الأمم المتحدة

A/CN.9/557

الجمعية العامة

Distr.: General
2 January 2004
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة السابعة والثلاثون

نيويورك، ١٤ حزيران/يونيه – ٢ تموز/يوليه ٢٠٠٤

مذكرة تفسيرية بشأن اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية*

مذكرة من الأمانة

المحتويات

		الفقرات	الصفحة
أولا-	مقدمة	١-٦	٣
ثانيا-	نطاق الانطباق	٧-٢٠	٤
	ألف- الإحالة/المحيل-المحال إليه-المدين/المستحَق	٧-٩	٤
	باء- الممارسات المشمولة	١٠	٥
	جيم- الاستبعادات وغيرها من التقييدات	١١-١٣	٥
	دال- تعريف "الطابع الدولي"	١٤-١٥	٦
	هاء- عوامل الترابط لتطبيق الاتفاقية	١٦-١٨	٧
	واو- تعريف "المقر"	١٩-٢٠	٧
ثالثا-	الأحكام العامة	٢١-٢٣	٨
	ألف- التعاريف وقواعد التفسير	٢١	٨
	باء- حرية الأطراف	٢٢	٨
	جيم- التفسير	٢٣	٩

* أعدّت هذه المذكرة أمانة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) لأغراض إعلامية، وهي ليست تعليقا رسميا على الاتفاقية.

230204 V.04-50000 (A)

		الفقرات	الصفحة
رابعا-	مفعول الإحالة	٢٤-٢٩	٩
	ألف- الصحة الشكلية والموضوعية	٢٤-٢٥	٩
	باء- التقييدات التشريعية	٢٦	٩
	جيم- التقييدات التعاقدية	٢٧-٢٨	١٠
	دال- نقل الحقوق الضامنة لتسديد المستحَقات المحالة	٢٩	١٠
خامسا-	الحقوق والالتزامات والدفوع	٣٠-٥٣	١١
	ألف- المحيل والمحال إليه	٣٠-٣٤	١١
	١- حرية الأطراف وقواعد الممارسة	٣٠	١١
	٢- الإقرارات	٣١	١١
	٣- الإشعار وتعليمات السداد	٣٢-٣٣	١٢
	٤- الحقوق في العائدات	٣٤	١٢
	باء- المدين	٣٥-٤٦	١٢
	١- حماية المدين	٣٥-٣٦	١٢
	٢- إبراء ذمة المدين بالسداد	٣٧-٤٢	١٣
	٣- دفوع المدين وحقوقه في المقاصة	٤٣	١٤
	٤- التنازل عن الدفوع	٤٤	١٥
	٥- تعديل العقد الأصلي	٤٥	١٥
	٦- استرداد المدين المبالغ المسددة	٤٦	١٥
	جيم- الأطراف الثالثة	٤٧-٥٣	١٦
	١- القانون المنطبق على الأولوية في المستحقات	٤٧-٤٩	١٦
	٢- القانون الإلزامي واستثناءات السياسة العامة	٥٠	١٧
	٣- القانون المنطبق على الأولوية في العائدات	٥١	١٧
	٤- قواعد الأولوية في القانون الموضوعي	٥٢	١٨
	٥- اتفاقات التنازل	٥٣	١٨
سادسا-	القواعد المستقلة لتنازع القوانين	٥٤-٥٩	١٨
	ألف- النطاق والغرض	٥٤-٥٥	١٨
	باء- القانون المنطبق على شكل عقد الإحالة	٥٦	١٩
	جيم- القانون المنطبق على الحقوق والالتزامات المتبادلة للمحيل والمحال إليه	٥٧	١٩
	دال- القانون المنطبق على حقوق والتزامات المحال إليه والمدين	٥٨	٢٠
	هاء- القانون المنطبق على الأولوية	٥٩	٢٠
سابعا-	الأحكام الختامية	٦٠	٢٠

أولا– مقدمة

١– اعتمدت الجمعية العامة اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية، وفتحت باب التوقيع عليها بموجب قرارها ٥٦/٨١ المؤرخ ١٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠١.[١] وقد أعدت الاتفاقية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.[٢]

٢– الغرض الرئيسي من الاتفاقية هو تشجيع إتاحة رأس المال والتسهيل الائتماني بأسعار أكثر يسرا عبر الحدود الوطنية، وبالتالي تسهيل حركة البضائع والخدمات عبر الحدود. وتحقق الاتفاقية هذا الهدف بتقليل عدم اليقين من الناحية القانونية فيما يتعلق بعدد من القضايا التي تنشأ في سياق المعاملات الهامة للتمويل بالمستحقات، بما في ذلك الإقراض بضمان الموجودات، وشراء مستندات التصدير، وخصم الفواتير، والضمان بالسندات، إضافة إلى المعاملات التي لا يُوفّر تمويل فيها.

٣– تنشئ الاتفاقية مبادئ تتعلق بإحالة المستحقات وتعتمد قواعد تحكمها. وعلى وجه الخصوص، تزيل الاتفاقية الموانع التشريعية التي تحظّر إحالة المستحقات الآجلة والمستحقات التي ليست معيّنة بالتحديد (الإحالات الإجمالية). كما تزيل الاتفاقية التقييدات التعاقدية على إحالة المستحقات التجارية، المتفق عليها بين أطراف العقد الذي تنشأ بموجبه المستحقات المحالَة، وتوضّح مفعول الإحالة على الحقوق الضامنة لسداد المستحقات المحالَة. وإضافة إلى ذلك، تعترف الاتفاقية بالاستقلال الذاتي للأطراف، وتوفر مجموعة من القواعد غير الالزامية الواجب تطبيقها في حال عدم وجود اتفاق بين أطراف الإحالة. وعلاوة على ذلك تعالج الاتفاقية الحواجز القانونية التي تعرقل تحصيل المستحقات من المدينين الأجانب، وذلك بتوفير مجموعة موحّدة من القواعد بشأن المسائل ذات الصلة بالمدينين، مثل إشعار المدين، وإبراء ذمة المدين بالسداد، ودفوع المدين وحقوقه في المقاصّة.

٤– والأهم هو أن الاتفاقية تزيل عدم اليقين القائم فيما يتعلق بالقانون الواجب تطبيقه على المنازعات بخصوص مَن الذي يحق له أن يحصّل السداد فيما بين المحال إليه ومطالب منازع، مثل محال إليه آخر، أو دائني المحيل، أو مدير إجراءات إعسار المحيل. ويتحقق ذلك بإخضاع المنازعات ذات الأولوية لقانون وحيد، يسهل تعيينه والأرجح أن يكون في المكان الذي سوف يُفتح فيه إجراء الإعسار الرئيسي فيما يتعلق بالمحيل (أي مكان عمل المحيل، وفي حالة تعدد أماكن العمل في أكثر من دولة واحدة، فقانون الدولة التي توجد فيها إدارة المحيل المركزية). كما تعالج الاتفاقية مسألة عدم الاعتراف بالحقوق في العائدات في كثير من البلدان، وذلك بتوفير قاعدة موحّدة للأولويات المحدودة فيما يتعلق بالعائدات، تهدف إلى تسهيل الأخذ بممارسات، مثل الضمان بالسندات وخصم الفواتير غير المعلن. إضافة إلى

ذلك، تقدم الاتفاقية الإرشاد إلى الدول التي تريد تحديث قواعد الأولوية في قوانينها الموضوعية، إذ توفر قواعد نموذجية في هذا الشأن.

٥- وفضلا عن ذلك، تعزّز الاتفاقية وحدة القانون الواجب تطبيقه على الإحالة إذ تتضمن مجموعة من القواعد التي تتعلق بتنازع القوانين. وتستهدف هذه القواعد ملء الثغرات المتبقية في الاتفاقية حول مسائل تحكمها ولكنها لا تحسمها صراحة. ويجوز تطبيقها إذا كانت الدولة التي تنشأ فيها منازعة قد اعتمدت الاتفاقية.

٦- يرد فيما يلي ملخص لأهم ميزات الاتفاقية وأحكامها.

