

Distr.: General
24 September 2007
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الأربعون المستأنفة
فيينا، ١٠-١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٧

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

مذكّرة من الأمانة

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٣٠-١ الفترة الانتقالية.....
٢	٣٠-١ ملاحظات عامة.....
٢	٣-١ الحاجة إلى أحكام انتقالية.....
٣	١٠-٤ تاريخ نفاذ التشريع الجديد.....
٥	٣٠-١١ المسائل التي ستعالجها الأحكام الانتقالية.....
٥	١٢-١١ مسائل عامة.....
٦	١٣ (ب) التنازع أمام المحاكم أو هيئات التحكيم.....
٦	١٦-١٤ (ج) نفاذ الحقوق السابقة لتاريخ نفاذ التشريع فيما بين الأطراف.....
٧	١٩-١٧ (د) نفاذ الحقوق السابقة لتاريخ نفاذ التشريع تجاه الأطراف الثالثة.....
٨	٢٣-٢٠ (هـ) تنازع الأولوية.....
١٠	٣٠-٢٤ (و) الإنفاذ.....
١٢	 باء- التوصيات.....



ثالث عشر - الفترة الانتقالية

ألف - ملاحظات عامة

١ - الحاجة إلى أحكام انتقالية

١ - تناول الفصل السابق "تنازع القوانين" أي مجموعة القواعد التي تحدّد القواعد الموضوعية التي تنطبق في الواقع في الحالات التي يتضمن فيها نظامان قانونيان أو أكثر قواعد موضوعية يمكن أن تسري على معاملة معيّنة. وكثيرا ما توصف قواعد تنازع القوانين هذه على أنها قواعد تحكم تنازع القوانين في "المكان" تمييزا لها عن نوع مختلف من قواعد تنازع القوانين (أي تلك التي تحكم تنازع القوانين في "الزمان"). وتثير جميع الإجراءات التشريعية مسائل تتعلق بتنازع القوانين في الزمان. ومن ثم توجد لدى معظم الدول مبادئ راسخة تحدّد أثر قانون جديد عندما يدخل حيز النفاذ على القانون السابق غير المتسق معه ونطاق انطباقه على العلاقات القانونية القائمة. غير أنه عندما يُرتأى إجراء إصلاح كبير على القانون القائم، فعادة ما تدرج الدول في القانون موضوع الإصلاح قواعد محدّدة تحكم تنازع القوانين في الزمان وهي تنشأ في سياق بدء نفاذ القانون الجديد. وتسمى هذه القواعد عادة "أحكاما انتقالية". وبالنظر إلى نطاق الفصول السابقة، يوصي الدليل بأن تعتمد الدول مجموعة من الأحكام الانتقالية مُصمّمة خصيصا لتلائم القانون الجديد الذي يمكن أن تُسنّه.

٢ - وربما تختلف القواعد المتجسّدة في التشريع الجديد المتعلق بالمعاملات المضمونة والتي تعكس التوصيات الواردة في الدليل اختلافا كبيرا عن القواعد الموجودة في قانون المعاملات المضمونة السابق لتاريخ التشريع. وسيكون لتلك الاختلافات أثر واضح على أي اتفاقات يبرمها المانحون والدائنون المضمونون بعد سن التشريع الجديد. غير أن كثيرا من المعاملات التي تُبرم بموجب القانون السابق ستكون مستمرة بعد بدء نفاذ القانون الجديد. وفي ضوء الاختلافات بين النظامين القانونيين القديم والجديد، واستمرار وجود معاملات وحقوق ضمانية أنشئت بموجب النظام القديم، من المهم، لكي ينجح القانون الجديد، أن يتضمن قواعد عادلة وفعّالة تحكم الانتقال من القانون القديم إلى القانون الجديد. وثمة حاجة مماثلة إلى قواعد انتقالية عندما يكون قانون دولة مختلفة (أي مختلفة عن الدولة التي يحكم قانونها تلك المسألة) بموجب قواعد تنازع القوانين في النظام الجديد)، بموجب قواعد تنازع القوانين في النظام القديم، هو الذي يحكم إنشاء حق ضماني أو نفاذه تجاه أطراف ثالثة أو أولوياته.

