

Distr.: Limited
11 February 2004*
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)
الدورة الخامسة
نيويورك، ٢٢-٢٦ آذار/مارس ٢٠٠٤

المصالح الضمانية مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	٦٩-١	رابعاً- الإنشاء
٣	٦٥-١	ألف- ملاحظات عامة
٣	٢-١	١- مقدمة
٣	٤١-٣	٢- العناصر الأساسية في الحق الضماني
٣	١٣-٣	(أ) الالتزامات المراد ضمها
٧	٢٩-١٤	(ب) الموجودات التي تُحمّل عبء الضمان الرهني
١٣	٤١-٣٠	(ج) العوائد
١٧	٥١-٤٢	٣- اتفاق الضمان

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



الصفحة	الفقرات	
١٧	٤٢	(أ) الوظائف
١٧	٤٣	(ب) الأطراف
١٧	٤٤-٤٥	(ج) المحتويات الدنيا
١٨	٤٦-٤٩	(د) الشكليات
١٩	٥٠-٥١	(هـ) الآثار
٢٠	٥٢-٥٧	٤- الاشتراطات الامتلاكية
٢٠	٥٢-٥٣	(أ) الملكية أو حق تملك محدود أو الحق في التصرف
٢٠	٥٤-٥٦	(ب) القيود التعاقدية على حق التصرف في الموجودات
٢١	٥٧	(ج) نقل الحيازة، التحكّم، الاشعار، التسجيل
٢١	٥٨-٦٥	٥- وسائل الضمان المستندة إلى حق الملكية
٢٢	٦١-٦٢	(أ) الاحتفاظ بحق الملكية
٢٣	٦٣-٦٤	(ب) نقل حق الملكية وإحالة المستحقات لأغراض الضمان
٢٤	٦٥	(ج) الترتيبات التعاقدية التي لها وظيفة ضمان
٢٤	٦٦-٦٩	باء- الخلاصة والتوصيات

رابعاً - الإنشاء

ألف - ملاحظات عامة

١ - مقدمة

١ - يُعنى هذا الفصل بالمسائل المتعلقة بإنشاء الحقوق الضمانية الرضائية (لا تُذكر في هذا الدليل الحقوق القانونية أو القضائية إلا في سياق تنازع في الأولوية، انظر A/CN.9/WG.VI/9/Add.3، الفقرات ٤٤-٥٣). وقبل تناول المسائل المتعلقة باتفاق الضمان (انظر القسم ألف-٣) والمتطلبات الأخرى الخاصة بالملكية لأجل إنشاء حق ضماني نافذ المفعول (انظر القسم ألف-٤)، يحدد هذا الفصل العنصرين الأساسيين في كلتا الحالتين، وهما الالتزامات المراد ضمها (انظر القسم ألف-٢-أ) والموجودات التي تُحمّل عبء الضمان الرهني (انظر القسم ألف-٢-ب).

٢ - أما المتطلبات الإضافية بشأن نفاذ مفعول حق ضماني تجاه أطراف ثالثة فتُناقش في الفصل السادس الخاص بالأولوية لأنها تتعلق بتصنيف مراتب وأولويات الدائنين ذوي حق ضماني في واحد بعينه من الموجودات. وأما المسائل المتعلقة بنفاذ مفعول حق ضماني في حالة الاعسار فتُناقش في الفصل التاسع الخاص بالاعسار.

٢ - العناصر الأساسية في الحق الضماني

(أ) الالتزامات المراد ضمها

١٤٠ العلاقة بين الضمان والالتزام المضمون

٣ - تُعد الحقوق الضمانية تابعة للالتزام الذي تضمنه ومتوقفة عليه. وهذا يعني أن صحة وشروط اتفاق الضمان تتوقف على صحة وشروط الاتفاق المنشئ للالتزام المضمون. وبوجه خاص، بالنسبة إلى معاملات القروض الدوّارة التجدد، يكون الحق الضماني تبعياً بمعنى أنه في حين يمكن أن يضمن سلفاً آجلة تُقدم مستقبلاً وتغيّرات في الالتزامات (انظر الفقرة ١٢)، لا يمكن إنفاذه إذا لم يكن ثمة سلفة على القرض، ولا يمكن أن يتجاوز مقدار الالتزام المدان به في وقت الإنفاذ.

٢٤ التقييدات

٤ - في بعض البلدان، قد تتعلق حقوق الضمان غير الحيازية بأنواع معينة فقط من الالتزامات المبينة في التشريع (مثل القروض لشراء سيارات أو القروض لمزارعين). وفي بعض البلدان الأخرى التي لديها نظام تقنين عام للحقوق الضمانية الحيازية فقط أو للحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية على حد سواء، لا توجد تقييدات من هذا القبيل. ومثل هذا النهج الشامل ينطوي على امكانات لنشر المنافع الرئيسية المستمدة من تقديم التمويل المضمون للأطراف (أي زيادة امكانية اتاحة قروض الائتمان وبتكلفة أقل) لتشمل طائفة واسعة من المعاملات. اضافة إلى ذلك فإن هذا النهج يعزز اليقين والاتساق والمساواة في المعاملة بين جميع المدينين والدائنين المضمونين. وبقدر ما تكون هذه النظم الخاصة ضرورية لأسباب اجتماعية اقتصادية معينة، يتسنى التقليل إلى أدنى حد من الآثار المناوئة إذا ما أنشئت نظم من هذا القبيل بطريقة واضحة وشفافة، وقُيدت بجعلها مقصورة على طائفة ضيقة من المعاملات.

٣٤ أصناف الالتزامات

أ- الالتزامات النقدية وغير النقدية

٥ - يجوز ضمان الالتزامات النقدية والالتزامات غير النقدية القابلة لتحويلها إلى التزامات نقدية كليهما.

ب- نوع الالتزام

٦ - ما لم يكن هناك نظام تقنين خاص للحقوق الضمانية في أنواع معينة من الالتزامات (مثلاً لأجل قروض من مقرض بضمان رهون)، ليس من الضروري ادراج قائمة في التشريع تشمل جميع أنواع الالتزامات التي يمكن ضمانها. ذلك أنه لا يمكن اعداد قائمة حصرية شاملة. بيد أن أي قائمة ارشادية ستشمل نمطياً الالتزامات الناشئة عن قروض وعن شراء بضائع، بما فيه المخزون والمعدات، على الائتمان.

ج- الالتزامات الآجلة والشرطية

٧ - تختلف النظم القانونية بشأن تعريف الالتزامات الآجلة. ففي بعض النظم، الالتزامات الآجلة هي الالتزامات التي لم يتم التعاقد عليها (وهذا هو النهج المتبع في اتفاقية الأمم المتحدة

بشأن احوالة المستحقات في التجارة الدولية؛ انظر المادة ٥ (ب)). وفي بعض النظم الأخرى، تُعامل باعتبارها التزامات آجلة حتى الالتزامات التي تم التعاقد عليها لكنها لم تستحق بعد في وقت إبرام اتفاق الضمان (لأن القرض لم يُسلف بعد، أو لأن القرض يشتمل على تسهيلات قروض دوارة؛ انظر A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1، الفقرة ٢٤).

٨- والتمييز بين الالتزام الحالي والالتزام الآجل له دلالة مهمة في تلك النظم القانونية، التي تقتضي فيها أسباب تتعلق باليقين وبحمية المدين بأنه لا يجوز أن تكون الالتزامات الآجلة قابلة للضمان، أو لا يجوز ضمانها إلا بمبلغ لا يتجاوز حداً أقصى معيناً. نتيجة لذلك، فإن المدينين، في ولايات قضائية من هذا القبيل، قد لا يستطيعون أن يستفيدوا من معاملات معينة، مثل تسهيلات القروض الدوارة. لكن في بعض النظم القانونية الأخرى، يجوز أن تُضمن الالتزامات الآجلة بحرية. وفي تلك النظم، يكون اتفاق ضمان واحد كافياً ليشمل الالتزامات الحالية والآجلة معاً. ونتيجة لذلك، فإن كل تمديد لفترة الائتمان أو زيادة لمقداره لا يتطلب تعديل الحق الضماني المقابل لذلك أو حتى انشاءه مجدداً، مما له تأثير إيجابي في إمكانية إتاحة القروض الائتمانية وتكلفتها. غير أنه في حين يجوز انشاء حق ضماني في التزام آجل، لا يمكن انفاذ مفعوله إلى أن ينشأ الالتزام عن ذلك الحق ويصبح مستحقاً.

٩- هذا، وإن الالتزامات التي تكون خاضعة لشرط لاحق تُعامل باعتبارها التزامات حالية، في حين أن الالتزامات التي تكون خاضعة لشرط سابق تُعامل عادة باعتبارها التزامات آجلة.

