الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3

الجمعية العامة

Distr.: Limited
5 November 2002*
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المصالح الضمانية)
الدورة الثانية
فيينا، ١٧-٢٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٢

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة	١-٧٥	١
رابعا- الإنشاء	١-٧٥	٢
ألف- ملاحظات عامة	١-٧٠	٢
١- مقدمة	١-٣	٢
٢- العناصر الأساسية للحق الضماني	٤-٤٧	٣
أ- الالتزامات المراد ضمانها	٤-١٥	٣
ب- الموجودات التي تُحمّل عبء الضمان	١٦-٣٥	٧
ج- العائدات	٣٦-٤٧	١٢
٣- اتفاق الضمان	٤٨-٦٠	١٥

* تأخر تقديم هذه الوثيقة أربعة أسابيع عن الموعد المحدد لتقديمها، وهو عشرة أسابيع قبل بدء الاجتماع، وذلك بسبب الحاجة إلى استكمال المشاورات ووضع ما يترتب عليها من تعديلات في صيغته النهائية.

211102 V.02-59363 (A)

	الفقرات	الصفحة
أ- التعريف والوظائف	٤٨-٥٠	١٥
ب- الأطراف	٥١	١٦
ج- المحتويات الدنيا	٥٢-٥٣	١٦
د- الشكليات	٥٤-٥٨	١٧
هـ- الآثار	٥٩-٦٠	١٨
٤- الاشتراطات الامتلاكية	٦١-٧٠	١٨
أ- الملكية أو الحق في التصرف	٦١-٦٥	١٨
ب- احالة الحيازة والتحكم والاشعار والاشهار	٦٦-٧٠	٢٠
باء- الخلاصة والتوصيات	٧١-٧٥	٢١

رابعا- الإنشاء

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدمة

١- يُعنى هذا الفصل بالمسائل المتعلقة بالأساس التعاقدي لإنشاء حق ضماني (لا تذكر حقوق الضمان القانونية والقضائية إلا في سياق تنازع في الأولوية، انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7، الفقرات ٣٣-٣٩). ونظرا لأن اتفاق الطرفين وحده لا يكفي لإنشاء حق ضماني، يناقش هذا الفصل أيضا المتطلبات الإضافية المتعلقة بالملكية، مثل نقل الحيازة، أو الإشعار، أو الإشهار، أو التحكّم. وقبل تناول المسائل المتعلقة باتفاق الضمان (انظر القسم ألف-٣) والمتطلبات الإضافية لإنشاء حق ضماني نافذ المفعول (انظر القسم ألف-٤)، يحدد الدليل العنصرين الأساسيين في كلتا الحالتين، وهما الالتزامات المراد ضمانها (انظر القسم ألف-٢-أ) والموجودات التي تُحمَّل عبء الضمان الرهني (انظر القسم ألف-٢-ب).

٢- علما بأن لوقت إبرام اتفاق الضمان، أو استكمال إجراء إضافي، أهميته بالنسبة لترتيب الحقوق الضمانية في واحد بعينه من الموجودات (فيما يتعلق بشروط وآثار الترتيب، انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7). وخلافا للملكية، التي لا تسمح، من حيث المبدأ، بترتيب الأولويات بين عدة مالكين، يجوز ترتيب أولوية عدة حقوق ضمانية، ويمكن بذلك أن تتلاقى هذه الحقوق في الموجود المالي نفسه. ويتيح تلاقي عدة من الحقوق الضمانية في

الموجود المالي نفسه للمدين أو لمانح ضمان غيره، أن يستغل القيمة الاقتصادية للموجودات بالكامل.

٣- والحق الضماني، حتى إذا كان قد أنشئ بشكل سليم، يمكن مع ذلك، أن يخفق في أداء أهم وظائفه، أي ضمان الأولوية للدائن الحائز على الضمان في حالة إعسار المدين. وقد يحدث ذلك، مثلا، حيث يكون إنشاء الحق الضماني مخالفا لأحكام قانون الإعسار التي تحظر عمليات التحويل التفضيلي التي تجرى في فترة الريبة السابقة على بدء إجراءات الإعسار، أو مخالفا للقوانين الواجبة التطبيق بشأن التحويل الاحتيالي (للتفاصيل انظر A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5).

٢- العناصر الأساسية للحق الضماني

أ- الالتزامات المراد ضمانها

'١' العلاقة بين الضمان والالتزام المضمون

٤- تعد الحقوق الضمانية تابعة للالتزام المضمون أو مرتهنة به. وهذا يعني أن صحة وشروط اتفاق الضمان تتوقف على صحة وشروط الاتفاق المنشئ للالتزام المضمون. ذلك أنه بوجه خاص لا يمكن لشروط حق الضمان (مثل مقدار المطالبة) أن تتجاوز شروط الالتزام المضمون (ولكن يمكن تخفيضها إذا وافق الطرفان). ولاستيعاب الممارسات التمويلية الحديثة (مثل تسهيلات القروض الدوّارة). لا تقتضي الحاجة أن يكون الالتزام المضمون محددا، بل يمكن أن يضم التزامات آجلة والتزامات متغيّرة (انظر الفقرات ٩-١٥). وفي البلدان التي لا يعد فيها الاحتفاظ بسند الملكية متماثلا مع حق ضماني، لا يحكم مبدأ تبعية الحق الضماني الحقوق الضمانية المرتكزة على سند الملكية (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2، الفقرات ٢٩-٤٢). وفي مثل هذه الحالات يكون موقف الدائن أقوى، نظرا لأنه لا يكون بحاجة إلى إثبات مقدار الالتزام المضمون غير المسدد من أجل إنفاذ مطالبته. بيد أنه يجوز للمدين مطالبة الدائن برد أي فائض يحصل عليه زيادة عن مديونية المدين.

'٢' التقييدات

٥- في بعض البلدان، قد يتعلق الضمان غير الحيازي بأنواع معينة فقط من الالتزامات المبينة في التشريع (مثل القروض لشراء السيارات أو القروض للمزارعين). وفي البلدان الأخرى التي لديها نظام عام للحقوق الضمانية الحيازية فقط أو للحقوق الضمانية غير

الحيازية أيضا، لا توجد تقييدات من هذا القبيل. ومن الممكن لمثل هذا النهج الشامل أن ينشر المنافع الرئيسية التي تتحقق للأطراف من التمويل المضمون (أي زيادة توافر الائتمان وبتكلفة أقل) لتشمل طائفة واسعة من المعاملات. وبقدر تجنب إدخال مثل هذه التقييدات أو أوجه التمييز للالتزامات المضمونة، يمكن لهذا النهج أيضا أن يعزز اليقين.

٦- ولضمان توفير اليقين وتحقيق الاتساق والمساواة في المعاملة لجميع المدينين والدائنين المضمونين، ينبغي قدر الإمكان تجنب تطبيق نظم خاصة على الأنواع المختلفة من الالتزامات. وفي الظروف التي تكون فيها هذه النظم الخاصة ضرورية لأسباب اجتماعية اقتصادية خاصة، ينبغي أن تُنشأ خصيصا لذلك بمقتضى تشريع وطني وألا تُقرّر لمجموعة واسعة من الالتزامات وقد يتعلق مثل هذا النظام الخاص، على سبيل المثال، بالتزامات تسديد مال الشراء، المضمونة بالاحتفاظ بسند الملكية، والتي تُعطى الأولوية بصفة عامة بسبب أهمية الائتمان المقدم من المورد أو من غيره من مقدمي التمويل الائتماني الشرائي، بالنسبة للاقتصاد (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2، الفقرة ٣٦ و A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5، الفقرة ١٢).

