

Distr.: Limited
16 October 2002*
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



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

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
١	٥٤-١	مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة
٢	٥٤-١	ثالثاً- النهج الأساسية بشأن الضمان
٢	٤٧-١	ألف- ملاحظات عامة
٢	٢-١	١- مقدمة
٢	٢٨-٣	٢- الصكوك المصممة تقليدياً من أجل الضمان
٢	٢٣-٣	أ- الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة الملموسة
٩	٢٨-٢٤	ب- الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة غير الملموسة
١١	٤٢-٢٩	٣- استخدام حق الملكية لأغراض الضمان
١١	٣٣-٣٠	أ- إحالة حق الملكية إلى الدائن
١٢	٤٢-٣٤	ب- احتفاظ الدائن بحق الملكية
١٥	٤٧-٤٣	٤- الضمان الشامل الموحد
١٦	٥٤-٤٨	باء- الملخص والتوصيات

* قدمت هذه الوثيقة متأخرة أسبوعين عن فترة الأسابيع العشرة المطلوبة قبل بدء الاجتماع بسبب الحاجة إلى إتمام المشاورات.



ثالثاً - النهج الأساسية بشأن الضمان

ألف - ملاحظات عامة

١ - مقدمة

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

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

٢ - الصكوك المصممة تقليدياً من أجل الضمان

أ - الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة الملموسة

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

٤ - وفي إطار فئة الحقوق الضمانية في المؤسسات، يضع معظم البلدان تمييزاً يستند إلى ما إذا كان يجب أن تحال الموجودات المرهونة إلى حيازة الدائن (أو طرف ثالث) أو ما إذا كان المدين (أو الطرف الثالث) الذي يمنح الضمان يستطيع أن يحتفظ بالحيازة أم لا. ويسمى البديل الأول ضماناً حيازياً (انظر الباب ألف-٢-أ-١) ويسمى البديل الثاني ضماناً غير حيازي (انظر الباب ألف-٢-أ-٢).

١٤ الضمان الحيازي

(أ) رهن الوفاء

٥- أكثر أشكال الضمان الحيازي في الملموسات شيوعاً (وكذلك قدماً)، إلى حد كبير، هو رهن الوفاء. وتستلزم صحة رهن الوفاء أن يقوم المدين (الاشارات إلى المدين ينبغي أن تُفهم على أنها اشارات إلى "الضامن" حيثما يكون طرف ثالث قد منح ضماناً لمصلحة المدين) بالتخلي فعلياً عن حيازة الملموسات المرهونة، وأن تحال هذه الملموسات إما إلى الدائن المضمون أو إلى طرف ثالث يتفق عليه الطرفان (مستودع مثلاً). ويمكن أن يكون الحائز الفعلي أيضاً وكيلاً أو قِيَمًا يحوز الضمان باسم الدائن، أو على الأقل لحسابه، أو باسم اتحاد للدائنين. ويجب أن لا يحدث التجريد اللازم للمدين من الحيازة عند انشاء الحق الضماني فحسب، بل يجب أن يستمر التجريد طوال مدة رهن الوفاء؛ وعادة ما تؤدي إعادة الموجودات المرهونة إلى المدين إلى إنهاء رهن الوفاء.

٦- ولا يستلزم التجريد من الحيازة دائماً، نقل الموجودات المرهونة نقلاً مادياً من مبانى المدين، شريطة أن تستبعد بطرائق أخرى امكانية وصول المدين إلى تلك الموجودات. ويمكن تحقيق ذلك، مثلاً، بتسليم مفاتيح الغرف التي تخزن فيها الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون، شريطة أن يؤدي ذلك إلى منع وصول المدين إلى الموجودات وصولاً غير مأذون به.

٧- ويمكن أيضاً تنفيذ تجريد المدين من الحيازة بتسليم الموجودات المرهونة إلى طرف ثالث أو باستخدام موجودات محازة بالفعل لدى طرف ثالث. ومن الأمثلة على ذلك البضائع أو المواد الخام المخزونة في مستودع أو في خزان طرف ثالث. ويمكن أن يتمثل ترتيب مؤسسي (وأكثر تكلفة) في إشراك شركة "تخزين" مستقلة، تمارس السيطرة على الموجودات المرهونة بصفة وكيل للدائن المضمون. ولكي يكون هذا الترتيب صحيحاً، لا يجوز أن يكون للمدين أي وصول غير مأذون به إلى الغرف التي تخزن فيها الموجودات المرهونة. وعلاوة على ذلك، يجب أن لا يعمل موظفو شركة التخزين لدى المدين (وإذا تم اختيارهم من بين العاملين لدى المدين، بسبب درايتهم، فلا يجوز أن يواصلوا العمل لدى المدين).

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

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

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

١٠- وللضمان الحيازي أيضا مزايا بالنسبة للأطراف الثالثة، ولا سيما بالنسبة لدائني المدين الآخرين. فالتجريد اللازم للمدين من الحيازة يحول دون أي مخاطرة من خلق انطباع خاطئ بشأن الثروة كما يخفف من مخاطر الاحتيال.

١١- وللهن الحيازي أيضا، من الناحية الأخرى، مثالب رئيسية. فأكبر مثلبة بالنسبة للمدين هي اشتراط تجريده من الحيازة، وهو التجريد الذي يمنعه من استعمال الموجودات المرهونة. ويكون التجريد من الحيازة بمثابة مشكلة بوجه خاص في الحالات التي تكون فيها حيازة الموجودات المرهونة لا غنى عنها بالنسبة للمدينين التجاريين من أجل الحصول على الدخل اللازم لسداد القرض (كما في حالة المواد الخام والسلع شبه تامة الصنع والمعدات والمخزونات مثلا).

