الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8

الجمعية العامة

Distr.: Limited
26 April 2006
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الفريق العامل السادس (المصالح الضمانية)

الدورة العاشرة

نيويورك، ١-٥ أيار/مايو ٢٠٠٦

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

مذكرة من الأمانة

إضافة*

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
حادي عشر- المسائل الخاصة بالفترة الانتقالية	١-٢٢	٢
ألف- ملاحظات عامة (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8)	١-١٤	٢
١- الحاجة إلى أحكام انتقالية	١-٥	٢
٢- المسائل التي تعالجها الأحكام الانتقالية	٦-١٤	٤
أ- مسائل عامة	٦	٤
ب- نفاذ مفعول الحقوق السابقة لتاريخ النفاذ فيما بين الأطراف	٧	٤
ج- نفاذ مفعول الحقوق السابقة لتاريخ النفاذ تجاه الأطراف الثالثة	٨-٩	٥
د- النزاعات بشأن الأولوية	١٠-١٣	٥
هـ- النزاعات أمام محكمة أو هيئة تحكيم	١٤	٧
باء- التوصيات (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5)		٧

* تقدّم هذه الوثيقة متأخرة عن فترة العشرة أسابيع المطلوبة قبل بدء الاجتماع، بسبب ضرورة استكمال المشاورات ووضع التعديلات في صيغتها النهائية.

160506 V.06-53444 (A)

حادي عشر- المسائل الخاصة بالفترة الانتقالية

ألف- ملاحظات عامة (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8)

١- الحاجة إلى أحكام انتقالية

١- سوف تكون القواعد المتجسّدة في التشريع الجديد المتعلق بالمعاملات المضمونة مختلفة عن القواعد الموجودة في القانون السابق لتاريخ التشريع. وسيكون لهذه الاختلافات أثر واضح على المعاملات المضمونة التي تجري بعد سن التشريع الجديد. وينبغي أيضا مراعاة مفعول التشريع الجديد على المعاملات القائمة التي أُبرمت قبله. وفي ضوء الاختلافات القائمة بين النظامين القانونيين القديم والجديد، واستمرار وجود المعاملات والحقوق الضمانية التي أنشئت بموجب النظام القديم، سيكون من المهم، لكي ينجح النظام الجديد، أن يتضمن قواعد عادلة وفعالة تحكم الانتقال من القواعد القديمة إلى القواعد الجديدة. وثمة حاجة مماثلة إلى قواعد انتقالية عندما يكون قانون دولة مختلفة، بموجب قواعد تنازع القوانين في النظام القديم، هو الذي يحكم إنشاء حق ضماني أو نفاذه تجاه أطراف ثالثة أو أولويته. وفي هذا الصدد، ينبغي معالجة مسألتين تتعلقان بالانتقال من النظام القديم إلى النظام الجديد. أما الأولى، فهي أن التشريع الجديد ينبغي أن يحدّد التاريخ الذي سيكون له فيه مفعول قانوني ("تاريخ النفاذ"). وأما الثانية، فهي أن التشريع الجديد ينبغي أيضا أن يبيّن المدى، إن وجد، الذي يسري فيه القانون الجديد، بعد تاريخ النفاذ، على المسائل المتعلقة بالمعاملات أو الحقوق الضمانية التي كانت موجودة قبل تاريخ النفاذ.

