

Distr.
LIMITED

A/CN.9/WG.II/WP.99
10 July 1998
ARABIC
ORIGINAL: FRENCH

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية
الدورة التاسعة والعشرون
فيينا ، ٥-١٦ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٨

التمويل بالمستحقات

تقرير فريق الخبراء أعدده المكتب الدائم
لمؤتمر لاهي للقانون الدولي الخاص

مذكرة من الأمانة

١ - لوحظ في الدورة الخامسة والعشرين أن تعقد جوانب القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بالاحالة لا يجب أن يدفع الى العزوف عن ادراج هذه الجوانب في الأعمال المقبلة للجنة الأونسيرال ، بل ينبغي أن يحث ذلك على تعزيز التعاون مع مؤتمر لاهي للقانون الدولي الخاص ، وذلك مثلا بعقد اجتماعات مشتركة للخبراء بشأن المسائل التي هي مثار اهتمام مشترك وتتصل باحالة المستحقات (A/50/17) ، الفقرة (٣٨٠) .

٢ - وفي هذا المضمار ، نظم المكتب الدائم لمؤتمر لاهي ، بالتعاون مع الأمانة ، اجتماعا للخبراء (لاهي ، ١٨ - ٢٠ أيار/مايو ١٩٩٨) لمناقشة جوانب القانون الدولي الخاص ذات الصلة بالاحالة في مشروع "اتفاقية الاحالة في التمويل بالمستحقات" .

٣ - وعقب اجتماع فريق الخبراء هذا ، تلقت الأمانة من المكتب الدائم لمؤتمر لاهي التقرير عن هذا الاجتماع محمدا باللغة الفرنسية . وهذه الوثيقة المعنية واردة في مرفق هذه المذكرة بالشكل الذي تلقتة الأمانة .

المرفق

الفريق العامل الذي أنشأه مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص بالتعاون مع أمانة الأونسيترال

احالة المستحقات

تقرير

أعدته كاترين كيسيديان

الأمينة العامة المساعدة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص بمساعدة المتدرب باتريك ووتليه

بدعوة من مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص ، وبالتعاون مع الأونسيترال ، انعقد اجتماع عمل في لاهاي في مقر المكتب الدائم للمؤتمر في الفترة الممتدة من ١٨ الى ٢٠ أيار/مايو ١٩٩٨ .

وحضر هذا الاجتماع خبراء من ١٦ دولة .

وكان الهدف من المناقشات تقييم مزايا وعيوب الخيارات التي اعتمدها مؤقنا الفريق العامل التابع للجنة الأونسيترال والمعني باعداد مشروع "اتفاقية للحالة في التمويل بالمستحقات" ؛ وتحديد الصعوبات التي يمكن أن تترتب على هذه الخيارات ، والمصادقة عليها عند الامكان أو اقتراح خيارات أخرى . وعندما اعتبر أن الأحكام المقترحة في مشروع الاتفاقية يمكن أن تتسبب في كثير من الصعوبات ، ولكن لم يقترح أي خيار بديل ، أوصى الخبراء بأن يتضمن هذا التقرير عناصر للمناقشة دون تقديم أي اقتراح محدد .

ونظمت المناقشات حول المواضيع الرئيسية الخمسة التالية التي سينبني عليها اطار هذا التقرير :

(١) دور قواعد تنازع القوانين لتحديد نطاق التطبيق الجغرافي للاتفاقية ؛ (٢) مفهوم الطابع الدولي وتطبيقاته المختلفة في مشروع الاتفاقية ؛ (٣) تعريف مفهوم "الموقع" ؛ (٤) قواعد تنازع القوانين الرامية الى تدارك عدم توفر حل ملموس ؛ (٥) قواعد تنازع القوانين العامة المعتمزم تطبيقها حتى في حال عدم تطبيق الاتفاقية .

وعلى سبيل التمهيد ، يجدر التذكير هنا ببعض المبادئ الكبرى التي تركز اليها أعمال الأونسيترال حسبما أشار اليه بعض الخبراء ؛ (١) ينبغي أن تجسد القواعد المقترحة احتياجات الممارسة المالية المعاصرة ؛ (٢) ينبغي أن تعمل القواعد على زيادة التيقن وامكانية التنبؤ بالحلول ؛ كما ينبغي أن تمكن من احالة مجموعة من المستحقات الحاضرة والآجلة . وكانت هذه المبادئ بمثابة خلفية لمناقشات الفريق العامل .

(١) دور قواعد تنازع القوانين لتحديد نطاق التطبيق الجغرافي للاتفاقية

تنص المادة ١ من مشروع الاتفاقية^(١) على ما يلي :

(١) تسري هذه الاتفاقية على لحالات المستحقات الدولية وعلى الاحالات الدولية للمستحقات ، حسب تعريفها الوارد في هذا الفصل ، اذا كان المحيل يقع ، وقت الاحالة^(٢) ، في دولة متعاقدة .

(٢) لا تنطبق أحكام المواد [...] [لا تؤثر هذه الاتفاقية في حقوق المدين والتزاماته] ما لم يكن المدين واقعا في دولة متعاقدة [أو ما لم تكن قواعد القانون الدولي الخاص تقضي بتطبيق قانون دولة متعاقدة على العلاقة بين المحيل والمدين] .

...

ويجدر بالذكر أن هناك اختلافا في اختيار الطريقة بين الفقرتين المذكورتين من المادة ١ :
فالفقرة الأولى تكتفي بذكر معيار جغرافي محدد دون الرجوع الى قواعد القانون الدولي الخاص ، بينما تقترح الفقرة الثانية (التي صيغت على شكل استثناء جزئي للفقرة الأولى) امكانية توسيع نطاق تطبيق الاتفاقية فيما يتعلق بالمدين المحال اليه عندما يكون القانون المنطبق على علاقته بالمحيل (القانون الذي ينظم المستحق المحال) هو قانون دولة متعاقدة .^(٣) لذلك استفسر الخبراء عن امكانية تحقيق الاتساق بين نصي الحكمين من أجل توسيع نطاق التطبيق في الفقرة ١ بواسطة قواعد القانون الدولي الخاص .

