمنا لا حصرا الاشتراطات والآثار المتعلقة بالاحالة القطعية، وبالاحالة القطعية لأغراض الضمان، وبالاحالة على سبيل الضمان؛ ومسألة شكل عقد الاحالة؛ والطابع التبعية أو المستقل لحق الضمان الذي هو الأساس الذي يحدد ما اذا كان ينقل بصورة تلقائية مع المستحقات التي يضمن تسديدها، أو ما اذا كانت هناك حاجة الى عملية نقل جديدة؛ والنتائج المترتبة على الاخلال بالتأكدات من جانب المحيل. ويشمل مشروع الاتفاقية قابلية الاحالة القانونية بقدر ما تحدد عدد المستحقات القابلة للاحالة، بما فيها المستحقات الآجلة والمستحقات التي لا تُعرف ماهيتها بصورة فردية، ولكنه يترك التقييدات القانونية الأخرى (المتصلة بالمعاشات التقاعدية أو الأجور، على سبيل المثال) لقانون آخر. وتشمل المسائل المتروكة للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية مسألة ما اذا كان المحيل مسؤولا تجاه المدين عن احالة مستحقاته التجارية بشكل مخالف لشرط عدم الاحالة؛ والتزام المدين بالسداد (لا يتناول مشروع الاتفاقية الا ابراء ذمة المدين)؛ وبراء ذمة المدين على أسس غير تلك المحددة في مشروع الاتفاقية (مثل السداد للمطالب الشرعي اذا لم يف الاشعار الذي يتم تلقيه باشتراطات مشروع الاتفاقية)؛ والدفع وحقوق المقاصة التي قد يتمسك بها المدين تجاه المحال اليه؛ والاتفاقات المبرمة بين المدين والمحال اليه والتي يتنازل المدين بموجبها عن دفعه وحقوقه في المعاوضة تجاه المحال اليه. وعلاوة على هذه المسائل، يحيل مشروع الاتفاقية صراحة بعض المسائل (مسألة الأولوية، على سبيل المثال) الى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية، بينما يحدد ذلك القانون. وسواء كان القانون المنطبق على المسائل المذكورة أعلاه وكذلك على المسائل الأخرى التي لا يحكمها مشروع الاتفاقية سيتقرر على أساس أحكام القانون الدولي الخاص في مشروع الاتفاقية أو في المحكمة المختصة، فإن ذلك سيعتمد على ما اذا كانت المحكمة المختصة في دولة متعاقدة وما اذا كانت تلك الدولة المتعاقدة قد اختارت عدم انطباق الفصل الخامس.

الفصل الثالث - نفاذ مفعول الاحالة

شكل الاحالة

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ٧٥ - ٧٩	A/CN.9/445، الفقرات ٢٠٤ - ٢١٠
A/CN.9/432، الفقرات ٨٢ - ٨٦	A/CN.9/456، الفقرات ٨٦ - ٩٢
A/CN.9/434، الفقرات ١٠٢ - ١٠٦	A/CN.9/466، الفقرات ١٠١ - ١٠٣

التعليق

٨٠- يحسم الفصل الثالث المسائل المتعلقة بالصحة المادية للاحالة بمقتضى مشروع الاتفاقية. بيد أنه لم يجر حسم جميع المسائل المتصلة بالصحة المادية في مشروع الاتفاقية. وتشمل المسائل التي لم يتناولها مشروع الاتفاقية وتركت للقانون المنطبق خارج نطاقه، على سبيل المثال، التقييدات القانونية على الاحالة، غير تلك التي يجري تناولها في المواد ٩ و ١١ و ١٢، والمسائل المتصلة بالصفة والصلاحيات. أما المسائل المتعلقة بالصحة الشكلية (مثال ذلك، سواء كان يشترط وجود الكتابة أو الاشعار أو التسجيل أو سداد رسم الطابع لتكون الاحالة صحيحة/نافذة المفعول) فلم يجر تناولها اطلاقاً في مشروع الاتفاقية. وقد نظر الفريق العامل في مجموعة كبيرة من اشتراطات الشكل تتراوح بين الشكل المكتوب (مع اشتراطات التوقيع أو بدونها) وعدم وجود أي شكل. بيد أنه بغية تجنب عدم ابطال مفعول الممارسات الشفوية في بعض البلدان، قرر الفريق العامل تجنب استحداث اشتراط الشكل المكتوب. ونظر الفريق العامل أيضاً في مسألة القانون المنطبق على الشكل، ولكنه لم يستطع التوصل الى توافق في الآراء. وتكمن الصعوبة في تناول الشكل في أن الشكل مصمم لأداء وظائف مختلفة. ففيما بين الأطراف، يمكن لاشتراط الشكل أن يكون بمثابة تحذير للمحيل بشأن خطورة التعهد أو بمثابة دليل يقلل من خطر النزاع. وتجاه الأطراف الثالثة، ولا سيما الأطراف الثالثة الدائنة، بهدف اشتراط الشكل الى أن يكون بمثابة حماية من خطر التواطؤ الاحتيالي في الاحالات الشفوية (مثل تقديم تاريخ الاحالة احتيالياً أو التواطؤ فيما يتعلق بنطاق المستحقات التي يقصد احالتها).

٨١- بيد أن عدم تناول مسألة الشكل في مشروع الاتفاقية سيخلق عدم اليقين. وعدم وجود أي قاعدة بشأن الشكل قد يفسره مستعملو مشروع الاتفاقية تفسيرات شتى. فقد يؤدي اما الى احالة مسائل الشكل الى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية أو الى اثبات صحة الاحالة بغض النظر عن الشكل. وفي الحالة الأولى، سينشأ عدم اليقين فيما يتعلق بالصحة الشكلية للاحالة بمقتضى مشروع الاتفاقية، وهي شرط من شروط الأولوية (فيما يتعلق بمعنى "الأولوية"، أنظر الفقرات ٦٣-٦٥؛ ويتأكد هذا بكون المادة ٢٤ (أ)، خلافاً للمادة ٢٤ (ب)، لا تتناول "وجود" حق؛ أنظر الفقرتين ١٦٥ و ١٧٠). وفي الحالة

الثانية، قد يكون المحيل، في مقابل امتياز منحه المحال اليه، ولا سيما قبل بدء اجراء الاعسار، قادرا على منح الأولوية لذلك المحال اليه عن طريق تقديم تاريخ الاحالة أو توسيع نطاقها. ولذلك، قد تود اللجنة أن تعيد النظر في مسألة الشكل. وستكون قاعدة القانون الموضوعي هي المفضلة. بيد أنه سيبدو من غير الممكن تحقيق توافق في الآراء بشأن قاعدة كهذه. ولذلك يمكن النظر في نهج القانون الدولي الخاص.

٨٢- وقد تود اللجنة أن تنظر في البدائل التالية: اما استحداث قاعدة مرنة تتماشى مع الممارسة الحالية في القانون الدولي الخاص بشأن صحة العقد الشكلية فيما بين المحيل والمحال اليه (قانون العقود المناسب أو قانون البلد الذي يبرم فيه العقد أو، في حالة العقود المبرمة بين أشخاص في بلدان مختلفة، قانون أحد تلك البلدان؛ أنظر المادة ٩ من اتفاقية روما أو المادة ١٣ من اتفاقية مكسيكو)، أو الجمع بين هذه القاعدة وقاعدة مختلفة تتعلق بنفاذ المفعول تجاه أطراف ثالثة (قانون مقر المحيل)؛ أو ارساء قاعدة "الملاذ الآمن" على غرار ما يلي: "تكون الاحالة نافذة المفعول تجاه أطراف ثالثة اذا كانت تفي، على الأقل، باشتراطات الشكل لقانون الدولة التي يقع فيها مقر المحيل" (فيما يتعلق بقاعدة خاصة في حالة وجود مستحق مدعوم بحق ضمان، أنظر الفقرة ١٠٨). ووجود قاعدة تحيل الشكل تجاه أطراف ثالثة الى قانون مقر المحيل لا تتعارض بالضرورة مع الممارسة الحالية في القانون الدولي الخاص، لأن مثل هذه الممارسة تتعلق بعقد الاحالة وليس بالنقل الامتلاكي نفسه، كما ان القصد من اشتراطات الشكل، بأن تكون الاحالة مكتوبة أو جرى اشعار المدين بها أو مسجلة، هو توفير صلة مؤقتة للمطالبات المتنافسة ومن ثم تناول مسائل الأولوية. وعلى أية حال فان قاعدة "الملاذ الآمن" ستتيح للأطراف الثالثة تقرير نفاذ المفعول الشكلي للاحالة كأساس للأولوية وستتفق مع النهج المتبع في المادة ٢٤، دون المساس بالاتجاهات السائدة في القانون الدولي الخاص.

المادة ٩ - نفاذ مفعول الإحالات الإجمالية وإحالات

المستحقات الآجلة والإحالات الجزئية

(١) تكون إحالة مستحق واحد أو أكثر من المستحقات القائمة أو الآجلة، وأجزاء من المستحقات أو مصالح غير مجزأة فيها، نافذة المفعول سواء كانت المستحقات مبينة:

(أ) كلا على حدة، باعتبارها مستحقات تخصها الإحالة، أو

(ب) على أي نحو آخر، شريطة أن يتسنى، وقت الاحالة، أو وقت ابرام العقد الأصلي في حالة المستحقات الآجلة، تبين كونها مستحقات تخصها الإحالة.

(٢) تكون إحالة مستحق واحد أو أكثر من المستحقات الآجلة نافذة المفعول وقت ابرام العقد الأصلي دون حاجة إلى عملية نقل جديدة لإحالة كل مستحق، ما لم يتفق على خلاف ذلك.

المراجع

- A/CN.9/420 ، الفقرات ٤٥ - ٦٠
A/CN.9/432 ، الفقرات ٩٣ - ١١٢ و ٢٥٤ - ٢٥٨
A/CN.9/434 ، الفقرات ١٢٢ و ١٢٤ و ١٢٧ - ١٢٤
A/CN.9/445 ، الفقرات ٢١١ - ٢١٤
A/CN.9/456 ، الفقرات ٩٣ - ٩٧

التعليق

٨٣- إichالات المستحقات الآجلة والإحالات الإجمالية وإحالة أجزاء من المستحقات أو مصالح غير مجزأة فيها تعتبر من صميم ممارسات التمويل الهامة (كالعملة والتسديد وتمويل المشاريع وسندكة الإقراض والشراكات ومعاملات المقايضة والمعاملات الاشتقاقية). بيد أن نفاذ مفعولها، باعتبارها مسألة خاضعة لقانون الملكية، فغير معترف به في جميع النظم القانونية. والقصد من المادة ٩ هو اثبات صحة عمليات النقل هذه لحقوق الملكية في المستحقات.

قابلية الإحالة القانونية

٨٤- بإثبات صحة الإحالات المشار إليها في الفقرة (١)، قد تستبعد المادة ٩ المحظورات القانونية التي قد تكون موجودة في القانون الوطني فيما يتعلق بمثل هذه الإحالات. وبينما يستبعد مشروع الاتفاقية هذه التقييدات القانونية، لا يقصد منه المساس بالسياسات الوطنية. فهذه السياسات تهدف إلى حماية المحيل من التصرف في ممتلكاته الآجلة وإمكان حرمان نفسه من سبل العيش. وكثيرا ما تكون مرتبطة باشتراط التحديد، الأمر الذي قد لا يكون ممكنا في إحالة مستحقات آجلة أو في إحالة إجمالية. وبغية إقامة توازن بين ضرورة إثبات صحة الإحالات المذكورة في الفقرة (١) وضرورة حماية المحيلين، تقتضي المادة ٩ (١) أن يكون من الممكن تبين كون المستحقات عند نشوئها (أي عند إبرام العقد الأصلي) مستحقات تخصها الإحالة. وعلاوة على ذلك، وبغية تجنب تقييد حق المحيل في نقل المستحقات الآجلة، لا يعطي مشروع الاتفاقية لأي دائن الأولوية على دائن آخر (لا يعطي الأولوية، مثلا، لمحال إليه شمولي على مورد صغير للمواد على أساس الائتمان والاحتفاظ بحقه في توسيع نطاق الملكية بحيث تشمل المستحقات المتأتية من بيع منتجات المحيل النهائية)، ولكنه يترك المسائل المتعلقة بالأولوية للقانون الوطني. أما بالنسبة إلى التقييدات القانونية الهادفة إلى حماية المدين في الإحالات المذكورة في الفقرة (١) (كما في حالة التقييدات المتعلقة بالإحالات الجزئية)، فلا يمس مشروع الاتفاقية بالسياسات الوطنية التي تقوم على أساسها هذه التقييدات إلى الحد الذي يكون فيه مقر المدين واقعا في دولة متعاقدة ولا يضطر، بمقتضى مشروع الاتفاقية، إلى تكبد أي نفقات إضافية نتيجة للإحالة (انظر الفقرات ٣٢-٣٤ و١٢٨).

٨٥- ولا يقصد من مشروع الاتفاقية المساس بأي تقييدات قانونية أخرى، سواء كانت تهدف إلى حماية المحيلين (مثل متقاضي الأجور أو أصحاب المعاشات التقاعدية) أو إلى حماية المدينين (كالمدينين الحكوميين والاستهلاكيين). وقد تركت هذه المسألة للقانون الوطني المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. وترد هذه النتيجة ضمنا في المادة ١١ التي لا تتناول الا التقييدات التعاقدية للإحالة (فيما يتعلق بالمدينين الحكوميين، انظر الفقرتين ٢١٣ و ٢١٤؛ وفيما يتعلق بالمدينين الاستهلاكيين، انظر الفقرة ١٠٠). ونتيجة لعدم النص صراحة على هذه النتيجة في مشروع الاتفاقية، ستكون المسألة مرهونة بتفسير ما إذا كانت هذه المسائل تخضع لأحكام مشروع الاتفاقية ولكنها لا تسوى فيه صراحة، وعندئذ ستطبق المادة ٨(٢) (أي أن يشار أولا إلى المبدأ العام الذي يستند إليه مشروع الاتفاقية ومن ثم إلى قواعد القانون الدولي الخاص)، أو أنها لا تخضع لأحكامه على الإطلاق (أي أنها تخضع للقانون المنطبق بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص للمحكمة المختصة). وعلى أية حال، سينشأ عدم يقين سيكون له أثر سلبي على توفر الائتمان وكلفته. ولذلك، قد تود اللجنة أن تنظر فيما إذا كان ينبغي تناول قابلية الإحالة القانونية في مشروع الاتفاقية. ويمكن تحقيق هذه النتيجة عن طريق حكم جديد عن التقييدات القانونية يكون نصه على غرار ما يلي: "لا تمس هذه الاتفاقية بأي تقييدات قانونية للإحالة غير التقييدات المشار إليها في المادة ٩. ومن جهة أخرى، يمكن التوصل إلى هذه النتيجة عن طريق استثناء بعض المستحقات في المادة ٤ ("المستحقات الشخصية كالأجور والمعاشات التقاعدية، والمستحقات التي تجرى في إطار معاملات للأغراض الشخصية أو الأسرية أو المنزلية، والمستحقات الحكومية، بقدر ما تكون غير قابلة للإحالة بمقتضى القانون الذي يحكم هذه المستحقات").

"نفاذ المفعول"

٨٦- القصد من مصطلح "نافذة المفعول" هو تجسيد الآثار الامتلاكية للإحالة (لا يمكن أن يكون لمصطلح "صحيحة" ذلك الأثر كما أنه، على أية حال، لا يفهم بالطريقة ذاتها على النطاق العالمي). والمعنى الحقيقي لنفاذ المفعول هذا، أي ما إذا كان يجوز للمحال إليه أن يحتفظ بأي فائض والشروط التي يمكن للمحال إليه بمقتضاها أن يسعى إلى تنفيذ المستحق تجاه المدين أو يكون له حق الرجوع على المحيل، يعتمد على ما إذا كانت الإحالة قطعية أو إحالة على سبيل الضمان، وهي مسألة تركت للقانون المنطبق خارج إطار مشروع الاتفاقية. وعلى أية حال، يجوز للمحال إليه أن يطالب بالسداد وأن يقوم (إذا لم يتمسك المدين بعدم توجيه الإشعار كدفع ويسدد) بالاحتفاظ بالمبلغ المسدد (يجوز للمدين أن يحصل على إبراء نمة صحيح بمقتضى المادة ٢٩ بغض النظر عما إذا كان قد سدد إلى الشخص الذي يتمتع بالأولوية أم لا). فإذا سدد المدين إلى شخص آخر، ينقضي المستحق ويتقرر الطابع العيني أو الشخصي لحق المحال إليه وأولوية هذا الحق في العائدات وفقا لقانون مقر المحيل (المادة ٢٤(ب)؛ انظر الفقرتين ١٦٥ و ١٧٠).

٨٧- وبينما يكتسب المحال إليه حقا إملاكية في المستحق المحال، فإن مفعول هذا الحق يقتصر على العلاقة بين المحيل والمحال إليه وكذلك تجاه المدين. أما نفاذ المفعول تجاه أطراف ثالثة فيتعلق بمسائل

الأولوية، كما أن مشروع الاتفاقية يعالج هذه المسائل باعتبارها مسائل مميزة ويخضعها لقانون مقر المحيل (المادة ٢٤). ونتيجة لذلك، ينبغي أن تستبعد المادة ٩ التقييد القانوني على إحالة المستحقات الآجلة أو على إحالة المستحقات غير المبينة بشكل محدد، على سبيل المثال، ولكن ينبغي أن لا تستبعد قاعدة تعالج الأولوية بين مطالبات متنازعة (أو اشتراطات الشكل القانونية). وعلاوة على ذلك، وبالنظر إلى هذا الترابط بين نفاذ المفعول بمقتضى المادة ٩ والأولوية بمقتضى المادة ٢٤، لا تجعل المادة ٩ الإحالة الأولى زمنيا صحيحة بينما تبطل صحة أية إحالة لاحقة للمستحقات ذاتها من المحيل ذاته، أو ينتج عنها إعطاء الأفضلية للمحال إليه على مدير الإعسار لمجرد أن الإحالة أجريت قبل التاريخ الفعلي لإجراءات الإعسار، حتى وإن كانت المستحقات قد نشأت أو اكتسبت بعد استهلال إجراءات الإعسار. وبغية تجسيد هذا الترابط بين نفاذ المفعول فيما بين المحيل والمحال إليه وتجاه المدين (كشرط للأولوية) ونفاذ المفعول تجاه أطراف ثالثة غير المدين (الأولوية). وبغية تجنب القيام، دون قصد، بترك نفاذ مفعول الإحالات المشار إليها في الفقرة (١) كليا للقانون المنطبق على الأولوية، قرر الفريق العامل أن يحذف من المادة ٩ الصيغة التي تجعل المادة ٩ هذه، وكذلك المادة ١٠، خاضعتين لأحكام المواد ٢٤ إلى ٢٧. وللسبب ذاته، قرر الفريق العامل أن يدرج في المادة ٢٤ كلمة ("باستثناء...") موضحا أن بعض المسائل، بما فيها نفاذ مفعول الإحالة باعتباره مسألة تتعلق بالقانون العام، لا تترك للقانون الذي يحكم الأولوية (انظر الفقرة ١٦٣).

٨٨- بيد أن التمييز بين نفاذ المفعول والأولوية، الذي يضعه مشروع الاتفاقية، قد لا يكون معروفا في قانون مقر المحيل الذي قد يفرض تقييدات على الإحالة عن طريق قاعدة تعالج نفاذ المفعول بصورة عامة. ونتيجة لذلك، قد لا يكون من السهل التحديد، مثلا، ما إذا كانت قاعدة في قانون مقر المحيل تقيد نفاذ مفعول إحالة مستحقات آجلة هي القاعدة التي تعالج نفاذ المفعول بين الأطراف أو نفاذ المفعول تجاه أطراف ثالثة (أي الأولوية). ولذلك، قد تود اللجنة أن تدرج صراحة في فاتحة المادة ٩ (١) أن الإحالة تكون نافذة المفعول "فيما بين المحيل والمحال إليه وتجاه المدين". وقد تود اللجنة أيضا أن تدرج فقرة جديدة (٣) تنص على ما يلي: "يكون نفاذ مفعول إحالة المستحقات المشار إليها في الفقرتين (١) و(٢) من هذه المادة تجاه أطراف ثالثة غير المدين محكوما بالقانون المنطبق بمقتضى المادة ٢٤. غير أن هذه الإحالة لا تكون غير نافذة المفعول تجاه تلك الأطراف الثالثة لمجرد أن قانون مقر المحيل لا يعترف بنفاذ مفعولها." وستضمن قاعدة كهذه عدم إبطال صحة إحالة مستحقات آجلة لمجرد أنها تتعلق بمستحقات آجلة، ولكن دون المساس بنفاذ مفعول إحالة كهذه باعتباره مسألة تتعلق بالأولوية بين مطالبين متنازعين.

"المستحقات القائمة أو الآجلة"

٨٩- عرف المصطلحان في المادة ٦ (ب) بالإشارة إلى وقت إبرام العقد الأصلي. ومن المقصود أن تشمل جميع المستحقات الآجلة، بما فيها المستحقات المشروطة والمستحقات الافتراضية المحضة (انظر

الفقرة ٥٦). وبغية حماية مصالح المحيل، أسّلت الفقرة (١) عنصر التحديد (يتعين أن يكون من الممكن تبين المستحقات وقت نشوئها).

"ولحد أو أكثر"

٩٠- يركز مشروع الاتفاقية على الإحالة الإجمالية لعدد كبير من المستحقات المنخفضة القيمة (كعومة المستحقات التجارية أو تسديد مستحقات بطاقات الائتمان) نظرا إلى أهميتها وممارستها وإلى أن نفاذ مفعولها ليس قاعدة تشترك فيها جميع النظم القانونية. ولأسباب تتعلق بالتناسق، شملت أيضا إحالة المستحقات الوحيدة الكبيرة القيمة (كإحالة قرض لأغراض إعادة التمويل أو تنويع الحافطة).

"أجزاء من المستحقات أو مصالح غير مجزأة فيها"

٩١- تُجرى إحالات جزئية في المعاملات الكبيرة، مثل التسديد (الذي قد تحيل فيه الهيئة الخاصة الغرض إلى مستثمرين مصالح غير مجزأة في مستحقات مشتراة من منشئها كضمان لالتزامات الهيئة الخاصة الغرض تجاه المستثمرين) أو سندكة القروض أو الشراكة (التي قد يحيل فيها المقرض الرئيسي مصالح غير مجزأة في القرض إلى عدد من المقرضين الآخرين؛ فيما يتعلق بالإحالات الجزئية، انظر الفقرات ٣٢-٣٤ و ٦١).

"مبينة"

٩٢- القصد من مصطلح "مبينة" هو وضع معيار أضعف من المعيار الذي يوفره مصطلح "محددة". وبمقتضى هذا المعيار، سيكفي بيان المستحق بصورة عامة بدون أي تحديد لهوية المدين أو لقيمة المستحق (مثل، "جميع مستحقاتي من شركتي لبيع السيارات").

"كلا على حدة" / "على أي نحو آخر"

٩٣- يقصد بهاتين العبارتين كفالة نفاذ مفعول إحالة المستحقات القائمة والآجلة، سواء كانت تلك المستحقات مبينة كلا على حدة أو على أي نحو آخر يكفي لتبين كونها مستحقات تخصها الإحالة.

وقت تبين المستحقات

٩٤- يتعين تبين كون المستحقات القائمة مستحقات تخص الإحالة وقت إجراء الإحالة. وينبغي تبين المستحقات الآجلة وقت نشوئها. ونتيجة للمادة ٧ التي تكرر حرية الأطراف، يجوز للمحيل والمحال إليه

أن يتفقا بشأن الوقت الذي يصبح من الممكن فيه تبين صلة المستحقات الآجلة بالإحالة، ما دام لا يمسان بحقوق المدين وبحقوق أطراف ثالثة.

الاتفاقات الارتكازية

٩٥- بغية التعجيل بعملية الإقراض وتخفيض كلفة المعاملة، تنص الفقرة (٢) في الواقع على أن اتفاقاً ارتكازياً يكفي لنقل الحقوق في مجموعة من المستحقات الآجلة. وإذا كان من الضروري وجود مستند جديد في كل مرة ينشأ فيها مستحق جديد، ستزداد تكاليف إدارة برنامج الإقراض زيادة كبيرة وسيؤدي الوقت اللازم للحصول على مستندات منظمة تنظيمياً صحيحاً واستعراض تلك المستندات إلى تخفيض سرعة عملية الإقراض بشكل يلحق الضرر بالمحيل. وبمقتضى الفقرة (٢)، التي تنص على أن المستحق الآجل يعتبر منقولاً وقت إبرام عقد الإحالة، تُنقل الحقوق في المستحقات الآجلة بشكل مباشر إلى المحال إليه دون المرور عبر ممتلكات المحيل. ونتيجة لذلك، يكون للمحال إليه حق امتلاكه، فإذا كانت للمحال إليه الأولوية أيضاً، لا يكون حقه عرضة للمطالبات الشخصية من دائني المحيل أو من مدير الإعسار. وكانت الفقرة (٢)، في صيغتها الأصلية، قد أشارت إلى وقت "نشوء" المستحق الآجل بغية التوضيح بأن إحالة المستحق المحال لا تكون نافذة المفعول إلا إذا نشأ ذلك المستحق. وبالنظر إلى حذف الحكم الذي يشرح معنى كلمة "نشوء"، قرر الفريق العامل في دورته الحادية والثلاثين أن يستعيض بعبارة "وقت إبرام العقد الأصلي" عن كلمة "نشوء". ونتيجة لذلك، تعالج الفقرة (٢) وقت الإحالة بشكل يتمشى مع المادة ١٠ التي تقضي بأن تكون إحالة المستحقات الآجلة نافذة المفعول وقت إبرام عقد الإحالة ولا يجوز أن تتفق الأطراف إلا على وقت لاحق. ولذلك، قد تود اللجنة أن تحذف الإشارة إلى وقت إبرام عقد الإحالة الأصلي وتترك المسألة للتعليق على المادة ١٠ (انظر الفقرة ٩٦). ومن جهة أخرى، يمكن جعل الفقرة (٢) متسقة مع المادة ١٠ والإشارة إلى وقت إبرام العقد الأصلي.

المادة ١٠- وقت الإحالة

يكون أي مستحق قائم منقولاً وقت إبرام عقد الإحالة، ويعتبر أي مستحق آجل منقولاً، وقت إبرام عقد الإحالة، ما لم يحدد المحيل والمُحال إليه وقتاً آخر.

المراجع

A/CN.9/445 ، الفقرات ٢٢٦-٢٢١
A/CN.9/456 ، الفقرات ٧٦-٧٨ و ٩٨-١٠٣
A/CN.9/434 ، الفقرات ١٠٧-١٠٨ و ١١٥-١٢١

A/CN.9/420 ، الفقرتان ٥١ و ٥٧
A/CN.9/432 ، الفقرات ١٠٩-١١٢
و ٢٥٤-٢٥٨

التعليق

٩٦ - يقصد من المادة ١٠ الاعتراف بحق المحيل والمحال اليه في الاتفاق بشأن الوقت الذي يكون فيه المستحق منقولاً، وتقييد ذلك الحق، في الوقت نفسه؛ ووضع قاعدة تقصير تقضي بأنه، في حالة عدم وجود اتفاق مخالف بين المحيل والمحال اليه، يكون الوقت الذي يكون فيه المستحق منقولاً هو وقت إبرام عقد الإحالة؛ وتوضيح معنى الأحكام الأخرى ذات الصلة، كالمواد ٧ و ٩ و ١٩ و ٢٤ الى ٢٧. ووقت الإحالة المتفق عليه بين المحيل والمحال إليه يلزم الأطراف الثالثة، وهي مسألة قد لا تكون واضحة بشكل كاف في المادة ٧. بيد أنه لكي يكون الاتفاق ملزماً للأطراف الثالثة، يتعين أن يحدد وقت النقل الذي لا يكون أبكر من وقت إبرام عقد الإحالة. ويتمشى هذا النهج مع مبدأ حرية الأطراف المكرس في المادة ٧، لأن الاتفاق الذي يحدد وقتاً أبكر للإحالة يمكن أن يمس بسلم الأولويات بين عدة مطالبين (بيد أنه، لا المادة ٧ ولا المادة ١٠ تحول دون اتفاق الأطراف على تاريخ سابق لتنفيذ التزاماتها التعاقدية المتبادلة).

٩٧ - وفي حالة عدم وجود اتفاق بين المحيل والمحال اليه يحدد وقت نقل الحقوق في المستحقات المحالة، يكون وقت هذا النقل هو وقت إبرام عقد الإحالة، وهو واقع لا يمكن تغييره. وبينما يتسم هذا النهج بالوضوح فيما يتعلق بالمستحقات القائمة وقت إحالتها، يتكون افتراض قانوني فيما يتعلق بالمستحقات الآجلة (أي المستحقات الناشئة عن عقود لا تكون موجودة وقت الإحالة). ومن الناحية العملية، لا يكتسب المحال اليه حقوقاً في المستحقات الآجلة إلا إذا أنشئت فعلاً، ولكن من الناحية القانونية، يرجع وقت النقل الى الوقت الذي أبرم فيه عقد الإحالة. وإعطاء المحال إليه حقاً إمتلاكياً في المستحق المحال اعتباراً من وقت إبرام عقد الإحالة سيؤدي إلى حماية محال إليه يتمتع بالأولوية بمقتضى قانون مقر المحيل. وبدون هذا الحق الإمتلاكى، يكون حتى حق المحال إليه الذي يتمتع بالأولوية مرهوناً بحقوق الدائنين المضمونين وذوي الأفضلية في حالة الإعسار.

المادة ١١ - التقييدات التعاقدية للإحالة

- (١) تكون إحالة المستحق نافذة المفعول بصرف النظر عن أي اتفاق بين المُحيل الأول، أو أي مُحيل لاحق، والمدين، أو أي مُحال إليه لاحق، يقيد بأي شكل من الأشكال حق المُحيل في إحالة مستحقاته.
- (٢) ليس في هذه المادة ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على عاتق المُحيل بسبب إخلاله بذلك الاتفاق. ولا يكون أي شخص ليس طرفاً في هذا الاتفاق مسؤولاً لمجرد معرفته بالاتفاق.

المراجع

- A/CN.9/420 ، الفقرات ٦٨-٦١
A/CN.9/432 ، الفقرات ١٢٦-١١٣
A/CN.9/434 ، الفقرات ١٣٧-١٢٨
A/CN.9/445 ، الفقرات ٥١-٤٩ و ٢٣١-٢٢٧
A/CN.9/447 ، الفقرات ١٥٢-١٤٨
A/CN.9/455 ، الفقرات ٥١-٤٧
A/CN.9/456 ، الفقرات ١١٦-١٠٤
A/CN.9/466 ، الفقرات ١٠٦-١٠٤

التعليق

٩٨- الهدف الرئيسي للمادة ١١، المستوحاة من المادة ٦ من اتفاقية أوتاوا، هو إقامة توازن بين الحاجة إلى حماية المدين، من جهة، والحاجة إلى حماية المحيل والمحال إليه، من جهة ثانية. وقد تكون للمدين أسباب تجارية وجيهة لتقييد مقدرة المحيل على إحالة المستحق (مثل الخشية من تكبد نفقات إضافية). ومن ناحية أخرى، قد يحتاج المحيل إلى إحالة مستحقاته للحصول على تمويل أو خدمة، وقد لا يكون لدى المحال إليه أي مجال لكي يعرف بوجود تقييد تعاقدى للإحالة (كما في حالة المستحقات الآجلة أو المستحقات الإجمالية).

النطاق الموضوعي والإقليمي

٩٩- القصد من المادة ١١ هو تطبيق التقييدات التعاقدية، سواء كانت مدرجة في العقد الأصلي أو في اتفاق آخر بين المحيل والمدين أو في عقد الإحالة الأولي أو أي عقد إحالة لاحق. والقصد منها أيضا هو تطبيق أية شروط تعاقدية تقيد الإحالة (كجعلها مرهونة بموافقة المدين) وليس للشروط التي تحظر الإحالة فحسب. بيد أنها غير مصممة للانطباق على التقييدات القانونية للإحالة أو على التقييدات ذات الصلة بإحالة حقوق غير المستحقات (كشروط السرية). ونتيجة لذلك، فإنه إذا أجريت إحالة بشكل يخل بتقييد قانوني أو بشرط سرية، لا تطبق المادة ١١ لإثبات صحة هذه الإحالة أو لتقييد أية مسؤولية قائمة بمقتضى قانون خارج عن نطاق مشروع الاتفاقية. واعتمادا على النهج الذي تقرر اللجنة اتخاذه بشأن إحالات المستحقات المالية، قد يكون نطاق القاعدة الواردة في المادة ١١ مختلفا وقد يترك نفاذ مفعول الإحالة بصورة عامة أو نفاذ مفعولها تجاه المدين فحسب إلى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية (انظر المادة ٥ والفقرات ٥٠-٥٤).

١٠٠- والقصد من المادة ٥ أيضا هو أن تنطبق على إحالات المستحقات التي يدين بها مدينون حكوميون، ما لم تصدر الدولة التي يقع فيها مقر ذلك المدين تحفظا بمقتضى المادة ٣٨ بشأن انطباق المادة ١١ (انظر الفقرتين ٢١٣ و ٢١٤). وفي هذه الحالات أيضا، ستترك مسألة ما إذا كانت الإحالة نافذة المفعول تجاه مدين حكومي للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. وعلاوة على ذلك، فالقصد من المادة ١١ هو أن تطبق على إحالات المستحقات التي يدين بها مدينون مستهلكون. غير أنه لا يقصد منها تجاوز

تشريعات حماية المستهلك (مع أنه عمليا، باستثناء الأفراد الأغنياء الذين قد لا يحتاجون إلى حماية قانونية، لا توجد لدى المستهلكين قوة المساومة لإدراج هذه التقييدات في عقودهم؛ فيما يتعلق بالمستحقات الاستهلاكية وحماية المستهلك، انظر الفقرات ٣٦ و ١٢٨ و ١٥٢ و ١٦٠ و ١٦٩). وعلى أية حال، قد لا يجري إبلاغ المستهلكين حتى عن أي إحالة أو أنه لا يجري إبلاغهم إطلاقا ويطلب منهم أن يستمروا في السداد إلى الحساب المصرفي ذاته أو صندوق البريد ذاته. وفي هذه الحالة، يمكن للمدين الذي يخشى من فقد حقوق المقاصة التي قد تنشأ عن عقود لا صلة لها بالعقد الأصلي، أن يقطع علاقته بالمحال إليه.

١٠١- والواقع أن الانطباق المحدود للمادة ١١ على الحالات الاستهلاكية واستبعاد مقدمي الخدمات المالية (المادة ٥) وإمكان استبعاد الحكومات والهيئات العمومية (المادة ٣٨) تجعل المادة ١١ منطبقة بصورة رئيسية على الحالات التي يكون فيها المدين موردا كبيرا قد لا يحتاج إلى حماية قانونية. وعلى أية حال، قد تود اللجنة أن تنظر في زيادة اقتصار نطاق القاعدة الواردة في المادة ١١ على حالات المستحقات الآجلة أو المستحقات المحالة بصورة اجمالية التي سيكون لفرض قيود تعاقدية بشأنها أثر سلبي على تكلفة الائتمان. وفي الاحالات الأخرى (كاحالة مستحقات قائمة وحيدة) سيؤدي التقييد التعاقدي إلى ابطال مفعول الاحالة تجاه المدين (مشروع المادة ١٢-٣٠١ من المبادئ الأوروبية بشأن العقود). وسيحفظ هذا النهج قابلية نقل المستحقات بحرية في معاملات التمويل الهامة، بينما يقيد أي مساس لا داعي له بحرية الأطراف. وقد تود اللجنة أيضا أن تتناول الاحالات التي ليست احالات حقيقية بل عروض شراء علنية (أي حيث يحصل منافس على احالة لديون منشأة معينة بغية الاطلاع على معلومات العمل السرية، مع أنه اذا كانت هذه المعلومات مشمولة بشرط سرية وكانت الاحالة توفر للمحال إليه الاطلاع على المعلومات السرية، فإن المادة ١١ لن تنطبق لانفاذ مفعول هذه الاحالة).