٢- وينبغي مراعاة عدد من العوامل في تحديد تاريخ نفاذ التشريع. فالتحقيق الفوري للمزايا الاقتصادية التي ينطوي عليها التشريع الجديد يجب أن يتوازن مع ضرورة تفادي التسبب في عدم استقرار أو زعزعة الأسواق التي سوف يحكمها التشريع الجديد وأن يمنح الأطراف المشاركة في السوق الوقت الكافي للتحضير لإجراء المعاملات في إطار التشريع الجديد الذي قد يكون مختلفا اختلافا كبيرا عن القانون السابق. وبالتالي، فقد تقرر دولة ما أن يبدأ تاريخ نفاذ التشريع الجديد بعد فترة معيّنة من سن هذا التشريع لكي تتمكن الأسواق والأطراف المشاركة فيها من تكييف معاملاتها مع القواعد الجديدة. ولدى تحديد تاريخ النفاذ، يمكن للدول أن تراعي ما يلي: تأثير تاريخ النفاذ على القرارات الائتمانية؛ وتعظيم الفوائد المتحققة نتيجة التشريع الجديد؛ والترتيبات الرقابية والمؤسسية والتعليمية وغيرها من الترتيبات أو تحسينات البنى التحتية الضرورية التي يتعيّن على الدولة الاضطلاع بها؛ وحالة القانون الذي كان قائما من قبل وغيره من البنى التحتية؛ ومواءمة التشريع الجديد المتعلق

بالمعاملات المضمونة مع التشريعات الأخرى؛ والقيود الدستورية على المفعول الرجعي للتشريع الجديد؛ والممارسة الموحدة أو المناسبة لبدء نفاذ التشريع (مثلا في اليوم الأول من الشهر).

٣- وحيث إن الديون التي تضمنها حقوق في ممتلكات مانح الضمان غالبا ما تكون مستحقة الدفع على مدى فترة زمنية معيّنة، فمن المحتمل أن تكون هناك حقوق كثيرة قد أنشئت قبل تاريخ النفاذ، وتظل قائمة في تاريخ النفاذ وبعده، بحيث تضمن الديون التي لم تسدد بعد. ولهذا، وكما هو مذكور أعلاه، فثمة قرار هام آخر يجب اتخاذه فيما يخص أي تشريع جديد يتمثل في تحديد المدى، إن وجد، الذي يحكم فيه التشريع الجديد المعاملات المبرمة قبل تاريخ النفاذ.

٤- ويمكن اتباع نهج واحد بحيث لا ينطبق التشريع الجديد إلا على أساس مستقبلي، ومن ثم لا يحكم أية معاملات أُبرمت قبل تاريخ النفاذ. وفي حين أن هناك قدرا من الإغراء للأخذ بهذا الحل، وخصوصا فيما يتعلق بالمسائل التي تنشأ بين مانح الضمان والدائن المضمون، فسوف يخلق هذا النهج مشاكل كبيرة، ولا سيما فيما يتعلق بالأولويات. وفي مقدمة تلك المشاكل ضرورة حلّ نزاعات الأولوية بين دائن مضمون حصل على حقه الضماني قبل تاريخ النفاذ ودائن مضمون منازع حصل على حقه الضماني في نفس الممتلكات بعد تاريخ النفاذ. وبما أن الأولوية مفهوم نسبي، وأن نفس قواعد الأولوية يجب أن تحكم الحقين اللذين تجري مقارنتهما، فإنه ليس من الممكن أن تحكم القواعد القديمة أولوية حق الدائن المُنشأ قبل تاريخ النفاذ وأن تحكم القواعد الجديدة أولوية حق الدائن المُنشأ بعد تاريخ النفاذ. وبالطبع، ليس من السهل تحديد أي قواعد أولوية تنطبق على هذا النوع من النزاعات المتعلقة بالأولوية. ومن شأن تطبيق القواعد القديمة على هذا النوع من نزاعات الأولوية أن يؤجل أساسا نفاذ مفعول بعض أهم جوانب التشريع الجديد، بحيث يمكن أن يؤدي إلى تأجيل مزايا اقتصادية هامة للتشريع الجديد لفترة طويلة. ومن جهة أخرى، فإن تطبيق القواعد الجديدة على نزاعات الأولوية هذه قد يكون فيه إجحاف جائر بحق الأطراف التي تعتمد على القانون القديم، وقد يوفر أيضا حافزا لهذه الأطراف كي تعترض على التشريع الجديد أو تدعو إلى تأجيل تاريخ النفاذ بدون مبرر.

