دليل
الأونسيترال التشريعي
بشأن المعاملات المضمونة

الأمم المتحدة

يمكن الحصول على المزيد من المعلومات من أمانة الأونسيترال على العنوان التالي:

UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre,
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Telephone: (+43-1) 26060-4060 Telefax: (+43-1) 26060-5813
Internet: www.uncitral.org E-mail: uncitral@uncitral.org

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

دليل
الأونسيترال التشريعي
بشأن المعاملات المضمونة

الأمم المتحدة
نيويورك، ٢٠١٠

منشورات الأمم المتحدة
رقم المبيع A.09.V.12
ISBN 978-92-1-633056-9

تمهيد

دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة من إعداد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). فقد نظرت اللجنة، في دورتها الثالثة والثلاثين، عام ٢٠٠٠، في تقرير من الأمين العام عن الأعمال التي يمكن القيام بها مستقبلا في مجال قانون الائتمان المضمون (A/CN.9/475). وفي تلك الدورة، اتفقت اللجنة على أن موضوع المصالح الضمانية من المواضيع المهمة، وأنه عُرض عليها في الوقت المناسب، وخصوصا بالنظر إلى الصلة الوثيقة بين المصالح الضمانية وعمل اللجنة المتعلق بقانون الإعسار، وطلبت إلى الأمانة أن تعدّ تقريراً آخر.[١]

وفي الدورة الرابعة والثلاثين، عام ٢٠٠١، نظرت اللجنة في تقرير آخر من الأمين العام (A/CN.9/496). واتفقت اللجنة في تلك الدورة على ضرورة الاضطلاع بعمل بشأن المصالح الضمانية، وذلك نظراً إلى التأثير الاقتصادي النافع لوجود قانون للائتمان المضمون، وعهدت إلى الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية) بمهمة وضع نظام قانوني فعّال للمصالح الضمانية في البضائع المتداولة في النشاط التجاري، بما فيها المخزون.[٢] كما أوصت اللجنة بعقد حلقة تدارس نظراً للحاجة إلى استشارة الممارسين والمنظمات من ذوي الدراية في مضمار قانون الائتمان المضمون.[٣] وعُقدت في فيينا حلقة تدارس دولية بشأن المعاملات المضمونة في الفترة من ٢٠ إلى ٢٢ آذار/مارس ٢٠٠٢. ونظر الفريق العامل السادس، في دورته الأولى، المعقودة في نيويورك من ٢ إلى ٢٤ أيار/مايو ٢٠٠٢، في تقرير حلقة التدارس.

وأكّدت اللجنة، في دورتها الخامسة والثلاثين، عام ٢٠٠٢، ضرورة التوسّع في تفسير ولاية الفريق العامل لضمان التوصل إلى وضع نص مرن بقدر مناسب يتخذ شكل دليل تشريعي.[٤]

ونظر الفريق العامل السادس في أول مشروع لدليل المعاملات المضمونة، في أيار/مايو ٢٠٠٢. وواصل عمله في إعداد الدليل عبر ١٢ دورة مدة كل منها أسبوع،[٥] وكان آخرها في شباط/فبراير ٢٠٠٧. وعلاوة على ممثلي الدول الستين الأعضاء في اللجنة، شارك مشاركة نشطة في الأعمال التحضيرية ممثلو الكثير من الدول الأخرى وعدد من المنظمات الدولية، الحكومية وغير الحكومية على السواء. وتعاون الفريق العامل السادس تعاوناً وثيقاً مع الفريق العامل الخامس (المعني بالإعسار) من أجل ضمان تنسيق معاملة المصالح الضمانية في سياق الإعسار مع *دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار*.[٦] وعلاوة على ذلك، تعاون الفريق العامل السادس عن كثب مع المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في إعداد الفصل بشأن تنازع القوانين. كما نسَّق الفريق العامل السادس مع المعهد الدولي للقانون الدولي الخاص (اليونيدروا) تفادياً للتداخل مع اتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة (كيب تاون، ٢٠٠١) ومع اتفاقية اليونيدروا بشأن القواعد الموضوعية المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط (جنيف، ٢٠٠٩).

---

[١] *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١٧* (A/55/17)، الفقرتان ٤٥٩ و٤٦٣.

[٢] المرجع نفسه، *الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٧* والتصويب (A/56/17 وCorr.3)، الفقرتان ٣٥١ و٣٥٨.

[٣] المرجع نفسه، الفقرة ٣٥٩.

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

[٥] ترد تقارير الفريق العامل عن أعماله خلال هذه الدورات الاثنتي عشرة في الوثائق A/CN.9/512 وA/CN.9/531 وA/CN.9/532 وA/CN.9/543 وA/CN.9/549 وA/CN.9/570 وA/CN.9/574 وA/CN.9/588 وA/CN.9/593 وA/CN.9/603 وA/CN.9/617 وA/CN.9/620. وخلال هذه الدورات، نظر الفريق العامل في الوثائق A/CN.9/WG.VI/WP.1 إلى WP.31. ونظرت اللجنة في تقارير الفريق العامل هذه في دوراتها من الخامسة والثلاثين إلى الأربعين.

[٦] منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10. وورد تقريرا الدورتين المشتركتين للفريقين العاملين الخامس والسادس في الوثيقتين A/CN.9/535 وA/CN.9/550. وخلال هاتين الدورتين، نظر الفريقان العاملان في الوثائق A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5 وA/CN.9/WG.V/WP.70 وA/CN.9/WG.V/WP.71.

ونظرت اللجنة، في دورتها التاسعة والثلاثين، عام ٢٠٠٦، في توصيات دليل المعاملات المضمونة وأقرت مضمونها من حيث المبدأ.[٧] وقد جرت المفاوضات النهائية حول مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة أثناء الدورة الأربعين للأونسيترال، التي عقدت في فيينا من ٢٥ حزيران/يونيه إلى ١٢ تموز/يوليه ٢٠٠٧ (الجزء الأول)[٨] ومن ١٠ إلى ١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٧ (الجزء الثاني)، واعتُمد النص بتوافق الآراء في ١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٧ (انظر المرفق الثاني-ألف).[٩] واعتمدت الجمعية العامة لاحقا القرار ٦٣/١٢١ المؤرخ ١١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٨ (انظر المرفق الثاني-باء). وأعربت الجمعية العامة في ذلك القرار عن تقديرها للأونسيترال لإتمامها واعتمادها *دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة*، وطلبت إلى الأمين العام أن ينشر *الدليل* على نطاق واسع وأوصت الدول باستخدام *الدليل* وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية، التي تتجسّد مبادئها أيضاً في *الدليل*.

---

[٧] *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادية والستون، الملحق رقم ١٧* (A/61/17)، الفقرة ١٣. وورد مشروع الدليل في الوثائق A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3 وA/CN.9/WG.VI/WP.24 وA/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 وAdd.5 إلى Add.8 وA/CN.9/611 وAdd.1 وAdd.2.

[٨] المرجع نفسه، *الدورة الثانية والستون، الملحق رقم ١٧* (A/62/17 (Part I))، الفقرة ١٥٤. وورد مشروع الدليل في الوثائق A/CN.9/631 وAdd.1 إلى Add.11.

[٩] المرجع نفسه، *الدورة الثانية والستون، الملحق رقم ١٧* (A/62/17 (Part II))، الفقرتان ٩٩ و١٠٠. وورد مشروع الدليل في الوثائق A/CN.9/631/Add.1 إلى Add.3 وA/CN.9/637 وAdd.1 إلى Add.8.

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
تمهيد		iii
مقدّمة	١-٨٩	١
ألف- الغرض من *الدليل*	١-١٤	١
باء- المصطلحات والتفسير	١٥-٢٠	٤
جيم- أمثلة للممارسات التمويلية التي يشملها *الدليل*	٢١-٤٢	١٣
١- تمويل احتياز المخزون والمعدات	٢٢-٢٧	١٣
٢- تمويل المخزون والمستحقات بقروض متجدّدة	٢٨-٣٠	١٥
٣- العوملة	٣١-٣٤	١٦
٤- التسنيد	٣٥-٣٧	١٦
٥- التمويل بقروض محددة الأجل	٣٨-٤٠	١٧
٦- الائتمان المضمون بنقل حق الملكية	٤١-٤٢	١٨
دال- الأهداف الرئيسية والسياسات الأساسية لنظام فعّال وكفء للمعاملات المضمونة	٤٣-٧٢	١٨
١- استعراض عام	٤٣-٤٥	١٨
٢- الأهداف الرئيسية	٤٦-٥٩	١٩
٣- السياسات الأساسية	٦٠-٧٢	٢٢
هاء- تنفيذ قانون جديد للمعاملات المضمونة	٧٣-٨٩	٢٦
١- استعراض عام	٧٣-٧٥	٢٦
٢- المواءمة مع القانون القائم	٧٦-٧٩	٢٧
٣- مسائل الطريقة التشريعية والأساليب الصياغية	٨٠-٨٣	٢٨
٤- المسائل المتعلقة بالتثقيف عقب الاشتراع	٨٤-٨٩	٢٩
واو- التوصية ١		٣٠
أولا- نطاق الانطباق، والنهوج الأساسية إزاء المعاملات المضمونة، والمواضيع العامة المشتركة بين جميع فصول *الدليل*	١-١٢٢	٣١
ألف- ملاحظات عامة	١-١٢٢	٣١
١- مقدّمة	١	٣١
٢- نطاق الانطباق	٢-٤٤	٣١
٣- النهوج الأساسية إزاء المعاملات المضمونة	٤٥-١١٢	٤٢
٤- موضوعان رئيسيان مشتركان بين جميع فصول *الدليل*	١١٣-١٢٢	٥٨
باء- التوصيات ٢-١٢		٦١
ثانيا- إنشاء الحق الضماني (نفاذه فيما بين الأطراف)	١-١٢٨	٦٥
ألف- ملاحظات عامة	١-١٠٢	٦٥
١- مقدّمة	١-١١	٦٥
٢- إنشاء الحق الضماني (النفاذ بين الطرفين)	١٢-٢٥	٦٧
٣- عناصر الاتفاق الضماني الأساسية	٢٦-٢٩	٧١
٤- شكل الاتفاق الضماني	٣٠-٣٣	٧٢

	الفقرات	الصفحة
٥- طرفا الاتفاق الضماني	٣٤-٣٧	٧٣
٦- الالتزامات المضمونة بالاتفاق الضماني	٣٨-٤٨	٧٤
٧- الموجودات الخاضعة لاتفاق ضماني	٤٩-٧١	٧٧
٨- إنشاء الحق الضماني في العائدات	٧٢-٨٥	٨٣
٩- العائدات الممزوجة	٨٦-٨٩	٨٧
١٠- الموجودات الملموسة الممزوجة في كتلة	٩٠-٩٢	٨٨
١١- الموجودات الملموسة الممزوجة في منتج	٩٣-٩٥	٨٩
١٢- إنشاء الحق الضماني في ملحق أو استمراره فيه	٩٦-٩٩	٩٠
١٣- إنشاء الحق الضماني في كتلة أو منتج أو استمراره فيهما	١٠٠-١٠٢	٩١
باء- ملاحظات تخص موجودات معيّنة	١٠٣-١٢٨	٩١
١- نفاذ الإحالة الإجمالية للمستحقات وإحالة مستحق آجل أو جزء من مستحق أو مصلحة غير مجزأة فيه	١٠٣-١٠٥	٩١
٢- نفاذ إحالة أي مستحق تُجرى رغم وجود شرط بعدم الإحالة	١٠٦-١١٠	٩٢
٣- إنشاء حق ضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن مستحقا أو صكا قابلا للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر	١١١-١٢٢	٩٣
٤- إنشاء حق ضماني في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي	١٢٣-١٢٥	٩٦
٥- إنشاء حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل	١٢٦-١٢٧	٩٦
٦- إنشاء حق ضماني في مستند قابل للتداول أو في موجود ملموس مشمول بمستند قابل للتداول	١٢٨	٩٧
جيم- التوصيات ١٣-٢٨		٩٧
ثالثا- نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة	١-١٥٨	١٠٣
ألف- ملاحظات عامة	١-١٢٧	١٠٣
١- مقدّمة	١-٤	١٠٣
٢- مسائل السياسات الأساسية	٥-٢٨	١٠٤
٣- التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية	٢٩-٤٦	١١٠
٤- الحيازة	٤٧-٦٦	١١٤
٥- التسجيل في سجل متخصص أو التأشير على شهادة الملكية	٦٧-٨٦	١١٩
٦- نفاذ الحق الضماني في العائدات تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة	٨٧-٩٦	١٢٤
٧- نفاذ الحق الضماني في الملحقات تجاه الأطراف الثالثة	٩٧-١٠٧	١٢٧
٨- نفاذ الحق الضماني في كتلة أو منتج تلقائيا تجاه أطراف ثالثة	١٠٨-١١٦	١٣٠
٩- استمرار نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة بعد تغيّر مكان موقع الموجودات أو مكان المانح	١١٧-١١٩	١٣٢
١٠- استمرارية نفاذ تجاه الأطراف الثالثة وانقضاء أجله	١٢٠-١٢٧	١٣٣

	الفقرات	الصفحة
باء- تعليقات تخص موجودات معيّنة	١٢٨-١٥٨	١٣٥
١- نفاذ الحق الضماني في حق ضماني شخصي أو حق ملكية يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر تجاه الأطراف الثالثة	١٢٨-١٣٧	١٣٥
٢- نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة	١٣٨-١٤٨	١٣٧
٣- نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة	١٤٩-١٥٣	١٤٠
٤- نفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول تجاه الأطراف الثالثة	١٥٤-١٥٨	١٤١
جيم- التوصيات ٢٩-٥٣		١٤٢
رابعا- نظام السجل	١-١١٧	١٤٩
ألف- ملاحظات عامة	١-١١٧	١٤٩
١- مقدّمة	١-٦	١٤٩
٢- الإطار التشغيلي للسجل	٧-٤٦	١٥٠
٣- أمن وسلامة قيود السجل	٤٧-٥٤	١٦١
٤- المسؤولية عن الخسارة أو الضرر	٥٥-٦٤	١٦٣
٥- ما ينبغي أن يتضمنه الإشعار المسجل	٦٥-٩٧	١٦٥
٦- التسجيل المسبق وتسجيل واحد لحقوق ضمانية متعددة	٩٨-١٠١	١٧٤
٧- وقت نفاذ تسجيل الإشعار أو التعديل	١٠٢-١٠٥	١٧٥
٨- الإذن بالتسجيل	١٠٦	١٧٦
٩- إلغاء الإشعار المسجل أو تعديله	١٠٧-١١٦	١٧٦
١٠- السجلات المتخصصة	١١٧	١٧٨
باء- التوصيات ٥٤-٧٥		١٧٨
خامسا- أولوية الحق الضماني	١-١٦٩	١٨٥
ألف- ملاحظات عامة	١-١٥٠	١٨٥
١- مقدّمة	١-١٠	١٨٥
٢- ميدان الأولوية	١١-١٩	١٨٧
٣- نهوج صوغ قواعد الأولوية	٢٠-٢٦	١٩٠
٤- الأسس المختلفة التي يجوز أن تحدد الأولوية وفقاً لها	٢٧-٤١	١٩١
٥- قواعد تحديد الأولوية فيما بين المطالبين المتنافسين	٤٢-١٢٤	١٩٤
٦- نطاق قواعد الأولوية وتفسيرها	١٢٥-١٥٠	٢١٨
باء- ملاحظات بشأن موجودات معينة	١٥١-١٦٩	٢٢٥
١- أولوية الحق الضماني في صك قابل للتداول	١٥٤-١٥٦	٢٢٥
٢- أولوية الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي	١٥٧-١٦٣	٢٢٦
٣- أولوية الحق الضماني في النقود	١٦٤	٢٢٧
٤- أولوية الحق الضماني في الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل	١٦٥-١٦٦	٢٢٨

		الفقرات	الصفحة
	٥- أولوية الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول	١٦٧-١٦٩	٢٢٨
	جيم- التوصيات ٧٦-١٠٩		٢٢٩
سادسا-	حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما	١-٨٠	٢٣٧
	ألف- ملاحظات عامة	١-٦٨	٢٣٧
	١- مقدّمة	١-٧	٢٣٧
	٢- استقلالية الطرفين	٨-١٥	٢٣٨
	٣- القواعد الإلزامية السابقة للتقصير	١٦-٣٩	٢٤٠
	٤- القواعد غير الإلزامية السابقة للتقصير	٤٠-٤٦	٢٤٦
	٥- قواعد غير إلزامية نمطية من القواعد السابقة للتقصير	٤٧-٦٨	٢٤٨
	باء- ملاحظات تخص موجودات معيّنة	٦٩-٨٠	٢٥٣
	١- إقرارات المحيل	٧٣	٢٥٤
	٢- الحق في إشعار المدين بالمستحق.....	٧٤-٧٥	٢٥٥
	٣- الحق في الحصول على سداد المستحق	٧٦-٨٠	٢٥٥
	جيم- التوصيات ١١٠-١١٦		٢٥٧
سابعا-	حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها.....	١-٤٥	٢٥٩
	ألف- ملاحظات عامة.....	١-٤٥	٢٥٩
	١- مقدمة	١-٦	٢٥٩
	٢- مفعول الحق الضماني على التزامات الطرف الثالث المدين	٧-٤٥	٢٦٠
	باء- التوصيات ١١٧-١٣٠.....		٢٧١
ثامنا-	إنفاذ الحق الضماني	١-١١٢	٢٧٥
	ألف- ملاحظات عامة.....	١-٩٢	٢٧٥
	١- مقدّمة	١-٩	٢٧٥
	٢- مبادئ الإنفاذ العامة	١٠-٣٦	٢٧٧
	٣- الخطوات الإجرائية السابقة للإنفاذ، وحقوق المانح	٣٧-٤٨	٢٨٦
	٤- الإنفاذ غير القضائي لحقوق الدائن المضمون	٤٩-٧٣	٢٩٠
	٥- آثار الإنفاذ	٧٤-٨١	٢٩٨
	٦- إنفاذ الحق الضماني في العائدات	٨٢-٨٤	٣٠١
	٧- التداخل بين نظم الإنفاذ الخاصة بالممتلكات المنقولة وغير المنقولة	٨٥-٨٩	٣٠٢
	٨- إنفاذ الحق الضماني في ملحق بموجودات منقولة أو في كتلة أو منتج	٩٠-٩٢	٣٠٤
	باء- ملاحظات تخصّ موجودات معيّنة	٩٣-١١٢	٣٠٥
	١- استعراض عام	٩٣	٣٠٥
	٢- إنفاذ حق ضماني في مستحق	٩٤-٩٨	٣٠٥
	٣- الإنفاذ في حالة النقل التام للمستحق	٩٩-١٠١	٣٠٦
	٤- إنفاذ الحق الضماني في صك قابل للتداول	١٠٢-١٠٤	٣٠٧
	٥- إنفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي	١٠٥-١٠٨	٣٠٨

	الفقرات	الصفحة
٦- إنفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل	١٠٩-١١٠	٣٠٩
٧- إنفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول	١١١-١١٢	٣١٠
جيم- التوصيات ١٣١-١٧٧		٣١٠
تاسعا- تمويل الاحتياز	١-٢١٣	٣١٩
ألف- ملاحظات عامة	١-٢١٣	٣١٩
١- مقدّمة	١-٥	٣١٩
٢- مصطلحات تمويل الاحتياز وتنوّع أشكاله	٦-١٢	٣٢٠
٣- الخلفية التجارية	١٣-٤٣	٣٢١
٤- النهوج المتّبعة في تمويل احتياز الموجودات الملموسة	٤٤-٥٩	٣٢٩
٥- الاختيارات الرئيسية في السياسة العامة	٦٠-٨٤	٣٣٣
٦- إنشاء الحق الضماني (نفاذه بين الطرفين)	٨٥-٩٥	٣٣٩
٧- النفاذ تجاه الأطراف الثالثة	٩٦-١١٥	٣٤٢
٨- الأولوية	١١٦-١٨٢	٣٤٧
٩- حقوق الطرفين والتزاماتهما السابقة للتقصير	١٨٣-١٨٧	٣٦٦
١٠- الإنفاذ	١٨٨-١٩٦	٣٦٧
١١- تنازع القوانين	١٩٧-٢٠٠	٣٧٠
١٢- الفترة الانتقالية	٢٠١-٢٠٥	٣٧١
١٣- الإعسار	٢٠٦-٢١٣	٣٧٢
باء- التوصيات ١٧٨-٢٠٢		٣٧٤
عاشرا- تنازع القوانين	١-٨٧	٣٨٣
ألف- ملاحظات عامة	١-٨٢	٣٨٣
١- مقدّمة	١-٩	٣٨٣
٢- نطاق قواعد تنازع القوانين	١٠-١٤	٣٨٥
٣- قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بإنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته	١٥-٢٧	٣٨٦
٤- القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في موجودات ملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته	٢٨-٣٨	٣٨٩
٥- القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته	٣٩-٥٤	٣٩٢
٦- القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته	٥٥-٦٠	٣٩٦
٧- القانون المنطبق على حقوق طرفي الاتفاق الضماني والتزاماتهما	٦١	٣٩٧
٨- القانون المنطبق على حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها	٦٢-٦٣	٣٩٨
٩- القانون المنطبق على إنفاذ الحق الضماني	٦٤-٧٢	٣٩٨
١٠- قواعد تحديد المكان والوقت الملائم لذلك	٧٣-٧٨	٤٠١
١١- السياسة العامة والقواعد الملزمة دوليا	٧٩	٤٠٢

	الفقرات	الصفحة
١٢- أثر بدء إجراءات الإعسار على القانون المنطبق على الحقوق الضمانية	٨٠-٨٢	٤٠٢
باء- ملاحظات خاصة بالدول المتعددة الوحدات	٨٣-٨٧	٤٠٣
جيم- التوصيات ٢٠٣-٢٢٧		٤٠٤
حادي عشر- الفترة الانتقالية	١-٣٣	٤١١
ألف- ملاحظات عامة	١-٣٣	٤١١
١- مقدمة	١-٣	٤١١
٢- تاريخ نفاذ القانون الجديد	٤-٦	٤١٢
٣- النهج العام المتبع إزاء الحقوق المكتسبة	٧-١٢	٤١٣
٤- المسائل التي ستتناولها الأحكام الانتقالية	١٣-٣٣	٤١٤
باء- التوصيات ٢٢٨-٢٣٤		٤٢٠
ثاني عشر- أثر الإعسار في الحق الضماني	١-٦٧	٤٢٣
ألف- ملاحظات عامة	١-٦٧	٤٢٣
١- مقدّمة	١-٦	٤٢٣
٢- المصطلحات	٧-١٢	٤٢٣
٣- مبادئ عامة بشأن الحقوق الضمانية في الإعسار	١٣	٤٢٥
٤- القانون المنطبق في إجراءات الإعسار	١٤-١٧	٤٢٦
٥- معاملة الموجودات المرهونة	١٨-٣٦	٤٢٧
٦- التمويل اللاحق لبدء الإجراءات	٣٧-٣٨	٤٣١
٧- معاملة العقود	٣٩-٤٢	٤٣٢
٨- إجراءات الإبطال	٤٣-٤٤	٤٣٣
٩- مشاركة الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار	٤٥-٤٦	٤٣٣
١٠- إجراءات إعادة التنظيم	٤٧-٥٣	٤٣٤
١١- إجراءات إعادة التنظيم المعجّلة	٥٤-٥٥	٤٣٥
١٢- معاملة المطالبات المضمونة	٥٦-٥٨	٤٣٦
١٣- ترتيب المطالبات المضمونة	٥٩-٦٣	٤٣٧
١٤- تمويل الاحتياز	٦٤-٦٦	٤٣٨
١٥- المستحقات الخاضعة لنقل تام قبل بدء الإجراءات	٦٧	٤٣٩
باء- التوصيات		٤٣٩
١- دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار: المصطلحات والتوصيات		٤٣٩
٢- التوصيات الإضافية بشأن الإعسار		٤٥١
المرفقان		
الأول- مصطلحات وتوصيات *دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة*		٤٥٣
الثاني- قرار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وقرار الجمعية العامة ١٢١/٦٣		٥٣٥
ألف- قرار اللجنة		٥٣٥
باء- قرار الجمعية العامة ١٢١/٦٣		٥٣٦
الفهرس		٥٣٩

مقدّمة

ألف- الغرض من *الدليل*

١- الغرض من *دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة* (ويشار إليه فيما يلي بعبارة "*الدليل*") هو مساعدة الدول على وضع قوانين عصرية للمعاملات المضمونة[١] (أي قوانين تتعلق بالمعاملات التي تُنشئ حقا ضمانيا في ممتلكات منقولة)، بغية تعزيز توافر الائتمان المضمون. ويقصد *بالدليل* أن يكون مفيدا للدول التي لديها حاليا قوانين ناجعة وفعّالة للمعاملات المضمونة، وكذلك الدول التي لديها بالفعل قوانين صالحة للتطبيق العملي ولكنها ترغب في تحديث قوانينها ومواءمتها مع قوانين الدول الأخرى.

٢- ويستند *الدليل* إلى افتراض أن قوانين المعاملات المضمونة السليمة يمكن أن تحقِّق مزايا اقتصادية كبيرة للدول التي تعتمدها، ومنها اجتذاب الائتمان من المقرضين الوطنيين والأجانب وغيرهم من مقدّمي الائتمان، وتعزيز تنمية المنشآت التجارية الوطنية (خصوصا المنشآت الصغيرة والمتوسطة) ونموها، وزيادة التبادل التجاري بوجه عام. وتفيد هذه القوانين أيضا المستهلكين بخفض أسعار السلع والخدمات وجعل الائتمان الاستهلاكي أيسر منالا. ولكي تحقِّق هذه القوانين الأهداف المقصودة منها تحقيقا كاملا، يجب أن تكون مدعومة بنظم قضائية وآليات إنفاذ أخرى تتسم بالكفاءة والفعالية. كما يجب أن تُدعم بقوانين إعسار تراعي الحقوق المستمدة من قوانين المعاملات المضمونة (مثل قانون الإعسار الموصى به في دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار؛ ويُشار إليه فيما يلي بعبارة "دليل الأونسيترال للإعسار").[٢]

٣- ويسعى *الدليل* إلى تجاوز الاختلافات بين النظم القانونية، ليعرض حلولا عملية ومجرَّبة يمكن قبولها وتنفيذها في الدول ذات التقاليد القانونية المتباينة (تقاليد القانون المدني والقانون العام وكذا الصيني والإسلامي وغيرها) وفي الدول ذات الاقتصادات النامية أو الاقتصادات المتقدمة النمو. وينصبّ تركيز *الدليل* على القوانين التي تحقِّق مزايا اقتصادية عملية للدول التي تعتمدها. وفي حين يُحتمل أن يتعيَّن على الدول أن تتكبد تكاليف متوقَّعة ولكن محدودة لتنفيذ هذه القوانين، فإن التجارب الوفيرة تدل على أن المنافع التي تجنيها هذه الدول في الأمدين القصير والطويل من المتوقع أن تفوق التكاليف بكثير.

٤- وتحتاج جميع المنشآت التجارية، سواء أكانت مشتغلة في مجال التعدين أم قطع الأخشاب أم الزراعة أم الصناعة التحويلية أم التوزيع أم تقديم الخدمات أم تجارة التجزئة، إلى رأس مال عامل لكي تعمل وتنمو وتنافس بنجاح في السوق. وقد ثبت، من خلال دراسات أجرتها منظمات كالبنك الدولي للإنشاء والتعمير (البنك الدولي) وصندوق النقد الدولي ومصرف التنمية الآسيوي والمصرف

---

[١] مصطلح "المعاملة المضمونة"، مثله في ذلك مثل مصطلحات ومفاهيم عديدة أخرى في *الدليل*، مشروح في الباب باء من المقدمة. ولذا فقد يرغب القارئ في الرجوع إلى ذلك الباب عند قراءة *الدليل*.

[٢] منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10. ويتناول الفصل الثاني عشر من *الدليل* أثر الإعسار على الحقوق الضمانية بطريقة شاملة تتوافق مع دليل الأونسيترال للإعسار. وهكذا فالتوصيات الأساسية المستمدة من دليل الأونسيترال للإعسار والمتعلقة على وجه الخصوص بالحقوق الضمانية مدرجة في الفصل الثاني عشر من هذا *الدليل*، مع بعض التوصيات الإضافية التي تتناول بمزيد من التفصيل المسائل التي يناقشها دليل الأونسيترال للإعسار ولكنها ليست موضوعا لتوصيات في ذلك الدليل.

الأوروبي للإنشاء والتعمير، أنّ الائتمان المضمون من أكثر الوسائل فعالية لتوفير رأس المال العامل للمؤسسات التجارية.

٥- والعامل الرئيسي في فعالية الائتمان المضمون هو أنه يتيح للمنشآت التجارية استخدام القيمة الكامنة في موجوداتها كوسيلة لتقليل المخاطرة على الدائن بعدم سداد الدَّين. فالمخاطرة تقل لأن الائتمان المضمون بموجودات يتيح للدائنين استخدام تلك الموجودات كمصدر آخر لاسترداد أموالهم في حال عدم سداد الالتزام المضمون. ومع تضاؤل هذه المخاطرة في تصور الدائنين المحتملين في المعاملة الائتمانية المقترحة، يكون من الأرجح أن يكونوا على استعداد لتقديم الائتمان وأن يزيدوا من مقداره أو يخفضوا تكلفته.

٦- ووجود نظام قانوني يدعم المعاملات الائتمانية المضمونة أمر بالغ الأهمية في الحد من المخاطر المتصورة للمعاملات وفي تعزيز توافر الائتمان المضمون عموما. فالائتمان المضمون أيسر توافرا للمنشآت التجارية الموجودة في الدول التي لديها قوانين كفؤة وفعّالة تكفل حصول الدائنين المضمونين على نتائج متسقة وقابلة للتنبؤ في حال عدم قيام المدينين بالسداد. ومن الناحية الأخرى تزداد تكلفة الائتمان عادة في الدول التي يعني فيها عدم وجود تلك القوانين أن الدائنين يتصورون أنّ المخاطر المرتبطة بالمعاملات الائتمانية عالية، لأنّ الدائنين يشترطون تعويضا أكبر من أجل تقييم المخاطر الزائدة وتحمّلها. وفي بعض الدول، أدى عدم وجود نظام كُفء وفعّال للمعاملات المضمونة، أو عدم وجود نظام قانوني للإعسار يُعترف فيه بالحقوق الضمانية، إلى القضاء تقريبا على توافر الائتمان للمنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة، وكذلك للمستهلكين.

٧- ويمكن أيضا أن يكون للنظام القانوني الذي يُعزِّز الائتمان المضمون تأثير إيجابي في الازدهار الاقتصادي العام للدولة، بما يوفره من مساعدة على تأسيس المنشآت التجارية المنفردة ونموها. ومن ثم فإن الدول التي ليس لديها نظام كُفء وفعّال للمعاملات المضمونة قد تحرم نفسها من منافع اقتصادية قيّمة.

٨- ويقترح *الدليل*، لكي يعزز على أفضل وجه توافر الائتمان المضمون، صوغ قوانين المعاملات المضمونة على نحو يمكِّن المنشآت التجارية من الانتفاع إلى أقصى حد ممكن من القيمة الكامنة في موجوداتها المنقولة من أجل الحصول على الائتمان. وفي هذا الصدد، يعتمد *الدليل* مفهومين من أكثر المفاهيم جوهرية في القوانين الناجحة للمعاملات المضمونة. أولهما هو مفهوم نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة (باعتباره مفهوماً متميزاً عن مفهوم النفاذ بين الطرفين). ومن العناصر الرئيسية لهذا المفهوم وجود آلية بسيطة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة من خلال تسجيل إشعار على نحو سريع وزهيد التكلفة. أما المفهوم الثاني فهو مفهوم الأولوية. ويسمح هذا المفهوم بوجود متزامن لحقوق ضمانية ذات أولويات مختلفة في الموجودات ذاتها. وهذا يتيح للمنشأة التجارية أن تستغلّ قيمة موجوداتها إلى أقصى حد ممكن في الحصول على ائتمان مضمون من أكثر من دائن واحد باستخدام الموجودات ذاتها كضمان، كما يتيح لكل دائن، في الوقت ذاته، أن يعرف مدى أولوية حقه الضماني. وهذان المفهومان يبحثهما الفصلان الثالث والخامس من *الدليل* بالتفصيل.

٩- والنظام القانوني المتوخى في *الدليل* هو نظام داخلي بحت. *فالدليل* موجّه إلى المشرّعين الوطنيين الذين ينظرون في إصلاح قوانينهم الداخلية المتعلقة بالمعاملات المضمونة. بيد أنه بالنظر إلى أنّ المعاملات المضمونة تتعلق في كثير من الأحيان بأطراف وموجودات كائنة في دول مختلفة فإن *الدليل* يسعى أيضا إلى معالجة مسألة الاعتراف بالحقوق الضمانية والأدوات الضمانية القائمة على حق الملكية (مثل ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية في الموجودات الملموسة وعمليات الإيجار التمويلي لها) التي تكون قد أُنشئت فعليا في دول أخرى. وهذا الاعتراف من شأنه أن يمثّل تحسينا ملحوظا لصالح

أصحاب تلك الحقوق مقارنة بالقوانين النافذة في كثير من الدول حاليا، والتي كثيرا ما تضيع في إطارها تلك الحقوق حالما تُنقل الموجودات المرهونة عبر الحدود الوطنية، ومن شأنه أيضا أن يسهم إسهاما كبيرا في تشجيع الدائنين على تقديم الائتمان في المعاملات العابرة للحدود، وهذه نتيجة يمكن أن تعزز التجارة الدولية.

١٠- ويسعى *الدليل*، في كل أجزائه، إلى إقامة توازن بين مصالح المدينين ومصالح الدائنين (سواء أكانوا مضمونين أم مميَّزين أم غير مضمونين)، والأطراف الأخرى المتأثرة (مثل المشترين وسائر من تُنقل إليهم الموجودات المرهونة)، والدولة. ويعتمد *الدليل* في هذا المسعى الفرضية المنطقية التي تدعمها شواهد تجريبية وفيرة والتي تشير إلى أن جميع الدائنين سيتقبلون مثل هذا النهج المتوازن، الذي سيشجعهم بالتالي على تقديم الائتمانات، ما دامت القوانين (والبنى التحتية القانونية والحكومية الداعمة لها) تمكّن الدائنين من تقييم مخاطرهم بمستوى عال من إمكانية التنبؤ وبثقة من أنهم سيحصلون في نهاية المطاف على القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة في حال عدم السداد أو عدم الأداء من جانب المدين. ومن الضروري لهذا التوازن أن يكون هناك تنسيق وثيق بين النظم القانونية الخاصة بالمعاملات المضمونة والنظم القانونية الخاصة بالإعسار، بما في ذلك الأحكام المتعلقة بمعاملة الحقوق الضمانية في حال إعادة تنظيم المنشأة أو تصفيتها. وإضافة إلى ذلك فإنّ بعض المدينين، ومنهم مثلا المستهلكون المدينون، يحتاجون إلى تدابير حماية إضافية. ومن ثم فعلى الرغم من أن النظام الذي يتوخاه *الدليل* سينطبق على أشكال عديدة من المعاملات الاستهلاكية فإنه لا يُقصد به أن يعلو على قوانين حماية المستهلكين أو أن يصوغ سياسات لحماية المستهلكين، حيث إنّ هذه المسائل تتناولها عادة تشريعات أخرى.

١١- وعلى نفس المنوال، يعالج *الدليل* أيضا ما أُبدي من شواغل تتعلق بالائتمان المضمون. ومن تلك الشواغل أن إعطاء الدائن حقا ذا أولوية في المطالبة بجميع موجودات شخص ما أو جميعها تقريبا قد يبدو أنه يحد من قدرة ذلك الشخص على الحصول على التمويل من مصادر أخرى. ومنها أيضا احتمال تمكّن الدائن المضمون من ممارسة نفوذ مفرط على المنشأة، من حيث أنه قد يستولي على ما لدى المنشأة من موجودات مرهونة، أو يهدد بالاستيلاء عليها، في حال عدم السداد. وثمة شاغل ثالث هو أن الدائنين المضمونين قد يقومون في بعض الحالات بإنفاذ حقوقهم في كل موجودات الشخص أو معظمها في حال إعساره ويتركون القليل للدائنين غير المضمونين، الذين قد لا يكون بوسعهم أن يساوموا للحصول على حق ضماني في تلك الموجودات. ويناقش *الدليل* هذه الشواغل، ويقترح حلولا متوازنة في الحالات التي يظهر فيها أن للشواغل أسبابا وجيهة.

١٢- ويرتكز *الدليل* على الأعمال السابقة التي اضطلعت بها الأونسيترال ومنظمات أخرى. وتشمل تلك الأعمال القانون النموذجي بشأن المعاملات المضمونة، الذي فرغ المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير من إعداده في عام ١٩٩٤؛[٣] والمبادئ الأساسية لقانون المعاملات المضمونة، التي فرغ المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير من إعدادها في عام ١٩٩٧؛[٤] والقانون الموحّد الذي ينظّم شؤون الأوراق المالية، الذي أعدّته المنظمة المعنية بمواءمة قوانين الأعمال في أفريقيا في عام ١٩٩٧؛[٥] والدراسات المتعلقة بالإعسار وإصلاح قوانين المعاملات المضمونة في آسيا، ودليل سجلات المنقولات، الذي أعدّه مصرف التنمية الآسيوي؛[٦] واتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية، التي اعتمدت في

---

[٣] القانون النموذجي بشأن المعاملات المضمونة، الذي نشره المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير في لندن عام ١٩٩٤.

[٤] www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/model/core.htm.

[٥] www.ohada.com/textes.php?categorie=458.

[٦] انظر Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000، المجلد الأول (نيسان/أبريل ٢٠٠٠)، وLaw and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000، المجلد الثاني (كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٠)، وLaw and Policy Reform at the Asian Development Bank — A Guide to Movables Registries (كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٢).

عام ٢٠٠١ (يُشار إليها فيما يلي بعبارة "اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات")؛[٧] والاتفاقية بشأن الضمانات الدولية على المعدّات المنقولة، التي اعتُمدت في عام ٢٠٠١، والبروتوكولات ذات الصلة الملحقة بها؛[٨] وقانون منظمة الدول الأمريكية النموذجي للمعاملات المضمونة للبلدان الأمريكية، الذي أُعدّ في عام ٢٠٠٢؛[٩] ودليل الأونسيترال للإعسار، الذي أُكمل في عام ٢٠٠٤؛[١٠] والاتفاقية الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط، التي اعتمدها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في عام ٢٠٠٢؛ (يشار إليها فيما يلي بعبارة "اتفاقية لاهاي بشأن الأوراق المالية")؛[١١] واتفاقية اليونيدروا بشأن القواعد الموضوعية المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط (جنيف، ٢٠٠٩).[١٢]

١٣- ويورد الباب باء، بشأن المصطلحات والتفسير، المبادئ التي يقوم عليها تفسير المصطلحات المستخدمة في صلب *الدليل*. وتُعرض المصطلحات الرئيسية في المسرد الذي يتصدر *الدليل*، حيث يُشرح المعنى الدقيق الذي تدل عليه تلك المصطلحات. ويقدِّم الباب جيم أدناه لمحة عامة عن مختلف أنواع الممارسات التمويلية التي يهدف *الدليل* إلى تناولها، على النحو الذي توجد به هذه الأنواع في العديد من الدول اليوم. والهدف من ذلك هو توضيح مجموعة من المعاملات الائتمانية التي ترمي توصيات *الدليل* إلى تناولها. والباب دال أدناه مكرس لبيان الأهداف الرئيسية والسياسات الأساسية التي يستند إليها النظام الفعال والكُفء للمعاملات المضمونة. والأهداف الرئيسية الواردة في الباب دال-١ مستمدّة من دراسة الأهداف الرئيسية للتشريعات الخاصة بالمعاملات المضمونة، استنادا إلى الأعمال التي تقوم بها المنظمات الأخرى، ومستكملة بالاعتبارات الإضافية الناشئة من أعمال الأونسيترال نفسها بشأن التمويل بالمستحقات والإعسار. وفي الباب دال-٢ أدناه، تُعرض سلسلة من السياسات الأساسية التي توجّه توصيات *الدليل*. وهذه السياسات مبينة من أجل تسليط الضوء على السمات الرئيسية للدليل التي يمكن أن تمثل خروجا عن القوانين الحالية للعديد من الدول، وتوفير صلة تربط بين الأهداف الرئيسية العامة والتوصيات المحددة الواردة في *الدليل*.

١٤- ويبحث الباب هاء عددا من المسائل ذات الصلة بتنفيذ قانون جديد للمعاملات المضمونة. فيتناول الباب هاء-٢ مسألة الكيفية التي يمكن للدول أن تضمن بها أن التشريعات التي تسنُّها باتباع توصيات *الدليل* ستدمج بفعالية في الإطار القانوني القائم. ويناقش الباب هاء-٣ كيف يمكن أن تنفذ توصيات *الدليل* على نحو يتسق مع مجموعة متنوعة من أساليب الصياغة التشريعية، بينما يقترح الباب هاء-٤ عددا من الخطوات اللاحقة للتنفيذ، التي قد ترغب الدول في اتخاذها لضمان أن يكون قانون المعاملات المضمونة المنقّح فعّالاً في الممارسة العملية. وتختتم المقدمة بالتوصية الأولى للدليل، التي تبين الأهداف الرئيسية التي ينبغي أن تتبعها الدول في سن قانون للمعاملات المضمونة يتسم بالكفاءة والفعالية.

باء- المصطلحات والتفسير

١٥- تتقاطع في قانون المعاملات المضمونة عدة فروع من القانون الوطني. ولذلك، ومن أجل كفالة الوضوح والتقليل إلى الحد الأدنى من سوء الفهم، يعتمد *الدليل* مصطلحات دقيقة للتعبير عن المفاهيم

---

[٧] منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.04.V.14.

[٨] اتفاقية كيب تاون وبروتوكول الطائرات، أعمال ووقائع مؤتمر كيب تاون الدبلوماسي، عام ٢٠٠٦، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا)، روما.

[٩] www.oas.org/dil/cidip-vi-securedtransactions__eng.htm.

[١٠] انظر الحاشية ٢ أعلاه.

[١١] وقائع الدورة التاسعة عشرة (٢٠٠٢)، المجلد الثاني، الأوراق المالية، مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، ٢٠٠٦، http://hcch.e-vision.nl/index__en.php?act=conventions.text&cid=72.

[١٢] www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm.

التي يستند إليها نظام المعاملات المضمونة الفعّال. وليست التعابير المستخدمة مستمدة من أي نظام قانوني معيّن. وحتى عندما يبدو أن التعبير هو نفس التعبير المستخدم في قانون وطني معيّن (سواء أكان قانوناً للمعاملات المضمونة أم أي قانون آخر)، لا يرمي *الدليل* إلى اعتماد معنى ذلك التعبير حسبما هو وارد في ذلك القانون الوطني. وبدلا من ذلك، ومن أجل تيسير التفاهم الدقيق المستقل عن أي نظام قانوني وطني معيّن، يقدم *الدليل* تعاريف للمصطلحات الرئيسية المستخدمة فيه (انظر أدناه). ويُقصد من هذه التعاريف أن تمكّن قراء *الدليل* من فهم توصياته بطريقة متسقة، وتزويدهم بقائمة مصطلحات مشتركة وإطار مفاهيمي مشترك. وهي لذلك مكوّن جوهري من مكوِّنات *الدليل*.

١٦- ويتوقف نطاق كل توصية ومحتواها على المصطلحات المُستخدَمة فيها. ومن المهم، عندما تشترِع الدول قانونا للمعاملات المضمونة، أن تعرف المصطلحات والمفاهيم تعريفا وافيا، إذا كانت لا تشكِّل بالفعل جزءا من القانون الوطني. وتستخدم بعض التوصيات مصطلحات مشروحة فيها على وجه التحديد. كما أن بعض التعابير المعرَّفة أدناه مبيّنة بمزيد من التفصيل في التوصيات التي تستخدم تلك المصطلحات أو في فصول *الدليل* ذات الصلة. والوضع المثالي هو أن تدرج الدول هذه المصطلحات والمفاهيم ببساطة في القانون الجديد، مع تغيير التسميات عند الاقتضاء ولكن مع الحفاظ على المضمون والمفاهيم. وبدلا من ذلك، يمكن أن تنظر الدول في اعتماد المعاني كما هي معرّفة في *الدليل* كأساس لصوغ التعاريف في القانون الذي يشترع توصيات *الدليل*. وفي الحالتين كلتيهما، يمكن أن يساعد ذلك على تفادي التغييرات غير المقصودة في المضمون، وتفسير التشريع الجديد تفسيرا موحّداً إلى الحد الأقصى، وتعزيز مواءمة قانون المعاملات المضمونة.

١٧- وفي توصيات *الدليل*، لا يقصد بالحرف "أو" أن يكون حصري الدلالة؛ وصيغة المفرد تشمل صيغة الجمع أيضا، والعكس صحيح؛ ولا يُقصد بالعبارتين "تشمل" و"بما في ذلك" أن تشيرا إلى قائمة كاملة الشمول؛ ويدل الفعل "يجوز" على السماح في حين أن الفعل "ينبغي" يدل على الأمر، ويجب أن تُفسّر التعابير "كـ" و"مِثل" و"على سبيل المثال" على النحو ذاته الذي فُسِّرت به العبارتان "تشمل" و"بما في ذلك". وينبغي تفسير التعبير "الدائنون" على أنه يشمل الدائنين في الدولة المشترعة والدائنين الأجانب على السواء، ما لم يُذكر خلاف ذلك. وينبغي تفسير الإشارات إلى "الشخص" على أنها تشمل الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين على السواء، ما لم يُذكر خلاف ذلك. والإشارات إلى "الحق في الممتلكات" تُفسَّر على أنها تشير إلى الحق في الموجودات (الحق العيني) في مقابل الحق الشخصي.

١٨- وقد تختار بعض الدول تنفيذ توصيات *الدليل* بسن قانون شامل واحد (وهي طريقة يُرجَّح أن تُفضي إلى الاتساق وإلى تفادي أخطاء الإغفال أو سوء الفهم). وقد تسعى دول أخرى إلى تعديل مجموعة قواعدها القانونية القائمة بإدراج قواعد مُحدَّدة في قوانين شتى. ويشير *الدليل* إلى كامل مجموعة القواعد الموصى بها، أيا كانت الطريقة المختارة للتنفيذ، بعبارة "القانون" أو "هذا القانون".

١٩- ويستخدم *الدليل* أيضا تعبير "القانون" في سياقات أخرى مختلفة. وباستثناء الحالات التي يُنص فيها صراحة على خلاف ذلك، ففي كل أجزاء *الدليل*: *(أ)* تدل جميع الإشارات إلى القانون على القانون التشريعي وغير التشريعي على السواء؛ *(ب)* وتدل جميع الإشارات إلى القانون على القانون الداخلي، باستثناء قواعد تنازع القوانين (بغية تفادي الإحالة إلى القانون الداخلي)؛ *(ج)* وتدل جميع الإشارات إلى "قانون آخر" على كامل مجموعة قوانين الدولة (سواء أكانت موضوعية أم إجرائية) ما عدا تلك التي تجسّد القانون الذي يحكم المعاملات المضمونة (سواء أكانت موجودة من قبل أم سُنَّت أو عُدّلت مؤخرا عملا بتوصيات *الدليل*)؛ *(د)* وتدل جميع الإشارات إلى "القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول" ليس فقط على قانون خاص أو مجموعة قواعد قانونية خاصة تُسمى "قانون الصكوك القابلة للتداول"،

بل تشمل أيضا جميع قوانين العقود وسائر القوانين العامة التي قد تسري على المعاملات أو الحالات المتعلقة بصك قابل للتداول (وتنطبق القاعدة ذاتها على العبارات المشابهة)؛ *(هـ)* وجميع الإشارات إلى "قانون الإعسار" هي شاملة بالمثل، لكنها لا تدل إلا على القانون الذي قد يكون منطبقا على بدء إجراءات الإعسار وتسييرها.

٢٠- وتحدد التعاريف الواردة أدناه المصطلحات الرئيسية المستخدمة والمعنى الأساسي المعطى لها في *الدليل*. ويحدَّد معنى المصطلحات بمزيد من الدقة عندما تستخدم في الفصول المختلفة. كما أن تلك الفصول تُعرِّف وتستخدم مصطلحات إضافية (وذلك مثلا كما في حالة الفصل الثاني عشر المتعلق بأثر الإعسار في الحق الضماني). وينبغي قراءة هذه المصطلحات الإضافية مقترنة بالتوصيات ذات الصلة. وفيما يلي المصطلحات الرئيسية الواردة في *الدليل* ومعانيها الأساسية:

"اتفاق السيطرة" يعني اتفاقا بين المصرف الوديع والمانح والدائن المضمون، مثبتا بكتابة موقّعة،[١٣] يوافق بموجبه المصرف الوديع على اتباع تعليمات الدائن المضمون بخصوص سداد الأموال المودعة في الحساب المصرفي دون موافقة إضافية من المانح؛

"الاتفاق الضماني" يعني اتفاقا بين المانح والدائن، أيا كان شكله أو المصطلح المستخدم للتعبير عنه، ينشئ حقا ضمانيا. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا الاتفاق على النقل التام لمستحق رغم أن النقل التام لمستحق لا يضمن الوفاء بالتزام؛[١٤]

"اتفاق المعاوضة" يعني اتفاقا بين طرفين أو أكثر ينص على واحد أو أكثر من الأمور التالية:

(أ) التسوية الصافية لمدفوعات مستحقة بالعملة ذاتها وفي التاريخ ذاته سواء بالتجديد أو بطريقة أخرى؛ أو

(ب) عند إعسار طرف أو تقصيره على نحو آخر، إنهاء جميع المعاملات الجارية بقيمتها الإحلالية أو بقيمتها السوقية المنصفة، وتحويل المبالغ المتأتية من هذا الإنهاء إلى عملة واحدة ومعاوضتها في دفعة واحدة من جانب طرف إلى الطرف الآخر؛ أو

(ج) مقاصة المبالغ المحسوبة على النحو المبيَّن في الفقرة الفرعية *(ب)* أعلاه في إطار اتفاقين أو أكثر من اتفاقات المعاوضة؛[١٥]

"إجراءات الإعسار" تعني الإجراءات الجماعية الخاضعة لإشراف محكمة الإعسار، والمتخذة إما بغرض إعادة التنظيم وإما بغرض التصفية؛

"الإحالة" تعني إنشاء حق ضماني في مستحق يضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا النقل التام لمستحق وإن كانت الإحالة التي تمثل نقلا تاما للمستحق لا تضمن سدادَ التزام أو الوفاء به على نحو آخر؛[١٦]

---

[١٣] للاطلاع على معنى مصطلح "الكتابة الموقّعة" في سياق الخطابات الإلكترونية، انظر التوصيتين ١١ و١٢.

[١٤] انظر مصطلح "الحق الضماني"، وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

[١٥] انظر الفقرة الفرعية *(ل)* من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية ("اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات") (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.04.V.14).

[١٦] انظر مصطلح "الحق الضماني"، وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

"الإحالة اللاحقة" تعني إحالة يجريها المحال إليه الأول أو أي مُحال إليه آخر.[١٧] وفي حالة الإحالة اللاحقة، يكون الشخص الذي يجري تلك الإحالة هو المحيل ويكون الشخص الذي تُجرى إليه الإحالة هو المحال إليه؛

"الإشعار" يعني خطابا مكتوبا؛[١٨]

"الإشعار بالإحالة" يعني خطابا مكتوبا يحدّد بشكل معقول المستحق المحال وهوية المحال إليه؛[١٩]

"الإقرار"، فيما يتعلق بالحق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل، يعني أنّ الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى الذي سيسدّد أو سيعطي قيمة بطريقة أخرى عند المطالبة بالسداد ("السحب") بمقتضى تعهد مستقل قد قام، من تلقاء نفسه أو بالاتفاق، بأحد أمرين:

(أ) أقرّ أو قبل (أيا كان شكل إثبات الإقرار أو القبول) بإنشاء حق ضماني (سواء سُمّي إحالة أو غير ذلك) في الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل لصالح الدائن المضمون؛ أو

(ب) التزم بالسداد إلى الدائن المضمون أو بإعطائه بطريقة أخرى قيمة عند السحب بمقتضى تعهد مستقل؛

"الالتزام المضمون" يعني التزاما مضمونا بحق ضماني؛

"الأولوية" تعني أفضلية حق الشخص على حق مطالب منافس في جني المنفعة الاقتصادية لحقه الضماني؛

"التعهد المستقل" يعني خطاب اعتماد (تجاريا أو ضامنا)، أو تثبيتا لخطاب اعتماد، أو كفالة مستقلة (بما في ذلك الكفالة المصرفية المستحقة الدفع عند الطلب أو عند أول طلب أو الكفالة المقابلة)، أو أي تعهد آخر معترف بأنه تعهد مستقل بمقتضى القانون أو قواعد الممارسة، مثل اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، والأعراف والممارسات الموحّدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية، وقواعد الممارسات الضامنة الدولية، والقواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب؛

"الحساب المصرفي" يعني الحساب المحتفظ به لدى مصرف ويمكن إيداع أموال فيه. وهذا المصطلح يشمل حسابات الشيكات وغيرها من الحسابات الجارية، وكذلك حسابات الادخار وحسابات الإيداع المحددة الأجل. ويشمل هذا المصطلح أيضا الحق في تقاضي الأموال المحوّلة إلى المصرف على سبيل الوفاء المرتقب بالتزام سداد آجل كان المصرف قد التزم به، والحق في تقاضي الأموال المحولة إلى المصرف في شكل ضمانة نقدية تكفل الوفاء بالتزام مستحق للمصرف طالما كان للشخص الذي يحول تلك الأموال حق فيها، إذا كان القانون الوطني يعتبر التزام المصرف

[١٧] انظر الفقرة الفرعية *(ب)* من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

[١٨] بخصوص المعادلين الإلكترونيين لمصطلحي "كتابة" و"كتابة موقّعة"، انظر التوصيتين ١١ و١٢.

[١٩] بخصوص وقت نفاذ الإشعار بالإحالة، انظر التوصية ١١٨.

حسابا مصرفيا. ولا يشمل هذا المصطلح الحق المُثبَت بصك قابل للتداول في مطالبة المصرف بالسداد؛

"حق الاحتفاظ بالملكية" (مصطلح ينحصر استخدامه في سياق النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز) يعني حق البائع في موجودات ملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) وفقا لترتيب مع المشتري لا تنقل بمقتضاه ملكية هذه الموجودات الملموسة (أو لا تنقل بلا رجعة) من البائع إلى المشتري إلى أن يُسدَّد الجزء المتبقي من ثمن الشراء؛

"حق الإيجار التمويلي" (مصطلح لا يُستخدم إلا في سياق النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز) يعني حق المؤجر في موجودات ملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) تكون موضع اتفاق تأجيري يقضي بحدوث ما يلي في نهاية الإيجار:

(أ) يصبح المستأجر تلقائيا مالك الموجودات التي هي موضوع الإيجار؛ أو

(ب) يكون في إمكان المستأجر أن يمتلك الموجودات بدفع ما لا يزيد عن سعر رمزي؛ أو

(ج) يصبح للموجودات ما لا يزيد عن قيمة متبقية رمزية.

ويشمل هذا المصطلح اتفاق الإيجار مع خيار الشراء لاحقا، وإن لم يشر إليه اسميا على أنه إيجار، شريطة أن يستوفي شروط الفقرة الفرعية *(أ)* أو *(ب)* أو *(ج)*؛

"حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل" يعني الحق في تلقي مبلغ مستحق أو كمبيالة مقبولة أو سداد مؤجّل أو أي شيء آخر ذي قيمة يتعين، في كل من هذه الحالات، أن يسدّده أو ينفّذه الكفيل/المُصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى الذي يعطي قيمة وفاء لسحب بمقتضى تعهد مستقل. ويشمل هذا المصطلح أيضا الحق في تقاضي مبلغ في إطار شراء المصرف المداول صكا أو مستندا قابلا للتداول مقابل تقديم سند يفي بالشروط. ولا يشمل هذا المصطلح:

(أ) الحق في السحب بمقتضى تعهد مستقل، أو

(ب) ما يُتقاضى عند قبول تعهد مستقل؛[٢٠]

"الحق الضماني" يعني حق ملكية في موجودات منقولة يُنشأ بالاتفاق ويضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، بصرف النظر عما إذا كان الطرفان قد أسمياه حقا ضمانيا. وفي سياق النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز، يشمل هذا المصطلح الحقوق الضمانية الحيازية والحقوق الضمانية غير الحيازية على السواء، ولكنه في سياق النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز، لا يشمل حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي. رغم أن النقل التام لمستحق لا يضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا حق المنقول إليه في النقل التام لمستحق.[٢١] ولا يشمل هذا المصطلح الحق الشخصي تجاه كفيل أو شخص آخر مسؤول عن سداد الالتزام المضمون؛

[٢٠] يختلف الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل (باعتباره الموجود المرهون الأصلي) عن الحق الضماني في "عائدات" (وهو مفهوم أساسي في *الدليل*) الموجودات المشمولة *بالدليل* (انظر مصطلح "العائدات" والتوصية ١٩). ومن ثم فإن ما يُتقاضى، عند قبول (أيّ، نتيجة تقديم سند يفي بالشروط بموجب) تعهد مستقل، يشكل "عائدات" الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل.

[٢١] انظر التوصية ٣ والتعليق ذا الصلة.

