الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1

الجمعية العامة

Distr.: Limited
6 June 2003
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المصالح الضمانية)
الدورة الرابعة
فيينا، ٨-١٢ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٣

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة	١-٦٢	٢
ثالثا- النهوج الأساسية بشأن الضمان	١-٦٢	٢
ألف- ملاحظات عامة	١-٥٢	٢
١- مقدمة	١-٢	٢
٢- الصكوك المصممة تقليديا من أجل الضمان	٣-٢٨	٢
أ- الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة الملموسة	٣-٢٣	٢
ب- الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة غير الملموسة	٢٤-٢٨	٩
٣- استخدام حق الملكية لأغراض الضمان	٢٩-٤٤	١٠
أ- إحالة حق الملكية إلى الدائن	٣٠-٣٤	١١
ب- احتفاظ الدائن بحق الملكية	٣٥-٤٥	١٢
٤- الضمان الشامل المتكامل	٤٦-٥٢	١٦
باء- الملخص والتوصيات	٥٣-٦٢	١٨

240603 V.03-84954 (A)

ثالثا- النهوج الأساسية بشأن الضمان

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدمة

١- نشأت في مختلف البلدان، بمرور الزمن، طائفة واسعة من الممارسات لضمان مطالبات الدائن (وهي عادة مطالبات بدفع مبالغ مالية نقدية) تجاه مدينه. والغرض من هذا الفصل هو توفير دراسة واسعة عن مختلف النهوج الرئيسية لتزويد الدائن بوسيلة ضمان فعالة؛ ومزايا ومثالب كل نهج بالنسبة إلى الأطراف المعنية بصورة مباشرة، أي الدائن والمدين والأطراف الثالثة؛ والخيارات السياساتية الرئيسية المتوفرة للمشرّعين.

٢- وبوجه عام، يمكن التمييز بين ثلاثة أنواع رئيسية من الصكوك التي تستخدم لأغراض الضمان. وهي، أولا، الصكوك المصممة من أجل الضمان والتي يطلق عليها صراحة اسم ضمان (انظر الباب ألف-٢)؛ وثانيا، حق الملكية الذي يتم اللجوء إليه لأغراض الضمان، بالاقتران مع أنواع شتى من الترتيبات التعاقدية (انظر الباب ألف-٣)؛ وثالثا، الضمان الشامل المتكامل (انظر الباب ألف-٤).

٢- الصكوك المصممة تقليديا من أجل الضمان

أ- الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة الملموسة

٣- يميز معظم البلدان، تقليديا، بين الحقوق الضمانية الامتلاكية في الممتلكات المنقولة الملموسة ("الملموسات"؛ انظر الباب ألف-٢-أ) والحقوق الضمانية الامتلاكية في الممتلكات المنقولة غير الملموسة ("غير الملموسات"؛ انظر الباب ألف-٢-ب). والواقع أن الطابع الملموس للموجودات ينشئ أشكالا من الضمان ليست متاحة فيما يتعلق بغير الملموسات (انظر الفقرات ٨ و ٢٥-٢٦).

٤- وفي إطار الحقوق الضمانية في الملموسات، يضع معظم البلدان تمييزا بين الضمان الحيازي (انظر الباب ألف-٢-أ-'١') والضمان غير الحيازي (انظر الباب ألف-٢-أ-'٢'). فالضمان الحيازي هو الضمان الذي تحال به الموجودات المرهونة إلى حيازة الدائن أو طرف ثالث. أما الضمان غير الحيازي فهو الضمان الذي يحتفظ بحيازته مقدّم الضمان، الذي عادة ما يكون هو المدين ولكنه يمكن أن يكون طرفا ثالثا أيضا.

'١' الضمان الحيازي

(أ) رهن الوفاء

٥- أكثر أشكال الضمان الحيازي في الملموسات شيوعا (وكذلك قدما)، إلى حد كبير، هو رهن الوفاء. وتستلزم صحة رهن الوفاء أن يتخلى مقدّم الضمان فعليا عن حيازة الملموسات المرهونة، وأن تحال هذه الملموسات إما إلى الدائن المضمون أو إلى طرف ثالث يتفق عليه الطرفان (مستودع مثلا). ويمكن أن يكون الحائز الفعلي أيضا وكيلا أو قيّما يحوز الضمان باسم الدائن، أو على الأقل لحسابه، أو باسم اتحاد للدائنين. ويجب أن لا يحدث التجريد اللازم لمقدم الضمان من الحيازة عند إنشاء الحق الضماني فحسب، بل يجب أن يستمر التجريد طوال مدة رهن الوفاء؛ وعادة ما تؤدي إعادة الموجودات المرهونة إلى مقدّم الضمان إلى إنهاء رهن الوفاء.

٦- ولا يستلزم التجريد من الحيازة دائما نقل الموجودات المرهونة نقلا ماديا من مباني مقدّم الضمان، شريطة أن تستبعد بطرائق أخرى إمكانية وصول مقدّم الضمان إلى تلك الموجودات. ويمكن تحقيق ذلك، مثلا، بتسليم الدائن المضمون مفاتيح المستودع الذي توجد فيه الموجودات المرهونة، شريطة أن يؤدي ذلك إلى منع وصول مقدّم الضمان إلى الموجودات بشكل غير مأذون به.

٧- ويمكن أيضا تنفيذ تجريد مقدّم الضمان من الحيازة بتسليم طرف ثالث الموجودات المرهونة أو باستخدام موجودات محازة بالفعل لدى طرف ثالث. ومن الأمثلة على ذلك البضائع أو المواد الخام المخزونة في مستودع أو في مخزن طرف ثالث. ويمكن أن يتمثل ترتيب مؤسسي (وأكثر تكلفة) في إشراك شركة "تخزين" مستقلة تمارس، في مكان عمل مقدّم الضمان، السيطرة على الموجودات المرهونة بصفة وكيل للدائن المضمون. ولكي يكون هذا الترتيب صحيحا، لا يجوز أن يكون لمقدم الضمان أي وصول غير مأذون به إلى المستودع الذي تخزّن فيه الموجودات المرهونة. وعلاوة على ذلك، يجب أن لا يعمل موظفو شركة التخزين لدى مقدّم الضمان (وإذا تم اختيارهم من بين العاملين لدى مقدّم الضمان، بسبب درايتهم، فلا يجوز أن يواصلوا العمل لدى مقدّم الضمان).

٨- وفي حالة الموجودات ذات الطابع الخاص، مثل المستندات والصكوك (سواء أكانت قابلة أم غير قابلة للتداول)، التي تجسد حقوقا في موجودات ملموسة (مثل سندات الشحن أو إيصالات المستودعات)، أو حقوقا غير ملموسة (مثل الصكوك القابلة للتداول أو السندات أو شهادات الأسهم)، ينفذ التجريد من الحيازة بإحالة المستندات أو الصكوك إلى

الدائن المضمون. غير أنه، في هذا السياق، قد لا يكون من السهل دائما وضع خط فاصل بين الضمان الحيازي والضمان غير الحيازي.

٩- وبالنظر إلى تجريد مقدّم الضمان من الحيازة، يوفر رهن الوفاء الحيازي ثلاث مزايا هامة للدائن المضمون. فأولا، لا يستطيع مقدّم الضمان أن يتصرف في الموجودات المرهونة دون موافقة الدائن المضمون. وثانيا، لا يتعرض الدائن لخطر انخفاض القيمة الفعلية للموجودات المرهونة من خلال إهمال مقدّم الضمان المحافظة عليها وصيانتها. وثالثا، إذا أصبح الإنفاذ ضروريا، يصان الدائن المضمون مما ينطوي عليه الاضطرار إلى مطالبة مقدّم الضمان بتسليم الموجودات المرهونة من عناء ووقت ونفقة ومخاطرة.