١٢- وللهن الوفاء الحيازي، بالنسبة للدائن المضمون، مثلبة تتمثل في أن عليه أن يخزن الموجودات المرهونة ويحافظ عليها ويصونها، ما لم يتول هذه المهمة طرف ثالث. وحيثما يكون الدائنون المضمونون أنفسهم غير قادرين على تولي هذه المهام وغير مستعدين لتوليها، فإن إسنادها إلى أطراف ثالثة سينطوي على تكاليف اضافية سيتحملها المدين بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. وتتمثل مثلبة أخرى في احتمال وقوع مسؤولية على الدائن المضمون الذي يحتاز الموجودات المرهونة (مثل الراهن رهن وفاء، أو حائز سند التخزين أو سند الشحن) الذي قد يتسبب في التلف. وتكون هذه المشكلة خطيرة بوجه خاص في حالة المسؤولية عن تلويث البيئة، لأن العواقب المالية (التنظيف، التعويض عن الأضرار) تكون في كثير من الأحيان أكبر كثيرا من قيمة الموجودات المرهونة، ناهيك عن الضرر الذي يلحق بسمعة المقرض وصورته. والقليل جدا من القوانين يتناول المسؤولية البيئية التي تقع على الدائنين المضمونين الحائزين. وبعض تلك القوانين يعفي الدائنين المضمونين من المسؤولية. وتحد قوانين أخرى من المسؤولية في ظروف معينة. وعندما لا يوجد مثل هذا الاعفاء من المسؤولية

أو الحد منها، يمكن للمخاطرة أن تكون عالية جدا بحيث تجعل المقرض لا يقبل تقديم الائتمان أو تجعله يطلب تأميناً على الأقل يؤدي، بقدر ما هو متاح، إلى زيادة تكلفة المعاملة زيادة كبيرة بالنسبة للمدين.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: قد يرغب الفريق العامل في تعريف حدود مسؤولية الدائنين المضمونين وتحقيق ملاذاً مأموناً للمدينين فيما يتعلق بقيامهم بحيازة الموجودات المضمونة من أجل حماية حقوقهم الضمانية، سواء أكان عند أخذهم ضمانات حيازية أم عند انفاذهم ضمانات غير حيازية.]

١٣- بيد أنه، حيثما يكون بوسع الأطراف تفادي المثالب المذكورة أعلاه (انظر الفقرتين ١١ و ١٢)، يمكن استخدام رهن الوفاء الحيازي بنجاح. وهناك مجالان رئيسيان للتطبيق. الأول هو حيثما تكون الموجودات المرهونة بالفعل في حيازة طرف ثالث، ولا سيما الحافظ التجاري لموجودات الأشخاص الآخرين، أو حيثما يمكن بسهولة إدخالها في حيازة ذلك الطرف الثالث. وبمجال التطبيق الثاني هو حيثما يمكن بسهولة أن يقوم الدائن المضمون نفسه بحفظ الصكوك والمستندات المتعلقة بموجودات ملموسة أو حقوقاً غير ملموسة.

(ب) حق الاحتفاظ بالحيازة

١٤- لا تناقش حقوق الاحتفاظ القانونية لأن الحقوق القانونية، ما عدا استثناءات قليلة، خارجة عن نطاق هذا الدليل (انظر الفقرة ٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1). وحق الاحتفاظ الذي ينشأ بالاتفاق يسمح للطرف الذي أحل شريكه التعاقدى بالعقد أن يتمتع عن الأداء، وخاصة فيما يتعلق بموجودات تنص أحكام العقد على أن الطرف الممتنع ملزم بتسليمها إلى الطرف المخل. مثال ذلك أن المصرف غير ملزم بأن يعيد الأوراق المالية التي يحتفظ بها إلى زبونه أو أن يسمح بإجراء مسحوبات من حساب الزبون المصرفي إذا قصر الزبون في سداد الائتمان وكان قد وافق على منح المصرف حق الاحتفاظ. وحيثما يعزز الاحتفاظ بصلاحية نافذة المفعول لبيع الشيء المحتفظ به، تعتبر بعض النظم القانونية حق الاحتفاظ المعزز هذا رهن وفاء، مع أن طريقة انشائه تختلف عن طريقة انشاء رهن الوفاء الصحيح (انظر الفقرات ٥-٨). وفي المقابل، يجوز أن يُعتبر بأن لحق الاحتفاظ المعزز بعض مفاعيل رهن الوفاء. وأهم أثر لمثل هذا التماثل مع رهن الوفاء هو أن الدائن الحائز تكون له الأولوية في الموجودات المحتفظ بها ما لم تكن خاضعة لحق ضماني غير حيازي ساري المفعول ومنشأ في وقت سابق.

٢٤ الضمان غير الحيازي

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

١٦ - وتصديا لهذه المشكلة، بدأت القوانين، ولا سيما في السنوات الخمسين الأخيرة، في النص على الضمان في الموجودات المنقولة، خارج الحدود الضيقة للرهن الحيازي. وفي حين استحدثت بعض البلدان حقا ضمانيا جديدا يشمل ترتيبات مختلفة تفي بأغراض الضمان، كان معظم البلدان التي واصلت التقليد الذي كان متبعاً في القرن التاسع عشر ولكنها تجاهلت موقفا سابقا وأكثر تحرراً أصرت على "مبدأ رهن الوفاء" باعتباره الطريقة المشروعة الوحيدة لإنشاء الضمان في الموجودات المنقولة. ولمدة من الزمن ظل "الرهن المحمل" ("charge") الذي ينص عليه القانون العام الانكليزي هو الضمان غير الحيازي الحقيقي الوحيد. وفي القرن العشرين، أصبح المشرعون والمحاكم يعترفون بالحاجة الاقتصادية الملحة إلى توفير الضمان دون اللجوء إلى رهن الوفاء الحيازي بصورة اضافية.