"الحق الضماني الحيازي" (مصطلح مُستخدم في سياق كلا النهجين الوحدوي وغير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز) يعني حقا ضمانيا في موجودات ملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) يضمن الالتزام بسداد أي جزء لم يسدّد من ثمن شراء الموجودات أو يضمن التزاما آخر معقودا أو ائتمانا مقدَّما على نحو آخر لتمكين المانح من احتياز الموجودات. وليس ضروريا أن يُسمى الحق الضماني الحيازي بهذا الاسم. ففي إطار النهج الوحدوي، يشمل هذا المصطلح حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي (وهما مصطلحان مستخدمان في سياق النهج غير الوحدوي)؛

"حوزة الإعسار" تعني موجودات المدين الخاضعة لإجراءات الإعسار؛

"الحيازة" (باستثناء كيفية استخدام هذا المصطلح في التوصيات ٢٨ و٥١-٥٣ فيما يتعلق بمُصدر المستند القابل للتداول) تعني فقط الحيازة الفعلية لموجودات ملموسة من قِبل شخص أو وكيل لذلك الشخص أو موظف لديه، أو من قِبل شخص مستقل يقر بأنه يحتفظ بهذه الموجودات لصالح ذلك الشخص. وهي لا تشمل الحيازة غير الفعلية الموصوفة بعبارات من قبيل الحيازة الاستدلالية أو الصورية أو الاعتبارية أو الرمزية؛

"الدائن المضمون" يعني الدائن الذي يملك حقا ضمانيا. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا المنقول إليه في عملية النقل التام لمستحق رغم أن النقل التام لمستحق لا يضمن الوفاء بالتزام؛[٢٢]

"الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي" (مصطلح مُستخدم في سياق كلا النهجين الوحدوي وغير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز) يعني الدائن المضمون الذي يملك حقا ضمانيا احتيازيا. ويشمل هذا المصطلح في سياق النهج الوحدوي البائع أو المؤجر التمويلي المحتفظ بحق الملكية (وهما مصطلحان مستخدمان في سياق النهج غير الوحدوي)؛

"السلع الاستهلاكية" تعني السلع التي يستخدمها المانح أو ينوي استخدامها لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية؛

"السيطرة" فيما يتعلق بحق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي توجد:

(أ) تلقائيا عند إنشاء حق ضماني، إذا كان المصرف الوديع هو الدائن المضمون؛ أو

(ب) إذا كان المصرف الوديع قد أبرم اتفاق سيطرة مع المانح والدائن المضمون؛ أو

(ج) إذا كان الدائن المضمون هو صاحب الحساب؛

"السيطرة" فيما يتعلق بحق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل توجد:

(أ) تلقائيا عند إنشاء الحق الضماني إذا كان الكفيل/المُصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى هو الدائن المضمون؛ أو

(ب) إذا قدّم الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى إقرارا لصالح الدائن المضمون؛

[٢٢] انظر مصطلح "الحق الضماني" وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

"الشخص المُسَمَّى" يعني مصرفا أو شخصا آخر محدّد الهوية في التعهّد المستقل باسمه أو نوعه ("أيُّ مصرف في البلد سين"، مثلا) بصفته مسمّى لإعطاء قيمة بمقتضى تعهّد مستقل، ويتصرف وفقا لذلك المسمّى، ويعني في حال التعهّد المستقل المتاح بدون قيود أي مصرف أو شخص آخر؛

"الصك القابل للتداول" يعني صكا يمثّل حقا في السداد، مثل الشيك أو السفتجة (الكمبيالة) أو السند الإذني، ويستوفي شروط قابلية التداول بمقتضى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول؛[٢٣]

"العائدات" تعني كل ما يُتلقى فيما يتعلق بالموجودات المرهونة، بما في ذلك ما يُتلقى نتيجة للبيع أو غيره من أشكال التصرف أو التحصيل، أو تأجير أحد الموجودات المرهونة أو الترخيص باستخدامه، وعائدات العائدات، والثمار الطبيعية والمدنية أو الإيرادات، وأرباح الأسهم، والأرباح الموزّعة، وعائدات التأمين، والمطالبات الناشئة عن وجود عيوب في أحد الموجودات المرهونة أو تعرّضه للتلف أو الهلاك؛[٢٤]

"العقد الأصلي" يعني، في سياق المستحق المنشأ بالتعاقد، العقد المبرم بين المحيل والمدين بالمستحق وينشأ عنه المستحق؛

"العقد المالي" يعني أي معاملة آنية أو آجلة أو مستقبلية أو تخييرية أو تقايضية تتعلق بأسعار فائدة أو سلع أو عملات أو أسهم أو سندات أو مؤشرات أو أي صك مالي آخر، وأي معاملة إعادة شراء أو معاملة إقراض أوراق مالية، وأي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية، وأي توليفة من المعاملات المذكورة أعلاه؛[٢٥]

"الكتلة أو المنتج" تعني الموجودات الملموسة غير النقود التي تكون مرتبطة أو متحدة ماديا بموجودات ملموسة أخرى إلى حد أنها فقدت معه هويتها المستقلة؛

"الكفيل/المُصدر" يعني أي مصرف أو شخص آخر يُصدر تعهّدا مستقلا؛

"المانح" يعني الشخص الذي ينشئ حقا ضمانيا إما لضمان التزامه هو أو التزام شخص آخر.[٢٦] وفي إطار النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز، يشمل مصطلح "مانح" الحق الضماني

---

[٢٣] أُعدّ هذا *الدليل* على ضوء الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول المتخذة الشكل الورقي، وذلك نظراً لما ينطوي عليه إنشاء معادل إلكتروني للصكوك الورقية القابلة للتداول من صعوبة كبيرة. بيد أنه لا ينبغي أن يُفهم من ذلك أن الدليل يثني عن استخدام المعادلات الإلكترونية للصكوك الورقية القابلة للتداول أو المستندات الورقية القابلة للتداول. ومن ثم فإن الدولة المشترعة التي تود معالجة هذه المسألة ستحتاج إلى وضع قواعد خاصة. وللسبب ذاته لا تعالج *اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية* موضوع المعادل الإلكتروني للصكوك الورقية القابلة للتداول. (انظر منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.07.V.2، المذكرة التفسيرية، الفقرة ٧).

[٢٤] انظر الفقرة الفرعية *(ي)* من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

[٢٥] انظر الفقرة الفرعية *(ك)* من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات؛ وانظر أيضا المصطلح ذا الصلة في دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار ("دليل الأونسيترال للإعسار") (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10). والقصد من الإشارة في هذا المصطلح إلى "أي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية" هو أن تكون جميع أنواع المعاملات التي تُجرى في الأسواق المالية مشمولة بهذا المصطلح. ويتسم هذا المصطلح بالمرونة ويشمل أي معاملة تجرى في الأسواق المالية وتتقرر فيها حقوق السداد بالإحالة إلى: *(أ)* فئات الموجودات الأساسية؛ أو *(ب)* التدابير الكمية للمجازفة الاقتصادية أو المالية أو القيمة المقترنة بواقعة أو حدث طارئ. ومن الأمثلة على ذلك المعاملاتُ التي تتقرر فيها حقوق السداد بالإحالة إلى الإحصاءات المتعلقة بالطقس، أو رسوم الشحن، أو كمية الانبعاثات المسموح بها، أو الإحصاءات الاقتصادية.

[٢٦] انظر مصطلح "المدين".

الحيازي المشتري أو المستأجر التمويلي المحتفظ بحق الملكية. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا المحيل في عملية النقل التام لمستحق رغم أن المحيل في عملية النقل التام لمستحق لا يحيل المستحق ضماناً للوفاء بالتزام؛[٢٧]

"المثبِّت" يعني مصرفا أو شخصا آخر يضيف تعهّده المستقل إلى التعهّد المستقل الصادر عن الكفيل/المُصدر؛[٢٨]

"المُحال إليه" يعني الشخص الذي يُحال إليه مستحق؛[٢٩]

"محكمة الإعسار" تعني السلطة القضائية أو غير القضائية المختصة بمراقبة إجراءات الإعسار أو الإشراف عليها؛

"المحيل" يعني الشخص الذي يُحيل مستحقا؛

"المخزون" يعني الموجودات الملموسة المعدة للبيع أو الإيجار في السياق المعتاد لعمل الشخص وكذلك المواد الخام والمواد غير المكتملة التجهيز (قيد التجهيز)؛

"المدين" يعني الشخص الذي يتعين عليه الوفاء بالتزام مضمون، وهو يشمل الملتزم الثانوي، مثل كفيل الالتزام المضمون. وقد يكون المدين أو لا يكون هو الشخص الذي ينشئ الحق الضماني (انظر مصطلح "المانح" أعلاه)؛

"المدين بالمستحق" يعني الشخص المسؤول عن سداد المستحق، ويشمل الكفيل أو أي شخص آخر مسؤول ثانويا عن سداد المستحق؛[٣٠]

"المستحق" يعني حقا في تقاضي التزام نقدي، باستثناء حقوق السداد المثبتة بصك قابل للتداول والحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل والحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي؛[٣١]

"المستند القابل للتداول" يعني مستندا يمثِّل حقا في تسلّم موجودات ملموسة، مثل إيصال المستودع أو سند الشحن، ويستوفي شروط قابلية التداول بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول؛

---

[٢٧] انظر مصطلح "الحق الضماني" وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

[٢٨] اتساقا مع الفقرة الفرعية *(هـ)* من المادة ٦ من *اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة* (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.97.V.12)، يوفّر التثبيت للمستفيد خيار مطالبة المثبِّت بالسداد وفقا لأحكام وشروط التعهّد المستقل المثبَّت بدلا من مطالبة الكفيل/المُصدر.

[٢٩] للاطلاع على تعاريف "المحال إليه" و"المحيل" و"الإحالة"، انظر أيضا الفقرة الفرعية *(أ)* من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

[٣٠] انظر أيضا الفقرة الفرعية *(أ)* من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات. والكفيل في إطار كفالة تبعية ليس مدينا فحسب بالمستحق الذي كفل سداده، بل هو مدين أيضا بالمستحق الذي تمثله الكفالة، لأن الكفالة التبعية هي بحد ذاتها مستحق (أي أنّ هناك مستحقين اثنين).

[٣١] انظر الفقرة الفرعية *(أ)* من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات. والجدير بالملاحظة أنّ الاتفاقية لا تنطبق سوى على المستحقات التعاقدية في حين أن الدليل ينطبق على المستحقات غير التعاقدية أيضا (انظر الفصل الأول بشأن نطاق الانطباق، الفقرة ٦)؛ وبخصوص استثناء الودائع المصرفية وخطابات الاعتماد والصكوك القابلة للتداول، انظر الفقرتين الفرعيتين ٢ *(و)* و٢ *(ز)* والفقرة ٣ تباعا من المادة ٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

"مُصدر" المستند القابل للتداول يعني الشخص الملزم بتسليم الموجودات الملموسة المشمولة بهذا المستند بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول، سواء كان أو لم يكن ذلك الشخص قد وافق على الوفاء بجميع الالتزامات الناشئة عن ذلك المستند؛

"المطالب المنافس"[٣٢] يعني دائنا للمانح ينافس دائنا آخر للمانح له حق ضماني في موجودات مرهونة مملوكة للمانح، ويشمل:

(أ) دائنا آخر لديه حق ضماني في نفس الموجودات المرهونة (سواء بوصفها موجودات مرهونة أصلية أو عائدات)؛ أو

(ب) في سياق النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز، البائع أو المؤجر التمويلي للموجودات المرهونة ذاتها الذي احتفظ بحق ملكيتها؛ أو

(ج) دائنا آخر للمانح لديه حق في نفس الموجودات المرهونة؛ أو

(د) ممثل الإعسار في إجراءات إعسار المانح؛[٣٣] أو

(هـ) أي شخص يشتري الموجودات المرهونة أو تُنقل إليه تلك الموجودات (بما في ذلك مستأجرها أو المرخص له باستخدامها)؛

"المعاملة المضمونة" تعني معاملة تنشئ حقا ضمانيا. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا النقل التام لمستحق رغم أن النقل التام لمستحق لا يضمن الوفاء بالتزام؛[٣٤]

"المعدّات" تعني الموجودات الملموسة التي يستخدمها الشخص في تشغيل منشأته؛

"المعرفة" تعني المعرفة الفعلية لا المعرفة الاستدلالية؛

"ملحقات الممتلكات غير المنقولة" تعني موجودات ملموسة مرتبطة ماديا بممتلكات غير منقولة إلى حد يجعل قانون الدولة التي توجد فيها الممتلكات غير المنقولة يعاملها كممتلكات غير منقولة، رغم أنها لم تفقد هويتها المستقلة؛

"ملحقات الموجودات المنقولة" تعني موجودات ملموسة مرتبطة ماديا بموجودات ملموسة أخرى ولكنها لم تفقد هويتها المستقلة؛

"الملكية الفكرية" تعني حقوق التأليف والنشر والعلامات التجارية وبراءات الاختراع وعلامات الخدمة والأسرار التجارية والتصاميم وأي موجود آخر يُعتبر ملكية فكرية

---

[٣٢] بخصوص مصطلح "المطالب المنافس"، انظر أيضاً الفقرة الفرعية *(م)* من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

[٣٣] في الفصل المتعلق بأثر الإعسار في الحق الضماني (الفصل الثاني عشر من *الدليل*)، استُعمل التعبير "إعسار المدين" لدواعي الاتساق مع المصطلحات المستعملة في دليل الأونسيترال للإعسار.

[٣٤] انظر مصطلح "الحق الضماني" وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

بمقتضى القانون الوطني للدولة المشترعة أو بمقتضى اتفاق دولي تكون الدولة المشترعة طرفا فيه؛[٣٥]

"ممثل الإعسار" يعني الشخص أو الهيئة، بما في ذلك المعيّن منهما بصفة مؤقتة، المأذون لأي منهما في إجراءات الإعسار أن يدير إعادة تنظيم حوزة الإعسار أو تصفيتها؛

"الموجودات غير الملموسة" تعني كل أنواع الموجودات المنقولة غير الموجودات الملموسة، وهي تشمل الحقوق غير المادية والمستحقات والحقوق في الوفاء بالتزامات أخرى غير المستحقات؛

"الموجودات المرهونة" تعني الموجودات الملموسة أو غير الملموسة الخاضعة لحق ضماني. ويشمل هذا المصطلح أيضا المستحق الذي خضع للنقل التام؛[٣٦]

"الموجودات الملموسة" تعني كل شكل من أشكال الموجودات المادية المنقولة. ومن فئات الموجودات الملموسة المخزون والمعدّات والسلع الاستهلاكية والملحقات والصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول والنقود؛

"النقود" تعني العملة التي تأذن أي دولة حاليا باستخدامها كعملة قانونية. وهي لا تشمل الأموال المودعة في حساب مصرفي أو الصكوك القابلة للتداول، من قبيل الشيكات.

جيم- أمثلة للممارسات التمويلية التي يشملها الدليل

٢١- تستخدم حاليا على نطاق العالم مجموعة واسعة من المعاملات المضمونة. وبعض هذه المعاملات موصوف صراحة في القوانين الوطنية بأنه معاملات مضمونة، في حين أن البعض الآخر غير موصوف بذلك. ومن أجل تقديم صورة عامة عريضة عن مجموعة الأحوال التي يمكن أن يوجد فيها الائتمان المضمون وعن الممارسات التمويلية التي يقصد من *الدليل* أن يشجعها، يرد أدناه وصف لطائفة متنوعة من الممارسات. وفي عدد من الحالات، يشير *الدليل* إلى هذه الأمثلة لإيضاح نقاط معيّنة يجب أن يعالجها نظام المعاملات المضمونة المتسم بالكفاءة والفعالية. غير أن من المهم أن نلاحظ أن هذه الأمثلة لا تمثل سوى عدد قليل من الأشكال العديدة للمعاملات المضمونة المستخدمة حاليا. ويجب أن يكون نظام المعاملات المضمونة العصري مرنا بما يكفي لاستيعاب أساليب التمويل الحالية وكذلك الأساليب الجديدة التي ستنشأ حتما في المستقبل.

١- *تمويل احتياز المخزون والمعدات*

٢٢- كثيرا ما تحصل المنشآت التجارية على التمويل لشراء مخزون أو معدّات. وفي كثير من الحالات، يتولى توفير التمويل بائع المخزون أو المعدات المشتراة. وفي حالات أخرى يتولى مُقرِض توفير التمويل.

---

[٣٥] القصد من مصطلح "الملكية الفكرية" هو كفالة اتساق *الدليل* مع قوانين الملكية الفكرية ومعاهداتها، مع إيلاء الاحترام في الوقت ذاته لحق المشرِّعين في الدولة التي تشترع توصيات *الدليل* في مواءمة معنى هذا المصطلح مع قانون تلك الدولة والتزاماتها الدولية. ويجوز للدولة المشترعة أن تضيف إلى هذه القائمة أو تُسقط منها أنواعا من الملكية الفكرية لجعلها ممتثلة للقانون الوطني. والقصد من الإشارة إلى الاتفاقات الدولية هو الإحالة إلى اتفاقات من قبيل الاتفاقية المنشئة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية والاتفاق المتعلق بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية (اتفاق "تريبس"). ومن أجل توضيح أن هذه المصطلحات، والتوصيات التي تشير إليها، تسري فقط على الموجودات الملموسة (وليس على الموجودات غير الملموسة مثل الملكية الفكرية)، أُشير في مصطلحات "الحق الضماني الاحتيازي" و"حق الاحتفاظ بالملكية" و"حق الإيجار التمويلي"، إلى "الموجودات الملموسة". وفي مصطلح "المستحق"، لم يُشر إلى "الوفاء بالالتزامات غير النقدية" توضيحا للفهم بأنّ هذا المصطلح والتوصيات المتصلة بالمستحقات يسريان فقط على المستحقات، وليس، مثلا، على حقوق المرخص له أو التزامات المرخِّص بموجب ترخيص تعاقدي باستغلال ملكية فكرية.

[٣٦] انظر مصطلح "الحق الضماني" وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

ويكون المُقرض في بعض الأحيان طرفا ثالثا مستقلا، ولكنه قد يكون في حالات أخرى تابعا للبائع (شركة تمويل ينشئها البائع لتشجيع المبيعات وتيسيرها). ويحتفظ البائع بحق ملكية المخزون أو المعدات ضماناً لدفع ثمن الشراء. وبدلاً من ذلك، يمنح المُقرض حقا ضمانيا في الموجودات الملموسة التي اشتريت لضمان سداد الائتمان أو القرض.

٢٣- وفيما يلي مثال على تمويل الاحتياز. يتعلق المثال بشركة هي الشركة "ألف باء جيم" للصناعة التحويلية (ألف باء جيم)، وثلاثة بائعين مختلفين (ب-١ وب-٢ وب-٣)، ومؤجّر معدات (م-١)، ومقرض مالي (م م-١). وتود الشركة "ألف باء جيم"، التي تصنع الأثاث، الحصول على مخزونات ومعدّات معيّنة لاستخدامها في عمليات صناعية. وترغب الشركة في شراء طلاء (وهو مادة خام، وبالتالي فهو من المخزون) من البائع "ب-١". كما تود الشركة شراء ثقّابات ضغطية معيّنة (وهي من المعدّات) من البائع "ب-٢"، وسيور دوارة معيّنة (وهي معدات أيضا) من البائع "ب-٣". وأخيرا، تود الشركة "ألف باء جيم" استئجار معدّات حاسوبية معيّنة من المؤجّر "م-١".

٢٤- ويقضي اتفاق الشراء المعقود مع البائع "ب-١" بأن تدفع الشركة "ألف باء جيم" ثمن شراء الطلاء في غضون ثلاثين يوما من تاريخ إرسال فاتورة البائع "ب-١" إليها، وتمنح الشركة البائع "ب-١" حقا ضمانيا في الطلاء ضمانا لسداد ثمن الشراء. ويقضي اتفاق الشراء المبرم مع البائع "ب-٢" بأن تدفع الشركة ثمن شراء الثقابات الضغطية في غضون ستين يوما من توريدها إلى مصنع الشركة. وينص الاتفاق كذلك على أن البائع "ب-٢" يحتفظ بحق ملكية الثقابات إلى حين سداد ثمنها بالكامل.

٢٥- ويقضي اتفاق الشراء المبرم مع البائع "ب-٣" بأن تسدد الشركة "ألف باء جيم" ثمن شراء معدات السيور الدوارة عند تركيبها في مصنع الشركة وجعلها جاهزة للتشغيل. وتحصل الشركة من المقرض "م م-٢" على قرض لتمويل شراء تلك المعدات من البائع "ب-٣" وتركيبها، يضمنه حق ضماني في تلك المعدّات.

٢٦- ويقضي اتفاق الإيجار المعقود مع المؤجر "م-١" بأن تستأجر الشركة "ألف باء جيم" المعدّات الحاسوبية لمدة سنتين. ويتعين على الشركة أن تدفع خلال فترة الإيجار أقساط استئجار شهرية. وللشركة خيار (لكن دون التزام) بأن تشتري تلك المعدات بثمن شراء رمزي في نهاية مدة الإيجار. ويقضي اتفاق الإيجار بأن يحتفظ المؤجر "م-١" بحق ملكية المعدات خلال مدة الإيجار، ولكن هذا الحق يحال إلى الشركة عند انتهاء مدة الإيجار إذا مارست الشركة خيار الشراء. وكثيرا ما يشار إلى هذا النوع من الإيجار بعبارة "الإيجار التمويلي" أو "الإيجار المالي". وفي بعض أشكال الإيجار التمويلي، يحال حق ملكية الموجودات المؤجرة إلى المستأجر تلقائيا في نهاية مدّة الإيجار. ويجب التمييز بين الإيجار التمويلي وما يسمى عادة "الإيجار التشغيلي". ففي الإيجار التشغيلي يُتوقع أن تبقى الممتلكات المؤجرة صالحة للاستعمال لمدة عند انتهاء فترة الإيجار، ولا يكون للمستأجر خيار شراء الممتلكات المؤجرة بثمن رمزي عند انتهاء مدة الإيجار، ولا يحال حق ملكيتها إليه تلقائيا عند انتهاء مدة الإيجار.

٢٧- وفي كل حالة من الحالات الأربع المذكورة أعلاه (الطلاء والثقابات الضغطية والسيور الناقلة والحواسيب)، يصبح الاحتياز ممكنا بواسطة تمويل احتيازي يوفره كيان آخر (بائع أو مقرض أو مؤجر تمويلي) يحتفظ بحقوق في الممتلكات المحازة بغرض ضمان التمويل الاحتيازي الممنوح.

٢- *تمويل المخزون والمستحقات بقروض متجددة*

٢٨- يتعيّن على المنشآت التجارية عموما أن تنفق من رأس المال قبل أن تتمكَّن من توليد الإيرادات وتحصيلها. فمثلا قبل أن تتمكَّن منشأة صناعية نمطية من بدء عملياتها وبيع منتجاتها، يتعيّن عليها أن تزوِّد مصنعا بالمعدات، وأن تشتري المواد الخام، وأن تتكبد تكاليف اليد العاملة اللازمة لتحويل المواد الخام إلى منتجات تامة الصنع وبيع تلك المنتجات. وعند ذلك فقط تولِّد مستحقات وتبدأ في تحصيل المدفوعات. وقد تستغرق هذه العملية عدة أشهر، تبعا لنوع العمل التجاري. وإمكانية الحصول على رأس المال العامل أمر حاسم الأهمية لاجتياز الفترة الفاصلة بين الإنفاق النقدي وتحصيل الإيرادات. وفضلا عن ذلك، لا تقتصر هذه الحاجة على الفترة الأولى لبدء العمل التجاري. فالأحرى أن الحاجة إلى رأس المال العامل لمعالجة الفجوات الزمنية الكامنة في دورة تحوّل النقود في العمل التجاري (أي احتياز المخزون وتصنيعه وبيعه وتوليد المستحقات وتلقي المدفوعات واحتياز المزيد من المخزون لبدء الدورة من جديد) تستمر عادة طوال عمر المنشأة التجارية بكامله.

٢٩- ومن الأساليب البالغة الفعالية لتوفير رأس المال العامل المشار إليه تسهيلات القروض المتجددة. ففي هذا النوع من التسهيلات الائتمانية، تقدّم إلى المقترض من حين إلى آخر، بناء على طلبه، قروض مضمونة بمخزونه ومستحقاته الحالية والآجلة لتمويل احتياجاته من رأس المال العامل. وعادة ما يستلف المقترض عندما يحتاج إلى شراء مواد خام وتصنيع المخزون، ثم يسدد تلك القروض عند بيع المخزون واستحداث المستحقات وتحصيلها. وهكذا، تميل عمليات الاقتراض والسداد إلى أن تتكرّر (وإن لم تكن بالضرورة منتظمة)، ويتقلّب مقدار الائتمان على الدوام. ولأن هيكل القروض المتجددة يوفّق بين عمليات الاقتراض ودورة تحوّل النقود لدى المقترض، فإن هذا الهيكل بالغ الكفاءة والفائدة للمقترض، من وجهة النظر الاقتصادية، من حيث أنه يساعد المقترض على تجنّب الاقتراض الزائد على احتياجاته الفعلية (مما يقلل من تكاليف الفوائد).

٣٠- وفيما يلي مثال يوضّح هذا النوع من التمويل. تحتاج الشركة "ألف باء جيم" عادة إلى أربعة أشهر لكي تصنع منتجاتها وتبيعها وتحصِّل ثمن بيعها. ويوافق المقرض "م م-٢" على تزويد الشركة بتسهيلات إقراض متجدد لكي تموّل هذه العملية. وتستطيع الشركة في إطار تسهيلات الإقراض هذه أن تحصل على قروض من حين إلى آخر وفقا لصيغة معيّنة. فيجوز لها أن تقترض مبلغا يصل إلى ٥٠ في المائة من قيمة مخزونها الذي يعتبره المقرض "م م-٢" مقبولاً لأغراض الاقتراض (استنادا إلى نوع المخزون ونوعيته، مثلا) وإلى ٨٠ في المائة من قيمة مستحقاتها التي يعتبرها المقرض "م م-٢" مقبولة لأغراض الاقتراض (استنادا إلى معايير الجدارة الائتمانية للمدينين بالمستحقات، مثلا). وإن المبالغ التي يكون المقرض على استعداد لإقراضها مقابل قيمة المخزون والمستحقات المؤهلة تسمى عادة فئات التسليف. أما القيمة الإجمالية للمخزون والمستحقات المؤهلة في أي وقت معيّن، مضروبة في فئات التسليف المنطبقة، فتسمى عادة أساس الاقتراض. ويُتوقع أن تسدّد الشركة "ألف باء جيم" هذه القروض من حين إلى آخر كلما تلقّت مدفوعات عن الاستحقاقات من زبائنها، بحيث لا يتجاوز رصيد القروض غير المسدَّد في إطار التسهيل أساس الاقتراض في أي وقت. ويكون تسهيل الاقتراض مضمونا بكل ما لدى الشركة "ألف باء جيم" من مخزون ومستحقات حالية وآجلة. ومن المألوف أيضا في هذا النوع من التمويل أن يحصل المقرض على حق ضماني في حق تقاضي الأموال المقيَّدة في الحساب المصرفي الذي تودع فيه مدفوعات الزبائن (أي العائدات المتأتية من المخزون والمستحقات)، وعلى موافقة من المصرف الوديع على تحويل الأموال المودعة في الحساب إلى المقرض دوريا.

٣- *العوملة*

٣١- العوملة شكل بالغ الفعالية من أشكال التمويل بالمستحقات، تعود جذوره إلى عدة قرون. وتنطوي العوملة، عموما، على البيع التام أو الإحالة التامة للمستحقات من المانح إلى البائع، بصفته بائعا (ويسمى عادة المحيل)، إلى العامول (ويسمى عادة المحال إليه). ويتناول *الدليل* هذه الإحالة التامة للمستحقات، وإن لم تكن أداة ضمانية (انظر الفصل الأول، الفقرات ٢٥-٣١).

٣٢- وهناك عدد من الأنواع المختلفة من ترتيبات العوملة. فقد يدفع العامول (المحال إليه) جزءا من ثمن شراء المستحقات في وقت الشراء (العوملة الحسمية)، أو قد لا يدفع إلا عند تحصيل المستحقات (العوملة التحصيلية)، أو قد يدفع عند حلول الأجل المتوسط لاستحقاق تحصيل كل المستحقات (العوملة الاستحقاقية). ويمكن أن تكون العوملة على أساس الحق في الرجوع أو على ساس عدم الحق في الرجوع. ففي إطار ترتيب العوملة على أساس الحق في الرجوع، يكون لمن تحال إليه المستحقات حق الرجوع على المحيل للحصول على السداد في حال عدم السداد من جانب المدينين بالمستحقات (أي زبائن المحيل). وفي المقابل، لا تتاح للمحال إليه، في إطار ترتيب العوملة على أساس عدم الحق في الرجوع، إمكانية الحصول على السداد من المحيل إذا تخلّف المدينون بالمستحقات عن السداد. وأخيرا، يمكن إشعار المدينين بالمستحقات بأن مستحقاتهم خضعت للعوملة (العوملة الإخطارية)، أو يمكن عدم إشعارهم بذلك (العوملة غير الإخطارية). وفي حال إشعار الزبون، كثيرا ما يتم ذلك بإلزام المحيل بأن يدرج بيانا إيضاحيا في الفواتير التي يرسلها إلى زبائنه.

٣٣- وفي حين أن اتفاق العوملة هو أساسا ترتيب تمويلي تستطيع في إطاره المنشأة أن تحصل على نقد فوري مقابل المستحقات التي تولّدها، يمكن أيضا أن يؤدي العامول للمحيل خدمات أخرى مختلفة فيما يتعلق بالمستحقات. وقد تشمل هذه الخدمات الإضافية إقرار وتقييم الجدارة الائتمانية للمدينين بالمستحقات، وأداء مهام مسك الدفاتر، والمشاركة في جهود التحصيل فيما يتعلق بالمستحقات التي لا تسدد عند استحقاقها. ويمكن أن توفر هذه الخدمات منفعة مفيدة للشركات التي ليست لديها أقسامها الخاصة المعنية بالائتمان والتحصيل.

٣٤- وفيما يلي مثال يوضح الترتيبات النمطية للعوملة. تدخل الشركة "ألف باء جيم" في ترتيب عوملة حسمية مع العامول "ع-١"، يوافق فيه العامول على شراء المستحقات التي يعتبرها جديرة بالائتمان. ويدفع العامول إلى الشركة سلفة تساوي ٩٠ في المائة من القيمة الاسمية لتلك المستحقات، مع الاحتفاظ بالعشرة في المائة المتبقية كبدلات نقدية لتغطية مطالبات الزبائن المحتملة التي تقلل من قيمة المستحقات. ويقضي ترتيب العوملة بإخطار زبائن الشركة، وبعدم الرجوع على الشركة في حال عدم السداد من جانب زبائنها.

٤- *التسنيد*

٣٥- التسنيد أسلوب آخر للتمويل المنطوي على استخدام المستحقات. والتسنيد أسلوب تمويلي متطوّر تستطيع المنشأة أن تحصل في إطاره على تمويل مبني على قيمة مستحقاتها، بإحالة تلك المستحقات إلى مؤسسة مخصصة الغرض مملوكة بالكامل للمنشأة التجارية. ومن ثم تقوم المؤسسة المخصصة الغرض بإصدار أوراق مالية في أسواق رأس المال، يضمنها تدفق الإيرادات المتأتية من تلك المستحقات. ويشيع استخدام هذا الأسلوب، مثلا، في الحالات التي تكون فيها مستحقات الشركة متمثلة في مستحقات بطاقات ائتمانية أو إيجار سيارات أو سداد قروض رهون سكنية، وإن كان من الممكن أيضا تسنيد أنواع

كثيرة أخرى من المستحقات. ومعاملات التسنيد معاملات تمويلية معقدة تعتمد على قوانين الأوراق المالية في الولاية القضائية المعنية وكذلك على قوانينها الخاصة بالمعاملات المضمونة. وحيثما تكون هذه المعاملات كبيرة بقدر كافٍ ومصاغة بحرص ومرصودة كما ينبغي، يمكن أن يكون التسنيد شكلاً من التمويل فعالاً من حيث التكلفة.

٣٦- ويقصد من التسنيد تخفيض تكلفة التمويل، لأن المؤسسة المخصصة الغرض تشكَّل على نحو يجعل احتمال إعسارها بعيدا (أي غير ممكن نظريا)، وذلك بالحد من مقدار الدَّين الذي يمكنها أن تتحمله والأنشطة التي يمكنها الانخراط فيها. وهذا التشكيل قد يحد كثيراً من المجازفة التي يتعين على المُقرض أن يأخذها في الحسبان عندما يقرّر سعر الفائدة الذي سيفرضه على القرض. وعلاوة على ذلك، وبما أن مَصدر الائتمان هو أسواق رأس المال وليس النظام المصرفي، فيمكن أن يولّد التسنيد مبالغ ائتمانية أكبر مما تولده القروض المصرفية وبتكلفة أدنى.

٣٧- وفيما يلي مثال يوضِّح إحدى معاملات التسنيد. تقوم سلسلة محلات للبيع بالتجزئة بإنشاء شركة سيارات مخصّصة الغرض لشراء مستحقات ناجمة عن استخدام زبائنها لبطاقة ائتمان ذات "علامة خاصة" بتاجر التجزئة أو صادرة عنه أو "داخلية" (أي بطاقة ائتمان صادرة عن ذلك البائع وعليها اسمه). ثم تصدر شركة السيارات المخصصة الغرض سندات دَين، بمقتضى قوانين الأوراق المالية السارية، لصالح مستثمرين في سوق رأس المال. وتكون سندات الدين هذه مضمونة بتدفقات الإيرادات المنبثقة من مستحقات بطاقة الائتمان التي تمت إحالتها إلى شركة السيارات المخصصة الغرض. وعند التسديد بمقتضى الاستحقاق، تستخدم الشركة، في سداد سندات الدين، ما تلقته من عائدات.

٥- *التمويل بقروض محددة الأجل*

٣٨- كثيرا ما تحتاج المنشآت التجارية إلى تمويل محدد الغرض لتغطية النفقات الكبيرة الخارجة عن السياق المعتاد لعملها. وقد تشمل هذه النفقات، مثلا، اقتناء معدات هامة أو استئجارها، أو إنشاء خط إنتاج جديد، أو حتى احتياز منشأة تجارية أخرى عن طريق شراء المتاح من أسهم تلك المنشأة أو موجوداتها. وفي هذه الحالات، تسعى المنشآت، في الغالب، إلى الحصول على قروض تسدّد على مدى فترة زمنية محدّدة، حيث يُسدَّد أصل القرض بأقساط شهرية أو فصلية أو أقساط دورية أخرى وفقا لجدول زمني متفق عليه، أو بدفعة واحدة عند حلول أجل تسديد القرض.

٣٩- وكما هو الحال في كثير من أنواع التمويل الأخرى، يصعب على منشأة ما لا تتمتع بجدارة ائتمانية قوية وراسخة أن تحصل على تمويل بقرض محدّد الأجل ما لم تستطع منح حقوق ضمانية في موجوداتها لصالح أحد المقرضين. ومقدار التمويل المتاح وتكلفته للمقترض يتوقفان جزئيا على تقدير الدائن لصافي القيمة التسييلية للموجودات المراد تحميلها بالحقوق الضمانية. وفي العديد من الدول تكون الممتلكات غير المنقولة هي النوع الوحيد من الموجودات المتاح للمقرضين، أو الذي يقبلونه، لضمان التمويل بقروض محددة الأجل. بيد أن العديد من المنشآت، وخصوصا المنشآت الحديثة العهد، لا تكون في حوزتها أي ممتلكات غير منقولة. لذا، فإن التمويل بقروض محددة الأجل، في هذه الدول، كثيراً ما يكون غير متيسّر للمقترضين، الذين قد تكون لديهم مع ذلك موجودات هامة، مثل المعدات أو القيمة الإجمالية للمنشأة بأكملها. وفي المقابل، تشيع في عدة دول أخرى القروض المحددة الأجل المضمونة بممتلكات منقولة، كالمعدات والممتلكات الفكرية والقيمة الإجمالية للمنشأة.

٤٠- وفيما يلي مثال يوضح هذا النوع من التمويل. تود الشركة "ألف باء جيم" توسيع عملياتها وشراء شركة ما. وتحصل الشركة "ألف باء جيم" من المقرض "م م-٣" على قرض (يرتكز على قيمة معظم موجودات الشركة المحتازة وتضمنه أساسا تلك القيمة) لتمويل ذلك الاحتياز. ويكون سداد القرض بأقساط شهرية متساوية على مدى عشر سنوات، وتضمنه جميع الموجودات الحالية والآجلة للشركة "ألف باء جيم" والشركة المحتازة.

٦- *الائتمان المضمون بنقل حق الملكية*

٤١- يُستدل من الأمثلة الواردة في الأبواب السابقة كيف يمكن للمؤسسات التجارية المحتاجة إلى الائتمان أن تحصل على القروض وغيرها من أنواع التمويل بأن تعرض على الدائنين منحهم حقا ضمانيا في موجودات مثل المعدات والمخزون والمستحقات. ويمكن أن يتخذ نوع الائتمان المعروض ونوع الحق الضماني الممنوح كلاهما أشكالا عديدة. وينطوي نوع من الممارسات التمويلية يوجد في العديد من الدول على نقل حق الملكية من المقترض إلى المقرض. وهذه الأنواع من نقل حق الملكية لأغراض الضمان (وتعرف أحيانا بالنقل الائتماني لحق الملكية) تستخدم في كثير من الأحيان لضمان التسهيلات الائتمانية التشغيلية وكذلك لضمان القروض المحددة الأجل. وهي توجد أساسا في الدول التي لا يعترف فيها قانون المعاملات المضمونة بالحقوق الضمانية غير الحيازية عموما.

٤٢- ومعاملة "البيع مع إعادة الاستئجار" هي طريقة أخرى يمكن بها لشركة ما أن تحصل على الائتمان استنادا إلى ممتلكاتها الملموسة الموجودة (المعدّات عادة) مع احتفاظها بحيازة تلك الموجودات وبحق استخدامها في تسيير أعمالها. وفي معاملة البيع مع إعادة الاستئجار، تبيع الشركة موجوداتها إلى شخص آخر مقابل مبلغ معيّن (يمكن للشركة أن تستخدم ذلك المبلغ بعدئذ كرأسمال عامل أو لسداد نفقاتها الرأسمالية أو لأغراض أخرى). وبالتزامن مع البيع، تعيد الشركة استئجار تلك المعدّات من ذلك الشخص الآخر لمدة وأجرة محددتين في اتفاق الإيجار. وكثيرا ما يكون هذا الإيجار "إيجارا تمويليا" وليس "إيجارا تيسيرياً" (انظر الفقرة ٢٠ أعلاه).

دال- الأهداف الرئيسية والسياسات الأساسية لنظام فعّال وكفء للمعاملات المضمونة

١- *استعراض عام*

٤٣- تواجه الدول لدى سن تشريعات تحقق لها أنظمة فعالة وناجعة للمعاملات المضمونة عددا من الخيارات السياساتية الأساسية. ويتصل بعض هذه الخيارات بنطاق القانون المقترح، وبعضها بالنهوج الأساسية التي ينبغي اتباعها، وبعضها بأسلوب التعبير المتبع في القانون، وبعضها بالموضع الذي يُقصد أن يحتله القانون داخل الإطار القانوني القائم للدولة. بيد أن أكثر الخيارات أهمية ربما يكون متصلا بالأهداف التي يقصد أن يسعى القانون الجديد إلى بلوغها.

٤٤- وقد استخدمت الدول على مر السنين قانون المعاملات المضمونة أو، بصفة أعم، قانون الضمانات في الموجودات المنقولة لتعزيز مجموعة من السياسات الاجتماعية والاقتصادية، المتعارضة في كثير من الأحيان. وقد كانت الأنظمة التي تسنّها الدول، أو التي سمحت بتطورها عن طريق الممارسة وبالقرارات القضائية، تحقق في العادة توافقا بين هذه الأهداف المختلفة على أساس معالجة كل حالة على حدة.

وكانت هذه الأنظمة تحقق ذلك بفعالية، بين الفينة والأخرى، لكنها كثيرا ما كانت تحتوي على عناصر متضاربة أو متناقضة تخل بفعاليتها. وبالمثل، تتيح أنظمة المعاملات المضمونة التي تم إصلاحها، في العديد من الدول، توسيع نطاق الائتمان المضمون، لكنها تفعل ذلك بطرائق غير كفؤة لا تعزز حقا جميع السياسات الاجتماعية والاقتصادية التي تسعى الدول إلى تحقيقها. وكثيرا ما تكون مشاكل انعدام الفعالية والكفاءة هذه مرتبطة بقوانين الدول ذات الاقتصادات التجارية الناضجة مثلما هي مرتبطة بقوانين الدول التي هي في طور تنمية اقتصاداتها التجارية. كما أنها توجد أيضا حتى في قوانين بعض الدول التي لم تعدّل إلا مؤخّرا أنظمتها الخاصة بالمعاملات المضمونة.

٤٥- وبهدف تقديم توصيات عملية وقابلة للتنفيذ بالنسبة إلى جميع الدول، أيا كان طابع اقتصادها ونظامها القانوني (أو بغض النظر عن قيامها حديثاً بتعديل قوانينها)، يبدأ *الدليل* بمناقشة الأهداف الرئيسية التي ينبغي أن تُراعى لدى تصميم نظام كفء وفعال للمعاملات المضمونة، والسياسات الأساسية التي ينبغي أن يرتكز عليها النظام.

٢- *الأهداف الرئيسية*

٤٦- من النافع، لوضع الأهداف الرئيسية التالية ضمن إطار سياساتي أوسع يمكن للدول أن تتبعه في تحديث قوانينها، التذكير بالفرضية الأساسية والمسوّغ لقانون المعاملات المضمونة. فالاقتصادات المعاصرة تنطوي على صنع الموجودات المنقولة وبيعها وتوفير الخدمات، محليا ودوليا. وعادة، كما هو مبين في الباب جيم أعلاه، لا تستطيع الكثير من المؤسسات التجارية الوفاء بجميع متطلباتها المالية الجارية نقدا. وبالتالي، فإن توافر الائتمان، وخصوصا توافره بأدنى تكلفة ممكنة، أمر أساسي لنمو الاقتصاد. ويستطيع المقرضون وغيرهم من موفّري الائتمان أن يسدّوا، على أنجع وجه، الفجوة بين الاحتياجات والموارد المتوفّرة، عندما يُقلص إلى أقصى حد ممكن خطر عدم سداد الائتمان الذي يقدمونه. ويمكن أن يكون الحق الضماني في موجودات المدين المنقولة (وكذلك في ممتلكاته غير المنقولة) عنصرا رئيسيا في تقليص هذا الاحتمال. ويرجع ذلك إلى أن الحق الضماني يتيح لموفّري الائتمان الاعتماد على القيمة الكامنة في الموجودات المرهونة كمصدر بديل لسداد الائتمان. وبعبارة أخرى فإن منح الحق الضماني يتيح للمنشآت التجارية وللأفراد الحصول على الائتمان في حالات لا يكون فيها الائتمان غير المضمون متاحا بتكلفة معقولة، أو لا يكون متاحا على الإطلاق. ويكمن المسوّغ الأساسي لقانون المعاملات المضمونة في فرضية أن الثروة الإجمالية الصافية للاقتصاد تزيد إذا توافر المزيد من الائتمان المضمون كمكمِّل للائتمان غير المضمون.

٤٧- وتستند الأهداف الرئيسية المناقَشة في هذا الباب إلى الأهداف المحددة في الدراسات والتقارير التي أعدها المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير ومصرف التنمية الآسيوي والبنك الدولي وصندوق النقد الدولي ومنظمة الدول الأمريكية وغيرها من المنظمات التي درست قانون المعاملات المضمونة، وتطوِّر تلك الأهداف بقدر أكبر (انظر الفقرة ١٢ أعلاه). والقصد من هذه الأهداف هو أن توفر إطارا سياساتيا واسعا للهيئات التشريعية الساعية إلى اشتراع نظام قابل للتطبيق للمعاملات المضمونة. ويُقصد منها أيضا أن يُسترشد بها في تفسير القانون المشترع (بما يتماشى مع النهج المتبع مثلا في الفقرة الفرعية ١ من المادة ٧ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات). ورهنا بممارسات صياغة النصوص التشريعية في الدول المشترِعة، يمكن إدراج هذه الأهداف في بيان رسمي في وقت الاشتراع، أو إدراجها في نص تفسيري أو تعليق مَصاحب، أو إدراجها في التشريع نفسه، إما كديباجة أو كباب تمهيدي مماثل يبيِّن أغراض القانون.

٤٨- ويتناول كل هدف من هذه الأهداف حاجة عملية أو اقتصادية محددة يجب أن يلبيها النظام العصري للمعاملات المضمونة. وتوفّر هذه الأهداف مجتمعة إطارا متكاملا ومتماسكا لكي يُسترشد به لدى تصميم القانون وصياغته. وعليه، فمن المهم ألا تكتفي الدول بانتقاء هذه الأهداف، بل ينبغي أيضاً أن تأخذها جميعا في الحسبان إلى أقصى حد ممكن.

(أ) ترويج الائتمان المنخفض التكلفة بزيادة إتاحة الائتمان المضمون

٤٩- الهدف الرئيسي للدليل هو ترويج توفير الائتمان بتكلفة معقولة من خلال زيادة إتاحة الائتمان المضمون. والمقصود هو تمكين المدينين والاقتصاد ككل من تحقيق المنافع الاقتصادية التي تتأتى من تيسّر ذلك الائتمان. وتبعا لذلك، ينبغي مد فوائد هذا النظام إلى أكبر عدد ممكن من المدينين والدائنين والمعاملات الائتمانية.

(ب) السماح للمدينين باستخدام القيمة الكاملة الكامنة في موجوداتهم لدعم الائتمان

٥٠- تحقيقا للهدف الرئيسي المبيّن في الفقرة السابقة، ينبغي أن يتيح القانون للمدينين استخدام القيمة الكاملة الكامنة في موجوداتهم للحصول على الائتمان. ولبلوغ هذا الهدف، ينبغي أن يكون النظام شاملا قدر الإمكان. وهذا معناه أنه ينبغي أن ينطبق القانون على جميع أنواع المدينين (أي الأشخاص الاعتباريين أو الطبيعيين، بمن فيهم المستهلكون). وعلاوة على ذلك، فإن تحقيق هذا الهدف يستلزم إتاحة طائفة واسعة من الموجودات (بما فيها الموجودات الملموسة وغير الملموسة، وكذلك الموجودات الحالية والآجلة) كموجودات مرهونة. وبالإضافة إلى ذلك، يستدعي إتاحة أوسع تشكيلة ممكنة من الالتزامات (بما فيها الالتزامات الآجلة والمشروطة والنقدية وغير النقدية) بمنح حقوق ضمانية في الموجودات المرهونة. ويعني كذلك السماح بمنح حقوق ضمانية في نفس الموجودات من طرف نفس المانح لمقرضين مختلفين.

(ج) تمكين الأطراف من الحصول على الحقوق الضمانية بطريقة بسيطة وناجعة

٥١- تعتمد تكلفة الائتمان المضمون، جزئيا، على التكلفة المرتبطة بالحصول على الحقوق الضمانية. ومن شأن نظام المعاملات المضمونة الكفء أن يقيم إجراءات مبسطة للحصول على الحقوق الضمانية. وتنخفض تكاليف المعاملات، على وجه الخصوص، من خلال ما يلي: تقليص الإجراءات الشكلية إلى الحد الأدنى؛ وتوفير طريقة وحيدة لإنشاء الحقوق الضمانية بدلا من وجود أدوات ضمانية متعددة للأنواع المختلفة من الموجودات المرهونة؛ وتوفير آلية تسمح بإنشاء حقوق ضمانية في الموجودات الآجلة وضمان السُّلف المستقبلية دون حاجة إلى أي وثائق أو إجراءات إضافية من جانب الأطراف.

(د) كفالة المساواة في معاملة مختلف مصادر الائتمان ومختلف أشكال المعاملات المضمونة

٥٢- المنافسة المفتوحة بين جميع موفّري الائتمان المحتملين أسلوب فعال لخفض تكلفة الائتمان. ولهذا السبب، ينبغي أن يُصمم النظام الناجع للمعاملات المضمونة بحيث ينطبق على قدم المساواة على شتى موفري الائتمان، أي المؤسسات المالية وسائر المقرضين، والمصنّعين والمورّدين، علاوة على موفّري الائتمان الداخليين والخارجيين.

(هـ) إقرار صحة الحقوق الضمانية غير الحيازية في الموجودات بجميع أنواعها

٥٣- لا ينبغي أن يجعل منحُ الحقوق الضمانية من الصعب أو المستحيل على مانح الحق الضماني أن يواصل تسيير منشأته التجارية. وهذا يعني أنه لا ينبغي إلزام المانح بأن يتنازل للدائن المضمون عن حيازة الموجودات المرهونة. وهكذا، ينبغي أن ينص نظام المعاملات المضمونة العصري على الحقوق الضمانية غير الحيازية في طائفة واسعة من الموجودات الملموسة وغير الملموسة، تشمل المعدّات والمخزون والمستحقات.

(و) تعزيز اليقين والشفافية، بالنص على تسجيل إشعار في سجل عام للحقوق الضمانية

٥٤- من المهم، لكي يؤدي أي نظام للمعاملات المضمونة وظيفته بفعالية، أن يكون بوسع جميع الأطراف أن تحدد بدرجة معقولة من اليقين مقدار حقوق المانح والأطراف الثالثة في الموجودات المُراد رهنها. وحجر الزاوية في تحقيق هذا اليقين، مع مراعاة الشواغل المتعلقة بالسرية ومعالجتها، في الوقت نفسه، هو إنشاء سجل عام للحقوق الضمانية لكي تُسجَّل فيه الإشعارات بشأن احتمال وجود حق ضماني. ولا يتطلب نظام التسجيل هذا تقديم الوثائق الكاملة، ولا تسجيلها فعلا. وتُتاح محتويات السجل لجميع الأطراف المهتمة للاطلاع عليها.

(ز) إرساء قواعد للأولوية تكون واضحة ويمكن التنبؤ بها

٥٥- ينبغي أن يكون في وسع الدائن المحتمل أن يتيقن ليس فقط من حقوق المانح والأطراف الثالثة في الموجودات التي يراد رهنها بل ينبغي أن يكون قادرا أيضاً على أن يحدد على وجه اليقين، وقت الموافقة على تقديم الائتمان، الأولوية التي سينالها حقه في الموجودات المرهونة مقارنة بحقوق الدائنين الآخرين (ومنهم ممثل الإعسار في حالة إعسار المانح). ومن ثمَّ، وجب أن يوفر نظام المعاملات المضمونة العصري قواعد واضحة تتيح للدائنين المحتملين أن يعرفوا، في بداية المعاملة، بطريقة موثوقة وآنية وفعالة من حيث التكلفة، أولوية حقوقهم الضمانية.

(ح) تيسير الإنفاذ الفعال لحقوق الدائن المضمون

٥٦- لا تكون للحق الضماني سوى قيمة ضئيلة أيضا لدى الدائن المضمون، ما لم يكن في وسعه إنفاذه على نحو فعال وناجع. ويشتمل نظام المعاملات المضمونة العصري على إجراءات تبيِّن بدقة حقوق الدائنين المضمونين والمانحين عند الإنفاذ. ويتيح النظام أيضا للدائنين المضمونين إنفاذ حقوقهم الضمانية خارج نطاق القضاء، رهنا بإجراءات قضائية أو رسمية أخرى للرقابة على عملية الإنفاذ أو الإشراف عليها أو مراجعتها عند الاقتضاء. ويتطلب هذا النظام أيضا تنسيقا وثيقا بين قوانين الدولة الخاصة بالمعاملات المضمونة وقوانينها الخاصة بالإعسار، لكي يراعى، في حال إفلاس المانح، نفاذ الحق الضماني وأولويته، وكذلك قيمته الاقتصادية، قبل الإعسار، رهنا بقواعد قانون الإعسار ذات الصلة.

(ط) السماح للأطراف بأكبر قدر من المرونة في التفاوض على شروط اتفاقهم الضماني

٥٧- تتنوع الأهداف والأغراض التي يسعى إلى تحقيقها المدينون والدائنون في الاقتصادات العصرية تنوعا بالغا، وكثيرا ما تكون خاصة بأطراف معيّنة. وينبغي أن يوفر نظام المعاملات المضمونة أقصى

قدر من المرونة للأطراف لتكييف اتفاقاتها الضمانية بحيث تلبي احتياجاتها على وجه الدقة. وينبغي إبقاء القواعد الإلزامية التي تحكم حقوق كل من الأطراف قبل وقوع التقصير في حد أدنى. وفي الوقت نفسه ينبغي، حيثما تسن الدول تشريعات أخرى تهدف، على سبيل المثال، إلى حماية المستهلك، أن يراعي نظام المعاملات المضمونة تلك التشريعات.

(ي) الموازنة بين مصالح الأشخاص المتأثرين بالمعاملة المضمونة

٥٨- ليست الاتفاقات الضمانية مجرد تعهدات تعاقدية بين الدائنين المضمونين والمانحين. فآثارها المتعلقة بالممتلكات تمس أيضا حقوق أطراف ثالثة مثل الدائنين المضمونين الآخرين والدائنين المميّزين وغير المضمونين، والمشترين وغيرهم ممن تُنقل إليهم ملكية الموجودات المرهونة، وممثل الإعسار، والدولة. ويجب أن يراعي نظام المعاملات المضمونة الكفء والفعال المصالح المشروعة لجميع الأطراف، وأن يسعى إلى تحقيق كل من الأهداف الموضوعية المذكورة أعلاه، بطريقة متوازنة ومتوافقة مع القوانين ذات الصلة، بما فيها قوانين الإعسار.

(ك) المواءمة بين قوانين المعاملات المضمونة، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين

٥٩- تتخذ المنشآت التجارية طابعاً دولياً متزايدا من حيث نطاقها، ويتدفّق الائتمان عبر الحدود الوطنية. وسيكون نظام المعاملات المضمونة للدولة فعالا إلى أقصى حد في تعزيز التجارة الدولية المبنية على المساواة والنفع المتبادل بين الدول عندما يُواءم مع الأنظمة القائمة في الدول الأخرى. وعلاوة على ذلك، وبالنظر إلى أن المواءمة التامة بين القوانين الوطنية للمعاملات المضمونة قد لا تتحقق، فإن المواءمة بين قواعد تنازع القوانين تعزز تمويل التجارة الدولية. وعلى أي حال، حتى وإن تمت مواءمة القانون الموضوعي بين دولتين، فإن القواعد القابلة للتطبيق الخاصة بتنازع القوانين ستلزم للإرشاد بوضوح حول كيفية جعل الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة، سواء بمقتضى قانون مكان الموجودات المرهونة أم قانون مكان المانح أم قانون آخر.

٣- السياسات الأساسية

٦٠- توفر الأهداف الرئيسية المستعرضة للتو إطارا عاما تستطيع الدول ضمنه إرساء نظام عصري للمعاملات المضمونة. بيد أنه توجد سبل عديدة لاشتراع هذه الأهداف في القوانين. وتوفّر التوصيات الواردة في *الدليل* بيانا مفصلا للقواعد القانونية التي ينبغي أن تدرجها الدول في تشريعاتها. وهذا *الدليل* منظّم بحيث يتناول كلا من الجوانب المختلفة للمعاملات المضمونة على حدة (مثلا، الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية والإنفاذ). والتوصيات المبيّنة في كل فصل مستمدة كلها، رغم تعددها، من عدد قليل من السياسات القانونية الأساسية. ويمثل بعض هذه السياسات خروجا واضحا عن مبادئ أساسية مجسَّدة حاليا في قوانين المعاملات المضمونة في العديد من الدول. ولذلك، تُعرض تلك المبادئ القانونية الأساسية في الفقرات التالية بغية إقامة صلة بين الأهداف السياساتية الرئيسية التي نوقشت أعلاه، من ناحية، والتوصيات الأكثر تفصيلا المبينة في كل فصل من فصول *الدليل* بشأن السمات المحددة للنظام العصري للمعاملات المضمونة، من الناحية الأخرى.

(أ) النطاق الشامل

٦١- يستند *الدليل* إلى افتراض أن الائتمان المضمون يتعزّز عندما تُقلَّص إلى أدنى حد القيود المتعلقة بماهية من يجوز أن يكون دائنا مضمونا أو مانحا، وماهية أنواع الموجودات التي يجوز رهنها، وماهية أنواع الالتزامات التي يجوز ضمانها. وهكذا، ينبغي أن تهدف الدول إلى سن تشريعات تكون شاملة في نطاقها وتتضمن، قدر الإمكان، جميع أشكال المعاملات المضمونة وجميع فئات الدائنين المضمونين والمانحين وجميع أنواع الموجودات المنقولة والالتزامات المضمونة. ويرد في الفصل الأول شرح أكثر تفصيلا لمبدأ شمولية النطاق ووسائل تحقيقه.