١٠- وللضمان الحيازي أيضا مزايا بالنسبة للأطراف الثالثة، ولا سيما بالنسبة لدائني مقدّم الضمان الآخرين. فتجريد مقدّم الضمان من الحيازة الذي هو لازم يحول دون أي مخاطرة من خلق انطباع كاذب بشأن الثروة كما يقلل من مخاطر الاحتيال.

١١- وللرهن الحيازي أيضا، من الناحية الأخرى، مثالب رئيسية. فأكبر مثلبة بالنسبة لمقدم الضمان هي اشتراط تجريده من الحيازة، وهو التجريد الذي يمنعه من استعمال الموجودات المرهونة. وتكون المثلبة شديدة في الحالات التي تكون فيها حيازة الموجودات المرهونة لا غنى عنها بالنسبة لمقدمي الضمان التجاريين من أجل الحصول على الدخل اللازم لسداد القرض (كما في حالة المواد الخام والسلع شبه تامة الصنع والمعدات والمخزونات مثلا).

١٢- ولرهن الوفاء الحيازي، بالنسبة للدائن المضمون، مثلبة تتمثل في أن عليه أن يخزن الموجودات المرهونة ويحافظ عليها ويصونها، ما لم يتولّ هذه المهمة طرف ثالث. وحيثما يكون الدائنون المضمونون أنفسهم غير قادرين على تولي هذه المهام ولا مستعدين لتوليها، فان إسنادها إلى أطراف ثالثة سينطوي على تكاليف إضافية سيتحملها مقدّم الضمان بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. وتتمثل مثلبة أخرى في احتمال وقوع مسؤولية على الدائن المضمون الذي يحتاز الموجودات المرهونة (مثل الدائن المرتهن، أو حائز سند التخزين أو سند الشحن) الذي قد يتسبب في التلف. وتكون هذه المشكلة خطيرة بوجه خاص في حالة المسؤولية عن تلويث البيئة (انظر الفقرات ... من الفصل الرابع، والفقرات ... من الفصل السابع).

١٣- بيد أنه، حيثما يكون بوسع الأطراف تفادي المثالب المذكورة أعلاه (انظر الفقرتين ١١ و ١٢)، يمكن استخدام رهن الوفاء الحيازي بنجاح. وهناك مجالان رئيسيان للتطبيق. الأول هو حيثما تكون الموجودات المرهونة بالفعل في حيازة طرف ثالث، ولا سيما الحافظ

التجاري لموجودات الأشخاص الآخرين، أو حيثما يمكن بسهولة إدخالها في حيازة ذلك الطرف الثالث. ومجال التطبيق الثاني هو حيثما يمكن بسهولة أن يقوم الدائن المضمون نفسه بحفظ الصكوك والمستندات المتعلقة بموجودات ملموسة أو حقوق غير ملموسة.

(ب) حق الاحتفاظ بالحيازة

١٤- لا تناقش حقوق الاحتفاظ القانونية لأن الحقوق القانونية، ما عدا استثناءات قليلة، خارجة عن نطاق هذا الدليل (انظر الفقرة ٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1). وحق الاحتفاظ الذي ينشأ بالاتفاق يسمح للطرف الذي أخل شريكه التعاقدي بالعقد أن يمتنع عن الأداء، وخاصة فيما يتعلق بموجودات تنص أحكام العقد على أن الطرف الممتنع ملزم بتسليم الطرف المخل إياها. مثال ذلك أن المصرف غير ملزم بأن يعيد مستندات حق الملكية، ومنها سندات الشحن، أو الصكوك القابلة للتداول، ومنها الكمبيالات أو السندات الإذنية التي بحوزته إلى زبونه أو يسمح بإجراء مسحوبات من حساب الزبون المصرفي إذا قصّر الزبون في سداد الائتمان وكان قد وافق على منح المصرف حق الاحتفاظ. وحيثما يُعزَّزُ حق الاحتفاظ بصلاحية نافذة المفعول لبيع الشيء المحتفظ به، تعتبر بعض النظم القانونية حق الاحتفاظ المعزز هذا رهن وفاء، مع أن طريقة إنشائه تحيد عن طريقة إنشاء رهن الوفاء الصحيح (انظر الفقرات ٥-٨). وفي المقابل، يجوز أن يُعتبر أن لحق الاحتفاظ المعزز بعض مفاعيل رهن الوفاء. وأهم أثر لمثل هذا التماثل مع رهن الوفاء هو أن الدائن الحائز تكون له الأولوية في الموجودات المحتفظ بها ما لم تكن خاضعة لحق ضماني غير حيازي ساري المفعول ومنشأ في وقت سابق.

'٢' الضمان غير الحيازي

١٥- وفقا لما ذكر أعلاه (انظر الفقرة ١١)، فإن رهن الوفاء الحيازي للملموسات اللازمة للإنتاج أو للبيع (مثل المعدات والمواد الخام والسلع شبه تامة الصنع والمخزونات) غير عملي من الناحية الاقتصادية. فهذه السلع ضرورية للنشاط المتعلق بتنظيم المشاريع الذي يقوم به مقدمو الضمان التجاريون. ودون إمكانية الوصول إلى هذه الموجودات، ودون الحق في التصرف فيها وسلطة ذلك التصرف، لن يكون بوسع مقدّم الضمان أن يكسب الدخل اللازم لسداد القرض. وتكون هذه المشكلة حادة بوجه خاص بالنسبة للعدد المتزايد من مقدمي الضمان التجاريين الذين لا يمتلكون ممتلكات غير منقولة يمكن استخدامها كضمان.

١٦- وتصديا لهذه المشكلة، بدأت القوانين، ولا سيما في السنوات الخمسين الأخيرة، تنص على الضمان في الموجودات المنقولة، خارج الحدود الضيقة لرهن الوفاء الحيازي. وفي حين استحدث بعض البلدان حقا ضمانيا جديدا يشمل ترتيبات مختلفة تفي بأغراض الضمان، فإن هناك بلدانا أخرى أنشأت عن طريق التشريع نوعا من الحقوق الضمانية غير الحيازية لبعض الموجودات المعينة. غير أن معظم البلدان واصلت العمل بالتقليد الذي كان متبعا في القرن التاسع عشر (الذي تجاهل موقفا سابقا وأكثر تحررا) وأصرت على رهن الوفاء باعتباره الطريقة المشروعة الوحيدة لإنشاء الضمان في الموجودات المنقولة. وفي القرن العشرين، أصبح المشرّعون والمحاكم في العديد من هذه البلدان يعترفون بالحاجة الاقتصادية الملحة إلى توفير الضمان غير الحيازي.

١٧- وحاولت البلدان، كل على حدة، أن تتوصل إلى حلول ملائمة تبعا للاحتياجات المحلية الخاصة وبشكل يتفق والإطار العام لنظامها القانوني. وتتمثل النتيجة في طائفة متنوعة من الحلول. ومما يدل على هذا التنوع دلالة خارجية هو تنوع أسماء النهوج ذات الصلة، والتي تختلف أحيانا حتى في البلد الواحد، مثل: التجريد "الوهمي" لمقدم الضمان من الحيازة؛ ورهن الوفاء غير الحيازي؛ ورهن الوفاء المسجل؛ والضمان التبعي *(nantissement)*؛ والتعهد (warrant)؛ ورهن الممتلكات غير المنقولة *(hypothèque)*؛ و"الامتياز التعاقدي"؛ وسند البيع؛ ورهن الممتلكات المنقولة (chattel mortgage)؛ والاستئمان (trust)؛ الخ. والأهم في هذا المجال هو محدودية نطاق انطباق النهوج المتخذة. ولم يشترع سوى القليل من البلدان قانونا عاما بشأن الضمان غير الحيازي (للاطلاع على نهج أشمل، انظر الباب ألف-٤). ولبعض البلدان مجموعتان من التشريعات بشأن الضمان غير الحيازي، إحداهما تتناول الضمان الخاص بتمويل المنشآت الصناعية والحرفية، والأخرى تتناول الضمان الخاص بتمويل منشآت الزراعة وصيد الأسماك. غير أنه في معظم البلدان توجد قوانين متنوعة بشأن الضمان غير الحيازي لا تتناول سوى قطاعات اقتصادية صغيرة، مثل اقتناء السيارات أو الآلات، أو إنتاج الأفلام السينمائية.

