الأمم المتحدة

A/CN.9/702

الجمعية العامة

Distr.: General
23 April 2010*
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الثالثة والأربعون
نيويورك، ٢١ حزيران/يونيه – ٩ تموز/يوليه ٢٠١٠

الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال المصالح الضمانية

مذكّرة من الأمانة

المحتويات

		الفقرات	الصفحة
أولا-	مقدّمة	١-٥	٢
ثانيا-	مواضيع الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً	٦-٦٧	٤
ألف-	الحقوق الضمانية في الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط	٦-٤٣	٤
	١- مقدّمة	٦-١٣	٤
	٢- مدى الاستصواب	١٤-٢١	٧
	٣- قابلية التنفيذ	٢٢-٣٨	١٠
	٤- الاستنتاجات	٣٩-٤٣	١٤
باء-	تسجيل الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة	٤٤-٦٧	١٦
	١- مقدمة	٤٤-٤٨	١٦
	٢- مدى الاستصواب	٤٩-٥١	١٨
	٣- قابلية التنفيذ	٥٢-٦٥	١٩
	٤- الاستنتاجات	٦٦-٦٧	٢٣

* تأخّر تقديم هذه الوثيقة أسبوعين عن الموعد المطلوب، وهو عشرة أسابيع قبل بداية الاجتماع؛ وذلك بسبب الحاجة إلى استكمال المشاورات وإلى وضع الصيغة النهائية للتعديلات الناجمة عن تلك المشاورات.

130510 V.10-53071 (A)

الرجاء إعادة الاستعمال

أولاً- مقدّمة

١- قرّرت اللجنة في دورتها الأربعين المنعقدة في عام ٢٠٠٧، بعد استكمال دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة ("الدليل")، وجوب الاضطلاع بأعمال لاحقة بغية إعداد ملحق للدليل بشأن الحقوق الضمانية في أنواع معيّنة من الأوراق المالية، في ظل مراعاة أعمال المنظمات الأخرى، ولا سيما المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (معهد اليونيدروا) ("Unidroit").[(١)]

٢- وأجرى الفريق العامل السادس (المعني بالحقوق الضمانية)، في دورتيه الرابعة عشرة والخامسة عشرة، مناقشة أولية بشأن برنامج عمله اللاحق. وخلال هاتين الدورتين سيقت عدة اقتراحات، منها ما يلي: (أ) إعداد ملحق للدليل يتناول الحقوق الضمانية في الأوراق المالية التي لا تشملها اتفاقية القواعد الموضوعية المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط، التي أعدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (جنيف، ٢٠٠٩، "اتفاقية معهد اليونيدروا بشأن الأوراق المالية")؛[(٢)] (ب) إعداد دليل تشريعي بشأن تسجيل الحقوق الضمانية في سجلات الحقوق الضمانية العامة؛ (ج) إعداد قانون نموذجي بشأن المعاملات المضمونة يستند إلى توصيات الدليل؛ (د) إعداد دليل تعاقدي بشأن المعاملات المضمونة؛ (ه) إعداد دليل تعاقدي بشأن ترخيص الممتلكات الفكرية (انظر A/CN.9/667، الفقرة ١٤١؛ وA/CN.9/670، الفقرات من ١٢٣ إلى ١٢٦، على التوالي).

٣- ولاحظت اللجنة باهتمام، في دورتها الثانية والأربعين المنعقدة في عام ٢٠٠٩، مواضيع العمل اللاحق التي ناقشها الفريق العامل. واتفقت اللجنة خلال تلك الدورة على أن من الممكن، رهناً بما يسمح به الوقت، بدء الأعمال التحضيرية من خلال مناقشة تجرى أثناء دورة الفريق العامل السادسة عشرة. كما اتفقت اللجنة على أن بوسع الأمانة أن تعقد ندوة دولية في مستهل عام ٢٠١٠ يشارك فيها مشاركة واسعة خبراء من الحكومات والمنظمات الدولية والقطاع الخاص. واتُفق بوجه عام على أن اللجنة ستكون أقدر، استناداً إلى مذكّرة تعدّها الأمانة، على النظر أثناء دورتها الثالثة والأربعين في برنامج العمل اللاحق للفريق العامل وعلى اتخاذ قرار بشأنه.[(٣)]

---

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والستون، الملحق رقم ١٧ (A/62/17 (Part I))، الفقرتان ١٤٧ و١٦٠.

(٢) http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm.

(٣) المرجع نفسه، الدورة الرابعة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/64/17)، الفقرات من ٣١٣ إلى ٣٢٠.

٤- وأجرى الفريق العامل، أثناء دورتيه السادسة عشرة والسابعة عشرة، مناقشة أولية بشأن برنامج عمله اللاحق (A/CN.9/685، الفقرة ٩٦؛ وA/CN.9/689، الفقرات من ٥٩ إلى ٦١). وفي دورة الفريق السابعة عشرة أبدي بعض التأييد للعمل المتعلق بلوائح تسجيل الحقوق الضمانية وبإعداد قانون نموذجي بشأن المعاملات المضمونة استناداً إلى توصيات الدليل. وفيما يخص إعداد ملحق للدليل بشأن الحقوق الضمانية في أنواع معيّنة من الأوراق المالية لوحظ أن هذا العمل لا بد أن يقتصر على الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط؛ وذلك نظراً للعمل الذي بذله معهد اليونيدروا ومؤتمر لاهاي بشأن الأوراق المالية المودعة لدى وسيط (انظر اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية والاتفاقية الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط؛ لاهاي، ٢٠٠٦؛ "اتفاقية لاهاي بشأن الأوراق المالية").[٤] أما فيما يخص ترخيص الممتلكات الفكرية أو إمكانية إنشاء سجل دولي للحقوق الضمانية في الممتلكات الفكرية فقد لوحظ أن أي عمل بشأن هذه المواضيع لا بدّ من أن يُنسَّق تنسيقاً وثيقاً مع المنظمة العالمية للملكية الفكرية ("ويبو") (A/CN.9/689، الفقرة٦١).

٥- ووفقاً للمقرر الذي اتخذته اللجنة في دورتها الثانية والأربعين[٥] عُقدت في فيينا في الفترة من ١ إلى ٣ آذار/مارس ٢٠١٠ ندوة دولية عن المعاملات المضمونة. وقد تمثل هدف الندوة في التماس آراء ومشورة الخبراء بشأن الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال المصالح الضمانية. وقد شارك في هذه الندوة التي دامت ثلاثة أيام قرابة ١٠٠ خبير من الحكومات والمنظمات الدولية والقطاع الخاص؛ ودارت خلالها مناقشات أرست أساسا استندت إليه هذه المذكّرة المقدّمة من الأمانة. والأوراق التي قُدِّمت إلى هذه الندوة الدولية متاحة على موقع الأونسيترال الشبكي؛ كما ستُنشر نخبة مختارة من المقالات في مجلة Uniform Law Review بالتنسيق مع معهد اليونيدروا.

(٤) http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=72.

(٥) المرجع نفسه.

ثانياً- مواضيع الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً

ألف- الحقوق الضمانية في الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط

١- مقدّمة

(أ) نظرة عامة

٦- يتناول الدليل على نحو شامل معظم أنواع الموجودات المنقولة الهامة في المعاملات المالية التجارية الحديثة: المعدات، والمخزون، والمستحقات (يجسّد الدليل مبادئ اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات ويستكمل تلك الاتفاقية؛ اختصاراً "اتفاقية المستحقات")،[٦] وحق تقاضي أموال مقيدة في حساب مصرفي، وحق تقاضي عائدات متأتّية بمقتضى تعهّد مستقل، والصكوك القابلة للتداول، والمستندات القابلة للتداول، وحقوق الملكية الفكرية (انظر الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٢). ولكن، لّما كانت كل الأوراق المالية مستبعدة استبعاداً صريحاً من نطاق الدليل (انظر الفقرة الفرعية (ج) من التوصية ٤) فإن الدليل لا يتناول نوعاً بالغ الأهمية من أنواع الموجودات المنقولة. وهذه الثغرة تسدها جزئياً اتفاقيتا اليونيدروا ولاهاي بشأن الأوراق المالية. ولكن لّما كانت هاتان الاتفاقيتان لا تتناولان سوى الأوراق المالية المودعة لدى وسيط، فإن الثغرة تظلّ قائمة فيما يخص الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط؛ وهذا معناه افتقار الدول إلى إرشادات بشأن الحقوق الضمانية في الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط. وتجدر الإشارة إلى أن الكتاب التاسع، المعنون "الحق الضماني الاحتيازي في موجودات منقولة"، الخاص بمشروع الإطار المرجعي المشترك للمبادئ والتعاريف والقواعد النموذجية للقانون الأوروبي الخاص، يتناول الحقوق الضمانية في كل أنواع الموجودات المنقولة، بما فيها الأوراق المالية سواء كانت أو لم تكن مودعة لدى وسيط.