٥- وفي المقابل، يمكن تعزيز زيادة اليقين والحصول المبكر على الفوائد الاقتصادية للتشريع الجديد بتطبيقه على جميع المعاملات ابتداء من تاريخ النفاذ، لكن بالاقتران مع ما يلزم من "أحكام انتقالية"، لضمان الانتقال الفعال إلى النظام الجديد دون خسران صفة الأولوية السابقة لتاريخ النفاذ. ومن شأن اتباع هذا النهج أن يؤدي إلى تجنب المشاكل المبيّنة

أعلاه، وأن يؤدي خلافا لذلك إلى تحقيق توازن منصفا وفعال بين مصالح الأطراف الممتثلة للقانون القديم والأطراف الممتثلة للقانون الجديد.

٢- المسائل التي تعالجها الأحكام الانتقالية

أ- مسائل عامة

٦- بما أن العديد من الحقوق الضمانية التي تُنشأ قبل تاريخ النفاذ سوف تظل قائمة بعد تاريخ النفاذ، وقد تتنازع مع الحقوق الضمانية التي تُنشأ بعد تاريخ النفاذ، فمن المهم أن يوفر التشريع الجديد أحكاما انتقالية واضحة لتحديد مدى انطباق قواعد التشريع الجديد على الحقوق التي كانت موجودة سابقا. وينبغي للأحكام الانتقالية تلك أن تعالج على النحو الملائم توقّعات الأطراف الثابتة والحاجة إلى اليقين وإلى إمكانية التنبؤ في المعاملات المستقبلية. ويجب أن تعالج الأحكام الانتقالية مدى انطباق القواعد الجديدة، بعد تاريخ النفاذ، فيما بين الطرفين في معاملة أنشأت حقا ضمانيا قبل تاريخ الإنفاذ. ويجب أن تعالج أيضا مدى انطباق القواعد الجديدة، بعد تاريخ النفاذ، لتسوية النزاعات المتعلقة بالأولوية بين حائز حق ضماني ومطالِب منازِع عندما يُنشأ ذلك الحق الضماني أو ينشأ حق المطالِب المنازِع، قبل تاريخ النفاذ.

ب- نفاذ مفعول الحقوق السابقة لتاريخ النفاذ فيما بين الأطراف

٧- عندما يكون حق ضماني قد أنشئ قبل تاريخ نفاذ التشريع الجديد، يُطرح سؤالان بشأن نفاذ مفعول ذلك الحق بين مانح الضمان والدائن. والسؤال الأول هو ما إذا كان الحق الضماني الذي لم ينشأ بفاعلية بمقتضى القانون القديم، ولكنه يستوفي جميع شروط إنشاء الحق الضماني بمقتضى القانون الجديد، ينبغي أن يصبح نافذ المفعول في تاريخ نفاذ القانون الجديد. والسؤال الثاني هو ما إذا كان الحق الذي أنشئ بفاعلية بمقتضى القانون القديم ولكنه لا يستوفي شروط الإنشاء بموجب القانون الجديد، ينبغي أن يصبح غير نافذ المفعول في تاريخ نفاذ القانون الجديد. ومن شأن نهج كهذا أن يعترف بأن قواعد التشريع الجديد المتعلقة بإنشاء حق ضماني تشمل أحدث الخيارات السياساتية الراهنة للدولة فيما يتعلق بمتطلبات نفاذ المفعول، مع مراعاة حماية طرفي المعاملة، وبأنه يفترض أن يفضل الطرفان نفسهما، بوجه عام، نفاذ مفعول المعاملة التي كانا قد أبرماها. ففيما يتعلق بالسؤال الأول، ينبغي النظر في جعل الحق نافذ المفعول اعتبارا من تاريخ نفاذ القانون الجديد. وفيما يتعلق بالسؤال الثاني، يمكن تحديد فترة انتقالية يظل الحق الضماني أثناءها نافذ المفعول فيما بين الطرفين، ليتسنى

للدائن أن يتخذ الخطوات الضرورية أثناء الفترة الانتقالية لإنشاء الحق بمقتضى القانون الجديد. وعند انقضاء الفترة الانتقالية، يصبح الحق غير نافذ المفعول بمقتضى القانون الجديد إذا لم تتخذ تلك الإجراءات.