(ب) النهج الوظيفي والمتكامل والشامل

٦٢- لدى العديد من الدول أنظمة للمعاملات المضمونة تتيح للمانحين (ولا سيما الشركات) تقديم ضمان للدائنين استنادا إلى جميع موجوداتهم (أو جلها). ومع ذلك، ففي العديد من هذه الدول تحكم أنظمة تشريعية مختلفة الأنواع المختلفة من الموجودات. وعلاوة على ذلك، تحكم أنظمة تشريعية مختلفة، في العديد من هذه الدول، الأنواع المختلفة من المعاملات، مثل رُهون الوفاء، وعمليات نقل الملكية الائتماني، والمرهونات الائتمانية. وأخيرا، تُعامَل حقوق البائعين، في العديد من الدول، على نحو مختلف عن معاملة حقوق مقدِّمي الائتمان الآخرين، وفي كثير من الأحيان لا تعتبر هذه الحقوق حقوقا ضمانية مطلقا. وفي مقابل هذا التنوع، يتبع *الدليل* ما يمكن أن يُسمى نهجا متكاملا ووظيفيا. فهو يتخذ الموقف المتمثل في أن جميع المعاملات التي تنشئ حقوقا في أي نوع من أنواع الموجودات بهدف ضمان أداء الالتزام (أي تأدية وظائف ضمانية) ينبغي أن تعتبر، إلى أقصى حد ممكن، معاملات ضمانية وأن تنظمها نفس القواعد أو على الأقل نفس المبادئ. ويرد في الفصل الأول شرح أكثر تفصيلا لمبادئ النهج المتكامل والوظيفي (انظر الفقرات ١١٠-١١٢)، وفي الفصل التاسع فيما يتعلق بالمعاملات الخاصة لتمويل الاحتياز (انظر الفقرات ٦٠-٨٤).

(ج) الحقوق الضمانية في موجودات المانح الآجلة

٦٣- لا تسمح دول كثيرة للمانحين بإنشاء حقوق ضمانية إلا في الموجودات الحالية التي يملكونها في وقت إنشاء الحق الضماني. فهم لا يستطيعون منح ضمان في الموجودات التي لم تصبح قائمة بعدُ أو لم يحتازوها بعدُ. والشاغل الذي يفضي إلى هذا التقييد هو حماية المدينين من الإفراط في الالتزام بموجوداتهم، وخصوصا موجوداتهم الآجلة، لدائن مضمون معيّن. ومع ذلك، فلأن المنشآت التجارية المانحة قد لا تكون لديها دائما موجودات حاضرة متاحة لضمان الائتمان فإن هذا القيد يمنعها من الحصول على أنواع عديدة من الائتمان تستند إلى سلسلة متتالية من الموجودات الآجلة، مثل المخزون والمستحقات. ومن ثمَّ، فإن *الدليل* يتخذ وجهة النظر التي مفادها أنه يجوز إنشاء حق ضماني في الموجودات الآجلة، ما لم تنص تشريعات حماية المستهلكين على خلاف ذلك. ويرد في الفصل الأول شرح أكثر تفصيلا لهذا المبدأ.

(د) امتداد الحقوق الضمانية لتشمل العائدات

٦٤- عادة ما يكون الحق الضماني غير الحيازي في الموجودات المنقولة الملموسة مصحوبا بالحق في تتبع الموجودات حتى تصل إلى منقول إليه. وعندما يبيع المانح الموجودات أو يتصرف فيها بطريقة أخرى،

يحتاز المشتري الموجودات رهناً بالحق الضماني. كما تمنح بعض الدول الدائن المضمون حقا في أي موجودات (عادة المستحقات) يمكن أن يدرّها بيع الموجودات المرهونة. ويصف *الدليل* هذه الموجودات بأنها عائدات، ويتخذ الموقف المتمثل في أنه ينبغي، بما أن القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة هي المصدر النهائي للسداد بالنسبة للدائن، أن يتّسع الحق الضماني ليشتمل على أي عائدات يتم تلقيها عند التصرف في الموجودات المرهونة. ويرد في الفصل الثاني شرح أكثر تفصيلا لمبدأ اشتمال الحق الضماني على العائدات ولخصائص هذا الحق.

(هـ) تمييز النفاذ بين الطرفين عن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٦٥- في العديد من الدول، يكون الحق الضماني، عند إنشائه، نافذا ليس فقط بين المانح والدائن المضمون بل أيضا تجاه الأطراف الثالثة. وأحيانا لا يوفر ذلك إشعارا كافيا للأطراف الثالثة. وعليه، تفرض الدول في كثير من الأحيان إجراءات إضافية لإنشاء الحق الضماني (حتى بين المانح والدائن المضمون)، تزيد كثيرا على ما يُشترط عادة للتعاقد. ويعني ذلك أن على الدائن المضمون أن ينتظر دائما إبرام اتفاق مع المانح قبل اتخاذ خطوات لضمان الأولوية تجاه المطالبين المنافسين. ولهذه الأسباب، يرى *الدليل* أنه ينبغي التمييز بين إنشاء حق ضماني في النفاذ فيما بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة. كذلك، يتخذ *الدليل* الموقف المتمثل في أن إنشاء الحق الضماني ينبغي أن يكون بسيطا قدر المستطاع، وأن الخطوات الإضافية المطلوبة لجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة ينبغي أن تقتصر على الحد الأدنى. وترد في الفصلين الثاني والثالث، على التوالي، مناقشة لإنشاء الحق الضماني (نفاذه بين الطرفين) ولنفاذه تجاه الأطراف الثالثة.

(و) إنشاء سجل عام للحقوق الضمانية

٦٦- تخلَّت دول كثيرة، عبر السنين، عن القاعدة التي تحظر إنشاء حقوق ضمانية غير احتيازية في الموجودات المنقولة. غير أنه لا يجوز، في عدد من هذه الدول، أن تُرهن بحقوق ضمانية غير احتيازية سوى أنواع معيّنة من الموجودات ولا يجوز أن تمنح حقوقا ضمانية غير احتيازية إلا أنواع معيّنة من المانحين. وعادة ما تنشئ هذه الدول آليات منفصلة لتوفير الإشهار للفئات المختلفة من الموجودات أو المانحين أو المعاملات المضمونة. ويستند *الدليل* إلى وجهة نظر مفادها أن الكفاءة تتعزّز إذا أنشأت الدولة سجلا يتصف بالسمات الرئيسية التالية: *(أ)* أنه سجل عام وحيد للحقوق الضمانية؛ *(ب)* أنه تُسجَّل فيه الإشعارات ذات الصلة بالحقوق الضمانية القائمة أو المحتملة، وليس الوثائق؛ *(ج)* أن ملفات السجل تتاح لأي طرف ذي مصلحة للبحث فيها؛ *(د)* أنه يقضي، ما عدا في حالات محدودة للغاية (انظر الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز)، بأن النفاذ والأولوية تجاه الأطراف الثالثة يُحدَّدان وفقا لوقت التسجيل. وترد في الفصل الرابع مناقشة وافية لتصميم نظام السجل.

(ز) إتاحة الحقوق الضمانية المتعددة في نفس الموجودات

٦٧- لا يسمح العديد من الدول بالحقوق الضمانية غير الحيازية المتعددة في نفس الموجودات المنقولة. وحتى عندما تكون الحقوق الضمانية غير الحيازية معترفا بها، يُفترض في أحيان كثيرة أنه لا ينبغي أن يحق إلا لدائن واحد أن يكون له حق ضماني في الموجودات المنقولة. وهذا يعني أن المانح ملزم عمليا بأن

يكرس كامل قيمة الموجودات لدائن مضمون وحيد، حتى عندما تكون قيمة الموجودات أعلى كثيرا من الائتمان الذي تضمنه. ولكي يتسنى للمانح أن يستخدم القيمة الكاملة لموجوداته للحصول على الائتمان المضمون، ينبغي أن يصمَّم النظام بحيث يتيح منح حقوق ضمانية متعددة في نفس الموجودات. وتستند التوصيات المختلفة الواردة في الفصول الثاني إلى الرابع من *الدليل* إلى افتراض أن الدول ستنشئ نظما تتيح للمانح أن يفعل ذلك.

(ح) الأساس الزمني للأولوية بين الحقوق الضمانية المتعددة

٦٨- للاستفادة المثلى من إباحة الحقوق الضمانية المتعددة في الموجودات ذاتها، يجب أن يوفر القانون قواعد واضحة لترتيب أولوية الحقوق الضمانية التنافسية. ومن رأي *الدليل* أن الأولوية ينبغي أن تُحدد عادة بترتيب تسجيل إشعار في السجل، أو تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بوسيلة أخرى. ويناقش الفصل الخامس القواعد الأساسية لتحديد الأولوية بين الحقوق الضمانية التنافسية.

(ط) الأولوية بين الحقوق الضمانية وسائر الحقوق

٦٩- إن الدول التي تتيح الحقوق الضمانية غير الحيازية في الموجودات المنقولة لا تحمي هذه الحقوق دائما (حتى عندما تكون قد جُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة) من جعلها أدنى مرتبة من الحقوق اللاحقة. فمثلا تسمح بعض الدول بأن تنال الامتيازات غير المسجَّلة اللاحقة زمنيا (مثل المطالبات الضريبية) رتبة أعلى من رتبة الحقوق الضمانية. وفضلا عن ذلك، لا يسمح بعض الدول للدائن المضمون بأن يطالب بحقوقه تجاه أي مشترٍ حسن النية. ويتطلب نظام المعاملات المضمونة الفعال أن تسن الدول قواعد دقيقة تحكم كل نوع ممكن من نزاعات الأولوية مع حقوق مُطالب منافس وأن تتفادى، بقدر الإمكان، إنشاء أي حقوق لاحقة زمنيا تنال مرتبة أعلى من مرتبة الحقوق الضمانية القائمة. ويصف *الدليل* جميع هذه النزاعات المحتملة مع حقوق مطالبين غير الدائنين المضمونين بأنها تنطوي على منافسات على الأولوية. ويناقش الفصل الخامس المجموعة الكاملة، اللازمة لمعالجة حقوق المطالبين المتنافسين، من القواعد التفصيلية للأولوية، بما فيها القواعد التي تحكم النزاعات بين الحقوق الضمانية، من ناحية، وحقوق مشتري الموجودات المضمونة أو ممثل الإعسار في حال إعسار المانح، من الناحية الأخرى.

(ي) تنظيم تيسيري لا تنظيم شكلي

٧٠- بما أن أنظمة المعاملات المضمونة مصمّمة لكي تعطي الدائنين حقوق ملكية في موجودات مدينيهم، فإن الاتفاقات الضمانية تنجم عنها بالضرورة نتائج هامة تقع على الأطراف الثالثة. ويسعى العديد من الدول إلى التحكّم في تأثير الحقوق الضمانية من خلال التعداد الحصري لأنواع المعاملات التي يجوز للأطراف الاتفاق عليها، ومن خلال التنظيم المفصَّل ليس فقط لشروط إنشاء هذه الاتفاقات بل أيضا للأحكام المحدّدة التي يمكن إدراجها في الاتفاق الضماني. ويتخذ *الدليل* موقف أنه ينبغي السماح للأطراف، عموما، بتصميم اتفاقاتها الضمانية بنفسها، وأن أي قواعد إلزامية ينبغي ألاَّ ترمي إلاَّ إلى ضمان الإنصاف وحماية المصالح المشروعة للأطراف الثالثة. وترد في الفصلين السادس والسابع مناقشة للقواعد التي ينبغي أن تحكم العلاقة بين الطرفين وآثار الاتفاق الضماني على الأطراف الثالثة قبل وقوع التقصير والإنفاذ.

(ك) الإنفاذ خارج نطاق القضاء

٧١- جرت العادة بأن يُشترط على الدائنين المضمونين إنفاذ حقوقهم الضمانية بتقديم طلب إلى محكمة أو سلطة أخرى، وبالحجز على الموجودات المرهونة وبيعها بموجب إجراء قضائي. ولم يكن يُسمح بالإنفاذ خارج نطاق القضاء إلا في حالات معيّنة وبشروط معيّنة تقييدية للغاية. وفي المقابل، يوصي *الدليل* بأن لا يكون هناك قيد على حق الدائن المضمون في الإنفاذ خارج نطاق القضاء، ما دام نظام الإنفاذ مصمَّماً لحماية الحقوق المشروعة للمانحين والأطراف الثالثة. وترد في الفصل الثامن مناقشة لسبل الانتصاف المتاحة للدائنين المضمونين عند تقصير مدينيهم، وللإجراءات التي يجب اتباعها لضمان التوازن والإنصاف في إنفاذ الحق الضماني.

(ل) المساواة في معاملة جميع الدائنين الذين يوفّرون الائتمان لتمكين المانحين من احتياز الموجودات الملموسة

٧٢- يميّز العديد من الدول تمييزا قاطعا بين حقوق البائعين وحقوق المقرضين. وفي بعض الدول، يُمنح البائعون بعض الحقوق الخاصة، وذلك عادة بالسماح لهم بالاحتفاظ بحق ملكية الموجودات المبيعة إلى أن يُسدَّد ثمن الشراء بالكامل. وفي دول أخرى يُشجّع الدائنون أيضا على توفير الائتمان للمشترين، وبالتالي تعزيز التنافس وخفض تكلفة الائتمان الاحتيازي. ويرى *الدليل* أن نظام المعاملات المضمونة ينبغي أن يعامل البائعين والمقرضين الذين يوفّرون الائتمان لتمكين المشتري من احتياز الموجودات الملموسة نفس المعاملة. وتُستعرض في الفصل التاسع السبل المختلفة التي يمكن أن تضمن بها الدول المساواة في معاملة جميع مموِّلي الاحتياز.

هاء- تنفيذ قانون جديد للمعاملات المضمونة

١- *استعراض عام*

٧٣- يتطلّب تحقيق نظام فعّال وكفء للمعاملات المضمونة أن تنظر الدول بعناية ليس فقط في السياسات والمبادئ التي يستند إليها تقليديا هذا الفرع من القانون بل أيضا في العلاقة بين قانون المعاملات المضمونة، من جهة، والقانون العام للالتزامات وقانون الملكية والإجراءات المدنية والإعسار، من الجهة الأخرى. ولا يمكن تحقيق العديد من الأهداف الرئيسية لنظام المعاملات المضمونة العصري إلا بإعادة النظر في هذه السياسات التقليدية. وهذا هو الحال ليس فقط بالنسبة إلى الدول التي تعتزم اشتراع قانونها العام الأول للمعاملات المضمونة بل أيضا بالنسبة إلى الدول التي اشترعت مؤخرا تعديلات محددة لقوانينها لمواكبة الممارسات والاحتياجات التجارية الجديدة. والواقع أنه حتى الدول التي اشترعت بالفعل أحدث النظم ينبغي أن تُخضع قوانينها القائمة للتمحيص الدقيق. ويتخذ *الدليل* موقف أنه لا توجد دولة لا يمكن أن تستفيد من الفحص الدقيق للقواعد والمفاهيم القائمة، المجسَّدة في نظامها للمعاملات المضمونة، في ضوء السياسات والمبادئ والتوصيات المبينة في *الدليل*.

٧٤- وكما أُشيرَ سابقا، فإن الهدف الرئيسي من تحديث قانون المعاملات المضمونة هو تعزيز إتاحة الائتمان المضمون. بيد أن هذا الهدف يؤذن أيضا باتباع سياسات أخرى قد ترغب الدول في تعزيزها ويدعم تلك السياسات. فالائتمان المضمون يخدم أغراضا أكبر، مثل ما يلي: *(أ)* تيسير نجاح تشغيل المنشآت الداخلية وتوسيعها؛ *(ب)* تحسين قدرة تلك المنشآت على المنافسة محليا ودوليا معا؛ *(ج)* تمكين

المستهلكين وغيرهم من المشترين من احتياز الموجودات والخدمات بأفضل الشروط. وبغية تحقيق هذه الأغراض الأكبر، يجب أن يلبي النظام الاحتياجات الفعلية للمانحين والدائنين المضمونين. وفضلا عن ذلك فبما أن اعتماد نظام للمعاملات المضمونة يعبّر عن سياسة الدولة في تشجيع النشاط الاقتصادي، يجب أيضا أن يأخذ النظام في الحسبان التعبير المشروع عن السياسة الاجتماعية والاقتصادية للدولة في قطاعات أخرى. وتنطوي الكيفية الدقيقة التي ينبغي أن يوازَن بها بين منافع نظام المعاملات المضمونة الكفء والفعال، من جهة، وسائر الأهداف السياساتية، من جهة أخرى، على خيارات من المعقول أن الدول قد تختلف بشأنها. فقد تقرر بعض الدول، مثلا، أن الاقتطاعات غير المدفوعة من رواتب الموظفين من أجل مساهمات المعاشات التقاعدية ومخططات التأمين ضد البطالة ينبغي أن تعطى لها الأولوية على الحقوق الضمانية. وقد لا تتيح دول أخرى هذه الأولوية لأنها تعتقد أن ذلك سيكون مضراً بتوافر الائتمان وتكلفته. وترد في مختلف فصول *الدليل* مناقشة للاعتبارات المتنافسة التي ينبغي الاسترشاد بها فيما يتعلق بكيفية تحقيق كل دولة للتوازن الأمثل لديها بين الأهداف السياساتية.

٧٥- وينبغي أن تكون الأهداف الرئيسية والسياسات الأساسية التي تم بيانها للتو هي الأساس الذي ترتكز عليه القواعد المحددة لنظام المعاملات المضمونة العصري. غير أن مجرد اشتراع قانون جديد هو خطوة أولى وحسب. فلكي تستفيد الدول استفادة كاملة من وضع نظام فعال وكفء للمعاملات المضمونة، يجب أن يترسَّخ النظام فعليا بالطريقة المقصودة: فيجب أن يُستخدم على مستوى الممارسة العملية، ويجب أن يُفهم ويُفسَّر على نحو سليم من جانب رجال الأعمال والموّلين والقانونيين والقضاة والمحكّمين. وبالتالي، يجب أن تُعنى الدول، لدى تصميم القوانين وصياغتها من أجل اشتراع نظام للمعاملات المضمونة من النوع الموصى به في *الدليل*، بعدد من المسائل المتعلقة بالتنفيذ. وترد في الأبواب ٢ إلى ٤ أدناه مناقشة لهذه المسائل.

٢- *المواءمة مع القانون القائم*

٧٦- لكي يكون أي قانون جديد للمعاملات المضمونة فعالا، يجب أن تواءم أحكامه مع البنية القانونية العامة ومع الدور الفعلي للمؤسسات الائتمانية في الدولة المشترعة. ويعني ذلك أحيانا ضرورة إدخال تعديلات تكميلية على المؤسسات القانونية والاقتصادية العامة؛ كما يتطلب أحيانا إدخال تعديلات على تفاصيل نظام المعاملات المضمونة نفسه تخص كل دولة على حدة. ولمصطلح المواءمة، بمعناه الذي يُستخدم به في *الدليل*، أبعاد ثلاثة مختلفة.

٧٧- فأولا، ونظراً إلى أن إصلاح قانون المعاملات المضمونة لن يجري غالباً ضمن سياق إصلاح عام للقانون الخاص في الدولة، فيجب أن تكون المصطلحات التي تبيّن بها مفاهيم القانون الجديد وقواعده مرتكزة على المؤسسات القانونية القائمة. ولذلك، فبينما يفصِّل *الدليل* معنى المفاهيم التي ينبغي أن تشكِّل جزءا من قانون المعاملات المضمونة المصلَح، مثلا، فإنه لا يتخذ موقفا بشأن المصطلحات أو العبارات الدقيقة التي ينبغي استخدامها في اشتراع قانون جديد. ويُفترض أن الدول سوف تنفّذ توصيات *الدليل* بالرجوع إلى البنية القانونية القائمة وليس بنقل مصطلحات قانونية غير مألوفة وليس لها معنى أو صدى قانوني مأخوذة من ولايات قضائية أخرى. وعلى الخصوص، يحاول *الدليل* عرض توصياته والمفاهيم الرئيسية المرتبطة بها بطريقة يتسنى بها للدولة أن تكيف تلك التوصيات وتشترعها أيا كانت التقاليد القانونية التي يستند إليها القانون الوطني للدولة.

٧٨- وثانيا، لا يوجد نموذج واحد تقنّن به طريقة صياغة التشريعات الجديدة أو يحكم الموضع الذي تُدرج فيه هذه القواعد الجديدة في النظام القانوني العام للدولة. ولذلك، لا يتخذ *الدليل* موقفا، مثلا،

فيما يتعلق بما إن كانت جميع التوصيات التي يقدمها ينبغي اشتراعها في قانون وحيد، أو ما إن كان ينبغي إدراج تلك التوصيات في قانون مدني أم في قانون تجاري، أو ما إن كان ينبغي في أيّ من الحالتين أن ترد في الموضع نفسه. ويمكن جدا أن تقرّر الدول اشتراع القواعد المتعلقة بتنازع القوانين في قانون أو جزء من مدونة القانون المدني مخصّص لذلك الموضوع. كذلك، لا يتخذ *الدليل* موقفا حول ما إذا كان ينبغي للدول أن تصلح قانونها عن طريق اشتراع قانون مكتوب بأسلوب قانون مدني أم بأسلوب صك تنظيمي. والمهم هو أن يتمكّن المحامون وغيرهم من المستشارين القانونيين من إسداء نصح يمكن التعويل عليه لزبائنهم بشأن ما يقضي به القانون، وأن يفهم المحامون وغيرهم من المستشارين القانونيين، وكذلك القضاة والمحكّمون، القانون ويفسرونه ويطبقونه بطريقة متسقة ومتماسكة.

٧٩- وثالثا، يتقاطع العديد من أحكام قانون المعاملات المضمونة مع قواعد القوانين التي تنظم علاقة الدائن بالمدين، والقوانين والممارسات المصرفية، وكذا الإعسار وقانون الإجراءات المدنية. ويسلِّم *الدليل* بالحاجة إلى تحقيق تماسك النظام العام في كل من نقاط التقاطع هذه. فمثلا في حين أنه يوصي، في الفصل الثامن المتعلق بإنفاذ الحق الضماني، بأن توفر الدول إجراءات قضائية سريعة للبت في أي مسائل تتصل بحقوق المانحين أو الدائنين المضمونين أو الأطراف الثالثة أثناء الإنفاذ القضائي أو خارج نطاق القضاء، فهو لا يهدف إلى بيان ما ينبغي أن تكون عليه هذه الإجراءات ولا قواعد الإجراءات المدنية التي ينبغي أن تُطبَّق عليها.

٣- *مسائل الطريقة التشريعية والأساليب الصياغية*

٨٠- لا يمثل ضمان مواءمة النظام الجديد مع مفاهيم القانون الموضوعي القائمة سوى بُعد واحد من أبعاد التنفيذ الناجح. فمن المهم أيضا إيلاء العناية لمسائل الأسلوب التشريعي. ورغم أن التوصيات الواردة في *الدليل* معروضة كتوصيات وليس كأحكام لقانون نموذجي، فهي مصوغة في كثير من الأحيان بدرجة عالية من التفصيل والتحديد. بيد أن هذا لا يعني أن الدول يجب أن تشترع قانونا جديدا يصاغ بهذه الطريقة. فإذا كانت الأساليب الصياغية في الدولة تفترض أن تُعرض الأحكام التشريعية أولا بواسطة بيان مبادئ، وبعد ذلك بواسطة استثناءات تُذكر بالترتيب التنازلي من حيث درجة العمومية، فهذا هو الأسلوب الذي ينبغي أن تتَّبعه الدولة في قانونها الجديد. ويقدم *الدليل* تعليقات مستفيضة تبيِّن الأسس المنطقية السياساتية لتوصياته، بغية تمكين الدول من سن تشريعات تحقق الأهداف التي تنشدها دون أن يتعيَّن عليها أن تتبع أي أسلوب صياغي معيَّن.

٨١- وتنشأ مسألة صياغية ثانية لأن الدول تتخذ مواقف متباينة بشأن العلاقة بين القوانين المعيّنة والأحكام العامة للقانون الخاص. وبقدر ما تشكِّل توصيات *الدليل* استثناءات من القانون العام للممتلكات أو الالتزامات في الدولة، سيلزم الدول أن تحدّد كيفية التعبير عن هذه الاستثناءات. فمثلا، تشكِّل توصيات *الدليل* المتعلقة بإمكانية تتبع الحق الضماني وصولا إلى العائدات تحولا رئيسيا في القواعد المتصلة بالإحلال الحقيقي في بعض الدول، واستثناء هاما من القواعد التي لا تعترف بالحق في تتبع الموجودات المنقولة (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ٧٩-٨٥). غير أن *الدليل* لا يتخذ موقفا حول ما إن كان ينبغي اشتراع هذه الاستثناءات في إطار نظام المعاملات المضمونة أم التعبير عنها بوصفها مبادئ أكثر عمومية تعدّل القواعد الحالية للممتلكات والعقود في قوانين أخرى، مثل القانون المدني. وبعبارة أخرى، ينبغي أن تحدد الدول الموضع الأمثل لهذه التعديلات الموضوعية للقانون العام وفقا للآراء المعيّنة بشأن الأسلوب والتنظيم التشريعيين التي تتخذها عند الاشتراع.

٨٢- وثالثا، ولأن *الدليل* أُعِدَّ للاستخدام من جانب دول تتباين أنظمتها القانونية، فقد كان من الضروري، في بعض الأحيان، نحت كلمات جديدة للتعبير عن مفاهيمه الرئيسية. فمثلا، لا يستخدم *الدليل* أياً من تعبير "المصلحة الضمانية في ثمن الشراء" (الموجود في بعض الولايات القضائية التي تعمل بالقانون العام) أو تعبير "امتياز البائع" (الموجود في بعض الولايات القضائية التي تعمل بالقانون المدني) في مناقشته للحقوق الضمانية التي يحصل عليها مقدِّمو الائتمان الذي يستخدمه المانحون لاحتياز الموجودات الملموسة. وهو يستخدم عوضا عن ذلك المصطلح العام "الحق الضماني الحيازي". وإذ يفعل *الدليل* ذلك، لا يوصي ضمنيا بأن تعتمد الدول هذه المفردات. فإذا كان هناك تعبير موجود حاليا (مثل تعبير "المصلحة الضمانية في ثمن الشراء" أو "امتياز البائع") يلقى صدى عند المحامين والبائعين والمشترين في دولة ما، فإن *الدليل* يفترض أن ذلك التعبير يمكن أن يستخدم في القانون الجديد، ما دامت الحقوق الموضوعية التي يشير إليها المصطلح بعد ذلك هي تلك الواردة في *الدليل* وليست تلك الواردة في قانون سابق.

٨٣- ورابعا، يتحاشى *الدليل*، بصفة عامة، وما عدا فيما يتعلق بمبدأ النهج الوظيفي، استخدام "الأحكام الظنية" أو الافتراضات القانونية، ويعتمد فرضية أن الدول يمكن أن تشترع التوصيات دون أن تلجأ إلى تلك الأحكام أو الافتراضات. ومع ذلك فهذا الأسلوب مستخدم على نطاق واسع في العديد من الدول. ومن ثم يترك *الدليل* لكل دولة على حدة اختيار طريقتها التشريعية بشأن هذه المسألة. فهو مثلا لا يتخذ موقفا حول ما إن كان ينبغي للدول أن تعتبر الحق الضماني للمقرض الذي يوفر تمويل الاحتياز امتيازا للبائع على الرغم من أن من الواضح أن المقرض ليس بائعا، أو حول ما إن كان ينبغي للدول أن تسمي هذين الحقّين أي تسمية أخرى. والشاغل الذي يعالج في *الدليل*، بدلا من ذلك، هو شاغل موضوعي: فمهما كانت تسمية الحق، ينبغي أن يبلغ به نفس النتائج الوظيفية جميع ممولي الاحتياز.

٤- *المسائل المتعلقة بالتثقيف عقب الاشتراع*

٨٤- يورد *الدليل*، في فصله قبل الأخير، سلسلة من التوصيات المتعلقة بالأحكام الانتقالية (انظر الفصل الحادي عشر). ويشير مفهوم الأحكام الانتقالية إلى مسألة ماهية القواعد التي ينبغي تطبيقها لتحديد الأحوال التي ينبغي أن يكون فيها أي حق ضماني معيّن خاضعا للقانون السابق والأحوال التي ينبغي أن يكون فيها خاضعا للقانون الجديد. كما أنه لا بد من وضع قواعد انتقالية قابلة للتطبيق توفّر توجيهات دقيقة لرجال الأعمال والخبراء الماليين والمحامين والقضاة والمحكَّمين، لتفادي حدوث فوضى قانونية كلما دخل قانون جديد حيز النفاذ. أي أن القصد من هذه القواعد الانتقالية هو ضمان استفادة الأطراف من القانون الجديد لكن من دون تعطيل الحقوق المكتسبة، ومن ثم زيادة تقبل القانون الجديد.

٨٥- ولا يعتمد القبول العام لقانون المعاملات المضمونة الجديد على الأحكام الانتقالية الجيدة وحدها. فهو يتطلب أيضا أن ينظر الأفراد ومنظّمو المشاريع ومحاموهم والمستشارون القانونيون الآخرون إلى القانون كوسيلة كفؤة وفعالة لتنظيم معاملاتهم الائتمانية. وفي نهاية المطاف، يقتضي القبول أن يقوم جميع الأشخاص الذين يُطلب إليهم وضع القانون الجديد موضع التنفيذ (مثل ممارسي المهن القانونية والقضاة والمحكمين والأكاديميين ومأموري الإجراءات وأمناء السجلات) بتفسيره وتطبيقه كما يجب. ولا تتحقق المثاقفة اللازمة للقبول السريع لأي قانون جديد بمحض الصدفة. فيجب على الدول المشترعة أن تولي عناية مباشرة، لدى تنفيذ قانون المعاملات المضمونة الجديد، للمسائل الأربع التالية.

٨٦- فأولا، من المهم أن يكون اشتراع القانون الجديد مصحوبا بإصدار تعليق تشريعي شامل نسبيا يشرح مصادره وأغراضه. وقد يتم ذلك المسعى مثلا بإدراج الأجزاء ذات الصلة من التعليقات الواردة في *الدليل* في التعليقات الرسمية التي تصدرها الدولة المشترعة. والوضع المثالي هو أن تُستكمل هذه

التعليقات الرسمية بكتابات نظرية تقدم أمثلة وإيضاحات أخرى عن الكيفية التي ينبغي إعمال القانون بها في الممارسة العملية.

٨٧- وثانيا، وبما أن القانون قد يتطلب بالفعل إدخال تعديلات كبيرة على الممارسات المتبعة، فقد يكون من المفيد توفير أشكال نموذجية وسوابق، ليس فقط فيما يتعلق بالإشعارات الرسمية أو الوثائق الأخرى التي يجب تقديمها، بل أيضا فيما يتعلق بالاتفاقات الضمانية في حد ذاتها. وسيطوِّر المحامون، في غضون فترة قصيرة، السوابق التعاقدية الخاصة بهم، لكن توفير سلسلة من النماذج المشروحة يمكن أن يساعد على توضيح المعاملات المحتملة في إطار القانون الجديد.

٨٨- وثالثا، وبما أن معظم المحامين الذين سيقومون في البداية بإسداء المشورة لزبائنهم بشأن القانون الجديد سيكونون ممن تلقوا ثقافتهم في ظل القانون السابق، فسيكون من المهم أن تتولى رابطات المحامين والقضاة وغيرهم من المهنيين والمؤسسات والمنظمات الأكاديمية التي توفّر المساعدة في مجال إصلاح القانون رعاية حلقات دراسية وندوات تشرح مختلف سمات القانون الجديد وسبل تكييف الممارسات والسوابق القائمة معه. وما لم تبذل جهود منسقة في مجال التثقيف، لن يتأتى بسرعة الكثير من فوائد القانون الجديد وسيُحتمل وقوع أخطاء في تفسيره.

٨٩- ورابعا، يمكن توقّع نشوء منازعات قضائية وذلك تقريباً بُعيد اشتراع القانون الجديد. وفي الدول التي لا يتيسر فيها الاطلاع على نتائج القرارات القضائية (سواء من خلال النشر العمومي أو الخصوصي)، ينبغي استحداث مرافق لإشاعة القرارات القضائية والتعليقات عليها. وإن النظام الموثوق به لإبلاغ السوابق القضائية، والذي يمكّن المحامين والقضاة والمحكَّمين من وضع تفسيرات متّسقة للقانون الجديد، من شأنه أن يقطع شوطاً بعيداً في زيادة اليقين القانوني، وأن يقلّص، بالتالي، عدد حالات التقاضي في المستقبل.

واو- التوصية ١

١- من أجل توفير إطار سياساتي عريض لقانون فعّال وناجع بشأن المعاملات المضمونة (يُشار إلى "قانون المعاملات المضمونة" فيما يلي بِـ"القانون" أو "هذا القانون")، ينبغي أن يهدف القانون إلى ما يلي:

(أ) ترويج الائتمان المنخفض التكلفة بزيادة إتاحة الائتمان المضمون؛

(ب) السماح للمدينين باستخدام القيمة الكاملة الكامنة في موجوداتهم لدعم الائتمان؛

(ج) تمكين الأطراف من الحصول على الحقوق الضمانية بطريقة بسيطة وناجعة؛

(د) كفالة المساواة في معاملة مختلف مصادر الائتمان ومختلف أشكال المعاملات المضمونة؛

(هـ) إقرار صحة الحقوق الضمانية غير الحيازية في الموجودات بجميع أنواعها؛

(و) تعزيز اليقين والشفافية، بالنص على تسجيل إشعار بالحق الضماني في سجل عام للحقوق الضمانية؛

(ز) إرساء قواعد للأولوية تكون واضحة ويمكن التنبؤ بها؛

(ح) تيسير الإنفاذ الفعّال لحقوق الدائن المضمون؛

(ط) السماح للأطراف بأكبر قدر من المرونة في التفاوض على شروط اتفاقهم الضماني؛

(ي) الموازنة بين مصالح جميع الأشخاص المتأثرين بالمعاملة المضمونة؛

(ك) المواءمة بين قوانين المعاملات المضمونة، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين فيما يتصل بالمعاملات المضمونة.

أولا- نطاق الانطباق، والنهوج الأساسية إزاء المعاملات المضمونة، والمواضيع العامة المشتركة بين جميع فصول *الدليل*

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- تواجه الدول التي تشترع قوانين للمعاملات المضمونة خيارين أوليين وأساسيين متعلقين بالسياسات. فيجب عليها، أولاً، أن تحدد النطاق الذي تود أن تعطيه للقانون الذي سيُشترع. ويتناول الباب ألف-٢ من هذا الفصل، الذي يحتوي على مناقشة تفصيلية لنطاق *الدليل*، هذا الخيار السياساتي لأنواع الموجودات التي يشملها *الدليل*، والأشخاص الذين يجوز أن يكونوا أطرافا في المعاملات التي يشملها *الدليل*، والالتزامات التي يُقصد أن تضمنها الحقوق الضمانية، والأنواع المختلفة من المعاملات التي يشملها *الدليل*، والاستثناءات من *الدليل*، وآثار هذه الاستثناءات. وثانياً، على الدول أن تحدّد النهوج الأساسية التي ستتّبعها إزاء المعاملات المضمونة. ويقدم الباب ألف-٣ مناقشة تفصيلية لما طُوّر في الماضي وما قد يوجد في مختلف الدول حاليا من نهوج أساسية تجاه المعاملات المضمونة، قبل أن يبين النهج العام المتبع في *الدليل*. ويستعرض الباب ألف-٤ موضوعين رئيسيين يستند إليهما نهج *الدليل* وتشترك فيهما جميع فصوله (مبدأ استقلالية الطرفين، واستصواب أن تستخدم إلى أقصى حد ممكن التكنولوجيا الإلكترونية العصرية). ويختتم الفصل، في الباب باء، بسلسلة من التوصيات بشأن نطاق *الدليل*، ونهجه الأساسي، ومبدأ استقلالية الطرفين واستخدام التكنولوجيا الإلكترونية العصرية.

٢- *نطاق الانطباق*

٢- لا يوجد تعريف مقبول عالميا لقانون المعاملات المضمونة. ففي بعض الدول، يشمل قانون المعاملات المضمونة الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة والممتلكات غير المنقولة، على السواء؛ بينما يقتصر مفهومه، في دول أخرى، على الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة. وإضافة إلى ذلك، في بعض الدول، يشمل قانون المعاملات المضمونة الحقوق الضمانية التي تنشأ باتفاق والحقوق التي تنشأ بموجب القانون أو بموجب إجراءات قضائية؛ وفي دول أخرى، يقتصر مفهومه على الحقوق الضمانية التي تنشأ باتفاق. وعلاوة على ذلك، في بعض الدول، يضمّ قانون المعاملات المضمونة الحقوق التي يكون الغرض منها ضمان أداء أي نوع من الالتزامات؛ أما في دول أخرى فيقتصر مفهومه على الحقوق التي تضمن أداء الالتزامات النقدية وحدها. وفضلا عن ذلك، في بعض الدول، يشمل قانون المعاملات المضمونة جميع الأدوات القانونية التي تؤدي وظيفة ضمان أداء الالتزام؛ أما في دول أخرى، فيقتصر مفهومه على الأدوات التي تمكّن الدائنين من تأكيد حقهم في ملكية الموجودات التي يملكها مدينهم فعليا، وبذلك فإنه لا يشتمل، مثلا، على أدوات الاحتفاظ بحق الملكية، التي لا يمتلك فيها الدائن الموجودات. وللاختيار الذي تقوم به الدول بشأن نطاق قانون المعاملات المضمونة أثر كبير في كفاءة نظام الائتمانات المضمونة العام وفعاليته.

٣- والغرض الأساسي الذي يتوخاه *الدليل* هو مساعدة الدول على وضع قوانين عصرية للمعاملات المضمونة بهدف تعزيز توافر الائتمانات المضمونة (انظر التوصية ١، الفقرة الفرعية *(أ)*). ويتبنى *الدليل*، للأسباب الواردة في المقدّمة، الرأي الذي مفاده أنه كلما كان نطاق نظام المعاملات المضمونة لدولة ما أوسع، كلما زادت كفاءة ذلك النظام وفعاليته. ولا ينبغي استثناء أنواع معيّنة من المعاملات من ذلك النطاق إلا عندما توجد شواغل طاغية (انظر الفقرات ٣٢-٤٤ أدناه). وبعبارة أخرى، ينبغي، من أجل تحقيق مزايا زيادة توافر الائتمانات المضمونة تحقيقا كاملا، أن يكون قانون المعاملات المضمونة شاملا بأكبر قدر ممكن. وعليه، يتوخى *الدليل* نظاماً وحيداً شاملاً للمعاملات المضمونة يحيط بأوسع طائفة ممكنة من الموجودات والأطراف والالتزامات والمعاملات (انظر بيان الغرض الوارد قبل التوصية ٢).

(أ) الموجودات والأطراف والالتزامات والمعاملات والعائدات

٤- كما ذُكر من قبل (انظر الفقرة ١ أعلاه)، توجد خمس سمات تحدد نطاق نظام المعاملات المضمونة وهي: *(أ)* أنواع الموجودات التي يُقصد أن يشملها النظام؛ *(ب)* الأطراف (سواء الدائنون أم المدينون) التي يُقصد أن يشملها النظام؛ *(ج)* أنواع الالتزامات التي يمكن أن يضمنها حق ضماني يحكمه النظام؛ *(د)* أنواع المعاملات القانونية التي ستنظمها القواعد القانونية التي يضعها النظام؛ *(هـ)* امتداد الحق الضماني في الموجودات ليشمل أي عائدات متأتية من الموجودات. ويُنظر في هذه السمات الخمس أدناه تباعا.

'١' الموجودات

٥- لقد دأب العديد من الدول على اعتبار الحقوق الضمانية بأنها خروج عن المبدأ العام للمساواة بين الدائنين. ومن هنا، فإن أنواع الموجودات التي يمكن رهنها بحق ضماني تُعدَّد بطريقة تقييدية. أما النظم العصرية للمعاملات المضمونة، فعادةً ما تتخذ الموقف المعاكس: ينبغي أن تكون جميع أنواع الموجودات قابلة لأن تكون محلّ حق ضماني، باستثناء الموجودات المستبعدة صراحة. وينصبّ التركيز الرئيسي للدليل على الموجودات التجارية الأساسية، مثل المخزون والمعدات، والمستحقات التجارية. بيد أن أنواع الموجودات التي يمكن أن يقدّمها المانح كضمان للائتمان تشمل أشياء عديدة ليست موجودات تجارية أساسية، مثل المطالبات التعاقدية غير النقدية، والصكوك القابلة للتداول، وحقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي. ولكي يتسنّى للمانحين استخدام جميع موجوداتهم، أيا كانت طبيعتها، للحصول على الائتمان، يوصي *الدليل* بأن يُطبّق نظام المعاملات المضمونة على الحقوق الضمانية في جميع أنواع الممتلكات المنقولة، ملموسة أم غير ملموسة، وفي الموجودات الحالية والآجلة (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(أ)*)، باستثناء الموجودات المستبعدة صراحة (انظر التوصيات ٤-٧).

٦- ومن المهم أن يحدد بدقة ما يستتبعه هذا النهج. فهو يعني، أولا، أن *الدليل* يتناول جميع أنواع الممتلكات المنقولة. ويشمل الموجودات الملموسة، مثل المخزون والمعدات والبضائع الأخرى. كما أنه يشمل أي حقوق أقل من الملكية الكاملة يمكن أن يكون المدين حاصلا عليها في هذه الموجودات، مثل حق الانتفاع بها أو الحقوق التعاقدية التي يمكن أن يكون المدين متمتعا بها فيما يتعلق بموجودٍ (مثلا، حقه كمستأجر أو مرخّص له). ويتناول *الدليل* أيضا موجودات أخرى غير ملموسة، مثل المستحقات التعاقدية وغير التعاقدية، والمطالبات التعاقدية غير النقدية، والحقوق الناشئة بمقتضى صك قابل للتداول أو مستند قابل للتداول، وحقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، وحقوق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل، وحقوق الملكية الفكرية.

٧- ويتّبع *الدليل* أيضا نهجاً واسعا فيما يتعلق بالمستحقات.[1] ويُقصد منه أن يشمل كلا من ما يلي: *(أ)* المستحقات التعاقدية وغير التعاقدية، باستثناء أن التوصية ٢٣ (بشأن نفاذ الإحالة الإجمالية للمستحقات وإحالة المستحقات الآجلة أو أجزاء من المصالح غير المجزأة في المستحقات) والتوصية ١١٤ (بشأن إقرارات المحيل) لا تنطبقان على المستحقات غير التعاقدية)؛ *(ب)* الالتزامات التعاقدية غير النقدية. غير أن حقوق المدينين بالالتزامات التعاقدية غير النقدية تخضع لقانون غير القانون الموصى به في *الدليل*.

٨- كما أن *الدليل* يسير أيضاً على نهج واسع إزاء ما يمكن رهنه بحق ضماني من أنواع الموجودات. فهو يؤكّد ضرورة تمكين المانح من إنشاءً حقوقً ضمانية لا في موجوداته الحالية فحسب بل أيضا في موجوداته الآجلة (أي الموجودات التي نشأت أو اكتسبها المانح بعد الدخول في الاتفاق الضماني)، دون إلزام المانح أو الدائن المضمون بالتوقيع على أي وثائق إضافية أو اتخاذ أي إجراءات إضافية في وقت اكتساب تلك الموجودات أو إنشائها. وهذا النهج يتسق، مثلا، مع اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، التي تنص على إنشاء حقوق ضمانية في المستحقات الآجلة دون اشتراط اتخاذ أي خطوات إضافية. وإلى جانب ذلك، يوصي *الدليل* بأن يسمح نظام المعاملات المضمونة بإنشاء حق ضماني في مجموعة متغيرة من الموجودات تشتمل على ما يلي: *(أ)* موجودات حالية وآجلة من نفس النوع؛ *(ب)* موجودات من أنواع مختلفة.

٩- والغرض من صوغ نظام المعاملات المضمونة ليشمل أوسع نطاق ممكن هو غرض مزدوج. فأولا، يسمح النظام للمدينين باستخدام جميع موجوداتهم استخداما كاملاً، والاستفادة كذلك من قيمتها الكاملة كضمان للائتمان، مما يزيد من مقدار الائتمانات المتاحة لهم ويقلّص تكاليف ذلك الائتمان. وثانيا، يؤدي إدراج جميع أنواع الموجودات ضمن النظام والسماح للمانحين بوصف الموجودات المرهونة بعبارات عامة إلى تمكين الأطراف من تفادي إجراء تحريات مكلفة في وقت إنشاء الحق الضماني، أو حدوث منازعات مكلفة بعدئذ حول ما إن كان النظام يشمل أو لا يشمل أي نوع محدد من الموجودات (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ٤٩-٧٠).

'٢' *الأطراف*

١٠- على غرار الموجودات التي يمكن أن تكون موضوعا لحق ضماني، والتي كانت تُعدَّد تعداداً تقييدياً، كان العديد من الدول يحدّ في الماضي من فئات الأشخاص الذين يحق لهم إما أن يمنحوا حقا ضمانيا أو أن يُصبحوا دائنين مضمونين. وكثيرا ما كان يجري ذلك عن طريق سنّ حظر عام على منح الحق الضماني غير الحيازي، ثم النص بصراحة على ما يلي: *(أ)* أنه يجوز، رغم ذلك، لفئات معيّنة من المانحين (مثل المزارعين أو أصحاب المحلات التجارية أو الصنّاع) منح نوع معيّن من الحقوق الضمانية غير الحيازية؛ أو *(ب)* أنه يجوز لفئات معيّنة من الدائنين (مثل المصارف أو شركات الادخار والإقراض أو التعاونيات الائتمانية الزراعية) أخذ هذا الحق الضماني. ولا تفرض النظم العصرية للمعاملات المضمونة قيودا من هذا القبيل. فهي عادة تعتبر أن مزايا نظام المعاملات المضمونة ينبغي، من حيث المبدأ، أن تكون متاحة لأي شخص، طبيعيا كان أم اعتباريا. وهذا يعني أنه لا توجد عموما أي قيود على الشخص الذي يمكن أن يكون مانحا أو دائنا مضمونا. وهذا هو الموقف الذي يتخذه *الدليل* (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(ب)*).

[1] بخلاف اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات التي لا تنطبق إلا على المستحقات التعاقدية، فإن الدليل ينطبق على المستحقات غير التعاقدية أيضا (انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير، "المستحق" والحاشية ٣٠).

١١- ويسري *الدليل* أيضا، ما لم ينص على خلاف ذلك، على المستهلكين والمعاملات الاستهلاكية؛ فلا يوجد سبب لحرمان المستهلكين من منافع النظام الذي يتوخاه *الدليل*. غير أن *الدليل* يسلّم بأن الدول كثيرا ما تشترع قوانين شاملة لحماية المستهلكين. ومن ثم، ففي حال تضارب أي قاعدة في النظام المتوخى في *الدليل* مع قانون حماية المستهلكين، يعلو ذلك القانون على *الدليل*. ولعلّ الدول التي ليست لديها قوانين لحماية المستهلكين تود أن تنظر في ما إن كان من شأن سَن قانون يستند إلى توصيات *الدليل* أن يمس حقوق المستهلكين وأن يتطلب من ثمَّ استحداث تشريعات لحماية المستهلكين (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(ب)*). وعلاوة على ذلك، فمن حيث إن القانون المصرفي في الدولة قد يحد من حقوق المصرف في الحصول على أنواع معيّنة من الحقوق الضمانية في أنواع معيّنة من الموجودات، فإن ذلك القانون يعلو على *الدليل* أيضا، رغم أن هذه المسألة لا يُرجَّح أن تنشأ عمليا.

'٣' الالتزامات

١٢- كثيرا ما يحد قانون المعاملات المضمونة في العديد من الدول من أنواع الالتزامات التي يمكن ضمانها بحق ضماني. فمثلا لا تُضمن، في العديد من الدول، سوى الالتزامات الحالية والمحددة. إلا أنه بالنظر إلى المجموعة الواسعة من الالتزامات التي دأبت المنشآت على أخذها على عاتقها فإن معظم نظم المعاملات المضمونة العصرية يتخذ نظرة واسعة إزاء الالتزامات التي يمكن ضمانها بحق ضماني. ويعتمد *الدليل* هذا النهج. فهو يوصي بجواز ضمان طائفة عريضة من الالتزامات، النقدية وغير النقدية (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(ج)*). فالالتزامات النقدية يمكن أن تشمل، مثلا، القروض التي تسدد عند الطلب، والقروض المحددة الأجل، والتسهيلات الائتمانية، والتزامات سداد رصيد ثمن الشراء. ويمكن أن تشمل الالتزامات غير النقدية التزامات بأداء مهمة محددة (كصنع آلة معيّنة، مثلا)، أو التزامات بالامتناع عن القيام بشيء ما (من أجل تفادي شروط المنافسة، مثلا). ويمكن ضمان الالتزامات الحالية أو الالتزامات الآجلة، ما دامت محددة أو قابلة لأن تكون محددة.

'٤' المعاملات

١٣- العنصر النهائي الذي يحدد نطاق نظام المعاملات المضمونة هو مجموعة المعاملات التي يشملها. وكما ذُكر آنفا فإنه لا يجوز في بعض الدول إنشاء حق ضماني غير احتيازي. ففي هذه الدول، يجب على المانح أن يتخلى، للدائن أو لشخص يتصرف نيابة عن الدائن، عن الموجودات المراد رهنها. وفضلا عن ذلك، ففي بعض الدول لا يدخل في نطاق نظام المعاملات المضمونة سوى المعاملات المسماة صراحة معاملات مضمونة والتي تسمح للدائن بالمطالبة بالحق الضماني في الموجودات التي يملكها المانح فعليا. ومن أجل كفالة تناول جميع الأدوات التي تؤدي وظائف ضمانية، لا تفرض النظم العصرية للمعاملات المضمونة أيا من هذين القيدين، ويعتمد *الدليل* أيضا هذا النهج. فأولا، يوصي *الدليل* بالسماح بالحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية، على السواء، في الموجودات المنقولة وبشمولها. وثانيا، يوصي *الدليل* بأن تخضع للنظام مجموعة واسعة من المعاملات التي تؤدي وظائف ضمانية (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(د)*).

١٤- وهذه النقطة الثانية هامة، بوجه خاص، بالنظر إلى العدد الكبير من حقوق الملكية التي تؤدي أغراضا ضمانية، وإن كانت لا تُسمَّى حقوقا ضمانية. ومن حقوق الملكية هذه، مثلا، نقل حق ملكية

الموجودات الملموسة لأغراض ضمانية، وإحالة المستحقات لأغراض ضمانية، والأشكال المختلفة للاحتفاظ بحق الملكية (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(د)*). ويشرح الباب التالي من هذا الفصل بالتفصيل الأساس المنطقي لتضمين *الدليل* جميع هذه الأدوات المختلفة، بصرف النظر عن تسميتها الحالية في القانون الوطني (انظر التوصية ٨).

١٥- وبما أن الغرض الأساسي من *الدليل* هو تعزيز إمكانية الحصول على الائتمانات المضمونة، فإن توصياته تتناول أساسا الحقوق الضمانية التي تنشأ باتفاق. وهو لا يتناول بصفة مباشرة المسائل المتعلقة بالرهون التي تنشأ بمقتضى تشريع أو إجراء قضائي. ومع ذلك، وبما أن هذه الرهون تُعطَى أحيانا أولوية على الحقوق الضمانية، فإن *الدليل* لا يستطيع تجاهلها. فلذا، يتضمّن *الدليل* أيضا توصيات تتناول تفاعل الحقوق الضمانية التعاقدية مع تلك الرهون (انظر التوصيات ٨٣-٨٦).

'٥' العائدات

١٦- الاستعراض الوارد أعلاه للعناصر الأساسية لنظام المعاملات المضمونة يوضح حدوث تطور جوهري في الطريقة التي يُنظر بها إلى الحقوق الضمانية. فقد كانت الدول في الماضي ترى أن الحق الضماني ينتج عن اتفاق يهدف تحديدا إلى إنشاء حق في موجودات معيّنة، مملوكة لمدين معيّن، لفائدة دائن معيّن، لضمان التزام معيّن (وأن أيا من هذه العناصر الخاصة بالمعاملة لن يتغير أثناء سريان الاتفاق الضماني). أما في النظم العصرية للمعاملات المضمونة فلا توجد هذه الدرجة من التحديد. فكثيرا ما قد يتغيّر الدائن عند إحالة القروض، بالكامل أو جزئيا، من مقرض إلى آخر، وقد يتغير الالتزام لدى سداد التزام ونشوء التزام جديد، وقد تتغير الموجودات المرهونة (مثلا، لدى بيع المخزون والاستعاضة عنه بآخر وعند دفع مستحقات وإيجاد مستحقات جديدة).

١٧- وتوجد، علاوة على ذلك، خاصية أخرى للنظم العصرية تشكّل عنصرا رئيسيا من عناصر نطاق هذه النظم. فهذه النظم تسمح عادة بأن يمتد الحق الضماني ليشمل أي عائدات متأتية من موجودات مرهونة. وهذا المبدأ المتمثل في امتداد الحق الضماني إلى العائدات هو مبدأ يعتبر ضروريا عموما لحماية حقوق الدائن المضمون كلما باع المانح موجودات مرهونة أو أجّرها. وتوجد، فضلا عن ذلك، أشكال عديدة من العائدات علاوة على العائدات التي تنشأ من بيع الموجودات المرهونة أو تأجيرها.

١٨- وللإدراك الكامل لنطاق فكرة العائدات، يلزم النظر في كل السبل المختلفة التي يمكن أن يطرأ بها على الموجودات الملموسة تحوُّل قانوني ومادي بمرور الزمن. فمثلا، إذا كان أحد الموجودات الملموسة حيوانا، أمكن حدوث عدة تغيرات له. فالحيوانات الإناث تُنجب، وقد يُنتج بعضها منتجات مثل اللبن أو الصوف. كما أن حيوانات أخرى ممتازة قد تنتج سائلا منويا يُباع أو بويضات للبيع. ويُنتج النحل العسل، ويُنتج دود القز الحرير. وفي كل هذه الأحوال، يمكن أن تولّد الموجودات المرهونة الأصلية موجودات أخرى للمانح حتى من غير التصرف في الموجودات المرهونة. وفي العديد من النظم القانونية، يشار إلى هذا النوع من الموجودات باسم "الثمار الطبيعية".

١٩- والموجودات الملموسة قد تنتج أيضا موجودات غير ملموسة. فمثلا، يمكن أن تؤجّر وأن تدرّ مدفوعات إيجار من المستأجر. وفضلا عن ذلك، يمكن أن تنتج الموجودات غير الملموسة موجودات أخرى غير ملموسة (مثلا، قد تتولد الفائدة من الإيجار). كما أن كلاًّ من الإيجار والفائدة يُعرف في غالب الأحيان باسم "الثمار المدنية" أو "الإيرادات". وإضافة إلى ذلك، فإن موجودا ملموسا قد يكون

من النوع الذي يمكن تصنيعه أو تحويله بخلاف ذلك إلى موجود من نوع آخر. فالخشب يمكن أن يصبح كرسيا، والحديد الصلب يمكن أن يصبح جزءا من سيارة. وهنا لا يجري التصرف في الموجودات المرهونة الأصلية، ولكنّ عملية التصنيع تحوّلها إلى موجودٍ آخر أثمن. وكثيرا ما تسمى الموجودات الناجمة عن هذا التحوّل "منتجات التصنيع".

٢٠- وبعبارة أخرى، فإن هذه الموجودات المنقولة الجديدة المختلفة توصف، بلغة قانون الملكية، بأنها ثمار طبيعية ومدنية، أو إيرادات، أو منتجات تصنيع. غير أنه، ولأغراض قانون المعاملات المضمونة، كثيرا ما تكون التسمية المعيّنة غير ذات أهمية. فالمهم هو القرار السياساتي الذي تتخذه الدول بشأن أثر الحق الضماني في هذه الثمار الطبيعية والمدنية والإيرادات ومنتجات التصنيع. أي أنه يجب، في كل حالة من هذه الحالات، أن تقرر الدول ما إن كان الحق الضماني الذي يؤخذ في الحيوان أو في الصلب أو في حق تلقي المدفوعات أو في الموجود المؤجّر، يجوز أن يمتد ليشمل أياً من الموجودات التي "تنتجها" تلك الموجودات المرهونة الأصلية.

٢١- ومن السمات الأخرى للموجودات المنقولة أنها كثيرا ما تكون معدّة لكي تباع أو تؤجّر أو يُرخّص باستعمالها (أحيانا أكثر من مرة واحدة). وعندما تباع الموجودات المرهونة الأصلية أو تؤجّر أو يرخّص باستعمالها خلال الفترة التي يكون فيها الالتزام الذي تضمنه قائما، يتلقى المدين في العادة، نظير تلك الموجودات، نقودا أو موجودات ملموسة (كالمعدات أو الصكوك القابلة للتداول، مثلا) أو موجودات غير ملموسة (كالمستحقات، مثلا). ويجب على الدول، حيث إن هذا هو الحال، أن تقرر ما إن كان الحق الضماني الذي يؤخذ في الموجودات المرهونة الأصلية ينبغي أن يمتد إلى الموجودات الجديدة التي يتم تلقيها عوضا عن تلك الموجودات المرهونة الأصلية عند بيعها أو تأجيرها أو الترخيص باستعمالها. فمثلا، يتعيّن على الدول، بالتالي، أن تقرر ما إن كان الحق الضماني في قطعة معدات مثل آلة الطباعة يمتد إلى النقود التي يتقاضاها المانح عندما يبيع آلة الطباعة، أو إلى أي آلة طباعة أخرى يتم تلقيها مقابل الآلة التي بيعت. وبلغة قانون الملكية، تعتبر تلك النقود أو غيرها من الموجودات الملموسة أو غير الملموسة التي يتم تلقيها في المقابل عند البيع أو غيره من أساليب نقل الملكية "عائدات تصرف". وهنا أيضا، ولأغراض قانون المعاملات المضمونة، فإن مسألة كون الموجودات، التي يتم الحصول عليها عند التصرف في الموجودات الأصلية المرهونة، موجوداً آخر أو نقدا أو أحد المستحقات أو صكا قابلا للتداول، كثيرا ما تكون أقل أهمية. فما يهم هو إن كان الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية تجوز المطالبة به في (أي يجوز أن "يمتد ليشمل") هذه الموجودات الجديدة.

