

Distr.: General
17 May 2006
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة التاسعة والثلاثون

نيويورك، ١٩ حزيران/يونيه - ٧ تموز/يوليه ٢٠٠٦

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

الحقوق الضمانية في حقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في
حساب مصرفي وفي العائدات بمقتضى تعهد مستقل وفي الصكوك
القابلة للتداول وفي المستندات القابلة للتداول

مذكرة من الأمانة*

إضافة

المحتويات

الصفحة

٢	أولاً- الحقوق الضمانية في حقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي
٨	ثانياً- الحقوق الضمانية في العائدات بمقتضى تعهد مستقل
١٤	ثالثاً- الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول
١٩	رابعاً- الحقوق الضمانية في المستندات القابلة للتداول

* تأخر تقديم هذه الوثيقة عن الفترة المحددة بعشرة أسابيع قبل بدء الاجتماع بسبب الحاجة إلى إدخال التغييرات التي تقرر إجراؤها أثناء دورة الفريق العامل العاشرة التي عُقدت في نيويورك من ١ إلى ٥ أيار/مايو ٢٠٠٦. وليس ترقيم التوصيات تسلسلياً لأن هذه الوثيقة تتضمن توصيات بشأن الموجودات تحديداً أُخذت من عدة فصول من مشروع الدليل.



أولاً - الحقوق الضمانية في حقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تنظر، في سياق مناقشتها للحقوق الضمانية في حقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي، في التعريفين (و) ("الحساب المصرفي") و(ز) ("السيطرة") (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/JP.27/Add.1). ولعل اللجنة تود أيضاً أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضح أن التعبير "الحساب المصرفي" لا يشمل الحسابات التي تمسكها المصارف المركزية أو مؤسسات الدفع أو المقاصة أو التسوية. وسيوضح التعليق أيضاً أن السيطرة تكون للدائن المضمون لأنه يصبح صاحب الحساب عندما: '١' يُحال حساب موجود إلى الدائن المضمون، و'٢' يتفق الدائن المضمون مع المانح على ضرورة إيداع الأموال في حساب مصرفي يُفتح لاحقاً، و'٣' يكون الدائن المضمون هو صاحب الحساب الوحيد (أي لا يكون مجرد صاحب حساب مشترك).]

إنشاء حق ضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضح أنه، عملاً بالتوصية ٨ (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/JP.26/Add.7)، يجوز إنشاء حق ضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي بواسطة اتفاق بين المانح والدائن المضمون.].

٢٦- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي يكون نافذاً بصرف النظر عن أي اتفاق بين المانح والمصرف الوديع يقيّد بأي شكل من الأشكال حق المانح في إنشاء حق ضماني في حقه في الحصول على سداد الأموال المودعة في الحساب المصرفي. غير أنه لا يتوجب على المصرف الوديع أن يعترف بالدائن المضمون، ولا يُفرض بشكل آخر على المصرف الوديع أي التزام فيما يتعلق بهذا الحق الضماني بدون موافقته.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق على التوصية ٣ (أ) (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/JP.26/Add.7) سيوضح أن الدول المشرعة قد تود أن تأخذ في الحسبان أي تأثير قد تحدثه التوصيات الواردة في هذا الدليل على قانون حماية المستهلك.].

حقوق المصرف الوديع والتزاماته

ميم- ينبغي أن ينص هذا القانون على ما يلي:

(أ) أن إنشاء حق ضماني في حق الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي لا يمس بحقوق المصرف الوديع والتزاماته بدون موافقته؛

(ب) أن حقوق المصرف الوديع في المقاصة لا تُمس بسبب أي حق ضماني قد يكون للمصرف الوديع في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضح أن التوصيتين ميم ونون تُستكملان بالتوصيتين ٧٦ و ٧٧ (من حيث وجود تنازع في الأولوية بين حق ضماني أو حق مقاصة للمصرف الوديع وحق ضماني لشخص آخر) وبالتوصيات ١٠٦ مكرراً و ١٠٧ و ١٠٨ (الإنفاذ تجاه المصرف الوديع).

وسيوضح التعليق أيضاً أن التوصية ميم (ب) لا تتناول التنازع في الأولوية ولكنها تتناول الوضع الذي يكون فيه للمصرف الوديع نفسه حق مقاصة وحق ضماني في حق الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي على حد سواء. وفي هذه الحالة، تنص التوصية ميم (ب) على عدم المساس بحقوق المصرف في المقاصة أو إدراج تلك الحقوق ضمن الحق الضماني للمصرف (أي إنها تظل مستقلة عن الحق الضماني للمصرف).

نون- ينبغي أن ينص القانون على أنه ليس في هذه التوصيات ما يلزم المصرف الوديع بأن:

(أ) يسدّد لأي شخص غير الشخص الذي له سيطرة على الأموال المودعة في حساب مصرفي؛ أو

(ب) يستجيب لطلبات الحصول على معلومات عما إذا كان يوجد اتفاق سيطرة أو حق ضماني لصالحه هو وعما إذا كان المانح يحتفظ بحق التصرف في الأموال المودعة في الحساب.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضح أن التوصية نون لا تؤثر في العلاقة بين المصرف والذبون وفي الحقوق والالتزامات الناشئة عن قانون آخر يحكم الحسابات المصرفية (مثل غسل الأموال والسرية المصرفية).

نفاذ الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة

٤٣- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة أيضا إذا حصل الدائن المضمون على السيطرة فيما يتعلق بحق الحصول على سداد الأموال المودعة في الحساب المصرفي.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أنه، عملا بالتوصية ٣٥ (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/JP.26/Add.5)، يجوز أن يصبح الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي نافذا أيضا تجاه الأطراف الثالثة عن طريق تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام.]

أولوية الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي

٧٦- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي، الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة، تكون له أولوية على الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بأي وسيلة أخرى. وإذا أبرم المصرف الوديع أكثر من اتفاق سيطرة واحد، تحدد الأولوية، فيما بين أولئك الدائنين المضمونين، وفقا للترتيب الذي أبرمت به اتفاقات السيطرة. وإذا كان الدائن المضمون هو المصرف الوديع، تكون للحق الضماني للمصرف الوديع أولوية على أي حق ضماني آخر (بما في ذلك الحق الضماني الذي جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة اتفاق سيطرة مبرم مع المصرف الوديع حتى إذا كان الحق الضماني للمصرف الوديع متأخرا زمنيا) غير الحق الضماني للدائن المضمون الذي اكتسب سيطرة فيما يتعلق بحق الحصول على سداد الأموال المودعة في الحساب المصرفي بأن أصبح صاحب الحساب.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أن الحق الضماني للمصرف الوديع تكون له دائما الأولوية حتى على حق ضماني يكون المصرف الوديع قد سبق له أن أبرم اتفاق سيطرة بشأنه للأسباب التالية: '١' أن الحق الضماني للمصرف الوديع ينبغي أن تكون له نفس أولوية حقه في المقاصة الذي له الأولوية دائما؛ و'٢' أنه إذا لم تكن للحق الضماني للمصرف الوديع الأولوية، فلن يبرم المصرف أي اتفاق سيطرة؛ '٣' يمكن للدائن المضمون أن يسعى دائما للحصول من المصرف الوديع على اتفاق

على إنزال رتبة الأولوية. وسوف يوضح التعليق أيضا أنه، رهنا بشروط اتفاق السيطرة، قد يكون على المصرف الوديع التزام تعاقدى إزاء دائن مضمون بواسطة اتفاق سيطرة بالرغم من أن الدائن المضمون قد لا تكون له الأولوية.