٤' الوصف

أ- الوصف المحدد والحد الأقصى للمبلغ

١٠- في بعض النظم القانونية، من الضروري أن يعتمد الأطراف إلى وصف الالتزامات المضمونة في اتفاقهم بعبارة محددة أو وضع حد أقصى لمبلغ الالتزامات المضمونة. والافتراض الذي يؤخذ به في هذا الصدد هو أن إيراد مثل هذا الوصف أو الحد هو لصالح المدين، حيث إن من شأنه أن يحميه من فرط المديونية، وأن يتيح له الخيار في الحصول على ائتمان إضافي من طرف آخر. بيد أن الاشتراطات من هذا القبيل قد تفضي إلى الحد من مقدار الائتمان المتاح، وبالتالي إلى زيادة تكلفة الائتمان. ولا بد من القول على وجه الخصوص أن الحدود التقييدية بشأن المبلغ المراد ضمانه المفروضة بموجب القانون تكون تحكّمية على نحو لا يمكن اجتنابه، ولا يمكن أن تلي احتياجات كل مدين بمفرده، ولسوف تحتاج إلى تعديل دورياً لأن من شأنها أن تصبح قديمة العهد حتماً.

١١- لكل هذه الأسباب، لا يشترط كثير من النظم القانونية إيراد أوصاف محددة بخصوص الالتزامات المضمونة، بل يميز للأطراف التفاوض بحرية على المقدار المراد ضمانه، بما في ذلك جميع المبالغ التي يدين بها المدين للدائن المكفول بضمان (أي "الشروط الخاصة بجميع المبالغ"). وفي تلك النظم القانونية، يجب أن يحدد الالتزام المضمون أو أن يكون قابلاً للتحديد بناء على اتفاق الضمان حيثما يلزم التحديد (كما هي الحالة، على سبيل المثال، عندما يعتمد الدائن المكفول بضمان إلى انفاذ مفعول حقوقه الضمانية). علماً بأن الشروط الخاصة بجميع المبالغ تستند إلى الافتراض القائل بأن الدائن المكفول بضمان لا يستطيع أن يطالب بالحصول من الموجودات المرهونة بأكثر مما هو مستحق له، وبأن من المرجح، إذا ما كان الالتزام مضموناً بالكامل، أن تُعرض على المدين شروط ائتمان أفضل من جانب الدائن المكفول بضمان (انظر أيضاً A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2، الفقرة ٥٣).

ب- التغيرات في مبالغ الالتزام

١٢- في كثير من الأحيان لم تعد المعاملات التمويلية الحديثة تشتمل على سلفة تُقدّم دفعة واحدة فقط في وقت بعينه، بل كثيراً ما يُتوقع فيها تقديم سلف في أوقات مختلفة تبعاً لاحتياجات المدين (ومنها على سبيل المثال، تسهيلات ائتمانية دوارة تُتاح للمدين لشراء مخزون من البضائع؛ انظر A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1، الفقرة ٢٤). ومثل هذا التمويل قد يُنفذ على أساس حساب جارٍ، يتغير رصيده يوميا. فإذا كان مبلغ الالتزام المضمون سيخفّض بمقدار كل دفعة، فإن من شأن ذلك أن يثني المقرضين عن تقديم مزيد من السلف ما لم يُمنحوا ضماناً إضافياً. وهذا أسلوب تنعدم فيه الكفاءة بشدة لأن من شأنه أن يزيد في التكلفة والوقت اللازمين لكي يحصل المدين على البضائع الجديدة اللازمة لتصريف أعماله التجارية.

ج- المبالغ بعملة أجنبية

١٣- يجوز تبين مبلغ الالتزام المضمون بأي عملة. أما في حال تخلف المدين (أو اعساره) والتصرف في الموجودات المرهونة، فقد يكون من الضروري تحويل عملة العوائد من التصرف في الموجودات المرهونة وذلك لكي يكون كل من الالتزام المضمون والموجودات المرهونة مبيّناً بالعملة نفسها. بيد أن هذه المسألة تُترك في الأحوال النمطية للعقد الذي ينشأ عنه الالتزام المضمون، وللقانون الواجب تطبيقه (مثلاً، في حال عدم وجود اتفاق، يكون الرجحان لسعر الصرف السائد في مكان الانفاذ أو مكان اجراءات دعوى الاعسار).

(ب) الموجودات التي تُحمّل عبء الضمان الرهني

١٤٠ موضوع الحق الضماني

١٤ - قد يكون موضوع الحق الضماني ملكية المدين أو ملكية مانح ضمان آخر، أو حقا محدودا آخر له (أي الحق في الاستعمال أو الاستئجار الشرائي) في الموجودات المرهونة (بما في ذلك الموجودات الآجلة؛ انظر الفقرات ١٦-١٨). وثمة مبدأ معترف به في أكثر النظم القانونية وهو أن المدين لا يستطيع أن يمنح الدائن المضمون حقوقا أكثر مما لدى المدين نفسه أو مما قد يكتسبه في المستقبل. وإلى جانب الممتلكات الملموسة (أي البضائع) فإن الممتلكات غير الملموسة (أي المستحقات وغيرها من الحقوق) أخذت تتنافى أهميتها باعتبارها من مواضع الحقوق الضمانية.

٢٠٠ التقييدات

١٥ - في بعض النظم القانونية، تفرض القوانين الخاصة بأنواع معينة من الحقوق الضمانية غير الحيازية تقييدات بشأن أنواع الموجودات التي يجوز استخدامها كضمان، أو بشأن الجزء من قيمة الموجودات التي يجوز تحميله بعبء الضمان. ومثل هذه التقييدات، التي يُقصد منها عادة حماية المدينين، تمنع المدينين من استخدام كامل قيمة موجوداتهم للحصول على قرض ائتماني. ولذا فإن الضرورة تقتضي توخي العناية في الموازنة بين منافع مثل هذه التقييدات وتأثيرها السلبي أيضا. ومن الأمثلة على التقييدات المسوّغة لأسباب تتعلق بالسياسة العامة، الأجر والمعيشات التقاعدية التي لا يتجاوز مقدارها حدا أدنى معيناً، وكذلك البضائع المنزلية (ما لم تؤمّن هي نفسها سداد ثمن شرائها).

٣٠٠ الموجودات الآجلة

١٦ - يشمل مصطلح الموجودات "الآجلة" كلا الموجودات التي لها وجود من قبل في وقت إبرام اتفاق الضمان، لكنها لا تخص المدين أو مانح ضمان آخر (أو أن المدين أو مانح الضمان الآخر لا يستطيعان التصرف فيها)، والموجودات التي ليس لها أي وجود بعد في تلك اللحظة من الوقت.

١٧ - في بعض البلدان، لا يجوز استعمال الموجودات الآجلة كضمان. وهذا النهج يستند جزئياً إلى مفاهيم فنية في قانون الممتلكات (أي ما هو غير موجود لا يمكن نقله أو تحميله عبء ضمان). وهو يستند أيضاً إلى داع من دواعي القلق من أن السماح بعمليات واسعة النطاق في التصرف بموجودات آجلة قد يؤدي على نحو غير مقصود إلى مديونية مفرطة وإلى

جعل المدين معتمدا اعتمادا فعاليا على دائن واحد، مما يمنع المدين من الحصول على ائتمان مضمون اضافي من مصادر أخرى (انظر الفقرة ٢٤). كذلك تُساق حجة أخرى بشأن عدم السماح بإنشاء حقوق ضمانية في موجودات آجلة، بالقول بأن الامكانية المتاحة لكي يحصل الدائنون غير المكفولين بضمان على الوفاء بمطالباتهم قد تصبح ضئيلة جدا حينذاك. بيد أنه لا ينبغي التدرّع بمفاهيم فنية من قانون الممتلكات لأجل وضع عقبات أمام تلبية الحاجة العملية إلى استعمال موجودات آجلة كضمان بغية الحصول على ائتمان. اضافة إلى ذلك، فإن المدينين التجاريين يستطيعون أن يحموا مصالحهم هم، ولا يحتاجون إلى تقييدات تشريعية على جواز نقل الحقوق في موجودات آجلة. علاوة على ذلك يمكن القول أيضا بأن السماح بتحميل موجودات آجلة عبء الضمان يتيح الامكانية للمدينين من ذوي الموجودات الحالية غير الكافية لكي يحصلوا على ائتمان، مما من شأنه على الأرجح أن يعزز أعمالهم التجارية وأن يفيد جميع الدائنين، بمن فيهم الدائنون غير المكفولين بضمان.