القاعدة

١٠٢- تتركز القاعدة الواردة في المادة ١١ على كون كل من التقييد التعاقدي على الاحالة والاحالة نافذ المفعول. بيد أنه، خلافا للاحالة، التي تكون نافذة المفعول تجاه المدين، لا يسبب التقييد التعاقدي أي مساس بالمحال إليه. والسياسة الأساسية هي أن من الأفيد للجميع تيسير احالة المستحقات وتخفيض كلفة المعاملة بدلا من كفالة عدم اضطرار المدين إلى السداد إلى شخص غير الدائن الأصلي (المحيل). وبمقتضى المادة ١١، يكون المدين ملزما عن طريق الاحالة. أما المسألة المتعلقة بوجود أي مسؤولية عن الاخلال بالعقد، فقد تركت للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. واذا ما وجدت مثل هذه المسؤولية، فانها لا توسع لتشمل المحال إليه ولا يمكن أن تستند إلى مجرد معرفة المحال إليه بالتقييد التعاقدي (قد تكون المعرفة نسبية في حالة مسؤولية المحال إليه التقصيرية، كما في حالة المساس الضار بالعلاقات التعاقدية المفيدة). ومعاقبة المحال إليه لمجرد معرفته بشرط عدم الاحالة ستؤدي، دون قصد، إلى تشجيع المحال إليه على تجنب معيار اليقظة المعقولة أو استخدام ذلك المعيار ورفض قبول المستحقات أو قبولها بسعر أقل كثيرا. ولا يجري المساس كذلك بالحقوق الأخرى التي قد تكون للمدين

بمقتضى قانون خارج عن نطاق مشروع الاتفاقية، مثل الحق في إنهاء العقد الأصلي بسبب الإخلال بالعقد، ما لم يكن هناك مستحق مالي (أنظر المادة ٥، البديل ألف، الفقرة (٢)؛ وللإطلاع على اقتراح الأمانة بتقييد حقوق المدين في المطالبة بتعويضات أضرار معادلة، أنظر الفقرة ١٠٤).

المسوغ

١٠٣- للتقييدات التعاقدية أثر سلبي على قيمة المستحقات سواء كانت تتعلق بجميع المستحقات المحالة بصورة إجمالية أو ببعضها فقط. وإذا ما كانت التقييدات التعاقدية قابلة للتنفيذ تجاه المحال اليهم، سيضطر المحال اليهم إلى فحص مستند كل مستحق. ونتيجة لذلك، سيؤدي العدد الصغير من المستحقات الخاضعة للتقييدات التعاقدية إلى رفع التكلفة على عدد أكبر من المستحقات غير الخاضعة لأي من هذه التقييدات التعاقدية. وبالإضافة إلى ذلك، وما لم تهدف التقييدات التعاقدية إلى المحافظة على المصالح المشروعة، فقد تشكل مساساً لا مسوغ له بمبادئ الاقتصاد السوقي. وبقدر ما يكون للالتزام بالسداد المفعول ذاته تجاه المدين، بغض النظر عن هوية الدائن، سيتعارض التقييد التعاقدي مع مبدأ عدم فرض قيود على التصرف في الممتلكات. وعلاوة على ذلك، فإن الاقتصاد الذي تكون فيه المستحقات قابلة للنقل بحرية يحقق فوائد جمة للمدينين. ويمكن للوفورات التكاليفية التي يحققها الدائنون من خلال قابلية نقل مستحقاتهم بحرية أن تحول إلى المدينين على شكل تكاليف أقل للبضائع والخدمات أو تكاليف أقل للائتمان.

١٠٤- وعلى أية حال، يوفر مشروع الاتفاقية مستوى عالياً من الحماية للمدين (المواد ١٧-٢٢). وبالإضافة إلى ذلك، يجوز للمدين، بمقتضى القانون المنطبق خارج نطاق الاتفاقية، حتى أن يعلن إلغاء العقد الأصلي (باستثناء مديني المستحقات المالية؛ المادة ٥، البديل ألف، الفقرة (٢)). بيد أن هذا الإلغاء للعقد، الذي يمكن أن يحرم المحال إليه من حقه التعاقدي في طلب السداد من المدين، ينبغي أن لا يكون متاحاً إلا في ظروف استثنائية (قد تكون للمحيل مطالبة بشأن ائراء جائر أو مطالبات أخرى ناتجة بفعل القانون تجاه المدين، ولكن مشروع الاتفاقية لن يشمل أي إحالة لمثل هذه الحقوق). ومن ناحية أخرى، قد يكون لخطر إلغاء العقد في حد ذاته أثر سلبي على تكلفة الائتمان. وبغية تجنب هذه النتيجة، قد تود اللجنة أن تنظر في أن توضح في المادة ١١ بأن أي مساعدة تتوفر للمدين تجاه المحيل بشأن الإخلال بشرط عدم الإحالة ستكون مقتصرة على المطالبة بتعويضات أضرار معادلة (أو بأنه يجوز للمدين أن يعلن إلغاء العقد الأصلي بمجرد أن المحيل أخل بشرط عدم الإحالة؛ أنظر المادة ٥، البديل ألف، الفقرة (٢)). ويمكن تفسير المواد ١١ و ٢٠ (٣) و ٢٢ بأنها تحول دون مثل هذا الانتصاف الجذري على أية حال، على الأقل بعد الإشعار بالإحالة. والسماح للمدين بإعلان إلغاء العقد بمجرد الإخلال بشرط عدم الإحالة سيتعارض مع المبدأ القائل أن الإحالة تكون نافذة المفعول حتى وإن أُجريت على نحو يخل بشرط عدم الإحالة، ومع المبدأ القائل أنه، في هذه الحالة، لا يجوز للمدين أن يتمسك تجاه المحال إليه بأية مطالبة قد تكون لديه تجاه المحيل بسبب الإخلال بالعقد. وبالإضافة إلى ذلك، إذا لم يسمح بالحد الأدنى، أي تعديل العقد الأصلي، بعد إشعار المدين بدون موافقة المحال إليه، لا يمكن كذلك السماح بالحد

الأقصى، ألا وهو إلغاء العقد. ويمكن أن يضاف مثل هذا التقييد لحقوق المدين في الإلغاء إلى النهج الذي اتبع في المادة ٥، البديل باء، الفقرة (٢). وإذا كانت الاحالة غير نافذة المفعول تجاه المدين، لن يحتاج المدين إلى إلغاء العقد الأصلي لمجرد الإخلال بتقييد تعاقدى للاحالة (أنظر الفقرة ١٠٢).

المادة ١٢ - نقل حقوق الضمان

(١) ينقل أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن تسديد المستحق المَحال إلى المَحال إليه دون حاجة إلى عملية نقل جديدة، ما لم يكن ذلك الحق، بموجب القانون الذي يحكمه، غير قابل للنقل إلا بعملية نقل جديدة. وإذا كان ذلك الحق، بموجب القانون الذي يحكمه، غير قابل للنقل إلا بعملية نقل جديدة، يكون المَحيل ملزماً بنقل ذلك الحق وأي عائدات تتأتى منه إلى المَحال إليه.

(٢) ينقل أي حق يضمن تسديد المستحق المَحال، بمقتضى الفقرة (١) من هذه المادة، بصرف النظر عن وجود اتفاق بين المَحيل والمدين، أو شخص آخر يمنح ذلك الحق، يقيد بأي شكل من الأشكال حق المَحيل في إحالة المستحق أو الحق الذي يضمن تسديد المستحق المَحال.

(٣) ليس في هذه المادة ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على عاتق المَحيل بسبب إخلاله باتفاق في إطار الفقرة (٢) من هذه المادة. ولا يكون أي شخص ليس طرفاً في ذلك الاتفاق مسؤولاً لمجرد معرفته بالاتفاق.

(٤) ليس من شأن نقل حق ملكية حيازي بمقتضى الفقرة (١) من هذه المادة أن يمس بأي من التزامات المَحيل تجاه المدين أو الشخص الذي يمنح حق الملكية فيما يتعلق بالملكات المنقولة الخاضعة للقانون الذي يحكم ذلك الحق.

(٥) لا تمس الفقرة (١) من هذه المادة بأي اشتراط تقتضيه قواعد قانونية غير هذه الاتفاقية فيما يتعلق بشكل أو طريقة تسجيل نقل أي حقوق تضمن تسديد المستحق المَحال.

المراجع

A/CN.9/445، الفقرات ٢٣٢-٢٣٥

A/CN.9/456، الفقرات ١١٧-١٢٦

A/CN.9/420، الفقرات ٦٩-٧٤

A/CN.9/432، الفقرات ١٢٧-١٣٠

A/CN.9/434، الفقرات ١٣٨-١٤٧

التعليق

الحقوق التبعية و الحقوق المستقلة

١٠٥- تجسد الفقرة ١ المبدأ المقبول بصورة عامة وهو أن حقوق الضمان التبعية (مثل كفالة الوفاء ورهن الوفاء والرهن العقاري) تنقل تلقائيا بينما حقوق الضمان المستقلة (كالكفالة المستقلة وخطاب الاعتماد الضامن أو حق الضمان العقاري القائم بذاته) لا تكون قابلة للنقل الا بعملية نقل جديدة (استخدمت عبارة "حق ... يضمن تسديد..." بغية كفالة شمل الحقوق التي ليست حقوق ضمان، كالحقوق الناشئة عن كفالات مستقلة وخطابات اعتماد ضامنة). وبمقتضى المادة ٧، يجوز للمحيل والمحال اليه أن يتفقا على عدم نقل حق تبعي الى المحال اليه ومن ثم يسقط ذلك الحق. وقد يجسد اتفاق كهذا عدم استعداد المحال اليه لقبول المسؤولية والتكلفة المترتبة على صيانة وحفظ حق الضمان الاحتياطي (مثل الضرائب وتكاليف التأمين في حالة العقارات أو تكاليف التخزين والتأمين في حالة المعدات). أما مسألة الطابع التبعية أو المستقل للحق والمقتضيات الموضوعية أو الاجرائية التي يتعين الوفاء بها من أجل انشاء مثل هذا الحق فمتروكة للقانون الذي يحكم ذلك الحق. وبالنظر الى المجموعة الكبيرة من الحقوق التي تشملها المادة ١٢ والتباين القائم بين مختلف النظم القانونية في هذا الشأن، لا تحاول المادة ١٢ تحديد القانون المنطبق على هذه الحقوق. وتنشئ الفقرة (١) أيضا التزاما على المحيل بأن ينقل الى المحال اليه أي حق مستقل يضمن سداد المستحقات المحالة وكذلك عائدات ذلك الحق. ونتيجة لذلك، فانه اذا كان الحق المستقل وعائداته قابلة للحالة، سيكون بإمكان المحال اليه أن يحصل عليها. أما اذا كانت هذه الحقوق غير قابلة للحالة أو لم تجر احوالها لأي سبب من الأسباب، فسوف تكون للمحال اليه مطالبة شخصية تجاه المحيل. وفيما يتعلق بصيغة الفقرة (١)، قد تود اللجنة أن تنظر في حذف الجزء الثاني من الجملة الأولى (أي عبارة "ما لم يكن... نقل جديدة") باعتبارها زائدة (قد يكون الجزء الأول من الجملة الأولى كافيا).

التقييدات التعاقدية

١٠٦- القصد من الفقرة (٢) هو كفالة أن أي تقييد يتفق عليه بين المحيل والمدين أو أي شخص آخر يمنح حق ضمان لا يبطل مفعول الاحالة. وبمقتضى الفقرة (٣)، لا يمس بأية مسؤولية قد تقع على عاتق المحيل بسبب اخلاله بالعقد، بمقتضى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية، ولكن نطاقها لا يوسع ليشمل المحال اليه (يتمشى هذا النهج مع النهج المتبع في المادة ١١). أما السياسة العامة الأساسية فهي أنه، فيما يتعلق بالتقييدات المفروضة على الاحالة، ينبغي أن تعامل حقوق الضمان بالطريقة ذاتها كالمستحقات، لأن القيمة التي يعتمد عليها المحال اليه كثيرا ما تكمن في حق الضمان وليس في المستحق ذاته. بيد أن التقييد الوارد في عقد مبرم مع طرف ثالث حكومي كفيل يقع مقره في دولة أصدرت اعلانا بمقتضى المادة ٣٨ سيبطل مفعول الاحالة تجاه الطرف الثالث الحكومي الكفيل فقط. وبصورة مماثلة، يمكن للتقييد الوارد في عقد مبرم مع طرف ثالث كفيل لمستحق مالي أن يبطل

مفعول الاحالة بصورة عامة أو تجاه الطرف الثالث الكفيل فقط، بالاعتماد على ما اذا كانت اللجنة ستعتمد البديل ألف أو البديل باء من المادة ٥.

الحقوق الحيازية

١٠٧- سواء كان نقل حق الضمان محظورا بالاتفاق أم لا، فانه اذا كان ينطوي على نقل حيازة حق ضمان احتياطي وتسبب هذا النقل في الحاق الضرر بالمدين أو بالشخص الذي يمنح الحق، لا يمس بأية مسؤولية قد تترتب بمقتضى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. وتتوخى الفقرة (٤)، مثلا، أن يؤدي نقل حصص مرهونة الى اعطاء محال اليه أجنبي صلاحية ممارسة حقوق المساهمين بما يلحق الضرر بالمدين أو بأي شخص آخر قد يكون قام برهن الحصص.

اشتراطات الشكل

١٠٨- بمقتضى الفقرة (٥). لا يمس بأية اشتراطات يقتضيها القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية فيما يتعلق بشكل نقل حقوق الضمان. ونتيجة لذلك، قد يكون المستند الموثق والتسجيل ضروريين لانفاذ مفعول نقل الرهن العقاري، بينما قد يكون تسليم الممتهلك أو التسجيل ضروريا لنقل رهن الوفاء. وبالإضافة الى ذلك، لا يقصد من مشروع الاتفاقية المساس بأي اشتراطات تتعلق بشكل احالة مستحقات تضمنها موجودات معينة (مثل تسجيل احالة مضمونة بعقار أو طائفة). بيد أنه اذا أوردت اللجنة قاعدة بشأن شكل الاحالة، مخضعة شكل الاحالة لقانون مقر المحيل (أنظر الفقرات ٨٢-٨٠) سيكون من الضروري جعل تلك القاعدة متسقة مع الفقرة (٥) (مثال ذلك، النص على أن قانون مقر المحيل يحكم الشكل، ما لم تكن المستحقات مدعومة بحق ضمان، وعندئذ يكون القانون الذي يحكم الحق هو القانون الذي يحكم الشكل).

الفصل الرابع - الحقوق والواجبات والدفع

الباب الأول - المحيل والمحال اليه

التعليق

الغرض من الباب الأول

١٠٩- على خلاف الأحكام الأخرى في مشروع الاتفاقية التي تعالج الجوانب الامتلاكية للاحالة، تتناول الأحكام الواردة في هذا الباب المسائل التعاقدية. وتكمن فائدة هذه الأحكام في أنها تعترف بحرية الأطراف، وهي مبدأ مكرس بشكل عام في المادة ٧، وتنص على قواعد تقصيرية قابلة للانطباق في حال

عدم وجود اتفاق بين المحيل والمحال إليه. وتوفر الأحكام التقصيرية هذه فوائد جمة. فهي تخفض تكاليف المعاملات عن طريق توزيع المخاطر وعن طريق التخلص من ضرورة قيام الطرفين بتكرار الشروط والأحكام العامة في عقدهما. وتخفف أيضا تكاليف البت في النزاعات عن طريق النص على قاعدة واضحة لكل من المحاكم والطرفين في حالة عدم تناول الطرفين لمسألة معينة. وعلاوة على ذلك، تؤدي وظيفة تثقيفية مفيدة عن طريق توفير قائمة مرجعية بالمسائل التي سيعالجها الطرفان وقت المفاوضات الأولية بشأن العقد. وبصورة أهم، تعزز الاتساق واليقين عن طريق تخفيض حاجة المحاكم الى التطلع الى حلول وطنية يوفرها قانون العقد المناسب. بيد أن قانون العقد المناسب لا يلغى كليا في الباب الأول من الفصل الرابع. فقد ترك مفعول الخطأ أو الاحتيال أو الخروج على المبادئ القانونية بشأن صحة العقد لقانون العقدى المناسب. كما تركت له سبل الانتصاف المتاحة بشأن الاخلال بالعقد (ما دام من غير المحدد أنها اجرائية، ولذلك فانها تخضع لقانون المحكمة).

المادة ١٢ - حقوق وواجبات المحيل والمحال إليه

- (١) تتقرر حقوق وواجبات المحيل والمحال إليه تجاه بعضهما البعض، الناشئة عن اتفاقهما، بما يتضمنه ذلك الاتفاق من شروط وأحكام، بما فيها أي قواعد أو شروط عامة يشار إليها فيه.
- (٢) يلتزم المحيل والمحال إليه بأي عرف اتفقا على اتباعه، كما يلتزمان بأي ممارسات أرسيت فيما بينهما، ما لم يتفقا على خلاف ذلك.
- (٣) في الإحالة الدولية، يعتبر أن المحيل والمحال إليه، ما لم يتفقا على خلاف ذلك، قد أخضعا الإحالة، ضمنا، لعرف شائع في التجارة الدولية لدى أطراف الممارسة المعنية [ممارسة التمويل بالمستحقات المعنية]، ويراعى بانتظام من جانبها.

المراجع

- | | |
|--------------------------------|-----------------------------|
| A/CN.9/447، الفقرات ١٧-٢٤ | A/CN.9/432، الفقرات ١٣١-١٤٤ |
| A/CN.9/456، الفقرتان ١٢٧ و ١٢٨ | A/CN.9/434، الفقرات ١٤٨-١٥١ |

التعليق

١١٠- يتمثل الغرض الرئيسي من المادة ١٣ في التأكيد، ضمن سياق العلاقة القائمة بين المحيل والمحال إليه، على مبدأ حرية الأطراف، وهو مبدأ تجسد بالفعل في الأحكام العامة الواردة في المادة ٧. فللمحيل والمحال إليه الحرية في هيكلة حقوقهما والتزاماتهما المتباعدة بهدف تلبية الاحتياجات الخاصة بكل منهما. كما أن لهما الحرية في تضمين اتفاقهما أي قواعد أو شروط عن طريق الإشارة إليها بصورة

عامة، بدلا من استنساخها في اتفاقهما. أما الشروط التي يجوز للطرفين بمقتضاها ممارسة حريتهما وما يتصل بذلك من نتائج قانونية فأمرها متروك للقانون الذي ينظم اتفاقهما. وتمشيا مع المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، فإن المادة ١٣ تورّد أيضا في الفقرتين (٢) و (٣) مبدأ ربما لا يُعترف به في جميع النظم القانونية وهو أنه يتوجب مراعاة الأعراف والممارسات التجارية عند تفسير عقود أحالة. وتميز الفقرة (٢) بوضوح بين الأعراف والممارسات التجارية التي أُرسيّت بين المحيل والمحال اليه. وقد تنشأ عن هذه الأعراف والممارسات حقوق والتزامات بالنسبة إلى المحيل والمحال اليه. غير أنها لا يمكن أن تلزم أطرافا ثالثة كالمدين أو دائني المحيل. ولا يمكن أن تلزم محيلين أو محال اليهم لاحقين أيضا. وليس من الضروري أن تكون جميع هذه الأطراف على بينة بالأعراف والممارسات التي أُرسيّت بين المحيل الأولي والمحال اليه الأولي.

١١١- ونظرا إلى الاعتراف بحرية الأطراف في الفقرة (١)، سيكون لهذه الأطراف دائما الحق في الاتفاق بهذا الشكل أو ذاك فيما يخص الطابع الملزم للممارسات القائمة فيما بينها. وبالتالي فإن عبارة "ما لم يتفقا على خلاف ذلك"، الواردة في الفقرة (٢) ربما كانت غير ضرورية. وكانت هذه العبارة، التي لم ترد في الفقرة (١) من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، قد أُدرجت بادئ الأمر في الفقرة (٢) نظرا لأن لمشروع الاتفاقية الغلبة على اتفاق الأطراف، على خلاف التسلسل الهرمي للقواعد القانونية المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع. وقد جرى بعد قصر الفقرة (١) على الحقوق والالتزامات المتبادلة للمحيل والمحال اليه، حُذف الحكم المتعلق باعطاء الغلبة لمشروع الاتفاقية فزال سبب الخروج عن صيغة الفقرة (١) من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع.

١١٢- وتحدد الفقرة (٣) نطاق المسائل المشمولة بعرف دولي. وبمقتضى الفقرة (٣)، فإن الأعراف الدولية لا تلزم إلا الأطراف في الاحالات الدولية. وقد ارتئي أن هذا التقييد غير ضروري في المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع لأن هذه الاتفاقية لا تنطبق إلا على المعاملات الدولية. غير أنه ارتئي أنه ضروري في المادة ١٣ لأن مشروع الاتفاقية قد ينطبق على الاحالات المحلية للمستحقات الدولية. كما أن الأعراف تنطبق، في إطار الفقرة (٣)، مثلما هي الحال في إطار الفقرة (٢) من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، على الممارسة ذات الصلة فقط. وهذا معناه أن عرفا من أعراف العمولة الدولية لا يمكن أن ينطبق على إحالة في معاملة تسنيد. غير أنه على خلاف الفقرة (٢) من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، فإن الفقرة (٣) لا تشير إلى المعرفة الذاتية أو الفعلية أو البناءة للأطراف ولكنها تشير فقط إلى الشروط الموضوعية وهي أنه يتوجب أن تكون الأعراف معروفة على نطاق واسع وأن تراعى بصورة منتظمة. وقد رأى الفريق العامل أنه على الرغم من أن هذه الإشارة إلى المعرفة الذاتية للأطراف ربما تكون مفيدة في علاقة قائمة بين طرفين، فإنها ستكون غير ملائمة في علاقة ثلاثية الأطراف، لأنه سيكون من الصعوبة بمكان على الأطراف الثالثة أن تحدد ما يعرفه المحيل والمحال اليه أو ما كان يتوجب عليهما معرفته. ونظرا إلى أن المادة ١٣ نقحت بحيث توضح أنها تشير إلى الحقوق والالتزامات القائمة بين المحيل والمحال اليه وأنه، بمقتضى المادة ٧، لا تمس الاتفاقات بين الطرفين بالأطراف الثالثة، قد تود اللجنة أن تعيد النظر في هذه المسألة.

المادة ١٤ - اقرارات المحيل

(١) ما لم يتفق المحيل والمحال اليه على خلاف ذلك، يقر المحيل وقت ابرام عقد الاحالة ما يلي:

(أ) أن للمحيل الحق في لحالة المستحق؛

(ب) أن المحيل لم يسبق أن أحال المستحق الى محال اليه آخر؛

(ج) أنه ليس للمدين، ولن يكون له، أي دفع أو حقوق مقاصة.

(٢) ما لم يتفق المحيل والمحال اليه على خلاف ذلك، لا يقر المحيل أن لدى المدين، أو ستكون لديه، القدرة المالية على السداد.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ٨٠-٨٨	A/CN.9/447، الفقرات ٢٥-٤٠
A/CN.9/432، الفقرات ١٤٥-١٥٨	A/CN.9/456، الفقرتان ١٢٩ و ١٣٠
A/CN.9/434، الفقرات ١٥٢-١٦١	

التعليق

حرية الأطراف/قواعد التقصير

١١٣- القصد من الاقرارات التي يقدمها المحيل هو تقليل المخاطر المتعلقة بما اذا كان بمقدور المحال اليه تحصيل المستحقات من المدين، عند الضرورة. ونظرا الى غرض الاقرارات، فانها تشكل عاملا هاما يمكن المحال اليه من تحديد مقدار الائتمان الذي سيوضع في متناول المحيل وتكلفة هذا الائتمان. وبالنظر الى أهمية الاقرارات، فانها تخضع لمفاوضات رفيعة المستوى وتجري تسويتها على نحو صريح بين المحيل والمحال اليه. وادراكا لهذه الحقيقة، تجسد المادة ١٤ مبدأ حرية الأطراف فيما يتعلق باقرارات المحيل. وقد تنشأ هذه الاقرارات عن عقد التمويل، أو عن عقد الاحالة (اذا كان عقدا مستقلا)، أو عن أي عقد آخر بين المحيل والمحال اليه. وقد تنشأ أيضا، طبقا للفقرتين (٢) و (٣) من المادة ١٣، عن الأعراف والممارسات التجارية. وتتيح المادة ١٤ للأطراف تعديل الاقرارات، سواء صراحة أو ضمنا، حتى الاقرارات ذات الصلة بالوجود الفعلي للمستحق المحال.

١١٤- وعلاوة على التسليم بمبدأ حرية الأطراف، فإن المادة ١٤ ترمي إلى استحداث قاعدة خاصة بالتقصير توزع المخاطر بين المحيل والمحال إليه عند عدم وجود اتفاق بين الطرفين بصدد هذا الأمر. والهدف العام من المادة ١٤، فيما يتصل بتوزيع المخاطر، هو إقامة توازن بين الحاجة إلى الانصاف والحاجة إلى تيسير زيادة الوصول إلى الائتمانات المنخفضة التكلفة. وتتمشى المادة ١٤ مع الممارسة العادية التي يضمن فيها المحيل وجود المستحقات المحالة ولكنه لا يضمن إيسار المدين. وفي حالة عدم اتفاق الطرفين على الاقرارات، ان لم تكن هناك قاعدة على غرار مشروع المادة ١٤، فإن مخاطر عدم السداد ستكون أكبر. وهذه الحالة قد تقوض هدف المعاملة (إذا كانت المخاطر شديدة جدا) أو تؤدي، على الأقل، إلى تقليل مقدار الائتمان المعروض وتزيد من تكلفته. وعلاوة على ذلك، وإلى الحد الذي يتحمل فيه المحيل مخاطرة معينة، ستصبح بضائع المحيل أو خدماته أغلى ثمنا أو يتعذر على المدين حتى الحصول عليها.

الاقارات بشأن "وجود" المستحق أو قابلية لحالته

١١٥- يقر المحيل، في إطار الفقرة (١)، بأن من حقه إحالة المستحق وبأنه لم يسبق له أن أحاله وبأنه ليس للمدين ولن تكون له أي دفع. ونظرا إلى ضرورة كون المحال إليه متمكنا من تقدير المخاطر التي تنطوي عليها المعاملة قبل تقديم الائتمان، فإن الفقرة (١) تقضي بوجوب تقديم الاقرارات ونفاذها وقت إبرام عقد الاحالة. ويُعتبر أن هذه الاقرارات لا تعطى إلى المحال إليه المباشر فحسب بل تعطى أيضا إلى أي محال إليه لاحق. ونتيجة لذلك، فإن أي محال إليه لاحق قد يتخذ اجراء ضد المحيل لاخلاله بالاقارات. وإذا اعتبر أن هذه الاقرارات لا تقدم إلا تجاه المحال إليه المباشر، فلن يكون أمام أي محال إليه لاحق إلا الرجوع بحقه على المحيل المباشر، وهذه عملية ستؤدي إلى زيادة المخاطر وبالتالي زيادة تكلفة المعاملات التي تنطوي على إحالات لاحقة. وتستحدث الفقرات الفرعية (أ) إلى (ج) اقرارات يمكن وصفها بوجه عام على أنها اقرارات تتعلق بـ "وجود" المستحق (أو قابلية لحالته). وإذا لم تكن لدى المحيل صلاحية اجراء الاحالة، أو أنه سبق له أن أحال المستحق أو أنه جرد المستحق من أي قيمة بتنفيذه للعقد المبرم مع المدين على نحو غير صحيح، فإن المستحق يعتبر غير "موجود". وقد تود اللجنة أن تنظر فيما إذا كانت اقرارات أخرى تتعلق بالوجود، كالأساس الفعلي للمطالبة وصحتها الشكلية والموضوعية وإمكانية تنفيذها، مشمولة بصورة كافية (أنظر مشروع المادة ١٢-٢٠٤ من المبادئ الأوروبية بشأن العقود).

١١٦- ويكون المحيل قد انتهك الاقرار فيما يتعلق بحقه في الاحالة، الذي تستحدثه الفقرة الفرعية (أ)، إذا لم يكن يتمتع بالقدرة أو الصلاحية على التصرف، أو في حالة وجود أي تقييد قانوني على الاحالة. وهذا نهج تبرره الحقيقة المتعلقة بكون المحيل في وضع أفضل لمعرفة ما إذا كان له الحق في اجراء الاحالة. بيد أن المحيل غير مسؤول عن الاخلال بالاقارات في حالة احتواء العقد الأصلي على تقييد للاحالة. وقد قرر الفريق العامل عدم وجود ضرورة لإدراج إشارة صريحة إلى هذه القاعدة في الفقرة الفرعية (أ)، لأنها واردة ضمنا في المادة ١١، التي تكون فيها الاحالة نافذة المفعول حتى ولو كانت

مخلة باتفاق يقيد الاحالة. والغاية من الاقرار، الوارد في الفقرة الفرعية (ب)، من أن المحيل لم يسبق أن أحال المستحق هي جعل المحيل مسؤولاً تجاه المحال اليه إذا لم يكن هذا الأخير يتمتع بالأولوية، نتيجة لاحالة سابقة من جانب المحيل. وهذه نتيجة قد تحدث إذا لم تكن للمحال اليه وسيلة موضوعية لتقرير ما إذا كانت احالة سابقة قد أجريت. غير أن الفقرة الفرعية (ب) لا تشترط قيام المحيل بالاقرار بأنه لن يحيل المستحقات الى محال اليه آخر بعد الاحالة الأولى. فاقرار من هذا القبيل سيتعارض مع الممارسات التمويلية الحديثة التي تعتبر حق المحيل في عرض أجزاء من المستحقات ذاتها على مقرضين مختلفين كضمان للحصول على ائتمان ضروري جداً. وقد تود اللجنة أن تنظر فيما إذا كان ينبغي أن تشمل الفقرة الفرعية (ب) أيضاً الاحالات أو عمليات النقل الأخرى بفعل القانون (أنظر مشروع المادة ١٢-٢٠٤ ج) من المبادئ الأوروبية بشأن العقود).

١١٧- وتلقي الفقرة الفرعية (ج) على عاتق المحيل المخاطر المتعلقة بدفوع المدين غير المعلنة أو حقوقه غير المعلنة في المقاصة التي قد تحبط مطالبة المحال اليه كلياً أو جزئياً. ويستند هذا الحكم الى حقيقة أن المحيل سيتمكن، عن طريق تنفيذ العقد مع المدين بصورة صحيحة، من الحيلولة دون نشوء دفوع كهذه. وسيتسبب هذا النهج، خاصة في سياق عملية لبيع البضائع تشمل عنصري تقديم الخدمات والصيانة، في القاء قدر أكبر من المسؤولية على عاتق المحيل فيما يتعلق بتنفيذ عقده مع المدين بصورة صحيحة. كما يستند هذا الحكم الى افتراض مؤداه أن المحيل سيكون، بأي حال من الأحوال، في وضع أفضل لمعرفة ما إذا كان العقد سينفذ بصورة صحيحة، حتى ولو كان المحيل مجرد بائع لبضائع يصنعها شخص ثالث. (لا توجد حاجة الى أن تكون للمحيل معرفة فعلية بأي دفوع). وعلاوة على ذلك، تستند الفقرة الفرعية (ج) الى واقع أن القاء مخاطر الدفوع غير المعلنة على عاتق المحيل يكون له عادة أثر مفيد على كلفة الائتمان. وللفقرة الفرعية (ج) نطاق واسع، فهي تشمل الدفوع وحقوق المقاصة سواء كان لها مصدر تعاقدى أو غير تعاقدى وسواء كانت تتعلق بالمستحقات القائمة أو الآجلة. كما أنها تشمل حقوق المقاصة الناشئة عن عقود لا صلة بها بالعقد الأصلي (باستثناء حقوق المقاصة الناشئة عن عقود ليست ذات صلة تصبح متاحة بعد الاشعار، ولا يستطيع المدين، بمقتضى المادة ٢٠ (٢) أن يتمسك بها تجاه المحال اليه). أما فيما يخص الاقرارات المتعلقة بعدم وجود دفوع تجاه المستحقات الآجلة المحالة بصورة اجمالية على سبيل الضمان، فقد رأى الفريق العامل أن الاقرار الوارد في الفقرة الفرعية (ج) يجسد الممارسة الراهنة بشكل صحيح. وطبقاً لهذه الممارسة، يتلقى المحيلون عادة، في الاحالات الاجمالية للمستحقات غير المعرضة للدفوع وتلك المعرضة للدفوع، ائتمانات تعادل فقط قيمة المستحقات التي لا يحتمل أن تكون عرضة للدفوع، بينما يترتب عليهم سداد مبالغ أكبر. كما أنه يتعين على المحيل، في حالة عدم قيام المدين بالسداد، استرجاع المستحقات التي يعجز المحال اليه عن تحصيل سدادها من المدين وابدالها بمستحقات أخرى أو القيام بدفع ثمن المستحقات غير المسددة ("التمويل مع حق الرجوع").

الاقراءات المتعلقة بإيسار المدين

١١٨- تجسد الفقرة (٢) المبدأ المقبول عموما ومفاده أن المحيل لا يضمن إيسار المدين. ونتيجة لذلك فإن مخاطر تقصير المدين تقع على عاتق المحال إليه، وهي حقيقة يأخذها هذا الأخير بعين الاعتبار عندما يقرر ما إذا كان سيقدم الائتمان وما هي الشروط التي سيقدمه على أساسها. واعترافا بحق الأطراف في معاملات التمويل في الاتفاق على توزيع مختلف المخاطر، فإن الفقرة (٢) تتيح للمحيل والمحال إليه الاتفاق على خلاف ذلك. كما تنص الفقرة (٢) على جواز أن يكون اتفاق كهذا ضمنيا أو صريحا. أما المسألة المتعلقة بالأمر الذي يشكل اتفاقا ضمنيا، فقد تركت إلى قواعد تفسير العقد في القانون الذي يحكم العقد.

اقرارات اضافية

١١٩- قد تود اللجنة أن تنظر في اضافة نص إلى الاقرارات المدرجة في الفقرة (١) يفيد بأن المحيل لن يعدل العقد الأصلي بدون الموافقة الفعلية أو الاستدلالية للمحال إليه (المادة ٢٢) وأن المحيل سينقل إلى المحال إليه أي حقوق ضمان غير تبعية أو حقوق داعمة أخرى (المادة ١٢؛ أنظر أيضا الفقرتين (د) و (هـ) من المادة ٢٠٤-١٢ من المبادئ الأوروبية بشأن العقود).

الاخلال بالاقرارات

١٢٠- قرر الفريق العامل ترك الآثار القانونية للاخلال بالاقرارات لقانون آخر. وتشمل الأسباب التي أوردها الفريق العامل لدعم هذا النهج أن المسائل المتصلة بعقد التمويل الأساسي تتجاوز نطاق مشروع الاتفاقية وأنه سيكون من الصعب جدا، على أية حال، التوصل إلى اتفاق بشأن مسائل مثل المسؤولية عن الاخلال بالاقرارات. وقد تود اللجنة أن تنظر، على الأقل، في تناول أي عواقب قد تترتب على الاحالة نتيجة للاخلال بالاقرارات (أي ما إذا كانت عملية إعادة نقل المستحقات ستجري بصورة تلقائية أو ما إذا كانت نقل جديدة ضرورية). ولهذه المسألة أهمية خاصة إذا أصبح المحيل معسرا بعد الاخلال بالاجراءات.

المادة ١٥ - الحق في إشعار المدين

(١) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، يجوز للمحيل أو للمحال إليه أو لكليهما أن يرسل إلى المدين إشعارا بالإحالة أو تعليمة سداد، أما بعد إرسال الإشعار، فلا يجوز لأحد غير المحال إليه أن يرسل تعليمة سداد.

(٢) ليس من شأن إرسال إشعار بالإحالة أو تعلية سداد على نحو يخل بالاتفاق المشار إليه في الفقرة (١) من هذه المادة أن يجعلهما فاقدَي المفعول لأغراض المادة ١٩ بسبب ذلك الإخلال . غير أنه ليس في هذه المادة ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على الطرف المخل بذلك الاتفاق إزاء ما ينشأ عن ذلك الإخلال من أضرار .

