الأمم المتحدة
A/CN.9/532
الجمعية العامة
Distr.: General
18 March 2003
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة السادسة والثلاثون

فيينا، ٣٠ حزيران/يونيه-١١ تموز/يوليه ٢٠٠٣

تقريرالفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية) عن أعمال دورته الثالثة (نيويورك، ٣-٧ آذار/مارس ٢٠٠٣)

المحتويات

		الفقرات	الصفحة
أولا-	مقدمة	١-٦	٣
ثانيا-	تنظيم الدورة	٧-١٢	٥
ثالثا-	المداولات والمقررات	١٣-١٤	٦
رابعا-	إعداد دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة	١٥-١٠٨	٧
	الفصل الثامن- حقوق الأطراف والتزاماتها السابقة للتقصير (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8)	١٥-٣٥	٧
	ألف- القيود	١٥	٧
	باء- قواعد القصور	١٦-١٧	٧
	جيم- واجب العناية	١٨-٢٠	٨
	دال- الحق في استرداد النفقات المعقولة	٢١	٨
	هاء- واجب إبقاء الموجودات المرهونة على شكل يمكّن من التعرف عليها	٢٢	٩
	واو- واجب اتخاذ خطوات للحفاظ على حقوق المدين	٢٣	٩
	زاي- الحق في رصد العائدات لسداد الالتزام المضمون	٢٤	٩
	حاء- الحق في إحالة الالتزام المضمون والحق الضماني	٢٥-٢٦	١٠
	طاء- الحق في "اعادة رهن" الموجودات المرهونة	٢٧	١٠
	ياء- الحق في التأمين من هلاك الموجودات المرهونة أو تلفها	٢٨	١١
	كاف- واجب تقديم كشف حساب ومسك سجلات وافية بالغرض	٢٩	١١
	لام- الحق في استعمال الموجودات المرهونة وخلطها ومزجها ومعالجتها	٣٠	١١

280303 V.03-82166 (A)

	الفقرات	الصفحة
ميم- واجب اعادة الموجودات المرهونة لدى سداد الالتزام المضمون	٣١	١٢
نون- الملخص والتوصيات	٣٢-٣٥	١٢
الفصل الحادي عشر- تنازع القوانين والتطبيق الاقليمي (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11)	٣٦-٥٧	١٣
ملاحظات عامة	٣٦-٤١	١٣
ألف- القانون الذي يحكم إنشاء حق ضماني وإشهاره وأولويته	٤٢-٤٧	١٤
باء- حرية الأطراف فيما يتعلق بالقانون المنظم لإنشاء حق ضماني	٤٨	١٥
جيم- التغير اللاحق في العامل الرابط	٤٩	١٦
دال- القانون الذي يحكم إنفاذ الحق الضماني	٥٠	١٦
هاء- تأثير الإعسار على القانون الذي يُطبق	٥١-٥٤	١٧
واو- نطاق قواعد تنازع القوانين	٥٥-٥٧	١٨
الفصل الثاني عشر- المسائل الخاصة بفترة الانتقال (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12)	٥٨-٧٢	١٨
ملاحظات عامة	٥٨-٦١	١٨
ألف- تاريخ بدء النفاذ	٦٢	١٩
باء- فترة الانتقال	٦٣-٦٥	٢٠
جيم- الأولوية	٦٦-٧٢	٢٠
الفصل الثالث- النهوج الأساسية إزاء الضمان (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2)	٧٣-٩١	٢٢
ألف- رهن الوفاء	٧٣-٧٥	٢٢
باء- الضمان غير الحيازي	٧٦-٧٧	٢٣
جيم- الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة غير الملموسة	٧٨	٢٣
دال- إحالة حق الملكية لأغراض الضمان	٧٩	٢٤
هاء- الاحتفاظ بحق الملكية	٨٠-٨٤	٢٤
واو- الضمان الشامل الموحّد	٨٥	٢٥
زاي- الملخص والتوصيات	٨٦-٩١	٢٦
الفصل الرابع- الإنشاء (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3)	٩٢-١٠٨	٢٧
ألف- مقدمة	٩٢	٢٧
باء- الطابع التبعي للحق الضماني	٩٣-٩٤	٢٧
جيم- التقييدات على أنواع الالتزامات التي يمكن أن تُضمن	٩٥	٢٨
دال- أنواع الالتزامات	٩٦-٩٧	٢٨
هاء- الوصف	٩٨-٩٩	٢٩
واو- الموجودات التي تحمّل عبء الضمان	١٠٠-١٠١	٢٩
زاي- الموجودات الآجلة	١٠٢-١٠٣	٢٩
حاء- الموجودات غير المعينة تحديداً	١٠٤-١٠٥	٣٠
طاء- رهون المنشآت والرهون العائمة	١٠٦-١٠٨	٣٠
خامسا- الأعمال المقبلة	١٠٩	٣١

أولا- مقدمة

١- يواصل الفريق العامل، في هذه الدورة، أعماله بشأن وضع "نظام قانوني فعّال للحقوق الضمانية في البضائع الداخلة في النشاط التجاري".[1] وكان قرار اللجنة الاضطلاع بالعمل في مجال قانون الائتمانات المضمونة قد اتخذ لتلبية الحاجة إلى نظام قانوني فعّال يزيل العقبات القانونية التي تعترض سبيل الائتمانات المضمونة ويكون له بالتالي تأثير مفيد على توافر وتكلفة الائتمانات.[2]

٢- وقد ناقشت اللجنة، في دورتها الثالثة والثلاثين (٢٠٠٠)، تقريرا أعدته الأمانة بشأن المسائل التي ينبغي تناولها في مجال قانون الائتمانات المضمونة (A/CN.9/475). واتفقت اللجنة، في تلك الدورة، على أن قانون الائتمانات المضمونة هو موضوع هام وأنه قد عرض على اللجنة في الوقت المناسب، لا سيما نظرا إلى صلته الوثيقة بأعمال اللجنة بشأن قانون الإعسار. وكان ثمة رأي سائد مؤداه أن قوانين الائتمانات المضمونة الحديثة يمكن أن يكون لها أثر كبير على توافر وتكلفة الائتمانات وبالتالي على التجارة الدولية. وساد أيضا رأي مؤداه أنه يمكن لقوانين الائتمانات المضمونة الحديثة أن تخفف من حالات عدم المساواة في الوصول إلى الائتمانات المنخفضة التكلفة بين الأطراف في البلدان المتقدمة النمو والأطراف في البلدان النامية، وفي الحصة التي تحصل عليها هذه الأطراف من منافع التجارة الدولية. بيد أنه أعرب عن بعض الحذر في هذا الخصوص مؤداه ضرورة أن تحقق تلك القوانين توازنا ملائما في معاملة الدائنين المميزين والمضمونين وغير المضمونين بحيث تصبح مقبولة لدى الدول. وذكر أيضا أنه نظرا إلى السياسات المتباينة لدى الدول، من المستصوب اتباع نهج مرن يهدف إلى اعداد مجموعة من المبادئ مشفوعة بدليل، لا اعداد قانون نموذجي.[3]

٣- ونظرت اللجنة، في دورتها الرابعة والثلاثين (٢٠٠١)، في تقرير آخر أعدته الأمانة (A/CN.9/496) واتفقت على أنه ينبغي الاضطلاع بذلك العمل، بالنظر إلى التأثير الاقتصادي النافع لوجود قانون عصري بشأن الائتمانات المضمونة. وذكر أن التجربة قد بيّنت أن لمواطن القصور في ذلك المجال تأثيرات سلبية كبرى في النظام الاقتصادي والمالي في أي بلد. وذكر أيضا أن ايجاد اطار قانوني فعال وقابل للتنبؤ ينطوي على منافع للاقتصاد الكلي على المدى القصير وعلى المدى الطويل على حد سواء. فعلى المدى القصير، أي عندما تواجه البلدان أزمات في قطاعها المالي، فان وجود اطار قانوني فعال وقابل للتنبؤ ضروري، وخصوصا بالنسبة إلى انفاذ المطالبات المالية، وذلك لمساعدة المصارف وغيرها من المؤسسات المالية على التحكم في تدهور وضع مطالباتها، من خلال آليات انفاذ سريعة، ولتيسير اعادة هيكلة الشركات بتوفير أداة من شأنها أن تستحدث حوافز لأجل التمويل المؤقت. وأما على

المدى الطويل، فان وجود اطار قانوني مرن وفعال للحقوق الضمانية يمكن أن يكون أداة مفيدة لزيادة النمو الاقتصادي. ولا ريب في أنه لا يمكن تعزيز النمو الاقتصادي والقدرة التنافسية والتجارة الدولية من دون توفر سبل وصول إلى قروض إئتمانية يمكن تحمّل أعبائها، لما ينطوي عليه ذلك من موانع تحول دون توسع المنشآت لكي تحقق امكاناتها الكاملة.(٤) وفيما يتعلق بشكل العمل، رأت اللجنة أن القانون النموذجي سيكون غير مرن إلى حد مفرط وأحاطت علما بالمقترحات التي قُدمت بشأن وضع مجموعة من المبادئ الأساسية مع دليل تشريعي يتضمن توصيات تشريعية.(٥)

٤- ونظر الفريق العامل أثناء دورته الأولى (نيويورك، ٢٠-٢٤ أيار/مايو ٢٠٠٢) في الفصول من الأول إلى الخامس وفي الفصل العاشر (A/CN.9/WG.VI/WP.2، والإضافات ١ إلى ٥ و ١٠) من المشروع الأولي للدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة الذي أعدته الأمانة. وفي تلك الدورة طلب الفريق العامل إلى الأمانة أن تعد صيغا منقّحة لتلك الفصول (انظر A/CN.9/512، الفقرة ١٢). وفي تلك الدورة، نظر الفريق العامل أيضا في اقتراحات بشأن تقديم عرض لنظم التسجيل العصرية بغية تزويد الفريق العامل بالمعلومات اللازمة لمعالجة الشواغل التي أبديت بشأن تسجيل الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة (انظر A/CN.9/512، الفقرة ٦٥). وفي الدورة ذاتها، اتفق الفريق العامل على ضرورة التنسيق مع الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار) في المسائل التي تحظى باهتمام مشترك، وأقرّ استنتاجات الفريق العامل الخامس فيما يتعلق بتلك المسائل (انظر A/CN.9/512، الفقرة ٨٨).