ج- نفاذ مفعول الحقوق السابقة لتاريخ النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٨- هناك مسائل مختلفة مطروحة بشأن نفاذ مفعول حق أنشئ قبل تاريخ النفاذ تجاه أطراف ثالثة. وحيث إن التشريع الجديد سوف يجسّد السياسة العامة فيما يتعلق بالخطوات السليمة المطلوب اتخاذها لجعل الحق نافذ المفعول تجاه أطراف ثالثة، فمن الأفضل أن تنطبق القواعد الجديدة إلى أبعد مدى ممكن. بيد أنه قد لا يكون من المعقول توقّع قيام دائن كان حقه نافذ المفعول تجاه أطراف ثالثة بمقتضى النظام القانوني السابق للدولة (أو بمقتضى قانون الدولة التي ينطبق قانونها على نفاذ المفعول تجاه أطراف ثالثة بموجب قواعد تنازع القوانين للنظام القديم) بالامتثال على الفور لأية متطلبات إضافية يقتضيها القانون الجديد. وقد يكون هذا التوقّع شديد الوطأة خاصة بالنسبة للمؤسسات الدائنة التي سيطلب منها الامتثال في نفس الوقت للشروط الإضافية للقانون الجديد بالنسبة لعدد كبير من المعاملات المبرمة قبل تاريخ النفاذ. وسيكون النهج المفضّل هو أن أي حق كان نافذ المفعول تجاه أطراف ثالثة بمقتضى النظام القانوني السابق، لكنه لن يكون نافذ المفعول بمقتضى القواعد الجديدة، ينبغي أن يظل نافذ المفعول لفترة زمنية معقولة (على النحو الذي ينص عليه القانون الجديد) وذلك لإتاحة الوقت للدائن لكي يتخذ الخطوات اللازمة بمقتضى القانون الجديد. وعند انقضاء الفترة الانتقالية، يصبح الحق غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا أصبح نافذا تجاهها بمقتضى القانون الجديد.

٩- وإذا لم يكن الحق نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى النظام القانوني السابق، لكنه مع ذلك نافذ تجاهها بمقتضى القواعد الجديدة، فينبغي أن يصبح الحق نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة على الفور لدى بدء تاريخ نفاذ القواعد الجديدة. ومن المفترض، مرة أخرى، أن يتمتع الطرفان اللذان قصد نفاذ المفعول فيما بينهما، والأطراف الثالثة بحماية القواعد الجديدة حماية كاملة.

د- النزاعات بشأن الأولوية

١٠- هناك مجموعة مختلفة تماما من الأسئلة التي تُطرح في حالة النزاعات بشأن الأولوية، لأن مثل هذه النزاعات تفرض بالضرورة تطبيق مجموعة من القواعد على حقين مختلفين (أو

أكثر) من الحقوق المنشأة في أوقات مختلفة. ولا يمكن للنظام القانوني أن ينص ببساطة على أن قاعدة الأولوية التي كانت سارية عند إنشاء الحق تحكم الأولوية بالنسبة لذلك الحق لأن قاعدة كهذه لن توفر ردا متماسكا عندما يكون أحد الحقين الجاري مقارنتهما قد أنشئ بمقتضى النظام السابق والآخر أنشئ بموجب النظام الجديد. بل يجب أن تكون هناك قواعد تعالج كلا من الحالات التالية: '١' عندما يُنشأ الحقان معا بعد تاريخ نفاذ التشريع الجديد، و'٢' عندما يُنشأ الحقان معا قبل تاريخ النفاذ، و'٣' عندما يُنشأ حق قبل تاريخ النفاذ ويُنشأ الحق الآخر بعد تاريخ النفاذ.