”٣“ أنواع الالتزامات

(أ) الالتزامات النقدية وغير النقدية

٧- على غرار معظم القوانين الوطنية، يرتكز النظام المتوخى في الدليل على افتراض أن أهم نوع من الالتزامات المضمونة هو عمليا، الالتزامات النقدية. وفي الوقت نفسه، يأخذ الدليل في الحسبان الحاجة المعترف بها على نطاق واسع إلى السماح بالضمان لأداء التزامات غير نقدية (لتسليم بضائع مثلا). غير أنه لكي تكون الالتزامات غير النقدية قابلة للتنفيذ على الموجود المالي المرهون، ينبغي أن تكون قابلة للتحويل إلى التزامات نقدية وقت التنفيذ.

(ب) نوع الالتزامات النقدية

٨- ليس من الممكن ولا من الضروري أن يتضمن التشريع قائمة بالمصادر الممكنة لنشوء الالتزامات النقدية التي يمكن ضمانها. فهناك طائفة واسعة من المصادر المحتملة، وليس المصدر القانوني ذا صلة، على أي حال، ما لم يكن هناك نظام خاص بالحقوق الضمانية في أنواع معينة من الالتزامات (كأن تكون لقروض من مقرِض برهون). وأي قائمة بيانية لمثل هذه

الالتزامات النقدية ستشمل الالتزامات الناشئة عن القروض وعن الشراء الائتماني للبضائع، بما فيها المخزون والمعدات.

(ج) الالتزامات الآجلة

٩- قد تختلف النظم القانونية بشأن التمييز بين الالتزامات "الحاضرة" و "الآجلة". ففي بعض النظم يعتبر الالتزام آجلا إذا لم يكن استحق بعدُ. وفي نظم أخرى يعتبر آجلا إذا كان العقد الذي يُنشأ عنه لم يُبرم بعدُ وقت الإحالة أو الرهن (انظر المادة ٥ (ب) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن إحالة المستحقات في التجارة الدولية). أما النهج الأول فيهدف إلى تعزيز اليقين وحماية المدين، وأما النهج الثاني، وهو لصالح الاقتصاد في مجموعه، فيهدف إلى إقرار صحة المعاملات المتعلقة بالتزامات آجلة. كما إن هذه المعاملات التي تضمن التزامات آجلة، تتسم بأهمية اقتصادية كبيرة (مثل معاملات القروض الدائرة؛ انظر A/CN.9/WG.VI/WP.6/ Add.1، الفقرات ٢١-٢٣). فإذا كان كل تمديد لفترة الائتمان أو زيادة لمقداره سيتطلب تعديل الحق الضماني المناظر أو حتى إنشاءه من جديد، فيمكن أن يكون لذلك تأثير سلبي على توافر الائتمان وعلى تكلفته.

١٠- ولهذا السبب، تعترف النظم القانونية الحديثة بالضمان الذي يغطي التزامات آجلة. فما يمكن أن يبدو من عدم اتساق مع مبدأ تبعية الحقوق الضمانية (انظر الفقرة ٤) هو عدم اتساق ظاهري أكثر منه حقيقي، حيث أنه في حين يمكن إنشاء حق الضمان من قبلُ، فانه لا يمكن إنفاذه إلى أن يُنشأ فعلا الالتزام المضمون. وتوخيا لحماية المدينين من فرط المديونية، لا تجيز بعض النظم القانونية ضمان الالتزامات الآجلة إلا في إطار حد أقصى لمقدارها. وقد يعيب مثل هذا النهج، أنه قد لا يمكّن المدين من الإفادة من بعض المعاملات، مثل تسهيلات القرض الدوّار (انظر أيضا الفقرة ١٣).

١١- هذا وان الالتزامات التي تكون خاضعة لتحقق شرط لاحق هي التزامات حالية، ومن ثم لا تثير مشاكل خاصة. أما الالتزامات الخاضعة لشرط سابق فتعامل عادة معاملة الالتزامات الآجلة (انظر الفقرتين ٩-١٠).

'٤' الوصف

(أ) عام

١٢- بينما لا تقتضي الضرورة، في العادة، إيراد وصف محدد لكل التزام مضمون، يجب أن تكون الالتزامات المضمونة محددة كذلك أو ممكنة التحديد على أساس اتفاق الضمان كلما كانت هناك حاجة إلى التحديد. وتبرز الحاجة إلى مثل هذا التحديد، مثلا، عند التنفيذ من قبل الدائن المضمون أو من قبل دائن آخر للمدين.

(ب) وضع حد أقصى للمبلغ

١٣- من الضروري للأطراف، في بعض النظم القانونية، إيراد وصف محدد للالتزام المضمون في اتفاقهم أو وضع حد أقصى لمبلغه. والافتراض هنا هو أن مثل هذا الوصف أو التحديد للمبلغ في صالح المدين حيث أن من شأنه أن يحميه من فرط المديونية وأن المدين سيكون لديه الخيار في الحصول على ائتمان إضافي من طرف آخر. بيد أن اشتراطات من هذا القبيل قد تفضي، عن غير قصد، إلى الحد من مقدار الائتمان المتاح، وبالتالي إلى زيادة تكلفة الائتمان. وهذا هو السبب الرئيسي في أن الكثير من النظم القانونية لا تشترط أوصافا معيّنة، وتجيز شروط "جميع المبالغ"، أو على الأقل لا تضع حدودا قصوى للالتزامات المضمونة (انظر أيضا الفقرتين ١٠ و١٤). وهذا النهج يستند إلى افتراض أن الدائن المضمون لا يستطيع أن يطالب بأكثر مما هو مستحق له، وأن من المرجح، في حالة ضمان الالتزام بالكامل، أن تعرض على المدين شروط ائتمانية أفضل (انظر أيضا A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5، الفقرات ٣٥-٣٧ و A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6، الفقرتين ١١-١٢).

(ج) تغيّر مقدار الالتزام

١٤- حسبما أشير إليه أعلاه (انظر الفقرة ٩ والفقرات ٢١-٢٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1)، لم تعد المعاملات التمويلية الحديثة تتضمن سلفة تُقدّم دفعة واحدة فقط، بل كثيرا ما تنص على سلف تُقدّم في أوقات مختلفة تبعا لاحتياجات المدين. ومثل هذا التمويل قد يتم عن طريق حساب جارٍ يتغير رصيده كل يوم. فإذا كان مقدار الالتزام المضمون سيُخفّض بمقدار كل دفعة (تمشيا مع مبدأ تبعية الضمان) فسوف يثني ذلك المقرضين عن تقديم مزيد من السلف ما لم يُمنحوا ضمانا إضافيا. ولذلك ينبغي أن يقر القانون صحة الحقوق الضامنة لسلف تُقدّم في المستقبل.

(د) المبالغ المحددة بعملة أجنبية

١٥- يجوز تبيان مقدار الالتزام بأي عملة. وفي بعض الأحيان قد تنشأ صعوبات تتعلق بالتحويل إلى عملة مكان الدفع أو التنفيذ أو الإعسار. ويمكن أن يُترك هذا الأمر لاتفاق الطرفين. ومع ذلك فإنه توخيا لليقين، ينبغي أن ينص قانون المعاملات المضمونة على أنه في حالة عدم وجود اتفاق ينبغي أن يُحوّل مقدار الالتزام المضمون إلى العملة المحلية.