١٨- في بلدان أخرى، يجوز أن يتفق الأطراف على إنشاء حق ضماني في موجودات آجلة. علما بأن التصرف في الممتلكات هنا هو تصرف حالي، لكنه لا يصبح نافذ المفعول بشأن الموجودات الآجلة إلا عندما يصبح المدين أو مانح ضمان آخر مالكا للموجود المالي أو عندما يصبح ذلك الموجود الآجل موجودا فعلا. وهذا النهج تأخذ به اتفاقية الأمم المتحدة بشأن احوالة المستحقات في التجارة الدولية (انظر المادة ٨ (٢) والمادة ٢ (أ)). ذلك أن السماح باستعمال موجودات آجلة كضمان للحصول على ائتمان أمر مهم، وخصوصا لضمان المطالبات التي تنشأ في اطار معاملات القروض الدوارة (انظر الفقرة ١٢) باستخدام مجّمع دوّار من الموجودات. وتشمل الموجودات التي يُطبق عليها هذا الأسلوب موجودات المخزون من البضائع، التي هي بطبيعتها مُعدّة لأن تُباع ولأن تحل محلها غيرها؛ والمستحقات، التي تحل محلها بعد تحصيلها مستحقات أخرى. والمزية الرئيسية في هذا النهج هي أن اتفاق ضمان واحد يجوز أن يغطي مجّمع موجودات متغير ينطبق عليه الوصف الوارد في اتفاق الضمان. وخلافا لذلك، سوف يكون من الضروري الحرص باستمرار على تعديل اتفاقات الضمان أو الدخول في اتفاقات جديدة، وهي نتيجة يمكن أن تؤدي إلى زيادة تكاليف المعاملات وإنقاص مقدار الائتمان المتاح، وخصوصا على أساس تسهيلات الائتمانات الدوارة.

٤٤ الموجودات غير المعينة تحديدا

١٩- في بعض النظم القانونية، يلزم أن تعيّن على التحديد الموجودات التي تُحمّل عبء الضمان الرهني. وفي حين أن القصد من هذا الاشتراط هو حماية المدين من التقييدات المفرطة، فهو يجد أيضا من قابلية اتاحة القروض الائتمانية لأنه قد لا يكون من الممكن ايراد تعيين محدد بخصوص موجودات مثل موجودات المخزون، وكذلك بخصوص المستحقات، بدرجة ما. وبغية معالجة هذه المسألة، استحدثت بلدان كثيرة قواعد تسمح للأطراف بوصف الموجودات التي تُحمّل عبء الضمان بعبارات عامة فحسب. من ثم فإن التعيين المحدد، الذي يُشترط عليه عادة، يُحوّل من فرادى البنود إلى مجموعها الاجمالي، الذي يجب تعيينه على التحديد هو أيضا. وفي بعض النظم القانونية، يكفي حتى ايراد وصف يشير إلى جميع الموجودات، الحالية منها والآجلة (أي "جميع الموجودات المملوكة حاليا والمكتسبة بعد ذلك"). لكن في بعض هذه النظم القانونية، لا يُسمح باللجوء إلى تعيين شامل من هذا القبيل بخصوص جميع الموجودات التي تُحمّل عبء الضمان، فيما يتعلق بموجودات المستهلكين أو حتى بموجودات الأفراد من صغار التجار.

٥٥ ضمان جميع الموجودات

٢٠- في بعض النظم القانونية، وللأسباب نفسها التي لا يجوز بموجبها تحميل عبء ضمان رهني على موجودات آجلة أو موجودات غير معينة تحديدا (انظر الفقرات ١٦-١٨)، لا يُسمح لمدين بأن يمنح ضمنا بجميع موجوداته. وفي بعض النظم القانونية الأخرى، يُسمح للمدينين بأن يمنحوا حقا ضمانيا في جميع موجوداتهم بما لا يتجاوز نسبة مئوية معينة من قيمتها الاجمالية. علما بأن هذه التقييدات، والتي يُقصد منها توفير بعض الحماية للدائنين غير المكفولين بضمان، تؤدي حتما إلى الحد من الائتمانات المتاحة وإلى زيادة تكلفة الائتمانات.

٢١- بغية تعزيز قابلية اتاحة الائتمانات المضمونة، تسمح بعض النظم القانونية بانشاء حق ضماني غير حيازي في جميع موجودات المدين، المملوكة منها وغير المملوكة، والمنقولة وغير المنقولة (مع أنه قد تُطبّق قواعد مختلفة على الضمان في غير المنقولات)، وكذلك الموجودات الحالية والآجلة. وأهم الجوانب الأساسية في مثل هذا الضمان بجميع الموجودات هي أنه يغطي جميع موجودات المدين، وأن للمدين الحق في التصرف ببعض من موجوداته المحملة بعبء الضمان (مثل موجودات المخزون) في أثناء التسيير المعتاد لأعماله التجارية (في حين يمتد نطاق الضمان تلقائيا ليشمل عوائد الموجودات المتصرف فيها). وفي اطار أكثر النظم القانونية، يُعترف بمثل هذا الحق في التصرف في الموجودات المحملة بعبء ضمان دون أن يؤثر

في الحق الضماني. بيد أنه في بعض النظم القانونية يُعتبر قيام المدين بعمليات تصرف في الموجودات المحمّلة عبء ضمان، وإن أذن بها الدائن، أمرا لا يتوافق مع فكرة الحق الضماني.

٢٢- ثمة مسألة ذات صلة بالضمان لجميع الموجودات، وإن تكن متميزة عنه أيضا، هي مسألة الإفراط في الضمانات الرهنية المقدمة، والتي تنشأ في الأحوال التي تتجاوز فيها بقدر بَيّن قيمة الموجودات المحمّلة بعبء الضمانات مقدار الالتزام الضماني. وفي حين أن الدائن المكفول بضمان لا يستطيع أن يطالب بأكثر من الالتزام المضمون مضافا إليه الفوائد والمصروفات (وربما تعويضات عن أضرار)، فإن الإفراط في تقديم الضمانات الرهنية التبعية قد يُحدث مشاكل في هذا الصدد. ذلك أن موجودات المدين قد تُحمّل بأعباء ضمانات إلى حد يجعل من الصعب، أو حتى من المستحيل (على الأقل في حال عدم وجود اتفاق على النزول عن أولويات الديون ومراتبها بين الدائنين) على المدين الحصول على ضمان من مرتبة ثانية من دائن آخر. إضافة إلى ذلك، فإن إجراءات التنفيذ من جانب دائني المدين غير المكفولين بضمان قد تُستبعد، أو على الأقل تزداد صعوبة (ما لم يكن هناك حالة يَتَبَيّن فيها وجود زيادة مفرطة في القيمة). ومن ثم فقد استحدثت المحاكم في بعض البلدان حلا بالجوء إلى اعلان بطلان أي حق ضماني يزيد بقدر فادح عن قيمة الالتزام الضماني المضافة إليها الفوائد والمصروفات والتعويضات عن الأضرار، أو إلى منح المدين حق المطالبة بالإفراج عن ذلك الضمان الزائد. ويمكن تطبيق هذا الحل عمليا، إذا ما تسنى تعيين هامش كاف تجاريا يُمنح للمدين المكفول بضمان، مما قد لا يكون سهلا في جميع الحالات.

٢٣- في بعض البلدان، يتخذ الضمان بجميع الموجودات شكل ما يسمى "رهون المنشآت". وقد يشمل رهن المنشأة جميع الموجودات المالية التي تملكها منشأة ما (بما في ذلك، في بعض البلدان، حتى المنقولات). فقد يشمل، على سبيل المثال، الايراد النقدي، والمخزون الجديد والمعدات، وكذلك الموجودات الآجلة لدى المنشأة، في حين تعفى من الالتزام الموجودات الحالية التي يُتصرف فيها أثناء تسيير الأعمال التجارية المعتاد. والمزية الرئيسية التي ينطوي عليها رهن المنشأة هي أنه يتيح المجال للمنشأة التي لها قيمة بأجمعها أكثر من غيرها للحصول على ائتمانات أكثر بتكلفة أدنى. كما أن من السمات المثيرة للاهتمام في بعض أشكال رهن المنشأة هي أنه يمكن تعيين مدير لشؤون المنشأة، لدى انفاذ مفعول هذا الرهن من جانب الدائن المكفول بضمان، ولدى تنفيذه من جانب دائن آخر. وهذا قد يساعد على اجتناب التصفية، وعلى تيسير إعادة تنظيم المنشأة، مع ما ينجم عن ذلك من آثار نافعة للدائنين والقوة العاملة والاقتصاد عموما. ولكن من ناحية الممارسة العملية، قد يعمد مدير الشؤون الذي يعينه الدائن المكفول بضمان إلى محاباة ذلك الدائن المكفول بضمان نفسه.

وقد يتسنى تخفيف حدّة هذه المشكلة بقدر ما اذا ما تولت تعيين مدير الشؤون والاشراف عليه محكمة أو أي سلطة أخرى. علما بأن هذه السمة في رهن المنشأة من الجائز أن تُوسّع على نحو مفيد بحيث تشمل الضمان بجميع الموجودات، بمعنى أنه يمكن تعيين مدير الشؤون إما باتفاق بين المدين والدائن المكفول بضمان، وإما من جانب المحكمة ويكون مسؤولاً عن الانفاذ في نطاق حالة الاعسار وخارج نطاقها أيضاً. [ملحوظة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما اذا كان ينبغي لمدير الشؤون المشار إليه أن يتصرف بحسب مصلحة الدائن المكفول بضمان أو بحسب مصلحة جميع الدائنين (انظر A/CN.9/543، الفقرة ٩٨).]

