

Distr.: Limited
26 February 2002
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المصالح الضمانية)
الدورة الأولى
نيويورك، ٢٠-٢٤ أيار/مايو ٢٠٠٢

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
١	٤٥-١	مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة.....
٢	٤٥-١	ثالثاً - النهج الأساسية بشأن الضمان.....
٢	٤١-١	ألف - ملاحظات عامة.....
٢	٢-١	١ - مقدمة.....
٢	٢٦-٣	٢ - الصكوك المصممة تقليدياً من أجل الضمان.....
٢	٢٢-٣	أ - الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة.....
٨	٢٦-٢٣	ب - الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة غير الملموسة.....
٩	٣٩-٢٧	٣ - استخدام حق الملكية لأغراض الضمان.....
٩	٣٠-٢٨	أ - إحالة حق الملكية الى الدائن.....
١٠	٣٩-٣١	ب - احتفاظ الدائن بحق الملكية.....
١٢	٤١-٤٠	٤ - الضمان الشامل الموحد.....
١٣	٤٥-٤٢	باء - الملخص والتوصيات.....



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)، تجاه مدينه. ويركز هذا الدليل على الممارسات الأساسية التي اتضح، في العديد من البلدان، أنها ذات كفاءة خاصة (أي الإنشاء التعاقدية لحق الملكية).

٢ - وبوجه عام، يمكن التمييز بين ثلاثة أنواع رئيسية من الصكوك التي تستخدم لأغراض الضمان هي، أولاً، الصكوك المصممة من أجل الضمان والتي تسمى صراحة بأنها ضمان (انظر الباب ألف-٢)؛ وثانياً، اللجوء لحق الملكية لأغراض الضمان، مجتمعا 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

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

٤ - وفي إطار فئة الحقوق الضمانية في الملموسات، يضع معظم البلدان تمييزاً يستند إلى ما إن كان المدين (أو الطرف الثالث) الذي يمنح الضمان يستطيع أن يحتفظ بالحيازة أم لا يستطيع ذلك. والبديل الأول يسمى - تقليدياً - ضماناً حيازياً، والبديل الثاني يسمى - تقليدياً - ضماناً غير حيازي.

١٤ الضمان الحيازي

(أ) رهن الوفاء

٥- رهن الوفاء هو، بفارق كبير، أكثر أشكال الضمان الحيازي في الملموسات شيوعاً (وكذلك قدماً). وتستلزم صحة رهن الوفاء أن يقوم المدين (أو الطرف الثالث الضامن) بالتخلي فعلياً عن حيازة الملموسات المرهونة، وأن تحوّل هذه الملموسات إما إلى الدائن المضمون أو إلى طرف ثالث يتفق عليه الطرفان (مخزن استيداع مثلاً). ويجب أن يحدث التجريد اللازم للمدين (أو الضامن الآخر) من الحيازة عند إنشاء الحق الضماني، وليس ذلك فحسب، بل يجب أن يستمر طوال مدة رهن الوفاء؛ وعادة تؤدي إعادة الموجودات المرهونة إلى المدين إلى إنهاء رهن الوفاء.

٦- ولا يستلزم التجريد من الحيازة دائماً، بالضرورة، نقل الموجودات المرهونة نقلاً مادياً من مباني المدين، شريطة أن تستبعد بطرائق أخرى إمكانية 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 ذلك الطرف الثالث. ومن الأمثلة على ذلك البضائع والمواد الخام المخزونة في مخزن استيداع أو في خزان طرف ثالث. ويمكن أن يتمثل ترتيب مؤسسي (وأكثر تكلفة) في إشراك شركة "تخزين استيداعي" 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 رهن وفاء. وعلاوة على ذلك، يجب أن لا يعمل موظفو شركة التخزين الاستيداعي لدى المدين (وإذا تم اختيارهم من بين العاملين لدى المدين، بسبب درايتهم، فلا يجوز أن يواصلوا العمل لدى المدين).