٣ - ويجب معالجة مسألتين تتعلقان بالانتقال من النظام القديم إلى النظام الجديد. أما الأولى، فهي أن التشريع الجديد ينبغي أن ينص على التاريخ الذي يدخل فيه (أو التواريخ التي

تدخل فيها مختلف أجزائه) حيز النفاذ ("تاريخ النفاذ"، انظر التوصية ٢٢٣)، حسبما يرد في الباب ألف-٢. وأما الثانية، فهي أن التشريع الجديد، حسبما يرد في الباب ألف-٣، ينبغي أيضا أن يبيّن المدى الذي يسري فيه القانون الجديد، بعد تاريخ النفاذ، على المعاملات أو الحقوق الضمانية التي كانت موجودة قبل تاريخ النفاذ.

٢- تاريخ نفاذ التشريع الجديد

٤- ينبغي مراعاة عدد من العوامل في تحديد تاريخ نفاذ التشريع. فالتحقيق الفوري للمزايا الاقتصادية التي ينطوي عليها التشريع الجديد سبب يحدو بالدول إلى وضع القانون الجديد موضع النفاذ بأسرع ما يمكن بعد سنّه. غير أن هذه المزايا يجب أن تتوازن مع ضرورة تفادي إحداث عدم استقرار أو زعزعة في الأسواق التي سوف يحكمها التشريع الجديد، ومنح الأطراف المشاركة في السوق الوقت الكافي للتخصّير لإجراء معاملات في إطار التشريع الجديد قد تختلف اختلافا كبيرا عن المعاملات في إطار القانون السابق. ومن ثم، وتبعاً لمدى طرح التشريع الجديد على بساط المناقشة العامة (بما في ذلك وجود برامج تفقيسية هامة للقضاة والمحامين والمشاركين في السوق)، فقد تُقرّر دولة ما أن يبدأ تاريخ نفاذ التشريع الجديد بعد فترة معيّنة من سنّه لكي تتمكن هذه الأسواق والأطراف المشاركة فيها من تكييف سلوكها تحضيرا للقواعد الجديد.

٥- ويمكن للدول، وهي تحدّد تاريخ النفاذ، أن تراعي عوامل شتى منها 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، إن وُجدت؛ والممارسة الموحدة أو المناسبة لبدء نفاذ التشريع (مثلا في اليوم الأول من الشهر).

٦- وتعتمد الدول عموما إحدى طرق ثلاث لبدء نفاذ التشريع في تاريخ لاحق لسنّه. فأولا، يُنص على أن يبدأ نفاذ القانون في تاريخ مقبل يُحدّد بمقتضى "مرسوم" أو "إعلان رسمي". وفي حالات أخرى، يحدّد القانون نفسه ذلك التاريخ اللاحق. فمثلا، إذا سُنّ قانون في ١٧ كانون الثاني/يناير من سنة معيّنة، يمكن أن ينص ذلك القانون ببساطة على بدء نفاذه في ١ أيلول/سبتمبر من السنة ذاتها. وفي حالات أخرى أيضا، يتضمن التشريع صيغة محدّدة تقرر تاريخ نفاذه. فمثلا قد ينص القانون على أن يكون تاريخ نفاذه هو اليوم الأول من

الشهر التقويمي الذي يلي انقضاء ستة أشهر من تاريخ سنّه. ويمكن أن تشير صيغة ثانية إلى اليوم الأول من كانون الثاني/يناير أو تموز/يوليه، أيهما كان أسبق، بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ سن القانون. وتقضي صيغة ثالثة بضرورة تأجيل تاريخ النفاذ لإتاحة الوقت لإنشاء البنية التحتية التقنية (مثل استحداث سجل محوسب). وفي هذه الحالات، غالباً ما تستعمل الدول "مرسوماً" يكون بمقتضاه تاريخ بدء العمل بالسجل هو نقطة بداية التأجيل لمدة ستة أشهر أو لفترة أطول. ويوصي الدليل الدول إما بأن تحدّد تاريخ النفاذ أو تبين صيغة لتحديد تاريخ النفاذ في القانون نفسه (التوصية ٢٢٣).

٧- وحيث إن الديون التي تضمّنها حقوق في موجودات مانح الضمان غالباً 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 تسدّد بعد. ولهذا يجب أن تنظر الدول أيضاً في مدى انطباق التشريع الجديد على المسائل التي تنشأ بعد تاريخ النفاذ عندما تتعلق هذه المسائل بمعاملات أبرمت قبل تاريخ النفاذ.