٧- ولما كانت معاملات الأسواق المالية تنطوي عادةً على أوراق مالية مودعة لدى وسيط فقد لا تكون تلك الثغرة خطيرة الشأن بالنسبة لنظم الأسواق المالية؛ إلا أنها ثغرة هامة بالنسبة للنظم التمويلية التجارية لأن للأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط أهمية شديدة في العديد من المعاملات التمويلية التجارية. ففي سياق المعاملات التمويلية التجارية كثيراً جداً ما يطلب المُقْرض، علاوة على حقوق ضمانية في شتى موجودات المقترض، حقاً ضمانياً في أسهم المقترض أو شركائه الفرعيين. وغالباً ما تكون تلك الأوراق المالية موجودة

(٦) http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables.html، منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.04V.14.

في حوزة جهات خاصة، لا في حوزة وسيط، وغير متداولة في أي سوق معترف بها. وتبعاً لقانون الدولة التي تُنَظَّم فيها الشركة قد تكون تلك الأسهم أسهماً مادية أو غير مادية.

(ب) اتفاقية اليونيدروا بشأن القواعد الموضوعية المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط

٨- تجدر الإشارة إلى أن الغرض الرئيسي لاتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية هو إرساء إطار قانوني مشترك يتعلق بحيازة الأوراق المالية المودعة لدى وسيط والتصرف فيها (انظر ديباجة الاتفاقية). إن الأوراق المالية المودعة لدى وسيط هي أوراق مالية موجودة في حوزة وسيط؛ وكثيراً ما يشار إليها بمصطلح الأوراق المالية المحازة حيازةً غير مباشرة وإن يكن هذا المصطلح غير مستخدم في الاتفاقية. وفيما يلي مثال بسيط للأوراق المالية المودعة لدى وسيط: الشركة "ألف"، وهي شركة ذات أسهم مطروحة في أسواق رأس المال، أصدرت أسهماً؛ حائز تلك الأسهم المسجل في دفاتر الشركة "ألف" هو المؤسسة "باء"؛ "صاد" سمسار أوراق مالية لديه حساب لدى المؤسسة "باء" التي توجد بحوزتها بعض أسهم الشركة "ألف". "عين" مستثمر لديه حساب أوراق مالية لدى المؤسسة "سين" التي توجد بحوزتها بعض أسهم الشركة "ألف". هنا يُقال عن حقوق المستثمر "عين" فيما يتعلق بأسهم الشركة "ألف" المقيَّدة في حسابه إنها "أوراق مالية مودعة لدى وسيط".

٩- وتهدف اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية إلى إرساء قواعد قانونية أساسية تخص احتياز أوراق مالية مودعة لدى وسيط والتصرف فيها، بما في ذلك احتياز حق ضماني في تلك الأوراق المالية. وتعالج أحكامُ الاتفاقية المتعلقةُ بالحقوق الضمانية، في المقام الأول، ثلاث مسائل: (أ) النفاذ تجاه الأطراف الثالثة؛ (ب) والأولوية؛ (ج) والإنفاذ. وفيما يخص النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تنص الاتفاقية على جواز أن يصبح الحق الضماني في أوراق مالية مودعة لدى وسيط نافذاً تجاه الأطراف الثالثة إذا: (أ) كانت الأوراق المالية مودعة في حساب يحمل اسم الدائن المضمون (انظر المادتين ٩ و١١)؛ أو (ب) مَنَحَ حائزُ الأوراق المالية الدائنَ المضمون حقَّ السيطرة على الأوراق المالية (انظر المادة ١٢). ويكتسب الدائنُ المضمون هذه السيطرةَ بواسطة اتفاق بين صاحب الحساب والوسيط المودعة لديه الأوراق المالية والدائن المضمون يقضي بأن يصبح الدائن المضمون أهلاً لأن يمنع صاحب الحساب من التصرف في الأوراق المالية أو أهلاً لأن يتصرف هو فيها دون أي موافقة أخرى من جانب صاحب الحساب. وأي إضافة تُدخَل على حساب الأوراق المالية لصالح الدائن المضمون يجوز أن يكون لها أيضاً نفس مفعول اتفاق السيطرة.

١٠- ويمكن تلخيص قواعدَ اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية المتعلقة بمسألة الأولوية على النحو التالي: (أ) الدائن المضمون الذي يصبح صاحب الحساب فيما يخص الأوراق المالية المودعة لدى وسيط تكون له الأسبقية على أي مُطالب منافس آخر (انظر الفقرة ٢ من المادتين ١١ و١٩)؛ (ب) الدائن المضمون الذي جُعل حقه الضماني نافذاً تجاه الأطراف الأخرى بواسطة السيطرة تكون له الأولوية على أي حق ضماني آخر جُعل نافذاً تجاه الأطراف الأخرى بواسطة أية طريقة أخرى يكفلها قانون غير تعاهدي (بواسطة التسجيل مثلاً، انظر الفقرة ٢ من المادتين ١٢ و١٩)؛ (ج) إذا حصل شخصان على حق السيطرة على نفس الأوراق المالية المودعة لدى وسيط كانت الأولوية لأسبقهما زمنياً في الحصول على هذا الحق (الفقرة ٣ من المادة ١٩)؛ (د) إذا قام وسيط مودعة لديه أوراق مالية، حائز على حق ضماني في حساب أوراق مالية يُمسكه هو، بالسماح لاحقاً لدائن مضمون آخر بالحصول على حق السيطرة على الحساب كانت الأولوية للدائن الآخر (الفقرة ٤ من المادة ١٩).

١١- كما تنص اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية على أن الحق الضماني الذي يمنحه وسيط في أوراق مالية مودعة لدى وسيط آخر تكون له الأولوية على حقوق صاحب حساب الوسيط الأول إذا جُعل هذا الحق الضماني نافذاً بواسطة السيطرة (انظر المادة ٢٠). وبما أن الدائن المضمون لصاحب الحساب لا يمكنه أن يتمتع بحقوق تفوق حقوق صاحب الحساب نفسه فإن هذه القاعدة قد تمس الدائنين المضمونين لصاحب الحساب. إلا أن هذه القاعدة ليست قاعدة من قواعد الأولوية بمعناها الصارم لأن الدائن المضمون لصاحب الحساب والدائن المضمون للوسيط لا يمكنهما، في الظروف التي ساقتها هذه القاعدة، أن يحوزا حقاً ضمانياً في نفس الأوراق المالية المودعة لدى وسيط.

١٢- إن أحكامَ اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية المتعلقةَ بمسألة الإنفاذ هي أحكام اختيارية الهدف منها استكمال القوانين الداخلية. ويجب الإشارة أيضاً إلى أن الاتفاقية تعتبر اتفاق نقل الملكية لأغراض ضمانية بمثابة عملية تأسيس قانوني قائم بذاته. ومعنى ذلك أن هذا النقل لا يخضع للنظام القانوني المنطبق على المصالح الضمانية. وفي المقام الأول تجيز أحكامُ الاتفاقية المتعلقةُ بالإنفاذ للدائن المضمون، إذا كان المدين مُقصِّراً، التصرفَ في الأوراق المالية المودعة لدى وسيط تصرفاً شخصياً دون أي إخطار مسبق ودون أي إشراف قضائي. أضف إلى ذلك أن الاتفاقية تنص على أن بدء إجراءات الإعسار ضد المدين لا يمكنه أن يُعطِّل حقوقَ الدائن المضمون الإنفاذيةَ.

١٣- ولا تتناول اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية مسائل معيّنة بل تتركها لقانون آخر. ومن أمثلة تلك المسائل إنشاء حق ضماني في أوراق مالية مودعة لدى وسيط. ومن

الأمثلة الأخرى مسألة ما إذا كان يجوز أن يصبح مثل هذا الحق الضماني نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة تسجيل إشعار في سجل حقوق ضمانية عام (يكون هذا الحق الضماني أدنى مرتبةً من الحق الضماني الذي يُجعل نافذاً بموجب الاتفاقية بواسطة التسجيل الدفتري أو السيطرة). ونتيجة لذلك ونظراً لعدم تطرّق الدليل إلى الحقوق الضمانية في الأوراق المالية تفتقر الدول إلى توجيهات تسترشد بها بشأن هذه المسائل.

٢- مدى الاستصواب

١٤- لعلّ اللجنة تودّ أن تنظر فيما يلي، من أجل تحديد مدى استصواب أداء عمل يتعلق بالحقوق الضمانية في الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط: (أ) بعض المعاملات الشائعة التي تُستخدم فيها أوراق مالية غير مودعة لدى وسيط باعتبارها ضمانة ائتمانية للمشاريع التجارية الصغيرة أو المتوسطة الحجم؛ و(ب) المشاكل التي تنشأ عن التباين الشديد في طرائق تعامُل شتى النظم القانونية مع هذه المعاملات التمويلية التجارية.