١-١ وناقش الخبراء في أول الأمر المبدأ ذاته المتعلق باستعمال قواعد القانون الدولي الخاص لزيادة عدد الحالات الافتراضية التي يمكن فيها تطبيق الاتفاقية . وقد سبق للجنة الأونسيترال أن استعملت هذه الطريقة في اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المؤرخة ١١ نيسان/أبريل ١٩٨٠ ، التي تنص في الفقرة (١) (ب) من مادتها ١ على أن الاتفاقية تنطبق : "عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص الى تطبيق قانون دولة متعاقدة" . والمعروف أن إحدى المزايا الأساسية لهذا الحكم هي أنه يسمح بتطبيق الاتفاقية بينما يجوز لدولة ما ، في حال عدم وجود هذا الحكم ، أن تطبق القانون الداخلي للدولة الذي تفسره قاعدة تنازع القوانين في حين أن هذه الدولة قد تكون صدقت على الاتفاقية .

(١) رمز الوثيقة المرجعية A/CN.9/WG.II/WP.96 .

(٢) للاطلاع على تعريف لهذا المصطلح ، انظر الفرع ٣ أدناه .

(٣) ينبغي ملاحظة أن الاختلاف في الطريقة يفسر بكون الفقرة الثانية لم تعرض على الفريق العامل التابع للأونسيترال لمناقشتها ، لأنها أدرجت في الآونة الأخيرة في مشروع النص .

وقد أشير الى أن هذا الحكم الذي أدرج في مرحلة متأخرة خلال المفاوضات التي دارت بشأن اتفاقية فيينا أثار جدالا بلغ من الكبر أن أضيفت الى الحكم امكانية التحفظ . وقد أثار الحكم في حد ذاته صعوبات من حيث تطبيقه العملي ، حيث ان متعهدي التجارة يجهلون في معظم الوقت الأساليب الخاصة بالقانون الدولي الخاص ؛ وهذه الأساليب ازدادت تعقدا بسبب الامكانية المتاحة لكل دولة لاصدار تحفظ .

ولكن ، بصرف النظر عن هذه الصعوبة العملية ، تثار مشكلة أساسية بسبب مهمة تحديد قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق . وقد اقترح أحد الخبراء استخراج هذه القواعد من الاتفاقية ذاتها ، شريطة أن تتضمن قواعد عامة تتجاوز تطبيق القواعد الموضوعية في الاتفاقية . (4) اطار الممارسة الفعلية ، وفي سياق اتفاقية فيينا ، فان قواعد القانون الدولي الخاص للدولة ذات الولاية القضائية المختصة بمعالجة النزاع ، هي التي يجب أن يؤخذ بها . (5) فاذا اعتمد هذا الحل في اطار مشروع "الاتفاقية بشأن الاحالة في التمويل بالمستحقات" ، كان من شأنه أن يؤثر سلبا في الهدفين الأساسيين لهذه الاتفاقية ، وهما : اليقين وامكانية التنبؤ . (6) وفعلا ، عندما يتفاوض المحيل والمحال اليه بشأن الاحالة ، قد لا يكون من السهل تحديد الولاية القضائية التي يرفع اليها النزاع ، خصوصا اذا لم يكن الطرفان متفقين على شرط لاختيار الولاية القضائية .

ومع ذلك ، فان هذه الصعوبة تقل لو عمد الطرفان الى اختيار قانوني . لكن الحجة الأساسية التي يستشهد بها في هذه الحالة ازاء استعمال قواعد القانون الدولي الخاص تتمثل في التذكير بأن الاتفاقية تتضمن قواعد بشأن الأولوية ، وبوجه أعم ، بشأن حقوق الأطراف الثالثة . ويقال ان هذه الأحكام تشكل أحد المنجزات الأساسية للاتفاقية . غير أنه لا يمكن جعل حقوق الأطراف الثالثة مرهونة باختيار قانون أو ولاية قضائية من قبل طرفي الاحالة . وبالتالي ، فقد أوصي بعدم تعديل الفقرة (١) من المادة ١ .

(4) فيما يتعلق بهذه المسألة ، انظر الفرع ٥ أدناه .

(5) اعتبر البعض هذا الاقتراح فضفاضا للغاية . وفعلا ، اذا كانت الولاية القضائية التي يرفع اليها الخلاف دولة غير متعاقدة على الاتفاقية ، فهي ليست مقيدة بالمادة ١ (ب) وليست ملزمة ، بموجب القانون الدولي العام ، بتطبيق الاتفاقية حتى اذا أشار قانونها الدولي الخاص الى قانون دولة متعاقدة . وهذه الصعوبة ذاتها تثار بوجه عام عندما يعرض الخلاف على هيئة تحكيم لا تشكل من الناحية الافتراضية ولاية قضائية وليست مقيدة مبدئيا بأحكام الاتفاقيات الدولية . ولكن ، يمكن تأكيد أنه يجب على هيئات التحكيم بالعكس أن تأخذ في الاعتبار كل الاتفاقيات الدولية السارية المفعول . وتتصرف على هذا النحو هيئات تحكيم عديدة . وهاتان النقطتان اللتان هما موضع جدال يمكن أن تكونا كافيتين لوحدهما لحث صائغي النصوص الأحكام على عدم اعتماد هذا النهج .

(6) أشار الخبراء دوما الى هذين الهدفين خلال مناقشاتهم ، وبينوا بالتالي أن كل قاعدة مقترحة (قاعدة موضوعية أو قاعدة بشأن تنازع القوانين) يجب أن تفي بهذين الشرطين الأساسيين .