المراجع

- A/CN.9/420، الفقرات ٨٩-٩٤ و ١١٩-١٢٢
A/CN.9/432، الفقرات ١٥٩-١٦٤ و ١٧٥
A/CN.9/434، الفقرات ١٦٢-١٦٥
A/CN.9/447، الفقرات ٤١-٤٧
A/CN.9/456، الفقرات ١٣١-١٤٤ و ١٩٣
A/CN.9/466، الفقرتان ١١٦ و ١١٧

التعليق

الحق المستقل للمحال اليه في اشعار المدين وطلب السداد

١٢١- الغاية الرئيسية من المادة ١٥ هي الاعتراف بحق المحال اليه في اشعار المدين وطلب السداد، حتى بدون تعاون المحيل أو اذن منه. ولا يقصد منها تعريف الاشعار (المادة ٦) أو تناول الشروط التي تجعل الاشعار نافذ المفعول تجاه المدين (المادة ١٨) أو الآثار القانونية للاشعار (المواد ١٩ و ٢٠ و ٢٢). ومنح المحال اليه حقا مستقلا في اشعار المدين يعتبر هاما، لا سيما وأن المحيل قد لا يكون مستعدا، في حالة الاعسار، للتعاون مع المحال اليه أو قادرا على ذلك. وعلاوة على ذلك، قد يعتمد المحيل، على الأقل في النظم القانونية التي تحدد فيها الأولويات على أساس وقت اشعار المدين، الى تحديد ترتيب الأولويات بالتواطؤ مع أحد المطالبين بالمستحقات ضد مصالح مطالب آخر، ما لم يكن لكل مطالب الحق في اشعار المدين بمعزل عن المحيل. وقد أقر الفريق العامل بأن من المعتاد، في بعض الممارسات، أن يرسل المحيل فاتورة الى المدين طالبا السداد ومشعرا المدين بالإحالة (في حالة العوملة، على سبيل المثال). بيد أن الفريق العامل كان مدركا، في الوقت ذاته، بأن من المهم، في ممارسات أخرى، أن يكون المحال اليه قادرا على توجيه الاشعار وطلب السداد بمعزل عن المحيل، سواء في حالة التقصير أو عدمه. ورئي أن حماية المدين من خطر توجيه الاشعار اليه ومطالبته بالسداد الى شخص يمكن أن لا يكون معروفا هي مسألة مختلفة يمكن تناولها عن طريق السماح للمدين، في حالة توجيه اشعار اليه من المحال اليه، أن يطلب اثباتا كافيا (يتعين أن يبين الاشعار، حسب تعريفه، هوية المحال اليه؛ أنظر الفقرة ٦٠؛ أنظر أيضا مشروع المادة ١٢-٣٠٣ من المبادئ الأوروبية بشأن العقود، التي يتعين أن تكون الاحالة بمقتضاها، في هذه الحالة، كتابة وأن تكون للمدين فرصة فحصها).

الاشعار باعتباره حقا وليس التزاما

١٢٢- سعيًا إلى مراعاة الممارسات التي تتعلق بعدم الاشعار، صيغ الاشعار في الفقرة (١) باعتباره حقا وليس التزاما. وقد جرت العادة، في ممارسات كهذه، أن لا يعطى المدين اشعارا بالاحالة وأن يتلقى المحيل السداد بالنيابة عن المحال اليه. كما تهدف المادة ١٥ إلى الاعتراف بالممارسات التي يستمر فيها المدين بالسداد مثلما هي الحال قبل الاحالة، بينما يتفق المحيل والمحال اليه على السيطرة على الحساب المصرفي أو العنوان البريدي الذي يدفع فيه المبلغ المسدد. ويجري في هذه الممارسات، بهدف تفادي أي ازعاج للمدين يمكن أن يفرضي إلى انقطاع التدفق الاعتيادي للمبالغ المسددة، إما عدم اشعار المدين على الاطلاق أو اشعاره وتوجيه تعليمات اليه بمواصلة السداد للمحيل (القصد من اشعار كهذا هو في العادة الحيلولة دون حصول المدين على حقوق المقاصة بعد الاشعار من عقود لا صلة لها بالعقد الأصلي). ولا يجري اشعار المدين وتوجيه تعليمات سداد مختلفة اليه (أي السداد للمحال اليه أو لشخص آخر أو لحساب أو عنوان مختلفين)، إلا في الحالات الاستثنائية (كحالة التقصير مثلا).

الاشعار وتعليمه السداد

١٢٣- تمشيا مع النهج المتبع في المادة ٦ (هـ) (التي تعرف الاشعار دون أي اشارة إلى تعليمه السداد)، تميز الفقرة (١) بشكل واضح بين الاشعار وتعليمه السداد. والقصد من هذا النهج هو الاعتراف بالاختلاف القائم، من حيث الغرض والتوقيت على السواء، بين الاشعار وتعليمه السداد ولائيات صحة الممارسات التي يعطى فيها الاشعار دون أي تعليمات سداد. ويكون مجرد الاشعار بالاحالة، في اطار هذا النهج، نافذا بالنسبة لأغراض الحد من حقوق المدين في المقاصة الناشئة عن عقود لا تمت بصلة إلى العقد الأصلي، وكذلك بالنسبة لأغراض تغيير الأسلوب الذي يجوز أن يعدل فيه المحيل والمدين العقد الأصلي. غير أن الفريق العامل قرر، بهدف تفادي تعقيد عملية ابراء ذمة المدين، أن لا يجعل ابراء ذمة المدين مستندا إلى استلام تعليمه السداد. ويجوز، بمقتضى الفقرة (١)، ارسال تعليمه السداد اما من قبل المحيل أو المحال اليه مع الاشعار أو من قبل المحال اليه بعد الاشعار. وتشير الفقرة (١)، على خلاف المادة ١٩، إلى وقت "ارسال" الاشعار (وليس إلى وقت "استلام الاشعار")، نظرا إلى أنه ليس للمحيل ولا المحال اليه من سبيل لتحديد وقت الاستلام. وهذه مسألة ربما تكون مهمة بالنسبة إلى ابراء ذمة المدين، وهي تُعالج في المادة ١٩، ولكن ليس بهدف تحديد من هي الجهة، فيما بين المحيل والمحال اليه، التي لها الحق في توجيه تعليمه السداد.

الاتفاقات المتعلقة بالاشعار

١٢٤- بينما تمنح الفقرة (١) المحال اليه حقا مستقلا في اشعار المدين وطلب السداد، تعترف الفقرة (٢) بحق المحيل والمحال اليه في التفاوض بشأن مسألة اشعار المدين بغية تلبية احتياجاتهما الخاصة. فيجوز للمحيل والمحال اليه، على سبيل المثال، أن يتفقا على عدم توجيه اشعار إلى المدين ما دام

السداد مستمرا دون عرقلة (كخضم الفواتير غير المعلن، على سبيل المثال). وبغية التأكد من عدم وجود حاجة الى اتفاق محدد، صيغت العبارة الاستهلاكية للفقرة (١) بشكل سلبي ("ما لم يتفق ... على خلاف ذلك")، أما القاعدة الواردة في الفقرة (٢) فتتنص على ابراء نمة المدين اذا وجه الاشعار بشكل مغل بذلك الاتفاق وقام المدين بالسداد. والأساس المنطقي لذلك هو أنه ينبغي أن يكون المدين قادرا على الوفاء بالتزاماته وفقا للتوجيهات الواردة في الاشعار وأن لا يشغل نفسه بالترتيبات الخاصة القائمة بين المحيل والمحال اليه. أما مسألة ما اذا كان الشخص الذي يغل باتفاق كهذا يتحمل مسؤولية الاخلال بالعقد، بمقتضى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية ، فهي مسألة منفصلة ولا ينبغي أن تؤثر على ابراء نمة المدين الذي لا يكون طرفا في ذلك الاتفاق . غير أن الاشعار الموجه بشكل مغل باتفاق بين المحيل والمحال اليه لا يؤدي الى الحد من أي حقوق مقاصة للمدين ناشئة عن عقود لا تمت بصلة الى العقد الأصلي (المادة ٢٠)؛ أو يسبب تغييرا في الأسلوب الذي يجوز فيه للمحيل والمدين تعديل العقد الأصلي (المادة ٢٢)؛ أو يخلق أساسا لتحديد الأولويات بمقتضى القانون المنطبق على المسائل المتعلقة بالأولويات (المواد ٢٤-٢٦) . وقد رأى الفريق العامل أن هذه النتائج ستعطي أفضلية لا موجب لها للمحال اليه الذي قام باشعار المدين بدون وجه حق . والقصد من العبارة السلبية الواردة في الفقرة (٢) "أن يجعلهما فاقدى المفعول" هو ضمان أن مجرد الاخلال بالاتفاق القائم بين المحيل والمحال اليه لا يبطل، من جهة، صحة الاشعار لغرض ابراء نمة المدين، ولكنه لا يمس، من جهة أخرى، بقانون العقود فيما يتعلق بالشروط اللازمة لتنفيذ مفعول الاتفاق.

المادة ١٦ - الحق في السداد

(١) فيما بين المحيل والمحال اليه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك ، وسواء أرسل إشعار بالإحالة أم لم يرسل :

(أ) يحق للمحال اليه أن يحتفظ بالعائدات والبضائع المعادة فيما يتعلق بالمستحق المحال ، اذا جرى السداد اليه فيما يتعلق بذلك المستحق المحال :

(ب) يحق للمحال اليه أن يتقاضى العائدات كما أن له الحق في البضائع المعادة فيما يتعلق بالمستحق المحال ، اذا جرى السداد الى المحيل فيما يتعلق بذلك المستحق المحال :

(ج) يحق للمحال اليه أن يتقاضى العائدات كما يكون له الحق في البضائع المعادة الى ذلك الشخص فيما يتعلق بذلك المستحق المحال ، اذا جرى السداد الى شخص آخر فيما يتعلق بذلك المستحق المحال .

(٢) لا يجوز للمحال اليه أن يحتفظ بما يزيد على قيمة حقه في المستحق .

المراجع

A/CN.9/466 ، الفقرات ١١٨-١٢٣

A/CN.9/447 ، الفقرات ٤٨-٦٨

A/CN.9/456 ، الفقرات ١٤٥-١٥٩

التعليق

الهدف والنطاق

١٢٥- القصد من المادة ١٦ هو النص صراحة على ما هو مبين ضمنا في المادتين ٢ و ٩، أي أنه، فيما بين المحيل والمحال اليه، يكون للمحال اليه حق امتلاكي في المستحق المحال وأي عائدات (فيما يتعلق بالأطراف الثالثة، تركت المسألة للقانون الذي يحكم الأولوية بمقتضى المادة ٢٤ (ب)). وحيث أن نطاق المادة ١٦ يقتصر على العلاقة بين المحيل والمحال اليه، فهي خاضعة للمبدأ العام المتعلق بحرية الأطراف المجسد في المادة ٧ كما أن القصد منها هو أن تكون بمثابة قاعدة تقصير تنطبق عند عدم وجود اتفاق بين المحيل والمحال اليه. ولا يقصد منها المساس بوضع المدين القانوني أو بمسائل الأولوية.

الحقوق في العائدات والبضائع المعادة

١٢٦- فيما بين المحيل والمحال اليه، يشمل حق المحال اليه العائدات (التي تشمل بمقتضى المادة ٦ (ك) كلا من عائدات المستحقات وعائدات العائدات) وكذلك البضائع المعادة. وفي هذا السياق، اعتبر الفريق العامل أنه ليس هناك من سبب يدعو الى الحد من قدرة المحيل والمحال اليه على الاتفاق بأن في استطاعة المحال اليه المطالبة بأية بضائع معادة وأنه، حتى في حالة عدم وجود اتفاق، يمكن لقاعدة التقصير، التي تسمح للمحال اليه بالمطالبة بأية بضائع معادة، أن تقلل من مخاطر عدم التحصيل من المدين ومن ثم يكون لها أثر ايجابي على تكلفة الائتمان. وتشمل الفقرة (١) الحالات التي يجري فيها السداد الى المحال اليه أو الى المحيل أو الى شخص آخر. وفي الحالة الأخيرة، يكون حق المحال اليه، بمقتضى الفقرة (١) (ج)، خاضعا لمبدأ الأولوية. وتجسد الفقرة (٢) الممارسة المعتادة في الاحالات التي تجرى على سبيل الضمان والتي قد يكون للمحال اليه بمقتضاها الحق في تحصيل القيمة الكاملة للمستحق اللازم الأداء اضافة الى الفائدة المستحقة استنادا الى العقد أو القانون، ولكن عليه أن يقدم الى المحيل أو دائنيه كشف حساب عن أي رصيد يتبقى بعد سداد مطالبة ذلك المحال اليه وأن يعيده اليهم. ولا تكرر الفقرة (٢) الاشارة الى اتفاق مغاير بين الطرفين، وهو ما يرد في فاتحة الفقرة (١)، لأن حق المحيل في المستحق المحال ينبع من عقد الاحالة ويخضع على أية حال، بمقتضى المادة ١٣، لحرية الأطراف. أما فيما يتعلق بالترابط بين المادتين ١٦ و ٣٨، فينبغي أن يلاحظ بأن المدين الحكومي،

الذي يقع مقره في دولة أصدرت تحفظا بمقتضى المادة ٣٨، يمكنه إبراء ذمته من ديونه عن طريق السداد الى المحيل بينما سيكون للمحال اليه الحق في المطالبة بعائدات السداد من المحيل.

اشعار المدين

١٢٧- حق المحال اليه في العائدات مستقل عن أي اشعار بالاحالة. والسبب في هذا النهج هو الحاجة الى ضمان أنه يجوز للمحال اليه ، في حالة السداد له قبل الاشعار، بالاحتفاظ بعائدات السداد؛ أما في حالة السداد الى المحيل بعد الاشعار (وهو ما لا يبرئ ذمة المدين من الدين) فيكون للمحال اليه الحق في هذه المبالغ المسددة. ولهذا الحق أهمية خاصة في حالة اعسار المحيل أو المدين . ففي حالة السداد الى المحيل بعد الاشعار، يكون بوسع المحال اليه، من حيث المبدأ، أن يطالب المحيل بالسداد بمقتضى المادة ١٦ (١) (ب)، أو أن يطالب المدين بالسداد بمقتضى المادة ١٩ (٢). وهذه نتيجة مناسبة من حيث أن المدين الذي يسدد للمحيل بعد الاشعار، انما يجازف بالسداد مرتين. غير أن المحال اليه لن يطالب المدين، من الناحية العملية، بسداد ثان، ما لم يكن المحيل قد أصبح معسرا. وفي حالة كهذه، فان أي مطالبة قد تكون لدى المدين تجاه ممتلكات المحيل المعسر (على أساس مبادئ الاثراء الجائر مثلا) لن تكون عادة ذات معنى لأنه من غير المحتمل أن يكون بوسع أصحاب المطالب الشخصية الحصول على السداد.

الباب الثاني - المدين

المادة ١٧ - مبدأ حماية المدين

(١) باستثناء ما يُنص عليه خلافا لذلك في هذه الاتفاقية ، ليس من شأن الإحالة أن تمس بحقوق وواجبات المدين ، بما فيها شروط السداد الواردة في العقد الأصلي ، دون موافقة المدين .

(٢) يجوز في تعليمة السداد تغيير الشخص أو العنوان أو الحساب المطلوب من المدين أن يسدد إليه ، ولكن لا يجوز فيها:

(أ) تغيير عملة السداد المحددة في العقد الأصلي؛ أو

(ب) تغيير الدولة التي يحددها العقد الأصلي ، لإجراء السداد فيها ، إلى دولة غير الدولة التي يقع فيها مقر المدين.

المراجع

- A/CN.9/420، الفقرة ١٠١
A/CN.9/432، الفقرات ٣٣-٣٨ و ٨٩-٩٠ و ٢٠٦ و ٢٤٤
A/CN.9/445، الفقرات ١٩٥-١٩٨
A/CN.9/456، الفقرات ٢١ و ٨١ و ١٦٨-١٧٦
A/CN.9/434، الفقرات ٨٦-٩٥

التعليق

مبدأ حماية المدين

١٢٨- مبدأ حماية المدين هو أحد المبادئ العامة لمشروع الاتفاقية. ويشار إليه بصورة عامة في الديباجة وفي المادة ١٧. وعلاوة على ذلك، يتجسد في عدد من أحكام مشروع الاتفاقية (كالمواد ١ (٣) و ٥ و ٧ و ١٩-٢٣ و ٣٨). ويدل توجه القاعدة الواردة في الفقرة (١) على أن مشروع الاتفاقية لا يحتوي على أي مساس ضمني بالوضع القانوني للمدين (أي شك فيما اذا كانت الاحالة تغير وضع المدين القانوني ينبغي أن يحل لمصلحة المدين). ومشروع الاتفاقية، بصورة خاصة، لا يهدف الى احداث تغيير، بدون موافقة المدين، في شروط السداد المنصوص عليها في العقد الأصلي (مثل المبلغ اللازم الأداء، سواء كان الأصل أو الفائدة؛ وتاريخ السداد؛ وأي شروط تسبق التزام المدين بالسداد)، أو في الدفع أو حقوق المقاصة التي يجوز للمدين أن يتمسك بها بمقتضى العقد الأصلي، أو في زيادة النفقات المتعلقة بالسداد. والمبدأ المنبثق من المادة ١٧ هو أنه لا يقصد أن يكون لمشروع الاتفاقية تأثير ضار على حقوق المدينين المستهلكين ولا أن يتجاوز، بصورة خاصة، تشريعا يتعلق بحماية المستهلك (المادتان ٢١ (١) و ٢٣؛ للاطلاع على المستحقات الاستهلاكية وحماية المستهلك، أنظر الفقرات ٣٦ و ١٠٠ و ١٥٢ و ١٦٠ و ١٩٦).

المخاطرة المتعلقة بالبلد والعملية

١٢٩- أيا كان التغيير الذي يحدث في وضع المدين القانوني نتيجة لاحالة بمقتضى مشروع الاتفاقية، لا يجوز، بمقتضى الفقرة (٢)، أن تغير تعليمة السداد عملة السداد، سواء وجهت التعليمة مع الاشعار أو بعده. ولا يجوز أن تغير التعليمة بلد السداد كذلك، ما لم يكن هذا التغيير مفيدا للمدين ويؤدي الى السماح له بالسداد في البلد الذي يقع فيه مقره. وكثيرا ما يسمح بمثل هذا التغيير لبلد السداد في عقود العمولة بهدف تيسير عملية السداد من قبل المدينين. وقد تود اللجنة أن تجعل حتى ذلك التغيير خاضعا لموافقة المدين بغية شمل الحالات الاستثنائية التي قد يكون للمدين فيها مصلحة بالسداد في البلد المحدد في العقد الأصلي وليس في بلده هو.

المادة ١٨ - إشعار المدين

(١) يصبح الإشعار بالإحالة وتعليمة السداد نافذي المفعول عندما يستلمهما المدين، إذا كانا موجّهين بأي لغة يتوقع منها على نحو معقول أن تعلم المدين بمحتواهما. ويكفي أن يوجّه الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد بلغة العقد الأصلي.

(٢) يجوز أن يتعلق الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد بمستحققات تنشأ بعد الإشعار.

(٣) يمثل الإشعار بإحالة لاحقة إشعاراً بأي إحالة سابقة.

المراجع

A/CN.9/447، الفقرات ٤٥-٤٧ و ١٥٨ و ١٥٩

A/CN.9/455، الفقرات ٥٩-٦٦

A/CN.9/456، الفقرات ١٧٧-١٨٠

A/CN.9/420، الفقرتان ١٢٤ و ١٢٥

A/CN.9/432، الفقرات ١٧٦-١٧٧ و ١٨٧

A/CN.9/434، الفقرات ١٧٢-١٧٥

التعليق

وقت نفاذ مفعول الإشعار: قاعدة الاستلام

١٣٠- الهدف الرئيسي للمادة ١٨ هو التأكيد على "قاعدة الاستلام" المتعلقة بوقت نفاذ مفعول الإشعار، أي أن الإشعار وتعليمة السداد يصبحان نافذين المفعول عندما يتسلمهما المدين. فالإشعار، سواء كان مشفوعاً بتعليمة السداد أم لا، له تبعات هامة بالنسبة إلى الوضع القانوني للمدين (يفضي إلى تغيير الطريقة التي يجوز للمدين فيها أن يبرئ نذته من دينه، وتحد من حقوق المقاصة الناشئة عن عقود لا صلة لها بالعقد الأصلي، وتغير الطريقة التي يجوز بها للمدين تعديل العقد الأصلي بالاتفاق مع المحيل). وقد تحدث هذه التبعات فقط عندما يكون الإشعار أو تعليمة السداد بلغة "يتوقع منها على نحو معقول أن تعلم المدين بمحتواهما". وعندما يكون الإشعار، على سبيل المثال، في شكل الكتروني وتصبح قراءته بيسر، فإنه ينبغي على المدين القيام بفك رموزه بسهولة. وتفادياً لنشوء حالة من اللاتيقين، فإن الفقرة (١) تستحدث قاعدة "الملاذ الآمن" التي تستوفي لغة العقد الأصلي بموجبها المعايير المطلوبة.

الإشعار بشأن مستحققات لا تكون قائمة وقت الإشعار

١٣١- خلافاً للمادة ٨ (١) (ج) من اتفاقية أوتاوا، التي تنص على أنه لا يجوز توجيه الإشعار إلا بشأن مستحققات قائمة وقت الإشعار (والتي تجسد أسلوب العمولة الحالي)، تسمح الفقرة (٢) بتوجيه إشعار

بشأن مستحقات لا تكون قائمة وقت الاشعار. ولا يجوز أن تكون لهذا الاشعار تأثير على ابراء ذمة المدين الى حين ابرام العقد وكون الالتزام بالسداد قد أصبح لازم التنفيذ. بيد أنها تبسط وتخفف كلفة الاشعار اذ انها تكفل عدم حاجة المحال اليه الى توجيه اشعار في كل مرة ينشأ فيها مستحق. وهي تكفل أيضا أن المدين لا يستطيع، حالما ينشأ المستحق، أن يجمع حقوق مقاصة من عقود مع المحيل غير ذات صلة أو يعدل العقد الأصلي بدون موافقة المحال اليه. والأهم من ذلك هو أن هذا الاشعار يتيح للمحال اليه الحصول على الأولوية، حالما ينشأ المستحق، اعتباراً من الوقت الذي يستلم فيه المدين الاشعار اذا كانت الأولوية، بمقتضى قانون مقر المحيل، تتقرر على أساس وقت الاشعار (بغية تحقيق هذه النتيجة، تنص المادة ٢٤ على أن المسائل التي تسوى في مشروع الاتفاقية، بما في ذلك المسائل المتصلة بالاشعار، تستبعد من قانون مقر المحيل؛ أنظر الفقرة ١٦٣). وقد ترك الوقت الذي ينشأ فيه المستحق للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية.

الاشعار في الاحالات اللاحقة

١٣٢- تعتبر الفقرة (٣)، المستوحاة من المادة ١١ (٢) من اتفاقية أوتاوا، واحدة من أهم الأحكام الواردة في مشروع الاتفاقية، ولا سيما بالنسبة الى معاملات العوالة الدولية. ففي مثل هذه المعاملات، يقوم المحيل عادة باحالة المستحقات الى محال اليه في بلده هو (عاملو التصدير) ويقوم عاملو التصدير باحالة المستحقات فيما بعد الى محال اليه في بلد المدين (عاملو الاستيراد). وبموجب هذا الترتيب تيسر عملية التحصيل من المدين الى الحد الذي يصبح فيه عاملو الاستيراد قادراً على اتخاذ جميع التدابير اللازمة لانفاذ مفعول احالة ثانية تجاه المدين. ويستند تنفيذ هذه المعاملات بصورة كفوءة الى الافتراض بأن الاحالة الأولى نافذة المفعول أيضاً تجاه المدين. وبما أن المدين لا يشعر عادة الا بالاحالة الثانية، فان من الضروري ضمان شمول الاشعار بالاحالة الثانية للاحالة الأولى أيضاً. وبخلاف ذلك، فان الاحالة الأولى قد تصبح غير نافذة المفعول تجاه المدين، وهذه حالة قد تؤثر على نفاذ مفعول الاحالة الثانية كذلك. وسعياً الى معالجة الحالات التي تجرى فيها أكثر من احالة لاحقة واحدة، فان الفقرة (٣) تنص على أن يغطي الاشعار أي احالة سابقة، وليس الاحالة التي سبقتها مباشرة فحسب (فيما يتعلق بمسألة ابراء ذمة المدين في الحالات التي توجه فيها عدة اشعارات تتعلق باحالات لاحقة، أنظر الفقرة ١٣٨). وقد تود اللجنة أن تنظر فيما اذا كان ينبغي أن يبين الاشعار أنه يتعلق باحالة لاحقة، حتى وإن لم يتضمن جميع الاحالات اللاحقة. وسيتيح هذا النهج للمدين أن يقرر، في حالة الاشعارات المتعددة، ما اذا كان سيسدد وفقاً لأول اشعار يستلمه (المادة ١٩ (٢)) أو وفقاً للاشعار المتعلق بآخر احالة من الاحالات اللاحقة.

المادة ١٩ - ابراء ذمة المدين بالسداد

(١) يحق للمدين، الى حين استلامه اشعاراً بالاحالة، أن تُبرأ ذمته بالسداد وفقاً للعقد الأصلي. وبعد استلام المدين اشعاراً بالاحالة، ورهنا بأحكام الفقرات (٢) الى (٦) من هذه المادة، لا تُبرأ ذمته الا

بالسداد الى المحال اليه، أو بالسداد وفقا لأي تعليمات مغايرة يستلمها المدين كتابة في اشعار الاحالة أو بعد ذلك.

(٢) إذا استلم المدين إشعارات بأكثر من إحالة واحدة للمستحق ذاته صادرة عن المحيل ذاته، تبرأ نمة المدين بالسداد وفقا لأول إشعار يستلمه.

(٣) إذا استلم المدين أكثر من تعليمة سداد تتعلق بإحالة واحدة للمستحق ذاته صادرة عن المحيل ذاته، تبرأ نمة المدين بالسداد وفقا لآخر تعليمة يستلمها من المَحال إليه قبل السداد.

(٤) إذا استلم المدين إشعارا بإحالة لاحقة واحدة أو أكثر، تبرأ نمة بالسداد وفقا للإشعار المتعلق بآخر تلك الإحالات اللاحقة.

(٥) إذا استلم المدين إشعارا بالإحالة من المحال إليه، يحق للمدين أن يطلب من المحال إليه أن يقدم، في غضون فترة زمنية معقولة ، دليلا كافيا على إجراء الإحالة، وإذا لم يفعل المحال إليه ذلك ، تبرأ نمة المدين بالسداد إلى المحيل. ويشمل الدليل الكافي، على سبيل المثال لا الحصر، أي كتابة صادرة عن المحيل تدل على حدوث الإحالة.

(٦) لا تمس هذه المادة بأي داع آخر يسوغ إبراء المدين نمة بالسداد إلى الشخص الذي يحق له تقاضي السداد ، أو إلى هيئة قضائية أو هيئة أخرى ، أو إلى صندوق إيداع عمومي.

المراجع

A/CN.9/447، الفقرات ٦٩-٩٣ و ١٥٣-١٥٧	A/CN.9/420، الفقرات ٩٨-١١٧ و ١٢٧-١٣١
A/CN.9/455، الفقرات ٥٢-٥٨	١٧٩ و ١٧٣-١٦٩
A/CN.9/456، الفقرات ١٨١-١٩٣	A/CN.9/432، الفقرات ١٦٥-١٧٤ و ١٧٨-٢٠٤
A/CN.9/466، الفقرات ١٢٤-١٣٢	A/CN.9/434، الفقرات ١٧٦-١٩١

التعليق

١٣٣- ترمي المادة ١٩ الى تحقيق هدفين، هما توفير آلية واضحة لبراء نمة المدين من التزامه عن طريق السداد وضمن سداد الدين. وليس القصد منها معالجة ابراء نمة المدين بشكل عام أو الالتزام بالسداد بحد ذاته، لأن هذا الالتزام مرهون بالعقد الأصلي وبالقانون الذي يحكم ذلك العقد. وليس القصد منها معالجة مسائل الأولوية كذلك. وتتمثل القاعدة الأساسية في أنه، ريثما يستلم المدين اشعارا بالاحالة يجوز ابراء نمة بالسداد وفقا للعقد الأصلي، بينما لا يجري الحصول على ابراء النمة، بعد الاشعار، الا

عن طريق السداد وفقا للتعليمات الموجهة مع الاشعار من قبل المحيل أو من قبل المحال اليه، أو من قبل المحال اليه فيما بعد. وتعالج المادة ١٩ أيضا عددا من الحالات المعينة التي تنطوي على عدة اشعارات؛ منها اشعار موجه الى المدين من قبل المحال اليه ويكون في شك مما اذا كان المحال اليه هو صاحب المطالبة الصحيح، أو تعالج ابراء الذمة بالسداد بمقتضى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية.

ابراء ذمة المدين بالسداد قبل الاشعار وبعده

١٣٤- يحق للمدين ، بمقتضى الفقرة (١) ، والى حين استلامه اشعارا بالاحالة، أن يبرئ ذمته بالسداد وفقا للعقد الأصلي، (أي بالسداد الى المحيل أو الى شخص آخر أو الى الحساب أو العنوان المذكور في العقد الأصلي). وبما أن الاحالة تصبح نافذة المفعول اعتبارا من تاريخ ابرام عقد الاحالة، يمكن أن يختار المدين، بعد معرفته بالاحالة، ابراء ذمته من الدين بالسداد الى المحال اليه. غير أن المدين يجازف، في هذه الحالة، باضطراره الى السداد مرتين اذا ثبت فيما بعد عدم اجراء أية احالة. وقد قرر الفريق العامل عدم الإشارة صراحة الى احتمال كون المدين قادرا على السداد إما الى المحيل أو الى المحال اليه بهدف تفادي تقويض ممارسات كالتسديد التي يتوقع فيها عادة أن يواصل المدين السداد الى المحيل. والقصد من الإشارة الى السداد "وفقا للعقد الأصلي"، بدلا من السداد الى المحيل، هو المحافظة على حق المحيل والمدين في الاتفاق على أي نمط من أنماط السداد يكون مناسباً لتلبية احتياجاتهما (كالسداد الى حساب مصرفي دون تعريف هوية صاحب الحساب، أو السداد الى شخص ثالث).

١٣٥- وبعد الاشعار، لا يكون للمدين أن يختار كيفية ابراء ذمته من الدين. ولا يجوز للمدين أن يبرئ ذمته من التزامه إلا بالسداد الى المحال اليه أو وفقا لتعليمات المحال اليه. والقصد من الإشارة الى تعليمات السداد هو تلبية حاجات الممارسات المختلفة. فيجوز للمحال اليه، على سبيل المثال، بغية تجميد حقوق المدين في المقاصة، أن يشعر المدين دون أن يطلب السداد أو أن يطلب الى المدين مواصلة السداد الى المحيل (هذا ما يحدث، مثلا، فيما يتعلق بخضم الفواتير غير المعلنة أو بالتسديد). وبغية تفادي ترك أي شك، تكرر الفقرة (١) ما سبق بيانه في المادة ١٥ (١)، أي أنه يجوز توجيه تلك التعليمات من قبل المحيل أو المحال اليه مع الاشعار أو من قبل المحال اليه فقط بعد الاشعار.

المعرفة/حسن النية

١٣٦- ينبغي أن لا تعامل المعرفة بالاحالة باعتبارها اشعارا ولا أن تفضي الى إحداث تغيير في الطريقة التي يمكن بها للمدين ابراء ذمته من التزامه. وعلى الرغم من أن جعل الممارسة التجارية متماشية مع معايير حسن النية هو هدف هام، فإن ذلك لا ينبغي أن يتم على حساب اليقين. فاليقين سيضعف اذا أفضت المعرفة بالاحالة الى تغيير الطريقة التي يمكن بها للمدين ابراء ذمته من التزامه. وينبغي أن لا تعامل المعرفة باعتبارها اشعارا لأن من الممارسات التجارية العادية، في بعض الحالات التي لا يكون

فيها للمحال اليه هيكل تجاري لاستلام المبالغ المسددة (كما في التسديد)، أن يواصل المدين السداد الى المحيل حتى على الرغم من معرفة المدين بالاحالة. وفيما يتعلق بما اذا كان بطلان الاحالة (نتيجة للاحتيال أو الاكراه أو العجز عن التصرف، على سبيل المثال) أو كانت المعرفة ببطلان الاحالة ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار في ابراء ذمة المدين، قرر الفريق العامل أن مسألة السداد الى شخص تكون الاحالة اليه لاغية وباطلة لا تنشأ إلا في حالات استثنائية ويمكن تركها للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. وقد تود اللجنة أن تعيد النظر في هذه المسألة. وحتى إن لم تكن الاشعارات الاحتياطية تمثل مشكلة في الممارسة، فإن عدم مقدرة المدين على الاعتماد على اشعار قانوني في الظاهر قد تقوض اليقين اللازم لحصول المدين على ابراء الذمة. ووجود قاعدة تحمي المدين الذي يسدد بحسن نية، في حالة "احالة مفترضة"، ستكون متسقة مع السياسة الاجمالية المتعلقة بحماية المدين (مشروع المادة ٣٠٨-١٢ من المبادئ الأوروبية المتعلقة بالعقود تشير الى المدين الذي ينفذ بحسن نية والذي لا يعرف ولا يتعين عليه أن يعرف بعدم صحة الاحالة).

ابراء ذمة المدين والأولوية/معرفة المطالبات الفائقة الأولوية

١٣٧- بخلاف المادة ٨ (١) من اتفاقية أتاوا، لا تقتضي المادة ١٩ أن يقوم المدين بالسداد الى الشخص الذي يتمتع بالأولوية لكي يحصل على ابراء ذمة صحيح. وبعد أن اتفق الفريق العامل على أنه ينبغي أن لا تمس الاحالة على نحو ضار بوضع المدين القانوني، ميز بصورة واضحة بين مسألة ابراء ذمة المدين ومسألة الأولوية. وهكذا، فإن السداد بمقتضى المادة ١٩ يبرئ ذمة المدين، حتى وإن كان الشخص الذي حصل على السداد لا يتمتع بالأولوية. وسيكون من غير الإنصاف ومن عدم الاتساق مع سياسة حماية المدين أن يطلب من المدين أن يحدد الطرف الذي يتمتع بالأولوية بين عدة مطالبين وأن يسدد مرة ثانية اذا كان قد سدد، في المرة الأولى، الى الشخص غير المناسب. وعلى الأرجح أنه سيكون للمدين أساس لاتخاذ اجراء ضد ذلك الشخص، ولكن حقوق المدين قد تتعرض للخطر اذا أصبح ذلك الشخص معسرا. وينبغي أن تقع تبعة اعسار الشخص الذي يتلقى السداد على عاتق مختلف المطالبين بالمستحقات وليس على عاتق المدين. ويتعين على أولئك المطالبين أن يسووا حقوقهم في عائدات السداد فيما بينهم وفقا للقانون الذي يحكم الأولوية في اطار مشروع الاتفاقية.

الاشعارات المتعددة

١٣٨- يقصد بالفقرتين (٢) و(٤) توفير قواعد بسيطة وواضحة لإبراء الذمة في حالة تعدد الاشعارات. وتتناول الفقرة (٢) الحالات التي يستلم فيها المدين عدة اشعارات تتعلق بأكثر من احالة واحدة للمستحق ذاته من المحيل ذاته ("الاحالات المزدوجة"). وهذه حالات لا تنطوي بالضرورة على الاحتيال. فقد تنطوي، مثلا، على اجراء عدة احالات قطعية لأغراض ضمان المستحقات للحصول على ائتمان لا تتجاوز قيمته قيمة المستحقات. وفي هذه الاحالات، تدور المسألة الرئيسية حول من سيحصل على السداد أولا (أي الجهة ذات الأولوية). وتتناول الفقرة (٤) الاشعارات المتعلقة بأكثر من احالة لاحقة واحدة. وهذه حالات

نادرة من الناحية العملية لأن آخر محال اليه في سلسلة المحال اليهم هو وحده الذي يقوم عادة بأشعار المدين ويطلب السداد . وعلى أية حال، وتفاديا لنشوء أي حالة من اللايقين فيما يتعلق بالكيفية التي يجوز أن يبرىء بها المدين نتمته من دينه، فإن الفقرة (٤) تقضي بأن يتبع المدين التعليمات الواردة في الاشعار الخاص بآخر احواله من سلسلة من الاحالات. ولكي تنطبق هذه القاعدة، لا بد وأن يكون من السهل تبين أن الاشعارات التي يستلمها المدين هي اشعارات تتعلق باحوالات لاحقة. وبخلاف ذلك، فإن القاعدة الواردة في الفقرة (٢) ستنتطبق وسوف تُبرأ نمة المدين بالسداد وفقا لأول اشعار (للاطلاع على اقتراح الأمانة بهذا الشأن، انظر الفقرة ١٣٢). وعلى أية حال، فإن بوسع المدين، بمقتضى الفقرة (٥)، أن يطلب، اذا ما ساورته الشكوك، اثباتا مناسبا من المحال اليهم مرسلتي الاشعارات. واذا استلم المدين عدة اشعارات تتعلق بعدة احوالات للمستحقات ذاتها صادرة عن المحيل ذاته واشعارات تتعلق باحوالات لاحقة، تبرأ نمة المدين، تطبيقا للفقرتين (٢) و(٤) معا، بالسداد وفقا لأول اشعار بشأن الاحالة الأخيرة (فيما يتعلق ببراءة نمة المدين في حالة الاحالات اللاحقة الجزئية، انظر الفقرات ٣٢-٣٤).