٨- ومن النهج المتاحة أمام التشريع الجديد أن يقتصر انطباقه على ما يقع بعد نفاذه، ومن ثم لا يحكم أي جوانب من أي معاملات أبرمت قبل تاريخ النفاذ. وهو حلّ ربما يكون مغرباً بعض الشيء، وخصوصاً فيما يتعلق بالمسائل التي تنشأ بين مانح الضمان والدائن المضمون، ولكن هذا النهج سوف يخلق مشاكل كبيرة، ولا سيما فيما يتعلق بمسائل الأولوية. وفي مقدّمة تلك المشاكل ضرورة حلّ المنازعة على الأولوية بين دائن مضمون حصل على حقه الضماني قبل تاريخ النفاذ ودائن مضمون منازع حصل على حقه الضماني في نفس الموجودات المضمونة بعد تاريخ النفاذ. وبما أن الأولوية مفهوم يقوم على المقارنة، وأن نفس قواعد الأولوية يجب أن تحكم الحقين الضمانيين اللذين تجري مقارنتهما، فليس من الممكن أن تحكم القواعد القديمة أولوية حق الدائن الضماني المنشأ قبل تاريخ النفاذ وأن تحكم القواعد الجديدة أولوية حق الدائن الضماني المنشأ بعد تاريخ النفاذ. وبالطبع، ليس من السهل تحديد ما سينطبق من قواعد الأولوية على هذا النوع من تنازع الأولوية. ومن شأن تطبيق القواعد القديمة على هذا النوع من تنازع الأولوية أن يؤجل بصورة جوهرية نفاذ بعض أهم جوانب التشريع الجديد، مما قد يؤدي إلى تأجيل تحقق مزايا اقتصادية هامة للتشريع الجديد لفترة طويلة. وقد يمس التأجيل بجميع المعاملات الجديدة حتى وإن لم يكن لازماً إلا لبعض المعاملات القديمة. ثم إن التأجيل من شأنه أن يمنع الأطراف التي أبرمت اتفاقات ضمانية تشمل موجودات مقبلة من الاستفادة من مزايا القانون الجديد فيما يتعلق بالموجودات المكتسبة بعد تاريخ نفاذه. ومن جهة أخرى، فإن تطبيق القواعد الجديدة على نزاعات

الأولوية هذه قد يكون فيه إجحاف جائر بحق الأطراف التي تعتمد على القانون القديم (ولا سيما الأطراف التي تعتمد على القانون القديم دون علم بإمكانية تغيير القانون)، وقد يوفّر أيضا حافزا لهذه الأطراف كي تعترض على التشريع الجديد أو تدعو إلى تأجيل تاريخ النفاذ بدون مبرر.

٩- وفي المقابل، يمكن تعزيز 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 الفعّال إلى النظام الجديد دون حسران صفة الأولوية السابقة لتاريخ النفاذ. ومن شأن اتباع هذا النهج أن يؤدي إلى تفادي المشاكل المبيّنة أعلاه، وأن يؤدي خلافا لذلك إلى تحقيق توازن منصف وفعّال بين مصالح الأطراف الممتثلة للقانون القديم والأطراف الممتثلة للقانون الجديد.

١٠- ومراعاة لهذه الاعتبارات، يوصي الدليل باتباع النهج الثاني من هذين النهجين العامين: (أ) التطبيق الفوري للقانون الجديد على جميع المعاملات الناشئة بعد تاريخ نفاذه؛ و(ب) عدم تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي على المعاملات المبرمة قبل تاريخ نفاذه؛ و(ج) تطبيق القانون الجديد على المسائل والإجراءات (مثلا، النزاعات على الأولوية وآليات الإنفاذ) الناشئة بعد تاريخ نفاذه؛ و(د) اعتماد أحكام انتقالية لحماية الحقوق التي اكتسبتها الأطراف بمقتضى المعاملات المبرمة قبل تاريخ النفاذ (الجملة الثانية من التوصية ٢٢٣).

٣- المسائل التي ستعالجها الأحكام الانتقالية

(أ) مسائل عامة

١١- سيظل العديد من الحقوق الضمانية التي تُنشأ قبل تاريخ نفاذ القانون الجديد قائمة بعد تاريخ النفاذ، وقد تتنازع مع الحقوق الضمانية التي تُنشأ بمقتضى القانون الجديد. ولذا فهناك حاجة إلى وجود أحكام انتقالية واضحة لتحديد مدى انطباق قواعد التشريع الجديد على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل. وينبغي لتلك الأحكام الانتقالية أن تعالج على نحو ملائم كلا من التوقعات الثابتة لدى الأطراف، من جهة، والحاجة إلى اليقين وإلى إمكانية التنبؤ في المعاملات المقبلة، من جهة أخرى. ويجب أن تعالج الأحكام الانتقالية مدى انطباق القواعد الجديدة، بعد تاريخ النفاذ، فيما بين الطرفين في معاملة أنشأت حقا ضمانيا قبل تاريخ النفاذ. ويجب أن تعالج أيضا مدى انطباق القواعد الجديدة، بعد تاريخ النفاذ، لتسوية

النزاعات على الأولوية بين حائز حق ضماني ومطالب منازع عندما يُنشأ الحق الضماني أو ينشأ حق المطالب المنازع، قبل تاريخ النفاذ.

