

Distr.: General
29 May 2007
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الأربعون
فيينا، ٢٥ حزيران/يونيه - ١٢ تموز/يوليه ٢٠٠٧

المصالح الضمانية

مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة

مذكّرة من الأمانة*

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٥	١٩-١ مقدمة
٥	١٢-١ ألف - الغرض من الدليل
٩	١٩-١٣ باء - المصطلحات وقواعد التفسير
٢٠	٣١-٢٠ أولاً - الأهداف الرئيسية لنظام فعال وناجع للمعاملات المضمونة
٢١	٢١ ألف - تعزيز الائتمان المضمون
	 باء - إتاحة استغلال كامل القيمة الكامنة في طائفة واسعة من الموجودات لدعم الائتمان
٢١	٢٢ في أوسع مجموعة ممكنة من المعاملات الائتمانية
٢١	٢٣ جيم - تمكين الأطراف من الحصول على الحقوق الضمانية ببساطة وكفاءة

* قُدِّمت هذه المذكرة بعد انقضاء ٦ أسابيع على الموعد الأقصى المحدد، وهو ١٠ أسابيع قبل بدء الاجتماع، بسبب الحاجة إلى إتمام المشاورات ووضع التعديلات التي تمخضت عنها في صيغتها النهائية.



الصفحة	الفقرات	
		دال- النص على المساواة في معاملة مختلف مصادر الائتمان ومختلف أشكال المعاملات المضمونة.....
٢١	٢٤	هـ- إقرار صحة الحقوق الضمانية غير الحيازية.....
٢٢	٢٥	واو- تعزيز قابلية التنبؤ والشفافية فيما يتعلق بالحقوق التي تؤدي أغراضا ضمانية بواسطة النص على تسجيل الإشعار في سجل عام للحقوق الضمانية.....
٢٢	٢٦	زاي- إرساء قواعد أولوية واضحة وقابلة للتنبؤ.....
٢٢	٢٧	حاء- تيسير إنفاذ حقوق الدائنين على نحو فعال وقابل للتنبؤ.....
٢٢	٢٨	طاء- الموازنة بين مصالح الأشخاص المتأثرين.....
٢٣	٢٩	ياء- الاعتراف بحرية الأطراف.....
٢٣	٣٠	كاف- مناسقة قوانين المعاملات المضمونة، بما فيها قواعد تنازع القوانين.....
٢٣	٣١	ثانيا- نطاق التطبيق والقواعد العامة الأخرى.....
٢٤	٧٧-٣٢	ألف- نطاق التطبيق.....
٢٤	٥٤-٣٢	١- الموجودات والأطراف والالتزامات والحقوق الضمانية وغيرها من الحقوق.
٢٤	٤٠-٣٣	٢- الإحالات التامة للمستحقات.....
٢٦	٤٥-٤١	٣- الطائرات والمعدات الدارحة للسكك الحديدية والأجسام الفضائية والسفن والأوراق المالية وحقوق الملكية الفكرية.....
٢٧	٥٠-٤٦	٤- الممتلكات غير المنقولة.....
٣٠	٥٢-٥١	٥- عائدات أنواع الموجودات المستبعدة.....
٣٠	٥٣	٦- الاستثناءات الأخرى.....
٣٠	٥٤	باء- القواعد العامة الأخرى.....
٣١	٥٦-٥٥	١- استقلالية الأطراف.....
٣١	٥٥	٢- المراسلات الإلكترونية.....
٣١	٥٦	جيم- أمثلة للممارسات التمويلية التي يشملها الدليل.....
٣٢	٧٧-٥٧	١- تمويل المخزون واحتياز المعدات.....
٣٢	٦٣-٥٨	٢- تمويل المخزون والمستحقات بقروض متجددة.....
٣٣	٦٦-٦٤	٣- العولة.....
٣٤	٦٩-٦٧	٤- التسديد.....
٣٥	٧٢-٧٠	٥- التمويل القرضي المحدد الأجل.....
٣٦	٧٥-٧٣	٦- إحالة سند الملكية لأغراض ضمانية.....
٣٧	٧٦	

الصفحة	الفقرات	
٣٧	٧٧	٧- معاملات البيع مع إعادة الاستئجار
٣٧		دال- التوصيات
٣٨	١٤١-٧٨	ثالثا- النهج الأساسية إزاء الضمان
٣٨	١٤١-٧٨	ألف- ملاحظات عامة
٣٨	٨١-٧٨	١- مقدمة
٣٩	١١٥-٨٢	٢- الصكوك المصممة تقليدياً من أجل الضمان
٣٩	١٠٨-٨٢	(أ) الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة
٤٨	١١٥-١٠٩	(ب) الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة
٥٠	١٣٠-١١٦	٣- استخدام حق الملكية لأغراض الضمان
٥١	١٢١-١١٧	(أ) نقل حق الملكية
٥٣	١٣٠-١٢٢	(ب) الاحتفاظ بحق الملكية
٥٦	١٤١-١٣١	٤- النهج المتكامل والوظيفي إزاء الضمان
٦٠		باء- التوصيات
٦٠	٢٤٧-١٤٢	رابعا- إنشاء حق ضماني (نفاذه بين الأطراف)
٦٠	٢٢٧-١٤٢	ألف- ملاحظات عامة
٦٠	١٤٧-١٤٢	١- مقدمة
٦٢	١٦٠-١٤٨	٢- إنشاء حق ضماني
٦٦	١٦٥-١٦١	٣- عناصر الاتفاق الضماني الأساسية
٦٧	١٦٩-١٦٦	٤- شكل الاتفاق الضماني
٦٨	١٧٩-١٧٠	٥- الالتزامات المشروطة بالاتفاق الضماني
٧٢	٢٠٠-١٨٠	٦- الموجودات الخاضعة لاتفاق ضماني
٧٢	١٨٥-١٨١	(أ) الموجودات الآجلة
٧٤	١٨٧-١٨٦	(ب) الموجودات المستبعدة
٧٥	١٩٠-١٨٨	(ج) تحديد الموجودات
٧٦	١٩٩-١٩١	(د) الضمان بكل موجودات المانح
٧٩	٢٠٠	(هـ) مسؤولية الدائن المضمون عن الأضرار التي تسببها الموجودات المرهونة
٨٠	٢١٥-٢٠١	٧- إنشاء الحق الضماني في العائدات
٨٠	٢٠٦-٢٠١	(أ) مفهوم العائدات

الصفحة	الفقرات
٨٢	(ب) نطاق الحق الضماني في العائدات..... ٢١٣-٢٠٧
٨٤	(ج) إنشاء الحق الضماني في العائدات..... ٢١٥-٢١٤
٨٥	٨- العائدات الممزوجة..... ٢١٨-٢١٦
٨٦	٩- الممتلكات الملموسة الممزوجة..... ٢٢١-٢١٩
٨٧	١٠- الممتلكات الممزوجة في كتلة أو منتج..... ٢٢٢
٨٨	١١- إنشاء الحق الضماني في ملحق..... ٢٢٥-٢٢٣
٨٩	١٢- إنشاء الحق الضماني في كتلة أو منتج..... ٢٢٧-٢٢٦
٨٩	باء- توصيات تخص الموجودات تحديدا..... ٢٤٧-٢٢٨
	١- نفاذ الإحالة الإجمالية للمستحقات وإحالة المستحقات الآجلة والمصالح
٨٩	غير المجزأة في المستحقات..... ٢٢٨
٩٠	٢- نفاذ إحالة المستحقات التي تجرى رغم وجود شرط بعدم الإحالة..... ٢٣٢-٢٢٩
	٣- إنشاء الحق الضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن مستحقا أو
٩١	صكا قابلا للتداول أو أي التزام آخر..... ٢٤٤-٢٣٣
٩٤	٤- إنشاء الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل..... ٢٤٦-٢٤٥
	٥- إنشاء الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في بضائع مشمولة بمسند
٩٤	قابل للتداول..... ٢٤٧
٩٥	جيم- التوصيات.....

مقدمة

ألف - الغرض من الدليل

١ - الغرض من دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة (يشار إليه فيما يلي بـ"الدليل" أو "هذا الدليل") هو مساعدة الدول على وضع قوانين عصرية للمعاملات المضمونة (أي المعاملات التي تُنشئ حقاً ضمانياً احتياطياً في الممتلكات المنقولة؛ وللإطلاع على تعريف "المعاملة المضمونة"، انظر الفقرة ١٩ أدناه)، بغية تعزيز توافر الائتمان المضمون. ويقصد بالدليل أن يكون مفيداً للدول التي ليست لديها حالياً قوانين فعّالة وناجعة للمعاملات المضمونة، وكذلك الدول التي لديها قوانين صالحة للتطبيق العملي ولكنها ترغب في مراجعتها أو تحديثها أو مناسقتها أو تنسيقها مع قوانين الدول الأخرى.

٢ - ويستند الدليل إلى الفرضية المنطقية التي مفادها أن قوانين المعاملات المضمونة السليمة يمكن أن تحقق مزايا اقتصادية كبيرة للدول التي تعتمد عليها، منها اجتذاب الائتمان من المقرضين المحليين والأجانب وغيرهم من مقدمي الائتمان، وتعزيز تنمية المنشآت التجارية المحلية (خصوصاً المنشآت الصغيرة والمتوسطة) ونموها، وزيادة التبادل التجاري بوجه عام. ويمكن أيضاً لهذه القوانين أن تُفيد المستهلكين بخفض أسعار السلع والخدمات وجعل الائتمان الاستهلاكي أيسر منالاً. ولكي تكون هذه القوانين فعّالة، يجب أن تكون مدعومة بنظم قضائية وآليات إنفاذ أخرى تتسم بالكفاءة والفعالية. وهي يجب أن تُدعم أيضاً بقوانين إعسار تراعي الحقوق المستمدة من قوانين المعاملات المضمونة (انظر دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار).⁽¹⁾

٣ - ويسعى هذا الدليل إلى تجاوز الاختلافات بين النظم القانونية، ليعرض حلولاً عملية ومجربة يمكن قبولها وتنفيذها في الدول ذات التقاليد القانونية المتباينة. وينصبّ تركيز الدليل على وضع قوانين تحقق مزايا اقتصادية عملية للدول التي تعتمد عليها. وبالرغم من احتمال أن يُكبّد وضع هذه القوانين وتنفيذها الدول تكاليف متوقعة ولكن محدودة، فإن التجارب الوفيرة تدل على أن المنافع التي تجنيها هذه الدول في الأمدين القصير والطويل يُفترض أن تفوق التكاليف بكثير.

٤ - إنّ جميع الأعمال التجارية، سواء أكانت صناعة تحويلية أم توزيعاً أم تقديم خدمات أم تجارة تجزئة، تحتاج إلى رأس مال عامل لكي تعمل وتنمو وتنافس بنجاح في السوق. وقد

(1) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10.

ثبت من خلال دراسات أجرتها منظمات كالبנק الدولي للإنشاء والتعمير ("البנק الدولي") وصندوق النقد الدولي ومصرف التنمية الآسيوي والمصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير أن الائتمان المضمون هو أكثر الوسائل فعالية لتوفير رأس المال العامل للمؤسسات التجارية.

٥- والعامل الرئيسي في فعالية الائتمان المضمون هو أنه يتيح للمنشآت التجارية استخدام القيمة الكامنة في موجوداتها كوسيلة لتقليل المخاطر على الدائن. فالمخاطر تقل لأن الائتمان المضمون بموجودات يعطي الدائنين حق استخدام تلك الموجودات كمصدر آخر للسداد في حال عدم سداد الالتزام المضمون. ومع انخفاض مخاطر عدم السداد، من المرجح أن يزداد توافر الائتمان وأن تنخفض تكلفته.

٦- إن وجود نظام قانوني يدعم المعاملات الائتمانية المضمونة أمر بالغ الأهمية في الحد من المخاطر المدركة للمعاملات الائتمانية وفي تعزيز توافر الائتمان المضمون. فالائتمان المضمون هو أيسر توافرا للمنشآت التجارية الموجودة في الدول التي لديها قوانين كفؤة وفعالة تنص على حصول الدائنين على نتائج متسقة وقابلة للتنبؤ في حال عدم قيام المدينين بالسداد. أما في الدول التي ليست لديها قوانين كفؤة وفعالة والتي يرى فيها الدائنون أن المخاطر القانونية المرتبطة بالمعاملات الائتمانية عالية، فإن تكلفة الائتمان تزداد في العادة لأن هؤلاء يشترطون تعويضا أكبر من أجل تقييم المخاطر المتزايدة وتحملها. وفي بعض الدول، أدى عدم وجود نظام كفؤ وفعال للمعاملات المضمونة أو نظام قانوني للإعسار يُعترف فيه بالحقوق الضمانية إلى القضاء تقريبا على توافر الائتمان للمنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة، وكذلك للمستهلكين.

٧- ويمكن أن يكون لإنشاء نظام قانوني يُعزز الائتمان المضمون تأثير إيجابي في الازدهار الاقتصادي العام للدولة، بما يوفره من مساعدة على تكوين المنشآت التجارية المنفردة ونموها. ومن ثم، فإن الدول التي ليست لديها نظم كفؤة وفعالة للمعاملات المضمونة قد تحرم نفسها من منافع اقتصادية قيّمة.

٨- وتعزيزا لتوافر الائتمان المضمون على أفضل وجه، يقترح الدليل صوغ قوانين المعاملات المضمونة على نحو يمكن المنشآت التجارية من استغلال القيمة الكامنة في ممتلكاتها المنقولة إلى أقصى حد ممكن في الحصول على الائتمان. وفي هذا الشأن، يعتمد الدليل مفهومين من أهم المفاهيم في نجاح قوانين المعاملات المضمونة، هما مفهوم الأولوية والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة. فمفهوم الأولوية يسمح بوجود متزامن لحقوق ضمانية ذات أولويات مختلفة في الموجودات ذاتها. وهذا يتيح للمنشأة التجارية أن تستغل قيمة موجوداتها إلى أقصى

حد ممكن في الحصول على ائتمان مضمون من أكثر من دائن واحد مستخدمة الموجودات ذاتها كضمانة، كما يتيح لكل دائن في الوقت ذاته أن يعرف مدى أولوية حقه الضماني. أما مفهوم نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الذي يتخذ شكل نظام يسمح، ضمن جملة أمور، بتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار بسيط على نحو سريع وزهيد التكلفة، فهو يستهدف تعزيز اليقين القانوني فيما يتعلق بحالة حقوق الدائنين من حيث الأولوية النسبية، ومن ثم فهو يستهدف تقليل مخاطر المعاملات المضمونة وتكاليفها.

٩ - والنظام القانوني المرتأى في الدليل هو ذو طابع داخلي بحت. فالدليل موجّه إلى المشرّعين الوطنيين الذين ينظرون في تعديل القوانين الداخلية المتعلقة بالمعاملات المضمونة. ولكن، نظرا إلى أنّ المعاملات المضمونة كثيرا ما تشمل أطرافا وموجودات كائنة في ولايات قضائية مختلفة، فإن الدليل يسعى أيضا إلى معالجة مسألة الاعتراف بالحقوق الضمانية وأدوات الضمان القائمة على حق الملكية، ومنها مثلا ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية في الممتلكات الملموسة وعمليات الإيجار التمويلي، التي تُنشأ فعليا في ولايات قضائية أخرى. وهذا يمثل تحسّنا ملحوظا لصالح أصحاب تلك الحقوق مقارنة بالقوانين النافذة في كثير من الدول في الوقت الحاضر، والتي كثيرا ما تضع فيها تلك الحقوق حالما تُنقل الموجودات المرهونة عبر الحدود الوطنية، بل ويسهم إسهاما كبيرا في تشجيع الدائنين على تقديم الائتمان في المعاملات العابرة للحدود، ومن شأن هذه النتيجة أن تعزز التجارة الدولية.

١٠ - ويسعى الدليل، في كل أجزائه، إلى إقامة توازن بين مصالح المدينين والدائنين (سواء أكانوا مضمونين أم ممّيزين أم غير مضمونين) والأطراف الأخرى المتأثرة، ومنها المشترون وسائر من تُحال إليهم الموجودات المرهونة والدولة. ويعتمد الدليل في هذا المسعى الفرضية المنطقية التي تدعمها شواهد تجريبية وفيرة والتي تدل على أن جميع الدائنين سيتقبلون نهجا متوازنا من هذا القبيل، مما يشجعهم على تقديم الائتمانات، طالما كانت القوانين (والبنى التحتية القانونية والحكومية الداعمة لها) فعّالة في تمكين الدائنين من تقييم مخاطرتهم بقدرة عالية على التنبؤ وبثقة في أنهم سيتمكنون في نهاية المطاف من الحصول على القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة في حال عدم سداد المدين. ومن المهم جدا لهذا التوازن أن يكون هناك تنسيق وثيق بين النظم القانونية الخاصة بالمعاملات المضمونة والأخرى الخاصة بالإعسار، بما في ذلك وجود أحكام بشأن معاملة الحقوق الضمانية في حال إعادة تنظيم المنشأة أو تصفيتها. إضافة إلى ذلك، فإنّ بعض المدينين، ومنهم مثلا المدينون الاستهلاكيون، يحتاجون إلى تدابير حماية إضافية. وبالتالي، فعلى الرغم من أن النظام الذي يرتفيه الدليل سينطبق على

أشكال عديدة من المعاملات الاستهلاكية، فلا يُقصد به أن تكون له الغلبة على قوانين حماية المستهلك أو أن يناقش سياسات حماية المستهلك، حيث إن هذه المسائل عصيّة عن التوحيد.

١١- وعلى نفس المنوال، يعالج الدليل أيضا ما أبدي من شواغل تتعلق بالائتمان المضمون. ومن تلك الشواغل أن إعطاء الدائن حقا ذا أولوية في المطالبة بجميع موجودات شخص ما أو بمعظمها قد يحد فيما يبدو من قدرة ذلك الشخص على الحصول على التمويل من مصادر أخرى. ومنها أيضا احتمال تمكّن الدائن المضمون من ممارسة نفوذ على المنشأة، إلى حد أنه قد يستولي على ما لدى المنشأة من موجودات مرهونة، أو يهدد بالاستيلاء عليها، في حال عدم السداد. وثمة شاغل ثالث هو أن الدائنين المضمونين قد يأخذون في بعض الحالات كل موجودات الشخص أو معظمها في حال إعساره ويتركون القليل للدائنين غير المضمونين الذين قد لا يكون بوسعهم أن يساوموا للحصول على حق ضماني في تلك الموجودات. ويناقش الدليل هذه الشواغل ويقترح حلولاً متوازنة في الحالات التي يظهر فيها أن للشواغل أسباباً وجيهة.

١٢- ويستند الدليل إلى أعمال الأونسيرال ومنظمات أخرى. وتشمل هذه الأعمال القانون النموذجي بشأن المعاملات المضمونة، الذي انتهى المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير من إعداده في عام ١٩٩٤؛ و"المبادئ الأساسية لقانون للمعاملات المضمونة"، التي انتهى المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير من إعدادها في عام ١٩٩٧؛ والقانون الموحد الذي ينظم شؤون الأوراق المالية، الذي أعدته المنظمة المعنية بمناسقة قوانين الأعمال في أفريقيا في عام ١٩٩٧؛ والدراسة المتعلقة بإصلاح قوانين المعاملات المضمونة في آسيا، التي أعدها مصرف التنمية الآسيوي في عام ٢٠٠٠؛^(٢) واتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية^(٣) ("اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة")، المعتمدة في عام ٢٠٠١؛ والاتفاقية بشأن الضمانات الدولية على المعدات المنقولة، التي اعتُمدت في عام ٢٠٠١، والبروتوكولات الملحق بها؛ واتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط، التي اعتمدها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في عام ٢٠٠١؛ والقانون النموذجي للبلدان الأمريكية بشأن المعاملات المضمونة، الذي أعدته منظمة الدول الأمريكية في عام ٢٠٠٢؛ ودليل الأونسيرال التشريعي لقانون الإعسار، الذي أُنجز في عام ٢٠٠٤؛ والصيغة الأولية من مشروع اتفاقية المعهد الدولي

(٢) انظر إصلاح القوانين والسياسات في مصرف التنمية الآسيوي ٢٠٠٠، المجلد الأول (مانيل، مصرف التنمية الآسيوي، نيسان/أبريل ٢٠٠٠).

(٣) المرجع نفسه، رقم المبيع A.04.V.14.

لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) بشأن مناسقة القواعد الموضوعية المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط.

باء- المصطلحات وقواعد التفسير

١٣- يعتمد الدليل مصطلحات للتعبير عن المفاهيم التي يستند إليها نظام فعال للمعاملات المضمونة. والتعابير المستخدمة ليست مستمدة من أي نظام قانوني معين. وحتى عندما يبدو التعبير مطابقاً لتعبير مستخدم في قانون وطني معين، فهذا لا يعني أن الدليل يرمي إلى اعتماد معنى ذلك التعبير حسبما ورد في ذلك القانون الوطني. بل يقدم الدليل تعاريف تعطي معنى محدداً لكل تعبير رئيسي. ومن المهم الإشارة إلى أن للعديد من التعاريف مفعولا يتمثل في تحديد نطاق ما يرد في الدليل من توصيات تستخدم تلك التعابير. وتستخدم بعض التوصيات تعابير معروفة فيها، كما أن بعض التعابير المعروفة في هذا الفصل مبيّنة بمزيد من التفصيل في التوصيات التي تستخدمها. ومن ثم، فإن نطاق كل توصية ومحتواها يتوقفان على معنى التعابير المعروفة المستخدمة فيها.

١٤- ويتبع الدليل نهج استخدام تعابير معروفة تيسيراً لدقة التخاطب، بصرف النظر عن أي نظام قانوني وطني معين، وتمكيناً لقراء الدليل من فهم توصياته فهماً موحداً، من خلال تزويدهم بمفردات مشتركة وإطار مفاهيمي مشترك. وينبغي أن تُقرأ التعاريف بعناية وأن يشار إليها كلما وردت تلك التعابير المعروفة.

١٥- ومع أن المصطلحات لا تعتبر بحد ذاتها عنصراً إلزامياً في توصيات الدليل، فإن التشريعات المستندة إلى الدليل ستحتوي عادة على تعاريف محددة للمصطلحات المستخدمة فيها. وحتى إذا اختلفت التعابير المستخدمة في التشريعات عن التعابير المستخدمة في الدليل، يمكن استخدام التعاريف الواردة في المصطلحات. فهذا من شأنه أن يتفادى أي تغيير جوهري غير مقصود ويزيد من احتمالات فهم التعابير المستخدمة فهماً موحداً، منذ البداية، تحقيقاً للحد الأقصى من توحيد التفسير، فور دخول التشريع الجديد حيز النفاذ. كما أن استخدام المصطلحات، والأهم من ذلك استخدام التعاريف، الواردة في الدليل سيشجع على مناسقة القوانين التي تحكم الحقوق الضمانية.

١٦- ولا يقصد بالحرف "أو" أن يكون حصري الدلالة؛ وصيغة المفرد تشمل صيغة الجمع أيضاً، والعكس صحيح؛ ولا يُقصد بالعبارتين "تشمل" و"بما في ذلك" وغيرها من العبارات المرادفة أن تشير إلى قائمة كاملة الشمول؛ ويدل الفعل "يجوز" على السماح بينما يدل الفعل

"ينبغي" على الإيعاز، ويجب أن تُفسّر التعابير "ك" و"مثل" و"على سبيل المثال" على النحو ذاته الذي فُسرت به العبارتان "تشمل" و"بما في ذلك". وينبغي تفسير التعبير "الدائنون" على أنه يشمل الدائنين في الدولة المشترعة والدائنين الأجانب على السواء، ما لم يُذكر خلاف ذلك. وينبغي تفسير الإشارات إلى "الشخص" على أنها تشمل الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين على السواء، ما لم يُذكر خلاف ذلك.

١٧- وقد تختار بعض الدول تنفيذ توصيات الدليل بسن قانون شامل واحد (وهي طريقة يُرجّح أن تُفضي إلى الاتساق وإلى تجنّب أخطاء الإغفال أو سوء الفهم)، فيما قد تسعى دول أخرى إلى تغيير مجموعة قوانينها بإدراج قواعد مُحدّدة في مواضع مختلفة. ويشير الدليل إلى كامل مجموعة القواعد الموصى بها، أي كانت الطريقة المختارة للتنفيذ، بأنها "القانون" أو "هذا القانون".

١٨- ويستخدم الدليل أيضا التعبير "القانون" في سياقات أخرى مختلفة. وباستثناء الحالات التي يُنص فيها صراحة على خلاف ذلك، وفي كل أجزاء الدليل: (أ) تدل جميع الإشارات إلى القانون على القانون التشريعي وغير التشريعي على السواء؛ (ب) وتدل جميع الإشارات إلى القانون على القانون الداخلي، باستثناء قواعد القانون الدولي الخاص (بغية تجنّب الإحالة إلى القانون الداخلي)؛ (ج) وتدل جميع الإشارات إلى "القانون غير قانون المعاملات المضمونة" على كامل مجموعة قوانين الدولة (سواء أكانت موضوعية أم إجرائية) ما عدا تلك التي تجسّد القانون الذي يحكم المعاملات المضمونة (سواء أكانت موجودة من قبل أم سُنت أو عُدلت مؤخرا عملا بتوصيات الدليل)؛ (د) ولا تدل جميع الإشارات إلى "القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول" على قانون خاص أو مجموعة قواعد قانونية خاصة تُسمى "قانون الصكوك القابلة للتداول" فحسب، بل تشمل أيضا جميع قوانين العقود وسائر القوانين العامة التي قد تسري على المعاملات أو الحالات المتعلقة بصك قابل للتداول (وتنطبق القاعدة ذاتها على عبارات مشابهة)؛ (هـ) وجميع الإشارات إلى "قانون الإعسار" هي شاملة بالمثل، لكنها تدل على القانون الذي قد يكون ساريا بعد بدء إجراءات الإعسار فحسب.

١٩- وتحدد الفقرات التالية التعابير الرئيسية المستخدمة والمعنى الأساسي المعطى لها في الدليل. ويحدّد معنى هذه التعابير بمزيد من الدقة عندما تستخدم في الفصول اللاحقة. كما تُعرّف تلك الفصول وتستخدم مصطلحات إضافية (كما في حالة الفصل الحادي عشر المتعلق بالإعسار؛ انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.8). وينبغي قراءة التعاريف مقترنة بالتوصيات ذات الصلة. وفيما يلي تعريف المصطلحات الرئيسية:

- (أ) "الاتفاق الضماني" يعني اتفاقاً بين المانح والدائن، أيا كان شكله أو المصطلح المستخدم للتعبير عنه، ينشئ حقاً ضمانياً؛
- (ب) "الإحالة" تعني إنشاء حق ضماني في مستحق ما، وهي تشمل الإحالة التامة للمستحق. ويشمل إنشاء حق ضماني في المستحق الإحالة التامة على سبيل الضمان؛
- (ج) "الإحالة اللاحقة" تعني إحالة يجريها المحال إليه الأول أو أي مُحال إليه آخر. وفي حالة الإحالة اللاحقة، يكون الشخص الذي يجري تلك الإحالة هو المحيل ويكون الشخص الذي تجرى إليه الإحالة هو المحال إليه؛
- (د) "إجراءات الإعسار" تعني الإجراءات القضائية أو الإدارية الجماعية التي تسيّر وفقاً لقانون الإعسار وتستهدف إما إعادة تنظيم منشأة المدين وإما تصفيتها؛
- (هـ) "الإخطار بالإحالة" يعني خطاباً مكتوباً يحدد بشكل معقول المستحق المحال وهوية المحال إليه؛
- (و) "الإقرار"، فيما يتعلق بالعائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل، يعني أن الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى الذي سيسدد أو سيعطي قيمة بطريقة أخرى عند السحب بمقتضى تعهد مستقل قد قام، من جانب واحد أو بالاتفاق، بأحد أمرين:
- ١٠ ' إقرار أو قبول إنشاء حق ضماني (سواء أُسْمِيَ إحالة أم غير ذلك) في العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل (أيا كان شكل إثبات ذلك الإقرار أو القبول) لصالح الدائن المضمون؛ أو
- ٢٠ ' الالتزام بالسداد إلى الدائن المضمون أو بإعطائه قيمة عندما يطلب السداد ("السحب"). بمقتضى تعهد مستقل.
- (ز) "الإشعار" يعني خطاباً مكتوباً؛
- (ح) "الالتزام المضمون" يعني الالتزام المضمون بحق ضماني؛
- (ط) "الأولوية" تعني أفضلية حق الشخص على مطالب منافس في الحصول على المنفعة الاقتصادية لحقه الضماني في الموجودات المرهونة؛
- (ي) "الإيجار التمويلي" يعني الإيجار الذي تنتهي مدته:
- ١٠ ' بأن يصبح المستأجر آلياً مالك الممتلكات الملموسة التي كانت مستأجرة، باستثناء الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول؛ أو

٢٠ "بأن يكون في إمكان المستأجر أن يحوز الموجودات التي كانت مستأجرة بدفع ما لا يزيد عن سعر رمزي؛ أو

٣٠ "بأن يصبح للممتلكات الملموسة التي كانت مستأجرة ما لا يزيد عن قيمة متبقية رمزية.

ويشمل هذا التعبير اتفاق الإيجار مع خيار الشراء لاحقا.

(ك) "التعهد المستقل" يعني خطاب ائتمان (تجاريا أو ضامنا)، أو تثبيتا لخطاب ائتمان، أو كفالة مستقلة (مستحقة الدفع عند الطلب أو عند أول طلب أو كفالة مصرفية أو كفالة مقابلة)، أو أي تعهد آخر معترف بأنه تعهد مستقل بمقتضى القانون أو قواعد الممارسة، مثل اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات وقواعد الممارسات الضامنة الدولية والقواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب؛

(ل) "الحساب المصرفي" يعني الحساب المحتفظ به لدى مصرف ما ويمكن فيه إيداع أموال أو قيدها. وهذا التعبير يشمل حسابات الشيكات وغيرها من الحسابات الجارية، وكذلك حسابات الادخار وحسابات الإيداع المحددة الأجل، ولكنه لا يشمل مطالبة تجاه المصرف مثبتة بصك قابل للتداول؛

والحق في سداد الأموال المقيّدة في حساب مصرفي يشمل الحق في سداد الأموال التي تحوّل إلى حساب داخلي في المصرف ولا تستخدم في الوفاء بأي التزامات مستحقة للمصرف. وهو يشمل أيضا الأموال المحوّل إلى المصرف على سبيل الوفاء المرتقب بالتزام سداد أجل كان المصرف قد وافق عليه في سياق عمله المصرفي المعتاد طالما كان يحق للشخص الذي أصدر التعليمات إلى المصرف أن يطالب بتلك الأموال إذا لم يقيم المصرف بالتسديد الآجل.

(م) "حق الاحتفاظ بحق الملكية"، وهو تعبير يُستخدم في سياق النهج غير الوحدوي فقط، يعني حق البائع في الممتلكات الملموسة باستثناء الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول وفقا لترتيب مع المشتري لا يحوّل بمقتضاه حق ملكية الممتلكات الملموسة من البائع إلى المشتري إلى أن يُسدّد الجزء المتبقي من ثمن شراء تلك الممتلكات؛

(ن) "حق تمويل الاحتياز"، وهو تعبير لا يُستعمل إلا في سياق النهج غير الوحدوي إزاء حقوق تمويل الاحتياز، يعني أيًا من الحقوق التالية:

١٠ "الاحتفاظ بحق الملكية؛

٢٠٠٠ حق المؤجر بمقتضى إيجار مالي؛

٢٠٠١ حق الملكية المحتفظ به وما يتصل به من حقوق محتفظ بها وناشئة عن أي ترتيب يمكن شخصاً ما من احتياز أو استخدام ممتلكات ملموسة غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول ولا يؤول فيها حق ملكية تلك الممتلكات بشكل لا رجوع فيه، بمقتضى ذلك الترتيب، إلى الشخص الذي يمتلك تلك الممتلكات أو يستخدمها إلى أن يُسدد ثمنها أو بشرط تسديد ثمنها؛

٢٠٠٢ حقاً بمقتضى أي ترتيب يمكن الدائن الذي قدّم الائتمان من أجل تمكين شخص من احتياز ممتلكات ملموسة غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول أو استخدامها من الاحتفاظ بالحق في أن يصبح المالك النهائي للممتلكات بحيث يُستوفى التزام السداد؛

(س) "الحق الضماني" يعني حق ملكية في ممتلكات منقولة وملحقات يُنشأ بالاتفاق ويضمن سداد التزام واحد أو أكثر أو أداءه على نحو آخر، بصرف النظر عما إذا كانت الأطراف قد أسمته حقاً ضمانياً. وفي سياق النهج الوحدوي، يشمل هذا التعبير الحقوق الضمانية الاحتيازية والحقوق الضمانية غير الاحتيازية. أما في سياق النهج غير الوحدوي، فهو لا يشمل إلا الحق التمويلي الاحتيازي. وفيما يتعلق بالمستحقات، يعني الحق الضماني أيضاً حق المُحال إليه (انظر تعريف "الإحالة" وسائر التعاريف الواردة أدناه بشأن إحالة المستحقات)؛

(ع) "الحق الضماني الاحتيازي"، في سياق كلا النهجين الوحدوي وغير الوحدوي إزاء حقوق تمويل الاحتياز، يعني حقاً ضمانياً في ممتلكات ملموسة غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول يضمن الالتزام بسداد أي جزء لم يسدّد من ثمن شراء الممتلكات أو يضمن التزاماً آخر معقوداً أو ائتماناً مقدّماً لتمكين المانح من احتياز الممتلكات. وليس ضرورياً أن يُسمى الحق الضماني الاحتيازي بهذا الاسم. ففي إطار النهج الوحدوي، يشمل هذا التعبير حقوق الدائن في الممتلكات بمقتضى ترتيبات البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية، ومعاملات الإيجار مع خيار الشراء لاحقاً، والإيجارات التمويلية، وغيرها من معاملات تمويل الاحتياز؛

(ف) "الحق الضماني الحيادي" يعني حقاً ضمانياً في ممتلكات ملموسة هي فعلاً في حيازة الدائن المضمون أو شخص آخر (غير المدين أو المانح الآخر) يحتفظ بالموجودات لصالح الدائن المضمون؛

(ص) "الحق الضماني غير الحيازي" يعني حقا ضمانيا في '١' ممتلكات ملموسة ليست فعليا في حوزة الدائن المضمون أو شخص آخر يحتفظ بالممتلكات الملموسة لصالح الدائن المضمون، أو في '٢' ممتلكات غير ملموسة؛

(ق) "حوزة الإعسار" تعني موجودات المدين وحقوقه التي يسيطر أو يشرف عليها ممثل الإعسار وتخضع لإجراءات الإعسار؛

(ر) "الحيازة"، باستثناء الكيفية التي استخدم بها هذا التعبير في التوصيات ٢٩ و ٥٢ إلى ٥٤ فيما يتعلق بمصدر المستند القابل للتداول، تعني الحيازة الفعلية للممتلكات الملموسة من قبل شخص أو وكيل لذلك الشخص أو موظف لديه، أو من قبل شخص مستقل يقر بأنه يحتفظ بها لصالح ذلك الشخص. وهي لا تشمل الحيازة الاستدلالية أو الصورية أو المعتبرة أو الرمزية؛

(ش) "الدائن المضمون" يعني الدائن الذي يملك حقا ضمانيا. وفيما يتعلق بالمستحقات، يعني هذا التعبير "المحال إليه" المستحق (انظر تعريف التعبير "الإحالة")؛

(ت) "الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي"، في سياق كل من النهجين الوحدوي وغير الوحدوي إزاء حقوق تمويل الاحتياز، يعني الدائن المضمون الذي له حق ضماني احتيازي، وهو يشمل في سياق النهج الوحدوي البائع المحتفظ بحق الملكية والمؤجر التمويلي والمؤجر مع خيار الشراء لاحقا وأي مول احتيازي آخر؛

(ث) "السلع الاستهلاكية" تعني السلع التي يستخدمها المانح أو ينوي استخدامها لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية؛

(خ) "السيطرة" فيما يتعلق بالعائدات المتأتبة بمقتضى تعهد مستقل توجد:

'١' تلقائيا عند إنشاء الحق الضماني إذا كان الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى هو الدائن المضمون؛ أو

'٢' إذا قدم الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى إقرارا لصالح الدائن المضمون؛

(ذ) "السيطرة" فيما يتعلق بالحق في سداد الأموال المقيدة في حساب مصرفي توجد:

'١' تلقائيا عند إنشاء حق ضماني، إذا كان المصرف الوديع هو الدائن المضمون؛ أو

٢٤ إذا كان المصرف الوديع قد أبرم اتفاق سيطرة، مُثبت بسجل موثق لدى المانح والدائن المضمون يفيد بأن المصرف الوديع قد وافق على اتباع تعليمات الدائن المضمون فيما يتعلق بسداد الأموال المقيّدة في الحساب المصرفي دون موافقة أخرى من المانح؛ أو

٣٤ إذا كان الدائن المضمون هو صاحب الحساب.