٢-١ أما الفقرة (٢) من مشروع الاتفاقية ، فتتضمن بالفعل اقتراحا لتوسيع نطاق الاتفاقية لكي تشمل المدن اذا كان القانون الواجب التطبيق على العلاقة بين المحيل والمدن هو قانون دولة متعاقدة حتى اذا لم يكن موقع المدن موجودا في اقليم دولة متعاقدة . والتبرير المقدم لهذا الاقتراح هو أن الاتفاقية تتضمن أحكاما موضوعية لحماية المدن ينبغي معرفتها في كلتا الحالتين الافتراضيتين الواردتين في هذا النص . لكن من شأن هذا الحكم أن يجعل من الصعب جدا احالة مستحقات مجمعة لأن على المحال اليه ، لتقدير مجازافاته ، أن يحدد القانون الواجب التطبيق على كل مستحق من المستحقات المحالة . ومن المؤكد أن الصعوبة ذاتها موجودة عند اشتراط أن يكون المدن موجودا في اقليم دولة متعاقدة ؛ فالاحالة في ظل تلك الظروف يمكن أن تشمل عندئذ مستحقات على مدينين موجودين في دول متعاقدة وغير متعاقدة . ولكن ، اذا رغب المحال اليه في هذه الحالة في التمييز بين هذه المستحقات لتقدير ما ينطوي عليه الأمر من مخاطر ، فان المعيار الجغرافي المحض يتيح وسيلة للقيام بذلك دون مشقة كبيرة . ولن يكون الأمر كذلك عندما يضطر الى رفع دعوى باللجوء الى قواعد تنازع القوانين .

وبالتالي ، يوصي الخبراء بالغاء الاشارة الى القانون الدولي الخاص من الفقرة الثانية من المادة ١(7) .

(٢) الطابع الدولي

بعد أن قرر الفريق العامل الابقاء على المادة ١-١ بصيغتها الحالية ، واصل المناقشة حول ضرورة تحديد مفهوم الطابع الدولي في الحالتين الافتراضيتين المنصوص عليهما في هذه المادة ، وهما : احالة المستحقات الدولية والاحالة الدولية للمستحقات .

وقد جرى التذكير بأن من التقاليد الراسخة لدى مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص عدم تعريف الطابع الدولي بالتحديد . وفعلا فان الدراسات المقارنة تبين أن هناك على الأقل مفهومين للطابع الدولي يوجدان معا في معظم البلدان وهما : مفهوم قانوني ومفهوم اقتصادي . أما المفهوم القانوني فيتمثل في أن تؤخذ في الاعتبار اما جنسية الطرفين المعنيين واما موقعهما الجغرافي . وأما المفهوم الاقتصادي فيتعلق بانسياب البضائع والأشخاص والأموال وغير ذلك عبر الحدود . وبموجب هذا المفهوم الثاني تستحق العلاقة أن تكون دولية عندما يدخل فيها شركاء يوجدون في الاقليم ذاته ، لكن أحد عناصر العلاقة ينفذ في دولة أخرى .

(7) اذا قرر الفريق العامل التابع للأونسيترال الابقاء بالرغم من ذلك على هذه الاشارة ، فانه يجدر التأكد من أن الاشارة الى قانون دولة متعاقدة تعني أحكام الاتفاقية لا قانونها الداخلي .

وتكمن ميزة المفهوم القانوني أساسا في بساطته⁽⁸⁾ وما ينجم عن ذلك من زيادة التيقن وامكانية التنبؤ بالحلول . وفي المقابل ، يتسنى بالمفهوم الاقتصادي زيادة عدد العمليات التي ستنطبق عليها القواعد الدولية . وهذه القواعد الدولية كثيرا ما تكون موحدة وأكثر مرونة . وهذا ما حدا بكثير من الشركات الى تفضيل أن توصف علاقاتهم بأنها دولية .

وفي اطار اتفاقيات لاهاي ، كان محررو الصياغة يتجنبون دائما حصر المفهوم في واحد أو آخر من البديلين . فتواجد هذين المعيارين معا ، وربما معايير أخرى أيضا ، لم يعتبر ضارا بحسن سريان اتفاقيات القانون الدولي الخاص .

ومع ذلك ، فقد أوضح في اطار الاتفاقية موضع النقاش أنه يتعين على الشركات أن تتمكن من أن تحدد بيقين ومسبقا الحالات التي تطبق فيها الاتفاقية . ولبلوغ هذه الغاية ، ارتئي من الضروري صوغ تعريف واعتبرت المعايير الدقيقة والموضوعية والبسيطة هي وحدها الوافية بالغرض .

ويتبين من المناقشة حول المعايير المناسبة التي يمكن اعتمادها أن مختلف المشاكل العملية يمكن أن تنشأ من تعريف الطابع الدولي بخصوص احالات اجمالية للمستحقات . فالمادة ٣ فعلا ، بالصيغة الواردة في المشروع الأولي ، تتيح احالة كل من المستحقات الدولية والوطنية بواسطة نفس العملية الواحدة . واعتبر الفريق العامل أن حل هذه المسألة لا يتمثل في تعديل معايير الطابع الدولي ولكن في احتمال اضافة نص حكم يبين أن حقوق والتزامات المدين الذي يحال اليه استحقاق وطني لن تتأثر بأحكام الاتفاقية .

وبالتالي ، قرر الفريق العامل أن يوصي بالابقاء على المادة ٣ من الصيغة الأولية بعباراتها الحالية .

(٣) تعريف مفهوم الموقع

هناك أحكام كثيرة في مشروع الاتفاقية تتضمن اشارة الى موقع أحد الطرفين في احالة مستحق .

فالمادة ٥ (ي) تقترح تعريفا لهذا المفهوم على النحو التالي :

(8) قد تكون هذه البساطة ظاهرية فقط ، لأن تحديد جنسية شخص (خصوصا الشخص الاعتباري) يختلف عن الشخص الطبيعي) أو محل اقامته المعتاد أو موقع آخر يمكن أن يتبين أنه معقد من الناحية العملية . وبشأن مفهوم "الموقع" بالمعنى المقصود في مشروع الاتفاقية التي هي موضع النقاش ، انظر الفرع ٣ أدناه .

يكون الشخص واقعا في الدولة التي له فيها مكتب مسجل ، أو اذا لم يكن له مكتب مسجل أو اذا كان فردا ، التي يقع فيها محل اقامته المعتاد .

ونذكر بأنه يجب في العادة التمييز بين القواعد المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين والأخرى الخاصة بالأشخاص الاعتباريين أو غير ذلك من الكيانات الجماعية .