إضافة إلى ذلك، لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن الفريق العامل كان قد اتفق، في دورته العاشرة، على أن مسألة اقتفاء أثر الأموال المودعة في حساب مصرفي ستناقش مع مسألة اقتفاء أثر العائدات (انظر الفقرة ٦٧ من الوثيقة A/CN.9/603). ولعل اللجنة تود أن تتناول تلك المسألة على أساس الأولوية. وسوف يبين التعليق على التوصية ٧٦ أنه، إذا كانت لدائن مضمون سيطرة على حق في الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي، فتكون لحقه الضماني أولوية على الحق الضماني في عائدات نقدية من موجودات مرهونة لدى دائن مضمون آخر تكون مودعة في الحساب المصرفي ذاته، حتى إذا كان الدائن المضمون الآخر قادرا على اقتفاء أثر العائدات إلى الحساب المصرفي. وهذه هي الحالة حتى إذا أصبح الحق الضماني المنازع نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل الحق الضماني الذي يمتلكه الدائن المضمون الذي له السيطرة. [

٧٧- ينبغي أن ينص القانون على أن أي حق للمصرف الوديع في أن يقوم بمقاصة من الحق في الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي على الالتزامات المستحقة للمصرف الوديع على مانح الضمان تكون له (أي حق المصرف الوديع) أولوية على الحق الضماني لأي دائن مضمون غير الدائن المضمون الذي حصل على السيطرة فيما يتعلق بالأموال المودعة في الحساب المصرفي بأن أصبح صاحب الحساب.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أن هذه التوصيات بشأن الأولوية تعني أن الأطراف الثالثة يُفترض فيها أنها تعرف أنه لا يمكنها الاعتماد على حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي كمصدر ضمان رئيسي لتوفير ائتمانات ولا يمكنها أن تفعل ذلك إلا بالحصول من المصرف الوديع على اتفاق بإنزال مرتبة الأولوية أو بقيد الحساب باسمها. وبالتالي، لا يرى أي إشكال في عدم الإعلان عن الحق الضماني. وسيوضح التعليق أيضا أن التوصية ٧٧، خلافا للتوصية ميم (ب)، تتناول التنازعات في الأولوية بين حقوق المقاصة للمصرف الوديع والحقوق الضمانية للأشخاص الآخرين. وفضلا عن ذلك، سيوضح التعليق أن التوصية ٧٧ لا تنشئ أي حقوق مقاصة، وهي مسألة تظل خاضعة لقانون آخر. وعلاوة على ذلك، سوف يوضح التعليق أن الاستثناء الوارد في التوصية ٧٧ يشير إلى دائن مضمون حاز سيطرة بأن أصبح صاحب الحساب الوحيد. وعندما يكون الدائن المضمون صاحب حساب مشترك فحسب، سوف

يظل المانح قادرا على التصرف في الأموال المودعة في الحساب، ومن ثم لن تكون للدائن المضمون السيطرة (انظر تعريف "السيطرة" في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/JP.27/Add.1).

٧٨- وفي حال حصول إحالة للأموال من حساب مصرفي يستهلها المانح، ينبغي أن ينص القانون على أن يأخذ المحال إليه الأموال المودعة في الحساب المصرفي خالية من حق ضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في الحساب المصرفي، ما لم يكن المحال إليه على علم بأن الإحالة تمت على نحو يمثل انتهاكا لشروط اتفاق الضمان. ولا تنتقص هذه التوصية من حقوق الأشخاص الذين تحال إليهم أموال من حسابات مصرفية بموجب قانون غير هذا القانون.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أن التوصيات العامة بشأن الأولوية تنطبق على الحقوق الضمانية في حقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في حسابات مصرفية رهنا بالتوصيات ٧٦ إلى ٧٨. ولعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التوصية ٧٩ (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/JP.26/Add.6) قد تلزم مواءمتها مع التوصية ٧٨ لكي تشير إلى العلم وليس إلى التواطؤ.]

إنفاذ الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي

١٠٦ مكررا- ينبغي أن ينص القانون على أنه، بعد التقصير، أو قبل التقصير. بموافقة المانح، ورهنا بالتوصيتين ميم ونون، يجوز للدائن المضمون الذي له حق ضماني في حق الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي أن يحصل على سداد الأموال أو يُنفذ بطريقة أخرى حقه في سدادها.

١٠٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه، بعد التقصير، أو قبل التقصير. بموافقة المانح، ورهنا بالتوصيتين ميم ونون، يجوز للدائن المضمون الذي له السيطرة فيما يتعلق بحق الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي أن يُنفذ حقه الضماني دون الاضطرار إلى تقديم طلب إلى محكمة أو سلطة أخرى.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أنه، خلافا للدائن المضمون الذي يتوجب عليه أن يُحصل الأموال لاستخدامها في سداد الالتزام المضمون وفقا للتوصية ١١٦ (انظر الوثيقة A/CN.9/611)، يجوز للمصرف الوديع، بصفته دائما مضمونا، أن يستخدم الأموال لسداد الالتزام المضمون مباشرة. وسيوضح التعليق أيضا أن إنفاذ المصرف حقوقه في المقاصة يظل خاضعا لغير هذا القانون.]

١٠٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصيتين ميم ونون، لا يجوز للدائن المضمون الذي ليست له سيطرة فيما يتعلق بأموال مودعة في حساب مصرفي أن يحصل أو يُنفذ بطريقة أخرى الحق الضماني تجاه المصرف الوديع إلا عملاً بأمر من محكمة، ما لم يوافق المصرف الوديع على خلاف ذلك.