٢٤- غير أن رهون المنشآت قد تنطوي على بعض المساوئ المعيّنة، في الممارسة العملية. إحدى هذه المساوئ أن الدائن المكفول بضمان عادة ما يكون هو، أو يصبح، الطرف الرئيسي، أو حتى الوحيد حصراً الذي يقدم الائتمانات للمنشأة، وقد يؤثر ذلك في المنافسة فيما بين مقدمي الائتمانات، ومن ثم يؤثر سلباً في امكانية اتاحة الائتمانات وتكلفتها بحيث يكون الدائنون الآخرون غير محميين (مع أن ذلك لا يحول بالضرورة دون حدوث المنافسة لأن مقدّم ائتمانات رئيسياً واحداً بمفرده قد يعرض شروطاً ائتمانية ذات مزية تنافسية على وجه الخصوص). وبغية معالجة هذه المشكلة، لجأ بعض البلدان إلى فرض تقييدات على نطاق رهون المنشآت، بالحفاظ على نسبة مئوية من قيمة المنشأة لأجل الدائنين غير المكفولين بضمانات في حالة الاعسار. بيد أن هذه التقييدات قد يكون لها تأثير مناوئ على امكانية اتاحة الائتمانات، من خلال التقليل فعلاً من مقادير قيمة الموجودات المتاحة لاستخدامها ضماناً (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6، الفقرة ٣٤). ومن المساوئ الممكنة الأخرى في رهون المنشآت هي أنه، في الممارسة العملية، قد يخفق حائز الرهن في القيام بالمراقبة الكافية على أنشطة الأعمال التجارية التي تضطلع بها المنشأة، وفي المشاركة بفعالية في اجراءات إعادة التنظيم لأن المرتهن مكفول بضمان وافر. وبغية موازنة وضعية المرتهن القوية على نحو مفرط، يجوز أن تُمنح المنشأة المدينة حق المطالبة بالافراج عن الضمان المفرط جداً (انظر الفقرة ٢٢).

٢٥- في بلدان أخرى، يتخذ ضمان جميع الموجودات شكل ما يسمى "رهناً عائماً"، وهو لا يعدو أن يكون حقاً ضمانياً محتملاً مع وجود حق للمدين في التصرف في موجودات مرهونة معينة (كالمخزون، مثلاً) في أثناء التسيير الاعتيادي لأعماله التجارية. لكن عمليات التصرف تكون محظورة منذ وقت تخلّف المدين عن الأداء، وحينذاك "يتبلور" الرهن العائم فيصبح رهناً "ثابتاً" نافذ المفعول تماماً. وحينما يميز النظام القانوني انشاء حقوق ضمانية غير

حيازية في جميع موجودات المدين، مع السماح للمدين في الوقت نفسه بالتصرف في بعض من الموجودات في أثناء التسيير الاعتيادي لأعماله التجارية، فلن يكون ثمة حاجة إلى الحفاظ على الصيغة التفسيرية أو المصطلحية الخاصة برهون المنشآت أو الرهون العائمة.

٦٦ المَثَبَات والملحقات والبضائع المدمجة

٢٦- قد يُضمّ موجود منقول إلى موجود غير منقول (فيصبح مَثَبَتًا)، أو في منقول آخر بطريقة لا يفقد فيها ماهيته (فيصبح ملحقا) أو بطريقة يفقد فيها ماهيته (فيصبح مدمجا). وفي كل هذه الحالات، تنشأ مسألة فيما إذا كان الحق الضماني، الذي كان المنقول الأصلي خاضعا له قبل الضم أو الدمج، مصونا.

٢٧- في بعض البلدان، يجوز انشاء حق ضماني في المنقولات التي هي مَثَبَتَات (دون منع انشاء حق ضماني بمقتضى قانون الأملاك العقارية)، أو في الملحقات، أو يجوز أن يستمر في المنقولات التي تصبح مَثَبَتَات أو ملحقات، بصرف النظر عن تكلفة أو صعوبة إزالة الموجود المَثَبَت أو الملحق من الملك الذي رُكِّب فيه، وبصرف النظر عما إذا كان المَثَبَت أو الملحق قد أصبح جزءا لا يتجزأ من ذلك الملك. وفي تلك البلدان، تعد مسألة ما إذا كان يجوز تعيين ماهية المَثَبَت أو الملحق وازالته بسهولة دون ضرر من الملك الذي ضُم إليه، مسألة ذات أهمية وثيقة الصلة بخصوص تقرير الأولوية فيما بين مطالبين متنازعين (انظر الفصل السادس عن الأولوية). أما في بلدان أخرى لا تميز بين الانشاء والأولوية، فهي مسألة خاصة بالانشاء.

٢٨- وأما بخصوص البضائع المدمجة، ففي بعض البلدان، إذا أصبحت الموجودات المرهونة مدمجة مع موجودات أخرى بطريقة تجعل الموجودات المرهونة غير قابلة لتعيين ماهيتها بعد، فيجوز نقل الحق الضماني إلى حق ضماني في المنتج أو الكتلة (بالنسبة إلى أولوية المطالبات المتنازعة في البضائع المدمجة، انظر الفصل السادس عن الأولوية).

٦٧ المسؤولية عن الأضرار التي تسببها الموجودات المرهونة

٢٩- مع أن موضوع المسؤولية عن الأضرار التي تسببها الموجودات المرهونة (نتيجة للاخلال بالعقد أو اساءة) ليست مسألة من مسائل المعاملات المضمونة، فإن من المهم التطرّق اليه لأنه قد يكون له تأثير على قابلية اتاحة الائتمانات وتكلفتها. ومن القضايا المهمة على الخصوص المسؤولية عن الضرر البيئي الذي تسببه الموجودات الخاضعة لحقوق ضمان حيازية أو غير حيازية لأن التبعات النقدية على المقرض والاساءة إلى سمعته قد يتجاوزان بقدر فادح قيمة الموجودات المرهونة. لكن بعض القوانين يعفي صراحة الدائنين المكفولين

بضمان من المسؤولية، في حين أن ثمة قوانين أخرى تقيّد حدود هذه المسؤولية بمقتضى شروط معينة (مثلاً، حيث لا يكون للدائن المكفول بضمان حيازة على الموجود المرهون أو تحكّم به). أما في حال عدم وجود اعفاءات من المسؤولية أو تقييدات عليها من هذا القبيل، فقد تكون المخاطرة التي يُحتمل أن يتعرّض المقرض في تقديم الائتمان عالية جداً. وأما حيث يكون التأمين متاحاً، فإن من شأن ذلك حتماً أن يزيد بقدر جوهري تكلفة الائتمان على المدين.

(ج) العوائد

١٤ مقدمة

٣٠ - عندما يتم بيع الموجودات المرهونة أو تأجيرها أو الترخيص باستعمالها أو تبادلها أو التصرف فيها من نحو آخر، خلال الفترة التي يكون فيها الالتزام الذي تضمنه تلك الموجودات مستحقاً، يتلقى المدين في الأحوال النمطية، مقابل تلك الموجودات، نقوداً أو ممتلكات ملموسة (كالبضائع أو الصكوك القابلة للتداول) أو ممتلكات غير ملموسة (كالمستحقات أو غيرها من الحقوق). ويشار إلى تلك النقود أو غيرها من الممتلكات الملموسة أو غير الملموسة في نظم قانونية عديدة بأنها "عوائد" الموجودات المرهونة. وفي بعض الحالات، قد تولّد عوائد الموجودات المرهونة الأصلية عوائد أخرى عندما يتصرف المدين في العوائد الأصلية مقابل ممتلكات أخرى. ويشار أحياناً إلى تلك العوائد بأنها "عوائد العوائد".

٣١ - في حالات أخرى، قد تولّد الموجودات المرهونة ممتلكات أخرى للمدين حتى من دون التصرف في تلك الموجودات. وقد تشمل تلك الممتلكات، على سبيل المثال، الفوائد المصرفية أو حصص الأرباح المتأتية من الموجودات المالية، والحيوانات المولودة حديثاً والثمار أو المحاصيل. ويشار إلى الممتلكات التي تولّدها الموجودات المرهونة على هذا النحو، في بعض النظم القانونية، بأنها "ثمار مدنية" أو "ثمار طبيعية".

٣٢ - وفي بعض النظم القانونية، ثمة تمييز واضح بين الثمار المدنية أو الطبيعية والعوائد الناجمة عن التصرف في الموجودات المرهونة، وهي تخضع لقواعد مختلفة. وتسويغاً لهذا النهج، كثيراً ما يشار إلى الصعوبة التي تواجه في تبين ماهية العوائد المتأتية من التصرف فيها، وكذلك إلى ضرورة حماية حقوق الأطراف الثالثة في العوائد. ولا تميز نظم قانونية أخرى بين الثمار المدنية أو الطبيعية من جهة وعوائد التصرف من جهة أخرى، وتخضعها معاً للقواعد ذاتها. ومن بين الأسباب المذكورة لتسويغ هذا النهج الصعوبة التي تواجه في التمييز بين كل

من الثمار المدنية أو الطبيعية والعوائد، والقول بأن الثمار المدنية أو الطبيعية والعوائد يتأتى كلاهما من الموجودات المرهونة أو يحل محلها أو قد يؤثر في قيمتها.