١١- والحالة الأسهل بالطبع هي النزاع المتعلق بالأولوية فيما بين طرفين كان حقاهما قد أنشئا بعد تاريخ نفاذ التشريع الجديد. وفي تلك الحالة، يكون من البديهي أن تطبّق قواعد الأولوية الواردة في التشريع الجديد لحل ذلك النزاع.

١٢- وعلى نقيض ذلك، إذا كان كلا الحقين المتنازعين قد أنشئا قبل تاريخ نفاذ التشريع الجديد (وبالتالي، تكون الأولوية النسبية بين الحقين المتنازعين في الموجودات المرهونة قد نشأت قبل تاريخ نفاذ القواعد الجديدة) وإضافة إلى ذلك، إذا لم يطرأ شيء (ما عدا حلول تاريخ النفاذ) يغيّر تلك الأولوية النسبية، فإن توخي استقرار العلاقات يشير إلى أن الأولوية التي نشأت قبل تاريخ النفاذ ينبغي أن تظل دون تغيير. بيد أنه إذا طرأ بعد تاريخ النفاذ شيء يؤثر على الأولوية حتى في ظل النظام القانوني السابق (مثل حق ضماني يصبح نافذ المفعول تجاه أطراف ثالثة أو لم يعد نافذ المفعول تجاه أطراف ثالثة)، تضاءلت أسباب مواصلة استخدام القواعد القديمة لكي تحكم نزاعا تغير بفعل وقع بعد تاريخ النفاذ. ومن ثم، تتوفر حجة أقوى بكثير لتطبيق القواعد الجديدة على حالة من هذا القبيل.

١٣- وأصعب الحالات الانتقالية هي تلك التي تنطوي على نزاع بشأن الأولوية بين طرف أنشئ حقه قبل تاريخ النفاذ وطرف آخر أنشئ حقه بعد تاريخ النفاذ. وفي مثل هذه الحالة، في حين أن من المفضّل أن تسود القواعد الجديدة في نهاية الأمر، فإن من المناسب النص على قاعدة انتقالية تحمي وضع الدائن الذي اكتسب حقه بمقتضى النظام القديم، بينما يتخذ هذا الدائن ما يلزم من خطوات لإبقاء الحماية بمقتضى النظام الجديد. فإذا اتُّخذت تلك الخطوات في المهلة المحدّدة، ينبغي أن يمنح التشريع الجديد ذلك الدائن نفس القدر من الأولوية الذي كان سيتمتع به لو أن القواعد الجديدة كانت نافذة المفعول وقت المعاملة الأصلية وأن تلك الخطوات كانت قد اتخذت في ذلك الوقت.

هـ- النزاعات أمام محكمة أو هيئة تحكيم

١٤- عندما يعرض نزاع أمام القضاء (أو نظام مماثل لحل النزاعات، كالتحكيم) في تاريخ النفاذ، تكون حقوق الطرفين قد تبلورت بما فيه الكفاية لدرجة أن نفاذ مفعول النظام القانوني الجديد لن يغير نتيجة ذلك النزاع. ولهذا، لا ينبغي حل مثل هذا النزاع بتطبيق النظام القانوني الجديد.

باء- التوصيات (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5)

الغرض

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

تاريخ النفاذ

١٥٥- ينبغي أن يحدّد القانون، بعد اشتراعه، تاريخا (أو آلية يمكن بواسطتها تحديد تاريخ) يبدأ فيه نفاذه ("تاريخ النفاذ"). ولدى تحديد تاريخ النفاذ، ينبغي للدولة أن تأخذ في الاعتبار ما يلي:

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

(ب) الترتيبات الرقابية والمؤسسية والتعليمية اللازمة وغيرها من الترتيبات أو التحسينات في البنى التحتية التي يتعيّن على الدولة إجراؤها؛

(ج) وضعية القانون القائم سابقا والبنى التحتية الأخرى؛

(د) مواءمة القانون مع التشريعات الأخرى؛

(هـ) محتوى القواعد الدستورية فيما يتعلق بالمعاملات السابقة لتاريخ النفاذ؛

(و) الممارسة المعتادة أو المناسبة لبدء نفاذ التشريع (مثلا في اليوم الأول من الشهر)؛

(ز) ضرورة إعطاء الأشخاص المتأثرين بالقانون وقتا كافيا للاستعداد له.

