

Distr.: General
18 April 2001
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الرابعة والثلاثون

فيينا، ٢٥ حزيران/يونيه-١٣ تموز/يوليه ٢٠٠١

البند ١١ من جدول الأعمال المؤقت*

الأعمال الممكنة في المستقبل بشأن المصالح الضمانية

المصالح الضمانية

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الفقرات الصفحة

٤	١٠-١	 مقدمة	أولاً-
٦	٢١-١١	 أهمية الاقتراض المضمون الاقتصادية	ثانياً-
٨	٢٨-٢٢	 قانون الاعسار وقانون الحقوق الضمانية	ثالثاً-
١٠	٦١-٢٩	 الدليل التشريعي بشأن الحقوق الضمانية في عمومها	رابعاً-
١١	٥٠-٣٢	 المسائل الخاصة بإنشاء الحقوق الضمانية	ألف-
١١	٣٧-٣٣	 ١- القيود على الممتلكات التي يجوز أن تُستخدم ضماناً رهنية	
١٣	٤٠-٣٨	 ٢- وصف الضمانة الرهنية	

الفقرات الصفحة

١٣	٤٤-٤١		٣- الحقوق الضمانية غير الحيازية
١٤	٤٧-٤٥		٤-عائدات الضمانة الرهنية
١٥	٤٩-٤٨		٥- استبقاء ترتيبات حق الملكية
١٥	٥٠		٦- عدم التمييز ضد الدائنين غير المحليين
١٦	٥٩-٥١		باء- المسائل الخاصة بأولوية الحقوق الضمانية
١٦	٥٤-٥١		١- أولوية الحق الضماني؛ انشاء نظام لايداع الاشعارات
١٧	٥٦-٥٥		٢- الحقوق الضمانية مقابل ثمن الشراء
١٧	٥٩-٥٧		٣- المطالبات التفضيلية الأخرى
١٨	٦١-٦٠		جيم- المسائل الخاصة بتنفيذ الحقوق الضمانية
١٨	١٢٢-٦٢		خامسا- ضمان موجودات معينة: الأوراق المالية الاستثمارية
١٩	٦٩-٦٥		ألف- التطورات الاقتصادية والتقنية الأخيرة
٢٠	٩١-٧٠		باء- التبعات القانونية للتطورات الأخيرة
٢٠	٧٤-٧١		١- الشهادات بصفتها مستندات اثبات أو مستندات ملكية
٢١	٨٣-٥٧		٢- تقييد دور الشهادات
٢٣	٩١-٨٤		٣- النتائج القانونية لتقييد دور الشهادات
٢٤	١١٠-٩٢		جيم- الغاء الشهادات
٢٧	١١٢-١١١		دال- الأعمال الجارية المتعلقة بالحقوق الضمانية في الأوراق المالية
٢٩	١٣٦-١٢٣		سادسا- ضمان موجودات معينة: حقوق الملكية الفكرية
٣١	١٦٤-١٣٧		سابعا- مسائل القانون الدولي الخاص
٣١	١٣٧		ألف- نطاق قواعد تنازع القوانين في سياق توحيد القانون الموضوعي
٣٢	١٥٣-١٣٨		باء- الممتلكات الملموسة
٣٣	١٤٥-١٤٣		١- مشاكل اختيار القانون الناجمة عن تغيير موقع الموجودات

الفقرات الصفحة

- ٢- التحويل الوضعي للحق الضماني: المشاكل والحلول الممكنة..... ١٤٦-١٤٩ ٣٤
- ٣- البضائع العابرة والبضائع المخصصة للتصدير ١٥٠-١٥١ ٣٥
- ٤- تطبيق قانون موقع الممتلكات في حالة البضائع النقلة ١٥٢-١٥٣ ٣٥
- جيم- القانون الواجب تطبيقه على الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة ١٥٤-١٦٣ ٣٦
- ١- ملاحظات عامة ١٥٤-١٥٧ ٣٦
- ٢- الملكية الفكرية..... ١٥٨-١٦١ ٣٧
- ٣- الأوراق المالية الاستثمارية ١٦٢ ٣٨
- ٤- القانون الواجب تطبيقه على حقوق الملكية في حسابات الودائع النقدية
لدى المؤسسات المالية ١٦٣ ٣٨
- دال- الفئات الإضافية التي قد تلزم فيها قواعد خاصة في القانون الدولي الخاص ١٦٤ ٣٩
- ثامننا- الاستنتاج ١٦٥-١٦٦ ٣٩

أولاً - مقدمة

تستدعي أن تستأنف الأونسيترال عملها بشأن المعاملات المضمونة.^(٥)

٤ - وقد أثبتت مسألة تلك الحاجة مرارا في المؤتمرات التي عُقدت في كل أنحاء العالم طوال السنوات القليلة الماضية، واجتذبت انتباه المشرعين على الصعيد الدولي والاقليمي والوطني، وكذلك انتباه مؤسسات مالية دولية واقليمية، مثل المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير، والمصرف الدولي للإنشاء والتنمية (البنك الدولي)، ومصرف التنمية الآسيوي. وبغية إعلام اللجنة عن الأنشطة الجارية في ميدان المصالح الضمانية، وتيسير التنسيق بين الجهود، وتقديم المساعدة الى اللجنة في نظرها في هذه المسألة، قُدم الى اللجنة تقرير عن الأنشطة الجارية، وذلك إبان دورتها الثالثة والثلاثين في عام ٢٠٠٠ (A/CN.9/475)، التي لم تقتصر على التباحث في الأعمال السابقة التي قامت بها اللجنة بشأن المصالح الضمانية والتطورات في مجال قانون المصالح الضمانية خلال الخمس والعشرين سنة الماضية، بل شمل أيضا تحديد المشاكل وتقديم الاقتراحات بشأن مجالات العمل الممكنة في المستقبل.

٥ - وعند مناقشة ذلك التقرير إبان دورتها الثالثة والثلاثين، أكدت اللجنة أن الوقت قد حان للشروع في عمل بشأن المعاملات المضمونة، وخصوصا بالنظر الى الصلة الوثيقة بين المصالح الضمانية والعمل الجاري الذي تضطلع به اللجنة بشأن قانون الإعسار. وقد ارتئي على نطاق واسع أن قوانين الائتمانات المضمونة الحديثة يمكن أن يكون لها تأثير خطير الشأن في توافر الائتمانات وتكلفتها، ومن ثم في التجارة الدولية عموما. وذكر أيضا أن قوانين الائتمانات المضمونة الحديثة يمكن أن تخفف من حالات انعدام المساواة في الوصول الى ائتمانات أدنى تكلفة بين الأطراف في البلدان المتقدمة النمو والأطراف في البلدان النامية، وكذلك في

١ - مازال موضوع المعاملات المضمونة يحظى باهتمام اللجنة منذ وقت طويل.^(١) وفي أواخر السبعينات نظرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) في الدراسات الأولى في هذا المجال من القانون.^(٢) وقد أدت تلك الدراسات الى الاقتراح الذي تقدمت به الأمانة بأن إعداد قانون نموذجي من شأنه أن يكون مرغوبا ومجديا عمليا معا (انظر A/CN.9/165، الفقرة ٦١). ثم نظرت اللجنة، إبان دورتها الثالثة عشرة في عام ١٩٨٠، في مذكرة مقدمة من الأمانة تتضمن مناقشة للمسائل المزمع تناولها واقتراحات مقدمة بشأن الحلول الممكنة لها.^(٣)

٢ - غير أن اللجنة استنتجت، في تلك الدورة، أن توحيد قانون المصالح الضمانية في البضائع على نطاق العالم بعيد المنال على الأرجح. وكانت اللجنة قد خلصت الى هذا الاستنتاج بسبب قلقها من أن الموضوع بالغ التعقيد وأن أوجه التباين فيما بين مختلف النظم القانونية جد كثيرة، وكذلك لأن من شأنه أن يستلزم توحيد مجالات أخرى من القانون أو التوفيق بينها، ومنها مثالا قانون الإعسار، وهو ما بدا مستحيلا في ذلك الحين. وخلال المناقشة أثناء تلك الدورة، لوحظ أن من المستحسن أن تنتظر اللجنة نتيجة الأعمال التي تضطلع بها منظمات أخرى، مثل المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (يونيدروا)، الذي كان بصدد صوغ اتفاقية بشأن العملة الدولية (والتي وُضعت صيغتها النهائية في عام ١٩٨٨ ودخلت حيز النفاذ في عام ١٩٩٥).

٣ - وفي مناسبة مؤتمر الأونسيترال حول موضوع القانون التجاري الموحد في القرن الحادي والعشرين، الذي عُقد في نيويورك بالتزامن مع الدورة الخامسة والعشرين للجنة، في أيار/مايو ١٩٩٢،^(٤) ذُكرت مجددا الحاجة التي

هذه المسألة، قد بين أهميتها والحاجة العاجلة إليها على حد سواء. وفي هذا الصدد، يجب الإشارة إلى أن العمل الذي قد تقوم به اللجنة من شأنه أن يكون متوافقا مع أي عمل يضطلع به مؤتمر لاهاي، ويمكن أن يكون مكمّلا له على نحو مفيد، بما أن عمل اللجنة من شأنه أن يركّز بصفة رئيسية على جوانب القانون الموضوعي، في حين تتعلق جهود مؤتمر لاهاي بالقانون الدولي الخاص.^(٧)

٧- وقُدّم اقتراح آخر ارتأى تناول موضوع المصالح الضمانية في المخزونات المجزأة من البضائع (أي مجمّع متغيّر من الموجودات المنقولة الملموسة). وقيل إن استخدام مجمع متغيّر للموجودات، سواء أكانت ملموسة أو غير ملموسة، هو سمة مهمة من سمات قانون التمويل المضمون الحديث. ولوحظ أيضا أن أي عمل بشأن الضمان بالمخزونات يمكن أن يستفيد من اعتماده على عمل اللجنة بشأن المستحقات وبشأن الممارسات المتّبعة، مما من شأنه على الأرجح أن يستمد استجابة إيجابية من جانب الأسواق المالية الدولية. وقد ذكرت المسائل التالية باعتبارها مسائل قد تقتضي الحاجة معالجتها في قانون موحد من هذا القبيل وهي: تكوين المصلحة الضمانية ونطاقها (وينبغي أن يشمل ذلك الممتلكات المكتسبة والديون المضمونة الناشئة، حتى بعد تكوين المصلحة)؛ وسبل الانتصاف عند تخلف المدين عن السداد؛ وقواعد الأولوية الواضحة؛ وآليات ضمان شفافية أي مصلحة من هذا القبيل.^(٨)

٨- كان ثمة اقتراح آخر أيضا بأنه ينبغي لأي قانون موحد أن ينظر في إنشاء سجل دولي للحقوق الضمانية، لأن من شأن مثل ذلك السجل أن يعزز اليقين والشفافية، وأن يكون له، نتيجة ذلك، تأثير إيجابي في توافر الائتمانات وتكلفتها. وقد ارُئي أنه يمكن تحقيق تلك النتيجة بسهولة

الحصة التي يحصل عليها كل من أولئك الأطراف في منافع التجارة الدولية. ولكن ذُكرت ملاحظة تحذيرية مفادها أن تلك القوانين تحتاج إلى إقامة توازن مناسب في معاملة الدائنين المميزين والمضمونين وغير المضمونين بحيث تصبح مقبولة في جميع الدول. وذُكر أيضا أنه بالنظر إلى تباين سياسات الدول، فإن إتباع نهج مرن يهدف إلى إعداد مجموعة من المبادئ مع دليل، بدلا من قانون نموذجي، يمكن أن يشكّل بديلا صالحا للعمل بشأنه.^(٦)

٦- وقُدّم عدد من الاقتراحات بشأن محور تركيز العمل المراد الاضطلاع به. كان واحد من تلك الاقتراحات معالجة موضوع المصالح الضمانية في الأوراق المالية (مثلا الأسهم والسندات وصكوك مقايضة ومشتقات الصكوك). ومثل هذه السندات المالية، التي تُحاز باعتبارها قيودا في سجل، من جانب وسيط. وتُحاز على نحو مادي كذلك من جانب مؤسسة وديعة، هي صكوك مهمة، تُقدم على أساسها مبالغ ضخمة من القروض الائتمانية، لا من جانب المصارف التجارية إلى زبائنهم فحسب، بل من جانب المصارف المركزية إلى المصارف التجارية أيضا. وقد لوحظ أيضا أنه بالنظر إلى عولمة الأسواق المالية، تشمل هذه الظاهرة عادة عددا من الولايات القضائية التي كثيرا ما تكون قوانينها غير متوافقة بعضها مع بعض، أو حتى غير وافية بالغرض لمعالجة المشاكل الوثيقة الصلة بالموضوع. ونتيجة لذلك، يوجد قدر كبير من عدم اليقين فيما إذا كان المستثمرون الذين يمتلكون أوراقا مالية والممولون الذين يقدمون الائتمانات ويمنحون مصلحة ضمانية، لديهم حق في الممتلكات، ويتمتعون بالحماية، على الخصوص، في حالة اعسار أحد الوسطاء. وأشار أيضا إلى أن ثمة قدرا كبيرا من عدم اليقين ينشأ حتى بشأن القانون الواجب تطبيقه على المصالح الضمانية في الأوراق المالية التي يحملها وسيط، وأن مؤتمر لاهاي بشأن القانون الدولي الخاص الذي تم التخطيط له لأجل معالجة

المالية وحقوق الملكية الفكرية. والفصل النهائي مخصص لمسائل القانون الدولي الخاص.

ثانياً - أهمية الاقراض المضمون الاقتصادية

١١ - في السنوات القليلة الأخيرة، أخذ يسعى كثير من صانعي السياسات العامة إلى تحديث القواعد المعنية بمسألة منح مصالح ضمانية للدائنين بغية تعزيز التجارة. وفي ذلك الخصوص، تكفي الإشارة إلى أن الولايات المتحدة الأمريكية قامت في عام ١٩٩٩ بتنقيح شامل للمادة ٩ (التي تعالج مسألة المصالح الضمانية) من قانونها التجاري الموحد، واشترعت كل من رومانيا ونيوزيلندا قوانين أساسية عريضة بشأن المصالح الضمانية في الممتلكات الشخصية، من خلال تقديم قواعد حديثة تعنى بمسألة المعاملات المضمونة. ولجأت بلدان أخرى، مثل اندونيسيا (١٩٩٩) وبلغاريا (١٩٩٦) وبولندا (١٩٩٦) وشيلي (١٩٨٢) ومونتينيغرو (١٩٩٦) ولافتيا (١٩٩٨) ولتوانيا (١٩٩٧) واليونان (٢٠٠٠) إلى سن تشريعات تعنى بمسألة المصالح الضمانية (وان كان ذلك على نحو مختلف عن البلدان الآتفة الذكر).

١٢ - والاحالات المرجعية المذكورة أعلاه تبين أن هناك اتجاهها واضحاً نحو تحديث النظام القانوني فيما يتصل بالمصالح الضمانية. وعند وضع نظام حديث من هذا القبيل، لا بد من أن تؤخذ في الحسبان الأسباب التي تدعو الأطراف إلى اللجوء إلى منح المصالح الضمانية. أما الاقتصار على القول بأن منح المصالح الضمانية يخفف مجموع تكاليف معاملات الاقراض فلا يبدو أنه يوضح توضيحاً كافياً هذه الظاهرة، لأن الاقراض المضمون، كما بين معلقون آخرون، ليس دائم الوجود، أي أن المقرضين/الدائنين لا يضمنون كل ما يقدمونه من قروض ائتمانية أو أنهم لا يضمنون قروضهم الائتمانية على الاطلاق. وثم فإن توضيح لماذا يكون - أو

إذا ما شمل ذلك السجل جميع أنواع المصالح الضمانية في جميع أنواع الموجودات.^(٩)

٩ - بعد المناقشة، طلبت اللجنة إلى الأمانة اعداد دراسة تبحث بتفصيل في المشاكل ذات الصلة في ميدان قانون الائتمانات المضمونة والحلول الممكنة لها، لكي تنظر فيها اللجنة ابان دورتها الرابعة والثلاثين في عام ٢٠٠١. وقد أثنى على أنه بعد النظر في تلك الدراسة، يمكن للجنة أن تقرر خلال تلك الدورة فيما اذا كان يمكن الاضطلاع بمزيد من العمل، مع تحديد الموضوع بعينه وتعيين سياقه. وكذلك أثنى على أنه يمكن للدراسة أن تبحث في مزايا ومساوئ مختلف الحلول (أي وضع قانون موحد بشأن جميع أنواع الموجودات في مقابل وضع مجموعة من المبادئ مع دليل، أو وضع قانون موحد بشأن أنواع معينة من الموجودات). علاوة على ذلك، اتفق على أنه ينبغي أن تعتمد الدراسة وأن تُبنى على العمل الذي تقوم به منظمات أخرى، وأنه ينبغي لأي اقتراحات أن تأخذ في الحسبان ضرورة تجنّب ازدواج الجهود.

١٠ - أما هذه الدراسة فقد أعدت بمقتضى ذلك الطلب من جانب اللجنة، والقصد منها تيسير نظر اللجنة فيما قد يُضطلع به من أعمال في المستقبل في مجال قانون المعاملات المضمونة، واتخاذ قرار بهذا الشأن. وبعد تقديم بعض الملاحظات التمهيدية بشأن الأسباب التي تدعو المرء إلى اللجوء إلى الاقراض المضمون، سوف تبحث الدراسة بإيجاز في العلاقة بين قانون الاعسار وقانون الحقوق الضمانية. ثم سوف تتناول المسائل الخاصة بصوغ حلول تشريعية نموذجية بشأن الحقوق الضمانية عموماً، وكذلك المسائل ذات الصلة بصياغة تشريع نموذجي خاص بالموجودات على التحديد، وخصوصاً صياغة تشريع نموذجي بشأن السندات

من معاملات اقتراض لاحقة، وتزيد من حوافز المدين على السعي إلى سداد القرض طوعيا، وتيسر تقييد أي تصرف محفوف بالمخاطر من جانب المدين.

١٦- أما بخصوص مقدرة الدائن على تقييد معاملات اقتراض لاحقة، فهذا يستند إلى الافتراض القائل بأن من شأن المدين أن يولي عمله التجاري مزيدا من الانتباه اذا ما كانت المجازفة أكثر جسامة في العمل. ذلك أنه بتقييد مقدرة المدين على الحصول على قروض كبيرة في المستقبل، يتسنى للدائن تقييد مقدرة المدين على زيادة اهتمامه في العمل الذي يزاوله، طالما أن الدائن يستطيع أن يحد أيضا من مقدرة المدين على بيع مصلحة ملكيته في العمل التجاري. وبطبيعة الحال أن الحقوق القانونية التي تشكل منح رهن اضافي لا تخطر مباشرة معاملات اقتراض لاحقة، لكن منح رهن اضافي يمكن أن يقيّد من مقدرة المدين على الحصول على قروض في المستقبل، وذلك بتقليل قدرته على منح مصلحة ضمانية قيّمة إلى مقرضين لاحقين. وذلك الحد التقييدي هو الذي قد يجعل معاملات الاقتراض في المستقبل باهظة التكلفة نسبيا (ومن ثم أقل جاذبية) للمدين.

١٧- ثمة ميزة أخرى هي المساندة المالية التي تُمنح إلى الدائن بواسطة منح الرهن الاضافي، مما يزيد من حوافز المقرض على سداد الدين. وتعتمد مساندة الدائن المضمون على ازدياد الاحتمالات في قدرة الدائن على انفاذ مطالبة بكفاءة.

١٨- ومن المزايا الاضافية التي تتاح في المستقبل هي مقدرة الدائن المعززة على منع المدين من القيام بتصرف محفوف بالمخاطر، يمكن أن يؤدي - في رأي الدائن - إلى نقصان مقدرة المدين على سداد الدين. وبما أن معاملات الاقتراض غير المضمون تسند عموما إلى الدائن دورا ضخما فيما يتعلق بمخاطرة الخسارة في حال اخفاق عمل المدين،

لا يكون - الاقتراض المضمون ممارسة ناجعة، قد يكون فيه مساعدة لجهود اللجنة في هذا المجال من القانون. ولا ريب في أن الوعي بالأسباب التي تدفع على استخدام المصالح الضمانية قد يساعد محرري صيغ الصكوك القانونية في المستقبل.

١٣- وبغية فهم هذه الدوافع، من الضروري تمحيص مدركات الأطراف المعنيين في سوق القروض الائتمانية، التي تحدد بهم إلى اللجوء (أو الاحجام عن اللجوء) إلى الاقتراض المضمون.

١٤- أما المزايا التي يحصل عليها الدائن من منحه مصالح ضمانية فهي أنه يمكن أن يخفّض تكاليفه الاجمالية المتوقعة، ومن ثم يخفّض على نحو غير مباشر التكاليف التي يجب أن يدفعها المدين لكي يحفز الدائن على منحه القرض الائتماني. ويمكن التمييز بين نوعين مختلفين من المزايا: أي المزايا المباشرة والمزايا غير المباشرة. وأكثر أنواع المزايا جلاءً بالنسبة إلى المقرض المضمون هي أن الحصول على ضمان يزيد من احتمالات السداد في حال التخلف. وقد حدد المعلّقون ثلاث طرق مختلفة لتعزيز قدرة المقرض المضمون على انفاذ السداد، وهي: بالحصول على ضمان، ومنح الأولوية (لكي يتم التسديد إلى المقرض قبل غيره من الدائنين)، وبتعزيز سبل انتصاف المقرض (لكي يتسنى للمقرض ارغام المقرض على السداد بسرعة أكثر مما يتسنى له اذا كان دينه غير مضمون). واذا كان المقرض يعتقد عندما يمنح القرض الائتماني بأن هذه المزايا تزيد من احتمالات السداد له، أمكنه أن يتقاضى رسوما أقل لأجل القرض الائتماني، وبذلك يخفّض مجموع تكاليف المعاملة.