١٢- ومن الممكن ألا تكون هناك قاعدة أو صيغة وحيدة تحكم جميع الحالات لأنه حتى لو طبقت جميع الدول الدليل على منوال واحد، فإن كل دولة ستكون في حالة انتقال من نظام مختلف كان قائماً قبل ذلك. وعلاوة على ذلك، سيكون لخصوصيات النظام السابق أثر على القرارات المتخذة بشأن الانتقال، مثل مدى سهولة تحديد خضوع الموجودات لحق ضماني في إطار النظام القديم، أو طول المدة التي تستمر فيها المعاملات "دون أن يمسها تغيير" (مثلاً، مدى عدم الحاجة، بموجب النظام القديم، إلى إجراء تجديد أو إجراء آخر للحفاظ على استمرار النفاذ تجاه الأطراف الثالثة). وتستعرض المناقشة الواردة أدناه المسائل الأساسية التي يجب أن تعالجها الدول لدى إعداد مجموعة من الأحكام الانتقالية.

(ب) النزاع أمام المحاكم أو هيئات التحكيم

١٣- عندما يكون النزاع قد وصل إلى مرحلة التقاضي في تاريخ النفاذ، تكون حقوق الطرفين قد تبلورت بما يكفي لكي لا يؤدي بدء نفاذ النظام القانوني الجديد إلى تغيير نتيجة ذلك النزاع. وينبغي أن ينطبق المبدأ ذاته عندما تُعرض المنازعة أمام نظام مماثل لتسوية المنازعات، كالتحكيم، رغم أنه لا ينبغي أن ينطبق عندما تلجأ الأطراف إلى نظام مثل التوفيق (لأن الطابع غير الملزم لنتيجة الإجراءات يشير إلى أن حقوق الأطراف لم تتبلور بما فيه الكفاية). ولهذا، لا ينبغي تسوية مثل هذا النزاع بتطبيق النظام القانوني الجديد (انظر التوصية ٢٢٤). وعلاوة على ذلك، لا ينبغي على وجه العموم، في سياق إجراءات الإنفاذ الجارية، أن يتمكن طرفا النزاع من الاستفادة من الآليات أو الحقوق المتاحة في القانون الجديد. وربما يشمل التقاضي مسائل أخرى غير الإنفاذ. وفي هذه الحالات، لا ينبغي أن يمنع التقاضي الجاري بشأن جانب واحد من معاملة مضمونة من تطبيق القانون الجديد على جوانب أخرى غير مشمولة بالتقاضي من جوانب المعاملة. كما لا ينبغي أن يمنع الأطراف من مباشرة التقاضي بشأن أي مسائل من هذا القبيل في إطار القانون الجديد.

(ج) نفاذ الحقوق السابقة لتاريخ نفاذ التشريع فيما بين الأطراف

١٤- عندما يكون حق ضماني قد أنشئ قبل تاريخ نفاذ التشريع الجديد، يُطرح سؤالان بشأن نفاذ ذلك الحق بين مانح الضمان والدائن. والسؤال الأول هو ما إذا كان الحق الضماني الذي أنشئ بالفعل بمقتضى القانون القديم، ولكنه لا يستوفي شروط الإنشاء بمقتضى

القانون الجديد، سيصبح غير نافذ في تاريخ نفاذ القانون الجديد. أما السؤال الثاني فهو ما إذا كان الحق الضماني الذي لم يُنشأ فعلاً بمقتضى القانون القديم ولكنه يستوفي جميع شروط إنشاء حق ضماني بموجب القانون الجديد، سيصبح نافذاً في تاريخ نفاذ القانون الجديد.