وفيما يتعلق بالأشخاص الطبيعيين ، يفضل القانون الدولي الخاص المعاصر الرجوع الى محل الإقامة المعتاد لا الى المسكن . فمفهوم محل الإقامة المعتاد أكثر مرونة وواقعية كما تعكس أيضا واقع اندماج شخص في نظام قانوني واقتصادي واجتماعي معين . (9)

وفيما يتعلق بالأشخاص الاعتباريين ، يبين القانون المقارن أن البلدان ما زالت منقسمة الى بلدان تقبل معيار المكتب المسجل (مكان التسجيل) (10) وبلدان تفضل المكتب الرئيسي : الادارة المركزية ، المؤسسة الرئيسية ، مركز المصالح الرئيسية .

فبالنسبة لأنصار المكتب الرئيسي ، تتمثل ميزة ذلك في تحديد موقع الشخص الاعتباري وفقا لمركز أنشطته الاقتصادية وهو يقابل المفهوم الوظيفي لمحل الإقامة المعتاد فيما يخص الأشخاص الطبيعيين . ومع ذلك ، فإن "المكتب المسجل" يتعلق باختيار مقصود من الشخص الاعتباري ، ويمكن أن تملّي هذا الاختيار اهتمامات لا تمت لمجال نشاطه بصفة لكنها تتعلق بالتنظيم الداخلي للشخص الاعتباري (11) أو بقرارات تتصل بالضرائب .

وينبغي ملاحظة أن القانون الدولي الخاص لم يحرز نجاحا كبيرا في توحيد تعريف مقر الأشخاص الاعتباريين ، حيث ان كل بلد ظل متشبثا بعاداته وتقاليده . فعلى سبيل المثال ، يمكن ذكر الفقرة الأولى من المادة ٥٨ من معاهدة روما المنشئة للجماعة الأوروبية ، والتي لم تعدل أبدا بالمعاهدات اللاحقة لها ، وهي تنص على ما يلي :

(9) للاطلاع على دراسة للتصنيف النظامي للمعايير التي ينبغي أخذها في الاعتبار لتحديد محل الإقامة المعتاد لشخص طبيعي ، انظر المقالة المفيدة التالية عن مفهوم الإقامة المعتاد : Dr. E. M. Clive, "The Concept of Habitual Residence", *The Juridical Review*, 1997, pp. 137-147 .

(10) أثير السؤال لمعرفة ما اذا كان مفهوم المصطلح "Siège statutaire" باللغة الفرنسية ("المكتب المسجل") يقابل بالضبط مفهوم "registered office" المستعمل في النص الانكليزي لمشروع الاتفاقية . ولم تعالج هذه المشكلة بتعمق .

(11) يمكن الإشارة في هذا السياق الى أن ولاية ديلاوير Delaware في الولايات المتحدة استحدثت مجموعة معقدة جدا من القواعد التشريعية والقضائية التي تمكن الشركات من ادارة تنظيمها الداخلي على أفضل وجه . وهذا يفسر اختيار الكثير من المنشآت إقامة مكتبها المسجل في هذه الولاية بينما هي لا تمارس فيها أي نشاط اقتصادي .

ان الشركات التي تنشأ وفقا لقانون دولة عضو ويوجد مكتبها المسجل أو ادارتها المركزية أو مكان أعمالها الرئيسي دخل الجماعة الأوروبية تعامل ، لأغراض تطبيق أحكام هذا الفصل ، نفس معاملة الأشخاص الطبيعيين الذين هم من رعايا الدول الأعضاء .

أما المادة ٣ من اتفاقية الاتحاد الأوروبي المتعلقة بإجراءات الاعسار والموقع عليها في بروكسل في ٢٣ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٥ ، فتنص في الفقرة ١ من مادتها ٣ على ما يلي :

... فيما يتعلق بالشركات والأشخاص الاعتباريين ، يفترض أن يكون مكان المكتب المسجل هو مركز مصالحها الرئيسية ، ما لم يثبت خلاف ذلك .

وعلى النحو ذاته ، فان قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود لا يقدم خيارا لأن الفقرة ٣ من مادته ١٦ تنص على ما يلي :

يفترض أن المقر الرئيسي المسجل للمدين ، ... هو مركز المصالح الرئيسية للمدين ، في حال عدم وجود دليل ينفي ذلك .

وخلافا لهذا الاتجاه الغالب الذي يبدو واضحا في توجهه لعدم الاختيار بين البديلين من أجل التقيد على نحو أوثق بالواقع الاقتصادي للشخص الاعتباري المعني ،⁽¹²⁾ فان مشروع الاتفاقية بشأن الاحالة في التمويل بالمستحقات يقوم باختيار يتمثل في تفضيل المكتب المسجل ، على النحو المبين أعلاه .

ومن الحجج المقدمة لتبرير هذا الاختيار ضرورة تحديد وضع المحيل بشيء من اليقين .⁽¹³⁾ وفي هذا الصدد ، يعتبر بعض الخبراء أن المكتب المسجل هو الخيار الوحيد الذي يفي بذلك .

ومن جهة أخرى ، ينبغي التذكير بأن المكتب المسجل والمكتب الرئيسي الفعلي يتماثلان في الأغلبية العظمى من الحالات . ولكن ، في الحالات الافتراضية التي تكون فيها الشركة قد اختارت

(12) ينبغي الإشارة في هذا الصدد الى أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة ١٩٩٥ تنص في مادتها ٢٢ على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يقع فيها مكان عمل الكفيل/ المصدر الذي أصدر فيه التعهد .

(13) يستعمل مشروع الاتفاقية أيضا مفهوم "الموقع" بشأن المدين (المادتان ١ (٢) و ٣) والمحال اليه (المادة ٣) ، ولكن ، من الصحيح أن معظم القواعد تركز على موقع المحيل .