تغيير أو تصحيح تعليمة السداد

١٣٩- الغاية من الفقرة (٣) هي ضمان أنه يجوز للمحال اليه تغيير أو تصحيح تعليماته المتعلقة بالسداد. أما مسألة ما اذا كان المدين قد أشعر من قبل المحيل أو المحال اليه، في حالة ارسال تعليمة سداد جديدة تتعلق باحواله واحدة بالذات، فانه لا يجوز للمدين ابراء نتمته من دينه إلا وفقا لتلك التعليمه. والشرط الوحيد لذلك هو أنه، تمشيا مع السياسة التي تستند اليها المادة ١٥ (١)، ينبغي أن توجه تعليمة السداد بعد الاشعار. وسعيا الى حماية المدين من مخاطر اضطرابه الى السداد مرتين، فإن الفقرة (٣) تنص صراحة على تجاهل تعليمة السداد التي يستلمها المدين بعد السداد.

حق المدين في طلب معلومات اضافية

١٤٠- بمقتضى المادة ١٥، لا يجوز توجيه الاشعار من قبل المحيل فحسب بل أيضا من قبل المحال اليه بمعزل عن المحيل. ونتيجة لذلك، قد يستلم المدين اشعارا بالاحالة من شخص ربما كان مجهولا وقد تنتابه الشكوك بصدد ما اذا كان ذلك الشخص من المطالبين الشرعيين، ويفضي السداد اليه الى ابراء نمة المدين. ولحماية المدين من عدم اليقين فيما يخص الكيفية التي يبرىء بها نتمته من دينه في حالات كهذه ، تعطي الفقرة (٥) للمدين الحق في مطالبة المحال اليه بأن يقدم، في غضون فترة زمنية معقولة ، دليلا كافيا على اجراء الاحالة. ولا تستحدث الفقرة (٥) التزاما على المدين، لأن طلب دليل اضافي في جميع الحالات سيؤدي على نحو لا داعي له الى تأخير السداد وزيادة تكلفة الاشعار. أما تحديد ما يشكل دليلا "كافيا" وفترة زمنية "معقولة" فهي مسألة يترك أمر تفسيرها الى المحاكم أو الهيئات التحكيمية التي تراعي الظروف المعينة . وقد رأى الفريق العامل أن المرونة المعتمدة في هذين التعبيرين ضرورية، لأنه من المتعذر العثور على أي قاعدة تكون مناسبة لجميع الحالات المحتملة. وسعيا الى تفادي أي شك قد ينشأ نتيجة لاستخدام هذين التعبيرين ، قرر الفريق العامل ادراج قاعدة "الملاذ الأمن" التي يشكل

بموجبها تأكيد خطي صادر عن المحيل دليلا كافيا . (يتعين في حالة كهذه، بمقتضى مشروع المادة ١٢ ٣٠٣ من المبادئ الأوروبية بشأن العقود، أن تكون الاحالة كتابة وأن تكون للمدين فرصة لفحصها).

١٤١- ولا يؤدي الاشعار الى انشاء الالتزام بالسداد ، الذي يبقى مرهونا بالعقد الأصلي والقانون المنطبق عليه . وهذا يعني أنه لا يترتب على المدين أن يقوم بالسداد بمجرد استلام الاشعار وأنه لا يدين بفوائد لتأخره في السداد أثناء انتظاره تلقي الدليل الكافي المطلوب . غير أنه اذا أصبح الدين مستحق السداد خلال تلك الفترة وفقا للعقد الأصلي، يكون السؤال المطروح هو ما اذا كان الالتزام بالسداد قد أصبح معلقا الى حين تلقي المدين لهذا الدليل وما اذا كانت لدى المدين فترة زمنية معقولة لتقييمه والتصرف على أساسه. أما في حالة عدم تعليق الالتزام بالسداد ، فان أهمية الحماية التي توفرها الفقرة (٥) للمدين قد تقل الى حد أنه سيترتب على المدين المتأخر عن السداد ، حتى ولو لأسباب وجيهة، أن يقوم بدفع فوائد. وقد واصل الفريق العامل عمله على أساس أن الالتزام بالسداد سيعلق في حالات كهذه، ولكنه اختار عدم ادراج أي عبارة صريحة في الفقرة (٥)، لأن من الممكن الوصول الى تلك النتيجة، بأي حال من الأحوال، دون وجود أي عبارة اضافية ولأن ادراج عبارة كهذه قد يمس، دون قصد ، بالقانون الوطني المتعلق بالفوائد.

ابراء نمة المدين بمقتضى قانون آخر

١٤٢- القصد من الفقرة (٦) هو ضمان عدم استبعاد المادة ١٩ للطرق الأخرى لابراء نمة المدين من التزامه الذي قد يكون موجودا في اطار القانون الوطني المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية . (مثل الاشعار الذي لا يتمشى مع اشتراطات المواد ٦ (و) أو ١٥ أو ١٨).

المادة ٢٠ - دفع المدين وحقوقه في المقاصة

(١) عندما يطالب المحال إليه المدين بسداد المستحقات المحالة، يجوز للمدين أن يتمسك تجاه المحال إليه بكل ما ينشأ عن العقد الأصلي وأي عقد آخر يشكل جزءا من المعاملة ذاتها من دفع أو حقوق مقاصة كان يمكن للمدين أن يتمسك بها لو كانت تلك المطالبة صادرة عن المحيل.

(٢) يجوز للمدين أن يتمسك تجاه المحال إليه بأي حق مقاصة آخر، شريطة أن يكون ذلك الحق متاحا للمدين وقت تلقي الاشعار بالإحالة.

(٣) بصرف النظر عن أحكام الفقرتين (١) و (٢) من هذه المادة، لا يجوز للمدين أن يتمسك تجاه المحال إليه بالدفع وحقوق المقاصة التي يجوز للمدين أن يتمسك بها تجاه المحيل، عملا بالمادة ١١، بداعي الإخلال باتفاقات تقيد بأي شكل من الأشكال حق المحيل في إحالة مستحقاته.

المراجع

- A/CN.9/420 الفقرات ٦٦-٦٨ و ١٣٢-١٣٥
A/CN.9/432 الفقرات ٢٠٥-٢٠٩
A/CN.9/434 الفقرات ١٩٤-١٩٧
A/CN.9/447 الفقرات ٩٤-١٠٢
A/CN.9/456 الفقرات ١٩٤-١٩٩
A/CN.9/466 الفقرات ١٣٣-١٣٦

التعليق

١٤٣- المادة ٢٠ هي تطبيق معين آخر للمبدأ العام الذي مفاده أن الوضع القانوني للمدين لا ينبغي أن يتأثر دون مبرر نتيجة للإحالة. فيجوز للمدين أن يتمسك تجاه المحال اليه بجميع الدفوع وحقوق المقاصة التي يجوز للمدين أن يتمسك بها تجاه المحيل (للاطلاع على استثناء، انظر المادة ٢٠ (٣)). ولا يتناول مشروع الاتفاقية ماهية تلك الدفوع وحقوق المقاصة، بل يتركها للقوانين الأخرى. غير أن المحال اليه ليس طرفاً في العقد الأصلي ولذلك لا يتحمل أية مسؤولية تعاقدية ايجابية عن عدم الأداء من جانب المحيل. وفي مثل هذه الحالة، لا يستطيع المدين أن يتذرع بعدم الأداء لاحباط المطالبة المقدمة من المحال اليه، بل يتعين عليه أن يقدم مطالبة منفصلة ضد المحيل لكي يحصل، مثلاً، على تعويض عن أية خسارة تقع عليه نتيجة لعدم الأداء من جانب المحيل.

الدفوع وحقوق المقاصة في اطار العقد الأصلي والعقود ذات الصلة: لا يوجد قيد عليها

١٤٤- في اطار الفقرة (١)، يجوز للمدين أن يتمسك تجاه المحال اليه بجميع الدفوع التي تنشأ عن العقد الأصلي، دون أي قيد، بما في ذلك المطالبات التعاقدية، التي يمكن، في بعض النظم القانونية، أن لا تعتبر "دفوعاً"؛ وحقوق إلغاء العقد لأسباب منها مثلاً الخطأ أو الاحتيال أو الاكراه؛ والاعفاء من المسؤولية عن عدم الأداء وذلك مثلاً بسبب عائق غير منظر وغير خاضع لسيطرة الطرفين؛ والدعاوى المضادة بموجب العقد الأصلي. ويمكن للدائن أيضاً أن يتمسك بالدفوع وحقوق المقاصة الناشئة عن العقود المبرمة بين المحيل والمدين التي تتصل اتصالاً وثيقاً بالعقد الأصلي (مثلاً اتفاق صيانة أو اتفاق خدمة أخرى يدعم عقد البيع الأصلي)، وينبغي أن تعامل بنفس طريقة معاملة حقوق المقاصة الناشئة عن العقد الأصلي. ويمكن التمسك بتلك الدفوع وحقوق المقاصة بصرف النظر عما ان كانت متاحة في وقت الاشعار بالإحالة أم لم تصبح متاحة إلا بعد ذلك الاشعار.

حقوق المقاصة الأخرى: متاحة حتى تقديم اشعار الى المدين

١٤٥- تضع الفقرة (٢) حداً زمنياً فيما يتعلق بحقوق المقاصة الناشئة عن أي مصدر غير العقد الأصلي، أي عن عقد منفصل بين المحيل والمدين، أو عن قاعدة قانونية (مثلاً قاعدة خاصة بالضرر)، أو قرار قضائي أو غير قضائي. فلا يمكن التمسك بهذه الحقوق تجاه المحال اليه اذا أصبحت متاحة بعد تقديم

اشعار بالاحالة. والمبرر الذي تستند اليه هذه القاعدة هو أن حقوق المحال اليه المثابر الذي يقدم اشعارا الى المدين لا ينبغي جعلها خاضعة لحقوق المقاصة التي تنشأ في أي وقت عن معاملات منفصلة بين المحيل والمدين، أو عن أحداث أخرى، لا يمكن أن يفترض على وجه معقول أن المحال اليه على علم بها. ومن الناحية الأخرى، لا تتأثر مصالح المدين بغير مبرر، لأنه، اذا كانت عدم استطاعة المدين الحصول على حقوق المقاصة تشكل مشقة غير مقبولة على المدين، فيمكن للمدين أن يتفادى الدخول في معاملات جديدة مع المحيل (بشأن مسألة ما إن كان بوسع المدين أن يعلن إبطال العقد الأصلي، انظر الفقرتين ١٠٢ و ١٠٤). وبالنظر الى المبرر المذكور أعلاه للفقرة ٢، لا تتأثر حقوق المقاصة الناشئة عن عقود منفصلة بين المدين والمحال اليه. فيمكن التمسك بتلك الحقوق تجاه المحال اليه حتى بعد تقديم اشعار بالاحالة، مثلها مثل حقوق المقاصة الناشئة عن العقد الأصلي. وينبغي أن يلاحظ أيضا أن تقديم الاشعار ينتج عنه تجميد حقوق المدين في المقاصة، سواء ان كان الاشعار يحتوي على أمر سداد أم كان لا يحتوي عليه. والمقصود من هذا النهج هو استيعاب الممارسات التي يقدم فيها اشعار مجرد لا لسبب سوى منع المدين من الحصول على حقوق مقاصة نتيجة لتصرفات أو اغفالات من جانب المحيل غير خاضعة لسيطرة المحال اليه، بينما يتوقع من المدين أن يواصل السداد الى المحيل.

"متاح"

١٤٦- التوضيح الدقيق لمعنى عبارة "متاح" (مثلا ما إن كان يتعين أن يكون حق المقاصة "فعليا ومؤكدا" في وقت تلقي المدين الاشعار) متروك للقوانين الأخرى. ولم يتمكن الفريق العامل من الاتفاق على ادراج ذلك التوضيح في نص المادة ٢٠، لأنه رأى أنه سيؤدي الى الحد بطريقة غير مقبولة من حقوق المقاصة المتاحة للمدين بحيث تقتصر على حقوق المقاصة المحددة بمبالغ معينة في وقت تقديم الاشعار. ولم يتمكن الفريق العامل أيضا من الاتفاق على القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة بحقوق المقاصة (ولكن انظر الفقرة ١٩٥). وقد ترغب اللجنة في أن تنظر في أن توضح، على الأقل، أن المطالبة المقابلة ذات الصلة المقدمة من المدين لا يلزم أن يكون قد حان أجل استحقاقها في وقت تقديم الاشعار. وبغير ذلك فان المطالبة المقابلة التي يمكن أن يقدمها المدين، والتي سيحين أجل استحقاقها في نفس الوقت الذي يحين فيه أجل المطالبة المقدمة من الدائن، ستحبطها لحالة الدائن دعواه. وستكون تلك النتيجة مناقضة لمبدأ أن الاحالة لا ينبغي أن تخل بالوضعية القانونية للمدين.

الدفع وحقوق المقاصة في حالة الاخلال بقيد تعاقدى

١٤٧- المقصود من الفقرة (٣) هو ضمان أنه لا يجوز للمدين أن يتمسك ضد المحال اليه، على سبيل الدفع أو المقاصة، بإخلال المحيل بقيد تعاقدى. ويمكن أن يكون للمدين سبب لاقامة دعوى ضد المحيل اذا كانت الاحالة تشكل، في اطار القانون الذي ينطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية، اخلالا بالعقد يؤدي الى خسارة للمدين. غير أن مجرد وجود قيد تعاقدى ليس انتهاكا للإقرار الوارد في المادة ١٤ (١) (أ).

وفي غياب حكم على غرار الفقرة (٣)، يمكن أن تكون المادة ١١ (٢)، التي لا تأخذ المحال إليه بجريرة انتهاك العقد من جانب المحيل، فقرة لا معنى لها.

المادة ٢١ - الاتفاق على عدم التمسك بالدفع أو حقوق المقاصة

(١) دون مساس بالقانون الذي يحكم حماية المدين في المعاملات التي تجرى لأغراض شخصية أو أسرية أو منزلية في الدولة التي يقع فيها مقر المدين، يجوز للمدين أن يتفق مع المحيل بكتابة موقّعة من المدين على عدم التمسك تجاه المحال إليه بالدفع وحقوق المقاصة التي كان يمكنه أن يتمسك بها عملاً بالمادة ٢٠. ويمنع هذا الاتفاق المدين من التمسك بتلك الدفع وحقوق المقاصة تجاه المحال إليه.

(٢) لا يجوز للمدين أن يستبعد:

(أ) الدفع الناشئة عن أفعال تدليس من جانب المحال إليه؛

(ب) الدفع المستندة إلى عدم أهلية المدين.

(٣) لا يجوز تعديل هذا الاتفاق إلا باتفاق يرد في كتابة موقعة من المدين. وتحدد المادة ٢٢ (٢) مفعول هذا التعديل تجاه المحال إليه.

المراجع

A/CN.9/447، الفقرات ١٠٣-١٢١

A/CN.9/456، الفقرات ٢٠٠-٢٠٤

A/CN.9/466، الفقرات ١٣٧-١٤٠

A/CN.9/420، الفقرات ١٣٦-١٤٤

A/CN.9/432، الفقرات ٢١٨-٢٣٨

A/CN.9/434، الفقرات ٢٠٥-٢١٢

التعليق

التنازل عن الدفع الذي يتفق عليه بين المحيل والمدين

١٤٨- لكي يحصل المحيلون على قيمة أكبر لمستحقّاتهم وبتكلفة أقل، عادة ما يكفل المحيلون عدم وجود دفع أو حقوق مقاصة، تجاه المحال اليهم، من جانب المدين. وتسليماً بهذه الممارسة، تنص المادة ١٤ (١) (ج) على أن هذا الضمان موجود حتى في غياب اتفاق بين الطرفين بهذا الشأن. وفي الممارسة العملية، إذا لم يكن بالوسع تقديم هذا الاقرار، وكان يحتمل أن تخضع المستحقّات لدفع، فإن المحال اليهم لا يقبلون تلك المستحقّات، أو يقبلونها بقيمة مخفضة كثيراً أو فقط على أساس الرجوع (أي أنه

إذا لم يتمكن المحال اليه من التحصيل من المدينين يكون له الحق في إعادة المستحقات إلى المحيل (والتحصيل منه). ومن أجل تفادي تلك الآثار الضارة، يتفاوض المحيلون مع الدائنين، في الممارسة العملية، على التنازل عن الدفوع وحقوق المقاصة التي يمكن للمدينين أن يتمسكوا بها تجاه أي محال إليه مقبل. واستناداً إلى تلك التنازلات، يحدد المحال اليهم شروط الائتمان التي يعرضونها على المحيلين، التي يحتمل أن تؤثر بدورها في شروط الائتمان التي يعرضها المحيلون على المدينين.

١٤٩- وبهدف تمكين المحيلين من الحصول على الائتمان زهيد التكلفة، تقرر المادة ٢١ صحة تلك التنازلات عن الدفوع وحقوق المقاصة. وعلاوة على ذلك، فمن أجل تفادي عدم اليقين بشأن النتائج القانونية للتنازل وإمكانية أن تلغيه المحكمة باعتباره غير عادل للمدين أو باعتباره غير قابل للإنفاذ إلا بين المحيل والمدين، تقرر الفقرة (١) ما قد يبدو بديها في بعض النظم القانونية، وهو أن التنازل الذي يتفق عليه بين المحيل والمدين يمكن أن يستفيد منه المحال اليه. وتسليماً بأنه في الممارسة العملية يمكن الاتفاق على التنازل في وقت إبرام العقد الأصلي، وكذلك في وقت قبله أو بعده، لا تشير الفقرة (١) إشارة محددة إلى النقطة الزمنية التي يمكن الاتفاق فيها على التنازل. ولا تشترط الفقرة (١) أن تكون الدفوع معلومة للمدين أو أن ينص عليها صراحة في الاتفاق الذي يجري فيه التنازل عن الدفوع. فقد رأى الفريق العامل أن ذلك الشرط من شأنه أن يستحدث عنصراً من عدم اليقين، لأن المحال اليه سيحتاج إلى أن يثبت في كل حالة معينة على حدة ماذا كان المدين يعلم أو كان ينبغي أن يعلم. وقد تركت للقوانين الأخرى مسألة ما إن كان قبول الاحالة من جانب المدين ينبغي أن يعتبر تنازلاً أو تأكيداً للتنازل أو ما إن كان التنازل عن الدفوع ينبغي أن يعتبر موافقة أو تأكيداً لموافقة المدين على الاحالة.

التنازل عن الدفوع الذي يتفق عليه بين المحيل والمدين

١٥٠- تقتصر الفقرة (١) على التنازلات التي يتفق عليها بين المحيل والمدين. ونتيجة لذلك لا تنطبق القيود الواردة في الفقرة (٢) على التنازلات التي يتفق عليها بين المدين والمحال اليه. فقد رأى الفريق العامل أن مشروع الاتفاقية لا ينبغي أن يقصر مسؤولية المدين على التفاوض مع المحال اليه من أجل الحصول على منفعة، مثل سعر فائدة أقل أو فترة سداد أطول. وفي الوقت نفسه، رأى الفريق العامل أيضاً أنه، بالنظر إلى أن الاتفاقات بين المحال اليهم والمدينين خارجة عن إطار مشروع الاتفاقية، فلا ينبغي لمشروع الاتفاقية أن يخول للمدين صلاحية التفاوض مع المحال اليهم على تنازلات إذا كانت تلك الصلاحية لن تكون متاحة للمدين في إطار القانون المنطبق (انظر الفقرة ٧٥).

القيود على التنازلات

١٥١- في حين تستهدف المادة ٢١ تيسير زيادة إمكانية الحصول على الائتمان زهيد التكلفة، ما هو في صالح التجارة عموماً، فإنها لا تتجاهل حماية المدين. ومن أجل حماية المدينين من الضغط الذي لا مبرر له من جانب الدائنين بهدف تنازل المدينين عن دفعهم، تستحدث الفقرتان (١) و (٢) قيوداً معقولة

فيما يتعلق بتلك التنازلات عن الدفع. وتتعلق تلك القيود بالشكل الذي يمكن أن تتم به تلك التنازلات، وبأنواع معينة من المدينين، وبأنواع معينة من الدفع.

١٥٢- فبموجب الفقرة (١)، لا يمكن أن يكون التنازل تصرفا من طرف واحد أو اتفاقا شفويا؛ ويتعين أن يتخذ شكل اتفاق مكتوب موقع عليه من جانب المدين، من أجل ضمان أن الطرفين كليهما، وعلى الخصوص المدين الذي يتنازل عن حقوقه، على علم تام بالتنازل وبناتجه، بما في ذلك المنافع الممنوحة للمدين مقابله، ومن أجل تيسير الاثبات. وعلاوة على ذلك، لا يمكن للتنازل أن يعلو على قانون حماية المستهلكين السائد في البلد الذي يوجد فيه مكان عمل المدين (بشأن مستحقات المستهلكين وحماية المستهلكين، انظر الفقرات ٣٦ و ١٠٠ و ١٢٨ و ١٩٦). وفي الحالات التي ينطبق فيها مشروع الاتفاقية، يحل هذا الحكم من الناحية العملية محل الإشارة، في القانون المحدد المنطبق، الى مكان المدين فيما يتعلق بالقاعدة العامة الواردة في المادة ٢٩. ومن أجل تفادي اختلاف المصطلحات والفوارق الأخرى الموجودة بين مختلف النظم القانونية، تشير الفقرة (١) الى المدينين في المعاملات التي تجري "لأغراض شخصية أو أسرية أو منزلية". وعلاوة على ذلك، فبموجب الفقرة (٢)، لا يمكن أن يكون التنازل متعلقا بدفع ناشئة عن تصرفات احتيالية يرتكبها المحال اليه. فمن شأن هذه النتيجة أن تتناقض مع معايير حسن النية الأساسية. ويهدف حماية المحال اليه الذي يقبل احالة بحسن نية، قرر الفريق العامل عدم تطبيق نفس القيد على الدفع المتعلقة بالاحتيال من جانب المحيل. وإذا لم يكن بوسع المدين التنازل عن تلك الدفع، سيتعين على المحال اليه أن يتحقق من أجل التأكد من أن المحيل لم يرتكب احتيالا في سياق العقد الأصلي. غير أن القيد الوارد في الفقرة (٢) ينطبق ليس فقط على الدفع المتعلقة بالاحتيال من جانب المحال اليه وحده بل ينطبق أيضا على الدفع المتعلقة بالاحتيال من جانب المحال اليه بالتواطؤ مع المحيل.

تعديل التنازلات

١٥٣- تماشيا مع الفقرة (١) تشترط الفقرة (٣) أن يكون تعديل التنازل في شكل اتفاق مكتوب موقع عليه من المدين. وتحتاج الأطراف إلى تنبيه بالنتائج القانونية لذلك التعديل، الذي ينبغي أن يكون من السهل اثباته إذا اقتضى الأمر. وبهدف ضمان أن التعديل، الذي يمكن الاتفاق عليه بين المحيل والمدين، لا يمس حقوق المحال إليه، تجعل الفقرة (٣) التعديل خاضعا للإجراء المتوخى في الفقرة ٢٢(٢) لتعديل العقد الأصلي بعد تقديم الإشعار بالإحالة (أي خاضعا لموافقة فعلية أو اعتبارية من جانب المحال إليه؛ انظر الفقرة ١٥٧).

المادة ٢٢ - تعديل العقد الأصلي

(١) يكون أي اتفاق يبرم بين المحيل والمدين قبل الإشعار بالإحالة ويمس بحقوق المحال إليه نافذ المفعول تجاه المحال إليه، ويكتسب المحال إليه حقوقا مقابلة.

(٢) بعد الإشعار بالإحالة، لا يكون أي اتفاق بين المحيل والمدين يمس بحقوق المحال إليه نافذ المفعول تجاه المحال إليه إلا:

(أ) إذا قبل به المحال إليه؛ أو

(ب) إذا لم يكن قد تم تقاضي كامل المستحق بالوفاء، وكان التعديل منصوصا عليه في العقد الأصلي أو كان يجدر بأي محال إليه متعقل أن يقبل التعديل، في سياق العقد الأصلي.

(٣) لا تمس الفقرتان (١) و (٢) من هذه المادة بأي حق للمحيل أو للمحال إليه ناشئ عن الإخلال باتفاق بينهما.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرة ١٠٩	A/CN.9/447، الفقرات ١٢٢-١٣٥
A/CN.9/432، الفقرات ٢١٠-٢١٧	A/CN.9/456، الفقرتان ٢٠٥ و ٢٠٦
A/CN.9/434، الفقرات ١٩٨-٢٠٤	A/CN.9/466، الفقرتان ١٤١ و ١٤٢

التعليق

١٥٤- في الممارسة العملية، يمكن أن يلزم في كثير من الأحيان تعديل العقد الأصلي، لأسباب مختلفة (مثلا يمكن أن تلزم في تشييد المشروع معدات أو مواد تختلف عن المعدات والمواد المتفق عليها). ويتناول العقد ذو الصلة ما لتلك التعديلات في العقد من آثار فيما بين المحيل والمدين، أو فيما بين المحيل والمحال إليه. وتسليما بحرية إرادة الطرفين في هذا الصدد، لا تتدخل المادة ٢٢ في العلاقة بين المحيل والمدين أو بين المحيل والمحال إليه. وتبعا لذلك، تظل شروط اتفاق التعديل النافذ المفعول فيما بين المحيل والمدين وآثار ذلك التعديل القانونية خاضعة للقانون الذي يحكم ذلك الاتفاق، ولا تتأثر أي حقوق قد تكون للمحال إليه تجاه المحيل فيما يتعلق بانتهاك العقد (انظر الفقرة ١٥٨). غير أن المادة ٢٢ تتناول ما يقع نتيجة لتلك التعديلات في العقد من آثار على الأطراف الثالثة لا يمكن تناولها إلا عن طريق التشريع ولا تخضع للتنظيم إلا في عدد قليل من الولايات القضائية. وللتصدي لتلك الآثار الواقعة على الأطراف الثالثة، تنص المادة ٢٢، من ناحية، على أن للمدين الحق، تجاه المحال إليه، في تعديل العقد الأصلي، ومن الناحية الأخرى، على أن المحال إليه يحصل على حقوق تجاه المدين بموجب العقد الأصلي المعدل. وتبعا لذلك، إذا جرى تعديل أسعار السلع أو الخدمات التي تقدم بموجب العقد الأصلي، فلا يمكن للمدين أن يتمسك بتعديل العقد بصفة دفع، متذعرا بأن المحال إليه ليست له حقوق بموجب العقد المعدل الجديد، وأن يرفض الدفع حتى بالسعر المخفض. وبالمثل فإن السداد بالسعر المخفض يبرئ نمة المدين من التزامه.

١٥٥- والقاعدة الأساسية التي تضعها المادة ٢٢ هي أنه، قبل تقديم الإشعار، تكون للمحيل والمدين حرية تعديل عقدهما. ولا يتعين عليهما الحصول على موافقة المحال إليه، على الرغم من أن المحيل ربما كان قد تعهد في عقد الإحالة بالامتناع عن إجراء أي تعديلات في العقد دون موافقة المحال إليه، أو ربما كان حسن النية يقتضي منه أن يبلغ المحال إليه بتعديل العقد. ويمكن أن يؤدي الإخلال بهذا التعهد إلى نشوء مسؤولية على المحيل تجاه المحال إليه. غير أن ذلك الإخلال لا يبطل اتفاق تعديل العقد الأصلي، لأن من شأن ذلك النهج أن يؤثر تأثيرا غير ملائم في حقوق المدين. وبعد تقديم الإشعار، يصبح تعديل العقد الأصلي نافذا تجاه المحال إليه، رهنا فقط بالموافقة الفعلية أو الاعتبارية من جانب المحال إليه. والمبرر الذي يستند إليه ذلك هو أنه، بعد تقديم الإشعار، يصبح المحال إليه طرفا في علاقة ثلاثية، وأي تغيير في تلك العلاقة يمس حقوق المحال إليه لا ينبغي أن يلزم المحال إليه ضد إرادته. ويتمشى هذا النهج مع المادة ١٩، التي وفقا لها يجوز للمدين، قبل تقديم الإشعار، أن يبرئ نمته من التزامه وفقا للعقد الأصلي.

التعديل قبل تقديم إشعار إلى المدين

١٥٦- تشترط الفقرة (١) وجود اتفاق بين المحيل والمدين، يبرم قبل تقديم الإشعار بالإحالة ويؤثر في حقوق المحال إليه. وإذا كان الاتفاق لا يؤثر في حقوق المحال إليه، لا تنطبق الفقرة (١). وإذا أبرم الاتفاق بعد تقديم الإشعار، تنطبق الفقرة (٢). وبموجب المادة ١٨، تكون النقطة الزمنية ذات الصلة هي الوقت الذي يتلقى فيه المدين الإشعار، لأنه ابتداء من ذلك الوقت لا يجوز للمدين أن يبرئ نمته من التزامه إلا وفقا لتعليمات السداد الصادرة من المحال إليه.

التعديل بعد تقديم الإشعار إلى المدين

١٥٧- الفقرة (٢) مصاغة بطريقة سلبية، لأن القاعدة هي أنه، بعد تقديم الإشعار، يكون التعديل غير نافذ تجاه المحال إليه، ما لم يستوف شرط إضافي. ومعنى عبارة "نافذ المفعول" هو أنه يجوز للمحال إليه أن يطالب بالمستحق الأصلي ولا يمكن أن يبرئ المدين نمته إبراء تاما بسداد مبلغ يقل عن قيمة المستحق الأصلي. وتشترط الفقرة (٢) موافقة فعلية أو اعتبارية من المحال إليه. وتلزم الموافقة الفعلية إذا كان قد تم تقاضي كامل المستحق بالوفاء، وبذلك أصبح لدى المحال إليه توقع مقبول عقلا بأنه سيتلقى سداد المستحق الأصلي. ولأغراض مشروع الاتفاقية، يعتبر أنه قد تم تقاضي كامل المستحق عند صدور فاتورة، حتى إذا كان العقد ذو الصلة قد تم أدائه جزئيا فقط. ونتيجة لذلك، فمن أجل تعديل مثل تلك العقود التي أدت جزئيا، تلزم موافقة المحال إليه. وتوجد الموافقة الاعتبارية إذا كان العقد الأصلي يسمح بإجراء تعديلات أو كان من شأن المحال إليه المتعقل أن يعطي موافقته. وهذه الموافقة تكفي إذا لم يكن قد تم تقاضي كامل المستحق وكان التعديل متوخى في العقد الأصلي أو كان من شأن المحال إليه المتعقل أن يوافق على ذلك التعديل. وفي اشتراط الموافقة الفعلية أو الاعتبارية، كان قصد الفريق العامل هو إرساء توازن ملائم بين اليقين والمرونة. وإذا تم تقاضي كامل المستحق، فإن تعديل العقد

الأصلي يؤثر في توقعات المحال إليه المعقولة ولذلك يتعين أن يكون ذلك التعديل خاضعا لموافقة فعلية من جانب المحال إليه. ومن الناحية الأخرى، إذا لم يكن قد تم تقاضي كامل المستحق، لا توجد حاجة لإثقال كاهل الأطراف بشروط يمكن أن تؤثر في نفاذ مفعول العقد نفاذا يتميز بالكفاءة. وعلى وجه الخصوص، في العقود الطويلة الأجل، مثل ترتيبات تمويل المشاريع أو إعادة هيكلة الديون (التي تقدم فيها المستحقات بصفة ضمان مقابل إجراء تخفيض في سعر الفائدة أو تمديد أجل الاستحقاق)، يمكن أن يؤدي اشتراط أن يحصل المحيل على موافقة المحال إليه على كل تعديل طفيف في العقد أن يبطئ العمليات، مع إلقاء عبء غير مرغوب فيه على عاتق المحال إليه. وهذه المشكلة لن تنشأ عادة، لأنه في الممارسة العملية تميل الأطراف إلى تسوية تلك المشاكل عن طريق اتفاق بشأن أنواع التعديلات التي تلزم فيها موافقة المحال إليه. وفي حالة عدم وجود مثل ذلك الاتفاق، أو في حالة انتهاك مثل ذلك الاتفاق من جانب المحيل، ستوفر الفقرة (٢) درجة كافية من الحماية للمدين.

مسؤولية المحيل عن الإخلال بالعقد

١٥٨- المقصود من الفقرة (٣) هو الحفاظ على أي حقوق قد تكون للمحال إليه، بموجب قانون آخر، تجاه المحيل، إذا كان تعديل العقد الأصلي يخل باتفاق بين المحيل والمحال إليه. ومعنى ذلك هو أنه إذا كان التعديل نافذا، بموجب المادة ٢٢، تجاه المحال إليه، ودون موافقة المحال إليه، فإن المدين يبرئ نمته بالسداد وفقا للعقد بصيغته المعدلة. غير أنه يجوز للمحال إليه أن يرفع دعوى ضد المحيل مطالبا ببقية المستحق الأصلي وبتعويض عن أي خسارة إضافية تكبدها، إذا كان التعديل يخل باتفاق بين المحيل والمحال إليه بموجب القانون المنطبق على الاتفاق.

المادة ٢٢ - استرداد المبالغ المسددة

دون مساس بالقانون الذي يحكم حماية المدين في المعاملات التي تجرى لأغراض شخصية أو أسرية أو منزلية في الدولة التي يقع فيها مقر المدين وبحقوق المدين بمقتضى المادة ٢٠، ليس من شأن تقصير المحيل في تنفيذ العقد الأصلي أن يعطي المدين الحق في أن يسترد من المحال إليه مبلغا كان المدين قد سدده الى المحيل أو المحال إليه.

المراجع

A/CN.9/447، الفقرات ١٣٦-١٣٩
A/CN.9/456، الفقرتان ٢٠٧ و ٢٠٨
A/CN.9/466، الفقرتان ١٤٣ و ١٤٤

A/CN.9/420، الفقرات ١٤٥-١٤٨
A/CN.9/432، الفقرات ٢٣٩-٢٤٤
A/CN.9/434، الفقرات ٩٤ و ٢١٣-٢١٥

التعليق

القاعدة: لا يمكن أن تسترد من المحال إليه المبالغ التي دفعت له

١٥٩- في الممارسة العملية، يجوز للمدين أن يسدد إلى المحال إليه قبل أن يؤدي المحيل التزامه بموجب العقد الأصلي. وإذا لم يتم المحال إليه بالأداء، تنشأ مسألة ما إن كان يجوز للمدين أن يسترد من المحال إليه المبالغ التي دفعت للمحال إليه. وهذه المسألة ذات أهمية خاصة إذا أصبح المحيل معسرا وبذلك استحال أن تسترد من المحيل المبالغ التي دفعت للمحيل. وتنص المادة ٢٣ على أنه، إذا دفع المدين إلى المحال إليه ولم يؤد المحيل العقد الأصلي أداءً سليماً، لا يمكن للمدين أن يطالب المحال إليه؛ ويبقى للمدين أي سبب قد يكون له لرفع دعوى على المحيل بموجب العقد الأصلي والقانون الذي يحكم ذلك العقد. ونتيجة لذلك، يتحمل المدين خطر إعسار شريكه التعاقدي، وهذا ما يكون عليه الأمر على أية حال إذا لم توجد إحالة. وقد لاحظ الفريق العامل أن المادة ١٠ من اتفاقية أوتاوا لا تتبع هذا النهج إلا إذا كان لدى المدين سبب لرفع دعوى ضد المحيل، وأنها تنص على استثناءات في حالة الإثراء غير المشروع أو سوء النية من جانب المحال إليه، فرأى الفريق العامل أن هذا الاختلاف له ما يبرره. ذلك أن حق المدين في أن يسترد من المحال إليه المبالغ المدفوعة إلى المحال إليه يؤدي وظيفة ضمان من المحال إليه بأن المحيل سيؤدي العقد الأصلي. ويمكن أن يكون ذلك الضمان ملائماً في حالات العوالة المحددة التي تتناولها اتفاقية أوتاوا، ولكن رؤي أنه غير ملائم في سياق النطاق الواسع من معاملات التمويل أو معاملات الخدمات التي يتناولها مشروع الاتفاقية.