١٨- وفي بعض البلدان، يوجد حتى نفور من السماح بالحقوق الضمانية غير الحيازية في المخزونات. ويستند هذا أحيانا إلى تضارب مزعوم بين الحق الضماني للدائن وحق وسلطة مقدّم الضمان في البيع، وهو أمر لا غنى عنه لتحويل المخزونات إلى نقد يسدد به القرض المضمون. ويتمثل السبب الآخر في أن التصرف في المخزونات سيثير في كثير من الأحيان نزاعات صعبة بين المحال إليهم المتعددين أو الدائنين المضمونين العديدين. غير أن سببا ممكنا آخر لعدم السماح بالحقوق الضمانية غير الحيازية في المخزونات ربما ينشأ من قرار سياساتي

بالاحتفاظ بالمخزونات للوفاء بمطالبات دائني مقدّم الضمان غير المضمونين (انظر الفقرة ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6).

١٩- وعلى الرغم من تنوع التشريعات الخاصة بالضمان غير الحيازي فإنها تشترك في خاصية واحدة هي أنه عادة ما يُنص على شكل من الإشهار للحق الضماني. والغرض من الإشهار هو تبديد الانطباع الخاطئ بوجود ثروة، الذي قد ينشأ عندما لا يكون الحق الضماني في الموجودات التي يحتفظ بها مقدّم الضمان ظاهرا (للاطلاع على تفاصيل المناقشة حول هذه المسألة، انظر الفقرات ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2). وكثيرا ما يقال انه يمكن، في الاقتصاد الائتماني الحديث، أن تفترض الأطراف أن الموجودات قد تكون مرهونة أو قد تكون خاضعة للاحتفاظ بحق الملكية. غير أن هذه الافتراضات العامة لا بد من أن تزيد تكلفة الائتمان، حتى في الحالات التي يكون فيها الشخص الحائز هو المالك وتكون الموجودات غير مرهونة (هذه مخاطرة لا يمكن تجنبها إلا جزئيا بالقيام ببحث مستفيض ومكلّف). وبالإضافة إلى ذلك، لا تؤدي هذه الافتراضات إلى حماية الدائن المضمون أو الأطراف الثالثة الأخرى حماية كافية لأنها لا تكشف اسم المالك أو الدائن المضمون السابق أو المبلغ المضمون، ولا توفر معلومات عن الموجودات المرهونة. وعلاوة على ذلك، لا يوجد، في نظام قائم على أساس هذه الافتراضات العامة، أساس موضوعي لنظام للأولوية يجري بموجبه ترتيب الحقوق الضمانية في الموجودات نفسها ومن ثم يمكن أن يتمكن مقدمو الضمان من استعمال القيمة الكاملة لموجوداتهم من أجل الحصول على الائتمانات.

٢٠- ويبدو أن هناك حاجة إلى سد الفجوة بين الطلب الاقتصادي العام على الضمان غير الحيازي ومحدودية إمكانية الوصول إلى ذلك الضمان في كثير من الأحيان بمقتضى القانون الراهن. ومن الأغراض الرئيسية لإصلاح القوانين في مجال المعاملات المضمونة هو وضع اقتراحات للتحسين في ميدان الضمان غير الحيازي وفي ميدان الضمان في غير الملموسات ذي الصلة (انظر الباب ألف-٢-ب).

٢١- وفي حين أظهرت النظم العصرية أنه يمكن التغلب على الصعوبات، فقد تبين من التجربة أن التشريع بشأن الضمان غير الحيازي أكثر تعقيدا من تنظيم رهن الوفاء الحيازي التقليدي. ويرجع ذلك أساسا إلى الخصائص الأربع الرئيسية للحقوق الضمانية غير الحيازية. فأولا، بما أن مقدّم الضمان يحتفظ بالحيازة، تكون له سلطة التصرف في الموجودات المرهونة أو إنشاء حق منافس فيها، حتى ضد إرادة الدائن المضمون. وهذا الوضع يجعل من الضروري استحداث قواعد بشأن آثار تلك التصرفات وأولويتها (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3، بشأن الأولوية). وثانيا، يجب على الدائن المضمون أن يتأكد

من أن مقدّم الضمان الحائز يعتني بالموجودات المرهونة عناية سليمة ويؤمّن عليها على النحو الواجب ويحميها، بغية الحفاظ على قيمتها التجارية، وهي مسائل يجب تناولها في اتفاق الضمان الذي يبرم بين الدائن المضمون والمدين (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4، بشأن حقوق والتزامات الأطراف قبل التخلف عن الأداء). وثالثا، إذا أصبح من الضروري إنفاذ الضمان، سيفضل الدائن المضمون عادة أن يحصل على الموجودات المرهونة. بيد أنه إذا كان مقدّم الضمان غير مستعد للتخلي عن تلك الموجودات، فقد يتعين الشروع في إجراءات قضائية وغير قضائية. وقد يتعين أن يجري النص على تدابير انتصاف ملائمة وربما إجراءات معجَّلة (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5، بشأن التخلف عن الأداء والإنفاذ). ورابعا، فانه في حال ظهور ثروة زائفة لدى مقدّم الضمان ناشئة عن حقوق ضمانية "سرية" في الموجودات التي يحوزها مقدّم الضمان، قد يكون من الضروري مواجهة ذلك عن طريق أشكال شتى من الإشهار. أما في الاقتصادات الائتمانية الحديثة، فإن هذه المشكلة تتراجع من حيث الأهمية طالما كان من المعروف عموما أن الاحتياز لا يدل ضمنا على أن الشخص الذي توجد بحوزته الموجودات هو مالكها أو أن الموجودات مرهونة (بيد أن لهذا الأمر كلفته، انظر الفقرة ١٩) أو طالما كانت الحقوق الضمانية خاضعة للإشهار (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2، بشأن الإشهار).

٢٢- وفي ضوء الحاجة الاقتصادية المسلّم بها عموما إلى السماح بالضمان غير الحيازي وفي ضوء أوجه التباين الأساسية بين الضمان الحيازي والضمان غير الحيازي المذكورة أعلاه (انظر الفقرة ٢١)، سيكون من الضروري وضع تشريعات جديدة في العديد من البلدان.

٢٣- وبالنظر إلى النماذج التشريعية السابقة (انظر الفقرات ١٦-١٩)، قد يواجه المشرّعون ثلاثة بدائل. فيمكن أن يكون أحد البدائل اعتماد تشريع متكامل للحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية على السواء (انظر الباب ألف-٤). وهذا هو النهج المدروس جيدا في قانون البلدان الأمريكية النموذجي بشأن المعاملات المضمونة الذي اعتمد في شباط/فبراير ٢٠٠٢. ويمكن أن يتمثل خيار آخر في اعتماد تشريع متكامل للحقوق الضمانية غير الحيازية، مع ترك النظام الخاص بالحقوق الحيازية للقوانين الداخلية الأخرى. ويمكن أن يتمثل بديل غيرهما في اعتماد تشريع خاص يسمح بالضمان غير الحيازي للائتمان المقدم إلى المدينين في فروع معينة من الأعمال التجارية. وينحو الاتجاه السائد في التشريعات العصرية، على الصعيدين الوطني والدولي، إلى اتباع نهج متكامل فيما يتعلق بالضمان غير الحيازي على الأقل. ويرجح أن يؤدي اتباع تنظيم انتقائي لأنواع محددة من الحقوق الضمانية غير الحيازية إلى وجود ثغرات وتداخلات وأوجه تضارب وعدم شفافية، وكذلك

إلى استياء لدى القطاعات الصناعية التي قد تُستبعد. وعلاوة على ذلك، فإن اتباع هذا التنظيم الانتقائي يزيد من صعوبة معالجة أوجه التضارب في الأولويات بين الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية.