٢٢- وفي بعض الحالات، قد تولّد العائدات الأولية للموجودات المرهونة الأصلية (سواء أكانت في شكل ثمار طبيعية ومدنية أو إيرادات أو منتجات تصنيع أو عائدات تصرف) هي نفسها عائدات أخرى عندما يتصرف المانح في العائدات الأصلية نظير ممتلكات أخرى. ويشار أحيانا إلى هذه العائدات باسم "عائدات العائدات". وإذا كان هناك حق ضماني في عائدات الموجودات المرهونة الأصلية فينبغي، منطقيا، أن يمتد هذا الحق إلى عائدات العائدات، ما دام تحديدها كعائدات ممكناً. أي أنه إذا كان الدائن المضمون سيفقد حقه في العائدات حالما تتخذ هذه العائدات شكلا آخر، فإنه سيكون عرضة لنفس المخاطر الائتمانية التي كانت ستطاله إذا لم يكن هناك حق ضماني في العائدات.

٢٣- وفي بعض النظم القانونية، فإن الثمار المدنية والطبيعية أو الإيرادات كثيرا ما يميّز بوضوح بينها وبين العائدات المتأتية من التصرف في الممتلكات المرهونة، وتُخضع لقواعد مختلفة. وغالباً ما يُتذرّع لتبرير هذا النهج بصعوبة تحديد عائدات التصرف وضرورة حماية حقوق الأطراف الثالثة في العائدات. أي أنه في هذه النظم يعتبر أن الثمار يشملها تلقائيا الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية

التي تنتج الثمار. وفي المقابل، تُعتبر عائدات التصرف ممتلكات استبدالية لا يشملها الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية. وهناك نظم قانونية أخرى لا تميّز تمييزاً شديداً بين الثمار وعائدات التصرف في الموجودات المرهونة. ويخضع النوعان لنفس القواعد. ومن بين الأسباب التي يُتذرّع بها عادة لتبرير هذا النهج صعوبة التمييز بين الثمار المدنية والطبيعية أو الإيرادات وعائدات التصرف، فضلا عن كون الثمار والعائدات، على السواء، تنبع من الموجودات المرهونة أو تحل محلها أو قد تؤثّر في قيمتها.

٢٤- اليوم، تعتبر غالبية الدول التي حدّثت نظم المعاملات المضمونة فيها أنّ كل التحولات المختلفة المشار إليها في هذا الباب تشكّل عائدات للموجودات المرهونة الأصلية. وبالنظر إلى هذا الاتجاه التشريعي، ولأنّ اشتمال الحق الضماني على هذه الموجودات يجسّد التوقعات النمطية لأطراف الاتفاق الضماني، يتخذ *الدليل* موقفا مؤداه أن كل التحوّلات الآنفة الذكر تشكّل عائدات ناشئة من الموجودات المرهونة الأصلية. وعليه، وبموجب *الدليل*، فإن الحق الضماني يمتد ليشمل عائدات الموجود المرهون التي تتخذ أيا من تلك الأشكال (انظر التوصية ٢).

(ب) النقل التام للمستحقات

'١' إدراج النقل التام للمستحقات

٢٥- كمبدأ يكاد يكون عامّا، لا يسري *الدليل* على الأدوات التي لا تؤدي وظائف ضمانية. والاستثناء الوحيد من هذا المبدأ ينشأ فيما يتعلق بالنقل التام لملكية المستحقات (أي عمليات النقل التي لا يقصد منها ضمان التزام). ويوجد هذا الاستثناء في معظم النظم العصرية للمعاملات المضمونة. وإنّ ما يسوغ استخدامه هو تطابق الآليات العملية التي تستخدم عند تحصيل مستحق كان محل نقل تام وعند إنفاذ الحق الضماني في المستحق. ويُبرَّر الاستثناء أيضا بأنه يتعذر في كثير من الأحيان أن يحدد في بداية المعاملة ما إن كانت الإحالة قد تمت على سبيل الضمان أم كانت نقلا تاما. ولذلك، يوصي *الدليل* بأن تخضع جميع إحالات المستحقات (يستخدم *الدليل* مصطلح "إحالة" فيما يتصل بالمستحقات فقط)، سواء أكانت أم لم تكن على سبيل الضمان، لنفس القواعد المتعلقة بالإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية وكذلك، في نطاق محدود، الإنفاذ (انظر الفقرة ٣٠ أدناه والتوصيتين ٣ و١٦٧).

٢٦- بيد أن الجدير بالذكر، في تحديد نطاق التوصية ٣، أن معنى مصطلح "المستحقات"، كما هو مستخدم في *الدليل*، يستبعد الحق في تقاضي السداد بمقتضى صك قابل للتداول، وحق تلقي عائدات بمقتضى تعهّد مستقل، وحق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي (انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير). ونتيجة لذلك، لا ينطبق *الدليل* على نقل ملكية هذه الموجودات نقلا تاما. بيد أنه يسري على نقل هذه الأنواع من الموجودات إذا تم لأغراض ضمانية.

٢٧- والسبب في استبعاد النقل التام لملكية الصكوك القابلة للتداول وحقوق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل وحقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي هو أن هذه المعاملات تثير مسائل مختلفة وتتطلب قواعد خاصة. فمثلا، في حالة المستحقات العادية، وبموجب *الدليل* تتنافس

الحقوق في إطار النقل الضماني والحقوق في إطار النقل التام على الأولوية استنادا إلى ترتيب تسجيل إشعار بالحق الضماني أو بالنقل التام. بيد أن القاعدة التي تحكم الأولوية ستختلف فيما يتعلق بالصكوك القابلة للتداول وحقوق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل وحقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي. ففي حالة الصك القابل للتداول، يمكن دائما للدائن المضمون أن يحصل على حق أعلى مرتبة باحتياز الصك (انظر التوصية ١٠١). وبالمثل، فيما يتعلق بحقوق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل وحقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، يمكن دائما للدائن المضمون أن يحصل على حق أعلى مرتبة بواسطة السيطرة (انظر التوصيتين ١٠٣ و١٠٧).

٢٨- ويمكن بسهولة جعل مبادئ قانون المعاملات المضمونة تنطبق على النقل التام للسندات الإذنية، وربما السفاتج (الكمبيالات) غير الشيكات، على نحو شبيه بالطريقة التي يتناول بها *الدليل* النقل التام للمستحقات. إلا أن المبادئ لن تنطبق تماما على النقل التام للشيكات. وفضلا عن ذلك، فإن هذا الموضوع الأخير يتناوله بما فيه الكفاية قانون الصكوك القابلة للتداول وقانون التحصيلات المصرفية.

٢٩- وربما تود الدولة المشترعة التي ترغب في توسيع نطاق قانونها الخاص بالمعاملات المضمونة لكي ينطبق على النقل التام للصكوك القابلة للتداول التي هي إما سندات إذنية أو سفاتج (كمبيالات) (وترغب أيضا في توسيع تعريفها للحق الضماني لكي يشمل حق المحال إليه في معاملة من هذا القبيل) أن تفكّر في النص على أن النقل التام لهذا الصك القابل للتداول يكون نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة حالما يتم النقل. ومن شأن هذه القاعدة أن تجتنب عرقلة الممارسات المالية الراهنة. وفيما يتعلق بأولوية هذا الحق، ستنطبق المبادئ العامة بشأن الأولوية المبيّنة في *الدليل*. وسينطبق، على الأخص، المبدأ العام الوارد في التوصيتين ١٠١ و١٠٢. وكما هو الحال فيما يتعلق بالنقل التام للمستحقات، ينبغي أن يكون بوسع من يُنقل إليه هذا الصك القابل للتداول أن ينفذ الصك دون الحصول مجدداً على رضا المحيل، رهنا بحقوق الملتزمين بمقتضى الصك القابل للتداول المبينة في الفصل الثامن المتعلق بإنفاذ الحق الضماني.

٢' *أثر الإدراج*

٣٠- الهدف الأساسي من التوصية بتطبيق القانون على النقل التام لملكية المستحقات، رغم أن هذا النقل لا يضمن سداد الالتزام أو الوفاء به على نحو آخر، في المقام الأول هو تصوّر مسائل الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية. أما بشأن التحصيل أو إنفاذ النقل التام للمستحقات على نحو آخر، فإن توصيات *الدليل* لا تنطبق عموماً، إلا لإيضاح أن للمحيل الحق في تحصيل المستحقات وأن التحصيل يجب أن يتم بطريقة معقولة تجارياً (انظر التوصية ١٦٧).

٣١- وتجدر الإشارة إلى أن تغطية *الدليل* للنقل التام للمستحقات لا ينتفي معها بأي حال من الأحوال التمييز بين النقل التام للمستحقات ونقل المستحقات كضمان لالتزام. غير أن *الدليل* لا يلتفت إلى أي تمييز شكلي أو مصطلحي فيما بين المعاملات التي تضمن سداد الالتزام أو الوفاء به على نحو آخر. أي أنه، في حين أن توصيات *الدليل* تتناول النقل التام وتستخدم مصطلحات موحدة (انظر مثلا مصطلح "الحق الضماني"، الذي يشمل النقل التام للمستحقات، ومصطلح "الدائن المضمون"، الذي يشمل من

تنقل إليه المستحقات نقلا تاما، ومصطلح "المانح"، الذي يشمل من ينقل المستحقات نقلا تاما)، فإن *الدليل* لا يحوّل عمليات النقل التام إلى حقوق ضمانية. فمن شأن هذه النتيجة (التي يُشار إليها أحيانا بعبارة "إعادة التوصيف") أن تكون غير مستصوبة، بل قد تضر بممارسات هامة مثل تحويل المستحقات إلى أوراق مالية (التسنيد).

(ج) الطائرات والمعدات الدارجة على السكك الحديدية والأجسام الفضائية والسفن

٣٢- لا يشمل *الدليل* موجودات مثل الطائرات والمعدات الدارجة على السكك الحديدية والأجسام الفضائية والسفن والفئات الأخرى من المعدات المنقولة، طالما أن هذه الموجودات مشمولة بالقوانين الوطنية أو الاتفاقات الدولية التي تكون طرفاً فيها الدولة التي تسنّ تشريعا يستند إلى *الدليل*، والتي تشمل الأمور التي يعالجها هذا القانون (انظر، التوصية ٤، الفقرة الفرعية *(أ)*). ونتيجة لذلك، لا ينطبق *الدليل*، مثلا، عندما تكون هناك سجلات وقواعد مفصَّلة بشأن الحقوق الضمانية وغيرها من الحقوق في السفن والطائرات والفئات الأخرى من المعدات المنقولة المبيَّنة في الفقرة الفرعية *(أ)* من التوصية ٤. ويترتب على ذلك أن *الدليل* سينطبق حيثما تكون هذه القوانين الوطنية أو الاتفاقات الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها غير سارية على تلك الفئات من الموجودات. وينبغي فهم الإشارة إلى الطائرات والمعدات الدارجة على السكك الحديدية والأجسام الفضائية والسفن وفقا لمعنى هذه المصطلحات في القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية التي تعالجها.

(د) الملكية الفكرية

٣٣- بالنظر إلى تزايد أهمية الملكية الفكرية وقيمتها الاقتصادية لدى المنشآت الساعية إلى الحصول على ائتمانات مضمونة، ينطبق *الدليل* من حيث المبدأ على الحقوق الضمانية في الممتلكات الفكرية. ولكن، بما أن التوصيات قد صيغت دون أخذ مسائل الملكية الفكرية في الحسبان، فإن *الدليل* لا ينطبق في حال وجود أي تعارض بينه وبين القانون الوطني أو الاتفاقات الدولية، التي تكون الدولة طرفا فيها، فيما يتعلق بالملكية الفكرية (انظر التوصية ٤، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٣٤- وفي هذا الصدد، ينبغي أن تراجع الدولة قوانينها القائمة المتعلقة بالملكية الفكرية، والتزامات الدولة في إطار المعاهدات والاتفاقيات وغيرها من الاتفاقات الدولية المتعلقة بالملكية الفكرية، وإذا كانت توصيات *الدليل* تتعارض مع أي من هذه القوانين القائمة أو تلك المعاهدات أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الدولية فينبغي التأكيد صراحة في قانون الدولة المتعلق بالمعاملات المضمونة على أن تلك القوانين القائمة والمعاهدات أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الدولية تحكم هذه المسائل على قدر التعارض.

٣٥- وبالإضافة إلى ذلك، ينبغي أن تنظر الدولة التي تسن تشريعا للمعاملات المضمونة وفقا للدليل في ما إذا كان من الملائم تعديل قواعد معيّنة من قواعد قانون المعاملات المضمونة فيها المنطبقة على الحقوق الضمانية في الممتلكات الفكرية عند تعارض تلك القواعد مع القانون الوطني أو الاتفاقات الدولية المعنية بالملكية الفكرية والتي تكون الدولة طرفا فيها. وتتضمن القواعد المذكورة لقانون المعاملات المضمونة، على سبيل المثال لا الحصر، القواعد الواردة في التوصيات التالية من *الدليل*: التوصيات ٣٨ و٧٧-٧٨، بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وأولويته رهناً بنظام تسجيل متخصص؛ والتوصية ٨١، الفقرة الفرعية *(ج)*، بشأن أولوية حقوق مرخّص له غير حصري في سياق

العمل المعتاد للمرخِّص؛ والتوصية ٢٠٨ والفقرة الفرعية *(ب)* من التوصية ٢١٨، بشأن القانون المنطبق على الحقوق الضمانية في الموجودات غير الملموسة.

٣٦- ولدى النظر في مسألة ما إذا كان من المناسب إدخال أي تعديلات على قواعد قانون المعاملات المضمونة من حيث سريانها على الحقوق الضمانية في الممتلكات الفكرية، ينبغي أن تحلّل الدولة كل ظرف على حدة، وأن تولي الاعتبار الواجب لإنشاء نظام كفء للمعاملات المضمونة ولضمان حماية حقوق الملكية الفكرية وممارستها وفقا للاتفاقيات الدولية وللقوانين الوطنية. ومن المسائل التي ينبغي أن تراعى كذلك، ما إذا كان قانون الملكية الفكرية يتناول موضوع الحصول على الضمان في الممتلكات الفكرية، وما إذا كان ينص على تسجيل إشعارات بشأن الحقوق الضمانية في الممتلكات الفكرية. وسيجري تناول جميع هذه التفاصيل في ملحق قادم للدليل.

(هـ) الأوراق المالية

٣٧- لا ينطبق *الدليل* على الحقوق الضمانية في الأوراق المالية، لأن طبيعة الأوراق المالية وأهميتها في سير عمل الأسواق المالية تثيران طائفة عريضة من المسائل التي تستحق معاملة تشريعية خاصة. وعلاوة على ذلك، الأمور القانونية الجوهرية المتصلة بالحقوق الضمانية وغيرها من الحقوق في الأوراق المالية المودعة لدى وسيط لا يتطرق إليها *الدليل*، ذلك أنها تعالجها اتفاقية اليونيدروا بشأن القواعد الموضوعية المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط (جنيف، ٢٠٠٩).[٢] ولا يتناول *الدليل* القانون المنطبق على الحقوق في الأوراق المالية، لأنه مُتَناول في اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط، التي أعدها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.[٣]

٣٨- وقد وُضع هيكل *الدليل* على نحو يتسنّى به للدولة، التي تسنّ تشريعا يستند إلى النظام الموصى به في *الدليل*، أن تطبّق، في الوقت نفسه، النصين اللذين أعدهما اليونيدروا ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، وكذلك ما أعدّته الأونسيترال من نصوص ذات صلة، مثل اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات[٤] ودليل الأونسيترال لقانون الإعسار.[٥]

(و) العقود المالية ومعاملات العملات الأجنبية

٣٩- لا ينطبق *الدليل* أيضا على الحقوق الضمانية في فئتين أخريين من الموجودات هما: *(أ)* حقوق تقاضي السداد الناشئة بمقتضى عقود مالية تحكمها اتفاقات معاوضة أو من تلك العقود، باستثناء المستحقات الواجبة الدفع عند إنهاء جميع المعاملات القائمة؛ و*(ب)* حقوق تقاضي السداد الناشئة في إطار معاملات العملات الأجنبية أو منها. ويتخذ *الدليل* هذا الموقف لأن العقود المالية ومعاملات العملات الأجنبية تثير مسائل معقّدة تتطلب قواعد خاصة.

(ز) الممتلكات غير المنقولة

٤٠- في بعض النظم القانونية يشمل نظام المعاملات المضمونة الموجودات المنقولة والممتلكات غير المنقولة. غير أن الرهون على الممتلكات غير المنقولة مستبعدة، من حيث المبدأ، من نطاق *الدليل* لأنها تثير

[٢] انظر المقدمة، الحاشية ١٢.

[٣] انظر المقدمة، الحاشية ١١.

[٤] انظر المقدمة، الحاشية ٧.

[٥] انظر المقدمة، الحاشية ٢.

مسائل مختلفة (انظر التوصية ٥). فمثلا، عادة ما تخضع الرهون على الممتلكات غير المنقولة (وحقوق ملكيتها) لنظام خاص لتسجيل حقوق الملكية، مفهرس حسب الموجودات، لا حسب المانحين. بيد أن الممتلكات غير المنقولة يمكن أن تتأثر، رغم ذلك، بتوصيات *الدليل*.

٤١- وفي معظم النظم القانونية، فإن ملحقات الممتلكات غير المنقولة (أي الموجودات الملموسة الملحقة ماديا بالممتلكات غير المنقولة دون أن تفقد هويتها المنفصلة) تعامل هي نفسها كممتلكات غير منقولة. وفي نظم قانونية أخرى لا تعتبر الموجودات الملموسة الملحقة بالممتلكات غير المنقولة ممتلكات غير منقولة ما دامت محتفظة بهويتها المنفصلة. وبغض النظر عما إذا كانت الملحقات ذاتها موصوفة بأنها ممتلكات غير منقولة، ينطبق *الدليل* على الحقوق الضمانية في تلك الملحقات، ولذلك، فإن *الدليل* يسري، في هذا الخصوص، على الممتلكات غير المنقولة، إذا كانت تلك الملحقات موصوفة بأنها ممتلكات غير منقولة (انظر التوصيتين ٢١ و٤٣).

٤٢- وعلاوة على ذلك، يتناول *الدليل* الحقوق في الرهون بشأن الممتلكات غير المنقولة في حالات معيّنة حيثما يضمن الحق الضماني في الممتلكات غير المنقولة (رهن عقاري مثلا) مستحقا أو صكا قابلا للتداول أو موجودات أخرى غير ملموسة. وإن *الدليل* يوصي، في حالة ما إذا أحيل ذلك المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجودات الأخرى غير الملموسة، بأن يستفيد المحال إليه من الحق الضماني في الرهون على الممتلكات غير المنقولة. والمبرر هو قاعدة عامة توجد في معظم النظم القانونية مفادها أن التابع (الرهن على الممتلكات غير المنقولة) يتبع الأصل (الالتزام المحال). لكن، وللحيلولة دون النيل من حقوق أطراف ثالثة بموجب قانون الممتلكات غير المنقولة، فإن *الدليل* لا يسري على أي من حقوق الأطراف الثالثة أو الأولوية أو مقتضيات الإنفاذ فيما يتعلق بالرهون على الممتلكات غير المنقولة بموجب قانون الممتلكات غير المنقولة (انظر التوصيتين ٢٥، الفقرة الفرعية *(ج)*، و٤٨).

(ح) عائدات أنواع الموجودات المستبعدة

٤٣- ثمة أنواع معيّنة من الموجودات المستبعدة من نطاق *الدليل* يمكن رغم استثنائها أن تنشأ منها عائدات في شكل موجودات يبدو، في ظاهر الأمر، أن *الدليل* يتناولها (مثل المستحقات التي تمثل عائدات ممتلكات غير منقولة). ومن حيث المبدأ، ينطبق *الدليل* على الحقوق الضمانية في تلك العائدات. ومع ذلك، فقد يكون هناك قانون آخر غير قانون المعاملات المضمونة (مثل قانون الممتلكات غير المنقولة) يخول أيضا حقا ضمانيا في أنواع العائدات التي ينطبق عليها قانون المعاملات المضمونة. ويمكن أن يحدث التباس كبير، متى انطبق كلا النظامين على العائدات في هذه الحالات. ولهذا السبب، وإن نص قانون آخر على أن حقاً ضمانياً في هذه العائدات موجود فعلا، فإن موقف *الدليل* عندئذ يتمثل في أن قانون المعاملات المضمونة لا ينطبق على ذلك الحق الضماني إلا بقدر عدم انطباق قانون آخر على ذلك الحق الضماني (انظر التوصية ٦).

(ط) استثناءات أخرى

٤٤- إن خير ما تتحقق به أهداف *الدليل* هو نظام شامل للمعاملات المضمونة يكون نطاقه واسعاً قدر المستطاع. والهدف من ذلك هو إدراج طائفة عريضة في نطاق نظام المعاملات المضمونة واقتضاء أن يحتوي ذلك النظام على أقل عدد ممكن من الاستثناءات (انظر، مثلا، التوصية ٨٣). ولهذا السبب، يوصي *الدليل* بأن لا يُقيّد نطاق انطباقه سوى بالقيود المبينة على وجه التحديد في *الدليل* (انظر الجملة

الأولى من التوصية ٧). وإذا استحدثت رغم ذلك قيود أخرى (مثلا، استثناء استحقاقات العمالة)، فيجب بيان تلك القيود في القانون بطريقة واضحة ومحددة درءاً لتقويض اليقين بشأن نطاق القانون (انظر الجملة الثانية من التوصية ٧).

٣- *النهوج الأساسية إزاء المعاملات المضمونة*

(أ) مقدّمة

٤٥- على مر الزمن، أوجدت الدول ممارسات شتّى من أجل تشجيع المقرضين والبائعين وغيرهم من الممولين على تقديم الائتمانات إلى المقترضين والمشترين وغيرهم من المدينين. وكثيرا ما درجت الدول، لهذا الغرض، على منح حقوق قانونية خاصة للمقرضين والبائعين. وكما أنها دأبت على إنشاء نظم لتمكين الدائنين والمدينين من التعاقد فيما بينهم على حقوق وميزات خاصة. وكان الهدف، في كلتا الحالتين، هو إعطاء الدائن أفضلية على دائنين آخرين في توزيع العائدات الناتجة من مصادرة ممتلكات المدين وبيعها في حال تخلّف المدين عن أداء الالتزام المتعهّد به. ويمكن أن تُفهم هذه الأنواع المختلفة من الحقوق، بصفة عامة، على أنها حقوق ضمانية.

٤٦- ويستند *الدليل* إلى شتّى النهوج الموجودة في التقاليد القانونية المختلفة ويقترح القيام، عند الاقتضاء، بإجراء تعديلات للقوانين والممارسات القائمة، من أجل وضع توصيات بشأن نظام عصري للمعاملات المضمونة يكون مصمما على أفضل وجه يُعزَّز به الائتمان المضمون.

٤٧- ويرمي هذا الباب إلى عدة غايات. فالهدف الأول هو تقديم عرض عام للنهوج الرئيسية إزاء إتاحة الضمان للدائنين. وعلاوة على ذلك، يبحث هذا الباب مزايا وعيوب كل نهج، فيما يتعلق بالطرفين المعنيين مباشرة (أي الدائن المضمون والمانح) وفيما يتعلق بالأطراف الثالثة. ثم يوجز الباب الخيارات السياساتية الرئيسية المتاحة للمشرّعين لدى الانتقاء من بين مختلف النهوج الممكنة. كما يشدّد هذا الباب في جميع أجزائه على الأسباب التي تجعل تحديث القانون في هذا المجال ضروريا لتعزيز الائتمان المضمون وعلى السياقات التي تكون فيها الحاجة إلى التحديث أشد إلحاحا.

٤٨- وعلى العموم، تنقسم الأدوات المستخدمة حاليا لأغراض الضمان إلى ثلاث فئات عريضة. فأولا، هناك أدوات محدّدة مصمّمة لتكون أدوات ضمانية، ويطلق عليها صراحة هذا الاسم (انظر الفقرات ٥٠-٨٤ أدناه). وثانيا، هناك أدوات حق الملكية، التي تُستخدم، مقترنة بأنواع مختلفة من الترتيبات التعاقدية، لضمان أداء التزام من جانب المدين (انظر الفقرات ٨٥-١٠٠ أدناه). وثالثا، هناك أدوات ضمانية متكاملة وشاملة تضم كل شكل من أشكال الأدوات الضمانية وأدوات حق الملكية في إطار مفهوم تعميمي للحق الضماني معرّف تعريفا وظيفيا (انظر الفقرات ١٠١-١٠٩ أدناه).

٤٩- وكما لوحظ آنفا، فإن الأدوات القانونية التي يقصد منها تشجيع المقرضين والبائعين والأطراف الأخرى على منح الائتمان لا تستند كلها، في كثير من الدول اليوم، إلى اتفاق. وإن بعض الأدوات ينشأ بفعل القانون. وسيشار إلى أهم هذه الأدوات في كل من الأبواب الواردة أدناه. غير أن المناقشة التالية ستركز، نظرا إلى أن الحقوق الضمانية القانونية تقع في معظمها خارج نطاق *الدليل*، على الأدوات الضمانية المستندة إلى اتفاق.

(ب) المعاملات المضمونة التقليدية

'١' الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة

٥٠- يميّز معظم الدول بين الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة والحقوق الضمانية في الموجودات غير الملموسة. ولأن الموجودات الملموسة يمكن، بحكم طبيعتها، أن تكون موضوع حيازة مادية، ولأن كثيرا من الدول يعلّق عواقب قانونية هامة على هذه الحيازة، فكثيرا ما تسمح الدول للدائنين بالحصول على الضمان في الموجودات الملموسة بوسائل ليست متاحة فيما يتعلق بالموجودات غير الملموسة. أي أنه، في حالة الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة، يميّز معظم الدول بين الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية. وفي حالة الحقوق الضمانية الحيازية، تُحال حيازة الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون أو إلى طرف ثالث يتصرّف نيابة عن الدائن المضمون. وفي حالة الحقوق الضمانية غير الحيازية، يحتفظ المانح (وهو عادة المدين ولكن يمكن أيضا أن يكون طرفا ثالثا) بحيازة الموجودات المرهونة.

أ- رهن الوفاء

٥١- رهن الوفاء هو، في الغالب الأعمّ، أشيع أنواع الحق الضماني في الممتلكات الملموسة. وتقليديا تتطلب صحة رهن الوفاء أن يتخلى المانح عن حيازة الموجودات المرهونة. أما اليوم، فقد مدّدت دول كثيرة نطاق عبارة "رهن الوفاء" لتشمل الأحوال التي يحتفظ فيها المانح بالحيازة المادية للموجودات المرهونة. وفي *الدليل*، تعتبر هذه الأنواع العصرية من رهن الوفاء حقوقا ضمانية غير حيازية، لا رهون وفاء.

٥٢- وينشأ رهن الوفاء العادي في الأحوال التالية. فمن المعهود أن يتخلى المانح عن حيازة الموجودات المرهونة لصالح الدائن المضمون أو لصالح طرف ثالث يتصرف نيابة عن الدائن المضمون. وينشأ رهن الوفاء أيضا عندما يسمح المانح للدائن المضمون (أو لطرف ثالث متفق عليه)، الذي يمكن أن تكون الموجودات المرهونة موجودة في حيازته بالفعل لسبب ما، بالاحتفاظ بعد ذلك بحيازة الموجودات المرهونة، بصفة رهن وفاء. وكثيرا ما يكون الطرف الثالث في هذه الحالات وكيلا أو قيّما يُمسك الضمان باسم الدائن أو لحسابه أو باسم اتحاد دائنين أو لحسابهم. ويجب أن يُجرَّد المانح من موجوداته ليس فقط عند إنشاء الحق الضماني بل يجب أن يستمر التجريد أيضا طوال مدة رهن الوفاء. وعادة ما تؤدي إعادة الموجودات المرهونة إلى المانح إلى إنهاء رهن الوفاء.

٥٣- وفي دول عديدة، فإن تجريد المانح من الحيازة لا يستلزم دائما إزاحة الموجودات المرهونة إزاحة مادية من مباني المانح، شريطة أن تُمنع بطريقة أخرى إمكانية وصول المانح إلى الموجودات. وهذا يمكن تحقيقه، مثلا، بتسليم الدائن المضمون مفاتيح المستودع الذي تخزن فيه الموجودات المرهونة (مثل البضائع أو المواد الخام)، على شرط أن يمنع ذلك إمكانية وصول المانح إليها دون إذن. ويمكن تحقيق النتيجة ذاتها بنقل الحيازة الفعلية للموجودات المرهونة إلى طرف ثالث. فمثلا يمكن استخدام شركة تخزين مستقلة لتمارس السيطرة على الموجودات المرهونة في مباني المانح، بصفتها وكيلا للدائن المضمون. وبموجب هذا الترتيب (ويعرف أحيانا باسم الإيداع في المخزن)، تُخزَّن الموجودات المرهونة في منطقة من مباني المانح تكون مسوّرة أو محدّدة أو موضوعة بطريقة أخرى تحت سيطرة شركة التخزين

حصريا. ويجب عادة استيفاء عدة شروط كي تكون هذه الأنواع من الترتيبات صحيحة. فيجب أن يكون واضحا لأي طرف ثالث أن المانح ليست لديه حرية الوصول إلى الموجودات المرهونة. وإضافة إلى ذلك، لا يمكن أن تكون هناك أية إمكانية لوصول المانح دون إذن إلى المنطقة التي تُخزَّن فيها الموجودات المرهونة. وعلاوة على ذلك، لا يمكن أن يعمل مستخدَمو شركة التخزين لدى المانح. وإذا اختيروا من بين العاملين لدى المانح بسبب خبرتهم أو لأسباب أخرى فيجب تعديل شروط توظيفهم بحيث يعملون لدى شركة التخزين ولا يعودون يعملون لدى المانح.

٥٤- وفي حين أن معظم رهون الوفاء يُتعهَّد بها بشأن موجودات ملموسة (مثل المعدات والمخزون) فإنها يمكن أيضا أن يتعهد بها بشأن أنواع أخرى من الموجودات الملموسة. فيمكن، مثلا، التعهد برهن وفاء بشأن مستندات وصكوك شتى (سواء أكانت قابلة للتداول أم غير قابلة له) تجسّد حقوقا في موجودات ملموسة (مثل سندات الشحن أو إيصالات التخزين التي تجسد حقوقا في البضائع) أو في موجودات غير ملموسة (مثل الصكوك القابلة للتداول التي تجسد حقوقا في مستحقات). وفي هذه الحالات، يجرّد المانح من حيازة الموجودات المرهونة عن طريق نقل الحيازة المادية للمستند أو الصك إلى الدائن المضمون.

٥٥- ويوفّر رهن الوفاء، كحق ضماني، عدة ميزات هامة للدائن المضمون، منها ما يلي. فأولا، ليس في ميسور المانح أن يتصرف في الموجودات المرهونة دون موافقة الدائن المضمون. وثانيا، لا يتعرض الدائن المضمون لخطر انخفاض القيمة الفعلية للموجودات المرهونة من خلال تخلف المانح عن الحفاظ عليها أو صيانتها حسبما يلزم. وثالثا، يستطيع رهن الوفاء أن يستوعب الحالات التي يرغب فيها الدائن المضمون في استخدام الموجودات المرهونة. ففي هذه الحالات تلزم موافقة المانح، ويجب على الدائن المضمون أن يحافظ على الموجودات كما ينبغي. ورابعا، إذا أصبح إنفاذ رهن الوفاء ضروريا، يُجنَّب الدائن المضمون العناء والوقت والنفقات والمخاطرة التي ينطوي عليها الاضطرار إلى التحصل على استلام الموجودات المرهونة من المانح. وخامسا، إذا كانت الموجودات المرهونة صكّا يدر فائدة مستحقة الدفع لحامله فإن رهن الوفاء يسهّل على الدائن حق تقاضي الفائدة كلما حل أجل الأقساط.

٥٦- ويوفر رهن الوفاء أيضا ميزات للأطراف الثالثة، خصوصا عندما تكون تلك الأطراف الثالثة هي دائني المانح الآخرين. فالتجريد اللازم للمانح من الحيازة يجتنب التعرض لأي خطر ينطوي عليه خلق انطباع خاطئ عن ثروة المانح (أي أن المانح يمتلك الموجودات المرهونة خالية من أي حقوق ضمانية) قد ينجم إذا كانت الموجودات في حيازة المانح. كما أن تجريد المانح من الحيازة يقلّل إلى الحد الأدنى من خطر الاحتيال (أي أن يزعم المانح كاذبا أنه يمتلك الموجودات المرهونة خالية من أي حقوق ضمانية).

٥٧- ولرهن الوفاء، في الوقت نفسه، عيوب كبرى أيضا، بالنسبة للمانح وللدائن المضمون على السواء. وأكبر عيب، فيما يخص المانح، هو التجريد اللازم من الحيازة في حد ذاته، الذي يمنع المانح من استخدام الموجودات المرهونة في أعماله التجارية. ويكون هذا العيب شديدا في الأحوال التي تكون فيها الحيازة ضرورية للمانحين التجاريين لدرّ الدخل الذي يسدد منه القرض (كما هي الحال، مثلا، فيما يتعلق بالمواد الخام والمنتجات شبه التامة الصنع أو التامة الصنع والمعدّات). وهذا العيب لوحده يجعل رهن الوفاء غير عملي اقتصاديا في العديد من سياقات الأعمال التجارية. وهناك عيب هام آخر هو أن المانح لا يستطيع رهن الموجودات التي لم توجد بعد أو التي ليست للمانح حقوق فيها عند الرهن. ويعني ذلك أن رهن الوفاء التقليدي لا يمكن أن يستوعب عددا من الممارسات التمويلية الهامة، مثل التمويل بضمان المخزون استنادا إلى تسهيلات ائتمان متجددة.

٥٨- ومن عيوب رهن الوفاء، فيما يخص الدائن المضمون، أن عليه أن يخزن الموجودات المرهونة وأن يحافظ عليها ويصونها، ما لم تفوض هذه المهمة إلى طرف ثالث. وعندما يكون الدائنون المضمونون أنفسهم غير قادرين على أداء هذه المهام أو غير راغبين في أدائها، فإن إسنادها إلى أطراف ثالثة ينطوي عادة على تكاليف إضافية يتحمّلها المانح بصفة مباشرة أو غير مباشرة. وثمة عيب آخر هو أن الدائن المضمون الذي في حيازته أنواع معيّنة من الموجودات المرهونة (مثل إيصال التخزين أو سند الشحن) قد تقع عليه في ظروف شتى المسؤولية عما تسببه الموجودات المرهونة من خسارة أو تلف. وقد تتجاوز هذه المسؤولية مبلغ القرض المقدّم، كما يحدث عادة عندما تتسبّب الموجودات المرهونة في تلويث البيئة (انظر الفقرة ٧١ من الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني).

٥٩- غير أنه عندما لا تمثل هذه العيوب مشكلة (إما لأنها غير ذات صلة بالموضوع أو لأن الطرفين تمكَّنا من معالجتها)، يمكن استخدام رهن الوفاء بنجاح وكفاءة كأداة ضمانية. وهناك مجالا تطبيق رئيسيان. فمجال التطبيق الأول هو عندما تكون الموجودات المرهونة في حيازة طرف ثالث بالفعل، أو يسهل إدخالها في حيازة طرف ثالث، وعلى الخصوص إذا كان شخصا يعمل في مجال الاحتفاظ بحيازة موجودات يمتلكها أشخاص آخرون (كالمستودَع مثلا). ومجال التطبيق الثاني هو الصكوك والمستندات القابلة للتداول، التي يسهل على الدائن المضمون أو وكيله الاحتفاظ بها.

ب- *حق الاحتفاظ بالحيازة*

٦٠- يمكن إنشاء حق الاحتفاظ بحيازة الموجودات إما بالقانون أو باتفاق لضمان سداد التزام. وبما أن الحقوق القانونية في الاحتفاظ بالموجودات خارجةٌ عموما عن نطاق *الدليل*، فهي لم يشر إليها هنا إلا بإيجاز. وتوجد لدى دول عديدة نظم واسعة النطاق تحكم الحقوق القانونية في الاحتفاظ بالحيازة. وتشمل هذه النظم عادة ناقلي الموجودات ومستودعاتها والقائمين بإصلاحها وبتحسينها. وفي بعض الدول يُمنَح أيضا المحامون والمحاسبون والمهندسون المعماريون وغيرهم من المهنيين حق الاحتفاظ بحيازة مستندات يملكها زبائنهم. وتنشأ كل أنواع حقوق الاحتفاظ هذه من مبدأ قانوني عام في قانون العقود هو أن الطرف غير ملزم بأن يفي بالتزامه إلى أن يكون الطرف الآخر مستعدا لأداء الالتزام المقابل وراغبا في ذلك وقادرا عليه. ومعظم هذه الأنواع من الحقوق القانونية للاحتفاظ بالحيازة لا يعطي المحتفظ بالحيازة أي حقوق إنفاذ خاصة، بل إن بعضها لا يسمح للمحتفظ بالحيازة الذي يصادر الموجودات المحتفظ بها ويبيعها بأن يطالب بأولوية في عائدات البيع في سياق الإنفاذ.

٦١- وإضافة إلى حقوق الاحتفاظ القانونية المحدودة هذه، تسمح دول عديدة للطرفين المتعاقدين بأن يوسعا نطاق المبدأ القانوني العام للاحتفاظ بالحيازة. ففي هذه الدول يجوز للطرفين أن يتفقا على أنه إذا أخلّ أحدهما بالتزام تعاقدي جاز للآخر أن يمتنع عن الأداء من ناحيته حتى وإن كان الأداء يتعلق بعقد مختلف بين الطرفين. وفي معظم الأحيان، تتناول هذه الاتفاقات حق الطرف في أن يحتجز الموجودات التي يكون ملزَما، بموجب أحكام عقد آخر، بأن يسلّمها إلى الطرف المخل. فمثلا، لا يتعين على المصرف أن يعيد سند شحن أو سندا إذنيا يحتفظ به لزبونه، أو أن يسمح بسحب مبالغ من الحساب المصرفي للزبون، إذا كان الزبون مقصّرا في سداد قرض وكان قد وافق على منح المصرف حق الاحتفاظ بالحيازة فيما يتعلق بسند الشحن أو السند الإذني أو الحساب المصرفي. وعندما يكون حق الاحتفاظ بالحيازة معزَّزا بصلاحية صحيحة لبيع الشيء المحتفظ به، تعتبر بعض النظم القانونية حق الاحتفاظ المعزّز هذا نوعا من أنواع رهن الوفاء، رغم أن طريقة إنشائه تختلف عن طريقة إنشاء رهن الوفاء

العادي. ويمكن، بدلا من ذلك، أن يُعتبر ببساطة أن لحق الاحتفاظ المعزّز بعض آثار رهن الوفاء دون أن يكون رهن وفاء فعلا. وأهم نتيجة لهذا التشبيه برهن الوفاء هي أن الدائن الحائز تكون له أولوية في الموجودات المحتفظ بحيازتها. والأمر الشائع هو أن تكون أولوية الدائن المحتفظ بالحيازة مطلقة ولكن، في بعض الدول، يمكن أن تعطى الأولوية، في حالات محدودة، للحق الضماني غير الحيازي، المنشأ في وقت سابق والساري المفعول.

ج- الحقوق الضمانية غير الحيازية

٦٢- كما لوحظ آنفا (انظر الفقرة ٥٧ أعلاه)، فإن رهن الوفاء على الممتلكات الملموسة اللازمة للإنتاج أو البيع (مثل المواد الخام والمنتجات شبه التامة الصنع أو التامة الصنع والمعدات) عادة ما يكون غير عملي من الناحية الاقتصادية.

٦٣- ولمعالجة هذه المشكلة، حاولت دول، كل منها على حدة، أن تجد حلولا ملائمة حسب الاحتياجات المحلية المعيّنة ووفقا للإطار العام لنظمها القانونية. وفي النصف الثاني من القرن العشرين على وجه الخصوص، بدأت تلك الدول في الاعتراف بالحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة، خارج الحدود الضيّقة لرهن الوفاء التقليدي. وفي بعض الحالات، انعكس هذا الاعتراف في سن قوانين جديدة. غير أنه نتج، في حالات عديدة، عن الممارسة وعن قرارات المحاكم.

٦٤- والحاصل هو طائفة متنوعة من الحلول. ومن الأدلة على التنوع الموجود التباين الواسع في الأسماء التي تطلق على الأدوات ذات الصلة. وأكثر الأسماء والأساليب شيوعا هي: التجريد الصوري للمانح من الحيازة، ورهن الوفاء غير الحيازي، ورهن الوفاء المسجّل، ورهن الحيازة، والتعهد، ورهن المنقولات، والامتياز التعاقدي، وسند البيع، ورهن الحوائج، والرهن العائم، وإيصال الائتمان. أي أنه بينما سعت بعض الدول إلى إنشاء أداة مسماة للضمان غير الحيازي للممتلكات المنقولة، اكتفت دول أخرى بتعديل القواعد التي تحكم الأدوات الموجودة، مثل رهن الوفاء، بغية السماح باستخدام الحقوق الضمانية غير الحيازية.

٦٥- وهناك سمة لهذه الإصلاحات التشريعية أكثر صلة بالموضوع حتى من ذلك، وهي أن معظمها نشأ كردّ محدود على مشاكل معيّنة، ولذلك أُعطي نطاقا محدودا للتطبيق. فمثلا، يوجد في بعض الدول نوع من أدوات الضمان غير الحيازي ينطبق على معدّات المنشآت وعلى المعدّات التجارية، ونوع آخر ينطبق على تمويل المواد الخام، ونوع ثالث لا ينطبق إلا على مخزون البيع بالتجزئة. ولم تسن إلا دول قليلة قانونا عاما ينشئ حقا ضمانيا غير حيازي وحيدا ينطبق على جميع أنواع الموجودات المنقولة. وعلاوة على ذلك، توجد عند بعض الدول تشكيلات مختلفة من التشريعات متعلقة بالحقوق الضمانية غير الحيازية تتوقف على نوع المنشأة التجارية المعنية. فقد يتناول أحدها ضمان تمويل المنشآت الصناعية والحرفية، ويتناول تشريع آخر ضمان تمويل منشآت الزراعة والحراجة وصيد الأسماك، ويتناول آخر ضمان تمويل صناعات التعدين والنفط والغاز، وقد يتناول تشريع رابع المعاملات بين الأفراد. وأخيرا، توجد في العديد من الدول قوانين متنوعة بشأن الحقوق الضمانية غير الحيازية، لا يغطي كل منها إلا قطاعا اقتصاديا صغيرا، مثل اقتناء السيارات أو معدّات المزارع أو إنتاج الأفلام السينمائية.

٦٦- وعالجت بعض الدول هذه المسألة من خلال أداة ضمان غير حيازي تعرف باسم الرهن الثابت أو الرهن العائم. وفي إطار هذا النوع من الأدوات، يسمى الحق الضماني (الرهن) رهنا "ثابتا" أو رهنا

"عائما" حسب درجة السيطرة التي يمارسها الدائن المضمون فيما يتعلق بالموجودات المرهونة. وعلى العموم يكون للدائن المضمون رهن ثابت على الموجودات المرهونة إذا كان غير مسموح للمانح بأن يبيع الموجودات أو أن يتصرف فيها بطريقة أخرى دون موافقة الدائن، وعادة ما تكون هذه هي الحال فيما يتعلق بالمعدّات التي يستخدمها المانح في أعماله التجارية. وعلى العكس، يكون للدائن المضمون رهن عائم على الموجودات المرهونة إذا كان مسموحا للمانح بأن يبيع الموجودات أو أن يتصرف فيها دون موافقة الدائن المضمون، وعموما تكون هذه هي الحال فيما يتعلق بالمخزون الذي تكون للمانح حرّية بيعه في سياق العمل المعتاد. وتتعلق أهمية التمييز بين الرهن الثابت والرهن العائم على الموجودات بأولوية الرهن: فعموما، يمثّل الرهن الثابت أعلى رهن على الموجودات، بينما قد يخضع الرهن العائم لمطالبات تفضيلية معيّنة لصالح السلطات الضريبية وأطراف ثالثة أخرى، أو لاقتسام يكون لصالح دائنين غير مضمونين (انظر أيضا الفقرات ٦١ إلى٧٠ من الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني).

٦٧- ويوجد في بعض الدول، شيء من الممانعة في السماح بحقوق ضمانية غير حيازية في المخزون. ويستند ذلك أحيانا إلى تصور وجود تعارض بين حق الدائن المضمون في بيع المخزون عند التقصير وحق المانح في بيع ذات المخزون في سياق عمله المعتاد. وثمة سبب آخر، ألا وهو المشكلة المفاهيمية المُتصوّرة التي يطرحها منح حق ضماني في الموجودات التي يتبيّن أنها جملة من الموجودات. وقد ينشأ سبب ثالث من اتخاذ قرار سياساتي يقضي بتخصيص مخزون المانح للوفاء بمطالبات دائني المانح غير المضمونين.

٦٨- ورغم تنوّع التشريعات التي تنص على الحقوق الضمانية غير الحيازية فهي تشترك في سمة واحدة هي أن شكلا ما من أشكال الإشهار للحق الضماني يكون عادة مطلوبا أو متاحا.

٦٩- ومن أغراض الإشهار، كالذي توفره حيازة الموجودات المرهونة، تبديد أي انطباع خاطئ عن الثروة قد ينشأ إن لم يكن الحق الضماني في الموجودات التي في حيازة المانح واضحا للأطراف الثالثة. بيد أنه كثيرا ما يُحتج بأنه في الاقتصاد الائتماني العصري ينبغي للأطراف أن تفترض أن الموجودات قد تكون مرهونة بحق ضماني لمقرض أو قد تكون خاضعة لاحتفاظ البائع بحق الملكية. لذا، فإن وجود اشتراط عام بإشهار الحقوق الضمانية غير الحيازية ليس ضروريا، حسب هذه الحجة، لحماية الأطراف الثالثة. بيد أن مثل هذه الافتراضات العامة ستزيد، لا محالة، في تكلفة الائتمان. فبدايةً، سيشعر الدائن بالقلق، حتى في الحالات التي يكون فيها الحائز هو المالك ولا تكون الموجودات مرهونة، من احتمال وجود رهن خفي، مما سيجعله سيزيد في تكلفة الائتمان. ويمكن عوضا عن ذلك، التقليل من ذلك الخطر (وإن كان ذلك دون تفاديه تماما، في بعض الحالات) من خلال إجراء بحث موسّع ومهدر للوقت ومكلف. وأخيرا، قد لا يكون في الوسع، في بعض الحالات، حتى إجراء بحث مجدٍ، ومن ثم ستعكس تكلفة الائتمان الخطر الزائد على الدائن.

٧٠- وفي بعض الدول، يوجد غرض ثان للإشهار، يُستند إليه في إنشاء سجل عام للحقوق الضمانية، ألا وهو الرغبة في توفير آلية بسيطة تمكِّن الدائنين المضمونين من أن يبرهنوا، لإقامة *الدليل*، على وجود حقوقهم الضمانية والوقت الذي أنشئت فيه. وفي هذه الحالات، يمكن أن يؤدي السجل هذه الوظيفة بدلا من مسجل العقود المهني. وعلى خلاف السجلات التي تهدف بالدرجة الأولى إلى توفير المعلومات للأطراف الثالثة، تركز السجلات الإثباتية على الدائن المضمون، وكثيرا ما يتعذر البحث على الأطراف الثالثة التي قد تكون عبارة عن مُقرضين محتملين.

٧١- وفي الدول التي لا تشترط على الدائنين ذوي الحقوق الضمانية غير الحيازية أن يشهروا حقوقهم، كثيرا ما تخفق نظم السجلات المنشأة في حماية الدائن المضمون أو الأطراف الثالثة الأخرى حماية كافية. وللعديد من هذه الدول سجلات منفصلة لكل نوع من الحقوق الضمانية على حدة، وحتى

عندما يتسنّى رهن نفس الموجود بنوعين مختلفين من الحقوق الضمانية، فإن هذه السجلات لا تُفهرس عادة فهرسة مرجعية. وفضلا عن ذلك فكثيرا ما لا تكشف السجلات عن اسم المالك، أو الدائنين المضمونين السابقين، أو المبلغ المضمون، أو توفر معلومات عن الموجودات المرهونة. وختاماً، لا يوجد أساس موضوعي في النظم القائمة على افتراض عام بأن الموجودات ستكون مرهونة، والتي لا تكون لديها بالتالي سجلات متكاملة وشفافة تماما، يستطيع به الدائن أن يعرف المدى الفعلي لرهن الموجودات والأولوية النسبية للحقوق الضمانية المتنافسة. والحاصل أن المانحين قد لا يتأتى لهم استخدام القيمة الكاملة لموجوداتهم من أجل الحصول على ائتمان.

٧٢- ويبدو أن هناك حاجة جدّ مسلَّم بها إلى تضييق الفجوة الفاصلة بين الطلب الاقتصادي العام على الحقوق الضمانية غير الحيازية والإمكانية التي كثيرا ما تكون محدودة للحصول على تلك الضمانات بموجب القانون المعمول به في كثير من الدول. ومن الأغراض الرئيسية للإصلاح القانوني في مضمار المعاملات المضمونة تحسين القانون في مجال الحقوق الضمانية غير الحيازية وفي الميدان ذي الصلة المتعلق بالضمان في الموجودات غير الملموسة (انظر الفقرات ٧٨-٨٤ أدناه).

٧٣- وفي حين أن النظم العصرية تُظهر أن هذه الفجوة يمكن أن تضيق بالفعل، تدل التجربة على أن إصدار تشريعات بشأن الحقوق الضمانية غير الحيازية يتطلب بذل جهود تفوق مجرد "تحديث" نظام رهن الوفاء الحيازي التقليدي. ويرجع ذلك أساسا إلى الخصائص الأربع الرئيسية التالية التي تتسم بها الحقوق الضمانية غير الحيازية. فأولا، بما أن المانح يحتفظ بحيازة الموجودات المرهونة، فإن له صلاحية التصرّف فيها أو إنشاء حق منافس فيها، حتى على الرغم من الدائن المضمون. وهذا الوضع يستلزم استحداث قواعد بشأن آثار تلك التصرفات وأولوياتها (انظر الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني). وثانيا، يجب أن يضمن الدائن المضمون اعتناء المانح الحائز بالموجودات المرهونة العناية اللازمة وأن يؤمّن عليها على النحو الواجب ويحميها، بغية الحفاظ على قيمتها التجارية. ويجب تناول هذه المسائل في الاتفاق الضماني بين الدائن المضمون والمانح (انظر الفصل السادس بشأن حقوق الأطراف في الاتفاق الضماني والتزاماتها). وثالثا، إذا أصبح إنفاذ الحق الضماني ضروريا، يفضّل الدائن المضمون عادة أن يحوز الموجودات المرهونة، أو قد يحتاج إلى تلك الحيازة. بيد أنه إذا لم يكن المانح على استعداد للتخلي عن حيازة تلك الموجودات، فقد تلزم إقامة إجراءات قضائية. وقد يتعين توفير تدابير انتصاف ملائمة، وربما إجراءات إنفاذ معجّلة (انظر الفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني). ورابعا، إن ظهور المانح بمظهر الثروة الزائفة، الذي يسببه وجود حقوق ضمانية "سرية" لأطراف ثالثة في الموجودات التي في حوزة المانح، قد يتعين التصدي له بشتى أشكال الإشهار (انظر الفصل الرابع بشأن نظام السجل).

٧٤- وفي ضوء الحاجة الاقتصادية، المسلّم بها عموما، إلى الحقوق الضمانية غير الحيازية، والفوارق الأساسية التي بُحثت أعلاه بين الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية، سيلزم في العديد من الدول سن تشريعات جديدة. ومع إيلاء الاعتبار للمزايا والعيوب النسبية للنماذج التشريعية التي بحثت أعلاه، قد تكون أمام المشرّعين ثلاثة خيارات. وأحد هذه الخيارات هو اعتماد تشريع متكامل للحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية على السواء (انظر الفقرات ١٠١-١٠٩ أدناه). وهذا هو النهج المتّبع، مثلا، في قانون البلدان الأمريكية النموذجي بشأن المعاملات المضمونة، الذي وضعته منظمة الدول الأمريكية. والخيار الثاني هو اعتماد تشريع متكامل للحقوق الضمانية غير الحيازية، مع ترك النظام الخاص بالحقوق الضمانية الحيازية للقوانين الداخلية الأخرى. وهناك نهج ثالث هو الإبقاء على نظام مجزّأ يتألف من حقوق ضمانية مختلفة لأنواع مختلفة من المانحين، وأنواع مختلفة من الموجودات، وأنواع مختلفة من الضمان (الحيازي وغير الحيازي)، ولكن مع ضمان أن تعالَج، في نطاق نفس التشكيلة من القواعد، جميع المسائل المتعلقة بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية والإنفاذ.

٧٥- وينحو الاتجاه السائد في التشريعات العصرية، على كل من الصعيدين الوطني والدولي، صوب اتباع نهج متكامل، على الأقل فيما يخص الحقوق الضمانية غير الحيازية. أما النهج المعاكس، المنطوي على التنظيم الانتقائي لأنواع محدّدة من الحقوق الضمانية غير الحيازية، فيحتمل أن يؤدي إلى وجود ثغرات وتداخلات وتضاربات وعدم شفافية، إضافة إلى استياء في قطاعات الصناعة التي قد تُستبعَد. وفضلا عن ذلك، فإن هذا التنظيم الانتقائي يزيد من صعوبة معالجة نزاعات الأولوية بين الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية في الدول التي تختار الاحتفاظ بنظامين منفصلين لهذين النوعين من الحق الضماني.

د- الحقوق القانونية غير الحيازية

٧٦- في العديد من الدول، التي لا توجد لديها نظم عامة تحكم الحقوق الضمانية التعاقدية غير الحيازية، يشجَّع الائتمان بواسطة قوانين تنشئ رهونا غير حيازية معيّنة لفائدة فئات معيّنة من الدائنين. ومن أشيع المستفيدين من هذه الرهون القانونية البائعون ومورّدو المواد والحرفيون والتجار والمرمّمون. وعادة لا تتيح هذه النظم للدائن المسمى أي تدابير انتصافية إنفاذية خاصة. وعلى المستفيد من الرهن أن يحصل على حكم قضائي على المدين ثم أن يحجز على ممتلكات المدين بالطريقة العادية. والمزية الوحيدة التي يجنيها الدائن هي الحصول على أولوية في السداد (أو امتياز) يمكن أن يطالب بها في عائدات البيع الذي يتم عن طريقه الإنفاذ. وزيادة على ذلك، ونظرا إلى أن المستفيد من هذا الرهن غير مجبر في العادة على إشهار رهنه (أو غير مسموح له بإشهاره)، فإنه نادرا ما تتسنى المطالبة بذلك الرهن في موجودات لم تعد ملكا للمدين.

٧٧- وإن وجود رهون قانونية غير حيازية يشجّع إلى حد ما المستفيدين المسمّين على إقراض مدينيهم. ولكن لهذه الرهون عدة مثالب. فهي ليست متاحة لكل أنواع المقرضين. كما أنها سرية، من حيث إنه لا توجد طريقة هيّنة تستطيع بها الأطراف الثالثة الأخرى أن تعلم بوجودها. وهي لا تتيح للدائنين إمكانية الحصول على تدابير انتصافية إنفاذية عاجلة وفعالة يحتمل أن تولّد سعرا أعلى عند بيع الموجودات. وأخيرا، فهي لا توفّر إلا حماية واهية للدائنين، لأن من المعتاد أنهم لا يستطيعون المطالبة بها عندما يكفّ المدين عن امتلاك الموجودات. والاتجاه العصري، لكل هذه الأسباب، هو أن تقلل الدول من عدد الرهون القانونية غير الحيازية وتوسّع فئات الدائنين الذين يمكنهم التعاقد على حق ضماني غير حيازي وكذلك أنواع الموجودات التي يمكن الحصول على ذلك الحق فيها بالاتفاق.

'٢' الحقوق الضمانية في الموجودات غير الملموسة

٧٨- تشمل الموجودات غير الملموسة طائفة واسعة من الحقوق، مثل المستحقات والممتلكات الفكرية. وبالنظر إلى الزيادة الهائلة في الأهمية الاقتصادية للموجودات غير الملموسة في السنوات الأخيرة، يزداد الطلب على استخدام هذه الحقوق كضمان للاقتراض. وكثيرا ما تمثّل الموجودات غير الملموسة، التي تكون في شكل ممتلكات فكرية، عنصرا هاما من قيمة موجودات أخرى، كما يحدث في حالة المخزون والمعدّات (مثلا، المنتجات التي تحمل علامة تجارية قيّمة، والمعدات المحتوية على البرامجيات الضرورية لتشغيلها). وعلاوة على ذلك، يمكن أن تتخذ عائدات المخزون أو عائدات المعدّات شكل موجودات غير ملموسة. ومن الأشكال الأخرى للموجودات غير الملموسة الأوراق المالية وأنواع عديدة من حقوق تقاضي المدفوعات الناشئة في إطار عقود مالية معقدة (هذه الأنواع من الموجودات مستبعدة من *الدليل*؛ انظر الفقرات ٣٧-٣٩ أعلاه).