الاستثناءات

١٦٠- تماشياً مع مبدأ أن مشروع الاتفاقية ليس مقصوداً منه أن يعلو على قانون حماية المستهلكين، تحفظ المادة ٢٣ أي حقوق قد تكون للمستهلك المدين، بموجب قانون البلد الذي يوجد فيه المدين، في أن يعلن إلغاء العقد الأصلي وأن يسترد من المحال إليه أي مبالغ دفعت إلى المحال إليه (بشأن مستحقات المستهلكين وحماية المستهلكين، انظر الفقرات ٣٦ و ١٠٠ و ١٢٨ و ١٥٢ و ١٩٦). ويبدو أن الإشارة إلى المادة ٢٠ تستحدث استثناءً ثانياً. ففي حالة السداد بالأقساط، يحافظ على ما للمدين من دفع وحقوق مقاصة فيما يتعلق بالأقساط القائمة. وقد ترغب اللجنة في أن تنظر فيما إن كانت هذه النتيجة واضحة وضوحاً كافياً بالفعل في المادة ٢٠.

الباب الثالث - الأطراف الأخرى

التعليق

هيكل الباب الثالث

١٦١- المادتان ٢٤ (القانون المنطبق على مسائل الأولوية) و ٢٥ (السياسة العامة) هما من قواعد القانون الدولي الخاص. والمادة ٢٦ (القواعد الخاصة للعائدات) هي خليط من قواعد القانون الدولي الخاص والقانون الموضوعي، والمادة ٢٧ (التنازل) هي من قواعد القانون الموضوعي. والمقصود من المواد ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ هو تقييد انطباق المادة ٢٤. وتظهر المادة ٢٥ قبل المادة ٢٦ ليس لأنها لا تنطبق بنفس القدر على الأحوال التي تتناولها المادة ٢٦، بل لأن المادة ٢٦، فيما يتعلق بمسائل القانون الدولي الخاص، تحيل إلى المادة ٢٤، وفيما يتعلق بمسائل القانون الموضوعي، هي قاعدة قائمة بذاتها. وليس المقصود من المادة ٢٥ هو تقييد انطباق قاعدة الأولوية الخاصة بموجب القانون الموضوعي الواردة في المادة ٢٧.

المادة ٢٤ - القانون المنطبق على تنازع الحقوق مع الأطراف الأخرى

باستثناء المسائل التي تسوى في مواضع أخرى من هذه الاتفاقية، ورهنا بالمادتين ٢٥ و ٢٦، يخضع لأحكام قانون الدولة التي يقع فيها مقر المحيل ما يلي:

(أ) مدى حق المحال إليه في المستحق المحال، وأولوية حق المحال إليه تجاه حقوق منازعة في المستحق المحال يتمتع بها:

١- شخص آخر أحيل إليه المستحق ذاته من المحيل ذاته، حتى وإن لم يكن ذلك المستحق مستحقا دوليا ولم تكن الإحالة إلى ذلك المحال إليه إحالة دولية؛

٢- أحد دائني المحيل؛

٣- مدير الاعسار؛

(ب) وجود ومدى حق الأشخاص المذكورين في الفقرة (١) (أ) ١- إلى ٣- في عائدات المستحق المحال، وأولوية حق المحال إليه في تلك العائدات تجاه ما لأولئك الأشخاص من حقوق منازعة؛

(ج) ما اذا كان لأحد الدائنين، بحكم القانون، حق في المستحق المحال نتيجة لحقه في ممتلكات أخرى للمحيل، ومدى أي حق من هذا القبيل في المستحق المحال.

المراجع

- | | |
|-----------------------------------|-----------------------------------|
| A/CN.9/420، الفقرات ١٤٩-١٦٤ | A/CN.9/455، الفقرات ١٨-٣٤ |
| A/CN.9/432، الفقرات ٢٤٥-٢٦٠ | A/CN.9/456، الفقرات ٢٠٩-٢١٣ |
| A/CN.9/434، الفقرات ٢٣٨-٢٥٨ | A/CN.9/466، الفقرات ٢٠-٢٤ و ٣٢-٣٥ |
| A/CN.9/445، الفقرات ١٨-٢٩ و ٣٠-٤٠ | |

التعليق

١٦٢- المادة ٢٤ هي من أهم أحكام مشروع الاتفاقية. والمقصود منها هو خدمة الهدف الأساسي لمشروع الاتفاقية وهو تيسير زيادة امكانية الحصول على الائتمان الأقل تكلفة من خلال تعزيز اليقين بشأن حقوق كل المطالبين المتنافسين. وتحقق هذه النتيجة ليس من خلال قاعدة أولوية من قواعد القانون الموضوعي (بشأن معنى عبارة "أولوية"، انظر الفقرات ٦٣-٦٥)، لأن الفريق العامل لم يتمكن من التوصل الى توافق آراء حول تلك القاعدة (ولكن بشأن قواعد الأولوية في القانون الموضوعي، انظر المادتين ٢٦ و ٢٧، والمرفق، والمادة ٤٠). بل تتحقق هذه النتيجة عن طريق قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص تخضع تنازع الأولوية لقانون ولاية قضائية واحدة يسهل تحديدها (قانون المكان الذي يقع فيه مقر المحيل؛ وبشأن معنى عبارة "مقر"، انظر الفقرات ٦٦-٧٠). وتشكل تلك القاعدة تحسينا كبيرا للحالة الراهنة التي يميل فيها المحال اليهم إما الى رفض المستحقات الدولية كضمان على الائتمان، أو قبولها بقيمة منخفضة، أو عدم قبولها الا مع ضمان اضافي، لأنهم لا يستطيعون تحديد القانون الذي قد يحكم الأولوية أو لأنه يتعين عليهم استيفاء شروط عدة ولايات قضائية من أجل ضمان الأولوية.

"باستثناء المسائل التي تسوى في مواضع أخرى من هذه الاتفاقية"

١٦٣- المقصود من العبارة الاستهلاكية في المادة ٢٤ هو ضمان أن المادة ٢٤ لا تنطبق إلا على المسائل التي لا تسوى عن طريق قاعدة من قواعد القانون الموضوعي مدرجة في مشروع الاتفاقية. فمثلا تتناول المادة ٩ النفاذ العام لمفعول إحالة المستحقات الآجلة أو الاشعار بالإحالة؛ ومسألة ما إن كانت للمحال اليه أولوية في حالة المستحقات التي تنشأ أو يتم تقاضيها بعد بدء اجراء اعسار فيما يتعلق بالمحيل هي مسألة متروكة لقانون مكان المحيل. ونتيجة لذلك تكون احالة المستحق غير الموجود في وقت تقديم الاشعار نافذة المفعول فيما بين المحيل والمحال اليه. وبالمثل تكون الاحالة نافذة تجاه المدين، حتى في حالة عدم تقديم اشعار، وإذا كان القانون الوطني يقتضي تقديم اشعار لدواعي الأولوية، فيتعين تقديم

اشعار بموجب مشروع الاتفاقية (وبذلك يمكن أن يتعلق الاشعار بمستحققات ليست موجودة في وقت تقديم الاشعار، حتى اذا كان القانون الوطني لا يسمح بتقديم اشعار فيما يتعلق بتلك المستحققات). فضلا عن ذلك تكون الاحالة نافذة المفعول في حالة عدم وجود تسجيل (حتى اذا كان القانون الوطني يجعل التسجيل شرطاً لنفاذ مفعول الاحالة ويشترط وصف المستحق المحال وصفا محددا). غير أن الأولوية ستحدد على أساس التسجيل، اذا كان قانون مكان المحيل ينص على ذلك (مسألة ما إن كان يلزم وصف المستحق وصفا محددا لأغراض الحصول على الأولوية عن طريق التسجيل متروكة لقانون مكان المحيل). ومسائل الصحة الشكلية (مثلا ما إن كانت تلزم كتابة أو يلزم اشعار أو تسجيل لكي تكون الاحالة نافذة المفعول فيما بين الأطراف) متروكة للقوانين الأخرى خارج نطاق مشروع الاتفاقية (للاطلاع على اقتراح من الأمانة لمعالجة هذه المسألة، انظر الفقرة ٨٢)؛ وكذلك مسائل الصحة الجوهرية للاحالة، غير المسائل التي تتناولها المواد من ٩ الى ١٢.

"رهننا بالمائتين ٢٥ و٢٦"

١٦٤- المسائل المذكورة في المادة ٢٤ تحال الى قانون مكان المحيل ما لم تكن قاعدة من قواعد ذلك القانون مخالفة مخالفة واضحة للسياسة العامة لدولة المحكمة أو كان يوجد حق أولوية فائقة بموجب قانون دولة المحكمة. وفي الحالة الأولى، ينطبق قانون مكان المحيل فيما سوى ذلك. وفي الحالة الأخيرة، تعطى الأولوية لحق الأولوية الفائقة، الذي له الأولوية بموجب قانون دولة المحكمة. وقد ترغب اللجنة في أن تنظر فيما إن كان انطباق المادة ٢٤ ينبغي أن يكون خاضعا أيضا لعدم وجود اتفاق تنازل (المادة ٢٧). وبدلا من ذلك قد ترغب اللجنة في أن تعتبر أنه بالنظر الى أن المادة ٢٧ هي قاعدة من قواعد القانون الموضوعي، فإن العبارة الاستهلالية من المادة ٢٤ ("باستثناء...") كافية لتناول المسائل التي تسويها المادة ٢٧ (على الرغم من أن المادة ٢٦ هي أيضا قاعدة من قواعد القانون الموضوعي وأن انطباق المادة ٢٤ يخضع للمادة ٢٦).

مدى الحق في المستحققات والأولوية فيها

١٦٥- تضع المادة ٢٤ (أ) تمييزا واضحا بين الأولوية ومدى حقوق المحال اليه. وعبارة "مدى حق" مقصود بها أن تجسد ما إن كان الأمر ينطوي على احالة على سبيل الضمان أم على احالة مطلقة، والطابع العيني أو الشخصي للحق تجاه الأطراف الثالثة (تسوي المادة ٩ ما للاحالة من آثار متعلقة بالملكية فيما بين المحيل والمحال اليه). ومن الناحية الأخرى، تتعلق الأولوية بمسألة من الذي يحصل على السداد أولا. ففي نزاع بين مطالب ذي أولوية، له حق شخصي، ومطالب آخر، ذي حق عيني، تكون الغلبة للمطالب الذي له الأولوية. غير أنه في حالة الاعسار سيتم السداد لذلك المطالب الفائز على قدم المساواة مع الدائنين الآخرين ذوي الحق الشخصي، في حين أنه يسدد له قبل أولئك الدائنين اذا كان له حق عيني.

النزاعات بين المحال اليهم في حالة الاحالات المزبوجة

١٦٦- تنشأ نزاعات بين من تحال اليهم نفس المستحقات من نفس المحيل في حالة "الاحالات المزبوجة". وهذه الاحالات هي ممارسة عادية في حالة الاحالات على سبيل الضمان التي تقدم فيها نفس المستحقات الى مقرضين مختلفين بصفة ضمان لمبالغ مختلفة من الائتمانات. غير أن الاحالات المطلقة المزبوجة يمكن أن تكون فعلا احتياليا أو منافيا للضمير. وفي حين أن الاحتيال قد يكون حدثا نادرا، فإن مجرد الغفلة من جانب المحيل، أو الجهل بالآثار القانونية لإحالة سابقة، يحدث كثيرا. ومن الأمثلة النمطية على ذلك الاحالة الى ممول بالمستحقات مقابل رأس المال المتداول وإلى ممول بالمخزونات أو الى مورد مواد بالائتمان مع الاحتفاظ بالحق في الملكية أو بحق ضمان آخر الى حين السداد الكامل لقيمة المخزونات أو المواد. وفي تلك الحالات، يمكن أن يكون التنازع ناشئا بين احالة عامة (احالة جميع المستحقات الحالية والآجلة) الى الممول بالمستحقات واحالة ايرادات بيع المخزونات أو المواد الى الممول بالمخزونات أو مورد المواد.

المنازعات بين المحال اليهم الخاضعين للاتفاقية والمحال اليهم غير الخاضعين لها

١٦٧- تنص المادة ٢٤ (أ) '١' صراحة على أن النزاع بين محال اليه خاضع للاتفاقية ومحال اليه غير خاضع لها (أي بين محال اليه أجنبي ومحال اليه محلي لمستحقات محلية) يخضع للاتفاقية أيضا (غير أن النزاع بين محال اليه موجود في دولة متعاقدة ومحال اليه موجود في دولة غير متعاقدة لا تشمله الاتفاقية). ويتفادى هذا النهج أي تأثير سلبي على القانون المحلي والممارسة المحلية. والواقع أن أحد الأسباب التي جعلت الفريق العامل يقرر تحويل قواعد الأولوية الى قواعد قانون دولي خاص كان أن تلك القواعد لن تؤثر تأثيرا سلبيا في الممارسات المحلية. ولا يعطي مشروع الاتفاقية الأولوية لمحال اليه أجنبي على محال اليه محلي. فالمشروع يكتفي بإحالة المنازعات حول الأولوية الى قانون مكان المحيل. وباستثناء ممكن وحيد (انظر الفقرة ٢٠)، سيكون ذلك القانون هو القانون الذي سيتعين على المحال اليه المحلي لمستحقات محلية أن يفي بشروطه لكي يحصل على الأولوية، سواء أكان مشروع الاتفاقية ينطبق أم لا ينطبق.

النزاعات مع دائني المحيل أو مدير الاعسار

١٦٨- يمكن أن يكون لدائن المحيل أو مدير الاعسار حق منازع مع المحال اليه اذا حصل ذلك الدائن، بعد الاحالة، على قرار من المحكمة بالحجز على المستحقات الموجودة بيد المحيل (اذا تمت الاحالة بعد الحجز أو بعد بدء اجراء الاعسار، لا ينشأ نزاع؛ وتكون أي حقوق قد يحصل عليها المحال اليه خاضعة لحقوق دائني المحيل أو مدير الاعسار). واذا كانت الأولوية مستندة الى وقت الاحالة، فتكون واقعة القيام بالاحالة قبل الحجز أو قبل بدء اجراء الاعسار كافية لإثبات أن المستحقات منفصلة عن حوزة المحيل (اذا كان الأمر يتعلق بإحالة مطلقة) أو أنه يمكن للمحال اليه استيفاء مطالبته تفضيلا له على الدائنين

غير الحاصلين على ضمانات (إذا كان الأمر ينطوي على إحالة على سبيل الضمان). غير أنه إذا كانت الأولوية تحدد على أساس تقديم اشعار الى المدين أو على أساس تسجيل بيانات معينة عن الإحالة في سجل عمومي، فإن واقعة اجراء الاحالة قبل الحجز أو قبل بدء اجراء الاعسار لا تكون كافية لأغراض اثبات الأولوية. ويلزم أيضا أن يتم اشعار المدين أو التسجيل قبل الحجز أو قبل بدء اجراء الاعسار.

إعسار المحال اليه أو المدين

١٦٩- المسائل التي تنشأ في حالة اعسار المحال اليه تقع خارج نطاق مشروع الاتفاقية ولا يتناولها مشروع الاتفاقية، ما لم يتم المحال اليه بإصدار إحالة لاحقة ويصبح محيلا. وليس المقصود من مشروع الاتفاقية أيضا أن يتناول المسائل التي تنشأ في سياق اعسار المدين. ويفترض أن يكون للمحال اليهم نفس ما يكون للمحيل من حقوق في المستحقات في حالة اعسار المدين.

"وجود ومدى حق ... وأولوية حق ..." في المستحقات

١٧٠- تماشيا مع الفقرة الفرعية (أ) تنص الفقرة الفرعية (ب) على أن قانون مكان المحيل يحكم مدى حقوق الأشخاص المذكورين أعلاه وأولوية تلك الحقوق فيما يتعلق بالعائدات. وتشمل العائدات، في إطار المادة ٦ (ك)، عائدات المستحقات وعائدات العائدات. ولذلك ربما يلزم حذف عبارة "المستحق المحال"، بغية تفادي اعطاء انطباع بأن المادة ٢٤ (ب) لا تتناول سوى إيرادات المستحقات. وتتعلق عبارة "مدى حق" بالطابع العيني أو الشخصي لما للمحال اليهم من حقوق في العائدات. وقد ترغب اللجنة في النظر فيما إن كان ينبغي الإبقاء على عبارة "وجود"، التي أضيفت في الدورة الحادية والثلاثين للفريق العامل دون مناقشة (انظر A/CN.9/466، الفقرة ٢١٢). ويبدو أن الفقرة الفرعية (ب) تتجاوز كثيرا في نطاقها نطاق الفقرة الفرعية (أ)، من حيث أنها تتناول، فيما يتعلق بالعائدات، مسائل لا يتناولها مشروع الاتفاقية حتى فيما يتعلق بالمستحقات، أي مسائل الصحة الموضوعية من جميع جوانبها ومسائل الصحة الشكلية. وربما يلزم تنقيح عنوان المادة ٢٤ (ب) إذا أبقى عليها دون تغيير.

وجود ومدى الحقوق في المستحقات التي هي عائدات لممتلكات أخرى

١٧١- يخضع مدى أي حقوق، وأولوية تلك الحقوق، في المستحقات التي هي عائدات لمستحقات أخرى، لقانون مكان المحيل، بحكم المادة ٢٤ (أ) '١'، إذا نشأت تلك الحقوق باتفاق، أو بموجب المادة ٢٤ (أ) '٢'، إذا نشأت تلك الحقوق بمفعول القانون. ورهنا بما إن كانت اللجنة ستقرر الإبقاء على الإشارة الى "وجود" تلك الحقوق، قد ترغب في دمج الفقرة الفرعية (ج) في الفقرة الفرعية (أ) '٢'، أو حذف الفقرة الفرعية (ج) كلية وإدراج توضيح للمسألة في التعليق (بشأن معنى عبارة "مدى حق"، انظر الفقرة ١٦٥).

القانون المنطبق

١٧٢- خروجاً على النهج المتبع تقليدياً في العديد من النظم القانونية، والذي يخضع مسائل الأولوية لقانون مكان المستحق (قانون البلد الذي يستحق فيه السداد أو يوجد فيه المدين)، قرر الفريق العامل، إخضاع مسائل الأولوية لقانون مكان المحيل. وفي اتخاذ هذا النهج، رأى الفريق العامل أن القاعدة التقليدية لم تعد تعتبر قاعدة صالحة أو كفؤة. ففي الحالة المتزايدة الشيوع والمتمثلة في إحالة إجمالية لمستحقات حالية ومستحقات آجلة، لا يحقق تطبيق قانون مكان المستحق تحديد قانون وحيد يحكم الحالة. كما أن ذلك التطبيق يعرض المحال إليهم المقبلين لعبء الاضطرار إلى تحديد مفهوم المكان لكل مستحق على حدة. ويؤدي تطبيق القانون الذي يحكم المستحق أو القانون الذي يختاره الطرفان إلى نتائج مماثلة. فالأولوية فيما يتعلق بالمستحقات المختلفة الموجودة ضمن مجموعة من المستحقات ستكون خاضعة لقواعد أولوية مختلفة، وفي حالة المستحقات الآجلة لن يتمكن الطرفان من أن يحددا، بأي قدر من اليقين، القانون المنطبق على الأولوية، وهذا عامل قد يحبط المعاملة أو على الأقل قد يزيد تكلفة الائتمان. وعلى الخصوص، يمكن أن يؤدي تطبيق القانون الذي يختاره المحيل والمحال إليه إلى السماح للمحيل بتحديد الأولوية بين عدد من المطالبين، متصرفاً بالتواطؤ مع أحد المطالبين من أجل الحصول على منفعة خاصة. وعلاوة على ذلك، سيكون القانون الذي يختاره الطرفان غير صالح للتطبيق كلية في حالة إحالات متعددة لنفس المستحقات إما من جانب نفس المحال إليه أو من جانب محال إليهم مختلفين، لأن قوانين مختلفة ستطبق على نفس نزاعات الأولوية.

١٧٣- وفي حين قرر الفريق العامل الخروج على النهج التقليدي من أجل استيعاب أشتع الممارسات التي تنطوي على إحالات إجمالية لجميع المستحقات الحالية والآجلة، قرر أن لا يكون هناك استثناء لإحالات المستحقات الوحيدة الحالية عالية القيمة. فقد رُئي على نطاق واسع أن استحداث قاعدة أولوية مختلفة فيما يتعلق بإحالة تلك المستحقات من شأنه أن يخل باليقين الذي تحقق في المادة ٢٤. وفضلاً عن ذلك، سيكون من الصعب للغاية تعريف "المستحقات عالية القيمة". كما أنه في حالة الإحالة الإجمالية المحتوية على مستحقات "عالية القيمة" ومستحقات "منخفضة القيمة"، ستكون الأولوية خاضعة لقوانين مختلفة.

١٧٤- وبالنظر إلى أنه، عند وجود أكثر من مكان عمل واحد، يحدد المكان بالإشارة إلى مكان الإدارة المركزية للكيان القانوني، سيؤدي تطبيق قانون مكان المحيل إلى تطبيق قانون ولاية قضائية واحدة يمكن تحديدها بسهولة في وقت الإحالة. وهو بذلك سيزيل الصعوبات المذكورة أعلاه. وعلى وجه الخصوص، يتيح مكان المحيل، بصفته عامل ربط، مزية أنه يوفر نقطة مرجعية واحدة؛ ويمكن التحقق من ذلك المكان حتى في وقت إحالة إجمالية لمستحقات آجلة؛ وسيكون مناسباً حتى في النظم القانونية التي يمارس فيها التسجيل؛ وسيؤدي إلى تطبيق قانون الولاية القضائية التي يحتمل أكبر احتمال أن يستهل فيها أي إجراء إعسار رئيسي فيما يتعلق بالمحيل. وهذا الجانب الأخير من جوانب انطباق قانون مكان

المحيل هو جانب جوهري، لأنه يتناول بطريقة ملائمة مسألة العلاقة بين مشروع الاتفاقية وقانون الإعسار المنطبق.

١٧٥- وفيما يتعلق بالإعسار، تركز المادة ٢٤ على ضمان أنه، في معظم الحالات، يكون القانون الذي يحكم الأولوية بموجب المادة ٢٤ والقانون الذي يحكم إعسار المحيل هما قانونا نفس الولاية القضائية الواحدة (الولاية القضائية الرئيسية التي يخضع لها المحيل). وأي تنازع بين مشروع الاتفاقية وقانون الإعسار المنطبق سيسوى، في تلك الحالة، بواسطة قواعد قانون تلك الولاية القضائية. وفي جميع الحالات الأخرى التي يستهل فيها إجراء إعسار، فيما يتعلق بأصول المحيل وأعماله، في دولة غير دولة الولاية القضائية الرئيسية التي يخضع لها المحيل (مثلا ولاية قضائية توجد فيها أصول المحيل)، يفسح مشروع الاتفاقية المجال للقواعد القانونية التي تجسد السياسة العامة للدولة التي يجري فيها الفصل في النزاع (المادة ٢٥). ولا تتأثر الحقوق الخاصة الأخرى لدائني المحيل أو مدير الإعسار (انظر الفقرة ١٨٢).

١٧٦- وقد ترغب اللجنة في النظر فيما إن كان تطبيق قانون مكان المحيل على مسائل الأولوية في حالة المستحقات الناشئة عن حسابات الودائع أو حسابات الأوراق المالية أو حسابات السلع سيكون ملائما. ففي تلك الممارسات تكون مسائل الأولوية خاضعة في العادة لقانون مكان الجهة التي تقدم الخدمة المالية. ويمكن أن يكون استحداث قاعدة أولوية مختلفة فيما يتعلق بتلك الممارسات متماشيا مع التوقعات العادية للأطراف. ومن الناحية الأخرى، يمكن أن يؤدي ذلك النهج إلى استحداث عدم اليقين، على الأقل من حيث أن الطرفين، لكي يحددا ما هي قاعدة الأولوية المنطبقة، سيحتاجان إلى اكتشاف مصدر المستحقات المحالة، الأمر الذي لن يتسنى فيما يتعلق بالمستحقات الآجلة، كما لن يتسنى إلا ببعض التكلفة فيما يتعلق بالمستحقات التي تحال إحالة إجمالية.

القيود الواقعة على قواعد القانون المنطبق

١٧٧- المادة ٢٤، بصفتها حكما من أحكام القانون الدولي الخاص، لا تسوي نزاعات الأولوية؛ فهي تكتفي بإحالتها إلى قانون مكان المحيل. وإذا كانت الأولوية، بموجب ذلك القانون، تستند إلى وقت الإحالة، فسيتعين على المحال إليه الذي ينظر فيما إن كان سيمول مستحقات معينة أن يعتمد على الإقرارات التي يقدمها المحيل وربما على الإقرارات التي تقدمها أطراف أخرى، أو على المعلومات المتاحة في سوق معينة. وإذا كان القانون المنطبق يحدد الأولوية استنادا إلى الأولوية في إشعار المدين، فسيكون على المحال إليه المقبل أيضا أن يعتمد على الإقرارات المقدمة من المحيل أو من المدين، وكذلك على المعلومات المتاحة من مصادر أخرى. وفي تلك الولايات القضائية، لن يكون بالوسع مطلقا في وقت الإحالة الحصول على الأولوية فيما يتعلق بالمستحقات الآجلة (في ذلك الوقت لا تكون هوية الدائنين معروفة)، ولن يكون بالوسع الحصول على الأولوية فيما يتعلق بالمستحقات التي تحال إحالة إجمالية إلا بالتكلفة الإضافية المترتبة على إشعار جميع الدائنين. ومن الناحية الأخرى، إذا كانت الأولوية بموجب القانون المنطبق يحصل عليها عن طريق إدراج بيانات معينة في سجل عمومي، غير الإقرارات المقدمة

من المحيل والأطراف الأخرى، فسيكون ذلك السجل العام متاحا للمحال إليهم المقبلين للاعتماد عليه. فضلا عن ذلك، ستكون لدى المحال إليهم الذين يسجلون البيانات اللازمة وسيلة موضوعية لاكتساب الأولوية (بشأن قيود أخرى على تطبيق قواعد الأولوية الواردة في مشروع الاتفاقية، انظر الفقرات ١٧٧ و١٨٠).

الوقت نو الصلة بتحديد مكان المحيل

١٧٨- لكي ينطبق مشروع الاتفاقية، بما في ذلك المادة ٢٤، يتعين أن يكون مقر المحيل واقعا في دولة متعاقدة في وقت إبرام عقد الإحالة. وهذا النهج يعزز إمكانية التنبؤ بشأن انطباق مشروع الاتفاقية وييسر اتخاذ القرارات بشأن إبرام الصفقات وتحديد تكلفتها. غير أنه إذا أجرى المحيل إحالة في أحد البلدان وإحالة أخرى في بلد آخر انتقل إليه المحيل، فيمكن ألا ينطبق مشروع الاتفاقية إذا لم يكن المقر الجديد للمحيل واقعا في دولة متعاقدة (المادة ٢٤ (أ) '١' غير مقصود منها أن تتناول تلك الحالات). وحتى إذا انطبق مشروع الاتفاقية فإن انطباق المادة ٢٤ سيكون مستشكلا لأنه سيكون هناك قانونان لمكان المحيل. ولذلك فقد ترغب اللجنة في أن تعتبر أنه، في حالة تغير مكان المحيل أو مكان المستحق، ينبغي استحداث فترة إمهال، لا يفقد فيها المحال إليه ذو الأولوية بموجب قانون المكان الأول أولويته. وسيكفل ذلك النهج أن حقوق المطالبين الموجودين في المكان الجديد لن تكون خاضعة إلى الأبد لحقوق مطالبين من ولايات قضائية أخرى. وستكون تلك القاعدة الانتقالية ضرورية لأنه، بالسرعة التي تجري بها الاندماجات حاليا، يمكن أن يكون نقل مكان الإدارة المركزية لكيان كامل واقعة غير نادرة الحدوث. وسيكون التصدي لمسألة تغيير المكان ضروريا، على الخصوص، إذا كان المقر الذي يوجد فيه الكيان يحدد بالإشارة إلى المكان الذي يدون فيه المستحق. ولا شك أن نقل المستحقات أسهل من نقل أماكن الإدارة المركزية.

المادة ٢٥ - السياسة العامة والحقوق التفضيلية

(١) لا يجوز لأي محكمة أو هيئة مختصة أخرى أن ترفض تطبيق حكم من أحكام قانون الدولة التي يقع فيها مقر المحيل إلا إذا كان ذلك الحكم يتعارض صراحة مع السياسة العامة لدولة تلك المحكمة أو الهيئة .

(٢) في اجراءات الاعسار التي تستهل في دولة غير الدولة التي يقع فيها مقر المحيل ، اذا نشأ أي حق تفضيلي بمقتضى قانون دولة المحكمة وأعطى الأولوية على حقوق محال اليه في اجراءات اعسار تنظم في اطار قانون تلك الدولة ، تكون لذلك الحق تلك الأولوية بصرف النظر عما تنص عليه المادة ٢٤ . ويجوز للدولة أن تودع في أي وقت اعلانا تبين فيه تلك الحقوق التفضيلية .

المراجع

- A/CN.9/434، الفقرات ٢١٦-٢٢٧
A/CN.9/445، الفقرات ٤١-٤٤
A/CN.9/455، الفقرات ٣٥-٤٠
A/CN.9/456، الفقرات ٢١٤-٢٢٢
A/CN.9/466، الفقرات ٣٦-٤١

التعليق

السياسة العامة

١٧٩- السياسة التي تستند إليها المادة ٢٥ هي تحقيق توازن بين الحاجة إلى كفالة اليقين بشأن انطباق قانون مكان المحيل والحاجة إلى الحفاظ على القرارات السياساتية الأساسية لقانون دولة المحكمة. وتبعاً لذلك، تسلم الفقرة (١) بحق المحكمة أو الهيئة الأخرى، سواء في سياق الإعسار أو في غيره، في أن تبطل حكم قانون مكان المحيل، وهي في الوقت نفسه تجعل ذلك الحق محدوداً بالحالات التي يكون فيها ذلك الحكم "يتعارض صراحة" مع السياسة العامة لدولة المحكمة. والسياسة العامة المقصودة في الفقرة (١) هي السياسة العامة الدولية لدولة المحكمة. وليس للجوء لتلك السياسة العامة تأثير سلبي إلا بمعنى أنه قد يحبط تطبيق حكم من أحكام القانون الذي ينطبق بموجب المادة ٢٤ يكون متعارضاً صراحة مع السياسة العامة لدولة المحكمة (مثلاً قاعدة تعطي الأولوية لدولة أجنبية فيما يتعلق بالضرائب). ونتيجة لذلك، يمكن أن يجري تخطي شخص معين في تحديد الأولوية، في حين أن الأولوية ستحدد بواسطة أحكام أخرى في القانون المنطبق.

١٨٠- ولكي تستبعد قاعدة الأولوية بموجب الفقرة (١)، يجب أن تكون "متعارضة صراحة" مع السياسة العامة لدولة المحكمة. ويفترض أن الأمر يتعلق بولائتين قضائيتين (أي أن المحكمة توجد في دولة غير الدولة التي يوجد فيها مقر المحيل). وإذا كان الأمر يتعلق بولاية قضائية واحدة فقط، فستسوى المسألة بموجب قواعد تلك الولاية القضائية. ومفهوم "يتعارض صراحة" مستخدم في النصوص الدولية بصفة قيد للسياسة العامة (انظر مثلاً المادة ٦ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، والمادة ١٦ من اتفاقية روما، والمادة ١٨ من اتفاقية مكسيكو). والغرض من ذلك القيد هو التشديد على أن استثناءات السياسة العامة ينبغي أن تفسر تفسيراً تقييدياً، ولا ينبغي الاستظهار بالفقرة (١) إلا في ظروف استثنائية تتعلق بمسائل ذات أهمية أساسية لدولة المحكمة. وبغير ذلك يمكن الإخلال إخلالاً خطيراً باليقين الذي تحققه المادة ٢٤، وتلك نتيجة سيكون لها أثر سلبي في توافر الائتمان وتكلفتها استناداً إلى المستحقات (عبارة "إذا كان واضحاً أن هذا الحكم يتعارض" تستخدم أيضاً في المادة ٣٢: انظر الفقرة ١٩٩).

١٨١- وكما هو مذكور أعلاه، يمكن أن لا يكون للسياسة العامة التي تنطوي عليها المادة ٢٥ تفسير إيجابي؛ فقد لا تؤدي إلى التطبيق الإيجابي لقاعدة أولوية، في دولة المحكمة، تجسد السياسة العامة (مثلاً قاعدة تعطي الأولوية للعاملين الموجودين في دولة المحكمة). ولذلك السبب تسمح الفقرة ٢ بصفة محددة لدولة المحكمة بأن تطبق قواعد الأولوية الخاصة بها، في الحالة التي تكون فيها قاعدة من قواعد الأولوية المنطبقة بموجب الفقرتين ١ و ٢ متعارضة تعارضاً واضحاً مع السياسة العامة لدولة المحكمة (مثلاً مطالبات الدولة بالضرائب أو مطالبات العاملين بالأجور، ولكن ليس الحقوق الضمانية الناشئة عن عقد أو حقوق الملكية الأخرى المسلم بها في قرار من محكمة). وتمضي الفقرة ٢ خطوة أخرى إلى الأمام. فهي تسمح للدولة (ولكن لا تنشئ التزاماً عليها) بأن تدرج في إعلان حقوق الأولوية الفائقة التي ينبغي أن تعلو على حقوق المحال إليه بموجب مشروع الاتفاقية. والمقصود بإمكانية إصدار الاعلانات هذه هو تعزيز اليقين، من حيث أنها توفر آلية للمحال اليهم يعرفون بها ما هي حقوق الأولوية الفائقة التي ستعلو على حقوقهم. وقد ترغب اللجنة في إعادة النظر في استخدام عبارة "تفضيل" (يمكن أن تكون أوسع من المقصود وأن تلتبس مع الأولوية العادية، المعرفة في المادة ٦ (ح) بأنها تفضيل).

حقوق الاعسار الخاصة

١٨٢- لا تشير المادة ٢٥ إلى الحقوق الخاصة لدائني المحيل أو الحقوق الخاصة لمدير الاعسار التي قد تعلو على حقوق المحال إليه بموجب القانون الذي يحكم الاحالة. والسبب هو أن الأولوية المقررة بموجب مشروع الاتفاقية ليس مقصوداً منها أن تتدخل في تلك الحقوق الخاصة. وتلك الحقوق الخاصة تشمل، على سبيل المثال لا الحصر، أي حق لدائني المحيل في إبطال احالة، أو جعلها غير نافذة المفعول بأية طريقة أخرى، أو بدء دعوى لإبطال تلك الاحالة أو جعلها غير نافذة المفعول بأي طريقة أخرى، باعتبارها احالة احتيالية أو تفضيلية. وتشمل تلك الحقوق أيضاً أي حق لمدير الاعسار في إبطال احالة، أو جعلها غير نافذة المفعول بأية طريقة أخرى، أو بدء دعوى لإبطال تلك الاحالة أو جعلها غير نافذة المفعول بأي طريقة أخرى، باعتبارها احالة احتيالية أو تفضيلية؛ أو حقه في إبطال احالة مستحقات لم تنشأ في وقت بدء اجراء الاعسار، أو جعل تلك الاحالة غير نافذة المفعول بأية طريقة أخرى، أو بدء دعوى لإبطال تلك الاحالة أو جعلها غير نافذة المفعول بأية طريقة أخرى؛ أو حقه في ائصال المستحقات المحالة بالنفقات التي يتكبدها مدير الاعسار في أداء العقد الأصلي؛ أو في ائصال المستحقات المحالة بالنفقات التي يتكبدها مدير الاعسار في صون المستحقات أو الحفاظ عليها أو انفاذها بناء على طلب المحال إليه ولمصلحته. وإذا كانت المستحقات المحالة تشكل ضماناً لمديونية أو لالتزامات أخرى، فإن الحقوق الخاصة المحمية تشمل أي حقوق موجودة بموجب قواعد الاعسار أو بموجب الاجراءات التي تحكم عموماً اعسار المحيل وتسمح لمدير الاعسار بإئصال المستحقات المحالة؛ أو تنص على وقف حقوق المحال اليهم المنفردين أو الدائنين المنفردين للمحيل في تحصيل المستحقات أثناء اجراء الاعسار؛ أو تسمح بالاستعاضة عن المستحقات المحالة بمستحقات جديدة ذات قيمة مساوية على الأقل؛ أو تنص على حق مدير الاعسار في الاقتراض باستخدام المستحقات المحالة بصفة ضمان بقدر ما تكون قيمتها أكبر من قيمة الالتزامات المشمولة بالضمان.