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

في معظم البلدان توجد قوانين متنوعة لا تتناول سوى قطاعات اقتصادية صغيرة، مثل اقتناء السيارات أو الآلات، أو انتاج الأفلام السينمائية.

١٨- وفي بعض البلدان، يوجد بعض التردد في السماح بالحقوق الضمانية في المخزونات. ويستند هذا أحيانا إلى تضارب مرسوم بين الحق الضماني للدائن وحق وسلطة المدين في البيع، وهو أمر لا غنى عنه لتحويل المخزونات إلى نقد يسد به القرض المضمون. ويتمثل اعتراض آخر في أن التصرف في المخزونات سيسبب في كثير من الأحيان نزاعات صعبة بين المحال اليهم المتعدين أو الدائنين المضمونين ضمانا متعددا. غير أن اعتراضا ممكنا آخر قد ينشأ من قرار سياساتي بالاحتفاظ بالمخزونات للوفاء بمطالبات دائني المدين غير المضمونين (انظر حاشية الفقرة ٢٦ من الوثيقة (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5).

١٩- وعلى الرغم من تنوع التشريعات الخاصة بالضمان غير الحيازي فإنها تشترك في خاصية واحدة هي أنه عادة ما يُنص على شكل من الإشهار للحق الضماني. والغرض من الإشهار هو تبديد الانطباع الخاطئ بشأن الثروة، الذي قد ينشأ من أن الحق الضماني في الموجودات المحازة للمدين لا يكون ظاهرا (للاطلاع على تفاصيل المناقشات حول هذه المسألة، انظر الفقرات ... من الوثيقة (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.4). وكثيرا ما يقال انه يمكن، في الاقتصاد الائتماني الحديث، أن تفترض الأطراف أن الموجودات قد تكون مرهونة أو قد تكون خاضعة لاحتجاز حق الملكية. غير أنه لا بد من أن تزيد هذه الافتراضات تكلفة الائتمان، حتى في الحالات التي يكون فيها الشخص الحائز هو المالك وتكون الموجودات غير مرهونة (هذه مخاطرة لا يمكن تجنبها جزئيا بالتخلي عن بحث شامل وعالي التكلفة). وبالإضافة إلى ذلك، لا تؤدي هذه الافتراضات إلى حماية الدائن المضمون أو الأطراف الثالثة الأخرى حماية كافية لأنها لا تكشف اسم المالك أو الدائن المضمون السابق أو مبلغ الدين، ولا توفر معلومات عن الموجودات المرهونة. وعلاوة على ذلك، لا يوجد، في نظام كهذا قائم على أساس افتراضات عامة، أساس موضوعي لنظام للأولوية يجري بموجبه ترتيب الحقوق الضمانية في الموجودات نفسها ومن ثم يمكن أن يتمكن المدينون من استعمال القيمة الكاملة لموجوداتهم من أجل الحصول على الائتمانات.

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

٢١- وفي حين أظهرت النظم العصرية أنه يمكن التغلب على الصعوبات، فإن التشريع بشأن الضمان غير الحيازي أكثر تعقيدا من تنظيم رهن الوفاء الحيازي التقليدي. ويرجع ذلك أساسا إلى الخصائص الأربع الرئيسية للحقوق الضمانية غير الحيازية. فأولا، بما أن المدين يحتفظ بالحيازة، تكون له سلطة التصرف في الموجودات المرهونة أو انشاء حق منافس فيها، حتى ضد ارادة الدائن المضمون. وهذا الوضع يجعل من الضروري استحداث قواعد بشأن آثار تلك التصرفات وأولويتها (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7، بشأن الأولوية). وثانيا، يجب على الدائن المضمون أن يتأكد من أن المدين الحائز يعتني بالموجودات المرهونة عناية سليمة ويؤمن عليها على النحو الواجب ويحميها، بغية الحفاظ على قيمتها التجارية، وهي مسائل يجب تناولها في اتفاق الضمان الذي يبرم بين الدائن المضمون والمدين (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8، بشأن حقوق والتزامات الأطراف قبل التخلف عن الأداء). وثالثا، إذا أصبح من الضروري انفاذ الضمان، سيفضل الدائن المضمون عادة أن يحصل على الموجودات المرهونة. بيد أنه إذا كان المدين غير مستعد للتخلي عن تلك الموجودات، فقد يتعين الشروع في اجراءات أمام المحاكم. وقد يتعين أن يجري النص على تدابير انتصاف ملائمة وربما اجراءات معجلة (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9، بشأن التخلف عن الأداء والإنفاذ). ورابعا، فانه في حال ظهور ثروة زائفة لدى المدين ناشئة عن حقوق ضمانية "سرية" في الموجودات التي يحوزها المدين، قد يكون من الضروري مواجهة ذلك عن طريق أشكال شتى من الإشهار (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.4، بشأن الاشهار).

٢٢- وفي ضوء الحاجة الاقتصادية المسلّم بها إلى السماح بالضمان غير الحيازي وفي ضوء أوجه التباين الأساسية بين الضمان الحيازي والضمان غير الحيازي المذكورة أعلاه (انظر الفقرة ٢١)، سيكون من الضروري وضع تشريعات جديدة في بلدان عديدة. وبغية تلبية هذه الحاجة الاقتصادية وتعزيز اليقين، ينبغي أن تكون تلك التشريعات موحدة وشاملة ومتسقة. فالتشريعات التي تستحدث الضمان غير الحيازي على شكل استثناءات ضيقة ومختلفة من المبدأ التقليدي لرهن الوفاء الحيازي، كما هي الحال في بعض البلدان، لا يمكن أن تحقق هذه النتيجة وينبغي تنقيحها.