١٥- وفيما يتعلق بالسؤال الأول، يمكن أيضاً أن تختلف النهج المتاحة. فيمكن، على سبيل المثال، تحديد فترة انتقالية يظل الحق الضماني أثناءها نافذاً بين الطرفين، ليتسنى للدائن اتخاذ الخطوات الضرورية أثناء الفترة الانتقالية لإنشاء الحق بمقتضى القانون الجديد. وعند انقضاء الفترة الانتقالية، يصبح الحق غير نافذ بمقتضى القانون الجديد إذا لم تُتخذ تلك الخطوات. ومن جهة أخرى، ثمة نهج أبسط (والنهج الذي اعتمده الدليل) وهو النص على أن الحق الضماني، إذا أنشئ (أي كان نافذاً بين الطرفين) قبل تاريخ نفاذ القانون الجديد، فإنه يظل نافذاً بين الطرفين بعد بدء نفاذ القانون الجديد (انظر التوصية ٢٢٥).

١٦- وفيما يتعلق بالسؤال الثاني، ينبغي النظر في جعل الحق نافذاً في تاريخ نفاذ القانون الجديد، لأنه يُفترض أن يكون الطرفان قد قصداً نفاذ الحق بينهما عندما أبرما اتفاقهما. غير أن بعض الدول تعالج هذه المسألة باشتراط تأكيد مانح الضمان أنه يقصد أن يصبح الحق غير النافذ من قبل نفاذ القانون الجديد. غير أنه يصعب تنفيذ هذا الشرط لأنه يفترض على نحو غير معقول أن أحد الطرفين على الأقل كان على علم بوجود العيب ولم يفعل أي شيء لإصلاحه في إطار القانون القديم، لكنه يرغب الآن في نفاذ الحق الضماني. والحالة الأرجح هي اكتشاف العيب بعد بدء نفاذ القانون الجديد، وفي هذه الحالة يكون من المبرر وجود قاعدة تنص على النفاذ التلقائي حالما يدخل القانون الجديد حيز النفاذ. وهذا هو الموقف الموصى به ضمناً في الدليل (الجملة الثانية من التوصية ٢٢٣).

(د) نفاذ الحقوق السابقة لتاريخ نفاذ التشريع تجاه الأطراف الثالثة

١٧- يثير نفاذ حق أنشئ قبل تاريخ نفاذ القانون الجديد تجاه الأطراف الثالثة مسائل مختلفة. وحيث إن التشريع الجديد سوف يجسد السياسة العامة فيما يتعلق بالخطوات السليمة المطلوب اتخاذها لنفاذ الحق تجاه الأطراف الثالثة، فمن الأفضل أن تنطبق القواعد الجديدة إلى أبعد مدى ممكن. بيد أنه قد لا يكون من المعقول توقع قيام دائن كان حقه نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى النظام القانوني السابق للدولة المشترعة (أو بمقتضى قانون الدولة التي ينطبق قانونها على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في إطار قواعد تنازع القوانين في النظام القديم) بالامتثال على الفور لأي شروط إضافية يقتضيها القانون الجديد. وقد يكون هذا الامتثال

المتوقَّع شديد الوطأة بوجه خاص على المؤسسات الدائنة التي سيُطلب منها الامتثال للشروط الإضافية للقانون الجديد بخصوص عدد كبير من المعاملات المبرمة قبل تاريخ النفاذ.

١٨- ومن النهوج المفضَّلة أن الحق الضمائي الذي كان نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى النظام القانوني السابق، لكنه لا يكون نافذاً بمقتضى القواعد الجديدة، يستمر نفاذه لفترة زمنية معقولة (على النحو المنصوص عليه في الأحكام الانتقالية من القانون الجديد) وذلك لإتاحة الوقت للدائن لكي يفي بشروط القانون الجديد. وعند انقضاء الفترة الانتقالية، يصبح الحق غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة ما لم يكن قد أصبح نافذاً تجاهها بمقتضى القانون الجديد (انظر التوصية ٢٢٦). ولدى تحديد طول المدة التي يُسمح خلالها بنفاذ حقوق الدائنين القائمة تجاه الأطراف الثالثة، ينبغي للدول أن تنظر في عدد من المسائل العملية. فمثلاً عندما يكون هناك بالفعل نظام لتسجيل الحقوق الضمانية، يمكن توشي فترة أطول لأن الأطراف الثالثة ستظل تملك وسيلة لتحديد ما إذا كان حق ضمائي يرهن موجودات معينة. وفي مقابل ذلك، عندما لا يكون هناك نظام لتسجيل الحقوق الضمانية، يمكن النظر في تحديد فترة أقصر (على الأقل بالنسبة للحقوق التي لا يشترط توجيه إشعار لتسجيلها بمقتضى القانون القديم)، لأن الأطراف الثالثة لن تتوافر لديها وسيلة سهلة لتقرير ما إذا كان حق ضمائي ما يرهن موجودات مانح محتمل.