ب- الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة غير الملموسة

٢٤- تشتمل غير الملموسات على طائفة واسعة من الحقوق (مثلا الحق في سداد أموال نقدية أو أداء التزام تعاقدي آخر، مثل تسليم النفط بموجب عقد إنتاج). كما انها تشمل بعض الأنواع الجديدة نسبيا من الموجودات (مثلا الأوراق المالية غير المصدّقة المحازة بصورة غير مباشرة عن طريق وسيط) وحقوق الملكية الفكرية (أي البراءات، والعلامات التجارية، وحقوق التأليف والنشر). وبالنظر إلى الزيادة الهائلة في الأهمية الاقتصادية لغير الملموسات في السنوات الأخيرة، يوجد طلب متزايد على استخدام هذه الحقوق كموجودات لأغراض الضمان. وكثيرا ما تشكل غير الملموسات، كالمستحقات وحقوق الملكية الفكرية، جزءا من معاملات تمويل المخزونات أو المعدات، كما انها كثيرا ما تشكل القيمة الرئيسية للضمان في غير الملموسات تلك. وعلاوة على ذلك، قد تكون غير الملموسات عائدات مخزونات أو معدات. وهذا الدليل لا يتناول الأوراق المالية لأنها تثير مجموعة كاملة من المسائل التي تتطلب معاملة خاصة، كما أنه يجري تناول هذه المسائل في النصوص التي يعدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص. غير أن الدليل يتناول الضمان في المستحقات، أي الحقوق في المطالبة بسداد أموال نقدية والحقوق في المطالبة بالوفاء بالتزامات تعاقدية غير نقدية، كما أنه يتناول الضمان في أنواع أخرى من غير الملموسات، مثل عائدات الملموسات أو المستحقات.

٢٥- وغير الملموسات هي، من حيث التعريف، غير قابلة للحيازة (المادية). ومع ذلك فإن معظم قوانين ما يسمى بلدان "القانون المدني" تناولت مسألة إنشاء رهون الوفاء الحيازية (انظر الفقرات ٥-١٣)، في المطالبات المالية النقدية على الأقل. وقد حاول بعض القوانين إنشاء ما يشبه التجريد من الحيازة، بأن يشترط على مقدّم الضمان أن يحيل إلى الدائن أي محرر أو مستند يتعلق بالمطالبة المرهونة (كالعقد الذي تنشأ منه المطالبة). غير أن تلك الإحالة لا تكفي لتشكيل رهن الوفاء. وبدلا من ذلك، يستعاض عادة عن "تجريد" مقدّم الضمان من الحيازة (استعاضة شكلية تماما) باشتراط توجيه إشعار برهن الوفاء إلى مانح المطالبة المرهونة.

٢٦- وفي بعض البلدان، استحدثت تقنيات لتحقيق غايات مشابهة للغايات التي تتحقق بحيازة الملموسات. وأكثر الطرائق تطرفا هي الإحالة الكاملة للحق المرهون (أو الحصة

المرهونة منه) إلى الدائن المضمون. غير أن هذا يتعدى إنشاء حق ضماني ويشكل إحالة لحق الملكية (انظر الباب ألف-٣-أ). وفي إطار نهج أكثر تحفظا، لا يتأثر حق الملكية في الحقوق المرهونة ولكن يجري وقف تصرفات مقدّم الضمان التي لم يأذن بها الدائن المضمون. ففي حالة الحساب المصرفي، إذا وافق مقدّم الضمان (وهو الدائن للحساب المرهون) باعتباره حائزا للحساب، على تجميد حسابه لصالح الدائن المضمون، كان للأخير ما يعادل حيازة منقول ملموس. ويصدق ذلك بقدر أكبر إذا كان المصرف نفسه هو الدائن المضمون.

٢٧- ويطلق على هذه التقنيات الرامية إلى الحصول على "حيازة" الممتلكات غير الملموسة، في المصطلحات العصرية، اسم مناسب هو "السيطرة". غير أن درجة السيطرة قد تتباين. ففي بعض الحالات، تكون السيطرة مطلقة ويمنع أي تصرف من جانب مقدّم الضمان. وفي حالات أخرى، يسمح لمقدم الضمان بالقيام بتصرفات معينة أو بتصرفات لا تتجاوز حدا أقصى ثابتا، ما دام الدائن المضمون يستطيع الوصول إلى الحساب. ويمكن أن تكون السيطرة شرطا لصحة الحق الضماني (انظر الفقرتين ٦٦ و٦٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) أو الأولوية (انظر الفقرة ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3).

٢٨- وفي سياق الجهود المبذولة لاستحداث نظم شاملة للضمان غير الحيازي في الملموسات (انظر الباب ألف-٢-أ)، من الشائع أن يكون الضمان في أهم أنواع غير الملموسات (كالمستحقات) مدرجا في النظام القانوني نفسه. وهذا ملائم للاتساق، لأن المستحقات تنتج، كقاعدة عامة، عن بيع المخزونات كما أنه كثيرا ما يكون من المستصوب توسيع الضمان في المخزونات ليشمل العائدات الناتجة. ويمكن أن يؤدي نظام الإشهار المستخدم للضمان في الملموسات وظائفه المفيدة (للاطلاع على التفاصيل، انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2، بشأن الإشهار) من أجل الضمان في غير الملموسات، كالمستحقات، أيضا. وقد تكون لهذا فائدة إضافية هي الاستغناء عن إشعار المدين بالمستحقات المرهونة، الأمر الذي قد لا يكون ممكنا عمليا في بعض المعاملات الضمانية التي تشمل مجموعة من الموجودات غير المحددة على وجه الخصوص. وحتى إذا كان مثل هذا الإشعار عمليا، فقد لا يكون مستصوبا (لأسباب التكلفة أو السرية، مثلا).

٣- استخدام حق الملكية لأغراض الضمان

٢٩- علاوة على الأدوات الخاصة بالضمان تحديدا (انظر الباب ألف-٢)، استحدث بالممارسة، وأحيانا بالتشريع أيضا، في كثير من البلدان، نهج بديل خاص بالحقوق الضمانية

غير الحيازية في الموجودات الملموسة وغير الملموسة على السواء، وهو استخدام حق الملكية كضمان *(propriété sûreté)*. ويمكن إنشاء حق الملكية كضمان إما بإحالة حق الملكية إلى الدائن (انظر الباب ألف-٣-أ) أو باحتفاظ الدائن بحق الملكية (انظر الباب ألف-٣-ب). وإحالة الحق في الملكية والاحتفاظ به كلاهما يمكّنان الدائن من الحصول على ضمان غير حيازي (فيما يتعلق بالحاجة الاقتصادية إلى الضمان غير الحيازي وتبريره، انظر الفقرة ١٥).

أ- إحالة حق الملكية إلى الدائن

٣٠- نظرا لعدم وجود نظام للحقوق الضمانية غير الحيازية أو بغية سد الثغرات أو التغلب على المعوقات، لجأ المشرّعون والمحاكم في بعض البلدان إلى إحالة حق الملكية في الموجودات إلى الدائن المضمون.