٨- وفي حالة موجودات ذات طابع خاص، مثل المستندات والصكوك (سواء أكانت قابلة للتحويل أم غير قابلة للتحويل)، التي تجسد حقوقاً في موجودات ملموسة (مثل سندات الشحن أو إيصالات مخازن الاستيداع)، أو حقوقاً غير ملموسة (مثل الصكوك القابلة للتداول أو السندات أو شهادات الأسهم)، ينفذ التجريد من الحيازة بنقل المستندات أو

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

٩- وبالنظر الى 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 أن تنخفض القيمة الفعلية للموجودات المرهونة من خلال إهمال المدين لحفظها وصيانتها. وثالثا، اذا لزم الإنفاذ، لا يحتاج الدائن المضمون الى ما تتطلبه ضرورة مطالبة المدين بتسليم الموجودات المرهونة من جهد ووقت ونفقة وما تنطوي عليه من مخاطرة.

١٠- وللرهن الحيازي، من الناحية الأخرى، مثالب معينة. فأكبر مثلبة بالنسبة للمدين هي اشتراط تجريده من الحيازة، لأن ذلك التجريد يمنعه من استعمال الموجودات المرهونة. ويكون التجريد من الحيازة مشكلة بوجه خاص في الحالات التي تكون فيها حيازة الموجودات المرهونة ضرورية للمدين للحصول على الدخل اللازم لسداد الدين (كما في حالة المواد الخام والسلع غير كاملة التجهيز والمعدات والمخزونات مثلا).

١١- ولرهن الوفاء الحيازي، بالنسبة للدائن المضمون، مثلبة أن على الدائن خزن الموجودات المرهونة وحفظها وصيانتها، ما لم يتولّ هذه المهمة طرف ثالث. وحيثما يكون الدائنون المضمونون أنفسهم غير قادرين على تولي هذه المهام وغير مستعدين لتوليها، سينطوي إسنادها الى أطراف ثالثة على تكاليف اضافية سيتحملها المدين بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. وتتمثل مثلبة أخرى في احتمال وقوع مسؤولية على الدائن المضمون الذي يحتاج الموجودات المرهونة (مثلا الراهن للوفاء، أو حائز سند التخزين أو سند الشحن) الذي قد يتسبب في ضرر. 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 الموجود المرهون، دع عنك الضرر الذي يقع على سمعة المقرض وصورته. والقليل جدا من القوانين يتناول المسؤولية البيئية للدائنين المضمونين الحائزين. وبعض تلك القوانين يبطل تلك المسؤولية (انظر مثلا قانون البيئة السويدي المؤرخ ١١ حزيران/يونيه ١٩٩٨، الذي اعتُمد لاحقا مبدأ الإعفاء الأساسي الوارد فيه في الكتاب الأبيض لمفوضية الاتحاد الأوروبي بشأن المسؤولية البيئية والمؤرخ ٩ شباط/فبراير ٢٠٠٠). وتحد قوانين أخرى من المسؤولية في ظروف معينة (مثلا قانون الاستجابة البيئية الشاملة والتعويض والمسؤولية، في الولايات المتحدة الأمريكية؛ وذلك القانون بصيغته المعدلة).

١٢- بيد أنه، حيثما يكون بوسع الأطراف تفادي المثالب المذكورة أعلاه، يمكن استخدام رهن الوفاء الحيازي بنجاح. وهناك مجالان للتطبيقات. فالأول هو حيثما تكون الموجودات المرهونة محازة بالفعل لطرف ثالث، ولا سيما الحافظ التجاري لموجودات الأشخاص الآخرين، أو حيثما يمكن بسهولة إدخالها في حيازة ذلك الطرف الثالث. ومجال التطبيق الثاني هو حيثما يمكن بسهولة أن يقوم الدائن المضمون نفسه بحفظ الصكوك والمستندات المتعلقة بموجودات ملموسة أو حقوق غير ملموسة (وهذه الحالات تتناولها قوانين خاصة).

(ب) حق الاحتفاظ

١٣- حق الاحتفاظ هو حق تعاقدى (وليس امتلاكيا). وهو يميز للطرف الذي يكون شريكه التعاقدى محلا بالعقد أن يمتنع عن الأداء، وعلى وجه الخصوص أن يمتنع عن تسليم موجود تنص أحكام العقد على أن الطرف المحتفظ ملزم بتسليمه للطرف المخل بالعقد. فمثلا لا يكون محل التصليح ملزما بإعادة الشيء الذي أصلحه إلى الزبون إذا تخلف الأخير، خلافا لاتفاقهما، عن سداد الثمن المتفق عليه.