(أ) المعاملات التي تستخدم فيها الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط باعتبارها ضمانة ائتمانية

١٥- عندما تتضمّن موجودات المقترض أسهماً لفرع واحد أو أكثر يملكه ملكية كاملة أو عندما يكون المقترض شركة قابضة وتكون أسهم فروعه هي كل ما لديه من موجودات قد لا يكون المقرض راغباً إلا في تقديم قرض للمقترض استناداً، جزئياً أو كلياً، إلى قيمة الفروع من خلال الحصول على حقوق ضمانية في أسهم تلك الفروع. وفي حال قصَّر المقترض في سداد القرض يكون السبيل الرئيسي الذي يعتمد عليه المقرض في استرداد قيمة قرضه هو السعي إلى بيع الفروع باعتبارها منشآت عاملة.

١٦- كما يمكن أن تكون الحقوق الضمانية في أسهم المقترض بالغة الأهمية بالنسبة للمقرض حتى في الحالات التي يكون فيها المقرض حائزاً لحقوق ضمانية في مستحقات المقترض ومخزونه وموجوداته المنقولة الأخرى. والسبب في ذلك هو أن المقرض قد يَخلص، تبعاً للظروف السائدة وقت الإنفاذ، إلى أن بيع منشأة المقترض التجارية باعتبارها منشأة عاملة يمكن أن يؤدي إلى استرداد المقترض قدراً من الأموال التي يستحقها يفوق القدر الذي يمكنه استرداده منها لو أنه عمد إلى إنفاذ حقوقه الضمانية في موجودات المقترض عن طريق تحصيل المستحقات وبيع موجودات أخرى في مزاد. فغالباً ما يكون المشتري المحتمل مستعداً لأن يدفع مبلغاً أكبر لأن المنشأة تعمل أو لأن شراء الأسهم سيؤدي إلى الإبقاء على ترتيبات

تعاقدية معينة مبرمة مع أطراف ثالثة أو على تخفيضات ضريبية معيّنة. ثم إن بيع المنشأة باعتبارها منشأة عاملة يمكن أن يتم بسرعة أكبر وبتكلفة أقل مقارنة ببيع الموجودات مجزأةً.

١٧- ومن تنويعات هذه المسألة أن يكون القرض مقدّماً إلى مجموعة شركات تعمل في مجال واحد وأن يكون صاحب الملكية الفكرية أحد أعضاء المجموعة في حين يكون صاحب الممتلكات غير المنقولة عضواً آخر بينما خدمات الإدارة والدعم يتولاّها عضو ثالث في المجموعة. في هذه الحالة قد تعمل المجموعة كلها وكأنها منشأة واحدة رغم توزُّع موجوداتها وموظفيها على شتى الكيانات القانونية المنفصلة التي تتألف منها المجموعة. في ظل هذه الأوضاع يمكن أن تكون احتمالات الحفاظ على قيمة المنشأة العاملة برمتها أمراً أساسياً بالنسبة للمقرض الذي يفكر في تقديم قرض لهذه المنشأة. ومن المحتمل جداً في هذه الحالة أن يطلب المقرض حقاً ضمانياً في أسهم الشركة الأم أو فروعها.

١٨- ثم إن المقرض قد يرغب في الحصول على حق ضماني مباشر في بعض موجودات المقترض لكنه قد لا يستطيع الحصول عليه لعدة أسباب متنوعة تشمل ما يلي: (أ) قد تتضمن موجودات المقترض حقوقاً مأخوذة في إيجارات أو رخص أو عقود بيع أو موجودات أخرى قد يكون محظوراً على المقترض، حظراً تعاقدياً، أن يمنح حقاً ضمانياً فيها؛ (ب) عندما تكون الموجودات مملوكة لفرع أو تابع للمقترض فإن قوانين إدارة الشركات المنطبقة في الدولة ذات الصلة قد تقيِّد قدرة الشركة على منح حق ضماني في موجوداتها ضماناً لقرض مقدّم إلى شركتها الأم أو الفرع؛ (ج) قوانين المعاملات المضمونة المنطبقة قد لا تعترف بالحقوق الضمانية في بعض موجودات المقترض، مثل شتى أنواع الممتلكات الفكرية؛ (د) عندما يُقصد بالقرض المطلوب تقديمه تمويل احتياز أسهم المقترض فإن قوانين "المساعدة المالية" في الدولة ذات الصلة قد تحظر على المقترض منح حق ضماني في موجوداته ضماناً لمثل هذا القرض؛ (هـ) قوانين الضرائب في الدولة ذات الصلة قد تفرض عبئاً اقتصادياً ثقيلاً على الشركة التي تمنح حقاً ضمانياً في موجوداتها ضماناً لقرض تقدّمه لها شركتها الأم غير المحلية أو شركاتها الفرعية غير المحلية.

١٩- وفي كل حالة من هذه الحالات حتى إذا لم يكن المقرض قادراً على الحصول على حق ضماني في موجودات الشركة فقد يكون بمقدوره أن يَضْمن قرضَه بتلك الموجودات على نحو غير مباشر عن طريق حصوله على حق ضماني في أسهم الشركة. وصحيح أن الحق الضماني في أسهم الشركة سيكون أدنى رتبةً من مطالبات دائنين آخرين للشركة إلا أن هذا الحق الضماني قد يكون ذا قيمة كافية للمقرض تدفعه إلى تقديم القرض. وعادة ما يكون قرار المقرض بشأن تقديم القرض مستنداً، كلياً أو جزئياً، إلى قدرته على الحفاظ على قيمة

منشأة المقترض العاملة عن طريق حصوله على حقوق ضمانية في أوراق مالية محتازة احتيازاً مباشراً. وقد يكون الحفاظ على قيمة المنشأة العاملة هذه هاماً للمقترض وللأطراف الثالثة أيضاً. وتتمثل إحدى المنافع التي يجنيها المقترض في أن مجرّد توافر هذا السبيل الانتصافي قد يدفع المقرض إلى أن يقدم للمقترض قرضاً أكبر من القرض الذي كان سيقدّمه له لو لم يتوافر هذا السبيل أو إلى أن يقدم له قرضاً بشروط أفضل. وثمة منفعة ثانية تتمثّل في أنه كلّما زاد مبلغ القرض الذي سيسترده المقرض عن طريق إنفاذ حقه الضماني قلّت احتمالات وجود مبلغ متبق يحتاج المقرض إلى محاولة جمعه من الضامنين وزادت احتمالات وجود فائض في المبلغ المسترد يمكن سداده لدائنين آخرين أو لأصحاب أسهم. بل قد تكون هناك منفعة اجتماعية أيضاً تتمثل في زيادة احتمالات الإبقاء على فرص وظيفية إذا بيعت الشركة باعتبارها منشأة عاملة.

(ب) المشاكل التي يلزم أن يتناولها أي ملحق لاحق للدليل

٢٠- في دول كثيرة، يرسي القانون القائم آلية تكفل الحصول على حق ضماني في أسهم أنواع معينة على الأقل من الكيانات الاعتبارية المحلية. لكن القانون الساري في دول أخرى قد لا يتناول هذا الأمر صراحةً بحيث قد يتعين على المحاكم أن تسد هذه الثغرة عن طريق تطبيق قانون الحقوق الضمانية العام بالقياس. لكن هذه القوانين تتفاوت تفاوتاً شديداً من دولة إلى أخرى كما هو الحال الآن فيما يخص الحقوق الضمانية في المعدات والمخزون والمستحقات وغيرها من أنواع الموجودات المنقولة. فعلى سبيل المثال، لا تقتضي القوانين السارية في بعض الدول سوى حد أدنى من المتطلبات الإجرائية اللازم استيفاؤها من أجل إنشاء حق ضماني في أوراق مالية غير مودعة لدى وسيط؛ في حين تقتضي القوانين السارية في دول أخرى استيفاء متطلبات إجرائية أكثر صرامةً، كتقديم مستندات موثقة مثلاً. أضف إلى ذلك أن الحق الضماني في الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط يكون في بعض الدول نافذاً نفاذاً تلقائياً تجاه الأطراف الثالثة وقت إنشائه؛ في حين تشترط دول أخرى وجود إجراء إنشائي مستقل، مثل حيازة الشهادات في حالة الأوراق المالية التي صدرت بها شهادات أو تسجيل الحق الضماني أو تسجيل إشعار بشأن الحق الضماني. ثم إن القوانين المعمول بها في دول كثيرة تتفاوت فيما يتعلق بقواعد تحديد أولوية الحق الضماني في الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط فيما بين المطالبين المتنافسين؛ كالدائنين المضمونين الآخرين أو المشترين أو الدائنين بأمر قضائي أو مديري الإعسار. كما تتفاوت القوانين المعمول بها في دول كثيرة من حيث الطريقة التي يمكن بها إنفاذ الحق الضماني في الأوراق المالية غير المودعة

لدى وسيط؛ فبعض هذه الدول تشترط بدء إجراءات قضائية في حين تبيح دول أخرى إنفاذ هذا الحق دون أي إجراء قضائي.