٣١- وهناك خاصيتان تجعلان إحالة حق الملكية على سبيل الضمان جذابة للدائنين في ولايات قضائية معينة. فأولا، كثيرا ما تكون المقتضيات الشكلية والجوهرية لإحالة حق الملكية في الملموسات أو غير الملموسات إلى شخص آخر أخف وطأة، وبالتالي أقل تكلفة، من مقتضيات إنشاء حق ضماني. وثانيا، في حالة الإنفاذ وفي حالة إعسار المدين، يكون الدائن، في كثير من الأحيان، في وضع أفضل كمالك من وضعه كحائز لحق ضماني فحسب، ولا سيما حيثما تكون موجودات المالك، على الرغم من كونها في حيازة مقدّم الضمان، غير عائدة إلى حوزة الإعسار، بينما تكون موجودات مقدّم الضمان، إذا كانت محمّلة بحق ضماني للدائن، جزءا من الحوزة. ومع ذلك، فقد تم في ولايات قضائية أخرى تسوية الفرق الشكلي بين حق الملكية لأغراض الضمان والحقوق الضمانية، فيما يتعلق بمقتضيات إنشائها أو إنفاذها إلى درجة أصبحت معها تدابير حق الملكية خاضعة لمقتضيات الإنشاء ذاتها التي تخضع لها الحقوق الضمانية الأصلية. وتخضع إحالات الضمانات، في ولايات قضائية أخرى، للقواعد المنطبقة على إحالة حق الملكية بينما تعامل، في حالة الإنفاذ والإعسار، باعتبارها تدابير ضمانية.

٣٢- وقد سمح القانون في بعض البلدان بإحالة حق الملكية على سبيل الضمان، وسُمِح بها من خلال ممارسات المحاكم في بلدان أخرى. وفي بعض البلدان، يخضع إنشاؤها للقواعد الأقل تطلبا التي تحكم إحالة حق الملكية ولها مفعول الإحالة الكاملة لحق الملكية. ويخضع إنشاؤها في بلدان أخرى للقواعد الأكثر تطلبا التي تحكم الحقوق الضمانية وليس لها سوى مفعول المعاملة المضمونة. ومع ذلك، فإن إحالة حق الملكية هذه ينظر إليها في بلدان أخرى،

ولا سيما في البلدان التي تعمل بالقانون المدني، على أنها تروغ من النظام العادي للصكوك الضمانية الأصلية، ولذلك فهي تعتبر باطلة. أما في البلدان ذات النظام الشامل والعملي بشأن الضمان غير الحيازي، فإن إحالة حق الملكية متاحة لكنها تعامل باعتبارها تدبيرا ضمانيا (انظر الباب ٤). وهذا يعني أن إنشاءها وإشهارها وأولويتها وإنفاذها تخضع كلها للمتطلبات ذاتها المنطبقة على الحقوق الضمانية (في حالة الإعسار، تكون الموجودات جزءا من الحوزة؛ انظر الفقرة ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6).

٣٣- ويواجه المشرّعون خيارين سياساتيين. وأحد هذين الخيارين هو السماح بإحالة حق الملكية على سبيل الضمان، مع الاشتراطات المخفضة (عادة) والآثار الأكبر للإحالات الكاملة (في حال الإعسار، لا تكون الموجودات جزءا من الحوزة؛ انظر الفقرة ١١ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6)، مما يمكّن من تفادي النظام العام للحقوق الضمانية. ويُفضي هذا الخيار إلى تعزيز موقف الدائن المضمون (وإن كان ذلك ينطوي على احتمال زيادة مسؤولية الدائن، انظر الفقرة ... من الفصل الرابع)، مع إضعاف موقف مقدّم الضمان ودائني مقدّم الضمان الآخرين. وربما يكون هذا الحل معقولا إذا كان النظام الضماني العادي بشأن الضمان غير الحيازي متخلفا.

٣٤- أما الخيار الثاني فيتمثل في السماح باحالة حق الملكية على سبيل الضمان، ولكن مع جعل الاشتراطات أو الآثار أو كلتيهما مقصورة على تلك المتعلقة بحق ضماني. وبمقتضى الخيار الثاني، يمكن إجراء تخفيض تدريجي للمزايا التي ينالها الدائن المضمون وما يقابلها من مثالب لدى الأطراف الأخرى، خاصة إذا كانت اشتراطات الإحالة أو آثارها أو كلتاهما مقصورة على تلك المتعلقة بحق ضماني. وهذا هو النهج المتبع في البلدان التي لها نظام ضماني شامل ومتكامل تُتاح فيه إحالة حق الملكية لكنها تكون خاضعة للقواعد ذاتها التي تحكم الحقوق الضمانية (انظر الباب ٤).

ب- احتفاظ الدائن بحق الملكية

٣٥- الطريقة الثانية لاستخدام حق الملكية كضمان تتم في سياق ما يطلق عليها غالبا التعبير "تمويل ثمن الشراء" (انظر الوصف والمثال الواردين في الفقرات ١٦-١٩ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) وهي تنفذ عن طريق الاحتفاظ التعاقدي بحق الملكية (الاحتفاظ بالملكية). فيمكن للبائع أو الشخص الآخر الذي يقرض الأموال النقدية اللازمة لشراء موجودات ملموسة أو حتى غير ملموسة، أن يحتفظ بحق الملكية إلى حين السداد الكامل لثمن الشراء (ترتيب بسيط للاحتفاظ بحق الملكية).

٣٦- وفي بعض البلدان، قد تُغيَّر ترتيبات الاحتفاظ البسيط بحق الملكية من خلال شروط مختلفة، منها شرطا: "جميع الأموال" أو "الحساب الجاري" اللذان يحتفظ فيهما البائع بحق الملكية إلى حين سداد جميع الديون المستحقة على المشتري وليس فقط تلك الناشئة عن عقد بيع معين، وشرطا العائدات والمنتجات، اللذان يمتد فيهما حق الملكية ليشمل عائدات ومنتجات الموجودات التي احتفظ البائع بحق الملكية فيها.

٣٧- وهناك بديل لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية يحقق نفس النتيجة الاقتصادية عن طريق الجمع بين عقد للإيجار وخيار شراء يتاح للمستأجر (بقيمة إسمية) لا يجوز له أن يمارسه إلا بعد أن يكون قد سدد معظم "ثمن الشراء" عن طريق أقساط إيجارية (انظر المثال الوارد في الفقرة ٢٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1). وفي بعض الحالات، عندما يمتد الإيجار طوال فترة استخدام المعدات، يكون الاتفاق مماثلا لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية حتى دون خيار شراء. وفي الفقرات التالية، يشمل مصطلح "البائع" أيضا مصطلح "المؤجر" بينما يشمل مصطلح "المشتري" مصطلح "المستأجر"، على الأقل بالنسبة للإيجارات التي تستخدم للأغراض الضمانية.

٣٨- ومن الناحية الاقتصادية، يوفر ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية حقا ضمانيا مناسبا بوجه خاص لاحتياجات البائعين من أجل ضمان ائتمان ثمن الشراء، ولذلك فانهم يستعملونه على نطاق واسع. ففي العديد من البلدان يستخدم هذا النوع من الائتمان، الذي عادة ما يوفره المورّدون، على نطاق واسع كبديل للتمويل المصرفي العام، ويعطى الأفضلية بالنظر إلى أهمية المورّدين الصغار الحجم والمتوسطي الحجم بالنسبة إلى الاقتصاد. وفي بلدان أخرى، توفر المصارف أيضا تمويل ثمن الشراء على أساس أكثر انتظاما وذلك، على سبيل المثال، حيثما يبيع البائع إلى المصرف ويبيع المصرف إلى مشترٍ مع الاحتفاظ بحق الملكية، أو حيثما يدفع المشتري إلى البائع نقدا من قرض ويحيل إلى المصرف حق الملكية كضمان للقرض. وفي تلك البلدان، يحظى هذا المصدر من مصادر الائتمان، والضمان المعين المرتبط به، باهتمام خاص.