٧٩- والموجودات غير الملموسة هي، بحكم تعريفها، غير قابلة للحيازة المادية. إلا أن القوانين في دول كثيرة تناولت مسألة إنشاء حقوق ضمانية في الموجودات غير الملموسة، على الأقل في حالة المستحقات، وذلك بتعديل النظام الذي يحكم إنشاء رهون الوفاء الحيازية. وحاولت بعض القوانين أن تنشئ ما يشبه التجريد من الحيازة، بإلزام المانح بأن ينقل إلى الدائن أي محرر أو مستند يتعلق بالمستحق المتعهد برهنه. غير أن هذا النقل في حد ذاته لا يكفي عادة لإنشاء رهن الوفاء. والأحرى أن المانح يجب أن يجرّد من حيازة الموجود. وفي دول كثيرة، يُرمَز إلى هذا التجريد من الحيازة باقتضاء توجيه إشعار برهن الوفاء إلى المدين بالمستحق.

٨٠- وفي بعض الدول، استُحدثت أساليب تحقق غايات شبيهة بالغايات التي تتحقق بحيازة الموجودات الملموسة. والطريقة الأكثر جذرية هي نقل الحق المرهون نقلا كاملا، أو نقل الحصة المرهونة منه على الأقل، إلى الدائن المضمون. غير أن ذلك يتجاوز إنشاء حق ضماني ويعادل نقل حق الملكية، سواء نقلا شرطيا أم نقلا مطلقا (انظر الفقرات ٨٦-٩١ أدناه). وفي بعض الدول الأخرى، لا يتأثر حق الملكية في الموجودات المرهونة، ولكن تصرفات المانح في الموجودات التي لم يأذن بها الدائن المضمون، تُوقَف باتفاق. وفي حالة الحق في تقاضي أموال مودعة في مصرف، مثلا، يحصل الدائن المضمون على ما يعادل حيازة موجود ملموس، إذا وافق المانح (أي صاحب الحساب) على أنه يمكن تجميد حسابه لصالح الدائن المضمون. وتكون هذه هي الحال، على وجه الخصوص، إذا كان المصرف الوديع هو ذاته الدائن المضمون.

٨١- وفي نُظُم المعاملات المضمونة العصرية، يُشار أحيانا إلى هذه الأساليب الحيازة الاسمية للموجودات غير الملموسة باسم "السيطرة". وعموما، يُعتبر أن للدائن المضمون سيطرة على موجود ما إذا كان لديه حق تعاقدي في أن يوجه التصرف فيه. فمثلا، في بعض الدول يمكن أن يعتبر أن للدائن المضمون سيطرة على حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، إذا كان المصرف الوديع قد التزم تعاقديا، في وثيقة يُشار إليها كثيرا باسم "اتفاق السيطرة"، بأن لا يتصرف في الأموال المقيّدة في الحساب إلا بتوجيه من الدائن المضمون. وقد تتباين درجة السيطرة. ففي بعض الحالات، تكون السيطرة مطلقة ويُمنَع أي تصرف من جانب المانح. وفي حالات أخرى، يسمح للمانح بالقيام بتصرفات معيّنة أو تصرفات في حدود مبلغ أقصى إجمالي معيّن، أو إلى حين وقوع حدث مسبِّب معيّن.

٨٢- وعادة ما تقوم الدول، التي اشترعت نظما شاملة للحقوق الضمانية غير الحيازية في الموجودات الملموسة وأنشأت سجلات عامة للحقوق الضمانية (انظر الفقرات ٢٥-٢٩ أعلاه)، بتمديد نظام السجل ليشمل إحالات المستحقات. وهذا النهج يساعد على تحقيق الاتساق، لأن بيع المخزون يؤدي، في أغلب الأحيان، إلى الاستحقاق، وكثيرا ما يكون من المستصوب توسيع الضمان في المخزون ليشمل العائدات الناتجة. وعلاوة على ذلك، ففي بعض الدول يحقق فتح السجل أمام إحالة المستحقات فائدة إضافية هي إعفاء الدائن المضمون (المحال إليه) من واجب إشعار المدين بالمستحق كشرط مسبق لإنشاء الحق الضماني. ومردّ ذلك إلى أنه، في معاملات مضمونة معيّنة متعلقة بجملة من المستحقات الحالية والآجلة غير المعرّفة على وجه التحديد، قد لا يكون من العملي والممكن إرسال إشعار (منفرد إلى الدائنين) عن المستحقات وبالإضافة إلى ذلك، وحتى في الحالات التي يكون فيها ذلك الإشعار عمليا أو ممكنا، قد لا يكون مستصوبا لأن المانح (المحيل) ربما يرغب في الاحتفاظ بسرية الإحالة.

٨٣- ومن المناقشة الواردة أعلاه يُستنتج أن الدول ستواجه اختيارا أساسيا لدى تصميم نظام يحكم الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة. وربما تحاول الدول تنظيم الحقوق الضمانية في الموجودات غير الملموسة في نظام منفصل عن النظام الذي يحكم الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة، وفي هذه الحالة فإن أسلوب إيجاد الضمان سيكون وثيق الشبه بنقل حق الملكية. ويمكن للدول، بدلا من ذلك، أن تحاول إنشاء نظام متكامل يسعى إلى استحداث تشكيلة موحدة من المبادئ تحكم إنشاء الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة وغير الملموسة، على السواء، ونفاذها تجاه الأطراف الثالثة وأولويتها وإنفاذها.

٨٤- والاتجاه السائد في التشريعات العصرية هو وضع نظم تعامل بها الحقوق الضمانية في الموجودات غير الملموسة في إطار نظام متكامل يحكم أيضا الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة. وهذا النهج يسمح للمانحين وللدائنين المضمونين بأن يحدّدوا، منذ بداية معاملتهم، الموجودات المراد رهنها، وبأن يحدّدوا العلاقة بين الحقوق في المستحقات كعائدات والحقوق في المستحقات كموجودات مرهونة أصلية.

٣' استخدام حق الملكية لأغراض الضمان

٨٥- توجد في كثير من الدول، إلى جانب الأدوات والأساليب المختلفة التي يقصد منها أن تؤدي وظيفة حقوق ضمانية (انظر الفقرات ٥٠-٨٤ أعلاه)، شتى الأدوات القانونية الأخرى التي يمكن تطويرها لإيجاد ما يعادل الحق الضماني. وقد طُورت معظم هذه الأدوات من خلال ممارسات تجارية (أكّدت المحاكم صحتها لاحقا)، وإن كان بعضها قد أنشئ أو نقّح بالتشريع. وإن أكثر الأدوات والأساليب تداولا لإنشاء ما يعادل الحق الضماني غير الحيازي في الموجودات الملموسة وغير الملموسة على استخدام حق ملكية الموجودات التي يجري استحداثها لأغراض الضمان. وهناك حالتان يتكرر فيهما استخدام حق الملكية لأغراض الضمان. فأولا، يمكن أن يستخدم حق الملكية لضمان قرض، وذلك بأن ينقل المانح إلى الدائن حق ملكية موجودات يمتلكها الدائن بالفعل نقلا مشروطا (انظر الباب الفرعي *(أ)* أدناه). وثانيا، يمكن استخدام حق الملكية لضمان ثمن شراء غير مسدد، وذلك ببساطة بأن يحتفظ البائع أو المؤجر بحق ملكية الموجودات التي تباع أو تؤجر، إلى أن يتم السداد الكامل لثمن الشراء (انظر الباب الفرعي *(ب)* أدناه). وإن كلاّ من نقل حق الملكية والاحتفاظ بحق الملكية يمكّن الدائنَ من الاستفادة من حقوق معادلة للحقوق الضمانية غير الحيازية.

أ- نقل حق الملكية

٨٦- من المعهود أن المعاملات المنطوية على نقل حق الملكية من المقترض إلى المقرض آلية مستخدمة لضمان أداء التزام المقترض بالسداد. وباستحداث الدول لفكرة الحقوق الضمانية (خصوصا فيما يتعلق بالعقار)، بدأ هجر استعمال حق الملكية كضمان. إلا أن هناك نمطا مختلفا فيما يتعلق بالموجودات المنقولة. فبما أن العديد من النظم القانونية كان يناوئ الحقوق الضمانية غير الحيازية في هذه الحالات، بحث المدينون والدائنون في مواضع أخرى من القانون لابتداع أساليب يمكن استخدامها للتغلّب على هذه المناوءة. وكان نقل حق ملكية الموجودات إلى الدائن المضمون (إما مشروطا إلى حين سداد القرض أو إلى حين إعادة النقل إلى المقترض في إطار عملية بيع ثانية يحتفظ فيها الدائن بحق الملكية إلى حين سداد القرض) هو أشيع الأساليب المستخدمة لأجل هذا الغرض.

٨٧- وتوجد الآن سمتان لا تزالان تجعلان نقل حق الملكية على سبيل الضمان جذابا للدائنين في العديد من الدول. فأولا، كثيرا ما تكون، في تلك الدول، المقتضيات الشكلية والموضوعية لنقل حق الملكية في الموجودات الملموسة أو الممتلكات غير الملموسة إلى شخص آخر أقل مشقة، وبالتالي أقل تكلفة، من مستلزمات إنشاء حق ضماني. وثانيا، في حالة الإنفاذ، وفي حالة إعسار المانح، كثيرا ما يكون الدائن في وضع كمالك أفضل منه كحائز لحق ضماني. وهذه هي الحال خصوصا عندما يتقرّر أن موجودات المالك، وإن كانت في حيازة المانح، ليست جزءا من حوزة الإعسار. وفي المقابل، عندما تكون موجودات المانح مرهونة بمجرد حق ضماني، فإنها تعتبر عموما جزءا من حوزة إعسار المانح (انظر الفصل الثاني عشر بشأن أثر الإعسار في الحق الضماني، الفقرة ٢٠).

٨٨- بيد أن هاتين الخاصيتين لا توجدان دائما في القانون الوطني. فمثلا، أُزيل في كثير من الدول الفارق الشكلي بين استخدام حق الملكية لأغراض الضمان، من ناحية، والحق الضماني فيما يتعلق بمقتضيات الإنشاء والإنفاذ، من الناحية الأخرى، وتعامَل أدوات حق الملكية والحقوق الضمانية معاملة متطابقة. بل إن بعض الدول تشترط على الدائنين الساعين إلى إنفاذ حق ملكية منقول إليهم لأغراض الضمان أن يتبعوا نظام الإنفاذ المنطبق على الحقوق الضمانية العادية. وفضلا عن ذلك، تنص قوانين العديد من هذه الدول على أن عمليات نقل حق الملكية لأغراض الضمان، التي تخضع عموما للقواعد المنطبقة على نقل حق الملكية، تعامل في حالة الإعسار معاملة الأدوات الضمانية.

٨٩- كما أن نقل حق الملكية لأغراض الضمان قد أرسي في بعض الدول بموجب القانون (وذلك عادة في إطار أساليب تسمّى "البيع مع حق الاسترداد" أو "البيع مع خيار إعادة الشراء")، وأرسي من خلال الممارسة التي أكّدتها المحاكم في دول أخرى. واليوم، تتبع الدول نهوجا متنوعة حيال أدوات نقل حق الملكية التي يقصد منها أن تؤدي أغراضا ضمانية. وكما لوحظ آنفا، فإن إنشاء تلك الأدوات يخضع في بعض الدول للقواعد الأيسر التي تحكم نقل حق الملكية، ولها مفعول نقل حق الملكية نقلا كاملا. وفي دول أخرى، يخضع إنشاء تلك الأدوات للقواعد الأكثر تعقيدا التي تحكم الحقوق الضمانية، ولا يكون لها سوى مفعول المعاملة المضمونة. وفي دول أخرى غير هذه وتلك، وخصوصا في عالم القانون المدني، يعتبر كثير من عمليات نقل حق الملكية هذه، إن لم يكن كلها، التفافا حول النظام العادي للصكوك الضمانية، وتعتبر بالتالي لاغية وباطلة. وإن أدوات نقل حق الملكية لأغراض الضمان متاحة في الدول التي اعتمدت نظاما شاملا ومتكاملا للحقوق الضمانية غير الاحتيازية، ولكنها تعامل كمجرد أدوات ضمانية. وفي هذه الدول، يخضع إنشاء الحق الضماني، ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة، وأولويته، وإنفاذ نقل حق الملكية لأغراض الضمان، لنفس المقتضيات المنطبقة على الحقوق الضمانية (انظر الفقرات ١٠١-١٠٩ أدناه).

٩٠- ويواجه المشرّعون خيارين متعلقين بالسياسات. فأحد الخيارين هو الاعتراف بنقل حق الملكية لأغراض الضمان، على أن تنطبق عليه المقتضيات الأقل والآثار الأكبر (عادة) للنقل الكامل لحق الملكية، وبالتالي يتم تفادي نظام الحقوق الضمانية العام. ويؤدي هذا الخيار إلى تعزيز وضع الدائن المضمون (وإن كان ذلك مع المخاطرة بزيادة مسؤوليته؛ انظر الفقرة ٧١ من الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني)، مع إضعاف وضع المانح ودائني المانح الآخرين.

٩١- والخيار الآخر هو الاعتراف بعمليات نقل حق الملكية لأغراض الضمان، لكن مع مواءمة مقتضياته أو آثاره أو كليهما مع مقتضيات الحق الضماني وآثاره. ويمكن أن يتحقق ذلك بإحدى طريقتين. فمن ناحية، يمكن أن تحدد الدول معاملات نقل حق الملكية التي سيُسمح بها، مع حظر جميع المعاملات الأخرى، وجعل الأدوات المسموح بها خاضعة لنظام الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية

والإنفاذ المنطبق على الحقوق الضمانية. وقد سلكت بعض دول القانون المدني هذا النهج الأول. ومن الناحية الأخرى، يمكن للدول أن تكتفي بالنص على أن معاملات نقل حق الملكية لأغراض الضمان هذه ستوصف بأنها حقوق ضمانية. وقد انتهج العديد من دول القانون العام هذا النهج الثاني. وبمقتضى كل من هذين البديلين، فإن المزايا التي يتمتع بها الدائن المحال إليه والعيوب المقابلة لها بالنسبة للأطراف الأخرى تقل. والبديل الثاني هو النهج المتبع في الدول التي لها نظام وظيفي ومتكامل وشامل للمعاملات المضمونة، وهو أيضا النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٩).

ب- *الاحتفاظ بحق الملكية*

٩٢- الطريقة الثانية لاستخدام حق الملكية لأغراض الضمان تُنفذ بأساليب تسمح للبائعين بأن يستخدموا حق ملكيتهم للموجودات الملموسة التي يجري بيعها لضمان سداد الالتزام المالي للمشتري بدفع ثمن شراء الموجودات. وأكثر الوسائل شيوعا لتحقيق ذلك، ولكنها ليست الوحيدة، هي أن يتم بواسطة ترتيب تعاقدي للاحتفاظ بحق الملكية (التحفظ على الملكية). وهناك، مع ذلك، عدة آليات أخرى يمكن للبائعين أن يستخدموا بها حق الملكية، بعضها ينشأ بفعل القانون والبعض الآخر ينشأ باتفاق بين الطرفين.

٩٣- ففي العديد من الدول، يسمح قانون البيع للدائنين الذين نقلوا حق الملكية فعليا إلى المشتري بأن يلتمسوا إبطال البيع إذا لم يدفع المشتري ثمن الشراء. ويجوز للبائع، عند الإبطال، أن يسترد ملكية الموجودات المبيعة وحيازتها خالية وخالصة من أي رهون يكون المشتري قد أنشأها فيها. وتنشأ حقوق الاسترداد هذه عادة بفعل القانون، غير أن البائعين يستطيعون، في بعض الدول، أن يمدّدوا نطاق حق الاسترداد، بواسطة عقد، إلى ما يزيد على ما هو منصوص عليه في قانون البيع. وبما أن *الدليل* يركّز على الحقوق الضمانية الناشئة باتفاق، فلن تواصَل هنا مناقشة هذه السبل القانونية لانتصاف البائع (للاطلاع على مناقشة أشمل، انظر الفقرات ١٠٧ إلى ١٠٩ من الفصل الخامس بشأن أولوية حق الضمان، والتوصية ٨٦).

٩٤- وفي ترتيب بسيط من ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية، يمكن أن يحتفظ البائع بحق ملكية الموجودات المباعة إلى حين سداد ثمن شرائها بالكامل. ويجوز أن يشارك المقرضون أيضا في هذا التمويل بقبول إحالة الالتزام المضمون من البائع. وهناك عدة أصناف من معاملات الاحتفاظ بحق الملكية. فأحيانا، لا يقوم البائع سوى ببيع الموجودات إلى المشتري، ولا يتم البيع (نقل حق الملكية) إلا عند السداد بالكامل. وفي أحيان أخرى، يكون البيع مشروطا بسداد المشتري للثمن الكامل. غير أنه، في معظم الأحيان، يكون البيع فوريا ويكون نقل حق الملكية وحده مشروطا بأن يدفع المشتري الثمن. والقاسم المشترك بين كل هذه الأصناف هو أنه على الرغم من أن المشتري قد يكون حائزا للموجودات ويستخدمها (وفي بعض الحالات قد يكون له حتى الحق في التصرف فيها)، فهو لا يحصل فعليا على حقوق في الموجودات إلى أن يسدّد ثمن الشراء بالكامل. ويظل حق الملكية في الموجودات مخوّلا للبائع حتى ذلك الحين.

٩٥- وتسمح الدول أيضا بالتنويع في نطاق اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية. ويتعلق هذا التنويع أحيانا بالالتزام الذي تم ضمانه، وأحيانا بالموجودات الخاضعة للاحتفاظ بحق الملكية. فعلى سبيل المثال، في ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية بموجب شرط "جميع الأموال" أو شرط "الحساب الجاري"، يحتفظ البائع بحق ملكية الموجودات المباعة إلى حين أداء جميع الالتزامات المستحقة على المشتري، سواء أكانت

هذه الالتزامات تتصل بتلك الموجودات المعيّنة أم بموجودات أخرى اشتراها ذلك المشتري من البائع. وفي ما يعرف باسم الترتيب "الممدّد" للاحتفاظ بحق الملكية، يجوز أيضا أن تمتد حقوق البائع لتشمل المستحقات أو العائدات الأخرى التي تنشأ عند بيع الموجودات. بيد أن هذا الترتيب لا يوجد إلا في عدد قليل جدا من الدول. وعلى أية حال فحتى في الدول التي يسمح فيها بالترتيبات الممددة للاحتفاظ بحق الملكية ينتهي الحق في عموم العائدات عندما تمزج بعائدات أخرى. وفي الغالبية العظمى من الدول لا يشمل الاحتفاظ بحق الملكية العائدات. كما أنه في جميع الدول تقريبا لا يشمل الاحتفاظ بحق الملكية الموجودات إلا حينما تكون ما زالت محتفظة بهويتها. وعليه، ينتهي هذا الحق عندما تدمج تلك الموجودات في موجودات أخرى في عملية التصنيع أو عندما تفقد هويتها الأصلية بخلاف ذلك.

٩٦- وهناك بديل لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية، ولكن مع النتيجة الاقتصادية ذاتها، يمكن تحقيقه بدمج عقد تأجير مع خيار للمستأجر بأن يشتري الموجودات المؤجرة بسعر اسمي. وفي هذه الترتيبات لا تجوز عادة ممارسة خيار الشراء إلا بعد أن يكون المستأجر قد دفع معظم سعر الشراء الاسمي بواسطة أقساط الإيجار (انظر المثال الوارد في الفقرة ٢٦ من المقدمة). وفي بعض الحالات، عندما يشمل الإيجار العمر المجدي الكامل للمعدات المؤجرة، يعادل الإيجار ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية حتى من دون خيار الشراء. ويقصد من كل هذه الأشكال المتنوعة أن تؤدي وظيفة أدوات لتمكين المقترض من تمويل احتياز معدّات أو مخزون (انظر الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز). وفي الفقرات التالية، وتيسيراً للإحالة المرجعية، يشمل مصطلح "البيع" مصطلح "الإيجار"، ويشمل مصطلح "المشتري" مصطلح "المستأجر"، وذلك على الأقل فيما يتعلق بالإيجارات التي تؤدي وظيفة ضمانية.

٩٧- ومن الناحية الاقتصادية، يوفّر ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية حقا ضمانيا مكيفا جيدا بصفة خاصة مع احتياجات البائعين في مجال ضمان الائتمان. وهذا النوع من الائتمان، الذي يوفره عادة الموردون، يستخدم على نطاق واسع، في كثير من الدول، كبديل للتمويل المصرفي العام، وينال وضعا تفضيليا بالنظر إلى ما لموردي الموجودات الملموسة الصغار والمتوسطين من أهمية بالنسبة للاقتصاد. وفي دول أخرى، توفر المصارف أيضا تمويل الاحتياز بصفة أكثر انتظاما، وقد طوَّرت، نتيجة لذلك، ممارسات تمكّنها من الاستفادة من آلية الاحتفاظ بحق الملكية. فمثلا، يستطيع البائع أن يبيع موجودات ملموسة إلى مصرف مقابل نقد حاضر، ثم يستطيع المصرف أن يعيد بيع الموجودات إلى المشتري بالدّين بموجب ترتيب للاحتفاظ بحق الملكية؛ أو قد يدفع المشتري للبائع نقدا من قرض ثم ينقل حق الملكية إلى المصرف كضمان للقرض. وفي تلك الدول، كثيرا ما يُمنح هذا المصدر من مصادر الائتمان، والضمان المعيّن المصاحب له، مزية خاصة في شكل أولوية أعلى على الحقوق الضمانية المنازعة في نفس الموجودات الملموسة، شريطة الالتزام بمقتضيات شكلية معيّنة.

٩٨- وبالنظر إلى أن ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية كان في الأصل شرطا في عقد بيع أو إيجار، لا تزال دول كثيرة (ومن بينها عدد من الدول التي تعامل أدوات نقل حق الملكية لأغراض الضمان على أنها معادِلة لأدوات الضمان) تعتبره مجرّد حق شبه ضماني. ونتيجة لذلك، لا تُخضع تلك الدول أدوات الاحتفاظ بحق الملكية للقواعد العامة المنطبقة على الحقوق الضمانية، خصوصا فيما يتعلق بالإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية والإنفاذ. ومن المزايا الأخرى للاحتفاظ بحق الملكية أنه يمكن أن يُتفق عليه بطريقة فعّالة من حيث التكلفة لأنه، في دول كثيرة، لا يخضع للإشهار.

٩٩- وفي الوقت نفسه، لترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية بعض العيوب. فوضع المشتري ودائني المشتري يضعف، وتضطر الأطراف الثالثة، متى انعدم الإشهار، إلى الاعتماد على إقرارات المشتري أو إلى تكريس الوقت اللازم وتكبد التكلفة اللازمة لجمع معلومات من مصادر أخرى. وهناك عيب آخر، هو أن ترتيبات

الاحتفاظ بحق الملكية قد تمنع على المشتري، أو على الأقل قد تعرقل عليه، استخدام الموجودات المشتراة لمنح حق ضماني من المرتبة الثانية لدائن آخر. وهناك عيب غيرهما، هو أن الإنفاذ من جانب دائني المشتري غير المضمونين مستحيل أو صعب دون رضا البائع. ولهذه الأسباب تعامَل ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية، في بعض الدول، على غرار الحقوق الضمانية في جميع الجوانب. وفي دول أخرى، تؤدي نفس الاعتبارات إلى معاملة هذه الترتيبات معاملة الحقوق الضمانية في بعض الجوانب وليس فيها كلها (فهي، مثلا، تخضع للإشهار ولكنها تُمنَح وضعا خاصا من حيث الأولوية). وفي دول غير هذه وتلك، تكون ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية غير نافذة تجاه الأطراف الثالثة عموما، أو غير نافذة تجاهها إذا كانت تتعلق بموجودات معيّنة، وخصوصا المخزون، على افتراض أن احتفاظ البائع بحق الملكية يتعارض مع قيام البائع بمنح المشتري حق وصلاحية التصرف في المخزون في سياق عمله المعتاد.

١٠٠- ويمكن أن تنظر الدول في عدة خيارات سياساتية. ومن هذه الخيارات المحافظة على الطابع الخاص لترتيب الاحتفاظ بحق الملكية كأداة لحق الملكية. وفي إطار هذا النهج، لا يكون الاحتفاظ بحق الملكية خاضعا لأي مقتضيات تتعلق بالشكل أو الإشهار. وهناك خيار آخر مختلف قليلا، ألا هو صون الطابع الخاص للاحتفاظ بحق الملكية ولكن مع حصر آثاره في ضمان سعر شراء الموجودات المعنية وحدها دون ضمان أي ائتمان آخر، وقصره على الموجودات المشتراة دون العائدات أو المنتجات. وهناك خيار ثالث هو دمج ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية في النظام العادي للحقوق الضمانية. وفي هذه الحالة، يكون إنشاء ترتيب الاحتفاظ بحق الملكية ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وإنفاذه، حتى في حال إعسار المشتري، خاضعا لنفس القواعد المنطبقة على الحقوق الضمانية. وفي إطار هذا النهج، وللأسباب السياساتية المذكورة أعلاه، يمكن منح البائع مزايا معيّنة (مثل الأولوية اعتبارا من وقت إبرام عقد البيع الذي اشتمل على الاحتفاظ بشرط حق الملكية، أو اعتبارا من وقت تسليم السلع). وثمة خيار رابع، هو إبقاء الاحتفاظ بحق الملكية كمعاملة منفصلة، ولكن مع جعله مساويا تماما لأي حق ضماني آخر (أي دون منح البائع المحتفظ بحق الملكية أي امتيازات خاصة تتعلق بالإنشاء أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو الأولوية أو الإنفاذ). وكل هذه الخيارات يناقشها بمزيد من التفصيل الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز.

'٤' النهج الوظيفي والمتكامل والشامل إزاء المعاملات المضمونة

١٠١- كثيرا ما خابت المنشآت التجارية في مطالبها الائتمانية، طوال القرن العشرين، بسبب عدم وجود إطار قانوني مناسب يستطيع المقترضون أن يمنحوا من خلاله حقوقا ضمانية للمقرضين وسائر موفري الائتمان. ولقد كان القانون، أحيانا، يحظر صراحة منح حقوق ضمانية على أنواع معيّنة من الموجودات. وأحيانا وبكل بساطة، لم تكن توجد أداة قانونية مناسبة. وفي أحيان أخرى، كان في وسع الأطراف أن تبتكر أداة قانونية تخدم أغراضها، ولكنها كانت أداة غير عاجزة ومكلّفة ومعقدة التنفيذ. وكانت هذه المشاكل هي منبع الكثير من التطورات التي استُعرضت للتو. فقد أفضت، مثلا، إلى ممارسات تعاقدية وابتكارات قانونية تسمح برهون وفاء صورية، وإلى استحداث معاملات قانونية متخصصة يُقصد بها حل مشاكل نشأت في قطاعات معيّنة من النشاط الاقتصادي. كما أنها حفزت على استحداث شتى آليات نقل حق الملكية، وكانت السبب في الاستخدام الواسع النطاق لاتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية والتنويعات المختلفة للاحتفاظ بحق الملكية، التي يقصد بها زيادة فعاليته كأداة قانونية لضمان أداء الالتزام.

١٠٢- وأمام ما أوجده هذا النهج المتبع حسب الحالة إزاء النظم القانونية لتلبية احتياجات المنشآت التجارية إلى الائتمان، قرّرت بعض الدول في منتصف القرن العشرين أن تعيد النظر في ميدان الحقوق

الضمانية في الموجودات المنقولة بكامله. وتمخض هذا التفكير عن استحداث مفهوم حق ضماني وحيد وظيفي ومتكامل وشامل في جميع أنواع الموجودات المنقولة. وكان هذا النهج المتبع حيال المعاملات المضمونة مستوحى من الملاحظة التي تبيَّن منها أن الأنواع المختلفة العديدة من الحقوق الضمانية غير الحيازية، ورهن الوفاء الحيازي التقليدي، والتنويعات المتعددة لأدوات نقل حق الملكية والاحتفاظ بحق الملكية، تستند كلها إلى عدد قليل من المبادئ التوجيهية المتطابقة التي تهدف إلى تحقيق نفس النتائج الاقتصادية.

١٠٣- والموضوع الرئيسي الذي يتمحور حوله هذا النهج الجديد إزاء المعاملات المضمونة هو أن الجوهر يجب أن يعلو على الشكل. ولم يكن مصادفة أن تطورت هذه الفكرة أولا في دول اتحادية، مثل الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، كان فيها وجود نظم متنوعة وشديدة التخصص لمنح الضمان يعرقل، لسنوات عديدة، التجارة عبر حدود الولايات والمقاطعات. فقد أنشأ القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة، وهو قانون نموذجي اعتمدته الآن الولايات الخمسون جميعها (بما فيها ولاية لويزيانا التي تجمع بين نظامي القانون العام والقانون المدني)، حقا ضمانيا وحيدا وشاملا في الموجودات المنقولة يوحّد الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية العديدة والمتنوعة في الموجودات الملموسة وغير الملموسة، بما في ذلك ترتيبات نقل حق الملكية والاحتفاظ به، التي كانت قائمة بموجب قوانين الولايات والقانون العام. وانتشرت الفكرة إلى كندا (بما فيها، مع تغييرات طفيفة، مقاطعة كيبيك التي تأخذ بالقانون المدني) ونيوزيلندا والهند وعدة دول أخرى، كثير منها ذات ولايات قضائية تأخذ بالقانون المدني في أوروبا الوسطى والشرقية. ويسلك القانون النموذجي للمعاملات المضمونة للبلدان الأمريكية، الذي وضعته منظمة الدول الأمريكية، نهجا مماثلا من نواح عديدة. كما يسلك القانون النموذجي بشأن المعاملات المضمونة الذي وضعه المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير مسلكا مماثلا من حيث إنه ينشئ حقا ضمانيا محددا يمكن أن يقوم جنبا إلى جنب مع أدوات ضمانية أخرى (مثل الإيجار التمويلي) ويغير صفة الاحتفاظ بحق الملكية فيعتبره حقا ضمانيا.

١٠٤- ويوفر هذا النظام الوظيفي المتكامل والشامل بشأن الضمان، بصفته نهجا إزاء إيجاد نظام كفء يعزّز توفير الائتمان المضمون للمنشآت والمستهلكين، عددا من المزايا المعتبرة.

١٠٥- فأولا، يمكن دمج جميع القوانين ذات الصلة التي تتناول الحقوق الضمانية غير الحيازية (والتي كثيرا ما تكون كبيرة العدد) في نص واحد، وهذا نهج يكفل شمول القواعد واتساقها وشفافيتها. وثانيا، يمكن تناول القواعد المتعلقة بالحقوق الضمانية الحيازية، وخصوصا رهن الوفاء الحيازي، مع تكييفها في الوقت ذاته للمقتضيات المعاصرة. وثالثا، يمكن أن تدمج في النظام أدوات حق الملكية، مثل نقل الضمان والاحتفاظ بحق الملكية، بطريقة لا تعطي البائعين الحماية التي يرغبون فيها فحسب، بل إنها تمكّن المشترين أيضا من استخدام أية قيمة تحصّلوا عليها في الموجودات المشتراة للحصول على ائتمان إضافي. ورابعا، يمكن أيضا أن يشمل النص ترتيبات تعاقدية تؤدي وظيفة ضمانية، مثل عقود الإيجار التمويلي، والبيع مع إعادة البيع، والبيع مع إعادة التأجير، وأن يتناولها بطريقة تقلل إلى الحد الأدنى من التنازع والارتباك بشأن أولوية حقوق مختلف الدائنين المشاركين في هذه المعاملات. وخامسا، هذا النهج يشجع على التنافس فيما بين موفري الائتمان إذ يضع على قدم المساواة البائعين والمؤجرين والمقرضين.

١٠٦- وإضافة إلى ذلك، ففي إطار هذا النهج لا يحتاج الدائن الذي يفكّر في منح قرض مضمون إلى التحري عن مختلف مستلزمات الضمان البديلة وتقييم مزاياها وعيوبها. وتبعا لذلك، فإن العبء الذي يتحمله دائنو المانح أو ممثل الإعسار في حال إعسار المانح، الذين يتعيّن عليهم أن يأخذوا بعين الاعتبار

حقوقهم وواجباتهم تجاه الدائن المضمون، يقلّ عندما يلزم فحص نظام واحد ليس إلا يتميّز بحق ضماني شامل. وسيؤدي تبسيط هذه الأعباء ليس فقط إلى تقليل تكلفة إنشاء الحقوق الضمانية، وإنما أيضا إلى تقليل تكلفة إنفاذ الائتمان المضمون، وبالتالي سيخفض التكلفة العامة للائتمان المضمون.

١٠٧- وفي الأحوال العابرة للحدود الوطنية، سيتيسّر أيضا الاعتراف بالحقوق الضمانية التي تُنشأ في موجودات تكون في إحدى الدول ثم تُنقل إلى دولة أخرى، إذا كانت الدولة التي تنقل إليها الموجودات تعترف بحق ضماني شامل. وسيكون من الأسهل بكثير على هذا النظام أن يتقبل طائفة واسعة من الحقوق الضمانية الأجنبية، سواء أكانت هذه الحقوق ذات طابع ضيّق أم مماثل في الشمول، وهذه حالة يُحتمل أن تروّج التجارة عبر الحدود.

١٠٨- غير أن هناك بعض المساوئ في النهج الوظيفي والمتكامل والشامل. فأولا، قد يتطلب هذا النهج تغيير توصيف معاملات معيّنة (مثل نقل حق الملكية أو الاحتفاظ بحق الملكية كأداة ضمانية)، على الأقل لأغراض قوانين المعاملات المضمونة. وفيما يتعلق بالدول التي لم تكن تقبل بنسبية حق الملكية في الموجودات المنقولة، سيلزم توفير برامج تثقيفية للمحامين ورجال الأعمال لمساعدتهم على فهم الكيفية التي سيعمل بها هذا النهج في الممارسة العملية. ويتطلب هذا النهج، فضلا عن ذلك، تعديل المنطق القانوني الأساسي الذي يستند إليه حتى الآن القانون المتعلق بالحقوق الضمانية في عدد كبير من الدول. فمثلا، تعتبر الحقوق الضمانية في العديد من الدول استثناءات من المبدأ العام القاضي بالمساواة بين الدائنين، ولذلك يجب أن تفسّر تفسيرا تقييديا. وعلاوة على ذلك، يُتصور الحق الضماني عادة على أنه حق محدد، في موجودات محدّدة، لضمان التزام محدّد، يدين به مدين محدّد لدائن محدّد. ويفترض النهج الوظيفي والمتكامل والشامل أن هذه القيود التقليدية سيحل محلها مبدأ عام يساعد على انتشار الائتمان المضمون. وأخيرا، فهذا النهج الوظيفي والمتكامل والشامل يفترض عادة أن النظام الجديد سيدخل حيز النفاذ بواسطة تشريع واحد. وسيستدعي ذلك، فيما يتعلق ببعض الدول، إدخال تغيير كبير في الأسلوب الذي تنظَّم به مدوَّنتا قوانينها المدنية والتجارية وغيرها من القوانين.

١٠٩- ويمكن الحد من العديد من هذه العيوب أو التخلص منها عن طريق الاعتناء بالطريقة التي تختارها الدولة لوضع تشريع ينشئ نظاما ضمانيا وظيفيا ومتكاملا وشاملا للحقوق الضمانية. فمثلا، يمكن تحقيق معظم المزايا مع تفادي معظم العيوب من خلال ما يلي: *(أ)* إجراء إصلاح شامل للقوانين القائمة المتعلقة بالحقوق الضمانية، وأدوات حق الملكية التي تخدم أغراضا ضمانية، وإحالة المستحقات، وعمليات الإيجار التمويلي؛ و*(ب)* سن قواعد قانونية تهدف على وجه التحديد إلى تنظيم الممارسات التعاقدية التي وضعت للتغلب على الثغرات الموجودة في القانون. ولا يعني هذا التقليل من شأن المجهود اللازم لعمل ذلك بطريقة تحقّق الاتساق والشفافية والكفاءة وإقامة تنافس حقيقي، على أساس السعر أو بشروط أخرى، فيما بين جميع موفري الائتمان. غير أنه إذا كان المجهود متضافرا في الإصلاحات التشريعية المضطلع بها، فستكون الفوائد المجنية كبيرة من حيث ما يُتحمل في ذلك من تكاليف وما يُواجَه من صعوبات.

'٥' نهج الدليل

١١٠- للأسباب المختلفة المبينة في هذا الباب وفي الباب جيم من المقدمة، يوصي *الدليل* بأن تعتمد الدول نهجا وظيفيا ومتكاملا وشاملا إزاء المعاملات المضمونة (انظر الجملة الأولى من التوصية ٨). ولدى اشتراع نظام وظيفي ومتكامل وشامل، يمكن استخدام أي من نهجين مختلفين. ففي إطار أحد

النهجين، تُستبقَى وتستخدم أسماء الأدوات الضمانية القديمة، مثل رهن الوفاء والرهن العائم ونقل حق الملكية لأغراض الضمان والاحتفاظ بحق الملكية. بيد أن إنشاءها ومفعولها كحقوق ضمانية يخضعان لمجموعة وظيفية ومتكاملة وشاملة من القواعد، وإن كانت ستظل، لأغراض أخرى (مثل فرض الضرائب أو المحاسبة)، تخضع لقواعد أخرى. ويحافظ هذا النهج على التنوع المفاهيمي للأدوات الضمانية والترتيبات التعاقدية الأخرى التي يجوز أن تُستخدم لأغراض الضمان، ولكنه يقضي بإيجاد مجموعة موحدة من القواعد تحكم الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية والإنفاذ. وفي إطار نهج مختلف اختلافا طفيفا، تُلغى جميع أنواع الحقوق التي تخدم أغراضا ضمانية، وتُعمَّم المعاملات والممارسات التمويلية المحددة التي تتوخاها تلك الحقوق في مفهوم وحيد موحد للحقوق الضمانية. وسوف تكون لجميع المعاملات المضمونة تشكيلة وحيدة من القواعد لأنه لن يتاح سوى نوع واحد من الأدوات الضمانية. وقد اتُّبع كل من هذين النهجين في الدول التي اشترعت مؤخرا نظما وظيفية ومتكاملة وشاملة للمعاملات المضمونة، وكلاهما يحقق الأهداف الرئيسية المفصلة في *الدليل*.

١١١- ويوصي *الدليل* بأن تعتمد الدول، كنهج عام، في ما عدا ما يتعلق بتمويل الاحتياز، ثاني هذين النهجين إزاء اشتراع نظام وظيفي ومتكامل وشامل للمعاملات المضمونة (انظر الجملة الثانية من التوصية ٨). وفي إطار هذا النهج، تصنف جميع المعاملات المضمونة، كحقوق ضمانية، أيا كانت تسميتها، وتخضع لإطار تنظيمي متطابق. بيد أنه، فيما يخص تمويل الاحتياز وحده، يوصي *الدليل* بأن يكون للدول خيار اعتماد أي من النهجين المذكورين في الفقرة السابقة. أي أن الدول يمكن أن تعتمد ما يوصف، في حالة تمويل الاحتياز المحددة، إما بأنه نهج وحدوي أو بأنه نهج غير وحدوي (انظر التوصية ٩). وفي إطار النهج الوحدوي، تنطبق نفس المبادئ الأساسية المبينة في إطار التوصية ٨ على جميع معاملات تمويل الاحتياز (انظر الفقرة *(أ)* من التوصية ٩). وفي إطار النهج غير الوحدوي، تحتفظ الدول بأدوات لتمويل الاحتياز يسمى كل منها تسمية منفصلة. وتصنف جميع معاملات تمويل الاحتياز، ما عدا عمليات البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية وعمليات الإيجار التمويلي، باعتبارها حقوقا ضمانية حيازية تحكمها نفس مجموعة القواعد التي تحكم معاملات تمويل الاحتياز (انظر الفقرة الفرعية *(ب)* '١' من التوصية ٩). وفضلا عن ذلك، يحافَظ على حقوق الملكية التي يتمتع بها كل من البائع مع الاحتفاظ بحق الملكية والمؤجر التمويلي، ولكن القواعد المحددة التي تحكم كل معاملة على حدة تعدّل من أجل التوصل إلى نتائج تعادل وظيفيا النتائج التي يتم التوصل إليها بواسطة الحق الضماني الحيازي (انظر الفقرة الفرعية *(ب)* '٢' من التوصية ٩).

١١٢- ومن حيث المبدأ، يمكن أن يكون تنفيذ النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز أسهل، لأنه لن يتطلب إدخال تعديلات على قوانين أخرى أو إحالات إليها. وبالمثل، يوفر النهج الوحدوي أيضا مزيدا من الشفافية، لأن جميع القواعد ذات الصلة ستكون موجودة في قانون واحد. غير أن *الدليل* يسلم بأن بعض الدول قد لا تكون في وضع يسمح لها باعتماد النهج الوحدوي فيما يتعلق بمعاملات تمويل الاحتياز، ولذلك يتوقع أن تختار الدول، في هذه الحالة المعيّنة، اعتماد نهج غير وحدوي (للاطلاع على المزيد من التفاصيل، انظر الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز).

٤- *موضوعان رئيسيان مشتركان بين جميع فصول الدليل*

١١٣- سلّطت الأبواب السابقة في هذا الفصل الضوء على فكرتين جامعتين تبعثان على المنافسة المفتوحة فيما بين موفري الائتمان. فالفكرة الأولى هي أن النظام الشامل النطاق، الذي يحيط بجميع

أنواع المعاملات التي تستخدم لضمان أداء التزام ما، يتيح لكل شخص أن يعرض شروطا ائتمانية على قدم المساواة. ومن حيث المبدأ، لا تُمنح أي امتيازات خاصة لأي فئة معيّنة من المدينين أو الدائنين. والفكرة الثانية هي أن النظام الذي يتخذ نهجا وظيفيا ومتكاملا وشاملا يخفض تكاليف المعاملات، بإلغاء الحاجة إلى تصميم معاملات مختلفة للمدينين المختلفين وموجودات لا تستند إلا إلى اختلافات شكلية، وبالسماح للدائنين بتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وإقامة وضعية ذات أولوية على نحو بسيط وموحّد.

١١٤- ويناقش هذا الباب موضوعين هامين آخرين ينبغي أن يستند إليهما أي نظام عصري للمعاملات المضمونة. فأولهما، وهو مبدأ استقلالية الأطراف، قوامه أن الحقوق الضمانية تنشأ من اتفاق بين المانحين والدائنين المضمونين. أما الثاني، فيشير إلى ما للتكنولوجيا المعاصرة من أهمية متزايدة في ضمان فعالية نظام القانون التجاري وكفاءته. وفي حين أن أيا من الموضوعين لا يشير إلى نتيجة وحيدة محددة، فإن كلاهما يوفر توجّهات عامة تتبعها الدول الساعية إلى سن قانون جديد للمعاملات المضمونة. وكلاهما أيضا يدعم عددا من التوصيات المحددة الواردة في مختلف فصول *الدليل* (مثل التوصية ٩٤ والفقرة الفرعية *(ي)* من التوصية ٥٤). لذا، يُعرض هذان الموضوعان هنا باعتبارهما موضوعين رئيسيين يكمّلان فكرتي الشمول في نطاق القانون والنهج الوظيفي المتكامل المتبع إزاء تنظيم الحقوق الضمانية.

(أ) استقلالية الطرفين

١١٥- الأغراض التي يسعى المدينون والدائنون إلى تحقيقها، في الاقتصادات العصرية، بالغة التنوع. ولتسهيل تحقيق هذه الأغراض، تركّز نظم المعاملات المضمونة تركيزا شديدا على مبدأ استقلالية الطرفين. والفكرة الرئيسية من وراء هذا المبدأ هي إتاحة أقصى قدر من المرونة للطرفين للتفاوض على اتفاقات ضمانية تلبي احتياجاتهما على وجه الدقة. ولذلك، ينبغي إبقاء القواعد الإلزامية في الحد الأدنى اللازم لكفالة شفافية الحقوق وقابليتها للتنبؤ وضمان الإنصاف في الإنفاذ.

١١٦- وبما أن الاتفاقات الضمانية تمنح الدائنين حقوق ملكية في موجودات مدينيهم، فإن لها أيضا حتما عواقب مهمة على الأطراف الثالثة. ولهذا السبب، توضح النظم العصرية للمعاملات المضمونة أيضا أن الأحكام الواردة في أي اتفاق والتي تخرج عن القواعد غير الإلزامية أو تغيّرها لا تُلزم سوى الطرفين نفسيهما، ولا تمس حقوق الأطراف الثالثة إلا بالقدر الذي تنص عليه المبادئ العامة لقانون العقود.

١١٧- وفي حين أن استقلالية الطرفين تعطي مقدمي الائتمان صلاحيات كبيرة، وقد تمس حقوق دائنين آخرين، فمن المنتظر أنّ السماح للدائن المضمون والمانح بتشكيل معاملتهما بطريقة تناسب أهدافهما على أفضل وجه سيمكّن عادة المانحين من توسيع إمكانية حصولهم على الائتمان المضمون. ومع ذلك، يمانع العديد من الدول في قبول مبدأ استقلالية الطرفين دون أي قيود. فهي تسعى إلى الحد من استقلالية الطرفين بالتعداد الحصري لأنواع المعاملات التي يجوز للطرفين الاتفاق بشأنها، وبالتنظيم التفصيلي لا لشروط إبرام هذه الاتفاقات وإنفاذها فحسب، بل وإنما أيضا للأحكام المحددة التي يُمكن إدراجها في الاتفاق الضماني. وفي المقابل، ترتئي دول أخرى أنه ينبغي أن يؤذن للطرفين بالخروج عن أي قواعد من نظام المعاملات المضمونة لا تعكس الاعتبارات الأسمى للسياسات العامة.

١١٨- وإن هذا النهج الأخير أكثر اتساقا مع الهدف العام لنظام فعال وكفء للمعاملات المضمونة. فهو يتيح للطرفين أكبر متسع لتصميم معاملاتهما بحيث تلبي احتياجاتهما الائتمانية المحددة. وهذه الطريقة من أهم الطرائق التي يمكن لنظام المعاملات المضمونة أن يُروّج بها الائتمان المضمون. ويتبنى *الدليل* هذا النهج. فهو يوصي بأن تعتمد الدول مبدأ استقلالية الطرفين باعتباره القاعدة الأساسية لقانون المعاملات المضمونة، رهنا بعدد قليل فقط من القيود المحددة المبينة في التوصيات الواردة في فصول *الدليل* التالية (انظر التوصية ١٠؛ وانظر أيضا الفصل السادس بشأن حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما).

(ب) استخدام التكنولوجيا الإلكترونية العصرية

١١٩- لا تُجسّد نظم المعاملات الحديثة المفاهيم العصرية لقانون المعاملات المضمونة فحسب، وإنما تتسع أيضا لاحتواء الممارسات التجارية العصرية وتستفيد من التطورات العصرية في الممارسات التنظيمية للدول. ويراعي *الدليل* هذه الممارسات والتطورات في ثلاثة مجالات.

١٢٠- فأولا، يرى *الدليل* أن الدول ينبغي أن تُسهّل عموما الخطابات الإلكترونية. وبهذه الروح، وتماشيا مع الفقرتين ٢ و٣ من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية،[٦] والمادتين ٦ و٧ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية،[٧] يتضمّن *الدليل* توصيات تعترف بإمكانية تسيير الأطراف للأعمال التجارية باستخدام الخطابات الإلكترونية. والفكرة المحورية هي أن قانون المعاملات المضمونة ينبغي ألا يعرقل التجارة العصرية بمنع الأطراف من الوفاء بأي من مقتضيات الكتابة أو التوقيع عند استخدام أساليب إلكترونية ملائمة (انظر التوصيتين ١١ و١٢ من *الدليل*؛ وانظر أيضا الفقرات ١٤٣-١٦٥ من مذكرة أمانة الأونسيترال الإيضاحية بشأن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية،[٨] والفقرات ٤٧-٦١ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع، ١٩٩٦، ومع المادة الإضافية ٥ مكررا بصيغتها المعتمدة في عام ١٩٩٨).

١٢١- وثانيا، يقر *الدليل* بأن القانون المتعلق بالمستندات القابلة للتداول الإلكترونية الشكل يتطور تطورا سريعا. لكن، وبالنظر إلى الصعوبة الخاصة التي ينطوي عليها إيجاد معادل إلكتروني للقابلية الورقية للتداول، فقد وُضعت توصيات *الدليل* المختلفة على أساس الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول ذات الشكل الورقي وحدها. على أنه لا ينبغي أن يُفسر *الدليل* بأنه يثني عن استخدام المعادلات الإلكترونية للصكوك أو المستندات القابلة للتداول الورقية. *فالدليل* يتوخى إذن أن يكون في وسع أي دولة مشترعة ترغب في تناول هذه المسألة أن تفعل ذلك بما يتفق وتوصيات *الدليل*، إلا أنه سيتعين عليها أن تضع لهذا الغرض قواعد خاصة بها (اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية هي أيضا لا تتناول المعادل الإلكتروني للقابلية الورقية للتداول).[٩]

١٢٢- وثالثا، وكما هو مشار إليه في الفقرات الفرعية *(ج)* و*(هـ)* و*(و)* من التوصية ١، يستند *الدليل* إلى افتراض اعتماد ثلاثة مفاهيم هامة تتعلق بنفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة. فهو، يروّج للحقوق الضمانية غير الحيازية في موجودات المانح الملموسة وغير الملموسة. ويقترح، علاوة على ذلك، إجراءات شكلية بسيطة لإنشاء الحق الضماني بين الطرفين، مع خطوات إضافية بسيطة، تهدف إلى

[٦] منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.07.V.2.

[٧] المرجع نفسه، رقم المبيع A.99.V.4.

[٨] المرجع نفسه، رقم المبيع A.07.V.2.

[٩] المرجع نفسه، مذكرة إيضاحية، الفقرة ٧.

الشفافية، لجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ويوصي كذلك بإقامة سجل عام للحقوق الضمانية وتسجيل إشعار يتعلق بالحقوق الضمانية السارية أو المحتملة، باعتبار ذلك الطريقة العامة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٣٢). وفي حين يسلم *الدليل* بأن السجل العام للحقوق الضمانية يمكن أن يُحتفظ به في شكل ورقي، فهو يوصي بأن تستفيد الدول، إن أمكن ذلك، من التكنولوجيا العصرية بإنشاء السجل في شكل إلكتروني (انظر الفقرة الفرعية *(ي)* من التوصية ٥٤). وترد في الفصل الرابع بشأن نظام السجل مناقشة أوفى لتفاصيل الكيفية التي يمكن بها إنشاء هذا السجل المحوسب وتشغيله.

باء- التوصيات ٢-١٢

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بنطاق انطباق القانون هو إرساء نظام شامل وحيد بشأن المعاملات المضمونة. وتحدّد هذه الأحكام الحقوق الضمانية وسائر الحقوق التي يسري عليها القانون. والهدف من الأحكام المتعلقة بالنهوج الأساسية إزاء الضمان هو كفالة ما يلي:

(أ) أن ينطبق القانون على جميع الحقوق التي تنشأ تعاقديا في الموجودات المنقولة وتضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر ("النهج الوظيفي")؛

(ب) أن ينص القانون على التنفيذ المناسب للنهج الوظيفي بما يكفل معاملة جميع مقدِّمي الائتمان المضمون وفقا للقواعد التي تؤدي إلى نتائج متكافئة وظيفيا.

نطاق الانطباق

٢- رهنا بالتوصيات ٣-٧،[١٠] ينبغي أن ينطبق القانون على جميع الحقوق في الموجودات المنقولة المنشأة بمقتضى اتفاق يضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، بغض النظر عن شكل المعاملة أو نوع الموجودات المنقولة أو وضع المانح أو الدائن المضمون أو طبيعة الالتزام المضمون. ومن ثم، ينبغي أن ينطبق القانون على ما يلي:

(أ) الحقوق الضمانية في جميع أنواع الموجودات المنقولة، ملموسة كانت أم غير ملموسة، حاضرة أم آجلة، بما فيها المخزون والمعدات وسائر الموجودات الملموسة، والمستحقات التعاقدية وغير التعاقدية، والمطالبات التعاقدية غير النقدية، والصكوك القابلة للتداول، والمستندات القابلة للتداول، وحقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، وحقوق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل، وحقوق الملكية الفكرية؛

(ب) الحقوق الضمانية التي ينشئها أو يكتسبها جميع الأشخاص الاعتباريين والطبيعيين، بمن فيهم المستهلكون، ولكن من دون أن يؤثّر ذلك في الحقوق المنبثقة من تشريعات حماية المستهلكين؛

(ج) الحقوق الضمانية في جميع أنواع الالتزامات، الحاضرة أو الآجلة، المحدّدة أو القابلة للتحديد، بما فيها الالتزامات المتغيرة والالتزامات المبينة بطريقة عامة؛

(د) جميع حقوق الملكية التي تنشأ تعاقديا من أجل ضمان سداد الالتزام أو الوفاء به على نحو آخر، بما في ذلك نقل حق الملكية في الموجودات الملموسة لأغراض ضمانية، وإحالة المستحقات لأغراض ضمانية، ومختلف أشكال اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية، والإيجار التمويلي.

---

[١٠] حيثما ترد الإحالة في توصية ما إلى توصية واردة في فصل مختلف، تشمل هذه الإحالة رقم وموضوع الفصل الذي ترد فيه تلك التوصية الأخرى. وعندما لا ترد أي إحالة من هذا القبيل، تكون التوصية المشار إليها واردة في نفس الفصل الذي ترد فيه التوصية المشتملة على الإحالة.

وينبغي أن ينطبق القانون أيضا على الحقوق الضمانية في عائدات الموجودات المرهونة.

النقل التام للمستحقات

٣- ينبغي أن ينطبق القانون على النقل التام للمستحقات، بالرغم من أن هذا النوع من النقل لا يضمن سداد الالتزام أو الوفاء به على نحو آخر. وترتهن هذه التوصية بالاستثناء المنصوص عليه في التوصية ١٦٧ (الفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني).

قيود نطاق الانطباق

٤- على الرغم من التوصية ٢، لا ينبغي أن ينطبق القانون على ما يلي:

(أ) الطائرات، والمعدات الدارجة على السكك الحديدية، والأجسام الفضائية، والسفن، وكذلك الفئات الأخرى من المعدات المنقولة، ما دامت تلك الموجودات مشمولة بقانون وطني أو اتفاق دولي تكون الدولة التي تسنّ تشريعا يستند إلى هذه التوصيات (ويشار إليها فيما يلي بـ"الدولة" أو "هذه الدولة") طرفا فيه ويتناول ذلك القانون الوطني أو الاتفاق الدولي المسائل التي يشملها هذا القانون؛

(ب) الملكية الفكرية، ما دامت أحكام القانون غير متسقة مع قانون وطني يتعلق بالملكية الفكرية أو اتفاقات دولية تكون الدولة طرفا فيها وتتعلق بالملكية الفكرية؛

(ج) الأوراق المالية؛

(د) حقوق السداد الناشئة بمقتضى عقود مالية تحكمها اتفاقات المعاوضة أو الناجمة عنها، باستثناء المستحقات المتعين تسديدها لدى إنهاء جميع المعاملات العالقة؛

(هـ) حقوق السداد الناشئة بمقتضى معاملات صرف العملات الأجنبية أو الناجمة عنها.

٥- لا ينبغي أن ينطبق القانون على الممتلكات غير المنقولة. ولكنّ التوصيات ٢١ و٢٥ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) و٤٣ و٤٨ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة) و٨٧ و٨٨ (الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني) و١٦٤ و١٦٥ (الفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني) و١٨٤ و١٩٥ و١٩٦ (الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز) قد تؤثر في الممتلكات غير المنقولة.

٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في نوع مستثنى من الموجودات (كالممتلكات غير المنقولة، مثلا) يشمل، بمقتضى قانون آخر، نوعا من العائدات التي يسري عليها هذا القانون (كالمستحقات، مثلا)، فإن هذا القانون ينطبق على الحق الضماني في العائدات ما لم يكن ذلك القانون الآخر منطبقا على ذلك الحق الضماني.

٧- لا ينبغي أن يتضمن القانون أي قيود أخرى على نطاق انطباقه. وإذا وُضعت أي قيود أخرى، ينبغي أن تُبيَّن في القانون على نحو واضح ومحدّد.

النهج الوظيفي

٨- ينبغي أن يعتمد القانون نهجا وظيفيا يشمل بمقتضاه جميع الحقوق في الموجودات المنقولة التي تُنشأ بالاتفاق وتضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، بصرف النظر عن شكل المعاملة أو التعابير الاصطلاحية التي يستخدمها الطرفان (بما في ذلك حقوق المنقول إليهم في إطار معاملة نقل حق الملكية في موجودات ملموسة لأغراض الضمان، وحقوق المحال إليه في إطار معاملة إحالة المستحقات لأغراض الضمان، فضلا عن حقوق البائع أو المؤجر التمويلي في إطار مختلف أشكال اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية والإيجارات التمويلية، على التوالي). وباستثناء ما يتعلق بتمويل الاحتياز، ينبغي أن ينفَّذ النهج الوظيفي بطريقة تصنّف جميع الحقوق التي تضمن الوفاء بالتزام بكونها حقوقا ضمانية وإخضاعها لمجموعة موحّدة من القواعد.

٩- فيما يتعلق بتمويل الاحتياز، يجوز تنفيذ النهج الوظيفي بإحدى طريقتين هما:

(أ) إما بطريقة تصنِّف كحقوق ضمانية احتيازية جميع الحقوق في الموجودات المنقولة التي تضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، وتُخضِعها لمجموعة موحّدة من القواعد ("النهج الوحدوي")؛

(ب) وإما بطريقة تُصنِّف (بموجب النهج المشار إليه بكونه "النهج غير الوحدوي"):

'١' كحقوق ضمانية احتيازية جميع الحقوق في الموجودات المنقولة التي تضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، غير حقوق البائع بمقتضى اتفاق احتفاظ بحق الملكية وحقوق المؤجر بمقتضى إيجار تمويلي؛

'٢' كحقوق ملكية حقوقَ البائع بمقتضى اتفاق احتفاظ بحق الملكية وحقوق المؤجر بمقتضى إيجار تمويلي، ولكنها تخضع حقوق الملكية المذكورة لقواعد تفضي إلى نتائج تكون معادلة وظيفيا للنتائج المحقّقة فيما يتعلق بالحقوق الضمانية الحيازية، بما يكفل معاملة جميع موفّري تمويل الاحتياز على قدم المساواة.