وليس على المصرف الوديع التزام بأن يُبرم اتفاق سيطرة. إضافة إلى ذلك، ستكون حقوق الدائن المضمون أدنى مرتبة من حقوق والتزامات المصرف الوديع. بمقتضى القوانين والممارسات التي تحكم الحسابات المصرفية. كما أن إبرام اتفاق سيطرة يقتضي موافقة المانح (وكذلك موافقة المصرف الوديع)، ويحتفظ المانح بالحق في التعامل بالأموال المودعة في الحساب المصرفي إلى أن يُصدر الدائن المضمون إلى المصرف الوديع تعليمات بخلاف ذلك (مع أن بعض اتفاقات السيطرة تقضي باحتجاز تلك الأموال اعتباراً من وقت إبرام الاتفاق). وهذا يشمل الحالات التالية: (أ) عندما يحوّل الحساب الموجود إلى الدائن المضمون؛ و(ب) عندما يتفق الدائن المضمون مع المانح على أن تودع الأموال في حساب يُفتح لاحقاً؛ و(ج) عندما يكون الدائن المضمون هو وحده صاحب الحساب (أي ليس مجرد صاحب حساب مشترك)؛

(ظ) "الشخص المُسمّى" يعني مصرفاً أو شخصاً آخر محدّد الهوية في التعهّد المستقل باسمه أو نوعه ("أي مصرف في البلد سين"، مثلاً) بصفته معيّناً لإعطاء قيمة. بمقتضى تعهّد مستقل، ويتصرف وفقاً لذلك التعيين، وأي مصرف أو شخص آخر في حال التعهّد المستقل المتيسر بحرية؛

(غ) "الصك القابل للتداول" يعني صكاً يجسّد حقاً في الحصول على السداد، مثل الشيك أو السفتجة (الكمبيالة) أو السند الإذني، وفيه باشتراطات قابلية التداول. بمقتضى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول؛

(ش) "العائدات" تعني كل ما يُتلقى فيما يتعلق بالموجودات المرهونة، بما في ذلك ما يُتلقى نتيجة للبيع أو غيره من أشكال التصرف أو التحصيل، أو تأجير أحد الموجودات المرهونة أو الترخيص باستخدامه، وعائدات العائدات، والثمار المدنية والطبيعية، والأرباح الموزعة والأسهم الموزعة، وعائدات التأمين، والمطالبات الناشئة عن وجود عيوب في أحد الموجودات المرهونة أو تعرضه لتلف أو هلاك؛

(أ) "العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل" تعني الحق في تلقي مبلغ مستحق، أو كمبيالة مقبولة أو سداد مؤجل، أو أي شيء آخر ذي قيمة يتعين، في كل من هذه الحالات، أن يقدمه أو ينفذه الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى وفاء لسحب بمقتضى تعهد مستقل، أو شخص مسمى يعطي قيمة لذلك السحب. ويشمل هذا التعبير أيضا الحق في التماس قيام مصرف قائم بالتداول بشراء صك قابل للتداول أو مستند قابل للتداول بمقتضى تقديم سند يفي بالشروط. ولا يشمل هذا التعبير:

١٠ الحق في السحب (أي في طلب السداد) بمقتضى تعهد مستقل، أو

١١ ما يُتلقى عند الوفاء بتعهد مستقل أو عند التصرف في العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل (أي العائدات المتأتية من تحصيل العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل أو من التصرف فيها).

وهذا التعريف يشير إلى "العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل" اتساقا مع المصطلحات المستخدمة عموما في القوانين والممارسات المتعلقة بالتعهدات المستقلة. وهذا التعبير، بصيغته المستخدمة في الدليل، يعني حق المانح، بصفته المستفيد من التعهد المستقل، في تلقي أي سداد أو قيمة أخرى تُعطى بمقتضى التعهد المستقل رهنا بامتنال المستفيد لأحكام التعهد المستقل وشروطه. ولا يشمل هذا التعبير العائدات نفسها، أي ما يُتلقى فعليا عند الوفاء بسحب من جانب الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى (ينبغي ألا يُعتبر تلقي المستفيد قيمة من مصرف قائم بالتداول على أنه وفاء أو تصرف) أو عند التصرف في الحق في العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل.

ويشير تعبير "العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل" إلى الحق في التلقي على الرغم من أن تعبير "العائدات" بصيغته المستخدمة في القوانين والممارسات المتعلقة بالتعهدات المستقلة قد يشير إما إلى الحق في التلقي أو إلى أي شيء يُتلقى بمقتضى التعهد المستقل، وعلى الرغم من أن تعبير "العائدات" بصيغته المستخدمة في أجزاء أخرى من الدليل يشير إلى أي شيء يُتلقى. والحق الضماني في العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل (بصفته موجودات مرهونة أصلية) يختلف عن الحق الضماني في "العائدات" (وهي مفهوم أساسي في الدليل المتأتية من الموجودات المشمولة بالدليل؛

(ب ب) "العقد الأصلي" يعني، في سياق الإحالة، العقد المبرم بين المحيل والمدين بالمستحق والذي ينشأ عنه المستحق. وفي حالة المستحقات غير التعاقدية، يعني "العقد الأصلي" المصدر غير التعاقدي للمستحق؛

(ج ج) "الكتلة أو المنتج" تعني الممتلكات الملموسة غير النقود التي هي مرتبطة أو متحدة ماديا بممتلكات ملموسة أخرى إلى حد أنها فقدت هويتها المنفصلة؛

(د د) "الكفيل/المصدر" يعني أي مصرف أو شخص آخر يُصدر تعهدًا مستقلًا؛

(ه ه) "المانح" يعني الشخص الذي ينشئ حقا ضمانيا في واحد أو أكثر من موجوداته لصالح دائن مضمون، إما لضمان التزامه هو أو التزام شخص آخر (انظر تعريف التعبير "المدين المستحق"). وفي إطار النهج الوحدوي، يشمل "المانح" فيما يتعلق بحق ضمانيا احتيازي المشتري من بائع محتفظ بحق الملكية والمشتري في إطار ترتيب الإيجار مع خيار الشراء لاحقا والمستأجر التمويلي والمانح في إطار معاملة تنطوي على اقتراض مبلغ الشراء. ونظرا إلى أن التوصيات العامة في هذا الدليل لا تنطبق على الحقوق الضمانية في المستحقات فحسب، وإنما أيضا على إحالات الضمانات والإحالات التامة للمستحقات، فإن الإشارات إلى "المانح" في الدليل تشير إلى "المُحيل" أيضا، ما لم يُنص على خلاف ذلك (انظر تعريف التعبير "المدين")؛

(و و) "المُثبّت" يعني مصرفا أو شخصا آخر يضيف تعهده المستقل إلى التعهد المستقل الصادر عن الكفيل/المصدر؛

واتساقا مع الفقرة الفرعية (ه) من المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة⁽⁴⁾ ("اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات")، يوفّر التثبيت للمستفيد خيار مطالبة المُثبّت بالسداد وفقا لأحكام وشروط التعهد المستقل المُثبّت بدلا من مطالبة الكفيل/المصدر؛

(ز ز) "المُحال إليه" يعني الشخص الذي يُحال إليه مستحق؛

(ح ح) "المُحال إليه الموجود المرهون بحق تمويل الاحتياز"، وهو تعبير لا يُستعمل إلا في سياق النهج غير الوحدوي إزاء حقوق تمويل الاحتياز، يعني الشخص الذي يكون حقه في الموجودات أدنى مرتبة من حق تمويل الاحتياز، وهو يشمل بالتالي المشتري من بائع محتفظ بحق الملكية أو المستأجر التمويلي أو الدائن في أي معاملة أخرى من معاملات تمويل الاحتياز؛

(ط ط) "محكمة الإعسار" تعني السلطة القضائية أو غير القضائية المختصة بمراقبة إجراءات الإعسار أو الإشراف عليها؛

(ي ي) "المُحيل" يعني الشخص الذي يُحيل مستحقا؛

(4) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.97.V.12.

(ك ك) "المخزون" يعني الممتلكات الملموسة المعدة للبيع أو الإيجار في السياق المعتاد لعمل المانح وكذلك المواد الخام والمواد غير المكتملة التجهيز (قيد التجهيز)؛

(ل ل) "المدين" يعني الشخص الذي يتعين عليه أداء الالتزام المضمون، وهو يشمل ملتزمين ثانويين، مثل كفلاء الالتزام المضمون. وقد يكون المدين أو لا يكون هو الشخص الذي يمنح الحق الضماني إلى الدائن المضمون (انظر تعريف التعبير "المانح")؛

(م م) "المدين بالمستحق" يعني الشخص المسؤول عن سداد المستحق. ويشمل "المدين بالمستحق" الكفيل أو أي شخص آخر مسؤول ثانويا عن سداد المستحق؛

والكفيل في إطار كفالة تبعية ليس مدينا بالمستحق الذي كفله سداؤه فحسب، بل هو مدين أيضا بالمستحق الذي تمثله الكفالة، لأن الكفالة هي بحد ذاتها مستحق (أي أن هناك مستحقين اثنين)؛

(ن ن) "المستحق" يعني حقا في الحصول على سداد التزام نقدي، باستثناء حقوق السداد المثبتة بصك قابل للتداول والتزامات السداد بمقتضى تعهد مستقل والتزامات المصارف بسداد الأموال المقيّدة في حساب مصرفي؛

(س س) "المستند القابل للتداول" يعني مستندا يجسد حقا في تسلّم ممتلكات ملموسة، مثل إيصال المستودع أو سند الشحن، ويفي باشتراطات قابلية التداول. بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول؛

(ع ع) "مصدر" المستند القابل للتداول يعني الشخص الملزم بتسليم الممتلكات الملموسة المشمولة بالمستند بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول؛

وفي حالة ما يُسمى سند الشحن المتعدد الوسائط (إذا كان يعتبر مستندا قابلا للتداول بمقتضى القانون الواجب التطبيق)، يجوز أن يكون "المصدر" شخصا يتعاقد من الباطن مع أشخاص آخرين بشأن أجزاء مختلفة من عملية نقل البضائع ولكنه يظل يتحمل المسؤولية عن نقلها وعن أي تلف قد يحدث أثناء النقل؛

(ف ف) "المطالب المنافس" يعني:

١٠ 'دائنا مضمونا آخر لديه حق ضماني في نفس الموجودات المرهونة (سواء أكانت موجودات مرهونة أصلية أم عائدات)؛ أو

٢٤ البائع أو المؤجر التمويلي أو الممول الاحتيازي الآخر للموجودات المرهونة ذاتها الذي احتفظ بحق الملكية، في سياق النظام غير الحدودي إزاء الحقوق الضمانية الاحتيازية؛ أو

٣٤ دائنا آخر للمانح لديه حق في نفس الموجودات المرهونة (على سبيل المثال بإعمال القانون أو بالضم أو بالحجز أو بإجراء مماثل)؛ أو

٤٤ ممثل الإعسار في حال إعسار المانح (في الفصل المتعلق بالإعسار، استعمل التعبير "إعسار المدين" لدواعي الاتساق مع المصطلحات المستعملة في دليل الأونسيتال التشريعي لقانون الإعسار)؛ أو

٥٤ أي شخص يشتري الموجودات المرهونة أو تحال إليه تلك الموجودات (بما في ذلك مستأجرها أو المرخص له باستخدامها).

(ص ص) "المعاملة المضمونة" تعني معاملة تنشئ حقا ضمانيا ملكيا (وليس شخصا) في الممتلكات المنقولة (خلافًا للممتلكات غير المنقولة)؛

(ق ق) "المعدات" تعني الممتلكات الملموسة التي يستخدمها الشخص في تشغيل

منشأته؛

(ر ر) "المعرفة" تعني المعرفة الفعلية؛

(ش ش) "ملحقات الممتلكات غير المنقولة" تعني الممتلكات الملموسة التي هي مرتبطة ماديا بممتلكات غير منقولة إلى حد يجعل قانون الدولة التي توجد فيها الممتلكات غير المنقولة يعاملها كممتلكات غير منقولة، رغم أنها لم تفقد هويتها المنفصلة؛

(ت ت) "ملحقات الممتلكات المنقولة" تعني الممتلكات الملموسة التي هي مرتبطة ماديا بممتلكات ملموسة أخرى إلى حد يجعل قانونا غير هذا القانون يعاملها كجزء من تلك الممتلكات المنقولة رغم أنها لم تفقد هويتها المنفصلة؛

(ث ث) "الملكية الفكرية" تشمل حقوق التأليف والنشر والعلامات التجارية وبراءات الاختراع وعلامات الخدمة والأسرار التجارية والتصاميم وغيرها من الموجودات التي تعتبر ملكية فكرية بمقتضى القانون الوطني للدولة المشترعة أو بمقتضى اتفاق دولي تكون تلك الدولة طرفا فيه؛

(خ خ) "الممتلكات غير الملموسة" تعني كل أشكال الممتلكات المنقولة غير الممتلكات الملموسة، وهي تشمل الحقوق غير المادية والمستحقات والحقوق في الحصول على أداء التزامات أخرى غير المستحقات؛

(ذ ذ) "الممتلكات الملموسة" تعني كل أشكال الممتلكات المادية المنقولة. ومن أنواع الممتلكات الملموسة المخزون والمعدّات والملحقات والصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول والنقود؛

(ظ ظ) "ممثل الإعسار" يعني الشخص المسؤول أو الهيئة المسؤولة عن إدارة حوزة الإعسار؛

(غ غ) "ممول الاحتياز"، وهو تعبير لا يُستعمل إلا في سياق النهج غير الوحدوي إزاء حقوق تمويل الاحتياز، يعني الشخص الذي لديه حق في تمويل الاحتياز (وهو يشمل بالتالي البائع المحتفظ بحق الملكية أو المؤجر التمويلي أو الدائن في معاملات الإيجار مع خيار الشراء لاحقا، أو الدائن في أي معاملة أخرى بشأن تمويل الاحتياز وأي معاملة أخرى موصوفة في الفقرتين الفرعيتين ٣ و ٤ من التعريف (ن))؛

(ش ش) "الموجودات المرهونة" تعني الممتلكات الملموسة أو غير الملموسة الخاضعة لحق ضماني؛

(أ أ) "النقود" تعني العملة التي تأذن أي دولة حاليا باستخدامها كعملة رسمية. وهي لا تشمل الأموال المقيّدة في حساب مصرفي أو الصكوك القابلة للتداول، من قبيل الشيكات.

أولا- الأهداف الرئيسية لنظام فعال وناجع للمعاملات المضمونة

٢٠- بغية تقديم حلول عملية وفعّالة، يستكشف الدليل ويصوغ الأهداف والمواضيع الرئيسية التالية لنظام فعال وناجع للمعاملات المضمونة. وقد صُممت هذه الأهداف بحيث توفر إطارا سياساتيا عريضا لإرساء نظام من هذا القبيل وتطويره وهي يمكن إدراجها في ديباجة للقانون الذي تسنّه الدول. وينبغي أخذ هذه الأهداف في الاعتبار عند تفسير القانون (فيما يتعلق بهذا النهج، انظر مثلا الفقرة ١ من المادة ٧ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة).

ألف - تعزيز الائتمان المضمون

٢١ - الهدف العام الرئيسي للدليل هو تعزيز توافر الائتمان المضمون المنخفض التكلفة للأشخاص الموجودين في ولايات قضائية تعتمد تشريعات مستندة إلى توصيات الدليل، وبالتالي تمكين هؤلاء الأشخاص والاقتصاد إجمالاً من التمتع بالمنافع الاقتصادية التي تنأى من تيسر الحصول على ذلك الائتمان (انظر الفقرة ٢ أعلاه).

باء - إتاحة استغلال كامل القيمة الكامنة في طائفة واسعة من الموجودات لدعم الائتمان في أوسع مجموعة ممكنة من المعاملات الائتمانية

٢٢ - من العوامل الأساسية في نجاح أي نظام قانوني يحكم المعاملات المضمونة تمكين مجموعة كبيرة من المنشآت التجارية من استغلال كامل القيمة الكامنة في موجوداتها للحصول على الائتمان في طائفة واسعة من المعاملات الائتمانية. ومن أجل بلوغ هذا الهدف، يشدد الدليل على أهمية الشمول، من خلال (أ) إتاحة استخدام طائفة واسعة من الموجودات (بما فيها الموجودات الحالية والآجلة) كموجودات مرهونة؛ و(ب) إتاحة ضمان أوسع طائفة ممكنة من الالتزامات (بما فيها الالتزامات الآجلة والمشروطة والنقدية وغير النقدية). بمنح حقوق ضمانية في الموجودات المرهونة؛ و(ج) توسيع منافع هذا النظام لتشمل أوسع مجموعة ممكنة من المدينين والدائنين والمعاملات الائتمانية.

جيم - تمكين الأطراف من الحصول على الحقوق الضمانية ببساطة وكفاءة

٢٣ - من شأن تكلفة الائتمان أن تنخفض إذا أمكن الحصول على الحقوق الضمانية بطريقة كفؤة. ولهذا السبب، يقترح الدليل طرائق لتبسيط إجراءات الحصول على الحقوق الضمانية ولخفض تكاليف المعاملات بوسائل أخرى. ومن هذه الطرائق إزالة الشكليات غير الضرورية؛ والنص على طريقة واحدة لإنشاء الحقوق الضمانية بدلا من وجود أدوات ضمانية متعددة للأنواع المختلفة من الموجودات المرهونة؛ والسماح بإنشاء حقوق ضمانية في الموجودات الآجلة وبتقديم ائتمانات مستقبلية دون حاجة إلى أي وثائق أو إجراءات إضافية من جانب الأطراف.

دال - النص على المساواة في معاملة مختلف مصادر الائتمان ومختلف أشكال المعاملات المضمونة

٢٤ - بما أن المنافسة السليمة بين جميع مقدمي الائتمانات المحتملين هي أسلوب فعال لخفض تكاليف الائتمان، يوصي الدليل بجعل نظام المعاملات المضمونة منطبقا بالتساوي على

مختلف مقدمي الائتمانات، بمن فيهم المصارف وسائر المؤسسات المالية والمزودون وكذلك الدائنون المحليون وغير المحليين.

هاء- إقرار صحة الحقوق الضمانية غير الحيازية

٢٥- بما أن منح الحقوق الضمانية لا ينبغي أن يجعل من الصعب أو المستحيل على المدين أو أي مانح آخر أن يواصل تسيير منشأته، يوصي الدليل بأن ينص النظام القانوني على حقوق ضمانية غير حيازية في طائفة واسعة من الموجودات، مقترنة بآلية تتخذ شكل نظام سجل عمومي من أجل إشعار الأطراف الثالثة باحتمال وجود تلك الحقوق الضمانية.

واو- تعزيز قابلية التنبؤ والشفافية فيما يتعلق بالحقوق التي تؤدي أغراضا ضمانية بواسطة النص على تسجيل الإشعار في سجل عام للحقوق الضمانية

٢٦- بما أنه ينبغي لأي نظام فعال للمعاملات المضمونة أن يشجع أيضا جميع أطراف المعاملة المضمونة على اتباع سلوك مسؤول، يسعى الدليل إلى تعزيز قابلية التنبؤ والشفافية بغية تمكين الأطراف من تقييم كل المسائل القانونية ذات الصلة وتحديد العواقب المناسبة المترتبة على عدم الامتثال للقواعد الواجبة التطبيق، مع مراعاة الشواغل المتعلقة بالسرية ومعالجتها. وتتمثل الوسيلة الأساسية لبلوغ هذه الغاية في إنشاء سجل عام للحقوق الضمانية تُسجّل فيه الإشعارات بالحقوق الضمانية.

زاي- إرساء قواعد أولوية واضحة وقابلة للتنبؤ

٢٧- من شأن قيمة الحق الضماني في الموجودات أن تكون ضئيلة أو معدومة لدى الدائن إذا لم يكن قادرا وقت إجراء المعاملة على التأكد من أولوية حقه في تلك الموجودات على حقوق الدائنين الآخرين (بمن فيهم ممثل الإعسار). ومن ثم، يقترح الدليل إنشاء نظام عام لتسجيل الحقوق الضمانية، والاستناد إلى ذلك السجل في وضع قواعد واضحة تسمح للدائنين بأن يعرفوا منذ بداية المعاملة أولوية حقوقهم الضمانية بصورة موثوقة وموقوتة وناجعة التكلفة.

حاء- تيسير إنفاذ حقوق الدائنين على نحو فعال وقابل للتنبؤ

٢٨- من شأن قيمة الحق الضماني أن تكون أيضا ضئيلة أو معدومة لدى الدائن إذا لم يكن بوسعه إنفاذ حقه الضماني بصورة قابلة للتنبؤ وفعالة من حيث الوقت والتكلفة.

ولذلك، يقترح الدليل إجراءات تتيح للدائنين المضمونين إنفاذ حقوقهم الضمانية على هذا النحو، رهنا بما يقتضيه الحال من إجراءات رقابة أو إشراف أو مراجعة رسمية، قضائية أو غير قضائية. ويوصي الدليل أيضا بأن يكون هناك تنسيق وثيق بين قوانين الدولة الخاصة بالمعاملات المضمونة وتلك الخاصة بالإعسار، بغية مراعاة نفاذ الحق الضماني وأولويته، وكذلك قيمته الاقتصادية، قبل الإعسار، رهنا بقواعد قانون الإعسار المناسبة.

طاء- الموازنة بين مصالح الأشخاص المتأثرين

٢٩- بما أن المعاملات المضمونة تؤثر على مصالح أشخاص مختلفين، بمن فيهم المدين وسائر المانحين، والدائنون المنازعون، ومنهم مثلا الدائنون المضمونون والمميزون وغير المضمونين، والمشترون وسائر الذين تحال إليهم الموجودات المرهونة، والدولة، فإن الدليل يقترح قواعد تأخذ مصالحهم المشروعة في الاعتبار وتسعى إلى تحقيق جميع الأهداف المذكورة أعلاه بشكل متوازن.

ياء- الاعتراف بجزئية الأطراف

٣٠- بما أنه ينبغي لأي نظام فعال للمعاملات المضمونة أن يوفر أقصى قدر من المرونة لكي يشمل طائفة واسعة من المعاملات المضمونة ولكي يستوعب أيضا الأشكال الجديدة والناشئة من المعاملات المضمونة، يشدد الدليل على ضرورة إبقاء القواعد الإلزامية عند أدنى حد، لكي تتمكن الأطراف من تكييف معاملاتها المضمونة وفقا لاحتياجاتها الخاصة. وفي الوقت ذاته يأخذ الدليل في الحسبان احتمال وجود تشريعات أخرى تحمي المصالح المشروعة للمستهلكين أو غيرهم من الأشخاص، وينص على أنه لا ينبغي أن تكون لنظام المعاملات المضمونة غلبة على تلك التشريعات.

كاف- مناسبة قوانين المعاملات المضمونة، بما فيها قواعد تنازع القوانين

٣١- من شأن اعتماد تشريعات قائمة على التوصيات الواردة في الدليل أن يفضي إلى مناسبة قوانين المعاملات المضمونة (باعتماد قوانين موضوعية متماثلة تيسر الاعتراف بالحقوق الضمانية عبر الحدود). وهذه النتيجة في حد ذاتها ستعزز تمويل التجارة الدولية وحركة السلع والخدمات عبر الحدود الوطنية. علاوة على ذلك، ونظرا إلى أنه قد لا يتسنى تحقيق المناسبة التامة للقوانين الوطنية المتعلقة بالمعاملات المضمونة، فإن قواعد تنازع القوانين ستكون مفيدة للغاية في تسهيل المعاملات عبر الحدود. وعلى أية حال، ستكون قواعد تنازع

القوانين مفيدة، على سبيل المثال، في مساعدة الدائنين المضمونين على تحديد كيفية جعل حقوقهم الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة (أي بمقتضى قانون المكان الذي تقع فيه الموجودات المرهونة أو قانون المكان الذي يوجد فيه المانح أو قانون آخر).

ثانياً - نطاق التطبيق والقواعد العامة الأخرى

ألف - نطاق التطبيق

٣٢ - يقصد بالنظام المرتأى في الدليل أن يكون نظاماً وحيداً وشاملاً للمعاملات المضمونة، يمس أوسع طائفة ممكنة من الموجودات والأطراف والالتزامات المضمونة والحقوق الضمانية وغيرها من الحقوق والممارسات التمويلية.

١ - الموجودات والأطراف والالتزامات والحقوق الضمانية وغيرها من الحقوق

٣٣ - يركز الدليل بصورة رئيسية على الموجودات التجارية الأساسية، كال بضائع تجارية (المخزون والمعدات) والمستحقات التجارية. بيد أن الدليل يرى أن جميع أنواع الموجودات يمكن أن تكون موضع حق ضماني، بما فيها جميع الموجودات الحالية والآجلة للمنشأة التجارية، وهو يشمل جميع الموجودات، الملموسة منها وغير الملموسة (انظر الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٢ في الوثيقة A/CN.9/631)، باستثناء الموجودات المستبعدة صراحة (انظر التوصيات ٤-٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣٤ - ويشمل الدليل جميع أنواع الممتلكات المنقولة والملحقات، الملموسة أو غير الملموسة، والحالية أو الآجلة، بما فيها المخزون والمعدات والبضائع الأخرى والمستحقات التعاقدية وغير التعاقدية، والمطالبات التعاقدية غير النقدية، والصكوك القابلة للتداول، والمستندات القابلة للتداول، وحقوق الحصول على سداد الأموال المقيدة في حسابات مصرفية، والعائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل، وحقوق الملكية الفكرية. وفيما يتعلق بالمستحقات (التي لا تشمل الصكوك القابلة للتداول ولا المستندات القابلة للتداول ولا الحسابات المصرفية؛ انظر تعريف "المستحق" في الفقرة ١٩ أعلاه)، تنطبق التوصيات العامة، بما يكملها من توصيات خاصة بالمستحقات، على ما يلي: (أ) المستحقات التعاقدية وغير التعاقدية، باستثناء التوصية ٢٤ (نفاذ الإحالة الإجمالية للمستحقات وإحالة المستحقات الآجلة وأجزاء المستحقات والمصالح غير المجزأة في المستحقات) والتوصية ١١١ (إقرارات المحيل) اللتين لا تنطبقان على المستحقات

غير التعاقدية؛ و(ب) الالتزامات التعاقدية غير النقدية. أمّا حقوق الملتزمين بالالتزامات التعاقدية غير النقدية، فهي تخضع لقانون غير القانون الموصى به في الدليل.

٣٥- ويؤكد الدليل ضرورة تمكين المانح من إنشاء حقوق ضمانية لا في موجوداته الحالية فحسب، بل وفي موجوداته "الآجلة" أيضا أو موجوداته "المكتسبة لاحقا" (أي الموجودات التي اكتسبها المانح أو أنشأها بعد إبرام الاتفاق الضماني)، دون إلزام المانح أو الدائن المضمون بالتوقيع على أي وثائق إضافية أو اتخاذ أي إجراءات إضافية وقت اكتساب تلك الموجودات أو إنشائها. وهذا النهج يتسق، مثلا، مع اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، التي تنص على إنشاء حقوق ضمانية في المستحقات الآجلة دون اشتراط اتخاذ خطوات إضافية. وإلى جانب ذلك، يوصي الدليل بالاعتراف بالحقوق الضماني في جميع الموجودات الحالية والآجلة للمانح من خلال اتفاق ضماني واحد، وهذا مفهوم موجود من قبل في بعض النظم القانونية في شكل "رهن عقاري للمنشأة" أو في شكل مجموعة مؤلفة من الرهون الثابتة والعائمة أو في شكل "حق ضماني شامل لجميع الموجودات".

٣٦- ويمكن لأي شخص طبيعي أو اعتباري أن يكون مدينا أو مانحا أو دائنا مضمونا. بمقتضى الدليل. ويسري الدليل كذلك، ما لم ينص على خلاف ذلك، على المستهلكين، ما دام ليس هناك داع لحرماتهم من منافع النظام المرتأى في الدليل. غير أنه في حال تضارب أي قاعدة في النظام المرتأى في الدليل مع قانون حماية المستهلك، تكون الغلبة لذلك القانون. ولعلّ الدول التي ليست لديها قوانين لحماية المستهلك تود أن تنظر في ما إذا كان سنّ قانون يستند إلى توصيات الدليل من شأنه أن يمس حقوق المستهلكين وأن يتطلب بالتالي استحداث تشريعات لحماية المستهلك (انظر الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣٧- ويوصي الدليل أيضا بجواز ضمان طائفة عريضة من الالتزامات النقدية وغير النقدية. وإضافة إلى ذلك، يقصد من الدليل أن يشمل طائفة عريضة من المعاملات التي تؤدي وظائف ضمانية، بما فيها المعاملات المتعلقة بالحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية (انظر الفقرتين الفرعيتين (ج) و(د) من التوصية ٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣٨- ويتناول الدليل الحقوق الضمانية الناشئة بالاتفاق. بيد أنه يتضمن إشارات إلى حقوق أخرى، كتلك التي ينص عليها القانون أو الأحكام القضائية، عندما تكون نفس الممتلكات خاضعة لحقوق ضمانية نشأت بالاتفاق ولحقوق قانونية أو حقوق أخرى،

ويتوجب على القانون أن ينص على الأولوية النسبية لتلك الحقوق (انظر التوصيات ٨٩-٩٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣٩- وضمانا لتغطية شاملة لجميع الأدوات التي تؤدي وظائف ضمانية، يتناول الدليل أيضا حقوقا لا تُصنّف ضمن الحقوق الضمانية ولكنها تخدم أغراضا ضمانية (مثل عمليات تحويل سند الملكية بشأن الممتلكات المموسة لأغراض ضمانية، والإحالات التامة للمستحقات لأغراض ضمانية، ومختلف أشكال الاحتفاظ بحق الملكية (انظر الفقرة الفرعية (هـ) من التوصية ٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

٤٠- والأدوات الوحيدة التي يتناولها الدليل ولا تؤدي وظائف ضمانية هي الأدوات التي تتضمن الإحالات التامة الصرفة للمستحقات. ويُبرر هذا النهج بضرورة تفادي مسائل التوصيف وضمان انطباق نظام السجل وقواعد الأولوية الواردة في الدليل على جميع إحالات المستحقات (انظر الفقرات ٤١-٤٥ أدناه).

٢- الإحالات التامة للمستحقات

٤١- لا يسري الدليل على الأدوات التي لا تؤدي وظائف ضمانية. والاستثناء الوحيد لتلك القاعدة يتصل بالإحالات التامة الصرفة للمستحقات، التي يسري عليها الدليل من أجل ضمان خضوع جميع إحالات المستحقات للقواعد ذاتها (انظر التوصية ٣ والتوصيات ١٦٢-١٦٤ في الوثيقة A/CN.9/631). ولكن، بما أن تعريف "المستحق" (للاطلاع على تعريف "المستحق"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه)، يستبعد حقوق الحصول على السداد بمقتضى صك قابل للتداول والالتزام بالسداد بموجب تعهد مستقل والتزام أحد المصارف بسداد أموال مودعة في حساب مصرفي، فإن الدليل لا يسري على الإحالة التامة الصرفة لهذه الموجودات (ولكنه يسري على إحالة هذه الموجودات إذا تمت لأغراض ضمانية).

٤٢- وقد استُبعدت الإحالات التامة الصرفة للصكوك القابلة للتداول، والعائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل، وحقوق الحصول على سداد الأموال المقيدة في حساب مصرفي، لأنها تثير مسائل مختلفة وتتطلب قواعد خاصة (وتنطبق الاعتبارات نفسها على الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط، إذا كان الدليل سيتناولها). وبالإضافة إلى ذلك، وفيما يتعلق بالمستحقات، قد تتنافس إحالة الضمانة والإحالة التامة على الأولوية على أساس ترتيب التسجيل. ولكن الحالة تختلف مع الصكوك القابلة للتداول، والعائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل، وحقوق الحصول على سداد الأموال المقيدة في حساب مصرفي. ففيما يتعلق

بالصك القابل للتداول، يمكن للدائن المضمون أن يحصل دائما على حق أعلى مرتبة بجزاءة الصك. كذلك، فيما يتعلق بالعائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل وحقوق الحصول على سداد الأموال المقيّدة في حساب مصرفي، يمكن للدائن المضمون أن يحصل دائما على حق أعلى مرتبة بواسطة السيطرة.

٤٣- وبينما يمكن بسهولة جعل مبادئ قانون المعاملات المضمونة سارية على الإحالة التامة للسندات الإذنية، وربما السفاتج (الكمبيالات) التي هي غير الشيكات، على نحو شبيه بتغطية الدليل فيما يتعلق بالإحالة التامة للمستحقات، فإن تلك المبادئ لا تسري تماما على الإحالة التامة للشيكات. وهذا الموضوع الأخير يغطيه بما فيه الكفاية قانون الصكوك القابلة للتداول وقانون التحصيلات المصرفية.

٤٤- ولعلّ الدولة المشترعة التي ترغب في توسيع نطاق قانونها للمعاملات المضمونة لكي يطبق على الإحالات التامة للصكوك القابلة للتداول التي هي إما سندات إذنية أو سفاتج (كمبيالات) (وترغب أيضا في توسيع تعريفها للتعبير "الحق الضماني" لكي يشمل حق المحال إليه في تلك المعاملة) تود أن تفكر في النص على أن الحق الضماني الذي هو إحالة تامة لصك قابل للتداول يكون ساريا آليا على الأطراف الثالثة حالما تتم الإحالة. ومن شأن قاعدة من هذا القبيل أن تعرقل الممارسات المالية الراهنة.

٤٥- وفيما يتعلق بأولوية حق ضماني من هذا القبيل، فقد تطبق المبادئ العامة بشأن الأولوية. وقد يطبق، على الأخص، المبدأ العام الوارد في التوصية ٩٩. وكما هو الحال فيما يتعلق بالإحالة التامة للمستحق، يجب أن يكون في إمكان المحال إليه الذي يتلقى إحالة تامة لذلك الصك القابل للتداول إنفاذ الصك دون لزوم الحصول على رضا المحيل مرة أخرى، رهنا بحقوق المدينين. بمقتضى الصك القابل للتداول الوارد وصفها في الفصل العاشر المتعلق بالحقوق اللاحقة للتقصير (انظر الوثيقة 7 (A/CN.9/631/Add.)).