٣٩- وبما أن ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية نشأ كشرط من شروط عقد البيع أو الإيجار، فإن بلدانا عديدة تعتبره مجرد شبه ضمان، وبالتالي غير خاضع للقواعد العامة المتعلقة بالضمان، مثل الاشتراطات المتعلقة بالشكل أو الإشهار أو الآثار (أساسا الأولوية). وتتمثل ميزاته الأخرى في أن بالإمكان إنشاءه بطريقة فعالة من حيث التكلفة، ذلك أنه لا يخضع للإشهار في العديد من البلدان. كما انه مناسب تماما للتمويل القصير الأجل وهو ينشئ، في بعض البلدان، حق المشتري في الملكية. أما في البلدان التي تسمح بإنشاء حقوق غير حيازية في أنواع معينة فقط من الموجودات، ولكن ليس في المخزونات، فإن الاحتفاظ بحق الملكية

يستخدم لتمويل المخزونات. وتتمثل ميزته الأخرى في تمتع البائع الذي يحتفظ بحق الملكية بوضعية مميزة في العديد من البلدان. وقد يكون مبرر ذلك هو الرغبة في دعم الموردين الذين يكونون عادة صغار الحجم أو متوسطي الحجم وتشجيع تمويل الموردين لثمن الشراء كبديل للائتمان المصرفي العام. ويمكن أن يكون هناك مبرر آخر لهذه الوضعية المميزة هو أن البائع، بتخليه عن السلع المباعة دون أن يكون قد حصل على السداد يزيد من قائمة موجودات مقدّم الضمان، ويحتاج إلى حماية.

٤٠- وفي الوقت ذاته، تكشف ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية عن مثالب معينة. فموقف المشتري ودائنيه يضعف وتضطر الأطراف الثالثة، في حالة عدم الإشهار، إلى الاعتماد على أقوال المشتري أو استهلاك الوقت وتحمّل التكلفة بغية جمع معلومات من مصادر أخرى. وثمة مثلبة أخرى تتمثل في أنها قد تمنع المشتري من استخدام الموجودات المشتراة لتقديم ضمان من المرتبة الثانية إلى دائن آخر أو تعرقل قيامه بذلك على الأقل. وهناك مثلبة أخرى أيضا تتمثل في استحالة أو صعوبة الانفاذ من جانب دائني المشتري الآخرين دون موافقة البائع. ولهذه الأسباب تُعامل ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية، في بعض البلدان، بنفس الطريقة التي تعامل بها الحقوق الضمانية في كل جوانبها بينما هي تعامل، في بلدان أخرى، كحقوق ضمانية في بعض الجوانب ولكن ليس في كلها (فهي تخضع، مثلا، للإشهار رغم إعطائها صفة خاصة من الأولوية). وفي بلدان أخرى، تكون شروط الاحتفاظ بحق الملكية غير نافذة على الأطراف الثالثة بوجه عام أو غير نافذة إلا إذا كانت تتعلق بموجودات معينة، ولا سيما المخزونات، على أساس النظرية التي مفادها أن احتفاظ البائع بحق الملكية يتعارض مع منح البائع المشتري حق وصلاحية التصرف في المخزونات.

٤١- ويمكن النظر في عدة خيارات سياساتية. وأحد هذه الخيارات هو الحفاظ على الطابع الخاص لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية كأداة من أدوات حق الملكية. وفي إطار هذا النهج، لن يكون الاحتفاظ بحق الملكية خاضعا لأي اشتراط شكلي أو للإشهار. فهو يمكن أن يضمن مطالبات غير ثمن الشراء وأن يُوسّع نطاقه ليشمل منتجات وعائدات الموجودات التي أنشئ على أساسها. وبإمكان البائع، في حالة عدم سداد السعر المتبقي، استرداد الموجودات من المشتري والتصرف فيها وكأنه صاحبها، دون الالتفات إلى المشتري باستثناء ما يتعلق بأي أجزاء من سعر الشراء المدفوع. وبالمثل، فإنه إذا أصبح المشتري معسرا، فإنه سيتعين على القائم بإدارة الإعسار أن يدفع ثمن الشراء المتبقي للحصول على حق الملكية. أما إذا اختار القائم بإدارة الإعسار عدم السداد، فإن بإمكان البائع أن يسترد الموجودات باعتباره صاحبها أو أن يصر على سداد ثمن الشراء المتبقي (انظر الفقرة ... من الوثيقة

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6). ويتمثل خيار آخر، يختلف بشكل طفيف عن هذا الخيار، في الحفاظ على الطابع الخاص لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية ولكن مع قصر مفعوله على: ضمان ثمن شراء الموجودات المعنية فقط مع استبعاد أي ائتمان آخر؛ وقصره على الموجودات المشتراة مع استبعاد العائدات أو المنتجات.

٤٢- ويمكن أن يتمثل خيار آخر في إدماج ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية في النظام العادي للحقوق الضمانية. وفي هذه الحالة يكون الإنشاء والإشهار والأولوية والإنفاذ حتى في حالة إعسار المشتري (انظر الفقرة ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6)، في إطار ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية، خاضعا لنفس القواعد المنطبقة على الحقوق الضمانية غير الحيازية. وفي إطار هذا النهج، وللأسباب السياساتية المذكورة أعلاه (انظر الفقرة ٣٨) سيصبح بالإمكان منح البائع ميزات معينة (كالأولوية اعتبارا من تاريخ إبرام عقد البيع الذي يرد فيه الاحتفاظ بحق الملكية أو منذ تاريخ تسليم البضائع). وقد يتمثل خيار آخر في إعطاء الاحتفاظ بحق الملكية وضعية متكافئة تماما مع وضعية أي ضمان غير حيازي آخر (أي دون منح البائع أي امتيازات).

٤٣- ومن شأن الخيارين الأولين المذكورين أعلاه (انظر الفقرة ٤١) الابقاء على نظام خاص للاحتفاظ بحق الملكية خارج نظام شامل للحقوق الضمانية غير الحيازية أو حتى إنشاء ذلك النظام الخاص. ففي إطارهما، تُنفذ ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية عن طريق شروط خاصة ترد في عقود البيع وسيتمتع البائع بوضع مميز حيال دائني المشتري في حالة اتخاذ إجراءات للإنفاذ أو إعسار المشتري. وبوجه خاص، يوفر الخيار الأول للبائع (أو لممول آخر للشراء) امتيازات واسعة، وهي نتيجة تترتب عليها أوضاع غير مؤاتية لدائني المشتري المنافسين ولا سيما في حالة الإنفاذ والإعسار. غير أنه، في غياب أي اشتراط يتعلق بالإشهار، فإنه سيتعين على الدائنين المحتملين أن يدرجوا في شروطهم الإئتمانية المجازفة بأن تكون الموجودات المعروضة عليهم كضمان خاضعة لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية، وهذه نتيجة ربما تؤثر سلبا على توافر الإئتمان وتكلفته.

٤٤- والخياران الأخيران المذكوران أعلاه (انظر الفقرة ٤٢) أكثر اتساقا مع النظام الشامل للحقوق الضمانية. ولأغراض مثل هذا التشريع الخاص بالمعاملات المضمونة، فإن الاحتفاظ بحق الملكية سيعامل كتدبير ضماني. أما لأغراض التشريعات الأخرى (كالقوانين الضريبية) فإن الاحتفاظ بحق الملكية قد يحافظ على خاصيته كتدبير من تدابير هذا الحق. ويقر الخيار الأول، بصفة خاصة، أن البائع الذي يبيع على أساس الإئتمان يستحق وضعا مميزا معينا (فمثلا، يجوز أن تكون له الأولوية اعتبارا من تاريخ إبرام معاملة البيع ذات الصلة) لأنه

يتخلى عن السلع المباعة، ولأنه ينبغي ترويج البيع بشروط ائتمانية لأسباب اقتصادية (أي زيادة التجارة والنمو الاقتصادي). ومن الناحية الأخرى، ولصالح الدائنين المنافسين، فقد تقتصر المزية القانونية على ثمن شراء الموجودات المعينة وعلى السلع المباعة على هذا النحو. وللسبب ذاته، فإن الحقوق في عائدات أو منتجات السلع المشتراة أو المبالغ المستحقة على المشتري، بخلاف تلك الناشئة عن عقد بيع معين يتضمن شرطا بشأن الاحتفاظ بحق الملكية، لن تتمتع بهذه المزية وستخضع للقواعد المنطبقة على الحقوق الضمانية العادية (كأن تكون لها مثلا الأولوية اعتبارا من تاريخ تسجيل المعاملة ذات الصلة).