استقلالية الطرفين

١٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، باستثناء ما تنص عليه التوصيتان ١٤ و١٥ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) والتوصيتان ١١١ و١١٢ (الفصل السادس بشأن حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما) والتوصيات ١٣٢-١٣٦ (الفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني) والتوصيات ١٧٨-١٨٦ (الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز، الخيار ألف: النهج الوحدوي) والتوصيات ١٨٧-٢٠٢ (الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز، الخيار باء: النهج غير الوحدوي)، والتوصيات ٢٠٣-٢١٥ و٢١٧-٢٢٧ (الفصل العاشر بشأن تنازع القوانين)، يجوز للدائن المضمون والمانح أو المدين، بالاتفاق بينهما، أن يخرجا عن أحكام هذا القانون المتعلقة بحقوق كل منهما والتزاماته أو أن يغيّراها. ولا يمس ذلك الاتفاق حقوق أي شخص ليس طرفا فيه.[١١]

الخطابات الإلكترونية

١١- ينبغي أن ينصّ القانون على أنه، حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا أو يَنصُّ على عواقب لعدم وجود كتابة، يُستوفى ذلك الاشتراط بالخطاب الإلكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسّرا على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا.

١٢- ينبغي أن ينصّ القانون على أنه، حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد ممهورا بتوقيع شخص ما أو ينص على عواقب لعدم وجود توقيع، يُستوفى ذلك الاشتراط فيما يتعلق بالخطاب الإلكتروني إذا:

(أ) استُخدمت طريقة لتعيين هوية الشخص المعني وبيان نية ذلك الشخص فيما يتعلق بالمعلومات الواردة في الخطاب الإلكتروني؛

(ب) وكانت الطريقة المستخدمة إمّا:

'١' موثوقا بها بقدر مناسب للغرض الذي أُنشئ الخطاب الإلكتروني أو أُرسل من أجله، في ضوء كل الملابسات، بما فيها أي اتفاق ذي صلة؛ وإمّا

'٢' قد ثبت فعليا أنها، بحد ذاتها أو مقترنة بأدلة إضافية، أوفت بالوظائف المبينة في الفقرة الفرعية *(أ)* أعلاه.[١٢]

---

[١١] انظر المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

[١٢] بخصوص التوصيتين ١١ و١٢، انظر الفقرتين ٢ و٣ من المادة ٩ من *اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية*.

ثانيا- إنشاء الحق الضماني
(نفاذه بين الطرفين)

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- الحق الضماني بمقتضى هذا *الدليل* هو حق ملكية (خلافا للحق الشخصي) في موجودات منقولة (خلافاً للممتلكات غير المنقولة) ينشأ باتفاق (خلافا للحقوق التي تنشأ بقانون أو بحكم قضائي) بين المانح والدائن المضمون (انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير). ويُقصد بحق الملكية ضمان أداء التزام يقع على عاتق المانح، أو شخص آخر، تجاه ذلك الدائن. وعند اتخاذ جميع الخطوات اللازمة لجعل الحق الضماني نافذا تجاه المانح، يعتبر أن الحق الضماني قد "أنشئ". غير أن النظم القانونية تختلف في الكيفية التي تقيس بها الأثر القانوني للإنشاء، وتأخذ عموما بواحد من ثلاثة نهوج مختلفة.

٢- ففي إطار أحد النهوج، يصبح الحق الضماني في الموجودات الذي يُنشأ بطريقة سليمة نافذا ليس فقط تجاه المانح وإنما يكون أيضا نافذا تلقائيا حيال جميع الأطراف الثالثة التي تطالب بحق في الموجودات (وكثيراً ما يشار إلى ذلك بعبارة "الأثر المتعدي إلى الأغيار" في حقوق الملكية). وبما أن ما هو متوخى أساسا من الحق الضماني هو السماح للدائن المضمون بأن يبيع الموجودات المرهونة وأن تعطى له الأفضلية على مطالب منافس له في تقاضي عائدات البيع، فإنه لا توجد في إطار هذا النهج مزية في التفريق بين الآثار التي تنجم بين الطرفين والآثار تجاه الأطراف الثالثة.

٣- وفي إطار النهج الثاني، لا يكون الحق الضماني نافذا إلا تجاه المانح، ويلزم إنجاز فعل إضافي، مثل تسجيل إشعار في سجل عام للحقوق الضمانية أو تسليم حيازة الموجودات إلى الدائن المضمون، لكي يصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة التي تطالب بحقوق في الموجودات. وهذا الأثر القانوني يشار إليه في *الدليل* بعبارة "النفاذ تجاه الأطراف الثالثة". وعادة يشكل هذا الفعل الإضافي أيضا الأساس لتحديد أولوية الحق الضماني تجاه المطالبين المنافسين. وينبثق النهج الثاني من إدراك أن معظم النظم القانونية تفرض إجراءات لنفاذ الالتزامات التعاقدية بين الطرفين أقل من الإجراءات التي تفرضها عند إنشاء حقوق الملكية. وبعبارة أخرى، فإن الاتفاق الضماني يكفي، في إطار النهج الثاني، ليصبح الحق الضماني في الموجودات نافذا بين الطرفين، لكنه غير كاف لإرساء نفاذ جوانب الحق الضماني المتعلقة بالملكية تجاه الأطراف الثالثة، كالدائنين المضمونين الآخرين، أو الدائنين بحكم القضاء، أو ممثل الإعسار عند إعسار المانح، أو من تحال إليهم الموجودات لاحقا. وعلاوة على ذلك، فإن هذا النهج يستند إلى افتراض عدم وجود حاجة إلى اشتراط الإشعار أو التسجيل لكي يكون الحق الضماني نافذا بين الطرفين، حيث إن ذلك الاشتراط يمكن أن يشكل عقبة أمام المعاملات التي تخدم أغراضا ضمانية لكنها تستند إلى أساليب بيع أو تأجير غير رسمية (مثل ترتيبات البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية أو عمليات الإيجار التمويلي).

٤- ويستند النظام القانوني في دول قليلة إلى نهج ثالث، هجين من النهجين الأولين. وفي إطار هذا النهج، يعامل الحق الضماني على أنه نافذ عموما تجاه جميع الأطراف لدى إنشائه، فيما عدا الدائنين المضمونين الآخرين ويعني ذلك أنه لا يلزم فعل إضافي لكي يصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة غير الدائنين المضمونين. فالمشترون، والمستأجرون، والحاصلون على التراخيص، والدائنون بحكم القضاء، وممثلو الإعسار، يأخذون الموجودات خاضعة للحق الضماني، ما لم تنطبق قاعدة قانونية أخرى، مثل قاعدة تحمي مشتري الموجودات في سياق العمل العادي للبائع. ومع ذلك، فمن أجل حماية حق المانح في استخدام موجوداته لضمان ائتمان آخر، جرت العادة أن تنص قوانين هذه النظم القانونية أيضا على أن الحق الضماني لا يكون نافذا تجاه الدائنين المضمونين الآخرين ما لم يُتخذ إجراء إضافي، مثل تسليم الحيازة أو التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية. أي أن قواعد خاصة للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية تنطبق لحماية حقوق المطالبين المنافسين المتأخرين زمنيا الذين يطالبون بحقوق محددة في الموجودات المرهونة. وهذا النهج يقود عموما إلى نفس النتائج التي يفضي إليها النهج الثاني، رغم أنه قد يكون هناك اختلاف طفيف فيما يتعلق بحقوق الدائنين بحكم القضاء وممثل إعسار المانح.

٥- ويستصوب *الدليل* النهج الثاني من بين النُّهُج العامة الثلاثة المستعرضة للتو. وهناك عدة أسباب لهذا الموقف. ففيما بين النهجين الثاني والثالث، يفضَّل النهج الثاني لأنه لا يميز بين فئات المطالبين المتنافسين. *فالدليل* يسعى إلى توفير نظام شامل يحكم الحقوق الضمانية ويشتمل على مبادئ لتسوية جميع النزاعات الممكنة بين المطالبين المتنافسين. وحالما تتخذ الدولة قرارا بأن خطوة إضافية متعلقة بإشهار الحق الضماني تلزم لإحدى فئات المطالبين، فإنها تعقِّد، دون ضرورة، مهمة تسوية هذه النزاعات إذا لم يكن هناك أساس مشترك يكون الحق الضماني نافذا بالاستناد إليه تجاه جميع فئات المطالبين.

٦- وفيما بين النهجين الأول والثاني، يفضَّل النهج الثاني لأنه يتيح للدول أن تخفض إلى الحد الأدنى الإجراءات اللازمة لإنشاء الحق الضماني. فحيثما لا يميَّز بين النفاذ بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، تضيف الدول في كثير من الأحيان إجراءات تعاقدية عديدة تهدف إلى حماية الأطراف الثالثة وتتعدى كثيرا ما يلزم عادة لنفاذ العقود فيما بين أطرافها. وعلى العكس، ففي الدول التي لا تشترط اتخاذ أي خطوات إضافية لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، تكون النتيجة هي أنه لن تكون لدى الأطراف الثالثة، ومن بينها الدائنون المضمونون المرتقبون، أي آلية ناجعة لاكتشاف مدى حقوق مانحها في الموجودات التي سترهن.

٧- ويوصي *الدليل* باتباع نهج يميز بين المقتضيات اللازمة لنفاذ الحق الضماني فيما بين الطرفين والمقتضيات الإضافية اللازمة لتحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه جميع الأطراف الثالثة. والهدف الرئيسي لهذا النهج هو تيسير إنشاء حق ضماني في موجود ما، على أن تُعطى، في الوقت نفسه، جميع الأطراف الثالثة (كالمشترين والمستأجرين والمرخص لهم والدائنين المضمونين الآخرين والدائنين بحكم القضاء وممثل إعسار المانح) وسيلة زهيدة التكلفة ويمكن التعويل عليها لتحديد ما إن كان المانح قد رهن موجوداته.

٨- ويتناول هذا الفصل المسائل المتعلقة بإنشاء حق ضماني في الموجودات بواسطة اتفاق، ونفاذ الحق الضماني بين طرفي ذلك الاتفاق. وترد في الفصل الثالث مناقشة لموضوع نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة. أما القواعد المتعلقة بترتيب أولوية الدائنين الذين لهم مطالبات في نفس الموجودات

فترد مناقشتها في الفصل الخامس. وترد في الفصل الثاني عشر مناقشة للمسائل المتعلقة بنفاذ الحق الضماني في حال إعسار المانح.

٩- والباب ألف من هذا الفصل مكرس لبيان المبادئ العامة التي تحكم إنشاء الحق الضماني. وتناقش الأبواب ألف-٢ إلى ألف-٤ الشروط العامة لإنشاء حق ضماني نافذ، والوقت الذي يصبح فيه ذلك الحق نافذا بين الطرفين، والعناصر الجوهرية للاتفاق الضماني، ومتطلبات معيّنة تتعلق بالشكل. وتبين الأبواب ألف-٥ إلى ألف-٧، بمزيد من التفصيل، الملاحظات المتعلقة بتحديد هوية طرفي الاتفاق الضماني، ووصف الموجودات التي يمكن رهنها، وأنواع الالتزامات التي يمكن ضمانها بحق ضماني. وتتناول الأبواب ألف-٨ إلى ألف-١٣ مسائل معيّنة تتصل بالإنشاء فيما يتعلق بالعائدات والملحقات والموجودات الممزوجة في كتلة أو منتج.

١٠- والباب باء مكرس لمناقشة مسألة إرساء النفاذ بين المانح والدائن المضمون حيثما يتعلق الأمر بأنواع معيّنة من الموجودات. ويتناول الباب باء-١ الحالات الهامة التي ترهن فيها المستحقات بحق ضماني، ويستعرض الباب باء-٢ الحالة المعيّنة التي يحال فيه المستحق على الرغم من وجود شرط في الاتفاق الأصلي المُوجِد للمستحق يمنع الإحالة. ويتناول الباب باء-٣ مسائل الإنشاء حيثما يكون المستحق نفسه مضمونا بحق شخصي أو حق ملكية في موجودات أخرى. وتبين الأبواب باء-٤ إلى باء-٦ مبادئ تحكم إنشاء حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، وفي حق تلقي عائدات بمقتضى تعهد مستقل، وفي مستند قابل للتداول، وفي موجودات يشملها مستند قابل للتداول.

١١- ويختتم الفصل، في الباب جيم منه، بسلسلة من التوصيات حول مقتضيات إنشاء حق ضماني نافذ بين المانح والدائن المضمون.

٢- *إنشاء الحق الضماني (نفاذه بين الطرفين)*

١٢- حالما تقرر الدولة ما هو النهج الذي ستأخذ به إزاء النفاذ، يجب أن تحدد بعدئذ الشروط التي يتعين الوفاء بها قبل أن يتسنى إنشاء الحق الضماني وأن يصبح نافذا فيما بين الطرفين. كما أن المسائل التي يلزم تناولها تنبثق من السمات الهيكلية الأساسية للحق الضماني باعتباره حق ملكية ناشئا باتفاق لضمان أداء التزام.

١٣- ويترتب على هذا المفهوم للحق الضماني باعتباره حقا منبثقا من اتفاق تعاقدي أن الدول يجب أن تهتم صراحة بخمس مسائل رئيسية. فأولا، يجب أن تحدِّد العناصر الأساسية للاتفاق الضماني. وثانيا، يجب أن تحدِّد شكل الاتفاق الضماني. وثالثا، يجب أن تحدد: *(أ)* من الذي يجوز أن يكون مانحا للحق الضماني، وعلى وجه الخصوص، ما إذا كان ينبغي وضع أي قيود خاصة، زيادة على القيود المنطبقة على العقود العادية، على أهلية أشخاص معيّنين لمنح الحقوق الضمانية؛ *(ب)* ومن الذي يجوز أن يكون المستفيد من هذا الحق، وعلى وجه الخصوص، ما إذا كان ينبغي أن يحق لجميع الأشخاص ذوي الأهلية للتعاقد أن يكونوا مستفيدين من الحق الضماني. ورابعا، يجب أن تحدد الدول ما هي أنواع الالتزامات التي يجوز ضمانها بحق ضماني، وعلى وجه الخصوص ما إذا كان يجوز أن تُضمن بحق ضماني الالتزامات الآجلة أو غير المحددة. وخامسا، يجب أن تحدد ما هي الموجودات التي يجوز أن ترهن بحق ضماني، وعلى وجه الخصوص ما إذا كان ينبغي استبعاد أنواع معيّنة من الموجودات الشخصية أو موجودات المنشآت التجارية من أن تُمنح كضمان، وما إن كان يجوز منح فئات كاملة من الموجودات كضمان. وتُناقش هذه المسائل على التوالي في الأبواب ألف-٣ إلى ألف-٧ أدناه.

١٤- وعلاوة على ذلك، يجب على بعض الدول أن تعالج مسألتين أخريين لدى وضع قواعد تحكم إنشاء الحق الضماني ونفاذه فيما بين المانح والدائن المضمون. فأهم شيء هو أن تبين، على وجه الدقة، الخطوات التي يجب اتخاذها لإنشاء الحق الضماني ولتحديد الوقت الذي ينشأ فيه. ثم هناك مسألة النفاذ فيما بين الطرفين عموما، أي متى وبأي شروط يصبح الحق الضماني نافذا أو ينتهي نفاذه بين الطرفين فيما يتعلق بموجودات محددة. وفي العادة، يوجد جواب واحد على كلا هذين السؤالين. وما أن تُتخذ جميع الخطوات اللازمة لإنشاء الحق الضماني، يُصبح ذلك الحق نافذا بين الطرفين في تلك اللحظة من الزمن. إلا أنه قد يحدث أن يتم إنشاء حق ضماني ثم يتوقف نفاذه بين الطرفين. ومن المهم في هذه الحالات تحديد الوقت الذي توقّف فيه نفاذ الحق حتى بين الطرفين تحديدا دقيقا. ولأن هذين الجانبين من السؤال منفصلان عن محتوى الاتفاق الضماني، فينظر فيهما أولا في الفقرات التالية (الفقرات ١٥-٢٥).

(أ) الاتفاق المنشئ للحق الضماني

١٥- في معظم النظم القانونية، يتطلب إنشاء حق ضماني في الممتلكات المنقولة إبرام اتفاق بين المانح والدائن المضمون ينص على إنشاء هذا الحق (اتفاق ضماني) (انظر التوصية ١٣). ويمكن أن يؤدي الاتفاق الضماني عدة وظائف، منها التالية: *(أ)* توفير الأساس القانوني لمنح حق ضماني؛ *(ب)* إقامة الصلة بين الحق الضماني والالتزام الذي يضمنه ذلك الحق؛ *(ج)* تنظيم العلاقة عموما بين المانح والدائن المضمون (فيما يتعلق بحقوق طرفي الاتفاق الضماني والتزاماتهما، انظر الفصل السادس)؛ *(د)* التقليل إلى الحد الأدنى من احتمال وقوع نزاعات بين المانح والدائن المضمون بشأن أحكام الاتفاق، بما فيها الأحكام المتعلقة بشروط التقصير والإنفاذ (بشأن إنفاذ الحق الضماني، انظر الفصل الثامن).

١٦- وفي حين أن الاتفاق الضماني يمكن أن يكون أحيانا اتفاقا منفصلا بين الطرفين، فإنه كثيرا ما يكون واردا في عقد التمويل الأساسي أو في عقد مماثل مبرم بين المانح والدائن المضمون، كاتفاق قرض أو عقد بيع سلع بالائتمان. وفي العديد من النظم القانونية يكون الاتفاق الضماني في حد ذاته كافيا لإنشاء الحق الضماني. بيد أنه في نظم قانونية أخرى يُشترط فعل آخر، علاوة على الاتفاق الضماني، لإنشاء الحق الضماني (أي تسليم حيازة الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون أو تسجيل إشعار بالحق الضماني في سجل عام للحقوق الضمانية). ويختلف ذلك الفعل من دولة إلى أخرى، وحتى داخل الدولة الواحدة، حسب نوع الحق الضماني المعني أو الموجودات المعنية. وتحقيقا لهذه الأغراض، لا بد من أن يكون الاتفاق الضماني بلغة يفهمها المانح. وإن كثيرا من الدول تشترط أن تكون الاتفاقات الضمانية بلغتها الرسمية، التي قد لا يفهمها المانح. وتترك دول أخرى هذه المسألة لملء حرية الأطراف. ولا يوصي *الدليل* بشيء محدد متعلق بلغة الاتفاق الضماني، وإن كان يوصي، فيما يخص الإشعار بحق ضماني والإشعارات في حالات الإنفاذ خارج نطاق القضاء بأن يكون الإشعار، كمبدأ عام، بلغة من المعقول أن يُتوقع أن تكون مفهومة لدى متلقيه (انظر الفصل الرابع بشأن نظام السجل، الفقرات ٤٤-٤٦، والفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني، الفقرتان ٤٧ و٦٩).

١٧- وهناك اتفاقات معيَّنة تتعلق بحق الملكية في الممتلكات المنقولة يمكن أن تؤدي أغراضا ضمانية. ومن هذه الاتفاقات مثلا الاتفاقات المتعلقة باحتفاظ البائع بحق الملكية، ونقل حق الملكية لأغراض ضمانية، وإحالة المستحقات لأغراض ضمانية، واتفاقات البيع مع إعادة التأجير، والإيجار التمويلي.

١٨- وفي النظم القانونية التي لديها نظام وظيفي ومتكامل وشامل للمعاملات المضمونة، يُشترط عموما، بالنسبة للأدوات المستندة إلى حق الملكية وتخدم أغراضا ضمانية، أن تُنشأ بنفس الطريقة التي يُنشأ بها أي حق ضماني آخر (انظر الفصل الأول بشأن نطاق الانطباق، الفقرات ١٠١-١١٤). فهي إما أن يُستعاض عنها بمفهوم وحدوي للحق الضماني أو تكون، في الدول التي يحافظ فيها على أشكال الأدوات المستندة إلى حق الملكية، المقتضيات المحددة اللازمة لإنشائها هي نفس المقتضيات المنطبقة على الحقوق الضمانية.

١٩- وفي نظم قانونية أخرى، تكون الأدوات المستندة إلى حق الملكية هي الآلية الرئيسية التي يمكن أن تُنشأ بها الحقوق الضمانية غير الحيازية. ففي تلك الدول، تنظَّم الأدوات المستندة إلى حق الملكية، عادة، وفقا للقواعد المنطبقة على المعاملة المحددة التي يُقصد أن ينتقل بها حق الملكية فيما بين الطرفين (مثلا، البيع أو التبادل أو الإيجار مع خيار الشراء). ونظرا لوظيفة الأدوات المستندة إلى حق الملكية بصفتها ضمانا فإن القواعد التعاملية المنطبقة عليها تُدعم أيضا أحيانا بقواعد مختلفة، تشريعية ومن وضع المحاكم. ويمكن أن تتباين تفاصيل النظم المتبعة في النظم القانونية التي تحافظ على خصوصية الأدوات المستندة إلى حق الملكية تباينا واسعا من دولة إلى أخرى. ففي بعض النظم القانونية، لا يخضع لنظام خاص إلا الاحتفاظ بحق الملكية، بينما تخضع إحالة حق الملكية من المقترض إلى المقرض وإحالة المستحقات لأغراض ضمانية لنفس القواعد التي تحكم إنشاء الحقوق الضمانية. وفي نظم قانونية أخرى، تكون بعض أدوات إحالة حق الملكية، مثل البيع مع حق الاسترداد، خاضعة أيضا لنظام خاص، شأنها في ذلك شأن أدوات الاحتفاظ بحق الملكية.

٢٠- وتمثل معاملة أدوات الاحتفاظ بحق الملكية مؤشرا أساسيا للطريقة التي ينظر بها النظام القانوني عموما إلى الضمان المستند إلى حق الملكية. فالنظم القانونية التي لا تعامل الأدوات المستندة إلى حق الملكية باعتبارها تشكل حقوقا ضمانية تركز في العادة تركيزا خاصا على الاحتفاظ بحق الملكية، على الرغم من أن هذه النظم يمكن أن تكون لديها مقتضيات مختلفة تماما لعقد ترتيبات للاحتفاظ بحق الملكية. أي أنه، في هذه النظم، يستخدم الاحتفاظ بحق الملكية استخداما واسع النطاق، ويكون نافذا تجاه كل الأطراف عند إبرام الاتفاق ذي الصلة. غير أنه في نظم قانونية أخرى يؤدي الاحتفاظ بحق الملكية دورا غير هام، وهو عموما غير نافذ كأداة للملكية، أو هو على الأقل غير نافذ على ممثل الإعسار في حال إعسار المشتري. وثمة نقطة تتلاقى عندها نظم قانونية عديدة وهي أن الاتفاقات البسيطة بشأن الاحتفاظ بحق الملكية هي وحدها التي تعامل على أنها أداة أصيلة من أدوات حق الملكية. وفي المقابل، تعامَل اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية التي تتضمن بنودا تشمل كل المبالغ (أي بنودا تسمح للبائع بالاحتفاظ بحق ملكية موجودات معيّنة مقابل جميع الديون المستحقة له، سواء أكانت تمثل ثمن شراء تلك الموجودات أم لم تكن تمثله)، أو بنودا تتعلق بالعائدات والمنتجات، (أي بنودا يُبيَّن فيها أنها تمد حق ملكية البائع في موجودات معيّنة إلى عائدات تلك الموجودات ومنتجاتها) على أنها أدوات ضمان حقيقية. وثمة نقطة أخرى تتفق فيها نظم قانونية عديدة وهي أن البائع هو وحده الذي يجوز له الاحتفاظ بحق الملكية. ولا يجوز لمقدِّمي الائتمان الآخرين أن يستفيدوا من اتفاق الاحتفاظ بحق الملكية إلا إذا تلقوا من البائع إحالة بالرصيد المتبقي من ثمن الشراء.

٢١- ويختلف الأساس الذي يستند إليه احتفاظ البائع بحق الملكية ومتطلبات إنشاء ذلك الحق اختلافا شاسعا بين النظم القانونية التي تعترف بالاحتفاظ بحق الملكية. ففي معظم هذه النظم، تُستمد حقوق البائع من بند معيّن بهذا المفاد يرد في اتفاق البيع. بيد أنه في دول قليلة يُفترض أن حق الملكية يُحتفظ به في كل عمليات البيع بالائتمان، بل لا توجد حاجة إلى أن يُذكر صراحة في اتفاق البيع أن البائع يحتفظ بحق الملكية. وتسمح بعض النظم القانونية بإبرام الحق التعاقدي في الاحتفاظ بحق الملكية بين الأطراف

حتى شفويا أو بالإحالة إلى شروط عامة مطبوعة واردة في مستند توريد أو فاتورة. وفي نظم قانونية غير هذه قد يشترط نوع من الكتابة يبين موعد الاتفاق على وجه الدقة، بل قد يشترط التسجيل.

٢٢- وتختلف النظم القانونية أيضا اختلافا كبيرا في المصطلحات المستخدمة ومتطلبات عمليات إحالة حق الملكية لأغراض ضمانية. فمثلا، يمكن أن تسمى عمليات الإحالة هذه إحالات ائتمانية لحق الملكية لأغراض ضمانية، وعمليات بيع مع حق المطالبة باسترداد البضاعة، وعمليات بيع مزدوجة، واتفاقات بيع واستئجار مع خيار الشراء أو دونه. ولا تمنح جميع الدول نقل حق الملكية لأغراض الضمان نفاذا كاملا. ففي بعض النظم القانونية تكون إحالة حق الملكية على سبيل الضمان باطلة تجاه الأطراف الثالثة، بينما في نظم قانونية أخرى تعتبر أحيانا باطلة حتى بين المحيل والمحال إليه. وفي نظم قانونية قليلة، تكون إحالة حق الملكية لأغراض الضمان نافذة، ولكن هذه الأداة ليست مستخدمة على نطاق واسع نظرا لوجود حقوق ضمانية أخرى غير احتيازية. وفي معظم النظم القانونية التي تقر إحالة حق الملكية لأغراض الضمان، تكون القواعد المتعلقة بإنشائها هي نفس القواعد التي تطبَّق على المعاملات المضمونة عموما، على الأقل إذا كان الحق سيقام تجاه ممثل إعسار المحيل. وهكذا، فإن البيع مع حق المطالبة باسترداد البضاعة أو البيع المزدوج، مثلا، يخضع عادة لنفس القواعد المتعلقة بشكل الاتفاق الضماني ومحتواه.

٢٣- وتقر نظم قانونية عديدة أيضا بأن المعاملات التي تُبنى على فكرة الإيجار يمكن أن تُستخدم في كثير من الأحيان لأداء وظائف ضمانية. وأشيع هذه المعاملات هي اتفاقات البيع بالتقسيط، والإيجار المالي في سياق تمويل الاحتياز، واتفاقات البيع والاستئجار في سياق معاملة إقراض. وفي بعض النظم القانونية تُعامَل هذه الاتفاقات المختلفة على أنها أدوات ضمانية، وتكون متطلبات إنشائها ونفاذها بين الأطراف هي المتطلبات التي تطبَّق على كل الأدوات الضمانية الأخرى. وفي نظم قانونية أخرى، تُعامَل لا بصفتها أدوات ضمانية بل بصفتها ترتيبات تعاقدية تنشئ حقوقا شخصية. وفي هذه النظم القانونية، تكون متطلبات إنشائها هي عادة المتطلبات المنطبقة على إنشاء حق تعاقدي من ذلك النوع.

(ب) وقت نفاذ الحق الضماني

٢٤- المسألة الثانية التي تواجه الدول عند تقرير المتطلبات الأساسية لإنشاء حق ضماني هي تحديد الوقت الذي يُصبح فيه الحق الضماني نافذا فعلا بين الطرفين. ففي معظم الدول، ونظرا إلى أن الحق الضماني ينشأ من اتفاق بين الطرفين، فهو يصبح نافذا بينهما فور إبرام الاتفاق. ويجوز للطرفين أن يتفقا على إرجاء نفاذ الحق الضماني إلى وقت لاحق، لكنهما في العادة لا يفعلان ذلك. وعلى أي حال لا يستطيع الطرفان أن يتفقا على وقت نفاذ سابق للوقت الذي يتوصلان فيه فعليا إلى اتفاقهما.

٢٥- ومن الضروري أيضا تحديد الوقت الذي يبدأ فيه سريان الحق الضماني على الموجودات المعيّنة التي ترهن. وهنا لا بد من التمييز بين موجودات المانح الحالية والموجودات الآجلة (أي الموجودات التي ستُنتج أو سيحصل عليها المانح بعد التوصل إلى الاتفاق الضماني). فعندما ينص الاتفاق الضماني على إنشاء حق ضماني في موجودات للمانح حقوق فيها، أو صلاحية رهنها، في الوقت الذي يتوصل فيه الطرفان إلى اتفاقهما، يكون الحق الضماني نافذا فيما بين الطرفين فيما يتعلق بتلك الموجودات اعتبارا من ذلك الوقت، ما لم يتفق الطرفان أيضا على إرجاء النفاذ فيما يتعلق ببعض تلك الموجودات أو كلها. إلا أنه عندما ينص الاتفاق الضماني على إنشاء حق ضماني في موجودات يتوقع المانح أن يكتسب حقوقا فيها، أو أن تكون لديه صلاحية رهنها، في المستقبل، لا يكون الحق الضماني نافذا بين الطرفين فيما يتعلق بتلك الموجودات إلا اعتبارا من الوقت الذي يحصل فيه المانح على حقوق في تلك الموجودات أو

الحق في رهنها. وهنا أيضا يجوز للطرفين أن يتفقا على إرجاء وقت النفاذ إلى ما بعد الوقت الذي يتم فيه التحصل فعليا على الموجودات الآجلة (انظر التوصية ١٣ والفقرات ٥١ إلى ٥٥ أدناه).

٣- *عناصر الاتفاق الضماني الأساسية*

٢٦- تختلف النظم القانونية من حيث العناصر الموضوعية التي يجب أن يتضمنها الاتفاق الضماني لكي يكون نافذا بين المانح والدائن المضمون. ومع ذلك فبعض هذه العناصر شائع في معظم النظم القانونية. فمثلا تشترط الدول عادة أن يتوفر في الاتفاق الضماني ما يلي: *(أ)* أن يحدد هوية الطرفين؛ *(ب)* أن يبين الالتزام المضمون؛ *(ج)* أن يبين الموجودات التي ستُرهن؛ *(د)* أن يجسّد بوضوح نية الطرفين إنشاء حق ضماني. وتفرض بعض الدول أيضا اشتراطا بأن يبيِّن الاتفاق الضماني المبلغ الأقصى الذي يمكن أن يُطالَب به بمقتضى الحق الضماني في الموجودات المرهونة.

٢٧- وفي حين يجب تحديد المانح والدائن المضمون تحديدا دقيقا، تختلف من دولة إلى أخرى درجة الدقة المطلوبة في تحديد الالتزام المضمون والموجودات المرهونة. فبعض الدول يشترط أن يحتوي الاتفاق الضماني على وصف تفصيلي لكل من الموجودات المنفردة التي ستُرهن بالحق الضماني. ومزية الوصف المحدد هي اليقين، لكن عيبه هو عدم المرونة في معالجة معاملات تمويلية هامة تتعلق بكميات متغيرة من الالتزامات المضمونة ومجموعات متغيرة من الموجودات المرهونة، تشمل الموجودات الآجلة (مثل التسهيلات الائتمانية المتجددة التي يستند فيها مبلغ الائتمان إلى قيمة المخزون أو المستحقات في أي وقت معيّن). وعلى أي حال، فسواء اقتضت التشريعات أم لم تقتض تحديد هوية الطرفين وعلى وصف الالتزام الذي يراد ضمانه والموجودات التي يراد رهنها بصفتها الحد الأدنى لمحتويات الاتفاق الضماني، يمكن أن تترتب على عدم معالجة هذه العناصر في الاتفاق الضماني نزاعات بشأن نطاق الموجودات المرهونة والالتزام المضمون، ما لم يتسنَّ تحديد العناصر الناقصة بوسيلة أخرى.

٢٨- وفي بعض الدول يجب أن يبين الاتفاق الضماني أيضا بتفصيل كبير عددا من المسائل الإضافية التي تحكم العلاقة بين المانح والدائن المضمون. ويمكن أن تتصل هذه المسائل الإضافية بمواضيع مثل واجب العناية من جانب الطرف الذي توجد في حيازته الموجودات المرهونة، والإقرارات المتعلقة بالموجودات المرهونة، وحق المانح في التصرف في الموجودات المرهونة، وواجبات المانح فيما يتعلق بأي عائدات تُجنى من هذا التصرف، وما إلى ذلك. بيد أنه في دول أخرى لا تكون نفس هذه التفاصيل إلزامية ويمكن، في حال عدم وجود نص في الاتفاق الضماني يتناولها، تطبيق قواعد احتياطية من أجل توضيح العلاقة بين الأطراف (فيما يتعلق بحقوق طرفي الاتفاق الضماني والتزاماتهما، انظر الفصل السادس؛ وفيما يتعلق بمسائل إنفاذ الحق الضماني، انظر الفصل الثامن).

٢٩- وهناك نظم عصرية عديدة للمعاملات المضمونة لا تفرض متطلبات تفصيلية تحكم المحتوى الإلزامي للاتفاق الضماني، الضروري لنفاذه بين الطرفين. وبدلا من ذلك تتبنى هذه النظم الرأي الذي مفاده أن ترويج الائتمان المضمون يتيسر على أفضل وجه بإتاحة حرية تصرف واسعة للطرفين لتصميم اتفاقهما. ولكي يكون الاتفاق الضماني نافذا بين الطرفين، لا يتعين أن يُبين سوى حد أدنى من المعلومات. ورهنا بتناول هذه المتطلبات بمزيد من الإيضاح في الأبواب ألف-٥ إلى ألف-٧ من هذا الفصل، يوصي *الدليل* بأن يكون الاتفاق الضماني نافذا بين الطرفين مادام يؤكد صراحةً نية

الطرفين إنشاء حق ضماني، ويعيّن على وجه التحديد المانح والدائن المضمون، ويبين الالتزام المضمون والموجودات المراد رهنها (انظر التوصية ١٤).

٤- *شكل الاتفاق الضماني*

٣٠- تتخذ النظم القانونية أيضا مواقف مختلفة بشأن المتطلبات الخاصة بشكل الاتفاق الضماني النافذ ووظيفة هذه المتطلبات. وبوجه خاص، لا تشترط بعض النظم القانونية وجود اتفاق ضماني مكتوب، بينما تشترط نظم قانونية أخرى وجود نوع ما من أنواع الكتابة. وفي دول قليلة، تكفي كتابة بسيطة ودون توقيع. أما في دول أخرى فتلزم كتابة موقع عليها. وفي دول أخرى غير هذه وتلك يجب أن يكون الاتفاق الضماني مستندا مكتوبا وموثقا أو مستندا معادلا. وفي العادة، تؤدي الكتابة وظيفة تنبيه الطرفين إلى العواقب القانونية المترتبة على اتفاقهما وإثبات الاتفاق وتضمن، في حالة المستندات الموثقة، حماية الأطراف الثالثة من تقديم تاريخ الاتفاق الضماني على سبيل الاحتيال. ويمكن أن يخدم الشكل الكتابي أيضا أغراضا أخرى إلى جانب كونه شرطا من شروط النفاذ بين الطرفين. فهو مثلا، في دول عديدة، شرط للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة وللأولوية بين المطالبين المتنافسين. وفي العديد من هذه الدول، يمكن أن يكون الشكل الكتابي أيضا شرطا للحصول على حيازة الموجودات المرهونة أو للاستظهار بالاتفاق الضماني في حالة الإنفاذ، في إطار إجراءات الإعسار أو خارجها.

٣١- وفي بعض الدول، تلزم شهادة تثبت التاريخ صادرة من سلطة عمومية فيما يتعلق بالحقوق الضمانية غير الحيازية، باستثناء القروض بمبالغ صغيرة التي يسمح فيها بالإثبات بواسطة شهود. ومع أن هذا التصديق قد يعالج مشكلة تقديم التاريخ على سبيل الاحتيال، فهو يمكن أن يثير مشكلة فيما يتعلق بالوقت والتكلفة اللازمين للمعاملة. وفي نظم قانونية أخرى، يلزم التصديق على التاريخ أو توثيق الاتفاق الضماني فيما يتعلق بأنواع مختلفة من الحقوق الضمانية غير الحيازية (انظر، مثلا، المواد ٦٥ و٧٠ و٩٤ و١٠١ من القانون الموحّد لتنظيم شؤون الأوراق المالية الذي وضعته منظمة مواءمة قوانين الأعمال في أفريقيا). وفي بعض تلك الدول، يلزم هذا التصديق بدلا من التسجيل. إلا أنه عندما يكون التسجيل لازما، لا يُشترط تصديق إضافي على تاريخ الاتفاق الضماني.

٣٢- وفي دول عديدة، وحرصا على توفير الوقت والتكاليف، تُبقى متطلبات الشكل الإلزامية في حد أدنى. فتكفي الكتابة البسيطة (التي تشمل، مثلا، الأحكام والشروط العامة الواردة في فاتورة) ما دامت تدل، إما بمفردها أو مقترنة بمجرى تصرفات الطرفين، على نية المانح أن يمنح حقا ضمانيا. وهذا هو الموقف الموصى به في *الدليل*، اتساقا مع فكرة تبسيط عملية إنشاء الحق الضماني بقدر الإمكان، حيث إن هذا التبسيط هو أحد أهداف *الدليل* الرئيسية (انظر الفقرة الفرعية *(ج)* من التوصية ١، والتوصية ١٥). وتشمل الكتابة الخطابات الإلكترونية (انظر التوصية ١١).

٣٣- والعديد من الدول التي تشترط عموما أن يبرم الاتفاق الضماني كتابة أو أن يثبت كتابة يسمح باستثناء الحالات التي يكون فيها الاتفاق بين الطرفين مصحوبا بنقل الحيازة الفعلية للموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون. ففي هذه الحالة يجوز أن يكون الاتفاق الضماني شفويا ويوصي *الدليل* باتباع هذا النهج (انظر التوصية ١٥). غير أنه إذا أُنشئ الحق الضماني باتفاق شفوي وبنقل الحيازة ثم رغب الدائن المضمون، في وقت لاحق، في التخلي عن الحيازة، سيلزم إبرام اتفاق كتابي لكي يستمر الحق الضماني في الوجود بعد إعادة الحيازة إلى المانح (للاطلاع على آثار هذه المسألة فيما يتعلق

بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، انظر الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ١٢٠-١٢٢ و١٥٧ و١٥٨).

٥- *طرفا الاتفاق الضماني*

٣٤- الاتفاق الضماني هو اتفاق بين المانح والدائن المضمون. وبما أن النتيجة المحتملة لإنشاء الحق الضماني هي أن الدائن المضمون قد يستولي على الموجودات المرهونة ويتصرف فيها، فإن معظم الدول يعتبر أن إنشاء الحق الضماني هو فعل من أفعال التصرف. ولهذا السبب، تشترط تلك الدول أن تكون لمانح الحق الضماني الأهلية القانونية للتخلي عن الموجودات التي يُنشأ فيها الحق الضماني. وفي حالة الأشخاص الطبيعيين، يعني ذلك ضمنا أن تنطبق انطباقاً تاماً القواعد المتعلقة بالقصّر وذوي الأهلية المنقوصة. وفيما يتعلق بالمنشآت التجارية، يعني ذلك أن تنطبق اللوائح المتعلقة بالاقتراض وما يشابهها من قيود.

٣٥- ويفرض بعض الدول قيودا إضافية على صلاحية أشخاص معيّنين لإنشاء أنواع معيّنة من الحق الضماني، ولكن هذه القيود الإضافية تتصل عادة بأنواع الموجودات التي يمكن أن يرهنها المانح أو أنواع الحقوق الضمانية التي يجوز إنشاؤها في هذه الموجودات. ويتخذ *الدليل* موقف أنه لا ينبغي أن تكون هناك قيود على أهلية المانحين لإنشاء حق ضماني في موجوداتهم المنقولة، إلا إذا كانت القوانين العامة للدول تنص على قيود على أهلية المانحين للتخلي عن الموجودات (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٣٦- وفي معظم الحالات يكون مانح الحق الضماني هو أيضا المدين بالالتزام الذي يجري ضمانه، ولكن لا يلزم أن يكون هذا هو الحال بالضرورة. فالعديد من الدول يسمح لشخص ثالث بأن يمنح حقا ضمانيا في موجوداته لصالح المدين. فمثلا يمكن أن يمنح الأبوان حقا ضمانيا في موجوداتهم لضمان التزام تعاقد عليه ابنهما أو، وهذا أشيع، يمكن أن تمنح الشركة الأم حقا ضمانيا في موجوداتها لضمان التزام شركتها الفرعية. وفي هذه الحالات يكون الشخص الثالث وليس المدين بالالتزام المضمون هو المانح بموجب الاتفاق الضماني، وهو الذي يجب أن يمتلك الأهلية اللازمة. وبعبارة أخرى، يمكن أن تكون للمدين الأهلية لقطع الالتزام ولكن لا تكون له الأهلية لمنح الحق الضماني. فضلا عن ذلك، وحتى إذا كانت للمدين الأهلية لمنح ضمان في موجوداته وكان الشخص الثالث الذي يرغب في إنشاء الحق الضماني في موجوداته لا يمتلك الأهلية لذلك، لا يمكن إنشاء الحق الضماني.

٣٧- وبشأن من يجوز أن يكون دائنا مضمونا، اتُّبعت تقليديا عدة نهوج. فبعض الدول يعتبر الحقوق الضمانية استثناء، ويحد من فئة الدائنين التي يمكن أن تستفيد من تلك الحقوق. فمثلا في بعض الحالات يُسمح للمصارف بأن تأخذ الضمان ولكن لا يخوّل للدائنين الآخرين (الاتحادات الائتمانية التعاونية وشركات التأمين وصناديق المعاشات التقاعدية والمقرضين الخصوصيين) أن يفعلوا ذلك. وفي دول أخرى لا يجوز أن تأخذ أنواعا معيّنة من الحق الضماني إلا أنواع معيّنة من الدائنين (الضمان الذي يأخذه المقرضون ومالكو العقارات والشاحنون، مثلاً). وفي وقت أقرب، اختار معظم الدول نظما توفر قواعد واحدة لجميع أنواع الدائنين. فالسماح لجميع مقدمي الائتمان بأخذ الضمان بشروط متساوية ييسر التنافس الحقيقي على الائتمان، على أساس السعر، ويخفض تكلفة الائتمان للمانحين. وعلاوة على ذلك، قد يحدث في العديد من المعاملات المعقدة، عندما تُمنح قروض كبيرة جماعيا من عدة

مقرضين (مثلا، القروض المشتركة)، أن لا يكون الدائن بموجب الاتفاق الضماني هو المقرض الوحيد، أو لا يكون مقرضا على الإطلاق، وإنما يكون طرفا ثالثا يتصرف كوكيل أو أمين ويحوز الحق الضماني نيابة عن جميع المقرضين. ويتخذ *الدليل*، اتساقا مع هدفه المتمثل في ترويج الائتمان المضمون، موقف أنه لا ينبغي أن تكون هناك أي قيود على أنواع الدائنين الذين يجوز أن يحصلوا على حق ضماني. فمثلا ينبغي أن تكون للمقرضين، المحليين والأجانب والمصارف وشركات التأمين وصناديق المعاشات التقاعدية وسائر المقرضين نفس الحقوق، ولا ينبغي أن يكون أي نوع من الضمان متاحا لنوع معيّن واحد فقط من الدائنين (كالبائع أو المؤجر) مع استبعاد الأنواع الأخرى من الدائنين (كالمقرض) (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٦- *الالتزامات المضمونة بالاتفاق الضماني*

٣٨- الحقوق الضمانية تابعة للالتزام الذي تضمنه، وتتوقف على ذلك الالتزام. وهذا يعني أن صحة الاتفاق الضماني وأحكامه يتوقفان على صحة الاتفاق المنشئ للالتزام المضمون وأحكامه. وفيما يتعلق على وجه الخصوص بمعاملات القروض المتجددة، يكون الحق الضماني تابعا بمعنى أنه، على الرغم من أنه يمكن أن يضمن السُّلف المقبلة والالتزامات المتغيرة، فهو لا يمكن إنفاذه إذا لم تُدفع دفعة من القرض. وعلاوة على ذلك، فبعد أن يقدّم القرض لا يمكن إنفاذ الحق الضماني بما يتجاوز مبلغ الالتزام المستحق فعلا في وقت الإنفاذ.

٣٩- وفي بعض النظم القانونية لا يجوز أن تتعلق الحقوق الضمانية غير الحيازية إلا بأنواع محددة من الالتزامات مبينة في التشريعات (منها، مثلا، القروض المقدّمة لشراء السيارات أو القروض المقدّمة إلى المزارعين). وفي الدول التي لديها نظام عام للحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية، لا توجد قيود من هذا القبيل. وهذا النهج الشامل يمكن أن ينشر المنافع الرئيسية المستمدة من التمويل المضمون (أي ازدياد توافر الائتمان مع انخفاض تكلفته) على نطاق من المعاملات أوسع. وإضافة إلى ذلك، يعزز هذا النهج الاتساق ومعاملة كل الدائنين المضمونين والمدينين على قدم المساواة. وإذا كانت هذه النظم الخاصة ضرورية لأسباب اجتماعية واقتصادية محددة فيمكن التقليل من الآثار السلبية إلى الحد الأدنى إذا أنشئت هذه النظم بطريقة واضحة وشفافة وقُصرت على نطاق ضيق من المعاملات.

٤٠- والنظم القانونية التي لا تربط بين أشكال معيَّنة من الحقوق الضمانية وأنواع معيَّنة من الالتزامات لا تحد في العادة من أنواع الالتزام التي يجوز منح حق ضماني بشأنها. وعلاوة على ذلك، فما لم يكن هناك نظام خاص للحقوق الضمانية في أنواع معيّنة من الالتزام (مثلا القروض التي يمنحها المقرضون بضمان الرهون)، لا تسرد الدول عادة في التشريعات كل أنواع الالتزام التي يمكن أن تضمن. ونظرا للوتيرة السريعة التي يجري بها إنشاء أنواع جديدة من الالتزامات الائتمانية، سيكون من المستحيل اشتراع قائمة حصرية لا يتجاوزها الزمن سريعا. غير أن من الشائع أن تقدم الدول قائمة إرشادية. وتشمل هذه القائمة في العادة التزامات ناشئة عن القروض وعن شراء السلع، بما فيها المخزون والمعدات، بالائتمان.

٤١- وتتخذ النظم القانونية مواقف مختلفة حيال ما إن كان يمكن إنشاء اتفاق ضماني لضمان الالتزامات المشروطة وكذلك الالتزامات غير المشروطة، وإلى أي مدى يمكن ذلك. ففي العديد من الدول، يجوز ضمان جميع الالتزامات المشروطة، ولكن في دول أخرى لا يجوز أن يُضمن بحق ضماني سوى الالتزامات الخاضعة لشرط ينشأ لاحقا. وإضافة إلى ذلك، تختلف النظم القانونية أيضا بشأن ما إن

كان الالتزام المضمون يجب أن يكون محددا أم لا يلزم سوى أن يكون قابلا للتحديد. وأخيرا، تتخذ الدول مواقف مختلفة بشأن ما إن كان يجوز إنشاء اتفاق ضماني لضمان التزامات آجلة، وإلى أي مدى يجوز ذلك. كما أنها تختلف بشأن تعريف ما هو الالتزام الآجل فعلا. فالالتزامات الآجلة، في بعض النظم، هي الالتزامات التي يُسفر عنها عقد لم يتفق عليه الطرفان بعد. وفي نظم أخرى، تعامل حتى الالتزامات المتعاقد عليها ولكنها لم تصبح مستحقة بعد وقت إبرام الاتفاق الضماني (لأن القرض لم يُدفع بعد إلى المقترض أو لأن القرض يتعلق بتسهيل متصل بقرض متجدد) معاملة الالتزامات الآجلة.

٤٢- والتمييز بين الالتزامات الحالية والالتزامات الآجلة هام في النظم القانونية التي لا يجوز فيها، لأسباب تتعلق باليقين وبحماية المدين، ضمان الالتزامات الآجلة، أو لا يجوز ضمانها إلا حتى مبلغ أقصى، أو لا يجوز ضمانها إذا كانت غير محدّدة (مثلا، عندما يبين في الاتفاق الضماني أنه يشمل "جميع الالتزامات الحالية والآجلة من أي نوع التي قد تنشأ بين الطرفين"). وفي النظم القانونية التي تفرض حدودا على منح حقوق ضمانية لضمان التزامات آجلة، قد لا يكون بوسع المدينين أن ينتفعوا من معاملات معيّنة، مثل تسهيلات القروض المتجدّدة أو القروض بشروط قابلة للاستبدال. وفي نظم قانونية أخرى يمكن ضمان الالتزامات الآجلة دون قيد. وفي تلك النظم يكفي اتفاق ضماني واحد لضمان كل من الالتزامات الحالية والآجلة. ونتيجة لذلك، لا يستلزم كل تمديد في أجل الائتمان أو زيادة في مبلغه تعديل الحق الضماني المقابل له أو حتى إنشاءه من جديد، مما يحتمل أن يكون له أثر إيجابي على توافر الائتمان وتكلفته. وتجدر الإشارة إلى أن الحق الضماني، وإن جاز إنشاؤه ضمانا لالتزام آجل، فإنه لا يمكن إنفاذه إلا عندما ينشأ الالتزام ويحدث تقصير في السداد.

٤٣- وتفرض النظم القانونية اشتراطات مختلفة بشأن الطريقة التي يجب التعبير بها في الاتفاق الضماني عن نوع الالتزام المضمون ومبلغه. ففي بعض النظم القانونية، يُلزم الطرفان بأن يصفا الالتزامات المضمونة في اتفاقهما بعبارات محدّدة. ومن الضروري، أحيانا، وضع حدٍّ أقصى للمبلغ الذي يمكن أن تُرهن به الموجودات كضمان للالتزام المضمون، أو حتى لكي يخفَّض مبلغ الضمان حتى يجسّد الرصيد الحالي المستحق الدفع عن ذلك الالتزام. والافتراض هو أن ذلك الوصف أو الحد في مصلحة المانح، لأن المانح سيكون محميا من فرط المديونية. وعلاوة على ذلك، فالنص على حد أقصى للمبلغ الذي يمكن به إنفاذ الحق الضماني يتيح للمانح أن يقدم ضمانا قويا للدائنين الآخرين بشأن مبلغ حق الملكية غير المرهون الذي لديه في الموجودات المرهونة. ونتيجة لذلك، تكون لدى المانح مرونة أكبر في السعي إلى الحصول من مقرض آخر على المزيد من الائتمان المضمون، استنادا إلى نفس الموجودات. غير أن هذه المقتضيات يمكن أن تؤدي إلى الحد من مبلغ الائتمان المتاح من الدائن الأصلي، أو قد تحمِل الدائنين على ذكر مبلغ يتجاوز كثيرا المبلغ الفعلي الذي يوافقون على إقراضه للمانح. وإذا حدث ذلك فسيترتب عليه حرمان المانح من القدرة على أن يستخدم القيمة الكاملة لموجوداته للحصول على ائتمان إضافي من دائنه الحالي أو ائتمان جديد مع دائنين آخرين.

٤٤- وفي الماضي، كان معظم معاملات الإقراض ينطوي على دفع الائتمان مرة واحدة. وفيما يتعلق بهذه الأنواع من التمويل، لا تنشأ صعوبة كبيرة من الموقف الذي يتخذه العديد من النظم القانونية والذي يجيز للمانح أن يخفض، عند تسديد كل قسط منه، المبلغ الأقصى الذي يُمنح الضمان في حدوده. غير أن المعاملات التمويلية العصرية لم تعد في كثير من الأحيان من هذا النوع. وبدلا من ذلك، فهي تتوقع في أحيان كثيرة دفع مبالغ في أوقات مختلفة تبعا لاحتياجات المانح (مثلا، التسهيلات الائتمانية المتجددة التي يحصل عليها المانح لشراء مخزون). ويمكن أن يتم ذلك الشكل من التمويل على أساس حساب جار، يتغير رصيده يوميا. وإذا كان المبلغ الأقصى المبين للالتزام المضمون يخفَّض مع كل قسط يسدده المانح، فسيثني ذلك المقرضين عن تقديم المزيد من السُلف، ما لم يُمنَحوا ضمانا إضافيا. وستكون هذه

النتيجة متسمة بعدم الكفاءة إلى حد بعيد، لأنها ستزيد من التكلفة والوقت اللازمين للمانح لاقتناء الموجودات الجديدة اللازمة لتسيير أعماله التجارية. ولهذا السبب، لا ينبغي للدول التي تشترط أن يحتوي الاتفاق الضماني على بيان للمبلغ الأقصى أن تشترط أيضا أن يخفَّض المبلغ المبين لدى تسديد الأقساط المدفوعة.

٤٥- وأخيرا، تحاول نظم قانونية قليلة أن تتحكم في الائتمان عن طريق فرض حدود للمبلغ الذي يمكن أن ترهن به الموجودات، يحسب بصيغة ما. فمثلا قد يحدد المبلغ الأقصى كنسبة مئوية من الائتمان المقدّم إلى المانح (مثلا، ١٢٥ في المائة من الالتزام الأولي المدين به أو من المبلغ الأقصى المسموح به بموجب تسهيل ائتماني أو من المبلغ غير المسدد في أي وقت معيّن). ولا مفرّ من أن تكون هذه الأنواع من القيود التشريعية المسبّقة على المبلغ المراد ضمانه اعتباطية، ويتعذّر عادة ضبطها بدقة كي تفي بالاحتياجات الائتمانية للمانحين المنفردين. وفضلا عن ذلك فهي تحتاج عادة، في حالة الالتزامات المتقلّبة، إلى تعديلات مستمرة كي تجسّد التغيرات التي تحدث في العلاقة الائتمانية بين المانح والدائن المضمون. بيد أنه، في هذه الحالة أيضا، لا تنطبق هذه الانتقادات في الحالات التي يجوز فيها لطرفي الاتفاق الضماني أن يتفاوضا بحرّية على المبلغ الأقصى الذي ترهن به الموجودات ويبقى فيها هذا المبلغ ثابتا، على الرغم من نقصان المبلغ المستحق بموجب الاتفاق الضماني أو تقلّبه.

٤٦- ولكل الأسباب المذكورة أعلاه، لا تشترط نظم قانونية كثيرة (منها نظم قانونية تشترط أن ينص الاتفاق الضماني على مبلغ أقصى ترهن به الموجودات) أوصافا محددة للالتزامات المضمونة، وتسمح للطرفين بأن يتفاوضا بحرّية على المبلغ المراد ضمانه. وفي هذه النظم القانونية، يجوز أن يكون الالتزام المضمون حاليا أو آجلا، مشروطا أو غير مشروط، ومحددا أو قابلا للتحديد على أساس الاتفاق الضماني أو السجلات التي يحتفظ بها الطرفان، كلما لزم تحديده (كما هو الحال، مثلا، في الوقت الذي يُنفِذُ فيه الدائن المضمون حقه الضماني). وبالمثل، يجوز أن يكون الالتزام المضمون محددا أو متقلّبا، ويجوز أن يشمل جميع المبالغ المستحقة على المدين للدائن المضمون. وبالنظر إلى الهدف المتمثل في تيسير الائتمان المضمون، يوصي *الدليل* بهذا النهج الواسع إزاء الالتزامات التي يجوز أن يضمنها الحق الضماني (انظر التوصية ١٦).

٤٧- كما تتخذ الدول مواقف مختلفة حيال ما إن كان يجب ذكر المبلغ الفعلي للالتزام المضمون (بما فيه سعر الفائدة، أو تكلفة ائتمانية أخرى) في الاتفاق الضماني ذاته، وما إن كان يجب أن يُعبَّر عن ذلك المبلغ بعملة ما، وفي هذه الحالة ما هي العملة التي يجب التعبير بها عنه. فمثلا، تشترط بعض الدول أن يبين الاتفاق الضماني ليس فقط نوع الالتزام الجاري ضمانه بل أيضا مبلغه (أي المبلغ الفعلي للائتمان الذي يجري تقديمه). ولا تشترط دول أخرى إلا ذكر نوع الالتزام، مع ترك التفاصيل لاتفاق القرض أو الائتمان. وإضافة إلى ذلك، تشترط بعض الدول أن يُعبَّر عن الالتزام بعملة ما (مثلا، ١٠٠ ٠٠٠ يورو أو ٢٠٠ ٠٠٠ دولار)، بينما تسمح دول أخرى للطرفين بالتعبير عن الالتزام بالسداد كيفما شاءا (مثلا ٥٠٠ ٠٠٠ أوقية من الذهب). وفي مستهل القرن الحادي والعشرين، لا تفرض دول كثيرة أي قيود على العملة التي يجوز التعبير بها عن مبلغ الالتزام المضمون غير القيود المنطبقة على الالتزامات عموما.