ثانيا- نطاق الانطباق

ألف- الإحالة/المحيل - المحال إليه - المدين/المستحق

٧- "الإحالة" معرّفة في الاتفاقية بأنها نقل ملكية في مستحقات بموجب اتفاق (المادة ٢). ويشمل هذا التعريف كلا من إنشاء حقوق ضمانية في مستحقات ونقل الملكية الكاملة في المستحقات، سواء كان ذلك لأغراض ضمانية أم لا. غير أن الاتفاقية لا تحدد ما هو الذي يشكّل إما النقل التام أو النقل الضماني، تاركة هذه المسألة للقانون الواجب تطبيقه خارج نطاق تطبيق الاتفاقية. ويجوز أن تكون "الإحالة" إحلالاً تعاقديا، أو معاملة من نوع الرهن. ومن ناحية أخرى، لا يجوز أن تكون نقلا بفعل القانون (مثل التنازل القانوني عن أولوية) أو خلاف ذلك من إحالات غير تعاقدية.

٨- "المحيل" هو الدائن في العقد الأصلي الذي نشأ عنه المستحق المحال. والمحيل إما مقترض (أو طرف ثالث) يحيل المستحقات كضمان وإما بائع مستحقات. ويكون "المحال إليه" الدائن الجديد أو مقرضاً أو مشترياً لمستحقات. و"المدين" هو الملتزم في العقد الذي نشأت عنه المستحقات المحالة ("العقد الأصلي").

٩- تعرّف الاتفاقية "المستحق" بأنه "حق تعاقدي في تقاضي مبلغ نقدي". ويشمل التعريف أجزاء من مستحقات ومصالح غير مجزأة فيها. والمستحقات الناشئة عن أي نوع من العقود مشمولة أيضا. وفي حين أن المعنى الدقيق لعبارة "الحق التعاقدي" متروك للقانون الوطني، من الواضح أن الاتفاقية تشمل المطالبات الناشئة عن عقود لأجل توريد بضائع أو إنشاءات أو خدمات، سواء أكانت العقود تجارية أو استهلاكية. كما إن مستحقات القروض، وإتاوات تراخيص الملكية الفكرية، ومتحصلات رسوم المرور على الطرق، والمطالبات النقدية تعويضاً عن أضرار ناجمة عن الاخلال بعقد، وكذلك الفائدة، والمطالبات

غير النقدية القابلة للتحويل إلى نقد كلها مشمولة أيضا. ولا يتضمن المصطلح الحق في تقاضي مبلغ ينشأ بشكل آخر غير عقد، مثل المطالبة بتعويض عن إساءة أو مطالبة باسترداد ضرائب.

باء- الممارسات المشمولة

١٠- نظرا للتعريف الواسع لمصطلحي "الإحالة" و "المستحق"، تطبّق الاتفاقية على طائفة متنوعة من المعاملات؛ وهي تشمل بوجه خاص إحالة المستحقات التجارية (الناشئة عن توريد بضائع أو إنشاءات أو خدمات فيما بين المنشآت التجارية)، ومستحقات القروض (الناشئة عن منح الائتمان)، والمستحقات الاستهلاكية (الناشئة عن معاملات استهلاكية)، ومستحقات حكومية (الناشئة عن معاملات مع هيئة حكومية أو كيان عام). ونتيجة لذلك، يكون التمويل بضمان الموجودات (مثل التسهيلات الائتمانية المتجددة وتمويل ثمن الشراء) مشمولين. كما تشمل الاتفاقية العوملة وشراء مستندات التصدير بكل أشكالها المختلفة (مثل خصم الفواتير وعوملة الصكوك المستحقة والعوملة الدولية). كذلك تشمل الاتفاقية أساليب التمويل، مثل ضمان مستندات المستحقات التعاقدية، إضافة إلى تمويل المشاريع على أساس تدفق الايرادات من مشروع مستقبلا.

جيم- الاستبعادات وغيرها من التقييدات

١١- نطاق الإحالات المشمولة مقيّد بواسطة استبعادات قطعية أو محدودة لبعض أنواع المستحقات أو الإحالات. فتستبعد الاتفاقية بعض الإحالات لأنه لا توجد سوق لها (الفقرة (١) من المادة ٤). فالإحالات إلى مستهلك مستبعدة، مثلا؛ في حين أن إحالات المستحقات الاستهلاكية مشمولة. كما تستبعد الاتفاقية إحالة أنواع المستحقات الخاضعة من قبل لضوابط تنظيمية كافية، أو التي قد لا تكون بعض أحكام الاتفاقية ملائمة لها، مثل إحالات المستحقات الناشئة عن أوراق مالية (سواء أكانت في حيازة مباشرة أو غير مباشرة)، وخطابات الاعتماد، والضمانات المستقلة، والودائع المصرفية، ومعاملات النقد الأجنبي والمعاملات الاشتقاقية، ونظم المدفوعات، وما إلى ذلك (الفقرة (٢) من المادة ٤).

١٢- وإضافة إلى استبعاد أنواع معينة من الإحالات أو المستحقات صراحة، تنص الاتفاقية على نوعين آخرين من التقييدات. أحدهما هو شرط "درء المسؤولية"، الذي يُطبقّ على إحالات المستحقات في شكل صكوك قابلة للتداول، والمستحقات الاستهلاكية، والمستحقات العقارية (الفقرات ٣-٥ من المادة ٤). والاتفاقية تطبّق على إحالة هذه

المستحقات، إلا أنها لا تغيّر الوضع القانوني لأطراف معيّنة في مثل هذه الإحالات. فمثلا، تُصان أولوية الحائز حسن النية المستحق في حينه بموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول.

١٣- وتفرض الاتفاقية تقييدا من نوع آخر أيضاً على نطاق الحكم الذي يجعل الاحالات نافذة المفعول بصرف النظر عن شروط عدم الإحالة أو ما شابهها من الشروط (المادتان ٩ و١٠). علما بأن المادتين ٩ و١٠ لا تُطبّقان إلا على المستحقات التجارية، وتعريفها العام يجعلها تشمل المستحقات من توريد البضائع أو تأجيرها بقصد الشراء أو توريد خدمات غير الخدمات المالية (الفقرة ٣ من المادة ٩ والفقرة ٤ من المادة ١٠). ولا تُطبّقان على إحالات مستحقات أخرى، مثل مستحقات القروض أو التأمين. وأثر هذا التقييد على نطاق المادتين ٩ و١٠ هو أن فعالية شرط عدم الإحالة في إحالة خارج نطاق المادتين ٩ و١٠ تكون خاضعة لقانون خارج نطاق تطبيق الاتفاقية (وهو القانون الذي يحكم العقد الأصلي، بموجب المادة ٢٩).

دال- تعريف "الطابع الدولي"

١٤- لما كانت الاتفاقية تركّز على التجارة الدولية فهي لا تُطبّق من حيث المبدأ إلا على إحالات المستحقات الدولية وعلى الإحالات الدولية للمستحقات (المادة ٣). وتكون الإحالة دولية إذا كان مقرا المحيل والمحال إليه يقعان في دولتين مختلفتين. ويكون المستحق دوليا إذا كان مقرا المحيل والمدين يقعان في دولتين مختلفتين. ويحدد الصفة الدولية للإحالة أو المستحق مقر المحيل والمحال إليه، أو المدين، وقت إبرام عقد الإحالة (ولا يؤثر تغيير لاحق في تطبيق الاتفاقية).