٤٥- ومن شأن تحويل الاحتفاظ بحق الملكية إلى حق ضماني لأغراض التشريع الخاص بالمعاملات المضمونة أن يعزز موقف المشتري، لأنه سيتمكن من إنشاء حق ضماني (غير حيازي) من المرتبة الثانية للحصول على قرض من دائن آخر. كما أنه يمكن أن يحسن موقف دائني المشتري الآخرين في حالة الإنفاذ المتعلق بالموجودات المرهونة وفي حالة إعسار المشتري. ولن يترتب على ذلك، بالضرورة إضعاف موقف المورّد، على الأقل طالما تمتعت شروط الاحتفاظ بحق الملكية بوضع مميز فيما يتعلق بالأولوية (مع بعض الاستثناءات، فإن الاحتفاظ البسيط بحق الملكية هو وحده الذي يتمتع بهذا الامتياز، من حيث المبدأ). ولن يتغير وضع المورّد في حالة إعسار المشتري لأن المورّد مشمول بالحماية سواء أحُوّل الاحتفاظ بحق الملكية إلى حق ضماني أم لا (انظر الفقرة ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6). بيد أنه يتعين على المورّد أن يسجل الترتيبات (انظر الفقرة ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3)، ولن تتمتع شروط "جميع المبالغ" والعائدات والمنتجات بالأولوية إلا اعتبارا من تاريخ تسجيلها.

٤- الضمان الشامل المتكامل

٤٦- إن اعتماد حق ضماني شامل ومتكامل ووحيد في كل أنواع الممتلكات المنقولة مستوحى من كون مختلف أنواع الحقوق الضمانية غير الحيازية وكذلك رهن الوفاء الحيازي التقليدي تستند جميعا إلى قلة من المبادئ التوجيهية المتطابقة. والمسألة الرئيسية تتمثل في أن المضمون يجب أن تكون له الغلبة على الشكل. وليس من قبيل الصدفة أن هذه الفكرة نشأت لأول مرة في دول اتحادية كالولايات المتحدة الأمريكية وكندا. وبالتالي فإن القانون الأمريكي التجاري الموحّد، وهو قانون نموذجي اعتمدته جميع الولايات الخمسين، أنشأ حقا ضمانيا شاملا ووحيدا في المنقولات وأدى إلى توحيد حقوق ضمانية حيازية وغير حيازية عديدة ومتنوعة في الملموسات وغير الملموسات تشمل ترتيبات إحالة حق الملكية وترتيبات

الاحتفاظ به كانت موجودة في إطار قوانين الولايات والقانون العام. وامتدت الفكرة إلى كندا ونيوزيلندا وبضعة بلدان أخرى. ويتبع القانون النموذجي للمعاملات المضمونة للبلدان الأمريكية، في العديد من الجوانب، نهجا مماثلا لذلك. كما يتبع القانون النموذجي الذي وضعه المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير نهجا مماثلا إلى درجة أنه ينشئ "مصلحة ضمانية" معينة يمكن أن تعمل جنبا إلى جنب مع التدابير الضمانية الأخرى (كالإيجار) ويعيد إضفاء صفة الحق الضماني على الاحتفاظ بحق الملكية.

٤٧- ويعرض نظام الضمان الشامل والمتكامل بعض المزايا. فأولا، يمكن إدماج كل القوانين ذات الصلة (التي كثيرا ما يكون عددها كبيرا) التي تتناول مسألة الحقوق الضمانية غير الحيازية في نص واحد يحقق شمول القواعد واتساقها. وثانيا، يمكن شمل القواعد المتعلقة بالحقوق الضمانية الحيازية، ولا سيما تلك التي تتعلق برهن الوفاء الحيازي، كما يمكن في الوقت ذاته تكييفها مع المتطلبات العصرية (بإدراج مفهوم السيطرة مثلا). وثالثا، يمكن إدماج أدوات حق الملكية، ومنها إحالة حق الملكية على سبيل الضمان والاحتفاظ بحق الملكية، في النظام. ورابعا، يمكن أيضا إدراج وشمل الترتيبات التعاقدية التي تؤدي دورا ضمانيا، مثل عقود الإيجار والبيع وإعادة البيع.

٤٨- والاتساق مستحب عموما فيما يتعلق بإحالة حق الملكية على سبيل الضمان وإحالة المستحقات الضمانية. أما ما يمكن أن يكون أكثر إثارة للجدل فهو إدماج الاحتفاظ بحق الملكية طالما كان الهدف من ورائه هو تفضيل ائتمان الموردين كبديل للائتمان المصرفي العام. غير أن هذه الأهداف السياساتية يمكن تحقيقها حتى في سياق نظام شامل متكامل بواسطة قواعد خاصة تحكم إنشاء ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية وإشهارها وأولويتها وإنفاذها وصفتها القانونية، في حالة الإعسار (أو أي من هذه الجوانب).

٤٩- والسمة الرئيسية للنهج الواسع هي أن يكون المضمون أهم من الشكل لكي تتوافر للأطراف كل أشكال الضمان فيما يتعلق بالائتمان. ومع أن اتباع هذا النهج قد يتطلب إعادة تحديد خصائص بعض المعاملات (إحالة حق الملكية لأغراض ضمانية أو الاحتفاظ بحق الملكية، مثلاً)، على الأقل من أجل قوانين المعاملات المضمونة، فهو في صالح مقدمي الضمان، والدائنين المضمونين والأطراف الثالثة، بمن فيهم ممثل الإعسار في حالة إعسار مقدّم الضمان. وإلا لاستطاع الأطراف التملص من اشتراط الإشهار والتذرع بسبل انتصاف تمكنهم من الحصول على ميزة بغير حق على غيرهم من الدائنين المضمونين.

٥٠- وإضافة إلى هذا، فبمقتضى هذا النهج، لا يضطر الدائن الذي يعتزم منح قرض مضمون إلى استقصاء مختلف أدوات الضمان البديلة وتقييم متطلباتها الأساسية وحدودها

ذات الصلة وكذلك مزاياها ومثالبها. وفي المقابل، فان العبء الذي يتحمله دائنو مقدّم الضمان أو ممثل الإعسار بشأن مقدّم الضمان الذي يجب عليه أن يضع في اعتباره حقوقهم (وواجباتهم) تجاه الدائن المضمون يقل إذا اقتضى الأمر النظر في نظام واحد يتميز بحق ضماني شامل بدلا من النظر في عدة نظم مختلفة. وعلاوة على ذلك، سيؤدي هذا إلى تخفيض تكلفة إنشاء الضمان وتخفيض تكلفة الائتمان المضمون في الوقت نفسه.

٥١- وفي حالات عبر الحدود، سيتيسر كذلك الاعتراف بالحقوق الضمانية المنشأة في ولاية قضائية أخرى إذا كان لدى الولاية القضائية التي تقع فيها الموجودات المرهونة حق ضماني شامل. ويمكن لمثل هذا النظام أن يقبل بسهولة أكبر مجموعة واسعة من الحقوق الضمانية الأجنبية، سواء أكانت ذات خاصية ضيقة أم خاصية شاملة مماثلة.