٢٣- وبالنظر إلى النماذج التشريعية السابقة (انظر الفقرات ١٦-١٩)، فقد يواجه المشرعون ثلاثة بدائل. فيمكن أن يكون أحد البدائل اعتماد تشريع موحد للحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية على السواء (انظر الباب ألف-٤). وهذا هو النهج المدروس جيدا في قانون البلدان الأمريكية النموذجي بشأن المعاملات المضمونة الذي اعتمد في شباط/فبراير

٢٠٠٢. ويمكن أن يتمثل خيار آخر في اعتماد تشريع موحد للحقوق الضمانية غير الحيازية، مع ترك النظام الخاص بالحقوق الحيازية للقوانين الداخلية الأخرى. ويمكن أن يتمثل بديل غيرهما في اعتماد تشريع خاص يسمح بالضمان غير الحيازي للائتمان المقدم إلى المدينين في فروع معينة من الأعمال التجارية. وينحو الاتجاه السائد في التشريعات العصرية، على الصعيدين الوطني والدولي، إلى اتباع نهج موحد فيما يتعلق بالضمان غير الحيازي على الأقل. ويرجح أن يؤدي اتباع نهج انتقائي إلى وجود ثغرات وأوجه تضارب وعدم شفافية، وكذلك إلى استياء لدى القطاعات الصناعية التي قد تُستبعد.

ب- الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة غير الملموسة

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

٢٥- وغير الملموسات هي بطبيعتها غير قابلة للحيازة (المادية). ومع ذلك فإن معظم قوانين ما يسمى بلدان "القانون المدني" تصدت لإنشاء رهون الوفاء الحيازية (انظر الفقرات ١٣-٥)، في المطالبات المالية النقدية على الأقل. وقد حاول بعض القوانين انشاء ما يشبه

التجريد من الحياة، بأن يشترط على المدين أن يحيل إلى الدائن أي محرر أو مستند يتعلق بالمطالبة المرهونة (كالعقد الذي تنشأ منه المطالبة). غير أن تلك الإحالة لا تكفي لتشكيل رهن الوفاء. وبدلاً من ذلك، يستعاض عادة عن "تجريد" المدين من الحياة (استعاضة شكلية تماماً) باشتراط توجيه اشعار برهن الوفاء إلى المدين بالمطالبة المرهونة.

٢٦- وفي بعض البلدان، استحدثت تقنيات لتحقيق غايات مشابهة للغايات التي تتحقق بحيازة الملموسات. وأكثر الطرائق تطرفاً هي الإحالة الكاملة للحق المرهون (أو الحصة المرهونة منه) إلى الدائن المضمون. غير أن هذا يتعدى إنشاء حق ضماني ويشكل إحالة لحق الملكية (انظر الباب ألف-٣-أ). وفي إطار نهج أكثر تحفظاً، لا يتأثر حق الملكية في الحقوق المرهونة ولكن يجري وقف تصرفات المدين التي لم يأذن بها الدائن المضمون. ويمكن استخدام هذه التقنية حيثما تكون لشخص، غير الشخص المستحق للأداء الذي ينشأ فيه حق الدائن المضمون (الطرف الثالث المدين)، سلطة التصرف في الحق المرهون. ففي حالة الحساب المصرفي، إذا وافق المدين، باعتباره حائز الحساب، على تجميد حسابه لصالح الدائن المضمون، يكون للأخير ما يعادل حيازة منقول ملموس. ويصدق ذلك بقدر أكبر إذا كان المصرف نفسه هو الدائن المضمون.

٢٧- ويطلق على هذه التقنيات الرامية إلى الحصول على "حيازة" الممتلكات غير الملموسة، في المصطلحات العصرية، اسم مناسب هو "السيطرة". غير أن درجة السيطرة قد تتباين. ففي بعض الحالات، تكون السيطرة مطلقة ويمنع أي تصرف من جانب المدين. وفي حالات أخرى، يسمح للمدين بالقيام بتصرفات معينة أو بتصرفات لا تتجاوز حداً أقصى ثابتاً، ما دام الدائن المضمون يستطيع الوصول إلى الحساب. ويمكن أن تكون السيطرة شرطاً لصحة الحق الضماني (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3، الفقرة ٣... أو الأولوية (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7، الفقرة ١٢)).

٢٨- وفي سياق الجهود المبذولة لاستحداث نظم شاملة للضمان غير الحيازي في الملموسات (انظر الباب ألف-٢-أ) من الشائع أن يكون الضمان في أهم أنواع غير الملموسات مدرجاً في النظام القانوني نفسه، ولا سيما في المستحقات. وهذا ملائم للاتساق، لأن المستحقات تنتج، كقاعدة عامة، عن بيع المخزونات كما أنه كثيراً ما يكون من المستصوب توسيع الضمان في المخزونات ليشمل العائدات الناتجة. وينص نظام الاشهار على أن الضمان في الموجودات يمكن أن يؤدي وظائفه المفيدة (للاطلاع على التفاصيل، انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.4، بشأن الاشهار) من أجل الضمان في غير الملموسات، كالمستحقات أيضاً. وقد تكون لهذا فائدة إضافية هي الاستغناء عن اشعار المدين بالمستحقات،

الأمر الذي قد لا يكون عمليا في بعض المعاملات الضمانية التي تشمل مجموعة من الموجودات غير المحددة على وجه الخصوص. حتى إذا كان مثل هذا الاشعار عمليا، فقد لا يكون مستصوبا في بعض النظم القانونية (لأسباب التكلفة أو السرية، مثلا).