القانون المنطبق على الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي

١٣٩- باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٤٠ خلافاً لذلك، ينبغي أن ينص القانون على أن مسائل إنشاء الحق الضماني في حق الحصول على الأموال المودعة في حساب مصرفي، ونفاذ ذلك الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، وأولويته على حقوق المطالبين المنازعين، وحقوق المصرف الوديع وواجباته فيما يتعلق بذلك الحق الضماني، وإنفاذ ذلك الحق الضماني، يحكمها

البديل ألف

قانون الدولة التي ذكر صراحة في اتفاق الحساب أنها الدولة التي يحكم قانونها ذلك الاتفاق، أو قانون آخر إذا كان اتفاق الحساب ينص صراحة على انطباق ذلك القانون الآخر على جميع تلك المسائل. بيد أن قانون الدولة الذي يقرّر بمقتضى الجملة السابقة لا ينطبق إلا إذا كان لدى المصرف الوديع، وقت إبرام اتفاق الحساب، مكتب في تلك الدولة يزاول نشاطاً منتظماً في مجال حفظ الحسابات المصرفية. وينبغي أن ينص القانون أيضاً على أنه إذا تعذر تحديد القانون المنطبق بمقتضى الجملتين السابقتين فيحدد القانون المنطبق بمقتضى القواعد الاحتياطية التي تستند إلى المادة ٥ من اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط.

[ملاحظة إلى اللجنة: يمثل البديل ألف صيغة مختصرة للنهج المتبع في المادتين ٤-١ و ٥ من اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط ("اتفاقية لاهاي الخاصة بالأوراق المالية"). وسوف يتضمن التعليق القواعد الاحتياطية المفصلة الواردة في المادة ٥ من تلك الاتفاقية، مع توضيح كاف لها.]

البديل باء

قانون الدولة التي يوجد فيها مكان عمل المصرف الذي يحتفظ بالحساب المصرفي. وفي حال وجود أكثر من مكان عمل، يُرجع إلى المكان الذي يوجد فيه الفرع الذي يحتفظ بالحساب.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تنظر في القانون الذي يحكم اتفاق السيطرة (انظر الفقرة ٧٧ من الوثيقة A/CN.9/603)، كحكم بديل أو تكميلي. ولعل اللجنة تود أيضا أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أن التوصيات بشأن تأثير قانون الإعسار في القانون المنطبق، وكذلك سائر التوصيات العامة الواردة في الفصل المتعلق بتنزع القوانين (A/CN.9/WG.VI/24)، تنطبق على الحقوق الضمانية في حقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي.]

ثانيا- الحقوق الضمانية في العائدات بمقتضى تعهد مستقل

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود، في سياق مناقشتها لمسألة الحقوق الضمانية في العائدات بمقتضى تعهد مستقل، في التعاريف (ض) ("التعهد المستقل") و(أ) ("العائدات بمقتضى تعهد مستقل") و(ب ب) ("الكفيل/المصدر") و(ج ج) ("المثبت") و(د د) ("الشخص المسمى") و(ه ه) ("السيطرة") (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/27/Add.1).]

إنشاء حق ضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل

٢٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للمستفيد أن يمنح حقا ضمانيا في العائدات بمقتضى تعهد مستقل، حتى إذا لم يكن الحق في السحب بمقتضى التعهد المستقل في حد ذاته قابلا للإحالة بمقتضى القانون والممارسة اللذين يحكمان التعهدات المستقلة. وليس منح حق ضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل إحالة للحق في السحب بمقتضى تعهد مستقل.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أن الجزء الثاني من الجملة الأولى يبين النقطة الهامة التي مفادها أن قابلية إحالة تعهد مستقل هي في حد ذاتها (أي الحق في السحب) لا أهمية لها في الحق في إنشاء حق ضماني في العائدات بمقتضى التعهد المستقل. وسوف يوضح التعليق أيضا أن الجملة الثانية تميز بين الحق في طلب الحصول على سداد بمقتضى تعهد مستقل والحق في الحصول على العائدات بمقتضى تعهد مستقل.]

حقوق كفيل/مصدر التعهد المستقل أو المثبت له أو الشخص المسمى فيه والتزاماته

٢٥ مكررا- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أن حقوق الدائن المضمون في العائدات بمقتضى تعهد مستقل تخضع لما يكفله القانون والممارسة اللذان يحكمان التعهدات المستقلة من حقوق للكفيل/المصدر أو الشخص المسمى وأي مستفيد آخر ذكر اسمه في التعهد أو أحييت حقوق السحب إليه؛

(ب) أن حقوق المحال إليه - المستفيد المستهدف بالتعهد المستقل هي أعلى مرتبة من الحق الضماني في العائدات بمقتضى التعهد المستقل، الذي يُتَحَصَّل عليه من المحيل [أو أي محيل سابق]؛

(ج) أن الحقوق المستقلة التي يتمتع بها الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى أو المحال إليه - المستفيد بمقتضى تعهد مستقل لا يُنْتَقَص منها بسبب أي حقوق ضمانية قد تكون له في العائدات بمقتضى التعهد المستقل، بما في ذلك أي حق في العائدات بمقتضى التعهد المستقل قد ينجم عن إحالة حقوق السحب إلى المحال إليه - المستفيد.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أن الغرض من هذه التوصية هو ضمان أن تكون حقوق حائزي الحقوق المستقلة في السداد، وخاصة الأشخاص المسمين الذين أعطوا أموالا والمحال إليهم - المستفيدين الذين تمت الإحالة إليهم، أعلى مرتبة من حقوق الأشخاص الذين يحيل إليهم المستفيد الأصلي الحقوق في عائدات السحب. وسيوضح التعليق أيضا أن حقوقهم المستقلة متميزة ولا يُنْتَقَص منها بسبب حقوقهم كدائنين مضمونين للمستفيد الأصلي (وبعبارة أخرى، ينبغي عدم الخلط بين وضعيتهم كحائزين محميين لحقوق مستقلة ووضعيتهم كدائنين مضمونين). وعندما يقوم شخص مسمى بإعطاء أموال ويسترد ما دفعه من الكفيل/المصدر، فهو يفعل ذلك استنادا إلى حقوق الاسترداد المستقلة التي يتمتع بها لا بصفته حائزا لحقوق المستفيد.]

٢٥ مكررا ثانيا- ليس الكفيل/المصدر ولا المثبت ولا الشخص المسمى ملزما بالسداد لأي شخص غير المستفيد المسمى أو المحال إليه - المستفيد المعترف به أو الشخص المعترف به الذي تحال إليه العائدات بمقتضى تعهد مستقل.

٢٥ مكررا ثالثا- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا حصل الدائن المضمون على السيطرة فيما يتعلق بالعائدات بمقتضى تعهد مستقل لأنه أصبح شخصا معترفا به كمحال إليه فيما

يتعلق بتلك العائدات، كان من حقه إنفاذ الاعتراف تجاه الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى الذي قام بالاعتراف.