٣- الطائرات والمعدات الدارجة للسكك الحديدية والأجسام الفضائية والسفن والأوراق المالية وحقوق الملكية الفكرية

٤٦- لا يسري الدليل على موجودات من قبيل الطائرات والمعدات الدارجة للسكك الحديدية والأجسام الفضائية والسفن، ولا على الفئات الأخرى من المعدات المنقولة، بقدر ما تكون تلك الممتلكات مشمولة بقوانين وطنية أو باتفاقات دولية تكون الدولة التي تسنّ تشريعا يستند إلى الدليل طرفا فيها وتتناول تلك القوانين الوطنية أو الاتفاقات الدولية المسائل

التي يشملها هذا القانون (انظر الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٤ في الوثيقة A/CN.9/631). وينبغي فهم الإشارة إلى الطائرات والمعدات الدارحة للسكك الحديدية والأجسام الفضائية والسفن وفقا للمعنى الذي تكتسبه هذه المصطلحات في القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية التي تتناولها.

٤٧ - ونظرا لتزايد أهمية موجودات الملكية الفكرية وقيمتها الاقتصادية لدى المنشآت التجارية الساعية إلى الحصول على ائتمانات مضمونة، فإن الدليل يسري من حيث المبدأ على الحقوق الضمانية في الملكية الفكرية. ولكن، بما أن التوصيات صيغت دون مراعاة مسائل الملكية الفكرية، فإن الدليل لا يسري في حالة وجود تعارض مع القانون الوطني أو مع الاتفاقات الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها (انظر الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ٤ في الوثيقة A/CN.9/631). وتنادي لهذا التعارض، على الدول المشترعة أن تستعرض قوانينها الراهنة فيما يتعلق بالملكية الفكرية والقوانين الوطنية أو الاتفاقات الدولية القائمة التي هي طرف فيها، وإذا كانت توصيات الدليل تتعارض مع أي من هذه القوانين أو الاتفاقيات [وكانت هذه القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية تتناول المسائل المحددة التي تشملها توصيات الدليل]، وجب على قانون الدولة المتعلق بالمعاملات المضمونة أن يؤكد أن تلك القوانين والاتفاقيات القائمة هي التي تحكم تلك المسائل. ولدى النظر في ما إذا كان من المناسب إدخال أي تعديلات على التوصيات من حيث سريانها على الحقوق الضمانية في الملكية الفكرية، ينبغي لكل دولة أن تحلل كل حالة على حدة تبعا للمسألة المتناولة، وأن تولي الاعتبار الواجب لإنشاء نظام فعال للمعاملات المضمونة ولكفالة حماية حقوق الملكية الفكرية وممارستها وفقا لقوانينها الوطنية والاتفاقات الدولية.

٤٨ - وقد أُعِدَّت الفقرتان الفرعيتان (أ) و(ب) من التوصية ٤ على خلفية ما إذا كانت هناك قوانين واتفاقات دولية خاصة ذات صلة تتناول المسائل الخاصة التي يشملها هذا القانون. فمعظم البلدان مثلا تملك سجلات وقواعد مفصلة بشأن الحقوق الضمانية وغيرها من الحقوق في السفن والطائرات والأنواع الأخرى من المعدات المنقولة الموصوفة في الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٤. وهذه السجلات هي إما حديثة العهد أو يجري تحديثها باستمرار نتيجة الحاجة إلى تمويل هذه الأنواع من الممتلكات. وتتناول جميع القوانين والاتفاقات الدولية الخاصة المتعلقة بالسلع المنقولة الحقوق الضمانية بدرجات متفاوتة من الدقة. وخلافا لذلك، فإن مختلف أنواع الملكية الفكرية لا تكون مسجلة في كثير من الأحيان، أو تكون السجلات مجرد دليل على أن الحكومة أصدرت حقا أو أقرته، ولكن هذه السجلات ليست مصممة لتسجيل الحقوق الضمانية. أضف إلى ذلك أن من غير الشائع أن تكون بعض أنواع

الملكية الفكرية موضع حقوق ضمانية، كما أن قانون الملكية الفكرية لا يتناول عادة المسائل الخاصة التي يتناولها هذا القانون.

٤٩- وإضافة إلى ذلك، لا يشمل الدليل الحقوق الضمانية في الأوراق المالية، لأن طبيعة الأوراق المالية وأهميتها في عمل الأسواق المالية تثيران طائفة واسعة من المسائل التي تستحق معاملة تشريعية خاصة. وثمة مشروع اتفاقية يُعدّه حاليا المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) يعالج مسائل القانون الموضوعي المتصلة بالحقوق الضمانية وغير الضمانية في الأوراق المالية المودعة لدى وسيط. ولا يتناول الدليل القانون الواجب التطبيق على الحقوق في الأوراق المالية [المودعة لدى وسيط] لأنها عولجت في اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط. [ولكن الدليل لا يتناول الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط نظرا لأهمية هذه الأوراق في المعاملات المضمونة التي تشمل منشآت تجارية صغيرة ومتوسطة الحجم (انظر الفقرة الفرعية (ج) من التوصية ٤ في الوثيقة A/CN.9/631)].

[ملاحظة إلى اللجنة: إذا قرّرت اللجنة أن يشمل الدليل الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط، في انتظار القيام بأعمال مقبلة فيما يتعلق بهذه الأوراق المالية، وجب إدراج صيغة في الفقرة الفرعية (ج) من التوصية ٤، تكون على غرار صيغة الفقرة الفرعية (أ) أو (ب) من أجل ضمان تطبيق بعض أحكام قانون الأوراق المالية على الأقل إلى أن يتم إعداد التوصيات الضرورية التي تخص الموجودات المتعلقة بالأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط. وإضافة إلى ذلك، سيتعين استبعاد الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط من تعريف "المستحقات" بغية ضمان عدم انطباق القواعد المتعلقة بالمستحقات على هذه الأوراق المالية. وعلاوة على ذلك، قد يكون من الضروري الإشارة إلى تعريفي "الأوراق المالية" و"الأوراق المالية المودعة لدى وسيط" الواردة في مشروع اتفاقية اليونيدروا (Unidroit document Study LXXVIII-Doc. 57, November 2006, article 1, subparas. (a) and (b)).]

٥٠- وقد هُيكل الدليل بحيث يمكن للدولة التي تسنّ تشريعا يستند إلى النظام المرتأى في الدليل أن تطبّق، في الوقت نفسه، النصين اللذين أعدهما اليونيدروا ومؤتمر لاهاي، وكذلك ما أعدته الأونسيترال من نصوص ذات صلة، مثل اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة ودليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار (انظر الفقرة ١٢ أعلاه).

٤ - الممتلكات غير المنقولة

٥١ - الممتلكات غير المنقولة (باستثناء ملحقات الممتلكات غير المنقولة التي يمكن إخضاعها للحقوق الضمانية التي يشملها الدليل) مستبعدة لأنها تثير مسائل مختلفة وتخضع لنظام خاص لتسجيل حقوق الملكية، مفهرس حسب الموجودات لا حسب المانحين.

٥٢ - ورغم أن الممتلكات غير المنقولة مُستبعدة من نطاق الدليل كموجودات مرهونة أصلية، فهي قد تتأثر مع ذلك بتوصيات الدليل. فإذا كان الحق الضماني في رهن عقاري مثلاً يضمن مستحقاً أو صكاً قابلاً للتداول أو موجودات أخرى غير ملموسة، وأحيل ذلك المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجودات الأخرى غير الملموسة، أحيل كذلك الحق الضماني في الرهن العقاري. وهذه القاعدة لا تمس بما يقضي به قانون الممتلكات غير المنقولة من حقوق وأولوية ومتطلبات إنفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٢٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٥ - عائدات أنواع الموجودات المستبعدة

٥٣ - إذا استُبعدت موجودات من نطاق الدليل، وجب أن يحدد قانون غير قانون المعاملات المضمونة ما إذا كان الحق الضماني في تلك الموجودات يمنح بالرغم من ذلك حقاً ضمانيًا في أنواع العائدات التي ينطبق عليها قانون المعاملات المضمونة (مثلاً المستحقات التي تمثل عائدات ممتلكات غير منقولة). وفي إطار الدليل، إذا كان ذلك القانون الآخر ينص على أن الحق الضماني في هذه العائدات هو حق قائم، فإن قانون المعاملات المضمونة ينطبق من ثم على ذلك الحق الضماني، ما عدا بقدر انطباق ذلك القانون الآخر على [نفاذ ذلك الحق الضماني أو أولويته أو إنفاذه، تجاه الأطراف الثالثة] [ذلك الحق الضماني] (انظر التوصية ٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦ - الاستثناءات الأخرى

٥٤ - نظراً إلى أن أهداف الدليل يمكن تحقيقها على أفضل وجه بنظام شامل للمعاملات المضمونة، فإن الدليل يوصي بأن تكون أي استثناءات أخرى من نطاق انطباقه غير واردة خصيصاً في الدليل محدودة، وإذا وضعت أي استثناءات من هذا القبيل، وجب بيانها في القانون بطريقة واضحة ومحددة (انظر التوصية ٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

باء - القواعد العامة الأخرى

١ - استقلالية الأطراف

٥٥ - تولي النظم الحديثة للمعاملات المضمونة اهتماما بالغاً لاستقلالية الأطراف، أي قدرة الأطراف على الخروج عن قواعد معينة تابعة لنظام المعاملات المضمونة أو على تغييرها، إلا بما تحدّدها به بعض القواعد الإلزامية المتفق عليها التي تجسّد اعتبارات سياساتية متينة. ولكن نظم المعاملات المضمونة الحديثة تنص بوضوح على أن مثل هذه الاتفاقات لا تمس حقوق الأطراف الثالثة التي هي ليست أطرافاً في الاتفاق. وهذا النهج ضروري لإتاحة أكبر قدر ممكن من المرونة للأطراف في المعاملات المضمونة لتمكينها من تكييف معاملاتها وفقاً لاحتياجاتها الخاصة بحيث تتمشى والسياسة العامة للدولة المشترعة. وهذه الطريقة هي من أهم الطرائق التي يمكن لنظام المعاملات المضمونة أن يروّج بها الائتمانات المضمونة. ويعتمد الدليل هذا النهج (انظر التوصية ٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢ - المراسلات الإلكترونية

٥٦ - إن نظم المعاملات المضمونة الحديثة لا تجسّد المفاهيم الحديثة لقانون المعاملات المضمونة فحسب، وإنما تستوعب أيضاً الممارسات التجارية الحديثة عن طريق تسهيل المراسلات الإلكترونية. وبهذه الروح، وتمشياً مع الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية^(٥) والمادتين ٦ و ٧ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية^(٦)، يتضمن الدليل عدداً من التوصيات التي تقرّ بقدرة الأطراف على تسيير الأعمال التجارية باستخدام المراسلات الإلكترونية (انظر التوصيتين ٩ و ١٠ في الوثيقة A/CN.9/631؛ وانظر أيضاً الفقرات ١٤٣ - ١٦٥ من التعليقات على المواد مادة ١٠٠ و ١٠١ من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية^(٥)، والفقرات ٤٧ - ٦١ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع ١٩٩٦ ومع المادة الإضافية ٥ مكرراً بصيغتها المعتمدة في عام ١٩٩٨).^(٦)

(٥) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.07.V.2.

(٦) المرجع نفسه، رقم المبيع A.99.V.4.

جيم - أمثلة للممارسات التمويلية التي يشملها الدليل

٥٧- ترد أدناه أمثلة وحيزة لأنواع المعاملات الائتمانية المضمونة التي يهدف الدليل إلى تشجيعها، والتي يشار إليها في مختلف أجزاء الدليل لتوضيح نقاط معينة. وهذه الأمثلة لا تمثل سوى قلة من الأشكال العديدة للمعاملات الائتمانية المضمونة المستخدمة حالياً، ويجب على أي نظام فعال للمعاملات المضمونة أن يكون مرناً بدرجة كافية لاستيعاب ما يوجد من طرائق تمويل عديدة، وكذلك ما قد ينشأ في المستقبل من طرائق.

١ - تمويل المخزون واحتياز المعدات

٥٨- كثيراً ما تحصل المنشآت التجارية على التمويل لشراء مخزونات أو معدات معينة. وفي كثير من الحالات، يتولى توفير التمويل بائع الممتلكات الملموسة (المخزون والمعدات) المشتراة. ويتولاه في حالات أخرى مُقرضٌ ما. ويكون المقرض في بعض الأحيان طرفاً ثالثاً مستقلاً، ولكنه قد يكون في حالات أخرى تابعاً للبائع. ويحتفظ البائع بحق الملكية أو يمنح المقرض حقاً ضمانياً في الممتلكات الملموسة المشتراة لضمان سداد الائتمان أو القرض.

٥٩- وفيما يلي مثال على تمويل الاحتياز: تود الشركة "سين" للصناعة التحويلية، وهي صانع للأثاث، الحصول على بعض المخزونات والمعدات لاستخدامها في عمليات صناعية. وترغب الشركة "سين" في شراء طلاء (وهو مادة خام، وبالتالي فهو من المخزونات) من البائع "ألف". وتود الشركة "سين" أيضاً شراء بعض الثقافات الضغطية (وهي من المعدات) من البائع "باء"، وبعض معدات السيور الدوارة من البائع "جيم". وأخيراً، تود الشركة "سين" استئجار بعض المعدات الحاسوبية من المؤجر "ألف".

٦٠- ويقضي اتفاق الشراء المعقود مع البائع "ألف" بأن تدفع الشركة "سين" ثمن شراء الطلاء في غضون ثلاثين يوماً من تاريخ إرسال فاتورة البائع "ألف" إليها، وأن تمنح البائع "ألف" حقاً ضمانياً في الطلاء ضماناً لسداد ثمن الشراء. ويقضي اتفاق الشراء مع البائع "باء" بأن تدفع الشركة "سين" ثمن شراء الثقافات الضغطية في غضون عشرة أيام من توريدها إلى مصنع الشركة. وتحصل الشركة "سين" من المقرض "ألف" على قرض لتمويل شراء الثقافات الضغطية من البائع "باء"، يضمّنه حق ضمان في تلك الثقافات. وتحتفظ الشركة "سين" أيضاً بحساب مصرفي لدى المقرض "ألف" وقد منحتة حقاً ضمانياً في حق الحصول على سداد الأموال المقيدة في الحساب المصرفي كضمانة إضافية لسداد القرض.

٦١- ويقضي اتفاق الشراء مع البائع "جيم" بأن تسدد الشركة "سين" ثمن شراء معدات السيور الدوارة عند تركيبها في مصنع الشركة وجعلها جاهزة للتشغيل. وتحصل الشركة "سين" من المقرض "باء" على قرض لتمويل شراء وتركيب تلك المعدات من البائع "جيم"، يضمنه حق ضماني في تلك المعدات.

٦٢- ويقضي اتفاق الإيجار المعقود مع المؤجر "ألف" بأن تستأجر الشركة "سين" المعدات الحاسوبية منه لمدة سنتين. ويتعين على الشركة "سين" أن تدفع خلال فترة الإيجار أقساط استعجار شهرية. ولدى الشركة "سين" خيار (لكن دون إلزام) بأن تشتري تلك المعدات بثمن شراء رمزي في نهاية مدة الإيجار. ويحتفظ المؤجر "ألف" بسند ملكية المعدات خلال مدة الإيجار، ولكن هذا السند يحال إلى الشركة "سين" عند انتهاء مدة الإيجار إذا مارست الشركة خيار الشراء. وهذا النوع من الإيجار يُشار إليه في كثير من الأحيان بالتعبير "الإيجار التمويلي". وفي بعض أشكال الإيجار التمويلي، يحال حق ملكية الممتلكات المؤجرة إلى المستأجر آلياً عند نهاية مدة الإيجار. ويجب التمييز بين الإيجار التمويلي وما يُدعى عادة "الإيجار التشغيلي". ففي الإيجار التشغيلي يتوقع أن تبقى الممتلكات المؤجرة صالحة للاستعمال عند انتهاء مدة الإيجار، ولا يكون للمستأجر خيار شراء الممتلكات المؤجرة بثمن رمزي عند إنتهاء مدة الإيجار ولا يحال حق ملكيتها إليه آلياً عند انتهاء مدة الإيجار.

٦٣- وفي كل حالة من الحالات الأربع المذكورة أعلاه، يمكن إجراء الاحتيازات من خلال تمويل احتيازي يوفره شخص آخر (بائع أو مقرض أو مؤجر تمويلي) يحتفظ بحقوق في الممتلكات المحتازة بغرض ضمان التمويل الاحتيازي الممنوح. وكما توضّح تلك الأمثلة، يمكن أن يحدث التمويل الاحتيازي للمخزونات وللمعدات على حد سواء.

٢- تمويل المخزون والمستحقات بقروض متجددة

٦٤- يتعيّن على المنشآت التجارية عموماً أن تنفق من رأس المال قبل أن تتمكن من توليد العائدات وتحصيلها. فعلى سبيل المثال، قبل أن تتمكن شركة صناعية نموذجية من توليد مستحقات وتحصيل مدفوعات، يتعيّن عليها أن تنفق من رأس المال لكي تشتري المواد الخام، وتحول المواد الخام إلى بضائع تامة الصنع ثم تبيعها. وقد تستغرق هذه العملية عدة أشهر، تبعاً لنوع النشاط. وتيسّر الحصول على رأس مال عامل هو أمر حاسم الأهمية لاجتياز الفترة الفاصلة بين إنفاق النقود وتحصيل الإيرادات.

٦٥- وتمثل تسهيلات القروض المتجددة واحدا من الأساليب البالغة الفعالية في توفير رأس المال العامل اللازم لذلك الغرض. ففي هذا النوع من التسهيلات الائتمانية، تقدّم إلى المقرض من حين إلى آخر، بناء على طلبه، قروض مضمونة بمخزونات ومستحققات الحالية والآجلة لتمويل احتياجاته من رأس المال العامل. وعادة ما يطلب المقرض القروض عندما يحتاج إلى شراء مخزونات وتصنيعها، ثم يسدد تلك القروض عند بيع المخزونات المصنعة وتحصيل ثمن البيع. وهكذا تتكرر عمليات الاقتراض والسداد (وإن لم تكن منتظمة بالضرورة)، وتتغير مقادير الائتمان باستمرار. ولأن هيكل القروض المتجددة يوفّق بين عمليات الاقتراض ودورة التحوّل النقدي لدى المقرض (أي احتياز مخزونات ثم تصنيعها ثم بيعها فتوليد مستحقات فتلقّي مدفوعات فاحتياز مزيد من المخزونات لتبدأ الدورة من جديد)، فهو يعتبر فعّالا ومفيدا للغاية للمقرض، من وجهة النظر الاقتصادية، وهو يساعد المقرض على تجنّب الاقتراض بأكثر من احتياجاته الفعلية.

٦٦- وفيما يلي مثال يوضّح هذا النوع من التمويل: تحتاج الشركة "سين" عادة إلى أربعة أشهر لكي تصنع منتجاتها وتبيعها وتحصل ثمن بيعها. ويوافق المقرض "باء" على تزويد الشركة بتسهيلات قرض متجدد لكي تموّل هذه العملية. وتستطيع الشركة "سين" بمقتضى تسهيلات القرض أن تحصل على قرض من حين إلى آخر بمبلغ إجمالي يصل إلى ٥٠ في المائة من قيمة مخزونات التي يعتبرها المقرض "باء" مقبولة كأساس للإقراض (تبعاً لنوع المخزونات ونوعيتها وللمعايير الأخرى) وإلى ٨٠ في المائة من قيمة مستحققاتها التي يعتبرها المقرض "باء" مقبولة كأساس للإقراض (تبعاً لمعايير مثل الجدارة الائتمانية للمدينين بالمستحقات). ويتوقع أن تسدّد الشركة "سين" هذه القروض من حين إلى آخر كلما تلقّت مدفوعات من زبائنها. وتكون تسهيلات القروض مضمونة بكل ما لدى الشركة "سين" من مخزونات ومستحقات حالية وآجلة. ومن المألوف أيضاً في هذا النوع من التمويل أن يحصل المقرض على حق ضماني في حق الحصول على سداد الأموال المقيّدة في الحساب المصرفي الذي تودع فيه مدفوعات الزبائن (أي العائدات المتأتية من المخزونات والمستحقات).

٣- العوملة

٦٧- العوملة هي شكل فعّال جدا من أشكال التمويل بالمستحقات، تعود جذوره إلى آلاف السنين. وتشمل العوملة، عموماً، الشراء التام للمستحقات من المانح، بصفته بائعاً (محيلاً) إلى العامول (المحال إليه). وتندرج هذه الإحالة التامة للمستحقات ضمن تعريف الحق الضماني لأغراض الدليل (للاطلاع على تعريف "الحق الضماني"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه).

٦٨- وهناك عدة أنواع مختلفة من ترتيبات العوملة. فقد يدفع العامل جزءاً من ثمن شراء المستحقات وقت الشراء ("العوملة الحسمية")، أو عند تحصيل المستحقات فحسب ("العوملة التحصيلية")، أو عند حلول الأجل المتوسط لتحصيل كل المستحقات المعوملة ("العوملة الاستحقاقية"). وفي حال عدم سداد المستحقات من جانب المدينين بها (أي زبائن المحيل)، يمكن أن تكون إحالة تلك المستحقات مشفوعة أو غير مشفوعة بحق الرجوع إلى المحيل (العوملة "مع حق الرجوع" و"دون حق الرجوع"). أخيراً، يمكن إشعار المدين بالمستحقات لدى عوملة مستحقاته ("العوملة التبليغية")، ويجوز عدم تبليغه ("العوملة غير التبليغية"). وفي حال إشعار الزبون، كثيراً ما يتم ذلك بإلزام المحيل بأن يدرج بياناً إيضاحياً في الفواتير التي يرسلها إلى زبائنه. كما يجوز للعامل أن يقدم للمحيل خدمات مختلفة فيما يتعلق بالمستحقات، تمتد من إقرار وتقييم الجدارة الائتمانية للمدينين بالمستحقات وأداء مهام مسك الدفاتر إلى المشاركة في جهود التحصيل فيما يخص المستحقات التي لا تسدد عند استحقاقها. وهذه الخدمات يمكن أن تفيد الشركات التي ليست لديها أقسام معنية بالائتمان والتحصيل.

٦٩- وفيما يلي مثال يوضح ترتيبات العوملة النموذجية: تدخل الشركة "سين" في ترتيب عوملة حسمية مع عامل ما، يوافق فيه العامل على شراء المستحقات التي يعتبرها حديرة بالائتمان. ويدفع العامل إلى الشركة "سين" سلفة قدرها ٩٠ في المائة من القيمة الاسمية لتلك المستحقات، مع الاحتفاظ بالعشرة في المائة المتبقية على سبيل الاحتياط لتغطية ما قد يكون لدى الزبون من مطالبات وعلاوات تقلل من قيمة المستحقات. ويجري في ترتيب العوملة هذا إشعار زبائن الشركة "سين".

٤- التسديد

٧٠- ثمة أسلوب آخر بالغ الفعالية في التمويل المنطوي على استخدام المستحقات هو التسديد. والتسديد أسلوب تمويلي متطور يميّز المنشأة التجارية من الحصول على تمويل أقل تكلفة استناداً إلى قيمة مستحققاتها بإحالة تلك المستحقات إلى "هيئة خاصة الغرض" مملوكة بالكامل تقوم بإصدار أوراق مالية في أسواق رأس المال يضمنها تدفق الإيرادات المتأتية من تلك المستحقات. فمن المألوف استخدام هذا الأسلوب مثلاً في الحالات التي تكون فيها مستحقات الشركة متمثلة في مستحقات بطاقات ائتمانية أو إيجارات أو رهون سكنية، وإن كان من الممكن أيضاً تسديد أنواع كثيرة أخرى من المستحقات. ومعاملات التسديد هي معاملات تمويلية معقدة تعتمد أيضاً على قوانين الأوراق المالية في الولاية القضائية المعنية وكذلك على قوانينها الخاصة بالمعاملات المضمونة.

٧١- والغرض من التسييد هو تخفيض تكلفة التمويل، لأن الهيئة الخاصة الغرض مُهيكلية على نحو يجعل احتمال إعسارها "بعيدا" (أي غير ممكن نظريا) بالحد من مقدار الدين الذي يمكنها أن تتكبده. وهذا يقلل إلى حد بعيد أحد المخاطر التي يتعين على المقرض أن يأخذها في الحسبان عندما يقرّر سعر الفائدة المفروض على القرض. وعلاوة على ذلك، وبما أن مصدر الائتمان هو أسواق رأس المال، لا النظام المصرفي، فيمكن للتسييد أن يولّد مبالغ ائتمانية أكبر مما تولده القروض المصرفية وبتكلفة أدنى.

٧٢- وفيما يلي مثال يوضح إحدى معاملات التسييد: يقوم فرع تابع لشركة صناعة للسيارات بإنشاء هيئة خاصة الغرض لكي تشتري عقود تأجير شرائي لسيارات من تجار سيارات في جميع أنحاء سوق محددة جغرافيا. وتشتري تلك العقود الإيجارية من التجار على أساس حسم من القيمة المسقطة لدفعات السداد المتوقع أن تولدها تلك العقود. ثم تصدر الهيئة الخاصة الغرض، لصالح مستثمرين في سوق رأس المال ومقتضى قوانين الأوراق المالية السارية، سندات دين مضمونة بذلك التدفق من الإيرادات. وبما أن دفعات السداد تجرى بمقتضى عقود الإيجار الشرائي، فإن الهيئة ستستخدم تلك العائدات في سداد سندات الدين.

٥- التمويل القرصي المحدد الأجل

٧٣- كثيرا ما تحتاج المنشآت التجارية إلى تمويل لتغطية نفقات كبيرة، خارج السياق المعتاد لعملها، مثل اقتناء معدات هامة أو احتياز منشأة جديدة. وفي هذه الحالات تسعى المنشآت عادة إلى الحصول على قروض تسدّد على مدى فترة زمنية محدّدة (يُسدّد أصل القرض بأقساط شهرية أو فصلية أو أقساط دورية أخرى وفقا لجدول زمني متفق عليه أو بدفعة واحدة عند حلول أجل تسديد القرض).

٧٤- وكما هو الحال في كثير من أنواع التمويل الأخرى، سيكون من الصعب على المنشأة التي لا تتمتع بجدارة ائتمانية قوية وراسخة أن تحصل على تمويل بقرض محدّد الأجل ما لم تستطع منح حقوق ضمانية في موجوداتها لضمان ذلك التمويل. ويتوقف مقدار التمويل جزئيا على تقدير الدائن لصافي القيمة التسييلية للموجودات المراد رهنها. وعادة ما تكون الممتلكات غير المنقولة، في كثير من الدول، هي النوع الوحيد من الموجودات الذي يقبله المقرضون لضمان التمويل القرصي المحدد الأجل. ونتيجة لذلك، كثيرا ما يكون التمويل القرصي المحدد الأجل، في تلك الدول، غير متاح لأنواع هامة أخرى من الموجودات، مثل المعدات أو القيمة السوقية للمنشأة كلها. وهذا ما يحدث على الأرجح في الدول التي تفتقر إلى نظام عصري للمعاملات المضمونة. غير أن الكثير من المنشآت،

ولا سيما تلك التي تأسست منذ وقت قصير، لا تكون لديها أي ممتلكات غير منقولة، ومن ثم فقد لا تجد سبيلا للحصول على تمويل قرضي محدد الأجل. وثمة دول أخرى تشجع فيها القروض المحددة الأجل المضمونة بممتلكات منقولة، كالمعدات والممتلكات الفكرية والقيمة السوقية للمنشأة.

٧٥- وفيما يلي مثال يوضح هذا النوع من التمويل: تود الشركة "سين" توسيع عملياتها وشراء منشأة. وتحصل الشركة "سين" من المقرض "جيم" على قرض (يرتكز على قيمة جميع موجودات المنشأة الجاري احتيازها وتضمنه أساسا تلك القيمة) لتمويل ذلك الاحتياز. ويتقرر سداد القرض بأقساط شهرية متساوية على مدى عشر سنوات، وتضمنه موجودات الشركة "سين" الحالية والآجلة وقيمة المنشأة الجاري احتيازها.

٦- إحالة سند الملكية لأغراض ضمانية

٧٦- في الدول التي تقبل شكلا من أشكال نقل الملكية، حتى وإن كان لا يستتبع نقلا للحيازة وكان يتم لأغراض تمويلية، يُعترف بمعاملة تسمى إحالة حق الملكية على سبيل الضمان (أو أحيانا إحالة "استثمارية" لحق الملكية). وهذه المعاملات هي بشكل أساسي حقوق ضمانية غير حيازية وتستخدم بصفة رئيسية في الدول التي لم يعترف فيها قانون المعاملات المضمونة عموما بالحقوق الضمانية غير الحيازية بعد.

٧- معاملات البيع ثم الاستئجار

٧٧- تمثل "معاملة البيع ثم الاستئجار" طريقة يمكن بها للشركة أن تحصل على ائتمان استنادا إلى ممتلكاتها الملموسة الموجودة (المعدات عادة) مع احتفاظها بحيازة تلك الممتلكات وبحق استخدامها في تسيير أعمالها. وفي معاملة البيع مع إعادة الاستئجار، تبيع الشركة موجوداتها إلى شخص آخر مقابل مبلغ معين (يمكن للشركة أن تستخدمه بعد ذلك كرأس مال عامل، أو لتغطية نفقاتها الإنتاجية، أو لأغراض أخرى). وبالتزامن مع البيع، تستأجر الشركة تلك المعدات من ذلك الشخص الآخر لمدة وأجرة محددين في اتفاق الإيجار. وكثيرا ما يكون هذا الإيجار "إيجارا تمويليا" وليس "إيجارا تشغيليا".

دال- التوصيات

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تلاحظ أن التوصيات ليست مستنسخة هنا نظرا إلى أن الوثيقة A/CN.9/631 تتضمن مجموعة موحدة من توصيات مشروع الدليل

التشريعي بشأن المعاملات المضمونة. ومتى وضعت التوصيات في صيغتها النهائية فستستسخ في نهاية كل فصل].

ثالثاً- النهج الأساسية إزاء الضمان

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدمة

٧٨- أنشأت دول مختلفة على مر الزمن طائفة واسعة ومتنوعة من المؤسسات القانونية من أجل تشجيع المقرضين والبائعين على تقديم ائتمانات إلى المقرضين والمشتريين. وكثيراً ما ستّ الدول حقوقاً قانونية خاصة لصالح المقرضين والبائعين لأجل تشجيعهم على تقديم ائتمانات. وعادة ما أنشأت الدول أيضاً نظماً لتمكين الدائنين والمدينين من التعاقد على حقوق خاصة. وكان الهدف في كلتا الحالتين هو تفضيل الدائن على دائنين آخرين عند توزيع العائدات الناتجة عن مصادرة ممتلكات أحد المدينين وبيعها إذا ما تخلف المدين عن أداء الالتزام المتعهد به. ويمكن أن تفهم هذه الأنواع المختلفة من الحقوق على أنها حقوق ضمانية (للاطلاع على تعريف "الحق الضماني" انظر الفقرة ١٩ أعلاه).

٧٩- والغرض الرئيسي من هذا الفصل هو تقديم استعراض للنهج الرئيسية المتبعة إزاء إتاحة الضمان للدائنين. ويبحث هذا الفصل ميزات وعيوب كل نهج من النهج فيما يتعلق بالطرفين المعنيين بصورة مباشرة (أي الدائن والمائع) والأطراف الثالثة، ويبيّن بإيجاز الخيارات السياسية الرئيسية المتاحة للمشرعين لدى الاختيار من بين مختلف النهج الممكنة. كما يشدّد هذا الفصل على الأسباب التي تقتضي تحديث القانون في هذا المجال لأجل النهوض بالائتمان المضمون والسياقات التي تكون فيها الحاجة إلى التحديث أشد إلحاحاً.

٨٠- وبوجه عام، تندرج الأساليب المتبعة حالياً لأغراض الضمان ضمن ثلاث فئات عامة: أولاً، أدوات محدّدة مصمّمة من أجل الضمان ويطلق عليها صراحة اسم الضمان (انظر الباب ألف-٢ أدناه)؛ ثانياً، أدوات حق الملكية (الملكية) المقترنة بأنواع مختلفة من الترتيبات التعاقدية (انظر الباب ألف-٣ أدناه)؛ ثالثاً، أدوات الضمان المتكاملة والشاملة التي تتضمن مفهوماً عاماً معرّفاً وظيفياً للحق الضماني (انظر الباب ألف-٤ أدناه).

٨١- وفي كثير من الدول اليوم، كما هو ملاحظ، لا تستند كل الأدوات القانونية التي يستخدمها المقرضون والبائعون والأطراف الأخرى لمنح الائتمان إلى اتفاق. فبعضها ينشأ بفعل سريان القانون، وسيشار إلى أهمها في كل من البنود التالية أدناه. ولكن، نظراً إلى أن

معظم الحقوق الضمانية القانونية تقع خارج نطاق هذا الدليل (باستثناء الفصل السابع المتعلق بالأولوية؛ انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.4)، سيركّز البحث التالي على أدوات الضمان المستندة إلى اتفاق.

٢- الصكوك المصممة تقليدياً من أجل الضمان

(أ) الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة

٨٢- تميّز معظم الدول بين الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة والحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة (للاطلاع على تعريفي "الممتلكات غير الملموسة" و"الممتلكات الملموسة"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه). ولأن الممتلكات الملموسة قد تكون موضوع حيازة مادية ولأن كثيراً من الدول تعلّق عواقب قانونية هامة على حيازة الممتلكات الملموسة، كثيراً ما تسمح الدول بالحصول على أنواع من الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة ليست متاحة بشأن الممتلكات غير الملموسة.

٨٣- ففيما يتعلق بالحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة، تميّز معظم الدول بين الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية (للاطلاع على تعريفي "الحق الضماني غير الحيازي" و"الحق الضماني الحيازي" انظر الفقرة ١٩ أعلاه). ففي حالة الحقوق الضمانية الحيازية، تُحال حيازة الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون أو إلى طرف ثالث، أو إلى شخص يتصرّف نيابة عن الدائن المضمون. وفي حالة الحقوق الضمانية غير الحيازية، يحتفظ المانح، وعادة ما يكون هو المدين وإن كان يمكن أيضاً أن يكون طرفاً ثالثاً، بحيازة الموجودات المرهونة (للاطلاع على تعاريف "المدين" و"الموجودات المرهونة" و"المانح" و"الدائن المضمون"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه).

٦- رهون الوفاء

٨٤- رهن الوفاء هو، إلى حد بعيد، أشيع أنواع الحق الضماني في الممتلكات الملموسة. وعادة ما تتطلب صحة رهن الوفاء أن يتخلّى المانح عن حيازة الموجودات المرهونة. أما اليوم، فقد مدّدت دول كثيرة نطاق عبارة "رهن الوفاء" لتشمل الأوضاع التي يحتفظ فيها المانح بالحيازة المادية للموجودات المرهونة. وفي هذا الدليل تعتبر هذه الأنواع العصرية من رهن الوفاء حقوقاً ضمانية غير حيازية لا رهون وفاء.

٨٥- وينشأ رهن الوفاء العادي عندما يتخلى المانح فعلاً عن حيازة الموجودات المرهونة لصالح الدائن المضمون أو لصالح طرف ثالث اتفق عليه الطرفان (لصالح مستودع مثلاً). ويمكن أيضاً أن يكون الحائز الفعلي وكيلاً أو قيماً يُمسك الضمان باسم الدائن أو لحسابه أو باسم اتحاد من الدائنين أو لحسابهم. وتجريد المانح من موجوداته، عملاً بما هو مطلوب، لا يجب أن يحدث عند إنشاء الحق الضماني فحسب، بل يجب أن يستمر طوال مدة رهن الوفاء. وعادة ما تؤدي إعادة الموجودات المرهونة إلى المانح إلى إنهاء رهن الوفاء.