١٤- غير أنه إذا كان الحق التعاقدى في الاحتفاظ معززا بسلطة بيع الشيء المحتفظ به فإن الطرف الذي يحق له الاحتفاظ يحصل على حق ملكية في الموجود المحتفظ به. وفي بعض النظم القانونية يعتبر حق الملكية هذا رهن وفاء، على الرغم من أن طريقة انشائه تختلف عن طريقة انشاء رهن الوفاء بالمعنى الدقيق (انظر الفقرات ٥-٨). وبدلا من ذلك، يمكن أن يعتبر أن لحق الاحتفاظ المعزز بعض آثار رهن الوفاء.

٢٤ الضمان غير الحيازي

١٥- كما أشرنا أعلاه (انظر الفقرة ١٠) فإن رهن الوفاء الحيازي للملموسات اللازمة للإنتاج أو للبيع (مثل المعدات والمواد الخام والسلع غير كاملة التجهيز والمخزونات) غير عملي من الناحية الاقتصادية. فهذه السلع ضرورية لنشاط تنظيم 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 الدين. 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 استحدث بعض البلدان حق ضمان وظيفي جديدا، كان معظم البلدان يصّر، تاريخيا، على "مبدأ رهن الوفاء" باعتباره الطريقة المشروعة الوحيدة لإنشاء الضمان في الموجودات المنقولة. ولمدة من الزمن ظل "الرهن المحمّل" ("charge") الذي ينص عليه القانون العام الانكليزي هو الضمان غير الحيازي الحقيقي الوحيد. وفي القرن العشرين، أصبح المشرعون يعترفون والمحاكم تعترف بالحاجة الاقتصادية لتوفير الضمان دون لجوء الى رهن الوفاء الحيازي.

١٧- وحاولت البلدان كلا على حدة أن تتوصل الى حلول ملائمة تبعا للاحتياجات والأذواق المحلية الخاصة. وتتمثل النتيجة في طائفة متنوعة من الحلول. ومما يدل على هذا التنوع دلالة خارجية تنوع أسماء الأدوات ذات الصلة، والتي تختلف أحيانا حتى في البلد الواحد، مثل: التجريد "الوهمي" للمدين من الحيازة؛ ورهن الوفاء غير الحيازي؛ ورهن الوفاء المسجل؛ والضمان التبعي (*nantissement*)؛ والتعهد (*warrant*)؛ ورهن الممتلكات غير المنقولة (*hypothec*)؛ وسند البيع؛ ورهن الممتلكات المنقولة (*chattel mortgage*)؛ والاستئمان (*trust*)؛ الخ. والأهم في هذا المجال هو محدودية نطاق انطباق النهج المتخذة. ولم يشترع سوى القليل من البلدان قانونا عاما بشأن الضمان غير الحيازي (للاطلاع على نهج أشمل، انظر الباب ألف-٤). وللبعض 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 الإحجام عن السماح بالحقوق الضمانية في المخزونات. ويستند هذا أحيانا الى تضارب قانوني مزعوم بين الحق الضماني للدائن وحق وسلطة المدين في أن يبيع. ويتمثل اعتراض آخر في أن التصرف في المخزونات سيسبب في كثير من الأحيان نزاعات صعبة بين المحال اليهم المتعدين أو الدائنين المضمونين المتعدين. وقد ينشأ اعتراض ممكن آخر من خيار سياساتي يجعل المخزونات متاحة للوفاء بمطالبات دائني المدين غير المضمونين.

١٩- وعلى الرغم من تنوع التشريعات الخاصة بالضمان غير الحيازي فإنها تشترك في خاصية واحدة هي أنه عادة ما ينص على شكل من الإشهار للحق الضماني. والغرض من الإشهار هو تبديد الانطباع الخاطئ بالشروة، الذي قد ينشأ من أن الحق الضماني في

الموجودات المحازة للمدين لا يكون ظاهرا ("السرية"؛ وللاطلاع على التفاصيل، انظر الفصل الخامس الخاص بالإشهار).

٢٠- ويبدو أن هناك حاجة الى سد الفجوة بين الطلب الاقتصادي العام على الضمان في الموجودات التجارية التي يحوزها المدين، ويجب أن يحوزها، ومحدودية امكانية الوصول الى ذلك الضمان في كثير من الأحيان. ومن الأغراض الرئيسية لإصلاح القوانين في مجال الضمان غير الحيازي عموما، ولهذا الدليل خصوصا، وضع اقتراحات للتحسين في هذا الميدان الخاص وفي ميدان متصل به هو الضمان في غير المموسسات (انظر الباب ألف-٢-ب).