٣٣- هذا، ويجب أن يتناول النظام القانوني الذي يحكم الحقوق الضمانية مسألتين متميزتين فيما يتعلق بعوائد التصرف والثمار المدنية أو الطبيعية (يشار إليها فيما يلي مجتمعة باسم "العوائد"، ما لم يشير إلى خلاف ذلك). أما المسألة الأولى فهي ما إذا كان الدائن المضمون يحتفظ بالحق الضماني إذا نُقلت الموجودات المرهونة من مدين إلى شخص آخر في المعاملة التي تولّد العوائد (للاطلاع على مناقشة لهذه المسألة، انظر الفقرة ٦٧ من الوثيقة (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3).

٣٤- وأما المسألة الثانية فتخص حقوق الدائن في العوائد. وينبغي للنظام القانوني الذي يحكم الحقوق الضمانية أن يقدم اجابات واضحة عن عدد من الأسئلة التي تخص حقوق الدائن المكفول بضمان في العوائد (انظر الفقرات ٣٥-٤١).

٢٦ وجود حقوق ضمانية في العوائد

٣٥- يكمن تسويق وجود حق في العوائد في أنه إذا لم يحصل الدائن المكفول بضمان على ذلك الحق، فيمكن أن تسقط حقوقه في الموجودات المرهونة أو تقلص من جراء التصرف في تلك الموجودات، وقد تحبّط توقعاته بتلقي أي إيراد تؤتيه تلك الموجودات. وإذا لم يسمح النظام القانوني بإنشاء حق ضماني في العوائد بناء على التصرف في الموجودات المرهونة، فانه لن يحمي على نحو واف بالغرض الدائن المكفول بضمان من التقصير في الأداء من جانب المدين، ومن ثم سوف تتضاءل قيمة الموجودات المرهونة كمصدر ائتمان. وهذه النتيجة، التي قد يكون لها تأثير سلبي في توافر الائتمان وتكلفته، ستبقى كما هي حتى إذا ظل الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية قائماً بعد التصرف فيها باحالتها إلى طرف ثالث. والسبب في هذه النتيجة يكمن في احتمال أن يزيد نقل الموجودات المرهونة من صعوبة تحديد مكانها ومن ثم حيازتها وأن يزيد من تكلفة الانفاذ وأن يقلل من قيمة الموجودات.

٣٦ الظروف التي يمكن أن تنشأ فيها الحقوق في العوائد

٣٦- في الأحوال النمطية ينشأ الحق في العوائد عندما يتم التصرف في الموجودات المرهونة (لأن العوائد تحل محل الموجودات المرهونة الأصلية باعتبارها موجودات المدين). وفي النظم التي تعامل الثمار المدنية أو الطبيعية بصفتها عوائد، يمكن أن ينشأ حق في تلك العوائد حتى

إذا لم تحصل معاملة فيما يتعلق بالموجودات المرهونة (كحصول الأرباح الناشئة من الأسهم)، لأن ذلك يتوافق مع توقعات الأطراف.

٤٤ الطبيعة الشخصية أو الامتلاكية للحقوق في العوائد

٣٧- إذا كان حق الدائن المضمون في العوائد حقا امتلاكيا، فلن يتكبد الدائن المضمون خسارة بسبب أي معاملة أو حدث آخر، لأن الحق الامتلاكي يكون نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة. من جهة أخرى، قد يتسبب منح الدائن المضمون حقا امتلاكيا في العوائد في إحباط التوقعات المشروعة للأطراف التي تحصل على حقوق ضمانية في تلك العوائد بصفتها موجودات مرهونة أصلية. غير أنه في النظم القانونية التي يميز فيها بين الانشاء والأولية، لا تحدث هذه النتيجة إلا إذا كان للدائن الذي له حق امتلاكي في العوائد على الدائنين الذين لهم حق في العوائد بصفتها موجودات مرهونة أصلية، وتقرر تلك الأولوية على أساس وقت تقديم اشعار بشأن المعاملة لديوان السجل العام. ففي تلك النظم، يجري إخطار المولين المحتملين مسبقا باحتمال وجود حق ضماني في موجودات المقترض المحتمل (بما في ذلك عوائد تلك الموجودات)، ويمكن لأولئك المولين أن يتخذوا التدابير اللازمة لتعيين ماهية العوائد واقتفاء أثرها، ثم الحصول على اتفاقات بشأن إنزال مراتب الأولوية فيما بين الدائنين، حيثما كان ذلك مناسبا.

٥٤ تعيين ماهية العوائد

٣٨- عندما لا يتم ابقاء الممتلكات التي تتكوّن منها عوائد موجودات مرهونة منفصلة عن الموجودات الأخرى لدى المدين، يُطرح سؤال عما إذا كان الحق الضماني في العوائد مصونا. والاجابة عن هذا السؤال تتوقف عادة على ما إذا كانت الممتلكات التي تتكوّن منها العوائد قابلة لتعيين ماهيتها. فالعوائد التي هي على شكل بضائع مستبقة مع موجودات أخرى للمدين يمكن تعيين ماهيتها باعتبارها عوائد على أي نحو يكون كافيا لتقرير أن البضائع هي عوائد. أما عندما تكون البضائع التي هي عوائد مختلطة مع بضائع أخرى على نحو يجعلها تفقد ماهيتها المنفصلة (على سبيل المثال في الصنع والانتاج، كالطحين الذي يصبح جزءا من بضائع معجنات مخبوزة)، فمن الجائز أن ينص النظام القانوني على حق ضماني في المنتج أو الكتلة كبديل عن الحق الضماني في العوائد.

٣٩- وأما إذا كانت الممتلكات التي تتكوّن منها العوائد غير ملموسة (وليس بضائع)، كالمستحقات أو الأرصدة في حسابات ايداع، ولم تُحفظ منفصلة عن موجودات المدين

الأخرى التي هي من النوع نفسه، فمن الجائز تعيين ماهية مثل هذه الممتلكات غير الملموسة باعتبارها عوائد، إذا أمكن اقتفاء أثرها وصولاً إلى الموجودات المرهونة الأصلية، بناءً على قواعد اقتفاء أثر الموجودات المالية. ومن الأمثلة على قواعد اقتفاء الأثر: '١' قاعدة ما يدخل أولاً، يخرج أولاً ("FIFO")، التي تفترض أن أول الممتلكات التي تصبح جزءاً من كتلة مُدمجة هي أول الممتلكات التي تُسحب من الكتلة؛ '٢' قاعدة "ما يدخل آخر، يخرج أولاً"، ("LIFO") التي تفترض أن آخر الممتلكات التي تصبح جزءاً من كتلة مدمجة هي أول الممتلكات التي تُسحب من الكتلة؛ '٣' قاعدة "أدى رصيد وسيط" ("LIBR")، التي تفترض، بقدر الامكان، أن المسحوبات من الكتلة المدمجة ليست هي عوائد من الموجودات المرهونة (بخصوص الأولوية في العوائد، انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3، الفقرات ٦٥-٧٣).

٦٦ أساس الحقوق في العوائد

٤٠- في بعض النظم القانونية، يوسع القانون نطاق الحقوق الضمانية في الموجودات المرهونة ليشمل العوائد وكذلك عوائد العوائد من خلال قواعد تقصير تُطبق في حال عدم وجود اتفاق على خلاف ذلك. وفي نظم قانونية أخرى، لا يوجد هذا الحق القانوني في العوائد، لكنه يجوز للأطراف أن تأخذ حقوقاً ضمانية فيما يتعلق بكل أنواع الموجودات. ففي تلك النظم، يمكن أن تتاح للأطراف الحرية في النص مثلاً على إنشاء حق ضماني في جميع موجودات المدين جوهرياً (النقد والمخزون والمستحقات والصكوك القابلة للتداول والأوراق المالية وحقوق الملكية الفكرية). وعلى هذا النحو، تصبح العوائد نفسها موجودات مرهونة أصلية، ويغطيها الحق الضماني للدائن حتى بلا قاعدة قانونية تنص على منح حق في العوائد تلقائياً. وفي بعض تلك النظم القانونية، يجوز للأطراف أن تتفق على توسيع نطاق بعض الحقوق الضمانية المستندة إلى حق الملكية (كالاحتفاظ بحق الملكية) لكي تشمل العوائد (انظر الفقرة ٣٦ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1، والفقرة ٦١ أيضاً أدناه).

٦٧ عوائد العوائد

٤١- إذا كان هنالك حق في عوائد الموجودات المرهونة، ينبغي أن يشمل ذلك الحق عوائد العوائد. فإذا خسر الدائن المضمون حقه في العوائد حالما تتخذ هذه العوائد شكلاً آخر، أصبح الدائن المضمون عُرضة للمخاطر الائتمانية نفسها كما لو لم تكن هنالك حقوق في العوائد (انظر الفقرة ٣٥).