ب- الموجودات التي تُحمّل عبء الضمان

'١' موضوع الحق الضماني

١٦- موضوع الحق الضماني هو ملكية (سند ملكية) المدين أو (في الحالات التي يُقدّم فيها الضمان من طرف ثالث) مانح الضمان في الموجود المالي المرهون (بما في ذلك الموجودات الآجلة؛ انظر الفقرة ٦١). وحيثما يكون الحق الضماني متمثلا في مستحق من المستحقات، يكون سند مانح الضمان في ذلك المستحق هو المحمّل عبء الضمان. بيد أنه يمكن أيضا أن يحمّل عبء الضمان حق ملكية محدود، مثل حق استخدام أو إيجار. وفي مثل هذه الحالات تكون حقوق الدائن المضمونة محدودة بقدر محدودية حق الاستخدام أو الإيجار المحمّل بعبء الضمان الرهني، وخاضعة لأي حقوق راجحة للمالك الأصلي.

'٢' التقييدات

١٧- كما هو الحال فيما يتعلق بالنظم الخاصة لبعض أنواع الالتزامات المضمونة (انظر الفقرة ٥)، تفرض القوانين الخاصة لأنواع معينة من الحقوق الضمانية غير الحيازية تقييدات بشأن أنواع الموجودات التي يجوز استخدامها كضمان. فالموجودات التي لا يجوز قط تحميلها بعبء الضمان الرهني، أو التي يجوز، رهنا بتقييدات معينة فحسب، تحميلها بعبء الضمان الرهني (كأن تكون قيمة دنيا لا يجوز تحميلها عبء ضمان رهني) قد تشمل، على سبيل المثال، الأجور والمعاشات والبضائع المنزلية الأساسية (إلا كضمان للالتزام بسداد ثمن شرائها).

١٨- وفي حالة عدم وجود داع من دواعي السياسة العامة لمثل هذه النظم، ينبغي أن يكون بالإمكان إنشاء حق ضماني في جميع أنواع الموجودات، الملموسة أو غير الملموسة، مثل المستحقات وغيرها من الحقوق، بما في ذلك المطالبات المقابلة من المدينين على دائنين مضمونين.

'٣' الموجودات الآجلة

١٩- تعد مسألة ما إذا كان يجوز تحميل موجودات آجلة بعبء ضمان رهني، ذات أهمية عملية كبيرة. ويشمل مصطلح الموجودات "الآجلة" الموجودات الحاضرة فعلا وقت عقد اتفاق الضمان ولكنها ليست ملكا للمدين (أو لا يستطيع المدين التصرّف فيها). وهو يشمل أيضا موجودات لا تكون حتى موجودة آنذاك. ومن المفترض، في كلتا الحالتين، أن هذه الموجودات يمكن استخدامها كضمان.

٢٠- وفي كثير من البلدان، يمكن أن يتفق الطرفان على إنشاء حق ضماني في موجودات آجلة للمدين. فالتصرّف هنا يعدّ حاضرا ولكنه لا يصبح نافذ المفعول إلا عندما يصبح المدين مالكا للموجود المالي أو مؤهلا على نحو آخر للتصرّف فيه. وقد أخذت بهذا النهج اتفاقية الأمم المتحدة بشأن إحالة المستحقات في التجارة الدولية (انظر المادة ٨ (٢) والمادة ٢ (أ)).

٢١- علما بأن للسماح باستخدام الموجودات الآجلة كضمان للائتمان أهميته في هذا الصدد، وبصفة خاصة، لضمان مطالبات ناشئة في إطار معاملات القروض الدوّارة (انظر الفقرتين ٩-١٠) باستخدام مجموعة موجودات دوّارة. وتشمل الموجودات التي تنطبق عليها هذه التقنية نمطيا، موجودات المخازن التي يفترض فيها بطبيعتها ان تُباع وتُستبدل، والمستحقات، حيث تحل محلها، بعد تحصيلها، مستحقات جديدة. وأهم مزية لهذا النهج هو أن اتفاق ضمان واحد قد يغطي مجموعة متغيرة من الموجودات التي ينطبق عليها الوصف الوارد في اتفاق الضمان. وبدون ذلك، سيكون من اللازم اتخاذ إجراءات متعاقبة لإنشاء حقوق ضمانية جديدة، وهو ما يمكن أن يزيد تكلفة المعاملات.

٢٢- وفي بعض البلدان، لا يجوز استخدام الموجودات الآجلة كضمان. ويستند هذا النهج لحد ما إلى مفاهيم تقنية لقانون الملكية (ما لا يوجد لا يمكن تحويله أو استخدامه كضمان). وهناك سبب آخر لذلك، هو القلق من أن إجازة تصرفات واسعة في موجودات آجلة قد يفضي عن غير قصد إلى إثقال كاهل المدين بمديونية زائدة، وإلى جعله يعتمد بقدر مفرط على دائن واحد، وإلى حرمان المدين من الحصول على ائتمان إضافي مضمون من مصادر أخرى (انظر الفقرة ٢٦). وهناك أيضا سبب آخر لعدم إجازة إنشاء حقوق ضمانية في موجودات آجلة، هو أن إمكانية حصول دائني المدين غير المضمون على تسديد مطالبتهم قد تتضاءل كثيرا.

٢٣- ولا ينبغي التمسك بمفاهيم تقنية لقانون الملكية لوضع عقبات في طريق تلبية الحاجة العملية إلى استخدام الموجودات الآجلة كضمان للحصول على الائتمان. إضافة إلى ذلك

فإن المنشآت التجارية المدينة يمكنها أن تحمي مصالحها الخاصة ولا تحتاج إلى تقييدات قانونية بشأن إمكانية إحالة الموجودات الآجلة. وفضلا عن ذلك، يمكن حماية الدائنين غير المضمونين بقواعد أولوية مناسبة. ويمكن، على سبيل المثال، أن تنص أي قواعد من هذا القبيل على أنه يمكن، في حالة تنازع بشأن الأولوية بين دائن مضمون بضمان على جميع موجودات المدين ودائنين غير مضمونين، أن يوضع جزء من موجودات المدين جانبا لأجل الوفاء بمطالبات الدائنين غير المضمونين (انظر الفقرتين ٢٦ و ٣٢ وكذلك الفقرات ٢٦-٢٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5).

٤' الموجودات غير المعينة تحديدا

٢٤- تتميز بعض أنواع الموجودات، وخاصة المعدات، بالثبات، ولا تخضع لتصرفات وعمليات إبدال متواترة. ويمكن من ثم أن توصف وتُعيّن على حدة. بيد أن مثل هذا التحديد قد لا يكون ممكنا بالنسبة لأنواع أخرى من الموجودات، وبخاصة موجودات المخزون وكذلك المستحقات، بدرجة ما. ولمعالجة هذه المشكلة، وضعت بلدان كثيرة قواعد تسمح للطرفين بوصف الموجودات التي تُحمّل عبء الضمان بعبارات عامة فقط. فالتعيين المحدد، الذي يُشترط عامة، ينتقل من فرادى العناصر إلى إجماليها، الذي يجب أن يُعين تحديدا بدوره. ففي حالة المستحقات مثلا، يكفي لتعيينها أن يُشار إليها بعبارة "جميع المدينين الذين تبدأ أسماؤهم بالحروف من ألف إلى زاي". وفي حالة المخزون، يمكن أن يُعيّن تعيينا كافيا بالإشارة إليه بعبارة "جميع الموجودات المخزونة في القاعة ألف من مقر عمل المدين".