٤٨- وعندما يحدث تقصير من جانب المدين (أو يصبح معسرا) ويجري التصرف في الموجودات المرهونة، يمكن دفع العائدات بعملة (دولار الولايات المتحدة، مثلا) غير العملة المعُبّر بها عن الالتزام

المضمون (اليورو، مثلا). وفي هذه الحالات، يلزم تحويل العائدات المتأتية من التصرّف في الموجودات المرهونة بحيث يُعبَّر بنفس العملة عن الالتزام المضمون وتلك العائدات. غير أن سعر الصرف يترك عادة للعقد الذي ينشأ منه الالتزام المضمون، وللقانون المنطبق (مثلا، في حال عدم وجود اتفاق، يُستخدم سعر الصرف السائد في المكان الذي تحدث فيه إجراءات الإنفاذ أو الإعسار).

٧- الموجودات الخاضعة لاتفاق ضماني

٤٩- من الجوانب الأساسية للاتفاق الضماني تحديد الموجودات التي ستُرهن بالحق الضماني. ويُطلب من الدول عادة أن تعالج أربع مسائل منفصلة لدى تقرير الكيفية التي ينبغي بها تحديد الموجودات التي سترهن بالحق الضماني. فالمسألة الأولى هي ما إن كان يجوز أن ينص الاتفاق الضماني على إنشاء حق ضماني في موجودات لا يملكها المانح، أو لم يملكها بعد. والمسألة الثانية هي ما إن كان ينبغي أن لا يُسمح برهن أنواع معيّنة من الموجودات بحق ضماني. والمسألة الثالثة هي كيف يمكن وصف الموجودات (أي ما إن كان يجب وصف كل منها على حدة أم يجوز وصفها وصفا عاما). وأخيرا، يجب على الدول أن تقرّر ما إن كان ينبغي أن يُسمح للمانح بإنشاء حق ضماني يشمل عموما جميع موجوداته (وهو حق ضماني يسمّى في دول كثيرة باسم "رهن المنشآت" أو "الرهن العائم").

٥٠- ومن المهم، قبل بحث هذه المسائل الأربع، التشديد على نقطة أساسية. فالدول جميعها تتخذ موقف أن طرفي الاتفاق الضماني يعتزمان، عندما تحدد الموجودات التي سترهن بالحق الضماني، رهن الموجودات إلى المدى الكامل لحقوق المانح في الموجودات. فمثلا إذا كان الاتفاق الضماني يرهن قطعة من المعدات يملكها المانح فإن ما يُرهن هو كامل حق الملكية الذي يتمتع به المانح. فإذا ازدادت قيمة الموجودات خلال فترة سريان الاتفاق الضماني، تبقى الموجودات مرهونة بقيمتها الكاملة في حدود مبلغ الالتزام غير المسدد. واتساقا مع مبدأ استقلالية الطرفين (انظر التوصية ١٠)، يتاح دائما للطرفين أن يُدرجا نصا في اتفاقهما على أن الموجودات سترهن جزئيا فقط (مثلا، فقط إلى حد مصلحة غير مجزأة تبلغ ٥٠ في المائة) أو على أن الموجودات سترهن بمبلغ محدود فقط (مثلا، فقط بقيمتها في وقت منح الحق الضماني). إلا أن الحق الضماني يرهن كامل الموجودات، وكامل حقوق المانح في الموجودات، وكامل قيمة الموجودات في الوقت الذي يصبح فيه من الضروري إنفاذ الحق الضماني، ما لم يدرج الطرفان نصا محددا على غير ذلك.

(أ) الموجودات الآجلة

٥١- في معظم النظم القانونية يجب أن يكون المانح هو مالك الموجودات المراد رهنها أو أن يكون له حق ملكية محدود (مثل حق الاستخدام) في الموجودات المرهونة. أي أنه لا يمكن إبرام الاتفاق الضماني إلى أن تكون للمانح حقوق بالفعل في الموجودات التي يرد في الاتفاق أنه يشملها. وهذا يبعث فورا على التساؤل عما إذا كان بالوسع أن يشمل الاتفاق الضماني ما يلي: *(أ)* موجودات ليس للمانح إلا حق تعاقدي فيها (فمثلا، في كثير من النظم القانونية ليست للمستأجر أي حقوق ملكية في الموجودات المؤجرة)؛ و*(ب)* الموجودات الآجلة (أي الموجودات التي يحتازها المانح أو الموجودات التي قد تنشأ بعد إبرام الاتفاق الضماني).

٥٢- وتنطلق معظم الدول، لدى تناول هاتين المسألتين، من مبدأ أنه لا يمكن للمانح أن يمنح الدائن المضمون حقوقا أكثر من الحقوق التي يملكها المانح أو قد يكتسبها في المستقبل (من لا يملك لا يُعطِي). وهذا يعني أنه إذا لم يكن للمانح سوى حق تعاقدي لاستخدام الموجودات فإن أي حق ضماني يمنحه لا يمكن أن يرهن حقه التعاقدي في الاستخدام. فمثلا، لا يجوز لمستأجر أن ينشئ حقا ضمانيا في حقوقه كمستأجر إلا بمقتضى اتفاق الإيجار وليس في الموجود المؤجر مباشرة. ورهنا بالقواعد التي تعتمدها الدول بشأن مدى التفصيل اللازم لوصف الموجودات المرهونة في الاتفاق الضماني، يعني ذلك أن الاتفاق الضماني يجب أن يحدّد الموجودات على أنها حقوق المانح كمستأجر بموجب عقد الإيجار، لا على أنها الموجود المؤجر ذاته. كما أنه يعني بالمثل أنه إذا لم يكن للمانح إلا حق محدود في الممتلكات (حق الانتفاع مثلا) فإن الحق الضماني لن يرهَن إلا حق الانتفاع.

٥٣- وتواجه الدول بقدر متزايد مسألة ما إن كان بالوسع أن يشمل الاتفاق الضماني الموجودات الآجلة. وفي بعض الدول، لا يجوز استخدام الموجودات الآجلة، أيا كان نوعها، كضمان. ويستند هذا النهج جزئيا إلى مفاهيم تقنية في قانون الملكية (مثلا، ما لا يوجد لا يمكن أن يُنقل أو يُرهن). كما أنه يستند إلى شاغل مفاده أن السماح بتصرفات واسعة النطاق في الموجودات الآجلة قد يؤدي، عن غير قصد، إلى إفراط المديونية، وإلى جعل المانح معتمدا اعتمادا مفرطا على دائن واحد، بما يمنع المانح من الحصول على ائتمان مضمون إضافي من مصادر أخرى. وهناك حجة أخرى تثار لحظر إنشاء حقوق ضمانية في الموجودات الآجلة، وهي أنه إذا سُمح بهذه الحقوق فقد يقلل ذلك بقدر كبير من إمكانية حصول دائني المانح غير المضمونين على سداد مطالباتهم. غير أنه لا ينبغي التذرّع بمفاهيم تقنية في قانون الملكية لإقامة عقبات أمام تلبية الحاجة العملية لاستخدام الموجودات الآجلة كضمان للحصول على ائتمان. وعلاوة على ذلك فالمانحون التجاريون يستطيعون حماية مصالحهم بأنفسهم وليسوا في حاجة إلى قيود قانونية على قابلية الحقوق في الموجودات الآجلة للنقل. وفضلا عن ذلك فإن السماح برهن الموجودات الآجلة يتيح للمانحين الذين لهم موجودات حالية غير كافية أن يحصلوا على الائتمان، وهذا يحتمل أن يعزّز أعمالهم التجارية وأن يعود بالنفع على جميع الدائنين، ومن بينهم الدائنون غير المضمونين. وإذا كان هناك مانحون معيّنون قد يحتاجون إلى حماية من رهن الموجودات الآجلة رهنا غير حكيم، فينبغي أن يكون ذلك مسألة تتناولها قوانين أخرى، مثل قانون حماية المستهلك.

٥٤- ويجوز، في نظم قانونية أخرى، أن يتفق الطرفان على إنشاء حق ضماني سيرهن موجودات آجلة. وفي هذه الحالات، ينشأ الحق الضماني في وقت الاتفاق بين الطرفين، ولكن الحق الضماني لا يرهن الموجودات الآجلة فعليا حتى يصبح المانح مالكها أو تدخل هذه الموجودات حيز الوجود. وتأخذ اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات بهذا النهج (انظر المادة ٨، الفقرة ٢، والمادة ٢، الفقرة الفرعية *(أ)*). والسماح باستخدام الموجودات الآجلة كضمان للائتمان أمر هام، لا سيما لضمان المطالبات التي تنشأ في إطار معاملات القروض المتجددة المضمونة بمجموعة متجددة من الموجودات. والموجودات التي عادة ما تطبّق عليها هذه التقنية تشمل المخزون، المعدّ بطبيعته للبيع والاستبدال، والمستحقات، التي يستعاض عنها، بعد تحصيلها، بمستحقات جديدة. والمزية الرئيسية لهذا النهج هي إمكانية أن يشمل اتفاق ضماني واحد مجموعة متغيرة من الموجودات التي ينطبق عليها الوصف الوارد في الاتفاق الضماني. وبغير ذلك سيلزم تعديل الاتفاقات الضمانية بصفة مستمرة أو الدخول في اتفاقات ضمان جديدة، وهذه نتيجة ستؤدي إلى ازدياد تكاليف المعاملات ونقصان مقدار الائتمان المتاح، لا سيما في حالة تسهيلات الائتمان المتجدد.

٥٥- ويوصي *الدليل* بأنّ الاتفاق الضماني يجوز أن يشمل الموجودات الآجلة. وحيثما ينص الاتفاق الضماني على إنشاء حق ضماني في موجودات تكون للمانح، وقت إبرام الاتفاق الضماني، حقوق فيها

أو صلاحية رهنها، ينشأ الحق الضماني في هذه الموجودات وقتئذ. إلا أنه حيثما ينص الاتفاق الضماني على إنشاء حق ضماني في موجودات يتوقع المانح الحصول مستقبلا على حقوق فيها أو على صلاحية رهنها، فإن الحق الضماني ينشأ عندئذ إذا حصل المانح، وعندما يحصل، على هذه الحقوق أو على صلاحية الرهن (انظر التوصيتين ١٣ و١٧).

(ب) الموجودات المستثناة

٥٦- في بعض النظم القانونية، توجد قوانين خاصة بأنواع معيّنة من الحقوق الضمانية تفرض قيودا على أنواع الموجودات التي يجوز استخدامها كضمان، أو على الجزء من قيمة الموجودات الذي يجوز رهنه. ومن الأمثلة على القيد الذي يبرَّر بأسباب تتعلّق بالسياسات العمومية، ذلك الذي يمنع إنشاء حق ضماني في استحقاقات العمالة (كالأجور والمعاشات التقاعدية مثلا) التي تقل قيمتها عن حد أدنى معيّن. وفي نظم قانونية أخرى، تُفرض قيود على الأغراض التي يجوز لفئات معيّنة من المانحين أن ينشئوا حقا ضمانيا في موجوداتهم من أجلها. فمثلا، لا يُسمح للمانحين بأن ينشئوا حقا ضمانيا في السلع المنزلية ما لم يُنشأ الحق الضماني لتأمين سداد ثمن شراء تلك الموجودات. وفي نظم قانونية غير هذه وتلك، تكون لبعض المانحين أهلية محدودة لإنشاء أنواع معيّنة من الحقوق الضمانية. وفي بعض النظم القانونية، على سبيل المثال، قد يُمنع من لا يديرون منشأة تجارية من منح حقوق ضمانية غير حيازية، ولا يجوز لهم سوى أن يمنحوا حقوقا ضمانية حيازية (من نوع رهن الوفاء). وبالمثل قد لا يُسمح لنفس هؤلاء الأشخاص بأن يمنحوا حقا ضمانيا في موجودات آجلة أو حقا ضمانيا في فئة من الموجودات. أي أنه لا يجوز لهم إنشاء حقوق ضمانية إلاّ في موجوداتهم القائمة وإلا حيثما يوصف كل من تلك الموجودات على حدة.

٥٧- وكل هذه القيود، التي عادة ما يقصد منها حماية المانحين، تترتب عليها أيضا النتيجة غير المقصودة المتمثلة في منع المانحين من استغلال القيمة الكاملة لموجوداتهم للحصول على الائتمان. ولذلك يجب أن يُوازَن بعناية بين الآثار الإيجابية والسلبية لهذه القيود. ويقيم بعض النظم القانونية هذا التوازن لا بإدراج هذه القيود في التشريعات العامة التي تنشئ نظام الحقوق الضمانية بل بصوغ قواعد محددة تضع قيودا مناسبة على إنشاء الحقوق الضمانية وتُدرج في تشريع خاص (مثل تشريع حماية المستهلكين). ومزية هذا النهج أنه يمكّن الدول من تصميم هذه القيود بأسلوب موجّه يعزز الأهداف السياساتية المتصلة مباشرة بحماية المانحين الذين يُعتبرون بحاجة إلى هذه الحماية.

(ج) تحديد الموجودات في الاتفاق الضماني

٥٨- في بعض النظم القانونية، يلزم أن تُعيّن الموجودات المرهونة تعيينا محددا في الاتفاق الضماني. وفي حين أن القصد من هذا الاشتراط هو حماية المانح من الإفراط في الالتزام بموجوداته للدائنين المضمونين، فإنه يحدّ أيضا من توافر الائتمان المضمون في حالات عديدة. فمثلا، قد لا يكون تعيين الموجودات المحدد أمرا عمليا ولا حتى ممكنا بالنسبة لموجودات مثل المخزون، وإلى درجة ما المستحقات. ولمعالجة هذه المسألة، توجد لدى نظم قانونية عديدة قواعد تسمح للأطراف بوصف الموجودات المراد رهنها بعبارات عامة. كما أن التعيين المحدد، المطلوب عادة، يُنقل من البنود المنفردة إلى المجموع، الذي يجب أن يحدَّد بدوره تحديدا كافيا.

٥٩- ويمكن أن تتخذ هذه الأوصاف لفئات من الموجودات أشكالا عديدة. فقد ينص الطرفان، مثلا، على أن الحق الضماني يرهن "كل المخزون"، أو "كل المخزون الموجود في المستودع رقم ٢"، أو "كل المراكب الشراعية والزوارق"، أو "كل الآلات الطابعة"، أو "كل المستحقات". وليس المهم نوع الموجودات (معدات، مخزون، مستحقات) ولا مدى الفئة أو نطاقها ("كل الموجودات في الموقع ألف باء جيم" أو "كل المراكب الشراعية والزوارق" مقابل "كل المركبات المائية"). وبدلا من ذلك، لا تشترط النظم القانونية التي تجيز الوصف العام سوى أن يكون الوصف الوارد في الاتفاق الضماني كافيا لتمكين جميع الأطراف ذات المصلحة من أن تميز على نحو معقول، في أي وقت معيّن، ما هي الموجودات المرهونة بموجب الاتفاق الضماني.

٦٠- ومن الممكن، في بعض النظم القانونية، تعيين الموجودات المرهونة بوصف يستخدم عبارات على مستوى عالٍ جداً من التعميم. ففي هذه النظم القانونية، يكفي حتى الوصف الذي يشير إلى "كل الموجودات" أو إلى "كل الموجودات الحالية والآجلة". والغاية من ذلك هي الحد من تعقيد وتكلفة إنشاء الحق الضماني، بالسماح للطرفين بوصف الموجودات المرهونة بأبسط لغة ممكنة. بيد أنه، مثلما لوحظ، فإن هذا التعيين العام للموجودات المرهونة لا يُسمح به، في العديد من النظم القانونية التي تجيز التعيين بالإشارة إلى فئة من الموجودات، حيثما يكون المانح أحد المستهلكين أو حتى تاجرا صغيرا منفردا. ويوصي *الدليل* بأن الاتفاق الضماني يجب أن يصف الموجودات المرهونة على نحو يسمح في حدود المعقول بالتعرف عليها (انظر التوصية ١٤، الفقرة الفرعية *(د)*، والتوصية ١٧). ويعني ذلك أنه، رهنا بالتأكد من أن يكون تعيين الموجودات المرهونة واضحا وضوحا كافيا وممتثلا لقيود السياسات العمومية التي قد ترغب الدول في فرضها من أجل حماية المستهلكين، يكفي الوصف العام للموجودات الحالية والآجلة على السواء.

(د) الحقوق الضمانية في كل موجودات المانح

٦١- مثلما ذُكر آنفاً، لا يسمح بعض الدول للمانحين بإنشاء حق ضماني في موجودات موصوفة بعبارات عامة. وفي المقابل، تسمح دول عديدة أخرى بذلك. ولا غرو، فحتى في بعض النظم القانونية التي تسمح بالتعيين العام لفئات من الموجودات المرهونة، لا بل إنها تسمح بالتعيين العام لفئات من الموجودات الحالية والآجلة، لا يُسمح للمانحين، في كثير من الأحيان، بإنشاء حق ضماني في كل موجوداتهم (أي بوصف فائق العمومية مثل "كل الموجودات الحالية والآجلة"). وفي نظم قانونية أخرى، يُسمح للمانحين بإنشاء حق ضماني في كل موجوداتهم، ولكن بما لا يتجاوز نسبة مئوية معيّنة من قيمتها الكلية. وعادة ما تؤدي هذه القيود التي تهدف إلى توفير بعض الحماية للمانحين والدائنين غير المضمونين إلى الحد من الائتمان المتاح للمدينين وإلى زيادة تكلفته.

٦٢- وفي المقابل، لا يفرض بعض النظم القانونية أي قيود على نطاق الحق الضماني. ويُسمح للمانحين بإنشاء حق ضماني غير احتيازي في كل موجوداتهم، بما فيها الموجودات الملموسة وغير الملموسة، والموجودات المنقولة والممتلكات غير المنقولة (رغم أن قواعد مختلفة قد تطبق على الضمان في الممتلكات غير المنقولة)، والموجودات الحالية والآجلة. وأهم جانبين لهذا الحق الضماني في كل الموجودات هما، أولا، أنه يشمل كل موجودات المانح في اتفاق ضماني واحد، وثانيا، أنّ للمانح حق التصرف في موجودات معيّنة من موجوداته المرهونة (كالمخزون) في السياق المعتاد لعمل منشأته (ويمتد الحق الضماني تلقائيا إلى عائدات الموجودات المتصرَّف فيها). وتأخذ النظم القانونية بنهوج مختلفة إزاء كل من هذين الجانبين للحقوق الضمانية في كل الموجودات.

٦٣- ففي العديد من النظم القانونية، تكون العناصر الأساسية، من حيث المضمون والشكل على السواء، لإنشاء حق ضماني يشمل كل الموجودات، أكثر شدة من تلك السارية على الحقوق الضمانية العادية. وفي نظم قانونية أخرى تكون شروط إنشاء هذا الحق الضماني، ما دام الاتفاق الضماني لا يرهن ممتلكات غير منقولة، مطابقة لشروط إنشاء الحقوق الضمانية العادية في الموجودات المنقولة. وحيثما تُرهن ممتلكات غير منقولة أيضا، يلزم أن يراعي الاتفاق المتطلبات الموضوعية والشكلية لإنشاء رهن في الممتلكات غير المنقولة. وبشأن حق المانح في التصرف في الموجودات المرهونة على الرغم من الحق الضماني، يقضي معظم النظم القانونية بأنه يجوز للمانح أن يفعل ذلك بإذن الدائن المضمون. وتقضي بعض النظم القانونية بأنه في هذه الحالات لا يعود الحق الضماني يرهن الموجودات، بينما تقضي أخرى بأنّ الحق الضماني يظل راهنا للموجود. غير أن بعض النظم القانونية تعتبر أن تصرّفات المانح في الموجودات المرهونة، وإن أذن بها الدائن، منافية لفكرة الحق الضماني. ومن أجل تبسيط إنشاء الحق الضماني في كل موجودات المنشأة، حيثما يموِّل مقدّم الائتمان التشغيل المستمر للمنشأة، يوصي *الدليل* بالسماح بإبرام اتفاقات ضمانية تشمل كل الموجودات في وثيقة واحدة (انظر التوصية ١٧).

'١' رهون المنشآت

٦٤- مفهوم "الحقوق الضمانية في كل الموجودات"، الموصى به في *الدليل*، ليس مفهوما جديدا. ففكرة الحق الضماني في كل الموجودات قائمة منذ زمن طويل في بعض الدول في شكل ما يسمى "رهن المنشآت". فمثل الحق الضماني في كل الموجودات، يجوز أن يطال رهن المنشأة كل موجوداتها (ويشمل أحيانا حتى الممتلكات غير المنقولة). فقد يشمل، على سبيل المثال، الإيراد النقدي والمخزون الجديد والمعدات الجديدة والموجودات الآجلة للمنشأة. وعادة ما ينص الاتفاق الضماني المنشئ لرهن المنشأة على أن المخزون الحالي الذي يتم التصرف فيه في سياق العمل المعتاد للمنشأة يحرَّر من الرهن. والميزة الرئيسية لرهن المنشآت هي أنه يتيح للمنشأة التي لها قيمة كبيرة كمنشأة كاملة أن تحصل على مزيد من الائتمان بتكلفة أقل.

٦٥- ومن السمات المثيرة للاهتمام في بعض أشكال رهن المنشآت إمكانية تعيين مدير للمنشأة، عند إنفاذ الرهن من جانب الدائن المضمون أو من طرف دائن آخر. وهذا ما قد يساعد على اجتناب التصفية وعلى تيسير إعادة تنظيم المنشأة، ما يعود بآثار مفيدة على الدائنين وقوة العمل والاقتصاد عموما. إلا أن المديرين الذين يعيّنهم الدائن المضمون قد يحابونه أحيانا. وقد يتسنى تخفيف حدّة هذه المشكلة إلى حدٍ ما إذا تولّت تعيين المدير والإشراف عليه محكمة أو سلطة أخرى. ويمكن التوسع على نحو مفيد في هذه السمة المتصلة بالإنفاذ من سمات رهن المنشآت بحيث تشمل الحقوق الضمانية في كل الموجودات. وبعبارة أخرى، يمكن أن ينص قانون المعاملات المضمونة على تعيين مدير إما بالاتفاق بين المانح والدائن المضمون وإما من جانب المحكمة. وعندئذ يكون هذا المدير مسؤولا عن إنفاذ الحق الضماني خارج نطاق الإعسار، رهنا بقانون الإعسار، حتى في حالة الإعسار.

٦٦- بيد أن رهون المنشآت قد تعتورها عيوب معيّنة في الممارسة العملية. وأحد هذه العيوب أنّ الدائن المضمون عادة ما يكون أو يصبح الجهة الرئيسية إن لم تكن الوحيدة التي توفر الائتمان للمنشأة. وبغية معالجة هذه المشكلة، لجأ بعض البلدان إلى وضع قيود على نطاق رهون المنشآت، محتفظا بنسبة مئوية من قيمة المنشأة لصالح الدائنين غير المضمونين في حالة الإعسار. وإن هذا القيد (وغالباً ما يُشار إليه باعتباره "استبقاء") قد يكون له أثر سلبي على توافر الائتمان، وذلك بالحد فعليا من الموجودات

المتاحة للاستخدام كضمان للائتمان. ويتمثل عيب محتمل آخر لرهون المنشآت في أنّ حائز الرهن قد يتخلف، في الممارسة العملية، عن رصد الأنشطة التجارية التي تقوم بها المنشأة رصدا كافيا، أو عن المشاركة الفعالة في إجراءات إعادة التنظيم، لأن الدائن المرتهِن مضمون ضمانا وافيا. وبغية معادلة الموقف المفرط القوة للدائن المرتهن، يمكن منح المنشأة المدينة حق المطالبة بالإعفاء من الضمان المغالى فيه مغالاة كبيرة.

'٢' الرهون الثابتة والعائمة

٦٧- في دول أخرى، يتخذ الضمان الشامل في كل الموجودات شكل مزيج من الرهن الذي يكون ثابتا وعائما. ويعطى الدائن المضمون "رهنا ثابتا" على الموجودات (مثل المعدات) التي لا يجوز للمانح التصرف فيها من دون رضا الدائن المضمون. ومن ناحية أخرى، يمنح الدائن المضمون "رهنا عائما" يخول بشأنه للمانح، في سياق العمل المعتاد للمنشأة، حق التصرف (في المخزون، مثلا). وتُحظر عمليات التصرف من وقت تخلّف المدين، وعند ذلك يتبلور الرهن العائم ليصبح رهنا ثابتا. ويمكن أن تقع الرهون الثابتة والرهون العائمة على كل موجودات المنشأة أو جلها. وتكون أهمية التمييز بينهما عادة هي أن الرهن العائم يخضع لمطالبات معيّنة ذات أولوية لصالح دائنين آخرين، أو لاجتزاء لصالح الدائنين غير المضمونين عموما، بينما لا يخضع الرهن الثابت لذلك.

'٣' المغالاة في الضمان الاحتياطي

٦٨- تتصل مسألة المغالاة في الضمان الاحتياطي بالاهتمامات المتعلقة بالحقوق الضمانية في كل الموجودات، ولكنها تتميز عنها. وتنشأ مشكلة المغالاة في الضمان في الحالات التي تكون فيها قيمة الموجودات المرهونة أكبر كثيرا من مقدار الالتزام المضمون. وفي حين أنّ الدائن المضمون لا يستطيع أن يطالب بأكثر من الالتزام المضمون زائدا الفوائد والمصروفات (وربما التعويضات، عند التقصير) فإن المغالاة في الضمان الاحتياطي قد تنجم عنها مشاكل. فقد تكون موجودات المانح مرهونة إلى حد يتعذّر معه على المانح بل يستحيل عليه (على الأقل، في غياب اتفاق الدائنين على تخفيض الرتبة) أن يحصل على ائتمان مضمون من دائن آخر يمنح حقا ضمانيا من الرتبة الثانية في الموجودات المرهونة ذاتها. يضاف إلى ذلك أنّ الإنفاذ من جانب دائني المانح غير المضمونين قد يكون مستبعدا، أو على الأقل أكثر صعوبة، لأن جميع موجودات المانح مرهونة، ما لم توجد قيمة زائدة يمكن تحديدها بوضوح بعد الوفاء بجميع الالتزامات المضمونة.

٦٩- وقد أوجدت المحاكم حلولاً شتى لهذه المشكلة. ومن هذه الحلول إعلان بطلان أي حق ضماني يرهن قيمة موجود ما بما يزيد كثيرا عن الالتزام المضمون مضافا إليه الفوائد والمصروفات والتعويضات، وهناك حل آخر يتمثل في إعطاء المانح حق المطالبة بالإعفاء من هذا الضمان الزائد. ويقتضي حل ثالث من الدائن المضمون التفاوض بحسن نية، مع المانح، بناء على طلب المانح، من أجل التخلي عن بعض الضمان الزائد. وقد يجدي هذا الحل في الممارسة العملية إذا أمكن تحديد هامش مناسب تجاريا ومنحه للدائن المضمون، وهو ما قد لا يكون سهلا في جميع الحالات. وفي حين أن مشكلة المغالاة في الضمان تمثل شاغلا حقيقيا فإن الرد المناسب على هذا الشاغل يحتمل أن يختلف من دولة إلى أخرى، وقد يكمن أحيانا في تنظيم هذه الممارسات في قانون آخر. ولهذا السبب، لا يوصي *الدليل* بتفويض

المحاكم السلطة لإعلان بطلان الحق الضماني أو للحد من نطاق الحق الضماني بواسطة إعلان قضائي بوجود مغالاة في الضمان الاحتياطي.

٤' خاتمة

٧٠- حالما يسمح النظام القانوني، كما هو موصى به في *الدليل* (انظر التوصية ١٧)، بإنشاء حقوق ضمانية غير حيازية في كل موجودات المانح الحالية والآجلة بموجب نظام يجيز للمانح التصرف في موجودات مرهونة معيّنة في سياق العمل المعتاد لمنشأته، قد يُستغنى عن العديد من الأدوات المحددة التي صممتها الدول للسماح للمنشآت بالحصول على الائتمان بمنح حقوق ضمانية في المنشأة ككل. أي أنه، في العديد من النظم القانونية، كانت المفاهيم والمصطلحات التي من قبيل "رهون المنشآت" و"الرهون الثابتة والعائمة" هامة لأنها كانت تؤدي دورا في تمويل المنشآت لم يكن بإمكان الحقوق الضمانية غير الحيازية العادية أن تؤديه. غير أنه حيثما تختار الدول إنشاء نظام وظيفي ومتكامل وشامل لمنح الحقوق الضمانية غير الحيازية وتتيح للمانحين أيضا رهن كل موجوداتهم الحالية والآجلة في نفس الاتفاق، تقل كثيرا الحاجة إلى هذه الأدوات القائمة، إن لم تنعدم. وبينما لا يوصي *الدليل* بأن تتخلى الدول عن رهون المنشآت والرهون الثابتة والعائمة فإنه يوصي بأن تعتمد الدول مفهوم الحقوق الضمانية في كل الموجودات، وهو مفهوم يؤدي نفس الوظائف التي تؤديها هذه الأدوات التقليدية (انظر التوصية ١٧).

(هـ) مسؤولية الدائن المضمون عما تسببه الموجودات المرهونة من خسارة أو تلف

٧١- في حين أن المسؤولية عن الخسارة أو التلف اللذين تسببهما الموجودات المرهونة (نتيجة لإخلال بالعقد أو لفعل ضار) ليست مسألة تتصل بالمعاملات المضمونة فإن من المهم تناولها لأنها قد تؤثر في توافر الائتمان وتكلفته. ومن القضايا المهمة، على وجه الخصوص، المسؤولية عن الضرر البيئي الذي تسببه الموجودات المرهونة، لأن العواقب المالية على الدائن المضمون والمساس بسمعته قد يتجاوزان كثيرا قيمة الموجودات المرهونة. وبعض القوانين يعفي الدائنين المضمونين من المسؤولية صراحة، بينما تحد قوانين أخرى من هذه المسؤولية في ظروف معيّنة (مثلا، عندما لا تكون الموجودات المرهونة في حيازة الدائن المضمون أو تحت سيطرته). وعندما لا يوجد مثل هذه الإعفاءات من المسؤولية أو التقييدات عليها، فقد يكون من الخطر الجسيم على الدائن المضمون تقديم الائتمان. وعلاوة على ذلك، ففي حال توافر التأمين، يحتمل أن يكون مكلفا ومن ثم لا بد من أن يزيد تكلفة الائتمان زيادة كبيرة. وسيتعين على الدول أن تقرر، لدى سن قانون للمعاملات المضمونة، كيفية الموازنة بين هذه الاعتبارات المتنافسة بحيث لا يكون لها أثر سلبي على توافر الائتمان المضمون وتكلفته.

٨- إنشاء الحق الضماني في العائدات

(أ) نطاق الحق الضماني في العائدات

٧٢- يجب أن يعالج النظام القانوني الذي يحكم الحقوق الضمانية مسألتين متمايزتين فيما يتعلق بالعائدات. ولا تنشأ المسألة الأولى إلا حيث يتصرف المانح فعليا في العائدات المرهونة بحق ضماني.

والسؤال المطروح هو إذا كان الدائن المضمون يحتفظ بالحق الضماني إن نقلت الموجودات المضمونة من المانح إلى شخص آخر (أو، بعبارة أخرى، إذا كان يحق للدائن المضمون "أن يلاحق" الموجود المرهون في حوزة المنقول إليه) في المعاملة التي تدر العائدات. وليست هذه المسألة متعلقة، على وجه التحديد، بالعائدات. والأحرى أنها تتعلق بنطاق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة. ويوصي *الدليل* بأن يظل الحق الضماني نافذا كالمعتاد على المنقول إليه الذي ينقل إليه المانح الموجود المرهون (انظر التوصيتين ٣١ و٧٩ والفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ١٥-١٨، وكذلك الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني، الفقرات ٦٠-٨٩).

٧٣- وتتصل المسألة الثانية بحقوق الدائن المضمون فيما يتعلق بعائدات التصرف في الموجود المرهون. فبعض النظم القانونية لا يعطي الدائنين المضمونين حقا تلقائيا في العائدات، بغض النظر عما إن كانت هذه العائدات ثمارا طبيعية أو مدنية أو إيرادات أو منتجات تصنيع أو عائدات تصرف. ويجب أن ينص الاتفاق الضماني صراحة على أن الحق الضماني ينطبق على هذه العائدات. وتمنح نظم قانونية أخرى الدائن المضمون حقا في الثمار الطبيعية أو المدنية أو الإيرادات، ولكن فقط عندما يكون الدائن المضمون حائزا فعلا للموجودات المرهونة الأصلية. وتمنح نظم قانونية غير هذه وتلك حقا تلقائيا في جميع الثمار الطبيعية أو المدنية أو الإيرادات ومنتجات التصنيع، ولكن ليس في عائدات التصرف. والسبب في ذلك هو أن الحق الضماني للدائن هو في الموجودات المرهونة الأصلية وأن الدائن المضمون يمكن أن يكون محميا حماية كافية مادام بوسعه أن يطالب بحق الملاحقة. وتعتمد نظم قانونية قليلة هذا الموقف العام، ولكنها تقضي بأنه إذا فقد الدائن المضمون حقه في ملاحقة الموجودات المرهونة التي تكون في حوزة المحال إليه، بإعمال مفهوم الحلول الحقيقي، جاز نقل الحق الضماني المفقود إلى عائدات التصرف (فمثلا، يجوز، في العديد من النظم القانونية، لمن يشتري موجودات منقولة في سياق عمل البائع المعتاد حيازة الموجودات المرهونة خالية من أي حق ضماني. وختاما، تقضي نظم قانونية عديدة بأن الحق الضماني ينتقل تلقائيا إلى العائدات بجميع أنواعها، بما في ذلك عائدات العائدات، حتى في الحالات التي يجوز فيها رغم ذلك للدائن المضمون أن يطالب بحق ضماني في الموجودات المرهونة الأصلية التي بيعت.

٧٤- ويقال إن مبرر الحق الضماني في العائدات يكمن في استقراء توقعات الأطراف. فأولا، سيتوقع الدائن المضمون في العادة أن يكون له حق ضماني ليس فقط في الموجودات نفسها بل أيضا في كل ما تنتجه الموجودات أو تدرّه، بما في ذلك الثمار الطبيعية والمدنية أو الإيرادات. وثانيا، سيتوقع الدائن المضمون، في العادة، أن لا يتصرف المانح في الموجودات المرهونة دون إذن من الدائن المضمون. فإذا لم يحصل الدائن المضمون على حق في العائدات، يمكن أن يؤدي التصرف غير المأذون به في الموجودات المرهونة الأصلية إلى عدم قدرة الدائن المضمون على التعويل على تلك الموجودات لضمان الدَّين، أو نقصان تلك القدرة كثيرا. ويصدُق ذلك حتى في الحالات التي يبقى فيها الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية بعد التصرف فيها بنقلها إلى طرف ثالث. والسبب في ذلك هو أن النقل غير المأذون به للموجودات المرهونة يحتمل أن يزيد من صعوبة تحديد مكان الموجودات. وتستحق هذه المسائل المزيد من التحليل.

٧٥- وبدءا بمناقشة الحالة النمطية المتعلقة بعائدات التصرف، إذا كان حق الدائن المضمون في العائدات حقا امتلاكيا، فلن يتكبد الدائن المضمون أي خسارة بسبب أي تصرف أو حدث آخر مماثل، لأنّ الحق الامتلاكي تنجم عنه آثار تجاه الأطراف الثالثة. ومن الناحية الأخرى، قد يؤدى منح الدائن المضمون حقا امتلاكيا في العائدات إلى إحباط التوقعات المشروعة للأطراف التي حصلت على حقوق

ضمانية في تلك الموجودات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية. بيد أنه في النظم القانونية التي تميّز الإنشاء عن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، لا تحدث هذه النتيجة إلا إذا استطاع الدائن المتمتع بحق ملكية في العائدات أن يحافظ على أولويته على الدائنين الذين يطالبون بحق في العائدات بوصفها موجودات مرهونة أصلية. وهكذا، يكون لدى المولين المحتملين في تلك النظم تحذير مسبق باحتمال وجود حق ضماني في موجودات المقترض منهم المحتمل (بما في ذلك عائدات تلك الموجودات) ويمكنهم اتخاذ الخطوات اللازمة لاستبانة العائدات وتعقب أثرها والحصول عند الاقتضاء على اتفاقات حلول أو اتفاقات أخرى بين الدائنين.

٧٦- ويلزم إجراء تحليل مختلف اختلافا طفيفا في الحالات التي لا تكون فيها العائدات المعنية عائدات تصرّف بل ثمار طبيعية ومدنية أو إيرادات أو منتجات تصنيع. وفي الحالة الأخيرة، تتوقع الأطراف في الأحوال العادية استخدام المواد الخام في عملية التصنيع. وبناء عليه، تكون المسألة ذات الصلة بالسياسات هي ما إن كان ينبغي للدولة أن تعتمد قاعدة تقضي بأن ينص الاتفاق الضماني صراحة على أنّ الحق الضماني يؤخذ ليس فقط في المواد الخام بل أيضا في أي منتج يصنع من تلك المواد. وبدلا من ذلك، يمكن أن يكون الافتراض هو أنه بما أن المواد الخام تحوَّل عادة إلى منتجات مصنّعة فإن المنتجات الناتجة ينبغي أن تكون مشمولة تلقائيا بالحق الضماني ما لم ينص الاتفاق الضماني على خلاف ذلك. ولا يشترط معظم الدول على الطرفين إدراج نص بأن الحق الضماني يمتد إلى المنتجات المصنوعة من المواد الخام، ما دام بالإمكان أن يستبان بوضوح أنها نتجت من تلك المواد الخام.

٧٧- ويشترط العديد من النظم القانونية على الأطراف أن تبيّن في الاتفاق الضماني إن كانت الثمار الطبيعية مشمولة بالاتفاق أم لا. وتقضي نظم قانونية أخرى بأن الثمار الطبيعية تكون مشمولة تلقائيا ما لم يدرج الطرفان نصا بخلاف ذلك. والنهج المعتمد، اتساقا مع التوجه العام للدليل بتقديم توصيات تتفق مع الممارسة العادية للأطراف في المعاملات التمويلية، هو اعتبار الثمار الطبيعية بأنها عائدات وهي بالتالي مشمولة تلقائيا بالحق الضماني كعائدات في الموجودات المرهونة الأصلية (انظر مصطلح "عائدات" الذي يتضمن الثمار الطبيعية، المقدمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير).

٧٨- وأخيرا، فيما يتعلق بالثمار المدنية أو الإيرادات، تشير دواعي الكفاءة الاقتصادية عادة إلى أنّ الحق الضماني في مطالبة بسداد رأس المال (مثل الصكوك القابلة للتداول أو المستحقات) ينبغي أن يشمل أيضا الحق في الفوائد المستحقة الدفع. وذلك لأنّ المدفوعات عن الصكوك القابلة للتداول والمستحقات كثيرا ما تكون مدفوعات ممزوجة بين رأس المال (الأصيل) والفائدة. ولا ينبغي أن يسمح القانون بفصل الفائدة عن الالتزام الأولي، إلا حيثما يكون من السهل التمييز بين سداد رأس المال ودفع الفائدة وحيثما يكون الطرفان قد اتفقا على عدم امتداد الحق الضماني في المبلغ الرأسمالي إلى الفائدة التي يدرها. وحيثما تتدفق إيرادات من إيجار موجودات مرهونة أصلية أو الترخيص باستعمالها، ينبغي أن تنطبق نفس النتيجة. فالأطراف تتوقع أن أنواعا معيّنة من الموجودات ستستخدم لإدرار إيرادات وأن قيمة الموجودات يحتمل أن تستهلك لدى القيام بذلك. والسماح بأن يشمل الحق الضماني دفعيات الإيجار منطقي لأنها تشكل، من وجهة النظر الاقتصادية، عائدا يتلقاه المانح نظير استهلاك الموجودات المرهونة الأصلية. وهنا أيضا يوصي *الدليل*، لأن المقصود منه تقديم توصيات تجسد الممارسة العادية لأطراف المعاملات التمويلية، بأن تعامل الثمار المدنية أو الإيرادات على غرار العائدات فتكون مشمولة تلقائيا بالحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية (انظر التوصية ١٩).

(ب) إنشاء الحق الضماني في العائدات

٧٩- تبيّن المناقشة الواردة في الفقرات السابقة مباشرة أنّ هناك أسبابا عملية تدعو العديد من النظم القانونية إلى مدّ الحقوق الضمانية في الموجودات المرهونة إلى مختلف أشكال العائدات (بما في ذلك عائدات العائدات) من خلال قواعد تنطبق في غياب اتفاق على خلاف ذلك. وفي نظم قانونية أخرى، لا يوجد فيها حق تلقائي في العائدات، سواء بالنسبة لعائدات التصرف أو فيما يتعلق بواحدة أو أكثر من فئات الثمار الطبيعية والمدنية أو الإيرادات أو المنتجات المصنوعة، يُسمح للأطراف عادة بأن تُدرج نصا على أنها ستأخذ حقوقا ضمانية في كل أنواع الموجودات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية. ويمكن في هذه النظم أن تكون لدى الأطراف حرية إدراج نص مثلا على إنشاء حق ضماني في كل موجودات المانح تقريبا (النقدية والمخزون والمستحقات والصكوك القابلة للتداول والأوراق المالية والممتلكات الفكرية). وبهذه الطريقة، تصبح العائدات نفسها موجودات مرهونة أصلية، وتكون مشمولة بالحق الضماني للدائن حتى دون وجود قاعدة قانونية تعطي تلقائيا حقا في العائدات. وفي القليل من هذه النظم القانونية، يجوز للأطراف أيضا أن تمدّ باتفاق بينها بعض الحقوق الضمانية القائمة على حق الملكية (مثلا، حقوق الاحتفاظ بحق الملكية) إلى العائدات.

٨٠- وبصرف النظر عما إن كان الحق في العائدات ينشأ تلقائيا من الحق في الموجودات المرهونة الأصلية أم يجب أن يُذكر صراحة في الاتفاق الضماني، لا توجد أي إجراءات إضافية تُفرض على الأطراف التي تسعى إلى المطالبة بحق في أي من هذه الأشكال من العائدات. والشرط الوحيد هو أنه ينبغي، في الحالة الأخيرة، أن ينص الاتفاق الضماني على وجود حق في العائدات وأن يبيّن أنواع العائدات المقصود أن تكون مشمولة بنفس الحق الضماني، بينما يكفي في الحالة الأولى أن تحدَّد الموجودات المرهونة الأصلية تحديدا واضحا.

٨١- وحتى عندما يمتد الحق الضماني تلقائيا إلى العائدات، يجوز للأطراف أن تدرج نصا في الاتفاق الضماني على أن الحق الضماني لا يمتد إلى أنواع معيّنة من العائدات أو إلى العائدات عموما. والسبب الرئيسي للنص في القانون على امتداد الحق الضماني تلقائياً إلى العائدات هو أن ذلك يتسق مع التوقعات العادية للأطراف. ويتخذ *الدليل*، تماشيا مع هدفه العام المتمثل في تيسير الائتمان المضمون، الموقف المتمثل في أن نظام المعاملات المضمونة ينبغي أن يعتمد قواعد تقلل إلى الحد الأدنى من الحاجة إلى أن تبين الأطراف صراحة ماذا ستكون النتيجة المطلوبة عادة. ويوفر مبدأ استقلالية الطرفين (انظر التوصية ١٠) حماية كافية للأطراف التي ترغب في قصر الحق الضماني على الموجودات المرهونة الأصلية. ولذلك، يوصي *الدليل* بأن يمتد الحق الضماني في الموجودات المرهونة، تلقائيا، إلى عائداتها القابلة للتحديد، دون أن تكون الأطراف بحاجة إلى أن تقتضي ذلك في اتفاقها الضماني (انظر التوصية ١٩).

(ج) نطاق الحق الضماني في العائدات

٨٢- حيثما يمتد الحق الضماني تلقائيا إلى العائدات، يلزم تحديد المدى الذي يمكن فيه المطالبة بالحق الضماني في هذه العائدات. ففي الحالة التي تكون فيها العائدات في شكل ثمار طبيعية ومدنية أو إيرادات، تكون العائدات موجودات مرهونة إضافية، ومن المنطقي أن تجوز المطالبة بالحق الضماني فيها حتى وإن كان ذلك يؤدي إلى استطاعة الدائن المضمون أن يطالب بالحق الضماني في موجودات تزيد قيمتها الإجمالية على قيمة الموجودات المرهونة الأصلية.

٨٣- بيد أنه توجد في بعض الدول اعتبارات سياساتية إضافية حيثما تكون العائدات هي عائدات تصرف من جانب المانح أو من جانب حائز آخر في الموجودات المرهونة الأصلية. وهناك ثلاثة نهوج ممكنة. فبعض الدول تقضي قوانينها بأن الدائن المضمون يجب أن يختار إما إنفاذ حقوقه في الموجودات المرهونة الأصلية أو في العائدات. ولا يعتمد *الدليل* هذا الموقف، لأن الحق في العائدات يقصد منه أن يحمي الدائن المضمون من تدهور الموجودات المرهونة الأصلية مادياً أو فقدان قيمتها بعد التصرف فيها.

٨٤- وتقضي قوانين دول أخرى بجواز إنفاذ الحق الضماني في حدود قيمة الموجودات المرهونة الأصلية في وقت التصرف فيها. فمثلا إذا كانت قيمة الموجودات ١ ٠٠٠ يورو عندما تم بيعها، ولكن قيمة العائدات كانت ١ ٥٠٠ يورو، يقتصر الحق الضماني التلقائي في العائدات على ١ ٠٠٠ يورو. وبالمثل، في هذا المثال، إذا حصل الدائن على ٤٠٠ يورو من بيع الموجودات المرهونة الأصلية، فلا يجوز له أن يطالب إلا بمبلغ ٦٠٠ يورو من العائدات كحد أقصى. والمبرر السياساتي لهذه النتيجة هو أن الحق في العائدات مقصود منه أن يحمي الدائن المضمون من تدهور الموجودات المرهونة الأصلية مادياً أو فقدان قيمتها بعد التصرف، وليس منح الدائن المضمون ربحا عرضيا غير متوقع على حساب الدائنين الآخرين. وإذا رغبت الأطراف في أن تحصل على مبالغ من العائدات إلى المدى الكامل للالتزام المضمون، فسيكون بوسعها أن تفعل ذلك بأن تدرج نوع الموجودات المتلقاة كعائدات في وصف الموجودات المرهونة الأصلية في الاتفاق الضماني (وتسجيل الإشعار، إذا كان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يتحقق بالتسجيل).

٨٥- وتقضي قوانين دول غير هذه وتلك بأنه يجوز للدائن المضمون إنفاذ حقه الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية وفي عائدات التصرف فيها بما يصل إلى قيمة الالتزام غير المسدد، حتى عندما يفوق المبلغ المحصّل قيمة الموجودات المرهونة الأصلية وقت التصرف فيها. ومبرر هذه النتيجة هو أن النص على حق في العائدات لا يحد إلا بقيمة الالتزامات غير المسددة هو مجرد انعكاس لما من شأنه أن يكون النية العادية للطرفين. أي أنه، فور النص على حق تلقائي في العائدات، يكون الافتراض هو أن عائدات التصرف ليست مجرد موجودات يستعاض بها عن قيمة الموجودات المرهونة الأصلية عندما يتصرف فيها المانح، بل هي، بمعنى من المعاني، موجودات مرهونة إضافية. وعليه فما لم يُدرج الطرفان نصا على خلاف ذلك في الاتفاق الضماني، ينبغي أن يكون بوسع الدائن المضمون أن ينفذ حقه الضماني على الموجودات المرهونة الأصلية وكذلك العائدات، بمقدار لا يحده إلا مبلغ الالتزام غير المسدد وقت الإنفاذ. ولا يضع *الدليل* أي قيد على الحق الضماني في العائدات غير القيد الذي يحدِّده مقدار الالتزام المضمون.

٩- *العائدات الممزوجة*

٨٦- عندما لا تكون الموجودات التي تشكل عائدات الموجودات المرهونة محفوظة بمعزل عن غيرها من موجودات المانح، تنشأ مسألة ما إن كان الحق الضماني في العائدات محفوظا. وتتوقف الإجابة عن هذا السؤال عادة على ما إن كانت الموجودات التي تتكون منها العائدات قابلة للتحديد. فالعائدات التي تكون في شكل موجودات ملموسة محفوظة مع موجودات المانح الأخرى هي عائدات يمكن تحديدها كعائدات بأي طريقة تكفي لإثبات أنّ الموجودات الملموسة هي عائدات. وفي هذا الصدد، تقضي قوانين العديد من الدول بأن نفس المبدأ الذي يحكم الحفاظ على حق الدائن المضمون في الموجودات المرهونة الأصلية التي مُزجت في كتلة أو منتج ينبغي أن ينطبق أيضا على الموجودات الملموسة التي تشكل العائدات الممزوجة.

٨٧- وسيوضح مثالان هذه النقطة. فانظر أولا حالة المانح الذي يتلقى شحنة من خشب التشييد كعائدات من بيع أثاث مصنوع. وبعد ذلك يُمزج هذا الخشب مع غيره من الأخشاب والمواد لإعداد أثاث تام الصنع (منتج مصنوع). ثم انظر الحالة التي يتلقى فيها المانح مقدارا معيّنا من الغازولين على سبيل المقايضة بنفط خام تم بيعه، ويكونُ هذا الغازولين ممتزجاً في صهريج بغازولين آخر يملكه المانح. ففي كلتا الحالتين، ينبغي أن يطال الحق الضماني العائدات الممزوجة، أي أنه ينبغي أن يكون في وسع الدائن المضمون أن يطالب بحق ضماني في نسبة من قيمة الأثاث أو بحق ضماني في نسبة من الغازولين الموجود في الصهريج. وما دام باستطاعة الدائن المضمون أن يثبت أن تلك الكمية من الخشب أو الغازولين تم تلقيها كعائدات، لا يلزم اتخاذ أي خطوات إضافية لإنشاء الحق الضماني في هذه العائدات الملموسة الممزوجة (أو الحفاظ على ذلك الحق) (انظر المناقشة الواردة في الفقرات ٩٠ إلى ٩٢ أدناه).

٨٨- وفي المقابل، إذا كانت الموجودات التي تتكون منها العائدات موجودات غير ملموسة، مثل المستحقات أو الحقوق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، ولم تكن محفوظة بمعزل عن موجودات المانح الأخرى من النوع نفسه، فيمكن تحديد هذه الممتلكات غير الملموسة على أنها عائدات مادام بالوسع اقتفاء أثرها وصولا إلى الموجودات المرهونة الأصلية. وعلى سبيل المثال، ما دام باستطاعة الدائن المضمون أن يثبت أنّ مبلغا معيّنا من النقد قد أودع كعائدات متأتية من التصرف في الموجودات المرهونة، فيمكن أن ينشأ حق في المطالبة بهذه العائدات. والصعوبة هنا هي أنّ النقود تدخل وتخرج باستمرار من الحسابات المصرفية، ومن الصعب معرفة ما هي النسبة المئوية التي نشأت فعلا كعائدات من بين النقود المودعة في حساب مصرفي في أي وقت معيّن.

٨٩- ولدى العديد من الدول قواعد معقّدة تماما وضعت في إطار الممارسة المصرفية تحدد الحالات التي يمكن فيها اقتفاء أثر الأموال المودعة في حساب مصرفي. ومن الأمثلة على القواعد المختلفة لاقتفاء الأثر ما يلي: *(أ)* قاعدة "ما يدخل أولا، يخرج أولا"، التي تفترض أن أول الأموال التي تصبح جزءا من كتلة ممزوجة هي أول الأموال التي تُسحب من الكتلة؛ *(ب)* قاعدة "ما يدخل آخرا، يخرج أولا"، التي تفترض أن آخر الأموال التي تصبح جزءا من كتلة ممزوجة هي أول الأموال التي تُسحب من الكتلة؛ *(ج)* قاعدة "أدنى رصيد وسيط"، التي تفترض، بالقدر الممكن، أن المسحوبات من الكتلة الممزوجة ليست من عائدات الموجودات المرهونة. وتحمي دول عديدة الحق الضماني بالنص على أنّ العائدات القابلة للتحديد تتكون من كل الأموال المودعة كعائدات، مادام رصيد الحساب أكبر من المبلغ المودع كعائدات. وفي إطار قاعدة أدنى رصيد وسيط، تتقرر العائدات القابلة للتحديد، حيثما يكون المبلغ الكلي المتبقي في الحساب أقل من المبلغ الكلي للعائدات المودعة في الحساب، بأن يؤخذ أدنى رصيد وسيط (أي أدنى رصيد في الصندوق منذ أن أودعت العائدات لأول مرة) ويُضاف إليه أي نقود أخرى تكون في شكل عائدات أضيفت إلى المجموع منذ تسجيل الرصيد الأدنى. وكما في حالة العائدات الملموسة الممزوجة فما دام بالوسع تتبّع مصدر العائدات غير الملموسة، يتخذ *الدليل* موقف أنه لا يلزم أن يتخذ الطرفان أي خطوات أخرى لإنشاء الحق الضماني في هذه العائدات غير الملموسة الممزوجة (أو الحفاظ على ذلك الحق) (انظر التوصية ٢٠).

١٠- *الموجودات الملموسة الممزوجة في كتلة*

٩٠- في الماضي لم تكن نظم المعاملات المضمونة تواجه مشكلة الحفاظ على تحديد الموجودات المرهونة. فبالنظر إلى أنه لم يكن من الممكن أخذ الحقوق الضمانية إلاّ في موجودات محددة فرديا، كان من النادر

أن يحدث امتزاج للموجودات المثلية. غير أنه يُسمح للأطراف الآن في نظم قانونية عديدة بإنشاء حق ضماني في فئة عامة من الموجودات (عادة ما تكون مثلية). فيمكن، مثلا، إنشاء الحق الضماني في موجودات موصوفة بعبارة "كل المخزون الحالي من أقمشة 'الجينز'؛ وبدلا من ذلك، يمكن أن يأخذ البائع حقا ضمانيا في كل أقمشة 'الجينز' التي يبيعها إلى مشتر معيّن. وفي كلتا هاتين الحالتين، يمكن أن تكون الموجودات الخاضعة للحق الضماني ممتزجة بطريقة تحول دون إمكانية تحديدها تحديدا منفصلا عن الموجودات الأخرى من نفس النوع غير الخاضعة للحق الضماني.

٩١- وهناك نهجان ممكنان لتحديد ما لامتزاج الموجودات المثلية في كتلة من أثر في الحقوق الضمانية في الموجودات التي نشأت قبل الامتزاج. فبعض النظم القانونية يقضي بأنه فور امتزاج الموجودات لا تعود قابلة للتحديد، ويضيع ما للدائن من حق ضماني فيها. وهذا النهج يضع على كاهل الدائن المضمون عبء منع الامتزاج بالتأكد من قيام المانح بحفظ الموجودات المرهونة بمعزل عن غيرها من الموجودات ذات الطبيعة المماثلة. وتقضي نظم قانونية أخرى ببقاء الحق الضماني وجواز المطالبة به في الموجودات الممزوجة، بنفس نسبة مساهمة الموجودات المرهونة في القيمة الكلية للموجودات الممزوجة. ووفقا لهذا النهج، إذا كان لدائن مضمون حق ضماني في ما قيمته ٠٠٠ ١٠٠ يورو من النفط ممزوجا بما قيمته ٠٠٠ ٥٠ يورو من النفط في نفس الصهريج، يعتبر أنّ الحق الضماني يرهن ثلثي أيّ كمية من النفط تكون باقية في الصهريج عندما يصبح من الضروري إنفاذ الحق الضماني.

٩٢- وبما أنّ *الدليل* يأخذ بالمبدأ العام الداعي إلى حماية الحقوق الضمانية بقدر الإمكان، فهو يوصي باعتماد النهج الثاني. وهذا معناه أن الحق الضماني في الموجودات الممزوجة يحفظ بنفس النسبة التي تساهم بها في الكتلة الموجودات المرهونة والموجودات غير المرهونة بالحق الضماني. وبعبارة أخرى، ما أن يُنشأ حق ضماني في الموجودات المرهونة، لا يعود من الضروري اتخاذ أي خطوات إضافية لحفظ ذلك الحق الضماني إذا ما مزجت الموجودات المرهونة، في نهاية المطاف، بموجودات مماثلة من نفس النوع ليست خاضعة للحق الضماني (انظر التوصية ٢٢).

١١- *الموجودات الملموسة الممزوجة في منتج*

٩٣- كثيرا ما يتم تصنيع الموجودات الملموسة لإنتاج منتج ما. وعندما يتم على هذا النحو تصنيع أحد الموجودات الملموسة، تنشأ مسألة ما إن كان بالوسع تتبّع الحق الضماني في المواد الخام وصولا إلى المنتج التام الصنع. وقد عولجت مسألة "منتجات التصنيع" هذه في المناقشة الواردة أعلاه بشأن العائدات. بيد أن التصنيع ينطوي في كثير من الأحيان على مزج عدة موجودات في منتج جديد. وعليه فحيثما تخلط الموجودات الملموسة أو تمزج على هذا النحو بممتلكات ملموسة أخرى بحيث تفقد هويتها المستقلة في المنتج، يلزم تحديد الظروف التي يمكن فيها المطالبة بالحق الضماني في الموجودات الأصلية في المنتج الذي تم إنتاجه. فمثلا قد يؤخذ حق ضماني في دقيق يُتوخى أن يتحوّل إلى خبز.

٩٤- وكما في حالة الموجودات الملموسة الممزوجة في كتلة، يوجد نهجان أساسيان متَّبعان في مختلف النظم القانونية. ففي بعض النظم القانونية، يسقط الحق الضماني بمجرد أن تفقد الموجودات (أي الدقيق) هويتها كدقيق. وإذا رغب الطرفان في انتقال الحق الضماني إلى المنتَج (أي الخبز) فلا بد لهما من إدراج نص في اتفاقهما الضماني على أنّ الحق الضماني الأصلي يرهن الدقيق وكذلك أي مُنتَج قد يتحوّل إليه هذا الدقيق. وتتخذ نظم قانونية أخرى موقف أن الحق الضماني ينتقل تلقائيا إلى المنتج

المصنوع، ما دام بالوسع إثبات أن هذا المنتج ناتج من المواد الخام الخاضعة للحق الضماني. ومع ذلك فمن أجل منع الدائن المضمون من الحصول على ربح عرضي عندما تكون للمنتج الناتج قيمة تزيد على قيمة المواد الخام المساهم بها، تكون القيمة القصوى التي تمكن المطالبة بها بموجب الحق الضماني، في هذه النظم القانونية، مقتصرة عادة على قيمة الموجودات المرهونة الأصلية مباشرة قبل أن تصبح جزءا من المنتج.