٢١- وفي حين أظهرت النظم العصرية أن الصعوبات يمكن التغلب عليها فإن التشريع بشأن الضمان غير الحيازي أكثر تعقدا من تنظيم رهن الوفاء الحيازي التقليدي. ويرجع ذلك أساسا الى الخصائص الأربع التالية للحقوق الضمانية غير الحيازية. فأولا، بما أن المدين يحتفظ بالحيازة فإنه 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 الفصل السابع، بشأن الأولوية). وثانيا، يجب على الدائن المضمون أن يتأكد من أن المدين الحائز يعتني بالموجودات المرهونة عناية سليمة ويؤمّن عليها على النحو الواجب ويحميها، بغية الحفاظ على قيمتها التجارية. وهذا يجعل من الضروري أن يتصدى الدائن المضمون لهذه المسائل في اتفاق الضمان الذي يبرم مع المدين (انظر الفصل الثامن، بشأن حقوق والتزامات الأطراف قبل التخلف عن الأداء). وثالثا، اذا أصبح من الضروري انفاذ الضمان، سيفضل الدائن المضمون، في كثير من الأحيان، أن يحصل على الموجودات المرهونة. بيد أنه اذا كان المدين غير مستعد للتخلي عن تلك الموجودات فقد يتعين الشروع في اجراءات أمام المحاكم. وقد يتعين أن توفر تدابير انصافية ملائمة وربما اجراءات معجلة (انظر الفصل التاسع، بشأن التخلف عن الأداء والإنفاذ، والفصل العاشر، بشأن الإعسار). ورابعا، قد يلزم اتخاذ تدابير، حيثما يعتبر ذلك ضروريا، ضد ظهور ثروة زائفة لدى المدين تنشأ عن طريق الحقوق الضمانية السرية في الموجودات التي يحوزها المدين، وذلك عن طريق أشكال شتى من الإشهار (انظر الفصل الخامس، بشأن الاشهار، والفصل السادس، بشأن الاشهار عن طريق الإيداع).

٢٢- وبالنظر الى النماذج التشريعية الماضية (انظر الفقرات ١٦-١٩)، فقد يواجه المشرعون بثلاثة بدائل. فيمكن أن يكون أحد الخيارات اعتماد تشريع موحد للحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية على السواء (انظر الباب ألف-٤). ويمكن أن يتمثل خيار

آخر في اعتماد تشريع موحد للحقوق الضمانية غير الحيازية، مع ترك النظام الخاص بالحقوق الحيازية للقوانين الداخلية الأخرى (انظر القانون النموذجي الذي أعدته منظمة الدول الأمريكية؛ وانظر أيضا الفقرة ٤٠). ويمكن أن يتمثل بديل غيرهما في اعتماد تشريع خاص يسمح بالضمان غير الحيازي للائتمان المقدم الى الدائنين في فروع معينة من الأعمال. وينحو الاتجاه السائد في التشريعات العصرية، على الصعيدين الوطني والدولي، الى اتباع نهج موحد، فيما يتعلق بالضمان غير الحيازي على الأقل. ويرجح أن يؤدي اتباع نهج انتقائي الى وجود ثغرات وأوجه تضارب، وكذلك الى امتعاض لدى القطاعات الصناعية التي قد تستبعد.

ب- الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة غير الملموسة

٢٣- تشتمل 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، المصدقة أو غير المصدقة، التي يحوزها المالك مباشرة أو عن طريق وسيط). وتشكل حقوق الملكية الفكرية (أي البراءات، والعلامات التجارية، وحقوق التأليف والطبع والنشر) مجموعة أخرى من غير الملموسات. وبالنظر الى الزيادة الهائلة في الأهمية الاقتصادية لغير الملموسات في السنوات الأخيرة، يوجد طلب متزايد على استخدام هذه الحقوق كموجودات للضمان. وحتى في معاملات تمويل المخزونات أو المعدات، يؤخذ الضمان في حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالمخزونات أو المعدات، وكثيرا ما تكون القيمة الرئيسية للضمان موجودة في تلك الحقوق.