١٥- لا تنطبق الاتفاقية عموما على الإحالات المحلية للمستحقات المحلية، إلا أنه يوجد استثناءان. يتعلق الأول بالاحالات اللاحقة حيث يحيل ألف إلى باء وباء إلى جيم، مثلا، وهكذا. ومن أجل ضمان نتائج متسقة، تُطبّق الاتفاقية على هذه الإحالات اللاحقة بصرف النظر عما إذا كانت الإحالات اللاحقة دولية أو إذا كانت تتعلق بمستحقات دولية، شريطة أن تكون أي إحالة سابقة في تسلسل الإحالات اللاحقة خاضعة لأحكام الاتفاقية (الفقرة ١ (ب) من المادة ١). ويتعلق الاستثناء الثاني بتنازع الأولوية بين محال إليه محلي وآخر أجنبي أُحيلت إليهما مستحقات محلية (أي عندما يكون المحال إليه ألف في البلد سين والمحال إليه باء في البلد ياء والمستحقات لازمة الأداء من مدين في البلد ياء). ولضمان اليقين فيما يتعلق

بحقوق أولوية المحال إليهم، تشمل الاتفاقية تنازع الأولوية بين المحال إليه ألف والمحال إليه باء حتى إذا كانت الإحالة إلى باء إحالة محلية لمستحقات محلية (المادتان ٥ (م) و٢٢).

هاء- عوامل الترابط لتطبيق الاتفاقية

١٦- باستثناء الأحكام المتعلقة بالمدين (مثل المواد ١٥-٢١)، تُطبّق الاتفاقية على الإحالات الدولية وعلى إحالات المستحقات الدولية إذا كان مقر المحيل يقع في دولة طرف في الاتفاقية (الفقرة ١ (أ) من المادة ١). ويجوز أن تُطبّق الاتفاقية على إحالات لاحقة قد تكون محلية تماما حتى إن لم يكن مقر المحيل واقعا في دولة متعاقدة طالما كانت الاتفاقية تحكم أي إحالة سابقة (الفقرة ١ (ب) من المادة ١).

١٧- وكي تُطبّق الأحكام المتعلقة بالمدين ينبغي أن يكون مقر المدين أيضا واقعا في دولة طرف في الاتفاقية، أو ينبغي أن يكون القانون الذي يحكم المستحقات المحالة هو قانون دولة طرف في الاتفاقية (الفقرة ٣ من المادة ١). ويحمي هذا النهج المدين من أن يسري عليه نص لا يمكن أن يكون على علم به. إلا أنه لا يستبعد تطبيق قواعد الاتفاقية التي لا أثر لها على المدين، مثل القواعد التي تعالج العلاقة بين المحيل والمحال إليه، أو التي تعالج الأولوية فيما بين مطالبين متنازعين. وبذلك حتى إذا كانت الأحكام المتعلقة بالمدين لا تُطبّق على إحالة معيّنة، يجوز مع ذلك أن تُطبّق بقية الاتفاقية على العلاقة بين المحيل والمحال إليه أو بين المحال إليه ومطالب منازع.

١٨- ويجوز أن تطبق القواعد المستقلة لتنازع القوانين الواردة في الاتفاقية حتى إن لم يكن مقر المحيل أو المحال إليه واقعا في دولة متعاقدة طالما عُرضت المنازعة على محكمة في دولة متعاقدة (الفقرة ٤ من المادة ١).

واو- تعريف "المقر"

١٩- معنى تعبير "المقر" له تأثير في تطبيق الاتفاقية (أي على الصفة الدولية لإحالة أو لمستحق وعلى النطاق الاقليمي للاتفاقية). وله تأثير أيضا في القانون الذي يحكم الأولوية (المادة ٢٢). فتعرّف الاتفاقية "المقر" بالاشارة إلى مكان عمل الشخص أو إلى مكان إقامته المعتاد إن لم يكن له مكان عمل. وابتعدت الاتفاقية عن "قاعدة المقر" التقليدية بالاشارة، في حالة تعدد أماكن العمل، إلى المكان الأوثق صلة بالمعاملة المعنية، حيث تنص على أنه إذا كان للمحيل أو المحال إليه مكان عمل في أكثر من دولة، يُشار إلى المكان الذي تُمارس فيه الإدارة المركزية (أو بعبارة أخرى، مكان العمل الرئيسي أو مركز المصالح الرئيسي). وسبب

هذا النهج هو توفير اليقين فيما يتعلق بتطبيق الاتفاقية وكذلك القانون الذي يحكم الأولوية. على خلاف ذلك، عندما يكون للمدين أماكن عمل في أكثر من دولة واحدة، يُشار إلى المكان الأوثق صلة بالعقد الأصلي. وقد اتُّبع هذا النهج المختلف إزاء مقر المدين لضمان ألا يفاجأ المدين بتطبيق قواعد قانونية ليست لها علاقة ظاهرية بالعقد الأصلي المبرم بين المدين والمحيل.

٢٠- أما في حالة المعاملات التي تجري من خلال مكاتب فرعية، فسوف تؤدي قاعدة الادارة المركزية إلى تطبيق الاتفاقية بدلا من قانون الدولة التي يوجد فيها الفرع المعني، إذا كانت إدارة المحيل المركزية تقع في دولة طرف في الاتفاقية. وإضافة إلى ذلك، يجوز أن تصبح معاملة ما دولية فتخضع للاتفاقية إذا كانت إدارة المحال اليه المركزية تقع في دولة غير الدولة التي يوجد فيها مقر المحيل، حتى إذا تصرّف المحال إليه من خلال فرع يوجد في الدولة نفسها التي يوجد فيها المحيل. وعلاوة على ذلك، سوف تؤدي قاعدة مكان الإدارة المركزية إلى تطبيق القانون الذي تتبع له إدارة المحيل المركزية (بدلا من المكان الأوثق صلة بالإحالة) على منازعات الأولوية. ويسوّغ اليقين في تطبيق الاتفاقية وفي تعيين القانون الذي يحكم الأولوية هذه النتيجة. ولن تؤثر هذه القاعدة في مؤسسة تمويلية بصفتها مديناً بالمستحق الأصلي، لأن معيار الصلة الوثيقة يحدّد مقر المؤسسة في هذه الحالة.

ثالثا- الأحكام العامة

ألف- التعاريف وقواعد التفسير

٢١- المصطلحات الهامة مثل "المستحق الآجل" و "الكتابة" و "الإشعار" و "المقر" و "الأولوية" و "المطالب المنازع" و "العقد المالي" معرّفة في المادة ٥.

باء- حرية الأطراف

٢٢- تعترف الاتفاقية بحق المحيل والمحال إليه والمدين في الخروج عن أحكام من الاتفاقية أو تغيير مفعولها، بالاتفاق فيما بينهم (المادة ٦). وهناك تقييدان: أولا، لا يمس مثل هذا الاتفاق حقوق أي شخص ليس طرفا فيها؛ وثانيا، لا يجوز للمدين أن يتنازل عن دفوع معينة (الفقرة ٢ من المادة ١٩).

جيم- التفسير

٢٣- ترد في الاتفاقية قاعدة عامة تقضي بأنه ينبغي أن يولى الاعتبار في تفسيرها لهدفها والغرض منها المبينين في الديباجة ولطابعها الدولي ولضرورة تعزيز الاتساق في تطبيقها ومراعاة حسن النية في التجارة الدولية. أما الثغرات المتروكة فيما يتعلق بالأمور التي تحكمها الاتفاقية ولم تُسوّ فيها صراحة فينبغي سدّها وفقا للمبادئ العامة التي تستند إليها، وفي حال عدم وجود مبادئ ذات صلة، فوفقا للقانون الواجب تطبيقه بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص، بما في ذلك القواعد الواردة في الاتفاقية إذا كانت جائزة التطبيق في هذا الصدد (المادة ٧).

رابعا- مفعول الإحالة

ألف- الصحة الشكلية والموضوعية

٢٤- نظرا لعدم توافق الآراء في اللجنة، لا تتضمن الاتفاقية قاعدة موحدة من قواعد القانون الموضوعي تحكم الصحة الشكلية للإحالة؛ إلا أنها تتضمن قواعد تحكم تنازع القوانين. أما شكل الإحالة كشرط للأولوية فالإسناد المرجعي له يكون إلى قانون مقر المحيل (المادة ٥ (ز) والمادة ٢٢). وعلاوة على ذلك، ترد قاعدة بشأن تنازع القوانين تحكم الصحة الشكلية لعقد الإحالة فيما بين الأطراف، في قواعد الاتفاقية التي تحكم تنازع القوانين (المادة ٢٧).