٨٦- وفي دول عديدة، لا يتطلب التجريد من الحيازة دائماً نقل الموجودات المرهونة مادياً من مباني المانح، شريطة أن تمنع بطريقة أخرى إمكانية وصول المانح إلى الموجودات. وهذا يمكن تحقيقه مثلاً بتسليم الدائن المضمون مفاتيح المستودع الذي تخزن فيه الموجودات المرهونة (البضائع أو المواد الخام)، شريطة أن يمنع ذلك إمكانية وصول المانح إليها دون إذن. ويمكن تحقيق النتيجة ذاتها بتسليم الموجودات المرهونة إلى طرف ثالث. فيمكن، مثلاً، استخدام شركة "تخزين" مستقلة لكي تسيطر على الموجودات المرهونة في مباني المانح بصفتها وكيلاً للدائن المضمون. وبموجب ترتيب من هذا القبيل (ويعرف أحياناً باسم "الإيداع في الموقع")، تخزن الموجودات المرهونة في مساحة من مباني المانح تكون محددة أو تكون السيطرة عليها مقصورة بطريقة ما على شركة التخزين. ويجب عادة استيفاء عدة شروط لكي تكون هذه الأنواع من الترتيبات صحيحة. فيجب أن يكون واضحاً لأي طرف ثالث أن المانح ليست لديه حرية الوصول إلى الموجودات المرهونة. وإضافة إلى ذلك، لا يمكن أن تكون هناك أية إمكانية للوصول المانح دون إذن إلى المنطقة التي تخزن فيها الموجودات المرهونة. وعلاوة على ذلك، لا يمكن أن يعمل مستخدمو شركة التخزين لدى المانح. وإذا انتدبوا من بين العاملين لدى المانح بسبب خبرتهم أو لأسباب أخرى، وجب تعديل شروط توظيفهم بحيث لا يعودون يعملون لدى المانح.

٨٧- وفي حين أن معظم رهون الوفاء تقدّم بشأن ممتلكات ملموسة، تشمل الممتلكات الملموسة مجموعة من الممتلكات أوسع نطاقاً. فالموجودات ذات الطابع الخاص، ومنها المستندات والصكوك (سواء أكانت قابلة أم غير قابلة للتداول) تجسّد حقوقاً في ممتلكات ملموسة (مثل سندات الشحن أو إيصالات التخزين) أو في حقوق سداد غير ملموسة (مثل الصكوك القابلة للتداول). وفي تلك الحالات يجرّد المانح من الحيازة بنقل الحيازة المادية للمستند أو الصك إلى الدائن المضمون.

٨٨- ويُعطي رهن الوفاء، كحق ضماني، خمس ميزات هامة للدائن المضمون، وهي تنشأ من أن المانح مجرّد من الحيازة والدائن المضمون متمتع بالحيازة الفعلية للموجودات المرهونة.

فأولاً، لا يستطيع المانح أن يتصرف في الموجودات المرهونة دون موافقة الدائن المضمون. وثانياً، لا يتعرض الدائن المضمون لخطر انخفاض القيمة الفعلية للموجودات المرهونة بسبب تخلف المانح عن الحفاظ عليها أو صيانتها حسبما يلزم. وثالثاً، في الحالات التي يستطيع فيها الدائن استخدام الموجودات المرهونة، كثيراً ما يتفق الطرفان على أنه يجوز للدائن أن يفعل ذلك ما دام يحافظ عليها كما ينبغي. ورابعاً، إذا كانت الموجودات المرهونة صكاً يتضمن فائدة مستحقة الدفع لحامله يسهّل رهن الوفاء تحصيل الدائن السداد الملتزم به كلما استحققت الأقساط. وخامساً، إذا أصبح الإنفاذ ضرورياً، جُتِبَ الدائن المضمون العناية والوقت والنفقات والمخاطرة التي ينطوي عليها الاضطرار إلى المطالبة باستلام الموجودات المرهونة من المانح.

٨٩- ورهن الوفاء له ميزات للأطراف الثالثة أيضاً، خصوصاً عندما تكون تلك الأطراف الثالثة هي دائني المانح الآخرين. فتجريد المانح الإلزامي من الحيابة يجنب التعرض لأي خطر ينطوي عليه خلق انطباع خاطئ عن ثراء المانح (أي مثلاً أن المانح يمتلك فعلاً الموجودات المرهونة أو يمتلكها خالية من أي رهون) كما يقلل إلى أدنى حد من خطر الاحتيال.

٩٠- ولرهن الوفاء، من ناحية أخرى، عيوب كبرى أيضاً. وأكبر عيب فيما يخص المانح هو التجريد الإلزامي من الحيابة ذاته، حيث إن ذلك يحول دون استخدام المانح الموجودات المرهونة في أعماله التجارية. ويكون هذا العيب حاداً في الأوضاع التي تكون فيها حيابة الموجودات المرهونة ضرورية للمانحين التجاريين لتوليد الدخل اللازم لتسديد القرض، كما هي الحال، مثلاً، فيما يتعلق بالمواد الخام والسلع شبه المجهزة (الحجاري صنعها) والمعدات والمخزون. وهذا العيب وحده يجعل رهن الوفاء غير عملي اقتصادياً في كثير من سياقات الأعمال التجارية. وأحد العيوب الهامة الأخرى هو أن الموجودات التي لا وجود لها أو التي ليس للمانح حقوق فيها وقت الرهن لا يمكن رهنها. ويعني ذلك أنه لا يمكن الاستعانة بعدد من الممارسات، مثل التمويل بضمان المخزون استناداً إلى تسهيلات الائتمان المتجددة.

٩١- ومن عيوب رهن الوفاء فيما يخص الدائن المضمون أن عليه أن يخزن الموجودات المرهونة وأن يحافظ عليها ويصونها، ما لم يتول طرف ثالث هذه المهمة. وعندما يكون الدائنون المضمونون أنفسهم غير قادرين على تولي هذه المهام ولا راغبين في ذلك، تنطوي إناباتها بأطراف ثالثة على تكاليف إضافية يتحملها المانح بصورة مباشرة أو غير مباشرة. وثمة عيب آخر هو أن الدائن المضمون الذي في حيابته موجودات مرهونة (مثل الدائن المرهّن أو حائز سند تخزين أو سند شحن) قد يتعرض، حسب نوع الموجودات المعنية، للمسؤولية في ظروف شتى عن الخسائر أو التلف من جراء الموجودات المرهونة، وهي

مسؤولية قد تتجاوز مبلغ الائتمان المقدم، مثل الحالة التي تسبب فيها الموجودات المرهونة تلويثا للبيئة (انظر الفقرة ٢٠٠ في الفصل الرابع المتعلق بإنشاء الحق الضماني، أدناه).

٩٢- غير أنه عندما يكون بوسع الأطراف أن تتجنب تلك العيوب، يمكن استخدام رهن الوفاء كأداة ضمان بصورة ناجحة وكفؤة. وهناك مجالا تطبيق رئيسيان. أما مجال التطبيق الأول فهو عندما تكون الموجودات المرهونة في حوزة طرف ثالث فعلا، أو يسهل إدخالها في حوزة طرف ثالث، بالأخص إذا كان شخصا اعتباريا أو طبيعيا، كأن يكون مثلا مستودعا أو قيما على مستودع يعمل في مجال الحفاظ على حيازة موجودات يمتلكها أشخاص آخرون. وأما مجال التطبيق الثاني فهو الصكوك والمستندات القابلة للتداول، التي يسهل أن يمسكها الدائن المضمون بنفسه.

٢٠٠٠ حق الاحتفاظ بالحيازة

٩٣- رغم أن الحقوق القانونية للاحتفاظ بأحد الموجودات خارجة عموما عن نطاق هذا الدليل (باستثناء الفصل السابع المتعلق بالأولوية؛ انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.4)، فهي تُبحث بإيجاز هنا، نظرا إلى أنها تضمن تسديد الالتزام. وتوجد لدى دول عديدة نظم واسعة النطاق تحكم حقوق الاحتفاظ القانونية. وتشمل هذه النظم عادة الناقلين والمستودعات والمرمين والقائمين بتحسينات. وفي بعض الدول يُمنح أيضا المحامون والمحاسبون والمهندسون المعماريون وغيرهم من الاحترافيين حق الاحتفاظ بمستندات يملكها زبائنهم. وتنشأ كل أنواع حقوق الاحتفاظ هذه من مبدأ قانوني عام في قانون العقود، هو أن الطرف غير ملزم بأن يفي بالتزامه إلى أن يكون الطرف الآخر مستعدا لأداء الالتزام المقابل وراغبا في ذلك وقادرا عليه. ولا تعطي معظم هذه الأنواع من حقوق الاحتفاظ القانوني الشخص المحتفظ أي حقوق إنفاذية خاصة، بل لا يسمح بعضها للشخص المحتفظ الذي يصادر الممتلكات المحتفظ بها ويبيعها حتى بأن يطالب بأولوية في عائدات البيع في سياق الإنفاذ.

٩٤- وإضافة إلى حقوق الاحتفاظ القانونية المحدودة هذه، تسمح دول عديدة للطرفين المتعاقدين بأن يمددا نطاق المبدأ القانوني العام وبأن يتفقا على أنه إذا أحل أحدهما بالتزام تعاقدية جاز للآخر أن يتمتع عن الأداء من ناحيته حتى إذا كان الأداء يتعلق بعقد مختلف بين الطرفين. وتسمح هذه الدول بوجه خاص للطرف بأن يحتجز أحد الموجودات الذي يكون الطرف المحتجز ملزما، بموجب شروط عقد آخر، بأن يسلمه للطرف المخل. فالمصرف، مثلا، غير ملزم بأن يعيد مستندا قابلا للتداول (مثل سند الشحن) أو صكا قابلا للتداول (مثل السند الإذني أو الكمبيالة) يكون في حوزته لحساب زبونه، أو بأن يسمح بسحب

مبالغ من حساب الزبون في المصرف، إذا كان الزبون مقصراً في تسديد قرض وكان قد وافق على منح المصرف حق الاحتفاظ. وعندما يكون حق الاحتفاظ ذلك معززا بصلاحيّة سارية المفعول لبيع الشيء المحتفظ به تعتبر بعض النظم القانونية حق الاحتفاظ المعزّز هذا نوعاً من رهن الوفاء، رغم أن أسلوب إنشائه يحد عن طريقة إنشاء رهن الوفاء الأصلي، ويمكن بدلاً من ذلك أن يعتبر أن حق الاحتفاظ المعزّز له بعض من مفعول رهن الوفاء. وأهم نتيجة لهذا التشابه مع رهن الوفاء هي أن الدائن الحائز له أولوية في الموجودات المحتفظ بها، ما لم تكن خاضعة لحق ضماني منشأ في وقت سابق لم يحدث بالحيازة.

٣٤ الحقوق الضمانية غير الحيازية

٩٥- رهن الوفاء على الممتلكات الملموسة اللازمة للإنتاج أو البيع (مثل المعدّات والمواد الخام والسلع شبه المجهزة والمخزون) غير عملي اقتصادياً، كما ذكر أعلاه (انظر الفقرة ٩٠). ففي حالة المانح التجاري يجب أن يحوز المانح تلك السلع من أجل تسيير أعماله التجارية، ولا يستطيع المانح أن يكسب الدخل اللازم لتسديد القرض دون أن تكون السلع في متناوله ويكون له الحق في التصرف فيها.

٩٦- وتصدياً لهذه المشكلة، بدأت الدول، وبالأخص في النصف الثاني من القرن العشرين، تعترف بالحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة خارج الحدود الضيقة لرهون الوفاء. وبينما تجسّد ذلك الاعتراف في بعض الحالات في سن قوانين جديدة فقد نتج في حالات كثيرة عن الممارسة وعن قرارات المحاكم. وفي حين أن بعض الدول استحدثت حقاً ضمانياً جديداً يشمل ترتيبات مختلفة تفي بأغراض الضمان، واصلت معظم الدول العمل بتقاليد القرن التاسع عشر (التي تجاهلت موقفاً سابقاً أكثر تحراً) وأصرّت على رهن الوفاء الحيازي باعتباره الطريقة المشروعة الوحيدة لإنشاء ضمان في الممتلكات المنقولة. وخلال القرن العشرين أصبح المشرّعون والمحاكم في العديد من تلك الدول يسلمون بالحاجة الاقتصادية الملحة إلى شكل ما من أشكال الحق الضماني غير الحيازي.

٩٧- وحاولت دول منفردة أن تتوصّل إلى حلول مناسبة تبعاً للاحتياجات المحلية الخاصة ووفقاً للإطار العام لنظامها القانوني. والنتيجة هي طائفة متنوعة من الحلول. ومن الأدلة الظاهرية على التنوع القائم تباين الأسماء المطلقة على الأدوات ذات الصلة، وهو تباين يُلاحظ أحياناً حتى داخل الدولة الواحدة. وأكثر الأسماء والأساليب شيوعاً هي تجريد المانح "الصوري" من الحيازة، ورهن الوفاء غير الحيازي، ورهن الوفاء المسجّل، والضمان التبعية (nantissement)، والتعهد (warrant)، ورهن الممتلكات المنقولة (hypothèque mobilière)،

والامتياز التعاقدي، وسند البيع، ورهن الممتلكات المنقولة (chattel mortgage)، والرهن العائم (floating charge)، وإيصال الائتمان (trust receipt). وهذا يعني أنه بينما سعت بعض الدول إلى أن تنشئ أداة معينة للضمان غير الحيازي للممتلكات المنقولة، اكتفت دول أخرى بمجرد تعديل القواعد التي تحكم الأدوات القائمة، مثل رهن الوفاء، بغية السماح بحقوق ضمانية غير حيازية.

٩٨- وكان من السمات الأكثر دلالة لتلك الإصلاحات التشريعية أن معظمها كان ردًا محدودا على مشاكل معينة ومن ثم أعطيت تلك التشريعات مجال تطبيق محدودا. فمثلا، يوجد في بعض الدول نوع واحد من أدوات الضمان غير الحيازي ينطبق على معدّات الأعمال والمعدّات التجارية، ونوع آخر ينطبق على تمويل المواد الخام ونوع ثالث لا ينطبق إلا على مخزون التجزئة. ولم تسن إلا دول قليلة قانونا عاما ينشئ حقا ضمانيا غير حيازي ينطبق على جميع أشكال الممتلكات المنقولة. وعلاوة على ذلك، توجد عند بعض الدول مجموعات مختلفة من التشريعات التي تحكم الحقوق الضمانية غير الحيازية وتتوقف على نوع العمل التجاري المعني: فأحدها يتناول ضمان تمويل المشاريع الصناعية والحرفية، ويتناول آخر ضمان تمويل مشاريع الزراعة وصيد الأسماك، ويتناول تشريع آخر ضمان تمويل صناعات التعدين والصناعات الاستخراجية، بينما يتناول تشريع رابع المعاملات بين الأفراد. وأخيرا، هناك في كثير من الدول مجموعة متنوعة من القوانين التي تحكم الحقوق الضمانية غير الحيازية، لا يغطي كل منها إلا قطاعا اقتصاديا واحدا، مثل اقتناء السيارات أو معدّات المزارع، أو إنتاج الأفلام.

٩٩- وقد تناولت بعض الدول هذه المسألة باستخدام أداة تعرف باسم "الرهن الثابت" أو "الرهن العائم". وبمقتضى هذا النوع من الأداة يسمى الحق الضماني "رهنا ثابتا" أو "رهنا عائما" حسب درجة السيطرة التي يمارسها الدائن المضمون فيما يتعلق بالموجودات المرهونة. وعموما يكون للدائن رهن ثابت على الموجودات المرهونة متى لا يُسمح للمانح بأن يبيع الموجودات أو بأن يتصرف فيها بطريقة أخرى دون موافقة الدائن (وعادة ما تكون هذه هي الحال فيما يتعلق بمعدّات يستخدمها المانح في أعماله التجارية) ويكون له رهن عائم على الموجودات المرهونة إذا كان يُسمح للمانح بأن يبيع الموجودات المرهونة أو بأن يتصرف فيها دون موافقة الدائن المضمون (وعادة ما تكون هذه هي الحال فيما يتعلق بالمخزون الذي يكون للدائن حرية بيعه في سياق العمل المعتاد). وتتعلق موضوعية الفرق بين الرهن الثابت والرهن العائم على أحد الموجودات بأولوية الرهن: فعادة ما يمثّل الرهن الثابت أعلى رهن على الموجودات، بينما قد يكون الرهن العائم خاضعا لمطالبات تفضيلية معينة لصالح

السلطات الضريبية وأطراف ثالثة، أو لتقسيم لصالح دائنين غير مضمونين (انظر أيضا الفقرة ١٩٦ أدناه).

١٠٠- وهناك شيء من الممانعة في بعض الدول للسماح بحقوق ضمانية غير حيازية في مخزون. ويستند ذلك أحيانا إلى الزعم بعدم وجود اتساق بين حق الدائن الضماني وحق المانح في البيع، الذي هو لا غنى عنه لتحويل المخزون إلى نقد يسدد به المانح قرضا مضمونا. وثمة سبب آخر هو أن التصرف في المخزون كثيرا ما يؤدي إلى نزاعات يستعصي حلها بين العديد من الذين تُحال إليهم الموجودات المرهونة أو دائنين مضمونين متعددين. وقد ينشأ سبب ثالث من اتخاذ قرار سياساتي باحتجاز المخزون للوفاء بمطالبات دائني المانح غير المضمونين.

١٠١- وأيا كان تنوع التشريعات التي تنص على الحقوق الضمانية غير الحيازية، فهي تشترك في سمة واحدة، ألا وهي أن شكلا ما من الإشهار يكون عادة مطلوبا أو متاحا. والغرض من الإشهار، مثل الإشهار الذي توفره حيازة موجودات مرهونة، هو تبديد أي انطباع خاطئ عن الثراء قد ينشأ إن لم يكن الحق الضماني في الموجودات التي يحوزها المانح واضحا لأطراف ثالثة. بيد أنه كثيرا ما يُقال إنه ينبغي في اقتصاد ائتماني عصري أن تفترض الأطراف أن الموجودات قد تكون مثقلة بحق ضماني لمقرض أو قد تكون خاضعة لاحتفاظ البائع بحق الملكية. ولذلك، حسب هذا الرأي، ليست هناك ضرورة لوجود اقتضاء عام بإشهار الحقوق الضمانية غير الحيازية لأجل حماية أطراف ثالثة. بيد أنه لا بدّ من أن ترفع مثل تلك الافتراضات العامة تكلفة الائتمان. وحتى في الحالات التي يكون فيها الشخص الحائز هو المالك ولا تكون الموجودات مرهونة، لا يخاطر الدائن باحتمال وجود التزام خفي ويسوّي تكلفة الائتمان تبعا لذلك. وكبديل، يحاول الدائن أن يتفادى الخطر (جزئيا فقط) من خلال إجراء بحث موسّع ومكلف ويستغرق وقتا طويلا. وأخيرا، في النظم القائمة على افتراض عام بأن الموجودات المرهونة والتي لا توجد فيها بالتالي سجلات متكاملة وكاملة الشفافية، لا يوجد أساس موضوعي لأن يعلم الدائن مدى رهن الموجودات فعلا والأولوية النسبية للحقوق الضمانية المتنافسة. والنتيجة هي أنه قد لا يتسنى للمانحين أن يستخدموا قيمة موجوداتهم بالكامل للحصول على ائتمان.

١٠٢- ويبدو أن هناك حاجة يُسَلَّم بها عموما إلى اجتياز الفجوة الفاصلة بين الطلب الاقتصادي العام على الحقوق الضمانية غير الحيازية وإمكانية الوصول إلى تلك الضمانات التي كثيرا ما تكون محدودة بموجب القانون الساري في كثير من الدول. وأحد الأغراض الرئيسية للإصلاح القانوني في ميدان المعاملات المضمونة هو إجراء تحسينات في مجال الحقوق

الضمانية غير الحيازية وفي مجال الضمان في الممتلكات غير الملموسة ذي الصلة (انظر الباب ألف-٢ (ب) أدناه).

١٠٣- وفي حين أن النظم العصرية أظهرت أنه يمكن التغلب على المصاعب، تبين التجربة أن إصدار تشريعات تحكم الحقوق الضمانية غير الحيازية يحتاج إلى جهود أكثر من مجرد "تحديث" رهن الوفاء الحيازي التقليدي، ويرجع ذلك أساساً إلى الخصائص الأربع الرئيسية التالية التي تتسم بها الحقوق الضمانية غير الحيازية. فأولاً، للمانح بصفته محتفظاً بالحيازة، صلاحية التصرف في الموجودات المرهونة أو إنشاء حق منافس فيها، حتى بالرغم من إرادة الدائن المضمون. وهذا الوضع يستلزم استحداث قواعد بشأن مفعول تلك التصرفات وأولوياتها. (انظر الفصل السابع المتعلق بالأولوية في الوثيقة A/CN.9/631/Add.4). وثانياً، يجب أن يكفل الدائن المضمون أن يعتني المانح الحائز بالموجودات المرهونة عناية سليمة ويؤمّن عليها على النحو الواجب ويحميها، بغية الحفاظ على قيمتها التجارية، وكلها مسائل يجب تناولها في الاتفاق الضماني الذي يبرم بين الدائن المضمون والمانح (انظر الفصل الثامن المتعلق بحقوق الأطراف والتزاماتها في الوثيقة A/CN.9/631/Add.5). وثالثاً، إذا أصبح إنفاذ الحق الضماني ضرورياً، يفضل الدائن المضمون عادة أن يحصل على الموجودات المرهونة. بيد أنه إن لم يكن المانح راغباً في التخلي عن حيازة تلك الموجودات، قد يلزم الشروع في إجراءات قضائية أو غير قضائية. وقد يتعين النص على تدابير انتصاف ملائمة، وربما على إجراءات إنفاذ معجلة، (انظر الفصل العاشر المتعلق بالحقوق اللاحقة للتقشير في الوثيقة A/CN.9/631/Add.7). ورابعاً، في حال ظهور ثروة زائفة لدى المانح تكون ناشئة عن حقوق ضمانية "سرية" لأطراف ثالثة في موجودات يجوزها المانح، قد يلزم مواجهة ذلك عن طريق أشكال شتى من الإشهار (انظر الفصل السادس المتعلق بنظام السجل في الوثيقة A/CN.9/631/Add.3).

١٠٤- وفي ضوء الحاجة الاقتصادية المسلّم بها عموماً إلى السماح بالحقوق الضمانية غير الحيازية والفوارق الأساسية التي بُحثت أعلاه بين الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية سيلزم وضع تشريعات جديدة في العديد من الدول، مع مراعاة مزاياها وعيوبها النسبية.

١٠٥- وبالنظر إلى النماذج التشريعية التي بحثت أعلاه قد يواجه المشرعون ثلاثة خيارات. ويمكن أن يكون أحد الخيارات هو اعتماد تشريع متكامل لكل من الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية (انظر الباب ألف-٤ أدناه). وهذا هو النهج المتبع، مثلاً، في قانون البلدان الأمريكية النموذجي بشأن المعاملات المضمونة، الذي وضعته منظمة الدول الأمريكية، والذي اعتمد في شباط/فبراير ٢٠٠٢. ويمكن أن يكون الخيار الثاني هو اعتماد تشريع

متكامل للحقوق الضمانية غير الحيازية، مع ترك النظام الخاص بالحقوق الضمانية الحيازية لقوانين داخلية أخرى. وقد يكون هناك نهج ثالث هو إبقاء نظام مفتت يتألف من حقوق ضمانية مختلفة لأنواع مختلفة من المانحين، وأنواع مختلفة من الموجودات، وأنواع مختلفة من الضمان (الحيازي وغير الحيازي)، ولكن مع ضمان أن تعالج جميع المسائل المتعلقة بالإنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولية والإنفاذ بموجب مجموعة القواعد ذاتها.

١٠٦- والاتجاه السائد في التشريعات العصرية، على الصعيدين الوطني والدولي كليهما، ينحو صوب اتباع نهج متكامل، على الأقل فيما يتعلق بالحقوق الضمانية غير الحيازية. ويرجح أن يؤدي تنظيم انتقائي لأنواع محدّدة من الحقوق الضمانية غير الحيازية إلى وجود ثغرات وتداخلات وأوجه تضارب وعدم شفافية، إضافة إلى استياء في قطاعات الصناعة التي قد تُستبعد وعلاوة على ذلك، يزيد هذا التنظيم الانتقائي من صعوبة معالجة أوجه تضارب في الأولوية بين الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية في الدول التي تختار الاحتفاظ بنظامين منفصلين لنوعي الحق الضماني المذكورين.

٤- الحقوق القانونية غير الحيازية

١٠٧- لا يوجد لدى العديد من الدول نظام متكامل يحكم الحقوق الضمانية غير الحيازية، بل ولا توجد حتى مجموعة متنوعة من النظم المتخصصة بشأن الحقوق الضمانية غير الحيازية. ويشجّع الائتمان في تلك الدول بواسطة قوانين تمنح حقوقاً معينة غير تعاقدية لفئات محدّدة من الدائنين. وهناك من بين أكثر المستفيدين العاديين من هذه الحقوق القانونية البائعون وموردو مختلف المواد والحرفيون وصغار التجار والمزمون. والنظم المذكورة عادة ما لا تمنح الدائن حق اللجوء إلى تدابير انتصافية إنفاذية خاصة. فيجب على المستفيد من الحق أن يحصل على حكم قضائي ثم أن يحجز على ممتلكات المدين بالطريقة المعتادة. والمزية الوحيدة التي يحصل عليها الدائن هي أولوية في السداد (أو امتياز) يمكن المطالبة بها في عائدات البيع في سياق الإنفاذ. وفضلاً عن ذلك، ونظراً إلى كون المستفيد من الحق ليس في العادة ملزماً بإشهار حقّه القانوني غير الحيازي، يندر أن تتسنى المطالبة بحق في ممتلكات لم تعد ملكاً للمدين.

١٠٨- ووجود هذه الأنواع من الحقوق القانونية غير الحيازية يشجّع إلى حد ما المستفيدين المعيّنين على منح مدينتهم سلفاً، ولكن تشوبها عدة عيوب. فهي ليست متاحة لكل أنواع موفري الائتمان. وهي سرية، من حيث إنه لا يسهل على أطراف ثالثة أخرى أن تعلم بوجودها. وهي لا تعطي الدائنين إمكانية الوصول إلى تدابير انتصافية إنفاذية عاجلة يرحّح

أن تولّد سعرا أعلى عند بيع الموجودات. وأخيرا، فإنها لا توفر إلا حماية ضعيفة للدائنين نظرا إلى أنه لا يمكن المطالبة بها عندما يصبح المدين لا يمتلك الممتلكات. والاتجاه العصري، لكل هذه الأسباب، هو أن تقلل الدول من عدد هذه الحقوق والامتيازات غير الحيازية وأن توسّع فئات الدائنين الذين يمكنهم التعاقد على حق ضماني غير حيازي وكذلك أنواع الموجودات التي يمكن أن يؤخذ عليها بالاتفاق حق ضماني غير حيازي.

(ب) الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة

١٠٩- تشمل الممتلكات غير الملموسة طائفة واسعة من الحقوق، مثل المستحقات والملكية الفكرية (للاطلاع على تعاريف "الممتلكات غير الملموسة" و"الملكية الفكرية" و"المستحق"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه). وبالنظر إلى الزيادة الهائلة الحاصلة في الأهمية الاقتصادية للممتلكات غير الملموسة في السنوات الأخيرة، هناك طلب متزايد على استخدام هذه الحقوق كموجودات لأغراض الضمان. وكثيرا ما تمثّل الممتلكات غير الملموسة (وبالأخص في شكل الملكية الفكرية) عنصرا هاما من قيمة موجودات أخرى، كما في حالة المخزون والمعدّات (مثل السلع التي تحمل علامة تجارية قيّمة والبرامجيات الضرورية لتشغيل المعدّات). وعلاوة على ذلك، يمكن أن تكون العائدات المتأتية من مخزون أو معدّات متمثلة في شكل ممتلكات غير ملموسة. [وباستثناء أنواع معيّنة من الأوراق المالية التي هي ليست في حوزة وسيط،] لا يتناول هذا الدليل الأوراق المالية لأنها تثير طائفة من المسائل التي تتطلب معاملة خاصة، وهذه المسائل يتناولها نص يعدّه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، كما تتناولها اتفاقية القانون الواجب التطبيق على مسائل معيّنة تتعلق بالأوراق المالية التي يحوزها وسيط. غير أن الدليل يبحث الحقوق الضمانية في المستحقات، إضافة إلى الحقوق الضمانية في أنواع أخرى من الممتلكات غير الملموسة.

١١٠- والممتلكات غير الملموسة هي، بحكم طبيعتها، غير قابلة للحيازة المادية. ومع ذلك، تناولت القوانين في دول كثيرة (من بينها دول "القانون المدني") مسألة إنشاء حقوق ضمانية في الممتلكات غير الملموسة، على الأقل في حالة المستحقات، وذلك بتعديل النظام الذي يحكم إنشاء رهون الوفاء الحيازية. وقد حاولت بعض القوانين أن تنشئ شبيها ظاهريا للتجريد من الحيازة، بإلزام المانح بأن ينقل إلى الدائن أي محرر أو مستند يتعلق بالمستحق المرهون (مثل العقد الذي نشأ منه المستحق). غير أن هذا النقل لا يكفي في حد ذاته لإنشاء رهن الوفاء، بل يُرمز في دول كثيرة إلى "تجريد" المانح من الحيازة باقتضاء توجيه إشعار برهن الوفاء إلى المدين بالمستحق.

١١١- وفي بعض الدول، استُحدثت أساليب تحقق غايات شبيهة بالغايات التي تتحقق بحيازة ممتلكات ملموسة. والطريقة الأكثر جذرية هي نقل الحق المرهون بالكامل (أو نقل الحصة المرهونة منه) إلى الدائن المضمون. غير أن ذلك يتجاوز إنشاء حق ضماني ويعادل نقل حق الملكية، سواء شرطيا أو مطلقا (انظر الباب ألف-٣ (أ) أدناه). ووفقا لنهج أكثر تحفظا، لا يتأثر حق الملكية في الموجودات المرهونة، ولكن تُوقَف تصرفات المانح التي لم يأذن بها الدائن المضمون. وفي حالة الحساب المصرفي، إذا وافق المانح (وهو دائن الحساب المرهون)، بصفته صاحب الحساب، على أنه يمكن تجميد حسابه لصالح الدائن المضمون، كان للدائن المضمون ما يعادل حيازة ممتلكات ملموسة. وهذه هي الحال بصورة خاصة إذا كان المصرف الوديع هو ذاته الدائن المضمون.

١١٢- ويُشار أحيانا إلى هذه الأساليب للحصول على "حيازة" الممتلكات غير الملموسة بأنها "سيطرة" في معظم نُظُم المعاملات المضمونة العصرية. وعموما، يُعتبر أن للدائن المضمون سيطرة على أحد الموجودات إذا كان لديه حق تعاقدى لتوجيه التصرف فيه. ففي بعض الدول مثلا، قد يعتبر أن للدائن المضمون سيطرة على حق سداد أموال في حساب مصرفي إذا كان المصرف الوديع قد التزم تعاقديا (في وثيقة يُشار إليها كثيرا باسم "اتفاق سيطرة") بأن يتصرف في الأموال المقيّدة في الحساب المصرفي حصرا بتوجيه من الدائن المضمون (للاطلاع على تعريف "السيطرة" فيما يتعلق بحق سداد الأموال المقيّدة في حساب مصرفي، انظر الفقرة ١٩ أعلاه). وقد تتباين درجة السيطرة. ففي بعض الحالات، تكون السيطرة مطلقة ويُمنَع أي تصرف من جانب المانح. وفي حالات أخرى، يسمح للمانح بتصرفات معينة أو بتصرفات حتى حد أقصى إجمالي محدّد، أو إلى حين وقوع حدث معيّن (يُشار إليه أحيانا باسم "الحدث المسبّب").

١١٣- وفي سياق الجهود المبذولة من أجل إنشاء نظم شاملة للحقوق الضمانية غير الحيازية في الممتلكات الملموسة (انظر الباب ألف-٢ (أ) أعلاه)، جرت العادة على أن تدمج الحقوق الضمانية في واحد من أهم أنواع الممتلكات غير الملموسة، أي المستحقات، ضمن النظام القانوني الواجب التطبيق على الحقوق الضمانية الحيازية في الممتلكات الملموسة. وهذا النهج يحقق الاتساق، حيث إن بيع المخزون يؤدي إلى توليد مستحقات، كقاعدة عامة، وكثيرا ما يكون من المستصوب توسيع ضمان المخزون ليشمل العائدات المتأتية منه. ويمكن لنظام السجل العام المستخدم لضمان الممتلكات الملموسة أن يؤدي أيضا وظائفه المفيدة لضمان ممتلكات غير ملموسة كالمستحقات أيضا (للاطلاع على تفاصيل تتعلق بنظام السجل، انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.3). وقد تكون لذلك فائدة إضافية هي الاستغناء عن إشعار المدين

بالمستحق، وهو أمر قد لا يكون عمليا أو ممكنا في معاملات مضمونة معينة تشمل مجموعة من الموجودات الحالية والآجلة التي هي ليست محدّدة على وجه التخصيص. وحتى إذا كان ذلك الإشعار عمليا أو ممكنا، فقد لا يكون مستصوبا لأسباب تتعلق بالسرية.

١١٤- وفي ضوء التجربة المستمدة من نماذج مختلفة بشأن تنظيم الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة، ستكون هناك حاجة إلى تشريعات جديدة في كثير من الدول. وستواجه الدول خيارا أساسيا، أخذة في الاعتبار مزايا هذه النهج وعيوبها. فهي يمكنها إما أن تحاول تنظيم الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة في نظام منفصل عن النظام الذي يحكم الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة (وفي هذه الحالة سيكون أسلوب توليد الضمان وثيق الشبه بنقل حق الملكية) أو يمكنها أن تحاول إنشاء نظام متكامل يسعى إلى إنشاء مجموعة مشتركة من المبادئ التي تحكم إنشاء الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة وغير الملموسة ونفاذها تجاه الأطراف الثالثة وأولويتها وإنفاذها.

١١٥- والاتجاه السائد في التشريعات العصرية هو وضع نظم تعامل الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة بموجب نظام متكامل يحكم الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة أيضا. وهذا النهج يسمح للمانحين والدائنين بأن يحدّدوا منذ بداية معاملتهم الموجودات التي سوف ترهن، وبأن يحدّدوا العلاقة بين الحقوق في المستحقات التي تنشأ كعائدات والحقوق التي تنشأ عندما تكون المستحقات ذاتها هي الموجودات المرهونة أصلا، وبأن يتجنبوا عدم الاتساق والافتقار إلى الشفافية.

٣- استخدام حق الملكية لأغراض الضمان

١١٦- توجد في كثير من الدول، إلى جانب مختلف الأدوات والأساليب التي يقصد منها أن تؤدي وظيفة الحقوق الضمانية (انظر الباب ألف-٢ أعلاه)، مجموعة متنوعة من الأدوات القانونية التي يمكن استخدامها لتوليد معادل للحق الضماني. وقد تطورت معظم تلك الأدوات من خلال الممارسات التجارية وأكّدت المحاكم صحتها، ولكن بعضها إما نشأ أو نَقَحَ بواسطة تشريعات. وفيما يتعلق بإنشاء معادل الحقوق الضمانية غير الحيازية في الممتلكات الملموسة وغير الملموسة، تنطوي أكثر الأدوات والأساليب شيوعا على استخدام حق ملكية (أو ملكية) الموجودات التي تستخدم لأغراض الضمان. ويمكن أن يستخدم حق الملكية بهذه الطريقة إما المانح الذي ينقل حق الملكية إلى الدائن (انظر الباب ألف-٣ (أ) أدناه) أو الدائن (وعادة ما يكون بائعا أو مؤجرا) مع الاحتفاظ بحق ملكية الممتلكات التي تباع أو تُؤجر (انظر الباب ألف-٣ (ب) أدناه). ويمكن كل من نقل حق الملكية والاحتفاظ

بحق الملكية الدائن من الاستفادة من حقوق تعادل الحقوق الضمانية غير الحيازية، وهي ضرورية من وجهة نظر اقتصادية، كما سبق ذكره.