٣- استخدام حق الملكية لأغراض الضمان

٢٩- علاوة على الأدوات الخاصة بالضمان بمعناه الأصلي (انظر الباب ألف-٢)، استحدثت بالممارسة، وأحيانا بالتشريع أيضا، في كثير من البلدان، نهج بديل خاص بالحقوق الضمانية غير الحيازية في الموجودات الملموسة وغير الملموسة على السواء، وهو استخدام حق الملكية كضمان (*propriété sûreté*). ويمكن انشاء حق الملكية كضمان إما بإحالة حق الملكية إلى الدائن (انظر الباب ألف-٣ أ) أو باحتفاظ الدائن بحق الملكية (انظر الباب ألف-٣ ب). وإحالة الحق في الملكية والاحتفاظ به كلاهما يُمكِّنان الدائن من الحصول على ضمان غير حيازي (فيما يتعلق بالحاجة الاقتصادية إلى الضمان غير الحيازي وتبريره، انظر الفقرة ١٥).

أ- إحالة حق الملكية إلى الدائن

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

٣١- وهناك خاصيتان تجعلان إحالة حق الملكية على سبيل الضمان جذابة للدائنين في ولايات قضائية معينة. فأولا، كثيرا ما تكون مقتضيات إحالة حق الملكية في الملموسات أو غير الملموسات إلى شخص آخر أخف وطأة من مقتضيات انشاء حق ضماني. وثانيا، في حالة الانفاذ وفي حالة إعسار المدين، يكون الدائن، في كثير من الأحيان، في وضع أفضل كمالك من وضعه كحائز لحق ضماني فحسب، ولا سيما حيثما تكون موجودات المالك، على الرغم من كونها في حيازة المدين، غير عائدة إلى حوزة الاعسار، بينما تكون موجودات المدين، إذا كانت محملة بحق ضماني للدائن، عائدة إلى الحوزة. غير أنه لا يوجد، في ولايات قضائية أخرى، فرق بين حق الملكية لأغراض الضمان والحقوق الضمانية، فيما يتعلق بمقتضيات انشائها أو انفاذها.

٣٢- وقد سمح القانون في بعض البلدان بإحالة حق الملكية على سبيل الضمان، وسمح به من خلال ممارسات المحاكم في بلدان أخرى. وفي بلدان عديدة غيرها، ولا سيما بلدان القانون المدني، تعتبر هذه الإحالات لحق الملكية التفافا على نظامها العادي للصكوك

الضمانية الأصلية، ولذلك فإنها تعتبر باطلة. وفيما تسمح بعض البلدان بإحالة حق الملكية على سبيل الضمان فإنها تعتمد حلاً وسطاً لخفض مفعول تلك الإحالة إلى مفعول الضمان العادي، وخصوصاً حيثما يتنافس الدائن مع دائنين آخرين للمدين.

٣٣- ويواجه المشرعون خيارين سياساتيين. وأحد هذين الخيارين هو السماح بإحالات حق الملكية على سبيل الضمان، مع الاشتراطات المخفضة (عادة) والآثار الأكبر للإحالة الكاملة، مما يؤدي إلى تفادي النظام العام للحقوق الضمانية. والخيار الثاني هو السماح بإحالات حق الملكية على سبيل الضمان ولكن مع جعل اشتراطاتها أو آثارها أو كليهما تقتصر على شروط وآثار الحق الضماني المجرد. ويمكن أن يؤدي الخيار الأول إلى تعزيز موقف الدائن المضمون (مع أن ذلك قد ينطوي على خطر زيادة مسؤولية الدائن، انظر الفقرة ١٢)، بينما يُضعف موقف المدين ودائني المدين الآخرين. وقد يكون هذا الخيار معقولاً إذا كان النظام الضماني العادي للضمان الموجود في حياة المدين منقوص التطور. وفي إطار الخيار الثاني، يمكن إجراء تخفيض تدريجي للمزايا التي ينالها الدائن المضمون وللأوضاع غير المؤاتية المناظرة التي تنطبق على الأطراف الأخرى، ولا سيما إذا قُصرت اشتراطات الإحالة أو آثارها أو كليهما على الاشتراطات والآثار المتصلة بالحق الضماني. وقد تؤدي أي صيغة بديلة من صيغ هذا الحل أيضاً إلى التصدي لجوانب الضعف المعينة الموجودة في النظام العادي للضمان غير الحيادي. غير أنه يمكن القول بصورة عامة بأن البلدان ذات النظام الحديث والشامل والعملية للضمان غير الحيادي لا تحتاج إلى السماح بإحالة حق الملكية باعتباره أداة ضمان. وعلاوة على ذلك، فإن نظام الضمان الشامل الموحد (انظر الباب زاي) يشمل إحالات حق الملكية على أساس اعتبارها حقوقاً ضمانية.

ب- احتفاظ الدائن بحق الملكية

٣٤- الطريقة الثانية لاستخدام حق الملكية كضمان هي الاحتفاظ التعاقدي بحق الملكية (الاحتفاظ بالملكية). فيمكن للبائع أو للشخص الآخر الذي يقرض الأموال النقدية اللازمة لشراء موجودات ملموسة، أو حتى غير ملموسة، أن يحتفظ بحق الملكية إلى حين السداد الكامل لثمن الشراء (الاحتفاظ البسيط بحق الملكية أو ترتيب "الاحتفاظ بحق الملكية"). ويسمى هذا النوع من المعاملات في كثير من الأحيان "تمويل ثمن الشراء"، (انظر الوصف والمثال الواردين في الفقرات ١٦-١٩ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/ WP.6/Add.1).