٢٥- تكون الإحالة التي تتم باتفاق بين المحيل والمحال إليه نافذة المفعول إذا كانت نافذة المفعول تعاقديا على نحو آخر (المادتان ٢ و١١). ولا يلزم الاشعار لتكون الإحالة نافذة المفعول (الفقرة ١ من المادة ١٤). وتركّز الاتفاقية على التقييدات التشريعية والتعاقدية، وكذلك على تأثير الإحالة على الحقوق الضمانية وغير ذلك من حقوق مساندة. أما المسائل الأخرى التي تتعلق بالصحة الموضوعية أو المفعول الموضوعي فتعالج في سياق العلاقة التي يمكن أن تنشأ فيها (المحيل – المحال أو المدين – المحال إليه أو المحال إليه – طرف ثالث).

باء- التقييدات التشريعية

٢٦- بغية تسهيل التمويل بالمستحقات، تلغي الاتفاقية التقييدات التشريعية وغيرها من التقييدات القانونية بالنسبة إلى جواز إحالة أنواع معينة من المستحقات (مثل المستحقات الآجلة) أو مفعول بعض أنواع الإحالات (مثل الإحالات الاجمالية) النمطية في معاملات التمويل بالمستحقات. ويكفي إذا كان يمكن تحديد المستحقات بأنها مستحقات تخصها

الإحالة وقت الإحالة، أو وقت إبرام العقد الأصلي في حالة المستحقات الآجلة. وتكفي عملية واحدة لإحالة عدة مستحقات، بما في ذلك المستحقات الآجلة (المادة ٨). وباستثناء التقييدات التشريعية المذكورة، لا تمس الاتفاقية تقييدات تشريعية أخرى، كالتقييدات التي تخص المستحقات الشخصية أو الحكومية.

جيم- التقييدات التعاقدية

٢٧- تثبت الاتفاقية صحة إحالة المستحقات التجارية (المعرّفة بشكل عام في الفقرة ٣ من المادة ٩) المبرمة إخلالا بشرط عدم إحالة دون إزالة المسؤولية التي قد تقع على المحيل بسبب الإخلال بعقد بموجب القانون الواجب تطبيقه خارج نطاق تطبيق الاتفاقية ودون مدّ هذه المسؤولية لتشمل المحال إليه (الفقرة ١ من المادة ٩). ومع ذلك، إذا وجدت مثل هذه المسؤولية، تُضيّق الاتفاقية نطاقها بالنص على أن مجرد المعرفة باتفاق عدم الإحالة من جانب المحال إليه الذي ليس طرفا في الاتفاق، لا يشكّل سببا كافيا لمسؤولية المحال إليه عن الإخلال بالاتفاق. وإضافة إلى ذلك توفر الاتفاقية مزيدا من الحماية للمحال إليه بضمان أن إخلال المحيل بشرط عدم الإحالة لا يشكّل وحده سببا كافيا لأن يلغي المدين العقد الأصلي (الفقرة ٢ من المادة ٩). وعلاوة على ذلك، لا تسمح الاتفاقية بأن يدّعي المدين على المحال إليه بمطالبة من جراء الاخلال بشرط عدم الإحالة كمقاصّة كي يبطل مطالبة المحال إليه بالسداد (الفقرة ٣ من المادة ١٨).

٢٨- أما فيما يتعلق بالمستهلكين فيقوم نهج الاتفاقية على أساس الافتراض بأن هذا الحكم لا يمسهم، نظرا إلى أن شروط عدم الإحالة نادرة جداً في العقود الاستهلاكية. وعلى أية حال، إذا كان هناك تنازع بين الاتفاقية وقانون حماية المستهلك المعمول به، تكون الغلبة لقانون حماية المستهلك (الفقرة ٤ من المادة ٤). وأما فيما يتعلق بإحالة المستحقات الحكومية، فيجوز للدول أن تسجّل تحفظا بخصوص المادة ٩ (المادة ٤٠). والمقصود من هذا الاستثناء هو حماية عدد محدود من الدول ليست لديها سياسة عامة بشأن حماية نفسها بقانون، بل تعتمد بدلا من ذلك على تقييدات تعاقدية.

دال- نقل الحقوق الضامنة لتسديد المستحقات المحالة

٢٩- ينقل الحق التبعي، سواء أكان حقا شخصيا أم حق ملكية، الذي يضمن تسديد المستحق المحال، مع المستحق، دون عملية نقل جديدة. ويكون المحيل ملزما بأن ينقل إلى المحال إليه ضمانا مستقلا أو أي حق مساند آخر (الفقرة ١ من المادة ١٠). وفيما يتعلق بالتقييدات

التعاقدية على الإحالة، تعامل تلك الحقوق نفس معاملة المستحق (الفقرتان ٢ و٣ من المادة ١٠). وبالمثل يُطبّق هذا الحكم على "المستحقات التجارية" بمعناها العام (الفقرة ٤ من المادة ١٠) ولا يمس أيا من التزامات المحيل تجاه المدين بموجب القانون الذي يحكم الحق الضماني أو أي حق مساند آخر (الفقرة ٥ من المادة ١٠). وبالمثل أيضاً لا يمس هذا الحكم أي اشتراط يتعلق بالشكل أو بالتسجيل يكون لازما لنقل الحق الضماني (الفقرة ٦ من المادة ١٠).

خامسا- الحقوق والالتزامات والدفوع

ألف- المحيل والمحال إليه

١- حرية الأطراف وقواعد الممارسة

٣٠- تعترف الاتفاقية بحق المحيل والمحال إليه في أن ينظما العقد المبرم بينهما بأية طريقة يرغبالها لتلبية احتياجاتهما الخاصة، طالما لا يمسان حقوق الأطراف الثالثة (المادتان ٦ و١١). كما تعطي الاتفاقية قوة تشريعية للأعراف التجارية المتفق عليها بين المحيل والمحال إليه والأعراف التجارية المنشأة بين مثل هذه الأطراف. وفضلا عن ذلك، تتضمن الاتفاقية قواعد معينة غير إلزامية تُطبّق على العلاقة بين المحيل والمحال إليه. والمقصود من هذه القواعد هو أن توفر قائمة من المسائل التي يجب أن يتناولها العقد، وفي الوقت نفسه سد أي ثغرات متروكة في العقد فيما يتعلق بمسائل مثل إقرارات المحيل، والإشعار، وتعليمات السداد، إضافة إلى الحقوق في العوائد. وهذه القواعد متممة فقط، ويجوز دائما للأطراف تعديل هذه القواعد حسبما يكون العمل بها فيما بينهم.

٢- الإقرارات

٣١- تتبع الاتفاقية، فيما يتعلق بالاقرارات، المبادئ المقبولة عموما، وتحاول أن توجد توازنا بين الإنصاف والواقعية العملية (المادة ١٢). فمثلا، ما لم يُتفق على خلاف ذلك، توضع مخاطر الدفوع الخفية من جانب المدين على عاتق المحيل. وتتبع الاتفاقية هذا النهج نظرا إلى أن المحيل هو الطرف التعاقدي مع المدين، فيكون بذلك في وضع أفضل لمعرفة ما إذا كانت ستكون هناك مشاكل تتعلق بأداء العقد قد تعطي المدين حقوق الدفوع.

٣- الاشعار وتعليمات السداد

٣٢- ما لم يُتّفق على خلاف ذلك، يجوز للمحيل أو للمحال إليه أو لكليهما، أن يرسل إشعاراً وتعليمات سداد. ويُعطى المحال إليه حقاً مستقلاً لإشعار المدين وطلب السداد. وهذا الحق المستقل ضروري عندما تصبح علاقة المحال إليه مع المحيل مشكلة ويُستبعد أن يتعاون المحيل مع المحال إليه في إشعار المدين. وبعد الإشعار لا يجوز لأحد غير المحال إليه أن يطلب التسديد (المادة ١٣). أما إشعار المدين خرقاً لاتفاق بين المحيل والمحال إليه فيسمح للمدين مع ذلك بأن يحصل على إبراء ذمة إذا سدّد وفقا لهذا الإشعار، ولكن يُحافظ على الادعاء بمطالبة من جرّاء الإخلال بالعقد بين المحيل والمحال إليه.