٣- اتفاق الضمان

(أ) الوظائف

٤٢- قد يؤدي اتفاق الضمان عدة وظائف، ومنها أنه قد: '١' يوفر الأساس القانوني لمنح حق ضماني؛ '٢' يقيم الصلة بين الحق الضماني والالتزام المضمون؛ '٣' ينظم بوجه عام العلاقة بين المدين أو مانح ضمان آخر، والدائن المضمون (للاطلاع على الحقوق السابقة للتقصير في الأداء، انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8؛ وللإطلاع على الحقوق اللاحقة للتقصير في الأداء، انظر الوثيقتين A/CN.9/WG.VI/ و A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5 (WP.9/Add.6)؛ '٤' يقلل إلى أدنى حد مخاطر حدوث منازعات بشأن محتوياته، ومخاطر التلاعب فيه بعد حدوث تقصير. ومع أن اتفاق الضمان يجوز أن يكون اتفاقاً منفصلاً، فهو كثيراً ما يكون وارداً في عقد التمويل الأساسي أو في عقد آخر مماثل له (مثل عقد بيع بضائع على الحساب) بين المدين والدائن.

(ب) الأطراف

٤٣- في معظم الحالات، يُبرم اتفاق الضمان بين المدين بصفته مانح الحق الضماني والدائن بصفته الطرف المضمون. وفي بعض الأحيان، إذا منح شخص ثالث الضمان لصالح المدين، أصبح ذلك الشخص طرفاً في الاتفاق بدلاً من المدين أو إضافة إليه. وفي حالة القروض الكبرى التي يمنحها عدة دائنين جماعياً (وبخاصة في حالة القروض التشاركية التي تمنحها رابطات "سنديكات")، يجوز لطرف ثالث يتصرف بصفة وكيل أو أمين لدى المقرضين أن يجوز الحقوق الضمانية لصالح جميع المقرضين. كما يجوز أن تُصمم اتفاقات الضمان لكي تغطي كلا من هذه الأحوال. وفي حين يفرض بعض النظم تقييدات (مثلاً المنشآت هي فقط التي يجوز لها منح رهون منشآت)، تجيز نظم أخرى للأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين كليهما أن يكونوا أطرافاً في اتفاق ضمان.

(ج) المحتويات الدنيا

٤٤- تختلف النظم القانونية بشأن مقتضيات اتفاق الضمان النافذ المفعول. بيد أنه لا بد لاتفاق الضمان في الأحوال النمطية من أن يعيّن هوية الأطراف وأن يصف بشكل معقول الالتزام المراد ضمانه والموجودات المراد تحميلها عبء الضمان. وسواء أذكرت التشريعات أم لم تذكر هذه المسائل بصفاتها المحتويات الدنيا لاتفاق الضمان، فإن عدم تناولها في اتفاق

الضمان قد يؤدي إلى منازعات بشأن نطاق الموجودات المحملة عبء الضمان والالتزام المضمون، ما لم يتسن تحديد العناصر الناقصة بواسطة وسائل أخرى.

٤٥- ويجوز للأطراف أن توضح في اتفاق الضمان مسائل إضافية، كواجب العناية من جانب الطرف الذي تكون الموجودات المرهونة في حيازته، والقرارات الخاصة بما يتعلق بالموجودات المرهونة. أما في حال عدم وجود اتفاق، فيجوز أن تُطبق قواعد التقصير لتوضيح العلاقة بين الأطراف (للاطلاع على المسائل السابقة للتقصير في الأداء، انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4؛ وللإطلاع على المسائل اللاحقة للتقصير في الأداء، انظر الوثيقتين A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 و A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6).

(د) الشكليات

٤٦- تختلف النظم القانونية فيما يتعلق بالصيغة الشكلية لاتفاقات الضمان ووظيفتها. وعلى وجه الخصوص، لا تشترط بعض النظم القانونية وجود اتفاق ضمان مكتوب، بينما تشترط نظم قانونية أخرى صيغة كتابة بسيطة، أو كتابة موقعة، أو كتابة موثقة، أو مستندا ماثلا صادرا عن محكمة أو مستندا ماثلا آخر (كما في حالة رهون المنشآت). وفي العادة، يؤدي الشكل الكتابي وظيفة تنبيه للطرفين بالعواقب القانونية لاتفاقهما، ووظيفة دليل الإثبات على الاتفاق، وفي حالة المستندات الموثقة يؤدي وظيفة حماية الأطراف الثالثة من الاحتيال في تقديم تاريخ اتفاق الضمان. ويجوز أن يكون الشكل الكتابي أيضا شرطا لنفاذ المفعول بين الطرفين أو تجاه الأطراف الثالثة، أو شرطا لتحديد الأولوية بين أصحاب المطالبات المتنازعين. كما يجوز أن يكون أيضا شرطا للحصول على حيازة الموجودات المرهونة، أو للتدفع باتفاق الضمان في حال انفاذ مفعوله أو تنفيذ مضمونه، أو في حالة الاعسار.

٤٧- وفي بعض النظم القانونية، يلزم التصديق على التاريخ من جانب سلطة عمومية فيما يتعلق بالحقوق الضمانية الحيازية، باستثناء القروض الصغيرة المقدار التي يسمح فيها بإقامة الدليل حتى بواسطة شهود. ومع أن هذا التصديق يجوز أن يتناول أيضا مشكلة الاحتيال في تقديم تاريخ الاتفاق، فهو قد يزيد من مشكلة الوقت والتكلفة اللازمين للمعاملة. وفي نظم قانونية أخرى، يُشترط التصديق على التاريخ أو توثيق اتفاق الضمان فيما يتعلق بأنواع مختلفة من الضمانات غير الحيازية (انظر مثلا المواد ٦٥ و ٧٠ و ٩٤ و ١٠١ من قانون "أوهادا"). وفي بعض تلك النظم، يُشترط هذا التصديق بدلا من الإشهار بواسطة التسجيل.

ولكن، حيثما يكون التسجيل ضروريا، قد لا يكون من الضروري القيام بتصديق إضافي على تاريخ اتفاق الضمان.

٤٨- وحرصا على اختصار الوقت والتكاليف، ينبغي تقليص اشتراطات الشكل الالزامية إلى أدنى حد. فالكتابة البسيطة (بما في ذلك على سبيل المثال، الأحكام والشروط العامة أو سند كمبيالة) يجوز أن تكون كافية، ما دامت تبين بوضوح نية مانح الضمان منح حق ضماني. ويمكن أن تكون في شكل رسالة بيانات الكترونية (أي معلومات منشأة أو رسالة أو متلقاة أو مخزونة بوسيلة الكترونية أو بصرية أو ما يشابهها، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر وسائل تبادل البيانات الكترونيا أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي، انظر المادة ٢ (أ) من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية)، تتضمن سجلا منشأ ومخزونا لكن ليس مرسلا (انظر الفقرة ٣٠ من دليل تشريع القانون النموذجي). وعلى نحو بديل، يجوز أن تُترك هذه المسألة للقانون العام بشأن الالتزامات وللأطراف في اتفاق الضمان.

٤٩- أما بخصوص الضمان بجميع موجودات المدين، أو الحالات التي يمكن فيها أن يُستخدم اتفاق الضمان كسند حق ملكية كاف للتنفيذ (انظر الفقرة ٤٦)، فقد يكون من الضروري اصدار مستند رسمي أكثر من ذلك. وكبديل عن ذلك، قد لا تكون صيغة الكتابة لازمة في هذه الحالة، ولكن سيكون على الدائن أن يتحمل عبء اثبات محتويات اتفاق الضمان وتاريخه.

(هـ) الآثار

٥٠- في بعض البلدان التي لا تكون حقوق الملكية فيها إلا الحقوق التي يمكن التمسك بها تجاه كل الأشخاص، لا يتكوّن الحق الضماني النافذ المفعول بالكامل إلا عند ابرام اتفاق الضمان وانحاز الاجراء الاضافي (تسليم الحيازة، أو الإشعار، أو التسجيل، أو التحكّم؛ انظر الفقرة ٥٧).

٥١- وفي بلدان أخرى، ثمة تمييز بين الآثار فيما بين الطرفين في اتفاق الضمان، والآثار تجاه الأطراف الثالثة. وفي تلك البلدان، يصبح الضمان في حيّز الوجود عند ابرام اتفاق الضمان، ولكنه لا يكون كذلك إلا فيما بين الطرفين المتعاقدين. ويُشترط أن يكون هناك اجراء اضافي لكي يصبح الضمان نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة ويُستخدم كأساس لتقرير الأولوية. والمزية الرئيسية في هذا النهج، أنه بتقديم مفهوم الأولوية يجعل بالإمكان للمدينين أن يعرضوا استخدام الموجودات نفسها كضمان على أكثر من دائن (بكامل قيمة

الموجودات)، ويتيح الامكانية لتصنيف مراتب عدة دائنين (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1، الفقرة ٨ و A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2، الفقرات ٧-١٤).