٢١- ومن شأن وجود ملحق للدليل يتضمّن تعليقات وتوصيات واضحة ومقتضبة بشأن إنشاء الحقوق الضمانية في الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط ونفاذ تلك الحقوق تجاه الأطراف الثالثة وأولوية تلك الحقوق وإنفاذها، على نحو ناجع وفعال التكلفة، أن يشجع المقرضين على أن يقدموا قروضاً في الحالات التي ما كانوا ليقدّموا فيها قروضاً لولا وجود هذا الملحق أو على أن يقدموا قروضاً أكبر بتكلفة أقل. وبقدر ما تكون مثل هذه القوانين تتَّبع المبادئ الواردة في نص تعده اللجنة يتحقق عنصر الاتساق في تلك القوانين مما من شأنه أن يُيسِّر تقديم قروض عبر الحدود الوطنية ومن ثم يُعزِّز التجارة الدولية. وبما أن الأسواق الرأسمالية تنطوي عادةً على أوراق مالية مودعة لدى وسيط فليس من شأن مثل هذا الملحق أن يؤثر تأثيراً ملموساً في الأسواق الرأسمالية والقوانين المنطبقة عليها.

٣- قابلية التنفيذ

٢٢- لعلّ اللجنة تودّ أن تشير إلى عدم صعوبة إعداد تعليقات وتوصيات محددة يتضمنها الدليل بشأن الحقوق الضمانية في الأوراق المالية غير العمومية وغير المودعة لدى وسيط. وهنا سيلزم تناول القضايا التالية:

(أ) مصطلح "الأوراق المالية"

٢٣- قد يلزم شرح مصطلح "الأوراق المالية" وتمييزه عن الصكوك القابلة للتداول والمستحقات (الحقوق الضمانية فيها). وفي هذا السياق ثمة مسألة قد يلزم تناولها؛ ألا وهي مدى وجوب أن يتضمن هذا المصطلح المصالح المتعلقة بالمشاريع التجارية التي قد لا يُنظر إليها في بعض الدول على أنها أوراق مالية تقليدية (كالمصالح الشراكية مثلاً والمصالح المتعلقة بالمشاريع المشتركة).

٢٤- وبديلاً عن ذلك يمكن أن يشار، فيما يخص معنى مصطلح "الأوراق المالية"، إلى نصوص أخرى؛ منها مثلاً اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية التي تنص على أن "الأوراق المالية تعني أي أسهم أو سندات أو صكوك مالية أو موجودات مالية (غير نقدية) أخرى، تكون قابلة للإيداع في حساب أوراق مالية ويتم احتيازها والتصرف فيها وفقا لأحكام هذه الاتفاقية" (انظر الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١).

٢٥- ومن المهم أيضاً التمييز بين: (أ) الأوراق المالية التي صدرت بها شهادات أو الأوراق المالية الملموسة والأوراق المالية التي لم تصدر بها شهادات أو الأوراق المالية غير الملموسة أو غير المادية؛ و(ب) الأوراق المالية المودعة لدى وسيط (أي الأوراق المالية المحوزة في حساب أوراق مالية) والأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط (أي الأوراق المالية التي يحوزها مالكها مباشرة). فالتمييز بين هذه الأمور هام بسبب اختلاف القواعد التي قد تطبق على أنواع الأوراق المالية المختلفة.

(ب) النطاق

٢٦- تجنباً لحدوث أي تداخل مع اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية يلزم أن تُستبعَد الأوراق المالية المودعة لدى وسيط التي تغطيها تلك الاتفاقية من نطاق أي عمل تضطلع به اللجنة مستقبلاً بشأن الحقوق الضمانية في الأوراق المالية. ولهذا السبب ذاته قد يلزم أيضاً استبعاد الأوراق المالية المتداولة في الأسواق العمومية حتى لو كانت تلك الأوراق بحوزة مالكيها مباشرة.

٢٧- وهذا الاستبعاد يمكن أن يأخذ، مثلاً، شكل الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٤ من الدليل التي تنص على أن القانون لا ينبغي أن ينطبق على "الطائرات، والمعدات الدارجة في السكك الحديدية، والأجسام الفضائية، والسفن، وكذلك الفئات الأخرى من المعدات المنقولة، بقدر ما تكون تلك الموجودات مشمولة بقانون وطني أو اتفاق دولي تكون الدولة التي تسنّ تشريعاً يستند إلى هذه التوصيات ... طرفاً فيه ويتناول المسائل التي يشملها هذا القانون".

(ج) الإنشاء (النفاذ فيما بين الأطراف)

٢٨- القواعد العامة للقانون الموصى به في الدليل يجوز أن تنطبق على إنشاء حق ضماني في أوراق مالية غير مودعة لدى وسيط، سواء كانت هذه الأوراق أوراقاً مالية صدرت بها شهادات أو كانت أوراقاً مالية غير مادية (انظر التوصيات من ١٣ إلى ٢٢).

(د) النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٢٩- فيما يخص الأوراق المالية التي صدرت بها شهادات وغير المودعة لدى وسيط يجوز أن تنطبق عليها القواعد العامة للقانون الموصى به في الدليل التي تماثل القواعد التي تنطبق على الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول (انظر التوصيات من ٣٢ إلى ٣٧). ونتيجة

لذلك يمكن أن يُجعل الحق الضماني في أوراق مالية صدرت بها شهادات وغير مودعة لدى وسيط نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل أو الحيازة.

٣٠- وفيما يخص الأوراق المالية غير المادية يجوز أن تنطبق عليها قواعد القانون الموصى به في الدليل التي تماثل القواعد التي تنطبق على الحقوق الضمانية في حقوق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي (انظر التوصية ٤٩). ونتيجة لذلك يمكن أن يُجعل الحق الضماني في أموال غير مادية وغير مودعة لدى وسيط نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل أو السيطرة (يجب أن يكون اتفاق السيطرة مبرماً بين المُصدر والمانح والدائن المضمون).

(هـ) الأولوية

٣١- فيما يخص الأوراق المالية التي صدرت بها شهادات يجوز، تمشياً مع القياس الخاص بالصكوك القابلة للتداول، أن تكون للحق الضماني الحيازي أولوية على الحق الضماني المسجل أو غيره من الحقوق الضمانية أو على حق مشتري الأوراق المالية أو غيره ممن نُقلت إليهم ملكيتها (انظر التوصيتين ١٠١ و١٠٢).

٣٢- وفيما يخص الأوراق المالية غير المادية يجوز، تمشياً مع القياس المتعلق بحق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، أن تكون للحق الضماني الذي جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة السيطرة أولويةٌ على الحق الضماني المسجل أو على غيره من الحقوق الضمانية أو على حق مشتري الأوراق المالية أو غيره ممن نقلت إليهم ملكيتها (انظر التوصيات من ١٠٣ إلى ١٠٥).

(و) الإنفاذ

٣٣- القواعد العامة للقانون الموصى به في الدليل يجوز أن تنطبق على الحقوق الضمانية في أوراق مالية غير مودعة لدى وسيط، سواء كانت هذه الأوراق مادية أو غير مادية.

(ز) القانون المنطبق

٣٤- فيما يخص الأوراق المالية التي صدرت بها شهادات يجوز أن تنطبق عليها قاعدة تنازع القوانين الواردة في القانون الموصى به في الدليل بشأن الموجودات الملموسة (أي أن القانون الذي ينطبق على الأوراق المالية التي صدرت بها شهادات هو قانون الدولة التي تقع

فيها تلك الأوراق؛ انظر التوصية ٢٠٣). أما فيما يخص الأوراق المالية غير المادية فيجوز أن ينطبق عليها قانون الدولة التي يقع فيها مُصدر تلك الأوراق.

(ح) التنسيق مع قانون آخر

٣٥- إذا صدر ملحق بشأن الحقوق الضمانية في الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط ربما اقتضت الضرورة تنسيقه مع قانون آخر يتناول حفظ الأوراق المالية ونقلها، وكذلك الحقوق الضمانية في الأوراق المالية. وسبق أن قيل إنه يلزم في هذه الحالة استبعاد الحقوق الضمانية في الأوراق المالية المودعة لدى وسيط (وربما الأوراق المالية المتداولة في الأسواق العمومية) تجنباً لحدوث أي تداخل مع قانون يتناول الحقوق الضمانية في الأوراق المالية المودعة لدى وسيط، مثل اتفاقيتي اليونيدروا ولاهاي بشأن الأوراق المالية. وتجنباً لحدوث أي تداخل مع أي أعمال قد يضطلع بها معهد اليونيدروا مستقبلاً، بخصوص صياغة تعليقات على اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية وتصميم عُدة انضمام للاتفاقية المذكورة وكذلك بخصوص الأسواق الرأسمالية، وتتناول مواضيع لم تتطرّق إليها الاتفاقية تاركةً إياها للقانون الوطني، ينبغي لأي ملحق بشأن الحقوق الضمانية في الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط أن يتجنب تناول تلك المواضيع.