٣٣- لا تدخل تعليمات السداد في اطار تعريف الإشعار بالإحالة (المادة ٥ (د)). ويعني ذلك أنه لا يلزم بالضرورة أن يورد الإشعار تغييرا في تعليمات السداد الموجهة للمدين، وإنما قد يُوجّه أساسا لتجميد دفوع المدين وحقوقه في المقاصة (الفقرة ٢ من المادة ١٨).

٤- الحقوق في العائدات

٣٤- تأتي الاتفاقية بحق تعاقدي في عوائد المستحقات وعوائد العوائد ("كل ما يُقبض فيما يتعلق بمستحق محال")، (المادة ٥ (ي)). وفيما بين المحيل والمحال إليه يجوز للمحال إليه أن يطالب بالعوائد إذا جرى السداد للمحال إليه أو للمحيل أو لأي شخص كانت للمحال إليه أولوية عليه (المادة ١٤). أما إذا كان يجوز للمحال إليه أن يحتفظ بحق ملكية في تلك العوائد أو أن يطالب به فمسألة متروكة للقانون الواجب تطبيقه خارج نطاق تطبيق الاتفاقية. أما إذا كانت العوائد هي نفسها مستحقات، فتترك المسألة لقانون مقر المحيل (المادتان ٥ (ي) و ٢٢). وإضافة إلى ذلك، في ظروف معيَّنة، يجوز تطبيق قواعد الاتفاقية الموضوعية المحدودة (المادة ٢٤).

باء- المدين

١ - حماية المدين

٣٥- لا تمس الإحالة وضع المدين القانوني دون موافقة المدين، ما لم ينص أحد أحكام الاتفاقية بوضوح على خلاف ذلك. وعلاوة على ذلك، لا يمكن أن تغيِّر الاحالة عملة الدولة التي يتم بها السداد، دون موافقة المدين (المادتان ٦ و ١٥).

٣٦- علاوة على تقنين مبدأ حماية المدين، تتضمن الاتفاقية عددا من التعابير الصريحة عن هذا المبدأ. وتعالج هذه الأحكام إبراء ذمة المدين بالسداد، والدفوع، وحقوق المقاصة، والتنازل عن هذه الدفوع أو حقوق المقاصة، وتعديل العقد الأصلي، واسترداد المدين المبالغ المسدَّدة.

٢- إبراء ذمة المدين بالسداد

٣٧- يجوز إبراء ذمة المدين بالسداد وفقا للعقد الأصلي، ما لم يستلم المدين إشعارا بالإحالة. وبعد استلامه هذا الاشعار تبّرأ ذمة المدين بالسداد وفقا لتعليمات السداد المكتوبة، وبالسداد إلى المحال إليه عند عدم وجود هذه التعليمات (الفقرتان ١ و ٢ من المادة ١٧). وبذلك يحدِّد الإشعار بالاحالة الطريقة التي تُبَّرأ بها ذمة المدين. ويجب أن يكون الإشعار مكتوبا بلغة يُتوقّع منها على نحو معقول أن يفهمها المدين، وأن يحدِّد على نحو معقول المستحقات المحالة والمحال إليه (المادة ١٦).

٣٨- ولا عبرة إذا كان المدين على علم بإحالة سابقة لم يستلم إشعارا بها أو كان يجب أن يكون على علم بها. والاتفاقية تتبع هذا النهج كي تضمن مستوى مقبولا من اليقين فيما يتعلق بإبراء ذمة المدين، وهو عنصر هام في تحديد المحال اليه سعر المعاملة. ولا يشجِّع هذا النهج على سوء النية ولا التدليس. ويصعب دائما إثبات ما الذي كان يعلمه المدين أو كان يجب أن يكون على علم به، وفي أية حال لا تكون للاتفاقية غلبة على أحكام القانون الوطني بشأن التدليس.

٣٩- تتضمن الاتفاقية أيضا مجموعة من القواعد المتعلقة بتعدد الإشعارات أو تعليمات السداد. فعندما يستلم المدين عدة تعليمات سداد تتعلق بإحالة واحدة للمستحق ذاته من المحيل نفسه، تُبرأ ذمة المدين بالسداد وفقا لآخر تعليمة سداد يستلمها (الفقرة ٣ من المادة ١٧). وعندما تتعلق عدة إشعارات بأكثر من إحالة واحدة للمستحقات ذاتها صادرة عن المحيل ذاته تُبرأ ذمة المدين بالسداد وفقا لأول إشعار يستلمه (الفقرة ٤ من المادة ١٧). وفي حالة صدور عدة إشعارات تتعلق بإحالات لاحقة، تُبرأ ذمة المدين بالسداد وفقا للإشعار المتعلق بآخر تلك الإحالات اللاحقة (الفقرة ٥ من المادة ١٧).

٤٠- عندما يستلم المدين عدة إشعارات تتعلق بأجزاء أو بمصالح غير مجزّأة من مستحق واحد أو أكثر يكون له خيار فيمكن للمدين أن يحصل على إبراء ذمة إما بالسداد وفقا للإشعارات المستلمة أو وفقا للاتفاقية وكأنه لم يستلم إشعارا (الفقرة ٦ من المادة ١٧). والاتفاقية، بإعطائها المدين في الواقع حق تحديد ما إذا كان الإشعار بجزء من إحالة نافذ

المفعول فيما يتعلق بإبراء ذمة المدين، تتجنّب زيادة أعباء المدين بواجب تجزئة السداد. ولا يبطل هذا النهج الإحالات الجزئية، وإنما يقدم مجرد اقتراح بأنه يلزم للمحيلين أو المحال إليهم أن ينظموا المدفوعات آخذين في الاعتبار أنه لا يتعين على المدينين أن يوافقوا على مدفوعات جزئية (مثلا، وفقا لأحكام الفقرة ٢ من المادة ٢٤). كما يجوز للمحيل والمحال إليه أن يقسِّما المدفوعات بموافقة المدين وقت إبرام العقد الأصلي أو الإحالة أو في وقت لاحق.

٤١- يسمح أحد الأحكام الرئيسية المتعلقة بحماية المدين للمدين بأن يطلب دليلا كافيا للإحالة عندما يقدم المحال إليه إشعارا دون تعاون من المحيل أو دون إذن ظاهر منه (الفقرة ٧ من المادة ١٧). ويقصد من هذا الحق حماية المدين من مخاطر وجوب السداد لطرف ثالث مجهول. ويتضمن "الدليل الكافي" أيّ كتابة تحمل توقيع المحيل وتفيد بأن الإحالة قد نفذت، مثل عقد الإحالة أو إذن للمحال إليه بالإشعار. وما لم يقدم المحال إليه هذا الدليل في غضون فترة زمنية معقولة يجوز للمدين أن يحصل على إبراء الذمة بالسداد إلى المحيل.

٤٢- لا تمس الاتفاقية أي حقوق قد يتمتع بها المدين بموجب قانون خارج نطاق تطبيق الاتفاقية في إبراء ذمته بالسداد إلى الشخص الذي يستحق السداد أو إلى هيئة قضائية أو هيئة مختصة أخرى، أو إلى صندوق إيداع عمومي (الفقرة ٨ من المادة ١٧). فمثلا، إذا تم إبراء ذمة المدين بموجب قانون خارج نطاق تطبيق الاتفاقية بالامتثال لإشعار لا يفي باقتضاءات الاتفاقية، تعترف الاتفاقية بهذه النتيجة. وبالمثل، يُعترف في الاتفاقية بالسداد إلى صندوق إيداع عمومي بموجب قانون خارج نطاق تطبيق الاتفاقية على أنه سداد صحيح عندما يكون السداد إلى مثل هذا الصندوق معترفا به بموجب قانون خارج نطاق تطبيق الاتفاقية.