الثنائية،⁽¹⁴⁾ يفضي انطباق الاتفاقية التي تتركز بشكل أساسي حول موقع المحيل الى شبه استحالة تطبيق هذا النص لأن البلدان التي عادة ما تضع فيها الشركات مكاتبها المسجل ما زالت خارج اطار الجهود المبذولة لتوحيد القانون بسبب عدم تصديقها على الاتفاقيات الموجودة.⁽¹⁵⁾

وعند النظر الى المسألة من جانب المحال اليه الذي يعتبر انطباق الاتفاقية بالنسبة له ذات أهمية كبيرة والذي تتوقف غالبية حقوقه والتزاماته ، في حال عدم وجود قواعد موضوعية في الاتفاقية ، على قانون المحيل ، يمكن أن يتبين أن التيقن القصير الأمد الذي يؤكد المكتب المسجل للمحيل غير مجد في حالات الثنائية المذكورة في الفقرة السابقة .

بعد ذلك ، تناقش الفريق العامل باستفاضة حول موضوع النزاع الخاص بالتنقل . وانقسم الفريق العامل حول مسألة ما اذا كان من الأيسر تغيير موقع المكتب المسجل أو المكتب الرئيسي الفعلي . ونظرا لعدم التمكن من التوصل الى نتيجة في هذا الاتجاه أو ذاك ، لم يرتأى أن من شأن هذه الحجة أن تؤثر في الاختيار بين أحد البديلين . وبالتالي ، اتفق الجميع على أنه ينبغي النص على حكم يتسنى به حل النزاع الخاص بالتنقل في اطار قواعد تنازع القوانين .

وفي الخلاصة ، يرى الفريق العامل ضرورة التفريق بين التعريف المتعلق بالأشخاص الطبيعيين والتعريف المعتمد بشأن الأشخاص الاعتباريين وغير ذلك من المجموعات .

وفيما يتعلق بالأشخاص الطبيعيين ، احتفظ الفريق العامل بمعيار محل الإقامة المعتاد .

أما فيما يتعلق بالأشخاص الاعتباريين ، فلم يتم التوصل الى حل نهائي بعد .

ولكن ، اقترح الاستعانة كأساس بالتعريف الوارد في الفقرة ٢ من المادة ٤ من اتفاقية روما بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية ، وهي الاتفاقية المؤرخة ١٩ حزيران/يونيه ١٩٨٠ . وينص التعريف على ما يلي :

رهنأ بأحكام الفقرة ٥ من هذه المادة ، يفترض أن العقد يتصل اتصالا وثيقا بالبلد الذي يوجد فيه ، عند إبرام العقد ، محل الإقامة المعتاد للطرف الذي عليه أن يقوم بالعمل القانوني المعني ، أو اذا كان الطرف المعني شركة أو جمعية أو شخصا اعتباريا ، بالبلد الذي توجد فيه

(14) الحديث هنا هو عن الثنائية الدولية لا عن الثنائية الموجودة داخل دولة اتحادية لأن الاتفاقية لا تنطبق عادة ، في هذه الحالة الأخيرة ، على مجموع الاقليم الاتحادي .

(15) ورد في احدى الاجابات أن المنشآت التي قامت بهذا الاختيار والتي ستمنع بالتالي من اللجوء الى التمويل باحالة المستحقات بسبب عدم انطباق الاتفاقية ستضطر الى تغيير مكان مكتبها المسجل .

إدارته المركزية . ولكن ، اذا أبرم العقد خلال ممارسة هذا الطرف نشاطه المهني ، يكون هذا البلد هو البلد الذي يوجد فيه مكان العمل الرئيسي لهذا الطرف أو ، اذا كان ينبغي بمقتضى العقد أن يؤدي العمل عن طريق مكان للعمل غير مكان العمل الرئيسي ، فيكون البلد الذي يوجد فيه ذلك المكان الآخر للعمل .

أو ان تعذر ذلك ، فيمكن الاستعانة كأساس بالتعريف الوارد في الاتفاقية الأوروبية فيما يتعلق بالاعسار ، والمشار إليها أعلاه .

وفي كل الحالات ، توصل الخبراء الى استنتاج مفاده أنه أيا كان الاختيار النهائي ، سواء أكان المكتب المسجل أو المكتب الرئيسي الفعلي ، فان من الضروري فيما يبدو النص على قاعدة منفصلة فيما يتعلق بالحالات عندما يتصرف المحيل بواسطة مؤسسة مستقلة أو مكتب فرعي أو أي جهة أخرى لا تملك صفة قانونية بيّنة .

(٤) قواعد تنازع القوانين الرامية الى تدارك عدم وجود حل ملموس

اتفق فريق الخبراء على الدور المفيد الذي يمكن أن تؤديه قواعد تنازع القوانين في اطار مشروع الاتفاقية ، وهو أنها تكمل الجهود الرامية الى توحيد القانون في مجال احالة المستحقات فيما يتعلق بالمسائل التي لم ينجح فيها المتفاوضون في الاهتداء الى قواعد موضوعية . وهذا ينطبق على الشكل وقابلية الاحالة والحق في عائدات المستحقات ، وقانون الأولوية والحقوق المتنافسة في حال اعسار المحيل . وكل نقطة من هذه النقاط سوف تعالج على حدة .

١-٤ الشكل

حسب الصيغة الحالية للمادة ٩ من مشروع الاتفاقية ، ثمة عدة بدائل مقترحة . فالبديل ألف ينص على قاعدة موضوعية تشترط الكتابة . لكن بعض الخبراء أشاروا الى أن هذه القاعدة الموضوعية غير مقبولة لدى عدد قليل من البلدان التي ستشوش الاتفاقية تقاليداً وأعرافها في هذا المجال . لذلك ، فان من المرجح جداً ألا يتضمن مشروع الاتفاقية نص حكم مصاغاً على غرار البديل ألف (16)

أثيرت عندئذ مسألة القانون الواجب التطبيق على الشكل في حال عدم وجود قاعدة موضوعية . فالبديلان باء وجيم من المادة ذاتها يقترحان قاعدتين بشأن تنازع القوانين فيهما فوارق غير هيّنة . غير أن هاتين القاعدتين لا توافقان الاتجاه الحالي للقانون الدولي الخاص الذي يتمثل في تفضيل قاعدة

(16) ومع ذلك ، اقترح الابقاء على البديل ألف مع السماح للدول التي ترغب في ا بداء تحفظ بأن تفعل

بديلة بشأن تنازع القوانين ترمي الى اثبات شرعية العقد أو المعاملة القانونية . وعلاوة على ذلك ، فقد أثبت بعض الخبراء أن هنالك احتمالات ضعيفة أن تبلغ قاعدة ما بشأن تنازع القوانين الهدف الذي يسعى اليه نص حكم يتعلق بالشكل .