٢٤- وغير الملموسات هي بطبيعتها غير قابلة للحيازة (المادية). ومع ذلك فإن معظم قوانين ما يسمى بـ "القانون المدني" تصدرت لإنشاء رهون الوفاء الحيازية (انظر الفقرات ١٢-٥)، في المطالبات المالية النقدية على الأقل. وقد حاول بعض القوانين إنشاء ما يشبه التجريد من الحيازة، بأن يشترط على المدين أن يحيل الى الدائن أي محرر أو مستند يتعلق بالمطالبة المرهونة رهن وفاء (مثلا العقد الذي تنشأ منه المطالبة). غير أن تلك الإحالة لا تكفي لتشكيل رهن الوفاء. وبدلا من ذلك، يستعاض عادة عن "تجريد" المدين من الحيازة (استعاضة مفتعلة تماما) باشتراط توجيه اشعار برهن الوفاء الى المدين بالمطالبة المرهونة رهن وفاء.

٢٥- وفي بعض البلدان، استحدثت تقنيات لتحقيق غايات مشابهة للغايات التي تتحقق بحيازة الملموسات. وأكثر الطرائق جذرية هي الإحالة الكاملة للحق المرهون (أو الحصة المرهونة منه) الى الدائن المضمون. غير أن هذا يتعدى إنشاء حق ضماني ويشكل إحالة لحق

الملكية (انظر الباب ألف-٣-أ). وفي إطار نهج أكثر محدودية، لا يتأثر حق ملكية الحقوق المرهونة ولكن تحظر 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.

٢٦- والاسم الملائم لهذه التقنيات الرامية إلى الحصول على "حيازة" الممتلكات غير الملموسة، في المصطلحات العصرية، هو "السيطرة". غير أن درجة السيطرة قد تتباين. ففي بعض الحالات، تكون السيطرة مطلقة ويمنع أي تصرف من المدين. وفي حالات أخرى، يسمح للمدين بالقيام بتصرفات معينة أو بتصرفات لا تتجاوز حداً أقصى ثابتاً، طوال المدة التي يكون فيها للدائن المضمون نفاذ إلى الحساب. ويمكن أن تكون السيطرة شرطاً لصحة الحق الضماني (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4، الفقرة ...) أو لصحة الأولوية (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7، الفقرة ...).

٣- استخدام حق الملكية لأغراض الضمان

٢٧- علاوة على الأدوات الخاصة بالضمان بالمعنى الدقيق (انظر الباب ألف-٢)، استحدثت بالممارسة، وأحياناً بالتشريع أيضاً، في كثير من البلدان، نهج بديل خاص بالحقوق الضمانية غير الحيازية في الموجودات الملموسة وغير الملموسة على السواء، وهو استخدام حق الملكية كضمان (*propriété sûreté*). ويمكن إنشاء حق الملكية كضمان إما بإحالة حق الملكية إلى الدائن (انظر الباب ألف-٣-أ) أو باحتفاظ الدائن بحق الملكية (انظر الباب ألف-٣-ب). وإحالة الحق في الملكية والاحتفاظ به كلاهما يمكنان الدائن من الحصول على ضمان غير حيازي (بشأن الحاجة الاقتصادية إلى الضمان غير الحيازي، وتبريره، انظر الفقرة ١٥).

أ- إحالة حق الملكية إلى الدائن

٢٨- هناك خاصيتان تجعلان إحالة حق الملكية على سبيل الضمان جذابة للدائنين في ولايات قضائية معينة. فأولاً، كثيراً ما تكون مقتضيات إحالة حق الملكية إلى شخص آخر أخف وطأة من مقتضيات إنشاء حق ضماني. وثانياً، في حالة الانفاذ وفي حالة إعسار المدين، يكون الدائن، في كثير من الأحيان، في وضع أفضل كمالك من وضعه كحائز لحق

ضماني مجرد. وفي ولايات قضائية أخرى، لا يوجد فارق، فيما يتعلق بمقتضيات انشاء الحق أو انفاذ الضمان، بين حق الملكية المحال لأغراض الضمان والحقوق الضمانية.