٥٢- ومن الناحية التقنية، يمكن استخدام نهجين لإيجاد حق ضماني متكامل وشامل. فبمقتضى أحد النهجين، يجري الاحتفاظ بأسماء أدوات الضمان القديمة، مثل إحالة حق الملكية ويمكن استخدامها. بيد أنه يجري إخضاع إنشائها ومفعولها، بصفتها حقوقا ضمانية، لمجموعة متكاملة من القواعد في حين قد تحتفظ بمفعولها الكامل من حيث حق الملكية لأغراض أخرى (لأغراض الضريبة أو المحاسبة مثلا). وبمقتضى نهج مختلف قليلا، تُكمَّل القواعد السارية على أنواع أساسية معينة من العقود بشرط عام ينص على تطبيق بعض القواعد الإضافية المعينة (فيما يخص الإشهار أو الانفاذ مثلاً) إذا استُخدم البيع أو الإيجار لغرض ضمان المطالبات. ولا يوجد فرق جوهري بين النهجين فيما يخص المفعول الذي يضفيانه على الحقوق الضمانية.

باء- الملخص والتوصيات

٥٣- في حالات عملية معينة، وإن كانت محدودة، يؤدي رهن الوفاء الحيازي وظيفة مفيدة كحق ضماني قوي (انظر الفقرة ١٣).

٥٤- ويؤدي حق الاحتفاظ بالحيازة المنشأ بالاتفاق إذا كان مصحوبا بسلطة الدائن في البيع، وظيفة رهن وفاء حيازي (انظر الفقرة ١٤).

٥٥- وللحقوق الضمانية غير الحيازية أهمية قصوى لإيجاد نظام عصري وكفؤ يحكم المعاملات المضمونة. فمقدمو الضمان يحتاجون إلى الاحتفاظ بحيازة الموجودات المرهونة، والدائنون المضمونون يحتاجون إلى الحماية من المطالبات المنافسة في حالة تقصير مقدّم الضمان، ولا سيما في حالة الإعسار (انظر الفقرة ١٥).

٥٦- وعلى ضوء تزايد أهمية غير الملموسات كضمان للائتمان، وعدم كفاية القواعد المنطبقة على هذا النوع من الموجودات في كثير من الأحيان، يُستصوب استحداث نظام قانوني عصري للضمان في غير الملموسات. وينبغي أن يكون هذا النظام أقرب ما يكون من نظام الحقوق الضمانية غير الحيازية في الملموسات، وذلك نظرا للاعتبارات التالية: غالبا ما يؤخذ الضمان على مجموع موجودات المدين الملموسة منها وغير الملموسة؛ وفي سياق المعاملات المتعلقة بالضمان في الملموسات (تمويل المخزون أو المعدات مثلاً)، قد يؤخذ الضمان على غير الملموسات (حقوق الملكية الفكرية مثلا)؛ ويمكن أن تكون غير الملموسات عائدات للملموسات. وفيما يتعلق بالمستحقات على وجه الخصوص، فإن مبادئ اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية (ومنها مثلا قابلية إحالة المستحقات الآجلة، وصحة الإحالات الإجمالية والإحالات التي تمت رغم القيود التعاقدية المفروضة على الإحالة، وحماية المدين) ينبغي أن تستعمل بصفتها المعايير الواجب اتباعها. أما بالنسبة للحقوق الضمانية في غير الملموسات المستبعدة، مثل الأوراق المالية، فيمكن الرجوع إلى أعمال منظمات أخرى.

٥٧- وهناك بديلان اثنان بالنسبة لأدوات حق الملكية، مثل إحالة الضمان والاحتفاظ بحق الملكية في الموجودات الملموسة، وكذلك إحالة المطالبات على شكل ضمانات وغير ملموسات أخرى.

٥٨- ففي إطار البديل الأول، إذا اختار بلد أن يعتمد نظاما ضمانيا شاملا، رهنا ببعض الاستثناءات، فإن القواعد الواجبة التطبيق على الحقوق الضمانية ستسري على أدوات حق الملكية أيضا. ويمكن أن تشير الاستثناءات إلى النص على أولوية خاصة لصالح أحد المورّدين (أو حتى لصالح المصرف الذي يمول شراء الموجودات) مع الاحتفاظ بحق الملكية الذي ربما يكون خاضعا في بعض الحالات لشرط إرسال إشعار إلى الدائنين يكون مدوناً في السجل العمومي (انظر الفقرات ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3).

٥٩- وبمقتضى البديل الثاني، إذا كان للبلد نظام قانوني متطور يحكم أدوات حق الملكية ولكنه لا ينظم الضمان غير الحيازي، و لم يكن يرغب في اتباع نهج متكامل وشامل، فيمكن تصوّر نظامين منفصلين، الأول للضمان غير الحيازي والثاني لأدوات حق الملكية. وباتباع مثل هذا النهج، يكون إنشاء أدوات حق الملكية خاضعا للقواعد القائمة حينئذ. ولن يشترط الإشهار إلا فيما يخص الموجودات المتوخى تدوينها بموجب التشريع القائم حاليا (مثل السفن والطائرات). إلا أنه، في حال عدم وجود اشتراط بشأن الإشهار، فسيضطر الدائنون

المحتملون إلى أن يدرجوا إمكانية وجود ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية في شروطهم الائتمانية، مما من شأنه أن يؤثر سلباً على توافر وتكلفة الإئتمانات (انظر الفقرة ٤٣).

٦٠- وبالنسبة لإنفاذ ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية بموجب هذا البديل، فسيكون في وسع البائع أن يسترد من المشتري الموجودات، وأن يتصرف فيها بصفته المالك دون أن يكون عليه تبرير موقفه أمام المشتري (ما عدا بالنسبة لتسديد أي حصص دُفعت لسداد ثمن المشتريات). وفي حالة إعسار المشتري، سيكون على مدير الإعسار دفع المبلغ الباقي من ثمن الشراء للحصول على حق الملكية. وإذا قرر مدير الإعسار عدم السداد، أمكن للبائع أن يسترد الموجودات بصفته مالكها، أو أن يلحّ بصفته دائنا عاما على سداد المبلغ الباقي من ثمن الشراء (انظر الفقرة ٤١).

٦١- وفي حالة إنفاذ إحالة حق الملكية على سبيل الضمان بموجب هذا البديل، ثمة نهجان على الأقل يمكن اتباعهما بما أن إحالة حق الملكية على سبيل الضمان تعتبر عادة إما أداة من أدوات حق الملكية وإما أداة من أدوات الضمان، وذلك حتى في البلدان التي لا تتبع نهجا متكاملا وشاملا (انظر الفقرة ٣٢). وإذا تمّ تناولها كأداة من أدوات حق الملكية، جاز للمحال إليه أن يُنفذ مطالبته بصفته المالك وليس له أن يقدم أي بيان للمحيل عن أي فائض تبقى بعد تصرفه في الموجودات المرهونة وتلبية مطالبة المحال إليه. وفي حالة الإعسار، لا تكون الموجودات جزءا من الحوزة، ولكن يجوز لمدير الإعسار أن يمارس الحقوق التعاقدية ذات الصلة. وحيثما تعامل إحالة حق الملكية على سبيل الضمان كأداة ضمان، يجب على الدائن، بعد البيع العمومي أو الخصوصي للموجودات المحالة واستيفاء المطالبة المضمونة، أن يقدم بيانا عن أي فائض. وفي حالة الإعسار، تكون الموجودات جزءا من الحوزة وتُعامل بصفتها خاضعة لحق ضماني (انظر الفقرتين ٣٣ و٣٤). ويمكن أيضا الجمع بين هذين النهجين (أي التعامل مع الإحالات على سبيل الضمان فيما يخص الإنشاء وبعض الآثار بصفتها إحالة لحق الملكية، والتعامل معها من حيث الإنفاذ والإعسار بصفتها أدوات ضمانية).

٦٢- وهناك أسباب وجيهة للاستعاضة عن نظام للحقوق الضمانية يتألف من مجموعة متنوعة من أدوات الضمان المحددة بنظام ينص على حق ضماني شامل ومتكامل (انظر الفقرات من ٤٦ إلى ٥٢).