٣٥- وهناك عدة أنواع من ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية، بما فيها شروط "جميع الأموال" أو "الحساب الجاري"، التي يحتفظ فيها البائع بحق الملكية إلى حين سداد جميع الديون

المستحقة على المشتري وليس مجرد الديون الناشئة عن عقد بيع معين؛ وشروط العائدات والمنتجات، التي يمتد فيها حق الملكية ليشمل عائدات ومنتجات الموجودات التي احتفظ البائع بحق الملكية فيها. وهناك بديل من ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية يحقق نفس النتيجة الاقتصادية عن طريق الجمع بين عقد للايجار وخيار شراء يتاح للمستأجر (بقيمة إسمية) لا يجوز له أن يمارسه إلا بعد أن يكون قد سدد معظم "ثمن الشراء" عن طريق أقساط إيجارية (انظر المثال الوارد في الفقرة ٢٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1). وفي بعض الحالات، التي يمتد فيها الايجار طوال فترة استخدام المعدات، يكون الاتفاق ماثلاً لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية حتى دون خيار شراء.

٣٦- ومن الناحية الاقتصادية، يوفر ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية حقا ضمانيا مناسباً بوجه خاص لاحتياجات البائعين من أجل ضمان ائتمان ثمن الشراء، ولذلك فإنهم يستعملونه على نطاق واسع. ففي العديد من البلدان يستخدم هذا النوع من الائتمان على نطاق واسع كبديل للتمويل المصرفي الذي لا يكون تمويلًا لثمن الشراء، ويعطى الأفضلية بالنظر إلى أهمية الموردين الصغار الحجم والمتوسطي الحجم بالنسبة إلى الاقتصاد. وفي بلدان أخرى، توفر المصارف أيضاً تمويل ثمن الشراء على أساس أكثر انتظاماً وذلك، على سبيل المثال، حيثما يبيع البائع إلى المصرف ويبيع المصرف إلى مشترٍ مع الاحتفاظ بحق الملكية، أو حيثما يدفع المشتري إلى البائع نقداً من قرض ويجيل إلى المصرف حق الملكية كضمان للقرض. وفي تلك البلدان، يحظى هذا المصدر من مصادر الائتمان، والضمان المعين المرتبط به، باهتمام خاص.

٣٧- وبما أن ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية نشأ كشرط من شروط عقد البيع أو الايجار، فإن بلدانا عديدة تعتبره مجرد شبه ضمان، وبالتالي غير خاضع للقواعد العامة المتعلقة بالضمان، مثل الاشتراطات المتعلقة بالشكل أو الإشهار أو الآثار (أساساً الأولوية). وخلافاً لإحالة حق الملكية، يحظى احتفاظ الدائن بحق الملكية بوضعية مميزة في العديد من البلدان. وقد يكون مبرر ذلك هو الرغبة في دعم الموردين الذين يكونون عادة صغار الحجم أو متوسطي الحجم وتشجيع تمويل الموردين لثمن الشراء كبديل للائتمان المصرفي الذي لا يكون تمويلًا لثمن الشراء. ويمكن أن يكون هناك مبرر آخر لهذه الوضعية المميزة هو أن البائع، بتخليه عن السلع المباعة دون أن يكون قد حصل على السداد يزيد من قائمة موجودات المدين، ويحتاج إلى حماية.

٣٨- وعلى النقيض من ذلك، لا يعترف عدد من الولايات القضائية بشروط الاحتفاظ بحق الملكية، بينما يقوم عدد من الولايات القضائية الأخرى حتى بحظرها. وتقيد بلدان أخرى نطاق انطباق هذه الشروط، بتجريدها من مفعولها فيما يتعلق بموجودات معينة، ولا سيما

المخزونات، على أساس نظرية أن احتفاظ البائع بحق الملكية يتعارض مع منح البائع للمشتري حق وسلطة التصرف في المخزونات.

٣٩- ويمكن النظر في عدة خيارات سياسية. فأحد الخيارات هو الحفاظ على الطابع الخاص لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية كأداة من أدوات حق الملكية. ويمكن أن يتمثل خيار آخر في قصر مفعول ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية على ثمن شراء الموجودات المعنية فحسب، مع استبعاد أي ائتمان آخر؛ و/أو قصره على الموجودات المشتراة مع استبعاد العائدات أو المنتجات. ويمكن أن يتمثل خيار غير هذين في إدماج ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية في النظام العادي للحقوق الضمانية. وفي تلك الحالة، يمكن النظر في منح مزايا معينة للبائع - الدائن للأسباب السياسية المذكورة أعلاه (انظر الفقرة ٣٦). وقد يتمثل خيار آخر في إعطاء الاحتفاظ بحق الملكية وضعياً مكافئاً تماماً لوضعية أي ضمان غير حيازي آخر.

٤٠- ومن شأن الخيارين الأولين الحفاظ على نظام خاص خارج النظام الشامل للحقوق الضمانية غير الحيازية، أو حتى إنشاء ذلك النظام الخاص. وعلى وجه الخصوص، يتيح الخيار الأول مزايا واسعة للبائع - الدائن، وهذه نتيجة تترتب عليها أوضاع غير مؤاتية لدائني المشتري المنافسين، ولا سيما في حالة التنفيذ والإعسار. وتتمثل مثلبة تقنية لنهج حق الملكية في أنه يمنع المشتري من استخدام الموجودات المشتراة لتقديم ضمان من الرتبة الثانية إلى دائن آخر أو يعرقل قيامه بذلك على الأقل. وتتمثل مثلبة أخرى لنهج حق الملكية في صعوبة أو استحالة التنفيذ من جانب دائني المشتري الآخرين دون موافقة البائع.