٥- ونظرت اللجنة أثناء دورتها الخامسة والثلاثين (٢٠٠٢) في تقرير الدورة الأولى للفريق العامل (A/CN.9/512). ورئي على نطاق واسع أن الدليل التشريعي يتيح للجنة فرصة كبيرة لمساعدة الدول في اعتماد تشريعات حديثة للمعاملات المضمونة، ورئي بصفة عامة أن ذلك شرط لازم، وإن لم يكن كافيا في حد ذاته، لزيادة الوصول إلى ائتمان منخفض التكلفة، وبالتالي لتيسير حركة البضائع والخدمات عبر الحدود والتنمية الاقتصادية والعلاقات الودية بين الأمم في نهاية المطاف. وفي هذا الصدد، لاحظت اللجنة بارتياح أن المشروع قد اجتذب اهتمام منظمات دولية، حكومية وغير حكومية، وأن بعضها شارك بنشاط في مداولات الفريق العامل. وشعرت اللجنة أيضا، في تلك الدورة، بأن مبادرة اللجنة جاءت في وقت مناسب جداً سواء بالنظر إلى المبادرات التشريعية ذات الصلة الجارية على الصعيدين الوطني والدولي أو بالنظر إلى مبادرة اللجنة نفسها في مجال قانون الإعسار. وعقب النقاش، أكدت اللجنة الولاية الممنوحة للفريق العامل في دورتها الرابعة والثلاثين لإعداد نظام قانوني فعّال للحقوق الضمانية في البضائع، بما فيها المخزون. وأكدت اللجنة أيضاً أن ولاية الفريق

العامل ينبغي تفسيرها بصورة واسعة لكفالة الحصول على ناتج عمل مرن بصورة مناسبة، ينبغي أن يصدر في شكل دليل تشريعي.(٦)

٦- ونظر الفريق العامل، في دورته الثانية (فيينا، ١٧-٢٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٢)، في الفصول السادس والسابع والتاسع (A/CN.9/WG.VI/WP.2 والاضافات ٦ و٧ و٩) من مشروع الدليل الأولي بشأن المعاملات المضمونة الذي أعدته الأمانة. وفي تلك الدورة طلب الفريق العامل إلى الأمانة أن تعد صيغا منقحة لتلك الفصول (انظر A/CN.9/531، الفقرة ١٥). وفي ارتباط بتلك الدورة، ووفقا للمقترحات التي قدمت في الدورة الأولى للفريق العامل (انظر A/CN.9/512، الفقرة ٦٥)، قُدّم عرض غير رسمي لنظم تسجيل الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة في نيوزيلندا والنرويج. وقبل تلك الدورة مباشرة، عقد الفريقان العاملان الخامس (المعني بقانون الاعسار) والسادس (المعني بالمصالح الضمانية) دورتهما المشتركة الأولى (فيينا، ١٦-١٧ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٢) حيث نُظر في الصيغة المنقحة للفصل العاشر (الفصل التاسع الجديد؛ A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) بشأن الاعسار. وفي تلك الدورة، طُلب إلى الأمانة اعداد صيغة منقحة لذلك الفصل (انظر A/CN.9/535، الفقرة ٨).

ثانيا- تنظيم الدورة

٧- عقد الفريق العامل، الذي تألف من جميع الدول الأعضاء في اللجنة، دورته الثالثة في نيويورك من ٣ إلى ٧ آذار/مارس ٢٠٠٣. و حضر الدورة ممثلون للدول التالية الأعضاء في اللجنة: الاتحاد الروسي، الأرجنتين (بالتناوب سنويا مع أوروغواي)، اسبانيا، ألمانيا، ايران (جمهورية-الاسلامية)، ايطاليا، باراغواي، البرازيل، تايلند، سنغافورة، السويد، الصين، فرنسا، الكاميرون، كندا، كولومبيا، كينيا، ليتوانيا، المغرب، المكسيك، النمسا، الهند، هنغاريا، الولايات المتحدة الأمريكية، اليابان.

٨- وحضر الدورة مراقبون عن الدول التالية: الأردن (المملكة الهاشمية)، أستراليا، تركيا، الجزائر، جزر مارشال، جمهورية كوريا، الفلبين، فنزويلا، فييت نام، مالطة، اليمن.

٩- وحضر الدورة أيضا مراقبون عن المنظمات الوطنية أو الدولية التالية: (أ) مؤسسات منظومة الأمم المتحدة: صندوق النقد الدولي؛ البنك الدولي للانشاء والتعمير (البنك الدولي)؛ (ب) المنظمات الحكومية-الدولية: المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (يونيدروا)؛ (ج) المنظمات غير الحكومية التي دعتها اللجنة: رابطة المحامين الأمريكية، مركز الدراسات القانونية الدولية، جمعية التمويل التجاري، رابطة المحامين للبلدان الأمريكية، الغرفة التجارية

الدولية، الاتحاد الدولي للمختصين في شؤون الاعسار (إينسول)، الرابطة الدولية لعملاء صكوك المقايضة والصكوك الاشتقاقية، معهد ماكس-بلانك للقانون الدولي الأجنبي والمقارن، مركز القانون الوطني للتجارة الحرة بين البلدان الأمريكية، رابطة المحامين في مدينة نيويورك، الرابطة الأوروبية لطلبة الحقوق، اتحاد رابطات الصناعة وأرباب العمل في أوروبا.

١٠- وانتخب الفريق العامل عضوي المكتب التاليين:

الرئيسة: السيدة كاثرين سابو (كندا)

المقرر: السيد م. ر. أومارجي (الهند)

١١- وكان معروضا على الفريق العامل الوثائق التالية: A/CN.9/WG.VI/WP.7 (جدول الأعمال المؤقت)، و A/CN.9/WG.VI/WP.2 وAdd.8 وAdd.11 وAdd.12 (الصيغة الأولى من مشروع الدليل)، وكذلك A/CN.9/WG.VI/WP.6 وAdd.1 إلى Add.3 (الصيغة الثانية من مشروع الدليل).

١٢- واعتمد الفريق العامل جدول الأعمال التالي:

١- انتخاب أعضاء المكتب.

٢- اعتماد جدول الأعمال.

٣- اعداد دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة.

٤- مسائل أخرى.

٥- اعتماد التقرير.

ثالثا- المداولات والمقررات

١٣- وقف الفريق العامل في بداية مداولاته، دقيقة صمت لذكرى السيدة باسكال دي بوك ممثلة صندوق النقد الدولي. ثم نظر الفريق العامل في الفصول الثامن والحادي عشر والثاني عشر من الصيغة الأولى من مشروع الدليل والفصول الأول والثاني والفقرات ١ إلى ٣٣ من الفصل الثالث من الصيغة الثانية من مشروع الدليل. وترد مداولات الفريق العامل وقراراته في الجزء الرابع أدناه. وقد طُلب إلى الأمانة أن تعد، على أساس تلك المداولات والقرارات، صيغة منقحة لفصول مشروع الدليل التي نوقشت في هذه الدورة.

١٤- وإذ لاحظ الفريق العامل أن البنك الدولي بصدد دراسة ورقة تقنية تعالج كلا من قضايا الإعسار والمعاملات المضمونة، أوصى الفريق بأن تبذل مزيد من جهود كلا الهيئتين لضمان التنسيق وتجنب ازدواجية الجهود وعدم اتساق النتائج وتعزيز التكامل حسبما هو ضروري داخل منظومة الأمم المتحدة. وذكر أن من المهم التسليم بقيمة العملية الواضحة التي تضطلع بها اللجنة والتي تنطوي على قدر كبير من الدراية في العالم.

رابعا- إعداد دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

الفصل الثامن- حقوق الأطراف والتزاماتها السابقة للتقصير

(A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8)

ألف- القيود

١٥- اقترح أن تعاد صياغة الفقرة ٧، التي تشير إلى حصول الدائن المضمون على ما يتجاوز استحقاقاته، بشكل أكثر حيادية. وذكر أن المدين الذي يحتفظ بالموجودات المرهونة يمكن أيضا أن يسيء استخدام مركزه المميز. ولوحظ أيضا أن الاشارة إلى القيود المستندة إلى السياسة العامة تكفي في هذا الصدد وأنه يمكن حذف الاشارة إلى حصول الدائن المضمون على ما يتجاوز استحقاقاته. وردا على اقتراح يدعو إلى مناقشة مسألة حصول الدائن المضمون على ما يتجاوز استحقاقاته، الواردة في الفقرة ٧ بصورة أكثر تفصيلا، لوحظ أن هذه المسألة ينبغي أن تُناقش مع مسألة الإفراط في تقديم الضمانات الرهنية في سياق الفصل الثالث، المتعلق بإنشاء الحق الضماني (انظر الفقرة ٢٦ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3).

باء- قواعد القصور

١٦- بغية تحاشي أي التباس مع الإخلال بالالتزامات التعاقدية (المجسدة في مصطلح "القصور")، اتفق على أنه ينبغي الاشارة إلى القواعد التي تكمل اتفاق الضمان أو إلى قواعد الوقائع الحقوقية بدلا من قواعد القصور.

١٧- وفيما يتعلق بالاشارة في الفقرة ١٣ إلى تعظيم قيمة الموجودات المرهونة، أعرب عن القلق من أن ذلك قد يلقي على عاتق الدائن المضمون، بدون قصد، عبئا يفوق أية منافع. وبغية تبديد هذا القلق، اقتُرح أن يشار إلى المحافظة على القيمة الراهنة للموجودات بدلا من الاشارة إلى تعظيم قيمتها. وفي هذا الصدد، اقتُرح أيضا أن يكون السلوك المسؤول من

جانب من يتحكمون بالموجودات مرتبطا بالمحافظة على قيمة الموجودات، ليس لغرض تغطية القصور اللاحق فحسب بل أيضا لغرض إعادة الموجودات إلى المدين لدى سداد الالتزام المضمون.

جيم- واجب العناية

١٨- قدمت اقتراحات عديدة. وجاء في أحد الاقتراحات ما مؤداه أن التغييرات المقترحة فيما يتعلق بالفقرة ١٣ ينبغي أن تُدخل في الفقرة ١٦ كذلك. وورد في اقتراح آخر ما مؤداه أن المثال الأول المقدم في الفقرة ١٧ ينبغي أن يحذف لأنه يتعارض مع قاعدة عامة تنطبق على الحقوق الضمانية الحيازية وتفيد بأن اعادة الموجودات المرهونة تؤدي إلى سقوط الحق الضماني.

١٩- وجاء في اقتراح آخر أن تدهور قيمة الموجودات المرهونة، سواء أكان في حالة الحقوق الضمانية الحيازية أم غير الحيازية، يجب أن يعالج بقاعدة محددة. ويمكن لقاعدة كهذه أن تنص على أنه سيكون على المدين أن يقدم ضمانا اضافيا أو أنه يمكن للدائن المضمون معاملة ذلك التدهور في القيمة على أنه نتيجة قصور. وذكر أنه ينبغي أن تنشئ قاعدة كهذه حقا للدائن المضمون وليس التزاما عليه في أن يرصد القيمة السوقية للموجودات المرهونة ويشير على المدين بالاجراء الصحيح الواجب اتخاذه. غير أنه لوحظ أنه بينما يمكن لقاعدة كهذه أن تكون مناسبة وأن تتوقعها الأطراف في معاملات معينة (تتعلق بالأوراق المالية، مثلا)، فقد لا تكون مناسبة وقد تشكل مفاجأة للأطراف في معاملات أخرى (تتعلق باقتناء المستهلك لحاسوب شخصي، مثلا). ولوحظ أيضا أن تخفيض القيمة في الحالتين أمر يعالج عادة في اتفاق ضمان ولا يحتاج إلى تناوله في قواعد تكميلية.

٢٠- وردا على أحد الأسئلة، قيل إن لا مشكلة تنشأ في حالة حدوث زيادة في قيمة الموجودات المرهونة، لأنه ليس للدائن المضمون الحق في أن يطالب إلا بقيمة الالتزام المضمون. وبعد المناقشة، اتفق على أنه يمكن مناقشة المسألة كمثال آخر على المسائل التي قد ترغب الأطراف في تسويتها في اتفاق الضمان (انظر الفقرة ١٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8).