المادة ٢٦ - القواعد الخاصة للعائدات

(١) اذا تلقى المحال اليه عائدات المستحق المحال، يحق للمحال اليه أن يحتفظ بتلك العائدات بقدر ما تكون لحق المحال اليه أولوية في المستحق المحال على ما للأشخاص المذكورين في الفقرة الفرعية (أ) '١' الى '٣' من المادة ٢٤ من حقوق منازعة في المستحق المحال.

(٢) اذا تلقى المحيل عائدات المستحق المحال، تكون لحق المحال اليه في تلك العائدات أولوية على ما للأشخاص المذكورين في الفقرة الفرعية (أ) '١' الى '٣' من المادة ٢٤ من حقوق منازعة في تلك العائدات بقدر ما تكون لحق المحال اليه أولوية على حق أولئك الأشخاص في المستحق المحال، اذا:

(أ) تلقى المحيل العائدات بناء على تعليمات من المحال اليه بأن يحتفظ بالعائدات لمصلحة المحال اليه؛ و

(ب) احتفظ المحيل بالعائدات لمصلحة المحال اليه بصورة منفصلة وكان يمكن تمييزها على نحو معقول عن موجودات المحيل، كما في حالة حساب الايداع المنفصل الذي لا يحتوي الا على مقبوضات نقدية من المستحقات المحالة الى المحال اليه.

المراجع

A/CN.9/466، الفقرات ٤٢-٥٣

A/CN.9/447، الفقرات ٦٣-٦٨

A/CN.9/456، الفقرات ١٦٠-١٦٧

التعليق

١٨٣- المقصود من المادة ٢٦ هو استحداث قاعدة أولوية محدودة من قواعد القانون الموضوعي فيما يتعلق بالعائدات. وتشمل العائدات عائدات العائدات (لذلك ربما يلزم حذف عبارة "المستحق المحال")، ولكن ليس السلع المعادة (فيما بين المحيل والمحال اليه، تسوى الحقوق في العائدات والسلع المعادة في المادة ١٦ (١) (ج)).

العائدات التي يتلقاها المحال اليه

١٨٤- بموجب الفقرة ١، يجوز للمحال اليه أن يحتفظ بأي عائدات يتلقاها المحال اليه (بعبارة أخرى، يكون للمحال اليه حق عيني)، اذا كانت للمحال اليه أولوية فيما يتعلق بالمستحق المحال. والقيد المنصوص عليه ضمناً، والذي ربما يلزم أن ينص عليه صراحة (كما في المادة ١٦ (٣))، هو أنه لا يجوز

للمحال اليه أن يحتفظ بأكثر من قيمة مستحقة. غير أن الفقرة (١) يمكن أن تؤدي دون قصد الى منح المحال اليه أولوية فيما يتعلق بعائدات العائدات حتى اذا كانت لشخص آخر أولوية فيما يتعلق بعائدات المستحق المحال بموجب قانون مكان المحيل. فمثلا، اذا سدد المدين للمحيل بشيك، وأودع المحيل الشيك في حسابه المصرفي ثم سدد الى المحال اليه، فبموجب الفقرة (١)، يكون للمحال اليه الأول الحق في الاحتفاظ بالنقد (عائدات العائدات) حتى وإن كانت للمؤسسة الوديعة أولوية فيما يتعلق بالرصيد الموجود في حساب الايداع (عائدات المستحق المحال). ويمكن أن تنشأ نفس النتيجة غير الملائمة اذا تلقى المحيل السداد على سبيل ضمان (سند مثلا)، وتم رهن الضمان لمحال اليه ثان، ثم دفعت عائداته الى المحال اليه الأول. فيمكن أن يحتفظ المحال اليه الأول بايرادات الايرادات، حتى وإن كانت الأولوية فيما يتعلق بايرادات المستحق المحال بموجب قانون مكان المحيل تكون عادة للمحال اليه الثاني. ولذلك قد ترغب اللجنة في ادراج عبارة في المادة ٢٦ لضمان أن حق المحال اليه في ايرادات الايرادات لا يؤثر في حقوق شخص آخر في ايرادات المستحق المحال بموجب قانون مكان المحيل.

الايرادات التي يتلقاها المحيل

١٨٥- بموجب الفقرة (٢)، تكون للمحال اليه أولوية فيما يتعلق بالايرادات التي يتلقاها المحيل، اذا كانت للمحال اليه أولوية فيما يتعلق بالمستحق المحال وتلقى المحيل سدادا نيابة عن المحال اليه واحتفظ بتلك العائدات منفصلة عن موجوداته الخاصة. ويهدف هذا الحكم المحدود الى تيسير ممارسات، مثل خصم الفواتير غير المعلن والتسديد، من حيث أن تلك الأولوية فيما يتعلق بالايرادات ستزيد اليقين بشأن السداد الى المحال اليه، ولا سيما في حالة الاعسار. وقد ترغب اللجنة في أن تنظر فيما إن كانت الفقرة (٢) كافية لتحقيق أهدافها، لأنها لا تحيل مدى الحق احوالة واضحة (أي طابعه العيني أو الشخصي) الى قانون مكان المحيل، كما تفعل المادة ٢٤ (مسألة الطابع العيني للحق ومسألة أولوية الحق هما مسألتان متميزتان؛ انظر الفقرة ١٦٥).

المادة ٢٧- التنازل

يجوز للمحال اليه ذي الحق في الأولوية أن يتنازل في أي وقت، من جانب واحد أو بالاتفاق، عن أولويته لصالح أي محال اليه موجود حاليا أو مستقبلا.

المراجع

التعليق

١٨٦- المقصود من المادة ٢٧ أن تعترف بما للأطراف المتنازعين من مصلحة في التفاوض على الأولوية والتنازل عنها لصالح مطالب أدنى درجة حيثما تقتضي ذلك اعتبارات تجارية. ومن أجل إتاحة المرونة القصوى وتجسيد الممارسات العملية السائدة، توضح المادة ٢٧ أن التنازل الصحيح لا يلزم أن يأخذ شكل اتفاق تنازل مباشر بين المحال إليه ذي الأولوية والمستفيد من اتفاق التنازل. فيمكن أيضا أن يتم التنازل الصحيح من طرف واحد، وذلك مثلا بواسطة تعهد من المحال إليه ذي الرتبة الأولى للمحيل (سواء في عقد الاحالة أو في اتفاق مستقل مكتوب أو شفوي)، يخول للمحيل جعل احالة ثانية ذات رتبة أولى في الأولوية. ويقصد بعبارة "من جانب واحد" أيضا توضيح أن المستفيد من التنازل (المحال إليه الثاني) لا يلزم أن يقدم عوضا مقابل الأولوية التي يمنحها له التنازل من طرف واحد. وعلاوة على ذلك، توضح المادة ٢٧ أن التنازل النافذ لا يلزم أن يبين على وجه التحديد هوية المستفيد المقصود أو المستفيدين المقصودين ("أي محال إليه موجود حاليا أو مستقبلا") ويمكن بدلا من ذلك أن يستخدم عبارة عامة. وهذا التنازل من طرف واحد يمكن أن يحدث في احالة بين هيئتين في نفس المجموعة ذات الشخصية الاعتبارية، أو يمكن أن يكون خدمة يقدمها مقرض الى مقرض لاعتبارات تجارية.

الفصل الخامس - تنازع القوانين

المراجع

A/CN.9/455، الفقرات ٦٧-٧٣
A/CN.9/466، الفقرات ١٤٥-١٤٩

A/CN.9/420، الفقرات ١٨٥-١٨٧
A/CN.9/445، الفقرات ٥٢-٥٥

نطاق الفصل الخامس والغرض منه

التعليق

١٨٧- المقصود من الفصل الخامس هو النص على بضعة مبادئ عامة معتمدة على نطاق واسع ولكنها ليست معترفا بها في جميع النظم القانونية. وليس المقصود منه هو تناول جميع المسائل المتصلة بالاحالة بطريقة شاملة، أو أن يحل محل أي نص تشريعي دولي قائم أو أن يتضارب معه. وتعكس المواد ٢٨ و ٢٩ و ٣١ و ٣٢ مبادئ مقبولة عموما (مثلا اتفاقية مكسيكو أو المادة ١٢ من اتفاقية روما، باستثناء اشتراط الاختيار الصريح، الوارد في المادة ٢٨ (١)، والافتراض القابل للطعن لصالح مكان عمل المحيل، الوارد في المادة ٢٨ (٢)). وكون تلك المبادئ ربما كانت مقبولة بالفعل في قانون بعض الدول لا يقلل من فائدتها لدول أخرى. وعلاوة على ذلك ففي غياب تلك الأحكام سيظل قدر كبير من عدم

اليقين باقيا فيما يتعلق بالقانون المنطبق على جميع المسائل المتروكة، بحكم الضرورة، لقانون غير مشروع الاتفاقية (للاطلاع على قائمة غير شاملة بتلك المسائل، أنظر الفقرة ٧٩).

١٨٨- والمقصود من المادة ٣٠ هو تمديد تطبيق المبادئ المجسدة في المواد ٢٤ الى ٢٦ الى معاملات تقع خارج نطاق مشروع الاتفاقية، وهي تأتي بجديد في تناول مسألة ليست مسواة تسوية واضحة أو ملائمة في القانون الراهن. وفي هذا الصدد، نظر الفريق العامل بعناية في المادة ١٢ من اتفاقية روما وخلص الى أنه، بالنظر الى عدم اليقين بشأن ما إن كانت المادة ١٢ تتناول مسائل الأولوية، وإن كانت تتناولها فما هو القانون المنطبق، فإنه يلزم تناول هذه المسألة في مشروع الاتفاقية. والافتراض الأساسي في المادة ٣٠، وهو أن مسائل الأولوية ينبغي أن تحال الى قانون مكان عمل المحيل، قد اعتمد بتوافق الآراء في المواد ٢٤ الى ٢٦. والمسألة القائمة تتعلق بالنطاق الدقيق لهذه القاعدة. ففي حين أن الفصل الخامس يبدو مقبولا عموما من حيث المضمون، يبدو أنه غير مقبول لدى بعض الدول لأسباب تتعلق بالسياسة التشريعية العامة (تتصل، مثلا بما إن كان من حسن السياسة أن تكون هناك قواعد عامة من قواعد القانون الدولي الخاص في نص قانوني موضوعي أساسا، وما إن كانت الأونسيترال هي الهيئة الملائمة لاعداد قواعد من قواعد القانون الدولي الخاص أم ينبغي ترك تلك المسألة لمنظمات دولية أو اقليمية أخرى). ومن أجل التصدي لتلك الشواغل السياساتية، أخضع الفصل الخامس لخيار عدم تقيد. غير أن حذف الفصل الخامس أو الحد من نطاقه سيقلل من الفوائد التي ستحصل عليها منه الدول التي تحتاجه، دون تقديم أي حماية اضافية الى الدول التي لا تحتاجه. وبالمثل فإن اخضاع الفصل الخامس لخيار تقيد يمكن أن يؤدي، دون قصد، الى الحد من نطاق انطباقه، لأن نهج خيار التقيد يمكن أن يثبط الدول عن اعتماد الفصل الخامس.

١٨٩- ومن حيث الصياغة، قد ترغب اللجنة في النظر فيما إن كانت المادة ١ (٣)، التي تحدد نطاق الفصل الخامس وتنص على خيار عدم تقيد من جانب الدول، ينبغي أن توضع في بداية الفصل الخامس، مع حكم يتناول تدرج الرتب بين الأحكام الموضوعية وأحكام القانون الدولي الخاص في مشروع الاتفاقية (أنظر الفقرة ٢٢). وقد ترغب اللجنة أيضا في النظر فيما إن كان ينبغي تنقيح عنوان الفصل الخامس ليكون نصه على غرار ما يلي: "قواعد أخرى بشأن تنازع القوانين" (المواد ٢٤ الى ٢٦ هي أيضا مواد خاصة بتنازع القوانين). وبدلا من ذلك، قد ترغب اللجنة في وضع جميع قواعد تنازع القوانين في فصل واحد. وإذا اعتمد ذلك النهج فيمكن حذف المادة ٣٠، وسيلزم اخضاع المواد ٢٤ الى ٢٦ لخيار عدم تقيد ولكن فقط بقدر كونها تنطبق دون اعتبار لما إن كان مكان المحيل في دولة متعاقدة.

المادة ٢٨ - القانون المنطبق على حقوق وواجبات المحيل والمحال اليه

(١) [باستثناء المسائل التي تسوى في هذه الاتفاقية]، تخضع حقوق وواجبات المحيل والمحال اليه في اطار عقد الإحالة لأحكام القانون الذي يختاره المحيل والمحال إليه صراحة.

(٢) في حال عدم اختيار المحيل والمحال إليه قانونا ما، تخضع حقوقهما وواجباتهما في إطار عقد الإحالة لقانون الدولة التي يكون عقد الإحالة أوثق صلة بها. وفي حال غياب ما يثبت خلاف ذلك، يفترض أن يكون عقد الإحالة أوثق صلة بالدولة التي يقع فيها مكان عمل المحيل. وإذا كان للمحيل أكثر من مكان عمل واحد، تجرى الإشارة إلى مكان العمل الذي تكون له أوثق صلة بالعقد. وإذا لم يكن للمحيل مكان عمل، يشار إلى مكان إقامته المعتاد.

(٣) إذا كان لعقد الإحالة صلة بدولة واحدة فقط، فإن اختيار المحيل والمحال إليه قانون دولة أخرى لا يحول دون انطباق قانون الدولة التي توجد للإحالة صلة بها، طالما أنه يمكن الخروج على ذلك القانون عن طريق العقد.

المراجع

- A/CN.9/420، الفقرات ١٨٨-١٩٦
A/CN.9/445، الفقرات ٥٢-٧٤
A/CN.9/455، الفقرات ٦٧-١١٩
A/CN.9/466، الفقرات ١٥٠-١٥٣

التعليق

١٩٠- المقصود من المادة ٢٨ أن تجسد مبدأ حرية إرادة الطرفين فيما يتعلق بالقانون المنطبق على عقد الإحالة (وهو مبدأ مجسد في المادة ١٢ من اتفاقية روما والمادة ٧ من اتفاقية مكسيكو). وفي حين أن هذا المبدأ مسلم به على نطاق واسع فإنه ليس مقبولا على نطاق عالمي. وإلى حين أن تبنت اللجنة في النطاق الدقيق للفصل الخامس، تظهر العبارة الاستهلاكية من المادة ٢٨ بين معقوفتين (إذا اعتمد الاقتراح المقدم من الأمانة في الفقرة ٢٣ فيمكن حذف هذه العبارة). وتنص الفقرة (١) على أن اختيار القانون يجب أن يكون صريحا. وقد سلم الفريق العامل بأن الاختيار الضمني سيكون متوافقا مع الاتجاهات الراهنة في القانون الدولي الخاص (أنظر المادة ٣ (١) من اتفاقية روما والمادة ٧ من اتفاقية مكسيكو). غير أنه رئي على نطاق واسع أنه ينبغي أن يشترط اختيار صريح في حالة المعاملات التمويلية، التي تكون لليقين فيها أهمية قصوى ويمكن أن يكون هو الذي يحدد ما إن كانت المعاملة ستتم وبأية تكلفة ستتم. وقد ترغب اللجنة في النظر في هذه المسألة. ويبدو أن إجازة اختيار القانون اختيارا "ينطوي عليه العقد ضمنا بوضوح" لن يخل باليقين اخلاxa خطيرا، بينما يمكن أن يجعل المادة ٢٨ أكثر قبولا لدى بعض الدول.

١٩١- وبموجب الفقرة (١)، يحكم القانون الملائم الخاص بالعقد الجوانب التعاقدية البحتة من عقد الإحالة (مثل إبرام العقد وصحته الموضوعية، وتفسير أحكامه، والتزام المحال إليه بدفع الثمن أو بتقديم الائتمان الموعد به، ووجود وتأثير البيانات المقدمة بشأن صحة الدين وقابليته للانفاذ). غير أن الفقرة (١) ليس مقصودا منها أن تتناول الجوانب الخاصة بصحة العقد من حيث الموضوع والتي يتناولها مشروع

الاتفاقية فيما يتعلق بالاحالات الداخلة في نطاقه (هذا هو الغرض من العبارة الاستهلالية) أو الجوانب الأخرى المتعلقة بصحة العقد من حيث الموضوع، مثل الأهلية للتصرف والصلاحيات للتصرف. وهذه المسألة هامة، لأنه في بعض البلدان تكون الأهلية للقيام بالاحالة الاجمالية مقصورة على الهيئات الاعتبارية أو على الاحالات التي تجرى في سياق أعمال المحيل. وليس واضحا بالقدر الكافي ما ان كانت المادة ٩ ستعطي على تلك الحظور القانونية المتعلقة بالأهلية. كما أنه ليس واضحا ما هو القانون الذي سينطبق على تلك الحظور القانونية. ففي حين أن معظم الاحالات الخاضعة لمشروع الاتفاقية ينبغي أن يقوم بها المحيلون في سياق أعمالهم فان ترك هذه المسألة غير متناولة يترك مساحة باقية يسود فيها عدم اليقين (للاطلاع على اقتراح من الأمانة يتناول مسألة القانون المنطبق على القابلية القانونية للاحالة، أنظر الفقرة ١٩٦). كما ليس مقصودا من الفقرة (١) أن تتناول عقد التمويل، اذا كان عقد الاحالة مجرد نص في عقد تمويل، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك. وعلاوة على ذلك فالفقرة (١) لا تتناول الجوانب المتعلقة بالأولوية من الاحالة (ولهذا السبب يشار الى "عقد الاحالة" وليس الى "الاحالة" نفسها؛ وبشأن هذا التمييز، أنظر الفقرتين ٢٤ و ٢٥). وقد اتفق الفريق العامل على أنه سيكون من الملائم اخضاع نقل حقوق الملكية للقانون الملائم الخاص بالعقد. وفيما يتعلق بالاحالات الداخلة في نطاق مشروع الاتفاقية، فان هذه الجوانب المتصلة بالملكية تتناولها، الى حد كبير، أحكام مشروع الاتفاقية خارج الفصل الخامس.

١٩٢- والمقصود من الفقرة (٢) أن تتناول الأحوال الاستثنائية التي لا يكون فيها الطرفان قد اتفقا صراحة على القانون المنطبق على عقد الاحالة أو التي يكونان قد اتفقا عليه صراحة ولكن يوجد فيما بعد أن ذلك الاتفاق باطل. وهي تشير الى اختبار "أوثق صلة"، الذي يمكن أن يؤدي الى انطباق قانون مكان المحيل (مثلا في حالة احالة على سبيل البيع) أو قانون مكان المحال اليه (مثلا في احالة على سبيل الضمان تجرى في سياق صفقة ائتمانية). وفي محاولة للجمع بين المرونة واليقين، تستحدث الفقرة (٢) افتراضا قابلا للطعن بأن الدولة التي لها أوثق صلة بالعقد هي دولة مكان المحيل. والمكان في هذا السياق يعني مكان العمل. وبالنظر الى محدودية نطاق انطباق الفقرة (٢)، رأى الفريق العامل أن تلك الإشارة الى مكان العمل لن تخل باليقين اللازم للمعاملات التمويلية. وفي انشاء افتراض محدد لصالح قانون مكان المحيل، لا تتضارب المادة ٢٨ بالضرورة مع الممارسة المتبعة في نصوص أخرى من نصوص القانون الدولي الخاص تشير، مثلا، الى المكان الذي يوجد فيه مكان السكن المعتاد أو مكان العمل المعتاد للشخص الذي عليه القيام بالأداء المميز للمعاملة (المادة ٤ (٢) من اتفاقية روما) أو تشير الى "جميع العناصر الذاتية والموضوعية للعقد" (المادة ٩ من اتفاقية مكسيكو). ويمكن أن ينشأ هذا التنازع في الحالات التي لا يؤدي فيها تطبيق اختبار الأداء المميز الى افتراض لصالح قانون مكان المحيل. غير أنه في المعاملات المالية المعقدة، المنظوية على سداد نقود وتقديم خدمات أو التزامات متبادلة، يمكن أن لا يكون اختبار الأداء المميز ناجعا في تحديد القانون الأوثق صلة، بأي معنى واقعي. وعلى أية حال، يمكن أن يختار الطرفان القانون المنطبق. وفضلا عن ذلك، يمكن الطعن في ذلك الافتراض اذا دلت الظروف على أن العقد أوثق صلة ببلد آخر.

١٩٣- والمقصود من الفقرة (٣) هو تقييد حرية ارادة الطرفين، بمعنى أن الطرفين في عقد محلي محض لا يجوز لهما رد القواعد الالزامية من قانون الدولة التي يتصل بها العقد. وإذا لم يكن العقد عقدا محليا محضا فانه توجد في المادتين ٣١ و ٣٢ قيود على حرية ارادة الطرفين. وإذا كان الفصل الخامس سينطبق على الاحالات الدولية أو على احالات المستحقات الدولية بتعريفها الوارد في الفصل الأول، فسيكون نطاق هذه القاعدة قاصرا على الحالات التي يمكن أن تكون فيها الاحالة المحلية لمستحق محلي داخلية في نطاق مشروع الاتفاقية (أي في حالة احالة لاحقة في سلسلة احالات تكون فيها احالة سابقة محكومة بمشروع الاتفاقية). وحتى اذا كان الفصل الخامس ينطبق مستقلا عن الفصل الأول فان نطاقه سيكون محدودا، لأنه سيلزم دائما أن يكون هناك أولا عنصر دولي يؤدي الى انطباق أحكام القانون الخاص. ويمكن أن يكون العنصر الدولي متعلقا بعقد الاحالة من حيث هو أو بالمستحق المحال. وقد ترغب اللجنة في النظر فيما إن كان ينبغي ايضاح هذه المسألة صراحة في الفقرة (٣) (مثلا المادة ٣ (٣) من اتفاقية روما تشير لا الى "العقد" وحده بل أيضا الى "جميع العناصر المتصلة بالحالة في وقت اختيار قانون أجنبي"). وقد ترغب اللجنة أيضا في النظر فيما ان كان ينبغي أن تشير الفقرة (٣) في جميع الحالات الى الصلة بين الدولة وعقد الاحالة (وليس الى الاحالة).

المادة ٢٩ - القانون المنطبق على حقوق وواجبات المَحال إليه والمدين

[باستثناء المسائل التي تسوى في هذه الاتفاقية،] يكون القانون الذي يحكم المستحق الذي تتعلق به الإحالة هو القانون الذي يقرر قابلية انفاذ التقييدات التعاقدية للإحالة، والعلاقة بين المَحال إليه والمدين، والشروط التي يمكن بمقتضاها التدرع بالإحالة تجاه المدين ، وأية مسألة بشأن ما إذا كانت واجبات المدين قد أوفيت.

المراجع

A/CN.9/455، الفقرات ٩٢-١٠٤ و ١١٧

A/CN.9/420، الفقرات ١٩٧-٢٠٠

A/CN.9/466، الفقرات ١٥٤-١٥٨

A/CN.9/445، الفقرات ٦٥-٦٩

التعليق

١٩٤- تماشيا مع النهج الذي مفاده أن الاحالة لا ينبغي أن تغير الوضعية القانونية للمدين، تحليل المادة ٢٩ المسائل التي تنشأ في سياق العلاقة بين المحال اليه والمدين الى القانون الذي يحكم المستحق. والمقصود هو القانون الذي ينبغي أن يحكم العقد الأصلي، وليس مفهوم قانون مكان الدين. وقد ترغب اللجنة في أن توضح هذه المسألة صراحة في المادة ٢٩ (وفي المادة ١ (٢)). وسيكون هذا النهج مبررا لأن المادة ٢٩، خلافا للمادة ١٢ (٢) من اتفاقية روما التي صيغت المادة ٢٩ على غرارها والتي يمكن أن تنطبق على الحقوق غير التعاقدية، لا تتناول سوى المستحقات التعاقدية. وقد قرر الفريق العامل

تفادي النص على الكيفية التي ينبغي أن يحدد بها القانون الملائم الذي يحكم العقد الأصلي. فقد رثي على نطاق واسع أن تلك القواعد التفصيلية ليست ضرورية في فصل يقصد منه إرساء بعض القواعد العامة دون تناول جميع مسائل القانون الدولي الخاص المتصلة بالاحالة. ورثي عموماً أيضاً أنه سيكون من غير الملائم محاولة تحديد القانون الذي يحكم طائفة واسعة من العقود التي يمكن أن ينشأ عنها المستحق (مثلاً عقود البيع أو عقود التأمين أو العقود المتعلقة بعمليات الأسواق المالية). وإلى حين أن تبت اللجنة نهائياً في النطاق الدقيق للفصل الخامس، تظهر العبارة الاستهلالية من المادة ٢٩ بين معقوفتين (إذا اعتمد اقتراح الأمانة الوارد في الفقرة ٢٣، يمكن حذف هذه العبارة).

١٩٥- ويبدو أن المادة ٢٩ تنطبق أيضاً على مقاصة المعاملات (أي: على المطالبة المضادة الناشئة عن العقد الأصلي أو عن عقد ذي صلة)، لأن مقاصة المعاملات ستدخل إما في إطار "العلاقة بين المحال إليه والمدين" أو "الشروط التي يمكن بمقتضاها التذرع بالاحالة تجاه المدين". وقد ترغب اللجنة في أن توضح هذه المسألة. غير أن المادة لا تتناول المقاصة المستقلة (أي: الدعاوى الناشئة من مصادر لا صلة لها بالعقد الأصلي). وقد تنشأ هذه الدعاوى من طائفة من المصادر (مثلاً: عقد منفصل بين المحيل والمدين، أو قاعدة قانونية أو قرار محكمي أو تحكيمي). وجواز هذه الدعاوى والشروط التي تحكم جوازها (مثلاً: السيولة، والعملية الواحدة، وموعد الاستحقاق) متروكة للقوانين الأخرى. وقد نظر الفريق العامل في القانون الذي يحكم العقد الأصلي أو العقد الذي يمكن أن ينشأ عنه حق مقاصة تعاقدية مستقل، ولكن لم يتمكن من التوصل إلى توافق آراء.

١٩٦- وتتناول المادة ٢٩ أيضاً القابلية التعاقدية، ولكن ليس القانونية، للاحالة، باعتبارها مسألة تتعلق بالسداد من جانب المدين وإبراء نتمته. ونتيجة لذلك، في الحالات التي يحكم فيها مشروع الاتفاقية حقوق المدين والتزاماته، تكون الاحالة نافذة تجاه المدين، حتى إذا كان هناك قيد على الاحالة في العقد الأصلي (المادة ١١ (١)) ولن يكون متاحاً للمدين أي دفع تجاه المحال إليه (المادة ٢٠ (٣)). وإذا كان مشروع الاتفاقية لا ينطبق فيما يتعلق بالمدين، تكون آثار القيد التعاقدية على العلاقة بين المحال إليه والمدين متروكة للقانون الذي يحكم المستحق. والمقصود بعبارة "قابلية انفاذ" هو أن تجسد نفاذ القيد التعاقدية بين طرفي العقد وكذلك تجاه الأطراف الثالثة (أي: صحة العقد فيما بين الطرفين ونفاذه على الأغيار). ولدواعي التوافق ومن أجل تفادي مسائل التفسير (يبدو أن عبارة "قابلية انفاذ" تستبعد مفهوم الصحة بين الطرفين)، قد ترغب اللجنة في النظر في الاستعاضة عن عبارة "قابلية انفاذ" بعبارة "فعالية". وقد ترغب اللجنة في النظر في مسألة القانون المنطبق على القابلية القانونية للاحالة. ويمكن النظر في قانون مكان المحيل أو القانون الذي يحكم المستحق. وسيكون القيد المتعلق بالقواعد الإلزامية أو السياسة العامة لدولة المحكمة كافياً لضمان أن القانون المنطبق لن ينطبق على الحالات التي لا ينبغي أن ينطبق عليها (مثلاً: القانون الذي يحكم المستحق قد لا يكون ملائماً في حالة الحضور القانونية الهادفة إلى حماية المحيل). والمادة ٢٩ لا تحيل مسائل حماية المستهلكين إلى قانون مكان المدين. وينبغي أن تكون المادة ٣١، التي تعطي المحكمة الصلاحية التقديرية لتطبيق أي قواعد الزامية لدولة المحكمة أو لقانون

وثيق الصلة، كافية للحفاظ على انطباق قانون حماية المستهلكين (فيما يتعلق بمستحقات المستهلكين وحماية المستهلكين، أنظر الفقرات ٣٦ و ١٠٠ و ١٢٨ و ١٥٢ و ١٦٠).

[المادة ٣٠ - القانون المنطبق على تنازع الحقوق مع الأطراف الأخرى]

(١) يخضع لقانون الدولة التي يقع فيها مقر المحيل :

(أ) مدى حق المحال اليه في المستحق المحال ، وأولوية حق المحال اليه تجاه حقوق منازعة في المستحق المحال يتمتع به :

‘١‘ شخص آخر أحيل اليه المستحق ذاته من المحيل ذاته ، حتى وإن لم يكن ذلك المستحق مستحقاً دولياً ولم تكن الاحالة الى ذلك المحال اليه احالة دولية :

‘٢‘ أحد دائني المحيل :

‘٣‘ مدير الاعسار :

(ب) وجود ومدى حق الأشخاص المذكورين في الفقرة (١) (أ) ‘١‘ الى ‘٣‘ في عائدات المستحق المحال ، وأولوية حق المحال اليه في تلك العائدات تجاه ما لأولئك الأشخاص من حقوق منازعة :

(ج) ما اذا كان لأحد الدائنين ، بحكم القانون ، حق في المستحق المحال نتيجة لحقه في ممتلكات أخرى للمحيل ، ومدى أي حق من هذا القبيل في المستحق المحال .

(٢) لا يجوز لأي محكمة أو هيئة مختصة أخرى أن ترفض تطبيق حكم من أحكام قانون الدولة التي يقع فيها مقر المحيل الا اذا كان ذلك الحكم يتعارض صراحة مع السياسة العامة لدولة تلك المحكمة أو الهيئة .

(٣) في اجراءات الاعسار التي تستهل في دولة غير الدولة التي يقع فيها مقر المحيل ، اذا نشأ أي حق تفضيلي بمقتضى قانون دولة المحكمة وأعطى الأولوية على حقوق محال اليه في اجراءات اعسار تنظم في اطار قانون تلك الدولة ، تكون لذلك الحق تلك الأولوية بصرف النظر عما تنص عليه الفقرة (١) من هذه المادة . ويجوز للدولة أن تودع في أي وقت اعلاناً تبين فيه تلك الحقوق التفضيلية .

المراجع

A/CN.9/466، الفقرتان ١٥٩ و ١٦٠

A/CN.9/445، الفقرات ٧٠-٧٤

A/CN.9/455، الفقرات ١٠٥-١١٠

التعليق

١٩٧- المادة ٣٠، مثلها مثل المادتين ٣١ و ٣٢، تظهر بين معقوفتين، الى حين أن تبت اللجنة في نطاق الفصل الخامس أو الغرض منه. ولا يكون الابقاء على المادة ٣٠ ذا معنى إلا اذا كان الفصل الخامس ينطبق على معاملات تتعدى المعاملات الداخلة في نطاق مشروع الاتفاقية بموجب الفصل الأول. وإذا كان للفصل الخامس نفس نطاق الأجزاء الأخرى من مشروع الاتفاقية، فتكون المادة ٣٠ تكراراً للقواعد المجسدة في المواد ٢٤ الى ٢٧، وبذلك يمكن حذفها. وإذا كان الفصل الخامس سينطبق دون اعتبار للفصل الأول، فسيلزم الابقاء على المادة ٣٠. فضلاً عن ذلك، قد يلزم أن تنص المادة ٣٠ على أنها تنطبق أيضاً على النزاعات المتعلقة بأحالة لاحقة كما لو كان المحال اليه اللاحق هو المحال اليه الأول (هذه المسألة يتناولها الفصل الأول، المادة ٢ (ب)). وعلاوة على ذلك يمكن حذف الفقرة ٢ باعتبارها زائدة عن الحاجة، لأن المسألة التي تتناولها الفقرة ٢ تتناولها المادة ٣٢. وتهدف المادة ٣٠، باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص، الى توفير اليقين فيما يتعلق بالقانون المنطبق على النزاعات حول الأولوية. ويتوقف هذا اليقين على الإشارة الى قانون ولاية قضائية واحدة يسهل تحديدها (أنظر الفقرات ١٧٢-١٧٦). والأولوية محددة في المادة ٥ '١' على سبيل الإشارة (في السداد أو في ابراء ذمة بطريقة أخرى)، والمادة ٣٠ تحدد الأطراف التي يمكن أن تنشأ بينها هذه النزاعات. وبالنظر الى أن المدين ليس من تلك الأطراف، فإن الأولوية لا تتعلق بابراء ذمة المدين. ولذلك فإن المدين الذي تبرأ ذمته بموجب القانون الذي يحكم المستحق لا يمكن أن يطلب منه السداد مرة أخرى للطرف الذي له الأولوية بموجب قانون مكان المحيل.

[المادة ٣١ - القواعد الإلزامية]

(١) ليس في المادتين ٢٨ و ٢٩ ما يقيد تطبيق قواعد قانون دولة المحكمة في الحالة التي تكون فيها تلك القواعد إلزامية بغض النظر عن القانون المنطبق فيما عدا ذلك .

(٢) ليس في المادتين ٢٨ و ٢٩ ما يقيد تطبيق القواعد الإلزامية لقانون دولة أخرى، التي تكون لها صلة وثيقة بالمسائل التي تسويها هاتان المادتان إذا كان يتوجب، بمقتضى قانون تلك الدولة الأخرى، تطبيق تلك القواعد بغض النظر عن القانون المنطبق فيما عدا ذلك، ويقدر ما يتوجب ذلك التطبيق. [

المراجع

A/CN.9/466، الفقرتان ١٦١ و١٦٢

A/CN.9/445، الفقرات ١١١-١١٧

التعليق

١٩٨- المقصود من الفقرة ١ هو تجسيد مبدأ مقبول عموماً في القانون الدولي الخاص، يمكن بموجبه تطبيق القانون الإلزامي لدولة المحكمة دون اعتبار للقانون الذي ينطبق لولا ذلك (أنظر المادة ٧ من اتفاقية روما والمادة ١١ من اتفاقية مكسيكو). ولا يشير القانون الإلزامي في هذا السياق إلى القانون الذي لا يمكن الحيود عنه باتفاق (كما في المادة ٢٨ (٣))، ولكن يشير إلى القانون ذي الأهمية الأساسية، مثل قانون حماية المستهلكين أو القانون الجنائي (loi de police). وتستحدث الفقرة ٢ قاعدة مختلفة، وهي أن المحكمة في الدولة المتعاقدة يجوز لها أن لا تطبق قانونها الخاص ولا القانون المنطبق بموجب المادتين ٢٨ و٢٩، بل تطبق قانون بلد ثالث، على أساس أن المسائل التي تسويها تلك الأحكام ذات صلة وثيقة بذلك البلد (مستمدة من المادة ٧ '١' من اتفاقية روما، الخاضعة لتحفظ، في حين أن نصوص القانون الدولي الخاص الأحدث لا تشمل على ذلك التحفظ). ويقتصر نطاق المادة ٣١ على الحالات المتعلقة بالقانون المنطبق على عقد الاحالة وعلى العلاقة بين المحال إليه والمدين. وبشأن ما إن كان القانون المنطبق على مسائل الأولوية يمكن رده باعتباره مناقضاً للقواعد القانونية الإلزامية لدولة المحكمة، رئي عموماً أن المادة ٣٠ (٣) كافية، وبموجبها يجوز، بغرض حماية حق دولة المحكمة في الضرائب مثلاً رد قاعدة أولوية واردة في القانون المنطبق. ورئي أن هذا التقييد لاستثناء القانون الإلزامي له ما يبرره، لأن قواعد الأولوية ذات طبيعة الزامية ومن شأن ردها لصالح القواعد الإلزامية لدولة المحكمة أو لدولة أخرى أن يؤدي دون قصد إلى عدم يقين بشأن حقوق الأطراف الثالثة، وهي نتيجة سيكون لها أثر سلبي على توافر الائتمان وتكلفته.