٤ - الاشتراطات الامتلاكية

(أ) الملكية أو حق تملك محدود أو الحق في التصرف

٥٢ - في أكثر النظم القانونية، يجب أن يكون مانح الضمان (الذي هو في العادة المدين ولكنه يمكن أن يكون طرفاً ثالثاً أيضاً) هو مالك الموجودات المراد رهنها، أو أن يكون له حق تملك محدود في الموجودات (انظر الفقرة ١٤). وفي نظم قانونية أخرى، يكفي أن تكون لمانح الضمان صلاحية التصرف في الموجودات (دون أن تكون له ملكيتها). وفيما يتعلق بالموجودات الآجلة، يكفي أن يصبح مانح الضمان هو المالك أو أن يحصل على صلاحية التصرف في وقت يحين في المستقبل (انظر الفقرات ١٦-١٨).

٥٣ - أما حيثما لا يكون لمانح الضمان ملكية الموجودات أو صلاحية التصرف فيها، فإن السؤال يُطرح عما إذا كان الدائن المضمون يستطيع مع ذلك اكتساب الحق الضماني بحسن نية. ففي بعض النظم القانونية، يكتسب الدائن الحق الضماني إذا كان الاعتقاد بأن لمانح الضمان الملكية أو حق تملك محدوداً أو الصلاحية للتصرف بالموجودات، مدعوماً بمعايير موضوعية تملك (أي أن يكون مانح الضمان مسجلاً بصفته مالك الموجودات المراد رهنها أو حائزاً لها وينقل حيازتها إلى الدائن). وفي بلدان أخرى ثمة عنصر إضافي بأن يكون فيها الدائن قد قدم إلى المدين قرضاً أو هو على وشك أن يقدم إليه قرضاً.

(ب) القيود التعاقدية على حق التصرف في الموجودات

٥٤ - في بعض البلدان، تكون القيود التعاقدية على عمليات التصرف نافذة المفعول من أجل حماية مصالح الطرف الذي يُتفق على التقييد لصالحه. وفي بلدان أخرى لا يكون للقيود التعاقدية على التصرف في الموجودات أي مفعول أو يكون لها مفعول محدود فقط من أجل الحفاظ على حرية مانح الضمان في التصرف في الموجودات، وخصوصاً إذا لم يكن الشخص الذي يكتسب حقاً في أحد الموجودات على علم بالقيود التعاقدية.

٥٥ - هذا، وتتبع اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاحالة نهجاً مماثلاً لدعم جواز نقل المستحقات، لما فيه من مصلحة للاقتصاد كله. فيموجب الفقرة ١ من المادة ٩ من الاتفاقية، تكون الاحالة نافذة المفعول بالرغم من وجود أي قيد تعاقدي على الاحالة متفق عليه بين

الحيل ("المدين" في مصطلح الدليل) والمدين ("مدين الحساب" في مصطلح الدليل). بيد أن مفعول هذا الحكم محدود من ناحيتين. فأولاً، تطبيقه مقصور على المستحقات التجارية المعرفة تعريفاً واسعاً (انظر الفقرة ٣ من المادة ٩)؛ وثانياً، إذا كان هذا التقييد التعاقدية صحيحاً بمقتضى القانون الواجب تطبيقه خارج نطاق الاتفاقية، فإن المادة ٩ لا تبطل صحته فيما بين الحيل والمدين (الفقرة ٢ من المادة ٩). ويكون المدين حراً في المطالبة بتعويضات عن أضرار من الحيل لإخلاله بالعقد، إذا كان لهذه المطالبة وجود بموجب القانون الواجب تطبيقه خارج نطاق الاتفاقية، لكنه لا يجوز له تقديم هذه المطالبات ضد المحال اليه على سبيل المقاصة (انظر الفقرة ٣ من المادة ١٨). إضافة إلى ذلك، فإن مجرد المعرفة بوجود تقييد من جانب المحال اليه ("الدائن المضمون" في مصطلح الدليل) لا يكون كافياً لإبطال العقد الذي ينشأ عنه المستحق المحال (انظر الفقرة ٢ من المادة ٩).

٥٦ - وهذا النهج يروّج معاملات التمويل بالمستحقات حيث إنه يريح المحال اليه (أي الدائن المضمون) من عبء الاضطرار إلى فحص العقود التي نشأت منها المستحقات، من أجل التأكد مما إذا كان نقل المستحقات محظوراً أو خاضعاً لشروط. ولولا ذلك، لاضطر المقرضون إلى فحص عدد قد يكون كبيراً من العقود، وهذا قد يكون باهظ التكلفة بل حتى مستحيلاً (أي كما في حالة المستحقات الآجلة).

(ج) نقل الحيازة، التحكّم، الاشعار، التسجيل

٥٧ - في بعض البلدان، إضافة إلى اتفاق الضمان يلزم القيام بإجراء آخر لكي يُنشأ حق ضماني (نقل الحيازة، والتحكّم، والاشعار، والتسجيل). وفي بعض البلدان الأخرى، يكون اتفاق الضمان كافياً لإنشاء الحق الضماني فيما بين مانح الضمان والدائن المكفول بضمان، في حين يلزم القيام بإجراء إضافي لتنفيذ مفعول الحق الضماني تجاه أطراف ثالثة. وأما ما هو الإجراء الذي ينبغي القيام به فيختلف من بلد إلى آخر، بل حتى داخل كل بلد بمفرده، حسب نوع الحق الضماني المعني (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 و Add.3).

٥ - وسائل الضمان المستندة إلى حق الملكية

٥٨ - ثمة اتفاقات معينة تتعلق بحق الملكية يجوز أن تُستخدم لأغراض الضمان. ومن هذه الوسائل الاحتفاظ بحق الملكية، ونقل حق الملكية لأغراض الضمان، والاحالة لأغراض الضمان، وكذلك معاملات البيع وإعادة البيع، والبيع وإيجار البيع، والاستئجار - الشراء، والإيجار المالي.

٥٩- في النظم القانونية التي توجد فيها قوانين شاملة بشأن المعاملات المضمونة، تُنشأ في العادة وسائل تستند إلى حق الملكية تُستخدم لأغراض الضمان، بالطريقة نفسها التي يُنشأ بها أي حق ضماني آخر (إما يُستعاض عنها بمفهوم موحد للحق الضماني، وإما يُحافظ على مصطلحاتها وشروطها المختلفة مع جعل انشائها وآثارها خاضعة للقواعد الواجب تطبيقها على الحقوق الضمانية). وفي بعض تلك النظم القانونية، وبالنظر إلى أهمية موردي البضائع والمواد بالنسبة إلى الاقتصاد، يُتخذ قرار بمنحها مرتبة أولوية خاصة (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2، الفقرة ٢٢). ومن ثم فإن أي شخص يمول حيازة بضائع يجوز أن يُمنح مثل ذلك الحق، سواء أكان مورداً أو مؤسسة ممولة. ويستند هذا النهج إلى ضرورة الترويج للمنافسة بين موردي البضائع بالائتمان والمؤسسات التمويلية، بالنظر إلى ما تنطوي عليه مثل هذه المنافسة من تأثير مفيد بشأن إمكانية إتاحة الائتمانات وتقليل تكلفتها (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3، الفقرة ٢٩).

٦٠- وفي نظم قانونية أخرى، تُعتبر وسائل الضمان المستندة إلى حق الملكية في جوهرها الحقوق الضمانية غير الحيازية، الوحيدة أو الرئيسية، وتكون خاضعة لقواعد تشريعية وسوابق قضائية مختلفة. لكن تختلف تلك النظم القانونية اختلافاً واسعاً في عدة جوانب. ففي بعض النظم، يكون الاحتفاظ بحق الملكية هو وحده الخاضع لنظام تقنين معين، في حين يكون نقل حق الملكية في البضائع وحالة المستحقات لأغراض الضمان خاضعين للقواعد نفسها التي تحكم إنشاء الحقوق الضمانية.