٣٦- ولكن، ينبغي في الوقت ذاته للتعليقات وعُدة الانضمام هذه التي سيضعها معهد اليونيدروا تجنب تقديم توصيات إلى الدول بشأن المواضيع التي تركت اتفاقية اليونيدروا أمرها للقانون الوطني تكون غير متسقة مع التوصيات الواردة في الدليل. فمثلاً ليس هناك أي سبب يبرر عدم تطبيق القواعد العامة للقانون الموصى به في الدليل بشأن إنشاء حق ضماني في موجودات منقولة على إنشاء حق ضماني في أوراق مالية مودعة لدى وسيط. كما لا يوجد أي سبب يبرر عدم تطبيق القواعد العامة للقانون الموصى به في الدليل بشأن نفاذ الحق الضماني، تجاه الأطراف الثالثة، في موجودات منقولة بواسطة تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام على الحق الضماني في أوراق مالية مودعة لدى وسيط.

٣٧- أضف إلى ذلك أن مثل هذا الملحق قد يحتاج إلى تناول مسائل تتصل بتحديد القانون الذي ينطبق على الحق الضماني في أوراق مالية غير مودعة لدى وسيط تصبح أوراقاً مالية مودعة لدى وسيط. فمثلاً من المسائل التي سيلزم تناولها مسألة تأثير هذا التغير الذي يطرأ على الأوراق المالية في الحق الضماني الذي جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل؛ وخاصة مسألة مدى وجوب أن يستمر لفترة زمنية قصيرة نفاذُ الحق الضماني تجاه الأطراف

الثالثة. وبالمثل قد يحتاج هذا الملحق إلى تناول مسألة تحديد القانون الذي ينطبق على الحق الضماني في أوراق مالية مودعة لدى وسيط تصبح أوراقاً مالية غير مودعة لدى وسيط.

(ط) شكل العمل وهيكله

٣٨- في حين قد تود اللجنة أن تترك للفريق العامل أمرَ تحديد شكل أي عمل لاحق وهيكله بشأن الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط لعلّها تودّ أن تسجّل أن أي عمل لاحق من هذا القبيل يمكن أن يتخذ شكل ملحق للدليل. ويمكن لهذا الملحق الجديد أن يتضمّن، أسوة بالملحق المعني بالحقوق الضمانية في الممتلكات الفكرية، تعليقات وتوصيات تخص توصيات بعينها من شأنها أن تدخل تعديلات على التعليقات والتوصيات العامة الواردة في الدليل. ويمكن أن يَتَّبع هيكلُ الملحق الجديد هيكلَ الدليل؛ أي أن يتناول الأهداف الرئيسية، والمصطلحات المستخدمة، وإنشاء الحق الضماني، ونفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، ونظام السجل، وأولوية الحق الضماني، وحقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما، وحقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها، وإنفاذ الحق الضماني، وتمويل الاحتياز، والقانون المنطبق، والفترة الانتقالية، والإعسار.

٤- الاستنتاجات

٣٩- لعلّ اللجنة تود أن تنظر في مسألة تكليف الفريق العامل السادس الآن بمهمة إعداد نص (ليكن مثلاً ملحقاً للدليل) بشأن الحقوق الضمانية في الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط. ولعلّ الغرض الرئيسي لهذا الملحق يتمثّل في استكمال عمل اللجنة بشأن الدليل عن طريق سد ثغرة كبيرة تشوب الدليل فيما يخص نوعاً من الموجودات ذا أهمية بالنسبة للمعاملات المالية التجارية تفوق أهميته بالنسبة لمعاملات الأسواق المالية. ومن المفترض في مثل هذا الملحق ألا يتداخل مع اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية نظراً لتناوله أموراً تقع خارج نطاق تلك الاتفاقية أو أموراً لا تتطرق إليها الاتفاقية.

٤٠- بل على العكس من ذلك يمكن لهذا الملحق أن يدعم اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية عن طريق تزويد الدول بنظام كامل ومنسق بشأن المعاملات المضمونة؛ وذلك كما سبق أن فعل الدليل فيما يخص اتفاقية كيب تاون وبروتوكولاتها واتفاقية لاهاي بشأن الأوراق المالية واتفاقيات الملكية الفكرية واتفاقية المستحقات (انظر التوصية ٤ من الدليل). ولعلّ اللجنة تودّ أن تسجّل أن الدليل يدعم مثلاً اتفاقية المستحقات عن طريق إدراج مبادئ اتفاقية المستحقات وعن طريق استكمال نظام اتفاقية المستحقات بحيث يتطرق إلى القضايا

التي لم تتناولها اتفاقية المستحقات تاركةً إياها لقانون آخر. وبذلك قد يتسنى للدول على نحو مفيد إدراج توصيات الدليل داخل قانون وطني واعتماد اتفاقية المستحقات.

٤١- ثم إن من المفترض ألاّ يتداخل هذا الملحق مع عمل معهد اليونيدروا بشأن التعليقات وعُدّة الانضمام المتعلقة باتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية؛ وذلك على الأقل إذا لم يتناول على الإطلاق القضايا المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط. فإذا كان للملحق أن يتناول تلك القضايا فلعلّ اللجنة تود إعطاء تعليمات إلى الفريق العامل مفادها أن يكون هذا التناول على نحو يتسق مع كل من اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية والدليل. ثم إن من المفترض ألا يتداخل هذا الملحق مع عمل اليونيدروا اللاحق بشأن الأسواق الرأسمالية؛ نظراً لأن الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط لا تُستخدم عادةً ضماناً لقرض يقدم في إطار معاملات الأسواق الرأسمالية.

٤٢- ولعلّ اللجنة تودّ، بديلاً لذلك، أن تنظر في إسناد أولوية أدنى لهذا الموضوع. فمن شأن هذا النهج أن يتيح للجنة استكمال عملها بخصوص أحد المواضيع الأخرى التي قد تراها أعلى أولويةً. ومن شأنه أيضاً أن يفسح أمام معهد اليونيدروا وقتاً كافياً لاستكمال عمله بخصوص التعليقات وعُدة الانضمام المتعلقة باتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية وللمضي في تطوير عمله اللاحق المتعلق بالأسواق الرأسمالية. ولعلّ اللجنة تود في هذا الصدد أن تأخذ في حسبانها أن معهد اليونيدروا قد قام فعلاً بتطوير اتفاقية الأوراق المالية وأنه اكتسب قدراً طيباً من الخبرة في الأمور المتصلة بالأوراق المالية. ولعلّ اللجنة تود، إذا قرّرت أن تولي هذا الموضوع أولوية أدنى من مواضيع أخرى، أن تطلب إلى الأمانة تنسيق العمل مع معهد اليونيدروا على نحو يكفل أن تكون أي توصيات يقدمها معهد اليونيدروا في تلك الصكوك اللاحقة (التعليقات وعُدة الانضمام المتعلقة بالاتفاقية، وكذلك أي نص لاحق بشأن الأسواق الرأسمالية) فيما يخص الحقوق الضمانية في الأوراق المالية متسقة إلى أقصى قدر ممكن مع توصيات الدليل.

٤٣- فمثلاً ليس هناك أي سبب يبرّر عدم تطبيق القواعد العامة للقانون الموصى به في الدليل بشأن إنشاء حق ضماني في موجودات منقولة على إنشاء حق ضماني في أوراق مالية مودعة لدى وسيط. كما لا يوجد أي سبب يبرر عدم تطبيق القواعد العامة للقانون الموصى به في الدليل بشأن نفاذ الحق الضماني، تجاه الأطراف الثالثة، في موجودات منقولة بواسطة تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام على الحق الضماني في أوراق مالية مودعة لدى وسيط. وفي هذه الحالة قد يلزم وضع قاعدة يوصى باتباعها فيما يخص أولوية الحق الضماني في أوراق مالية مودعة لدى وسيط، الذي جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، بواسطة

تسجيل دفتري بموجب اتفاقية اليونيدروا بشأن الأوراق المالية على الحق الضماني في نفس الأوراق المالية الذي جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة تسجيل إشعار في سجل حقوق ضمانية عام بموجب قانون غير تعاهدي (كالقانون الموصى به في الدليل).