١٩- وإذا لم يكن الحق نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى النظام القانوني السابق، وأصبح مع ذلك نافذاً تجاهها بمقتضى القواعد الجديدة، فينبغي أن يتحقق نفاذه تجاه الأطراف الثالثة على الفور في تاريخ نفاذ القواعد الجديدة. ومن المفترض، مرة أخرى، أن الطرفين قصدا النفاذ فيما بينهما وأن الأطراف الثالثة تتمتع بالحماية الكاملة المنصوص عليها في القواعد الجديدة. وهذا هو الموقف الموصى به ضمناً في الدليل (الجملة الثانية من التوصية ٢٢٣).

(هـ) تنازع الأولوية

٢٠- وتثار مجموعة مختلفة تماماً من الأسئلة في حالة تنازع الأولوية، لأن هذا التنازع يقتضي بالضرورة تطبيق مجموعة من القواعد على حقين مختلفين (أو أكثر) من الحقوق المنشأة في أوقات متباينة. ولا يمكن للنظام القانوني أن يكتفي بالنص على أن قاعدة الأولوية التي كانت سارية عند إنشاء حق ضمائي تحكم الأولوية بالنسبة إلى ذلك الحق لأن قاعدة كهذه لن توفر حلاً متماسكاً للنزاع عندما تجري المقارنة بين حق أنشئ بمقتضى النظام السابق وآخر أنشئ بموجب النظام الجديد. ويجب بالأحرى وضع قواعد تعالج كل حالة من الحالات التالية: (أ) عندما يُنشأ الحقان معاً بعد تاريخ نفاذ التشريع الجديد؛ و(ب) عندما

يُنشأ الحقان معا قبل تاريخ النفاذ؛ و(ج) عندما يُنشأ حق قبل تاريخ النفاذ ويُنشأ الحق الآخر بعد تاريخ النفاذ.

٢١- وأسهل حالة هي النزاع على الأولوية فيما بين مطالبين متنازعين أنشئت حقوقهما بعد تاريخ نفاذ التشريع الجديد. ومن البديهي في تلك الحالة، أن تطبق قواعد الأولوية الواردة في التشريع الجديد لحل ذلك النزاع.

٢٢- وأما إذا كان كلا الحقيين المتنازعين قد أنشئتا، على نقيض ذلك، قبل تاريخ نفاذ التشريع الجديد وأُرسيت الأولوية النسبية بين الحقيين المتنازعين في الموجودات المرهونة قبل تاريخ نفاذ القواعد الجديدة، ولم يطرأ، إضافة إلى ذلك، شيء (ما عدا حلول تاريخ النفاذ) يغيّر تلك الأولوية النسبية، فينبغي، توجّها لاستقرار العلاقات، ألاّ تتغير الأولوية التي أُرسيت قبل تاريخ النفاذ لمجرد بدء نفاذ القانون الجديد. بيد أنه إذا طرأ بعد تاريخ النفاذ شيء كان من شأنه أن يؤثر على الأولوية في ظل النظام القانوني السابق (مثل حق ضماني يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة أو لم يعد نافذا تجاه الأطراف الثالثة)، تضاءلت أسباب مواصلة استعمال القانون السابق لكي يحكم نزاعا تغيّر بسبب فعل أو حدث وقع بعد تاريخ النفاذ. وهناك حجّة أقوى بكثير لتطبيق القانون الجديد على حالة من هذا القبيل. وبعبارة أخرى، تظل حقوق الطرفين القائمة كما هي عند دخول القانون الجديد حيز النفاذ مشمولة بالحماية، غير أنه لا ينبغي إعفاء الطرفين من الالتزام بالتأكد من أنهما يتجنبان التصرف (أو عدم التصرف) على نحو لا تعود معه حقوقهما القائمة محفوظة. بموجب القانون الجديد (انظر التوصيات ٢٢٧ إلى ٢٢٩).

٢٣- وأصعب الحالات الانتقالية هي النزاع على الأولوية بين حق أنشئ قبل تاريخ النفاذ وحق آخر أنشئ بعد تاريخ النفاذ. وفي حين يُفضّل أن تسود القواعد الجديدة في نهاية الأمر (عاجلا لا آجلا)، فإن من المناسب في هذه الحالة النص على قاعدة انتقالية تحمي وضع الدائن الذي اكتسب حقه بمقتضى النظام القديم، شريطة أن يتخذ هذا الدائن ما يلزم من خطوات لإبقاء الحماية بمقتضى النظام الجديد. فإذا أُتخذت تلك الخطوات في المهلة المحددة في القاعدة الانتقالية، فينبغي أن يمنح التشريع الجديد لذلك الدائن نفس القدر من الأولوية الذي كان سيتمتع به لو أن القواعد الجديدة كانت نافذة وقت المعاملة الأصلية وأن تلك الخطوات كانت قد اتخذت في الوقت المناسب في ظل القانون القديم (انظر التوصية ٢٢٧).