دال- الحق في استرداد النفقات المعقولة

٢١- أُعرب عن القلق من أن الجملة الثانية من الفقرة ١٨ قد تحول، بدون قصد، دون قيام الدائن المضمون بتحميل المدين نفقات غير النفقات المعقولة المتكبدة نتيجة لواجب العناية

الذي يقع على عاتق الدائن المضمون. وبغية تبديد هذا القلق، اقتُرح حذف تلك الجملة. ومن ناحية أخرى، ذكر أنه ينبغي الحفاظ على تلك الجملة إذ إنها توضح الجملة الأولى. وردا على ذلك، أشير إلى أنه يمكن أن ينظر إلى الجملة الثانية من الفقرة ١٨ على أنها تتجاوز الجملة الأولى التي تتناول النفقات ذات الصلة بواجب العناية فحسب الذي يقع على عاتق الدائن المضمون. وبغية التوفيق بين الرأيين المختلفين، اقتُرح بأن تترك للطرفين تسوية المسألة في اتفاق الضمان.

هاء- واجب إبقاء الموجودات المرهونة على شكل يمكّن من التعرّف عليها

٢٢- أُعرب عن القلق من أن الفقرة ٢٠، بصيغتها الحالية، قد تفشل، بدون قصد، في حماية المدين إذا قام الدائن المضمون بمزج الموجودات المرهونة بموجودات أخرى. وبغية تبديد هذا القلق، اقتُرح أن يشار، في حالة الموجودات المثلية، إلى واجب الدائن المضمون الحفاظ على الموجودات التي لها نفس الكمية والقيمة.

واو- واجب اتخاذ خطوات للحفاظ على حقوق المدين

٢٣- اقتُرح أن تشير الفقرة ٢١ بوضوح إلى امكانية أن تكون بعض الممتلكات غير الملموسة المدرجة في وثائق ملكية عُرضة للحقوق الضمانية الحيازية. واقتُرح أيضا أن تنص الفقرة ٢١ كذلك على أن حيازة الصك تنشئ واجب العناية فيما يتعلق بالصك وفيما يتعلق بالحق المدرج فيه. أما فيما يتعلق بالجملة الأخيرة من الفقرة ٢١ التي تتناول مسألة مختلفة، فقد رئي أن مفهوم الأطراف التي تتحمل مسؤولية ثانوية يحتاج إلى توضيح.

زاي- الحق في رصد العائدات لسداد الالتزام المضمون

٢٤- اقتُرح التمييز بين العائدات النقدية والعائدات غير النقدية بحيث يمكن تخصيص العائدات النقدية لا العائدات غير النقدية لسداد الالتزام المضمون. وينبغي أن يكون في استطاعة الدائن المضمون استبقاء العائدات غير النقدية باعتبارها موجودات مرهونة. أما فيما يتعلق بالعائدات النقدية، فينبغي أن يكون الدائن المضمون قادرا على استخدامها لسداد الالتزام المضمون ما لم يكن قد سلّمها إلى المدين.

حاء- الحق في احالة الالتزام المضمون والحق الضماني

٢٥- أُعرب عن عدد من الشواغل فيما يتعلق بالفقرة ٢٤. وكان مفاد أحد الشواغل أن الفقرة ٢٤ قد تعطي، بدون قصد، الانطباع بأنه ينبغي الالتزام بالاتفاق الذي يقيّد قدرة الدائن المضمون على إحالة الالتزام المضمون أو الحق الضماني. وذكر أن تلك النتيجة لا تتماشى مع الفقرة ١ من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لاحالة المستحقات في التجارة الدولية ("اتفاقية الأمم المتحدة للاحالة") التي بموجبها تكون الاحالة نافذة المفعول بصرف النظر عن أي اتفاق يقيّد حق الدائن في احالة مستحقاته. وبغية تبديد ذلك الشاغل، اقتُرح تنقيح الفقرة ٢٤ بحيث تنص على أنه ينبغي نقل الحق الضماني مع الالتزام المضمون.

٢٦- وجاء في شاغل آخر أن الفقرة ٢٤ لم تعترف بالممارسات التي تجري فيها احالة الحقوق الضمانية بصورة منفصلة عن الالتزامات التي تضمنها. وذكر أن تلك الممارسة معتادة في معاملات التمويل التي تنطوي، مثلا، على نقل الحق الضماني الخاص بشركة أُم في موجودات شركة فرعية إلى مؤسسة تمويل بغية ضمان الحصول على ائتمان جديد للشركة الفرعية، أو في المعاملات التي ينقل فيها الدائن المضمون حقه الضماني إلى دائن جديد بغية ضمان حصول الدائن الجديد على الأولوية على الدائن المضمون الأولي. وذكر أنه في هذه الحالات، يبقى الحق الضماني تابعا للالتزام المضمون ولا تتغير التزامات المدين، بينما يمكن تعزيز حقوقه عن طريق تراكم الدفوع التي تستند إلى العقد الأصلي الأساسي ولكنها تستند أيضا إلى العقد الذي يُنقل الحق الضماني بموجبه. وقد أُعرب عن بعض الشك في هذا الشأن. وذكر أنه، في بعض النظم القانونية، يمكن لاحالة الحق الضماني بصورة منفصلة عن الالتزام المضمون أن تؤثر في الطابع التبعي للحق الضماني. وردا على ذلك، ذُكر أنه يمكن تجنب تلك النتيجة عن طريق التحليل والتوصية المناسبين في مشروع الدليل. وذُكر أيضا أن تلك الاحالة قد تخلق عدم اليقين ازاء الطريقة التي يمكن فيها للمدين أن يفي بالتزامه. وردا على ذلك، أشير إلى أن الوفاء بالالتزام يبقى خاضعا للمعاملة الأصلية الأساسية وللقانون المنطبق عليها. وأعطي مثال على القانون الذي ينبغي بموجبه، في حالة توجيه اشعار بالاحالة إلى المدين، أن يجري السداد للمحال اليه، بينما في حالة عدم وجود اشعار، ينبغي أن يجري السداد للمحيل.

طاء- الحق في "اعادة رهن" الموجودات المرهونة

٢٧- ذكر أن القاعدة التي تنص على أن اعادة الرهن لا يمكن أن تكون لمدة أطول من مدة الرهن هي قاعدة مناسبة وينبغي المحافظة عليها. بيد أنه قُدّم عدد من الاقتراحات فيما

يتعلق بصياغة تلك القاعدة. فقد جاء في أحد الاقتراحات أنه، حيث أن تلك القاعدة موجودة في بعض النظم القانونية فيما يتعلق بالأوراق المالية فحسب، سيكون من المفيد التوضيح بأن القاعدة الواردة في الفقرة ٢٥ تنطبق كذلك على موجودات غير الأوراق المالية. وقُدم اقتراح آخر مؤداه أن الفقرة ٢٥ ينبغي أن تناقش ما إذا كان ينبغي أن يكون للمرتهن الجديد حق يسبق ترتيبه ترتيب المدين في الحصول على الموجودات بعد سداد الالتزام المضمون (إلى المرتهن الأولي الذي قدم الائتمان إلى المدين).

ياء- الحق في التأمين من هلاك الموجودات المرهونة أو تلفها

٢٨- ذكر أن مسألة تدهور حالة الموجودات المرهونة ينبغي أن تُناقش في مكان آخر لأنها تنطوي على انخفاض في قيمة الموجودات ولأنها مخاطرة لا يتوفر التأمين منها عادة (انظر الفقرة ١٩).

كاف- واجب تقديم كشف حساب ومسك سجلات وافية بالغرض

٢٩- أُعرب عن آراء متباينة بشأن ما إذا كانت الفقرة ٣١ تجسد قاعدة مناسبة. وكان مفاد أحد الآراء أن واجب تقديم كشف حساب ومسك سجلات وافية بالغرض ينبغي أن لا يفرض على المدين في حالة الحق الضماني غير الحيازي، إذا لم يكن هذا الواجب قد أنشئ من خلال اتفاق الطرفين. وأبدي رأي آخر مؤداه أن تلك القاعدة مناسبة سواء أكانت متوخاة أم غير متوخاة في اتفاق الضمان، لأن الحق في الموجودات المرهونة يمتد ليشمل العائدات التي تتضمن الدخل الذي تدرّه الموجودات. غير أنه، ردا على ذلك، ذُكر أن ذلك الأمر يتوقف على ما إذا كان ينبغي أن تعامَل الثمار المدنية بنفس الطريقة كالعائدات، وهي مسألة لا تزال معلّقة. ومن جهة أخرى، ذُكر أنه، إذا كان لا بد من فرض هذا الواجب على المدين في حالة الحق الضماني غير الحيازي، ينبغي أن يُفرض أيضا على الدائن المضمون في حالة الحق الضماني الحيازي.

لام- الحق في استعمال الموجودات المرهونة وخلطها ومزجها ومعالجتها

٣٠- اقتُرح أن توضح الفقرة ٣٤ أنه، في حالة التصرف في الموجودات المرهونة الذي قد يؤدي إلى سقوط الحق الضماني، يمكن أن يكون للدائن المضمون حق ضماني في العائدات. وأُعرب عن بعض الشك في ما إذا كان ينبغي أن تعالج المسألة عن طريق قاعدة تكمل اتفاق الضمان أو أن تُترك للطرفين لتسويتها في اتفاقهما.

ميم- واجب اعادة الموجودات المرهونة لدى سداد الالتزام المضمون

٣١- اقتُرح اضافة فقرة جديدة تتناول واجب الدائن المضمون اعادة الموجودات المرهونة إلى المدين (في حالة الحق الضماني الحيازي) أو تسجيل اشعار مخالصة (في حالة الحق الضماني غير الحيازي). وذكر أن تلك المسألة عولجت بإيجاز في الملخص والتوصيات (انظر الفقرة ٣٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8).

نون- الملخص والتوصيات

٣٢- قدمت اقتراحات عديدة. وجاء في أحد الاقتراحات أنه، على سبيل الصياغة، ينبغي أن يتبع هذا الجزء من مشروع الدليل هيكل الملاحظات العامة التي ميّزت بين الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية، وبين الحقوق في الموجودات الملموسة وغير الملموسة. وكان فحوى اقتراح آخر أنه ينبغي ادراج توصية تتعلق بالحقوق والواجبات الملازمة للموجودات غير الملموسة (كالمستحقات) المدرجة في وثائق، كالصكوك القابلة للتداول، التي يمكن أن تكون عُرضة لحقوق ضمانية حيازية.

٣٣- وكان ثمة اقتراح آخر مؤداه أنه، فيما يتعلق بالموجودات المثلية، ينبغي أن تعاد صياغة الفقرة ٣٧ بحيث تركز على واجب المحافظة على كمية تلك الموجودات أو قيمتها. بيد أنه جاء في اقتراح آخر أن واجب الدائن المضمون اعادة الموجودات المرهونة (أو تسجيل اشعار مخالصة؛ انظر الفقرة ٣٠) في حالة سداد الالتزام المضمون، الأمر الذي عولج بإيجاز في الفقرة ٣٨، ينبغي أن يناقش في فقرة منفصلة. وبينما أُعرب عن بعض الشك فيما إذا كان من الضروري مناقشة هذه المسألة على الاطلاق، رئي أن تلك القاعدة غير واضحة ويمكن أن تكون مناقشتها مفيدة لأن في استطاعة الدائن المضمون، في بعض النظم القانونية، أن يحتفظ بالموجودات المرهونة حتى بعد سداد الالتزام المضمون بغية ضمان سداد التزامات أخرى.

٣٤- وجاء ثمة اقتراح آخر أن يحل تعبير "يخصصها لـ" محل تعبير "يخصمها من"؛ وأنه ينبغي أن لا يكون ذلك الحق قائما إلا في حالة القصور؛ وأنه ينبغي المحافظة على الاشارة إلى الاحتفاظ بعائدات الموجودات المرهونة كضمان اضافي بغية تغطية الحالات التي توجد فيها عائدات غير نقدية لا يمكن تخصيصها لسداد الالتزام المضمون.