١٥- هناك مزايا أخرى غير مباشرة على الأكثر، لأجل المقرض المضمون. ومنها على سبيل المثال أن منح مصلحة ضمانية للدائن هو ميزة يُقال إنها تعزز من قدرته على الحد

الملفات، حيثما ينطبق، لا يشمل رسوم الملفات الفعلية فحسب، بل يشمل أيضا جميع التكاليف المرتبطة بتحديد ما ينبغي تقديمه في الملف وأين ينبغي تقديم الملف بدقة).

٢١- وأما فيما يتعلق بتكاليف إدارة شؤون القروض الائتمانية، فيبدو أن المقادير الكبيرة من الوقت والنقود التي ينفقها الدائنون والمدينون على حد سواء في إدارة شؤون المعاملات المضمونة، تشكل جزءا ضخما من تكلفة القرض الائتماني المضمون. كما أن تكاليف المعاملة وإدارة شؤونها على حد سواء تعتمد بقدر كبير على النظام القانوني الذي تخضع له المعاملة؛ ومن ثم فإن أي محاولة لاستحداث نظام موحد يهدف إلى تعزيز توافر القروض الائتمانية بتكلفة أدنى، ينبغي لها أن تأخذ هذه الناحية في الحسبان.

ثالثا- قانون الاعسار وقانون الحقوق الضمانية

٢٢- أن القوانين ذات الصلة بالحقوق الضمانية، من ناحية، وبالعسار، من ناحية أخرى، كليهما له أهداف مختلفة. أما قوانين الحقوق الضمانية فهي مصممة بقصد حماية الدائن الذي يقدم قرضا ائتمانيا مضمونا إلى مدين، وأما قوانين الاعسار فالتقصّد من وضعها أن تنص على الترتيبات اللازمة لتصفية عسار مدين أو إعادة تأهيله على نحو مرتّب بطريقة منصفة، لا تجاه دائنيه المضمونين فحسب، بل كذلك تجاه جميع دائنيه. ومن ثم فليس من المستغرب أن يُعالج هذان الموضوعان عموما بمقتضى نظم قانونية منفصلة بعضها عن بعض.

٢٣- بيد أن هناك علاقة مترابطة بالغة الدلالة بين النظامين تنشأ من أن الحق الضماني ضئيل القيمة أو لا قيمة له للدائن المضمون إذا لم يكن في نهاية المطاف قابلا للنفاد تجاه أطراف الثالثة، بمن فيهم مدير شؤون عسار المدين. وهذا لا يعني القول بأن نظام تقنين الاعسار في ولاية قضائية

فقد يكون بالفعل لدى المدين تفضيل لاتخاذ المخاطرة أعلى مما قد يكون لديه إذا ما تحمّل تبعه جميع مخاطر الاخفاق. فمن ناحية، قد يؤدي ذلك إلى تقليص الاحتمال في أن المدين سوف يسدد الدين، ومن الناحية الأخرى قد يزيد ذلك تكاليف المعاملة. ومن ثم فإن آليات الاقراض المضمون التي تضيق تلك الفجوة، يمكن أن تقلل تكاليف المعاملة بتخفيض درجة تقدير الدائن لمخاطر عدم السداد قبل منح القرض الائتماني.

١٩- أما الميزة الرئيسية للمقترض فهي تكمن في أنه كلما ازدادت قدرة أي منشأة تجارية على استخدام القيمة المتأصلة في موجوداتها كضمانة رهنية للحصول على قرض، كبرت احتمالات تخفيض تكلفة حصولها على قروض استئمانية.

٢٠- غير أن الاقراض المضمون يؤدي أيضا إلى نشوء تكاليف لا توجد في الاقراض غير المضمون. وترتبط تلك التكاليف في الأكثر بتكاليف ابرام المعاملة المضمونة، وبتكاليف إدارة شؤون القروض الائتمانية. ويمكن استبانة ثلاثة أنماط من النوع الأول من التكاليف وهي: تكاليف المعلومات (مثل تكاليف حيازة المعلومات عن قيمة الضمانة الرهنية وعن حق ملكية الدائن فيها)، وتكاليف المستندات (مع أن منح رهنية لا ينطوي عادة على تأثير خطير الشأن في تكاليف المستندات، لأن كل المعاملات تشتمل على نوع ما من تكاليف المستندات؛ وقد لا يكون ذلك صحيحا حيث تنطوي المعاملات على رهنيات غير عادية أو متباينة أو مشتتة على نطاق واسع، مع أن من الممكن أيضا تصور معاملات غير مضمونة مع تكاليف وثائق عالية بصفة مخصوصة)، وكذلك حيثما ينطبق الحال، تنطوي على رسوم اعداد الملفات المطلوبة والضرائب (أي نفقات مميزة يتم تكبدها لسبب وحيد يتعلق بالقرار بشأن ضمان المعاملة؛ علما بأنه ينبغي الإشارة إلى أن الامتثال لمقتضيات اعداد

تنطوي فعلا أو استدلالا على احتيال، أو أنها من ناحية أخرى غير قابلة للإنفاذ وغير منصفة. وقد تكون ثمة آلية ثالثة في تقديم تعويض الى الدائن المضمون لاجتناب تضاول قيمة الرهن الاضافي، سواء أكان ذلك ناشئا عن فرض وقف التنفيذ أو استخدام الضمانة الرهنية من جانب المدين. وقد تشمل النهوج الممكنة في هذا الصدد حماية قيمة الرهنية، أو حماية الجزء المضمون من مطالبة الدائن المضمون في حالة الاعسار. أما حماية قيمة الرهنية فيمكن أن تنطوي على عدد من الخطوات: تقديم تعويض عن اهتلاك القيمة؛ ودفع فائدة؛ والحماية، والتعويض في حال استخدام ذلك الرهن؛ ورفع وقف تنفيذ الاجراءات. وقد يُتبع نهج آخر أيضا في حماية قيمة الجزء المضمون من المطالبة. ثم عند مباشرة القضية، يُبادر على الفور الى تقييم الموجود المالي الواقع تحت الرهن، واستنادا الى ذلك التقييم تُقرر قيمة الجزء المضمون من مطالبة الدائن. علما بأن تلك القيمة تظل ثابتة طوال اجراءات القضية، ولدى توزيع الموجودات عقب التصفية، يحصل الدائن المضمون على مقدار قيمة مطالبته ذات الأولوية الأولى. وأثناء الاجراءات، يمكن أيضا للدائن المضمون أن يحصل على سعر الفائدة التعاقدية على الجزء المضمون من المطالبة تعويضا عن التأخر الذي اقتضته الاجراءات.

٢٦- بيد أنه لوحظ أن ووجود آليات قد تؤثر في مقدرة الدائن على التعامل بالضمانات الرهنية الممنوحة له، هو أمر لن يؤدي عموما الى ردع مقرض عن تقديم قرض ائتماني ما دام المقرض يستطيع تكوين درجة كافية من الاطمئنان الى أن قوانين الاعسار سوف يتم انفاذها بطريقة قابلة للتنبؤ بها وشفافة على نحو معقول، وأن المقرض سوف يتلقى تعويضا بطريقة منصفة عن التضاول في قيمة رهنه، وأن المقرض سوف يكون بمسقطاه في نهاية المطاف استثمار ضمانته الرهنية نقديا في غضون فترة معقولة من الزمن.

معينة يجب أن يعترف بحق غير مشروط وفوري للدائنين المضمونين في انفاذ ذلك الحق بغية استمالتهم الى توفير التمويل في تلك الولاية القضائية؛ بل على العكس من ذلك اذ لوحظ أن الدائنين المضمونين لا يتطلّبون عموما الا أن يكون نظام تقنين الاعسار منصفًا وقابلًا للتنبؤ به بقدر كاف لكي يغرس في أنفسهم الاعتقاد بأن حقوقهم الضمانية، اذا ما أنشئت على نحو سليم، سوف تكون في نهاية المطاف قابلة للإنفاذ مقابل الرهنية في غضون اطار زمني معقول، دون تكبد تكلفة باهظة ودون أن يكون عرضة لمطالبات متنافسة غير مرتقبة من قبل.

٢٤- هذا، وان استحداث نظام مناسب لتقنين الاعسار يستلزم انشاء آليات مختلفة مصممة بقصد تحقيق توازن بين اهتمامات مدير شؤون الاعسار وحماية حقوق الدائنين المضمونين. واحدى الآليات لأجل تقديم المساعدة في تصفية موجودات مدين أو إعادة تأهيله هي وقف انفاذ الاجراءات القانونية من جانب المقرضين تجاه المدين وممتلكاته. وفي بعض الولايات القضائية، يُستهل ذلك الوقف تلقائيا لدى مباشرة اجراءات دعوى الاعسار، بينما في بعض الولايات القضائية الأخرى لا يجوز اللجوء الى ذلك الا بناء على الصلاحية التقديرية لدى محكمة قضية الاعسار. والى حد ما، من الجائز أن يعمل وقف الاجراءات تجاه المدين عمله أيضا لصالح دائني المدين المضمونين، الذين قد يكونون مهتمين باجتناح تفكيك أوصال العمل التجاري لدى المدين.

٢٥- ثمة آلية أخرى تهدف الى تحقيق ذلك التوازن، وهي مقدرة مدير شؤون الاعسار على أن يطعن في حقوق ضمانية معينة وغيرها من المعاملات، وفي نهاية المطاف أن يبطلها، أو أن يخفض مرتبتها لتكون تبعية، بناء على أنها تؤدي الى معاملة تفضيلية غير مسوّغة لدائنين معينين، أو أنها

رابعاً- الدليل التشريعي بشأن الحقوق الضمانية في عمومها

٢٩- واحدة من أنجع طرق الحصول على رأس المال العامل هي اللجوء الى القروض المضمونة. وكلما كانت المنشأة التجارية أكثر قدرة على الاستفادة من القيمة المتأصلة في موجوداتها باستخدامها كضمانة رهنية لأجل الحصول على قرض، ازدادت احتمالات تخفيض تكلفة الحصول على القروض الائتمانية.

٣٠- ومهما تكن قيمة بند معين من الممتلكات كبيرة بالنسبة الى منشأة تجارية، فانها ستكون ضئيلة القيمة أو لا قيمة لها بالنسبة الى أي دائن باعتبارها ضمانة رهنية لأجل قرض، ما لم يكن الدائن قادراً على الحصول على حق ضماني في الممتلكات يكون له أولوية على غيره من الدائنين ويظل نافذ المفعول في اجراءات دعوى الاعسار، ويكون بالمستطاع انفاذه من جانب الدائن بطريقة قابلة للتنبؤ بها وفي الوقت المناسب. وكلما قلّ ما يستهلكه من وقت ونفقات انشاء وانفاذ مثل هذا الحق الضماني، وكلما اتضحت أكثر حقوق الدائن في الضمانة الرهنية الممنوحة له، أصبحت القروض الائتمانية المضمونة متاحة واقتصادية أكثر من قبل بالنسبة الى المنشآت التجارية. ولذا يُقترح أن يهدف الدليل التشريعي بشأن الحقوق الضمانية الى الحرص بقدر الامكان على توفير قواعد متناغمة من شأنها أن تمكّن المنشآت التجارية من منح الحقوق الضمانية فيما يتعلق بطائفة واسعة من أنواع الموجودات، وأن تتيح المجال للدائنين لكي يكونوا على يقين من أولوية حقوقهم الضمانية تجاه غيرهم من الدائنين (عما في ذلك أولوية حقوقهم الضمانية في اجراءات دعاوى الاعسار)، وأن تجعل بإمكان الدائنين انفاذ حقوقهم الضمانية، كلها في الوقت المناسب وبطريقة قابلة للتنبؤ بها ومجدية من حيث التكلفة.

٢٧- تجدر الإشارة الى أن هناك علاقة مترابطة محتملة أخرى فيما بين قوانين الحقوق الضمانية وقوانين الاعسار. فبمقتضى قوانين الاعسار في بعض الولايات القضائية، توجد فرص متاحة للدائن لكي يعتمد على تيسير إعادة تأهيل المدين بواسطة توفير التمويل للمدين أثناء اجراءات دعوى الاعسار (وبذلك يُحتمل أن يتسنى تعزيز عملية استرداد الديون لصالح جميع الدائنين)، والحصول على حق ضماني خاص أو أولوية خاصة لأجل ذلك التمويل بعد حدوث الاعسار. وكثيراً ما يقدم ذلك التمويل الدائن الذي قدم التمويل الى المدين قبل مباشرة اجراءات دعوى الاعسار. وفي مثل تلك الأحوال، فان قوانين الحقوق الضمانية وقوانين الاعسار يمكن أن تعمل عملها معا صوب تحقيق هدف مشترك.

٢٨- وبسبب العلاقة المترابطة القوية فيما بين قوانين الاقراض المضمون وقوانين الاعسار، ينبغي أن تكون جميع الجهود المعنية بتلك القوانين منسقة على نحو وثيق، وخصوصاً فيما يتعلق بوقف تنفيذ اجراءات الدعاوى، وتوفير الحماية تحسباً لتناقص القيمة. اضافة الى ذلك يمكن القول انه بسبب الاشتراط الحرج بأن تكون الحقوق الضمانية المنشأة على نحو سليم قابلة للانفاذ بحيث تكون لها الأفضلية على حقوق سائر دائني المدين، وأن تظل نافذة المفعول في اجراءات دعاوى الاعسار، يُقترح بأنه ينبغي لأي دليل تشريعي أن يتطرق الى مسألة العلاقة بين المصالح الضمانية التعاقدية والامتيازات القائمة على التشريع، ومنها مثلاً الامتيازات الخاصة بالضرائب.

من الحصول على تمويل مضمون بناء على قيمة ذلك النوع من الممتلكات، فينبغي توخي العناية في النظر في هذه المسألة قبل النص على أي استبعاد من هذا النحو.

٣٤- في كثير من البلدان، درجت التقاليد المتبعة فيها على استخدام الموجودات الثابتة، مثل العقارات والمعدات، كأشكال رئيسية من الضمانات الرهنية لأجل التمويل المضمون. كما أن الأجهزة الثابتة، كالمعدات الثقيلة التي تكون مثبتة في العقار، التي تتميز بخصائص العقار نفسه والمعدات على حد سواء، تُستخدم تقليدياً أيضاً كأحد الأشكال المهمة من الضمانات الرهنية. ومنذ عهد أقرب، يُلاحظ أن المستحقات^(١١) والمخزونات من البضائع المخصصة لأغراض إضافية في الإنتاج أو البيع، والأوراق المالية الاستثمارية،^(١٢) أخذت تزداد أهميتها كأشكال من الضمانات الرهنية لأجل القروض المضمونة في مختلف البلدان. وفي العقد الماضي، كان هناك اتجاه في بعض البلدان نحو ضمان القروض براءات الاختراع والعلامات التجارية وحقوق التأليف والنشر وغير ذلك من أشكال الملكية الفكرية، مما يجسّد ازدياد أهمية الملكية الفكرية كعنصر من مكونات قيمة المنشآت التجارية (وهو اتجاه في الإقراض المضمون يُتوقع له الاستمرار).^(١٣) وقد اقترح أنه إذا ما كان الهدف الذي يرمي إليه الدليل التشريعي بشأن التمويل المضمون هو الترويج للتمويل المضمون، فإنه ينبغي للدليل أن يتسع للحقوق الضمانية فيما يخص بالفعل جميع أنواع ممتلكات المنشأة التجارية.^(١٤)

٣٥- ومن المسائل ذات الصلة بهذا الموضوع هي ما إذا كان ينبغي أن يسمح الدليل التشريعي بأن تشمل الحقوق الضمانية ممتلكات لا يملكها حالياً المدين. ففي كثير من البلدان، لا يكون بمستطاع الدائن الحصول على حق ضماني في الموجودات التي لا يملكها المدين في وقت إنشاء الحق

٣١- وهذا الباب يُجمل المسائل الرئيسية المراد النظر فيها لدى إعداد دليل تشريعي بشأن التمويل المضمون عموماً. وتُنظم تلك المسائل ضمن ثلاث فئات عريضة، وهي: (أ) المسائل الخاصة بإنشاء الحقوق الضمانية؛ و(ب) المسائل الخاصة بأولوية الحقوق الضمانية؛ و(ج) المسائل الخاصة بانفاذ الحقوق الضمانية.

ألف- المسائل الخاصة بإنشاء الحقوق الضمانية

٣٢- إن حجر الزاوية في التمويل المضمون هو مقدرة الدائن على الحصول على حق ضماني في مختلف أنواع الممتلكات التي يملكها الدائن^(١٥) ومن منظور الدائن، ينبغي أن يكون ذلك الحق قابلاً للانفاذ تجاه المدين باعتباره مسألة من مسائل العقد وأن يكون له الأولوية اللازمة كذلك تجاه سائر دائني المدين، وكذلك أن يظل نافذ المفعول أيضاً في إجراءات دعاوى الاعسار على حد سواء. وهذا المفهوم يمثل في الواقع سلسلة من الحقوق التي تُعد مهمة بالنسبة إلى الدائن المضمون، علماً بأن كثيراً منها مقيّدة على نحو خطير أو غير يقينية بمقتضى قوانين موجودة في كثير من البلدان، مما يعد ظرفاً لا يفرض إلى الترويج للتمويل المضمون في تلك البلدان.

١- القيود على الممتلكات التي يجوز أن تُستخدم كضمانة رهنية

٣٣- من المسائل المهمة الجديدة بالنظر فيها هي ما إذا كان ينبغي أن يتضمن الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة أي قيود تُفرض على الممتلكات التي يجوز أن تصلح لاستخدامها كضمانة رهنية للحصول على قروض. وبما أن استبعاد نوع بعينه من الممتلكات من أن يُستخدم كضمانة رهنية للحصول على قروض من شأنه أن يحرم الدائن

مخزون البضائع لدى المدين. وتلك النسبة المثوية (المعروفة عموماً باسم "معدل فائدة السلف") يحددها الدائن بناء على تقديره هو للمبلغ الذي من شأنه أن يحققه نقدياً على مخزون البضائع إذا ما أراد أن ينظر إلى ذلك المخزون باعتباره مصدراً من مصادر سداد القرض. ومن الناحية النمطية، يتراوح معدل فائدة السلف بين ٤٠ في المائة و ٦٠ في المائة. فإذا كان المخزون من البضائع يقع في بلد توجد فيه قوانين غير مؤاتية بشأن التمويل المضمون، فمن الجائز تماماً أن يعتبر المخزون غير مؤهل لأغراض الاقتراض. ومن خلال المواءمة بين المبالغ المقترضة ودورة التحويل النقدي لدى المدين (أي اكتساب المخزون، وبيع المخزون، وانشاء المستحقات، واستلام المدفوعات على المستحقات، واكتساب المزيد من المخزونات لأجل بدء الدورة ثانية)، فإن بنية القرض على المخزون الدوّار تُعتبر، من منطلق اقتصادي عالية الكفاءة، كما تعتبر عموماً نافعة للمدين.

٣٧- يُطرح سؤال عمّا إذا كان الحق الضماني الذي يمتد تلقائياً ليشمل الممتلكات المكتسبة فيما بعد، ويضمن تلقائياً السلف الحالية والمستقبلية، ينبغي أن يكون مقصوراً على المستحقات والمخزون، أو ينبغي أيضاً السماح به لأجل أنواع أخرى من الرهنيات، ومنها مثلاً المعدات أو الممتلكات الفكرية. وقد أشار المعلقون إلى أنه ليس ثمة من أسباب سياساتية ظاهرة تحول دون مثل ذلك التمديد، وأن السماح بذلك في الواقع من شأنه أن يروّج للتمويل المضمون. وقد يُنظر بعين الاعتبار إلى ما إذا كان الحد الأقصى لمجموع مبالغ السلف التي تُقدم في المستقبل ويمكن أن يضمنها الحق الضماني، يجب أن يكون محددًا في وقت انشاء الحق الضماني. فان ذلك من شأنه أن يتيح المجال لدائنين آخرين لتقديم تمويل إضافي إلى المدين بناء على قيمة الموجودات نفسها، إذا ما اعتقد الدائنون الآخرون بأن قيمة

الضماني المعين. ومع أن هذا التقييد يؤدي عملاً جيداً بخصوص القروض المضمونة بعقارات أو معدات، فهو عموماً ليس وافياً بالغرض بشأن القروض المضمونة بموجودات ذات معدل دوران متواصل، مثل المستحقات ومخزونات المواد الخام والمنتجات غير الجاهزة أو المنتجات الجاهزة. ويُرى عموماً أن من الأمور المكلفة وغير العملية ادارياً بالنسبة إلى الدائن لجوئه إلى تعديل مستندات ضمانه مراراً بقدر ما يكفي لتجسيد انشاء وتحصيل المستحقات واكتساب المخزون المجرود من البضائع والقيام بعمليات بيعها في أثناء سير أعمال المدين على نحو معتاد. وينبغي أن يُلاحظ في هذا الصدد أن مشروع اتفاقية الأونسيترال بشأن حالة المستحقات تنص على أنه، ما لم يتم الاتفاق على خلافه، يمتد نطاق الحق الضماني في المستحقات ليشمل أي مستحقات أخرى في المستقبل، دون الاشتراط بتقديم أي مستندات إضافية أو القيام بأي إجراء من جانب الدائن أو المدين.^(١٥) ومن المسائل المتصلة بذلك هي ما إذا كان بالامكان أن يضمن الحق الضماني المنشأ من قبل المدين من سلف القروض المقدمة إضافة إلى القروض الممنوحة من قبل.^(١٦)

٣٦- أما في حالة التمويل بضمان المخزون المجرود، فقد لوحظ أن الحق الضماني في المخزونات الذي يمتد تلقائياً ليشمل البضائع المكتسبة بعد انشاء المصلحة الضمانية ("المخزونات المكتسبة فيما بعد") ويضمن سلفاً أخرى تُقدم في المستقبل، هو حق أساسي لا غنى عنه بالنسبة إلى مفهوم تسهيل قرضي على مخزون دوّار، وهو شكل عالي الكفاءة من أشكال التمويل المضمون المستخدم في بعض البلدان. علماً بأن ذلك النوع من التسهيل القرضي يستخدمه عموماً المدين لتمويل احتياجاته الجارية من رأس المال العامل. وبمقتضى ذلك التسهيل، تُقدم سلف من حين إلى آخر بناء على طلب المدين، استناداً إلى نسبة معوية محددة من قيمة

٣٩- في مواجهة تلك المشكلة، فإن قوانين كثير من الولايات القضائية لا تشترط سوى أن تكون أوصاف الرهنية محتوية على ما يكفي من التفاصيل على نحو معقول لتحديد الممتلكات التي يشملها الحق الضماني. وعلى سبيل المثال، في بعض الولايات القضائية، يكفي وصف الرهنية بعبارة مثل "كل ما لدى المدين في المخزون الحالي أو المكتسب فيما بعد". وإن مدى حرية الاختيار الممنوحة للأطراف في تلك الولايات القضائية يساعد على احتساب الضرورة التي تقتضي من الدائن تجميع قوائم جرد مطولة تفصل كل بند من بنود الرهنية.