(و) الإنفاذ

٢٤- يمكن أن يكون النزاع موضع تقاض (أو معروضا أمام نظام بديل لتسوية النزاعات، كالتحكيم) في تاريخ بدء نفاذ القانون الجديد. وقد سبقت الإشارة إلى أن حقوق الطرفين، في هذه الحالات، قد تبلورت بما يكفي لكي لا يؤدي نفاذ النظام القانوني الجديد إلى تغيير نتيجة ذلك النزاع (انظر التوصية ٢٢٤). ولا ينبغي على وجه العموم أن يتمكن طرفا النزاع من الاستفادة من الآليات أو الحقوق المتاحة في القانون الجديد. فمثلا إذا كان الإنفاذ غير القضائي محظورا بموجب القانون السابق، لكنه مأذون به بموجب القانون الجديد، فلا ينبغي أن يتمكن الطرفان المنفذان من تحويل إجراء الإنفاذ القضائي إلى إجراء إنفاذ غير قضائي. وبالمثل، لا ينبغي عادة أن يسمح للطرفين، في سياق إجراءات الإنفاذ الجارية، من الاحتجاج بالدفع أو الحقوق الأخرى التي لم ترد إلا في القانون الجديد. غير أن نطاق هذا المبدأ يحتمل التفسير. فهناك رأي مفاده أن الدائن متى بدأ الإنفاذ بموجب القانون السابق فينبغي أن يعتبر أنه قد اختار الإنفاذ بمقتضى ذلك القانون، ولا يمكن له بعد ذلك أن يسعى إلى الاستفادة من سبل الانتصاف المتاحة بموجب القانون الجديد. ويذهب رأي آخر إلى أن هذا المبدأ إنما يعني أنه لا يمكن إرغام الدائن على تحويل إجراءات بدأت بموجب القانون السابق إلى إجراءات بموجب القانون الجديد. بل يجوز أن يمضي في الإنفاذ كما لو أن القانون الجديد لم يدخل بعد حيز النفاذ. غير أنه إن كان لا بد أن يتخلى الدائن المنفذ عن إجراءات الإنفاذ القضائية أو التحكيمية الجارية فلا شيء، حسب هذا الرأي، يمنع ذلك الدائن من مباشرة إجراءات إنفاذ أخرى (بما في ذلك إجراءات الإنفاذ غير القضائية). بموجب القانون الجديد. ولا يقدم الدليل توصية بشأن أي النهجين ينبغي أن تعتمد الدول فيما يتعلق بإجراءات الإنفاذ الجارية.

٢٥- غير أن الغالبية العظمى من النزاعات المتعلقة بالمعاملات المبرمة قبل بدء سريان القانون الجديد تنشأ بعد أن يصبح القانون الجديد نافذا. ويمكن أن تنشأ هنا حالتان. فمن جهة، قد يحق للدائنين المضمونين اللجوء إلى سبل انتصاف معينة ويسمح للمانحين بالتمسك بدفع معين لم يعد مسموحا بها في ظل القانون الجديد. ومن جهة أخرى، قد يسمح القانون الجديد للدائنين بالاستفادة من سبل انتصاف جديدة ويسمح للمدينين بالاحتجاج بدفع جديدة لم يكن مسموحا بها من قبل.

٢٦- وعندما يبطل القانون الجديد سبل انتصاف معينة، أو يُخضعها لإجراء جديد وأكثر عتتا، هناك حجة مفادها أنه لا ينبغي أن يُجحف القانون الجديد بحق الدائنين. ففي بعض الدول، مثلا، يمكن للدائنين الحائزين، عند حدوث التقصير، أن يكتفوا بأخذ الموجود

المرهون دونما حاجة إلى توجيه إشعار للمانح أو للأطراف الثالثة. وينص الدليل، خلافاً لذلك، على أنه يتعين على الدائن توجيه إشعار بنيته قبول الموجودات على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون (انظر التوصيات ١٤١ إلى ١٤٥).