٢٥- بل إنه يمكن، في بعض النظم القانونية، أن يكون وصف يشير إلى جميع الموجودات الحاضرة والآجلة كافيا (مثل "جميع موجوداتي، المملوكة حاليا والمكتسبة بعد ذلك"). وفي بعض هذه النظم القانونية، لا يسمح بضمان في جميع الموجودات من هذا القبيل، فيما يتعلق بالمستهلكين وحتى بصغار التجار.

٢٦- ومما يتصل بالضمان في جميع الموجودات، وإن تكن تتميز عنه، مسألة المغالاة في الضمان، التي تظهر في الحالات التي يتجاوز فيها مقدار الضمان بكثير مقدار الالتزام المضمون. وبينما لا يستطيع الدائن المضمون أن يطالب بأكثر من مطالبته المضمونة مضافا إليها الفوائد والمصروفات (وربما التعويضات)، قد تحدث مسألة المغالاة في الضمان مشكلات في هذا الصدد. فموجودات المدين قد تُحمّل بالضمان إلى حد يجعل من الصعب أو حتى المستحيل على المدين أن يحصل على ائتمان من دائن آخر بضمان يأتي في المرتبة الثانية. وإضافة إلى ذلك، فإن إجراءات التنفيذ من جانب دائني المدين غير المضمونين قد تُستبعد، أو

على الأقل تزداد صعوبة. وتثير الحقوق الضمانية المرتكزة على السند المشكلة نفسها. ويتمثل حل أعدته المحاكم في بعض البلدان في إعلان بطلان أي ضمان زائد أو منح المدين حق المطالبة بالإفراج عن ذلك الضمان الزائد (انظر الفقرتين ٢٣ و٣٢ وكذلك الفقرات ٢٦-٢٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). ويمكن تطبيق مثل هذا الحل عمليا، شريطة أن يُمنح الدائن المضمون هامشا كافيا تجاريا.

'٥' رهون المنشآت والرهون العائمة

٢٧- في بعض البلدان، يتخذ الضمان الشامل لجميع الموجودات شكل رهون منشآت أو رهون عائمة. وأحد أنواع هذه الرهون هو عبارة عن رهن منشأة صغير يكون مقصورا بشكل أساسي على الممتلكات غير الملموسة، ومنها الأسماء التجارية أو مجموع الزبائن أو حقوق الملكية الفكرية (انظر المادة ٦٩ من القانون الموحد الصادر عن المنظمة المعنية بتنسيق قانون الأعمال في افريقيا ("أوهادا")). ولهذا الرهن أهمية محدودة نظرا لنطاقه المحدود.

٢٨- وخلافا لذلك، فان لرهن المنشأة الكبير دورا رئيسيا بصفته ضمانا في بعض البلدان. ويمكن أن يشمل رهن المنشأة الكبير كل الموجودات المنقولة لدى المنشأة، سواء أكانت ملموسة أم غير ملموسة، مع أنه قد يكون مقصورا على الأجزاء القابلة للتقسيم من المنشأة. وهو في العادة لا يشمل الموجودات غير المنقولة، حيث انها تخضع لنظام منفصل (فيما يتعلق بالمثبتات، انظر الفقرتين ٣٤ و٣٥).

٢٩- ويتمثل أهم جانب من رهن المنشأة في أن المنشأة المدينة لها صلاحية التصرف في موجوداتها المرهونة أثناء التسيير العادي لأعمالها التجارية، وفي أن الضمان يخص بشكل آلي العائدات التي تحل محل الموجودات المتصرف فيها. ويجيز معظم النظم القانونية صلاحية التصرف هذه في الموجودات المرهونة دون أن يؤثر ذلك في الحق الضماني. غير أن تصرف المدين في الموجودات المرهونة، وإن كان الدائن يأذن به، يعتبر في بعض النظم القانونية غير متوافق مع فكرة الحق الضماني. وفي بعض هذه النظم القانونية، ابتكرت المحاكم فكرة الرهن "العائم" الذي هو مجرد حق ملكية محتمل، مع ترخيص للمنشأة المدينة بأن تتصرف في الموجودات أثناء التسيير العادي للأعمال التجارية. ويُحظر هذا التصرف اعتبارا من الوقت الذي يتخلف فيه المدين عن أداء التزاماته، إذ عندئذ "يتبلور" الرهن العائم ليصبح رهنا "ثابتا" نافذ المفعول بالكامل.

٣٠- وثمة ميزة هامة لرهن المنشأة الكبيرة، وهي أنه يمكن تعيين مدير للمنشأة لدى انفاذ هذا الرهن من جانب الدائن المضمون ولدى تنفيذه من جانب دائن آخر. وهذا يمكن أن

يساعد على تجنب التصفية وعلى تيسير اعادة تنظيم المنشأة مع ما يرافق ذلك من آثار نافعة للدائنين والقوة العاملة والاقتصاد بوجه عام. ولكن من الناحية العملية، يمكن للمدير الذي يعينه الدائن المضمون أن يحابي ذلك الدائن المضمون. وهذه مشكلة يمكن التخفيف من حدتها نوعا ما اذا عُيّن المدير من جانب محكمة أو سلطة أخرى.

٣١- غير أن رهون المنشأة الكبير ينطوي على عيوب أخرى في الممارسة. وأحد هذه العيوب هو أن الدائن المضمون عادة ما يكون أو يصبح مقدم الائتمانات الرئيسي بل وحتى الحصري للشركة. ومع أن المنافسة من جانب مقدم آخر للائتمانات يعرض شروطا أفضل ليست بالضرورة مستبعدة، فان هذه الحالة غير مستصوبة من حيث المبدأ. أما العيب الآخر، فهو أن حائز الرهن لا يقوم، من الناحية العملية وفي كثير من الأحيان، برصد الأنشطة التجارية للشركة بصورة كافية ولا يشارك بنشاط في اجراءات اعادة التنظيم لأن لدى المرتهن ضمانا كبيرا.

٣٢- ومن أجل موازنة وضعية المرتهن القوية بشكل مفرط، يمكن أن تُمنح المنشأة المدينة امكانية المطالبة بالاعفاء عن الضمان المفرط جدا (انظر الفقرة ٢٦). وأسوة ببعض البلدان، يمكن النظر أيضا في التخفيف من الأولوية التي يتمتع بها المرتهن في حال اعسار المنشأة (انظر الفقرتين ٢٣ و٢٦، وكذلك الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5، الفقرات ٢٦-٢٨).

٣٣- وفي نظام عصري للمعاملات المضمونة يسمح بأخذ ضمان بشأن كل موجودات المدين التجاري (سواء أكان شركة أم فردا)، لا توجد حاجة إلى الحفاظ على التفسير الخاص أو المصطلح المتعلقين بتعبير "رهن المنشأة" أو "الرهن العائم". فالأمر الهام هو الحفاظ على الخصائص الوظيفية لهاتين الوسيلتين. وهذا يعني أنه يمكن انشاء حق ضماني غير حيازي في جميع موجودات المدين وأنه يمكن منح المدين حق التصرف في الموجودات المرهونة أثناء التسيير العادي لأعماله.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما اذا كان يمكن تعيين مدير من جانب المحكمة أو أي سلطة أخرى، في حال انفاذ حق ضماني في جميع موجودات المدين.]