٤٠- وبالنظر إلى أهمية ما ينطوي عليه هذا الأسلوب من آثار في التمويل من حيث الممارسة العملية، فإن الأحكام التي تسمح للأطراف بقدر كاف من المرونة في وصف الموجودات من شأنها أن تكون حلا ملائما يُدرج في نص متوافق يُستخدم على نطاق عالمي شامل.

٣- الحقوق الضمانية غير الحيازية

٤١- الدائنون المضمونون يقومون عموما بتمويل أعمال تجارية ناجحة، وبحسب الأنماط المتبعة، يقبلون كرهنية الموجودات المستخدمة في تلك الأعمال التجارية. ومن الأمور الأساسية أن يكون بمسئطاع المدينين الاحتفاظ بحيازة ممتلكاتهم لغرض استخدامها في أعمالهم التجارية. بيد أنه في حالة الحقوق الضمانية في الممتلكات الشخصية الملموسة، تنص قوانين كثير من البلدان على أنه يجب "نزع حيازة" المدين عن تلك الممتلكات إذا ما أُريد استخدامها كرهنية - أي أنه يجب أن يحتفظ الدائن، إما بنفسه وإما من خلال وكيل، بالحيازة المادية على الممتلكات لكي يحصل ذلك الدائن على حق ضماني في الممتلكات يكون له أولوية على سائر دائني المدين ويظل نافذ المفعول في إجراءات دعوى

تلك الموجودات تتجاوز الحد الأقصى من مجموع مبلغ السلف التي تُقدم مستقبلا.

٢- وصف الضمانة الرهنية

٣٨- يتعلق جانب مهم آخر بالمرونة الممنوحة للأطراف لكي يصفوا على التحديد الموجودات المقدمة كضمان. ففي بعض النظم القانونية، تُتاح حرية واسعة للأطراف في وصف الموجودات التي يجوز تقديمها كضمان. ومن الممكن، على سبيل المثال، انشاء ضمان يشمل المخزون من مجّمع من المنتجات متغير دوما. علاوة على ذلك، من الممكن في بعض النظم القانونية أن يُستخدم كضمان مجموع موجودات منشأة ما أو جزء منها، دون الحاجة إلى اعداد قائمة محددة مكونات الأصل الموجود، مما يتيح الامكانية لبيع المنشأة باعتبارها منشأة ناجحة. وقد يؤدي ذلك أيضا إلى تمكين منشأة تعاني صعوبات مالية من أن تكون مضمونة، وفي الوقت نفسه إلى زيادة امكانية استرداد الدائن المضمون ما له من قروض. بيد أن ثمة نظما قانونية أخرى لا تسمح إلا بانشاء ضمان يتعلق بموجودات محددة، ولا تعترف بضمان على بضائع المخزون دون تحديد بنود ذلك المخزون. ويمكن أن يكون ذلك الاشتراط إشكاليا بصفة خاصة في حالة حق ضماني في مخزون، أو مستحقات أو حقوق الملكية الفكرية، حيث إن اشتراط التحديد يمكن أن يجعل من غير العملي الحصول على حق ضماني في مجّمع من المستحقات متغير دوما، أو في مخزون بضائع له معدل دوران متواتر، أو مكوّن من منتجات مختلفة كثيرة، أو في حقوق ملكية فكرية يجري تنقيحها وتحديث عهدها باستمرار. وقد ذُكر أن الاشتراط بوصف الرهنية بقدر كبير من التحديد قد أدى إلى انعدام تام في توافر التمويل بضمان المخزون.^(١٧)

التمويل المضمون عبر الحدود.^(١٨) كما ان استحداث نظام مناسب لملفات ايداع الاشعارات العمومية قد يؤدي دور اشهار وجود الحق الضماني. وبذلك الطريقة لا تتعرض الى التضليل الأطراف الثالثة التي تعتمد على حيابة المدين للممتلكات باعتبارها مؤشرا على عدم وجود أي حق ضماني في الممتلكات.

٤ - عائدات الضمانة الرهنية

٤٥ - يبرز عدد من المسائل المهمة الجديرة بالنظر فيها فيما يتعلق بعمليات بيع الضمانة الرهنية أو التصرف فيها بطرق أخرى من جانب المدين. أولى هذه المسائل هي المدى الذي ينبغي أن يتسع له الحق الضماني في تلك الرهنية ليشمل تلقائيا العائدات الناجمة عن بيع تلك الرهنية أو التصرف فيها بطريقة أخرى. ولا بد للمرء من أن يتساءل، على سبيل المثال، عما اذا ان الحق الضماني في مخزون من البضائع يمتد تلقائيا الى المستحقات أو العائدات النقدية الناجمة عن بيع المخزون في أثناء السير المعتاد لعمل المدين. وقد لوحظ أن هذه المسألة ذات أهمية حاسمة في تلك الولايات القضائية التي يتسع فيها انتشار التمويل المضمون بالمخزون. ولأن المخزون يُباع باستمرار في أثناء السير المعتاد لعمل المدين الى مشترين يأخذون حق الملكية في المضمون خاليا من أي حق ضماني، فان قيمة مخزون رهنية الدائن سوف تُستنفد بالتناقص في كل مرة يبيع فيها المدين بضائع من المخزون. ولذلك السبب، فان الحق الضماني للدائن بضمان المخزون يمتد في بعض النظم القانونية ليشمل حق المدين في تحصيل دفعة من زبائنه عن المباع من المخزون. ولكن في نظم قانونية أخرى لا يمتد تلقائيا الحق الضماني في المخزون ليشمل عائدات المخزون.

الاعسار. ذلك أن تلك القوانين كثيرا ما تجعل تلك الممتلكات عديمة الفائدة كضمانة رهنية في الأحوال التي تكون فيها حيابة الممتلكات من جانب المدين أساسية لتسيير عمله التجاري، وبذلك لا تشجع التمويل المضمون أو تجعله متعذرا في تلك الأحوال.

٤٢ - ثمة أحوال معينة يتعارض فيها نزع تلك الحيابة مع عمل المدين. فعلى سبيل المثال، قد يلجأ عادة بعض موزعي البضائع الى تخزين البضائع في مستودع عمومي في انتظار شحنها الى الزبائن. وفي مثل تلك الأحوال، يستطيع القائم على المستودع أن يتفق، في بعض البلدان، مع الدائن على القيام بمهمة الوكيل له، فيؤدي ذلك الى أن تكون الحيابة من جانب الوكيل حيابة من جانب الدائن لأغراض انشاء الحق الضماني في البضائع. وهناك مثال آخر على حالة يمكن فيها نزع الحيابة هو الاتفاق المعروف باسم "الايداع في الموقع" حيث يقيم وكيل للدائن في موقع مباني المدين لأجل مراقبة الرهنية. ولكن في كلا هاتين الحالين، لكي يُعتبر الدائن صاحب الحيابة بمقتضى القانون الواجب تطبيقه، يجب عليه أن يمارس درجة جوهرية من الرقابة على حركة الرهنية. وتلك الرقابة اما قد تكون غير عملية واما قد تضيف شريحة مهمة من التكلفة على اتفاق التمويل، مما يجعل ذلك التمويل باهظا أكثر على المدين أو قد يحول دون الحصول عليه.

٤٣ - والاشتراط بترع حيابة المدين يُطبق في بعض الولايات القضائية على جميع ممتلكات المدين، الملموسة منها وغير الملموسة. ونتيجة لذلك، لا يكون بمستطاع المدينين في تلك الولايات القضائية منح حقوق ضمانية في ممتلكاتهم الشخصية غير الملموسة، مثل حقوق الملكية الفكرية، لأنه يتعذر نقل حيابة الممتلكات غير الملموسة.

٤٤ - ويُنظر عموما الى توافر الحقوق الضمانية غير الحيازية على أنه عامل حرج بصفة مخصوصة بالنسبة الى نمو

٤٦ - وثمة عدد من الطرق التي تُنتهج في تناول هذه المسألة في مختلف النظم القانونية. واحد من تلك النهج هو السماح للدائنين بالحصول على حق ضماني في العائدات لا يكون قابلاً للإنفاذ تجاه المدين فقط بل تجاه سائر دائني المدين أيضاً، ويظل نافذ المفعول في إجراءات الإعسار. والولايات القضائية التي اعتمدت مثل هذا النهج تركز على ما إذا كان المستطاع اقتفاء أثر العائدات رجوعاً إلى الرهنية الأصلية.

٤٩ - وقد اشترعت بعض البلدان قوانين تعيد تحديد خصائص ترتيبات استبقاء حق الملكية كحقوق ضمانية، وتشترط على أصحاب تلك الحقوق الامتثال لمستلزمات الاشهار الخاصة بالحقوق الضمانية. وأشار إلى أن لذلك النهج مزاياه. أولاً، بقدر ما يكون الاشعار العمومي بالترتيب الخاص باستبقاء حق الملكية لازماً،^(١٩) فإن أي دائن لاحق لن يحتاج إلى القيام بجمع المعلومات المشار إليه أعلاه. ثانياً، إذا كانت ترتيبات استبقاء حق الملكية خاضعة لقواعد الامتثال نفسها التي تخضع لها أشكال أخرى من التمويل المضمون، فإن تكاليف انشاء ترتيب بشأن استبقاء حق الملكية سوف تكون متكافئة عن قرب مع تكاليف انشاء تلك الأشكال الأخرى من التمويل المضمون، مما يشجع التنافس فيما بين الدائنين المضمونين استناداً إلى تكلفة القرض الائتماني وحدها. ولذا يُقترح بأنه ينبغي للنظام الضابط للمصالح الضمانية الممكن انشاؤه في المستقبل أن يعتمد موقفاً بشأن مسألة استبقاء حق الملكية.

٦ - عدم التمييز ضد الدائنين غير المحليين

٥٠ - هناك مسألة أخرى تحتاج إلى النظر فيها هي معاملة الدائنين المحليين وغير المحليين. فقد لوحظ أن لدى بعض الولايات فعلاً قوانين تشجع التمويل المضمون ولكنها لا توسع نطاق منافع تلك القوانين لتشمل الدائنين غير المحليين. ونتيجة لذلك، يُستبعد دائنون محتملون عديدون من الحصول على منافع تلك القوانين، وهذا ظرف يؤدي إلى حرمان المنشآت التجارية الواقعة في الولايات القضائية المذكورة من الاستفادة من مجموعة أكبر من الدائنين المحتملين. وتوسيع

٤٧ - ثمة مسألة ثانية هي مدى اسقاط بيع الرهنية أو التصرف فيها بطريقة أخرى الحق الضماني للدائن في تلك الرهنية. وقد يكون من المناسب تماماً أن يؤدي بيع الرهنية أو التصرف فيها بطريقة أخرى (مثل عمليات بيع بضائع من المخزون) في أثناء السير المعتاد للعمل، أو بموافقة الدائن، إلى اسقاط الحق الضماني للدائن في الرهنية. ولتقديم حكم متوافق، ينبغي النظر في مدى اعتبار ذلك الحل حلاً غير مناسب لعمليات البيع في أثناء السير المعتاد للعمل، ما لم يوافق الدائن على البيع.

٥ - استبقاء ترتيبات حق الملكية

٤٨ - في كثير من البلدان يجري العُرف بأن يستبقي بائعو البضائع حق الملكية في تلك البضائع إلى حين أن يتم دفع ثمن الشراء كاملاً. ويتم ذلك عموماً بإدراج حكم شرطي في عقد البيع. وفي تلك الأحوال، من الجائز أن يكون الحق الضماني للدائن في الممتلكات الخاضعة لمثل هذا الاستبقاء لحق الملكية باطلاً، حيث لا يستطيع المدين منح حق ضماني في الممتلكات التي لا يملكها. أما الدائنون الراغبون في تقديم قروض على مخزون المدين من البضائع أو معداته، في تلك البلدان، فيجب أن يقوموا بعملية مكلفة في جمع المعلومات لتقرير ما إذا كانت تلك الموجودات خاضعة لاتفاقات بشأن

٥٢- وبغية تيسير قيام الدائن بذلك التقدير، استحدثت بعض البلدان نظاماً لايداع الاشعارات، يجب أن يوجه بموجبه اشعار عمومي بالحقوق الضمانية في مختلف أشكال الضمانات الرهنية وأن تستند الأولوية، مع بعض الاستثناءات، الى الايداع الأسبق.^(٢٠) وقد رئي بأن نظام الايداع الذي يسهل الوصول اليه والموثوق به والكفؤ، من حيث كل من التفتيش في النظام بحثاً عن حقوق ضمانية منافسة وتسجيل الحقوق الضمانية، قد يكون وسيلة فعالة لتحديد الأولويات وإعلام الدائنين مقدمي الاشعارات بوجود حقوق ضمانية منافسة. وقد يحفز مثل هذا النظام أيضاً على تعزيز توفر التمويل المضمون المنخفض التكلفة. ومن منظور الدائن، يؤدي نظام الايداع أو التسجيل الى تجنب خطر الاعتماد على اقرارات المدين بعدم وجود حقوق ضمانية منافسة، كما قد يخفض الحاجة الى الحصول على تأكيدات من أطراف ثالثة. غير أن نظام ايداع الاشعارات هذا غير موجود في نظم قانونية أخرى. وفي هذه النظم، يعتمد الممولون على اقرارات يقدمها المقترضون وعلى المعلومات المتوفرة لدى مؤسسات التمويل.

٥٣- وبالنظر الى ما ذكر أعلاه، قد ترغب اللجنة، لدى دراسة المسائل التي قد يجري تناولها في دليل تشريعي بشأن التمويل المضمون، أن تنظر في فوائد ومضار انشاء نظام عمومي لايداع الاشعارات المتعلقة بالحقوق الضمانية غير الحيازية، وبينما كانت هناك في الماضي عوائق لوجستية تحول دون انشاء نظام لايداع الاشعارات، يَسَّرَت نواحي التقدم التكنولوجي الأخيرة الى حد كبير انشاء نظام كهذا.

٥٤- وقد ترغب اللجنة أيضاً في النظر في عدد من الآثار المعينة المتصلة بانشاء نظام للاعلان عن وجود الحقوق الضمانية، كمسائل وقواعد الخصوصية المتعلقة بتحديد أولوية الحقوق الضمانية المتنازعة. فقد تستند الأولوية الى

نطاق منافع قوانين التمويل في ولاية قضائية معينة بحيث تشمل الدائنين غير المحليين والمحليين على حد سواء، على أساس عدم التمييز، سيساعد على تعزيز الوصول بصورة أكبر الى التمويل المضمون في تلك الولاية القضائية. ويمكن لأحكام كهذه أن تخفض بصورة اضافية تكاليف التمويل في تلك الولاية القضائية عن طريق تشجيع المنافسة ليس فيما بين الدائنين الذين تقع مقارهم في تلك الولاية القضائية المعينة فحسب بل أيضاً فيما بين الدائنين الذين تقع مقارهم خارجها. غير أن من الجدير بالملاحظة أن النظام الرقابي الخاص بالأنشطة المصرفية في ولايات قضائية عديدة يُخضع المؤسسات المالية لاشراف رقابي معين وقد يشتمل على متطلبات مثل الترخيص المسبق من قبل السلطات المعنية لكي تتمكن مؤسسات التمويل الأجنبية من العمل في تلك الولاية القضائية. ولا تعني الأحكام غير التمييزية من النوع المذكور أعلاه التدخل في النظام الرقابي الداخلي المتعلق بالأنشطة المصرفية في الولاية القضائية التي تنفذها.

باء- المسائل الخاصة بأولوية الحقوق الضمانية

١- أولوية الحق الضماني؛ انشاء نظام لايداع الاشعارات

٥١- لكي يتمكن دائن من تحقيق المستوى اللازم من اليقين الذي يحفز على العمل في مجال التمويل المضمون، لا يكفي أن يكون ذلك الدائن قادراً على مجرد الحصول على حق ضماني في الرهنية قابل للتنفيذ تجاه المدين باعتباره موضوع العقد. فلا بد للدائن من أن يستطيع أن يقدر، بدرجة كبيرة من اليقين، مدى ما لحقه الضماني من أولوية على الدائنين الآخرين ومن بقاء ذلك الحق نافذ المفعول في اجراءات الاعسار.

المعروضات يقدم الدائن القروض لتمويل حيازة المدين على المخزونات. وكثيرا ما تقدم هذه التسهيلات الى المدينين الذين يكونون تجار مواد كالسيارات أو الشاحنات أو غيرها من المركبات، والحواشيب والأدوات الاستهلاكية الكبيرة. وكثيرا ما يقوم الدائنون في هذه الترتيبات بتمويل هيئات لها صلة بالصانعين. وهناك نوع آخر شائع من أنواع تمويل ثمن الشراء يعرف باسم "تمويل أمر الشراء". وبموجب هذا النوع من التسهيلات، يقوم الدائن عادة بتوفير الأموال اللازمة لتمويل وفاء المدين بأوامر شراء معينة كثيرا ما تتضمن شراء المدين لبضائع لازمة لاتمام أوامر الشراء. وسيكون القرض مضمونا بواسطة أوامر الشراء والمخزونات المشتراة والمستحقات الناتجة عن ذلك. ومن المنافع الأخرى لتمويل ثمن الشراء بالنسبة الى المدينين كون هذا التمويل يخدم غرضا يشجع المنافسة من حيث انه يمكن المدين من اختيار دائنين مختلفين لتمويل عناصر مختلفة من منشأة المدين التجارية بأكفا طريقة وأكثرها نجاعة من حيث التكلفة.

٣- المطالبات التفضيلية الأخرى

٥٧- هناك مجموعة أخرى من المسائل التي ينبغي مراعاتها فيما يتعلق بوضع دليل تشريعي عن التمويل المضمون تكون له صلة بمعالجة المطالبات التفضيلية. ففي العديد من البلدان، هناك فئات مختلفة من الدائنين المفضلين الذين يمكن لحقوقهم الضمانية أن تحل في مرتبة أعلى من مرتبة الحقوق الضمانية للدائن المضمون. وكثيرا ما تكون لهذه المطالبات التفضيلية صلة بالضرائب غير المدفوعة والمطالبة المتصلة بالأجور، وقد تسبب عدم اليقين للدائنين المضمونين الى حد أنه لا يمكن التنبؤ بها ويمكن أن تحل في مرتبة أعلى من مرتبة الحقوق الضمانية لأحد الدائنين حتى وإن نشأت المطالبات

الوقت الذي يُنشأ فيه الحق الضماني، كما هي الحال في بعض الولايات القضائية، أو الى الوقت الذي أُعلن فيه عن الحق الضماني.

٢- الحقوق الضمانية مقابل ثمن الشراء

٥٥- سنت بعض الولايات القضائية قوانين تشجع مختلف أشكال "تمويل ثمن الشراء". ويشير هذا المصطلح الى ترتيب التمويل الذي يقوم بموجبه بائع البضائع أو غيرها من الممتلكات بتقديم قرض ائتماني الى مشتريها بغية تمكين ذلك المشتري من حيازة الممتلكات أو يقوم بموجبه دائن باقراض المشتري أموالا لتمكين ذلك المشتري من حيازة الممتلكات. وفي الحالتين، سيحصل البائع أو الدائن على حق ضماني في الممتلكات لكي يقوم بتقديم القرض الائتماني. وتنص مثل هذه القوانين عادة على أن الحق الضماني مقابل ثمن الشراء في الممتلكات يمكن أن تكون له، في بعض الظروف، الأولوية على الحقوق الضمانية الأخرى في الممتلكات ذاتها، مما يمكن الدائن من تقديم قروض ثمن الشراء دون أن يضطر الى التفاوض بشأن اتفاق تنازل مع دائني المدين المضمونين الآخرين، الذين قد يكون لديهم حق ضماني سابق مغاير في الممتلكات ذاتها، في كل مرة يقدم فيها دائن ثمن الشراء قرضا. وبغية حصول دائني ثمن الشراء على ذلك الحق الضماني، كثيرا ما يطلب من هؤلاء الدائنين توجيه اشعار الى دائني المدين المضمونين الآخرين لكي لا يقوم هؤلاء الدائنون المضمونون الآخرون بتقديم قروض تُحمّل على الممتلكات موضوع الحقوق الضمانية مقابل ثمن الشراء.