نفاذ حق ضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل تجاه الأطراف الثالثة

٤٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة السيطرة فيما يتعلق بالعائدات بمقتضى التعهد المستقل.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التوصية ٤٩ قد نُفّحت استناداً إلى افتراض مفاده أنه لا ينبغي أن تكون حيازة تعهد مستقل ولا تسجيل إشعار طريقة لتحقيق نفاذ الحق الضماني في حق الحصول على عائدات بمقتضى تعهد مستقل تجاه الأطراف الثالثة. فحيازة التعهد المستقل (حتى وإن كانت في شكل ملموس) لها دور محدود فحسب في الاستخدام المعاصر للتعهدات المستقلة. إضافة إلى ذلك، إذا ما أدرجت الحيازة في هذا الدليل كطريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فستكون هناك حاجة إلى إدراج قواعد معقدة تتناول الأولوية وتنازع القوانين. ومع ذلك، من الجدير بالملاحظة أن الحيازة، وإن لم تكن طريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فهي، من الناحية العملية، توفر حماية للدائن المضمون عندما تقتضي شروط التعهد المستقل إبراز التعهد المستقل في شكله المادي من أجل القيام بسحب بمقتضى ذلك التعهد. وفي هذه الحالة، قد لا يستطيع المستفيد أن يقوم بسحب فعلي دون تعاون الدائن المضمون، وبذلك يستطيع الدائن المضمون أن يتخذ خطوات ليضمن لنفسه السداد (فعلى سبيل المثال، يستطيع الدائن المضمون أن يشترط على المستفيد الحصول على اعتراف يمكن الدائن المضمون من السيطرة قبل تسليم التعهد المستقل وإتاحة إبرازه للكفيل/المصدر أو الشخص المسمى الذي قدّم ذلك الاعتراف).]

أولوية الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل

٦٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل، الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة من خلال السيطرة، تكون له، فيما يتعلق بكفيل/مصدر معيّن أو مثبت أو شخص مسمى وافق على إعطاء أموال بمقتضى التعهد المستقل، أولوية على حقوق جميع الدائنين المضمونين الآخرين الذين لم يجعلوا حقهم الضماني، فيما يتعلق بذلك الشخص، نافذا تجاه الأطراف الثالثة من خلال السيطرة. فإذا تحققت السيطرة بالاعتراف وأصدر شخص اعترافات غير متسقة لصالح أكثر من دائن مضمون واحد،

فتحدّد الأولوية فيما بين أولئك الدائنين المضمونين وفقا للترتيب الذي صدرت به تلك الاعترافات.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أنه، نظرا لكون الطريقة المعتادة لتحقيق السيطرة تتمثل في الحصول على اعتراف فإنه، في حال وجود عدة مسدّدين محتملين (منهم مثلا الكفيل/المصدر والمُثبت وعدة أشخاص مسمّين)، لا تتحقق السيطرة إلا تجاه الكفيل/المصدر (أو المصدرين) أو المُثبت (أو المُثبتين) أو الشخص المسمى (الأشخاص المسمّين) الذي أصدر (أو الذين أصدروا) الاعتراف (أو الاعترافات). ومن ثم، يجب أن تركز قاعدة الأولوية على شخص بعينه، هو المُسدّد. وتوضّح القاعدة الأساسية بشأن الأولوية أن الدائن المضمون الذي له سيطرة على الحق في عائدات السحب من التعهد المستقل له أولوية على الدائن المضمون الذي أصبح حقه الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا. وسوف يوضّح التعليق أيضا أن الكفيل/المصدر يجوز أن يكون عليه التزام تعاقدي إزاء دائن مضمون معترف به حتى وإن لم تكن للدائن المضمون الأولوية.]

إنفاذ حق ضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل

١٠٦- ينبغي أن ينص القانون على أن نفاذ الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل تجاه الأطراف الثالثة (سواء أتحقّق بالسيطرة أم تلقائيا) لا يشكّل شرطا مسبقا لإنفاذ ذلك الحق. ولكن، الحق الضماني تجاه الكفيل/المصدر أو المُثبت أو الشخص المسمى أو المستفيد غير المانع يجب أن يمارس وفقا للتوصيات ٢٥ مكررا و ٢٥ مكررا ثانيا و ٢٥ مكررا ثالثا.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أنه ليس من الضروري أن يتخذ المانع أي إجراء إحالة منفصل لكي يُنفذ الدائن المضمون حقا ضمانيا في حق الحصول على العائدات بمقتضى تعهد مستقل عندما ينشأ الحق الضماني تلقائيا بمقتضى التوصية ١٦. وسيوضح التعليق أيضا أن التوصيات ٢٥ مكررا و ٢٥ مكررا ثانيا و ٢٥ مكررا ثالثا هي التي تحكم أي التزامات على الكفيل/المصدر أو الشخص المسمى تجاه الدائن المضمون. وعلاوة على ذلك، سيوضح التعليق أن الغرض من التوصية ١٠٦ ليس تعطيل أي ترتيبات سابقة للتقصير متفق عليها بين المانع والدائن المضمون يتلقى الدائن المضمون بمقتضاها، قبل تقصير المانع، العائدات بمقتضى تعهد مستقل.]

القانون المنطبق على الحقوق الضمانية في العائدات بمقتضى تعهد مستقل

١٣٨- ينبغي أن ينص القانون على أن: '١' حقوق والتزامات الكفيل/المصدر أو المٌثبت أو الشخص المسمى الذي تلقى طلبا بالاعتراف أو قام، أو قد يقوم، بالسداد أو بإعطاء أموال بطريقة أخرى بمقتضى تعهد مستقل، و'٢' الحق في إنفاذ حق ضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل تجاه الكفيل/المصدر أو المٌثبت أو الشخص المسمى، و'٣' نفاذ الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على المطالبين المنازعين، باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٣٨ مكررا خلافا لذلك، يحكم كلا منها، على نحو منفصل فيما يتعلق بكفيل/مصدر أو مٌثبت أو شخص مسمى معين، قانون الدولة الذي يُحدّد على النحو التالي:

(أ) إذا أصدر الكفيل - المصدر تعهدا مستقلا أو أصدر المٌثبت تأكيدا أو أصدر الشخص المسمى اعترافا ذكر فيه خضوعه لقانون دولة ما فيكون القانون المنطبق هو قانون الدولة المذكورة؛

(ب) إذا لم يحدّد القانون المنطبق بمقتضى الفقرة السابقة، فيكون القانون المنطبق هو قانون الدولة التي يقع فيها فرع الكفيل/المصدر أو المٌثبت أو الشخص المسمى أو مكتبه المذكور في التعهد المستقل الصادر عن الكفيل/المصدر أو المٌثبت أو الشخص المسمى. أما إذا لم يُصدر الشخص المسمى تعهدا مستقلا، فيكون القانون المنطبق هو قانون الدولة التي يقع فيها فرع الشخص المسمى أو مكتبه الذي قام، أو قد يقوم، بالسداد أو قد يعطي أموالا بطريقة أخرى بمقتضى التعهد المستقل.