"٦" المثبتات

٣٤- المثبتات هي الموجودات المنقولة، ولا سيما المعدات، التي تركَّب في الممتلكات غير المنقولة. ويطرح هذا التركيب سؤالا بشأن ما اذا كانت المثبتات تظل خاضعة للقانون الناظم للممتلكات المنقولة (وتصان الحقوق فيها) أو تصبح خاضعة للقانون الناظم للممتلكات غير

المنقولة (وتلغى الحقوق فيها). ففي بلدان عديدة، تصبح المثبتات أو التركيبات الملحقة التي لا يمكن فصلها بسهولة خاضعة للقانون الناظم للممتلكات غير المنقولة ويجوز الغاء أي حقوق سابقة في تلك المثبتات أو التركيبات الملحقة (أما مسألة ما اذا كان يحق لحائزي هذه الحقوق الحصول على تعويض فهي مسألة منفصلة). أما تحديد مسألة ما اذا كان يمكن فصل المثبتات بسهولة فيستند إلى معايير منها الصعوبة التقنية أو التكلفة (مقارنة بقيمة المثبتات).

٣٥- وفي تلك البلدان، لا تصبح المثبتات التي يمكن فصلها بسهولة عن الممتلكات غير المنقولة التي ركبت فيها خاضعة للحقوق في الممتلكات غير المنقولة، اذا كان صاحب المثبتات ومالك الممتلكات غير المنقولة شخصين مختلفين. وتنطبق هذه القاعدة على المورّد الذي يحتفظ بحق ملكية المثبتات (تكون عادة معدات) كما ينبغي أن تنطبق على الدائنين المضمونين الآخرين الذين يقدمون المال لشراء الموجودات المرهونة ("دائنو ثمن الشراء المضمون"). ولولا ذلك، لجُرّد دائنو ثمن الشراء المضمونون من حقوقهم ولأثرى عن غير حق مالك الممتلكات غير المنقولة أو مرهنيها. وليس من شأن هذا النهج أن يفضي إلى احباط الآمال المشروعة للأطراف الثالثة، اذا أمكن تدوين ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية فيما يتعلق بتلك المثبتات في السجل العقاري، وهذا ممكن فعلا في بلدان عديدة.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن يمنح حائزي الحقوق الضمانية الذين يقدمون ثمن شراء المثبتات الحق في تسجيل حقوقهم في تلك المثبتات في السجل العقاري. ومن شأن هذا النهج أن يمنع كلا من "تجريد" الدائن من حقوقه الضمانية في المثبتات والاثراء غير المبرر لمرهن العقار.]

ج- العائدات

'١' مقدمة

٣٦- عندما يتم التصرف في الموجودات المرهونة (أو تأجيرها أو الترخيص باستعمالها) خلال الفترة التي تكون فيها المديونية التي تضمنها تلك الموجودات مستحقة، يتلقى المدين عادة، مقابل تلك الموجودات، نقودا أو ممتلكات ملموسة (كالسلع أو الصكوك القابلة للتداول) أو ممتلكات غير ملموسة (كالمستحقات أو غيرها من الحقوق). ويشار إلى تلك النقود أو غيرها من الممتلكات الملموسة أو غير الملموسة في نظم قانونية عديدة بأنها "عائدات" الموجودات المرهونة. وفي بعض الحالات، قد تولّد الموجودات المرهونة الأصلية عائدات تولّد بدورها عائدات أخرى عندما يبيع المدين العائدات الأصلية أو يبدلها أو

يتصرف فيها بشكل أو بآخر مقابل ممتلكات أخرى. ويشار إلى تلك العائدات بأنها "عائدات العائدات".

٣٧- وفي حالات أخرى، يمكن أن تولّد الموجودات المرهونة ممتلكات أخرى للمدين حتى بدون إجراء معاملة. ويشار إلى الممتلكات التي تولّدها الموجودات المرهونة على هذا النحو، في بعض النظم القانونية، بأنها "ثمار مدنية" أو "ثمار طبيعية". ويمكن أن تشمل تلك الممتلكات، على سبيل المثال، الفوائد المصرفية أو الأرباح المتأتية من الموجودات المالية، وعائدات التأمين، والحيوانات المولودة حديثا والثمار أو المحاصيل.

٣٨- وفي بعض النظم القانونية، ثمة تمييز واضح بين الثمار المدنية أو الطبيعية والعائدات، وهي تخضع لقواعد مختلفة. وتبريرا لهذا النهج، كثيرا ما يشار إلى الصعوبة التي تواجه في تبين العائدات وضرورة حماية حقوق الأطراف الثالثة في العائدات. ولا تميز نظم قانونية أخرى بين الثمار المدنية أو الطبيعية من جهة والعائدات من جهة أخرى وتخضعها للقواعد ذاتها. ومن بين الأسباب المذكورة لتبرير هذا النهج الصعوبة التي تواجه في التمييز بين كل من الثمار المدنية أو الطبيعية والعائدات، وأن كلا من الثمار المدنية أو الطبيعية والعائدات يتأتى من الموجودات المرهونة أو يحل محلها أو قد يؤثر في قيمتها.

٣٩- ويتعين أن يتناول النظام القانوني الذي يحكم الحقوق الضمانية مسألتين متباينتين فيما يتعلق بالعائدات والثمار المدنية أو الطبيعية (يشار اليها فيما يلي مجتمعة باسم "العائدات"، ما لم يشر إلى خلاف ذلك). أما المسألة الأولى فهي ما اذا كان الدائن المضمون يحتفظ بالحق الضماني اذا أحيلت الموجودات المرهونة من مدين إلى شخص آخر في المعاملة التي تولّد العائدات (للاطلاع على مناقشة لهذه المسألة، انظر الفقرات ٢٦-٣٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7).

٤٠- أما المسألة الثانية فتخص حقوق الدائن في العائدات. وينبغي للنظام القانوني الذي يحكم الحقوق الضمانية أن يوفر اجابات واضحة عن عدد من الأسئلة (انظر الفقرات ٤١-٤٧).

٢' وجود حقوق في العائدات

٤١- يكمن تبرير وجود حق في العائدات في أنه اذا لم يحصل الدائن المضمون على ذلك الحق، فقد تسقط حقوقه في الموجودات المرهونة أو قد تقلص من جراء التصرف في تلك الموجودات. واذا سقط ذلك الحق الضماني بمجرد احالة الموجودات المرهونة إلى شخص آخر، فلن يوفر للدائن المضمون الحماية الكافية من التقصير في الأداء وستقل بالتالي قيمته

كمصدر ائتمان. وهذه النتيجة، التي قد يكون لها أثر سلبي في توافر الائتمان وتكلفته، ستبقى كما هي حتى اذا ظل الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية قائما بعد التصرف فيها. والسبب في هذه النتيجة يكمن في احتمال أن تزيد احالة الموجودات المرهونة من صعوبة تحديد مكانها ومن ثم حيازتها وأن تزيد من تكلفة الانفاذ وأن تقلل من قيمتها.

'٣' الظروف التي يمكن أن تنشأ فيها الحقوق في العائدات

٤٢- عادة ما ينشأ الحق في العائدات عندما يتم التصرف في الموجودات المرهونة (أو تأجيرها أو الترخيص باستعمالها). وفي النظم التي تعامل الثمار المدنية أو الطبيعية بصفتها عائدات، يمكن أن ينشأ حق في تلك العائدات حتى اذا لم تحصل معاملة فيما يتعلق بالموجودات المرهونة (كالأرباح الناشئة من الأسهم).