٥٦- وقد رئي أن تمويل ثمن الشراء يمثل شكلا فعالا ومفيدا من أشكال التمويل للمدينين كما يشجع على التنافس فيما بين الدائنين. ويطلق على أحد أنواع تمويل ثمن الشراء اسم "تمويل المعروضات". وبموجب تسهيلات تمويل

تقديم القروض الائتمانية في أي بلد من البلدان على كفاءة النظام القضائي الوطني وتوفير الأشكال الفعالة من التنفيذ القضائي للحقوق الضمانية.

٦١- وبعض المسائل التي ينبغي النظر فيها بشأن وضع دليل تشريعي عن التمويل المضمون يتصل بقدرة الدائن على حيازة الرهنية لدى حدوث قصور من جانب المدين. غير أن المرء يتساءل، مثلاً، عن الظروف، إن وجدت، التي ينبغي أن يسمح فيها للدائن بحيازة الرهنية الخاصة به دون اللجوء إلى العملية القضائية (مسألة يشار إليها أحياناً باسم "المجهود الذاتي"). ويتساءل المرء أيضاً عما إذا كان ينبغي أن يسمح للدائن بالقيام بذلك طالما أنه لم يحدث اختلال بالنظام؛ وعما إذا كان ينبغي أن يسمح للدائن، بموجب تدبير وقائي مناسب، أن يستخدم الرهنية أو مباني المدين في ظروف معينة (كتحويل البضائع الجاري تجهيزها إلى بضائع جاهزة)؛ أو ما هو نوع إجراءات التصرف التي يسمح بها؛ أو ما إذا كان البيع العلني لازماً؛ أو ما إذا كان ينبغي السماح للدائن بالقيام ببيع الرهنية بيعاً خاصاً غير قضائي أو بالتصرف بالرهنية بشكل آخر. ويجب أن يكون هناك توازن بين حاجة الدائن إلى السيطرة بسرعة على الرهنية قبل استنفادها أو فقدانها لقيمتها السوقية ووضع تدابير وقائية لضمان توفير الحماية الكافية لحقوق المدين ودائني المدين الآخرين.^(٢١)

خامساً - ضمان موجودات معينة: الأوراق المالية الاستثمارية

٦٢- إن صوغ دليل للتشريع يتناول المعاملات المكفولة بضمان، عموماً، لا يلغي بالضرورة الحاجة إلى صوغ قواعد موحدة أخرى تعنى، بقدر أكبر من التحديد، بموجودات معينة، لأن الحلول المتعلقة بالصفقات المكفولة بضمان عموماً قد لا تكون مناسبة لحل جميع المشاكل المعنية المتصلة

بعد الوقت الذي يحصل فيه الدائن على الحق الضماني ويعلمه.

٥٨- وبغية تجنب تثبيط توافر التمويل المضمون، قد يُعتبر أن المطالبات التفضيلية ينبغي أن لا تقدم إلا إلى الحد الذي لا توجد فيه أي وسيلة فعالة أخرى للوفاء بالهدف الأساسي للمطالبات التفضيلية. وإلى الحد الذي تُنشأ فيه المطالبات التفضيلية، ينبغي أن تكون القوانين التي تُنشئها واضحة وضوحاً يكفي لتمكين الدائن المضمون من احتساب المبلغ المحتمل للمطالبات التفضيلية والاحتياط لمثل هذا المبلغ.

٥٩- ويمكن لدليل تشريعي بشأن التمويل المضمون أن يتناول مسألة المطالبات التفضيلية بعدد من الطرق المختلفة. وتتمثل إحدى الطرق باعتماد النهج الذي اتخذ في مشروع اتفاقية الأونسيترال بشأن إحالة المستحقات التي تعتمد على قانون الولاية القضائية المعينة لتحديد طبيعة ومدى المطالبات التفضيلية. وتتمثل الطريقة الأخرى بإنشاء نظام يكفل الإعلان عن المطالبات التفضيلية.

جيم - المسائل الخاصة بتنفيذ الحقوق الضمانية

٦٠- تضعف قيمة الحق الضماني إلى حد كبير إذا كان الدائن غير قادر على تنفيذه بشكل يمكن التنبؤ به بصورة معقولة وفي الوقت المناسب وبدون أن يضطر إلى تكبد تكاليف باهظة. فعندما يقوم الدائنون بتقدير مخاطر تقديم القروض المضمونة إلى المدينين في بلد من البلدان، يستعرضون عادة بعناية إمكانية الاعتماد على الإجراءات القائمة المتعلقة بتنفيذ الحقوق الضمانية وكفاءة تلك الإجراءات. وتنص قوانين بعض البلدان على إجراءات غير قضائية لتنفيذ الحقوق الضمانية في أنواع معينة من الرهنيات، بينما يلزم في بلدان عديدة اللجوء إلى الإجراءات القضائية. وفي الحالة الأخيرة، سيعتمد الخطر المتوخى من

الحالات. وحيثما حدث ذلك، ولأن المستند الذي يجسد الحق أو يثبتته قد اختفى، أصبح الحق المجرد نفسه هو موضوع الأوراق المالية. ولذلك انتقل التركيز من المستند القابل للتسويق الى قابلية الحق للتسويق.

ألف - التطورات الاقتصادية والتقنية الأخيرة

٦٥- إن الصعوبات التي يعاني منها الآن النظام القانوني للأوراق المالية ويعاني منها كذلك انشاء الحقوق الضمانية فيها ترجع أساسا الى التطورات الاقتصادية والتقنية التي حدثت في الآونة الأخيرة.

٦٦- ويستطيع المرء أن يميز بين الأسباب الرئيسية والأسباب الثانوية. ومن الأهم الأسباب الرئيسية الزيادة الكبيرة في كمية رأس المال الذي يجمع في السوق باصدار الأوراق المالية الاستثمارية؛ والازدياد الهائل في عدد المشاركين في السوق مشاركة مباشرة أو غير مباشرة، نتيجة للتوسع العام في الثروة، وللسياسات الموجهة صوب تحقيق "رأسمالية للجميع"، ونتيجة لتيسير النفاذ الى السوق؛ وتدويل وعولمة أسواق الأوراق المالية عموما، نتيجة للرغبة في البحث عن أكثر الأسواق الوطنية ربحا وتوزيع الخسائر، الأمر الذي مكن المشاركين في السوق من اقتناء أوراق مالية صادرة في بلدان مختلفة والاتجار فيها ورهنها ونقل الاستثمارات من بلد الى آخر.

٦٧- ومن بين الأسباب الثانوية ذات الصلة، يتمثل السبب الأول في ازدياد كمية شهادات الأوراق المالية الاستثمارية المتجر فيها وازدياد تكاليف تخزين الشهادات، وحراستها، وتأمينها، واعداد حساباتها، ونقلها. وقد جرت محاولات لمعالجة "أزمة تضخم الاجراءات الورقية" هذه، بغية الاقتصاد في التكاليف وزيادة القابلية للتسويق بتعجيل تسوية الصفقات في بورصات الأوراق المالية. وتمثلت الخطوات

بأخذ حقوق ضمانية في موجودات معينة. وعليه يمكن أن يخلص المرء الى أن القواعد العامة ينبغي أن تعتبر، بالأحرى، قواعد احتياطية بشأن التقصير، تنطبق عندما لا توفر القواعد الخاصة بموجودات معينة أي حل. وقد اعتبرت اللجنة، في دورتها الثالثة والثلاثين، أن الأوراق المالية هي إحدى الموجودات التي قد تتطلب حلولاً تتعلق بموجودات معينة.^(٢٢)

٦٣- و"الأوراق المالية" أو "الأوراق المالية الاستثمارية" هي فئة اقتصادية وليست فئة قانونية، وهي تفهم بطرائق مختلفة في بلدان مختلفة. ولأغراض هذه الورقة، ستكون الإشارة الى بعض الفئات الرئيسية من الأوراق المالية، على سبيل المثال لا الحصر، وهي: السندات (مستند قابل للتسويق يجسد أو يثبت ديناً نقدياً على المصدر)؛ والأسهم (مستند قابل للتسويق يجسد أو يثبت حق عضوية في شركة)؛ وايصالات الودعاء (مستند قابل للتسويق يمثل أو يثبت أسهماً أو سندات صادرة في بلد آخر)؛ وشهادات المشاركة (مستند قابل للتسويق يجسد أو يثبت الحق في المشاركة في أرباح شركة وايرادات تصفيتها)؛ وخيارات الاقتناء (مستند قابل للتسويق يجسد أو يثبت حق خيار في اقتناء سندات أو أسهم أو مبالغ مالية)؛ وشهادات الاستثمار (مستند قابل للتسويق يجسد أو يثبت المشاركة في صندوق استثماري)؛ وجميع المستندات الأخرى القابلة للتسويق والمماثلة للفئات السابقة من الأوراق المالية؛ والحقوق في رأسمال الشركات المملوكة ملكية خصوصية؛ والمشاركات في القروض.

٦٤- والقاسم المشترك بين الفئات المذكورة أعلاه هو قابليتها للتسويق. غير أنه، نتيجة للتطورات الأخيرة المشار إليها أدناه، ضعف الطابع المستندي للفئات المذكورة أعلاه من الأوراق المالية، ان لم يكن، قد اختفى كلية في بعض

الأوراق المالية ونقل ملكيتها أن تيسر، إصدار شهادات الأوراق المالية ونقلها، بل حتى أن تحل إصدارها ونقلها.

باء- التبعات القانونية للتطورات الأخيرة

٧٠- من أجل تقدير تبعات التطورات الاقتصادية والتكنولوجية الأخيرة على النظام القانوني للأمن وعلى الحقوق الامتلاكية الأخرى في الأوراق المالية الاستثمارية، يلزم أولاً أن يبين في ايجاز الدور القانوني للشهادات (انظر الفقرات ٧١-٧٤). وبعد ذلك سنبين النتائج المترتبة على القيود الموضوعة على دور الشهادات (انظر الفقرات ٧٥-٩١) وأخيراً آثار الغاء الشهادات كلية (الفقرات ٩٢-١١٠).

١- الشهادات بصفتها مستندات اثبات أو مستندات ملكية

٧١- بما أن القابلية للتسويق هي خاصية محددة للأوراق المالية، فيجب أن تولي القوانين المحلية وكذلك أي أنظمة دولية، عناية خاصة لتيسير قابلية الأوراق المالية للتسويق. وحتى قبل نحو ٤٠ عاماً، كانت قابلية الأوراق المالية للتسويق تحقق بصفة عامة بإصدار شهادات تجسد، أو على الأقل، تثبت، الحقوق الامتلاكية المرتبطة بالأوراق المالية. وعموماً تفرق هذه القواعد التقليدية بين الأوراق المالية لحاملها والأوراق المالية الاسمية.

٧٢- وفي معظم البلدان تنسب أعلى درجة من القابلية للتداول إلى شهادات الأوراق المالية لحاملها، مثل السندات لحاملها أو الأسهم لحاملها، ولأوراق المالية الاسمية المظهرة على بياض. فالحق الذي يجسده الصك ينشأ بإصدار الصك؛ ويجري نقل ذلك الحق بتسليم الشهادة إلى المحال إليه؛ ويتوقف وجود الحق على وجود الشهادة. ورهنا بالأنظمة

الأولى، المتخذة منذ العشرينات، في تطوير نظم للحيازة غير المباشرة، حيث يحتفظ بنك المستثمر بشهادات الأوراق المالية الاستثمارية.

٦٨- والسبب الثانوي الآخر ناجم عن تدويل وعولمة أسواق الأوراق المالية عموماً، الذي أصبح بسببه نظم الحيازة غير المباشرة أكثر ضرورة عندما يكون محل إقامة المصدر في بلد غير بلد المستثمر، لأن نقل تلك الشهادات إلى وطن المستثمر نقلاً مادياً من شأنه أن يكون محفوفاً بالمخاطرة وعالي التكلفة. وفضلاً عن ذلك، تكون عمليات النقل هذه غير عملية بوجه خاص إذا لم تكن توجد سوق قوية إلا في وطن المصدر، ما عدا في الحالة (الأقل تواتراً) التي تقبل فيها الأوراق المالية الأجنبية وتسجل رسمياً في بورصة في بلد المستثمر أيضاً. وكان هناك بديل، طور بصفة خاصة في الولايات المتحدة هو إصدار ايصالات وديع محلية في ذلك البلد بصفة ايصالات وديع أمريكية. وتجسد تلك الايصالات أو تثبت التزاماً من جانب المصدر بتسليم أسهم الشركة الأجنبية التي صدرت عنها ايصالات الوديعة؛ وبذلك يتاح الاتجار المحلي غير المباشر في الأسهم التي تمثلها تلك الايصالات.

٦٩- ويستطيع أي نظام كهذا للحيازة غير المباشرة لشهادات الأوراق المالية أن يساعد على تيسير عنصر واحد فقط، وإن كان هاماً، من عناصر أزمة تضخم الاجراءات الورقية، وهو عبء نقل الشهادات. ولا يمكن توقع علاج حقيقي إلا من التدابير التي تهدف إلى احداث تخفيض حاسم في كمية شهادات الأوراق المالية، وهذا يجب أن يتحقق، وقد تحقق بالفعل، على الصعيد القانوني (انظر الفقرات ٧٠-٧٤). وقد ساعدت وستساعد مساعدة كبيرة في إجراء اصلاح جذري في ذلك المجال التطورات التكنولوجية القرية العهد للغاية. وعلى وجه الخصوص، يمكن لحوسبة حيازة

ذلك باستحداث تقنيات جديدة لايداع الأوراق المالية ونقل ملكيتها، الأمر الذي يحد في الواقع من أهمية الشهادات، ولكن دون الغائها. وأهم تقنيتين استحدثتا في العديد من البلدان هما تعطيل تداول شهادات الأوراق المالية، من ناحية، وإصدار شهادات اجمالية (دائمة)، من الناحية الأخرى (يرد أدناه في الفقرات ٨٤-٩١ ملخص للآثار القانونية لهاتين التقنيتين). وكانت الخطوة الأولى التي اتخذت في كثير من الأحيان غير كافية لتخفيض عدد الشهادات الصادرة، ولكنها حققت نتيجة عملية بتعطيل تداول الكميات الكبيرة الموجودة من الشهادات والاستعاضة عنها بأداة أخرى. وقد تحقق ذلك، ولا يزال يتحقق، إما طوعاً باقناع المستثمرين (بمنحهم أسعاراً مؤقتة) أو اجبارياً بالزام المستثمرين بأن يعهدوا بشهاداتهم إلى مصارف أو سمسرة لأجل ضمها إلى ودائع جماعية تحتفظ بها مؤسسة متخصصة تقوم حصراً بدور وديع مركزي. وقد أنشئ مثل هذه المؤسسات الوديعية الجماعية المركزية (أو اللامركزية)، على سبيل المثال لا الحصر، في كل من الأرجنتين وألمانيا وإيطاليا والبرازيل وسنغافورة وفرنسا وكندا والمكسيك وهولندا والولايات المتحدة واليابان. وسنت تشريعات خاصة شاملة في بلدان منها إيطاليا (١٩٨٦) وهولندا (١٩٧٧) واليابان (١٩٨٤).

٧٦- وكثيراً ما يزداد هذا النظام الأساسي ذو الطبقتين - المصرف أو السمسار في الطبقة الدنيا، والوديع المركزي في الطبقة العليا - باضافة طبقة أو طبقتين أخريين. فمثلاً لا يحتفظ الوديع المركزي بجميع الشهادات بالفعل بل قد يفوض تلك المهمة لوكلاء متخصصين. وفي الممارسة العملية يحدث ذلك بانتظام فيما يتعلق بالأوراق المالية ذات المصدر الأجنبي (كما سبق بيانه؛ انظر الفقرة ٦٨). وفي العادة يحتفظ بالشهادات الخاصة بتلك الأوراق المالية في البلدان التي صدرت منها، استناداً إلى ترتيبات مختلفة بين الوديع

الوطنية المختلفة، يمكن أن تعامل الشهادات لحاملها معاملة الأموال النقدية. وبما أن الشهادة بصفتها مستند ملكية هي الاثبات الوحيد والحصري، فيجب إبراز الشهادة إذا كان الحائز يعتزم ممارسة أي من الحقوق التي يجسدها الصك، مثل تحصيل الأرباح الموزعة أو تحصيل الفوائد أو التصويت بصفة حامل أسهم.

٧٣- وعلى النقيض من ذلك، فإن شهادات الأوراق المالية الاستثمارية التي لا وظيفة لها سوى إثبات الحق ليست لها أي قابلية للتداول. ففي هذه الحالات لا ينشأ الحق بإصدار الشهادة بل ينشأ بتصرفات تحدث خارج نطاق المستند، مثل تسجيل حامل الأسهم في سجل الشركة أو تسجيل مالك السندات في دفاتر المصدر. وتتطلب عمليات نقل الملكية شطب تسجيل المالك السابق وتسجيل المالك الجديد، وهذه القيود لا تجرى عادة إلا لدى إبراز الشهادة وتعديلها أو إصدار شهادة جديدة. والقيمة الإثباتية لشهادات الأوراق المالية الاسمية قابلة للطعن، لأن السجل يعلو، من حيث المبدأ، على الشهادة.

٧٤- والأهمية النسبية لشهادات الأوراق المالية الاستثمارية لحاملها وشهادات الأوراق المالية الاستثمارية الاسمية تختلف من بلد إلى آخر. وكثير ما يفضل المستثمرون الشهادات لحاملها باعتبارها بياناً مشهوداً لموجوداتهم الاستثمارية؛ وفي بعض البلدان تصر سلطات الضرائب على الأوراق المالية الاسمية وذلك بغية مكافحة التهرب من الضريبة، وهناك تقاليد متباينة تركت آثارها في هذا المجال

٢- تقييد دور الشهادات

٧٥- من أجل التغلب على أزمة تضخم الاجراءات الورقية (انظر أعلاه الفقرة ٦٧)، جرى تضيق الدور الأصلي للشهادات تضيقاً متزايداً. وكخطوة أولى، تحقق

٧٩- وفيما يتعلق بممارسة الحقوق النقدية المحسدة في شهادات الأوراق المالية، مثل تحصيل الأرباح الموزعة أو الفوائد، يتعين التمييز بين ما ان كانت الشهادات المعنية هي شهادات لحاملها أم شهادات اسمية. ففي حالة الشهادات لحاملها، يبلغ الوسيط المصدر بالاستحقاق الجماعي لكل زبائنهم المودعين، ويتلقون الدفعة الشاملة، ويوزعونها على زبائنهم المستثمرين كلا على حدة وفقا لاستحقاقات كل منهم. وفي حالة الشهادات الاسمية، يمكن أن تسجل هذه الشهادات لدى المصدر لكل مستثمر على حدة؛ وبدلاً من ذلك يمكن أن يكون قد اتفق على تسجيل جماعي إما لكل وسيط على حدة أو لمؤسسة ثالثة محايدة ما.

٨٠- أما ممارسة حقوق التصويت فإنه أكثر فردية، لأنه يطلب إلى كل حامل أسهم يختار عدم حضور اجتماع الأعضاء أن يسجل صوته فردياً وكتابة.

٨١- وما له صلة بالموضوع في هذا السياق هو أنه لا يلزم نقل الشهادات أو إبرازها في أي من هذه الحالات المتعلقة بممارسة ما تخوله الأوراق المالية لحائزها من حقوق متصلة أو ممارسة الحق في التصرف في الأوراق المالية. وتجري ممارسة الحقوق المحسدة في الأوراق المالية على أساس قيود دفترية على المستويين الاثنين أو المستويات المتعددة التي تمسك فيها الحسابات. ويصدق الشيء نفسه على عمليات ايداع الأوراق المالية. وبذلك فإن تعطيل تداول الشهادات يعني أن إبراز الشهادات ونقل ملكيتها يستعاض عنهما بقيود دفترية مناظرة. ومع ذلك فهذه القيود الدفترية مدعومة، في نهاية المطاف، بكميات مناظرة من الشهادات.

٨٢- ومن الناحية التقنية، يمكن التقدم خطوة كبيرة إلى الأمام بعدم اصدار أي شهادات منفردة عن الأوراق المالية. ويستعاض عن تلك الشهادات باصدار شهادة دائمة اجمالية واحدة تجسد أو تثبت الاصدار كله، أي العدد الاجمالي

المركزي في بلد المستثمر وودعاء (مركزيين أو غير مركزيين) في بلدان الاصدار المختلفة. وبدلاً من ذلك يمكن ايداع الأوراق المالية الأجنبية لدى ودعاء دوليين متخصصين.

٧٧- ومهما كان عدد الطبقات التي يحتوي عليها النظام، فإن الآثار القانونية الأساسية لجميع عمليات ايداع الجماعية هي نفس الآثار من حيث الجوهر. ويمكن تلخيص تلك الآثار فيما يلي: أن الشهادات المحددة التي يودعها المستثمر وتدمج في وديعة جماعية لا تعود مخصصة لمودعيها. وإذا كان يسمح على الاطلاق باعادة تسليم شهادات محددة، وبقدر ما يسمح بذلك، يكون كل مودع مستحقاً فقط لطلب اعادة تسليم نفس العدد (في حالة الأسهم) أو نفس المبلغ (في حالة السندات) من نوع شهادات الأوراق المالية الذي قام بايداعه أصلاً. وفي مقابل ذلك، ففي حالة أي تصرف آخر، مثلاً البيع أو الرهن، يجري التصرف في نفس العدد أو نفس المبلغ من نوع الأوراق المالية المودعة.