٣- دفوع المدين وحقوقه في المقاصّة

٤٣- تقنِّن الاتفاقية القواعد المقبولة عموما فيما يتعلق بدفوع المدين وحقوقه في المقاصة. ويجوز للمدين أن يتمسك تجاه المحال إليه بأي دفوع أو حقوق في المقاصة كان يمكن للمدين أن يتمسك بها في مطالبة تجاه المحيل. ويجوز التمسك بحقوق المقاصة الناشئة عن العقد الأصلي أو معاملة ذات صلة تجاه المحال إليه حتى إذا أصبحت متاحة للمدين بعد الإشعار (الفقرة ١ من المادة ١٨). ولكن لا يجوز التمسك تجاه المحال إليه بحقوق المقاصة التي لا تنشأ من العقد الأصلي وتصبح متاحة للمدين بعد الإشعار (الفقرة ٢ من المادة ١٨). وتترك الاتفاقية تحديد معنى العبارة "تصبح متاحة" (أي ما إذا كان يلزم تحديد مقدار الحق أو إذا حل ميعاد استحقاقه أو أصبح مستحق الدفع) للقانون الواجب تطبيقه خارج نطاق تطبيق

الاتفاقية (لحقوق المقاصة الناشئة عن العقد الأصلي، يكون القانون، بموجب المادة ٢٩، هو القانون الذي يحكم العقد الأصلي).

٤- التنازل عن الدفوع

٤٤- يجوز للمدين أن يتنازل عن دفوعه وحقوقه في المقاصة بالاتفاق مع المحيل. ومن أجل تحذير المدين بخصوص العواقب الهامة المترتبة على التنازل، تقتضي الاتفاقية وجود نص مكتوب موقّع من المدين بشأن تنازل أو تعديله (الفقرة ١ من المادة ١٩). وبغية حماية المدين من ضغوط لا داعي لها من جانب المحيل، تحظر الاتفاقية أيضا التنازل عن الدفوع أو حقوق المقاصة الناشئة عن أفعال تدليس من جانب المحال إليه أو المستندة إلى عدم أهلية المدين (الفقرة ٢ من المادة ١٩).

٥- تعديل العقد الأصلي

٤٥- كثيرا ما يلزم تعديل العقد الأصلي لتلبية الاحتياجات المتغيرة لدى الأطراف. والاتفاق هو الذي يحِّدد مفعول هذه التعديلات فيما بين الأطراف. وتعالج الاتفاقية الأثر على الأطراف الثالثة، مثل ما إذا كان يستطيع المدين أن يسدد إلى المحال إليه المستحق المعدَّل لإبراء ذمته، وما إذا كان يمكن للمحال إليه أن يطالب بسداد المستحق المعدَّل. وتنص القاعدة الأساسية على أن أي تعديل لعقد يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه إلى حين إشعار المدين، وعلى أن المحال إليه يكتسب المستحق المعدَّل (الفقرة ١ من المادة ٢٠). وبعد الإشعار، دون موافقة المحال إليه، لا يكون هذا التعديل نافذ المفعول تجاه المحال إليه مستَحق مكتَسب بالأداء، وإنما يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه مستحق غير مكتسب إذا كان التعديل منصوصا عليه في العقد الأصلي أو إذا كان من شأن أي محال إليه متعقِّل أن يقبل التعديل (الفقرة ٢ من المادة ٢٠). ولا تمس الاتفاقية أية مسؤولية من جانب المحيل تجاه المحال إليه بموجب القانون الواجب تطبيقه بشأن الإخلال باتفاق على عدم تعديل العقد الأصلي (الفقرة ٣ من المادة ٢٠).

٦- استرداد المدين المبالغ المسدّدة

٤٦- لا يجوز للمدين أن يسترد إلاّ من المحيل المبالغ المسددة للمحيل أو المحال إليه (المادة ٢١). ويعني ذلك في الواقع أن المدين يتحمل تبعة مخاطر إعسار شريكه التعاقدي، وهو ما كان سيكون عليه الحال حتى دون وجود إحالة.

جيم- الأطراف الثالثة

١- القانون المنطبق على الأولوية في المستحقات

٤٧- يعالج واحد من أهم أجزاء الاتفاقية تأثير الإحالة على الأطراف الثالثة، مثل المحال إليهم المتنازعين، ودائني المحيل الآخرين، ومدير إعسار المحيل. وتُعالج هذه المسألة في الاتفاقية كمسألة ذات أولوية بين مطالبين متنازعين، أي مَن الذي يحق له تحصيل المبلغ المدفوع أو أداء آخر قبل الآخرين. والمسألة بالغة الأهمية نظرا إلى أن موجودات المحيل قد لا تكون كافية للوفاء لكل الدائنين.

٤٨- وحيث إنه لم يكن هناك توافق في الآراء في اللجنة بشأن قاعدة تحكم الأولوية في القانون الموضوعي، تعالج الاتفاقية هذه المسألة من خلال قواعد تنازع القوانين (المواد ٢٢-٢٤). وتكمن قيمة هذه القواعد في أنها بابتعادها عن النهوج التقليدية تركز كل منازعات الأولوية في قانون مقر المحيل. ونظرا إلى أن "المقر" يعني مكان الإدارة المركزية، إذ كان للمحيل مكان عمل في أكثر من دولة واحدة، تحيل الاتفاقية بذلك مسائل تنازع الأولوية لقانون ولاية قضائية واحدة وسهلة التعيين. وإضافة إلى ذلك، الأرجح أن دعوى الإعسار الرئيسية فيما يتعلق بالمحيل ستُقام في هذه الولاية القضائية أيضا، وهي نتيجة تسهِّل تناول المنازعات بين المعاملات المضمونة وقوانين الإعسار.

٤٩- من أجل استيعاب جميع منازعات الأولوية الممكنة، يُعَّرف مصطلح "المطالب المنازع" بحيث يشمل محالا إليهم آخرين، حتى إذا كان كل من الإحالة والمستحق محليّا فيكونان من ثم خلافا لذلك خارج نطاق تطبيق الاتفاقية، ودائنين آخرين للمحيل، بمن فيهم دائنون لهم حقوق في ممتلكات أخرى، تُمنح بحكم القانون للمستحق المحال، كالدائنين ذوي حق امتلاك في المستحق بموجب قرار من محكمة، أو احتفاظ بحق ملكية يمنحه القانون للمستحقات من بيع البضائع، ومدير إعسار المحيل (المادة ٥ (م)). أما تعريف المصطلح "الأولوية" فلا يشمل الأفضلية في السداد أو وفاء بحق آخر فحسب وإنما يشمل أيضا مسائل ذات صلة، مثل إقرار ما إذا كان هذا الحق حقا شخصيا أو حق ملكية، وإذا كان حقا ضمانيا أم لا، وإذا كانت أي خطوات لازمة لجعل الحق نافذ المفعول تجاه مطالب منازع قد استوفيت (المادة ٥ (ز)). والأولوية لا تشمل عموما نفاذ مفعول الإحالة فيما بين المحيل والمحال إليه أو المدين (المواد ٥ (ز) و ٨ و ٢٢، "باستثناء المسائل التي تُسوَّى في مواضع أخرى من هذه الاتفاقية").

٢- القانون الإلزامي واستثناءات السياسة العامة

٥٠- قد تؤدي قاعدة بشأن الأولوية في قانون الزامي في دولة المحكمة إلى نقض قاعدة الأولوية الواجب تطبيقها في القانون الذي يتبع له المحيل إذا كان تطبيق ذلك الحكم "يتعارض صراحة مع السياسة العامة لدولة المحكمة" (الفقرة ١ من المادة ٢٣). وقواعد القانون الالزامية في دولة المحكمة أو أي دولة أخرى لا يجوز أن تحول في حد ذاتها دون تطبيق حكم خاص بالأولوية، في قانون المحيل (الفقرة ٢ من المادة ٢٣). ومع ذلك، في حالة اجراءات الإعسار في دولة غير الدولة التي يقع فيها مقر المحيل، يجوز لدولة المحكمة أن تطبق قاعدتها الالزامية الخاصة بالأولوية فتعطى أولوية لأنواع معينة من الدائنين المفضّلين، مثل المطالبين بضرائب أو أجور (الفقرة ٣ من المادة ٢٣). وعلاوة على ذلك، لا يُقصد من الاتفاقية أن تتدخل في قواعد الإعسار الموضوعية والإجرائية في دولة المحكمة ممّا لا يمس الأولوية (مثل اجراءات الإبطال، ووقف تحصيل المستحقات المحالة، وما شابه ذلك).