(أ) الاحتفاظ بحق الملكية

٦١- النظم القانونية التي تعامل وسائل الضمان المستندة إلى حق الملكية باعتبارها وسائل غير ضمانية تختلف اختلافاً واسعاً فيما يتعلق بمقتضيات إنشاء الضمان والأهمية الاقتصادية التي تعزوها هذه النظم لوسيلة الاحتفاظ بحق الملكية. ففي بعض النظم، يُستخدم الاحتفاظ بحق الملكية على نطاق واسع، ويكون نافذ المفعول تجاه جميع الأطراف، في حين لا يُعدّ مهماً في نظم أخرى، ويكون عادة غير نافذ المفعول أو على الأقل تجاه مدير شؤون الاعسار في حالة اعسار المشتري. واحدى النقاط التي تتوافق فيها نظم قانونية كثيرة هي أن مجرد الاحتفاظ بحق الملكية يعامل كوسيلة أصيلة من وسائل استخدام حق الملكية، في حين يُنظر في جميع المبالغ والشروط والعوائد والمنتجات، تعامل شروط الاحتفاظ بحق الملكية باعتبارها وسائل ضمان حقيقية (للاطلاع على مختلف أنواع شروط الاحتفاظ بحق الملكية، انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1، الفقرتين ٣٦ و ٣٧). وثمة نقطة أخرى تتوافق فيها كثير من

النظم القانونية في معاملة الاحتفاظ بحق الملكية كوسيلة أصيلة من وسائل استخدام حق الملكية هي أنه لا يجوز إلا للبائع الاحتفاظ بحق الملكية، في حين لا يجوز لمقرض آخر الحصول على حق الاحتفاظ بحق الملكية إلا إذا تلقى إحالة بالرصيد غير المسدد من ثمن الشراء. علما بأن البلدان التي تتبع هذا النهج ترغب في حماية موردي البضائع بالائتمان علاوة على حماية المؤسسات التي تمول حيازة البضائع، بالنظر إلى أهمية موردي البضائع (الصانعين والموزعين منهم) بالنسبة إلى الاقتصاد وبالنسبة إلى المكانة المهيمنة التي تتمتع بها المؤسسات التمويلية في الأسواق الائتمانية.

٦٢- في بعض النظم القانونية، تُستمد وسيلة الاحتفاظ بحق الملكية من نص شرطي يرد في اتفاقات البيع، التي يمكن إبرامها حتى شفويا أو بالاشارة المرجعية إلى شروط عامة مطبوعة. وفي بعض النظم الأخرى، يجوز أن يلزم حينذاك صيغة كتابية أو تاريخ معين أو حتى تسجيل في هذا الصدد. وفي بعض النظم، إذا ما كانت البضائع الخاضعة للاحتفاظ بحق الملكية مدمجة مع بضائع أخرى، يبطل اللجوء إلى الاحتفاظ بحق الملكية، في حين يحافظ في نظم أخرى قليلة على وسيلة الاحتفاظ بحق الملكية ما دامت البضائع نفسها أو ما يكافئها موجودة في يد المشتري. وفي بعض النظم، يحافظ على وسيلة الاحتفاظ بحق الملكية حتى في حال معالجة البضائع وتجهيزها في منتج جديد أو حتى في حال اندماج العوائد مع موجودات أخرى، في حين لا يمكن تمديد نطاق الاحتفاظ بحق الملكية ليشمل منتجات جديدة أو عوائد مدمجة معا. وفي بعض النظم، يستطيع مشتر جديد أن يكتسب ملكية البضائع إذا كان للمشتري الأولي الحق في إعادة بيع البضائع، في حين يجوز في نظم أخرى للمشتري الجديد أن يكتسب الملكية حتى إن لم يكن للمشتري الأولي الحق في إعادة بيع البضائع، ولكن شريطة أن لا يكون للمشتري الجديد معرفة فعلية بالاحتفاظ بحق الملكية من جانب البائع الأولي. وفي بعض النظم القليلة، تعترف المحاكم بأن المشتري يكتسب توقعاً بحصوله على الملكية، وهو توقع يعامل باعتباره مكافئاً للملكية. ومن ثم فإن للمشتري الحق في إعادة بيع البضائع أو في منح حق ضمان في البضائع (أي ان توقع المشتري الحصول على الملكية يكون جزءاً من حوزة موجودات المشتري في حالة الاعسار).

(ب) نقل حق الملكية وإحالة المستحقات لأغراض الضمان

٦٣- تختلف النظم القانونية بشأن المصطلحات المستخدمة وبشأن مقتضيات إنشاء حق الملكية وآثار عمليات نقله على سبيل الثقة أو بالوكالة، لأغراض الضمان. ففي بعض النظم القانونية يكون نقل حق الملكية كضمان لاغيا تجاه أطراف ثالثة أو حتى بين الطرف ناقل

حق الملكية والطرف المنقول اليه. وفي نظم قانونية أخرى، في حين يكون نقل حق الملكية كضمان نافذ المفعول، فهو لا يُستخدم على نطاق واسع، بالنظر إلى وجود حقوق ضمانية غير حيازية أخرى. وفي معظم النظم القانونية التي تعترف بنقل حق الملكية كضمان، يكون انشاؤه وكذلك آثاره، أو على الأقل آثاره الرئيسية، خاضعا للقواعد نفسها الواجب تطبيقها على معاملات الضمان عموما، أو على الأقل في حالة اعسار ناقل حق الملكية. وفي بعض هذه النظم، يكون التسجيل ضروريا لنقل حق الملكية كضمان لكي يكون نافذ المفعول عموما أو على الأقل تجاه أطراف ثالثة.

٦٤- أما فيما يتعلق بحالة المستحقات، والتي تُستخدم على نطاق واسع، فثمة اتجاه آخذ في التطور يرمي إلى إخضاعها إلى الأحكام نفسها سواء أكانت تنطوي على نقل تام مباشر، أو على نقل تام مباشر لأغراض الضمان، أم على نقل ضمان. وهذا الاتجاه يتجسد في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاحالة (انظر المادة ٢). بيد أن النظم القانونية تختلف بخصوص مقتضيات الاحالة النافذة المفعول. فيشترط بعض النظم القانونية صيغة كتابية أو إشعارا لمدين الحساب. ويشترط بعض النظم القانونية الأخرى صيغة كتابية بشأن نفاذ المفعول بين المحيل والمحال اليه، وتسجيلا بشأن نفاذ المفعول تجاه أطراف ثالثة. كما تختلف النظم القانونية أيضا بخصوص نفاذ مفعول احالات مستحقات آجلة ومستحقات غير معينة على التحديد، وكذلك بخصوص نفاذ مفعول الاحالات التي تتم على الرغم من شروط عدم الاحالة في العقود التي تنشأ منها المستحقات المحالة. واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاحالة تُثبت صحة جميع هذه الأشكال من الاحالة (انظر المواد ٨-١٠).

(ج) الترتيبات التعاقدية التي لها وظيفة ضمان

٦٥- كثيرا ما تؤدي معاملات البيع وإعادة البيع، والبيع وإيجار البيع، والاستثمار - الشراء، والإيجار التمويلي، وظائف ضمان. ففي بعض النظم القانونية، تعامل كوسائل ضمان، في حين تعامل في نظم قانونية أخرى كترتيبات تعاقدية تُنشئ حقوقا شخصية. وفي تلك النظم القانونية التي تعاملها باعتبارها وسائل غير ضمانية، تختلف مقتضيات انشائها وآثار مفعولها اختلافا واسعا.

باء- الخلاصة والتوصيات

٦٦- ينبغي أن يكون من الممكن ضمان جميع أنواع الالتزامات، بما في ذلك الالتزامات الآجلة والمقادير المتغيرة في مبالغ الالتزامات، كما ينبغي أن يكون من الممكن أيضا توفير

ضمان بكل أنواع الموجودات، بما فيها المثبتات والملحقات، وكذلك بالموجودات التي قد لا يملكها المدين أو لا تكون له صلاحية التصرف فيها، أو التي لا تكون موجودة، في وقت انشاء الحق الضماني وعوائد الموجودات المرهونة. وأي استثناءات من هذه القواعد ينبغي أن تكون محدودة ومبينة بوصف واضح في تشريعات المعاملات المكفولة بضمانات.

٦٧- ينبغي أن يكون اتفاق الضمان المنشئ لحق ضماني غير حيازي، في شكل مكتوب. وينبغي أن تشمل الصيغة الكتابية رسالة بيانات، وأن تبين بوضوح نيّة مانح الضمان بمنح حق ضماني. كما ينبغي أن تعيّن هوية الأطراف، وتصف على نحو معقول الالتزام المضمون والموجودات التي تُحمّل بعبء الضمان (لكن لا ينبغي أن تشترط إيراد وصف محدد لكل من الموجودات المرهونة). كذلك لا ينبغي اشتراط صيغة كتابية لأجل الحقوق الضمانية الحيازية. وفي حال عدم الاشتراط على تشكيلات معينة، ينبغي أن يكون على الدائن المضمون عبء اثبات شروط الاتفاق الضماني وتاريخ انشاء الضمان.

٦٨- من الضروري وجود اتفاق بين الدائن المضمون ومانح الضمان وناقل حيازة الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون أو إلى طرف ثالث متفق عليه، لأجل انشاء حق ضماني حيازي.

٦٩- ينبغي أن يكون إبرام اتفاق كافيا لانشاء حق ضماني غير حيازي بين مانح الضمان والدائن المضمون. ويجوز الاشتراط على القيام بإجراء إضافي لكي يصبح الحق الضماني نافذ المفعول تجاه أطراف ثالثة.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يرغب في أن ينظر في تقديم توصيات بشأن الضمان المستند إلى حق الملكية.]