٧٨- وتتم الادارة، بما فيها ما يلزم من مسك الدفاتر، على مستويين. فأنواع ومبالغ الأوراق المالية التي يودعها المستثمرون كل منهم على حدة تدون في دفاتر المصرف أو السمسار أو غيرهما من الوكلاء الذي يتعامل معه المستثمر. وهؤلاء الوسطاء، بدورهم، هم أعضاء في جهة وديعة مركزية ويسلمونها جميع شهادات الأوراق المالية الواردة من زبائنهم. وتدرج باسم كل من الوسطاء في دفاتر الجهة الوديعة الجماعية أنواع وأعداد الشهادات المسلمة جماعياً من كل منهم. ولذلك لا يستطيع سوى الوسطاء التصرف، بناء على تعليمات زبائنهم، في الأوراق المالية المدرجة باسم الوسيط في دفاتر الجهة الوديعة المركزية. وينطبق ذلك، مثلاً، على البيوع أو رهون الوفاء التي يأمر بها الزبائن.

سلسلة الوسطاء. ويبدو أن معظم البلدان يتصدى لتلك المخاطرة بتأكيد أنه بدلا من الملكية الحصرية للأوراق المالية التي صدرت بها الشهادات، كما كان يحدث سابقا، حصل المستثمر على سهم ملكية مشتركة في صندوق شهادات جماعي أو في الشهادة الاجمالية المودعة لدى الجهة الوديعة المركزية. وعليه فان شهادات الأوراق المالية المعطل تداولها أو الشهادات الاجمالية لا تزال هي الأساس الذي يُستمد منه حق امتلاكه عبر جميع الطبقات وصولا الى الزبون المستثمر. غير أنه، في بلدان القانون المدني التي يقتضي فيها نقل الملكية نقل الحيازة أيضا، يُرى أن هناك صعوبات في تنفيذ عمليات النقل هذه عبر سلسلة الوسطاء.

٨٦- وفضلا عن ذلك، تبدى شكوك فيما ان كانت القواعد المتعلقة بنقل الملكية، والمقصود بها نقل ملكية الممتلكات المنقولة الملموسة تطبق على الاطلاق، وذلك لأن المستثمر له الآن حق غير ملموس ومن الصعب تصور حيازة شيء غير ملموس. ولذلك تتزايد المطالبة بتوضيح قانوني، لأجل تبديد أي شكوك بشأن الوضعية القانونية وحماية جميع المشاركين في النظم الطبقية العصرية لحيازة الأوراق المالية.

٨٧- وتتصل اتصالا وثيقا بالمسألة السابقة المتعلقة بحماية المستثمر بصفته حائز أوراق مالية مسألة حماية المستثمر باعتباره مشتريا أو بائعا. فكيف يجري تأمين موقفه قانونيا في عمليات نقل ملكية الأوراق المالية؟ وعلى وجه الخصوص، كيف تتسنى حماية الحقوق المبنية على نقل الحيازة في نظام تُنقل فيه حقوق غير ملموسة وغير قابلة للحيازة؟

٨٨- ويتعلق جانب ثالث على نحو وثيق بحماية دائني المستثمر المكفولين بضمانات. ويجب أن يشدد على أن أخذ حق ضمان في الأوراق المالية الاستثمارية يؤدي دورا هاما في الممارسة العملية، لأن الأوراق المالية هي نوع مثالي من

للأسهم "الصادرة" أو المبلغ الاجمالي للسندات الصادرة. واذا اتخذت هذه الخطوة (التي قد تتطلب أساسا قانونيا ما، مثل حق الشركة في عدم اصدار شهادات أسهم فردية)، فسوف تقتصد النفقات الكبيرة للغاية المترتبة على طباعة الشهادات الفردية وتخزينها وحراستها ونقلها وتأمينها.

٨٣- ولا تختلف آثار نظام الأوراق المالية المستند الى الشهادات الاجمالية اختلافا جوهريا عن آثار نظام الشهادات المعطل تداولها. وهذا يوضح السبب في أن النظامين كثيرا ما يوجدان جنبا الى جنب. وبعبارة مبسطة الى حد ما، يمكن أن يقول المرء أن اصدار شهادة اجمالية يؤدي الى نفس نتائج تعطيل تداول الشهادات الفردية، باستثناء أن تلك النتائج تنشأ منذ البداية، أي لدى اصدار الشهادة الاجمالية، وليس بعد ايداع الشهادات الفردية. وعليه ففي النظام الأساسي ذي الطبقتين تشارك المصارف أو السماسرة مشاركة مباشرة وبالتناسب في الحقوق المجسدة في السهم الاجمالي أو التي يثبتها السهم الاجمالي، ويشارك الزبائن في تلك الحقوق مشاركة غير مباشرة عبر وسطاءهم.

٣- النتائج القانونية لتقييد دور الشهادات

٨٤- إن التطور الرئيسي الذي لوحظ هو أن المستثمر فقد صلتته المباشرة بمصدر أوراقه المالية. ولم يعد المستثمر يحتاز احتيازا مباشرا الأوراق المالية لحاملها التي من شأنها أن تمكن المستثمر من التمسك بالحقوق المجسدة في تلك الشهادات تجاه المصدر. وكثيرا ما يصدق الشيء نفسه على الأوراق المالية، بشرط يتحقق في كثير من الأحيان وهو أن الحائز الفرد للسهم أو للسند لم يعد يُسجل من جانب المصدر بل يُسجل من جانب مصرفه أو سمساره فقط.

٨٥- ويؤدي تدخل هؤلاء الوسطاء وغيرهم الى نشوء مخاطر جديدة، وخصوصا في حالة اعسار أي عضو في

شهادة. غير أن تلك الخطوة الصغيرة لها آثار قانونية بعيدة المدى.

٩٣- وقرار عدم اصدار أي شهادة يمكن أن يتخذه طوعيا مصدرو الشهادات، كل منهم على حدة، شريطة أن تكون لهم صلاحية اتخاذ ذلك القرار. وبدلا من ذلك، يمكن أن يفرض التشريع الغاء الشهادات فيما يتعلق بجميع الأوراق المالية الاستثمارية. ومن البلدان التي اختارت البديل الأول اسبانيا (١٩٨٨/١٩٩٢) وبلجيكا (١٩٩٥) والولايات المتحدة (١٩٧٧) والهند (١٩٩٦). وبالنسبة للمديونيات العمومية، استُحدث في وقت سابق نظام لازالة الطابع المادي للشهادات، حيث تحتفظ بمرفق التسجيل المركزي عادة مؤسسة تشرف عليها وزارة المالية. وقد صدرت أوامر بتطبيق ازالة الطابع المادي للشهادات في ايطاليا (١٩٩٨) والداغرك (١٩٨٠/١٩٨٢) وسنغافورة (١٩٩٣) والسويد (١٩٨٩) وفرنسا (١٩٨٢/١٩٨٣) والنرويج (١٩٨٥)، على سبيل المثال لا الحصر.

٩٤- وسواء في حالة اختيار النهج الطوعي أم النهج الاجباري، يلزم اخضاع نظام ازالة الطابع المادي للأوراق المالية الاستثمارية الى تنظيم قانوني، وقد تم ذلك في جميع البلدان المذكورة آنفا. وفي سياق هذا التقرير، لا يلزم تقديم عرض مقارنة لتلك التشريعات. ويكفي أن نذكر أهم المسائل التي يتناولها مختلف القوانين والمراسيم.

٩٥- فمن الناحية المؤسسية، اعتمد النظام ذو الطبقتين، المبين أعلاه في ايجاز (الفقرتان ٧٥ و٧٦)، للنظم التي تقيد دور الشهادات. وبالطبع فانه في السياق الراهن لم يعد الوسطاء الذين في الطبقة الدنيا، أي المصارف والسماسرة، يؤدون دور ودعاء جماعيين، كما أن المؤسسة المركزية، في الطبقة العليا، لا تتصرف باعتبارها جهة وديعة مركزية. وبدلا من ذلك فان دور جميع تلك المؤسسات محصور في

الضمانات الرهنية: فهي من السهل الحصول عليها، ويمكن انشاؤها بسهولة، ويسهل بيعها وانفاذ الحق عليها.

٨٩- وتنشأ هنا ثلاثة أسئلة. فأولا: هل يمكن الحصول سريعا على حق ضماني يعول عليه في الأوراق المالية للمدين؟ وثانيا: هل الدائن المكفول بضمان محمي حماية كافية مما للأطراف الثالثة من حقوق منافسة؟ وأخيرا: هل القواعد المتعلقة بانفاذ الحق الضماني متماشية مع الصفات الخاصة التي تتميز بها رهنية شديدة القابلية للتسويق؟

٩٠- وبالنظر الى عوامة أسواق الأوراق المالية وأيضا عوامة كميات الأوراق المالية المحازة للمستثمرين المنفردين، فان انهاء التشديد على الشهادات يطرح مشكلة هامة تتعلق بالقانون الواجب تطبيقه. فالشهادات المنفردة الخاصة بالأوراق المالية، والتي تجسد حقوق المستثمر، مثل الشهادات لحاملها، يجب أن تُعتبر ممتلكات ملموسة ولذلك تخضع لقانون الدولة التي تُوجد فيها (قانون موقع المال). وبالنسبة للأوراق المالية الاسمية، ولا سيما الأسهم الاسمية، فان انطباق ذلك الخضوع أو عدم انطباقه، ومدى انطباقه، يتوقف على القانون المنطبق على المصدر.

٩١- وبالنظر الى التقييد العصري لدور الشهادات، فقد أعرب عن شكوك خطيرة بشأن مدى كفاية القاعدة التقليدية المسلّم بها عموما وهي قانون موقع المال.

جيم- الغاء الشهادات

٩٢- في النظم القانونية التي اكتفي فيها بتقييد دور شهادات الأوراق المالية، تُتبع طريقتان: إما الحفاظ على الشهادات وتعطيل تداولها وإما اصدار شهادة إجمالية دائمة واحدة. ومن الناحية التقنية، توجد خطوة صغيرة واحدة فقط بين اصدار الشهادة الاجمالية الوحيدة وعدم اصدار أي

حالات اعسار الحائزين الوسيطين "الجدد"، أي مختلف أعضاء الطبقتين (أو الأكثر) من الوسطاء ومن الجهات الوديعية الجماعية المركزية. وهذه المخاطرة منخفضة جدا، من الناحية الاقتصادية، فيما يتعلق بالجهات الوديعية المركزية الوطنية المختلفة، من حيث ان وظائف تلك الجهات الوديعية تقصر في العادة حصرا على حفظ السجلات المركزية وكذلك، في اطار "نظم تقييد دور الشهادات" (انظر الفقرات ٧٥-٧٧)، على ايداع الشهادات المعطلة التداول أو الاجمالية. وعليه لا يكاد يوجد تعرض لخطر ائتماني. وينطبق الشيء نفسه، على الأرجح، على الشركات الوديعية المتخصصة. وتختلف المسألة تماما في حالة أعضاء الطبقة الدنيا، أي المصارف والسماصرة والمؤسسات المشابهة ذات الأغراض الأعمالية العامة؛ فوظيفة الوسيط المتمثلة في مسك الدفاتر للقيود المتعلقة بحقوق الزبائن في الودائع الجماعية هي وظيفة واحدة فقط (ورما كانت ذات أهمية ثانوية) من بين وظائف عديدة أخرى يؤديها. وقد جرى العرف على أن الحق في الممتلكات غير الملموسة يعتبر، بصفة عامة، حقا شخصيا فقط، ولذلك لا يتيح لصاحبه حماية لممتلكاته في حالة اعسار أي وسيط. وتمثل هذه النتيجة نكسة حاسمة الأهمية فيما يتعلق بالحماية الكاملة التي يتمتع بها المستثمر بصفته شريكا في الملكية بموجب القواعد التي تحكم الودائع الجماعية المستندة الى الشهادات المعطلة تداولها أو الى الشهادة الاجمالية الدائمة. ومن أجل تفادي هذا التقليل للحماية المتاحة للمستثمر فان القوانين الخاصة التي تحكم الأوراق المالية الاستثمارية المزال طابعها المادي ازالة تامة تنص عادة على أن وضعية المستثمر هي وضعية شريك في ملكية الأوراق المالية المدونة في الدفاتر بإسمه. ويشكل ضمان تلك الوضعية الامتلاكية عنصرا جوهريا في أي تنظيم عصري وطني أو دولي لحيازة الأوراق المالية التي لا تصدر بها شهادات، أو نقل ملكيتها أو رهنا.

وظيفة مسك الدفاتر - أي دفاتر المصارف/السماصرة فيما يتعلق بزبائنهم المستثمرين ودفاتر المؤسسة المركزية فيما يتعلق بالمصارف والسماصرة الأعضاء في تلك المؤسسة.

٩٦- ووظيفة القيود الدفترية هي نفس الوظيفة الموجودة في النظم التي تقيّد دور الشهادات. وتتوقف حيازة الأوراق المالية، ونقل ملكيتها، وكذلك رهنها، على ادخال قيود مناظرة في جميع طبقات النظام، ولكن أساسا في الطبقة الدنيا.

٩٧- وبالغاء التام لأي شهادات أوراق مالية، سقط أساس وصف حقوق الوسيط والمستثمر بأنها ملكية بالمشاركة إما للشهادات المثلية المودعة ايداعا جماعيا أو للشهادة الاجمالية الدائمة المودعة. ويصدق ذلك بوجه خاص على النظم القانونية التي تحصر الملكية في الممتلكات الملموسة القابلة للحيازة. وهناك العديد من الحجج التي تؤيد افتراض أن الحقوق التي تثبتها أو تؤسسها القيود الدفترية هي ممتلكات غير ملموسة ولذلك غير قابلة للحيازة.

٩٨- ووفقا لقواعد عامة يبدو أنها تتبع من حيث الجوهر في كل مكان، تكون التصرفات المتعلقة بملكية الممتلكات غير الملموسة، أي بصفة خاصة نقل الملكية وانشاء الحقوق الضمانية، خاضعة لقواعد خاصة بشأن الاحالة تختلف عن القواعد المناظرة المتعلقة بالتصرفات المتصلة بملكية الممتلكات المنقولة الملموسة. وهذه الاختلافات تؤثر في طريقة نقل الملكية لأن التسليم المادي مستحيل بديها. وفضلا عن ذلك فان هذه القواعد عموما لا توفر للشخص حسن النية الذي تنقل اليه الملكية حماية من العيوب التي تؤثر في حق ناقل الملكية في الممتلكات غير الملموسة أو حقه في التصرف فيها.

٩٩- بل الأهم من ذلك هو الدرجة المختلفة من الحماية التي تنالها الممتلكات غير الملموسة في حالة اعسار الحائز الوسيط للحق. وتعلق هذه المسألة بحماية المستثمر في

يقدمون القروض بضمان الأوراق المالية في أن يكون من حقهم إعادة رهن الأوراق المالية المرهونة. وتتعلق نقاط أخرى بالغاء شكيلات معينة معقدة وعالية التكلفة مطلوبة لإنشاء الرهن إنشاء صحيحا، وتتعلق على الخصوص بإيجاد نظام سهل وسريع للنفاد من جانب المرهون له، وهو نظام من الواضح أنه ينبغي، بالنظر الى وجود بورصات أوراق مالية تعمل بصورة جيدة، أن يكون أكثر تساهلا من النظام الخاص برهن الموجودات الأخرى.

١٠٤- وفي ذلك السياق، تنشأ مسألتان أخريان. فأولا لا بد أن يتساءل المرء مما ان كان من الممكن دمج أي نظام خاص برهن عصري مع النظم البديلة المكافئة له من الناحية القانونية أو الوظيفية. والبدائل القانونية هي عمليات نقل الملكية على سبيل الضمان؛ أما البدائل الوظيفية فتشمل اتفاقات البيع وإعادة الشراء ("repos")، التي تستعمل بتواتر كبير، ربما بسبب عدم وجود أشكال رهن عصرية وافية. غير أنه يبدو أن هذه المسألة لا يمكن ولا يلزم حلها في هذه المرحلة، بل يمكن تركها لكي تتناولها مداولات لاحقة.

١٠٥- وثمة مشكلة أخرى هي ما ان كان أي تنظيم لتطبيق معين للحقوق الضمانية لا يحل بالخطط - التي يمكن أن تكون أوسع - الرامية الى وضع قواعد عامة منسقة للحقوق الضمانية العصرية، تتناول جميع أنواع الموجودات. غير أنه يبدو أن الخصائص التي يتميز بها إنشاء وحماية وإنفاذ الحقوق الضمانية في الأوراق المالية الاستثمارية هي من القوة بحيث ان الاختلافات عن النظام العام يمكن تبريرها بالميزات الخاصة للضمان الرهني المعني.

١٠٦- وبالنظر الى عولمة أسواق الأوراق المالية عموما، وبالتالي عولمة الكميات التي يحتازها أيضا كبار المستثمرين المحترفين الرئيسيين وكذلك صغار المستثمرين الخصوصيين، توجد مسألة أخيرة ولكنها صعبة تتمثل في القانون المنطبق

١٠٠- و"اضفاء الطابع المادي" على حقوق المستثمر في الأوراق المالية الاستثمارية هو أيضا عنصر هام في تنظيم إنشاء الحقوق الضمانية في تلك الأوراق المالية وفي وضعية تلك الحقوق وحمايتها وإنفاذها. وفي ذلك الصدد، يوجد فارق هام بين نظم القانون العام ونظم القانون المدني: ففي حين أن الأخيرة تسمح برهن الممتلكات غير الملموسة، فإن القانون العام لا يسمح بذلك، بحجة أن الشرط المسبق الجوهري المتمثل في تسليم الممتلكات المنقولة المرهونة الى المرهون له لا يمكن إنفاذه في حالة الممتلكات غير الملموسة. وتستعيز دول القانون المدني عن التسليم بارسال اشعار الى المدين. وكبديل للرهن غير المسموح به، يسمح نظام القانون المدني بالاحالة (الضمانية) للممتلكات غير الملموسة. وتسمح بعض بلدان القانون المدني أيضا بهذا الشكل من أشكال الضمان القوي؛ وتعتبره أخرى التفافا على القواعد القانونية للرهن ولذلك لا تسمح بالاحالة لأجل الضمان.

١٠١- ومن الممكن معالجة المأزق الناشئ عن هذا الاختلاف الأساسي (والاختلاف الثانوي الإضافي) باضفاء الطابع المادي على الحق غير الملموس للمستثمر في الأوراق المالية. وعندئذ تصبح القواعد العادية الخاصة برهن الممتلكات المنقولة الملموسة منطبقة.

١٠٢- ويظل يلزم تكييف القيود الدفترية لكي تتلاءم مع النظام العام للقيود الدفترية للأوراق المالية الاستثمارية. غير أن ذلك يمكن أن يتحقق بالنص اما على حفظ حسابات خاصة بالرهون أو على تدوين ملاحظات خاصة بالرهون في الحساب الحالي للراهن.

١٠٣- وفي حين أن نظام الرهن متماسك نسبيا في جميع البلدان، فإنه توجد بالفعل فوارق معينة وينبغي تكييفها لتلائم المقتضيات الخاصة لحق ضمان فعال في الأوراق المالية. وهناك نقطة (ربما تكون خلافية) هي رغبة من

في ألمانيا؟ وفي صفقات الصرف، لا يعرف المشتري عادة هوية البائع أو مكانه. وتنشأ المشكلة نفسها إذا أُريد إنشاء حق ضماني، باستثناء أن الطرفين يعرف كل منهما هوية الآخر في هذه الحالة.

١٠٩- وبديهي أنه في حالة الغاء الشهادات الغاء تاما تصبح مسألة مكان الأوراق المالية مسألة غير ذات أهمية عملية.

١١٠- وقد اقترح بعض المؤلفين، واعتمد قليل من المشرّعين، بديلا هو القانون الذي يحكم القيد الدفترى. ويبدو ذلك البديل معقولا في العديد من الحالات التي يكون فيها الطرفان مقيمين في نفس البلد وتكون هوية كل منهما معروفة. بيد أنه لا يبدو أن هذه القاعدة تحدي في حالة التصرف عبر الحدودي، قيد دفترى حيث يلزم اجراء قيد دفترى في كل من البلدين، وذلك لأنه سيكون من الصعب البت فيما ان كان أحد القيدين الدفترين ينبغي أن يعلو على الآخر، وفي تلك الحالة فأى منهما.

دال- الأعمال الجارية المتعلقة بالحقوق الضمانية في الأوراق المالية

١١١- قيل ان عدم تنسيق القوانين واللوائح التنظيمية المتعلقة بالرهنيات يعوق نمو تقديم الضمانات في العديد من المناطق، ولا سيما أوروبا، وأن انعدام اليقين القانوني لا يزال شاغلا رئيسيا للمؤسسات التي تقدم الضمانات الرهنية للمعاملات في جميع أنحاء العالم.^(٢٣) وهذا هو السبب في أنه ليس من المستغرب أن هناك عدة مبادرات جارية ترمي الى ادخال تحسينات تشريعية على النظام القانوني للأوراق المالية. وتنقسم تلك الجهود الى نوعين: جهود تهدف الى توحيد القواعد الموضوعية وجهود تتعلق بتوحيد قواعد تنازع القوانين.

على الجوانب الامتلاكية لحيازة الأوراق المالية ونقل ملكيتها ورهونها.

١٠٧- ففي اطار النظام التقليدي للأوراق المالية التي تصدر بها شهادات وتحتاز حيازة فردية، كانت القاعدة العامة هي أن الجوانب المتعلقة بملكية الأوراق المالية يحكمها القانون المنطبق على المصدر، ما لم يكن ذلك القانون يشير - كما كان يفعل عادة بالنسبة الى الأوراق المالية لحاملها وما ينظرها - الى "قانون موقع المال" للشهادات. بيد أن التطورات الاقتصادية والقانونية الجديدة التي سبق بيانها في ايجاز (الفقرات ٦٥-٦٩ و ٧١-٧٤) تثير شكوكا بشأن ما ان كانت قاعدتنا تنازع القوانين الأساسيتان هاتان لا تزالان تنطبقان في الأحوال الراهنة.