(أ) نقل حق الملكية

١١٧- نظرا إلى عجز مختلف النظم عن معالجة مسألة الحقوق الضمانية غير الحيازية، لجأ المدينون والدائنون إلى البحث في مواضع أخرى من القانون لاكتشاف مبادئ يمكن استخدامها لسد الثغرات أو لمعالجة العقبات التي تعترض سبيل إنشاء الحقوق الضمانية غير الحيازية. والأسلوب الذي يشيع استخدامه أكثر من غيره تحقيقا لهذا الغرض هو نقل حق ملكية الموجودات إلى الدائن المضمون (إما مشروطا إلى حين سداد القرض أو رهنا بإعادة النقل إلى المقرض بموجب عملية بيع ثانية يحتفظ بموجبها الدائن بحق الملكية إلى حين سداد القرض).

١١٨- هناك اليوم خاصيتان لا تزالان تجعلان نقل حق الملكية لأغراض الضمان شيئا يجتذب الدائنين في العديد من الدول. فأولا، كثيرا ما تكون المقتضيات الرسمية والموضوعية لنقل حق الملكية في ممتلكات ملموسة أو غير ملموسة إلى شخص آخر أقل مشقة، وبالتالي أقل تكلفة، من مقتضيات إنشاء حق ضماني. وثانيا، في حالة الإنفاذ، وفي حالة إعسار المانح، كثيرا ما يكون الدائن في وضع أفضل كمالك منه كحائز لحق ضماني. وهذه هي الحال بصورة خاصة عندما يتقرر أن موجودات المالك، رغم وجودها في حوزة المانح، ليست جزءا من حوزة الإعسار، على عكس الوضع الذي تعتبر فيه موجودات المانح جزءا من حوزة الإعسار إذا كانت مرهونة بحق ضماني للدائن (انظر الفصل الحادي عشر المتعلق بالإعسار في الوثيقة A/CN.9/631/Add.8). بيد أن هاتين الخاصيتين ليستا موجودتين دائما في القانون الوطني. فمثلا، قد أزيل الفرق الرسمي في كثير من الدول بين حق الملكية لأغراض الضمان والحقوق الضمانية فيما يتعلق بمقتضيات الإنشاء أو الإنفاذ، إلى حد أن أدوات الملكية والحقوق الضمانية تعامل بالمثل فيما يتعلق بإنشائها. وفي دول أخرى تكون عملية نقل الضمان خاضعة عموما للقواعد الواجبة التطبيق على نقل حق الملكية، بينما هي تعامل كأدوات ضمانية في حالة الإنفاذ والإعسار.

١١٩- لقد أصبح نقل حق الملكية لأغراض الضمان راسخا بموجب القانون في بعض الدول (وذلك عادة بموجب نظم تتناول المبيعات مع حق الاسترداد أو إعادة الشراء) أو من خلال الممارسة وعن طريق المحاكم في دول أخرى. وهناك اليوم مجموعة متنوعة من النهج التي تتبعها الدول حيال نقل حق الملكية لأغراض الضمان. ويخضع إنشاؤه في بعض الدول، كما

لوحظ، لأيسر القواعد التي تحكم نقل حق الملكية وله مفعول نقل حق الملكية بالكامل. وفي دول أخرى يخضع إنشاءه للقواعد الأكثر إرهاقا التي تحكم الحقوق الضمانية وله مفعول المعاملة المضمونة فقط. وفي دول أخرى، وبالأخص في دول القانون المدني، يعتبر الكثير من عمليات نقل حق الملكية هذه - إن لم يكن كلها - التفافا حول النظام العادي للصكوك الضمانية وتعتبر بالتالي لاغية وباطلة. ونقل حق الملكية لأغراض الضمان متاح في الدول التي اعتمدت نظاما شاملا ومتكاملا للحقوق الضمانية غير الحيازية، ولكنه يعامل معاملة أداة الضمان. وفي تلك الدول يخضع إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولوياته وإنفاذ نقل حق الملكية لأغراض الضمان لنفس مقتضيات الواجبة التطبيق على الحقوق الضمانية (انظر الباب ألف-٤ أدناه).

١٢٠- وأمام المشرعين خياران سياساتيان فيما يتعلق بمعاملة نقل حق الملكية لأغراض الضمان. أما الخيار الأول فهو إجازة عمليات نقل حق الملكية لأغراض الضمان، مع فرض المقتضيات المخفضة (عادة) وجعل مفعول هذا النقل يعادل مفعول النقل الكامل، وهذا يمكن من تفادي النظام العام الذي يحكم الحقوق الضمانية. ويترتب على هذا الخيار تعزيز وضع الدائن المضمون (وإن كان بالمخاطرة بزيادة مسؤولية الدائن) (انظر الفقرة ٢٠٠ في الفصل الرابع المتعلق بإنشاء حق ضماني أدناه)، مع إضعاف وضع المانح ودائني المانح الآخرين.

١٢١- وأما الخيار الآخر فهو السماح بنقل حق الملكية لأغراض الضمان ولكن مع جعل المقتضيات أو المفعول أو كليهما محدودين بحيث لا يتجاوزان مقتضيات الحق الضماني ومفعوله. ويمكن أن ينفذ ذلك بإحدى طريقتين. فمن ناحية، يمكن أن تعيّن الدول معاملات نقل حق الملكية التي سيُسمح بها، مع حظر جميع المعاملات الأخرى، ومع إخضاع هذه الأدوات المسموح بها لنظام الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية والإنفاذ الواجب التطبيق على الحقوق الضمانية. وقد سلكت بعض دول القانون المدني هذا النهج. ومن ناحية أخرى، يمكن للدول أن تكتفي بالنص على أن توصف معاملات نقل حق الملكية لأغراض الضمان هذه بأنها حقوق ضمانية. وقد سلكت دول كثيرة من دول القانون العام هذا النهج. وبمقتضى البديلين كليهما، يمكن تخفيض مزايا الدائن المضمون والعيوب المقابلة لها بالنسبة للأطراف الأخرى تدريجيا، بالأخص إذا كانت مقتضيات نقل حق الملكية أو مفعولها أو كليهما قاصرين على ما يتعلق منهما بحق ضماني. والبديل الثاني هو النهج المتبع في الدول التي يوجد لديها نظام متكامل وشامل للمعاملات المضمونة، كما أنه هو النهج الذي يوصي به هذا الدليل (انظر التوصية ١١ في الوثيقة A/CN.9/631).

(ب) الاحتفاظ بحق الملكية

١٢٢- تُنجز الطريقة الثانية لاستخدام حق الملكية كضمان بواسطة أساليب تسمح للبائعين بأن يستخدموا حق ملكيتهم لممتلكات ملموسة تُباع لمشتري كوسيلة لضمان سداد سعر الشراء. وأكثر الوسائل شيوعاً لتحقيق ذلك، ولكنها ليست الوحيدة، هي أن يجري ذلك بواسطة ترتيب تعاقدى للاحتفاظ بحق الملكية (حفظ الملكية)، ولكن هناك مع ذلك عدة آليات أخرى يمكن أن يستخدم بها البائعون حق الملكية، بعضها ناشئ بفعل القانون بينما ينشأ البعض الآخر من اتفاق بين الأطراف.

١٢٣- وفي كثير من الدول يسمح قانون البيع للدائنين الذين نقلوا حق الملكية فعلاً للمشتري بأن يلتمسوا إبطال البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن. ويجوز للبائع عند الإبطال أن يسترد ملكية الممتلكات وحيازتها خالية وخالصة من أي رهون يكون المشتري قد أنشأها فيها. وتنشأ حقوق الاسترداد هذه عادة بإعمال القانون، إلا أن البائعين يستطيعون في بعض الدول أن يمددوا حق الاسترداد بعقد يتجاوز ما هو منصوص عليه في سند البيع. وبما أن هذا الدليل يركز على الحقوق الضمانية الناشئة بموجب اتفاق، فهو لن يواصل بحث سبل انتصاف البائع القانونية هذه هنا (للاطلاع على بحث أكثر شمولاً، انظر الفصل الثاني عشر المتعلق بحقوق تمويل الاحتياز في الوثيقة 9/A/CN.9/631/Add.9).

١٢٤- وفي ترتيب بسيط للاحتفاظ بحق الملكية، يجوز للبائع أن يحتفظ بحق ملكية السلع المباعة إلى حين سداد سعر شراء تلك السلع بالكامل. كما يجوز أن يشارك مقرضون في عمليات التمويل هذه بقبول إحالة الالتزام المضمون من البائع. وهناك عدة أشكال متنوعة من معاملات الاحتفاظ بحق الملكية. فأحياناً يعد البائع ببيع الممتلكات للمشتري ليس إلا، ولا يتم البيع (نقل حق الملكية) إلا عند السداد بالكامل. وأحياناً يكون البيع مشروطاً بأن يسدد المشتري الثمن بالكامل. ولكن غالباً ما يكون البيع فورياً، ولا يكون إلا نقل حق الملكية مشروطاً بأن يدفع المشتري الثمن. والعامل المشترك بين كل هذه الأشكال المتنوعة هو أنه حتى إن كان المشتري حائزاً للممتلكات ويستخدمها (وفي بعض الحالات قد يكون له حتى الحق في التصرف فيها)، فهو لا يحصل فعلاً على حقوق في الممتلكات إلى أن يسدد ثمن الشراء بالكامل ويظل حق الملكية آيلاً للبائع حتى تلك اللحظة.

١٢٥- كما تسمح الدول بتنوعات في نطاق اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية. وهي تتصل أحياناً بالالتزام المضمون وأحياناً بالممتلكات الخاضعة للاحتفاظ بالملكية. فمثلاً، في ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية بموجب شرط "جميع الأموال" أو "الحساب الجاري" يحتفظ البائع بحق

ملكية السلع المباعة إلى حين أداء جميع الالتزامات المطلوبة من المشتري، سواء أكانت تلك الالتزامات تتصل بتلك السلع أم بسلع أخرى اشتراها ذلك المشتري من البائع. وفي الترتيب بموجب اتفاق "ممدّد" للاحتفاظ بحق الملكية، يجوز أن تمتد حقوق البائع أيضا لتشمل مستحقات أو عائدات أخرى تنشأ عند بيع السلع. بيد أن ذلك الترتيب لا يوجد إلا في عدد قليل للغاية من الدول. وعلى كل حال يسقط الحق في العائدات عموما، حتى في تلك الدول، عندما تمزج العائدات بعائدات أخرى. وفي الغالبية العظمى من الدول لا يشمل الاحتفاظ بحق الملكية العائدات. وفي كل الدول تقريبا لا يشمل الاحتفاظ بحق الملكية السلع إلا عندما تكون محتفظة بهويتها، ويسقط الحق عندما تدمج السلع بسلع أخرى في عملية التصنيع أو عندما تفقد هويتها الأصلية بطريقة أخرى.

١٢٦- وهناك بديل لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية، ولكن مع النتيجة الاقتصادية ذاتها، يمكن تحقيقه بدمج عقد تأجير مع خيار للمستأجر بأن يشتري المؤجر بسعر إسمي، لا يجوز ممارسته إلا بعد ما يدفع المستأجر معظم "سعر الشراء" النظري بواسطة أقساط الاستئجار (انظر المثال الوارد في الفقرة ٦٢ من الباب جيم-١ في الفصل الثاني أعلاه). وفي بعض الحالات، عندما يشمل الإيجار العمر المجدى الكامل للمعدات المؤجرة، فهو يعادل ترتيبا بموجب الاحتفاظ بحق الملكية دون حتى خيار الشراء. ويقصد من كل هذه التنوعات أن تؤدي وظيفة أدوات لتمكين المقرض من تمويل "حيازة" معدّات أو مخزون (انظر الفصل الثاني عشر المتعلق بحقوق تمويل الاحتياز في الوثيقة A/CN.9/631/Add.9). وفي الفقرات التالية، على الأقل فيما يتعلق بالاييجارات التي تؤدي وظيفة ضمان، تشمل عبارة "البائع" العبارة "المؤجر" وتشمل عبارة "المشتري" عبارة "المستأجر".

١٢٧- ومن الناحية الاقتصادية يوفر ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية حقا ضمانيا جيد التكيف بصورة خاصة مع احتياجات البائعين في ضمان الائتمان الذي يمنح لتغطية سعر شراء السلع. وفي كثير من الدول يستخدم هذا النوع من الائتمان - الذي يوفره عادة الموردون - على نطاق واسع كبديل للتمويل المصرفي عموما، وهو يحظى بوضع تفضيلي بالنظر إلى أهمية موردي السلع الصغار والمتوسطين للاقتصاد. وفي دول أخرى، توفر المصارف أيضا تمويلا للاحتياز بصورة أكثر انتظاما، وطورت ممارسات نتيجة لذلك تمكّنها من الاستفادة من آلية الاحتفاظ بحق الملكية. فمثلا، يستطيع البائع أن يبيع السلع إلى مصرف مقابل الدفع نقدا، ثم يستطيع المصرف أن يعيد بيع السلع إلى المشتري مع الدفع لاحقا بموجب ترتيب للاحتفاظ بحق الملكية، أو قد يدفع المشتري للبائع نقدا من قرض ثم ينقل حق الملكية إلى المصرف كضمان للقرض. وفي تلك الدول، كثيرا ما يُمنح مصدر الائتمان هذا والضمان المحدد

المصاحب له امتيازاً خاصاً في شكل أولوية تقدّم على حقوق ضمانية متنافسة في السلع ذاتها، شريطة الالتزام بمقتضيات شكلية معيّنة.

١٢٨- ونظراً إلى أن ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية كان في الأصل شرطاً في عقد بيع أو إيجار، لا تزال دول كثيرة (ومن بينها عدد من الدول التي تعامل أدوات نقل حق الملكية لغرض الضمان على أنها معادلة لأدوات الضمان) تعتبره مجرد شبه ضمان. وهي لا تُخضع نتيجة لذلك أدوات الاحتفاظ بحق الملكية للقواعد العامة الواجبة التطبيق على الحقوق الضمانية، خصوصاً فيما يتعلق بالشكل لغرض الإنشاء وطريقة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية والإنفاذ. ومن مزاياه الأخرى أنه يمكن أن ينشأ بطريقة فعّالة من حيث التكلفة، نظراً إلى أنه لا يخضع للإشهار في دول كثيرة كما إن الاحتفاظ بحق الملكية ملائم للتمويل القصير الأجل، وهو يؤدي في بعض الدول إلى حق ملكية للبائع. وفي الدول التي لا تسمح بإنشاء حقوق ضمانية غير حيازية إلا في أنواع معيّنة من الموجودات، ولكن ليس في المخزون، يستخدم الاحتفاظ بحق الملكية في التمويل بضمان المخزون. وهناك ميزة أخرى هي أن البائع المحتفظ بحق الملكية يتمتع بوضع مميّز في دول كثيرة. وربما تبرّر ذلك الرغبة في دعم الموردّين العاديين الصغار والمتوسّطين وفي تعزيز تمويل الاحتياز من جانب الموردّين كبديل للائتمان المصرفي عموماً.

١٢٩- وتتجلى في الوقت نفسه عيوب معيّنة في ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية. فوضع المشتري ودائني المشتري يضعف، ونظراً لعدم وجود الإشهار تضطر الأطراف الثالثة إلى أن تعتمد على إقرارات المشتري أو أن تخصّص وقتاً لجمع معلومات من مصادر أخرى وأن تكبد تكلفة ذلك. وهناك عيب آخر هو أن ذلك قد يمنع المشتري من استخدام الموجودات المشتراة لمنح ضمان من المرتبة الثانية لدائن آخر، أو على الأقل أن يعرقله في ذلك. وثمة عيب آخر هو أن الإنفاذ من جانب دائني المشتري الآخرين مستحيل أو صعب دون موافقة البائع. ولهذه الأسباب تعامل ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية في بعض الدول نفس معاملة الحقوق الضمانية من كل وجهة، بينما هي تُعامل في دول أخرى معاملة الحقوق الضمانية ولكن ليس من كل وجهة (فهى مثلاً خاضعة للإشهار ولكنها تُمنح وضعاً خاصاً من حيث الأولوية). وفي دول غيرها، ليست ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية نافذة تجاه الأطراف الثالثة عموماً، أو ليست نافذة تجاهها إلا إذا كانت تتعلق بموجودات معيّنة، وخصوصاً المخزون، على افتراض أن احتفاظ البائع بحق الملكية يتعارض مع منح البائع المشتري حق التصرف في المخزون وصلاحيّة التصرف فيه.

١٣٠- ويمكن أن تنظر الدول في عدة خيارات سياسية. أحد هذه الخيارات هو حفظ الطابع الخاص لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية كأداة لحق الملكية. وفي إطار هذا النهج لا يكون الاحتفاظ بحق الملكية خاضعا لأي مقتضيات تتعلق بالشكل أو الإشهار. وهناك خيار آخر مختلف بعض الشيء، وهو حفظ الطابع الخاص للاحتفاظ بحق الملكية ولكن مع قصر مفعوله على ضمان سعر شراء الموجودات المعنية دون أي ائتمان آخر، وقصره على الموجودات المشتراة دون العائدات أو النواتج. وثمة خيار ثالث هو دمج ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية في النظام العادي للحقوق الضمانية. وفي هذه الحالة، يكون إنشاء ترتيب للاحتفاظ بحق الملكية ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وإنفاذه، حتى في حال إعسار المشتري، خاضعا كله لنفس القواعد الواجبة التطبيق على الحقوق الضمانية. وفي إطار ذلك النهج، للأسباب السياسية السالفة الذكر، يمكن منح البائع مزايا معينة (مثل الأولوية اعتبارا من وقت إبرام عقد البيع الذي يشمل الاحتفاظ بحق الملكية أو اعتبارا من وقت تسليم السلع). وقد يكون خيار رابع هو إبقاء الاحتفاظ بحق الملكية كمعاملة منفصلة، ولكن مع جعله مساويا لأي حق ضماني آخر (أي دون منح البائع المحتفظ بحق الملكية أي امتيازات خاصة تتعلق بالإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية والإنفاذ). وهذه الخيارات مدروسة بمزيد من التفصيل في الفصل الثاني عشر المتعلق بحقوق تمويل الاحتياز (انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.9).

٤- النهج المتكامل والوظيفي لإزاء الضمان

١٣١- كثيرا ما أُحبطت طلبات المنشآت التجارية الحصول على ائتمان طوال القرن العشرين بسبب عدم وجود إطار قانوني مناسب يستطيع المقترضون أن يمنحوا من خلاله حقوقا ضمانية للمقرضين وسائر موفري الائتمان. فأحيانا كان القانون يحظر صراحة منح ضمانات على أنواع معينة من الموجودات، وأحيانا لم تكن توجد أداة قانونية مناسبة. وفي أحيان أخرى كان بوسع الأطراف أن تلتفّ أداة قانونية تخدم أغراضها، ولكنها كانت عادة غير فعّالة ومكلفة ومعقدة التنفيذ. وكانت تلك المشاكل هي منبع الكثير من التطورات التي استعرضت منذ قليل. فهي قد أدّت، مثلا، إلى ممارسات تعاقدية وابتكارات قانونية كانت تسمح بتقديم "رهون وفاء" صورية وإلى خلق معاملات قانونية متخصصة يُقصد بها حل مشاكل حدثت في قطاعات معينة من النشاط الاقتصادي، كما حفّزت تطور تشكيلة من آليات نقل حق الملكية، وكانت كامنة وراء التوسّع في استخدام اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية ومختلف الأشكال المتنوعة من الاحتفاظ بحق الملكية التي كان يقصد بها زيادة فعاليتها كأداة قانونية لضمان أداء الالتزام.

١٣٢- وفي مواجهة ما أّسم به هذا النهج إزاء تكييف النظم القانونية كي تفي باحتياجات الأعمال التجارية إلى الائتمان من تعقّد وعدم كفاءة وثغرات، قرّرت بعض الدول في منتصف القرن العشرين أن تعيد النظر في كامل ميدان الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة. وقد ترتّب على ذلك التفكير المليّ إنشاء حق ضماني وحيد ومتكامل وشامل ومعرّف وظيفيا في جميع أنواع الممتلكات المنقولة. وكان هذا النهج إزاء الحقوق الضمانية مستوحى من ملاحظة أن الأنواع المختلفة العديدة من الحقوق الضمانية غير الحيازية ورهن الوفاء الحيازي التقليدي والأشكال المتنوعة من أدوات نقل حق الملكية والاحتفاظ بحق الملكية كانت مستندة جميعها إلى عدد قليل متماثل من المبادئ التوجيهية التي كانت تستهدف تحقيق النتائج الوظيفية ذاتها.

١٣٣- والموضوع الرئيسي لهذا النهج الجديد إزاء المصالح الضمانية هو أن الجوهر يجب أن يغلب على الشكل. ولم تكن مجرد مصادفة أن هذه الفكرة تطورت أولا في دول اتحادية، مثل الولايات المتحدة الأمريكية وكندا. فالقانون التجاري الموحد في الولايات المتحدة، وهو قانون نموذجي اعتمدته الآن الولايات الخمسون جميعها (بما فيها ولاية لويزيانا التي تجمع بين القانون العام والقانون المدني) أنشأ حقا ضمانيا وحيدا وشاملا في الممتلكات المنقولة فوحد حقوقا عديدة ومتنوعة من الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية في الممتلكات الملموسة وغير الملموسة، بما في ذلك ترتيبات لنقل حق الملكية وللاحتفاظ به، كانت قائمة بموجب قوانين الولايات المختلفة والقانون العام. وانتشرت الفكرة إلى كندا (بما في ذلك الولاية القضائية التي تأخذ بالقانون المدني في كيبيك)، وإلى نيوزيلندا والهند ودول أخرى مختلفة (وكثير منها ولايات قضائية للقانون المدني في أوروبا الوسطى والشرقية). ويسلك القانون النموذجي للمعاملات المضمونة للبلدان الأمريكية، الذي وضعته منظمة الدول الأمريكية، نهجا مماثلا من نواح عديدة. كما يسلك القانون النموذجي بشأن المعاملات المضمونة الذي وضعه المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير نهجا مماثلا إلى حد أنه ينشئ "مصلحة ضمانية" يمكن أن تعمل جنبا إلى جنب مع أدوات ضمانية أخرى (مثل البيع الإيجاري) ويُضفي من جديد صفة الحق الضماني على الاحتفاظ بحق الملكية.

١٣٤- والنظام المتكامل والشامل بشأن الضمان، بصفته نهجا يتبع إزاء إيجاد نظام فعّال يعزّز توفير الائتمان المنخفض التكلفة للأعمال التجارية والمستهلكين، يحقق مزايا هامة معيّنة.

١٣٥- فأولا، يمكن دمج جميع القوانين ذات الصلة التي تتناول حقوقا ضمانية غير حيازية (والتي كثيرا ما تكون متعددة للغاية) في نص واحد، وهو نهج يكفل شمول القواعد واتساقها وشفافيتها. وثانيا، يمكن أن تُشمل القواعد المتعلقة بالحقوق الضمانية الحيازية، خصوصا رهن

الوفاء الحيازي، مع تكييفه في الوقت ذاته مع المقتضيات المعاصرة (أي مثلاً بالأخذ بمفهوم السلطة فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة). وثالثاً، يمكن دمج أدوات حق الملكية، ومنها مثلاً نقل الضمان والاحتفاظ بحق الملكية، ضمن النظام بطريقة لا تعطي البائعين الحماية التي يرغبونها فحسب، وإنما تمكّن أيضاً المشترين من استخدام ما اكتسبوه من قيمة في الممتلكات المشتراة للحصول على ائتمان إضافي. ورابعاً، يمكن أيضاً إدراج ترتيبات تعاقدية تؤدي وظيفة ضمانية، مثل عقود البيع الإيجاري، والبيع وإعادة البيع، مع شمولها بطريقة تقلل إلى أدنى حد من التنازع والارتباك بشأن أولوية حقوق مختلف الدائنين.

١٣٦- وإضافة إلى ذلك، في ظل هذا النهج، لا يحتاج الدائن الذي يفكر في منح قرض مضمون إلى أن يتحرى عن مختلف أدوات الضمان المتاحة وأن يقيّم شروطها الأساسية وحدودها إضافة إلى مزاياها وعيوبها. وبالمثل، فإن العبء الذي يتحمله دائنو المانح أو ممثل الإعسار عن المانح الذين يتعين عليهم أن يأخذوا بعين الاعتبار حقوقهم (وواجباتهم) حيال الدائن المضمون، يقلّ إذا وجب أن يُفحص نظام واحد فقط يتميز بحق ضماني شامل بدلا من عدة نظم مختلفة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذا سيقّبل من تكلفة إنشاء حقوق ضمانية وبالتالي من تكلفة الائتمان المضمون.

١٣٧- وفي الأوضاع العابرة للحدود الوطنية، سيتيسر أيضاً الاعتراف بمصالح ضمانية تُنشأ في موجودات تقع في إحدى الدول وتنقل فيما بعد إلى دولة أخرى، إذا اعترفت الدولة التي تنقل إليها الموجودات بحق ضماني شامل. ويسهل على نظام من هذا القبيل أكثر من غيره أن يقبل مجموعة متنوعة كبيرة من الحقوق الضمانية الأجنبية، سواء، كانت ذات طبيعة ضيقة أم مماثلة في الشمول.

١٣٨- ولكن، هناك بعض العيوب في النهج المتكامل الشامل. فأولاً، قد يتطلب هذا النهج إعادة توصيف معاملات معينة (مثل نقل حق الملكية لأغراض الضمان أو الاحتفاظ بحق الملكية)، على الأقل لغرض قوانين المعاملات المضمونة. وفيما يتعلق بالدول التي لا تقبل "نسبية حق الملكية" في الممتلكات المنقولة، سيلزم إجراء عملية موسعة لإعادة تثقيف المحامين ورجال الأعمال بشأن كيفية عمل إعادة التوصيف هذه عملياً. وإضافة إلى ذلك، يتطلب هذا النهج تعديل المنطق القانوني الأساسي الذي تأسس عليه حتى الآن القانون المتعلق بالحقوق الضمانية في كثير من الدول. وفي تلك الدول، تعتبر الحقوق الضمانية استثناءات من المبدأ العام القاضي بمساواة الدائنين، فيجب لذلك أن تفسّر حصرياً. وعلاوة على ذلك، يعتبر الضمان عادة حقاً محدداً على موجودات محددة من أجل ضمان التزام محدّد يدين به مدين محدّد لدائن محدّد. ويفترض النهج المتكامل والشامل أن هذه القيود التقليدية سوف

يزيحها مبدأ عام يفضل انتشار الائتمان المضمون. وأخيراً، يفترض هذا النهج عادة أن النظام الجديد سيدخل حيز النفاذ في تشريع وحيد. وسينطوي ذلك، فيما يتعلق ببعض الدول، على تكيف كبير في الأسلوب الذي تنظم به قوانينها المدنية أو التجارية أو غيرها.

١٣٩- ويمكن تقليل الكثير من تلك العيوب أو التخلص منها بالحرص على الاهتمام بالأسلوب الذي تختار دولة اتباعه في وضع تشريع ينشئ حقاً ضمانياً متكاملًا وشاملاً. فمثلاً، يمكن تحقيق معظم المزايا مع تفادي معظم العيوب من خلال: (أ) إصلاح شامل للقوانين القائمة المتعلقة بالحقوق الضمانية، وأدوات حق الملكية التي تخدم أغراضاً ضمانية، وإحالة المستحقات، والإيجار التمويلي؛ (ب) سن قواعد قانونية محدّدة لتنظيم الممارسات التعاقدية التي وضعت للتغلب على الثغرات الموجودة في القانون. وعلى كل حال، يكون المجهود اللازم لعمل ذلك بأسلوب يحقق الاتساق والشفافية والكفاءة وإرساء منافسة حقيقية بين جميع موفري الائتمان على أساس السعر مجهوداً ضخماً.

١٤٠- وإذا ما اعتمدت دولة نهجاً يفضل سن نظام شامل ومتكامل، فيمكن فيها اتباع أي من نهجين مختلفين. فبمقتضى أحد النهجين، تُستبقَى وتستخدم أسماء أدوات الضمان القديمة، مثل رهن الوفاء والرهن العائم ونقل حق الملكية لأغراض الضمان والاحتفاظ بحق الملكية. غير أن إنشاءها ومفعولها كحقوق ضمانية يكونان خاضعين لمجموعة متكاملة من القواعد، حتى إذا ظلت محتفظة بكامل مفعولها فيما يتعلق بحق الملكية لأغراض أخرى (مثل فرض الضرائب أو الحاسبة). وبموجب نهج مختلف بعض الشيء، تُضمّن جميع أنواع الحقوق التي تخدم أغراض الضمان ضمن مفهوم وحدوي بشأن الحق الضماني، وتُستكمل القواعد الواجبة التطبيق على أنواع أساسية معيّنة من العقود التي يمكن استخدامها لأغراض الضمان، كالبيع أو الإيجار أو الإحالة، بقواعد إضافية معيّنة (مثلاً فيما يتعلق بالنفاذ تجاه أطراف ثالثة والأولية والإنفاذ).

١٤١- والدليل يوصي بإنشاء نظام متكامل وشامل للمعاملات المضمونة بصفته النهج الذي يعزّز الائتمان المضمون بصورة أكثر فعالية. كما إنه يوصي، من حيث المبدأ، بأن تعتمد الدول ثاني الأسلوبين اللذين عُرضا منذ قليل لتحقيق ذلك (وهو نهج يمكن أن يوصف بأنه نهج وظيفي ووحيدوي). بيد أن الدليل يسلّم أيضاً بأن بعض الدول قد لا تكون في وضع يسمح لها باعتماد النهج الوظيفي والوحيدوي إزاء حقوق تمويل الاحتياز ولذلك فهو ينص، في هذا الوضع بالذات، على أن تختار الدول اتباع النهج الأول صوب تحقيق نظام شامل ومتكامل، وهو نهج يمكن أن يوصف بأنه نهج وظيفي وغير وحدوي (للاطلاع على مناقشة أكثر تفصيلاً، انظر الفصل الثاني عشر المتعلق بحقوق تمويل الاحتياز في الوثيقة (A/CN.9/631/Add.9).

باء - التوصيات

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أن التوصيات ليست مستنسخة هنا نظراً إلى أن الوثيقة A/CN.9/631 تتضمن مجموعة موحّدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة. ومتى وضعت التوصيات في صيغتها النهائية فستستسخ في نهاية كل فصل].

رابعاً - إنشاء حق ضماني (نفاذه بين الأطراف)

ألف - ملاحظات عامة

١ - مقدّمة

١٤٢ - الحق الضماني بمقتضى هذا الدليل هو حق ملكية (وليس حقاً شخصياً) فيما يتعلق بالمتلكات المنقولة (وليس في الممتلكات غير المنقولة) ينشأ بموجب اتفاق (خلافًا للحقوق القانونية أو القضائية) بين المانح والدائن المضمون ويُقصد به ضمان أداء التزام يقع على عاتق المانح أو شخص آخر تجاه ذلك الدائن (للاطلاع على تعريف "الحق الضماني"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه). لذلك، فإن المسألة الأساسية تتمثل في تحديد الخطوات اللازمة لكي يصبح الحق الضماني نافذاً تماماً بين الأطراف وتجاه الأطراف الثالثة.

١٤٣ - ففي بعض الدول، لا يُصبح الحق الضماني في الموجودات نافذاً تماماً إلا عند إبرام اتفاق ضمان وإنجاز فعل إضافي كتسليم حيازة الموجودات المرهونة. ورهنا بطبيعة الموجودات، قد يلزم إشعار الطرف الثالث (كما هو الحال فيما يتعلق بالمستحقات) أو التسجيل (كما هو الحال فيما يتعلق بالسفن أو الطائرات). وإلى حين تحقيق هذه الأفعال، لا يُعتبر الحق الضماني قد أنشئ، ولذلك فهو ليس نافذاً حتى بين الأطراف. ولكن، حالما تحصل هذه الأفعال، يصبح الحق الضماني نافذاً لا بين الأطراف فحسب، بل تجاه أي شخص أيضاً، سواء أكان أم لم يكن طرفاً في الاتفاق الضماني (هذا كثيراً ما يشار إليه بأنه مفعول حقوق الملكية على الجميع).

١٤٤ - وفي دول أخرى، ثمة تمييز بين نفاذ الحق الضماني بين الأطراف ونفاذه تجاه أطراف ثالثة. فالحق الضماني ينشأ عند إبرام اتفاق ضمان، لكنه لا يكون نافذاً إلا بين الأطراف. ويلزم إنجاز فعل إضافي لكي يصبح الحق الضماني نافذاً تجاه الأطراف الثالثة. وهذا الفعل الإضافي هو أيضاً بمثابة أساس لتحديد أولوية الحق الضماني تجاه المطالبين المنافسين (للاطلاع على تعريف "المطالب المنافس" و"الأولوية"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه). والميزة الرئيسية لهذا

النهج طابعه العملي، حيث إنه يتيح للمانح إمكانية عرض الموجودات ذاتها على سبيل الضمان على أكثر من دائن واحد (فيزيد بذلك من مبلغ الائتمان الذي يمكن أن يحصل عليه المانح استناداً إلى قيمة الموجودات)، ويضع في الوقت ذاته أساساً لتحديد مرتبة أولئك الدائنين من حيث الأولوية.

١٤٥- وهذا النهج يقوم على الفكرة التي مفادها أن للحق الضماني عنصرين متميزين. فهناك أولاً العلاقة بين الأطراف؛ وهناك ثانياً عنصر يتعلق بالملكية من عناصر الضمان، وهو عنصر سيحدث آثاراً تفس بصورة مباشرة حقوق الأطراف الثالثة. وبعبارة أخرى، فإن الاتفاق الضماني كاف لكي يصبح الحق الضماني نافذاً بين الأطراف، لكنه غير كاف لكي يكون نافذاً تجاه أطراف ثالثة كالدائنين المضمونين الآخرين أو الدائنين بحكم القضاء أو ممثل الإعسار عند إعسار المانح. وعلاوة على ذلك، فإن هذا النهج يقوم على الافتراض عدم وجود حاجة إلى اشتراط الإشعار أو التسجيل لكي يكون الحق الضماني نافذاً بين الأطراف، بل إن اتباع نهج من هذا القبيل يمكن أن يضع عقبات أمام المعاملات التي تخدم أغراضاً ضمانية لكنها تقوم على أساليب بيع أو تأجير غير رسمية (كترتيبات البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية أو عمليات الإيجار التمويلي أو اتفاقات الإيجار مع خيار الشراء لاحقاً).

١٤٦- وهناك دول تعتمد نهجاً ثالثاً، وهو نهج يجمع بين كلا النهجين. ويتمثل هذا النهج في معاملة الحق الضماني على أنه نافذ تجاه الجميع حالما يتم إنشاؤه (بمن في ذلك دائنو المانح غير المضمونين والدائنون بحكم القضاء وممثل إعسار المانح ومن تحال إليهم الموجودات المرهونة ومن يتلقونها على سبيل الهبة خارج السياق المعتاد لعمل المانح)، لكنه ينص على تطبيق قواعد خاصة بشأن النفاذ تجاه أطراف ثالثة والأولوية في حال وجود مطالبين منافسين يؤكدون حقوقاً محددة في الموجودات المرهونة (كالدائنين المضمونين المنافسين أو الذين تحال إليهم الموجودات المرهونة في سياق العمل المعتاد). وهذا النهج يقود عموماً إلى نتائج مماثلة لتلك التي يفرضها النهج الثاني، مع اختلاف طفيف فيما يتعلق بحقوق دائنين معينين كالدائنين غير المضمونين والدائنين بحكم القضاء وممثل الإعسار (انظر الفقرات [...] من الوثيقة A/CN.9/631/Add.2).