٣٥- وبعد المناقشة، طلب الفريق العامل إلى الأمانة أن تنقح الفصل الثامن، واضعة في اعتبارها الآراء التي أُعرب عنها والاقتراحات التي قُدّمت.

الفصل الحادي عشر– تنازع القوانين والتطبيق الاقليمي

(A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11)

ملاحظات عامة

٣٦- بينما أُعرب عن بعض الشك بشأن ما إذا كان ينبغي لمشروع الدليل، الذي يتمثل غرضه الأساسي في تعزيز القانون الموضوعي، أن يتضمن أي قاعدة عامة أو أي قواعد مفصلة بشأن تنازع القوانين، اتفق على أن القانون لن يكون كاملا بدون إيراد قواعد واضحة ومفصلة بشأن تنازع القوانين. فقد ذُكر أن مشروع الدليل لا يمكن، بوجه خاص، أن يحقق أهدافه إذا قصّر عن توفير اليقين بشأن القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالإشهار والأولوية. وذُكر أيضا أنه، لذلك السبب، تتضمن القوانين الحديثة للمعاملات الضمانية في عدد من البلدان، قواعد بشأن تنازع القوانين. كما أشير إلى أنه طالما ترد مثل هذه القواعد في قوانين أخرى غير قوانين المعاملات المضمونة، فإنها ترتكز على معرفة وخبرة هامة بالسياق التجاري ذي الصلة.

٣٧- واضافة إلى ذلك، قيل إن إعداد قواعد يسهل تطبيقها بشأن تنازع القوانين في المسائل المتعلقة بالمعاملات التجارية، ليس ممكنا دون بحث السياق التجاري المعني والتأثير الاقتصادي لقواعد تنازع القوانين هذه. وذُكرت اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات والاتفاقية الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط، التي اعتمدها مؤتمر لاهاي للقانون الخاص في كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٢، كأمثلة ناجحة على مثل هذا النهج الجامع بين السياق التجاري وتنازع القوانين.

٣٨- ولضمان اتباع نفس النهج في السياق الحالي، اتُفق على أنه ينبغي التماس تعاون مؤتمر لاهاي. وقيل إن هذا التعاون من شأنه أن يتيح استخداما أمثل للموارد والخبرة المتوافرة سواء في مجال القواعد الموضوعية أو قواعد تنازع القوانين، وهو ضروري لإعداد قواعد تعزز الأهداف الاقتصادية للنظام المتوخى في مشروع الدليل. واتُفق أيضا على أن يُنظر في تأثير الاعسار على أي قواعد لتنازع القوانين، بالتنسيق مع الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الاعسار).

٣٩- وفيما يتعلق بعنوان الفصل، اقتُرح أن يشير فقط إلى تنازع القوانين، بالنظر إلى أن وظيفة قواعد تنازع القوانين في تحديد النطاق الاقليمي لتطبيق القانون الموضوعي المتوخى في مشروع الدليل ليست بحاجة إلى إبرازها في العنوان.

٤٠- وفيما يتعلق بمحتوى الفصل الحادي عشر، أُبديت عدة اقتراحات ذات طابع عام. فدعا أحد الاقتراحات إلى أن تُناقش أيضا مسألة القانون الواجب التطبيق على الحقوق الضمانية على البضائع العابرة وعلى سندات الملكية. وتمثل اقتراح آخر في أنه لا ينبغي تناول مسألة القانون الواجب التطبيق على السندات نظرا لمعالجتها في اتفاقية لمؤتمر لاهاي ولأنها موضوع أعمال جارية يضطلع بها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (يونيدروا). وكان هناك تأييد لجميع تلك الاقتراحات. وكان هناك، مع ذلك، اقتراح آخر بأن التقييدات لحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يُطبق على حقوق الملكية، ينبغي إبرازها في بداية الفصل الحادي عشر (انظر الفقرة ٤٨).

٤١- وبعد المناقشة، قرر الفريق العامل أن يتضمن مشروع الدليل قواعد تنازع القوانين، وشرع في النظر في الفصل الحادي عشر مركّزا على القواعد البديلة الموضحة في الملخص والتوصيات.

ألف- القانون الذي يحكم إنشاء حق ضماني وإشهاره وأولويته

٤٢- أشير إلى أن مسائل انشاء حق ضماني حيازي وإشهاره وأولويته تخضع في كلا الخيارين ١ و٢ لقانون الدولة التي توجد بها الموجودات المرهونة (قانون موقع المال) بينما الانشاء والاشهار والأولوية بالنسبة لحق ضماني في ملكية غير ملموسة تخضع لقانون الدولة التي يوجد بها الضامن. وقد أُعرب عن تأييد واسع لهاتين القاعدتين.

٤٣- واضافة إلى ذلك، جرت الاشارة إلى أن الفرق بين الخيارين ١ و٢ يكمن في أنه في الخيار ١، يخضع انشاء حق ضماني غير حيازي وإشهاره لقانون مكان وجود الضامن بينما تخضع أولوية هذا الحق لقانون موقع المال؛ وفي الخيار ٢، يخضع انشاء وإشهار وأولوية حق ضماني غير حيازي في ممتلكات ملموسة لقانون موقع المال، بينما تخضع هذه التدابير، إذا كان الحق ينصبّ على بضائع متنقلة، لقانون مكان وجود مقدم الضمان (أو قانون الدولة التي يمكن فيها التحكم في تنقل تلك البضائع).

٤٤- وقد أبديت آراء مختلفة فيما يتعلق بنقاط الاختلاف بين الخيارين ١ و٢. فكان أحد الآراء هو أنه بقدر ما هنالك من اختلاف بين الخيارين يفضّل الخيار ١، نظرا لأنه: يفضي إلى اعتماد قانون واحد يحكم إشهار الحق غير الحيازي في الممتلكات الملموسة، بينما يمكن في اطار الخيار ٢ أن يحكم إنشاء مثل هذا الحق وإشهاره وأولويته أكثر من قانون في حالة البضائع التي توجد في أكثر من ولاية قضائية؛ وأن البضائع تنزع إلى أن تنتقل بدرجة أكبر من انتقال الضامن؛ وأن الخيار ١ لا يتطلب قاعدة خاصة للبضائع المتنقلة خلافا للخيار ٢.

وقال رأي آخر بأن الخيار ٢ هو الأفضل نظرا لـ: أنه يتمحور حول القاعدة المقبولة عامة لإعمال قانون موقع المال ولا يتضمن سوى استثناءات قليلة، بينما الخيار ١ يحيد، عن قاعدة قانون موقع المال بدون مسوغ كاف ومن شأنه أن يفضي إلى قوانين مختلفة تحكم إشهار وأولوية مثل هذه الحقوق.

٤٥- وتمثل اقتراح آخر في أن مسائل انشاء حق ضماني حيازي وإشهاره وأولويته ينبغي أن يحكمها قانون موقع المال بينما ينبغي أن يحكم هذه المسائل فيما يتعلق بحق غير حيازي قانون مكان الضامن.

٤٦- وردا على سؤال، أشير إلى أنه لا الخيار ١ ولا الخيار ٢ يعوزه التساوق مع اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات حيث: ان المادة ٢٢ من الاتفاقية تقضي بخضوع بعض المسائل المتعلقة بالإنشاء لقواعد القانون الموضوعية، وتحيل، من خلال تعريف الأولوية (انظر المادة ٥ (ز))، جميع المسائل الأخرى المتعلقة بالإنشاء والإشهار والأولوية إلى قانون مكان المحيل (أي الضامن)، وإن المادتين ٢٧ و٢٨ من الاتفاقية تعنيان بالمسائل التعاقدية، وتتناول المادة ٢٩ العلاقة بين المحال اليه والمدين؛ وإن المادة ٣٠ تعالج مسائل الأولوية بطريقة تتسق مع الخيارين ١ و٢ كليهما. واضافة إلى ذلك، أُشير إلى أنه في حالة احتجاز السند سيكون الضامن/المدين هو المشتري. وأُشير، فضلا عن ذلك، إلى أن الاشارة إلى الصكوك القابلة للتداول في الخيار ١ يقصد بها أن تشمل سندات الملكية، مثل سندات الشحن.

٤٧- وبعد المناقشة، اتفق على أن القواعد البديلة للقانون الذي يحكم مسائل انشاء حق ضماني وإشهاره وأولويته ينبغي اعادة صياغتها لإبراز جوانب تماثلها التي لقيت اتفاقا عاما من الفريق العامل، وجوانب اختلافها التي أُبديت بشأنها آراء متباينة.

باء- حرية الأطراف فيما يتعلق بالقانون المنظم لإنشاء حق ضماني

٤٨- مضى الفريق العامل لينظر في اقتراح يشير إلى أن إنشاء الحق الضماني (وحقوق والتزامات الأطراف فيما قبل العجز عن الوفاء) يمكن أن يحكمها القانون الذي يختاره طرفا اتفاق الضمان. وتأييدا لذلك، قيل بأنه ليس هناك من سبب للحد من حرية الطرفين فيما يتعلق بالقانون الذي يطبق على انشاء الحق الضماني طالما أن حقوق الغير لا تتأثر. وأشير إلى أن الاتفاقية الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط والتي أعدها مؤتمر لاهاي يمكن أن توفر سابقة مفيدة لنهج من هذا القبيل. بيد أنه أشير، في معارضة ذلك، إلى أنه بينما لا توجد صعوبة في السماح بإعمال حرية الطرفين فيما يتعلق بالحقوق التعاقدية، سيكون من الصعب جدا قبول هذا النهج فيما يتعلق بالحقوق

الامتلاكية. وقيل أيضا إن التمييز بين المسائل التعاقدية والمسائل الامتلاكية في هذا الصدد أمر جوهري ولا يمكن تجاهله. واضافة إلى ذلك، أشير إلى أن النص الخاص بمؤتمر لاهاي المذكور أعلاه يختلف عن ذلك، إذ انه يتناول معاملات معينة ويسمح بإعمال حرية الطرفين لا في العلاقة بين الدائن المضمون والمدين وانما بالأحرى في العلاقة بين المدين ووسيطه.

جيم- التغير اللاحق في العامل الرابط

٤٩- أشير إلى أن الفقرة ٢٥ تعالج تأثير التغير في العامل الرابط (كأن يتغير مكان الضامن أو مكان الموجودات) على القانون الواجب التطبيق. وأشير أيضا إلى أن مثل هذا التغير يمكن أن يثير مشاكل معيّنة إذا حدث، مثلا، أن انتقل الضامن من دولة ليس بها نظام للإشهار إلى دولة بها نظام إشهار، كالدولة المقصودة في مشروع الدليل. ففي مثل هذه الحالة سيكون لدى الدائن المضمون، بفضل فترة السماح، بعض الوقت للوفاء باشتراطات الإشهار في الولاية القضائية الجديدة. واقترح أن يوضح في مشروع الدليل أن الهدف من فترة السماح هو إقامة توازن بين الحقوق قبل التغيير والحقوق بعد التغيير. وفي هذا الصدد، لوحظ أن فترة السماح توفر تاريخا فاصلا فيما يتعلق بواجب العناية المطلوبة من الأطراف. وذكر أنه ينبغي لحائزي الحقوق قبل التغيير مراقبة تحركات الضامن أو الموجودات المرهونة دون أن يكون ذلك على أساس يومي. وبالمثل، ذكر أنه ينبغي لحائزي الحقوق بعد التغيير مراقبة الضامنين أو الموجودات ذات الصلة لتبين ما إذا كانوا قد انتقلوا من نظام قانوني إلى آخر، دون أن ينسحب ذلك إلى الوراء لفترة غير محددة من الزمن.