١٠٨- وبالنظر الى الدور المحدود عموما الذي تؤديه الشهادات (انظر الفقرات ٧٥-٨٣) والغاؤها في نهاية المطاف في بلدان معينة، فان أقوى الشكوك يخص القاعدة الفرعية لتنازع القوانين والتي تشير الى قانون موقع المال للشهادات. فاذا كانت الغالبية العظمى من الشهادات أو كل الشهادات من إصدار واحد معطلة التداول ومودعة في مكان واحد، أو اذا كانت الشهادة الشاملة الوحيدة موجودة في مكان معين، هل ينبغي حقا أن يحكم قانون ذلك المكان - قانون موقع المال - الحقوق الامتلاكية لجميع المالكين، الذين ربما كانوا مقيمين في جميع أصقاع الأرض؟ فمثلا اذا اشترى شخص مقيم في اليابان أسهما في شركة ألمانية وكانت الأسهم مودعة مركزيا في ألمانيا: هل ينبغي أن تخضع للقانون الألماني مسألة ما ان كان المشتري يكتسب حق الملكية ومتى يكتسبه، على الرغم من أن خطوات نقل الملكية تتخذ في اليابان بواسطة قيود دفترية مناظرة يجريها مصرف البائع ومصرف المشتري في اليابان؟ وهل تختلف الحال اذا كان البائع مصرفا يابانيا في اليابان أم مصرفا ألمانيا

١١٥- ويجدر بالذكر أن توجيه الاتحاد الأوروبي المذكور أعلاه بشأن استخدام الضمانة الرهنية عبر الحدود يحتوي أيضا على قاعدة لتنازع القوانين تتعلق بالأوراق المالية الدفترية. فالمادة ١١ المقترحة تنص على أن أولوية وانفاذ أي حق ملكية في الأوراق المالية الدفترية أو مصلحة فيها يحكمهما قانون البلد الذي يحتفظ فيه بالحساب ذي الصلة.

١١٦- وكما هو مبين أعلاه (الفقرات ٦٥-٦٩) فقد تعرضت حيازة الأوراق المالية ونقل ملكيتها ورهنها الى تغيرات في العديد من البلدان في السنوات الثلاثين الأخيرة. ولم تضع قوانين مختلف البلدان تلك التطورات في الاعتبار الا بقدر محدود وبطرائق متباينة للغاية. وعموما فان معظم القواعد العامة للقانون الخاص لا تكفي اطلاقا لتلبية متطلبات مؤسسات الأوراق المالية في هذا العصر. وهذا الافتقار الى قواعد وطنية كافية وقواعد كافية للمعاملات عبر الحدودية يزيد التكلفة على جميع تلك المعاملات ويعوق التقدم الاقتصادي. وتشير البيانات بوضوح الى الحجم الكبير من الأموال التي يتعلق بها الأمر. وأخيرا، فان المبادرات الأخيرة التي اتخذتها مؤسسات الأوراق المالية تدعم الاستنتاجات الواردة أعلاه وتبرز الحاجة الى قانون أكثر عصريّة، على الصعيدين الوطني والدولي كليهما.

١١٧- ولدى البت فيما ان كان ينبغي الشروع في أعمال تتعلق بالحقوق الضمانية، تكون المسألة الأولى التي يُنظر فيها هي ما ان كان ينبغي عدم النظر في قواعد جديدة الا فيما يتعلق بانشاء وانفاذ الحقوق الضمانية في الأوراق المالية. غير أن الملاحظات الواردة أعلاه (الفقرات ٦٥-٦٩ و ٧٠-٧٤) توحى بأن جوانب قصور النظم القانونية لا تقتصر على انشاء وانفاذ الحقوق الضمانية. والأحرى أن نفس العوامل تؤثر أيضا في القواعد القانونية ذات الصلة، المتعلقة بحيازة الأوراق المالية ونقل ملكيتها.

١١٢- وقد نشرت لجنة الاتحادات الأوروبية في عام ٢٠٠٠ مشروعا أوليا لتوجيه بشأن استخدام الضمانة الرهنية عبر الحدود. غير أن المادة ١ من التوجيه توضح أنه لا يشمل سوى "الضمانة الرهنية المالي". ويتناول المشروع كلا من "الضمان" و "نقل حق الملكية". ومن حيث المضمون، يتناول المشروع في ايجاز انشاء الحقوق الضمانية؛ ويسمح باستخدام الضمانة الرهنية، ويتناول الانفاذ من جانب الدائن. ولا يُحظر الانفاذ اذا أصبح مقدم الضمانة الرهنية خاضعا لاجراءات اعسار؛ وهناك أيضا ترتيبات معينة لا تخضع لقواعد الاعسار التي تمس صحة المعاملات التي تبرم في فترة الاشتباه. وأخيرا، يقترح المشروع قاعدة بشأن تنازع القوانين فيما يتعلق بالأوراق المالية الدفترية؛ وتنطبق القاعدة دون اعتبار لما ان كان القانون الذي يشار اليه هو قانون دولة عضو.

١١٣- وفي أوائل أيار/مايو ٢٠٠٠ طلبت بعض الدول الأعضاء في مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص أن يضع المؤتمر في أحدىته تنازع القوانين المتعلقة بالأوراق المالية التي تُحاز عن طريق وسطاء. وكان الاقتراح الأصلي محصورا فقط في تناول مسائل تنازع القوانين التي تنشأ في سياق أخذ الأوراق المالية بصفة ضمانة رهنية. غير أنه أُشير لاحقا الى أنه سيبدو من غير المستصوب عدم توضيح مبادئ تنازع القوانين الا فيما يتعلق بنوع واحد من التصرفات؛ وليس هناك سبب يمنع الاتفاقية المقترحة من تناول جميع التصرفات في الأوراق المالية التي تحاز عن طريق وسطاء.

١١٤- وبعد المناقشة، قرر مؤتمر لاهاي جعل الموضوع الجديد جزءا من جدول أعمال المؤتمر الدبلوماسي القادم، الذي سيعقد في حزيران/يونيه ٢٠٠١. وتم انشاء فريق عامل. واقترح أن ترسي قاعدة التنازع التي ستصاغ معيار قانون "مكان الوسيط ذي الصلة".

سادساً- ضمان موجودات معينة: حقوق الملكية الفكرية

١٢٣- في جلستها الثالثة والثلاثين، حددت اللجنة حقوق الملكية الفكرية باعتبارها موضوعاً آخر يمكن الاضطلاع به مستقبلاً بأعمال تتعلق بأصول معينة في ميدان الحقوق الضمانية.^(٢٤)

١٢٤- ولأغراض المناقشة الحالية، تُفهم عبارة "حقوق الملكية الفكرية" بأنها تشمل حقوق التأليف والنشر وما يتصل بها من حقوق؛ والعلامات التجارية والأسماء التجارية والعلامات الأعمال المميّزة الأخرى؛ والاشارات الجغرافية؛ والتصميمات الصناعية؛ والبراءات؛ وتصميمات (طوبوغرافيات) الدوائر المدججة؛ والأسرار التجارية، وبصفة أعم المعلومات المكتومة.

١٢٥- وقد أدى تزايد قيمة تلك الحقوق وكونها تمثل مكوناً جوهرياً في قيمة الشركات الى اعتبارها موجودات يناسب استخدامها كضمانات.

١٢٦- ومن منظور قانوني، تنشأ صعوبات فيما يتعلق بأن قوانين الملكية الفكرية تركز عادة على نقل ملكية تلك الحقوق ولا تحتوي على قواعد محددة بشأن انشاء الحقوق الضمانية في تلك الحقوق. وتبعاً لذلك، فإن مهمة تطوير القواعد العامة المتعلقة بالحقوق الضمانية لتناسب حقوق الملكية الفردية تُترك عادة لقانون السوابق القضائية. ونتيجة لذلك، يوجد العديد من أوجه عدم اليقين بشأن القواعد الموضوعية التي تحكم ممارسة حق الملكية الفكرية طيلة مدة الضمان. وتتعلق أوجه عدم اليقين تلك، مثلاً، بإبرام اتفاقات التراخيص؛ ومعاملة المخالفات؛ وتمديد الضمان الى المنافع والإيرادات الناتجة عن الحق (مثل رسوم الامتياز)؛ وعواقب اعلان بطلان الحق أو بدء اجراءات اعسار فيما

١١٨- وتشكل هذه المسائل كلا متكاملًا مترابطًا. وتتوقف كل مسألة على الحل الذي يُتبع فيما يتعلق بالنظام الأساسي، أي الشكل القانوني لاحتياز المستثمرين ووسطائهم للأوراق المالية. وبما أن النظام القانوني لجميع تلك المسائل هو جزئياً غير يقيني وجزئياً غير مرض، فلن يكون من الحكمة تناول مسألة واحدة فقط منها.

١١٩- ومع ذلك فسيكون بالوسع تقييد الموضوع بالحقوق الضمانية في الأوراق المالية. ويدل على امكانية ذلك مثلاً، ورهنا بأجراء المزيد من التحليل للتفاصيل، وجود مشروع توجيه الاتحادات الأوروبية بشأن الضمان الرهني عبر الحدودي.

١٢٠- وثمة مسألة أخرى تتصل بتحديد نطاق الأعمال، وهي ما ان كانت أي مقترحات جديدة ينبغي أن تقتصر على النظم الدفترية "الخالصة"، حيث تكون جميع الشهادات قد ألغيت تماماً، أم أن تلك المقترحات ينبغي أن تشمل أيضاً النظم الخاصة بالأوراق المالية المعطل تداولها أو المستندة الى شهادة واحدة اجمالية. وربما يُفضل المنظور الأوسع. وكما تم ايضاحه، فإن نقطة الانفصال القانونية الحاسمة تحدث عندما تُسحب الشهادات من التداول وتُحفظ، بحيث يجب أن تحل محلها القيود الدفترية والبدائل المستندة اليها.

١٢١- وثمة مسألة مختلفة تتعلق بتحديد النطاق وهي ما ان كان الصك ينبغي أن يتناول الأحوال المحلية والأحوال الدولية على السواء أم ينبغي أن لا يتناول سوى الأحوال الدولية وحدها.

١٢٢- ووضع مجموعة من القواعد تتناول الحيازات والتصرفات المحلية وعبر الحدودية لا يزيل الحاجة الى التصدي لامكانية تنازع القوانين. وقد ينشأ ذلك التنازع كلما تعلق الأمر ببلد لم يعتمد القواعد التي ستوضع.

الرخصة على أدوات تكفل أن لا يستخدم المدين حق الملكية الفردية بطريقة تقلل من قيمة الحق الضماني، بحيث يعود بالضرر على موقف الدائن. ويمكن أن تؤدي هذه الصعوبات والمخاطر إلى انقاص جاذبية هذا النهج للدائنين، ولا سيما عندما لا يكونون على استعداد للمشاركة المباشرة في أعمال المدين.

١٣٠- ويسمح بعض بلدان القانون المدني بإنشاء حقوق ضمانية في حقوق الملكية الفكرية في إطار آلية لرهن الحقوق. وموجب رهن الحق، يكون للدائن الحق في إيرادات بيع ذلك الحق في حالة تقصير المدين.

١٣١- وتسمح بلدان أخرى باستخدام حقوق الملكية الفكرية كضمانات رهنية في إطار آليات قانونية مختلفة، يشار إليها عادة باسم الرهون "الثابتة" أو "العائمة". والخاصية الرئيسية التي تميز الرهن العائم عن الرهن الثابت هي أن الضمان لا يُعطى على موجود معين بل على مجموعة متغيرة من الموجودات يحق للمدين استخدامها أثناء عمله. ويمكن أن تشمل تلك الموجودات واحداً أو أكثر من حقوق الملكية الفكرية، وتظل تحت سيطرة المدين الكاملة طيلة مدة الضمان ويمكن أن تشمل، في جملة أمور، المعدات المصممة خصيصاً لإنتاج منتج مسجل أو مخزونات بضائع منه موسومة بوحدة أو أكثر من العلامات التجارية للمدين. وبما أن الاستغلال هو شرط جوهري لبقاء حقوق الملكية الفكرية كموجودات اقتصادية قيمة، فإن تلك الآلية تسمح بالحفاظ على تلك القيمة على الرغم من وجود حق ضماني. وفي حالة انفاذ الضمان، فإنه في إطار الرهن العائم لا يحق للدائن سوى الحصول على المبلغ الذي أُعطي عليه الضمان وذلك من إيرادات بيع موجودات المدين، ويشارك في توزيعها مع الدائنين الآخرين، المكفولين بضمانات أو غير المكفولين بضمانات.

يتعلق بالمدين بسبب حق الملكية الفكرية؛ ونطاق حرية الأطراف؛ والشكليات اللازمة لإنشاء الحق الضماني.

١٢٧- ويوجد مجال آخر لعدم اليقين يتعلق بالعلامات التجارية. فبعض القوانين ينص على أن العلامات التجارية لا يمكن نقلها منفصلة عن اسم الشهرة التجاري للمنشأة أو المنتج الذي تمثله تلك العلامات، وبغير ذلك تكون الاحالة باطلة. وبما أن انفاذ الضمان على العلامة التجارية من شأنه أن يتطلب إحالة العلامة التجارية والمنشأة الأعمال كليهما، فإن فاعلية الحق الضماني في العلامة التجارية تتطلب إنشاء حق - بالتزامن - في المنشأة الأعمال في مجملها.^(٢٥)

١٢٨- ويبدو أن هناك عقبات تنشأ أيضاً فيما يتعلق بتعيين حقوق الملكية الفكرية وتقييمها. فمن ناحية قد تنشأ تلك العقبات عندما لا يوجد مرفق لتسجيل أنواع معينة من حقوق الملكية الفكرية. ومن ناحية أخرى فحتى عندما يوجد مرفق لتسجيل يمكن أن يتضح أن التسجيل غير عملي ومكلف للأصناف التي يجري على الدوام تنقيحها والاستعاضة عنها بنماذج أحدث وأكثر تقدماً.

١٢٩- وتتمثل إحدى طرائق الاعتماد على حق الملكية الفكرية لغرض الحصول على التمويل، مع تفادي أوجه عدم اليقين المرتبطة بالحقوق الضمانية فيه، في نقل ملكية ذلك الحق إلى الدائن. ويحق للدائن، باعتباره حائز ملكية الحق، أن يعيد ترخيص الحق لاحقاً للمدين، الذي يستطيع أن يواصل ممارسته واستغلاله. ومن عيوب ذلك النهج أن الدائن، باعتباره حائز الحق، يخضع لجميع مقتضيات ائداع المستندات وغيرها من التصرفات اللازمة لضمان صون الحق، بصرف النظر عن مدى مشاركة ذلك الدائن في أعمال المدين. وفضلاً عن ذلك فإن الدائن ملزم أيضاً باتخاذ إجراءات ضد انتهاكات حق الملكية الفكرية. وقد ينشأ المزيد من الصعوبات فيما يتعلق بالحاجة إلى أن تنص

١٣٥- ويتوقع أن تزداد تلك الصعوبات فيما يتعلق بالأشكال الجديدة من الملكية الفكرية التي ربما تنشأ فيما يتصل بالاستخدام المتوسع للتجارة الالكترونية. وأهم مثال لذلك حتى الآن هو عناوين أسماء النطاقات (في الانترنت)، والتي لا تزال علاقتها بالعلامات التجارية التقليدية غير واضحة.

١٣٦- إن أوجه عدم اليقين الموضوعية والاجرائية بشأن النظام المنطبق على الحقوق الضمانية في حقوق الملكية الفكرية تؤثر في توافر الائتمان المرتبط بتلك الحقوق. ومن أجل تيسير استخدام حقوق الملكية الفكرية كضمانات رهنية، سيحتاج أصحاب حقوق الملكية الفكرية وكذلك الدائنون إلى المزيد من امكانية التنبؤ ومن اليقين القانوني.

سابعاً- مسائل القانون الدولي الخاص

ألف- نطاق قواعد تنازع القوانين في سياق توحيد القانون الموضوعي

١٣٧- من المفهوم عموماً أن توحيد القواعد الموضوعية ينبغي أن يُفضّل على توحيد قواعد تنازع القوانين.^(٢٧) ولا يعني هذا أن لا صلة لمسائل تنازع القوانين في سياق توحيد القانون الموضوعي. وحتى إذا ما أُريد تحقيق اتساق موضوعي واسع النطاق، فإن هناك حالات يبقى من الضروري فيها توفر التوجيه بشأن تنازع القوانين لأسباب مختلفة. فأولاً، بقدر ما يكون نفاذ مفعول الحقوق الضمانية، سواء فيما بين الطرفين أو تجاه أطراف ثالثة فحسب، معتمداً بمقتضى القانون الوطني على تسجيل الاشعار المتعلق بالحق في السجل العمومي أو على القيام بعمل اعلاني معادل، يطلب الدائنون المضمونون التوجيه بشأن اختيار القانون المناسب للمكان ذي الصلة (باستثناء انشاء مكتب

١٣٢- وعندما يُعطى حق ضماني في حق ملكية فكرية في شكل "رهن ثابت"، يُضمن ذلك الحق لصالح دائن معين، دون غيره. وتبعاً لذلك يكون من حق ذلك الدائن أن يحصل على أفضلية ازاء أي دائن آخر فيما يتعلق بالادارات الناشئة عن بيع حق الملكية الفكرية. غير أنه في اطار الرهن الثابت يُنقل الحق في الموجود المكفول بالضمان إلى الدائن، الذي تؤول اليه جميع لواحق الملكية القانونية. ويمكن أن تؤدي هذه الخاصية إلى نشوء عقبات مماثلة للعقبات التي تنشأ في اطار الحل المتمثل في الاحالة التامة المقرونة باعادة الترخيص للمدين متى ما كان الدائن غير راغب في الاشراف على استخدام واستغلال حق الملكية الفكرية.

١٣٣- وتنشأ صعوبة أخرى فيما يتعلق بما يسمى "القاعدة الاقليمية" لحقوق الملكية الفكرية، أي العلامات التجارية والبراءات المسجلة. ويشير هذا التعبير إلى قاعدة عامة وشاملة تكون بموجبها الحقوق الحصرية الناشئة عن التسجيل قاصرة على اقليم الدولة التي تم فيها تسجيل العلامة التجارية أو البراءة، ويحكمها قانون تلك الدولة.^(٢٨)

١٣٤- وتعني القاعدة الاقليمية أيضاً أن حقوق الملكية الفكرية تخضع لايداع المستندات وللتسجيل لدى السلطات الادارية القائمة داخل الولاية القضائية التي تُطلب فيها الحماية والانفاذ. ويتفاوت الأثر القانوني لتلك التسجيلات. ففي بعض النظم لا يُقصد بمعرفق التسجيل سوى أن يكون مجرد مصدر للمعلومات؛ وفي نظم أخرى يكون وجود حق الملكية الفكرية (أو أي نوع من الحقوق فيها، مثل الحق الضماني) مشروطاً بالتسجيل. وهذا الاختلاف في المعاملة يؤدي حتماً إلى اضافة المزيد من أوجه عدم اليقين ويزيد من صعوبة الاعتماد على حقوق الملكية الفكرية كوسيلة للحصول على التمويل.

هذا الشكليات المتعلقة بالحق الضماني الصحيح، والصحة الأساسية للحق، ووقت انشاء الحق، ونفاذ مفعول الحق تجاه أطراف ثالثة ومرتبته في الأولوية.

١٤٠- ويستند النهج البديل إلى التمييز بين النزاعات التي يشترك فيها الطرفان المباشرين في المعاملة والنزاعات التي تشترك فيها أطراف ثالثة، بدلا من التمييز بين الآثار التعاقدية والامتلاكية للمعاملة. وعلى أساس ذلك سيكون من الممكن تنظيم كل من الآثار التعاقدية والامتلاكية للمعاملة عن طريق قانون يجري اختياره بحرية عندما لا يشترك في النزاع الا الطرفان المباشرين.^(٢٩) ومن فائدة هذا النهج أنه يعزز حرية الأطراف. بيد أنه بقدر ما يتوقع الطرفان منذ البداية أن التصرف بالموجودات المضمونة وبيعها إلى طرف ثالث قد يكون ضروريا في حال تقصير المدين، قد لا يكون من الممكن الا بصعوبة حصر النزاعات المتعلقة بالامتلاكات في الطرفين المتعاقدين المباشرين فحسب.

١٤١- ويبدو أن الشكليات تسبب مشاكل خاصة فيما يتعلق بالامتلاكات المنقولة، ذلك أن العقد يكون عادة أيضا الوسيلة التي يمكن أن ينشأ الحق الضماني عن طريقها، بيد أن التقييد ببعض الشكليات التعاقدية (مثل الكتابة، أو "تاريخ معين" موثق، أو تسجيل مستند العقد) قد يكون شرطا مسبقا من أجل صحة الحق الضماني باعتباره حق ملكية بموجب قانون موقع الموجودات. ومن الناحية النظرية، فإن التمييز بين الآثار التعاقدية والامتلاكية يعني أن العقد قد يبقى قائما كعقد اذا كان صحيحا بموجب القانون أو القوانين التي تنطبق على الشكليات التعاقدية الصرفة (مما يؤدي إلى بقاء المدين مُلزما شخصا بنقل أو انشاء حق الملكية المتوقع في ذلك العقد). ومن جهة أخرى، اذا كان عدم التقييد بالشكليات التعاقدية المتعلقة بالاتفاقات الضمانية

دولي للتسجيل). وثانيا، لا يمثل قانون المعاملات المضمونة مجموعة قوانين قائمة بذاتها. فهو يتداخل مع مجموعة متنوعة من المجالات الأخرى، ولا سيما قانون العقود وقانون المدين/الدائن وقانون انفاذ الأحكام، وقانون حماية المستهلك، وقوانين الشركات والافلاس والاعسار. ولا يمكن لنظام موضوعي موحد دوليا بشأن الحقوق الضمانية أن يحقق الاتساق في جميع هذه المجالات المتقاربة. وستبقى هناك حاجة إلى درجات متفاوتة من التوجيه في اختيار القانون المنطبق على المسائل التي تنشأ عند تداخل المعاملات المضمونة مع المجالات المتقاربة. وثالثا، بقدر ما تكون المعاملة المضمونة الموضوعية/الموحدة منصوصا عليها في اتفاقية دولية، لا بد من أن تكون هناك ثغرات داخل النص.