١٤٧- ويعتمد هذا الدليل النهج الثاني من بين النهج العامة الثلاثة التي استعرضت في الفقرات السابقة إزاء إنشاء الحقوق الضمانية ونفاذها. وهذا يعني أن الدليل يوصي باتباع نهج يميز بين المتطلبات اللازمة لكي يصبح الحق الضماني نافذاً بين الأطراف وتلك التي هي لازمة لكي تجعل الأطراف الحق الضماني نافذاً تجاه الأطراف الثالثة (انظر الفقرتين ١٤٤ و ١٤٥ أعلاه). وهذا الفصل يتناول المسائل المتعلقة بإنشاء حق ضماني في موجودات

بواسطة الاتفاق وجعله نافذاً بين الأطراف في الاتفاق الضماني. أما نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، فترد مناقشته في الفصل الخامس المتعلق بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.2). وأما القواعد المتعلقة بترتيب أولوية الدائنين الذين لهم مطالبات في الموجودات ذاتها، فترد مناقشتها في الفصل السابع المتعلق بالأولوية (انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.4). وأما المسائل المتعلقة بنفاذ حق ضماني في حال الإعسار، فيناقشها الفصل الحادي عشر المتعلق بالإعسار (انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.8).

٢- إنشاء حق ضماني

١٤٨- لا بد من تناول مسألتين منفصلتين عند معالجة مسألة إنشاء حق ضماني ونفاذه بين المانح والدائن المضمون. والمسألة الأهم هنا هي مسألة الإنشاء، أي متى أنشئ الحق الضماني وما هي شروطه. وهناك أيضاً مسألة النفاذ بين الأطراف عموماً، أي متى يصبح الحق الضماني نافذاً بين الأطراف وما هي الشروط التي تجعله كذلك. وفي العادة هناك جواب واحد على كلا السؤالين. فعندما تُستوفى خطوات إنشاء الحق الضماني، يُصبح ذلك الحق عندئذ نافذاً بين الأطراف. ولكن، قد يحدث أن ينشأ حق ضماني ثم يتوقف نفاذه بين الأطراف. وفي تلك الحالات، من المهم تحديد الوقت الذي يتوقف فيه نفاذ الحق حتى بين الأطراف تحديداً دقيقاً. وهذان الوجهان للسؤال يُبحث فيهما على التوالي.

١٤٩- ففي معظم الدول، يتطلب إنشاء حق ضماني في الممتلكات المنقولة إبرام اتفاق (للاطلاع على تعريف "الاتفاق الضماني"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه) بين المانح والدائن المضمون ينص على إنشاء هذا الحق (انظر التوصية ١٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٥٠- ويمكن أن يؤدي الاتفاق الضماني عدة وظائف، منها التالية: (أ) توفير الأساس القانوني لمنح حق ضماني؛ (ب) إقامة الصلة بين الحق الضماني والالتزام الذي يضمنه ذلك الحق؛ (ج) تنظيم العلاقة بين المانح والدائن المضمون بصورة عامة (فيما يتعلق بالحقوق السابقة للتقصير، انظر الفصل الثامن في الوثيقة A/CN.9/631/Add.5)؛ (د) التقليل إلى أدنى حد من احتمال حصول خلافات فيما يتعلق بمحتويات الاتفاق الضماني ومن احتمال التلاعب بعد التقصير (فيما يتعلق بالحقوق اللاحقة للتقصير، انظر الفصل العاشر في الوثيقة A/CN.9/631/Add.7).

١٥١- ومع أن الاتفاق الضماني يمكن أن يكون أحياناً اتفاقاً منفصلاً بين الأطراف، فهو كثيراً ما يكون وارداً في عقد التمويل الأساسي أو في عقد مماثل مبرم بين المانح والدائن المضمون كالعقد المتعلق ببيع السلع مع الدفع لاحقاً.

١٥٢- وكما لوحظ سابقاً، فإن الاتفاق الضماني في حد ذاته كاف في دول عديدة من أجل إنشاء حق ضماني بين المانح والدائن المضمون. ولكن، ثمة دول أخرى يُشترط فيها فعل آخر إضافة إلى الاتفاق الضماني من أجل إنشاء حق ضماني حتى بين الأطراف (أي إحالة الحياة أو الإشعار أو التسجيل). ويختلف الشكل الذي يمكن أن يكون عليه ذلك الفعل من دولة إلى أخرى، بل وحتى داخل بعض الدول، حسب نوع الحق الضماني المعني أو الموجودات المعنية.

١٥٣- وهناك اتفاقات معينة تتعلق بحق الملكية في الممتلكات المنقولة يمكن أن تؤدي أغراضاً ضمانية. ومنها مثلاً احتفاظ البائع بحق الملكية وإحالة حق الملكية لأغراض ضمانية وإحالة المستحقات لأغراض ضمانية، وكذلك البيع وإعادة البيع والبيع والتنازل عن الإيجار والإيجار مع خيار الشراء لاحقاً والإيجار التمويلي (للاطلاع على تعاريف "الإحالة" و"الإيجار التمويلي" و"حق الاحتفاظ بحق الملكية"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه).

١٥٤- وفي النظم القانونية التي لها نظام شامل ومتكامل بشأن المعاملات المضمونة، يُشترط عموماً إنشاء الأدوات القائمة على حق الملكية والتي تُخدم أغراضاً ضمانية بالطريقة ذاتها التي يجري بها إنشاء أي حق ضماني آخر. فهي إما يُستعاض عنها بمفهوم موحد للحق الضماني وإما يحتفظ فيها بمختلف التعابير مع جعل المتطلبات المحددة التي هي لازمة لإنشائها بين الأطراف مماثلة لتلك الواجبة التطبيق على الحقوق الضمانية.

١٥٥- وفي نظم قانونية أخرى، تمثل الأدوات القائمة على حق الملكية الآلية الرئيسية التي يمكن بواسطتها إنشاء حقوق ضمانية غير حيازية. ففي تلك الدول، تنظم أدوات حق الملكية عادة وفقاً للقواعد الواجبة التطبيق على المعاملة المحددة التي يقصد بواسطتها أن ينتقل حق الملكية فيما بين الأطراف (كالبيع والتبادل والإيجار مع خيار الشراء، وهلم جرا). وفي بعض الأحيان، ونظراً لوظيفة هذه القواعد الخاصة بالمعاملات بصفتها ضماناً، فإنه يجري أيضاً تدعيمها بقواعد تشريعية وقضائية مختلفة. ويمكن أن تتباين التفاصيل الإجرائية في النظم القانونية التي تحافظ على خصوصية أدوات حق الملكية تبايناً واسعاً من دولة إلى أخرى. ففي بعض النظم القانونية، لا يخضع لإجراءات خاصة إلا الاحتفاظ بحق الملكية، بينما تخضع إحالة حق الملكية لأغراض ضمانية من المقرض إلى المقرض وإحالة المستحقات لأغراض ضمانية للقواعد ذاتها التي تحكم إنشاء الحقوق الضمانية. وفي نظم قانونية أخرى، تخضع إحالة بعض أدوات حق الملكية، ومنها البيع مع حق افتركاك الرهن، هي أيضاً لإجراءات خاصة شأنها في ذلك شأن أدوات الاحتفاظ بحق الملكية.

١٥٦- وتمثل معاملة أدوات الاحتفاظ بحق الملكية مؤشرا أساسيا للطريقة التي يرى بها نظام قانوني عموما الضمان القائم على الاحتفاظ بحق الملكية. فالنظم القانونية التي لا تعامل الأدوات القائمة على حق الملكية بصفتها تشكل حقوقا ضمانية تركز في العادة تركيزا خاصا على الاحتفاظ بحق الملكية، حتى إذا أمكنها أن تضع متطلبات مختلفة جدا بشأن إنشاء أدوات الاحتفاظ بحق الملكية. وهذا يعني أن الاحتفاظ بحق الملكية، في هذه النظم، مستخدم على نطاق واسع وهو نافذ على كل الأطراف. غير أن الاحتفاظ بحق الملكية، في نظم قانونية أخرى، له دور عديم الأهمية وهو عموما غير نافذ، أو على الأقل هو غير نافذ على ممثل الإعسار في حال إعسار المشتري. وثمة نقطة تتلاقى عندها نظم قانونية عديدة وهي أن الاتفاقات البسيطة بشأن الاحتفاظ بحق الملكية هي وحدها التي تعامل على أنها أداة أصيلة بشأن حق الملكية، بينما تعامل الاتفاقات التي تتضمن بنودا تشمل كل المجموع أو بنودا تتعلق بالعائدات أو المنتجات على أنها أدوات ضمان حقيقية. وثمة نقطة أخرى تتفق فيها نظم قانونية عديدة وهي أن البائع هو الوحيد الذي يجوز له الاحتفاظ بحق الملكية. ولا يجوز لموَقري الائتمان الآخرين أن يستفيدوا من الاحتفاظ بحق الملكية إلا إذا تلقوا من البائع إحالة بالرصيد المتبقي من ثمن الشراء (انظر الفصل العاشر المتعلق بحقوق تمويل الاحتياز في الوثيقة (A/CN.9/631/Add.9).

١٥٧- وفي معظم النظم القانونية التي تقر الاحتفاظ بحق الملكية، تُستمد حقوق البائع من بند في اتفاق البيع. وفي دول قليلة أخرى، يُفترض الاحتفاظ بحق الملكية فيما يتعلق بكل عمليات البيع مع الدفع لاحقا ولا حاجة إلى أن يُذكر صراحة في اتفاق البيع أن البائع يحتفظ بحق الملكية. وفي دول أخرى، يمكن إبرام الحق التعاقدي في الاحتفاظ بحق الملكية بين الأطراف حتى شفويا أو بالإحالة إلى الشروط العامة المطبوعة الواردة في مستند توريد أو فاتورة توريد. ولكن هناك أيضا نظم قانونية أخرى قد تشترط نوعا ما من الكتابة وموعدا معينا للاتفاق بل وحتى التسجيل.

١٥٨- وتختلف النظم القانونية أيضا اختلافا كبيرا في المصطلحات المستخدمة والمتطلبات المنصوص عليها بشأن إحالات حق الملكية لأغراض ضمانية. فمثلا، يمكن تسمية عمليات الإحالة هذه إحالات ائتمانية لحق الملكية لأغراض ضمانية وعمليات بيع مع حق المطالبة باسترداد البضاعة وعمليات بيع مزدوجة وعمليات بيع ثم استئجار مع خيار الشراء. وأول ما تجدر ملاحظته هو أن إحالة حق الملكية على سبيل الضمان تكون في بعض النظم القانونية باطلة تجاه الأطراف الثالثة، وأحيانا حتى بين الحيل والمحال إليه. وفي نظم قانونية أخرى، بينما تكون إحالة حق الملكية على سبيل الضمان نافذة فهي ليست مستخدمة على نطاق واسع

نظرا لوجود حقوق ضمانية أخرى غير حيازية. وفي معظم النظم القانونية التي تقر إحالة حق الملكية على سبيل الضمان، فإن القواعد المتعلقة بإنشائها هي القواعد المنطبقة على المعاملات المضمونة بصفة عامة أو على الأقل في حال إعسار المحيل. وهكذا، فإن البيع مع حق المطالبة باسترداد البضاعة أو البيع المزدوج، مثلا، يحصل عادة فيما يتعلق بشكل الاتفاق ومحتواه رهنا بالقواعد ذاتها المنطبقة على المعاملات المضمونة.

١٥٩- وتقر نظم قانونية عديدة أيضا بأن المعاملات التي تُبنى على فكرة الإيجار (الإيجار مع خيار الشراء لاحقا والإيجار المالي في سياق تمويل الحيازة والبيع ثم الاستئجار في سياق معاملة إقراض) كثيرا ما تؤدي وظائف ضمانية. وهي تُعامل، في بعض النظم القانونية، على أنها أدوات ضمانية وتنطبق على إنشائها ونفاذها بين الأطراف المتطلبات ذاتها المنطبقة على كل أدوات الضمان الأخرى. وهي تُعامل، في نظم قانونية أخرى، لا بصفتها أدوات ضمان وإنما بصفتها ترتيبات تعاقدية تنشئ حقوقا شخصية. وفي هذه النظم القانونية، تكون متطلبات إنشائها عادة تلك المنطبقة على إنشاء حق تعاقدى من ذلك النوع بين الأطراف.

١٦٠- أما المسألة الثانية التي تواجه الدول عند تقرير المتطلبات الأساسية لإنشاء حق ضمانى فهي تحديد الوقت الذي يُصبح فيه الحق الضمانى نافذا فعلا بين الأطراف. ففي معظم الدول، ونظرا إلى أن الحق الضمانى ينشأ من اتفاق بين الأطراف فهو يصبح نافذا بينها حالما يُبرم. ويجوز للأطراف فعلا أن تتفق على إرجاء نفاذ الحق الضمانى إلى وقت لاحق، لكنها في العادة لا تفعل ذلك (وعلى أي حال، فهي لا تستطيع أن تتفق على وقت أبكر من وقت إبرام الاتفاق). ومن الضروري أيضا تحديد الوقت الذي يبدأ فيه تأثير الحق الضمانى في الموجودات المرهونة. وهنا، لا بد من التمييز بين موجودات المانح الحالية والموجودات الآجلة. فعندما ينص الاتفاق الضمانى على إنشاء حق ضمانى في الموجودات التي للمانح حقوق فيها، أو صلاحية رهنها، وقت إبرام الاتفاق الضمانى، يكون الحق الضمانى نافذا بين الأطراف فيما يتعلق بتلك الموجودات اعتبارا من ذلك الوقت، رهنا بأي اتفاق بين الأطراف على إرجاء النفاذ فيما يتعلق ببعض تلك الموجودات أو كلها. ولكن، عندما ينص الاتفاق الضمانى على إنشاء حق ضمانى في الموجودات التي يتوقع المانح أن يكتسب حقوقا فيها، أو أن تكون لديه صلاحية رهنها، في المستقبل، يكون الحق الضمانى نافذا بين الأطراف فيما يتعلق بتلك الموجودات فقط اعتبارا من الوقت الذي يكتسب فيه المانح تلك الحقوق أو الحق في رهن تلك الموجودات، ما لم تتفق الأطراف طبعاً على إرجاء موعد النفاذ (انظر التوصية ١٢ في الوثيقة A/CN.9/631؛ انظر أيضا الفقرة ١٨٥ أدناه).

٣- عناصر الاتفاق الضماني الأساسية

١٦١- تختلف النظم القانونية من حيث العناصر الأساسية التي يجب أن يتضمنها الاتفاق الضماني حتى يكون نافذاً بين الأطراف. غير أن بعض العناصر معهودة في معظم النظم القانونية. ففي العادة، تشترط الدول أن تتوفر في الاتفاق الضماني العناصر التالية: (أ) تحديد هوية الأطراف؛ (ب) النص على وجوب التمتع بضمان؛ (ج) وصف الموجودات التي سيقع رهنها. وتفرض بعض الدول أيضاً اشتراطاً بأن يبيّن الاتفاق الضماني المبلغ الأقصى الذي يمكن المطالبة به بمقتضى الحق الضماني في الموجودات المرهونة.

١٦٢- وتختلف من دولة إلى أخرى درجة الدقة المطلوبة في تحديد الالتزام المضمون والموجودات المرهونة. وتتمثل ميزة القيام بوصف محدد في تحقيق اليقين، لكن عيبه هو عدم المرونة في معالجة معاملات تمويلية هامة تشمل مبالغ متغيرة من الالتزامات المضمونة ومجموعة متغيرة من الموجودات المرهونة، منها الموجودات المحتازة لاحقاً (ومنها مثلاً التسهيلات الائتمانية المتجددة فيما يتعلق بالمخزون أو المستحقات). وفي كل الأحوال، سواء أنصت التشريعات أم لم تنص على تحديد هوية الأطراف وعلى وصف الالتزام الذي يراد ضمانه والموجودات التي يراد رهنها بصفتها القدر الأدنى من محتويات الاتفاق الضماني، يمكن أن تترتب على عدم ذكر تلك العناصر في الاتفاق الضماني نزاعات بشأن نطاق الموجودات المرهونة والالتزام المضمون، ما لم تُذكر العناصر الناقصة بطرائق أخرى.

١٦٣- ويمكن للأطراف أن تستخدم الاتفاق الضماني أيضاً لتوضيح مسائل إضافية، منها واجب الرعاية من جانب الطرف الذي توجد في حوزته الموجودات المرهونة والإقرارات فيما يتعلق بالموجودات المرهونة. وفي حال عدم وجود اتفاق، يمكن تطبيق القواعد الاحتياطية من أجل توضيح العلاقة بين الأطراف (فيما يتعلق بالمسائل السابقة للتقصير، انظر الفصل الثامن في الوثيقة A/CN.9/631/Add.5؛ وفيما يتعلق بالمسائل اللاحقة للتقصير، انظر الفصل العاشر في الوثيقة A/CN.9/631/Add.7).

١٦٤- وتمتنع نظم عصرية عديدة بشأن المعاملات المضمونة عن اعتماد متطلبات مفصلة بشأن نفاذ الاتفاق الضماني وتبني بدلاً من ذلك الرأي الذي مفاده أن ترويج الائتمان المضمون يتيسر بالنص على أن الاتفاق يمكن أن يكون نافذاً إذا استوفى بعض المتطلبات الدنيا، ومنها مثلاً ما يلي: (أ) تجسيد نية الأطراف في إنشاء حق ضماني؛ (ب) تحديد هوية الأطراف (كالمناخ والدائن المضمون)؛ (ج) وصف الالتزام المراد ضمانه بواسطة الحق الضماني؛ (د) وصف الموجودات المراد رهنها (انظر التوصية ١٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٦٥- وكما هو مناقش باستفاضة أكثر أدناه (انظر الفقرات ١٨٨-١٩٠)، فإن الدليل يتبع الموقف الذي مفاده أن من الكافي تقديم وصف عام للموجودات المرهونة، من قبيل "كل الموجودات الحاضرة والآجلة" أو "كل المخزونات الحاضرة والآجلة".

٤- شكل الاتفاق الضماني

١٦٦- تتخذ النظم القانونية أيضا مواقف مختلفة بشأن متطلبات شكل اتفاقات الضمان ووظيفة هذه المتطلبات. وبوجه خاص، لا تشترط بعض النظم القانونية أن يكون الاتفاق الضماني مكتوبا، بينما تشترط نظم قانونية أخرى نوعا ما من أنواع الكتابة. وفي دول قليلة، يكفي أن يكون الاتفاق مكتوبا كتابة بسيطة دون توقيع. أما في دول أخرى، فالاتفاق المكتوب والموقع عليه لازم. ولكن، هناك أيضا دول أخرى يجب أن يكون فيها الاتفاق الضماني مستندا مكتوبا وموثقا عدليا أو مستندا معادلا. وفي العادة، يؤدي شكل الكتابة وظيفتي تنبيه الأطراف إلى العواقب القانونية المترتبة على اتفاقها وإقامة الدليل على اتفاقها. كما إنه، في حال المستندات الموثقة عدليا، يحمي الأطراف الثالثة من الاحتيال بتقديم تاريخ الاتفاق الضماني. ويمكن أن يخدم شكل الكتابة أيضا أغراضا أخرى إلى جانب كونه شرطا من شروط النفاذ بين الأطراف. فهو مثلا، في دول عديدة، شرط للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو لتحديد الأولوية فيما بين المطالبين المنافسين. وفي العديد من هذه الدول، يمكن أن يكون شكل الكتابة أيضا شرطا للتمكّن من حيازة الموجودات المرهونة أو للتدّرع بالاتفاق الضماني في حال الإنفاذ، في إطار الإعسار أو خارجه.

١٦٧- وفي بعض النظم القانونية، يجب أن تصدّق سلطة عمومية على تاريخ الحقوق الضمانية الحيازية، باستثناء القروض الصغيرة التي يجوز فيها أن يقام الدليل بواسطة شهود. ومع أن هذا التصديق يمكن أن يعالج مشكلة الاحتيال بتقديم التاريخ، فهو يمكن أن يثير مشكلة فيما يتعلق بالوقت والتكلفة الذين تتطلبهما المعاملة. وفي نظم قانونية أخرى، يلزم التصديق على التاريخ أو تأكيد صحة الاتفاق الضماني فيما يتعلق بأنواع مختلفة من الضمانات غير الحيازية (انظر، مثلا، المواد ٦٥ و ٧٠ و ٩٤ و ١٠١ من القانون الموحد لتنظيم شؤون الأوراق المالية الذي وضعته منظمة مواءمة قوانين الأعمال في أفريقيا). وفي بعض تلك النظم، يلزم التصديق بدلا من التسجيل. ولكن، عندما يكون التسجيل لازما، لا يلزم القيام بتصديق إضافي على تاريخ الاتفاق الضماني.

١٦٨- وفي نظم قانونية عديدة، وحرصا على توفير الوقت والتكاليف، لا يوجد سوى الحد الأدنى من متطلبات الشكل الإلزامية. فمجرد الكتابة (عما في ذلك مثلا الأحكام والشروط

العامة الموجودة على فاتورة) كاف طالما كانت الكتابة، إما بمفردها أو مقترنة بمجرى تصرفات الأطراف، تدل على نية المانح أن يمنح حقا ضمانيا. واتساقا مع فكرة تبسيط عملية إنشاء حق ضماني قدر الإمكان، وهو أحد أهداف الدليل الرئيسية (انظر الفقرة ٢٣ أعلاه)، فهذا هو موقف الدليل (انظر الفقرة الفرعية (ج) من التوصية ١ والتوصية ١٤ في الوثيقة A/CN.9/631). وتشمل الكتابة المراسلات الإلكترونية (انظر التوصية ٩ في الوثيقة A/CN.9/631). والاستثناء الوحيد من القواعد الآنف الذكر هو أن الاتفاق الضماني يمكن أن يكون شفويا إذا كان مصحوبا بإحالة حيازة الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون (انظر التوصية ١٤ في الوثيقة A/CN.9/631). ولكن إذا أنشئ الحق الضماني باتفاق شفوي وبنقل الحيازة ثم تنازل الدائن المضمون في وقت لاحق عن الحيازة، لزم إبرام اتفاق كتابي لكي يتواصل وجود الحق الضماني.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تنظر في تنقيح التوصية ١٤ لكي توضح الفكرة التي مفادها أنه إذا تنازل الدائن المضمون عن حيازة موجودات مرهونة أنشئ بشأنها حق ضماني باتفاق شفوي أو بنقل الحيازة، كان من اللازم إبرام اتفاق كتابي لكي يتواصل وجود الحق الضماني.]

١٦٩- وفي العادة، يُبرم الاتفاق الضماني بين المدين بصفته مانح الحق الضماني والدائن المضمون. وفي بعض الأحيان، إذا منح شخص ثالث الضمان لصالح المدين، أصبح هذا الشخص طرفا في الاتفاق بدلا من المدين أو إضافة إليه. وعندما يتشارك عدة مقرضين في منح قروض كبيرة (خاصة في حال القروض المشتركة)، يجوز لطرف ثالث يتصرف بصفته وكيلا أو أمينا للمقرضين أن يمسك حقوقا ضمانية نيابة عن كل المقرضين. ويمكن تكييف اتفاقات الضمان لكي تشمل كل حالة من هذه الحالات. ومع أن هناك في بعض النظم قيودا (منها مثلا ألا يجوز إلا للمنشآت أن تمنح رهنا عائما)، فإنه يجوز في نظم أخرى لكل من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين أن يصبحوا أطرافا في الاتفاق الضماني.

٥- الالتزامات المشروطة بالاتفاق الضماني

١٧٠- إن الحقوق الضمانية أداة إضافية للالتزام الذي تضمنه كما إنها تتوقف على ذلك الالتزام. وهذا يعني أن صلاحية الاتفاق الضماني وبنوده يتوقفان على صلاحية الاتفاق المنشئ للالتزام المضمون وبنوده. وفيما يتعلق بمعاملات القروض المتجددة بوجه خاص، يكون الحق الضماني أداة إضافية من حيث أنه يستطيع أن يضمن السلف المقبلة والالتزامات

المتغيرة، ولكن لا يمكن إنفاذه إذا لم تُدفع سُلْفَة مسبقة من القرض ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ الالتزام المدان به وقت الإنفاذ.

١٧١- وفي بعض الدول، لا يجوز أن تتعلق الحقوق الضمانية غير الحيازية إلا بأنواع محددة من الالتزامات المذكورة في التشريعات (منها مثلاً القروض المقدمة لشراء سيارات أو القروض المقدمة إلى المزارعين). وفي دول أخرى ذات نظام عام بشأن الحقوق الضمانية الحيازية فقط أو بشأن كل من الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية، لا توجد قيود من هذا القبيل. وميزة هذا النهج الشامل (انظر التوصية ١٥ في الوثيقة A/CN.9/631) هو أنه ينطوي على إمكانية نشر المنافع الرئيسية المستمدة من التمويل المضمون (أي زيادة توافر الائتمانات بتكلفة أدنى) على نطاق واسع من المعاملات. وإضافة إلى ذلك، يعزز هذا النهج الاتساق ومعاملة كل المدينين والدائنين المضمونين على قدم المساواة. وبقدر ما تكون هذه النظم الخاصة ضرورية لأسباب اجتماعية واقتصادية محددة، فإنه يمكن التقليل من الآثار السلبية إذا ما أنشئت هذه النظم على نحو واضح وشفاف وقُصرت على نطاق ضيق من المعاملات.

١٧٢- والدول التي لا تربط بين أشكال معينة من الضمان وأنواع معينة من الالتزامات هي في العادة لا تقيّد أنواع الالتزام التي يجوز منح حق ضماني بشأنها. وعلاوة على ذلك، وما لم يكن هناك نظام خاص بشأن الحقوق الضمانية في أنواع محددة من الالتزام (كالقروض التي يمنحها المقرضون بضمان الرهونات)، عادة ما تفعل الدول ذلك بتضمين التشريعات قائمة بكل أنواع الالتزام التي يمكن ضمّانها. ونظراً للوتيرة التي يجري بها إنشاء أنواع جديدة من الالتزامات الائتمانية، سيكون من المستحيل سن قائمة حصرية سرعان ما تصبح متقادمة. لذلك، من المعهود أن تقدم الدول قائمة إرشادية. وهذه القائمة تشمل في العادة الالتزامات الناشئة عن القروض وعن شراء سلع، منها المخزون والمعدات، مع الدفع لاحقاً.

١٧٣- وتتخذ النظم القانونية مواقف مختلفة حيال ما إذا كان يمكن إنشاء اتفاق ضماني لضمان الالتزامات الآجلة وإلى أي مدى يمكن ذلك، كما إنها تختلف في الرأي بشأن تعريف ما هو الالتزام الآجل فعلاً. فالالتزامات الآجلة، في بعض النظم، هي الالتزامات التي لم يُبرم عقد بشأنها بعد (وهذا هو النهج الذي تسلكه اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة؛ انظر الفقرة الفرعية (ب) من المادة ٥). وفي نظم أخرى تعامل حتى الالتزامات المتعاقدة عليها ولكن لم تكن مستحقة وقت إبرام الاتفاق الضماني (لأن القرض لم يقدّم بعد أو لأن القرض ينطوي على أحد تسهيلات القروض المتجددة) معاملة الالتزامات الآجلة. وإضافة إلى ذلك، تعامل دائماً الالتزامات الخاضعة لشرط لاحق معاملة الالتزامات الحالية، بينما تعامل عادة الالتزامات الخاضعة لشرط سابق معاملة الالتزامات الآجلة.

١٧٤- والفارق بين الالتزامات الحالية والالتزامات الآجلة كبير في النظم القانونية التي قد لا يتسنى فيها ضمان الالتزامات الآجلة أو قد لا يتسنى ضمانها إلا حتى مبلغ أقصى، أو قد لا يتسنى ضمانها إذا كانت غير محدّدة (مثلا عندما يكون القصد من الاتفاق الضمائي أن يشمل "جميع الالتزامات الحالية والآجلة من أي نوع كان قد تنشأ بين الأطراف")، وذلك لأسباب تتعلق باليقين وحماية المدين. وفي الدول التي تفرض حدودا على منح حقوق ضمانية لضمان التزامات آجلة، قد لا يستطيع المدينون أن يستفيدوا من معاملات معيّنة، مثل تسهيلات القروض المتجدّدة أو القروض بشروط قابلة للاستبدال. ويمكن ضمان الالتزامات الآجلة دون قيد في نظم قانونية أخرى. وفي تلك النظم يكفي اتفاق ضمائي واحد لضمان كل من الالتزامات الحالية والآجلة. ونتيجة لذلك، لا يستلزم تمديد أجل الائتمان أو زيادة مبلغه تعديل الحق الضمائي المقابل له أو حتى إنشاءه من جديد، وهذا له أثر إيجابي على توافر الائتمان وتكلفته. وبينما يمكن إنشاء حق ضمائي في التزام آجل فإنه، لا يمكن إنفاذه إلا عندما ينشأ الالتزام ويصبح مستحقا. وتفرض بعض الدول اقتضاءات معيّنة تتعلق بالأسلوب الذي يجوز به تعيين نوع الالتزام المضمون ومبلغه.

١٧٥- وفي بعض النظم القانونية يلزم أن تصف الأطراف الالتزامات المضمونة في اتفاقها بعبارات محدّدة وأن تضع حداً أقصى للمبلغ الذي يمكن أن ترهن به الموجودات كضمان للالتزام المضمون، أو حتى أن تقلّل مبلغ الضمان كي يجسّد الرصيد الحالي المستحق الدفع على ذلك الالتزام. ويُفترض أن يكون ذلك الوصف أو الحد في مصلحة المدين نظرا إلى أن المدين يكون محميا من زيادة مديونيته ويكون له خيار الحصول على ائتمان إضافي من طرف آخر. غير أن المقتضيات من هذا القبيل قد تؤدي إلى الحد من مبلغ الائتمان المتاح من الدائن الأصلي أو قد تحمّل الدائنين على ذكر مبلغ يتجاوز بكثير المبلغ الفعلي الذي يوافقون على إقراضه للمانح. وكثيرا ما يترتب على ذلك حرمان المانح من قدرة استخدام كامل قيمة موجوداته لضمان إما التزامات إضافية لدائنه الحالي أو التزامات جديدة يتعاقد عليها مع دائنين آخرين.

١٧٦- وفي كثير من الأحيان، لم تعد معاملات التمويل العصرية تنطوي على الدفع مرة واحدة وإنما أصبحت تتوقع في أحيان كثيرة تقديم قروض في أوقات مختلفة حسب احتياجات المانح (مثل التسهيلات الائتمانية المتجددة التي تسمح للمانح بشراء مخزون). ويمكن تسيير ذلك الشكل من التمويل على أساس حساب جار يتغير رصيده يوميا. وإذا ما تقرّر تخفيض مبلغ الالتزام المضمون مع كل قسط يسدّد لثنّي ذلك المقرضين عن تقديم المزيد من القروض ما لم يُمنَحوا ضمانا إضافيا. وهذا سيكون عديم الجدوى إلى حد بعيد كما إنه سيزيد من

التكلفة والوقت اللازمين للمانح ليقبض البضائع الجديدة التي يحتاجها لتسيير أعماله التجارية. وأخيراً، تحاول بضعة دول أن تتحكم في الائتمان عن طريق فرض حد على المبلغ الذي يمكن أن ترهن به الموجودات، بحسب كنسبة مئوية من الائتمان المقدم إلى المانح (١٢٥ في المائة من الالتزام المدين به مثلاً). ولا مفر من أن تكون هذه الأنواع من القيود التشريعية على المبلغ المراد ضمانه اعتبارية، ويتعذر عادة ضبطها بدقة كي تفي بالاحتياجات الائتمانية لمائحين منفردين، وهي تحتاج عادة إلى تعديلات مستمرة كي تجسّد التغيرات الحاصلة في العلاقة الائتمانية بين المانح والدائن المضمون.

١٧٧- ولكل الأسباب السالفة الذكر، لا تقتضي نظم قانونية كثيرة أوصافاً محددة للالتزامات المضمونة وتسمح للأطراف بأن تتفاوض دون قيد على المبلغ المراد ضمانه، بما في ذلك جميع المبالغ التي يدين بها المدين للدائن المضمون. وفي تلك النظم القانونية، يجب أن يُحدّد الالتزام المضمون أو أن يكون قابلاً للتحديد استناداً إلى الاتفاق الضماني كلما كانت هناك حاجة إلى تحديده (وهذه هي الحال، مثلاً، عندما يُنفذ الدائن المضمون حقوقه الضمانية). وفضلاً عن ذلك، فإن المانح يتمتع بالحماية لأن الدائن المضمون لا يستطيع أن يطالب من الموجودات المرهونة أكثر من الدين الذي له، وإذا كان الالتزام مضموناً بالكامل فمن المحتمل أن يعرض الدائن المضمون على المانح شروطاً ائتمانية أفضل.

١٧٨- كما تتخذ الدول مواقف مختلفة حيال ما إذا كان يجب ذكر المبلغ الفعلي للالتزام المضمون (بما فيه سعر الفائدة، إن وجد) في الاتفاق الضماني ذاته، وما إذا كان يجب أن يُعبّر عن المبلغ بعملة ما، وفي تلك الحالة ما هي العملة التي يجب التعبير بها عنه. فمثلاً، تشترط بعض الدول أن يشير الاتفاق الضماني لا إلى نوع الالتزام الجاري ضمانه فحسب وإنما إلى مبلغه أيضاً (المبلغ الفعلي للائتمان المقدم مثلاً). ولا تشترط دول أخرى إلا ذكر نوع الالتزام مع ترك التفاصيل لاتفاق القرض أو الائتمان. وإضافة إلى ذلك، تشترط بعض الدول بأن يُعبّر عن الالتزام بإحدى العملات، بينما تسمح دول أخرى للأطراف بالتعبير عن الالتزام بالسداد كيفما شاءت. واليوم لا تفرض دول كثيرة أي قيود على العملة التي يجوز التعبير بها عن مبلغ الالتزام المضمون أكثر من القيود الواجبة التطبيق على الالتزامات عموماً.

١٧٩- وعندما يحدث تقصير (أو إعسار) من جانب المدين ويجري التصرف في الموجودات المرهونة، يمكن دفع العائدات بعملة (الدولار، مثلاً) غير العملة (اليورو، مثلاً) التي عبّر بها عن الالتزام المضمون. وفي تلك الحالات، يلزم تحويل العائدات المتأتية من التصرف في الموجودات المرهونة بحيث يُعبّر عن الالتزام المضمون والموجودات المرهونة بالعملة ذاتها. غير أن هذه المسألة تترك عادة للعقد الذي نشأ منه الالتزام المضمون وللقانون الواجب التطبيق

(في حال عدم وجود اتفاق، مثلاً، يغلب سعر الصرف الساري في المكان الذي تحدث فيه إجراءات الإنفاذ أو الإعسار).

٦- الموجودات الخاضعة لاتفاق ضماني

١٨٠- هناك جانب أساسي من الاتفاق الضماني هو تحديد الموجودات التي ستكون خاضعة للحق الضماني. وتحتاج الدول عادة إلى أن تتناول أربع مسائل منفصلة لدى تقرير الكيفية التي ينبغي بها تحديد الموجودات التي ستكون خاضعة للحق الضماني. والمسألة الأولى هي ما إذا كان يجوز منح ضمان في الممتلكات التي لا يملكها المانح أصلاً أو لا يملكها بعد. والمسألة الثانية هي ما إذا كان ينبغي أن تكون أنواع معينة من الموجودات غير قابلة لأن تثقل بحق ضماني. أما المسألة الثالثة فهي كيف يمكن وصف الموجودات (أي ما إذا كان يجب وصفها منفردة أم إذا كان يجوز وصفها مجتمعة). وأخيراً، يتعين على الدول أن تقرر ما إذا كان ينبغي أن يُسمح للمانح بأن ينشئ حقاً ضمانياً يشمل عموماً جميع موجوداته (وهو اتفاق يأخذ في دول كثيرة شكل "رهن عائم").