وفعلا ، وبعد التفكير المدروس ، فإن الهدف المنشود من الشكل في اطار مشروع الاتفاقية ليس هو بالضبط اثبات الشرعية بقدر ما هو تحديد مضمون الاحالة أو بعبارة أخرى اقامة الدليل على هذا المضمون . واتفق الخبراء عندئذ على تفضيل وجود قاعدة موضوعية على وجود قاعدة بشأن التنازع . ويمكن اعادة صياغة هذه القاعدة بالنسبة للبدايل الحالية الواردة في الاتفاقية لكي يصبح نصها على النحو التالي :

"يعتبر أن المستحق قد أحيل عندما تثبت احواله بأي وسيلة ..."

وثمة امكانية أخرى وهي دمج البديلين بآء وجيم معا ولكن ، لم يتح وقت كاف لفريق الخبراء لكي يفكر بشكل أكثر تحديدا في صيغة ممكنة لدمج هذين البديلين .

٢-٤ قابلية الاحالة

تنقسم مسألة قابلية الاحالة الى مشكلتين منفصلتين : قابلية الاحالة التعاقدية وقابلية الاحالة القانونية .

١-٢-٤ وأثيرت استفسارات حول ما اذا كان ممكنا بشكل معقول أن تنص الاتفاقية على قاعدة كالقاعدة الواردة في المادة ١٢ من المشروع والتي مفادها أن المستحق قابل للاحالة بالرغم من الاتفاق بين المحيل والمدين على منع الاحالة . وفي هذا الخصوص ، تناقش الخبراء حول مسألة ما اذا كان يمكن تعديل المادة ١٢ بواسطة المادة ٣٠ التي تنص على قاعدة لتنازع القوانين من أجل حل المسائل ذات الصلة بإمكانية احالة المستحق دون تحديد ما اذا كانت قاعدة التنازع هذه تنطبق على كل من قابلية الاحالة القانونية وقابلية الاحالة التعاقدية . ويجب توضيح هذه النقطة لتحديد نطاق تطبيق كل من المواد ١٢ و ٣٠ ، على التوالي .

ونظرا لاستحالة معرفة ما اذا كانت نصوص الأحكام الوطنية المتعلقة بقابلية الاحالة التعاقدية الزامية أم لا ، اقترح اجراء دراسة في القانون المقارن قبل اصدار تأكيد نهائي بشأن هذا الحكم من أحكام مشروع الاتفاقية الذي يشكك جوهريا فيما يبدو في استقلالية الارادة وقابلية التنبؤ بموجب العقد فيما يتعلق بالمدين . لكن الخبراء لم يصدرؤا أي توصية في هذا الشأن .

٢-٢-٤ وفيما يتعلق بإمكانية الاحالة القانونية التي لا تسري عليها المادة ١٢ وانما المادة ٣٠ (قاعدة التنازع) ، تركزت المناقشة حول كفاية التحفظ لاعتبارات تتعلق بالسياسة العامة أو التحفظ على القواعد

الالزامية . وكان رأي فريق الخبراء بالأحرى بالنفي . لذلك اعتبرت قاعدة تنازع القوانين ضرورية . وهي يمكن أن تحدد القانون الذي ينظم المستحق المحال . غير أن هذا القانون لا يبدو مرضيا فيما يتعلق بالاحالات الاجمالية .

٣-٤ حق المحال اليه في عائدات المستحقات

كان هذا الحق منظما بموجب المادة ١٧ التي يجب أن تقترح أمانة الأونسيترال صيغة جديدة بشأنها . ويبدو فعلا أن مفهوم "الحق في العائدات" غير معروف في النظم القانونية المدنية ، حتى وان كان يمكن أن يشبه حق تتبع المال أو الملك دون الاقتصار عليه .

وقد أظهرت كل قواعد تنازع القوانين التي استعرضت خلال المناقشة قيودها التي تحد منها . فاذا أريد احراز النجاح حقا ، فمن الضروري تطبيق قاعدتين بشأن تنازع القوانين في آن واحد وهما : قانون الاحالة والقانون الواجب التطبيق على العائدات التي نقل اليها المستحق . وأمام تعقد هذا الحل ، اتفق الخبراء في الرأي على أن من الأفضل العزوف عن التماس حل في قاعدة بشأن تنازع القوانين .

٤-٤ الحق في الأولوية

تقترح المادة ٢٣ من مشروع الاتفاقية أن تخضع لقانون المحيل⁽¹⁷⁾ الأولوية بين عديد من الذين يحال اليهم المستحق ذاته من المحيل ذاته .

وقد اعتبر الخبراء هذا الحكم قاعدة جيدة (أو في كل الأحوال أقل القواعد الممكنة سوءا) ، اعتبارا لما يلي :

(أ) يستحيل اعمال قانون المستحق المحال في حال احالة مستحقات اجمالية . غير أن مسألة الأولوية تثار أساسا في هذه الحالة الافتراضية لأنها تبرز عندما يكون المحيل قد أحال الى عديد من المحال اليهم مجموعة شاملة من مستحقات ، وهذا اجراء في الادارة المالية يزداد تواترا ؛

(ب) المدين محمي بأحكام موضوعية في الاتفاقية وبالتالي فان قاعدة تنازع القوانين المقترحة لن تنطبق الا عندما يكون قد أعلن عن انطباق الاتفاقية ذاتها في مجملها .

(17) أثيرت مسألة "النزاع الخاص بالتنقل" من جديد بشأن هذا النص . وقد أثيرت هذه المسألة من قبل في البند ٣ أعلاه . وكان ينبغي أن تكمل مثلما ذكر سابقا .

٥-٤ التنافس في الحقوق في حال اعسار المحيل

ينص مشروع الاتفاقية في المادة ٢٤ على أن مسألة التنافس في حقوق المحال اليه ومدير الاعسار أو دائني المحيل تخضع لقانون الدولة التي يقع فيها المحيل .