باء- الممتلكات الملموسة

١٣٨- وفقا لما ورد في الأجزاء الأخرى من هذه الورقة، يستخدم مصطلح "الحقوق الضمانية" العام هنا للإشارة إلى حقوق الملكية التي أنشئت عن طريق أداة مضمونة من حيث الشكل أو الوظيفة (كرهن الوفاء أو رهن الممتلكات غير المنقولة أو حق الامتياز) وكذلك الحقوق الضمانية المنشأة عن طريق ترتيبات أخرى (كالبيع أو الاجارة أو نقل الملكية أو الاحتفاظ بحق الملكية أو الائتمان) بغية ضمان المبيعات أو القرض الائتماني. ويميز هذا الباب بين المسائل التعاقدية الصرفة الناشئة بين الأطراف المباشرة في معاملة تُنشئ حقوق ملكية أو تثبتها، من جهة، وجوانب الملكية، من جهة أخرى، بحيث تخضع الأولى عامة لمبدأ حرية الأطراف.^(٢٨)

١٣٩- من المتفق عليه عموما أنه، كقاعدة عامة، تخضع الجوانب الامتلاكية للعقود المتعلقة بنقل أو انشاء حقوق ملكية في الممتلكات المنقولة الملموسة، بما فيها الحقوق الضمانية، لقانون المكان الذي تقع فيه الموجودات. ويشمل

انتقال الموجودات المرهونة رهن وفاء إلى دولة أخرى، فإن إطار القانون الموضوعي الأساسي المتعلق برهن الوفاء موحد بشكل ملحوظ بين دولة وأخرى مما يجعل النزاعات الحقيقية نادرة. وما دام الدائن يحتفظ بالحيازة الفعلية في المكان الجديد، سيجري بصورة عامة الاعتراف بالحق الضماني.

١٤٤- وإذا لم تنقل الموجودات إلى مكان آخر، سيتوافق قانون موقع الموجودات عادة مع قانون المحكمة المختصة. وأبرز استثناء لذلك هو عندما تتخذ إجراءات الاعسار ضد المدين في دولة لديها ولاية قضائية على موجودات المدين في جميع أنحاء العالم وتكون الموجودات ذات الصلة واقعة خارج محكمة الاعسار. وهنا يلزم التوفيق بين أعمال قانون موقع الموجودات والقانون الذي يحكم إجراءات الاعسار. ومن المتفق عليه بصورة عامة في هذه الأيام هو أن صحة الحق الضماني ووضع الأولوية الخاص به ينبغي أن يخضعا للقانون المنطبق. بموجب قاعدة اختيار القانون الوطنية أو الدولية ذات الصلة. وعندئذ يعود إلى محكمة الاعسار، على افتراض أنه تبين أن الحق الضماني كان قد أنشئ على الوجه الصحيح. بموجب القانون الأجنبي المنطبق، أن تقرر ما إذا كان ينبغي على الرغم من ذلك، رفض الاعتراف به باعتباره معاملة تلحق الضرر بالدائنين. بمقتضى القانون الموضوعي الذي يحكم إجراءات الاعسار.

١٤٥- أما المشكلة المعتادة التي تنشأ في حالة تغيير موقع الموجودات المقدمة كضمان فتحدث عندما ينقل المدين الموجودات إلى دولة أخرى بدون موافقة الدائن المضمون ومن ثم يدعي بيعها أو اقتراض أموال في مقابلها، أو عندما يقوم أحد دائني المدين بالحجز على الموجودات في تلك الدولة. فأى قانون يحكم النزاع بين الدائن المضمون من جهة والمشتري أو الدائن اللاحق من جهة أخرى؟ وعلى الرغم من بعض الاختلافات في الشكليات، فإن المبدأ العام

التي يفرضها قانون موقع الموجودات يحول دون تكوين حق ملكية صحيح، لن يؤول أي حق ضماني إلى الدائن.

١٤٢- بيد أن التمييز بين صحة العقد الذي ينشئ أو يثبت الحق الضماني وبين صحة الحق الضماني باعتباره حق ملكية غير قائم على نطاق العالم، إذ إن بعض النظم القانونية توسع القواعد غير المقيدة بشأن إثبات الصحة الواردة في القانون الدولي الخاص المنطبق على الصحة الشكلية للعقود بحيث تشمل الصحة الشكلية للحق الضماني باعتباره حق ملكية. وتشير الشواغل المتعلقة بتخفيض تكاليف المعاملات واليقين إلى أن قانون موقع الموجودات يحكم حصراً صحة الحق الضماني باعتباره حق ملكية. وقد يحول هذا الحل دون حاجة أطراف ثالثة مهتمة إلى التحقيق في المتطلبات الشكلية لجميع القوانين ذات الصلة الوثيقة بغية تحديد ما إذا كانت صحة الحق الضماني الغير الواضح الصحة بسبب عدم التقيد بالشكليات. بموجب قانون موقع الموجودات تثبت بموجب قانون آخر.

١- مشاكل اختيار القانون الناجمة عن تغيير موقع الموجودات

١٤٣- تكون مشاكل تنازع القوانين أكثر حدة في الممتلكات المنقولة الملموسة مقارنة بالممتلكات غير المنقولة ذلك لأنه يمكن تغيير موقع الممتلكات المنقولة بنقلها إلى دولة جديدة بعد أن يكون الحق الضماني قد أنشئ. وما دامت النظم القانونية تجعل الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة محصورة في رهن الوفاء الحيازي (أي حيث تكون الرهنية في حيازة الدائن) لا تشكل قابلية التنقل صعوبات حادة. فالشرط الذي يقضي بتسليم الحيازة المادية بموجب رهن الوفاء الحيازي يعني أن العوامل الرابطة الأكثر صلة تكون في الموقع الذي توجد فيه الموجودات. حتى في حالة

الضمانية غير الحيازية آثارا مختلفة اختلافا كبيرا في بلدان مختلفة. وحتى الاحتفاظ باتفاقات الملكية، على الرغم من استعمالها الواسع النطاق، لا تعامل معاملة واحدة. ففي بعض البلدان، تكون غير نافذة المفعول تجاه أطراف ثالثة. وفي بلدان أخرى، لا تكون نافذة المفعول الا لدى تسجيلها أو الا اذا كان باستطاعة الطرفين تقديم بعض المستندات أو الامتثال لبعض الشكليات. وفي بلدان غيرها أيضا، تكون نافذة المفعول تجاه الدائنين ومديري الاعسار ولكن ليس تجاه المشترين الحسني النية مقابل القيمة بدون اشعار. وتكون أشكال التباين بين النظم القانونية جذرية إلى حد أكبر عندما يتعلق الأمر بأنواع أخرى من أدوات الضمان، بينما تستمر بعض البلدان في عدم الاعتراف بهذه الحقوق.

١٤٨- وقد يكون أحد الحلول لمشكلة التحويل الوضعي هو صوغ اتفاقية متعددة الأطراف تقتضي الاعتراف المتبادل بين الدول المتعاقدة بالحقوق الضمانية المنشأة بصورة صحيحة. بمقتضى قانون موقع الموجدات وتنظيم المفعول الموضوعي لهذه الشروط تجاه الأطراف الثالثة في الولايات القضائية على شكل موحد. بيد أنه ثبت في الممارسة أن من الصعب تنفيذ ذلك الحل. فالدول التي تستبعد قوانينها الداخلية أو تقيّد نفاذ مفعول الحقوق غير الحيازية من غير المحتمل أن تعطي وزنا أكبر لنفاذ مفعول الحقوق الأجنبية تجاه الأطراف الثالثة. بما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمشتريين والدائنين المحليين، عندما لا يكون الحق الضماني الداخلي لا يتمتع بمثل هذه الحماية. ولذلك لا يمكن أن تكون تلك الاتفاقية عملية الا فيما بين الدول التي تشترك على نطاق واسع بسياسات متماثلة بشأن صحة ونفاذ مفعول الحقوق الضمانية. وبمعنى آخر، يبدو أن مواءمة القانون الموضوعي الداخلي شرط مسبق عمليا للتوحيد على صعيد تنازع القوانين.^(٣٠)

في البلدان ذات القانون العام والبلدان ذات القانون المدني على السواء هو أن قانوني موقعي الموجدات يحكمان المسألة على التوالي. وتخضع الصحة الأولية للحق الضماني للقانون الأصلي لموقع الموجدات، بينما يحدد قانون الموقع التالي للموجدات آثار الأحداث التي تقع بعد تغيير الموقع.

٢- التحويل الوضعي للحق الضماني: المشاكل والحلول الممكنة

١٤٦- اذا كان قانون موقع الموجدات الجديد يحكم مصير الحق الضماني، فإن من المهم معرفة ما سيكون المفعول الذي يعطيه ذلك القانون محليا للحقوق الضمانية الأجنبية المستوردة. وعلى العموم، لا يجري الاعتراف بصحة الحق الضماني الأجنبي الا اذا كان قابلا لأن يكون مقاربا للحق الضماني المحلي. ويمكن لمشاكل التقارب أن تكون حادة بسبب مفاهيم الضمان الواسعة الاختلاف التي تعتمد عليها نظم قانونية مختلفة. فعلى سبيل المثال، تعترف نظم قانونية عديدة بترتيبات الاحتفاظ بالملكية، ولذلك لن تكون هناك صعوبة عادة في الاعتراف بحق ضماني أجنبي أنشئ بموجب اتفاق كهذا. بيد أن الحقوق الضمانية غير الحيازية الأخرى، كرهون الممتلكات المنقولة مثلا، لا يُعترف بها الا اذا كان في المستطاع جعلها مشابهة لحق ضماني داخلي معادل. وهكذا فإنه اذا لم يعترف القانون الداخلي بالحقوق الضمانية التي تسمح للمدين بحيازة الضمانة الرهنية، يجوز رفض الاعتراف بالحق الضماني ما دامت البضائع خاضعة لقانون موقع الموجدات الجديد.

١٤٧- وحتى اذا كان من الممكن العثور على حق ضماني مشابه للحق الضماني الأجنبي بمقتضى القانون الداخلي، لن يكون للحق الضماني الأجنبي الا المفعول القانوني الذي ينتجه الحق الضماني الداخلي المقابل. ولا تنتج الحقوق

تسليم البضائع أو المستندات ينطبق بدلا من القانون الفعلي لموقع البضائع. وقد اعتمد انطباق قانون مكان المقصد أيضا في عدد من النظم القانونية الوطنية.

٤- تطبيق قانون موقع الممتلكات في حالة البضائع النقالة

١٥٢- تطبيق قانون موقع الموجودات اشكالي في حالة الحقوق الضمانية في البضائع النقالة، أي البضائع التي بحكم وظيفتها العادية كواسطة نقل أو شحن تستخدم في أكثر من دولة واحدة. وبغية تجنب المخاطر الكامنة في التغير المتواصل في القانون المنطبق، لا بد من عامل رابط أكثر استقرارا. وتختلف نظريات اختيار القانون بشأن البضائع النقالة بمقتضى القانون الوطني. فبعض النظم القانونية تطبق قانون مقر المدين المضمون استنادا إلى النظرية القائلة بأن ذلك هو المكان الذي يدير المدين منه بصورة رئيسية أشغاله ذات الصلة بالضمانة الرهنية والذي تتوقع الأطراف بصورة معقولة، بالنظر إلى الطابع النقال للرهنية، أن تكون المعلومات المتعلقة بالقروض الائتمانية المتعلقة بالمدين موجودة فيه. وقد حاولت نظم قانونية أخرى التصدي للمشكلة عن طريق انشاء مكاتب تسجيل عمومية لتدوين كل من الملكية والحقوق الضمانية في السيارات ووسائل النقل والبضائع النقالة المماثلة وكذلك، في بعض الحالات، بعض الآلات المستخدمة في الأعمال التجارية.

١٥٣- وفيما يتعلق بالموجودات العالية القيمة والمستخدمه بصورة روتينية وعلى نطاق واسع في النقل الدولي (السفن والطائرات) أنشأت معظم الدول مكاتب تسجيل وطنية لتوفير التسجيل العمومي لحقوق الملكية والحقوق الضمانية التي يكون أصحابها من مواطني تلك الدول، بحيث تتقرر الأولوية بصورة عامة على أساس التسجيل. وهنا، يوفر

١٤٩- والحل الذي يرجح أن يكون أكثر فعالية هو صوغ قواعد نموذجية تعتمد داخليا وتنص على تحويل الحق الضماني الأجنبي إلى حق ضماني داخلي وتضمن لذلك الحق فترة زمنية دنيا من الحماية تجاه الأطراف الثالثة بعد تغيير موقع الموجودات إلى موقع القانون الجديد.^(٣١) أما الدول التي تعارض كليا وجود ضمان بدون نزع يد المدين فلن تكون مستعدة لاعتماد قاعدة من هذا النوع، ولكن معظم الدول تسمح الآن بوجود نوع معين من الحق الضماني أو شبه الضماني بدون رفع يد المدين، وهذا أمر من غير المحتمل أن يمثل مشكلة كبيرة.

٣- البضائع العابرة والبضائع المخصصة للتصدير

١٥٠- في حالة البضائع العابرة، يقتضى قانون موقع الموجودات، من حيث المبدأ، أن يمثل الدائن لكل من القانون الفعلي لموقع الموجودات وقت المعاملة وقانون مكان المقصد. بيد أن الموقع قد يكون اما غير معروف أو غير ثابت بشكل واضح مما يجعل من غير الممكن الامتثال عمليا أو اقتصاديا. ويمكن حل المشكلة الأخيرة عن طريق التعامل بالبضائع عن طريق مستند ملكية في البضائع قابل للتداول إذ ان القانون المنطبق عندئذ يكون قانون موقع المستند وقت تسليمه مع أي تظهير ضروري. ويتساءل المرء عما سيحدث اذا تعرضت البضائع لبيع مستقل أو حجز من قبل الدائنين عندما تتوقف أثناء عبورها. وعلاوة على ذلك، لا بد للمرء من أن يتساءل عن أي قانون ينطبق عندئذ، هل هو القانون الفعلي لموقع الموجودات من البضائع أو مكان تسليم مستند الملكية.

١٥١- وبغية تناول هذه الصعوبات، تنص اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون المنطبق على نقل الملكية في المبيعات الدولية للممتلكات المنقولة لسنة ١٩٥٨ على أن قانوني مكان

١٥٥- وكثيراً ما تنص النظم القانونية التي تعتمد الرأي القائل بالملكية على تطبيق قانون الدولة التي يقع فيها مقر "صاحب الحساب المدين" (المُلتزم في إطار الالتزام المحال). ويتمشى هذا الحل مع فكرة السيطرة العملية التي تشكل، جزئياً، الأساس للرجوع إلى قانون موقع الموجودات فيما يتعلق بالملكات الملموسة (الأنه بدلاً من السيطرة على الممتلكات، تكون لذلك المكان السيطرة على الشخص المسؤول عن السداد أو الأداء المتعلقين بالملكات غير الملموسة المحالة). وقد مالت النظم القانونية التي تقادم نهج الملكية إلى الاعتماد، بدلاً من ذلك، على القانون الذي يحكم العقد المبرم بين المدين المضمون وصاحب الحساب المدين على أساس النظرية القائلة بأن مفعول الاحالة هو مجرد استبدال الطرف المتعاقد الذي يستحق له الالتزام.

١٥٦- بيد أن تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي بين المدين المضمون وصاحب الحساب المدين قد يكون صعباً في سياق التمويل بالمستحقات. مثال ذلك أنه في الاحالة الاجمالية للمستحقات التي تستحق على المدينين الذين تقع مقارهم في عدد من البلدان، سيكون على المحال اليه، أولاً، أن يفحص العقود الأصلية لتحديد القانون المنطبق وعندئذ يُرغم على العمل وفقاً لقواعد الأولوية الخاصة بجميع الدول ذات الصلة. ويختلف القانون المنطبق على الأولوية بالنسبة إلى مختلف المستحقات التعاقدية، مما يزيد من تكاليف تسوية النزاعات وإدارة الاعسار. فإذا كانت الاحالة تشمل مستحقات آجلة تستحق على مدينين غير معروفين الهوية لن يتمكن المحال اليه حتى من التنبؤ بالقانون الذي يمكن انطباقه.

١٥٧- وعلى النقيض من ذلك، يؤدي مقر المدين/المحيل إلى قانون واحد يمكن التنبؤ به وتخضع له الاحالة الاجمالية لمستحقات متعددة تستحق على المدينين في دول مختلفة وتخضع له احالة المستحقات الآجلة. وهذه هي القاعدة

قانون مكان التسجيل بديلاً واضحاً لقانون موقع الموجودات. وتتلقى نظم التسجيل الداخلية الدعم بواسطة صكوك دولية مثل الاتفاقية المتعلقة بالاعتراف الدولي بالحقوق في الطائرات لسنة ١٩٤٨ أو الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالامتيازات والرهون البحرية لسنة ١٩٢٦ (انظر أيضاً الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق التفصيلية وrehon السفن، التي اعتمدها المنظمة البحرية الدولية في بروكسل سنة ١٩٦٧، والاتفاقية الدولية بشأن رهون السفن التي اعتمدت في ٦ أيار/مايو ١٩٩٣) ومشروع بروتوكول الطائرات في إطار مشروع اتفاقية "يونيدروا" بشأن المعدات المتنقلة.

جيم- القانون الواجب تطبيقه على الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة

١- ملاحظات عامة

١٥٤- تمثل حقوق الملكية في الممتلكات غير الملموسة، بما في ذلك الحقوق الضمانية، واحداً من أكثر مجالات اختيار القانون استعصاء بسبب التنوع الكبير بين النظم القانونية فيما يتعلق بالعامل الرابط المناسب بغية تحديد القانون الواجب التطبيق. والتنوع على مستوى اختيار القانون يجسد بصورة جزئية التنوع على المستوى الموضوعي في المعاملة الأساسية للموجودات غير الملموسة. ففي بعض النظم يُنظر إلى حق السداد أو غيره من المنافع المترتبة في إطار العقد على أنه نوع من حقوق الملكية حالما تجري احالة قيمته. وفي نظم أخرى، يحتفظ الحق بطابعه التعاقدي حتى بعد احالته، على أساس النظرية القائلة بأن المحال اليه يحل في الواقع محل المحيل بموجب العقد.

الفكرية كضمانة رهنية في التمويل الدولي. فأولاً، بينما نجحت الاتفاقيات المتعددة الأطراف في مواءمة العديد من جوانب قانون الملكية الفكرية، يعتبر المحللون أن من غير المرجح أن تصبح مسائل حقوق الامتلاك والملكية موحدة أو مواءمة في المستقبل القريب. وثانياً، كثيراً ما تكون قوانين الملكية الفكرية الوطنية غير موضوعة بحيث تراعي احتياجات التمويل المضمون. وعلى الرغم من وجود العديد من نظم التسجيل الوطنية للبراءات وبعض الحقوق الأخرى، وكذلك لحقوق التأليف والنشر في بعض البلدان، فإن نظم التسجيل قد لا تغطي صراحة حالة الحقوق على سبيل الضمان، مما يجعل من غير الواضح كيف يمكن نفاذ مفعول حق ضماني على الوجه الصحيح تجاه محال اليهم للاحقين ودائنين منافسين. وثالثاً، حتى إذا جعلت القوانين الوطنية قادرة على تبديد شواغل التمويل التجاري الحديثة، يبقى من واجب الدائن المضمون أن يتحمل عبء وتكاليف الوفاء بالمتطلبات المتعلقة بأخذ حق ضماني نافذ المفعول في كل دولة تُلتبس فيها الحماية.

١٦١- ولا بد للمرء من أن يتساءل عن مدى ما يمكن لاتفاقية دولية بشأن التمويل المضمون في حقوق الملكية الفكرية أن تبده من بعض هذه الشواغل. وقد تكون إحدى الامكانيات انشاء مكتب تسجيل دولي لايداع الاشعار المتعلق بالحقوق الضمانية في الملكية الفكرية الخاصة بالمدين يكون له مفعول الأولوية في جميع أنحاء العالم. أما البديل الأقل طموحاً من مكتب التسجيل فقد يكون في قاعدة تحيل أولوية الحقوق الضمانية في الملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم إلى قانون واحد، كقانون مقر المحيل مثلاً.

الواردة في مشروع اتفاقية الأونسيترال بشأن احوالة المستحقات في التجارة الدولية التي تحكم أولوية حقوق الدائن المضمون/المحال اليه في المستحقات التعاقدية تجاه الأطراف الثالثة.

٢- الملكية الفكرية

١٥٨- لا تزال قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم حقوق الملكية في الممتلكات الفكرية منقوصة الصياغة نسبياً. ومع ذلك يبدو أن معظم المحللين يوافقون على أن المسائل ذات الصلة بالآثار الناجمة عن الصحة والطابع ونقل الملكية والأطراف الثالثة والواقعة على الملكية الفكرية تخضع لقانون كل دولة من الدول التي تطلب حماية الحق في اقليمها. ويُعتقد بأن اختيار القاعدة القانونية ذلك ينبع منطقياً من واقع أن جوهر حق الملكية الفكرية هو حق المالك في أن يمنع آخرين من القيام بأنواع معينة من الأنشطة. ووفقاً لمبدأ الاقليمية المنتشر في مجال الملكية الفكرية بكامله، تُمنح الحماية في كل دولة على حدة للنشاط الجاري داخل تلك الدولة وفقاً لقانون الملكية الفكرية الوطني. أما الصلة بين جوهر حق الملكية الفكرية ومبدأ الاقليمية الذي يحكم اختيار القانون المتعلق بالحماية والتنفيذ فيؤدي إلى الاستنتاج بأن القانون الذي يحكم الامتلاك ونقل حقوق الملكية الفكرية هو قانون الدولة التي تلتبس الحماية لها فيها.