(أ) الموجودات الآجلة

١٨١- في معظم النظم القانونية يجب أن يكون مانح الضمان هو مالك الموجودات المراد رهنها أو أن يكون له حق ملكية محدودة (مثل حق الاستخدام) في الموجودات المرهونة. أي أنه لا يمكن إبرام الاتفاق الضماني إلى أن تكون للمانح بالفعل حقوق في الموجودات التي يُقصد بالاتفاق أن يشملها، وهذا يثير فوراً مسألة ما إذا كان يمكن إبرام الاتفاق الضماني بحيث يشمل (أ) الموجودات التي ليس للمانح إلا حق تعاقدية فيها (فمثلاً، في كثير من النظم القانونية ليس للمستأجر أي حقوق ملكية في الممتلكات المؤجرة)؛ و(ب) الموجودات الآجلة (مثلاً، الموجودات التي يكون المانح قد اكتسبها أو يعتزم اكتسابها ولكنها لا تزال ملكاً للبائع، أو الموجودات التي سوف تصنع في المستقبل من مواد خام قد امتلكها أو لم يملكها المانح بعد، أي أنها لا توجد حتى الآن).

١٨٢- وتنطلق معظم الدول، لدى تناول تلك المسائل، من مبدأ أنه لا يمكن للمانح أن يمنح الدائن المضمون حقوقاً أكثر مما يملكها المانح أو قد يكتسبها في المستقبل. وهذا يعني، مثلاً، أنه إذا كان للمانح حق تعاقدية فقط لاستخدام الموجودات فإن أي حق ضماني يمنحه لا يمكن أن يكون له مفعول إلا على حقه التعاقدية. ولا يجوز لمستأجر أن يمنح ضماناً إلا في اتفاق الإيجار وليس في الشيء المؤجر مباشرة. ورهنا بالقواعد التي تعتمدها الدول بشأن مدى

التفصيل اللازم لوصف الموجودات المرهونة، يعني ذلك أن الاتفاق يجب أن يحدّد الموجودات على أنها إجارة لا على أنها الشيء المؤجر ذاته. كما إن ذلك يعني أنه إن لم يكن للمانح إلا حق محدود في الممتلكات (حق الانتفاع مثلا) فإن الحق الضماني لن يرهّن إلا حق الانتفاع. بيد أن الدول تواجه بصورة متزايدة مسألة ما إذا كان يمكن أن يشمل الاتفاق الضماني الموجودات "الآجلة".

١٨٣- وفي بعض الدول، لا يجوز استخدام الموجودات الآجلة أيا كان نوعها كضمان. ويستند هذا النهج جزئيا إلى مفاهيم إجرائية لقانون الملكية (مثلا، لا يمكن نقل ما لا يوجد أو رهنه). كما يستند إلى قلق من يؤدي السماح بتصرفات واسعة النطاق في الموجودات الآجلة، عن غير قصد، إلى إفراط في المديونية وإلى جعل المانح معتمدا بصورة مفرطة على دائن واحد، فهذا يمنع المانح من الحصول على ائتمان مضمون إضافي من مصادر أخرى. وهناك حجة أخرى تثار لعدم السماح بإنشاء حقوق ضمانية في الموجودات الآجلة، وهي أن السماح بذلك قد يقلل بدرجة كبيرة من إمكانية حصول دائني المانح غير المضمونين على سداد مطالباتهم. غير أنه لا ينبغي التدرّع بمفاهيم إجرائية لقانون الملكية من أجل إقامة عقبات أمام تلبية الحاجة العملية إلى استخدام موجودات آجلة كضمان للحصول على ائتمان. والمأخوذ التجاريون قادرون، إضافة إلى ذلك، على حماية مصالحهم الخاصة وليسوا في حاجة إلى فرض قيود قانونية على قابلية نقل الحقوق في الموجودات الآجلة. وفضلا عن ذلك، يتيح السماح برهن الموجودات الآجلة إمكانية للمانحين الذين لهم موجودات حالية غير كافية للحصول على ائتمان يعزّر على الأرجح أعمالهم التجارية ويمكن أن يعود بالنفع على جميع الدائنين، بمن فيهم الدائنون غير المضمونين.

١٨٤- ويجوز في دول أخرى أن يتفق الطرفان على إنشاء حق ضماني في موجودات آجلة. ويكون هذا التصرف تصرفا آنيا ولكنه لا يصبح نافذ المفعول على الموجودات الآجلة حتى يصبح المانح مالكا لها أو تدخل هذه الموجودات حيز الوجود. وتأخذ اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات بهذا النهج (انظر الفقرة ٢ من المادة ٨، والفقرة (أ) من المادة ٢). والسماح باستخدام الموجودات الآجلة كضمان للائتمان أمر هام لا سيما لضمان المطالبات الناشئة في إطار معاملات القروض المتجددة ذات المجموعة المتجددة من الموجودات. وتشمل الموجودات التي عادة ما تطبّق عليها هذه التقنية المخزون، المعدّ بطبيعته للبيع والإحلال، والمستحقات، التي يستعاض عنها بعد تحصيلها بمستحقات جديدة. وتكمن الميزة الرئيسية لهذا النهج في إمكانية أن يشمل اتفاق ضماني واحد مجموعة متغيرة من الموجودات المطابقة للوصف الوارد في الاتفاق الضماني. إذ يتعيّن بغير هذا النهج تعديل اتفاقات الضمان بشكل

متواصل أو الدخول في اتفاقات ضمان جديدة، ما قد ينتج عنه ازدياد تكاليف المعاملات ونقصان مقدار الائتمان المتاح، لا سيما بناء على تسهيلات الائتمان المتجدد.

١٨٥- ويتخذ الدليل الموقف الذاهب إلى أن الاتفاق الضماني يجوز أن يشمل الموجودات الآجلة. وحيثما ينص الاتفاق الضماني على إنشاء حق ضماني في موجودات تكون للمانح، وقت إبرام الاتفاق الضماني، حقوق فيها أو صلاحية رهنها، ينشأ الحق الضماني في هذه الموجودات وقت إبرام الاتفاق الضماني. أمّا إذا نص الاتفاق الضماني على إنشاء حق ضماني في موجودات يتوقع المانح الحصول مستقبلاً على حقوق فيها أو على صلاحية رهنها، فإن الحق الضماني ينشأ عندئذ عندما يحصل المانح على هذه الحقوق أو على حق الرهن هذا (انظر التوصيتين ١٢ و ١٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

(ب) الموجودات المستبعدة

١٨٦- في بعض النظم القانونية، تفرض قوانين خاصة بأنواع معينة من الحقوق الضمانية غير الاحتيازية قيوداً على أنواع الموجودات التي يجوز استخدامها كضمان أو على الجزء من قيمة الموجودات الذي يجوز رهنه. ويمكن أن تشمل الأمثلة على القيود المبررة بأسباب تتعلق بالسياسات العمومية استحقاقات العمالة (كالأجور والمعاشات التقاعدية) التي تقل قيمتها عن حد أدنى معين. وفي نظم قانونية أخرى، تُفرض قيود على الأغراض التي يجوز لفئات معينة من المانحين أن يمنحوا ضماناً بناءً عليها. فعلى سبيل المثال، لا يسمح بعض الدول للمانحين بأن ينشئوا ضماناً بالبضائع المنزلية ما لم يُنشأ الحق الضماني لتأمين سداد ثمن شراء تلك الموجودات. وهناك دول أخرى أيضاً تقيد قدرة بعض المانحين على إنشاء أنواع معينة من الحقوق الضمانية. فعلى سبيل المثال، تمنع بعض النظم القانونية الأشخاص الذين لا يديرون منشأة تجارية من منح حقوق ضمانية غير حيازية وتجهيز لهم فحسب أن يرهنوا موجوداتهم. وهناك نظم قانونية أخرى لا تجهيز لهؤلاء الأشخاص أنفسهم أن يمنحوا حقاً ضمانياً في موجودات آجلة أو حقاً ضمانياً في فئة من الموجودات. ولا يجوز إنشاء حقوق ضمانية إلا في موجودات قائمة وبشرط وصفها إفرادياً.

١٨٧- وكل هذه القيود التي عادة ما يكون القصد منها حماية المانحين، تمنع المانحين أيضاً من استغلال القيمة الكاملة لموجوداتهم في الحصول على ائتمان. لذا، يجب الموازنة بتأن بين فوائد هذه القيود وأثرها السلبي. ويقيم بعض الدول هذا التوازن الضروري لا بإدراج هذه القيود في التشريعات العامة التي تنشئ نظام الحقوق الضمانية، بل بأن تضع في تشريعات خاصة، كتشريعات حماية المستهلك، قواعد محددة تنص على قيود مناسبة تُفرض على إنشاء الحقوق

الضمانية. وميزة هذا النهج أنه يمكن الدول من تصميم هذه القيود بأسلوب موجه يعزز الأهداف السياسية المتصلة مباشرة بحماية المانحين الذين يُعتبرون بحاجة إلى هذه الحماية.

(ج) تحديد الموجودات

١٨٨- تقضي بعض النظم القانونية بتحديد الموجودات المرهونة تحديدا دقيقا. ولئن كان القصد من هذا الاشتراط هو حماية المانح من الإفراط في منح الحقوق الضمانية، فإنه يحدّ في حالات عديدة أيضا من توافر فرص الائتمان. وعلى سبيل المثال، قد لا يكون تحديد الموجودات تحديدا دقيقا أمرا عمليا ولا حتى ممكنا إذا كانت أشبه ما يكون بالمخزون وإلى حد ما المستحقات. ولمعالجة هذه المسألة، وضعت دول عديدة قواعد تسمح للأطراف بوصف الموجودات المراد رهنها بعبارات عامة فحسب. ويُنقل التحديد الدقيق، المطلوب عموما، من البنود المنفردة إلى المجموع الذي يجب أن يحدّد بدوره تحديدا عاما.

١٨٩- ويمكن أن تتخذ هذه الأوصاف العامة أشكالا عديدة. فقد ينص الطرفان مثلا على أن يرهن الحق الضماني "كل المخزون"، أو "كل المخزون الموجود في المستودع ألف باء جيم"، أو "كل المراكب الشراعية والزوارق"، أو "كل البقر"، أو "كل الآلات الطابعة"، أو "كل المستحقات". والمهم ليس نوع الموجودات (معدات، مخزون، مستحقات) ولا مدى الفئة أو نطاقها ("كل الموجودات في الموقع سين" أو "كل المراكب الشراعية والزوارق" مقابل "كل المركبات المائية")، بل إنّ الدول التي تميز الوصف العام لا تشترط سوى أن يكون الوصف كافيا لتمكين الأطراف الثالثة من أن يعرفوا في أي وقت معيّن ما هي الموجودات المرهونة بموجب الاتفاق الضماني.

١٩٠- ومن الممكن في بعض النظم القانونية تحديد الموجودات المرهونة بوصف يستخدم عبارات على درجة عالية جدا من العمومية. ففي هذه الدول، يكفي حتى الوصف الذي يشير إلى "كل الموجودات" أو إلى "كل المخزون الحالي والمقبل". والغاية إنّما هي الحد من التعقيد ومن تكلفة إنشاء الحق الضماني بالسماح للطرفين بوصف الموجودات المرهونة بأبسط لغة ممكنة. ولكن، مثلما لوحظ، لا يسمح في العديد من هذه النظم القانونية التي تميز التحديد بالإشارة إلى فئة من الموجودات بأن تحدّد الموجودات المرهونة تحديدا عاما إذا كانت مملوكة لمستهلكين أو حتى لصغار التجار الأفراد. ورهنا بالتأكد من أن يكون تحديد الموجودات المرهونة واضحا بقدر كاف وبالقيود التي قد ترغب الدول في فرضها من منطلق السياسة العامة لأغراض حماية المستهلك، يوصي هذا الدليل بالسماح بوصف المخزون الحالي والمقبل، على السواء، وصفا عاما (انظر التوصيتين ١٣ و١٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

(د) الضمان بكل موجودات المانح

١٩١- بعض الدول، مثلما ذكر على التو، لا يسمح للمانحين بإنشاء حق ضماني في موجودات موصوفة بعبارات عامة، في حين أن هناك دولا عديدة أخرى تسمح بذلك. ولكن، حتى في بعض النظم القانونية التي تسمح بتحديد فئات الموجودات المرهونة، بل حتى الموجودات الحالية والمقبلة، تحديدا عاما، كثيرا ما لا يسمح للمانحين بإنشاء حق ضماني في كل موجوداتهم (أي حتى في "كل الموجودات الحالية والمقبلة"). وهناك نظم قانونية أخرى تسمح للمانحين بإنشاء حق ضماني في كل موجوداتهم، ولكن بمقدار لا يتجاوز نسبة مئوية معينة من قيمتها الكلية. ولا محال من أن تؤدي هذه القيود التي تستهدف توفير بعض الحماية للمانحين والدائنين غير المضمونين إلى الحد من الائتمان المتاح وإلى زيادة تكلفته.

١٩٢- ولتعزيز توافر الائتمان المضمون، يحجم بعض النظم القانونية عن فرض مثل هذه القيود. ويسمح للمانحين بإنشاء حق ضماني غير احتيازي في كل موجوداتهم، بما فيها الموجودات الملموسة وغير الملموسة والمنقولة وغير المنقولة (وإن جاز أن تنطبق قواعد مختلفة على الضمان بالمتلكات غير المنقولة) والحالية والمقبلة. وأهم جوانب هذا الحق الضماني في كل الموجودات هي، أولا، أنه يشمل كل موجودات المانح في اتفاق ضماني واحد، وثانيا، أن للمانح الحق في التصرف في فئات معينة من موجوداته المرهونة (كالمخزون) في السياق المعتاد لعمل منشأته (بينما يمتد الضمان تلقائيا إلى عائدات الموجودات المتصرف فيها). وتأخذ الدول بنهج مختلفة إزاء هذين الجانبين من الحقوق الضمانية في كل الموجودات.

١٩٣- وفي العديد من النظم القانونية، تكون العناصر الأساسية من حيث المضمون والشكل لإنشاء حق ضماني يشمل كل الموجودات أكثر شدة من تلك السارية على الحقوق الضمانية العادية. وفي نظم قانونية أخرى، ما دامت لا توجد ممتلكات غير منقولة مرهونة بموجب الاتفاق، تكون شروط إنشاء الحق الضماني مطابقة لشروط إنشاء الحقوق الضمانية العادية. وعندما تكون الممتلكات غير المنقولة مرهونة أيضا، يكون من الضروري أن يحترم الاتفاق الشروط الجوهرية والشكلية لإنشاء الرهن على الممتلكات غير المنقولة. أما فيما يتعلق بحق المانح في التصرف بالموجودات المرهونة دون التأثير في الحق الضماني، تميز معظم النظم القانونية للمانح أن يفعل ذلك بإذن الدائن المضمون. وتنص بعض النظم القانونية على أنه في مثل هذه الحالات لا يعود الحق الضماني راهنا للموجودات، بينما تنص أخرى على أن الحق الضماني يظل يؤثر في الموجودات. ومع ذلك، تعتبر بعض النظم القانونية تصرف المانح في الموجودات المرهونة، وإن يكن بإذن من الدائن المضمون، أمرا لا يتفق مع فكرة الحق

الضمان. ومن أجل تبسيط إنشاء الحق الضماني في كل موجودات المنشأة، عندما يمول مقدّم الائتمان التشغيل المستمر للمنشأة، يوصي هذا الدليل بالسماح بإبرام اتفاقات ضمانية تشمل كل الموجودات في وثيقة واحدة (انظر التوصية ١٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٤ رهون المنشآت

١٩٤- إن مفهوم "الحقوق الضمانية في جميع الموجودات" ليس بالجديد. ففكرة الحق الضماني في كل الموجودات قائمة منذ زمن طويل في بعض الدول في شكل ما يسمى "رهون المنشآت". وعلى غرار الحق الضماني في كل الموجودات، قد يشمل رهن المنشأة كل موجوداتها (وفي بعض الدول، حتى الممتلكات غير المنقولة). فقد يشمل، على سبيل المثال، الإيراد النقدي، والمخزون الجديد والمعدات، وكذلك الموجودات الآجلة لدى المنشأة، في حين تحرّر من الرهن الموجودات الحالية التي يجري التصرف فيها في سياق العمل المعتاد للمنشأة. والميزة الرئيسية لرهن المنشأة هي أنه يمكن المنشأة التي لها قيمة أكبر ككل من الحصول على ائتمان أكبر بتكلفة أقل. ومن السمات المثيرة للاهتمام في بعض أشكال رهن المنشآت هي إمكانية تعيين مدير لشؤون المنشأة بمجرد إنفاذ الرهن من جانب الدائن المضمون وتنفيذه من جانب دائن آخر. وهذا ما قد يساعد على اجتناب التصفية وعلى تيسير إعادة تنظيم المنشأة، ما يعود بالفائدة على الدائنين والقوة العاملة والاقتصاد عموماً. ولكن في الممارسة العملية، قد يكون المديرون الذين يعيّنهم الدائن المضمون محايين له. وقد يتسنى تخفيف حدة هذه المشكلة إلى حد ما إذا تولّت تعيين المدير والإشراف عليه محكمة أو سلطة أخرى. ويمكن التوسع على نحو مفيد في هذه السمة من سمات رهن المنشأة بحيث تشمل الحقوق الضمانية في كل الموجودات، بمعنى أن يكون بالإمكان تعيين المدير إما بالاتفاق بين المانح والدائن المضمون وإما من جانب المحكمة ويكون هذا المدير مسؤولاً عن الإنفاذ خارج الإعسار.

١٩٥- ولكن قد يكون لرهن المنشآت بعض الجوانب السلبية في الممارسة العملية. وأحد هذه الجوانب أن الدائن المضمون عادة ما يكون أو يصبح الطرف الرئيسي إن لم يكن الوحيد الذي يوفر الائتمان للمنشأة، الأمر الذي قد ينال من المنافسة فيما بين موفري الائتمانات ويؤثر بذلك سلباً في توافر الائتمانات وفي تكلفتها إذ يصبح الدائنون الآخرون بلا حماية (مع أن ذلك لا يحول بالضرورة دون المنافسة لأن موفر الائتمان الرئيسي الأوحيد قد يعرض شروطاً ائتمانية تنافسية إلى حد بعيد). وبغية معالجة هذه المشكلة، لجأ بعض البلدان إلى فرض قيود تحد من نطاق رهون المنشآت، محتفظة بنسبة مئوية من قيمة المنشأة

لصالح الدائنين غير المضمونين في حالة حدوث إعسار. ولكن قد يكون لهذه القيود أثر سلبي على توافر الائتمان، إذ تعمل في الواقع على انخفاض قيمة الموجودات المتاحة للاستخدام كضمان للائتمان. ومن الجوانب السلبية الأخرى لرهون المنشآت أن الحائز للرهن قد لا يقوم، في الممارسة العملية، برصد الأنشطة التجارية التي تزاو لها المنشأة رصدا كافيا، ولا يشارك بفعالية في إجراءات إعادة التنظيم لأن المرتهن مكفول بضمان وافر. وبغية إيجاد ثقل معادل لموقف المرتهن المفرط في قوته، يمكن منح المنشأة المدينة حق المطالبة بالإعفاء من الضمان المغالى فيه بإفراط.

٢٠٠٠ الرهون العائمة

١٩٦٠ - تتخذ الحقوق الضمانية في كل الموجودات، في دول أخرى، شكل ما يسمى "الرهن العائم"، الذي لا يعدو أن يكون حقا ضمانيا محتملا يكون فيه للمانح حق التصرف في فئات معينة من الموجودات المرهونة (كالمخزون، مثلا) في سياق العمل المعتاد للمنشأة. لكن عمليات التصرف تكون محظورة بمجرد تخلف المدين عن الأداء، وعند ذلك "يتبلور" الرهن العائم فيصبح رهنا "ثابتا" كامل النفاذ. وعندما يميز النظام القانوني إنشاء حقوق ضمانية غير حيازية في كل موجودات المانح، مع السماح في الوقت نفسه للمانح بالتصرف في فئات معينة من الموجودات في سياق العمل المعتاد لمنشأته، لا يكون هناك حاجة إلى الحفاظ على الصيغة التفسيرية أو المصطلحية الخاصة برهون المنشآت أو الرهون العائمة (انظر أيضا الفقرة ١٩٩ أدناه).

٢٠٠٠ المغالاة في الضمان

١٩٧٠ - تتصل بالشواغل إزاء الضمان بكل الموجودات، وإن تميزت عنها، مسألة المغالاة في الضمان. وتنشأ مشكلة المغالاة في الضمان في الحالات التي تكون فيها قيمة الضمان أكبر بكثير من مقدار الالتزام المضمون. ورغم أن الدائن المضمون لا يستطيع أن يطالب بأكثر من قيمة الالتزام المضمون مضافا إليها الفوائد والمصروفات (وربما التعويضات)، فالمغالاة في الضمان قد تحدث مشاكل. فقد تكون موجودات المانح مرهونة إلى حد يتعذر معه على المانح بل يستحيل عليه (على الأقل في غياب اتفاق تنازل بين المدينين) أن يحصل من دائن آخر على ائتمان بضمان من المرتبة الثانية. يضاف إلى ذلك أن الإنفاذ من جانب دائني المانح غير المضمونين قد يكون مستبعدا، أو على الأقل أكثر صعوبة (ما لم توجد قيمة زائدة).

١٩٨- وهناك حلّ أتت به المحاكم في بعض الدول، وهو إعلان بطلان أي حق ضمان يزد كثيرا عن الالتزام المضمون مضافا إليه الفوائد والمصروفات والتعويضات أو إعطاء المانح حق المطالبة بالإفراج عن هذا الضمان الزائد. وقد ينفع هذا الحل في الممارسة العملية إذا أمكن تحديد هامش مناسب تجاريا ومنحه للدائن المضمون، وهو ما قد لا يكون بالأمر السهل في جميع الحالات. ولئن كانت مشكلة المغالاة في الضمان تثير قلقا حقيقيا في العديد من الحالات، فمن المرجح أن يختلف الرد المناسب لتبديد هذا القلق من دولة إلى أخرى وقد يكمن أحيانا في تنظيم هذه الممارسات في قانون آخر. ولهذا السبب، لا يوصي الدليل باعتماد مفهوم الإعلان القضائي بوجود مغالاة في الضمان (ما يؤدي إلى تضيق نطاق الموجودات المرهونة) كحل لهذه المشكلة.

٤٠ الاستنتاج

١٩٩- بمجرد أن يسمح النظام القانوني بإنشاء حقوق ضمانية غير حيازية في كل موجودات المانح الحالية والمقبلة بموجب نظام يميز للمانح التصرف بجانب معين من الموجودات في سياق العمل المعتاد لمنشأته، لا تعود هناك ضرورة للعديد من الأدوات المعينة التي صممتها الدول للمساوح للمنشآت بالحصول على ائتمان بمنح حقوق ضمانية في المنشأة ككل. أي أن المفاهيم والمصطلحات من قبيل "رهون المنشآت" و"الرهون القائمة" كانت هامة لأنها كانت تؤدي دورا في تمويل المنشآت لم تستطع الحقوق الضمانية العادية تأديته. ولكن عندما تختار الدول إنشاء نظم متكاملة ومنظمة وظيفيا لمنح الضمان وتمكّن المانحين من رهن كل موجوداتهم الحالية والمقبلة في نفس الاتفاق، تتراجع الحاجة إلى هذه الأدوات القائمة تراجعاً كبيراً إن لم تزُل. ولئن كان الدليل لا يوصي بأن تتخلى الدول عن "رهون المنشآت" و"الرهون القائمة"، كما لوحظ، فإنه يوصي بأن تعتمد الدول مفهوم الحقوق الضمانية في كل الموجودات، الذي يؤدي الوظائف التي تؤديها تلك الأدوات الأخرى (انظر التوصية ١٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

هـ) مسؤولية الدائن المضمون عن الأضرار التي تسببها الموجودات المرهونة

٢٠٠- مع أن المسؤولية عن الأضرار التي تسببها الموجودات المرهونة (نتيجة الإخلال بالعقد أو الفعل الضار) ليست مسألة من مسائل المعاملات المضمونة، من المهم التطرّق إليها لما قد يكون لها من تأثير في توافر الائتمان وتكلفته. ومن القضايا المهمة على وجه الخصوص المسؤولية عن الضرر البيئي الذي تسببه الموجودات الخاضعة لحقوق ضمان حيازية أو غير

حيازية، لأن التبعات النقدية على المقرض والإساءة إلى سمعته قد يتجاوزان كثيرا قيمة الموجودات المرهونة. وبعض القوانين يعفي صراحة الدائنين المضمونين من المسؤولية، بينما تقيّد أخرى حدود هذه المسؤولية في ظروف معينة (عندما لا تكون الموجودات المرهونة في حيازة الدائن المضمون أو تحت سيطرته، على سبيل المثال). وإذا لم توجد إعفاءات من المسؤولية أو تقييدات عليها من هذا القبيل، فقد تكون مخاطرة المقرض في تقديم الائتمان عالية جدا. وفي حال وجود التأمين، لا محال من أن ترتفع تكلفة الائتمان.

٧- إنشاء الحق الضماني في العائدات

(أ) مفهوم العائدات

٢٠١- من الخصائص المميزة للممتلكات المنقولة أنها كثيرا ما تكون معدّة لكي تباع أو تؤجّر أو يُرخّص باستعمالها. وعندما تباع الموجودات المرهونة أو تستبدل أو يتم التصرف فيها على نحو آخر أو تؤجّر أو يرخص باستعمالها خلال الفترة التي يكون فيها الالتزام الذي تكفله غير مسدد، يتلقى المدين في العادة، نظير تلك الموجودات، نقودا أو ممتلكات ملموسة (كالبضائع أو الصكوك القابلة للتداول) أو ممتلكات غير ملموسة (كالمستحقات). ويجب على الدول، والحالة هذه، أن تقرر ما إذا كان ينبغي للحق الضماني الذي أخذ في الممتلكات الأولية أن يمتد إلى الممتلكات الجديدة التي تم تلقيها عوضا عن تلك لممتلكات عند بيعها أو التصرف فيها. وهكذا، على سبيل المثال، يتعيّن على الدول أن تقرر ما إذا كان الحق الضماني في قطعة معدات كآلة طباعة يمتد إلى النقود التي يتقاضاها المانح عندما يبيع هذه الآلة أو إلى أي آلة طباعة أخرى يتم تلقيها عوضا عن الآلة التي بيعت. وبلغة قانون الملكية، تعتبر تلك النقود أو غيرها من الممتلكات الملموسة أو غير الملموسة التي يتم تلقيها في المقابل عند البيع أو غيره من أساليب الإحالة "عائدات التصرف". ومرة أخرى، ولأغراض قانون المعاملات المضمونة، كثيرا ما يكون أقل أهمية بكثير ما إذا كانت الممتلكات التي يتم الحصول عليها عند التصرف شيئا آخر أو نقدا أو مستحقا أو صكا قابلا للتداول. ما يهم هو ما إذا كان يجوز أن يمتد الحق الضماني إلى هذه الممتلكات الجديدة.

٢٠٢- وفي بعض الحالات، قد تولّد عائدات الموجودات المرهونة الأصلية عائدات أخرى عندما يتصرف المدين في العائدات الأصلية نظير ممتلكات أخرى. ويشار أحيانا إلى تلك العائدات بوصفها "عائدات العائدات". وإذا كان هناك حق في عائدات الموجودات المرهونة ينبغي أن يمتد هذا الحق إلى عائدات العائدات. وإذا فقد الدائن المضمون حقه في العائدات

حالما تتخذ هذه العائدات شكلا آخر، أصبح عرضة للمخاطر الائتمانية نفسها كما لو لم تكن هناك أي حقوق في العائدات.

٢٠٣- ومن الخصائص الأخرى للممتلكات المنقولة تعرّضها للعديد من التحوّلات القانونية والمادية بمرور الوقت. فعلى سبيل المثال، إذا كانت الممتلكات الملموسة المنقولة حيوانات، كان من الممكن أن تعثرها تغييرات مختلفة. فأنثى الحيوان تلد وتدر حليبا. وهناك حيوانات أخرى يمكن أن يجتزّ صوفها. وهناك أيضا حيوانات أخرى مفيدة تنتج منتجات قابلة للتسويق. فالنحل يمكن أن ينتج العسل ودود القز يمكن أن ينتج الحرير. وفي كل هذه الحالات، يمكن أن تولّد الموجودات المرهونة ممتلكات أخرى للمانح حتى بدون التصرف في هذه الموجودات. ويشار إلى هذا النوع من الممتلكات في العديد من النظم القانونية بوصفها "ثمّارا طبيعية".

٢٠٤- ويحدث التحوّل أيضا في الممتلكات غير الملموسة. فعلى سبيل المثال، قد يحمل الحق في الحصول على السداد فائدة مصرفية؛ ويؤدي تأجير الممتلكات الملموسة إلى مدفوعات الإيجار. وكثيرا ما تعرف هذه بما يسمّى "الثمار المدنية" أو "الإيرادات". وإضافة إلى ذلك، إذا كانت الممتلكات الملموسة من الأشياء، أمكن تصنيعها أو تحويلها. فالخشب يمكن أن يصبح كرسيًا، والفولاذ يمكن أن يصبح جزءا من سيارة. وهنا، لا تكون الموجودات المرهونة الأصلية قد جرى التصرف فيها، ولكنّ عملية التصنيع تحوّلها إلى شيء آخر أكبر قيمة. وكثيرا ما تسمى الممتلكات التي تنتج عن هذا التحوّل "منتجات".

٢٠٥- وبعبارة أخرى، توصف هذه الأنواع الجديدة المختلفة من الممتلكات المنقولة، بلغة قانون الملكية، بأنّها "ثمّار، أو إيرادات، أو الزيادة الطبيعية في الحيوانات، أو منتجات". ولكن لأغراض قانون المعاملات المضمونة، كثيرا ما لا تكون التسمية المحددة هامة إلى هذا الحد. بل المهم هو القرار الذي تتخذه الدول على صعيد السياسة العامة بشأن أثر الحق الضماني في هذه الثمار والإيرادات والمنتجات. أي أنه في كل حالة من هذه الحالات، يجب أن تقرر الدول ما إذا كان الحق الضماني المتخذ في الحيوان أو الفولاذ أو حق الحصول على السداد أو الشيء الخاضع للإيجار يجوز أن يمتد إلى أي من الممتلكات التي "تنتجها" تلك الممتلكات الأصلية.

٢٠٦- وتتميّز بعض النظم القانونية بوضوح بين الثمار المدنية أو الطبيعية والعائدات المتأتية من التصرف في الممتلكات المرهونة وتخضعهما لقواعد مختلفة. وكثيرا ما تساق صعوبة تحديد عائدات التصرف وضرورة حماية حقوق الأطراف الثالثة في العائدات لتبرير هذا النهج.

وهناك نظم قانونية أخرى لا تميّز بين الثمار المدنية أو الطبيعية والعائدات المتأتية من التصرف وتخضعهما لقواعد واحدة. ومن بين الأسباب المذكورة لتبرير هذا النهج، صعوبة التمييز بين الثمار المدنية أو الطبيعية والعائدات، وكون الثمار المدنية أو الطبيعية والعائدات على السواء تنبع من الموجودات المرهونة أو تأخذ مكانها أو قد تؤثر في قيمتها. يضاف إلى ذلك أنه عادة ما ينص الطرفان في اتفاقهما الضماني على امتداد الضمان المتخذ بالملكات الأولية إلى كل هذه الأشكال الأخرى من الممتلكات. ولهذا السبب، تعتبر بعض الدول أنّ كل هذه التحولات تشكّل "عائدات" الموجودات المرهونة في الأصل. ولأنّ هذه هي الممارسة التعاقدية العادية المعتمدة اليوم في نظم المعاملات المضمونة، يعتبر هذا الدليل كل التحولات الآنفة الذكر "عائدات" متأتية من الموجودات المرهونة في الأصل (للاطلاع على تعريف "العائدات"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه).

(ب) نطاق الحق الضماني في العائدات

٢٠٧- يجب أن يتناول أي نظام قانوني يحكم الحقوق الضمانية مسألتين مميزتين فيما يتعلق بالعائدات. الأولى هي ما إذا كان الدائن المضمون يحتفظ بالحق الضماني إذا أحييت الموجودات المضمونة من المانح إلى شخص آخر في سياق المعاملة التي تأتي بالعائدات. وبدقيق العبارة، هذه ليست مسألة عائدات، بل إنها تتعلق بمسألة ما إذا كان الحق الضماني يشمل ما يمكن تسميته "حق الملاحقة" (للاطلاع على مناقشة هذه المسألة، انظر التوصية ٨٥ في الوثيقة A/CN.9/631؛ والفقرة ٥٧ من الفصل السابع المعنون "أولوية الحق الضماني على حقوق المطالبين المنافسين"، في الوثيقة A/CN.9/631/Add.4).

٢٠٨- أما المسألة الثانية فتتعلق بحقوق الدائن المضمون في العائدات. ويكمن مسوّغ الحق الضماني في العائدات في أنه لو لم يحصل الدائن المضمون على حق كهذا، كان من المحتمل أن تسقط حقوقه في الموجودات المرهونة أو تتقلّص بفعل أي تصرف في تلك الموجودات، ويصاب تطلّعه إلى تلقي أي دخل تدره هذه الموجودات بالإحباط. وإذا لم يسمح النظام القانوني بإنشاء حق ضماني في العائدات عند التصرف في الموجودات المرهونة، فإنه لن يوفر حماية كافية للدائن المضمون من التقصير فتكون النتيجة تقلّص قيمة الموجودات المرهونة كمصدر للائتمان. ولن تختلف هذه النتيجة، التي سيكون لها أثر سلبي على توافر الائتمان وعلى تكلفته، حتى لو بقي الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية نافذاً بعد تصريحها إلى طرف ثالث. والسبب في هذه النتيجة إنما يكمن في احتمال أن تعمل إحالة الموجودات

الرهونة على زيادة صعوبة تحديد مكانها واحتيازها، وعلى زيادة تكلفة الإنفاذ وتقليل قيمة الموجودات.

٢٠٩- وعادة ما ينشأ الحق في العائدات عندما يجري التصرف في الموجودات المرهونة، لأنّ العائدات تحلّ محلّ الموجودات المرهونة الأصلية بوصفها موجودات المانح. وفي النظم التي تعامل الثمار المدنية أو الطبيعية على أنّها عائدات، يجوز أن ينشأ الحق في هذه العائدات حتى في غياب أي معاملة تتعلق بالموجودات المرهونة (كأرباح الأسهم المالية) لأن ذلك يتفق مع توقعات الطرفين.

٢١٠- أما إذا كان حق الدائن المضمون في العائدات حقا امتلاكيا، فلن يتكبد الدائن المضمون أي خسارة بسبب أي معاملة أو حدث آخر، لأنّ الحق الامتلاكي تترتب عليه آثار تجاه الأطراف الثالثة. ومن الناحية الأخرى، قد يؤدي منح الدائن المضمون حقا امتلاكيا في العائدات إلى إحباط التوقعات المشروعة لدى الأطراف التي حصلت على حقوق ضمانية في تلك العائدات على أنّها موجودات مرهونة أصلية. بيد أنه في النظم القانونية التي تميّز الإنشاء عن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولية، لا تحدث هذه النتيجة إلا إذا كان للدائن المتمتع بحق امتلاكي في العائدات أولوية على الدائنين الذين لديهم حق في العائدات بوصفها موجودات مرهونة أصلية وكانت هذه الأولوية تتحدد بناء على وقت تسجيل الإشعار بشأن هذه المعاملة في سجل عمومي. وهكذا، يكون لدى الممولين المحتملين في تلك النظم تحذير مسبق باحتمال وجود حق ضمني في موجودات المقرض منهم المحتمل (بما في ذلك عائدات تلك الموجودات) ويمكنهم اتخاذ الخطوات اللازمة لاستبانة العائدات وتعقب أثرها والحصول عند الاقتضاء على اتفاقات إنزال الأولوية بين الدائنين.