'٤' الطبيعة الشخصية أو الامتلاكية للحقوق في العائدات

٤٣- اذا كان حق الدائن المضمون في العائدات حقا امتلاكيا، فلن يتكبد الدائن المضمون خسارة بسبب أي معاملة أو حدث آخر، لأن الحق الامتلاكي يكون نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة. ومن جهة أخرى، قد يتسبب منح الدائن المضمون حقا امتلاكيا في العائدات في احباط الآمال المشروعة للأطراف التي تحصل على حقوق ضمانية في تلك العائدات بصفتها موجودات مرهونة أصلية. غير أنه قد يكون من الأيسر معالجة هذه المسألة في النظم القانونية التي تكون فيها الحقوق الضمانية خاضعة للتسجيل. ففي تلك النظم، يجري اخطار الممولين المحتملين مسبقا باحتمال وجود حق ضماني في موجودات المقترض المحتمل (بما في ذلك عائدات تلك الموجودات)، ويمكن لأولئك الممولين أن يتخذوا التدابير اللازمة لتبين العائدات واقتفاء أثرها.

'٥' مدى ووقت تبين العائدات

٤٤- [لعل الفريق العامل يود أن يناقش إلى أي مدى وفي أي وقت يتعين تبين كون العائدات ناتجة عن موجودات مرهونة.]

'٦' اقتفاء أثر العائدات المختلطة بموجودات أخرى

٤٥- [لعل الفريق العامل يود أن يناقش مسألة اقتفاء أثر العائدات التي خلطت بموجودات أخرى.]

'٧' أساس الحقوق في العائدات

٤٦- في بعض النظم القانونية، يوسع القانون نطاق الحقوق الضمانية ليشمل عائدات الموجودات المرهونة وعائدات العائدات من خلال قواعد قصور تنطبق في حال عدم وجود اتفاق على خلاف ذلك. وفي نظم قانونية أخرى، لا يوجد هذا الحق القانوني في العائدات (للأسباب المذكورة في الفقرة ٤٣)، لكنه يجوز للأطراف أن تنشئ ضمانا فيما يتعلق بكل أنواع الموجودات. ففي تلك النظم، يمكن أن تتاح للأطراف حرية النص مثلا على انشاء ضمان في المخزون والمستحقات والصكوك القابلة للتداول والأوراق المالية والنقود. وعلى هذا النحو، تصبح كل هذه الموجودات موجودات مرهونة أصلية وليست عائدات. وفي بعض تلك النظم القانونية، يجوز للأطراف أن تتفق على توسيع نطاق بعض الحقوق شبه الضمانية (كالاحتفاظ بحق الملكية) لكي تشمل العائدات (انظر الفقرات ٣٤-٤٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 والفقرات ٥١-٥٩ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7).

'٨' عائدات العائدات

٤٧- اذا كان هنالك حق في عائدات الموجودات المرهونة، وجب أن يشمل ذلك الحق عائدات العائدات. فاذا خسر الدائن المضمون حقه في العائدات حالما تتخذ هذه العائدات شكلا آخر، أصبح الدائن المضمون عرضة لنفس المخاطر الائتمانية كما لو لم تكن هنالك حقوق في العائدات (انظر الفقرة ٤١).

٣- اتفاق الضمان

أ- التعريف والوظائف

٤٨- يشكل اتفاق الضمان بين الدائن والمدين، أو مانح الضمان في الحالات التي يوفر فيها طرف ثالث الضمان، واحدا من العناصر الأساسية للحق الضماني. ويشترط معظم البلدان، ولكن ليس كلها، أن يكون هناك اجراء اضافي (انظر الباب ألف — ٤). ففي بعض البلدان يسبب اتفاق الضمان، الذي يكون مشفوعا باجراء اضافي، آثارا امتلاكية تجاه كل الأطراف (تجاه جميع الناس). وفي تلك البلدان، تسبب الوسائل شبه الضمانية، كترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية، آثارا امتلاكية تجاه جميع الناس اعتبارا من وقت ابرام الاتفاق المعني، الذي يمكن أن يكون حتى شفويا. وفي بلدان أخرى، لا تكون لاتفاق الضمان آثار امتلاكية إلا بين الطرفين، وتكون الآثار تجاه الأطراف الثالثة خاضعة لاجراء اضافي.

٤٩- وينبغي التمييز بين اتفاق الضمان والاتفاق على انشاء ضمان في المستقبل (اذا قدم قرض ائتماني إلى المدين، مثلا). فهذا الاتفاق ينشئ التزاما بانشاء حق ضماني، ولكن لا تكون له آثار امتلاكية.

٥٠- ويؤدي اتفاق الضمان عدة وظائف. فأولا، يكون اتفاق الضمان، في البلدان التي يعمل فيها بالقانون المدني، المبرر (الأساس) القانوني لمنح الدائن الحق الضماني. وثانيا، يقيم اتفاق الضمان الصلة بين الحق الضماني والمطالبة المضمونة. وثالثا، ينظم اتفاق الضمان بوجه عام العلاقة بين المدين (أو طرف ثالث)، بصفته مانح الحق الضماني في الموجودات المرهونة، والدائن المضمون (للاطلاع على الحقوق السابقة للتقصير في الأداء، انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8؛ وللاطلاع على الحقوق اللاحقة للتقصير في الأداء، انظر الوثيقتين A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 وA/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). ومع أن اتفاق الضمان يمكن أن يكون اتفاقا منفصلا، فهو كثيرا ما يكون واردا في عقد التمويل الأساسي أو في عقد آخر مماثل له (مثل عقد بيع البضائع على الحساب) بين المدين والدائن.

ب- الأطراف

٥١- في معظم الحالات، يبرم اتفاق الضمان بين المدين بصفته مانح الحق الضماني والدائن بصفته الطرف المضمون. وفي بعض الأحيان، اذا منح شخص ثالث الضمان لصالح المدين، أصبح ذلك الشخص طرفا في الاتفاق بدلا من المدين. وفي حال القروض الكبرى التي يمنحها عدة دائنين (ولا سيما في حال القروض التي تمنحها سنديكات)، يجوز لطرف ثالث يعمل وكيلا أو أمينا لدى الدائنين أن يحوز الحقوق الضمانية. ولا يؤثر أي من هذه الحالات المحتملة في جوهر اتفاق الضمان.

ج- المحتويات الدنيا

٥٢- ينبغي لاتفاق الضمان أن يحدد الأطراف وأن يصف بشكل معقول الالتزام المراد ضمانه بواسطة الموجودات المرهونة. وسواء أذكرت التشريعات أم لم تذكر هذه المسائل بصفتها المحتويات الدنيا لاتفاق الضمان، فان عدم تناولها في اتفاق الضمان قد يجعل الضمان باطلا ولاغيا، ما لم يتسن توفير العناصر الناقصة بواسطة وسائل أخرى.

٥٣- ويجوز للأطراف أن توضح في اتفاق الضمان مسائل اضافية، كواجب العناية من جانب الطرف الذي تكون الموجودات المرهونة في حوزته. وفي حال عدم وجود اتفاق، يمكن أن تنطبق قواعد القصور لتوضيح العلاقة بين الأطراف (للاطلاع على المسائل السابقة

للتقصير في الأداء، انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8؛ وللاطلاع على المسائل اللاحقة للتقصير في الأداء، انظر الوثيقتين A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 و A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5).

د- الشكليات

'١' الشكل الكتابي وما يتصل به من متطلبات

٥٤- تختلف النظم القانونية فيما يتعلق بمتطلبات الشكل ووظيفتها. ففيما يتعلق بالشكل الكتابي بوجه خاص، لا تشترط بعض النظم القانونية الكتابة اطلاقا، بينما تشترط نظم قانونية أخرى كتابة بسيطة أو كتابة موقّعة أو حتى كتابة موثقة أو مستندا مماثلا صادرا عن محكمة أو مستندا مماثلا آخر (كما هي الحال فيما يتعلق برهون المنشآت). وفي العادة، يؤدي الشكل الكتابي وظيفة اخطار للطرفين بالعواقب القانونية لاتفاقهما، ووظيفة الدليل على الاتفاق، ووظيفة حماية الأطراف الثالثة من الاحتيال المتعلق بتقديم تاريخ اتفاق الضمان.