دال- القانون الذي يحكم إنفاذ الحق الضماني

٥٠- أبديت آراء متباينة بشأن ما إذا كان ينبغي أن تخضع المسائل الموضوعية التي تؤثر على إنفاذ الحقوق الضمانية، لقانون الدولة التي يجري فيها الإنفاذ (قانون البلد الذي يجري فيه الإنفاذ؛ الخيار ١)، أو للقانون الذي يحكم الإنشاء، وربما الأولوية (الخيار ٢)، أو للقانون المنظم للعلاقة التعاقدية بين الدائن والمدين (قانون العقد؛ الخيار ٣). فتمثل أحد الآراء في أن يفضل قانون العقد استنادا إلى الفعالية الاقتصادية. وذكر أن السياسة العامة لدولة المحكمة كافية لقصر تطبيق قانون العقد على الحالات التي يمكن فيها أن يسفر مثل هذا التطبيق عن نتائج غير منصفة للضامن. وأشير أيضا إلى أن الخيار ١ هو الخيار الأقل تفضيلا، حيث انه بقدر ما يمكن لطرف أن يختار مكان الإنفاذ (اختيار المحكمة) ويمكن أن يؤثر، بذلك، على حقوق دائنين مضمونين، ستنخفض قيمة الموجودات كمصادر للائتمان. وقال رأي آخر بأن

الإنفاذ ينطوي بحكم تعريفه على مسائل تتعلق بالسياسة العامة وينبغي، لذلك، أن يُترك لقانون الدولة التي يجري فيها الإنفاذ. وأشير إلى أنه طالما أن الانفاذ سيُلتمس في ظل النظم القانونية التي توجد فيها الموجودات، فلن يكون هناك كبير خطر أو أي خطر على الاطلاق من اختيار مكان الانفاذ. وأشار رأي آخر، مع ذلك، إلى أن الأمر يتوقف على معنى عبارة "المسائل الموضوعية التي تؤثر على انفاذ حقوق دائن مضمون". فإذا كان المقصود هو انفاذ العقد الذي نشأ عنه الالتزام المضمون، فإنه يمكن، وفقا لذلك الرأي، النظر في نهج يرتكز على حرية الأطراف. أما إذا كان المقصود هو إنفاذ حق ضماني، فليس ثمة مجال لحرية الأطراف. وقد اتُفق على أن الأمر بحاجة إلى مزيد من الإيضاح.

هاء- تأثير الإعسار على القانون الذي يُطبق

٥١- أشير إلى أنه في حالة إعسار المدين أو الطرف الضامن يثار عدد من المسائل، من بينها تحديد القانون الذي يحكم انشاء الحق الضماني وإشهاره وإنفاذه، وتحديد القانون الذي يحكم الإنفاذ، وما إذا كان القانون الواجب التطبيق على تلك المسائل يتأثر بإيقاف الإنفاذ أو بآثار اجراءات اعادة التنظيم.

٥٢- واتفق الفريق العامل على أن تأثير الإعسار على القانون الواجب التطبيق (ما إذا كان مكان الموجودات يقع في نطاق النظام القانوني الذي تتخذ فيه اجراءات الإعسار أم في نظام قانوني آخر) مسألة يمكن أن تكون لها آثار واسعة على اجراءات الإعسار، وينبغي، من ثم، تناولها في المقام الأول في مشروع دليل اجراءات الإعسار.

٥٣- بيد أنه رئي بصفة عامة أنه لئن كان من شأن الإعسار أن يؤثر على جميع دعاوى الإنفاذ الفردية، فإنه لا ينبغي أن يغيّر القانون الواجب التطبيق على إنشاء حق ضماني وإشهاره وأولويته، أينما كان مكان وجود الموجودات المرهونة.

٥٤- وأشير إلى أنه يمكن أن يكون من المفيد أن تناقش هذه المسائل في اجتماع مشترك للفريقين العاملين الخامس (المعني بقانون الإعسار) والسادس (المعني بالمصالح الضمانية). وقرر الفريق العامل أنه إلى أن ينظر الفريق العامل الخامس في هذه المسائل، ويتقرر ما إذا كان ذلك الاجتماع المشترك ضروريا لمناقشة ذلك الفصل من مشروع الدليل الذي يتناول مسائل الإعسار، مرة أخرى، ليس ثمة حاجة إلى تقديم توصية. وأشار الفريق العامل إلى أن الأمر قد يحتاج، على أي حال، إلى أن تنظر فيه اللجنة في دورتها السادسة والثلاثين، المقرر عقدها في فيينا من ٣٠ حزيران/يونيه إلى ١٨ تموز/يوليه ٢٠٠٣.

واو- نطاق قواعد تنازع القوانين

٥٥- بحث الفريق العامل مسألة ما إذا كان ينبغي إعداد قواعد لتنازع القوانين فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في أنواع أخرى من الموجودات، مثل الودائع المصرفية وخطابات الاعتماد والأوراق المالية وحقوق الملكية الفكرية. واتُفق على أنه لا ينبغي إعداد قواعد بشأن الحقوق الضمانية في موجودات مستبعدة من نطاق مشروع الدليل، مثل الأوراق المالية (فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية (انظر الفقرة ٩٠). أما فيما يتعلق بالودائع المصرفية، فقد اقترح إدخالها حيث الها من الموجودات التجارية الأساسية المزمع أن يشملها مشروع الدليل (انظر الفقرة ٩٠). وفيما يتعلق بخطابات الاعتماد، جرى الإعراب عن القلق من أن أي قواعد جديدة قد تتداخل في القواعد الموجودة فعلا.

٥٦- واتفق على أن تركيز قواعد تنازع القوانين ينبغي أن ينصبّ على الموجودات التجارية الأساسية، مثل البضائع والمخزون والمستحقات والودائع المصرفية. فإذا ما تم التوصل إلى اتفاق بشأن القواعد التي تُطبق على تلك الموجودات، فإنه يمكن للفريق العامل النظر فيما إذا كان من الضروري وضع قواعد لتنازع القوانين بشأن الحقوق الضمانية في أنواع أخرى من الموجودات.

٥٧- وبعد المناقشة، طلب الفريق العامل من الأمانة تنقيح الفصل الحادي عشر، آخذة في الحسبان الآراء والمقترحات التي جرى الإعراب عنها.

الفصل الثاني عشر- المسائل الخاصة بفترة الانتقال

(A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12)

ملاحظات عامة

٥٨- كان هناك اتفاق عام في الفريق العامل على أن مشروع الدليل ينبغي أن يتضمن توصيات واضحة بشأن المسائل الخاصة بفترة الانتقال من النظام القديم إلى النظام الجديد الذي يتصوره مشروع الدليل. وقيل إنه إذا وضعت قواعد مناسبة لفترة الانتقال فإلها ستيسر تطبيق النظام الجديد بدون تدخل لا مبرر له في الحقوق القائمة أصلا، وبالتالي ستعزز إمكانية أن يحظى النظام الجديد بالقبول ويكلل بالنجاح. وقيل، بالاضافة إلى ذلك، إن قواعد فترة الانتقال يمكنها — إذا وفرت حلولا واضحة مصممة لمعالجة قضايا محددة متعلقة بالمعاملات المضمونة — أن تحقق النتيجة المنشودة بصورة أفضل مما تحققها قواعد فترة الانتقال الواجبة التطبيق بوجه عام في الدولة التي تسن تشريعات على أساس مشروع الدليل.

٥٩- وفيما يتعلق بهيكل الفصل الثاني عشر، اتفق على أن ذلك الفصل ينبغي أن تُعاد صياغته بحيث يتناول المسائل الخاصة بفترة الانتقال التي ينبغي معالجتها وأن يتضمن توصيات تتعلق بتلك المسائل. وتشمل هذه المسائل ما يلي: تحديد تاريخ بدء نفاذ التشريع الجديد؛ وأولوية الحقوق القائمة قبل بدء النفاذ؛ وفترة الانتقال المتاحة للأطراف في معاملات قائمة قبل بدء نفاذ التشريع الجديد لكي يتخذوا خطوات لصون حقوقهم؛ وفعالية الحقوق القائمة قبل بدء النفاذ بين الأطراف؛ وانفاذ الحقوق القائمة من قبل بعد بدء النفاذ.

٦٠- بيد أنه أعرب عن رأي مفاده أن الفصل الثاني عشر يمثل مسار تفكير يطرح مشكلتين. إحدى المشكلتين هي أنه يخفق في مراعاة مبدأ عدم كون القانون ذا أثر رجعي. والمشكلة الثانية هي أن هيكله وضع على أساس فترة انتقال لا يمكن أن تحمي بقدر كاف حقوق الدائنين السابقين للإصلاح.

٦١- ويقضي مسار تفكير بديل بأن لا ينطبق القانون الجديد، من حيث المبدأ، على المعاملات السابقة للإصلاح إلا في حالات قليلة محددة. وتشمل الاستثناءات المذكورة الحالات التي تكون فيها المعاملة السابقة للإصلاح غير صحيحة بموجب القانون القديم وصحيحة بموجب القانون الجديد؛ وأن تنفيذ معاملة سابقة للإصلاح قد استمر إلى ما بعد تاريخ نفاذ مفعول القانون الجديد.

ألف- تاريخ بدء النفاذ

٦٢- اتفق على أن مشروع الدليل ينبغي أن يتضمن توصية واضحة بأن يحدد تشريع المعاملات المضمونة تاريخ بدء نفاذه ("تاريخ بدء النفاذ"). وفضلا عن ذلك، اتفق على أن مشروع الدليل ينبغي أن يوفر للدول ارشادات فيما يخص الاعتبارات التي يتعين عليها مراعاتها في تحديد تاريخ بدء النفاذ. وذُكرت عدة اعتبارات منها ما يلي: تأثير تاريخ بدء النفاذ على القرارات الائتمانية؛ وتعظيم الفوائد المستخلصة من التشريع الجديد؛ والترتيبات التنظيمية والمؤسسية والتعليمية وغيرها من الترتيبات الضرورية التي يتعين على الدولة اتخاذها؛ وحالة القانون القائم من قبل والمكونات الأخرى للبنية الأساسية؛ ومواءمة التشريعات الجديدة المتعلقة بالمعاملات المضمونة مع التشريعات الأخرى؛ ومضمون القواعد الدستورية فيما يخص معاملات ما قبل تاريخ بدء النفاذ؛ والممارسة الموحدة لبدء نفاذ التشريع (مثلا في اليوم الأول من الشهر). واتفق بالاضافة إلى ذلك على أن الدليل التشريعي — وإن كان ينبغي أن يذكر تلك الاعتبارات — لا يحتاج إلى أن يوصي بفترة زمنية محددة لأن طوال الفترة سيعتمد على تلك الاعتبارات وسيتفاوت من بلد إلى آخر.

باء- فترة الانتقال

٦٣- اتفق على أن مشروع الدليل ينبغي أن يوصي بأن يسمح تشريع المعاملات المضمونة بفترة زمنية معينة للأطراف في المعاملات بموجب النظام القائم قبل تاريخ بدء النفاذ لكي يتخذوا الخطوات الضرورية لصون حقوقهم ("فترة الانتقال").