باء- تسجيل الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة

١- مقدّمة

٤٤- إن إنشاء نظام سجل عمومي هو سمة أساسية من سمات القانون الموصى به في الدليل (انظر ديباجة التوصيات الواردة في الفصل الثالث). إن التسجيل يمكِّن المتعاملين مع موجودات في حوزة شخص أو تحت سيطرته من الرجوع إلى مصدر معلومات شفاف وموضوعي بشأن ما إذا كانت تلك الموجودات مرهونة بحق ضماني. ومن ناحية أخرى يتيح التسجيل للدائنين المضمونين آلية فعالة تكفل نفاذَ حقوقهم الضمانية تجاه الأطراف الثالثة وإثباتَ أولويتهم على مطالبين منافسين معينين (انظر ديباجة التوصيات الواردة في الفصل الرابع).

٤٥- ويتضمّن الفصل الرابع من الدليل تعليقات وتوصيات بشأن الجوانب القانونية والتشغيلية لسجل حقوق ضمانية عام. إلا أن الفصل الرابع، شأنه شأن أي فصل آخر من فصول الدليل، ليس فصلاً مستقلاً قائماً بذاته. فالمقصود به هو أن يُقرأ جنباً إلى جنب مع فصول الدليل الأخرى. وهذا معناه أن على القارئ أن يعود إلى الفصل الثالث، الذي يتحدث عن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، وإلى الفصل الخامس، الذي يتحدّث عن أولوية الحق الضماني؛ حتى يفهم القارئ متطلبات التسجيل وآثاره القانونية. والشيء ذاته يقال عن تحديد نطاق المعاملات والنطاق الإقليمي للسجل. فهنا يجب على القارئ أن يعود إلى شتى أجزاء الدليل التي تتناول مفهوم الحق الضماني وإلى الفصل العاشر الذي يتحدّث عن تنازع القوانين.

٤٦- أضف إلى ذلك أن الدليل لا يغطي العدد الهائل من التفاصيل الإدارية والتشغيلية والتكنولوجية والبنيوية التحتية التي يلزم لأي دولة تسن قانوناً للمعاملات المضمونة يستند إلى توصيات الدليل أن تتدارسها حتى يتسنى لها أن تنفّذ نظامَ سجل ناجعاً وفعّال التكلفة. فالتجربة تبين أن الأمر قد ينتهي بالدول، في غياب هذا النوع من الإرشادات، إلى إنفاقها قدراً باهظاً من المال والجهد ليتمخض ذلك كله عن نظام سيئ التشغيل يكون شاقاً ومبهماً دون داع وغيرَ مستجيب لمصالح مجاله التخصصي وعملائه القانونيين. ونظراً للدور المحوري

الذي يؤديه السجل في الإطار العام لقانون المعاملات المضمونة فإن المحصلة النهائية تتمثل في تقويض مساعي الدول الرامية إلى إجراء إصلاحات.

٤٧- ومن منطلق التسليم بما لوجود مبادئ توجيهية مجسّدة بشأن هذا السجل من أهمية بالنسبة لنجاح عملية إصلاح قانون المعاملات المضمونة نجاحاً شاملاً نجد أن بعض المنظمات التي أعدت قوانين نموذجية بشأن المعاملات المضمونة تولت أيضاً إعداد مبادئ أو مبادئ توجيهية أو لوائح تخص تسجيل الحقوق الضمانية. فعلى سبيل المثال نجد أن المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير، الذي أعد قانون المصرف النموذجي بشأن المعاملات المضمونة،[٧] قد أعد أيضاً مبادئ المصرف التوجيهية لوضع سجل للمرهونات.[٨] كما نجد أن منظمة الدول الأمريكية، التي أعدت قانون المنظمة النموذجي للمعاملات المضمونة،[٩] أعدت أيضاً لائحة السجل النموذجية بموجب القانون النموذجي للمعاملات المضمونة للبلدان الأمريكية.[١٠]

٤٨- ثم إن منظمات أخرى مشاركة في عملية إصلاح قانون المعاملات المضمونة وضعت قواعد تفصيلية بشأن تسجيل الحقوق الضمانية. فمثلاً نجد أن مصرف التنمية الآسيوي أعد دليلاً عن سجلات المنقولات.[١١] كما إن المنظمات أو الدول التي سنّت قوانين حديثة بشأن المعاملات المضمونة جعلت من إنشاء وتطوير سجل حقوق ضمانية عام جزءاً من جهودها الرامية إلى إصلاح هذه القوانين. فمثلاً نجد أن اتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة (كيب تاون، ٢٠٠١)،[١٢] وبروتوكول اتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة بشأن المسائل التي تخص معدات الطائرات (كيب تاون، ٢٠٠١)،[١٣] يتضمنان قواعد تفصيلية بشأن إنشاء نظام دولي لتسجيل موجودات بعينها يشبه إلى حد كبير جداً النظام الموصى به في الدليل. أضف إلى ذلك أن الكتاب التاسع من مشروع الإطار المرجعي المشترك

(٧) http://www.ebrd.com/pubs/legal/secured.pdf.

(٨) http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/pledge/core.htm.

(٩) http://www.oas.org/dil/cidip-vi-securedtransactions_eng.htm.

(١٠) http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/3rdSecTrans/John_Wilson_MR.pdf.

(١١) http://www.adb.org/documents/reports/movables_registries/default.asp.

(١٢) http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm.

(١٣) http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm#NR2.

للمبادئ والتعاريف والقواعد النموذجية المتعلقة بالقانون الخاص الأوروبي[١٤] يتضمن قواعد تفصيلية بشأن تسجيل الحقوق الضمانية تشبه إلى حد كبير القواعد الموصى بها في الدليل.

٢- مدى الاستصواب

٤٩- مثلما ذُكر آنفاً، مع أن الفصل الرابع من الدليل يسوق تعليقات قيمة على نظام السجل الذي يتوخاه الدليل إلا أن القارئ يحتاج إلى أن يفهم الدليل برمته فهماً تفصيلياً شاملاً حتى يتسنى له أن يقف على المغزى القانوني الذي ينطوي عليه التسجيل. لذا فمن شأن وجود نص يتحدّث عن التسجيل ويعرض جوانب التسجيل القانونية عرضاً موجزاً متكاملاً وبلغة بسيطة وميسّرة أن يقدّم مساعدة جليلة للمشاركين في تنفيذ السجل الذين قد لا يكونون خبراء متخصصين في قانون المعاملات المضمونة لكنهم يحتاجون إلى إلمام أساسي بالإطار القانوني العام الذي صُمِّم السجل لكي يعمل داخله حتى يستطيعوا أداء عملهم. وقد سبق أن أشير أيضاً إلى أن من شأن هذا النص أن يوفّر إرشادات تفصيلية بخصوص طائفة كاملة من القضايا القانونية والعملية والتشغيلية اللازم تناولها أثناء تنفيذ نظام السجل لكن الفصل الرابع لا يتناولها الآن على الإطلاق أو لا يتناولها بقدر كاف من التفصيل. ونظراً لأهمية السجل المحورية في النجاح العام لعملية إصلاح قانون المعاملات المضمونة فإن من المستصوب إعداد نص بشأن التسجيل يستكمل الفصل الرابع من الدليل على نحو جوهري.

٥٠- وفي دول كثيرة نجد أن أشيع أنماط سجلات حقوق الملكية هو نمط سجل الأراضي الذي يختلف اختلافاً شاسعاً من حيث غرضه وهيكله عن نمط سجل الإشعارات الموصى به في الدليل فيما يخص الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة. لذا من المحتمل، في ظل عدم وجود إرشادات أكثر تحديداً بشأن وظيفة السجل وهيكله، أن تُستنسخ دون داع سماتُ نمط سجل الأراضي وإجراءاتُه في نظام سجل الحقوق الضمانية مما ينال من كفاءة هذا النظام ومن فعاليته. فهذا النظام ينطوي مثلاً على اختلاف رئيسي في دور موظفي السجل الذين لا يعملون حراساً كما هو الحال في نظام سجل الأراضي وإنما يعملون أساساً كإداريين داعمين من أجل تيسير عمليات تسجيل الإشعارات والبحث في السجل دون تدخل رسمي. أضف إلى ذلك أن نمط سجل الإشعارات يتيح بسهولة، خلافاً لمعظم سجلات الأراضي، الاستفادة القصوى من التكنولوجيا الإلكترونية؛ ومن شأن إعداد دليل عن السجلات أن يعطي توجيهات تفصيلية في هذا الصدد.

(١٤) C. v. Bar and E. Clive (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Vol. 6 (2009) pp. 5389-5667.