٤١- والخياران الأخيران المذكوران أعلاه (انظر الفقرة ٣٩) أكثر اتساقاً مع نظام الحقوق الضمانية الشامل. فهذان الخياران يقران بأن البائع الذي يقدم الائتمان يستحق وضعاً مميزاً معيناً لأنه يتخلى عن السلع المباعة على سبيل الائتمان، وبأنه ينبغي لأسباب اقتصادية تشجيع ائتمانات ثمن الشراء. ومن الناحية الأخرى، ولصالح الدائنين المنافسين، تقتصر المزية القانونية على ثمن شراء الموجودات المعينة وعلى السلع المباعة. وعلى خلاف ذلك، فإن الحقوق في عائدات أو منتجات السلع المشتراة أو المبالغ المستحقة على المشتري المدين غير المبالغ الناشئة عن عقد بيع معين يتضمن شرطاً بشأن ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية تتمتع بتلك المزية، وتخضع للقواعد المنطبقة على الحقوق الضمانية العادية (كأن تكون لها مثلاً الأولوية اعتباراً من وقت تسجيل المعاملة ذات الصلة).

٤٢- ومن شأن تحويل الاحتفاظ بحق الملكية إلى حق ضماني أن يعزز موقف المشتري - المدين، لأنه سيتمكن من إنشاء حق ضماني (غير حيازي) من الرتبة الثانية للحصول على قرض من دائن آخر. كما أنه يمكن أن يحسن موقف دائني المشتري - المدين الآخرين في

حالة التنفيذ المتعلق بالموجودات المرهونة وفي حالة إعسار المدين. ولا يضعف موقف المورد بالضرورة لأنه، مع بعض الاستثناءات القليلة، لا تتمتع بالوضعية المميزة، من حيث المبدأ، إلا الشروط البسيطة لترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية؛ وسواء أكان الاحتفاظ بحق الملكية مماثلاً للحق الضماني أم لم يكن، فإن الموجودات الخاضعة له لا تكون بالضرورة جزءاً من حوزة المدين (انظر الفقرة ١٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). بيد أنه يتعين على المورد أن يسجل الترتيبات (انظر الفقرة ٢٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7) إذ لا تتمتع شروط "جميع المبالغ" والعائدات والمنتجات بالأولوية الاعتبارية من وقت التسجيل.

٤- الضمان الشامل الموحد

٤٣- طرحت فكرة حق ضماني شامل موحد وحيد لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية في منتصف القرن العشرين في سياق القانون التجاري الموحد، الذي هو قانون نموذجي اعتمدته الولايات الخمسون جميعها، والذي أنشأ حقاً ضمانياً شاملاً وحيداً في المنقولات. وقد وحدت المادة ٩ من القانون التجاري الموحد المذكور حقوقاً حيازية وغير حيازية عديدة ومتنوعة في المموسسات وغير المموسسات، تشمل ترتيبات إحالة حق الملكية وترتيبات الاحتفاظ به، كانت موجودة في إطار قوانين الولايات والقانون العام. وامتدت الفكرة إلى كندا ونيوزيلندا، وبضعة بلدان أخرى. ويوصى بهذه الفكرة أيضاً في القانون النموذجي الذي وضعه المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير. ويتبع القانون النموذجي للمعاملات المضمونة للبلدان الأمريكية، في العديد من الجوانب، نهجاً مماثلاً.

٤٤- ومن الناحية التقنية، يمكن استخدام نهجين لتحقيق حق ضماني موحد وشامل. فبمقتضى أحد الخيارين، يجري الاحتفاظ بأدوات الضمان القديمة ويمكن استخدامها، مثل رهن الوفاء (الحيازي) وإحالة حق الملكية. بيد أنه يجري إخضاع انشائهما ومفعولهما لمجموعة موحدة واحدة من القواعد. وبمقتضى نهج مختلف قليلاً، يجري إنشاء حق ضماني شامل جديد. غير أنه، في نهاية المطاف، لا يوجد فرق جوهري بين النهجين.

٤٥- والسمة الرئيسية للنهج الواسع هي أنه يدمج القواعد الخاصة برهن الوفاء الحيازي التقليدي مع القواعد المتعلقة برهن الوفاء غير الحيازي وإحالة حق الملكية أو الاحتفاظ به لأغراض الضمان. ويؤدي هذا النهج إلى إنشاء نظام وحيد وشامل للحقوق الضمانية يكفل المعاملة المتسقة لمختلف أنواع الحقوق الضمانية. ويفيد هذا المدينين والدائنين المضمونين والأطراف الثالثة، بما في ذلك مدير الإعسار في حالة إعسار المدين (أو إعسار الضامن إذا كان المدين والضامن شخصين مختلفين). ولا يضطر الدائن الذي يرتقي منح قرض مضمون

إلى استقصاء أدوات الضمان البديلة وتقييم متطلباتها الأساسية وحدودها ذات الصلة وكذلك مزاياها ومثالبها. وفي المقابل، فإن العبء الذي يتحمله دائنو المدين أو ممثل اعسار المدين الذي يجب أن يضع في اعتباره حقوقهم (وواجباتهم) تجاه الدائن المضمون لا يقل إلا إذا كان يتعين النظر في نظام واحد يتميز بحق ضماني شامل بدلا من النظر في عدة نظم مختلفة. وعلاوة على ذلك، سيؤدي هذا إلى تخفيض تكلفة انشاء الضمان وتخفيض تكلفة الائتمان المضمون في الوقت نفسه.

٤٦- وفي حالات عبر الحدود، سيتيسر الاعتراف بالحقوق الضمانية المنشأة في ولاية قضائية أخرى إذا كانت لدى الولاية القضائية التي تكون فيها الموجودات المرهونة حقوق ضمانية شاملة. ويمكن لمثل هذا النظام أن يقبل بسهولة أكبر مجموعة واسعة من الحقوق الضمانية الأجنبية، سواء أكانت ذات خاصية ضيقة أم خاصية شاملة مماثلة.