٦٤- وفيما يتعلق بدمج تاريخ بدء النفاذ مع فترة الانتقال، قيل إن تاريخ بدء نفاذ التشريع الجديد يمكن أن يكون بعد بضعة شهور من تاريخ سن التشريع، أو يمكن أن يصادف تاريخ سن التشريع. وفي هذه الحالة ينبغي تحديد فترة انتقال للأطراف لتسوية معاملاتهم. وذُكر نهج محتمل آخر يسمح ببضعة شهور إلى حين بدء نفاذ التشريع الجديد، وتحديد فترة انتقال في الوقت نفسه. وأُعرب عن تفضيل معين للنهج الأخير شريطة أن تكون الفترة الزمنية بين سن التشريع وبدء نفاذه قصيرة وأن تكون فترة الانتقال أطول.

٦٥- واقترح أن يسمح للأطراف، في غضون فترة الانتقال، باتخاذ خطوات لصون حقوقهم، وكذلك لالغاء العقود التي كانت قائمة قبل تاريخ بدء النفاذ. واعترض على الاقتراح الأخير على أساس أنه سيؤدي بدون قصد إلى اضطراب العلاقات القائمة.

جيم- الأولوية

٦٦- اقترح أن يحدد مشروع الدليل المسائل المتعلقة بتأثير التشريع الجديد على قضايا الأولوية، وأن يقترح الاجابات المحتملة. وتشمل هذه القضايا ما يلي: '١' ما هو القانون الواجب التطبيق على الأولوية بين الحقوق القائمة بعد تاريخ بدء النفاذ؛ '٢' ما هو القانون الواجب التطبيق على الأولوية بين الحقوق القائمة قبل تاريخ بدء النفاذ؛ '٣' ما هو القانون الواجب التطبيق على الأولوية بين الحقوق القائمة بعد تاريخ بدء النفاذ والحقوق القائمة قبل تاريخ بدء النفاذ.

٦٧- ورُئي على نطاق واسع أن الإجابة عن السؤال الأول أعلاه ينبغي أن تكون أن القانون الجديد هو الذي يجب تطبيقه. وفيما يتعلق بالسؤال الثاني، أُبدي رأي مفاده أن الإجابة ستعتمد على الظروف المحددة. فاذا لم يحدث أي شيء خلاف حلول تاريخ بدء النفاذ، فان القانون القائم قبل الإصلاح هو الذي يجب تطبيقه. ولكن قد لا يكون الوضع كذلك إذا حدث أن اتخذ اجراء أثّر على الأولوية حتى في اطار النظام القائم قبل الإصلاح (انظر الفقرة ٩ في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12). وأُبدي رأي آخر مفاده أنه يجب تطبيق القانون القائم قبل الإصلاح في جميع الحالات.

٦٨- وفيما يتعلق بالسؤال الثالث أعلاه، اتفق على أنه يجب تطبيق القانون الجديد طالما أن صاحب الحق بموجب القانون القائم قبل الإصلاح قد أُعطى فترة زمنية لضمان الأولوية بموجب القانون الجديد بينما تمت المحافظة على أولويته أثناء تلك الفترة الزمنية (انظر الفقرة ١٠ في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12). وقيل انه ينبغي أن يكون واضحا أن الاجراء الذي سيتخذه صاحب الحق بموجب القانون القائم قبل الإصلاح هو اجراء من طرف واحد الغرض منه تأمين الأولوية بموجب القانون الجديد. وقيل ردا على سؤال انه يمكن إبلاغ الأطراف الثالثة بأن الطرف المضمون المسجل هو صاحب حق بموجب القانون القائم قبل الإصلاح (ترجع أولويته إلى وقت إنشاء الأولوية بموجب القانون القائم قبل الإصلاح) باشعار خاص مسجّل. وقيل ردا على سؤال آخر إنه إذا كانت الأولوية بموجب القانون القائم قبل الإصلاح مبنية على أساس وقت إنشاء الحق، فان تحديد ذلك الوقت سيكون مسألة دليل اثباتي.

٦٩- وقدم أثناء المناقشة اقتراح بأن يبحث مشروع الدليل المسألة المتعلقة بتحديد الطرف الذي ينبغي أن يتحمل تكلفة الامتثال للقانون الجديد. وفي هذا الصدد، قيل أيضا إن تكلفة الامتثال ينبغي أن تكون منخفضة بقدر الامكان لأنها قد تؤثر على فرص قبول القانون الجديد.

٧٠- وذكر أنه، في إطار النهج البديل المقترح أعلاه (انظر الفقرتين ٢ مكررا و٢ مكررا ثانيا)، وفي حالات النزاع بشأن الأولوية بين حق سابق للإصلاح وحق لاحق للإصلاح، ستكون الأولوية للحق السابق للإصلاح وفقا لترتيب الإنشاء (إذا لم يكن أي من الطرفين قد قام بالتسجيل)، أو وفقا لترتيب التسجيل (إذا كان كل من الدائن السابق للإصلاح والدائن اللاحق للإصلاح قد قام بالتسجيل)، أو إذا سجل لاحقا في غضون الفترة الانتقالية أو في أي حالة (حتى وإن كان الحق اللاحق للإصلاح قد سُجل).

٧١- وطلب إلى الأمانة بعد المناقشة أن تنقح الفصل الثاني عشر آخذة في الاعتبار الآراء التي أُبديت والمقترحات التي قدمت. وطلب إلى الأمانة أيضا أن تدرج، في الفصل الحادي عشر أو في الفصل الثاني عشر، المناقشة والتوصيات الخاصة بفترة الانتقال والقواعد المتعلقة بتنازع القوانين.

٧٢- وبعد الانتهاء من مناقشة جميع فصول الصيغة الأولى لمشروع الدليل (A/CN.9/WG.VI/WP.2 والاضافات من Add.1 إلى Add.12) انتقل الفريق العامل إلى النظر في الفصول الأولى من الصيغة الثانية لمشروع الدليل (A/CN.9/WG.VI/WP.6 والاضافات من Add.1 إلى Add.3). وقرر الفريق العامل تأجيل النظر في الفصل الأول (المقدمة) والفصل

الثاني (الأهداف الرئيسية)، وذلك لكي يضمن اتاحة وقت كاف للنظر في الفصل الثالث (النهوج الأساسية ازاء الضمان).

الفصل الثالث– النهوج الأساسية إزاء الضمان (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2)

ألف– رهن الوفاء

٧٣– قيل، فيما يخص مناقشة مسؤولية المقرض عن الأضرار التي تسببها الموجودات المرهونة، بما في ذلك الأضرار البيئية، الواردة في الفقرة ١٢ من الفصل الثالث، إن المشكلة وطرق حلها يمكن شرحها بصورة أوفى إذا أُشير إلى بضعة أمثلة على حالات ينبغي أن لا يكون فيها المقرض، الحائز لموجودات مرهونة أو لحق في امتلاكها أو لسيطرة افتراضية عليها، سواء عند إنشاء الرهن أو عند غلقه، مسؤولا عن أضرار سببتها الموجودات. ومن الأمثلة المذكورة لذلك ما يلي: حيازة حق امتلاك بضائع من خلال صك قابل للتفاوض (بوليصة شحن أو إيصال مخزن) دون الاشتراك في إدارة مركبة الشحن أو المخزن؛ وأداء دور شريك محدود (لا شريك عام) في شراكة محدودة حائزة لحق امتلاك الموجودات أو مرفق خزنها أو السيطرة على الموجودات أو مرفق خزنها؛ والسيطرة على الموجودات المرهونة لغرض غلق الرهن، شريطة أن يبيعها المقرض في أقرب وقت ممكن وأنسب وقت من الناحية التجارية؛ وحيازة حق امتلاك (نتيجة للحصول على ضمان أو انفاذه) بالنسبة لموجودات كانت ملوثة دون علم المقرض، أو دون أن يكون المقرض قادرا على العلم بذلك، على الرغم من الخطوات المعقولة المتخذة من جانب المقرض. وحظي هذا الرأي باهتمام لأنه أوضح تأثير مسؤولية المقرض البيئية على المقررات الائتمانية؛ غير أنه أعرب عن القلق إزاء آخر مثال ذُكر.

٧٤– ولكن أُبديت آراء مختلفة فيما إذا كان ينبغي أن يتضمن مشروع الدليل توصيات بشأن مسؤولية المقرض عن الأضرار البيئية التي تسببها الموجودات المرهونة. فكان هناك رأي بأنه سيكون من المفيد ادراج توصيات من هذا القبيل في مشروع الدليل. وقيل إن هذه المسألة تثير عقبات كبيرة بالنسبة لمعاملات تمويلية معينة. ولوحظ أيضا أن مجرد إمكانية أن المقرض قد يكون معرضا للمسؤولية عن الأضرار البيئية كثيرا ما تكون سببا كافيا لرفض المقرض منح الائتمان. وقيل أيضا إنه لا يمكن معالجة تلك المشكلة من خلال التأمين، لأن نطاق التأمين لن يغطي المسؤولية الجنائية أو فقدان السمعة. وفضلا عن ذلك، أشير إلى أنه ليس هناك سوى عدد قليل من البلدان التي تعالج هذه المشكلة في تشريعاتها. بيد أن الرأي السائد كان أن مشروع الدليل ينبغي أن لا يتضمن توصيات من هذا القبيل. وقيل إن

المسؤولية البيئية تثير قضايا أساسية متعلقة بالسياسة العامة وخارجة عن نطاق مشروع الدليل. ولوحظ أيضا أن الفريق العامل سيحتاج، من أجل ادراج مثل هذه التوصيات في مشروع الدليل، إلى أن ينظر في جميع المسائل ذات الصلة، بما فيها تأثير أي توصيات على أطراف خلاف المقرضين. وقيل أيضا إنه، بالنظر إلى الاختلافات الأساسية القائمة بين شتى النظم القانونية، لا سيما بشأن المسؤولية البيئية، سيكون من الصعب جدا أن يتم التوصل إلى اتفاق على أي توصيات. وعلى أي حال، فان المساعي في هذا الاتجاه قد تصرف النظر عن القضايا الرئيسية التي يجب معالجتها في مشروع الدليل.

٧٥- واتفق الفريق العامل بعد المناقشة على أن الأمثلة المذكورة أعلاه يمكن إدراجها في مشروع الدليل لتوضيح تأثير مسؤولية المقرض عن الأضرار التي تسببها الموجودات المرهونة على امكانية اتاحة الائتمان وعلى تكلفته، دون تقديم أي توصيات في هذا الصدد.

باء- الضمان غير الحيازي

٧٦- أعرب عن شواغل ازاء أن الجملة الأخيرة في الفقرة ٢١ لا تأخذ في الحسبان أن الحيازة لا تنشأ عنها مشكلة "ثروة زائفة" لأنه يفترض عموما وجود الحقوق غير الحيازية. واقترح حذف الجملة الأخيرة لتبديد تلك الشواغل. وعلى الرغم من الاتفاق على أن أهمية مشكلة "الثروة الزائفة" المرتبطة بالحيازة أخذت تتضاءل في الاقتصادات الحديثة كما جاء في الفقرة ١٩، قيل ان هذا يعزى أساسا إلى وجود نظم إيداع. ولهذا اقترح بالأحرى إعادة تركيب تلك الجملة للتشديد على ضرورة أن يعالج مشروع الدليل مسألتي الاشهار والأولوية، وأن يبرز فوائد الاشهار بالايداع بدلا عن الحيازة.

٧٧- واقترح بصدد الفقرة ٢٣ أن توضح أن التنظيم الانتقائي للحقوق الضمانية غير الحيازية يثير صعوبات في معالجة نزاعات الأولوية بين الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية.