١٣٨ مكررا- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا أنشئ حق ضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل وجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا نتيجة لكون حق ضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو التزام آخر يكفله التعهد المستقل نافذا تجاه الأطراف الثالثة، فيخضع إنشاء الحق الضماني في العائدات بمقتضى التعهد المستقل ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة لقانون الدولة التي يحكم قانونها إنشاء الحق الضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول أو الالتزام الآخر المضمون ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أن التوصية ١٣٨ تتبع قواعد تنازع القوانين المنطبقة فيما يتعلق بحقوق الكفلاء/المصدرين أو المٌثبتين أو الأشخاص المسمين والتزاماتهم. والاستثناء الوحيد الذي يخرج عن المبدأ الذي تجسده التوصية ١٣٨ هو التوصية ١٣٨ مكررا بشأن المسائل الحدودية المتعلقة بالإنشاء والإنفاذ تجاه

الأطراف الثالثة في الحالات التي ينشأ فيها الحق الضماني أو يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائياً.

وإضافة إلى ذلك، سيوضح التعليق أن كل مصرف (أو مؤسسة غير مصرفية أحياناً) يقوم بأحد هذه الأدوار إنما يتصرف عملاً بقانون المكان الذي يوجد فيه، أي المكان الذي يقع فيه فرع أو مكتبه ذو الصلة (أو القانون الذي يختاره، وهو في العادة قانون الدولة التي يقع فيها فرع أو مكتبه ذو الصلة). وبناء على ذلك، ثمة قوانين مختلفة تحكم المصارف المعنية المختلفة، واختيار قانون ما في تعهد مستقل لا يحكم سوى التزامات ذلك المصدر بالذات (انظر المادة ٢٧ من القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب والمادة ١١٦-٥ (ب) من القانون التجاري الموحد والمادة ٢٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات). وسيوضح التعليق أيضاً أن ما تسعى إليه التوصية ١٣٨ هو توضيح أن أي طلب للاعتراف أو للسداد (بدون اعتراف مسبق) يقدمه دائن مضمون (أو يقدمه المستفيد نيابة عنه) يتعين أن يعالجه فرع المصرف المعني بمقتضى قانونه المحلي.

وتنص التوصية ١٣٨ على أن جميع النزاعات في الأولوية تخضع للقانون الذي يختاره الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى أو قانون الفرع أو المكتب ذي الصلة في حال عدم اختيار أي قانون. ولعل اللجنة تود أن تنظر في المسألتين التاليتين: '١' إذا سدد ذلك الفرع المصرفي المبلغ لذلك الدائن المضمون (أو أعطاه أموالاً)، فينبغي أن ينطبق ذلك القانون ذاته على تنازع أولوية ذلك الدائن المضمون مع الأطراف الثالثة؛ و'٢' إذا جرى السداد للمستفيد وكان التنازع في الأولوية قائماً بين أطراف ثالثة، فينبغي ألا تنطبق التوصية ١٣٨ وأن تنطبق القواعد التكميلية بشأن تنازع القوانين (أي التوصية ١٣٧).

وسيوضح التعليق كذلك ما يلي: '١' أن إنشاء الحق الضماني يخضع للقاعدة العامة بشأن تنازع القوانين الواردة في التوصية ١٣٧ فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة (باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٣٨ مكرراً فيما يتعلق بالإنشاء التلقائي)، و'٢' أن إنفاذ الحق الضماني يخضع للقاعدة العامة بشأن تنازع القوانين الواردة في التوصية ١٤٨، باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٣٨ خلافاً لذلك.]

ثالثاً- الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تنظر، في سياق مناقشتها لمسألة الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول، في التعريفين (ط) ("الممتلكات الملموسة") و(خ) ("الصك القابل للتداول") (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/JP.27/Add.1).

الأطراف والحقوق الضمانية والالتزامات المضمونة والموجودات المشمولة

٣- ينبغي، بوجه خاص، أن ينص هذا القانون على انطباقه على ما يلي:

...

(و) الإحالات التامة للمستحقات، بوجه عام؛

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن الفريق العامل اتفق في دورته العاشرة على أنه، بينما لا ينبغي أن تكون الإحالات التامة للصكوك القابلة للتداول مشمولة بمشروع الدليل، يمكن إدراج مناقشة للمسائل ذات الصلة بذلك في التعليق لصالح الدول التي قد تود أن تتناول الإحالات التامة للصكوك القابلة للتداول بسبب أهميتها في الممارسات المتعلقة بالتمويل (انظر الفقرة ٥٠ من الوثيقة A/CN.9/603).

وفي هذا الصدد، لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضح أن مبادئ قانون المعاملات المضمونة، وإن كان يسهل تطبيقها على الإحالة التامة للسندات الإذنية، وربما أيضاً للكيميالات غير الشيكات، على نحو شبيه بتغطية هذا الدليل للإحالات التامة للمستحقات، فإن تلك المبادئ لا تنطبق انطباقاً جيداً على الإحالات التامة للشيكات. فهذا الموضوع الأخير يغطيه بما فيه الكفاية قانون الصكوك القابلة للتداول وقانون التحصيلات المصرفية.

وسوف يوضح التعليق أيضاً أن الدولة المشترعة التي تود أن توسع نطاق قانونها بشأن المعاملات المضمونة لكي ينطبق على الإحالات التامة للصكوك القابلة للتداول التي هي إما سندات إذنية أو كيميالات (وتوسيع تعريفها للتعبير "الحق الضماني" لكي يشمل حق المحال إليه في تلك المعاملة) قد تود أن تنظر في النص على أن الحق الضماني الذي هو إحالة تامة لذلك الصك القابل للتداول هو نافذ تلقائياً تجاه الأطراف الثالثة عند الإحالة. ومن شأن هذه القاعدة أن تحبّب تعطيل الممارسات المالية الراهنة.

وإضافة إلى ذلك، سوف يوضّح التعليق أنّ المبادئ العامة بشأن الأولوية ستنتطبق فيما يتعلق بأولوية ذلك الحق الضماني.. وعلى الأخص، أنّ المبدأ العام الوارد في التوصية ٦٤ (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/JP.26/Add.6) هو الذي سيسري مع مراعاة الشرط الوارد في التوصية ٧٤. وكما هو الحال فيما يتعلق بالإحالة التامة للمستحق، ينبغي أن يكون الذي يتلقى إحالة تامة لذلك الصك القابل للتداول قادراً على إنفاذ الصك دون الحصول على موافقة المحيل، وذلك بطبيعة الحال رهناً بحقوق المُلزَمين. بمقتضى الصك القابل للتداول على النحو المبين في الفصل المتعلق بالإنفاذ.]