ويتمثل التبرير المقدم لهذا الاختيار في أنه ، اذا استهل اجراء بشأن الاعسار ، فهو سيكون في المكان الذي يقع فيه المحيل . غير أن هذا التبرير يسعى الى ايجاد تعريف مختلف لمفهوم موقع المحيل في المادة ٢٤ اذا احتفظ بهذا المفهوم على النحو الوارد حالياً في المادة ٥ (ي) ، أي المكتب المسجل . وفعلاً ، فان الاتفاقية الأوروبية شأنها في ذلك شأن قانون الأونسيرال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود يمكنان من قلب الافتراض لصالح المكتب الرئيسي الفعلي اذا كانت هنالك ثنائية مع المكتب المسجل .

وقد صيغت أحكام الفقرتين ٣ و ٤ من المادة ٢٤ لتدارك هذا العيب . ولا بد من ملاحظة أن هذه الأحكام معقدة نوعاً . فصيغة الفقرة ٣ غير معهودة . وهي تقلب سريان الاستثناء لاعتبارات تتعلق بالسياسة العامة الذي يتمثل هدفه عادة في منع تطبيق تدبير أو قانون أو قرار أجنبي . ويمكن من جهة أخرى اقتراح صياغة جديدة أوثق صلة بالممارسة في هذا المجال ، وهي التالية :

"يمكن استبعاد أحكام هذه المادة اذا كانت مخالفة بشكل واضح للسياسة العامة للدولة صاحبة الولاية القضائية ."

أما فيما يتعلق بالفقرة ٤ ، فقد لا تشمل الحالات الافتراضية المتوخاة كل الحالات المحددة التي يمكن أن تنشأ في الممارسة . (18)

(٥) قواعد تنازع القوانين العامة التي يقصد تطبيقها حتى في حال عدم تطبيق الاتفاقية

يتمثل الاجراء المقترح في ادماج الفصل السادس من مشروع الاتفاقية ، الذي يضم المواد ٢٩ الى ٣٣ مع الفقرة ٣ من المادة ١ . (19)

(18) لم يناقش فريق الخبراء الفقرة ٥ من المادة ٢٤ . ولكن ظهر شك في المغزى الدقيق لهذا الحكم عند اعادة قراءته .

(19) هذا النص يقرأ على النحو التالي : "[تنطبق أحكام المواد ٢٩ الى ٣٣ على حالات المستحقات الدولية والاحالات الدولية للمستحقات مثلما هي معرفة في هذا الفصل] بصرف النظر عن الفقرتين ١ و ٢ من هذه المادة ."

وليس هذا الاجراء جديدا على عرف الأونسيترال . فقد سبق أن استعمل فعلا في اتفاقية الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة ١٩٩٥ . غير أن هذه الاتفاقية لا تتضمن سوى حكمين من القانون الدولي الخاص محدودين في نطاق تطبيقهما ، والحاصل أنهما يثيران جدالا غير ذات شأن ، حيث انهما لا يحدثان مبعثا ارباكا كبيرا في قانون الدول المتعاقدة .

وفي مقابل ذلك ، فإن الفصل السادس من النص الحالي لمشروع الاتفاقية يعتبر مسألة مختلفة تماما . فأولا ، أشار بعض الخبراء الى أن الدول غير الأطراف في اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية⁽²⁰⁾ أو في اتفاقية أخرى⁽²¹⁾ تشعر بالحاجة الى توحيد قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين فيما يتصل باحالة المستحقات . وبالنسبة لهؤلاء الخبراء ، تشكل المفاوضات بشأن اتفاقية الأونسيترال فرصة جيدة لمحاولة التوصل الى هذه النتيجة .

وهذا هو السبب في ادراج الفصل السادس من مشروع الاتفاقية بهدف تنظيم عقد الاحالة وكذلك آثاره في الأطراف الثالثة وآثاره في نقل ملكية المستحقات المعنية .⁽²²⁾

ويهدف الفصل السادس في المقام الأول الى اقرار قواعد بشأن تنازع القوانين فيما يتعلق بعقد الاحالة . غير أن هذا العقد ، فيما يخص العلاقة بين المحيل والمحال اليه لا يتضمن أي خصوصية تبرر وجود قاعدة بشأن تنازع القوانين في اتفاقية خاصة . وقد تكون هنالك حاجة الآن على الصعيد العالمي الى توحيد قواعد تنازع القوانين في المسائل التعاقدية . لكن ، لا يمكن القيام بمحاولة في هذا المجال في اطار اتفاقية خاصة .

ويصح الشيء ذاته على قاعدة تنازع القوانين التي تنطبق على المستحق المحال . ففي أول الأمر ، وفي ذات اطار ما هو متوخى بشأن الاتفاقية ، يمكن أن يكون المستحق المحال ذا طبيعة مختلفة جدا (خصوصا ذا طبيعة تعاقدية أو مبنية على العطل والضرر) . غير أن المادة ٣٠ التي يقصد بها هنا أيضا أن تنص على قاعدة عامة واجبة التطبيق على المستحقات التعاقدية لا تقول شيئا واضحا بشأن

(20) هذه الاتفاقية بابها مفتوح أمام الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي لا غير . وهي تتضمن مادة رقم ١٢ مخصصة على وجه التحديد لاحالة المستحقات ، ومادة رقم ١٣ تنص على حكم بشأن الحلول في المطالبة أو الحق .

(21) يمكن الإشارة هنا الى اتفاقية البلدان الأمريكية بشأن القانون المنطبق على العقود الدولية ، التي تم التوقيع عليها في المكسيك في ١٧ آذار/مارس ١٩٩٤ . وهذه الاتفاقية لم تدخل حيز النفاذ بعد .

(22) أحد الأسئلة المطروحة هو ما اذا كان يجب أن يقتصر هذا الفصل على احالات المستحقات التي لا تشملها القواعد الموضوعية للاتفاقية أو ما اذا كان يجب أن تنطبق بشكل عام وتشمل احالات المستحقات التي لا تندرج ضمن نطاق تطبيق الاتفاقية . وقد أبدى بعض الخبراء تفضيلهم التام لهذا البديل الثاني . وهذا يعتبر المقدمة المنطقية للتطورات اللاحقة .