جيم- الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة غير الملموسة

٧٨- رُئي أن الإشارة الواردة في الفقرة ٢٥ إلى أن غير الملموسات هي بطبيعتها غير قابلة للحيازة المادية ينبغي أن تدرج في تعريف "الممتلكات غير الملموسة" في باب المصطلحات من مشروع الدليل (انظر الباب باء، من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add. 1). واقترح أيضا أن تحذف الإشارة إلى "بعض النظم القانونية" في الجملة الأخيرة من الفقرة ٢٨ لأن القول بأن

اشعار المدين قد لا يكون مستصوبا لسبب من الأسباب هو صحيح، بصرف النظر عن النظام القانوني ذي الصلة.

دال- إحالة حق الملكية لأغراض الضمان

٧٩- فيما يتعلق بالفقرة ٣١، رئي أن التكاليف والكفاءة هما سمة إضافية من سمات إحالة حق الملكية لأغراض الضمان يمكن أن تدرج في الفقرة ٣١. أما بالنسبة إلى الفقرة ٣٣، فقد لوحظ أن القصد من الجملتين الأخيرتين هو الإفادة بأن لا حاجة، في نظام الضمان الشامل، إلى إحالة حق الملكية باعتباره أداة منفصلة. غير أنه أعرب عن القلق من أن تلك الإفادة قد تبدو، بدون قصد، أنها تثني عن استخدام إحالة حق الملكية. وبغية تبديد ذلك القلق، اقترح حذف الجملتين الأخيرتين من الفقرة ٣٣. وقد اعتُرض على ذلك الاقتراح. وذكر أن هاتين الجملتين هما تفسيريتان وتجسدان واقع أن أدوات حق الملكية قد طوّرت في الممارسة لأن القانون لا ينص على الحقوق الضمانية غير الحيازية. ولوحظ أيضا أن أنظمة الضمان الشامل تشمل أدوات حق الملكية ولكنها تعاملها بنفس الطريق كأدوات الضمان. وبعد المناقشة اتُفق على أن تنقّح هاتان الجملتان بحيث تجسدان بصورة أفضل المعنى المقصود منهما وتوضحان أن احالة حق الملكية قد يكون له دور حق في سياق نظام ضماني شامل. واشتملت اقتراحات صياغية قدمت على حذف كلمة "الحديث" والاستعاضة عن عبارة "السماح بـ" بكلمة "معاملة" واضافة كلمة "منفصلة" بعد عبارة "أداة ضمان".

هاء- الاحتفاظ بحق الملكية

٨٠- بينما اتفق الفريق العامل على أن مناقشة مزايا وعيوب الاحتفاظ بحق الملكية مفيدة، رأى أنه يمكن استكمالها عن طريق تناول المزيد من المزايا والعيوب. وتضمنت المزايا الاضافية التي ذُكرت ما مفاده أن الاحتفاظ بحق الملكية ناجع من حيث التكلفة، ومناسب للتمويل على كل من المدى القصير والمدى الطويل، وينشأ عنه حق ضماني لكل من المدين والدائن. أما العيوب الاضافية التي ذُكرت فقد تضمنت ما مفاده أن الاحتفاظ بحق الملكية يعطي البائع موضعا مسيطرا بالنسبة إلى الدائنين الآخرين، ويحول دون اكتساب المشتري لحق الملكية إلى حين تسديد ثمن الشراء بكامله، وتترتب عليه تكلفة عالية فيما يتعلق بالحرص الواجب في حال عدم وجود إشهار، ويتجاوز توفير ضمان فيما يتعلق بالائتمان.

٨١- وأعرب عن آراء متباينة بشأن الكيفية التي ينبغي أن يعامَل بها الاحتفاظ بحق الملكية في النظام المتوخى في مشروع الصك. فقد جاء في أحد الآراء ما مفاده أنه ينبغي ادماجه في

نظام ضمان شامل وأن يعامَل كحق ضماني. وذكر أن هذا النهج يعترف على نحو مناسب بفائدة الاحتفاظ بحق الملكية. ولوحظ أيضا أن الهدف الاقتصادي لتشجيع الائتمان للمورّد يمكن تحقيقه عن طريق الاعتراف بأنه، ما دام يجري إشهار الاحتفاظ بحق الملكية، فان من الممكن إعطاءه الأولوية اعتبارا من يوم إنشائه ("الأولوية الفائقة"). وفي هذا الشأن، اقترح أن تكون أي توصية بمعاملة الاحتفاظ بحق الملكية كأداة ضمان مشفوعة بتوصية أخرى تعطيه أولوية فائقة.

٨٢- وجاء في رأي آخر ما مفاده أن الاحتفاظ بحق الملكية ينبغي أن لا يعامل كأداة ضمان بل أن يُحتفظ به كمعاملة بيع ذات سمات خاصة هي أنه غير رسمي، وناجع من حيث التكلفة، ومصدر ائتمان للمورد كبديل من الائتمان المصرفي. ولوحظ أيضا أن معاملة الاحتفاظ بحق الملكية كأداة ضمان قد تؤثر سلبا على وضعه المميّز وتقلل من كفاءته. وردا على ذلك، قيل إنه، حتى في نظام الضمان الشامل، يؤدي الاحتفاظ بحق الملكية دورا مفيدا ويتمتع بوضع مميّز طالما كانت له أولوية فائقة. وأشير أيضا إلى أنه، سواء عومل بنفس الطريقة كأداة ضمان أم لا، فإنه لا يسمح بالضرورة للدائن بأن يفصل الموجودات عن الحوزة في حالة إعسار المدين. وبالاضافة إلى ذلك، قيل إنه، في البلد الذي لا يوجد لديه قانون معاملات مضمونة متطور، قد يكون استحداث نظام ضمان شامل أكفأ نهج. وعلاوة على ذلك، أشير إلى أن الأمر قد لا يكون كذلك في حالة البلد الذي يوجد لديه نظام قانوني متطور إذا كان تحويل أدوات حق الملكية إلى أدوات ضمان ذا تكلفة عالية.

٨٣- وقد قُدّمت اقتراحات محددة عديدة. ففيما يتعلق بالجملتين الأخيرتين من الفقرة ٣٥، اقترح حذفهما لأنهما تستندان إلى رأي اقتصادي ليس مناسبا لمشروع الدليل. وفيما يتعلق بالفقرة ٣٨، اقترح أن توضح بأن بعض البلدان لا تعترف بأن الشروط التعاقدية للاحتفاظ بحق الملكية تؤثر على الأطراف الثالثة.

٨٤- وبعد المناقشة، اتُفق على أن تنقَّح المناقشة الخاصة بالاحتفاظ بحق الملكية الواردة في الفصل الثالث بحيث تشمل المزايا والعيوب الإضافية وتوضح بصورة أفضل الخيارات السياساتية بين وجود نظام خاص بأدوات حق الملكية ووجود نظام تُدمج بموجبه أدوات حق الملكية في نظام ضمان شامل.

واو- الضمان الشامل الموحّد

٨٥- فيما يتعلق بالفقرة ٤٣، اقتُرح أن تؤكد على أن السمة الرئيسية للنظم ذات الضمان الشامل الموحد هي، بصورة رئيسية، تعزيزها للجوهر في مقابل الشكل، وللهدف الرامي إلى

مضاعفة توفر الائتمان. أما فيما يتعلق بالفقرة ٤٥، فقد اقتُرح أن تنقّح بحيث تسلم بأنه، لدى إصلاح الدول لقانونها الخاص بالمعاملات المضمونة، يمكنها أن تسن قانونا واحدا يتناول كلا من الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية، أو أن تُبقي على قانونها الخاص بالحقوق الضمانية الحيازية وتسن قانونا يتناول الحقوق الضمانية غير الحيازية فحسب. ولوحظ أن دمج القواعد في قانون واحد يعزز الشفافية، ولكن ليس على حساب المرونة، حيث إن جميع الأدوات المختلفة متاحة للأطراف من أجل استخدامها بما يلبي احتياجاتها. وأشير أيضا إلى أنه، في حالة اتباع نهج يستند إلى قوانين منفصلة، ستحتاج الدول إلى كفالة معالجة تلك القوانين للنزاعات المتعلقة بالأولوية بين الحقوق التي تحكمها القوانين المختلفة.

زاي- الملخص والتوصيات

٨٦- فيما يتعلق بالملحوظة الواردة بعد الفقرة ٤٨، استذكر الفريق العامل قراره القاضي بضرورة أن يشمل مشروع الدليل أمثلة وليس توصيات (انظر الفقرة ٧٥)، وقرر أنه يمكن الإبقاء على الملحوظة في شكل موجز بغية مواصلة النظر في المسألة في دورة مقبلة.

٨٧- وفيما يتعلق بالفقرة ٥١، اتفق على أنها ينبغي أن توضح أن النظام المرتأى في مشروع الدليل ينبغي أن يتناول الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة وغير الملموسة، باستثناء أنواع الموجودات التي استبعدت. وعلى سبيل الصياغة، اقترحت الاستعاضة عن عبارة "على هذا النوع من الضمانات" بعبارة "على هذا النوع من الموجودات".

٨٨- وفيما يتعلق بالأوراق المالية التي استبعدت من نطاق مشروع الدليل، اتفق على أن مشروع الدليل ينبغي أن يوضح أن مثل هذا الاستبعاد لا يعني أنه لا يمكن رهنها ولكنه يعني أن الحقوق الضمانية في مثل هذه الموجودات ستكون خاضعة لتشريعات أخرى. ومع ملاحظة أن هذه المسألة قد عولجت في مواضع أخرى من مشروع الدليل (انظر الفقرة ٩ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1)، فقد اتفق الفريق العامل على أن تدرج إحالة مرجعية بشأنها في المكان المناسب من الفصل الثالث.

٨٩- وفيما يتعلق بالملحوظة الواردة بعد الفقرة ٥١، اتفق على ضرورة أن تجسَّد مبادئ اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في مشروع الدليل. وفضلا عن ذلك، اتفق على ضرورة أن تعالج أيضا الأمور الأخرى التي تتعلق بالحقوق الضمانية في المستحقات. وفي هذا الصدد، اقترحت ضرورة أن تناقش الصيغة التالية لمشروع الدليل حقوق الأطراف الثالثة المدينة (مثل المدينين بمستحقات خاضعة لحق ضماني).

٩٠- وفيما يتعلق بالموجودات الأخرى، مثل الودائع المصرفية، اتفق على أن القرار بشأن ما إذا كان ينبغي أن تدرج في مشروع الدليل ينبغي أن يؤجل حتى يضع الفريق العامل قواعد بشأن الموجودات التجارية الأساسية التي يعالجها مشروع الدليل (أي السلع والمخزون والمستحقات). واتفق الفريق العامل على أنه ينبغي أن يتبع النهج نفسه فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية. وذكر أن العمل بشأن الحقوق الضمانية في السلع التي تخضع، على سبيل المثال لعلامات تجارية، يمكن أن يكون له تأثير على قانون الملكية الفكرية. وفي هذا الصدد، وجه تحذير يشدّد على تعقّد المسائل المعنية وعلى أن أي عمل في هذا الشأن لا بد أن ينسَّق مع أعمال منظمات أخرى، مثل المنظمة العالمية للملكية الفكرية.(٧)

٩١- وفيما يتعلق بالفقرتين ٥٢ و٥٣، اتفق على أنه ينبغي الاستعاضة عنهما بتوصيتين بديلتين تردان بين أقواس معقوفة. وسينص البديل الأول على نظام شامل تعامل فيه أدوات حق الملكية التي تؤدي وظائف ضمانية بنفس الطريقة التي تعامل بها أدوات الضمان. وسينص البديل الآخر على نظام خاص لأدوات حق الملكية مستقل عن ذلك المنطبق على الحقوق الضمانية. ووجّه تحذير من أنه لا بد في هذه الحالة من معالجة علاقة أدوات حق الملكية (مثل الأولوية) بالحقوق الضمانية. وفي هذا الصدد، اقترح أن يشدد مشروع الدليل على أن كلا الخيارين سيشملان أدوات حق الملكية. وبالنسبة للأولوية الفائقة لأدوات حق الملكية ونطاقها التي جرت مناقشتها في الفقرة ٥٣ والملحوظة التالية للفقرة ٥٣، ومع أنه أعرب عن تأييد واسع لها، فقد اتفق على أنها ينبغي أن تناقش في الفصل المتعلق بالأولوية. واتفق أيضا على أنه ينبغي إبقاء ما ذكر من أن معاملة إحالة حق الملكية أو الاحتفاظ به كأداة ضمان لا تمس بصلاحيته لأغراض أخرى.