٢٩- وقد سمح القانون في بعض البلدان بإحالة حق الملكية على سبيل الضمان، وسمح به من خلال ممارسات المحاكم في بلدان أخرى. وفي بلدان عديدة أخرى، ولا سيما بلدان القانون المدني، تعتبر هذه الإحالات لحق الملكية التفافاً على نظامها العادي للأدوات الضمانية بالمعنى الدقيق، ولذلك تعتبر باطلة. وتعتمد بعض الولايات القضائية حلاً وسطاً بتخفيض مفعول إحالة حق الملكية على سبيل الضمان إلى إحداث وضعية الدائن المضمون العادي، وخصوصاً حيثما يتنافس الدائن مع دائنين آخرين للمدين.

٣٠- ويواجه المشرعون بخيارين سياساتيين، أحدهما السماح بإحالات حق الملكية على سبيل الضمان، مع المقتضيات المخفضة (عادة) والآثار الأكبر للإحالة الكاملة، مما يؤدي إلى تفادي النظام العام للحقوق الضمانية، وثانيهما هو السماح بإحالات حق الملكية على سبيل الضمان ولكن مع قصر مقتضياتها أو آثارها أو كليهما على مقتضيات وآثار الحق الضماني المجرد. ويمكن أن يؤدي الخيار الأول إلى تعزيز موقف الدائن المضمون، بينما يُضعف موقف المدين ودائني المدين الآخرين. وقد يكون هذا الخيار معقولاً إذا كان النظام الضماني العادي للضمان غير الحيازي غير مكتمل التطور. وفي إطار الخيار الثاني، يمكن إجراء تخفيض تدريجي للمزايا التي ينالها الدائن المكفول وللأوضاع غير المؤاتية (المنافسة التي تنطبق على الأطراف الأخرى، ولا سيما إذا قصرت مقتضيات الإحالة أو آثارها أو كليهما على المقتضيات والآثار المتصلة بالحق الضماني. وقد تكون أي صيغة بديلة من صيغ هذا الخيار معقولة أيضاً من أجل التصدي لجوانب الضعف المعينة الموجودة في النظام العادي للضمان غير الحيازي.

ب- احتفاظ الدائن بحق الملكية

٣١- 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. ويسمى هذا النوع من المعاملات في كثير من الأحيان "تمويل ثمن الشراء"، (انظر الوصف والمثال الواردين في الفقرات ٣ - ٥ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/ WP.2/Add.2).

٣٢- وتتحقق صيغة مغايرة من صور اتفاق الاحتفاظ بحق الملكية (أو تمويل ثمن الشراء) بالجمع بين عقد تأجير 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 ٧ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2). بل في بعض الحالات، التي يمتد فيها التأجير طوال العمر المجدي، للمعدات مثلاً، يكون الاتفاق اتفاق احتفاظ بحق الملكية دون خيار شراء.

٣٣- ومن الناحية الاقتصادية، يوفر اتفاق الاحتفاظ بحق الملكية حقاً ضمانياً مناسباً بوجه خاص لاحتياجات البائعين للحصول على ائتمان ثمن الشراء، ولذلك يستعملونه على نطاق واسع. ففي العديد من البلدان يستخدم هذا النوع من الائتمان على نطاق واسع كبديل للتمويل المصرفي غير تمويل ثمن الشراء. فمثلاً يمكن أن يقدم المصرف تمويل ثمن الشراء حيث يبيع البائع إلى المصرف ويبيع المصرف إلى مشترٍ مع الاحتفاظ بحق الملكية، أو حيث يدفع المشتري إلى البائع نقداً من قرض ويعطي للبنك حق الملكية كضمان للقرض. ومن أجل تعزيز التنافس، يستحق هذا المصدر من مصادر الائتمان، والضمان المعين المرتبط به، اهتماماً خاصاً.

٣٤- وبما أن ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية نشأ كشرط في البيع أو التأجير فإن بلدان عديدة تعتبره مجرد شبه ضمان، وبالتالي غير خاضع للقواعد العامة للضمان، 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 تشجيع تمويل الموردين لثمن الشراء كبديل للائتمان المصرفي غير تمويل ثمن الشراء. وتستخدم في كثير من الأحيان حجة أخرى أقل إقناعاً، وهي أن البائع، بتخليه عن السلع المباعة دون أن يكون قد حصل على السداد، يحتاج إلى حماية.

٣٥- وعلى خلاف ذلك، لا يعترف عدد من الولايات القضائية بالشروط التي تقضي بالاحتفاظ بحق الملكية، أو حتى يحظرها. وتفيد بلدان أخرى نطاق انطباق هذه الشروط، بتجريدتها من مفعولها فيما يتعلق بموجودات معينة، ولا سيما المخزونات، على أساس نظرية أن احتفاظ البائع بحق الملكية لا يتفق مع منح البائع للمشتري حق وسلطة التصرف في المخزونات.