[المادة ٣٢ - السياسة العامة]

فيما يتعلق بالمسائل التي يسويها هذا الفصل، لا يجوز لمحكمة أو هيئة مختصة أخرى أن ترفض تطبيق حكم من أحكام القانون المحدد في هذا الفصل إلا إذا كان واضحاً أن هذا الحكم يتعارض مع السياسة العامة لدولة تلك المحكمة أو الهيئة.

المراجع

A/CN.9/466، الفقرتان ١٦٣ و١٦٤

A/CN.9/445، الفقرتان ١١٨ و١١٩

التعليق

١٩٩- تختلف المادة ٣٢ عن المادة ٣١ من حيث أن المادة ٣٢ ليس لها سوى أثر سلبي وهو استبعاد قاعدة القانون المنطبق، إذا كان من الواضح أنه مخالف للسياسة العامة الدولية لدولة المحكمة (بشأن هذه المسألة، انظر الفقرة ١٨٠؛ انظر أيضا المادة ١٦ من اتفاقية روما والمادة ١٨ من اتفاقية مكسيكو). وتماشيا مع النهج المتبع في صكوك قانونية دولية أخرى، أضيفت عبارة "واضحا" قبل عبارة "أن هذا الحكم يتعارض مع السياسة العامة". وينبغي أن يلاحظ أن ما يلزم أن يكون من الواضح أنه متعارض مع السياسة العامة لدولة المحكمة هو تطبيق القانون المنطبق على حالة معينة وليس القانون المنطبق نفسه. ولذلك لا يمكن رفض تطبيق قانون أجنبي بحجة أن القانون نفسه، عموما، يعتبر ضارا للسياسة العامة لدولة المحكمة، ولكن يمكن رفض تطبيقه إذا كان تطبيق قاعدة معينة في حالة محددة سيكون متناقضا مع السياسة العامة لدولة المحكمة.

الفصل السادس- أحكام ختامية

المادة ٣٣ - الوديع

يكون الأمين العام للأمم المتحدة هو وديع هذه الاتفاقية.

المراجع

A/CN.9/455، الفقرتان ١٢٤ و ١٢٥

التعليق

٢٠٠- يقوم قسم المعاهدات التابع لمكتب الشؤون القانونية للأمم المتحدة، الكائن في مقر الأمم المتحدة في نيويورك، بأداء مهام الأمين العام كوديع. ويمكن النفاذ الى المعاهدات المودعة لدى الوديع من خلال موقع قسم المعاهدات على الشبكة العالمية (<http://www.un.org/depositary>).

المادة ٣٤ - التوقيع والتصديق والقبول والإقرار والانضمام

(١) يفتح باب التوقيع على هذه الاتفاقية أمام جميع الدول في مقر الأمم المتحدة في نيويورك ، حتى

(٢) تخضع هذه الاتفاقية للتصديق أو القبول أو الإقرار من جانب الدول الموقعة .

(٣) يفتح باب الانضمام إلى هذه الاتفاقية أمام جميع الدول غير الموقعة ، اعتباراً من تاريخ فتح باب التوقيع عليها .

(٤) تودع صكوك التصديق والقبول والإقرار والانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة .

المراجع

A/CN.9/455، الفقرتان ١٤١ و ١٤٢

التعليق

٢٠١- قد ترغب اللجنة في النظر في طول المدة الزمنية التي ينبغي أن يكون فيها باب التوقيع على مشروع الاتفاقية مفتوحاً أمام الدول. وفي الاتفاقيات التي أعدها الأونسيتال، تتراوح هذه المدة بين سنة واحدة (في حالة اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لعام ١٩٧٨ واتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بمسؤولية متعهدي محطات النقل الطرفية في التجارة الدولية) وستين ونصف السنة (في حالة اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفائح (الكمبيالات) الدولية والسندات الاندنية الدولية).

المادة ٣٥ - الانطباق على الوحدات الإقليمية

(١) إذا كانت للدولة وحدتان إقليميتان أو أكثر تطبق فيها أنظمة قانونية مختلفة فيما يتعلق بالمسائل التي تتناولها هذه الاتفاقية، يجوز لتلك الدولة أن تعلن، في أي وقت، أن هذه الاتفاقية تسري على جميع وحداتها الإقليمية أو على واحدة فقط أو أكثر من تلك الوحدات، كما يجوز لها، في أي وقت، أن تستعيض عن إعلانها السابق بإعلان آخر .

(٢) تبين في هذه الإعلانات، صراحة، الوحدات الإقليمية التي تسري عليها الاتفاقية.

(٣) إذا كانت هذه الاتفاقية، بمقتضى إعلان صادر وفقاً لهذه المادة، لا تسري على جميع الوحدات الإقليمية للدولة وكان مقر المحيل أو المدين واقعاً في وحدة إقليمية لا تسري عليها هذه الاتفاقية، يعتبر المقر المذكور غير واقع في دولة متعاقدة.

(٤) إذا لم تصدر الدولة أي إعلان بقتضى الفقرة (١) من هذه المادة، تكون الاتفاقية سارية على جميع الوحدات الإقليمية لتلك الدولة.

المراجع

A/CN.9/455، الفقرتان ١٤٣ و ١٤٤

التعليق

٢٠٢- المقصود من المادة ٣٥ هو ضمان أن يكون بوسع الدولة الاتحادية اعتماد مشروع الاتفاقية، حتى إذا كانت لا ترغب لأي سبب من الأسباب في تطبيقها على واحدة أو أكثر من واحدة من وحداتها الإقليمية. وهذا الحق هام بوجه خاص للدول التي يوجد بها أكثر من نظام قانوني واحد. ويمكن اصدار الاعلان في أي وقت، بما في ذلك قبل أو بعد التصديق أو الاقرار أو الانضمام (يشار الى "الدولة" وليس الى "الدولة المتعاقدة"، لأن الاعلان يمكن أن يصدر عن دولة موقعة). وأثر الاعلان الصادر بموجب المادة ٣٥ هو أن الطرف الذي يقع مكانه في وحدة اقليمية لا ينطبق عليها مشروع الاتفاقية بحكم الاعلان لا يعتبر مكانه واقعا في دولة متعاقدة (الفقرة (٣)). فإذا كان ذلك الطرف هو المحيل، لا ينطبق مشروع الاتفاقية على الاطلاق. أما إذا كان الطرف هو المدين، فلا تنطبق أحكام مشروع الاتفاقية المتعلقة بحقوق المدين وواجباته. وليس واضحا الوقت الذي يلزم أن يكون فيه مكان المدين واقعا في دولة متعاقدة أو الوقت الذي يلزم أن يكون فيه القانون الناظم للمستحق المحال هو قانون دولة متعاقدة (المادة ١ (٢)). وما لم يحدد هذا الوقت في المادة ١ (٢) (وربما في المادة ٣٥)، فإنه، إذا كان مكان المدين واقعا في دولة متعاقدة في وقت ابرام عقد الاحالة ولكن، نتيجة لاعلان صادر بموجب المادة ٣٥، ليس في الوقت الذي ينشأ فيه مستحق آجل أو في وقت الاشعار، لن يكون واضحا ما ان كان مشروع الاتفاقية سينطبق فيما يتعلق بذلك المدين (للاطلاع على اقتراح من الأمانة لصالح وقت ابرام العقد الأصلي، انظر الفقرة ١٧).

المادة ٣٦ - التنازع مع الاتفاقات الدولية الأخرى

لا تكون لهذه الاتفاقية غلبة على أي اتفاق دولي أبرم أو يمكن أن يبرم ، ويتضمن أحكاما تتعلق بالمسائل التي تحكمها هذه الاتفاقية [، شريطة أن يكون مقر المحيل واقعا في دولة طرف في ذلك الاتفاق، أو أن يكون مقر المدين واقعا في دولة طرف في ذلك الاتفاق فيما يتعلق بأحكام هذه الاتفاقية التي تتناول حقوق وواجبات المدين].

المراجع

A/CN.9/456، الفقرات ٢٣٢-٢٣٩

A/CN.9/466، الفقرات ١٩٢-١٩٥

A/CN.9/445، الفقرات ٥٥-٥٢ و ٧٥ و ٧٦ و ٢٠١-٢٠٣

A/CN.9/455، الفقرات ٦٧-٧٣ و ١٢٦-١٢٩

التعليق

٢٠٣- تجسد المادة ٣٦ قواعد مقبولة عموماً بشأن التنازع بين النصوص التشريعية الدولية (انظر مثلاً المادة ٣٠ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ ("اتفاقية فيينا")؛ والمادة ٩٠ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع)، وهي تعطي الأسبقية للنصوص الأخرى التي تحتوي على أحكام تتناول المسائل التي يتناولها مشروع الاتفاقية. ومن النصوص التي يمكن أن يتضارب معها مشروع الاتفاقية اتفاقية أوتاوا واتفاقية روما واتفاقية مكسيكو واتفاقية الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ومشروع لائحة الاتحاد الأوروبي بشأن الاعسار والمشروع الأولي لاتفاقية المصالح الدولية في المعدات المتنقلة.

اتفاقية أوتاوا

٢٠٤- النطاق الموضوعي والاقليمي لاتفاقية أوتاوا أضيق من نطاق مشروع الاتفاقية (من المعاملات غير المشمولة عقود العملة، التي لا تقدم فيها سوى خدمة واحدة من الخدمات الثلاث المذكورة في المادة ١ من اتفاقية أوتاوا؛ ولا يقدم اشعار؛ ولا يكون المحيل أو المحال إليه أو المدين واقعا في دولة متعاقدة). وعلاوة على ذلك، يجوز للطرفين استبعاد تطبيق اتفاقية أوتاوا في مجملها، وفضلاً عن ذلك، لا تتناول اتفاقية أوتاوا مسائل معينة (مسائل الأولوية مثلاً). غير أنه، من حيث ان الاتفاقيتين تنطبقان على عقد العملة، يمكن أن يؤدي تطبيقهما الى نتائج متضاربة في عدد من الجوانب (مثلاً نطاق التحفظ على القاعدة المتعلقة بالقيود التعاقدية على الاحالة، والاشعار المتعلق بالمستحقات غير الموجودة في وقت الاشعار، وبراءة زمة المدين بالسداد للمحال اليه مع العلم بوجود حق أعلى لشخص آخر، واسترداد ما دفعه المدين من مبالغ من المحال اليه). وفي تلك الحالات، ينشأ السؤال عما ان كان مشروع الاتفاقية في جملة يستبعد أم يمكن تطبيقه فيما يتعلق، على الأقل، بالمسائل التي لا تتناولها اتفاقية أوتاوا (مثلاً مسائل الأولوية). ولا تتناول المادة ٣٦ هذه المسألة صراحة، وان كان يمكن أن يقال انه فيما يتعلق بتلك المسائل لن يكون هناك تنازع وسينطبق مشروع الاتفاقية، اذا أستوفيت شروط انطباقه. وقد ترغب اللجنة في أن تتناول هذه المسألة صراحة في المادة ٣٦. أما المسائل التي يتناولها مشروع الاتفاقية واتفاقية أوتاوا، ففي حدود امكانية نشوء أي نزاعات، ستسود اتفاقية أوتاوا. غير أنه بالنظر الى أن اتفاقية أوتاوا تحتوي أيضاً على حكم على غرار المادة ٣٦ فربما لا يكون واضحاً أي الاتفاقيتين سينطبق في حالة معينة. واذا كانت النتيجة هي أن اتفاقية أوتاوا تنطبق، تنشأ مشكلة مختلفة. فاذا كانت الاتفاقيتان تنطبقان على عقد عملة معين، وتعلو اتفاقية أوتاوا، وكان طرفاً عقد العملة أو العقد الذي نشأت عنه المستحقات المحالة يستبعدان تطبيق اتفاقية أوتاوا (المادة ٣ من اتفاقية أوتاوا)، فان مشروع الاتفاقية لن ينطبق بحكم المادة ٣٦، ولن تنطبق اتفاقية أوتاوا لأن الطرفين يكونان قد استبعدا تطبيقها. وفي مثل هذه الحالة أيضاً لن يكون من الواضح ما هو القانون المنطبق.

٢٠٥- وهناك طرائق مختلفة يمكن التصدي بها لهذه المسائل. ومن هذه الطرائق ترك المسألة لحرية ارادة الطرفين. فاذا استبعد الطرفان تطبيق اتفاقية أوتاوا واختارا التقيد بمشروع الاتفاقية فينبغي أن

ينطبق مشروع الاتفاقية، على الأقل إذا استوفيت جميع شروط انطباقه المبينة في الفصل الأول (على الرغم من أنه في بعض الدول يمكن أن ينطبق مشروع الاتفاقية بحكم قواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها في تلك الدول، حتى وإن كان لا ينطبق في غياب اختيار من جانب الطرفين). ومثل هذا الاختيار للقانون يكون عادة ساري المفعول، ما لم يتضارب مع السياسة العامة أو القانون الإلزامي لدولة المحكمة. غير أن هذه النتيجة ستكون متضاربة مع السياسة التي تستند إليها المواد ٢٤ إلى ٢٦ و ٣٠ من مشروع الاتفاقية، التي لا تسمح للطرفين باختيار القانون المنطبق على مسائل الأولوية. وثمة طريقة أخرى هي ترك الحرية لكل دولة لتقرر ما هو النص الذي ترغب في أن تعطيه الأسبقية (انظر مثلاً المادة ٣٣ (٢) في الوثيقة A/CN.9/WG.2/WP.104؛ انظر أيضاً المادة ٢٠ من اتفاقية مكسيكو؛ وللإطلاع على تعليقات نقدية لهذا الحكم، انظر A/CN.9/466، الفقرات ١٩٢-١٩٥). بيد أن هذا النهج يمكن أن يكون له تأثير سلبي على يقينية القانون. وسيلزم أن يدرس الطرفان كل إعلان وأن يحددا محتواه الدقيق، والصلة بمكان المحيل أو مكان المدين، والوقت الملائم لتأثير الإعلان في مصالح المحيل والمحال إليه والأطراف الثالثة الدائنة، من ناحية، ومصالح المدين من الناحية الأخرى. وثمة طريقة غير هاتين للتصدي لهذه المسائل وهي النص صراحة في المادة ٣٦ على أن مشروع الاتفاقية لا ينطبق على عقود العوامة والمسائل التي لا تتناولها اتفاقية أوتاوا. والمثلية التي يمكن أن تكون لهذا النهج هي أنه، من أجل تحديد ما إن كان مشروع الاتفاقية سينطبق على عقد عوامة معين، سيتعين على الأطراف دراسة اتفاقية أوتاوا. وهذه النتيجة يمكن أن تعقد تطبيق مشروع الاتفاقية وأن تزيد تكاليف المعاملات. وثمة طريقة رابعة للتصدي للتنازع مع اتفاقية أوتاوا، وهي أن يعلو مشروع الاتفاقية على اتفاقية أوتاوا. ومن شأن هذا النهج أن يثير مسألة تتعلق بالسياسة التشريعية سيكون على الدول التصدي لها. غير أنه من وجهة نظر القانون الموضوعي، يبدو أن هذا النهج يوفر أعلى درجة ممكنة من اليقين. ويمكن النظر في إدراج عبارات على غرار ما يلي في المادة ٣٦:

البديل ألف

"(٢) إذا استبعدت هذه الاتفاقية بحكم الفقرة ١ من هذه المادة واستبعد طرفا عقد العوامة أو العقد الأصلي تطبيق اتفاقية أوتاوا، فيمكن لهذين الطرفين اختيار التقيد بهذه الاتفاقية [إذا استوفيت الشروط الواردة في الفصل الأول]."

البديل باء

"(٢) يجوز للدولة أن تعلن في أي وقت أن الاتفاقية لن تعلو على الاتفاقيات الدولية أو الاتفاقات الأخرى المتعددة الأطراف أو الثنائية المبينة في الإعلان، التي دخلت فيها أو ستدخل فيها والتي تحتوي على أحكام بشأن المسائل التي تحكمها هذه الاتفاقية."

البديل جيم

"(٢) اذا كانت اتفاقية أوتأوا لا تنطبق، أو فيما يتعلق بمسألة لا تتناولها اتفاقية أوتأوا، تنطبق هذه الاتفاقية."

البديل دال

"(٢) على الرغم من الفقرة ١ من هذه الاتفاقية، تعلق هذه الاتفاقية على اتفاقية أوتأوا."

٢٠٦- وسيكون البديل ألف متوافقاً مع مبدأ حرية إرادة الطرفين. وسيكون البديلان من باء الى دال متوافقتين مع المادة ٣٠(٢) من اتفاقية فيينا، التي تسمح للمعاهدة بأن تحدد ما هي المعاهدة التي تسود في حالة التنازع. وإذا قررت اللجنة الاحتفاظ بالعبارة المدرجة بين معقوفتين في المادة ٣٦ فسيلزم دعم تلك العبارة بإشارة الى تطبيق مشروع الاتفاقية فيما يتعلق بحقوق وواجبات المدين في الحالات الذي يكون فيها القانون الذي يحكم المستحق هو قانون دولة متعاقدة (المادة ١ (٢)).

اتفاقية مكسيكو واتفاقية روما

٢٠٧- لا يوجد تنازع بين مشروع الاتفاقية واتفاقية مكسيكو، التي تتناول القانون المنطبق على العقود عموماً (وليس الاحالة خصوصاً) وبطريقة تتفق مع المادة ٢٨ من مشروع الاتفاقية. وأي تنازع بين المادة ١٢ من اتفاقية روما والمادتين ٢٨ و ٢٩ من مشروع الاتفاقية هو تنازع طفيف، لأن تلكا المادتين متطابقتان مع المادة ١٢ من اتفاقية روما (باستثناء الاختيار الصريح المشروط في المادة ٢٨ (١) والافتراض القابل للطعن المتوخى في المادة ٢٨ (٢)). وعلاوة على ذلك لا ينبغي عادة أن ينشأ تنازع بين المادة ١٢ من اتفاقية روما والمادة ٣٠ من مشروع الاتفاقية، لأنه وفقاً للرأي السائد لا تتناول المادة ١٢ من اتفاقية روما هذه المسألة. بيد أنه في الأدبيات وفي قانون السوابق القضائية أعرب عن رأي مفاده أن المادة ١٢ من اتفاقية روما تتناول مسائل الأولوية، إما في الفقرة ١ (القانون الذي يختاره الطرفان) أو في الفقرة ٢ (القانون الذي يحكم المستحق). وقد اتخذ الفريق العامل موقفاً مفاده أن أياً من هذين القانونين ليس هو القانون الملائم للتطبيق. وعلى أية حال فمن أجل تفادي أي تضارب مع اتفاقية روما تنص المادة ٣٧ على أنه يجوز للدولة أن تختار عدم التقيد بالفصل الخامس. ونتيجة لذلك فإذا اختارت جميع الدول الأطراف في اتفاقية روما عدم التقيد بالفصل الخامس فلن ينشأ تنازع. غير أن اختيار عدم التقيد بالمواد ٢٤ الى ٢٦ غير مسموح به. ولذلك يمكن أن تنشأ أوجه تضارب بين المواد ٢٤ الى ٢٦ من مشروع الاتفاقية والمادة ١٢ من اتفاقية روما. ولن تكون المادة ٣٦ من مشروع الاتفاقية ولا نظيرتها المادة ٢١ من اتفاقية روما كافية لتوضيح ما هي الاتفاقية التي تنطبق في حالات التنازع، لأن كلا من المادتين يفسح المجال لصالح نص آخر. ونتيجة لذلك يمكن أن يسود عدم اليقين. ويمكن ترك هذه المسألة لمبادئ القانون الدولي العام، الذي يقضي بأن يسود النص القانوني الأكثر

تحديداً أو القانون الموضوعي (أي مشروع الاتفاقية). بيد أن تناول هذه المسألة صراحة في المادة ٣٦ من شأنه أن يعزز اليقين. وقد ترغب اللجنة في النظر في ترك المسألة لحرية إرادة الطرفين أو لكل دولة، أو في أن تسمح بأن يكمل مشروع الاتفاقية اتفاقية روما أو يعلو عليها (انظر البدائل المعروضة في الفقرة ٢٠٥).

٢٠٨- وقد ترغب اللجنة في النظر فيما إن كانت المادة ٣٦ ينبغي أن تتناول أيضاً التنازع مع القانون فوق الوطني الذي لا يتخذ شكل اتفاق دولي (مثلاً لوائح الاتحاد الأوروبي التنظيمية). ويمكن أن يؤدي التصدي لهذه المسألة في المادة ٣٦ واعطاء الأسبقية لذلك القانون فوق الوطني إلى إزالة عقبة يمكن أن تواجه اعتماد بعض الدول مشروع الاتفاقية.

مشروع لائحة الاتحاد الأوروبي التنظيمية بشأن الاعسار

٢٠٩- لا تنشأ أوجه تنازع مع مشروع لائحة الاتحاد الأوروبي التنظيمية بشأن الاعسار (التي أقرها مجلس الاتحاد والمعروضة على البرلمان الأوروبي). فمفهوم الإدارة المركزية يتطابق مع مفهوم مركز المصالح الرئيسية المستخدم في مشروع لائحة الاعسار، ولا تمس تلك اللائحة الحقوق العينية في إجراء اعسار رئيسي. وفي حين أن مشروع لائحة الاعسار يمكن أن يمس الحقوق العينية في إجراء اعسار ثانوي (المواد ٢ (ز) و ٤ و ٢٨)، فإن المادة ٢٥ ستكفي للحفاظ، مثلاً، على حقوق الأولوية الفائقة، وعلى أية حال لا ينبغي أن يمس مشروع الاتفاقية حقوق الاعسار الخاصة (انظر الفقرات ١٧٩-١٨٢).

اتفاقية الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة

٢١٠- إذا استبعد من مشروع الاتفاقية حالة الحق في طلب سداد التعهد المستقل وكانت إحالة عائدات ذلك التعهد خاضعة للمادة ٥، فلا ينشأ تنازع مع اتفاقية الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (انظر الفقرتين ٤٨ و ٥٢).

المشروع الأولي لاتفاقية المصالح الدولية في المعدات المتنقلة

٢١١- يمكن أن ينشأ تنازع مع المشروع الأولي لاتفاقية المصالح الدولية في المعدات المتنقلة، الذي يقوم بإعداده حالياً فريق خبراء في إطار منظمة الطيران المدني الدولية ("الايكاو") واليونيدروا ومنظمات أخرى. والمقصود بالمشروع الأولي للاتفاقية هذا هو أن ينطبق على المعدات المتنقلة عالية القيمة، وإن كان لا يحتوي على قائمة محددة بأنواع المعدات التي يتناولها، وفي المادة ٢ منه يشير إلى "شيء يمكن تحديده تحديداً فريداً". غير أن المشروع يشترط فعلاً إعداد بروتوكول لكي ينطبق مشروع الاتفاقية على نوع معين من المعدات (المادة ٧). والخاصية الرئيسية للمشروع الأولي للاتفاقية هذا فيما يتعلق بإحالة المستحقات هو أنه يعامل الالتزام الرئيسي، أي المستحق الناشئ عن بيع المعدات المتنقلة أو بيعها

الاجباري، بصفة حق تبعي لحق الضمان في المعدات المتنقلة. ونتيجة لذلك فإن المحال اليه الذي يسجل حقه الضماني في المعدات المتنقلة في السجل الدولي الخاص بالمعدات المبين في المشروع الأولي للاتفاقية يحصل تلقائيا على الالتزام الرئيسي. ولا يستطيع من يحال اليه الالتزام الرئيسي دون أن يكون له حق ضماني في المعدات المتنقلة أن يسجل أو أن يحصل على أولوية. وبموجب المادة ٣٦ فإن أي تنازع مع المشروع الأولي للاتفاقية يسوى لصالح تطبيق المشروع الأولي للاتفاقية (وهذه مسألة يمكن أن توضح أكثر في مشروع الاتفاقية الأولي). وتنشأ نفس النتيجة حتى في غياب المادة ٣٦، لأنه وفقا للمبادئ العامة لقانون المعاهدات العرفي فإن النص الأكثر تحديدا هو الذي يسود (القانون الخاص يعدل القوانين العامة).

المادة ٣٧ - انطباق الفصل الخامس

يجوز للدولة أن تعلن في أي وقت أنها لن تكون ملزمة بأحكام الفصل الخامس.

المراجع

A/CN.9/466، الفقرات ١٩٦ و ١٩٧

A/CN.9/455، الفقرات ٧٢ الى ١٤٨

التعليق

٢١٢- لكي يكون مشروع الاتفاقية أكثر قبولا لدى الدول الأطراف في صكوك القانون الدولي الخاص الحالية، مثل اتفاقية روما، تسمح المادة ٣٧ للدول باختيار عدم التقيد بالفصل الخامس. واختيار عدم التقيد هذا يتفق مع قرار الفريق العامل بأن يشكل الفصل الخامس جزءا لا يتجزأ من مشروع الاتفاقية. وعلى خلاف خيار عدم التقيد، يمكن أن يكون لخيار التقيد أثر غير مقصود هو تثبيط الدول عن اعتماد الفصل الخامس.

المادة ٣٨ - التقييدات ذات الصلة بالحكومات والهيئات العامة الأخرى

يجوز للدولة أن تعلن في أي وقت أنها لن تكون ملزمة بأحكام المادتين ١١ و ١٢ إذا كان مقر المدين، أو مقر أي شخص يمنح حقا شخصيا أو حق ملكية ضمن تسديد المستحق المحال، واقعا في تلك الدولة وقت إبرام العقد الأصلي، وكان ذلك المدين أو الشخص حكومة مركزية أو محلية أو أية إدارة فرعية تابعة لها، أو أية هيئة عامة. وإذا أصدرت الدولة اعلانا من هذا القبيل، فلا تمس المادتان ١١ و ١٢ بحقوق وواجبات تلك المدين أو الشخص.

المراجع

- A/CN.9/432، الفقرة ١١٧
A/CN.9/456، الفقرتان ١١٥ و ١١٦
A/CN.9/466، الفقرات ١٠٧-١١٥
A/CN.9/455، الفقرة ٤٨

التعليق

٢١٣- المقصود من المادة ٢٨ هو ضمان عدم تأثر المدينين ذوي السيادة بالاحالات التي تتم انتهاكا لقيود تعاقدية مفروضة على احوالة واردة في عقود اشتراء عمومي أو عقود مماثلة أخرى. فنتيجة للمادة ٢٨ فإن احوالة المستحقات العائدة الى مدين ذي سيادة يقع مكانه في دولة أصدرت اعلانا في وقت ابرام العقد الأصلي تكون غير نافذة تجاه المدين ذي السيادة. غير أن الاحالة تظل نافذة تجاه المحيل ودائني المحيل. وقد قرر الفريق العامل اعتماد هذا النهج بغية تفادي تقليل مقبولية مشروع الاتفاقية لدى الدول التي يمكن أن تكون غير قادرة على حماية المدينين ذوي السيادة عن طريق قيد قانوني. ويسلم الفريق العامل بأن معظم الدول من سيحامي المدينين ذوي السيادة عن طريق قيد قانوني، وهو قيد لا يمس مشروع الاتفاقية. وقد رئي أيضا على نطاق واسع أن ارساء قاعدة موضوعية تنفذ التقييد التعاقدية انفاذا كاملا وتبطل الاحالة تجاه المدين ذي السيادة من شأنه أن يزيد تكلفة الائتمان الواقعة على المدينين ذوي السيادة دون اعتبار لما إن كانوا يرغبون في حماية بهذه الطريقة أو يحتاجون اليها. وفضلا عن ذلك سلم الفريق العامل بأنه، بعد حماية المدين ذي السيادة، لا يوجد سبب لابطال الاحالة عموما. ومن شأن الحفاظ على صحة الاحالة بين المحيل والمحال اليه أن يتيح للمحال اليه أن يحصل على الأولوية باستيفاء الشروط الواردة في قانون مكان المحيل.

٢١٤- وخلافا للمادة ٦ من اتفاقية أوتاوا، التي تسمح بتحفظ فيما يتعلق بأي مدين، لا تسمح المادة ٣٨ بتحفظ الا فيما يتعلق بالمدينين ذوي السيادة. وفي اتخاذ هذا النهج، رأى الفريق العامل أن الدول التي تنظر في اعتماد مشروع الاتفاقية يتعين عليها أن توازن بين المضايقة التي يمكن أن تقع على المدين والمتمثلة في السداد لشخص مختلف، من ناحية، ومزية زيادة توافر الائتمان الزهيد التكلفة للمدينين والمحيلين، الأمر الذي يمكن أن ينشط الاقتصاد في عمومه، من الناحية الأخرى. والمقصود من المادة ٣٨ هو أن تسمح للدولة باستبعاد تطبيق المادة ١١ و ١٢ في حالة أي كيان تابع للحكومة المركزية أو المحلية أو أية ادارة فرعية تابعة لذلك الكيان. وبشأن الكيانات العامة، تترك المادة ٣٨ للدول مرونة واسعة لتحديد أنواع الكيانات التي ترغب في استبعادها من انطباق المادتين ١١ و ١٢ (دون أن تقصر انطباق المادة ٣٨ على الكيانات التجارية المملوكة ملكية عامة أو على السلطات الحكومية التي تتصرف بصفة تجارية). فقد سلم الفريق العامل بأن من حق كل دولة أن تحدد أنواع الكيانات العامة التي تريد حمايتها. وهذا النهج لازم بوجه خاص في البلدان التي لا تخضع فيها الكيانات الحكومية وأنشطتها لهيئة خاصة من هيئات القانون العام بل تخضع لقواعد تحكم الكيانات "التجارية" وأنشطتها.

[المادة ٣٩ - استبعادات أخرى

يجوز للدولة أن تعلن في أي وقت أنها لن تطبق الاتفاقية على ممارسات معينة مدرجة في اعلان. وفي هذه الحالة، لا تنطبق الاتفاقية على تلك الممارسات اذا كان مقر المحيل واقعا في تلك الدولة، أو اذا كان مقر المدين واقعا في تلك الدولة فيما يتعلق بأحكام هذه الاتفاقية التي تتناول حقوق وواجبات المدين.]

المراجع

A/CN.9/466، الفقرات ١٩٨-٢٠١

التعليق

٢١٥- بهدف جعل مشروع الاتفاقية أكثر قبولا للدول التي قد يقلقها تطبيقها على ممارسات معينة، تنص المادة ٣٩ على امكانية أن تستبعد الدول تطبيق الاتفاقية على المزيد من الممارسات. وتظهر المادة ٣٩ بين معقوفتين الى حين تحديد النطاق الدقيق لمشروع الاتفاقية. ولدى التحديد النهائي لنطاق مشروع الاتفاقية، وعلى وجه الخصوص وضع الصيغة النهائية للمادة ٥، قد ترغب اللجنة في النظر فيما ان كانت المادة ٣٩ ستكون ضرورية. واذا أبقى على المادة ٣٩، فسيتم أن تدرج اشارة في الجملة الثانية الى القانون الذي يحكم المستحق والى الوقت الذي سيلزم بموجب العقد الأصلي أن يكون فيه مكان المدين واقعا في دولة متعاقدة أو أن يكون القانون الذي يحكم المستحق المحال هو قانون دولة متعاقدة (المادة ١ (٢)؛ انظر أيضا الفقرة ١٧). وكبديل للجملة الثانية من المادة ٣٩، يمكن النظر في فقرة ثانية جديدة على غرار ما يلي:

"(٢) اذا أصدرت الدولة اعلانا بموجب الفقرة ١ من هذه المادة:

"(أ) لا تنطبق الاتفاقية على تلك الممارسات اذا كان مقر المحيل واقعا في تلك الدولة في وقت ابرام عقد الاحالة؛ و

"(ب) لا تنطبق أحكام الاتفاقية التي تمس حقوق المدين وواجباته اذا كان مقر المدين، في وقت ابرام العقد الأصلي، واقعا في تلك الدولة أو كان القانون الذي يحكم المستحق هو قانون تلك الدولة."

المادة ٤٠ - انطباق المرفق

(١) يجوز للدولة المتعاقدة أن تعلن في أي وقت:

البديل ألف

أنها ستكون ملزمة إما بأحكام البابين الأول و/أو الثاني وإما بأحكام الباب الثالث من هذه الاتفاقية.

البديل باء

أنها

(أ) ستكون ملزمة بقواعد الأولوية المستندة الى التسجيل الواردة في الباب الأول من المرفق، وأنها ستختار المشاركة في نظام التسجيل الدولي المنشأ عملاً بمقتضى الباب الثاني من المرفق؛ أو

(ب) ستكون ملزمة بقواعد الأولوية المستندة الى التسجيل الواردة في الباب الأول من المرفق، وأنها ستنفذ تلك القواعد باستخدام نظام التسجيل الذي يفي بأغراض تلك القواعد [حسبما ترد في اللوائح التنظيمية الصادرة بمقتضى الباب الثاني من المرفق]، وفي هذه الحالة، ولأغراض الباب الأول من المرفق، يكون للتسجيل بمقتضى هذا النظام المفعول ذاته كالتسجيل بمقتضى الباب الثاني من المرفق؛ أو

(ج) ستكون ملزمة بقواعد الأولوية المستندة الى وقت إبرام عقد الاحالة، المبينة في الباب الثالث من المرفق.

(٢) لأغراض المادة ٢٤، يكون قانون الدولة المتعاقدة التي أصدرت اعلاناً بمقتضى الفقرة (١) (أ) أو (١) (ب) من هذه المادة هو مجموعة القواعد الواردة في الباب الأول من المرفق، ويكون قانون الدولة التي أصدرت اعلاناً بمقتضى الفقرة (١) (ج) من هذه المادة هو مجموعة القواعد الواردة في الباب الثالث من المرفق. ويجوز للدولة المتعاقدة أن تضع قواعد تقضي بأن تصبح الاحالات التي تجرى قبل بدء نفاذ مفعول الاعلان، خلال فترة زمنية معقولة، خاضعة لتلك القواعد.

(٣) يجوز للدولة المتعاقدة التي لم تصدر اعلاناً بمقتضى الفقرة (١) من هذه المادة، أن تستخدم، عملاً بقواعدها الداخلية الخاصة بالأولوية، نظام التسجيل المنشأ بمقتضى الباب الثاني من المرفق.