٥١- وعلاوة على ذلك فحتى إذا نفذت الدولة قانونَ معاملات مضمونة مستنداً إلى توصيات الدليل فإن هذه الدولة ستظل بحاجة إلى معالجة عدد من القضايا التشغيلية والقانونية التي لا يتناولها عادةً قانون المعاملات المضمونة وإنما تتطرّق إليها لوائحُ تسجيل فرعيةٌ أو مبادئ توجيهيةٌ إدارية. وفي غياب إرشادات في هذا الصدد يتعذّر إجراء أي إصلاح ناجع وفعّال لقانون المعاملات المضمونة. وهذا معناه أنه إذا أُعد نصٌ بخصوص التسجيل يتضمن مثلاً مبادئ ومبادئ توجيهية ولوائح بشأن عمليات التسجيل والبحث كان هذا النص مفيداً في إكمال عمل اللجنة بشأن المعاملات المضمونة. ومن المعقول أن نتوقّع أن تجد الدول أن من الأيسر عليها، في ظل وجود مثل هذا النظام الكامل للمعاملات المضمونة، أن تنفّذ قانوناً يستند إلى توصيات الدليل وأن تفعل ذلك على نحو منسق ومتسق يتيح لها أن تستفيد من التنفيذ الناجع لهذا القانون. ثم إن من شأن نص يتحدث عن التسجيل أن يوفّر أيضاً مَوْرِداً قَيِّماً تَنْهل منه البرامج التثقيفية العملية والبرامج التدريبية الموجهة إلى إداريي مكاتب التسجيل وموظفيها وكذلك إلى رجال المال والأعمال والقانون وغيرهم من مستخدمي نظام السجل.

٣- قابلية التنفيذ

٥٢- إن العمل الذي أنجزته حتى الآن اللجنةُ ومنظماتٌ أخرى، المشار إليه آنفاً، لهو مؤشر جيد على أن من المرجح أن تتمكن اللجنة بنجاح من إعداد نص عن تسجيل الحقوق الضمانية في غضون فترة زمنية معقولة. ولعلّ اللجنة تودّ أيضاً، في معرض بَتِّها في مدى قابلية تنفيذ مثل هذا المشروع، أن تأخذ في حسبانها القضايا التالية التي يلزم تناولها أثناء تنفيذ المشروع.

(أ) أغراض التسجيل

٥٣- يمكن لنص يتحدث عن التسجيل أن يناقش أغراض تسجيل إشعار بحق ضماني في سجل حقوق ضمانية عام؛ مستنداً في ذلك إلى شتى فصول الدليل.

(ب) استمارات التسجيل

٥٤- يمكن لنص يتحدث عن التسجيل أن يناقش بقدر من التفصيل المحتوى الإلزامي الأدنى لإشعار الحق الضماني الواجب تسجيله وأيَّ محتوى اختياري إضافي لهذا الإشعار. وبوسع هذا النص أن يستفيد في هذا الصدد من تعليقات الدليل وأن يذهب أبعد من ذلك فيتضمن، مثلاً، عينة من استمارات التسجيل.

(ج) عملية التسجيل والبحث

٥٥- يمكن لنص يتحدث عن التسجيل أن يناقش قضايا تتعلق بعملية التسجيل والبحث، ومنها مثلاً: (أ) ما إذا كان يجب أن يقدَّم الإشعار في شكل ورقي أو إلكتروني أو ما إذا كان ينبغي السماح بكليهما؛ (ب) وما إذا كان يتعين على الباحث أن يقدم استفساره البحثي في شكل ورقي أو إلكتروني أو ما إذا كان ينبغي إتاحة كليهما؛ (ج) والسبيل المناسب لتحديد هوية المانح لأن مُحَدِّد هوية المانح هو معيارُ التسجيل والبحث الرئيسي؛ (د) والسبيل المناسب لوصف الموجودات المرهونة، خاصة بقدر ما يكون هذا الوصف معيارَ تسجيل وبحث تكميلياً فيما يخص بعض أنواع المعاملات؛ (هـ) وأنماط الوصول إلى السجل بغرض التسجيل والبحث فيه. وصحيح أن الدليل يتناول كثيراً من هذه القضايا، إن لم يكن يتناولها كلها، إلا أن بوسع نص يتحدث عن التسجيل أن يقطع شوطاً أبعد بأن يسهب في تناولها فيضرب أمثلةً أكثر تحديداً وتفصيلاً ويسرد لوائح نموذجية أو مبادئ إدارية.

(د) فعالية التسجيل

٥٦- يمكن لنص يتحدث عن التسجيل أن يناقش المسائلَ المتعلقة بفعالية التسجيل القانونية ووجهَ الصلة بين تلك المسائل والتصميم التقني لنظام السجل؛ ومن هذه المسائل ما يلي: (أ) ما إذا كان ينبغي السماح بالتسجيل المسبق وكيفية إنفاذه؛ (ب) وما إذا كان ينبغي السماح بإجراء تسجيل واحد لعدة اتفاقات ضمانية متتالية وكيفية إنفاذه؛ (ج) والوقت الذي يصبح عنده التسجيل نافذاً من الناحية القانونية، مع مراعاة الطريقة التي يتبعها النظام في عرض التسجيلات ومعالجتها؛ (د) والأثر القانوني لما يلحق بالتسجيلات من عمليات تعديل وشطب غير مأذون بها، والإجراءات الإدارية والتقنية اللازمة للتعامل مع عواقب تلك العمليات ولإعادة الصلاحية إلى التسجيلات؛ (هـ) وتحديد ما يشكل وصفاً وافياً للموجودات المرهونة، وأثر عمليات الخطأ أو الحذف في المفردات المسجلة. ونكرر القول بأن الدليل يتناول كثيراً من هذه القضايا، إن لم يكن يتناولها كلها، لكن إذا أُعد نصٌ يتحدث عن التسجيل فإن من شأن هذا النص أن يسهب في تناولها إسهاباً قَيِّماً.

(هـ) إدارة السجل

٥٧- يمكن لنص يتحدث عن التسجيل أن يناقش المسائل المتعلقة بإدارة السجل وتشغيله، ومن هذه المسائل ما يلي: (أ) تمويل تكاليف استهلال عمل السجل وتكاليف تشغيله؛ (ب) والدور الذي قد يؤدّيه مشغلو القطاع الخاص في إدارة السجل وتشغيله؛ (ج) ودور

الحكومة في إنشاء السجل والإشراف عليه؛ (د) ومسؤولية السجل؛ (هـ) وأمن القيد في السجل (مع التصدي أيضاً للمخاوف المتعلقة بالتسجيلات الزائفة أو المزورة والتغييرات الاحتيالية وكذلك احتمال حدوث عطب في تشغيل السجل)؛ (و) والتوازن اللازم إرساؤه بين الكفاءة التشغيلية وعَولية بيانات السجل وأمنها. ونعود فنقول إن هذه القضايا يتناولها الدليل فعلاً لكن إذا أُعد نصٌ يتحدث عن التسجيل كان من شأن هذا النص أن يوفّر مزيداً من الإرشادات التفصيلية علاوة على تغطية أمور إضافية.

(و) نطاق المعاملات التي يشملها السجل

٥٨- يمكن لنص يتحدث عن التسجيل أن يناقش المسائل المتعلقة بإدارة السجل وتشغيله، ومن هذه المسائل ما يلي: (أ) مدى المعاملات المطلوب تغطيتها؛ (ب) واستبعاد أنواع الرهون الاحتيازية للأدوات الضمانية؛ (ج) واحترام مبدأ "الجوهر أهم من الشكل" عند تحديد سمات الحقوق الضمانية؛ (د) والتعامل مع أدوات تمويل الاحتياز (مثلاً البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية، والإيجار التمويلي، وما يكافئ هاتين الأداتين تشغيلياً)؛ (هـ) والتعامل مع عقود الإيجار الحقيقية الطويلة الأمد، وإحالات المستحقات، والشحنات التجارية، والامتيازات القضائية، والحقوق الضمانية المنشأة بموجب القانون؛ (و) وتنسيق السجلات المتخصصة (مثلاً سجلات الممتلكات غير المنقولة، والسفن، والطائرات، والممتلكات الفكرية). وصحيح أن الدليل يتناول معظم تلك القضايا، إن لم يكن يتناولها كلها، إلا أنه إذا أُعد نصٌ يتحدث عن التسجيل أمكن لهذا النص أن يسهب في تناولها على نحو مفيد.

(ز) نطاقُ السجل الإقليمي

٥٩- يمكن لنص يتحدّث عن التسجيل أن يناقش المسائل المتعلقة بنطاق السجل الإقليمي، ومن هذه المسائل ما يلي: (أ) السياق الذي يمكن أن تنشأ داخله قضايا تنازُع قوانين تتعلق بالتسجيل؛ (ب) وقضايا تنازع القوانين المتعلقةُ بتسجيل الحقوق الضمانية في موجودات مرهونة ملموسة؛ (ج) وقضايا تنازع القوانين المتعلقةُ بالحقوق الضمانية في موجودات مرهونة غير ملموسة. وصحيح أن الدليل يتناول معظم تلك القضايا، إن لم يكن يتناولها كلها، في سياق تنازع القوانين بوجه عام إلا أن من شأن النص الذي يتحدث عن التسجيل أن يركز بوجه خاص على كيفية تطبيق تلك القواعد على القضايا المتعلقة بالتسجيل، وعلى تصميم السجل.