الفترة الانتقالية

١٥٦- ينبغي أن ينص القانون على فترة زمنية بعد تاريخ النفاذ ("الفترة الانتقالية")، تظل أثناءها الحقوق الضمانية التي أنشئت وكانت نافذة المفعول تجاه أطراف ثالثة بمقتضى النظام القانوني السابق، قائمة ونافذة المفعول تجاه الأطراف الثالثة ويجوز أثناءها للدائن المضمون أن يتخذ ما يلزم من خطوات لضمان إنشاء الحق الضماني وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى القانون الجديد. وإذا اتخذت تلك الخطوات أثناء الفترة الانتقالية (أو أي فترة أطول تنص عليها التوصية ١٥٨)، ينبغي أن ينص القانون على استمرار وجود الحق الضماني ونفاذه تجاه تلك الأطراف.

١٥٧- وإذا أنشئ الحق الضماني بمقتضى قانون الدولة (أو الدول) التي يحكم قانونها إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه أطراف ثالثة بمقتضى قواعد تنازع القوانين للنظام القانوني السابق، ولكن لم يتم إنفاذه تجاه أطراف ثالثة، ينبغي أن ينص القانون على استمرار وجود الحق الضماني أثناء الفترة الانتقالية وإذا اتخذ الدائن المضمون ما يلزم من خطوات لضمان إنشاء الحق الضماني بمقتضى القانون الجديد، فينبغي أن ينص القانون على استمرار وجود الحق الضماني.

١٥٨- وإذا أنشئ الحق الضماني بموجب قانون الدولة (أو الدول) التي يحكم قانونها إنشاء حق ضماني ونفاذه تجاه أطراف ثالثة بمقتضى قواعد تنازع القوانين للنظام القانوني السابق، وأصبح نافذا تجاه أطراف ثالثة من خلال تسجيل إشعار بالحق الضماني، ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة حتى '١' تاريخ انتهاء نفاذ التسجيل بمقتضى قانون تلك الدولة و'٢' كذا سنة بعد تاريخ النفاذ، أيهما أسبق.

الأولوية

١٥٩- رهنا بأحكام التوصيتين ١٦٠ و١٦١، ينبغي أن ينص القانون على أن أولوية حق ضماني تجاه مطالب منازع تخضع لأحكام القانون الجديد.

١٦٠- وينبغي أن ينص القانون على أنه إذا أنشئ حق ضماني وحق مطالب منازع (أو إذا نشأ الحق، في حالة المطالب المنازع، بطريقة أخرى) قبل تاريخ النفاذ ومنذ ذلك التاريخ لم يتغير وضع أي منهما، تحدّد أولوية الحق الضماني في مقابل حق المطالب المنازع استنادا إلى القانون الذي كان ساريا قبل تاريخ النفاذ مباشرة في الدولة التي يحكم قانونها الأولوية بمقتضى قواعد تنازع القوانين للنظام القانوني السابق. ويتغير وضع الحق الضماني إذا

'١' كان نافذا، من خلال تطبيق القواعد الواردة في التوصيات ١٥٦-١٥٨، تجاه أطراف ثالثة في تاريخ النفاذ و لم يعد نافذا بعد ذلك تجاه أطراف ثالثة أو '٢' لم يكن نافذا تجاه أطراف ثالثة في تاريخ النفاذ وأصبح فيما بعد نافذا تجاه أطراف ثالثة.

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

١٦٢- وينبغي أن يكفل القانون ألا يستتبع الانتقال أي تكلفة غير التكلفة الاسمية للتسجيل.