إنشاء حق ضماني في الصك القابل للتداول

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضّح أنه، عملاً بالتوصية ٨ (انظر الوثيقة A/CN.9.WG.VI.WP.26/Add.7)، يجوز إنشاء حق ضماني في صك قابل للتداول باتفاق كتابي، ربما يكون موقعاً عليه، بين المانح والدائن المضمون أو حتى باتفاق شفوي مع نقل حيازة الصك إلى الدائن المضمون. وسوف يوضّح التعليق أيضاً أنّ إنشاء حق ضماني بمقتضى هذه التوصية لن يؤثر في الحقوق التي يُحصل عليها بتظهير الصك القابل للتداول. بمقتضى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول.]

حقوق المُلزَم بمقتضى الصك القابل للتداول والتزاماته

هـ- ينبغي أن ينص القانون على أن الالتزامات والحقوق السارية، فيما بين الدائن المضمون و'١' الشخص المُلزَم بمقتضى الصك القابل للتداول أو '٢' أي أشخاص آخرين يطالبون بحقوق بمقتضى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، يقررها القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول.

نفاذ الحق الضماني في الصك القابل للتداول تجاه الأطراف الثالثة

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضّح أنه، وفقاً للتوصية العامة ٣٥ بشأن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر الوثيقة A/CN.9.WG.VI.WP.26/Add.5)، يجوز أن يصبح الحق الضماني في الصك القابل للتداول نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام. والتوصية هـ تتناول مسألة خاصة.]

واو- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة عن طريق نزع الحيازة يظل نافذا تجاه تلك الأطراف الثالثة لفترة وجيزة قدرها [تحدّد لاحقا] يوما بعد أن يتم التنازل عن الصك القابل للتداول لصالح المانح لغرض إبراز أو التحصيل أو الإنفاذ أو التجديد.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن الدائن المضمون قد يكون عليه أن يعيد الصك القابل للتداول الذي هو مرهون إلى المانح لإبرازه أو تحصيله أو إنفاذه أو تجديده، إذا لم يكن للدائن المضمون ذلك الحق. وسوف يوضّح التعليق أن الدائن المضمون، بإعادته إلى المانح الصك القابل للتداول الذي هو مرهون، لن يكون معرضا لمخاطرة فقدان ضمانه إلا لفترة زمنية وجيزة وإلا عندما لا يكون قد سجل إشعارا بحقه الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام.]

أولوية الحق الضماني في الصك القابل للتداول

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أن التوصيات العامة بشأن الأولوية (انظر الوثيقة A/CN.9.WG.VI.WP.26/Add.6) تنطبق على الأولوية فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول، بينما تتناول التوصيتان ٧٤ و ٧٤ مكررا التنازعات الإضافية في الأولوية.]

٧٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بنزع الحيازة من المانح فيما يتعلق بالصك تكون له الأولوية على الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بأي طريقة أخرى.

٧٤ مكررا- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة غير نزع الحيازة من المانح فيما يتعلق بالصك تكون مرتبته أدنى من مرتبة حقوق أي دائن مضمون أو مشتر أو محال إليه آخر (في معاملة رضائية) يكون إما:

(أ) مؤهّلا كحائز محمي بموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول؛ أو

(ب) حاصلا بطريقة أخرى على حيازة الصك القابل للتداول ومقدّما أموالا بحسن نية ودون أن يعلم أن نقل الصك قد تم انتهاكا لحقوق حائز الحق الضماني.

إنفاذ الحق الضماني في الصك القابل للتداول

١٠٤- ينبغي أن ينص القانون على أن للدائن المضمون الحق بعد التقصير، أو قبل التقصير بموافقة المانح، ورهنا بالتوصية هاء، في أن يحصل الصك القابل للتداول الذي هو أحد الموجودات المرهونة أو يُنفذه على الشخص الملزم بمقتضى ذلك الصك.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن حقوق الإنفاذ التي يتمتع بها الدائن المضمون، تخضع فيما بين الدائن المضمون و'١' الشخص الملزم بمقتضى الصك القابل للتداول، أو '٢' الأشخاص الآخرين الذين يطالبون بحقوق بمقتضى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، للقانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول. كما سيتضمن التعليق المثالين التاليين لأولئك الأشخاص:

(أ) قد يكون الشخص الملزم بمقتضى الصك القابل للتداول ملزماً بالألا يسدد إلا إلى حائز الصك أو إلى شخص آخر يحق له إنفاذ الصك بمقتضى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول؛

(ب) يقرر القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول حق الشخص الملزم بمقتضى الصك في أن يثير دفوعاً إزاء ذلك الإلزام.]

١٠٥- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الدائن المضمون في تحصيل صك قابل للتداول أو إنفاذه بطريقة أخرى يشمل الحق في تحصيل أي حق شخصي أو حق ملكية ضمن سداد الصك القابل للتداول (مثل الكفالة أو الحق الضماني) أو إنفاذ ذلك الحق بطريقة أخرى.

القانون المنطبق على الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة

١٣٦- ينبغي أن ينص القانون على أن إنشاء الحق الضماني في الممتلكات الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على حقوق المطالبين المنازعين هي مسائل يحكمها قانون الدولة التي يقع فيها مكان الموجودات المرهونة، ما لم تنص التوصيتان ١٤٠ و ١٤٢ على خلاف ذلك. أما بشأن الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة التي هي من النوع الذي يُستخدم عادة في أكثر من دولة واحدة، فينبغي أن ينص القانون على أن تلك المسائل يحكمها قانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح. [وفيما يتعلق بالحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة التي هي من النوع المذكور في الجملة السابقة وتخضع لنظام تسجيل للملكية، ينبغي أن ينص القانون على أن تلك المسائل يحكمها قانون الدولة التي يحتفظ بالسجل تحت سلطتها.]

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضح أن عبارة "الممتلكات الملموسة التي هي من النوع الذي يُستخدم عادة في أكثر من دولة واحدة" تشير إلى بضائع متنقلة، كالسيارات. ويشير التعبير ذاته الوارد بين معقوفتين في التوصية ١٣٦ إلى بضائع متنقلة، كالسفن والطائرات.]

القانون المنطبق على نفاذ الحقوق الضمانية في أنواع محدّدة من الموجودات تجاه الأطراف الثالثة من خلال التسجيل

١٤٠- إذا كانت الدولة التي يقع فيها مقر المانح تعترف بالتسجيل كطريقة لتحقيق نفاذ الحق الضماني في صك قابل للتداول وحقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة، فيكون قانون تلك الدولة هو الذي يقرّر ما إذا كان نفاذ الحق الضماني في تلك الموجودات المرهونة تجاه الأطراف الثالثة قد تحقّق من خلال التسجيل بمقتضى قوانين تلك الدولة.

القانون المنطبق على حقوق المانح والدائن المضمون والتزاماتهما

١٤٦- [انظر الوثيقة A/CN.9/611.]