٢١١- وتنطبق اعتبارات مختلفة بعض الشيء عندما لا تكون العائدات المعنية عائدات تصرف بل ثمارا أو إيرادات أو زيادة في الحيوانات أو منتجات تصنيع. وفي الحالة الأخيرة، يكون التوقع الطبيعي لدى الأطراف أن يجري تصنيع المواد الخام. وبناء عليه، تكون المسألة السياسية هي ما إذا كان ينبغي للدولة أن تعتمد قاعدة تقضي بأن ينص الاتفاق الضماني صراحة على أنّ الضمان لا يقتصر على المواد الخام بل يشمل أيضا أي منتج يصنع من تلك المواد، أو ما إذا كان ينبغي الافتراض بأنّ المنتجات المصنوعة تكون مشمولة تلقائيا بالحق الضماني، وإذا لم يرغب الطرفان في أن تكون هذه هي الحالة، كان عليهما النص على ذلك في الاتفاق الضماني. ومعظم الدول لا يشترط على الطرفين النص تحديدا على انتقال الحق الضماني إلى الممتلكات المصنوعة من المواد الخام ما دام بالإمكان التحديد بوضوح أنّها نتجت من تلك المواد الخام.

٢١٢- وتؤثر اعتبارات مماثلة في تقرير ما إذا كان ينبغي أن ينص الطرفان على امتداد الحق الضماني إلى نسل الحيوانات، أو ما إذا كان نسلها مشمولاً بصورة تلقائية. وبما أن التوقع الطبيعي لدى الأطراف هي أن تكون مواليد الحيوانات مشمولة، فإن معظم الدول تنص على أن الحق الضماني في الأم يشمل تلقائياً نسلها. أما فيما يتعلق بالثمار الطبيعية (كالصوف والحليب والبيض غير المفقوس والعسل)، فتتخذ الدول مواقف متباينة بشأنها. فيشترط العديد من الدول على الطرفين أن ينصا في الاتفاق الضماني على أن هذه الثمار ستكون مشمولة بالاتفاق، بينما تنص دول أخرى على أن تكون الثمار الطبيعية مشمولة تلقائياً ما لم ينص الطرفان على خلاف ذلك. وتماشياً مع الوجهة العامة لهذا الدليل بتقديم توصيات تتفق والممارسة العادية التي يتبعها أي طرفين في اتفاق ضماني، يتمثل النهج المعتمد في أن تعتبر هذه الثمار الطبيعية مشمولة تلقائياً بالاتفاق الضماني بالحيوان الذي ينتج هذه الثمار.

٢١٣- وأخيراً، فيما يتعلق بالثمار المدنية أو الإيرادات، توحى دواعي الكفاءة الاقتصادية عادة بأن الحق الضماني في السداد الرأسمالي (كالصكوك القابلة للتداول أو المستحقات) ينبغي أن يشمل أيضاً الحق في الفوائد المصرفية المستحقة الدفع. وذلك لأن المدفوعات على هذه الصكوك أو المستحقات كثيراً ما تكون مدفوعات ممزوجة بين رأس المال والفائدة. وبالتالي، ينبغي ألا يميز القانون فصل الفائدة عن الالتزام الأولي ما لم يكن من السهل فصل تسديد رأس المال عن رسوم الفائدة المستحقة عليه، وما لم يتفق الطرفان على عدم امتداد الحق الضماني في المبلغ الرأسمالي إلى الفائدة المنفصلة التي يدرها.

(ج) إنشاء الحق الضماني في العائدات

٢١٤- تبين المناقشة الواردة أعلاه أن ثمة أسباباً عملية تدعو العديد من النظم القانونية إلى مّد الحقوق الضمانية في الموجودات المرهونة إلى مختلف أشكال العائدات (بما في ذلك عائدات العائدات) من خلال قواعد القصور التي تطبق في غياب أي اتفاق على خلاف ذلك. وفي النظم القانونية الأخرى التي لا يوجد فيها حق تلقائي في العائدات، سواء بالنسبة لعائدات التصرف أو فيما يتعلق بوحدة أو أكثر من فئات الثمار أو الزيادة في الحيوانات أو الإيرادات أو المنتجات، يُسمح للأطراف عادة بالنص على القبول باتخاذ الحق الضماني في كل أنواع الموجودات على أنها موجودات مرهونة أصلية. ويمكن في هذه النظم أن تكون لدى الأطراف حرية النص مثلاً على إنشاء الحق الضماني في كل موجودات المانح تقريباً (النقدية والمخزون والمستحقات والصكوك القابلة للتداول والأوراق المالية والملكية الفكرية). وبهذه الطريقة، تصبح العائدات نفسها موجودات مرهونة أصلية وتكون مشمولة بالحق

الضمانى للدائن حتى بدون وجود قاعدة قانونية تعطي تلقائيا حقا في العائدات. وفي بعض هذه النظم القانونية، يجوز للأطراف أيضا أن يتفقوا على مدّ بعض الحقوق الضمانية القائمة على حق الملكية (كالاحتفاظ بحق الملكية مثلا) إلى العائدات.

٢١٥- وبصرف النظر عما إذا كان الحق في العائدات ينبع تلقائيا من الحق في الموجودات المرهونة الأصلية أو كان لا بد من أن يُذكر ذلك صراحة في الاتفاق الضماني، لا توجد أية شكليات مفروضة على الأطراف التي تسعى إلى المطالبة بحق في أي من هذه الأشكال من العائدات. والشرط الوحيد هو أنه ينبغي، في الحالة الأولى، أن ينص الاتفاق الضماني على وجود حق في العائدات ويبيّن أنواع العائدات المقصود لها أن تكون مشمولة بالحق الضماني ذاته، بينما يكفي في الحالة الثانية أن تحدّد بوضوح الموجودات الخاضعة للحق الضماني الأولي. ويوصي هذا الدليل، تماشيا مع هدفه العام المتمثل في تيسير الائتمان المضمون، بنهوج تراعي التوقعات العادية للمانحين والدائنين المضمونين بأنّ الحق الضماني في الموجودات المرهونة يمتد تلقائيا إلى عائداتها القابلة للتحديد دون أن تكون الأطراف بحاجة إلى النص على ذلك في الاتفاق الضماني (انظر التوصية ١٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

٨- العائدات المزوجة

٢١٦- عندما لا تكون الموجودات التي تمثل عائدات الموجودات المرهونة محفوظة بمعزل عن غيرها من موجودات المانح، تثار مسألة ما إذا كان الحق الضماني في العائدات محفوظا. والإجابة عن هذا السؤال تتوقف عادة على ما إذا كانت الموجودات التي تتكون منها العائدات قابلة للتحديد. فالعائدات التي تكون في شكل ممتلكات ملموسة محفوظة مع موجودات المانح الأخرى هي عائدات يمكن تحديدها كعائدات بأي شكل كاف للإثبات بأنّ بنود الممتلكات الملموسة هي عائدات. وفي هذا الصدد، يقضي العديد من الدول بأن يكون المبدأ الذي يحكم الحفاظ على حق الدائن المضمون في الموجودات المرهونة الأصلية التي امتزجت مع غيرها منطبقا أيضا على الممتلكات الملموسة التي تتكون منها العائدات المزوجة. وهكذا، على سبيل المثال، إذا تلقى المانح مقدارا معيناً من البترول على سبيل المقايضة بزييت خام تم بيعه وكان هذا البترول ممزوجاً في صهريج، ينبغي أن يستمر الحق الضماني في نسبة من البترول الموجود في الصهريج ما دام باستطاعة الدائن المضمون الإثبات بأنه تلقى ذلك المقدار من البترول كعائدات، ولا يلزم عندئذ اتخاذ أي خطوات إضافية لإنشاء (أو الحفاظ على) الحق الضماني في هذه العائدات الملموسة المزوجة.

٢١٧- أما إذا كانت الممتلكات التي تتكون منها العائدات ممتلكات غير ملموسة، كالمستحقات أو الحقوق في الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي، ولم تكن محفوظة بمعزل عن موجودات المانح الأخرى من النوع نفسه، جاز تحديد هذه الممتلكات غير الملموسة على أنها عائدات ما دام من الممكن اقتفاء أثرها وصولاً إلى الموجودات المرهونة الأصلية. وعلى سبيل المثال، ما دام باستطاعة الدائن المضمون أن يثبت أن مبلغاً معيناً من النقد قد أودع كعائدات متأتية من التصرف في الموجودات المرهونة، كان من الممكن أن ينشأ حق في المطالبة بهذه العائدات. والمشكلة هنا هي أن النقود تدخل وتخرج باستمرار من الحسابات المصرفية ومن الصعب معرفة النسبة المئوية من هذه النقود التي نشأت في الواقع كعائدات.

٢١٨- ولدى العديد من الدول قواعد شديدة التعقيد وضعت في إطار الممارسة المصرفية تحدد متى يمكن اقتفاء أثر الأموال المودعة في حساب مصرفي. ومن الأمثلة على مختلف قواعد اقتفاء الأثر ما يلي: ١٠ "قاعدة ما يدخل أولاً، يخرج أولاً" ("FIFO")، التي تفترض أن أول الممتلكات التي تصبح جزءاً من كتلة ممزوجة هي أول الممتلكات التي تُسحب من الكتلة؛ و ٢٠ "قاعدة ما يدخل آخر، يخرج أولاً" ("LIFO")، التي تفترض أن آخر الممتلكات التي تصبح جزءاً من كتلة ممزوجة هي أول الممتلكات التي تُسحب من الكتلة؛ و ٣٠ "قاعدة أدنى رصيد وسيط" ("LIBR")، التي تفترض، بقدر الإمكان، أن المسحوبات من الكتلة الممزوجة ليست من عائدات الموجودات المرهونة. وتحمي دول عديدة الحق الضماني بالنص على أن العائدات القابلة للتحديد تتكون من كل الأموال المودعة كعائدات، ما دام رصيد الحساب أكبر من المبلغ المودع كعائدات. وحيثما يكون المبلغ الكلي أقل من المبلغ الكلي للعائدات المودعة في الحساب، تتقرر العائدات القابلة للتحديد بأن يؤخذ أدنى رصيد وسيط وتضاف إليه أية نقود أخرى تكون في شكل عائدات مضافة إلى المجموع منذ تسجيل الرصيد الأدنى. ومثلما يحدث في حالة العائدات الملموسة الممزوجة، ما دام بالإمكان اقتفاء أثر مصدر العائدات غير الملموسة، لا تحتاج الأطراف إلى اتخاذ أي خطوات أخرى لإنشاء (أو الحفاظ على) الحق الضماني في هذه العائدات غير الملموسة الممزوجة (انظر التوصيتين ١٩ و ٢٠ في الوثيقة A/CN.9/631؛ وللإطلاع على أولوية الحق الضماني في العائدات، انظر الفقرات ٤٨ إلى ٥١ من الفصل السابع في الوثيقة A/CN.9/631/Add.4).

٩- الممتلكات الملموسة الممزوجة

٢١٩- لم تكن نظم المعاملات المضمونة تواجه في الماضي مشكلة لزوم تحديد الموجودات المرهونة. ولأنه لم يكن من الممكن اتخاذ الحقوق الضمانية إلا في موجودات محددة إفرادياً،

فلم يكن امتزاج الممتلكات المنقولة يرد إلا نادرا. أما اليوم، فتسمح دول عديدة للأطراف بإنشاء حق ضماني في فئة عامة من الممتلكات (عادة ما تكون ممتلكات منقولة). فيمكن مثلا أن يتخذ الضمان الموجودات موصوفة بعبارة "كل مخزوني الحالي من الحواسيب الشخصية"، أو يمكن أن يتخذ بائع ضمانا بكل الحواسيب الشخصية التي يبيعها إلى مشتر. وفي كلتا هاتين الحالتين، من الوارد أن تكون الموجودات الخاضعة للحق الضماني ممزوجة بشكل يحول دون إمكانية تحديدها تحديدا منفصلا عن موجودات أخرى من نفس النوع لا تكون خاضعة للحق الضماني.

٢٢٠- وهناك نهجان ممكنان. فبعض الدول يقضى بأنه بمجرد أن تصبح الممتلكات ممزوجة لا تعود قابلة للتحديد ويضيع الحق الضماني للدائن فيها، وهذا النهج يضع العبء على كاهل الدائن المضمون لكفالة قيام المانح بحفظ الموجودات المرهونة بمعزل عن غيرها من الموجودات ذات الطبيعة المماثلة منعا للامتزاج. وتقضي دول أخرى باستمرار الحق الضماني وجواز المطالبة به في الموجودات الممزوجة، وذلك بنفس نسبة مساهمة الموجودات المرهونة في القيمة الكلية للموجودات الممزوجة. ووفقا لهذا النهج، إذا كان ما قيمته ١٠٠ ٠٠٠ دولار من الزيت ممزوجا بما قيمته ٥٠ ٠٠٠ دولار من الزيت في نفس الصهريج، يعتبر أن للدائن المضمون ضمانا بثلاثي أي كمية من الزيت تكون باقية في الصهريج في اللحظة التي يصبح فيها من الضروري إنفاذ هذا الضمان.

٢٢١- وبما أن هذا الدليل يأخذ بالمبدأ العام الداعي إلى حماية الحقوق الضمانية بقدر الإمكان، فهو يوصي باعتماد النهج الثاني (أي حفظ الحق الضماني في الممتلكات الممزوجة بنفس نسبة مساهمة الممتلكات المرهونة والممتلكات غير المرهونة بالحق الضماني في الكتلة). وبعبارة أخرى، ما أن يُنشأ حق ضماني في الموجودات المرهونة، لا يعود من الضروري اتخاذ أي خطوات إضافية لحفظ ذلك الحق الضماني فيما لو مزجت هذه الموجودات المرهونة في النهاية بموجودات مماثلة من نفس النوع لا تكون خاضعة للحق الضماني (انظر التوصية ٢١ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٠- الممتلكات الممزوجة في كتلة أو منتج

٢٢٢- عندما تكون الممتلكات الملموسة ممزوجة بممتلكات ملموسة أخرى بشكل تفقد معه هويتها المستقلة في المنتج أو الكتلة، يكون من الضروري تحديد الشروط التي يمكن بمقتضاها المطالبة بالحق الضماني في الموجودات الأصلية من المنتج الذي تم إنتاجه. وعلى سبيل المثال، قد يتخذ حق ضماني في دقيق من المتوخى أن يتحوّل إلى خبز من خلال عملية تصنيع أو

إنتاج. وهناك نهجان أساسيان متبعان في مختلف النظم القانونية. ففي بعض الدول، يسقط الحق الضماني بمجرد أن يفقد الدقيق هويته كدقيق. وإذا رغب الطرفان في انتقال الحق الضماني إلى الخبز، لا بد لهما من النص على أن الضمان الأصلي يرهن الدقيق وأي منتج قد يتحوّل إليه هذا الدقيق أو يصنع منه. وتتخذ دول أخرى الموقف الذي يقضي بانتقال الحق الضماني تلقائياً إلى المنتج المصنوع، ما دام من الممكن الإثبات بأن هذا المنتج نابع من المواد الخام الخاضعة للحق الضماني. وبما أن الأطراف تتوقع عادة أن المواد الخام ستصنّع، فموقف هذا الدليل هو أنه ينبغي ألا يكون من الضروري النص في الاتفاق الضماني على انتقال الحق الضماني إلى المنتج المصنّع. فالمنتج الحاصل هو إلى حد ما العوض أو البديل للحق الضماني في المواد الخام التي لم تعد موجودة (انظر التوصية ٢١ في الوثيقة A/CN.9/631).

١١ - إنشاء الحق الضماني في ملحق

٢٢٣- قد تكون الممتلكات المنقولة ملحقة بممتلكات منقولة أو غير منقولة بشكل لا يفقدها هويتها وتصبح ملحقا (للاطلاع على تعريف "ملحقات الممتلكات المنقولة" و"ملحقات الممتلكات غير المنقولة"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه). وفي هذه الحالات، يثار السؤال عما إذا كان الحق الضماني الذي كان يخضع له المنقول الأصلي قبل الإلحاق يظل محفوظا.

٢٢٤- وفي بعض الدول، لا يمكن إنشاء الحق الضماني في ملحق أصبح ملحقا بممتلكات أخرى (سواء كانت منقولة أو غير منقولة). ولكي يكون الحق الضماني نافذا تجاه هذا الملحق، لا بد من أن يكون قد أنشئ قبل الإلحاق. ومع ذلك، من الجائز في هذه الدول أن يستمر الحق الضماني في بند من الممتلكات المنقولة إذا أصبح ملحقا بممتلكات منقولة أو غير منقولة بصرف النظر عن تكلفة أو صعوبة انتزاع هذا الملحق من الممتلكات التي ألحق بها وبصرف النظر عما إذا كان قد أصبح جزءا لا يتجزأ منها (انظر التوصية ٢٢ في الوثيقة A/CN.9/631). ويمكن أيضا في دول أخرى إنشاء الحق الضماني في بند من الممتلكات المنقولة يكون ملحقا أصلا، سواء كان ملحقا بممتلكات غير منقولة أو بممتلكات أخرى منقولة. وفي هذه الدول أيضا لا تلعب تكلفة الانتزاع أو صعوبتها أي دور في تقرير ما إذا كان يجوز إنشاء الحق الضماني. ويجوز في بعض البلدان إنشاء الحق الضماني في بند من الممتلكات المنقولة ملحقا بممتلكات غير منقولة. وفي كلتا الحالتين، يهتم في تقرير الأولوية بين المطالبين المنافسين ما إذا كان من الممكن انتزاع الملحق من الممتلكات التي ألحق بها دون التسبب في أية أضرار (انظر التوصيات ٩٣ إلى ٩٥ في الوثيقة A/CN.9/631)، ولكن ذلك لا يهتم فيما يتعلق بمسألة جواز إنشاء هذا الحق الضماني من عدمه.

٢٢٥- والقضية الأساسية هي تقرير ما إذا كان لا بد من اتخاذ خطوات إضافية لإنشاء حق ضماني في بند ملحق من بنود الممتلكات علاوة على الخطوات الضرورية لإنشاء الحق الضماني العادي. وباستثناء ما يتم في الدول التي لا تميّز بين الإنشاء والنفذ تجاه الأطراف الثالثة والأولية، لا يلزم اتخاذ أي خطوات إضافية لأن هذه هي قضية إنشاء وليست قضية أولوية.

١٢- إنشاء الحق الضماني في كتلة أو منتج

٢٢٦- مثلما لوحظ، من الجائز أن يكون بند من الممتلكات الملموسة ممزوجا ببند أو أكثر من الممتلكات الملموسة بشكل يفقده هويته. وفي هذه الحالة، يثار السؤال عما إذا كان الحق الضماني الذي كان يخضع له البند الأصلي من الممتلكات الملموسة قبل المزج يظل محفوظا. والموقف العام الذي تتخذه معظم الدول هو أنّ الحق الضماني يظل محفوظا عقب المزج، على افتراض أنّ مصدر بعض الممتلكات الممزوجة على الأقل يمكن تحديده بوصفه ممتلكات مرهونة أصلية (انظر التوصية ٢٣ في الوثيقة A/CN.9/631). ويتحوّل الحق الضماني في الممتلكات التي كانت مستقلة في الأصل إلى حق ضماني في المنتج أو الكتلة (بالنسبة لأولوية المطالبات المنافسة في البضاعة الممزوجة، انظر التوصيات ٩٦ إلى ٩٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢٢٧- ولكن على خلاف النهج العام المتخذ إزاء إنشاء الحقوق الضمانية في الملحقات، لا يجوز في معظم الدول إنشاء الحق الضماني في بنود الممتلكات الملموسة بعد مزجها. أي في حين أنه من الممكن دائما اعتبار الملحق متمتعاً بهوية مستقلة نظريا على الأقل، ففي حالة الزيت الممزوج في صهريج أو الدقيق المحوّل صناعيا إلى خبز تختفي الهوية المستقلة للموجودات المرهونة في الأصل. ولهذا السبب لا يمكن عموما إنشاء حق ضماني منفصل في بنود من الممتلكات أصبحت ممزوجة. وهذا هو النهج الذي يعتمده هذا الدليل (انظر التوصية ٢٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

باء- توصيات تخص الموجودات تحديدا

١- نفاذ الإحالة الإجمالية للمستحقات وإحالة المستحقات الآجلة والمصالح غير المجزأة في المستحقات

٢٢٨- فيما يتعلق بإحالة المستحقات، الشائع استخدامها في المعاملات المالية الهامة، هناك اتجاه متنام نحو إخضاع الإحالة لنفس الأحكام سواء كانت إحالة تامة أو إحالة تامة لأغراض ضمانية أو إحالة ضمانية. ويررّ هذا الاتجاه في المقام الأول بأنه يصعب كثيرا على

الأطراف الثالثة أن يتبينوا طبيعة الإحالة كما يُبرَّر بالحاجة إلى وجود قواعد أولوية واحدة تحكم كل أنواع الإحالات. وهذا الاتجاه مجسّد في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات (انظر المادة ٢). بيد أنّ النظم القانونية تختلف فيما يتعلق بشروط نفاذ الإحالة. فتشترط بعض النظم القانونية الكتابة أو إشعار المدين بالمستحق، بينما تشترط نظم قانونية أخرى الكتابة لكي تصبح الإحالة نافذة بين المحيل والمحال إليه وتشترط التسجيل لتصبح نافذة تجاه الأطراف الثالثة. وتختلف النظم القانونية أيضا فيما يتعلق بنفاذ إحالات المستحقات الآجلة والمستحقات غير المعيّنة تحديدا، كما تختلف فيما يتعلق بنفاذ الإحالات التي تُجرى رغم وجود شروط بعدم الإحالة في العقود التي تنشأ منها المستحقات المحالة. وتقرّ اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات بصحة كل هذه الإحالات (انظر المادة ٨ من الاتفاقية، المعبر عنها في التوصية ٢٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢- نفاذ إحالة المستحقات التي تُجرى رغم وجود شرط بعدم الإحالة

٢٢٩- تعطي بعض الدول القيود التعاقدية على عمليات التصرف قوة النفاذ من أجل حماية مصلحة الطرف الذي أُنْفِقَ على القيد لصالحه (أي المحيل أو المدين بالمستحق). وهناك دول أخرى لا تعطي القيود التعاقدية على عمليات التصرف أي قوة نفاذ أو تعطيها قوة نفاذ محدودة فحسب بغية الحفاظ على حرية المانح في التصرف، لا سيما إذا لم يكن الشخص الحاصل على حق في موجودات ما على علم بالقيد التعاقدي.

٢٣٠- وتتخذ اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات نهجا مماثلا لدعم قابلية المستحقات للإحالة، لما فيه من مصلحة للاقتصاد ككل. فعندما يكون باستطاعة المحيل الحصول على الائتمان بناء على مستحقاته، يرجّح أن يكون على استعداد إلى تقديم ائتمان إلى المدين بالمستحق؛ ويصبّ نفاذ الإحالة أيضا في مصلحة المحال إليه الذي يقدّم ائتمانا إلى المحيل. وباستطاعة المدينين المحتاجين إلى حماية، كالمستهلك أو الدولة، أن يحموا أنفسهم من خلال الحظورات القانونية.

٢٣١- وبموجب الفقرة ١ من المادة ٩ من الاتفاقية، تكون الإحالة نافذة المفعول بالرغم من وجود قيد تعاقدي على الإحالة متفق عليه بين المحيل ("المانح" في مصطلح الدليل) والمدين ("المدين بالمستحق" في مصطلح الدليل). بيد أن مفعول هذا الحكم محدود من ناحيتين. أولا، إنّ تطبيقه مقصور على المستحقات التجارية المعرّفة تعريفا واسعا (انظر الفقرة ٣ من المادة ٩)؛ وثانيا، إذا كان هذا القيد التعاقدي صحيحا بمقتضى القانون الواجب التطبيق خارج نطاق الاتفاقية، فإن المادة ٩ لا تبطل صحته فيما بين محيل المستحق والمدين به (الفقرة

٢ من المادة ٩). ويكون المانع حراً في المطالبة بتعويضات من الخيل لإخلاله بالعقد، إذا كان لهذه المطالبة وجود في القانون الواجب التطبيق خارج نطاق الاتفاقية، لكنه لا يجوز له تقديم هذه المطالبة ضد المحال إليه على سبيل المقاصة (انظر الفقرة ٣ من المادة ١٨). يضاف إلى ذلك، أن مجرد علم المحال إليه ("الدائن المضمون" في مصطلح الدليل) بوجود القيد ليس بالأمر الكافي لإبطال العقد الذي ينشأ عنه المستحق المحال (انظر الفقرة ٢ من المادة ٩).

٢٣٢- وهذا النهج يروج معاملات التمويل بالمستحقات، إذ يزيل عن كاهل المحال إليه (أي الدائن المضمون) عبء الاضطرار إلى فحص العقود التي نشأت منها المستحقات الحالية للتأكد مما إذا كانت إحالة المستحقات محظورة أو خاضعة لشروط. وبدون ذلك، يضطر المقرضون إلى فحص عدد قد يكون كبيراً من العقود، وهذا قد يكون أمراً باهظ التكلفة بل حتى مستحيلاً (كحالة المستحقات الآجلة مثلاً، انظر التوصية ٢٥ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣- إنشاء الحق الضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن مستحقاً أو صكاً قابلاً للتداول أو أي التزام آخر

٢٣٣- إذا أنشأ مانح حقاً ضمانياً في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجودات أخرى غير ملموسة لصالح دائن مضمون، تثار مسألة ما إذا كان للدائن المضمون أيضاً، بصورة تلقائية وبدون أي إجراء إضافي من المانع أو الدائن المضمون، أن يتمتع بأي حق شخصي (كال كفالة) أو حق ملكية (كال حق الضماني في ممتلكات منقولة أخرى أو الرهن على ممتلكات غير منقولة) يضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو أي مطالبة أخرى بالسداد.

٢٣٤- ويمكن سوق حجة قوية بأن إنشاء الحق الضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول أو أي موجودات أخرى غير ملموسة ينبغي أن يعطي الدائن المضمون أيضاً بصورة تلقائية حق التمتع الكامل بكل ما لدى المانع من حقوق في ذلك المستحق أو الصك القابل للتداول أو تلك الموجودات غير ملموسة. وبالتالي، إذا كان الالتزام بسداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجودات الأخرى غير ملموسة مضموناً بحده ذاته بحق ضماني في أحد موجودات الملتزم، ينبغي أن يكون للدائن المضمون أيضاً حق التمتع بما لدى المانع من حقوق فيما يتعلق بالحق الضماني في موجودات الملتزم (انظر الفقرة الفرعية أ) من التوصية ٢٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢٣٥- وينبغي أن تنطبق التوصية المشروحة في الفقرة السابقة بصرف النظر عما إذا كان بين المانع والمدين بالمستحق أو الملتزم بموجب الصك القابل للتداول أو بأي موجود آخر غير

ملموس اتفاق يمنع المانح من إنشاء حق ضماني في (أ) المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجودات الأخرى غير الملموسة؛ أو (ب) الحق الشخصي أو حق الملكية الذي يضمن سداد أو المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجودات الأخرى غير الملموسة أو الوفاء بها (انظر الفقرة الفرعية (د) من التوصية ٢٦ في الوثيقة A/CN.9/631). ومع ذلك، لا ينبغي لأي شيء وارد في مثل هذه التوصية أن يمس مسؤولية المانح عن الإخلال بذلك الاتفاق، على ألا يجوز للطرف الآخر في الاتفاق أن يلغي بحجة ذلك الإخلال وحده الاتفاق الذي نشأ عنه المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجودات الأخرى غير الملموسة أو حق الملكية الذي يضمن الشيء نفسه (انظر الفقرة الفرعية (هـ) من التوصية ٢٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢٣٦- ولكن بما أن حقوق الدائن المضمون فيما يتعلق بالحق الشخصي أو حق الملكية إنما تنبع من حقوق المانح، فلا يمكن أن تزيد حقوق الدائن المضمون فيما يتعلق بذلك الحق الشخصي أو حق الملكية على حقوق المانح فيما يتعلق بها.

٢٣٧- وعندما يكون المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجودات الأخرى غير الملموسة مضمونة بتعهد مستقل، فإن الحق الضماني للدائن المضمون لا يمتد إلى الحق في السحب. بمقتضى التعهد المستقل، بل يمتد فحسب إلى العائدات المتأتية. بمقتضى هذا التعهد (انظر الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ٢٦ في الوثيقة A/CN.9/631). وهذا ما يتفق مع موضوع الدليل من أنه لا يجوز للمستفيد من تعهد مستقل أن يحيل حق السحب بدون موافقة الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص الآخر المسمى.

٢٣٨- وتوجد عدة أسباب عملية تؤيد التوصية الداعية إلى أن يكون للدائن المضمون حق ضماني في العائدات المتأتية. بمقتضى تعهد مستقل. أولها أن هذه النتيجة لا تزيل سوى حاجة الدائن المضمون إلى اتخاذ خطوات إضافية معينة في توثيق القرض مع المانح. وذلك لأنه حتى ولو ميز الدليل بين الحق التبعية والحق المستقل، بما أن هذا التمييز وارد في قوانين عدد من الدول، فإن ذلك لن يمنع الدائن المضمون من الحصول على حق ضماني في العائدات المتأتية. بمقتضى تعهد مستقل. بل سيُجبر الدائن المضمون فحسب على اتخاذ الخطوات الشكلية المتمثلة في إدراج نص صريح في اتفاقه الضماني مع المانح بإنشاء حق ضماني في العائدات المتأتية. بمقتضى تعهد مستقل. وإزالة الحاجة إلى هذه الشكليات يعزز هدف الدليل في الحد من تكاليف الائتمان وإتاحة المزيد منه بالحد من تكاليف المعاملات.

٢٣٩- والسبب الثاني هو أن قاعدة النشوء التلقائي للحق الضماني في العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل هي قاعدة معقولة في الممارسة العملية باعتبارها تتفق مع التوقعات

العادية لدى الطرفين. فالدائن المضمون الذي يعتبر مستحقات المانح موجودات مرهونة يتوقع عادة أن يكون له، بصرف النظر عن طريقة سداد المستحقات المدين بها (سواء بصورة مباشرة من قبل المدينين بالمستحقات أو بالسحب بمقتضى تعهد مستقل يكفل واحداً أو أكثر من المستحقات)، حق ضماني في سداد عائدات المستحقات. والواقع أن الدائن المضمون قد يكون على استعداد في بعض الحالات أن يقدم ائتمانا إلى مقترض معين بسعر أقل إذا كان هذا الدائن يعلم أن حقه الضماني في المستحقات المدين بها للمقترض منه تشمل حقا ضمانيا في الحق في العائدات بمقتضى تعهد مستقل ما دامت هذه المستحقات مضمونة بالتعهد المستقل. ومن شأن أي قاعدة تتفق مع التوقعات العادية لدى الطرفين أن تمنع المفاجأة غير المنصفة وتوجد قدرا أكبر من اليقين لدى الدول التي تشتري توصيات الدليل. وزيادة اليقين ستجعل موفري الائتمان أكثر ثقة في تقديم الائتمان وتعزز بالتالي هدف الدليل في التشجيع على زيادة توفير الائتمان المضمون.

٢٤٠- والسبب الثالث هو أن هذه التوصية لا تمس بأي شكل من الأشكال حقوق الكفيل/المصدر أو المثبت أو أي شخص آخر مسمى بمقتضى التعهد المستقل. وليس على الكفيل/المصدر ولا أي مثبت أو أي شخص آخر مسمى أي التزام بقبول سحب من أي شخص عدا المستفيد من التعهد المستقل ولا أي التزام بالسداد لأي شخص عدا المستفيد، بدون موافقة الكفيل/المصدر أو المثبت أو أي شخص آخر مسمى.

٢٤١- ويقيّد الدليل التوصية الآتية الذكر في عدد من الجوانب الهامة. والقيد الأول هو عدم مساسها بأي حق في ممتلكات غير منقولة يمكن بموجب قانون غير قانون المعاملات المضمونة إحيائه بشكل مستقل عن المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجودات الأخرى غير الملموسة التي يكفلها هذا الحق. وتتناول هذه التوصية الأداة التي قد تكون قائمة في بعض الدول وتسمح لمالك الممتلكات غير المنقولة بإنشاء حق (رهن) في الممتلكات غير المنقولة حتى وإن كان هذا الحق لا يكفل وقت الإنشاء أي التزام. ويجوز للمالك بعدئذ أن يحيل ذلك الحق إلى دائن يجوز أن يقوم بدوره بإحالة هذا الحق إلى دائن آخر. وعلى غرار التعهد المستقل، يبدو الحق في الممتلكات غير المنقولة حقا خاليا بحذ ذاته من أي التزام.

٢٤٢- والقيد الثاني هو أنه، تماشيا مع اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، لا تنطبق هذه التوصية إلا على أنواع معينة من المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو الموجودات الأخرى غير الملموسة (انظر الفقرة الفرعية (و) من التوصية ٢٦ في الوثيقة A/CN.9/631)، مثل "المستحقات التجارية" (المستحقات التي تثبت بيع بضائع وخدمات، على سبيل المثال).

٢٤٣- والقيد الثالث هو عدم مساس هذه التوصية بأي من التزامات المانح تجاه المدين بالمستحقات أو الملتزم بمقتضى الصك القابل للتداول أو أي موجودات أخرى غير ملموسة (انظر الفقرة الفرعية (ز) من التوصية ٢٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢٤٤- وأخيرا، لن تمس هذه التوصية أي اشتراط بمقتضى قانون غير قانون المعاملات المضمونة يتصل بشكل إنشاء حق ضماني في أي موجودات يكفل سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو موجودات أخرى غير ملموسة، أو يتصل بتسجيل ذلك الحق الضماني، ما دام لا يوجد إخلال بالنشوء التلقائي لحق التمتع بهذا الحق الضماني (انظر الفقرة الفرعية (ح) من التوصية ٢٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٤- إنشاء الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل

٢٤٥- من الثابت في القانون والممارسة اللذين يحكمان التعهدات المستقلة في دول عديدة أنه لا يجوز إحالة حق السحب بمقتضى تعهد مستقل دون موافقة الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى بموجب التعهد المستقل. والدليل يسلّم بهذا المبدأ ويحترمه.

٢٤٦- ولكن الدليل يميّز أيضا بين حق السحب بمقتضى تعهد مستقل وحق تقاضي عائدات السحب بمقتضى تعهد مستقل. ويتخذ الدليل فضلا عن ذلك الموقف الذهاب إلى أن لا شيء في القانون أو الممارسة اللذين يحكمان التعهدات المستقلة يمنع المستفيد من تعهد مستقل من إنشاء حق ضماني في عائدات هذا التعهد (أي حق تقاضي العائدات ما أن يتم السداد)، حتى إذا كان حق السحب بمقتضى التعهد غير قابل بحد ذاته للإحالة بمقتضى القانون والممارسة الواجب التطبيق (انظر التوصية ٢٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

٥- إنشاء الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في بضائع مشمولة بمستند قابل للتداول

٢٤٧- عندما يصدر مستند قابل للتداول متعلق ببضائع ويكون مستحق السداد، يكون هذا المستند بمثابة حق في ملكية البضائع. ونتيجة لذلك، من المناسب أن يكون إنشاء الحق الضماني في المستند القابل للتداول هو أيضا بمثابة إنشاء حق ضماني في البضائع نفسها، شريطة أن يكون المصدر حائزا للبضائع وقت إنشاء الحق الضماني في المستند (انظر التوصية ٢٩ في الوثيقة A/CN.9/631). ولهذا الغرض، يجوز أن تكون الحيابة مباشرة (كأن تكون من قبل مُصدر المستند) أو حيابة غير مباشرة (من قبل وكيل، مثلا، نيابة عن مُصدر المستند؛ وللإطلاع على تعريف "الحيابة"، انظر الفقرة ١٩ أعلاه).

جيم- التوصيات

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أن التوصيات ليست مستنسخة هنا نظرا إلى أن الوثيقة A/CN.9/631 تتضمن مجموعة موحّدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة. ومتى وضعت التوصيات في صيغتها النهائية فستستنسخ في نهاية كل فصل].