٥٥- ويمكن أن يكون الشكل الكتابي أيضا شرطا لاثبات الصلاحية (أو نفاذ المفعول من حيث إحداث آثار امتلاكية) بين الطرفين أو شرطا لوجوب الانفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو شرطا لتحديد الأولوية بين أصحاب المطالبات المتنازعين. ويمكن أن يكون أيضا شرطا للحصول على حيازة الموجودات المرهونة أو للتذرع باتفاق الضمان في حال الانفاذ أو التنفيذ أو الاعسار.

٥٦- وفي بعض النظم القانونية، يلزم التصديق على التاريخ من جانب سلطة عمومية فيما يتعلق بالرهون الحيازية، باستثناء القروض الصغيرة التي يسمح فيها باقامة الدليل حتى بواسطة شهود. ومع أن هذا التصديق يمكن أن يتناول أيضا مشكلة الاحتيال المتعلق بتقديم تاريخ الاتفاق، فهو قد يزيد من الوقت والتكلفة اللازمين للمعاملة.

٥٧- وفي نظم قانونية أخرى، يُشترط التصديق على التاريخ أو توثيق اتفاق الضمان فيما يتعلق بأنواع مختلفة من الضمانات غير الحيازية (انظر مثلا المواد ٦٥ و٧٠ و٩٤ و١٠١ من قانون "أوهادا"). وفي أحد البلدان على الأقل، يُشترط هذا التصديق بدلا من الاشهار بواسطة التسجيل. ولكن، حيثما يكون التسجيل ضروريا، قد لا يكون من اللازم القيام بتصديق إضافي على تاريخ اتفاق الضمان.

٥٨- وحرصا على اختصار الوقت والتكاليف، ينبغي تقليص اشتراطات الشكل الالزامية إلى الحد الأدنى. ولا يبدو الشكل الكتابي ضروريا كشرط للصلاحية (أو نفاذ المفعول من حيث إحداث آثار امتلاكية) فيما يتعلق باتفاق الضمان بين الطرفين. ولكن، فيما يتعلق

بالأطراف الثالثة، قد يكون اتفاق الضمان الكتابي مفيدا لأغراض الاثبات وقد يحول دون الاحتيال المتعلق بتقديم تاريخ الاتفاق، وذلك فيما يتعلق بالحقوق الضمانية غير الحيازية على الأقل. فالكتابة البسيطة (التي لن تحتاج إلى توقيع الطرفين والتي ستستعمل فيها وسائل الاتصال العصرية) ينبغي أن تكون كافية. ولكن، قد يكون من الضروري اصدار وثيقة ذات طابع رسمي أكثر فيما يتعلق برهون المنشآت أو الحالات التي يمكن أن يكون فيها اتفاق الضمان بمثابة حق كاف للتنفيذ (انظر الفقرة ٥٥). وكبديل لذلك، قد لا تكون الكتابة لازمة في هذه الحالة، ولكن سيكون على الدائن المضمون أن يتحمل عبء اقامة الدليل على محتويات اتفاق الضمان وتاريخه.

هـ- الآثار

٥٩- في بعض البلدان التي لا تكون حقوق الملكية فيها إلا الحقوق التي يمكن التمسك بها تجاه كل الأطراف، لا يتوفر الضمان النافذ المفعول بالكامل إلا عند ابرام اتفاق الضمان وانجاز الاجراء الاضافي (تسليم الحيازة، أو الإشعار، أو التسجيل، أو التحكم؛ انظر الفقرات ٦١-٧٠). وثمة استثناءان لذلك. ففي بعض البلدان، يكون شرط الاحتفاظ بحق الملكية نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة عند ابرام اتفاق البيع الذي يرد فيه. أما الاستثناء الآخر فيتعلق باحالة المستحقات على سبيل الضمان، وهي نافذة المفعول بالكامل في بعض البلدان، حتى بدون إشعار المدين بالمستحق.

٦٠- وفي بلدان أخرى، ثمة تمييز بين الآثار الامتلاكية بين الطرفين في اتفاق الضمان والآثار الامتلاكية تجاه الأطرف الثالثة. وفي تلك البلدان، يصبح الضمان قائما فعلا عند ابرام اتفاق الضمان (كتابة)، ولكنه لا يكون كذلك إلا فيما بين الطرفين المتعاقدين. ويشترط أن يكون هناك اجراء اضافي لكي يصبح الضمان نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة (انظر الفقرات ٦١-٧٠).

٤- الاشتراطات الامتلاكية

أ- الملكية أو الحق في التصرف

٦١- في معظم النظم القانونية، يجب أن يكون مانح الضمان (الذي هو في العادة المدين ولكنه يمكن أن يكون طرفا ثالثا أيضا) هو مالك الموجودات المراد رهنها (انظر الفقرة ١٦). وفي نظم قانونية أخرى، يكفي أن تكون لمانح الضمان صلاحية التصرف في الموجودات (دون أن تكون له ملكيتها). وفيما يتعلق بالموجودات الآجلة، يكفي أن يصبح

مانح الضمان هو المالك أو أن يحصل على صلاحية التصرف في وقت لاحق (انظر الفقرات ١٩-٢٣).

٦٢- وحيثما لا يكون مانح الضمان مالكا للموجودات أو لا تكون له صلاحية التصرف فيها، يطرح سؤال عما اذا كان الدائن المضمون يستطيع مع ذلك الحصول على الحق الضماني بحسن نية. ففي بعض النظم القانونية، يحصل الدائن على الحق الضماني اذا كان حسنُ النيّة، الذاتي مدعوما بأدلة موضوعية على الملكية. وهذه العناصر تشمل الحالات التي يكون فيها الدائن قد قدم إلى المدين قرضا أو هو على وشك أن يقدم اليه قرضا، أو التي يكون فيها مانح الضمان مسجلا بصفته مالك الموجودات المراد رهنها أو حائزا لتملك الموجودات ويحيل حيازتها إلى الدائن.

٦٣- وكثيرا ما تتناول التشريعات حول هذا الموضوع المسألة ذات الصلة المتعلقة بصحة ونفاذ مفعول القيود التعاقدية على التصرف في الموجودات. ففي بعض البلدان، تكون تلك القيود نافذة المفعول من أجل حماية مصالح هذا الطرف أو ذاك في الاتفاق الذي يقيد التصرف في الموجودات. وفي بلدان أخرى لا يكون للقيود التعاقدية فيما يتعلق بالتصرف في الموجودات أي مفعول أو يكون لها مفعول محدود فقط من أجل الحفاظ على حرية مانح الضمان في التصرف في الموجودات، خاصة اذا لم يكن الشخص الذي يحوز الموجودات على علم بالقيد التعاقدي.