المراجع

A/CN.9/455، الفقرات ١٢٢ و ١٣٠-١٣٢ A/CN.9/466، الفقرات ١٨٨-١٩١ و ٢٠٢ و ٢٠٣

التعليق

٢١٦- المقصود من المادة ٤٠ هو سرد الخيارات المتاحة للدول فيما يتعلق بالمرفق وتوضيح الآثار المترتبة على أي خيار من تلك الخيارات يتم عن طريق اعلان (مسموح به بموجب المادة ١ (٤)؛ انظر الفقرة ٢٣). وتحتوي المادة على بديلين. فالبديل ألف يعرض في ايجاز الخيارات المتاحة للدول، دون أن يتناول آثارها (لم يوافق الفريق العامل على مضمون البديل ألف وصياغته، وعلى وجه الخصوص عبارة "و/أو"). والبديل باء هو صيغة أكثر تفصيلاً للبديل ألف، وهو يبين الخيارات المختلفة وآثارها. وفي اطار البديل باء ستتاح للدول أربعة خيارات بديلة فيما يتعلق بالمرفق، وهي: اعتماد قواعد الأولوية الواردة في الباب الأول ونظام التسجيل المقترح في الباب الثاني (الفقرة ١ (أ))؛ أو اعتماد قواعد الأولوية الواردة في الباب الأول ونظام تسجيل غير نظام التسجيل المقترح في الباب الثاني (الفقرة ١ (ب))؛ أو اعتماد قواعد الأولوية الواردة في الباب الثالث (الفقرة ١ (ج))؛ أو اعتماد نظام التسجيل الوارد في الباب الثاني وقواعد أولوية غير القواعد المبينة في الباب الأول (الفقرة ٣). والفرق بين الخيارات الواردة في الفقرة ١ والخيار الوارد في الفقرة ٣ هو أن الدولة لن تحتاج الى اصدار اعلان لممارسة الخيار المبين في الفقرة ٣ من البديل الثاني. وبموجب الفقرة ٢ من البديل باء، ورهنا بالباب الذي اختارت الدولة التقيد به من أبواب المرفق، يكون الباب الأول أو الباب الثالث هو قانون مكان المحيل، شريطة أن تكون الدولة التي أصدرت الاعلان هي الدولة التي يقع فيها مكان المحيل في وقت إبرام عقد الاحالة (وهذه مسألة سيتعين النص عليها صراحة في المادة ٤٠). وتماشياً مع المواد ٣٥-٣٩ و ٤١، ينبغي أن تشير المادة ٤٠ الى دولة (وليس الى دولة متعاقدة)، لأن الاعلان يجوز أن يصدر "في أي وقت"، بما في ذلك وقت التوقيع ولكن قبل التصديق أو القبول أو الموافقة.

المادة ٤١ - مفعول الاعلان

(١) تكون الإعلانات الصادرة بمقتضى المواد ٣٥ (١) و ٣٧ الى ٤٠ وقت التوقيع مرهونة بتأكيداتها عند التصديق أو القبول أو الإقرار .

(٢) تصدر الإعلانات وتأكيدات الاعلانات كتابة ويخطر بها الوديع رسمياً .

(٣) يصبح الاعلان نافذ المفعول في ذات الوقت الذي يبدأ فيه نفاذ هذه الاتفاقية بالنسبة للدولة المعنية. أما الاعلان الذي يتلقى الوديع إخطاراً رسمياً به بعد بدء نفاذ هذه الاتفاقية فيكون نافذ المفعول في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء ستة أشهر على تاريخ تلقي الوديع للإخطار.

(٤) يجوز لكل دولة تصدر إعلانا بمقتضى المواد ٣٥ (١) و ٣٧ إلى ٤٠ أن تسحب ذلك الإعلان في أي وقت بإخطار رسمي موجه كتابة إلى الوديع. ويكون هذا السحب نافذ المفعول في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء ستة أشهر على تلقي الوديع للإخطار.

(٥) لا يمس الإعلان أو سحبه بحقوق الأطراف الناشئة عن إحالات أجريت قبل التاريخ الذي أصبح فيه الإعلان أو سحبه نافذ المفعول.]

المراجع

A/CN.9/466، الفقرة ٢٠٦

A/CN.9/445، الفقرات ٧٩ و ٨٠

A/CN.9/455، الفقرتان ١٤٥ و ١٤٦

التعليق

٢١٧- تجسد الفقرات ١-٤ الممارسة النمطية بموجب قانون المعاهدات. وبموجب الفقرتين ١ و ٢، يجب تأكيد الاعلانات الصادرة في وقت التوقيع في وقت التصديق أو القبول أو الانضمام؛ ويجب أن تكون الاعلانات والتأكيدات كتابية وأن تبلغ رسميا الى الوديع. وبموجب الفقرة ٣، يبدأ سريان مفعول الاعلان في نفس وقت بدء سريان مفعول الاتفاقية فيما يتعلق بالدولة التي تصدر الاعلان. ويكون هناك تأخير مدته ٦ أشهر اذا جرى ابلاغ الوديع بالاعلان بعد بدء النفاذ. وتبدأ فترة الأشهر الستة في وقت تلقي الوديع الاشعار الرسمي، وتنتهي في اليوم الأول بعد انتهاء فترة الأشهر الستة. وبموجب الفقرة ٤، يبدأ سريان مفعول سحب الاعلانات في اليوم الأول بعد انقضاء ستة أشهر من تلقي الوديع الاشعار الرسمي.

٢١٨- وتتناول الفقرة ٥ مسألة تتعلق بتطبيق مشروع الاتفاقية تطبيقا مؤقتا. وتظهر الفقرة بين معقوفتين، مثل قواعد التطبيق المؤقت الواردة في المادتين ٤٣ (٣) و ٤٤ (٣)، لأن الفريق العامل قرر ترك هذه المسألة للجنة (انظر A/CN.9/466، الفقرة ٢٠٦). وتتعدد المسائل المتصلة بالتطبيق المؤقت لمشروع الاتفاقية من جراء أن الاحالة يمكن أن تمس مصالح أطراف غير أطراف الاحالة، وقد يتعين أن توضع في الاعتبار نقاط زمنية متباينة من أجل حماية الأطراف المختلفة. والمقصود من الفقرة ٥ هو ضمان أنه، اذا أصدرت الدولة اعلانا أو سحبه بموجب المادة ٣٥ أو ٣٧ أو ٣٨ أو ٣٩ أو ٤٠، فإن الاعلان أو السحب لا يمس الحقوق التي اكتسبت قبل بدء نفاذ مفعول الاعلان أو مفعول سحب الاعلان.

٢١٩- وسيتعين أن تشير الفقرة ٥ أيضا الى الواجبات، وأن تحدد الآثار الواقعة على جميع الأطراف، المحيلين والمحال اليهم والمدنيين. وسيتعين أيضا أن توضح الفقرة ٥، مثلها مثل المادة ٣٩، ما هي الأطراف التي تتأثر حقوقها وواجباتها، رهنا بالطرف الذي تصدر دولته الاعلان أو تسحبه ووقت اصدار الاعلان أو سحبه. ولا ينبغي أن يسمح لاصدار أو سحب الاعلان من جانب الدولة التي يكون مكان المحيل

واقعا فيها في وقت ابرام عقد الاحالة بأن يمس حقوق المدين والتزاماته. ولا ينبغي للاعلان الذي تصدره الدولة التي يكون مكان المدين واقعا فيها أو التي يحكم قانونها المستحق (في وقت ابرام العقد الأصلي؛ انظر المادتين ١ (٢) و ٣٥، وكذلك الفقرتين ١٧ و ٢٠٢) أن يمس الأولوية بين المطالبين المتنافسين. ولا يمكن لغير الاعلان أو سحب الاعلان من جانب الدولة أو الدول التي يقع فيها مكان المحيل والمدين أن يؤثر في حقوق والتزامات جميع الأطراف (لا يكون هذا ممكنا من الناحية العملية الا اذا كان مكانا المحيل والمدين واقعين في نفس الدولة أو لدى سريان مفعول الاتفاقية في البداية حين يبدأ سريان مفعولها في نفس الوقت بالنسبة للدول المتعاقدة الخمس جميعها (المادتان ٤١ (٣) و ٤٣ (١)). وقد يلزم أيضا أن تتناول الفقرة ٥ مسألة احالة المستحقات التي تنشأ بعد بدء سريان مفعول الاعلان أو مفعول سحب الاعلان ولكن قبل أن يتلقى المدين اشعارا بالاحالة. ويبدو أنه في تلك الحالة يمكن السماح للاعلان أو لسحب الاعلان بالتأثير في حقوق المدين والتزاماته. وهذه النتيجة لن تحول دون تحقيق أي توقعات مشروعة من جانب المدين تتعلق بانطباق مشروع الاتفاقية، لأنه قبل تلقي الاشعار لا يكون للمدين علم بما ان كان مشروع الاتفاقية سينطبق، ولذلك لا يمكن أن تكون لديه توقعات بشأن ما لمشروع الاتفاقية من أثر، على وجه الدقة، في حقوقه والتزاماته.

المادة ٤٢ - التحفظات

لا يسمح بأي تحفظات غير التحفظات المأذون بها صراحة في هذه الاتفاقية .

المراجع

A/CN.9/455، الفقرتان ١٤٧ و ١٤٨

التعليق

٢٢٠- المقصود من المادة ٤٢، التي تجسد الممارسة النمطية بموجب قانون المعاهدات، أن تكفل عدم ابداء تحفظ غير التحفظات المسموح بها صراحة في المواد ٣٥ (١) و ٣٧-٤٠.

المادة ٤٣ - بدء النفاذ

(١) يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء ستة أشهر على تاريخ إيداع الصك الخامس من صكوك التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام.

(٢) بالنسبة لكل دولة تصبح دولة متعاقدة في هذه الاتفاقية بعد تاريخ إيداع الصك الخامس من صكوك التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام، يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء ستة أشهر على تاريخ إيداع الصك المناسب نيابة عن تلك الدولة.

[(٣) لا تنطبق هذه الاتفاقية إلا على الحالات التي تجرى في تاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية أو بعده بالنسبة للدولة المتعاقدة المشار إليها في المادة ١ (١).]

المراجع

A/CN.9/466، الفقرة ٢٠٦

A/CN.9/455، الفقرتان ١٤٩ و ١٥٠

التعليق

٢٢١- تجسد الفقرتان ١ و ٢ الممارسة النمطية وفقا لقانون المعاهدات. وفي اتخاذ قرار بأنه تلزم ٦ أشهر و ٥ تصديقات لبدء سريان مفعول مشروع الاتفاقية، وضع الفريق العامل في اعتباره الحاجة الى بدء سريان مفعول مشروع الاتفاقية في أقرب وقت ممكن، شريطة أن تكون قد نالت التأييد من عدد كاف من الدول. والمقصود من الفقرة ٣ هو ضمان أن الحقوق التي اكتسبت قبل بدء سريان مفعول مشروع الاتفاقية لا تتأثر به. وتظهر الفقرة ٣، مثلها مثل المادتين ٤١ (٥) و ٤٤ (٣)، بين معقوفتين، لأن الفريق العامل قرر أن يترك للجنة المسائل المتصلة بالانطباق المؤقت لمشروع الاتفاقية (انظر A/CN.9/466، الفقرة ٢٠٦).

المادة ٤٤ - الانسحاب من الاتفاقية

(١) يجوز لكل دولة متعاقدة أن تنسحب من هذه الاتفاقية في أي وقت بإخطار كتابي موجه إلى الوديع .

(٢) يصبح الانسحاب نافذ المفعول في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء سنة واحدة على تلقي الوديع للإخطار . وإذا حددت في الإخطار فترة أطول ، يصبح الانسحاب نافذ المفعول عند انقضاء تلك الفترة الأطول بعد تلقي الوديع للإخطار .

[(٣) تظل الاتفاقية منطبقة على الحالات التي تجرى قبل التاريخ الذي يصبح فيه الانسحاب نافذ المفعول .]

المراجع

A/CN.9/466، الفقرة ٢٠٦

A/CN.9/455، الفقرات ١٥١-١٥٥

التعليق

٢٢٢- المقصود من المادة ٤٤ هو ضمان أنه يجوز للدولة المتعاقدة الانسحاب من مشروع الاتفاقية. وربما تكون الجملة الثانية من الفقرة ٢ غير ضرورية. فإذا كانت الدولة ترغب في اطالة الفترة اللازمة لبدء سريان مفعول انسحاب، فيمكن لها أن تؤجل تقديم اشعار الى الوديع. والسماح للدول بأن تغير الوقت الذي يبدأ فيه سريان مفعول الانسحابات يمكن أن يؤدي الى عدم اليقين بشأن انطباق مشروع الاتفاقية، أو على الأقل الى زيادة تكلفة المعاملات، من حيث أن الأطراف سيتعين عليها أن تتحقق من الاعلانات التي أصدرتها الدول بغية تحديد الوقت الذي يبدأ فيه سريان مفعول الانسحاب. وفضلا عن ذلك فإن من شأن هذا النهج أن يكون متضاربا مع المادة ٤١ (٣) التي لا تسمح للدول بتغيير الوقت الذي يبدأ فيه سريان مفعول الاعلان. وبهدف كفالة اليقين، تنص الفقرة ٣ على ان الانسحاب لا يمس الحقوق التي اكتسبت قبل بدء سريان مفعول الانسحاب. وهذا النهج ضروري على وجه الخصوص لحماية حقوق الأطراف الثالثة، التي يمكن أن تكون قدمت ائتمانا مقابل مستحقات آجلة وكانت تعول على انطباق مشروع الاتفاقية. وبدون وجود هذه القاعدة الموحدة سيتعين على الأطراف الثالثة أن تعول على قواعد موضوعية بشأن التغيرات التي تطرأ على القانون تنص عليها النظم القانونية المختلفة، وهذا ما يمكن أن يؤدي الى حلول متضاربة أو غير مرضية للحالات موضع النظر. وستكون تلك النتيجة متضاربة مع الهدف الرئيسي لمشروع الاتفاقية وهو تيسير الحصول على الائتمان زهيد التكلفة.

أحكام ختامية اضافية

٢٢٣- قد ترغب اللجنة في النظر في أن تدرج في الأحكام الختامية الحكم التالي الذي لم يتسع وقت الفريق العامل لمناقشته في دورته الحادية والثلاثين (انظر A/CN.9/466، الفقرتين ٢٠٧ و ٢٠٨):

"المادة سين - اعادة النظر والتعديل

"١ - بناء على طلب ما لا يقل عن ثلث الدول المتعاقدة الأطراف في هذه الاتفاقية ، يدعو الوديع الى عقد مؤتمر للدول المتعاقدة لاعادة النظر فيها أو تعديلها .

"٢ - أي وثيقة تصديق أو قبول أو اقرار أو انضمام يتم ايداعها بعد بدء نفاذ أي تعديل لهذه الاتفاقية ، تعتبر سارية على الاتفاقية بصيغتها المعدلة ."

مرفق مشروع الاتفاقية

المراجع

- A/CN.9/420، الفقرات ١٥٥-١٦٤
A/CN.9/445، الفقرات ١٨-٤٤ و ٨٣-٩٣
A/CN.9/434، الفقرات ٢٣٩-٢٥٨
A/CN.9/455، الفقرات ١٨-٣٢ و ١٢٠-١٢٣

التعليق

٢٢٤- بالنظر الى أن الفريق العامل لم يتمكن من التوصل الى اتفاق بشأن قاعدة أولوية من قواعد القانون الموضوعي، تحليل المواد ٢٤ الى ٢٦ مسائل الأولوية الى القانون الوطني (قانون مكان المحيل). غير أنه يمكن ألا توجد قواعد وطنية للأولوية، أو تكون تلك القواعد متقدمة أو غير كافية تماما لتناول جميع المشاكل ذات الصلة. ولذلك السبب، قرر الفريق العامل أن يدرج، في مرفق اختياري لمشروع الاتفاقية، قاعدتي أولوية بديلتي من قواعد القانون الموضوعي، تستند احدهما الى وقت الحالة وتستند الأخرى الى التسجيل. وقد ترغب الدول، من أجل تحديد ما ان كانت قواعد الخاصة بالأولوية تحتاج الى تنقيح، في أن تقارنها بالقاعدتين المدرجتين في المرفق.

٢٢٥- وفي حين أن المقصود بالقاعدتين المدرجتين في المرفق أن تكونا نموذجا للتشريع الوطني، فانهما لا تشكلان قانونا نموذجيا كاملا (ويقتصر انطباقهما على المستحقات). لذلك سيتعين على الدول أن تعد أحكاما اضافية. فمثلا اذا جرى اختيار نظام يستند الى التسجيل، ربما يلزم استبعاد بعض الممارسات من نظام الأولوية المستند الى التسجيل واخضاعها لنظام أولوية مختلف؛ وسيلزم دعم قواعد التسجيل بلوائح تنظيمية ملائمة. وعلى العموم، لا يمكن انطباق المرفق الا في الدولة التي تكون قد أصدرت اعلانا بموجب المادة ٤٠ (المادة ١ (٤)؛ الفقرة ٢٣). وترد في المادة ٤٠ الخيارات المتاحة للدول وآثارها (انظر أيضا الفقرة ٢١٦).

الباب الأول - قواعد الأولوية المستندة الى التسجيل

المادة ١ - الأولوية في حال تعدد المحال اليهم

فيما بين الأشخاص الذين يحال اليهم المستحق ذاته من المحيل ذاته، تتحدد الأولوية بالترتيب الذي تسجل به البيانات المتعلقة بالإحالة بمقتضى الباب الثاني من هذا المرفق، بغض النظر عن الوقت الذي ينقل فيه المستحق. فإذا لم تسجل بيانات كهذه، تحدد الأولوية استنادا الى وقت إجراء الإحالة.

المراجع

A/CN.9/466، الفقرتان ١٦٧ و ١٦٨

A/CN.9/445، الفقرات ٨٨-٩٠

التعليق

٢٢٦- ينطوي نظام التسجيل المتوخى في المادة ١ على اسخال بيانات معينة عن الاحالة، طوعيا، في سجل عمومي. والغرض من هذا التسجيل ليس أن ينشئ أو يشكل دليلا على حقوق الملكية، بل حماية الأطراف الثالثة باشعارها بالاحالات التي تتم وتهيئة أساس لتسوية نزاعات الأولوية بين المطالبات المتنافسة المتساوية النفاذ. وبسبب محدودية وظيفة التسجيل المتوخى في المادة ١، ولكي يكون التسجيل بسيطا وسريعا وغير مكلف، لا يشترط للتسجيل أن يدرج في السجل العمومي سوى كمية محدودة للغاية من البيانات (محددة في المادة ٤ من المرفق). وإذا لم تدرج أي بيانات، تكون الأولوية لأول محال اليه من حيث الوقت.

٢٢٧- والسياسة التي تستند اليها المادة ١ (والبايان الأول والثاني) هي أن اشعار الممولين المحتملين بالاحالات وتحديد الأولوية في المستحقات استنادا الى نظام تسجيل عمومي يعزز اليقين بشأن حقوق الممولين، ونتيجة لذلك سيكون له أثر مفيد في توافر وتكلفة الائتمان الذي يقدم استنادا الى المستحقات. ومن أجل ضمان أن قواعد الأولوية المبينة في الفصل الأول تعمل بنظام التسجيل الوطني الموجود، يمكن أن يلزم تنقيح المادة ١ (التي تشير الى نظام بموجب الباب الثاني سيلزم انشاؤه بموجب المادة ٣ من المرفق).

المادة ٢ - الأولوية بين المحال إليه ومدير الإعسار أو دائني المحيل

[رهننا بالمادة ٢٥ من هذه الاتفاقية،] تكون للمُحال إليه أولوية على مدير الإعسار ودائني المحيل، بمن فيهم الدائنون الذين يوقعون حجزا على المستحقات المحالة، إذا كانت المستحقات قد أحيلت وسجلت البيانات المتعلقة بالإحالة بمقتضى الباب الثاني من هذا المرفق قبل بدء إجراءات الإعسار أو الحجز.

المراجع

A/CN.9/466، الفقرتان ١٦٩ و ١٧٠

التعليق

٢٢٨- المقصود من المادة ٢ هو تجسيد مبدأ أنه، إذا حدث التسجيل قبل اعلان اجراء اعسار فيما يتعلق بموجودات المحيل وأعماله أو قبل الحجز على المستحقات الموجودة لدى المحيل، تكون للمحال اليه الأولوية. ونتيجة لذلك يمكن أن يحصل المحال اليه على السداد قبل الدائنين غير الحاصلين على ضمانات (غير أن ذلك لا يمس حقوق الأفضلية الخاصة القائمة بموجب قانون الاعسار، انظر الفقرة ١٨٢). وعلاوة على ذلك، فبهدف الحفاظ على أية حقوق أولوية فائقة (مثلا مطالبات الدولة بالضرائب، أو مطالبات العاملين بالأجور، أو مطالبات مدير الاعسار بتكاليف اجراءات الاعسار)، يخضع تطبيق المادة ٢ للمادة ٢٥.

الباب الثاني - التسجيل

المادة ٣ - إنشاء نظام للتسجيل

يُنشأ نظام لتسجيل البيانات المتعلقة بالإحالات التي تجرى بمقتضى هذه الاتفاقية واللوائح التنظيمية التي سيصدرها أمين السجل والهيئة المشرفة . وستحدد اللوائح التنظيمية بالتفصيل الطريقة التي سيعمل بها نظام التسجيل وكذلك الإجراء المتعلق بحسم النزاعات ذات الصلة بعمل ذلك النظام .

المراجع

A/CN.9/466، الفقرتان ١٧١ و ١٧٢

A/CN.9/445، الفقرات ٩٤-١٠٣

التعليق

٢٢٩- السياسة التي تستند اليها المادة ٣ هي أنه، في حين أن المرفق ينبغي أن يشتمل على بعض الأحكام الأساسية بشأن التسجيل، فإن آليات عملية التسجيل ينبغي أن تترك للوائح تنظيمية يعدها المسجل والهيئة المشرفة. ومن أجل تفادي خلق انطباع بأن اللوائح التنظيمية قد يتعين أن تكون أكثر تفصيلا مما هو ضروري من الناحية العملية، ولتوفير المرونة الكافية للمسجل والهيئة المشرفة في اعداد اللوائح التنظيمية، تشير المادة ٣ الى لوائح تنظيمية تحدد "بالتفصيل" (ولكن ليس "بدقة") طريقة عمل نظام التسجيل.

٢٣٠- وستكون للمسجل (الذي يمكن أن يفترض أنه سيكون هيئة خاصة) والهيئة المشرفة (التي يقصد أن تكون منظمة دولية حكومية) صلاحيات كبيرة في أن يحددا، علاوة على آليات التسجيل، مسائل هامة مثل الولاية القانونية للمحكمة على المسجل وواجبات المسجل ومسؤوليته وامتيازاته وحصانته. ولذلك فقد

ترغب اللجنة في النظر في الطريقة التي ينبغي أن يتم بها تعيين الهيئة المشرفة والمسجل. وبما أن المسجل والهيئة المشرفة ستعطى لهما صلاحيات واسعة فيما يتعلق بتنفيذ مشروع الاتفاقية، فيبدو أنه سيكون من الملائم أن تكون هناك عملية مماثلة لعملية التنقيح المنطوية على انعقاد مؤتمر للدول المتعاقدة (انظر A/CN.9/466، الفقرتين ١٦٥ و ١٦٦). وبدلاً من ذلك، قد ترغب اللجنة في أن تحدد في المرفق منظمة دولية حكومية بصفة هيئة مشرفة، وربما أول مسجل؛ وأن تتناول في المرفق مسائل رئيسية معينة مثل الولاية القضائية للمحكمة على المسجل وواجباته ومسؤوليته وكذلك حصاناته وامتيازاته، وتكاليف إقامة النظام وتشغيله (هذا هو النهج المتبع في المشروع الأولي لاتفاقية الايكاو/اليونيدروا بشأن المصالح الدولية في المعدات المتنقلة، وفي المشروع الأولي لبروتوكول الطائرات؛ انظر المادتان السادسة عشرة والتاسعة عشرة من المشروع الأولي لبروتوكول الطائرات والمواد ٢٦ و ٢٦ مكررا و ٤٠ من مشروع الاتفاقية الأولي).

المادة ٤ - التسجيل

(١) يجوز لأي شخص تأذن له اللوائح التنظيمية بذلك أن يسجل في السجل بيانات تتعلق بإحالة ما وفقا لهذه الاتفاقية وللوائح التنظيمية للتسجيل. ويتعين أن تتضمن البيانات المسجلة هوية كل من المحيل والمُحال إليه، حسبما تنص عليه تلك اللوائح، ووصفا موجزا للمستحق المحال.

(٢) يجوز لعملية تسجيل واحدة أن تشمل:

- (أ) إحالة أكثر من مستحق واحد من المحيل إلى المحال إليه ؛
- (ب) إحالة لم تُجر بعد ؛
- (ج) إحالة مستحقات ليست قائمة وقت التسجيل .

(٣) يكون التسجيل، أو تعديله ، نافذ المفعول اعتبارا من الوقت الذي تكون فيه البيانات المشار إليها في الفقرة (١) متاحة للباحثين عنها. ويجوز للطرف المسجل أن يحدد، من بين الخيارات المتاحة في اللوائح التنظيمية، فترة لنفاذ مفعول التسجيل. وفي حال عدم وجود ذلك التحديد، يكون التسجيل نافذ المفعول لمدة خمس سنوات. وتحدد اللوائح التنظيمية الطريقة التي يجوز بها تجديد التسجيل أو تعديله أو إلغاؤه، كما تحدد، اتساقا مع هذا المرفق، ما يلزم لعمل نظام التسجيل من أمور.

(٤) من شأن أي عيب أو مخالفة للوائح أو إغفال أو خطأ يتعلق بهوية المحيل ويؤدي الى عدم العثور على البيانات المسجلة عندما يجري البحث عنها استنادا إلى هوية المحيل، أن يجعل التسجيل عديم المفعول.

المراجع

A/CN.9/466، الفقرات ١٧٣-١٧٨

A/CN.9/445، الفقرات ١٠٤-١١٧

التعليق

٢٣١- الغرض من المادة ٤ هو تحديد البارامترات الأساسية لنظام تسجيل كفو. ومن تلك البارامترات الأساسية الطابع العمومي للسجل، ونوع البيانات التي يلزم تسجيلها، والطرانق التي يمكن بها تلبية ما للممارسات المالية العصرية من احتياجات تتصل بالتسجيل، والوقت الذي يبدأ فيه مفعول التسجيل. والسجل المتوخى هو سجل عمومي. غير أنه، من أجل تفادي أي إساءة استعمال، قد يلزم استحداث بعض القيود بشأن الأشخاص الذين يجوز لهم التسجيل (مثلا لا يجوز التسجيل سوى للأشخاص الذين لهم مصلحة مشروعة أو الحاصلين على إذن من المحيل) وقد يلزم أن يمنح للمحيل الحق في طلب التسجيل. وتترك الفقرة (١) تلك المسائل للوائح التنظيمية. ويمكن أن تتناول اللوائح التنظيمية أيضا التسجيل الجائر أو الاحتيالي، على الرغم من أن هذه المسألة لا ينبغي عادة أن تطرح مشكلة، لأن التسجيل بموجب المادة ٤ لا ينشئ أي حقوق موضوعية. وعلى أية حال فإن مسألة أية خسارة ناجمة عن تسجيل غير مأذون به أو احتيالي يمكن تناولها بواسطة القواعد العامة للضرر أو الاحتيال أو حتى القانون الجنائي. وتشمل البيانات التي ينبغي تسجيلها، بموجب الفقرة (١) تحديد هوية المحيل والمحال اليه ووصفا موجزا للمستحقات المحالة. ونوع تحديد الهوية اللازم متروك للوائح التنظيمية. غير أن المقصود أن يشمل تحديد الهوية بواسطة رقم. والمقصود بعبارة "وصفا موجزا" أن تشمل وصفا عاما، مثل "جميع مستحقاتي من أعمالتي الخاصة بالسيارات" أو "جميع مستحقاتي من البلدان ألف وباء وجيم". والفقرة (٢) هي حكم رئيسي من حيث أن المقصود بها أن تكفل التشغيل الكفو لنظام التسجيل وأن تلبية احتياجات معاملات هامة. وبموجب الفقرتين الفرعيتين ألف وجيم، يمكن أن يتناول اشعار واحد عددا كبيرا من المستحقات، الموجودة أو الآجلة، تنشأ عن عقد واحد أو عدة عقود، وكذلك مجموعة متغيرة من المستحقات وكمية دائمة التغير من الائتمان المعزز بضمانات (الائتمان المتجدد). وبدون هذه الخصائص، سيكون التسجيل مكلفا وبطيئا وعديم الكفاءة. ويترك للتشريعات الأخرى معالجة أي إساءة استعمال يمكن أن تضر المحيل ولكن دون أن تنشئ حقوقا موضوعية.

٢٣٢- وبموجب الفقرة (٣) يكون التسجيل نافذ المفعول عندما يحصل الباحثون على امكانية النفاذ الى البيانات المسجلة. وهذا يعني أنه اذا أصبح المحيل معسرا بعد التسجيل ولكن قبل أن تصبح البيانات متاحة للباحثين فإن خطر وقوع أية أحداث يمكن أن تؤثر في مصالح الطرف الذي يقوم بالتسجيل يقع على ذلك الطرف. وباستثناء الحالات المنطوية على إعادة هيكلة الديون المتعثرة، التي يكون فيها صرف الأموال الفوري ضروريا، يجوز للطرف الذي يقوم بالتسجيل أن يحمي نفسه بمنع السحوبات الى حين أن تصبح البيانات المسجلة متاحة. وسيخفض ذلك الخطر تخفيضا كبيرا اذا لم توجد فجوة زمنية بين تسجيل البيانات واتاحتها للباحثين، وهذا ممكن في حالة نظم التسجيل الالكترونية. والفقرة (٣) تسمح

للأطراف التي تقوم بالتسجيل بأن تختار طول مدة نفاذ المفعول من بين مجموعة من الخيارات تبين في اللوائح التنظيمية. وفي حالة عدم وجود اختيار، يكون وقت نفاذ المفعول خمس سنوات. وتترك للوائح التنظيمية مسائل التجديد، وإبراء الذمة والتعديلات، وكذلك أية مسألة أخرى لازمة لتسيير السجل. ويهدف الحفاظ على التسجيلات المحتوية على أخطاء طفيفة، لا تبطل الفقرة (٤) التسجيل إلا إذا كان هناك عيب أو مخالفة للوائح أو اغفال يتعلق بتهديد هوية المحيل ويؤدي إلى عدم العثور على البيانات المسجلة عندما يجري البحث عنها. والسبب في ذلك هو أنه إذا ارتكب الخطأ الطرف الذي يقوم بالتسجيل، فينبغي أن يتحمل ذلك الطرف العواقب؛ وإذا ارتكب الخطأ المسجل، فينبغي اعتبار المسجل مسؤولاً (وهذه مسألة ينبغي تناولها في اللوائح التنظيمية). والمقصود بعبارة "يؤدي" هو ضمان أن التسجيل سيكون غير ساري المفعول في حالة وقوع خطأ هام في تحديد هوية المحيل، حتى إذا لم يحدث بالفعل تضليل لأي شخص. ولا يصبح التسجيل غير نافذ المفعول من جراء الأخطاء أو الاغفالات الطفيفة في تحديد هوية المحيل، أو أية أخطاء أو اغفالات في تحديد هوية المحال إليه أو بيان المستحقات المحالة.

المادة ٥ - البحث في السجل

(١) يجوز لأي شخص أن يبحث في بيانات السجل استناداً إلى هوية المحيل، وفقاً لما تنص عليه اللوائح التنظيمية، وأن يحصل على نتيجة بحثه كتابة.

(٢) تكون نتيجة البحث المكتوبة التي تفيد أنها صدرت من السجل مقبولة كدليل، وتكون، في حال عدم وجود دليل على خلاف ذلك، برهاناً على البيانات التي يتعلق بها البحث، بما في ذلك:

- (أ) تاريخ التسجيل ووقته ؛ و
- (ب) ترتيب التسجيل .

المراجع

A/CN.9/466، الفقرتان ١٧٩ و ١٨٠

A/CN.9/445، الفقرات ١١٨ و ١١٩

التعليق

٢٣٣- المقصود من المادة ٥ هو تجسيد مبدأ النفاذ العمومي إلى السجل لأغراض البحث، وليس لأغراض التسجيل. والسجل الذي يجوز للجمهور النفاذ إليه هو وحده الذي يوفر الشفافية اللازمة لتعزيز اليقين فيما يتعلق بحقوق الأطراف الثالثة. وهذا النفاذ العمومي إلى السجل لا يخل بالسرية اللازمة في المعاملات المالية، لأنه لن يتوفر في السجل سوى كمية محدودة من البيانات. وتنص المادة ٥ أيضاً على

قبول نتيجة البحث وقيمتها الإثباتية العامة في أية محكمة أو هيئة قانونية أخرى. وسجل البحث هو، على وجه الخصوص، اثبات للبيانات اللازمة لتحديد الأولوية، أي تاريخ التسجيل ووقته وترتيب التسجيل.

الباب الثالث - قواعد الأولوية المستندة إلى وقت إبرام عقد الإحالة

المادة ٦ - الأولوية في حال تعدد المحال اليهم

فيما بين الأشخاص الذين يحال اليهم المستحق ذاته من المحيل ذاته، يكون المستحق من حق المُحال إليه الذي يكون عقد الإحالة الخاص به أبكر تاريخاً.

المراجع

A/CN.9/446، الفقرات ١٨١-١٨٥

A/CN.9/445، الفقرات ٨٣-٨٧

التعليق

٢٣٤- بموجب المادة ٦، يحصل أول المحال اليهم من حيث الوقت على المستحق المحال. ولا يحصل أي محال اليه لاحق على أي شيء، لأن المحيل ليس لديه شيء آخر يحيله (فاقد الشيء لا يعطيه). وإذا كان من غير الممكن أن تكون هناك أكثر من إحالة نافذة واحدة لنفس المستحق من جانب نفس المحيل، فلا يمكن أن ينشأ تنازع أولويات بين عدة أشخاص محال اليهم تلك المستحقات. وعلاوة على ذلك، فإن المادة ٦ قد لا تتناول النزاع على الأولوية بين عدة محال اليهم إذا أحال المحيل أجزاء مختلفة من نفس المستحقات لمحال اليهم مختلفين، لأنه، بافتراض أن التشريع الوطني يسمح بإحالة أجزاء من المستحقات، سيكون الأمر منطوياً على "مستحقات" متباينة. وفضلاً عن ذلك فإن المادة ٦ لن تتناول نزاع أولوية بين عدة محال اليهم إذا أحال المحيل نفس المستحقات إلى محال اليهم متباينين ضماناً لمبالغ مختلفة من الائتمان لا تتجاوز قيمة المستحق. وإذا كان هذا هو المعنى المقصود من المادة ٦ فسيُلزم أن يعاد النظر في عنوان الباب الثالث وعنوان المادة ٦ اللذين يشاران إلى "الأولوية". وإذا كان يجوز بموجب المادة ٦ نفاذ مفعول أكثر من إحالة واحدة لنفس المستحقات، فسيُلزم تنقيح المادة ٦، لتصبح على غرار ما يلي مثلاً: "فيما بين الأشخاص الذين يحال اليهم المستحق ذاته من المحيل ذاته، تحدد الأولوية استناداً إلى وقت الإحالة". وقد ترغب اللجنة، في مداولاتها، في النظر في نظام الأولوية الذي يستحدثه مشروع المادة ١٢-٤٠١ من مبادئ العقود الأوروبية. وبموجب تلك المادة، تحدد الأولوية استناداً إلى وقت اشعار المدين، وفي حالة عدم وجود اشعار، استناداً إلى وقت الإحالة. وفي كلتا الحالتين، يتعين استيفاء مقتضيات القانون المنطبق على الاعسار.

المادة ٧ - الأولوية بين المُحال إليه ومدير الإعسار أو دائني المحيل

[رهنا بالمادة ٢٥ من هذه الاتفاقية،] تكون للمُحال إليه أولوية على مدير الإعسار ودائني المحيل، بمن فيهم الدائنون الذين يوقعون حجزاً على المستحقات المُحالة، إذا كانت المستحقات قد أُحيلت قبل بدء إجراءات الإعسار أو الحجز.

المراجع

A/CN.9/446، الفقرتان ١٨٦ و ١٨٧

A/CN.9/445، الفقرات ٨٣-٨٧

التعليق

٢٣٥- خلافاً للمادة ٦ من المرفق، تشير المادة ٧ إلى الأولوية. غير أنه إذا تم نقل المستحق نقلاً فعالاً قبل بدء إجراءات الإعسار أو الحجز، على الأقل في حالة الاحالة المطلقة، لا تنشأ مسألة تتعلق بالأولوية (المستحق ليس جزءاً من الحوزة الخاضعة للإعسار). ويمكن أن تنشأ مسألة أولوية من هذا النوع في حالة الاحالة على سبيل الضمان، حيث يسعى المحال إليه إلى الحصول على السداد له أولاً من عائدات المستحق. ورهنا بالفهم الصحيح للمادة ٧، قد ترغب اللجنة في النظر في تنقيحها. وكما في المادة ٢ من المرفق، لا يقصد أن تؤثر الأولوية في حقوق الإعسار الخاصة (أنظر الفقرة ١٨٢)؛ والمقصود من العبارة الاستهلاكية هو الحفاظ على حقوق الأولوية الفائقة بموجب قانون دولة المحكمة (أنظر الفقرة ١٨١).

* * *