٣- القانون المنطبق على الأولوية في العائدات

٥١- لا تتضمن الاتفاقية قاعدة عامة بشأن القانون الواجب تطبيقه على الأولوية في العوائد. ويرجع السبب إلى تباين النظم القانونية فيما يتعلق بطبيعة الحقوق في العوائد وأسلوب معالجتها. غير أن الاتفاقية تتضمن قاعدتين محدودتين بشأن العوائد. وبموجب القاعدة الأولى، إذا كان للمحال إليه أولوية على مطالبين آخرين فيما يتعلق بالمستحقات، وتُسدَّد العوائد للمحال إليه مباشرة، يجوز للمحال إليه أن يحتفظ بالعوائد (الفقرة ١ من المادة ٢٤). ويقصد من القاعدة الثانية أن تسهل ممارسات مثل الضمان بالسندات وخصم الفواتير غير المعلن. وفي هذه الممارسات، توجه المدفوعات إلى حساب خاص يحوزه المحيل منفصلا عن موجوداته الأخرى، لحساب المحال إليه. وتنص الاتفاقية على أنه إذا كان للمحال إليه أولوية على مطالبين آخرين فيما يتعلق بالمستحقات وكان المحيل يحتفظ بالعوائد لحساب المحال إليه وكان يمكن تميزها على نحو معقول من موجودات المحيل الأخرى، تكون للمحال إليه الأولية نفسها فيما يتعلق بالعوائد (الفقرة ٢ من المادة ٢٤). غير أن الاتفاقية لا تعالج تنازع الأولوية بين محال إليه يطالب بمصلحة في عوائد مودعة في حساب إيداع أو أوراق مالية والمصرف المودع لديه أو سمسار الأوراق المالية أو وسيط آخر له حق ضماني أو حق مقاصة في الحساب (الفقرة ٣ من المادة ٢٤).

٤- قواعد الأولوية في القانون الموضوعي

٥٢- كي يستفيد الأطراف من قواعد الأولوية الواردة في الاتفاقية، تُتاح الفرصة لهم لتنظيم معاملاتهم بطريقة تحيل مسائل الأولوية للقانون المناسب (أي مثلاً بإنشاء كيانات خاصة في مواقع مناسبة). وتبقى مسألة ما الذي يحدث لو استحال ذلك، أو إذا لم يكن ممكنا إلاّ بتكلفة ضخمة، وكانت قواعد الأولوية في القانون الواجب تطبيقه غير كافية. وتعالج الاتفاقية هذه المسألة بتقديم أحكام موضوعية نموذجية بشأن الأولوية (المرفق) والدول مخيّرة بين ثلاثة نظم موضوعية تحكم الأولوية إذا أرادت أن تغيِّر قواعدها الموجودة حاليا. يستند أحدها إلى إيداع إشعار بخصوص الإحالة، ويستند الثاني إلى إشعار المدين، والثالث إلى وقت الإحالة. ويمكن للدول الراغبة في تعديل تشريعها أن تختار أحد نظم الأولوية هذه بإصدار إعلان، أو أن تسن قواعد جديدة للأولوية، أو أن تنقّح قواعدها الحالية بشأن الأولوية عن طريق تشريع محلّي. ويُفترض أنه في محيط من المنافسة الحرة بين نظم قانونية، سوف يسود النظام الذي يأتي بأكثر الفوائد الاقتصادية.

٥- اتفاقات التنازل

٥٣- يجوز للأطراف في منازعة بشأن الأولوية أن يتفاوضوا وأن يتنازلوا عن الأولوية لصالح مطالب تبعيّ حيث تسوّغ ذلك الاعتبارات التجارية. وبغية توفير أكبر قدر من المرونة وتجسيد الممارسات التجارية السائدة، توضِّح الاتفاقية أنه لا يلزم أن يتخذ التنازل الصحيح شكل اتفاق تنازل مباشر بين المحال إليه صاحب الأولوية والمستفيد من اتفاق التنازل (المادة ٢٥). ويمكن أيضا أن ينفَّذ من جانب واحد، مثلا، بواسطة تعهد من المحال إليه ذي الرتبة الأولى إلى المحيل يخوِّل فيه المحيل بأن يجعل إحالة ذات أولوية ثانية في الرتبة تصبح الأولى في الأولوية.

سادسا- القواعد المستقلة لتنازع القوانين

ألف- النطاق والغرض

٥٤- تتضمن الاتفاقية مجموعة من قواعد تنازع القوانين يجوز أن تُطبّق بصرف النظر عن أي ارتباط إقليمي مع دولة طرف في الاتفاقية. أما في الحالات التي يقع فيها مقر المحيل أو المدين في دولة طرف في الاتفاقية، أو يكون فيها القانون الذي يحكم العقد الأصلي هو قانون دولة طرف في الاتفاقية، فيجوز أن تطبّق القواعد المستقلة لتنازع القوانين لسد الثغرات التي

توجد في الاتفاقية، ما لم يتسن استنتاج إجابة من المبادئ التي تقوم الاتفاقية على أساسها. وأما إذا كان مقر المحيل أو المدين لا يقع في دولة طرف في الاتفاقية أو إذا كان القانون الذي يحكم المستحق ليس قانون دولة طرف، فيجوز أن تطبّق القواعد المستقلة لتنازع القوانين على معاملات لا تُطبّق عليها أحكام الاتفاقية الأخرى (المادة ٢٦). ويلزم أن تكون مثل هذه المعاملات دولية، على النحو المعرَّف في الاتفاقية، وينبغي ألاّ تُستبعد من نطاق تطبيق الاتفاقية.

٥٥- والقواعد المستقلة لتنازع القوانين المنصوص عليها في الفصل الخامس من الاتفاقية خاضعة للتحفظ بشأنها. والدول التي تسجل تحفظا فيما يتعلق بالفصل الخامس ليست ملزمة به (المادة ٣٩). وقد سُمِحَ بمثل هذا التحفظ لضمان ألا تُمنع الدول الراغبة في اعتماد الاتفاقية من ذلك لمجرد أن القواعد المستقلة لتنازع القوانين ليست متسقة مع قواعد هذه الدول التي تحكم تنازع القوانين.

باء- القانون المنطبق على شكل عقد الإحالة

٥٦- في حالة عقد الإحالة المبرم بين شخصين يقع مقراهما في الدولة ذاتها، تكون صحة عقد الإحالة من حيث الشكل خاضعة لقانون الدولة الذي يحكم العقد أو قانون الدولة التي أُبرم فيها العقد. أما عندما يكون عقد الاحالة مبرما بين شخصين يقع مقراهما في دولتين مختلفتين فيكون العقد صحيحا إذا استوفى مقتضيات القانون الذي يحكم العقد أو قانون إحدى هاتين الدولتين (المادة ٢٧).

جيم- القانون المنطبق على الحقوق والالتزامات المتبادلة للمحيل والمحال إليه

٥٧- حقوق المحيل والمحال إليه والالتزامات المتبادلة بينهما خاضعة للقانون الذي يكون من اختيارهما. وتكون حرية الطرفين في الاختيار خاضعة للسياسة العامة لدولة المحكمة وقواعدها الإلزامية أو لدولة ثالثة وثيقة الصلة. وفي حال عدم اختيار الطرفين أيّ قانون، يخضع ذلك لقانون الدولة الأوثق صلة بعقد الإحالة. وقد طبِّق معيار "وثاقة الصلة" في هذه الحالة رغم ما قد يحدثه من انعدام يقين لأنه من غير المحتمل أن يكون تأثيره قويا نظرا إلى أن الطرفين يختاران القانون الواجب تطبيقه في الغالبية الكبرى من الحالات (المادة ٢٨).