المستحقات الأخرى ، عدا الإشارة الغامضة نوعا ما الى "القرار أو الاجراء الآخر" . وفي كل الأحوال ، فان مسائل القانون الواجب التطبيق على المستحق المحال لا تقتصر بالتحديد على احالات المستحقات .

وفي ضوء ما سبق ، أعرب بعض الخبراء عن الرأي الذي مفاده أنه ينبغي الغاء الفصل السادس بكامله من مشروع الاتفاقية .

ويمكن ، عند الاقتضاء ، الابقاء على نص مستوحى من الفقرة ١ من المادة ٣٠ ، ولكن على شرط أن تعاد صياغته لكي تحذف منه الاشارات الى الآليات الخاصة بالأحكام الموضوعية في الاتفاقية التي يفترض فيها أنها لن تكون واجبة التطبيق فيما يتعلق بقواعد تنازع القوانين العامة . واقترح بالتالي استنساخ هذا الحكم بنقله من الفقرة ٢ من المادة ١٢ من اتفاقية روما المعنية بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، حيث ان هذه الفقرة تنص على ما يلي :

ان القانون الذي ينظم الحق الذي يخصه المستحق المحال يحدد قابلية لحالة هذا المستحق ، ويحدد العلاقة بين المحال اليه والمدين ،⁽²³⁾ والشروط التي يحتكم فيها الى الاحالة تجاه المدين ، وأي سؤال عما اذا كانت التزامات المدين قد أبيت .

وبالفعل ، فان الهدف من المادة ٣٠ (في صيغة جديدة ينبغي التوصل اليها) هو حماية المدين . وينبغي أن يوجه هذا الهدف صياغة هذا النص لو أبقى عليه .

أما فيما يتعلق بالمادة ٣١ ،⁽²⁴⁾ فان اختيار قانون المحيل الذي يمكن أن يكون موفقا في اطار القواعد الموضوعية للاتفاقية يمثل خطرا فعليا عندما تستبعد القاعدة من سياقه . وفعلا ، فان المدين يمكن أن يرغم على الدفع مرتين ، مرة بموجب أحكام قانون المستحق المحال ومرة بموجب قانون

(23) أشير الى أن عبارة "العلاقات بين المحال اليه والمدين" غامضة جدا وأنه يفضل تفصيل المسائل التي يمكن أن تثار بين هذين الطرفين . وهكذا ، فان المادة ٣٠ بصيغتها الحالية تقوم بسرد محدد : حق المحال اليه في طلب الدفع ؛ والتزام المدين بتنفيذ الدفع ؛ والاستثناءات التي يمكن أن يثيرها المدين . واذا كان يمكن أن تبدو القائمة للوهلة الأولى شاملة ، فانه لا يبدو أسلوبا تشريعيا جيدا أن تحصر قاعدة مسبقا في قائمة مغلقة قد تتبين في الأمد الطويل ناقصة .

(24) يقترح هذا النص قواعد بشأن تنازع القوانين فيما يخص التنازع على الأولوية ، أي حجية الاحالة بخصوص الغير . وهذا النص ابتكاري لأن اتفاقية روما لا تنص على شيء من هذا القبيل ، ولأن القضاء في الدول المتعاقدة على هذه الاتفاقية يختلف فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في مثل هذه الظروف . ويمكن الإشارة هنا الى قرار صادر عن محكمة النقض الهولندية (Hoge Raad) في ١٦ أيار/مايو ١٩٩٧ (قضية براندسما "brandsma" ضد شركة هانسا المحدودة للكيماويات "Hansa Chemie Aktiengesellschaft" مفاده أن قانون عقد الاحالة المنصوص عليه في الفقرة ١ من المادة ١٢ من اتفاقية روما ينطبق أيضا على آثار الاحالة فيما يتعلق بالأطراف الثالثة .

المحيل . ولا يوجد أي ضمان يحمي المدين من نزاع حقيقي بين هذين القانونين ، عندما يطبق القانون بشكل مستقل عن القواعد الموضوعية للاتفاقية .

ويمكن من جهة أخرى ملاحظة أن المادة ٣١ بصيغتها الحالية لا تتضمن أي حكم بشأن نزاع يحصل بين المحال اليهم اللاحقين .

ولاحظ فريق الخبراء أن من الصعب اقتراح قاعدة "مثالية" بشأن تنازع القوانين فيما يتعلق بهذه النقطة . وفعلًا ، فإن تطبيق القانون المنظم للمستحق المحال ، الذي يبدو الاختيار الأنسب والأكثر منطقية يمثل صعوبة كبيرة عندما تتعلق الاحالة بمستحقات عديدة خاضعة لقوانين مختلفة . فقانون عقد الاحالة ، وهي خيار ممكن آخر ، يشكك في مبدأ الأثر النسبي للاتفاقيات لأنه يجعل حقوق الأطراف الثالثة متوقفا على موافقة الأطراف في عقد الاحالة . وعلاوة على ذلك ، لا يوفر قانون المحيل حماية كافية للمدين مثلما ذكر آنفا .

وفيما يتعلق بالقواعد الالزامية والسياسة العامة ، طرح التساؤل عن مداها بالضبط وضرورة ابقاء الإشارة الى المسائل المعالجة في هذا الفصل . وأكد الخبراء أن من الأجدر عدم توسيع نطاق تطبيق هذه الأحكام الى ما هو أبعد من المسائل المعالجة في الفصل المتعلق بتنازع القوانين .

وأخيرا ، أثرت في نهاية المناقشات مشكلة فنية اصطلاحية صرفة . فاذا كانت الاتفاقية تتضمن شرطا بشأن "اختيار التقيد" مثلما بدأ يتضح فيما يبدو من سير الأمور ، فسوف يكون من الضروري النص على أنه عندما تستعمل دولة ما حق الخيار ، فإن الأحكام الموضوعية للاتفاقية تعلو على الأحكام العامة المتنازعة عندما يستوفى معيار تطبيق الأحكام الموضوعية .