(ح) قضايا إضافية

٦٠- تتضمّن القضايا الإضافية التي قد يكون من المفيد تناولها في نص يتحدّث عن التسجيل قضايا تقنية تتعلق بتصميم السجل وتشغيله، خاصة القضايا التالية: (أ) النسق الهندسي الحاسوبي؛ (ب) وتدريب الموظفين؛ (ج) ومخاطبة زبائن السجل وأفراد الجمهور بوجه عام مخاطبةً وَصُولَةً بغرض تثقيفهم وتوعيتهم؛ (د) وجمع ونشر البيانات بعد تنفيذ السجل؛ (ه) والحاجة إلى بناء قدرة بحثية تطويرية حتى تتسنى الاستجابة للتطورات الجديدة.

(ط) شكل العمل وهيكله

٦١- في حين قد تودّ اللجنة أن تترك للفريق العامل مسألةَ شكل وهيكل أي عمل لاحق بشأن التسجيل فقد تودّ اللجنة أن تعتبر أن هذا العمل يمكن أن يأخذ شكل دليل بشأن تنفيذ سجل حقوق ضمانية. وقد يلبي مثل هذا الدليل الحاجة المشار إليها آنفاً ويثري الدليل فيزيده قيمةً؛ في الوقت الذي قد يكون فيه قابلاً للتنفيذ على نحو معقول. ولعلّ اللجنة تودّ أيضاً أن تسجّل أن مثل هذا الدليل يمكن أن يفضي، عبر الاعتماد على العمل الذي سبق أن بذلته منظمات دولية أخرى والدول التي نفّذت سجلاً على هدي السجل الذي توخاه الدليل وعبر التكامل مع ذلك العمل، إلى معايير دولية دنيا بشأن التسجيل وإجراءات البحث وتصميم السجلات وإدارتها وتشغيلها؛ وبذلك يسهم إسهاماً إضافياً في تحقيق التجانس الدولي بين نظم المعاملات المضمونة.

٦٢- وفيما يخص هيكل مثل هذا الدليل المتعلق بالسجلات فإنه يمكن أن يتضمن تعليقات مصحوبة بتوصيات أو مبادئ توجيهية تتناول مجموعات القضايا المذكورة آنفاً. وقد يكون هذا النص مصحوباً بقائمة مصطلحات تُعرِّف معاني المصطلحات القانونية والتقنية ذات الصلة بالسجل، وبثبت مرجعي يسرد القضايا وتسلسلَ الخطوات التي ينطوي عليها تنفيذ السجل، وبثبت مرجعي يسرد المراجع الأخرى.

٦٣- وعلاوة على ذلك يمكن أن يتضمّن هذا الدليل المتعلق بالسجلات لوائح أو قواعد إدارية نموذجية تقترن بتعليقات تشرح الخيارات والعواقب المتعلقة بالسياسات. ولعلّ اللجنة تود أن تسجل في هذا السياق أن وضع مجموعة لوائح واحدة لا بديل لها ("مقاس واحد يصلح للكل") قد لا يكون أمراً كافياً. فقد تقتضي الضرورة توفير لوائح بديلة تُعَبِّر تعبيراً سليماً عن شتى أنماط تنفيذ السجلات وشتى خيارات السياسات التي تذهب إليها الدول فيما يخص القضايا المطروحة آنفاً. فعلى سبيل المثال يلزم أن تراعي تلك اللوائح، فيما يخص كل

دولة، مدى وجود سجلات أخرى تخص أنواعاً بعينها من الموجودات المرهونة (براءات الاختراع مثلاً) وعلاقة السجل بتلك السجلات الأخرى. وفي حين أن عنصرَ التسجيل الأساسيَّ القائم على مُحَدِّد هوية المانح هو عنصر محوري في السجل المتوخى إنشاؤه لدى كل الدول فمن المحتمل جداً أن يكون هناك تفاوت بين الدول فيما يخص المُحدِّدَ الخاصَ المزمع استخدامه، أو المحددات الخاصة المزمع استخدامها، بشأن هوية المانح (مثلاً استخدام الأسماء أم أرقام تعريف الهوية التي تصدرها الدولة) وأنواعَ الموجودات التي يمكن إعطاؤها رقمَ تسجيل تسلسلياً تكميلياً.

٦٤- كما إن من المحتمل جداً أن يكون هناك تفاوت بين الدول فيما يخص تحديد القواعد القانونية التي تنطبق على السجل؛ بمعنى أن تكون تلك القواعد هي أحكام قانون المعاملات المضمونة أم اللوائح الفرعية أو القواعد الإدارية. فالصعوبات التي تكتنف تعديل القانون الرئيسي في بعض الدول قد تحمل على الاتجاه صوب إدراج معظم القضايا القانونية المتعلقة بالسجل، إن لم يكن كل تلك القضايا، ضمن لوائح قد يكون من الأيسر تعديلها بحيث تستجيب لما يطرأ من تغيرات لاحقة. لكن قد تفضل دول أخرى ترسيخ أهم القواعد، على الأقل، في قانونها الرئيسي؛ وذلك خشية الإفراط في تغيير القواعد مراراً وتكراراً أو خشية قيام من يملكون السلطة التقديرية في تعديل القواعد بإدخال تغييرات غير ملائمة عليها. وهذا معناه أنه سيتعين عرض اللوائح على نحو مرن يتيح إدراجها إما باعتبارها جزءاً من القانون الرئيسي أو باعتبارها مبادئ توجيهية إدارية. كما يتعين على عرض اللوائح أن يراعي الطريقة المثلى التي يمكن بها التكيف مع شتى الأساليب القانونية المستخدمة في شتى التقاليد القانونية.

٦٥- وفي حين أن الدليل المتعلق بالسجلات ينبغي أن يُعبِّر، هو وأية لوائح نموذجية قد يتسنى وضعها، عن توصيات الدليل فقد لا يلزم أن يكون ذلك الدليل أو تلك اللوائح ملحقاً للدليل. إن وضع دليل قائم بذاته بشأن التسجيل يمكن أن يكون عظيم الفائدة بالنسبة للدول التي يهمها تحسينُ سجلاتها الراهنة المتعلقة بالحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة وتحقيقُ التكامل بين تلك السجلات؛ حتى إذا كانت قوانينها الجوهرية تختلف عن القانون الموصى به في الدليل.

٤- الاستنتاجات

٦٦- تُظهر التجربة أنه لا سبيل لإصلاح قانون المعاملات المضمونة إصلاحاً ناجعاً دون إنشاء سجل حقوق ضمانية فعّال وميسّر أمام عموم الناس. كما تظهر التجربة أن الدول كثيراً ما تُضطر إلى استثمار أموال تفوق ما يُفترض أنه ضروري من أجل إنشاء وتشغيل مثل هذا السجل؛ وذلك بسبب الافتقار إلى إرشادات واضحة بشأن عملية تنفيذ السجل وإطاره

القانوني والتشغيلي. إن الدليل، بصفته نصاً عاماً بشأن المعاملات المضمونة، لا يغطي، أو لا يتناول بقدر كاف من التفصيل، العدد الهائل من المسائل القانونية والإدارية والبنيوية التحتية والتشغيلية التي يجب تناولها وحسمها بما يكفل تنفيذ السجل تنفيذاً ناجحاً وناجعاً.

٦٧- لذا، لعلّ اللجنة تود أن تنظر في تكليف الفريق العامل السادس بمهمة إعداد نص بشأن التسجيل باعتبار ذلك أمراً ذا أولوية. فمن شأن هذا النص أن يكمِّل على نحو مفيد عمل اللجنة بخصوص المعاملات المضمونة وأن يزود الدول بإرشادات تمسّ الحاجة إليها فيما يتعلق بإنشاء وتشغيل سجل حقوق ضمانية عام. وفي حين أن الشكل والهيكل المحدّدين لهذا النص يمكن ترك أمرهما للفريق العامل فقد تودّ اللجنة أن تسجّل ما يلي: (أ) يمكن أن يتضمّن النص مبادئ ومبادئ توجيهية وتعليقات وتوصيات ولوائح نموذجية؛ و(ب) يمكن لهذا النص أن يستفيد من العمل الذي بذلته اللجنة بشأن الدليل، وكذلك من العمل الذي أدّته منظمات أخرى، مثل المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير، ومنظمة الدول الأمريكية، ومصرف التنمية الآسيوي، علاوة على النظم القانونية الوطنية التي نفّذت نظم سجلات على هدي السجل المتوخّى في الدليل.