القانون المنطبق على حقوق والتزامات المدين بالمستحق والحال إليه والمُلزَم بمقتضى الصك القابل للتداول أو مُصدر المستند القابل للتداول والدائن المضمون

١٤٧- [انظر الوثيقة A/CN.9/611.]

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضح ما يلي:
١٤٨- أن التوصية ١٤٨ تنطبق على إنفاذ الحق الضماني في الصك القابل للتداول (A/CN.9/WG.VI/WP.24)؛ و٢٠- أن التوصيات المتعلقة بتأثير الإعسار في القانون المنطبق، وكذلك التوصيات العامة الأخرى الواردة في الفصل المتعلق بتنازع القوانين (A/CN.9/WG.VI/WP.24) تنطبق على الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول.]

رابعاً- الحقوق الضمانية في المستندات القابلة للتداول

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تنظر، في سياق مناقشتها لمسألة الحقوق الضمانية في المستندات القابلة للتداول، في التعاريف (ذ) ("المستند القابل للتداول") و(ن ن) ("الحيازة") و(س س) ("المصدر") (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/JP.27/Add.1).

إنشاء حق ضماني في مستند قابل للتداول

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضح أنه، عملاً بالتوصية ٨ (انظر الوثيقة A/CN.9.WG.VI.WP.26/Add.7)، يجوز إنشاء حق ضماني في مستند قابل للتداول باتفاق كتابي، ربما يكون موقعاً عليه، بين المانح والدائن المضمون أو حتى باتفاق شفوي مع نقل حيازة المستند إلى الدائن المضمون. ولصالح الدول المشترعة التي قد تود أن تنظر في تناول مسألة مستندات النقل المتعدد الوسائط، سيوضح التعليق أنه، نظراً لكون تعريف المستند القابل للتداول متروك في مشروع الدليل للقانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول، فإن قابلية مستندات النقل المتعدد الوسائط للتداول متروكة أيضاً لذلك القانون.]

٢٨- ينبغي أن ينص القانون على أن إنشاء حق ضماني في مستند قابل للتداول ينشئ أيضاً حقاً ضمانياً في البضائع المشمولة بذلك المستند، شريطة أن يكون المصدر حائزاً للبضائع، بشكل مباشر أو غير مباشر، وقت إنشاء الحق الضماني في المستند.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضح أن الحق الضماني في البضاعة المشمولة بمستند قابل للتداول يمكن إنشاؤه وفقاً للتوصية ٨ مباشرة فيما يتعلق بالبضائع أو وفقاً للتوصية ٢٨ من خلال إنشاء حق ضماني في المستند القابل للتداول الذي يشمل تلك البضاعة. وسوف يوضح التعليق أيضاً أن التوصية ٢٨ يقصد بها أن تنفي الحاجة إلى إنشاء حق ضماني منفصل في البضاعة المشمولة بمستند قابل للتداول عندما يكون هناك حق ضماني في ذلك المستند. وعلاوة على ذلك، سوف يوضح التعليق أنه لا التوصية ٨ ولا التوصية ٢٨ ولا أي توصية أخرى تؤثر في الحقوق في المستندات القابلة للتداول التي تُحاز بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول.]

حقوق مُصدر المستند القابل للتداول والتزاماته

باء- ينبغي أن ينص القانون على أنه، فيما بين الدائن المضمون والمصدر أو شخص آخر مُلزم بمقتضى المستند القابل للتداول، يقرر القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول حقوق أولئك الأشخاص والتزاماتهم.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علماً بأن هذه التوصية ستدرج في فصل مستقل يتناول حقوق الأطراف الثالثة المُلزَمة والتزاماتها.]

نفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول تجاه الأطراف الثالثة

٤٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في مستند قابل للتداول يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة تسليم الدائن المضمون حيازة المستند.

٤٤ مكرراً- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في مستند قابل للتداول نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، فيكون الحق الضماني المقابل له في البضائع التي يشملها المستند نافذاً كذلك تجاه الأطراف الثالثة. وطالما كان المستند القابل للتداول يشمل البضائع، يمكن جعل الحق الضماني في البضائع نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة تجريد المانح من حيازة المستند.

٤٤ مكرراً ثانياً- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في المستند القابل للتداول الذي جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة تجريد المانح من حيازة المستند يظل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة لفترة وجيزة قدرها [تحدّد لاحقاً] يوماً بعد أن يتم التنازل عن ذلك المستند لصالح المانح أو شخص آخر لغرض بيع البضائع التي يشملها المستند القابل للتداول أو استبدالها أو تحميلها أو تفريغها أو التعامل بها بأي طريقة أخرى في نهاية المطاف.

أولوية الحق الضماني في مستند قابل للتداول

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تحيط علماً بأن التعليق سيوضّح أن التوصيات العامة بشأن الأولوية تنطبق على الحقوق الضمانية في المستندات القابلة للتداول، بينما تتناول التوصيتان ٨٠ و ٨١ تنازعات إضافية بشأن الأولوية.]

٨٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه بينما تكون البضائع في حوزة مُصدر مستند قابل للتداول بشأها، فإن الحق الضماني في تلك البضائع الذي أصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة نتيجة لكون الحق الضماني في المستند القابل للتداول أصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة تكون

له أولوية على حق ضماني آخر في البضائع جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى بينما كانت البضائع مشمولة بالمستند.

٨١- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في المستند القابل للتداول وفي البضائع التي يشملها يخضع للحقوق المنصوص عليها في القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول الخاصة بالشخص الذي حوّل إليه المستند القابل للتداول على النحو الواجب.

إنفاذ حق ضماني في مستند قابل للتداول

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أيضا أن التوصيات العامة بشأن إنفاذ الحقوق الضمانية تنطبق هنا أيضا، بينما تتناول التوصية ١٠٩ مسألة خاصة.]

١٠٩- ينبغي أن ينص القانون على أن للدائن المضمون، بعد التقصير، أو قبل التقصير بالاتفاق مع المانح، ورهنا بالتوصية ياء، أن ينفذ الحق الضماني في المستند القابل للتداول تجاه المصدر أو أي شخص آخر ملزم بمقتضى المستند القابل للتداول.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح أن المصدر ربما يكون ملزما، بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول، بالألا يسلم البضائع إلا إلى حائز المستند القابل للتداول المتعلق بها.]

القانون المنطبق على الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة

١٣٦- [انظر التوصية ١٣٦ تحت الباب ثالثا أعلاه.]