٣٦- ويمكن النظر في عدة خيارات سياسية. فأحد الخيارات هو الحفاظ على الطابع الخاص لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية كأداة تتعلق بحق الملكية. ويمكن أن يتمثل خيار آخر في قصر مفعول ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية على ما يلي: فقط سعر شراء الموجود المعني، باستبعاد أي ائتمان آخر؛ و/أو قصره على الموجود المشتري، باستبعاد العائدات أو المنتجات. ويمكن أن يتمثل خيار غير هذين في إدماج ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية في النظام العادي

للحقوق الضمانية. وفي تلك الحالة، ينبغي منح مزايا معينة للبائع - الدائن. وقد يتمثل خيار آخر في إعطاء الاحتفاظ بحق الملكية وضعية مكافئة تماماً لوضعية أي ضمان غير حيازي آخر.

٣٧- ومن شأن الخيارين الأولين الحفاظ على نظام خاص خارج النظام الشامل للحقوق الضمانية غير الحيازية، أو حتى انشاء 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 ذي رتبة ثانية لدائن آخر. وتتمثل مثلبة أخرى لنهج حق الملكية في صعوبة أو استحالة التنفيذ من جانب دائني المشتري الآخرين دون موافقة البائع.

٣٨- والخياران الأخيران المذكوران أعلاه (انظر الفقرة ٣٦) أكثر اتساقاً مع نظام الحقوق الضمانية الشامل. فهذان الخياران يقبلان بأن البائع الذي يقدم الائتمان يستحق وضعاً مميزاً معيناً لأنه يتخلى عن السلع المباعة بالائتمان، وينبغي لأسباب اقتصادية تشجيع ائتمان ثمن الشراء. ومن الناحية الأخرى، ولصالح الدائنين المنافسين، تقتصر المزية على ثمن شراء الموجود المعين وعلى السلع المباعة من حيث هي. وعلى خلاف ذلك، لا تحظى الحقوق في عائدات أو منتجات السلع المشتراة بتلك المزية، وتخضع للقواعد المنطبقة على الحقوق الضمانية العادية.

٣٩- ومن شأن تحويل الاحتفاظ بحق الملكية الى حق ضماني أن يعزز موقف المشتري - المدين، لأنه سيتمكن من انشاء حق ضماني (غير حيازي) ذي رتبة ثانية للحصول على قرض من دائن آخر. كما أنه سيحسن موقف دائني المشتري - المدين الآخرين في حالة الإنفاذ المتعلق بالموجود المرهون وفي حالة إعسار المدين.

٤- الضمان الشامل الموحد

٤٠- 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. وقد وحدت المادة ٩ من القانون التجاري الموحد حقوقاً حيازية وغير حيازية عديدة ومتنوعة في الملموسات وغير الملموسات، تشمل ترتيبات إحالة حق الملكية وترتيبات الاحتفاظ به، كانت موجودة بموجب قوانين الولايات وقانونها العام. وامتدت الفكرة الى كندا ونيوزيلندا،

واعتمدها بلدان قليلة في أوروبا. ويوصى بهذه الفكرة أيضا في القانون النموذجي الذي وضعه المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير. ويقتصر القانون النموذجي الذي وضعته منظمة الدول الأمريكية، والذي يتبع في العديد من الجوانب نهجا مماثلا، على الضمان غير الحيازي، تاركا الضمان الحيازي لقوانين الدول، بالنظر الى تقسيم السلطات التشريعية في الدول الاتحادية.^(١)

٤١ - والسمة الرئيسية للنهج الواسع الشامل هي أنه يدمج القواعد الخاصة برهن الوفاء الحيازي التقليدي مع القواعد المتعلقة برهن الوفاء غير الحيازي والمتعلقة بإحالة حق الملكية أو الاحتفاظ به لأغراض الضمان. ويؤدي هذا النهج الى انشاء نظام وحيد وشامل ومتسق للحقوق الضمانية يتفادى الثغرات والتضاربات. ويمكن لكل هيئة تشريعية على حدة أن تبت بحرية في السياسات التي يستند اليها النهج الأساسي وفحوى كل من الأحكام التي تنفذه. فمثلا يمكن، في اطار النظام الموحد، أن تعالج المصالح الخاصة بواسطة قواعد الأولوية (مثلا بالنسبة لضمان ثمن الشراء).