دال- القانون المنطبق على حقوق والتزامات المحال إليه والمدين

٥٨- تخضع العلاقة بين المحال إليه والمدين، والظروف التي يمكن فيها التذرّع بالإحالة تجاه المدين، والتقييدات التعاقدية على الإحالة، للقانون الذي يحكم العقد الأصلي. ويحد من تأثير هذا الحكم أن معظم هذه المسائل تشملها قواعد القانون الموضوعي للاتفاقية. ومع ذلك، لم تُشمل مسائل معينة عن قصد في قواعد القانون الموضوعي للاتفاقية، مثل مسألة متى يكون حق المقاصة متاحا للمدين بموجب المادة ١٨. وتحكم المادة ٢٩ هذه المسألة المعينة، على الأقل فيما يتعلق بمقاصة المعاملة (أي مقاصة ناشئة عن العقد الأصلي أو عقد آخر كان جزءا من المعاملة نفسها). وثمة مسألة أخرى تدخل في نطاق المادة ٢٩ هي مفعول شروط عدم الإحالة على إحالات المستحقات التي لا تنطبق عليها المادة ٩ أو المادة ١٠ إما لأنها تتعلق بإحالات لمستحقات غير تجارية وإما لأن مقر المدين لا يقع في دولة طرف في الاتفاقية. غير أن المادة ٢٩ لا تشمل التقييدات التشريعية. وفي حين تهدف بعض التقييدات التشريعية إلى حماية المدين، يُقصد من كثير منها حماية المحيل. ولعدم وجود طريقة للتمييز بوضوح بين مختلف أنواع التقييدات التشريعية، لا يكون من المناسب إخضاعها للقانون الذي يحكم العقد الأصلي. وعلى أية حال لا تمس الاتفاقية التقييدات التشريعية، إلا في حالات استثنائية قليلة.

هاء- القانون المنطبق على الأولوية

٥٩- تحيل الاتفاقية مسائل الأولوية إلى قانون مقر المحيل. وتكمن قيمة هذه القاعدة في جواز تطبيقها على معاملات لا تنطبق عليها المادة ٢٢، التي تكرِّرها، نظرا لعدم وجود ارتباط اقليمي بين الإحالة ودولة طرف في الاتفاقية.

سابعا- الأحكام الختامية

٦٠- يبدأ نفاذ الاتفاقية بعد تصديق خمس دول عليها (المادة ٤٥). ويجوز للدول أن تستبعد ممارسات أخرى بواسطة إعلان، ولكنه لا يجوز لها أن تستبعد ممارسات تتعلق بمسألة "المستحقات التجارية" الوارد تعريفها بشكل عام في الفقرة ٣ من المادة ٩ والفقرة ٤ من المادة ١٠ (المادة ٤١). ولا تُطبق الاتفاقية على مثل هذه الممارسات إذا كان مقر المحيل يقع في دولة أصدرت مثل هذا الإعلان. وللاتفاقية رجحان على اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) بشأن العوملة الدولية (اتفاقية أوتاوا). غير أن هذا لا يمس تطبيق اتفاقية أوتاوا على حقوق المدين والتزاماته في حال عدم تطبيق الاتفاقية على هذا المدين (المادة ٣٨).

الحواشي

(١) نظرت اللجنة، في دوراتها السادسة والعشرين إلى الثامنة والعشرين (١٩٩٣-١٩٩٥)، في ثلاثة تقارير للأمين العام، هي A/CN.9/378/Add.3 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXIV: 1993*، (United Nations publication, Sales No. E.94.V.16)) و A/CN.9/397 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXV: 1994*، (United Nations publication, Sales No. E.95.V.20)) و A/CN.9/412 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXVI: 1995* (United Nations publication, Sales No. E.96.V.8)) وتتجسد مداولات اللجنة بشأن هذه التقارير في تقاريرها عن دوراتها السادسة والعشرين إلى الثامنة والعشرين (الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والأربعون، الملحق رقم ١٧ (A/48/17)، الفقرات ٢٩٧ – ٣٠١ (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXIV: 1993* (الآنف ذكره) المرجع نفسه، الدورة التاسعة والأربعون، الملحق رقم ١٧ (A/49/17)، الفقرات ٢٠٨-٢١٤ (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXV: 1994* (الآنف ذكره) المرجع نفسه، الدورة الخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/50/17)، الفقــرات ٣٧٤–٣٨١ (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXVI: 1995* (الآنف ذكره)). وقررت اللجنة في دورتها الثامنة والعشرين (١٩٩٥) أن تكلف الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية بمهمة وضع قانون موحد بشأن الإحالة في التمويل بالمستحقات. وأعد الفريق العامل مشروع الاتفاقية في دورته الرابعة والعشرين إلى الحادية والثلاثين (كما عقدت دورة أخرى لفريق عامل آخر أعيدت تسميته لهذه الدورة، وهي دورته الثالثة والعشرون). وللاطلاع على تقارير هذه الدورات، انظر الوثائق A/CN.9/420 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXVII: 1996*) (United Nations publication, Sales No. E.89.V.7)، A/CN.9/432 و A/CN.9/434 (United Nations *UNCITRAL Yearbook, Volume XXVIII: 1997*) (publication, Sales No. E.99.V.6)، A/CN.9/446 و A/CN.9/447 (*UNCITRAL Yearbook, Volume: XXIX: 1998*، (United Nations publication, Sales No. E.99.V.12)) A/CN.9/455 و A/CN.9/456 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXX: 1999* (United Nations publication, Sales No. E.00.V.9))، A/CN.9/466 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXXI: 2000* (United Nations publication, Sales No. E.02.V.3)) وA/CN.9/486 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXXII: 2001* (United Nations publication, Sales No. E.04.V.4)). وللاطلاع على الورقات التي أعدتها الأمانة ونظر فيها الفريق العامل في هذه الدورات، انظر A/CN.9/WG.II/WP.87 وA/CN.9/WG.II/WP.89 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXVIII: 1997*) (الآنف ذكره) وA/CN.9/WG.II/WP.93 وA/CN.9/WG.II/WP.96 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXIX: 1998*) و A/CN.9/WG.II/WP.98 وA/CN.9/WG.II/WP.102 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXX: 1999*) (الآنف ذكره) و A/CN.9/WG.II/WP.104 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXXI: 2000*) (الآنف ذكره).

(٢) للحصول على معلومات عن الأونسيترال وعملها انظر موقع اللجنة على الشبكة العالمية (www.uncitral.org) وتتجسد مداولات الأونسيترال بشأن مشروع الاتفاقية في التقريريـن عن أعمال دورتيهــا الثالثــة والثلاثيــن (٢٠٠٠) والرابعة والثلاثين (٢٠٠١) (الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/55/17)، الفقرات ١٢-١٩٢ (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXXI A: 2000*) (الآنف ذكره) والوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ والتصويب (A/56/17 و Corr.3)، الفقرات ١٣-٢٠٠ (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXXII: 2001*) (الآنف ذكره)). ويتضمن المرفق الأول لتقرير الأونسيترال عن أعمال دورتها الثالثة والثلاثين (A/56/17 و Corr.3) مشروع الاتفاقية بصيغتها التي قدمتها بها اللجنة إلى الجمعية العامة. وكان معروضا على اللجنة في دورتيها الثالثة والثلاثين والرابعة والثلاثين صيغا من تعليق تحليلي على مشروع الاتفاقية من إعداد الأمانة (A/CN.9/470 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXXI: 2000*) (الآنف ذكره) و A/CN.9/489 و Add.1 (*UNCITRAL Yearbook, Volume XXXII: 2001*) (الآنف ذكره).