٤٧- ولا يحول النهج الأساسي دون قيام الهيئة التشريعية بتعديل محتويات الأحكام الفردية التنفيذية بحيث تجسد سياساتها الخاصة. مثال ذلك أنه يمكن، في إطار هذا النظام الموحد، تناول المصالح الخاصة (كضمان ثمن الشراء) عن طريق قواعد الأولوية (انظر الفقرات ١٩-٢٤ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7).

باء- الملخص والتوصيات

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

[ملحوظة إلى الفريق العامل: قد يرغب الفريق العامل في أن يوصي الدول بأن تُدرج في قوانينها بشأن المعاملات الضمانية أو في قوانينها البيئية قاعدة تعفي الدائن المضمون من المسؤولية التي قد تنشأ عن حيازة الدائن المضمون لموجودات مرهونة، في حالة رهون الوفاء الحيازية (أو تحد من تلك المسؤولية في ظروف معينة). ويمكن أن ينطبق الاعفاء نفسه (أو الحد من المسؤولية) أيضا على الدائنين الذين يوجد لديهم حق ضماني غير حيازي ويسعون إلى انفاذ حقهم الضماني لدى التخلف عن الأداء، بما في ذلك عندما يجري الاضطلاع، قبل الانفاذ، بأنشطة تدريبية تستخدم فيها الموجودات المرهونة أو المرفق الذي تخزن فيه الموجودات المرهونة. ويمكن أن يكون هذا الاعفاء أو الحد من المسؤولية مقتصرًا على الدائنين المضمونين الذين لا يكونون قد قاموا بإدارة المرفق الذي تكون فيه الموجودات المرهونة أو بإدارته أو باتخاذ قرارات رقابية بشأنه.]

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

[ملحوظة إلى الفريق العامل: قد يرغب الفريق العامل في أن ينظر في إخضاع ذلك الحق في الاحتفاظ لنفس القواعد التي تحكم رهون الوفاء الحيازية، وربما باستثناء القواعد التي تحكم انشاء حقوق الاحتفاظ هذه].

٥٠- وللحقوق الضمانية غير الحيازية أهمية قصوى للنظام العصري والكفو الذي يحكم المعاملات المضمونة. فالمدينون يحتاجون إلى الاحتفاظ بحيازة الموجودات المرهونة، والدائنون المضمونون يحتاجون إلى الحماية من المطالبات المنافسة في حالة تخلف المدين عن الأداء، ولا سيما في حالة الإعسار (انظر الفقرة ١٥).

٥١- وعلى ضوء تزايد أهمية غير الملموسات كضمان للائتمان، وكون القواعد المنطبقة على هذا النوع من الضمانات غير كافية في كثير من الأحيان، يُستصوب استحداث نظام قانوني عصري للضمان في غير الملموسات ولا سيما للمستحقات (انظر الفقرة ٢٨).

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ضمنا للاتساق، قد يرغب الفريق العامل في أن يعتبر أن نظام الحقوق الضمانية في أنواع معينة من غير الملموسات ينبغي أن يكون قريبا قدر الامكان من نظام الضمان غير الحيازي في الملموسات.

وقد يرغب الفريق العامل أيضا في أن يناقش النتائج التي سيتم التوصل اليها في الدليل فيما يتعلق بأنواع معينة من غير الملموسات، مثل المستحقات. وقد يرغب الفريق العامل في أن يضع في اعتباره، لدى مناقشته لهذه المسألة، أعمال الأونسيترال وأعمال المنظمات الأخرى؛ وكون غير الملموسات يمكن أن تؤخذ كضمان في سياق المعاملات المتعلقة بالضمان في الملموسات (مثل تمويل المخزونات أو المعدات) أو يمكن أن تكون عائدات ملموسات؛ وجدوى استحداث نظام للمصالح الضمانية في غير الملموسات ومدى تعقد ذلك النظام.]

٥٢- ولا يبدو أن احالة حق الملكية لأغراض الضمان مفيدة حيث يوجد نظام كفؤ وفعال للضمان غير الحيازي في الموجودات الملموسة وغير الملموسة (انظر الفقرة ٣٣).

٥٣- واذا عومل الاحتفاظ بحق الملكية (أو الاحتفاظ بالملكية) كمجرد أداة ضمان، ينبغي أن يُمنح البائع - الدائن أو أي مقدم آخر لثمن الشراء أولوية خاصة تعادل أولوية الحائز على حق الملكية.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: قد يرغب الفريق العامل في أن ينظر فيما اذا كان ينبغي أن تكون هذه الأولوية الخاصة مقتصرة على الموجودات المباعة و/أو على ثمن شرائها غير

المسدد (مع استبعاد العائدات والمنتجات وكذلك المبالغ الأخرى المستحقة على المدين، انظر الفقرة ٤٠). وقد يرغب الفريق العامل أيضا في أن يعتبر أن معاملة الاحتفاظ بحق الملكية كمعادل لحق ضماني "عادي"، ينبغي أن لا تلمس بصلاحيته لأغراض أخرى (كالضرائب والمحاسبة، الخ). [

٥٤ - وهناك أسباب وجيهة للاستعاضة عن نظام للحقوق الضمانية يتألف من مجموعة متنوعة من أدوات الضمان المعينة بحق ضماني شامل عام (انظر الفقرات ٤٥-٤٧).

[ملحوظة إلى الفريق العامل: قد يرغب الفريق العامل في أن ينظر في مزايا ومثالب النهج المتخذ في العديد من قوانين الضمان العصرية التي تستحدث حقا ضمانيا شاملا موحدا (انظر الفقرات ٤٣-٤٧).]