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن الحق الضماني يمكن إنشاؤه في البضائع إما عملا بالتوصية ٨ أو بإنشاء حق ضماني في المستند القابل للتداول الذي يمثل تلك البضائع عملا بالتوصية ٢٨ (انظر أعلاه). وفي كلتا الحالتين، تنص التوصية ١٣٦ على أن إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته يحكمها كلها قانون الدولة التي توجد فيها البضاعة أو المستند، حسب الانطباق. ونظرا لأن البضاعة العابرة والبضاعة المصدرة هي بحكم طبيعتها بضاعة تتحرك من دولة إلى أخرى، ومن ثم قد يكون مكانها في أي لحظة مؤقتا وتصادفيا، فإن التوصية ١٤٢ تنص على طريقة بديلة لإنشاء الحق الضماني في تلك البضاعة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة، وذلك بالرجوع إلى قانون الدولة التي هي المقصد الأخير لتلك البضاعة، شريطة أن تصل البضاعة إلى ذلك المقصد في غضون فترة زمنية

معقولة. وهكذا، فإن التوصية ١٤٢ تتناول المشاكل التي يمكن أن تنجم عن التقييد الصارم بـ "قاعدة مكان الموجودات الملموسة" في سياق البضاعة التي من المؤكد أن مكانها سيتغير نتيجة لجوهر طبيعة المعاملة التمويلية.

ومع ذلك، لعل اللجنة تود أيضا أن تحيط علما بأن الفريق العامل رأى، في دورته العاشرة، أن من طبيعة المعاملة أيضا، في العديد من المعاملات التمويلية التي تُستخدم فيها مستندات قابلة للتداول، أن يتغير مكان المستند القابل للتداول، وهذا هو الحال مثلا فيما يتعلق بسند الشحن الذي قد ينتقل من المحيل إلى المحال إليه ثم إلى الدائن المضمون أو إلى ممول آخر (انظر الفقرة ٦٠ من الوثيقة A/CN.9/603). وإضافة إلى ذلك، لاحظ الفريق العامل أن المستند القابل للتداول، في تلك المعاملات، قد يكون في أي وقت معيّن موجودا في دولة مختلفة عن الدولة التي توجد فيها البضاعة التي يخصّها، بالرغم من أن البضاعة والمستند القابل للتداول سيوجدان في الدولة ذاتها في نهاية المطاف. ومن ثم، أشير في تلك الدورة إلى أن المسألة العملية التي تتناولها التوصية ١٤٢ فيما يتعلق بالبضاعة يمكن أن توجد أيضا فيما يتعلق بالمستندات القابلة للتداول التي تخص تلك البضاعة، وبالتالي يمكن أن تكون هناك مزية ما من توسيع القاعدة الواردة في التوصية ١٤٢ لكي تشمل المستندات القابلة للتداول. وبالتالي، لعل اللجنة تود أن تنظر في توسيع نطاق انطباق التوصية ١٤٢ لكي يشمل المستندات القابلة للتداول. وفي هذا الخصوص، لعل اللجنة تود أيضا أن تضع في اعتبارها أن أولوية الحق الضماني في البضاعة المشمولة بالمستند القابل للتداول هي، بمقتضى التوصيتين ١٣٦ و ١٤٢، خاضعة دائما لقانون المكان الذي يوجد فيه المستند. وإذا كان القانون المنطبق هو قانون دولة اشترعت التوصيات الواردة في هذا الدليل، فإن الحق الضماني في البضاعة التي أصبحت نافذة تجاه الأطراف الثالثة نتيجة لكون الحق الضماني في المستند القابل للتداول أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة ستكون له، بموجب التوصية ٨٠، الأولوية على الحق الضماني في البضاعة الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى. ولعل اللجنة تود أن تلاحظ أيضا أن إنفاذ الحق الضماني في البضاعة أو المستند هو، بمقتضى التوصية ١٤٨، خاضع دائما لقانون الدولة التي يحصل فيها الإنفاذ أو القانون الذي يحكم الاتفاق الضماني (حسب الخيار الذي سيُحتفظ به).

القانون المنطبق على نفاذ الحقوق الضمانية في أنواع محدّدة من الموجودات تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل

١٤٠ - [انظر التوصية ١٤٠ تحت الباب ثالثا أعلاه.]

الحقوق الضمانية في البضائع العابرة والبضائع المصدرة

١٤٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الممتلكات الملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) العابرة أو المراد تصديرها من الدولة التي تكون موجودة فيها وقت إنشاء الحق الضماني يجوز أيضا إنشاؤه وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون دولة المقصد النهائي، شريطة أن تصل تلك الممتلكات إلى تلك الدولة في غضون فترة وجيزة قدرها [تحدد لاحقا] يوما من وقت إنشاء الحق الضماني.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن الحق الضماني في البضائع العابرة والبضائع المصدرة يمكن إنشاؤه وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة، بمقتضى التوصية ١٣٦، وفقا لقانون الدولة التي كانت توجد فيها تلك البضائع وقت إنشاء ذلك الحق، أو، بمقتضى التوصية ١٤٢، وفقا لقانون الدولة التي هي المقصد النهائي لتلك البضائع. وسوف يوضح التعليق أيضا أن قانون دولة المقصد النهائي الذي يحكم الإنشاء والنفذ تجاه الأطراف الثالثة سوف ينطبق حتى في حالة وجود تنازع مع حقوق أنشئت وجُعِلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة أثناء وجود البضائع المصدرة في دولة المنشأ. وإلى جانب ذلك، سوف يوضح التعليق أن القاعدة الواردة في هذه التوصية: '١' تنطبق على الموجودات المرهونة المسافرة سواء أكانت تلك البضائع مشفوعة بما يتصل بها من مستندات قابلة للتداول أم لم تكن مشفوعة بها؛ '٢' لا تنطبق على البضائع المرهونة غير المسافرة، سواء أسافرت المستندات القابلة للتداول المتصلة بها أم لم تسافر؛ '٣' لا تنطبق على المستندات القابلة للتداول التي هي مرهونة، سواء أسافرت أم لم تسافر.]

القانون المنطبق على حقوق المانح والدائن المضمون والتزاماتهما

١٤٦- [انظر الوثيقة A/CN.9/611.]

القانون المنطبق على حقوق والتزامات المدين بالمستحق والمحال إليه والمُلزَم بمقتضى الصك القابل للتداول أو مُصدر المستند القابل للتداول والدائن المضمون

١٤٧- [انظر الوثيقة A/CN.9/611.]

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تحيط علما بأن التعليق سيوضح ما يلي: '١' أن التوصية ١٤٨ تنطبق على إنفاذ الحق الضماني في الصك القابل للتداول (A/CN.9/WG.VI/WP.24)؛ و'٢' أن التوصيات المتعلقة بتأثير الإعسار في القانون المنطبق، وكذلك التوصيات العامة الأخرى الواردة في الفصل المتعلق بتنازع القوانين (A/CN.9/WG.VI/WP.24) تنطبق على الحقوق الضمانية في المستندات القابلة للتداول.]