الفصل الرابع- الإنشاء (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3)

ألف- مقدمة

٩٢- فيما يتعلق بالفقرة ١، اقترح أنه، نظرا إلى أن الإشهار لا ينبغي أن يكون شرطا لنفاذ المفعول بل شرطا للأولوية فحسب، فإنه ينبغي التخفيف من شدة الإشارة إلى أن اتفاق الضمان لا يكون "عادة" كافيا لإنشاء حق ضماني.

باء- الطابع التبعي للحق الضماني

٩٣- بينما اتفق بصفة عامة على أن تبعية الحق الضماني للالتزام المضمون تمثل مبدأ أساسيا من مبادئ قانون المعاملات المضمونة وينبغي أن تناقش، فقد ارتئي على نطاق واسع أن هذا

المبدأ يحتاج إلى مزيد من الإيضاح. وذكر، على سبيل المثال، أنه فيما يتعلق بمعاملات القرض المتجدد، يمكن أن يشرح المبدأ عن طريق الإشارة إلى الإنفاذ. والحق الضماني يكون تابعا للالتزام المضمون، بمعنى أنه لا يمكن إنفاذه إذا لم تكن أي سلفة على القرض قد قُدمت. وفي هذا الصدد، جرت الإشارة إلى أنه، في معاملات القرض المتجدد، يمكن أن يوضح مبدأ تبعية الحقوق الضمانية أيضا عن طريق الإشارة إلى إمكانية أن تضمن الحقوق الضمانية سلفا مقبلة وتكون بذلك موجودة حتى قبل تقديم أي سلفة.

٩٤- وفيما يتعلق بالطابع التبعي لأدوات حق الملكية، لوحظ أن المسألة تعامل بصورة مختلفة في النظم القانونية المختلفة. وعلى أية حال، وحيث إن المسألة تتعلق بمعاملة حق الملكية كأداة ضمان، اتُفق على أنه ينبغي حذف مناقشتها من الفقرة ٤. وفي هذا الصدد، قدم اقتراح مفاده أن مناقشة أدوات حق الملكية يمكن أن توحد في نهاية كل فصل أو في فصل واحد مستقل.

جيم- التقييدات على أنواع الالتزامات التي يمكن أن تُضمن

٩٥- فيما يتعلق بالفقرة ٦، اتفق على أنها ينبغي أن تنقح لتذكر أنه لا ينبغي أن تقرّر نظم خاصة لطائفة واسعة من "المعاملات" بدلا من الالتزامات من أجل تجنب خلق الانطباع بأن نظاما خاصا بشأن أدوات حق الملكية لا يمكن أن يشمل طائفة واسعة من الالتزامات.

دال- أنواع الالتزامات

٩٦- اقترح تنقيح الجملة الأخيرة من الفقرة ٧ لتنص على أن الالتزام غير النقدي الوحيد الذي لا يمكن أن يضمنه حق ضماني هو الالتزام الذي لا يمكن تحويله إلى نقود.

٩٧- وفيما يتعلق بالفقرات ٩ إلى ١١، اقترح دعم أسس التمييز المفاهيمي المشار إليها بأمثلة من حالات عملية. وذكرت ثلاث حالات عملية هي: الحالة غير الشائعة بدرجة كبيرة، حيث يُنشأ حق ضماني لالتزام قائم من قبل وحل أداؤه، والحالة الشائعة بدرجة كبيرة، حيث يُنشأ حق ضماني لالتزام متعاقد عليه ولكن لم يستحق بعد، والحالة الشائعة في علاقات الائتمان المستمرة، حيث يُنشأ اتفاق ضماني لضمان سلف تقدم آجلا. واقترح أيضا حذف الجملة الثانية من الفقرة ١١ حيث انها تعالج مسألة مفاهيمية معقّدة تختلف بشأنها النظم القانونية.

هاء- الوصف

٩٨- وفيما يتعلق بالفقرة ١٣، اقترح زيادة إيضاح مفهوم "شروط جميع المبالغ" و"شروط الحد الأقصى للمبلغ". واقترح أيضا الإشارة إلى قدرة الطرفين على الاتفاق على الحد الأقصى للمبلغ الذي يغطيه الضمان. وفيما يتعلق بالفقرة ١٤، اقترح توسيع نطاق الجملة الأخيرة لكي تبين المزايا التي تعود على المقترض من معاملات القروض الدائرة.

٩٩- واقترح إما حذف الفقرة ١٥ وإما تنقيحها كي تحيل إلى قانون آخر مسألة تحويل الالتزام المضمون إلى عملة محلية (مثل قانون العقود أو القانون التنظيمي)، وقيل إنه في حالة عدم حدوث عجز عن الوفاء وتصرف في الموجودات المرهونة لا تكون هناك حاجة إلى تحويل الالتزام المضمون إلى العملة المحلية. وأُشير أيضا إلى أنه حتى في حالة العجز والتصرف، ينبغي أن تترك مسألة التحويل للعقد الأصلي الذي نشأ عنه الالتزام المضمون وللقانون الذي يحكم الالتزام. وقيل إن من المفترض، في الممارسة العملية، أن يكون الالتزام المضمون وعائدات التصرف في الموجودات بنفس العملة.

واو- الموجودات التي تحمّل عبء الضمان

١٠٠- فيما يتعلق بالفقرة ١٦، رئي على نطاق واسع أن الموجودات أو قيمتها، لا سند ملكيتها، هي موضوع الحق الضماني. واتفق، مع ذلك، على أنه يمكن إعادة النظر في المسألة بمجرد أن تتاح الفرصة للفريق العامل للنظر في مسألة سند الملكية كاشتراط لإنشاء حق ضماني. وأشير أيضا إلى أن الفقرة ١٦ ينبغي أن تُقصر على المبدأ القائل بأن مانح الضمان لا يمكن أن يَمنح حقوقا أكثر مما له. وقيل أيضا إنه ينبغي إعادة النظر في الجملة الأخيرة من الفقرة ١٦، حيث يبدو أنها تعالج مسألة أولوية وتعني ضمنا أن أول دائن يحصل على الحق الضماني تكون له الأولوية.

١٠١- وفيما يتعلق بالفقرتين ١٦ و١٧، أشير إلى أنه ينبغي عكس ترتيبهما. وأشير أيضا إلى أنه قد يكون من المفيد إيضاح مضمون الفقرة ١٨ عن طريق تقديم مثال.

زاي- الموجودات الآجلة

١٠٢- أشير إلى أن فحوى الجملة الأخيرة من الفقرة ٢١ ينبغي تعزيزها. وأشير أيضا إلى أنه ينبغي زيادة التأكيد على الطابع الوصفي للفقرة ٢٢ لتجنب إعطاء انطباع بأنها تتضمن أي توصيات.

١٠٣- وإضافة إلى ذلك، أشير، فيما يتعلق بالفقرة ٢٣، إلى أنه ينبغي استبقاء الجملة الأولى فقط، لتأكيد أهمية إمكان استخدام الموجودات الآجلة كضمان للحصول على الائتمان. وقيل إن الجملة الثانية تتضمن بيانا قد لا يكون صحيحا تماما، وإن المسألة الأولى التي تعالجها الجملة الثالثة تثير أساسا مسألة تتعلق بقانون الإعسار ينبغي أن تعالج في مشروع الدليل الخاص بالإعسار وفي الفصل الخاص بالإعسار من مشروع الدليل المعني بالمعاملات المضمونة. وأشير إلى أن الفقرة ٢٣ ليست على أي حال المكان المناسب لمناقشة تأثير الائتمان المضمون على الدائنين غير المضمونين.

حاء- الموجودات غير المعيّنة تحديدا

١٠٤- ذكر أن تحديد موجودات المخزون بالإشارة إلى مكانها، حسبما ورد في الفقرة ٢٤، قد يؤدي عن غير قصد إلى فقدان الضمان بالنظر إلى أن من المحتمل أن تنقل هذه الموجودات من مكانها.

١٠٥- وفيما يتعلق بالفقرة ٢٦، أبديت عدة مقترحات. فكان أحدها هو أنه ينبغي تحقيق التوازن في الجملة الثالثة بالاعتراف بأن الدائنين المتنازعين يمكن أن يحلوا نزاعات الأولوية فيما بينهم عن طريق الاتفاق. وتمثل مقترح آخر في أن الجملة الرابعة ينبغي أن توضح أن التقييد المشار إليه لا يحرم الدائنين غير المضمونين من الإفادة من فائض القيمة الباقي بعد الوفاء بالالتزام المضمون. ودعا اقتراح آخر، مع ذلك، إلى أن توضح الجملة الرابعة أن تقييم الموجودات المحمّلة عبء الضمان يستتبع تكاليف ويتطلب وقتا.

طاء- رهون المنشآت والرهون العائمة

١٠٦- أشير إلى أن مشروع الدليل ينبغي أن يوضح أن رهن المنشأة أو غيره من الحقوق المعادلة يمكن أن يتضمن، فيما يشمله، موجودات جديدة وتدفقات نقدية وأموالا ثابتة.

١٠٧- وفيما يتعلق بالفقرة ٣١، اقترح تنقيحها لتبديد أي شك في أن المنافسة بين مقدمي الائتمان، التي يمكنها بذاتها أن تخفض التكلفة، قد لا تكون مستصوبة.

١٠٨- وبعد المناقشة، طلب الفريق العامل من الأمانة أن تنقّح الفقرات ١ إلى ٣٣ من الفصل الثالث، واضعة في الاعتبار الآراء التي أُعرب عنها والمقترحات التي أُبديت.

خامسا- الأعمال المقبلة

١٠٩- أشار الفريق العامل إلى أن من المزمع عقد دورته الرابعة في فيينا من ٨ إلى ١٢ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٣، رهنا بتأكيد تلك التواريخ من اللجنة في دورتها السادسة والثلاثين.

الحواشي

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/56/17)، الفقرة ٣٥٨.

(٢) المرجع نفسه، الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/55/17)، الفقرة ٤٥٥، والدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/56/17)، الفقرة ٣٤٧.

(٣) المرجع نفسه، الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/55/17)، الفقرة ٤٥٩.

(٤) المرجع نفسه، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/56/17)، الفقرة ٣٥١.

(٥) المرجع نفسه، الفقرة ٣٥٧.

(٦) المرجع نفسه، الدورة السابعة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/57/17)، الفقرات ٢٠٢-٢٠٤.

(٧) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/56/17)، الفقرات ٣٥٤-٣٥٦.