باء - الملخص والتوصيات

٤٢ - في حالات عملية معينة، ولكن محدودة، يؤدي رهن الوفاء الحيازي وظيفة مفيدة كحق ضمان قوي.

٤٣ - يؤدي الحق التعاقدي في الاحتفاظ، اذا كان مصحوبا بسلطة الدائن في البيع، وظيفة رهن وفاء حيازي (انظر الفقرة ١٤).

[ملحوظة للفريق العامل: قد يرغب الفريق العامل في أن ينظر في إخضاع ذلك الحق التعاقدي في الاحتجاز لنفس القواعد التي تحكم رهون الوفاء الحيازية، وربما، في حالات معينة على الأقل، باستثناء القواعد التي تحكم انشاء حقوق الاحتجاز هذه].

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

(١) في دول مثل الأرجنتين والبرازيل والمكسيك، تمتلك المقاطعات وحدها سلطة سنّ القوانين بشأن رهون الوفاء الحيازية.

[ملحوظة للفريق العامل: قد يرغب الفريق العامل في أن ينظر فيما إن كان هذا النظام ينبغي أن يحكم الحقوق الضمانية وغير الضمانية على السواء أم الحقوق الضمانية غير الحيازية فقط (انظر الفقرة ٢٢).]

٤٥ - على ضوء تزايد أهمية الملموسات كضمان للائتمان، وكون القواعد المنطبقة على هذا النوع من الضمانات غير كافية في كثير من الأحيان، يستصوب استحداث نظام قانوني عصري لغير الملموسات (انظر الفقرة ٢٣).

[ملحوظة للفريق العامل: ضمنا للاتساق، قد يرغب الفريق العامل في أن يعتبر أن نظام الحقوق الضمانية في غير الملموسات ينبغي أن يكون قريبا بقدر الامكان من نظام الضمانات غير الحيازية في الملموسات.

وقد يرغب الفريق العامل أيضا في أن يناقش التوصيات التي ستقدم في الدليل فيما يتعلق بغير الملموسات وأنواع معينة من غير الملموسات، مثل الأوراق المالية وحقوق الملكية الفكرية والمستحقات الناشئة منها. وقد يرغب الفريق العامل في أن يضع في اعتباره، لدى مناقشته لهذه المسألة، ما يلي: أعمال المنظمات الأخرى؛ وكون غير الملموسات يمكن أن تؤخذ كضمان في سياق المعاملات المتعلقة بالضمان في الملموسات (مثل تمويل المخزونات أو المعدات)؛ وجدوى استحداث نظام للمصالح الضمانية في غير الملموسات ومدى تعقد ذلك النظام.

وعلاوة على ذلك، قد يرغب الفريق العامل في أن ينظر فيما إن كانت احوالة حق الملكية لأغراض الضمان مفيدة وينبغي الإبقاء عليها في نظام كفؤ وفعال للضمان غير الحيازي في الموجودات الملموسة وغير الملموسة (انظر الفقرة ٣٠). وقد يرغب الفريق العامل أيضا في أن ينظر فيما إن كان الاحتفاظ بحق الملكية ينبغي أن يعامل كحق ملكية أم كأداة ضمانية (انظر الفقرتين ٣٦ و ٣٧).

وإذا قرر الفريق العامل أن يعامل الاحتفاظ بحق الملكية كأداة ضمانية فقد يرغب في أن يمنح البائع - الدائن أو الشخص الآخر الذي يقدم ائتمان ثمن الشراء أولوية خاصة مكافئة لأولوية حائز حق الملكية. ويمكن أن تقتصر هذه الأولوية الخاصة على الموجود المباع وعلى ثمن شرائه غير المسدد (باستبعاد العائدات والائتمانات الأخرى (انظر الفقرة ٣٨)). وقد يرغب الفريق العامل أيضا في أن يعتبر أن معاملة الاحتفاظ بحق الملكية كمكافئ للحق الضماني "العادي" لا ينبغي أن تخل بصلاحيته لأغراض أخرى (مثل الضرائب والحاسبة، الخ).

وفضلا عن ذلك، 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 الفقرتين ٤٠ و ٤١).