٦٤- وتتبع اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاحالة نهجا مماثلا لدعم امكانية احالة مطالبة مستحقة، لما فيه صالح الاقتصاد ككل. فبموجب المادة ٩ من الاتفاقية، تكون الاحالة نافذة المفعول بالرغم من أي تقييد تعاقدي على الاحالة متفق عليه بين المحيل والمدين. ومجرد العلم بوجود تقييد من جانب المحال اليه لا يكون كافيا لإبطال العقد الذي ينشأ منه المستحق المحال. ومفعول هذا الحكم محدود من وجهين. فأولا، تطبيقه مقصور على المستحقات التجارية المعرّفة تعريفا واسعا؛ وثانيا، يكون التقييد التعاقدي نافذا فيما بين المحيل والمدين، ويكون المدين حرا في المطالبة بتعويضات من المحيل لإخلاله بالعقد، إذا كانت هذه المطالبة منصوصا عليها بموجب القانون المنطبق خارج نطاق الاتفاقية. غير أنه لا يجوز تقديم هذه المطالبات ضد المحال اليه على سبيل المقاصة (انظر الفقرة ٣ من المادة ١٨).

٦٥- وهذا النهج يروّج معاملات التمويل بالمستحقات حيث إنه يريح المحال اليه (أي الدائن المضمون) من عبء الاضطرار إلى فحص العقد الذي نشأت منه المطالبة المحالة، من أجل التأكد مما إذا كانت احالة المطالبة محظورة أو خاضعة لشروط. ولولا ذلك، لاضطر

المقرضون إلى فحص عدد قد يكون كبيرا من العقود، وهذا قد يكون باهظ التكلفة بل وحتى مستحيلا (كما في حالة المستحقات الآجلة).

ب- احالة الحيازة والتحكم والإشعار والإشهار

٦٦- إن طرائق إحداث آثار امتلاكية تجاه أطراف ثالثة، وكذلك طرائق اثبات الأولوية على المطالبين المتنازعين في النظم التي تتيح ترتيب عدة حقوق ضمانية في الموجودات نفسها، تختلف من بلد إلى آخر، بل وحتى داخل البلد الواحد، حسب نوع الحق الضماني المعني. وثمة أربع طرائق لإنشاء حق ضماني يكون نافذ المفعول ازاء كل الأشخاص (وتكون له الأولوية على كل المطالبين المتنازعين).

'١' احالة الحيازة

٦٧- إن الحق الضماني الذي هو من نوع الرهن الحيازي يُنشأ بالاتفاق وباحالة حيازة الموجودات إلى الدائن أو إلى طرف ثالث متفق عليه يقوم بدور وكيل للدائن. وفي حال احالة الملكية لأغراض الضمان، يمكن أن تُحال الحيازة وهميا إلى الدائن بواسطة اتفاق اضافي بشأن الإيداع أو الضمان. وهذا الاتفاق يجعل حيازة الدائن غير المباشرة تطغى على حيازة المدين المباشرة. وفي حال الصكوك القابلة للتداول، يمكن أيضا احالة الحيازة بواسطة التسليم، مع التظهير عند الاقتضاء، بمقتضى القواعد التي تحكم الصكوك القابلة للتداول.

'٢' التحكّم

٦٨- تُنشأ الحقوق الضمانية في بعض الممتلكات غير الملموسة (كالحسابات المصرفية) بالاتفاق وبنقل التحكّم. ويمكن أن يأخذ التحكّم شكل حيازة وهمية (مثلا، إذا كان للمصرف حق ضماني في حساب المدين لدى المصرف). كما يمكن أن يتجسد أيضا في صلاحية التصرف (مثلا، إذا كان بإمكان الدائن المضمون، على أساس اتفاق مع المدين، أن يتصرف في حساب المدين، دون الحاجة إلى موافقة أخرى من المدين).

'٣' الإشعار

٦٩- يمكن أن تُنشأ الحقوق الضمانية في المستحقات بالاتفاق وبإشعار المدين بالمستحقات. ويعتبر ذلك الإشعار اجراء إشهار. غير أن الإشعار قد لا يكون وسيلة فعالة جدا لإشهار الإحالة، حيث إن الإشعار يمكن أن يكون مستحيلا (مثلا عندما يتعلق الأمر

بإحالة مستحقات آجلة) أو باهظا جدا (مثلا عندما يتعلق الأمر بإحالة اجمالية تشمل عدة مدينين)، أو يمكن أن لا يوفر المدينون معلومات دقيقة إلى الأطراف الثالثة المهتمة أو أن لا يوفروا لها أي معلومات على الاطلاق.

٤' الإشهار

٧٠- قد تكون هناك حاجة إلى شكل ما من أشكال الإشهار، خاصة من أجل انشاء حقوق ضمانية غير حيازية في الموجودات الملموسة وغير الملموسة. وهذا الاشهار يمكن أن يتخذ شكل تسجيل لاتفاق الضمان وتكون له آثار أساسية. كما أنه يمكن أن يتخذ شكل تسجيل لكمية محدودة من البيانات ويكون بمثابة اخطار للأطراف الثالثة باحتمال وجود حق ضماني وبمثابة الأساس لتقرير الأولوية فيما بين المطالبين المتنازعين (للاطلاع على التفاصيل المتعلقة بأشكال الإشهار ووظائفه وآثاره، انظر الوثيقتين A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5 و Add.6).

باء- الخلاصة والتوصيات

٧١- ينبغي أن يتسنى في قانون عصري للائتمانات المضمونة، توفير ضمان بشأن كل أنواع الالتزامات، بما فيها الالتزامات الآجلة وقدرا متغيرا من الالتزامات. كما ينبغي أن يتسنى توفير ضمان بشأن كل أنواع الموجودات، بما فيها الموجودات التي قد لا يملكها المدين أو التي قد لا تكون له صلاحية التصرف فيها أو التي لا تكون موجودة وقت انشاء الحق الضماني.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي إدخال أي استثناءات على هذه القواعد. واضافة إلى ذلك، لعل الفريق العامل يود أن ينظر في المزايا والعيوب النسبية لنظام يمكن فيه انشاء ضمان بشأن كل موجودات المدين.]

٧٢- وينبغي أيضا منح الدائن المضمون حقا في العائدات التي يسهل تبيّنها.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر في طبيعة ونطاق الحق في العائدات (انظر الفقرات ٣٦-٤٧).]

٧٣- وينبغي، من حيث المبدأ، أن يكون اتفاق الضمان الذي ينشئ حقا ضمانيا غير حيازي في شكل كتابي. ولا ينبغي اشتراط الكتابة فيما يتعلق بالحقوق الضمانية الحيازية. وينبغي أن تشمل الكتابة وسائل الاتصالات العصرية وأن لا تكون هناك حاجة إلى أن تحمل توقيعي الطرفين. وينبغي أن يحدد الاتفاق الطرفين ويصف بشكل معقول الموجودات المرهونة

والالتزام المضمون. وفي الحالات التي لا تشترط فيها أي شكليات، ينبغي أن يقع على عاتق الدائن المضمون عبء اثبات كل من شروط اتفاق الضمان وتاريخ انشاء الضمان.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي ادخال استثناءات أخرى على الشكل الكتابي.]

٧٤- ويعد الاتفاق بين الدائن المضمون والمدين (أو مانح ضمان آخر) واحالة حيازة الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون أو إلى طرف ثالث متفق عليه أمرا ضروريا لإنشاء حق ضماني حيازي.

٧٥- وينبغي أن يكون الاتفاق (بالشكل الكتابي؛ انظر الفقرة ٧٢) مع اجراء اضافي ما (التحكم أو الاشعار أو الاشهار) كافيين لإنشاء حق ضماني غير حيازي.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي ادخال أي استثناءات على هذه القاعدة العامة. ولعل الفريق العامل يود أيضا أن ينظر فيما إذا كان ينبغي توضيح الفرق بين الحق الضماني الذي يكون صالحا ونافذ المفعول بين الطرفين والحق الضماني الذي يكون نافذ المفعول تجاه كل الأطراف الثالثة.]