١٥٩- وقد أجري بعض التحليل بشأن ما إذا كان مبدأ اختيار القانون ذاته ينطبق على الحقوق الضمانية في الملكية الفكرية. ويبدو أن هذا يستتبع كون قانون كل بلد يوفر الحماية يحدد أيضاً صحة وأولوية الحقوق الضمانية في الملكية الفكرية داخل اقليم ذلك البلد.

١٦٠- غير أنه من منظور التمويل التجاري، يكون نهج اختيار القانون المقسّم اقليمياً ضاراً باستخدام حقوق الملكية

٣- الأوراق المالية الاستثمارية

الاتفاق هو في جوهره احوالة دين يدين به المصرف للمودع. ولا تختلف معاملة بعض النظم القانونية لحسابات الودائع النقدية عن معاملة فئات أخرى من مستحقات السداد، إذ تحيل قانون مقر المحيل باستمرار إلى القاعدة العامة في مشروع اتفاقية الأونسيترال بشأن احوالة المستحقات في التجارة الدولية. وتطبق نظم أخرى قانون موقع الموجودات، فتعامل الدين على أنه واقع في الدولة التي يقع فيها مقر صاحب الحساب المدين (أي مؤسسة إعادة التمويل). وعندما تكون للمصرف فروع في أكثر من بلد، يُشار عندئذ إلى الفرع المعين الذي يحتفظ فيه بالحساب أو حيث تكون الأموال قابلة للسداد. وقد استخدمت بعض البلدان هذا النهج بغية كفالة تطبيق قواعد أولوية خاصة على حسابات الودائع المصرفية، وهي قواعد تعطي الأولوية الأولى للمصرف تجاه أي مصلحة ضمانية منافسة، مما يتطلب أساساً موافقة المصرف الفعالة على أي احوالة أو نقل للحق النافذ المفعول في الحساب لمصلحة أطراف ثالثة، ويضفي صفة الأولوية على حقوق المقاصة الخاصة بالمصرف. وعلى النقيض من ذلك، فإن الدول التي يعامل قانونها الموضوعي حسابات الودائع بشكل لا يختلف عن معاملة الفئات الأخرى من مستحقات السداد ولا يعطي حقوق أولوية خاصة للمصارف بسبب كونها أيضاً صاحبة حسابات مدينة، تكتفي باستخدام العامل الرابط العام بين المستحقات الأخرى وحسابات الودائع، بالاعتماد على القاعدة العامة التي تحمي حقوق المقاصة الخاصة بصاحب الحساب المدين تجاه المحال اليهم بغية المحافظة على حقوق المقاصة الخاصة بالمصرف تجاه الحساب المحال.

١٦٢- منذ عدة سنوات، يُحتفظ بالأسهم في الشركات وتنقل ملكيتها أو ترهن رهناً وفاء عن طريق تسليم شهادة الأسهم التي تتضمن الحق أو عن طريق التسجيل في دفتر تسجيل يحتفظ به مُصدر السهم الاستثماري. وما دام هناك نوع من العلاقة المباشرة بين مُصدري الحقوق في الشركة والحائزين عليها، وما دام هناك نوع من التسجيل المادي أو الموضوعي للحق، فإن قواعد القانون الدولي الخاص صريحة نسبياً وعملية. غير أن حيازة الأوراق المالية تجري، بصورة متكررة في الوقت الحاضر، من خلال أنواع من الوسطاء وتجري المتاجرة بها عبر الحدود دون أن يتجسد نقلها على الإطلاق في شهادة أو مكتب تسجيل على مستوى المصدر. وقد خلق هذا التغير في الممارسة ضغوطاً متساوية على اختيار القانون الأكثر استجابة. وقد أخذ مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص على عاتقه مؤخراً إعداد اتفاقية "سريعة المسار" لخلق الاتساق في قواعد النزاعات ذات الصلة، كما أن مشروع توجيه الاتحاد الأوروبي بشأن الرهنيات يقر بمجموعة من القواعد الموضوعية وقواعد القانون الدولي الخاص. وقد اضطلعت النظم القانونية الوطنية أيضاً باصلاحات تشكل التنقيحات الأخيرة للمادتين ٨ (الأوراق المالية الاستثمارية) و ٩ (المعاملات المضمونة) من القانون التجاري الموحد في الولايات المتحدة مثلاً بارزاً لها.

٤- القانون الواجب تطبيقه على حقوق الملكية في حسابات الودائع النقدية لدى المؤسسات المالية

١٦٣- هناك اتفاق ضئيل على مستوى القانون الوطني بشأن القانون المناسب الذي يحكم حقوق الملكية في حسابات الودائع النقدية لدى المؤسسات المصرفية. وهذا

البديلة المحتملة وللمنافع والمضار المتوخاة من هذه النهوج).^{٣٢} فإذا كان سيجري العمل على وضع مجموعة من المبادئ مع دليل تشريعي عن المصالح الضمانية، فإن ذلك يمكن أن يشتمل أيضا على أحكام تشريعية نموذجية حيث يكون ذلك عمليا. ويمكن للمواضيع التي يمكن تناولها في دليل كهذا أن تشتمل على نطاق الموجودات التي يمكن أن تستخدم كضمانة رهنية وإنشاء الضمان، ودرجة الشكليات التي ينبغي التقيد بها، ونطاق الدين الذي يمكن ضمانه، والتقييدات، ان وجدت، على الدائنين الذين يستحق لهم الحق الضماني، وآثار الافلاس على تنفيذ الحق الضماني، والتيقن من أولوية الدائن على المصالح المنافسة وامكانية التنبؤ بها.

١٦٦- ومع أن وضع حلول تشريعية نموذجية للمعاملات المضمونة بصورة عامة قد يكون مناسبا لتناول بعض الجوانب العامة للمصالح الضمانية في أنواع معينة من الموجودات (كالأوراق المالية والملكية الفكرية، على النحو الوارد في هذا التقرير)، فستكون هناك حاجة الى أحكام خاصة لحل مسائل محددة. ولذلك قد ترغب اللجنة في أن تطلب من الأمانة العامة أن تضطلع بدراسة اضافية بالتعاون الوثيق مع المنظمات الدولية المتخصصة في مجالات قانونية ذات صلة، "كاليونيدروا" ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص والمنظمة العالمية للملكية الفكرية، بغية التأكد مما إذا كان من المستصوب ومن العملي وضع نظام موحد يتناول تلك الأنواع الأكثر تحديدا من الموجودات والى أي مدى يكون ذلك مستصوبا وعمليا وأي منظمات ينبغي أن تشترك في هذا العمل. وهذا الطلب المتعلق بإجراء دراسة اضافية على هذين النوعين المحددين من الموجودات ينبغي أن لا يحول بالضرورة دون بدء العمل على مجموعة من المبادئ مع دليل تشريعي لنظام أعم بشأن المصالح الضمانية.

دال- الفئات الاضافية التي قد تلزم فيها قواعد خاصة في القانون الدولي الخاص

١٦٤- قد يكون من المستصوب صوغ قواعد خاصة في القانون الدولي الخاص لتحديد القانون المنطبق على عدد من أنواع أخرى من الممتلكات. ويتبين من التحليل السابق أن صوغ قواعد خاصة في القانون الدولي الخاص لا يتطلب تحليل حلول القانون الوطني القائمة فحسب بل يتطلب أيضا دراسة ممارسات التمويل القائمة. وقد يكون من الممكن، مثلا، وضع قواعد خاصة تتعلق بالأموال المستحقة في اطار سندات التأمين، وعائدات خطابات الاعتماد، والمستندات القابلة للتداول، واحالة الالتزامات المضمونة، والحقوق المتصلة بالأراضي (بما في ذلك، على سبيل المثال، التركيبات والمحاصيل والخشب والمعادن التي سيجري استخراجها).

ثامنا- الاستنتاج

١٦٥- لعل اللجنة ترغب في أن تحيط علما بهذا التقرير وأن تنظر فيما اذا كان ينبغي اتخاذ اجراء بشأن المواضيع التي جرت مناقشتها. أما بالنسبة إلى الشكل الذي يمكن للاجراء أن يتخذه فإنه، بينما قد يكون القانون النموذجي أكثر استصوابا من وجهة نظر الاكتمال والاتساق إلى حد أنه من الضروري أن يجسد بعض المبادئ التوجيهية الأساسية التي لا تشكل أساسا مشتركا لجميع النظم القانونية، سيمثل تغيرا بارزا عن القانون الراهن في العديد من البلدان وقد لا يحظى، نتيجة لذلك، بما يكفي من القبول. وكانت اللجنة قد رأت، في دورتها الثالثة والثلاثين، استصواب نهج أكثر مرونة، على أساس وضع مجموعة من الأهداف الرئيسية والمبادئ الأساسية من أجل نظام قانوني كفؤ يحكم القروض الائتمانية المضمونة، إلى جانب دليل تشريعي (يتضمن نهجا مرنة ازاء تنفيذ مثل هذه الأهداف والمبادئ ومناقشة للنهوج

الحواشي

(٣) انظر الوثيقة A/CN.9/165، الفقرة ٦١.

(٤) الاقتضاءات الرسمية لإيجاد مصلحة مضمونة، والاجراءات المطلوبة لكي تكون المصلحة المضمونة فعالة تجاه الغير، والمسائل ذات الأولوية، واجراءات التقاضي وسبل الانتصاف في حالة عدم الوفاء (انظر الوثيقة A/CN.9/186).

(٥) المرجع نفسه، الفقرتان ١٥٩ و ٢٧١.

(٦) الوثائق الرسمية للجمعية العامة الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/55/17)، الفقرة ١٥٩.

(٧) المرجع نفسه، الفقرة ٤٦٠.

(٨) المرجع نفسه، الفقرة ٤٦١.

(٩) المرجع نفسه، الفقرة ٤٦٢.

(١٠) في هذا الباب، يُستخدم المصطلح "المدين" للإشارة الى الطرف الذي يمنح حقا ضمانيا، بصرف النظر عما اذا كان ذلك الطرف هو المقترض الفعلي بمقتضى ترتيب التمويل أو كفيل أو طرف آخر مانح حقا ضمانيا لضمان قرض أو تقديم قرض ائتماني الى المقترض الفعلي. وبغية اتاحة المجال لأكبر قدر من استخدام الموجودات كضمانة رهنية في مسعى للترويج للتمويل المضمون، من المهم عدم الاقتصار على أن يكون المقترضون قادرين على منح حقوق ضمانية في ما يمتلكونه من موجودات، بل أن يشمل ذلك أيضا أن تكون الأطراف الثالثة قادرة على منح حقوق ضمانية فيما تمتلكه من الموجودات وذلك دعما للقروض التي يجري الحصول عليها لصالح الغير.

(١١) هذا الباب لا يتضمن مناقشة تفصيلية عن الحصول على الحقوق الضمانية في المستحقات، من حيث ان هذه المسألة تُعد من قبل موضوع مشروع اتفاقية الأونسيترال بشأن احوالة المستحقات؛ وللإطلاع على الصيغة الأخيرة من هذا المشروع، انظر تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية عن أعمال دورته الثالثة والعشرين (A/CN.9/486، المرفق).

(١٢) انظر الباب الوارد أدناه وعنوانه "الأوراق المالية الاستثمارية" (الفقرات ٦٢-١٢٢)، للإطلاع على مناقشة اضافية بخصوص الحقوق الضمانية في الأوراق المالية الاستثمارية.

(١٣) انظر الباب الوارد أدناه وعنوانه "حقوق الملكية الفكرية" (الفقرات ١٢٣-١٣٦)، للإطلاع على مناقشة اضافية بخصوص الحقوق الضمانية في حقوق الملكية الفكرية.

(١٤) وقد اعتمد هذا الرأي في القانون النموذجي الصادر عن المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير، في الفقرة ٢ من المادة ٥ منه،

(١) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة

Official Records of the General Assembly, Twenty-third Session, Supplement No. 16 (A/7216), paras. 40-48,

والمرجع نفسه،

Twenty-fourth Session, Supplement No. 18 (A/7618), paras. 139-145.

(٢) الوثائق التي أُعدت في سياق أعمال الأونسيترال المتعلقة بالمصالح الضمانية هي:

A/CN.9/102, "Security interests in goods"

نُوقشت في الوثائق الرسمية للجمعية العامة

Official Records of the General Assembly, Thirtieth Session, Supplement No.17 (A/30/17), paras. 47-63; A/CN.9/130, A/CN.9/131 and annex, a study on security interests and legal principles governing security interests (prepared by Ulrich Drobnig (Germany)), and A/CN.9/132, on article 9 of the Uniform Commercial Code of the United States of America,

نُوقشت في الوثائق الرسمية للجمعية العامة

Official Records of the General Assembly, Thirty-second Session, Supplement No.17 (A/32/17), and the report of the Committee of the Whole II, paras. 9-16; A/CN.9/165, "Security interests; feasibility of uniform rules to be used in the financing of trade",

نُوقشت في الوثائق الرسمية للجمعية العامة

Official Records of the General Assembly, Thirty-fourth Session, Supplement No.17 (A/34/17), paras. 49-54; and A/CN.9/186, "Security interests: issues to be considered in the preparation of uniform rules",

نُوقشت في الوثائق الرسمية للجمعية العامة

Official Records of the General Assembly, Thirty-fifth Session, Supplement No.17 (A/35/17), paras. 23-28.

التصرف بها متوفرة حالما يسلم صاحب الرهن الحمل اشعاراً بالتنفيذ عملاً بالفقرة ٢ من المادة ٢٢. ويشتمل هذا على الحق في الحياة (الفقرة ١ من المادة ٢٣) ومن ثم، بعد مضي ٦٠ يوماً، على الحصول على حق الملكية في الممتلكات وبيعها (المادة ٢٤).

(٢٢) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/55/17)، الفقرة ٤٦٠.

(٢٣) الرابطة الدولية للمقايضات المالية والصكوك الاشتقاقية، Collateral Survey 2000، الصفحتان ١١ و ٦١.

(٢٤) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/55/17)، الفقرة ١٥٥.

(٢٥) كانت هذه عقبة رئيسية لمعظم البلدان الأوروبية. وبعد تنفيذ التوجيه الأوروبي المتعلق بتنسيق قوانين العلامات التجارية، وكذلك انشاء العلامة التجارية للجماعة الأوروبية، لم تعد ال بلدان المنتسبة الى الجماعة الأوروبية تشتت شرط نقل ملكية اسم الشهرة التجاري مع العلامة التجارية.

(٢٦) يتمثل أهم استثناء لهذا التقييد في انشاء العلامة التجارية الأوروبية، التي تعطي صاحبها حقاً حصرياً يشمل كامل اقليم الجماعة الأوروبية. ويتوقع أن يوضع قريباً حل مماثل فيما يتعلق بحق البراءة الخاص بالجماعة الأوروبية.

(٢٧) انظر القضية رقم ٣٧٨، محكمة فيجيانو، في مجموعة السوابق القضائية المستندة الى نصوص الأونسيترال.

(٢٨) انظر، على سبيل المثال، الخيار التعاقدى للأحكام القانونية في مشروع اتفاقية "يونيدروا" بشأن المصالح في المعدات المتنقلة/بروتوكول الطائرات. وبموجب مشروع اتفاقية الأونسيترال بشأن حالة المستحقات في التجارة الدولية، يتمتع المحيل (المدين المضمون) والمحال اليه (الدائن المضمون) بالحرية في اختيار القانون الموضوعي الذي يحكم الجوانب التعاقدية لحقوقهما والتزامهما المتبادلة.

(٢٩) المادة ٩ من القانون التجاري الموحد في الولايات المتحدة، على سبيل المثال، تترك مسائل "الحجز [أي الصحة ونقل الملكية الرسميين للمصلحة الامتلاكية فيما بين الدائن المضمون والمدين] والصحة وتحديد الخصائص (مثل اجارة حقيقية أو مصلحة ضمانية)، والتنفيذ" لقواعد القانون الدولي الخاص العامة في القانون التجاري الموحد التي تنفذ اختيار الأطراف للقانون المنطبق على تلك المسائل اذا كانت هناك علاقة معقولة بين الولاية القضائية المختارة والمعاملة المضمونة.

والتي تنص على طائفة عريضة من أنواع الضمانات الرهنية المحتملة. وعلى التحديد، تنص الفقرة ٢ من المادة ٥ أن الممتلكات المحتسبة رهناً لضمان قد تشمل أي شيء يمكن امتلاكه، سواء أكان ذلك في القطاع العام أو في القطاع الخاص، وسواء أكان ذلك حقوقاً أم أشياء منقولة أو غير منقولة.

(١٥) انظر المادة ٩ من مشروع اتفاقية الأونسيترال بشأن احوالة المستحقات.

(١٦) انظر الفقرة ٣ من المادة ٤٣ من القانون النموذجي للمصرف الأوروبي للانشاء والتعمير التي تنص على ضمان السلف في المستقبل طالما كان الحد الأقصى من مبلغ قيمة الدين المضمون مبيناً في بيان التسجيل. وتنص أيضاً المادة ٥ على ضمان الممتلكات المكتسبة فيما بعد.

(١٧) انظر

"Law and Policy Reform at the Asian Development Bank", vol. II, 20 December 2000, p. 10

(١٨) ضرورة الحقوق الضمانية غير الحيازية للترويج للتمويل التجاري معترف بها في القانون النموذجي الصادر عن المصرف الأوروبي للانشاء والتعمير، المادة ٦ منه التي تنص على تقرير الوديع المسجلة رهناً على الممتلكات المنقولة، دون الحاجة الى حيازتها، باعتبارها واحدة من ودائع الرهن الرئيسية الثلاث.

(١٩) هذا النهج مشابه للنهج المتبع في المادة ٩ من القانون النموذجي الصادر عن المصرف الأوروبي للانشاء والتعمير. ولكن بمقتضى القانون النموذجي، لا يحتاج البائع غير المدفوع له أن يسجل رهنه ما لم يرغب في أن يستمر نفاذ مفعول رهنه تجاه أطراف ثالثة لمدة أطول من ستة أشهر بعد انشائه. انظر أيضاً الفقرتين ٥٥ و ٥٦ أدناه للاطلاع على مناقشة عن الحقوق الضمانية مقابل ثمن الشراء.

(٢٠) يمثل نظام التسجيل حجر زاوية في مشروع اتفاقية "يونيدروا" بشأن المصالح الدولية في المعدات المتنقلة. وبالإضافة الى ذلك يعترف القانون النموذجي للمصرف الأوروبي للانشاء والتعمير بالتسجيل العمومي للحقوق الضمانية.

(٢١) القدرة على تنفيذ الشخص لحقه الضماني في الرهنية بصورة كفؤة من خلال اجراء غير قضائي تُعتبر جوهرية في معظم مشاريع الحقوق الضمانية المتعددة الأطراف الراهنة أو المقترحة. انظر، مثلاً، المادة ٨ من مشروع اتفاقية "يونيدروا" بشأن المصالح الدولية في المعدات المتنقلة والمواد ٢٢-٢٤ من القانون النموذجي للمصرف الأوروبي للانشاء والتعمير. فبموجب القانون النموذجي المذكور تصبح بعض التدابير المستخدمة لحماية ممتلكات صاحب الرهن الحمل أو اتاحة

على وضع "المعتبر منشأ" للحق الضماني، يجب عليه في النهاية أن يمثل للمتطلبات المنطبقة على الحقوق الضمانية الداخلية التي تكون من النوع ذاته (فترة السماح تبلغ عادة ٦٠ يوما). بيد أن فترة السماح تعطى الطرف المضمون، على الأقل، وقتا يكشف خلاله أن الموجودات قد نقلت ويتخذ خطوات لحماية حقوقه. بمقتضى القانون الجديد المنطبق. (وقد اتخذ نهج مماثل أيضا في الولايات المتحدة إلى أن صدر مؤخرا تنقيح أحل قانون مقر المدين محل قانون موقع الرهنية بغية تحديد القانون المنطبق على إنشاء المصلحة الضمانية. وبمقتضى القانون المنقح، ستطبق فترة السماح على التغييرات الحاصلة في مقر المدين بدلا من التغييرات الحاصلة في موقع الممتلكات الملموسة.)

(٣٢) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/55/17)، الفقرة ٤٥٩.

(٣٠) انظر مثلا المشروع الغير الموفق للتوجيه المتعلق بالاعتراف بالضمانات المتعلقة بالممتلكات المنقولة بدون نزع اليد وبالاعتراف بالشروط التي تنص على الاحتفاظ بالملكية لدى بيع الممتلكات المتنقلة، التي أعدتها المفوضية الأوروبية.

(٣١) وهناك حل وسط، مثلا، في تشريع المعاملات المضمونة الكندي الذي ينص على "فترة سماح" للحقوق الضمانية الأجنبية بعد تغيير موقع البضائع إلى كندا (أو تغيير موقعها من ولاية إلى أخرى ضمن كندا). وخلال مدة فترة السماح، يعتبر الحق الضماني الأجنبي نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة (باستثناء بعض المشترين الحسني النية) بدون أن يتماشى مع المتطلبات المحلية، وذلك عادة بتدوين الاشعار في سجل عمومي وهو التسجيل اللازم لجعل الحق الضماني الداخلي نافذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة. ولكي يحافظ الدائن الأجنبي