٢٧- وينطبق أساس منطقي مماثل على الحالات التي يُحرم فيها المانحون من الدفع أو الحقوق الإحرائية التي كان يمكن ممارستها بمقتضى القانون السابق. ففي بعض الدول، مثلاً، يمكن للمانحين المقصرين تعليق إجراءات الإنفاذ باستدراك الإغفال المعين الذي أدى إلى التقصير ومن ثم إعادة سريان الالتزام المضمون ووقف الإنفاذ. وينص الدليل، خلافاً لذلك، على أن للمانحين الحق في استعادة الضمان بتسديد ما تبقى من الالتزام، لكن لا يحق لهم إصلاح التقصير وإعادة سريان الالتزام (انظر التوصية ١٣٩).

٢٨- وفي كلتا الحالتين، هناك حجة مفادها أن الضرر الذي يحتمل أن يتكبده الدائن المضمون أو المانح بسبب بدء سريان القانون الجديد كاف لتبرير عدم إبطال أي حقوق ناشئة بموجب القانون السابق، حتى بالنسبة للإنفاذ الذي يبدأ بعد دخول القانون الجديد حيز النفاذ. بل ينبغي أن يتسنى لكليهما إنفاذ الاتفاق الأصلي وفقاً للقانون الساري حين إبرام ذلك الاتفاق. وهناك، في المقابل، حجة على نفس القدر من القوة مفادها أنه لما كان نظام الإنفاذ الجديد ناشئاً عن نظر الدولة بعناية في أفضل السبل لتحقيق التوازن بين حقوق جميع الأطراف، فينبغي أن يطبق على كافة سبل الإنصاف المتعلقة بالإنفاذ اللاحق لتاريخ النفاذ. وهذه الحجة مقنعة بوجه خاص عندما يؤثر الإنفاذ على حقوق الأطراف الثالثة التي أخذت حقوقاً ضمانية في الموجودات بعد نفاذ سريان القانون الجديد. وعلاوة على ذلك، وحيث إن التوازن النسبي المراد تحقيقه يتوقف على الشكل المعين لحقوق الإنفاذ للدائنين المضمونين وحقوق المانحين في كل دولة من الدول. بمقتضى القانون السابق، فإن الدليل يعتمد المبدأ العام القاضي بالتطبيق الفوري (انظر التوصية ٢٢٣).

٢٩- ومع هذا يمكن أن يؤثر قانون آخر في الدولة (مثل قانون الالتزامات العام أو المبادئ الدستورية المتعلقة بالتداخل الرجعي الأثر مع حقوق الملكية) على المدى المحدد الذي تتأثر به إجراءات الإنفاذ التي تبدأ بعد دخول القانون الجديد حيز النفاذ. بمبدأ التطبيق الفوري.

٣٠- وكما هو الحال عندما يوفر القانون الجديد للدائنين سبل انتصاف جديدة، وللمانحين حقوقاً إحرائية جديدة، فالحجة المؤيدة لتطبيق القانون الجديد على المعاملات الموجودة قبل دخوله حيز النفاذ مقنعة. وينبغي ألا يختلف موقف الدائن المضمون بموجب القانون السابق الذي اتخذ ما يلزم من خطوات لكفالة النفاذ تجاه أطراف ثالثة بمقتضى القانون الجديد عن

موقف الدائن الذي أخذ الضمان أصلاً بموجب القانون الجديد. وبالمثل، فإن أي دفع أو حقوق إجرائية جديدة متوفرة للمانحين والأطراف الثالثة بموجب القانون الجديد ينبغي أن تُتاح في سياق إجراءات الإنفاذ التي يتخذها كافة الدائنين المضمونين، بمن فيهم الدائنون الذي يُنفذون حقوقاً ناشئة بموجب معاملات قائمة قبل بدء سريان القانون الجديد. أي أن يعكس نظام الإنفاذ الجديد أفضل نظام تراه الدولة منصفاً وفعالاً لإنفاذ الحقوق الضمانية. وإذا كان مناسباً للحقوق الضمانية التي أنشئت بعد دخول القانون الجديد حيز النفاذ، فينبغي أن يسري أيضاً على ما ينفذ بعد تاريخ نفاذ القانون الجديد من حقوق ضمانية أنشئت قبل بدء نفاذه.

باء - التوصيات

[ملحوظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أنه نظراً إلى أن الوثيقة A/CN.9/637 تتضمن مجموعة موحّدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة فلم تستنسخ التوصيات هنا. وسوف تستنسخ التوصيات في نهاية كل فصل حالما توضع في صيغتها النهائية].