٩٥- وبالنظر إلى أنّ ما تتوقعه الأطراف عادة هو أنّ المواد الخام ستصنّع، يتخذ *الدليل* موقف أنه ينبغي ألاّ يكون من الضروري النص في الاتفاق الضماني على انتقال الحق الضماني إلى المنتج المصنّع. فالمنتج الحاصل هو، بمعنى من المعاني، العوض عن الحق الضماني أو البديل له في المواد الخام التي لم تعد موجودة (انظر التوصية ٢٢).

١٢- *إنشاء الحق الضماني في ملحق أو استمراره فيه*

٩٦- قد يكون موجود منقول ملحقا بموجود منقول آخر أو بممتلك غير منقول، بكيفية لا يفقد معها هويته، ويصبح ملحقا. وفي هذه الحالات، يلزم تحديد أثر هذا التوصيف لموجود ما باعتباره ملحقا على ما يلي: *(أ)* قدرة المانح على إنشاء حق ضماني في الملحق؛ *(ب)* ما إن كان الحق الضماني الذي كان يخضع له الموجود المنقول الأصلي قبل الإلحاق يظل محفوظا.

٩٧- وفي بعض النظم القانونية، لا يمكن إنشاء حق ضماني في ملحق أصبح بالفعل ملحقا بموجود منقول أو ممتلك غير منقول. ولكي يكون الحق الضماني نافذا، يتعين أن يُنشأ قبل الإلحاق. وفي هذه النظم القانونية، يجوز أن يستمر الحق الضماني في الموجود المنقول إذا أصبح ملحقا بموجود منقول أو ممتلك غير منقول، بصرف النظر عن تكلفة أو صعوبة إزالة الملحق من الموجود المنقول أو الممتلك غير المنقول الذي ألحق به، وبصرف النظر عما إن كان الملحق قد أصبح جزءا لا يتجزأ من الموجود المنقول أو الممتلك غير المنقول. أي أنه على الرغم من أن الملحق قد يشكل جزءا كبيرا من الموجود المنقول، في إحدى الحالتين، أو قد يعتبر ممتلكا غير منقول ما دام باقيا كملحق بالممتلك غير المنقول، في الحالة الأخرى، فإن هذه النظم القانونية تحفظ الحق الضماني بعد الإلحاق.

٩٨- وفي نظم قانونية أخرى، يجوز ليس فقط أن يستمر الحق الضماني في الموجود المنقول أو الممتلك غير المنقول بعد الإلحاق بل يجوز أيضا إنشاء حق ضماني في موجود يكون ملحقا بالفعل، سواء أكان ملحقا لموجود منقول آخر أم لممتلك غير منقول. وفي هذه النظم القانونية، ليست لتكلفة إزالة الملحق أو صعوبة إزالته أي صلة بتقرير ما إذا كان يجوز إنشاء الحق الضماني. ففي كلتا الحالتين، يهم في تقرير الأولوية بين المطالبين المتنافسين ما إذا كان في الوسع أن يُزال الملحق بسهولة من الموجود المنقول أو الممتلك غير المنقول الذي ألحق به دون التسبب في أضرار، ولكنه لا يهم فيما يتعلق بمسألة ما إذا كان يجوز إنشاء الحق الضماني. وفضلا عن ذلك، فإن المانح يجوز له، في هذه النظم القانونية، إما أن ينشئ رهنا على ملحق لممتلك غير منقول بموجب القانون الذي يحكم الرهون في الممتلكات غير المنقولة أو أن ينشئ حقا ضمانيا بموجب القانون الذي يحكم الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة.

٩٩- ويوصي *الدليل*، بالنظر إلى توخيه تيسير إنشاء الحقوق الضمانية، باعتماد ثاني النهجين الآنفي الذكر. فالحقوق الضمانية التي تُنشأ قبل الإلحاق يجوز أن تستمر بعد الإلحاق، ويجوز إنشاء حقوق ضمانية في الملحقات حتى بعد أن يحدث الإلحاق. والمسألة الرئيسية هي تقرير ما إن كان يجب اتخاذ أي خطوات إضافية لكي يستمر الحق الضماني بعد الإلحاق، أو من أجل إنشاء حق ضماني في موجودات هي ملحقات بالفعل، علاوة على الخطوات اللازمة لإنشاء الحق الضماني العادي. وبما أن *الدليل* يميز بين الإنشاء (النفاذ بين الطرفين) والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، فإنه يتخذ موقف أنه لا ينبغي اشتراط اتخاذ أي خطوات إضافية من أجل استمرار الحق الضماني أو إنشائه في ملحق بموجودات منقولة أو ممتلكات غير منقولة (انظر التوصية ٢١؛ وفيما يتعلق بمسائل الأولوية، انظر الفصل الخامس الفقرات ١١٠-١١٦).

١٣- *إنشاء الحق الضماني في كتلة أو منتج أو استمراره فيهما*

١٠٠- مثلما لوحظ أعلاه، يمكن أن يكون أحد الموجودات الملموسة ممزوجا بواحد أو أكثر من الموجودات الملموسة الأخرى، بحيث يفقد هويته. وفي هذه الحالة، يكون السؤال هو ما إن كان الحق الضماني الذي كان يخضع له الموجود الملموس الأصلي قبل المزج يظل محفوظا. والموقف العام الذي تتخذه معظم النظم القانونية هو أنّ الحق الضماني يظل محفوظا في الكتلة أو المنتج بعد المزج، على افتراض أنّ بعض الموجودات الممزوجة، على الأقل، يمكن تحديده بوصفه من الموجودات المرهونة الأصلية. ويتحوّل الحق الضماني في الموجودات التي كانت أصلا منفصلة إلى حق ضماني في المنتج أو الكتلة.

١٠١- غير أنه، على خلاف النهج العام المتخذ إزاء إنشاء الحقوق الضمانية في الملحقات، لا يجوز في معظم النظم القانونية إنشاء حق ضماني في الموجودات الملموسة بعد مزجها في كتلة أو منتج. أي أنه في حين يمكن دائما اعتبار الملحق متمتعا بهوية مستقلة، اسمية على الأقل، فليس ذلك هو الحال بالنسبة إلى الموجودات الممزوجة. فحين يمزج النفط في صهريج أو يُخبز الدقيق، تختفي الهوية المستقلة للموجودات المرهونة الأصلية. ولهذا السبب، لا يمكن عموما إنشاء حق ضماني منفصل في موجودات ملموسة مزجت بالفعل في منتج أو كتلة.

١٠٢- ويتبع *الدليل* النهج المعتمد في معظم النظم القانونية. فهو لا يتوخى جواز إنشاء حقوق ضمانية منفصلة في الموجودات الملموسة التي مزجت بالفعل في منتج أو كتلة. بيد أنه هنا أيضا يكون السؤال الرئيسي هو ما إن كان يلزم اتخاذ خطوات إضافية للحفاظ على نفاذ الحق الضماني بين الطرفين عندما تمتزج الموجودات المرهونة الأصلية لاحقا في كتلة أو منتج. ولنفس الأسباب السياساتية التي تحبذ استمرار الحق الضماني في الملحق دون حاجة إلى اتخاذ خطوات إضافية، يوصي *الدليل* بعدم اشتراط اتخاذ خطوات إضافية في حالة المزج (انظر التوصية ٢٢).

باء- ملاحظات تخص موجودات معيّنة

١- *نفاذ الإحالة الإجمالية للمستحقات وإحالة مستحق آجل أو جزء من مستحق أو مصلحة غير مجزأة فيه*

١٠٣- تستخدم مستحقات المنشأة على نطاق واسع كموجود لضمان أداء التزام. وعادة ما يسمى إنشاء الحق الضماني في المستحقات إحالة، رغم أنه في بعض الدول ما زال يميز بين رهن المستحقات رهن

وفاء، من ناحية، وإحالة المستحقات، من الناحية الأخرى. وبالنظر إلى تطابق طبيعة قدرة المحال إليه والدائن المرتهن رهن وفاء على تحصيل سداد المستحقات، فهناك اتجاه آخذ في النشوء صوب إخضاع الإحالة لنفس القواعد سواء أكانت تتعلق بالنقل التام للمستحقات، أم بنقل المستحقات لأغراض الضمان، أم بحق ضماني في المستحقات. وتحكم هذه القواعد المتماثلة إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته، بالرغم من أن إنفاذ النقل التام لا يزال إلى حدٍ ما يخضع لأحكام مختلفة. ويُبرَّر هذا الاتجاه أساسا بأن من الصعب تماما في كثير من الأحيان على الأطراف الثالثة أن تحدد طبيعة الإحالة، كما أنه يُبرَّر بالحاجة إلى وجود قواعد وحيدة للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة وللأولوية تحكم كل أنواع المعاملات التمويلية المتعلقة بإحالة المستحقات. وهذا الاتجاه مجسّد في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات (انظر المادة ٢)، وهو الموقف الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٣).

١٠٤- بيد أنّ النظم القانونية تختلف فيما يتعلق بالشروط الدقيقة لجعل الإحالة نافذة. فتشترط بعض النظم القانونية وجود كتابة تثبت الإحالة، أو توجيه إخطار فعلي إلى المدين بالمستحق. ولا تشترط نظم قانونية أخرى سوى الشكل الكتابي لكي تصبح الإحالة نافذة بين المحيل والمحال إليه. ولا تُشترط إجراءات أخرى، مثل التسجيل أو إخطار المدين بالمستحق، إلا لجعل الإحالة نافذة تجاه الأطراف الثالثة أو لتمكين المحال إليه من تحصيل المستحقات. ويتخذ *الدليل* موقف أن المستحقات هي مثل أي موجودات أخرى وأنه، نتيجة لذلك، لا ينبغي أن تكون الإجراءات المعيّنة الخاصة بإنشاء الحق الضماني في المستحقات مختلفة عن تلك المنطبقة على الموجودات الملموسة.

١٠٥- وتختلف النظم القانونية أيضا فيما يتعلق بنفاذ إحالات المستحقات الآجلة والمستحقات غير المعيّنة على وجه التحديد، كما تختلف فيما يتعلق بنفاذ إحالة أجزاء من المستحقات أو مصلحة غير مجزأة فيها. ومع ذلك، فالاتجاه العصري هو إقرار صحة جميع تلك الأنواع من الإحالات شريطة أن يكون في الوسع تبيُّن أن المستحقات (أو الأجزاء أو الفوائد) مشمولة بالإحالة، والاقتضاء بأن إحالة المستحقات الآجلة تكون نافذة دون حاجة إلى إحالة جديدة لكل من المستحقات الآجلة (انظر المادة ٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات). ومبرر هذه النتيجة هو أنه مادام المحيل والمحال إليه متفقين بشأن نطاق المستحقات المحالة فلا يلزم فرض أي إجراءات إضافية لكي تكون الإحالة نافذة بينهما. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٢٣)، اتساقا مع اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

٢- *نفاذ إحالة أي مستحق تُجرى رغم وجود شرط بعدم الإحالة*

١٠٦- في بعض النظم القانونية، تُعطي القيود التعاقدية على إحالات المستحقات قوة النفاذ من أجل حماية مصلحة الطرف الذي يُنص على القيد لصالحه (أي المحيل أو المدين بالمستحق). وفي نظم قانونية أخرى، لا تعطي القيود التعاقدية على إحالات المستحقات قوة النفاذ، وذلك بغية الحفاظ على حرية المحيل أو المانح في التصرف، وحقوق المحال إليه (أو الدائن المضمون)، وخصوصا إذا كان المحال إليه على غير علم بالقيد التعاقدي. وفي نظم قانونية غير هذه وتلك، لا تعطى للقيود التعاقدية على إحالات المستحقات سوى قوة نفاذ محدودة (بين طرفي الاتفاق).

١٠٧- وتتخذ اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات النهج الأخير، من أجل دعم قابلية المستحقات للإحالة. ومبرر هذا النهج هو أنه يعزز التمويل بالمستحقات، الذي يحتمل بدوره أن يزيد قدرة المحيل على تقديم الائتمان إلى المدين بالمستحق. وإذا كان دائنون بمستحقات معيّنون بحاجة إلى حماية في حالات خاصة (مثلا، أنواع معينة من المستهلكين المدينين)، أو إذا كانت هناك أسباب تتعلق بالسياسات العمومية تدعو إلى عدم القابلية للإحالة (مثلا، فرض القيود على إحالة مستحقات الأجور والمعاشات التقاعدية والرعاية الاجتماعية)، فينبغي أن تقرر هذه القيود في قانون آخر (ولا تُتاح بمقتضى القانون الموصى به في *الدليل*؛ انظر التوصية ١٨).

١٠٨- وبموجب الفقرة ١ من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، تكون الإحالة نافذة المفعول بالرغم من وجود قيد تعاقدي على الإحالة متفق عليه بين المحيل ("المانح" في مصطلحات *الدليل*) والمدين ("المدين بالمستحق" في مصطلحات *الدليل*). بيد أن مفعول هذا الحكم محدود من ناحيتين. فأولا، يقتصر تطبيقه عموما على المستحقات التجارية المعرّفة تعريفا واسعا (انظر المادة ٩، الفقرة ٣، من الاتفاقية). ولا ينطبق على ما يسمى "المستحقات المالية"، حيث يكون المدين بالمستحقات مؤسسة مالية، فحتى الإبطال الجزئي للشرط المانع للإحالة يمكن أن يؤثر في الالتزامات التي تأخذها المؤسسة المالية على عاتقها تجاه الأطراف الثالثة. ومن شأن هذه النتيجة أن تخلق آثارا سلبية على ممارسات مالية هامة، مثل الممارسات المتعلقة بإحالة المستحقات الناشئة من الأوراق المالية أو العقود المالية أو بموجبها (وهي مستثناة من نطاق *الدليل*؛ انظر التوصية ٤، الفقرات الفرعية *(ج)-(هـ)*).

١٠٩- والقيد الثاني على القاعدة الواردة في الفقرة ٢ من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات هو أنه إذا كان هذا القيد التعاقدي صحيحا بمقتضى القانون المنطبق خارج نطاق الاتفاقية فإن صحته لا تبطل فيما بين المحيل والمدين بالمستحق. وتكون للمدين حرية المطالبة بتعويضات من المحيل لإخلاله بالعقد، إذا كان هذا الحق مكفولا في القانون المنطبق خارج نطاق الاتفاقية، ولكن لا يجوز له تقديم هذه المطالبة ضد المحال إليه على سبيل المقاصّة (انظر المادة ١٨، الفقرة ٣). ويضاف إلى ذلك أن مجرد علم المحال إليه ("الدائن المضمون" في مصطلحات *الدليل*) بوجود القيد لا يكفي لإبطال العقد الذي ينشأ عنه المستحق المحال (انظر المادة ٩، الفقرة ٢).

١١٠- وهذا النهج يروّج معاملات التمويل بالمستحقات، لأنه يزيل عن كاهل المحال إليه العبء الذي يمكن أن يكون مكلفا وأن يستغرق كثيرا من الزمن، المتمثل في الاضطرار إلى فحص كل من العقود التي نشأت عنها المستحقات المحالة، للتأكد مما إن كانت إحالة المستحقات قد حظرت أو أخضعت لشروط. ويوصي *الدليل* بأن يُتَّبع في هذه المسائل نفس النهج المتَّبع في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات (انظر التوصية ٢٤).

٣- *إنشاء حق ضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن مستحقا أو صكا قابلا للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر*

١١١- إذا أنشأ مانح حقا ضمانيا في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجودات غير ملموسة أخرى لصالح دائن مضمون، تنشأ مسألة ما إن كان الدائن المضمون يتمتع أيضا، تلقائيا ودون أي إجراء إضافي من جانب المانح أو الدائن المضمون، بأي حق شخصي (كالضمان أو الكفالة) أو حق ملكية (كالحق الضماني في الممتلكات المنقولة الأخرى أو الرهن على الممتلكات غير المنقولة) يضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر.

١١٢- وإنشاء الحق الضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر سيمنح تلقائيا أيضا للدائن المضمون، في معظم النظم القانونية، حق التمتع الكامل بكلّ مجموعة حقوق المانح المتعلقة بذلك المستحق أو الصك القابل للتداول أو ذلك الموجود غير الملموس. وعليه، فإذا كان الالتزام بسداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر مضمونا في حد ذاته بحق ضماني في موجود ما للمدين، فينبغي أن ينال الدائن المضمون أيضا حق التمتع بما للمانح من حقوق تتعلق بالحق الضماني في ذلك الموجود (انظر التوصية ٢٥، الفقرة الفرعية *(أ)*).

١١٣- وتنطبق القاعدة المبينة في الفقرة السابقة بصرف النظر عما إن كان المانح مقيدا باتفاق مع المدين بالمستحق، أو المدين بموجب الصك القابل للتداول، أو المدين بأي موجود غير ملموس آخر، يمنع المانح من إنشاء حق ضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر أو في الحق الشخصي أو حق الملكية الذي يضمن السداد أو القيام على نحو آخر بأداء المستحقات أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر (انظر التوصية ٢٥، الفقرة الفرعية *(د)*). بيد أن أي شيء وارد في هذه الحكم لا ينبغي أن يمس مسؤولية المانح عن الإخلال بذلك الاتفاق، باستثناء أنه لا يجوز للطرف الآخر في الاتفاق أن يلغي، بحجة ذلك الإخلال وحده، الاتفاق الذي نشأ منه ما يضمن الاتفاق من مستحق أو صك قابل للتداول أو موجود غير ملموس آخر أو حق شخصي أو حق ملكية (انظر التوصية ٢٥، الفقرة الفرعية *(هـ)*).

١١٤- غير أنه بما أنّ حقوق الدائن المضمون فيما يتعلق بالحق الشخصي أو حق الملكية تنبع من حقوق المانح، فلا يمكن أن تزيد حقوق الدائن المضمون فيما يتعلق بذلك الحق الشخصي أو حق الملكية على حقوق المانح فيما يتعلق بذلك الحق.

١١٥- وعندما يكون المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجودات غير الملموسة الأخرى مضمونة بتعهّد مستقل فإنّ الحق الضماني للدائن المضمون لا يمتد إلى الحق في السحب بمقتضى التعهد المستقل، بل يمتد فقط إلى العائدات المتأتية بمقتضى هذا التعهد (انظر التوصية ٢٥، الفقرة الفرعية *(ب)*). وهذا يتفق مع الفكرة الواردة في *الدليل* بأنه لا يجوز للمستفيد من تعهد مستقل أن يحيل حق السحب دون موافقة الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو أي شخص مسمّى آخر.

١١٦- وتوجد عدة أسباب عملية تؤيد التوصية الداعية إلى أن يكون للدائن المضمون حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل. فالسبب الأول هو أن هذه النتيجة لا تزيد على أن تزيل حاجة الدائن المضمون إلى اتخاذ خطوات إضافية معيّنة في وثائق قرضه التي تحرر مع المانح. ذلك لأنه حتى لو ميّز *الدليل* بين الحق التبعي والحق المستقل (وهذا تمييز وارد في قوانين عدد من الدول) فإنّ ذلك التمييز لن يمنع الدائن المضمون من الحصول على حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل. ولن يزيد ذلك التمييز على أن يُلزم الدائن المضمون باتخاذ الخطوات الشكلية المتمثلة في أن يدرج في اتفاقه الضماني مع المانح نصا صريحا بإنشاء حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل. وإزالة الحاجة إلى هذه الشكليات يعزز هدف *الدليل* المتمثل في الحد من تكاليف الائتمان وإتاحة المزيد منه عن طريق تخفيض تكاليف المعاملات.

١١٧- والسبب الثاني هو أنّ من شأن قاعدة الإنشاء التلقائي لحق ضماني في العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل أن تكون قاعدة معقولة في الممارسة العملية، باعتبارها تتفق مع التوقعات العادية للأطراف.

فالدائن المضمون الذي يعتبر مستحقات المانح موجودات مرهونة سيتوقع عادة أن يكون له، بصرف النظر عن الطريقة التي جرى بها سداد المستحقات المدين بها (على سبيل المثال، سواء مباشرة من قبل المدينين بالمستحقات أم بالسحب بمقتضى تعهد مستقل يكفل واحدا أو أكثر من المستحقات)، حق ضماني في المبلغ المسدد باعتباره عائدات المستحقات. والواقع أنّ الدائن المضمون قد يكون على استعداد في بعض الحالات لأن يقدم ائتمانا إلى مقترض معيّن بسعر أقل إذا كان هذا الدائن يعلم أنّ حقه الضماني في المستحقات المدين بها للمقترض يشمل حقا ضمانيا في الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل. ومن شأن أي قاعدة تتفق مع التوقعات العادية لدى الطرفين أن تجتنب المفاجأة غير المنصفة وأن توجد قدرا أكبر من اليقين لدى الدول التي تشترع توصيات *الدليل*. وستجعل زيادة اليقين مقدِّمي الائتمان أكثر ثقة في تقديم الائتمان، وتعزّز بالتالي هدف *الدليل* المتمثل في التشجيع على زيادة توافر الائتمان المضمون (انظر التوصية ١، الفقرة *(أ)*).

١١٨- والسبب الثالث هو أنّ هذه التوصية لا تمس بأي طريقة حقوق الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو أي شخص مسمّى آخر بمقتضى التعهد المستقل. وليس على الكفيل/المصدر ولا أي مثبِّت أو أي شخص مسمّى آخر أي التزام بقبول طلب تسديد صادر عن أي شخص عدا المستفيد من التعهد المستقل، وليس عليه أي التزام بالسداد لأي شخص، عدا المستفيد، دون موافقة الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو أي شخص مسمّى.

١١٩- ويقيّد *الدليل* التوصية الآنفة الذكر في عدد من الجوانب الهامة. فالقيد الأول هو أنها لا تمس أي حق في ممتلكات غير منقولة يمكن بموجب قانون غير قانون المعاملات المضمونة أن يحال منفصلا عن المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجودات غير الملموسة الأخرى التي يكفلها هذا الحق. وتتناول هذه التوصية أداة قد توجد في بعض الدول تسمح لمالك الممتلكات غير المنقولة بإنشاء حق (رهن) في الممتلكات غير المنقولة حتى وإن كان هذا الحق لا يكفل في وقت الإنشاء أي التزام. ويجوز للمالك أن يحيل ذلك الحق بعدئذ إلى دائن، ويجوز للدائن، بدوره، أن يحيل هذا الحق إلى دائن آخر. وعلى غرار التعهد المستقل، يبدو الحق في الممتلكات غير المنقولة حقاً مستقلاً في حد ذاته من أي التزام.

١٢٠- والقيد الثاني هو أنه، اتساقا مع اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، لا تنطبق هذه التوصية إلاّ على أنواع معيّنة من المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو الموجودات غير الملموسة الأخرى (انظر التوصية ٢٥، الفقرة الفرعية *(و)*)، مثل المستحقات التجارية (كالمستحقات التي تثبت بيع البضائع وتقديم الخدمات).

١٢١- والقيد الثالث هو أن هذه التوصية لا تمس أيا من التزامات المانح تجاه المدين بالمستحقات أو تجاه المدين بمقتضى الصك القابل للتداول أو الموجودات غير الملموسة الأخرى (انظر التوصية ٢٥، الفقرة الفرعية *(ز)*).

١٢٢- وأخيرا، لا تمس هذه التوصية أي اشتراط بمقتضى قانون غير قانون المعاملات المضمونة يتصل بشكل أو تسجيل إنشاء حق ضماني في أي موجودات يكفل سداد أو أداء أي مستحق أو صك قابل للتداول أو موجودات غير ملموسة أخرى، ولكن فقط ما دام لا يوجد إخلال بالإنشاء التلقائي لحق التمتع بهذا الحق الضماني (انظر التوصية ٢٥، الفقرة الفرعية *(ح)*).

٤- *إنشاء حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي*

١٢٣- الأموال المودعة في حساب مصرفي هي شكل خاص من أشكال المستحقات واجب السداد لصاحب الحساب. والمصرف هو المدين بالمستحقات، التي تتقلّب قيمتها وفقا للمبلغ المودع في الحساب. وتوصف المستحقات عند عامة الناس، بأنها الحق في الحصول على سداد الأموال المودعة في الحساب. ورهنا بأي قيود على السحب قد تفرض في الاتفاق الذي يفتح بموجبه الحساب، يجب أن تدفع الأموال المودعة في الحساب إلى صاحب الحساب عند الطلب. وفي معظم اتفاقات الحسابات، يُنص على أنه لا يجوز لصاحب الحساب أن يحيل الحق في تقاضي السداد أو أن ينشئ حقا ضمانيا في حق تقاضي السداد. وتشابه هذه القيود كثيرا، في هدفها وشكلها، القيود التعاقدية على إحالة المستحقات.

١٢٤- ومثلما ذكر آنفاً (انظر الفقرات ١٠٦-١١٠)، ففي بعض النظم القانونية تُعطى قوة نفاذ كاملة لهذه القيود التعاقدية. وفي نظم قانونية أخرى، لا تعطى لهذه القيود أي قوة نفاذ أو لا تعطى سوى قوة نفاذ محدودة. والموقف الموصى به في *الدليل* هو أن إحالة المستحقات تكون نافذة فيما بين المحيل والمحال إليه على الرغم من وجود اتفاق يحد من حق المحيل في إحالة المستحقات (انظر التوصية ٢٤، الفقرة الفرعية *(أ)*). والنهج الذي يأخذ به *الدليل*، لنفس الأسباب السياساتية، هو أن الحق الضماني المنشأ على نحو سليم في الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي يكون نافذا على الرغم من أي اتفاق يرد فيه أنه يحد من حق صاحب الحساب في إنشاء حق ضماني (انظر التوصية ٢٦).

١٢٥- غير أنه على الرغم من أن الحق الضماني قد يكون نافذا فيما بين صاحب الحساب والدائن المضمون، فإن هذا لا يعني أن الدائن المضمون يحصل تلقائيا على أي حقوق يمكن أن يُستند إليها تجاه المصرف. فالطابع الخاص للمعاملات المصرفية يتطلب وجود قاعدة تحمي المصارف عموما من أن تكون ملزمة بسداد أموال إلى أي شخص غير صاحب الحساب، أو بأداء أي التزام آخر (مثل توفير معلومات عن الحساب) قد ينشأ بموجب الاتفاق الضماني. ولا يكون المصرف ملزما بسداد الأموال المودعة في الحساب إلى الدائن المضمون إلا حين يوافق المصرف صراحة على الاتفاق الضماني. واتساقا مع السياسة العامة المتمثلة في مراعاة الممارسات المتخصصة الموجودة في القطاعين المالي والمصرفي، يوصي *الدليل* أيضا باتباع هذا النهج فيما يتصل بالتزامات المصرف تجاه الدائن المضمون (انظر التوصية ٢٦).

٥- *إنشاء حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل*

١٢٦- مجال خطابات الاعتماد والتعهدات المستقلة هو، مثل ميدان الأعمال المصرفية، جزء بالغ التخصص من القانون التجاري العصري، توجد فيه قواعد وممارسات راسخة. وجزء كبير من هذا القانون وهذه الممارسات عبر وطني أو مشترك بين معظم الدول. فمثلا، يوجد مبدأ مسلَّم به عموما يحكم التعهدات المستقلة مفاده أن الحق في طلب السداد ("السحب") بمقتضى التعهد لا يجوز أن يحال دون موافقة الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى بموجب التعهد المستقل (انظر مثلا اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة،[1] والأعراف والممارسات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية، وقواعد الممارسات الضامنة الدولية، والقواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب). وبالنظر إلى القبول الواسع النطاق لهذا المبدأ، فإن *الدليل* يوصي به (انظر التوصية ٢٧).

[1] منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.97.V.12.

١٢٧- إلا أن *الدليل* يميّز أيضا بين حق السحب بمقتضى تعهد مستقل وحق تقاضي عائدات السحب بمقتضى تعهد مستقل. وكما في حالة القيود على إمكانية إحالة المستحقات وحق الحصول على تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، يعتبر *الدليل* أنه يجوز للمستفيد من التعهد المستقل أن ينشئ حقا ضمانيا فيما يتعلق بحقوقه. وحتى إذا كان حق السحب بمقتضى التعهد غير قابل في حد ذاته للإحالة بمقتضى القانون الواجب التطبيق والممارسة، أو حتى إذا كان لا يجوز أن يُستند تجاه المُصدر إلى أي إحالة مزعومة للحق في السحب، فإن *الدليل* يرتئي أنه لا شيء في القانون أو الممارسة اللذين يحكمان التعهدات المستقلة يمنع المستفيد من التعهد المستقل من إنشاء حق ضماني في حقِّه في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهُّد. وتبعا لذلك يقدم *الدليل* توصية بهذا المفاد (انظر التوصية ٢٧).

٦- *إنشاء حق ضماني في مستند قابل للتداول أو في موجود ملموس مشمول بمستند قابل للتداول*

١٢٨- عندما يصدر مستند قابل للتداول، مثل سند شحن أو إيصال مستودع، متعلق بموجودات ملموسة، ويكون مستحق الأداء، يجسد هذا المستند حق ملكية الموجودات الملموسة المحددة. ونتيجة لذلك، يجوز أن ينتقل الحق في الموجودات المحددة بواسطة نقل ملكية المستند القابل للتداول. ويترتب على هذا المبدأ الذي مفاده أن المستند يجسّد الموجودات أن إنشاء الحق الضماني في المستند القابل للتداول يكون له أيضا مفعول إنشاء حق ضماني في الموجودات الملموسة نفسها، شريطة أن يتم إنشاء الحق الضماني في المستند بينما تكون الموجودات مشمولة بالمستند (انظر التوصية ٢٨). ولهذا الغرض، تكون الموجودات مشمولة بالمستند إذا كانت في حيازة مُصدر المستند أو وكيل يتصرف نيابة عن مُصدر المستند وقت إنشاء الحق الضماني. وفيما عدا اشتراط أن تكون الحيازة لدى المُصدر، لا توجد أي شروط مسبَّقة أخرى لإنشاء حق ضماني في المستند القابل للتداول يكون نافذاً بين الأطراف خلاف الشروط التي نوقشت أعلاه (انظر الفقرات ١٢-٣٣ أعلاه).

جيم- التوصيات ١٣-٢٨

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بإنشاء الحق الضماني هو تحديد الشروط التي يجب استيفاؤها لكي يصبح الحق الضماني نافذا بين الطرفين.

١- توصيات عامة*

إنشاء الحق الضماني

١٣- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الموجودات يُنشأ باتفاق يُبرم بين المانح والدائن المضمون. وفي حالة الموجودات التي تكون للمانح، وقت إبرام الاتفاق، حقوق فيها أو صلاحية رهنها، ينشأ الحق الضماني في تلك الموجودات في ذلك الوقت. أما في حالة الموجودات التي يحصل المانح، بعد ذلك الوقت، على حقوق فيها أو على صلاحية رهنها، فينشأ الحق الضماني في تلك الموجودات عندما يحصل المانح على حقوق فيها أو على صلاحية رهنها.

* تنطبق التوصيات العامة على الحقوق الضمانية في جميع أنواع الموجودات التي يشملها *الدليل*، بالصيغة المعدّلة بالتوصيات التي تخص موجودات معيّنة.

الحد الأدنى لمحتوى الاتفاق الضماني

١٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الاتفاق الضماني يجب أن:

(أ) يُبيِّن عزم الطرفين على إنشاء الحق الضماني؛

(ب) يحدد هويتي الدائن المضمون والمانح؛

(ج) يصف الالتزام المضمون؛

(د) يصف الموجودات المرهونة على نحو يسمح في حدود المعقول بالتعرّف عليها؛

(هـ) يُبيِّن الحد الأقصى للمبلغ النقدي الذي يمكن إنفاذ الحق الضماني من أجله، إذا رأت الدولة أنّ تبيانه مفيد من أجل تيسير الإقراض التبعي.

شكل الاتفاق الضماني

١٥- ينبغي أن ينص القانون على أن الاتفاق الضماني يجوز أن يكون شفويا إذا كان مشفوعا بحيازة الدائن المضمون للموجودات المرهونة. وبخلاف ذلك، يجب أن يبرم الاتفاق أو يثبت بكتابة تبين، بذاتها أو على ضوء مسار التصرفات بين الطرفين، نية المانح إنشاء حق ضماني.

الالتزامات التي يجوز أن تُضمَن بحق ضماني

١٦- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني يجوز أن يضمن أي نوع من الالتزامات، الحاضر منها والآجل، المحدَّد منها والقابل للتحديد، المشروط منها وغير المشروط، الثابت والمتغير.

الموجودات التي يجوز أن تخضع لحق ضماني

١٧- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني يجوز أن يشمل أي نوع من الموجودات، بما في ذلك أجزاء الموجودات والحقوق غير المجزَّأة في الموجودات. ويجوز أن يشمل الحق الضماني الموجودات التي ربما لا تكون وقت إبرام الاتفاق الضماني قد نشأت بعدُ، أو ربما لا يكون المانح قد امتلكها بعد أو لم تكن قد آلت إليه صلاحية رهنها بعد. ويجوز أيضا أن يشمل جميع موجودات المانح. وينبغي الحد من أي استثناءات من هذه القواعد وأن تبيّن في القانون بطريقة واضحة ومحدّدة.

١٨- ينبغي أن ينص القانون على أنّ هذا القانون، باستثناء ما تنص عليه التوصيات ٢٣-٢٥، لا يُلغِي أحكام أي قانون آخر تحد من إنشاء أو إنفاذ الحق الضماني في أنواع محددة من الموجودات، أو من إمكانية نقلها.

امتداد الحق الضماني إلى العائدات

١٩- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في الموجودات المرهونة يشمل عائداتها القابلة للتحديد (بما في ذلك عائدات العائدات)، ما لم يتفق الطرفان في الاتفاق الضماني على خلاف ذلك.

العائدات الممزوجة

٢٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه عندما تكون العائدات التي هي في شكل نقود أو في شكل أموال مودعة في حساب مصرفي قد مُزجت بموجودات أخرى من نفس النوع بحيث لم تعد هذه العائدات قابلة للتحديد، ينبغي مع ذلك أن يعامل مبلغ العائدات قبل مزجها بالموجودات الأخرى مباشرة باعتباره عائدات قابلة للتحديد بعد المزج. غير أنه إذا كان المبلغ الإجمالي للموجودات أقل من مبلغ العائدات، في أي وقت بعد المزج،

فيجب معاملة المبلغ الإجمالي للموجودات في الوقت الذي يكون فيه مبلغها في حده الأدنى، إضافة إلى مبلغ أي عائدات مُزجت بالموجودات لاحقا، باعتباره عائدات قابلة للتحديد.

إنشاء الحق الضماني في ملحق واستمراره فيه

٢١- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز إنشاء حق ضماني في الموجودات الملموسة التي تكون ملحقا وقت إنشاء الحق الضماني أو أن يستمر في الموجودات الملموسة التي تصبح ملحقا فيما بعد. ويجوز إنشاء حق ضماني في ملحق بممتلكات غير منقولة بموجب هذا القانون أو بموجب القانون الذي يحكم الممتلكات غير المنقولة.

امتداد الحق الضماني إلى الكتلة أو المنتج

٢٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الذي ينشأ في موجودات ملموسة قبل أن تُمزج في كتلة أو في منتج يمتد إلى هذه الكتلة أو هذا المنتج. ويقتصر المبلغ المضمون بالحق الضماني الذي يمتد إلى الكتلة أو المنتج على قيمة الموجودات المرهونة قبل أن تصبح جزءا من الكتلة أو المنتج مباشرة.

٢- توصيات تخص موجودات معيّنة

نفاذ الإحالة الإجمالية للمستحقات وإحالة مستحق آجل أو جزء من مستحق أو مصلحة غير مجزأة فيه

٢٣- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أن تكون إحالة مستحق تعاقدي غير معيّن تحديدا ومستحق آجل أو جزء من مستحق أو مصلحة غير مجزّأة فيه، نافذة بين المحيل والمحال إليه وتجاه المدين بالمستحق ما دام من الممكن وقت الإحالة أو وقت نشوء المستحق، في حالة المستحقات الآجلة، عزوه إلى الإحالة التي يتصل بها؛

(ب) أن تكون إحالة مستحق آجل واحد أو أكثر نافذة دون حاجة إلى عملية نقل جديدة لإحالة كل مستحق، ما لم يُتّفق على خلاف ذلك.[٢]

نفاذ إحالة أي مستحق تُجرى رغم وجود شرط بعدم الإحالة

٢٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) تكون إحالة المستحق نافذة بين المحيل والمحال إليه وتجاه المدين بالمستحق بصرف النظر عن أي اتفاق بين المحيل الأول أو أي محيل لاحق والمدين بالمستحق أو أي محال إليه لاحق يُقيِّد بأي شكل من الأشكال حق المحيل في إحالة مستحقاته؛

(ب) ليس في هذه التوصية ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على عاتق المحيل لإخلاله بالاتفاق المذكور في الفقرة الفرعية *(أ)* من هذه التوصية، ولكن لا يجوز للطرف الآخر في ذلك الاتفاق أن يُلغي العقد الأصلي أو عقد الإحالة بحجة ذلك الإخلال وحده. ولا يكون أي شخص غير طرف في ذلك الاتفاق مسؤولا لمجرد أنه كان على علم بالاتفاق؛

(ج) لا تنطبق هذه التوصية إلا على إحالات المستحقات:

'١' الناشئة عن عقد أصلي يكون عقداً لتوريد أو تأجير بضائع أو خدمات غير الخدمات المالية أو عقدَ تشييد أو عقداً لبيع أو تأجير ممتلكات غير منقولة؛ أو

[٢] بخصوص التوصيات ٢٣-٢٥، انظر المواد ٨-١٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

'٢' الناشئة عن عقد أصلي لبيع أو تأجير ممتلكات صناعية أو ممتلكات فكرية أخرى أو معلومات امتلاكية أو الترخيص باستخدامها؛ أو

'٣' التي تمثل التزاما بالسداد على معاملة أُجريت باستخدام بطاقة ائتمان؛ أو

'٤' التي تستحق للمحيل عند التسوية الصافية للمدفوعات الواجبة السداد عملا باتفاق معاوضة يشمل أكثر من طرفين.

إنشاء حق ضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن مستحقا أو صكا قابلا للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر

٢٥- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يتمتع تلقائيا أي دائن مضمون لديه حق ضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر مشمول بهذا القانون بأي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد ذلك المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس أو الوفاء به على نحو آخر،؟ دون أن يتّخذ المانح أو الدائن المضمون أي إجراء آخر؛

(ب) إذا كان الحق الشخصي أو حق الملكية تعهّدا مستقلا، يمتدّ الحق الضماني تلقائيا إلى الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهّد المستقل، ولكن لا يمتد إلى الحق في السحب بموجب ذلك التعهّد المستقل؛

(ج) لا تمس هذه التوصية بأي حق في ممتلكات غير منقولة يكون، بموجب قانون آخر، قابلا للنقل بشكل منفصل عن أحد المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو غير ذلك من الموجودات غير الملموسة التي قد يضمنها؛

(د) يتمتع أي دائن مضمون لديه حق ضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجودات غير ملموسة أخرى يتناولها هذا القانون بأي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر أو أداءه على نحو آخر، بصرف النظر عن أي اتفاق بين المانح والمدين بالمستحق أو الملتزم بالصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر يقيِّد بأي شكل من الأشكال حق المانح في إنشاء حق ضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر، أو في أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر أو أداءه على نحو آخر؛

(هـ) ليس في هذه التوصية ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على عاتق المانح لإخلاله بالاتفاق المذكور في الفقرة الفرعية *(د)* من هذه التوصية، ولكن لا يجوز للطرف الآخر في ذلك الاتفاق أن يلغي العقد الذي ينشأ عنه المستحق أو الصك القابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر، أو الاتفاق الضماني المنشئ للحق الضماني الشخصي أو الحق الضماني في الممتلكات بحجة ذلك الإخلال وحده. ولا يكون أي شخص غير طرف في ذلك الاتفاق مسؤولا لمجرد أنه كان على علم بالاتفاق؛

(و) لا تسري الفقرتان الفرعيتان *(د)* و*(هـ)* من هذه التوصية إلا على الحقوق الضمانية في المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو الموجودات غير الملموسة الأخرى:

'١' الناشئة عن عقد أصلي يكون عقداً لتوريد أو تأجير بضائع أو خدمات غير الخدمات المالية أو عقدَ تشييد أو عقداً لبيع أو تأجير ممتلكات غير منقولة؛ أو

'٢' الناشئة عن عقد أصلي لبيع أو تأجير ممتلكات صناعية أو ملكية فكرية أخرى أو معلومات امتلاكية أو الترخيص باستخدامها؛ أو

'٣' التي تمثل التزاما بالسداد على معاملة أجريت باستخدام بطاقة ائتمان؛ أو

'٤' التي تستحق للمحيل عند التسوية الصافية للمدفوعات الواجبة السداد عملا باتفاق معاوضة يشمل أكثر من طرفين؛

(ز) لا تمس الفقرة الفرعية *(أ)* من هذه التوصية بأي واجبات على المانح تجاه المدين بالمستحق أو الملتزم بالصك القابل للتداول أو بأي موجود غير ملموس آخر؛

(ح) ما لم يَنَل ذلك من الآثار التلقائية المنصوص عليها في الفقرة الفرعية *(أ)* من هذه التوصية وفي التوصية ٤٨، لا تمس هذه التوصية بأي اشتراط يقتضيه قانون آخر ويتصل بشكل أو بتسجيل إنشاء حق ضماني في أي موجودات، يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو موجود غير ملموس آخر غير مشمول بهذا القانون، أو الوفاء به على نحو آخر.

إنشاء حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

٢٦- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي يكون نافذا بصرف النظر عن أي اتفاق بين المانح والمصرف الوديع يقيّد بأي شكل من الأشكال حق المانح في إنشاء ذلك الحق الضماني. غير أنه ليس على المصرف الوديع أي واجب بالاعتراف بالدائن المضمون، ولا يُفرض عليه بخلاف ذلك وبدون موافقته أي التزام فيما يتعلق بالحق الضماني.[٣]

إنشاء حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل

٢٧- ينبغي أن ينص القانون على جواز قيام المستفيد من تعهد مستقل بإنشاء حق ضماني في الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل، حتى إذا لم يكن الحق في السحب بمقتضى التعهّد المستقل في حدّ ذاته قابلا للإحالة بمقتضى القانون والممارسة اللذين يحكمان التعهّدات المستقلة. وليس إنشاء حق ضماني في الحق في تقاضي العائدات بمقتضى تعهد مستقل إحالة للحق في السحب بمقتضى تعهد مستقل.

امتداد الحق الضماني في مستند قابل للتداول إلى الموجودات الملموسة المشمولة بالمستند القابل للتداول

٢٨- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في مستند قابل للتداول يمتد إلى الموجودات الملموسة المشمولة بذلك المستند، شريطة أن يكون المُصدر حائزا للبضائع، بشكل مباشر أو غير مباشر، وقت إنشاء الحق الضماني في المستند.

[٣] بخصوص حقوق المصرف الوديع وواجباته، انظر التوصيتين ١٢٥ و١٢٦ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها).

ثالثا- نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- يتناول الفصل الثاني من *الدليل* الشروط الواجب استيفاؤها لإنشاء الحق الضماني، أي نفاذه بين الدائن المضمون والمانح. وفي بعض الدول، يصبح الحق الضماني في الموجودات المنقولة نافذا بين الطرفين وتجاه الأطراف الثالثة على السواء حالما يبرم الاتفاق الضماني دون حاجة إلى أن يتخذ الدائن المضمون (أو شخص آخر) أي إجراء إضافي. ولكنّ، هناك دول أخرى تشترط اتخاذ إجراء إضافي لكي يصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. والهدف من هذا الإجراء الإضافي هو توفير شكل إشعار علني ما بالوجود الفعلي، أو المحتمل، لحق ضماني في موجودات ما. ومن الأمثلة على تلك الإجراءات الإضافية نقل حيازة الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون (مثلا، بموجب رهن حيازة تقليدي) أو تسجيل إشعار في سجل عمومي. وهذه الأنواع من اشتراطات الإعلان تسهم، بعدة طرائق، في تحسين كفاءة نظام المعاملات المضمونة وفي تحقيق اليقين فيما يتعلق بالنظام وإمكان التنبؤ بمعاملاته. فهي، أولا، توفّر للدائن المضمون المحتمل أدلة موضوعية على أن موجودات المانح مرهونة فعلا. وثانيا، بما أنها تنبّه دائني المانح والمشترين المتوقعين وسائر الأطراف الثالثة إلى وجود حق ضماني محتمل، تنتفي الحاجة إلى قواعد خاصة تحمي الأطراف الثالثة من الخطر المتمثل في وجود حقوق ضمانية مستترة ("سرية"). وهي، ثالثا، ترسّخ مرجعا زمنيا محددا يمكن استخدامه بسهولة لتحديد مرتبة الأولوية بين الدائن المضمون والمُطالِب المنافس.

٢- ويناقش الباب ألف-٢ من هذا الفصل بعض مسائل السياسة العامة الأساسية المتعلقة بالتمييز بين إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة. ويعالج أيضا التمييز المفاهيمي الرئيسي بين النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية. أما الأبواب ألف-٣ إلى ألف-٥ من الفصل فتناقش بالتفصيل الأساليب الرئيسية الثلاثة لتحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة (أي تسجيل إشعار بالحقوق الضمانية في سجل عام للحقوق الضمانية والحيازة والتسجيل في سجل متخصص لموجودات معينة). وتنظر الأبواب ألف-٦ إلى ألف-٨ في الحالات التي يظل فيها الحق الضماني النافذ تجاه الأطراف الثالثة نافذا في موجودات كانت في البداية غير خاضعة للحق الضماني (العائدات، والملحقات، والكتل أو المنتجات). ويتناول البابان ألف-٩ وألف-١٠ مسائل أخرى متعلقة بالاستمرارية، خاصة في حالة تغيير مكان الموجودات أو المانح، أو في حالة زوال نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة.

٣- ويُكرّس الجزء باء من هذا الفصل لمناقشة وسائل شتى لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تنطبق على أنواع محددة من الموجودات. فيعالج الباب باء-١ الحالات المهمة التي ينتفع فيها الدائن المضمون بحقوق مساعدة لضمان سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو موجودات أخرى غير ملموسة. ويستعرض الباب باء-٢ نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في الحق في تقاضي مبالغ مودعة في حساب مصرفي. ويتناول الباب باء-٣ مسألة تقدير كيف يمكن تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في حالة الحق الضماني الذي يرهن الحق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد

مستقل. وأخيرا، يعالج الباب باء-٤ نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في مستند قابل للتداول أو في موجودات مشمولة بمستند قابل للتداول.

٤- ويختتم الفصل، في الباب جيم، بسلسلة توصيات بشأن طرائق تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، والآثار القانونية المترتبة على تطبيق تلك الطرائق.

٢- *مسائل السياسات الأساسية*

٥- تواجه الدول عدة خيارات أساسية تتعلَّق بالسياسة العامة عند وضع نظام يحكم إنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، من بينها الخيارات التالية. أولا، يجب عليها أن تقرِّر ما إذا كان الحق الضماني النافذ بين الطرفين يكون نافذاً أيضاً بصورة تلقائية تجاه الأطراف الثالثة، أم أنه سيلزم اشتراط إجراء إضافي لجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وثانيا، بافتراض أنه يلزم اتخاذ إجراء إضافي، يجب عليها أن تحدد من هم الأشخاص الآخرون (مثلا، الدائنون المضمونون وغير المضمونين، والحائزون اللاحقون، وممثل الإعسار) الذين سيعتبرون أطرافا ثالثة لأغراض القواعد المتعلقة بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وثالثا، يجب على الدول أن تُبيّن العلاقة بين تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وتحديد الأولوية التي سيحظى بها ذلك الحق الضماني. ورابعا، يجب على الدول أن تحدد ما هي أنواع الإجراءات الأخرى التي ستكفي لجعل حق ضماني ما نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وتُعالج مسائل السياسات هذه بدورها في هذا الباب.

(أ) *التمييز بين الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة*

٦- توجد بين الدول التي تشترط إجراءً إضافيا لإشهار حقّ ضماني بعض الدول التي تعتبره شرطا ضروريا لا يقتصر على تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، بل تعتبره شرطا ضروريا أيضا لإنشاء الحق الضماني ذاته. والفكرة هنا هي أنه لا جدوى من التمييز بين النفاذ فيما بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، طالما أن الهدف الرئيسي من اتخاذ الضمان هو الحصول على حقوق ملكية قابلة للإنفاذ تجاه المانح والأطراف الثالثة. وثمة دول أخرى لا تشترط الإجراء الإضافي إلاّ لغرض نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة. فالحق الضماني، كما هي الحال بين الطرفين، يصبح نافذا مباشرة عند دخول الطرفين في الاتفاق الضماني وفي حالة الموجودات الآجلة عند اكتساب المانح الحقوق في الموجودات المرهونة أو صلاحية رهنها. فالفكرة هي أنه طالما كان اشتراط اتخاذ الإجراء الإضافي يهدف حصرا إلى تحقيق توازن بين حقوق الدائن المضمون والأطراف الثالثة، لا يوجد مبرر لجعل اتخاذه شرطا مسبقا لكي يتمكّن الدائن المضمون من إنفاذ حقه الضماني في الموجودات المرهونة تجاه المانح (للاطلاع على نظام ثالث هجين، انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرة ٤، والفقرة ٨ أدناه).

٧- ويوصي *الدليل* باتباع النهج الثاني تمشيا مع النهج المتّبع في معظم الدول التي حدّثت قوانينها الخاصة بالمعاملات المضمونة، وسعيا إلى ترويج الائتمان المضمون الفعّال. وبالتالي، حالما تُستوفى شروط إنشاء الحق الضماني (التي يتناولها الفصل الثاني)، يصبح الحق الضماني نافذا بين المانح والدائن المضمون (أي فيما بين الطرفين؛ انظر التوصية ٣٠). ومع ذلك، إذا أريدَ أن يكون الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة (تجاه الغير)، فلا بد أيضا من استيفاء شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (المبيَّنة) في هذا الفصل (انظر التوصية ٢٩).

٨- وفي الدول التي لا تعترف قوانينها العامة المتعلقة بالملكية بالتمييز بين آثار النفاذ بين الطرفين والنفاذ تجاه الغير على حقوق الملكية، فإن اعتماد هذا النهج قد يثير بعض الشواغل المفاهيمية. ومع ذلك، فإن عدم التمييز في هذا الصدد يمكن أن يضعف كفاءة نظام المعاملات المضمونة. فمن جانب، إذا كان الإجراء الإضافي اللازم لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة مطلوبا أيضا لإنشاء حق ضماني، فإن ذلك سيؤدي إلى شرط شكلي آخر بشأن إنشاء الحق الضماني من دون أي مزية تعويضية للمانحين والدائنين المضمونين والأطراف الثالثة. ومن جانب آخر، إذا لم يكن الشرط الشكلي الإضافي مطلوبا، فإن هذا النهج سيؤدي إلى إنشاء حق ضماني سري (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ١-٣). وربما كان الخيار البديل هو اعتبار الحق الضماني، عند إنشائه، نافذا تجاه جميع الأطراف باستثناء الدائنين المضمونين الآخرين. وهذا الخيار البديل يؤدي عموما إلى نفس النتائج التي يؤدي إليها ثاني النهجين المذكورين أعلاه مع بعض التباينات فيما يتصل بحقوق الدائنين بحكم القضاء وممثل إعسار المانح (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرة ٤، والفقرات ٩-١٤ أدناه).

(ب) معنى "الأطراف الثالثة"

٩- تتخذ الدول نهوجا مختلفة تماما إزاء فئات الأطراف الثالثة التي لا ينطبق تجاهها نفاذ الحق الضماني ما لم يُتخذ الإجراء الإضافي المطلوب. وفي بعض الدول، لا ينطبق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، مهما كانت وضعيتها، إلا بعد اتخاذ الإجراء الإضافي. وتعتمد دول أخرى نهجا آخر أكثر تقييدا. فتعامل الحق الضماني باعتباره نافذا تماما تجاه فئات معينة من الأطراف الثالثة حال إنشائه (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرتين ٣ و٤).

١٠- وفي بعض الدول، يكون الحق الضماني نافذا حال إنشائه، ليس بين المانح والدائن المضمون فحسب، بل أيضا تجاه دائني المانح غير المضمونين وممثل الإعسار (يقصد بممثل الإعسار المشار إليه هنا ممثل الإعسار الذي يعيّن لاحقاً إذا ما أصبح المانح معسرا). ويستند هذا النهج إلى افتراض أن الإشعار بالحق الضماني لا ينبغي أن تكون له أهمية إلا للأطراف الثالثة التي تأخذ حقا ضمانيا أو تشتري موجودات مرهونة أو تعطي قيمة بطريقة أخرى نظرا لاعتمادها بشكل مباشر على حق ملكية المانح في الموجودات التي تبدو غير مرهونة. ويُفترض أن دائني المانح غير المضمونين وممثليهم (ممثل الإعسار، مثلا) لا يعتمدون على وجود أو غياب حقوق ضمانية في موجودات المانح، لأن إجراء توفير الائتمان على أساس غير مضمون بحد ذاته يعني ضمنا قبول المجازفة واحتمال الحصول على مرتبة أدنى من مرتبة الدائنين المضمونين الذين قد يكتسبون فيما بعد حقوقا ضمانية في موجودات المانح.

١١- ومع ذلك، هناك عدة أسباب لاشتراط اتخاذ الإجراء الإضافي اللازم لنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، وحتى تجاه دائني المانح غير المضمونين وممثل الإعسار. فأولا، في حين أن الدائنين غير المضمونين يبنون قرارهم بشأن الإقراض على الوضع المالي العام للمانح، فإن وجود حقوق ضمانية أو عدمه قد يكون أحد العوامل التي يستند إليها ذلك التقدير وقد تستند إليه أيضا وكالات الإبلاغ عن الائتمانات التي قد يعتمد الدائنون غير المضمونين على خدماتها. وثانيا، فإن اشتراط التسجيل العمومي في الوقت المناسب أو اتخاذ إجراء إضافي مكافئ يقلل من احتمال أن يكون هناك حق ضماني مزعوم ولكنه في الواقع ترتيب قائم على تواطؤ بين مانح معسر ودائن مفضل بهدف إبطال مطالبات الدائنين الآخرين غير المضمونين. وثالثا، يمكّن ذلك الاشتراط الدائنين بحكم القضاء من أن يتبيّنوا، قبل الشروع في إجراءات إنفاذ مكلفة، ما إذا كانت موجودات المانح مرهونة فعلا بقدر يجعل من إجراء

الإنفاذ إجراء عقيما. ورابعا، يقلّل الاشتراط كذلك تكاليف إجراءات الإعسار إذ يتيح لممثل الإعسار وسيلة سهلة للتأكّد من موجودات المانح المعسر التي يحتمل أن تكون مرهونة. وهذه الأسباب مجتمعة توفر حافزا مهما للدائنين المضمونين لجعل حقوقهم الضمانية نافذة بالكامل في الوقت المناسب.

١٢- وتعترف دول أخرى بحالة استثنائية بخصوص الاشتراطات المألوفة للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ففي هذه الدول، حتى ولو لم يتخذ الدائن المضمون الإجراءات اللازمة لجعل حقه الضماني نافذا بالكامل تجاه الأطراف الثالثة، فإن حقه الضماني يمكن مع ذلك أن يكون نافذا تجاه دائن مضمون لاحق أو المشتري الذي يكتسب حقوقا في موجودات مرهونة وهو على علم بإنشاء الحق الضماني سلفاً. وهناك أسباب لاعتبار هذا التحفظ غير مناسب تماما لنظام معاملات مضمونة متسم بالكفاءة. أولا، إن أحد الأغراض الرئيسية لنظام فعال هو توفير يقين سابق (أي قبل إبرام الاتفاق الضماني أو اتفاق الشراء) بشأن ترتيب الحقوق المتنافسة في الموجودات المرهونة. وقاعدة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة التي تعتمد على التحقيق أو التقاضي بأثر رجعي بخصوص وقائع معينة، هي قاعدة منافية لذلك الهدف. وذلك فضلا عن إن إثبات علم شخص آخر وتحديد مدى علمه تحديدا دقيقا يثير مسائل إثباتية صعبة. ويضاف إلى ذلك أن مجرد العلم بوجود اتفاق ضماني سابق لا يعني ضمنا وجود سوء نية من جانب الدائن المضمون اللاحق، أو المشتري. وإذا لم يتخذ الدائن المضمون السابق الخطوات اللازمة لجعل حقه الضماني نافذا بالكامل تجاه الأطراف الثالثة، فمن المعقول أن يفترض الدائن المضمون اللاحق، أو المشتري، أنه وافق ضمنيا على احتمال عدم نفاذ حقه تجاه الأطراف الثالثة.

١٣- وترفض بعض الدول أيضا توفير الحماية للمتلقي اللاحق للموجودات المرهونة بناء على النظرية القائلة بأنه ما بين الدائن المضمون الذي يكون قد أعطى بالتأكيد قيمة لحقه الضماني والمتلقي الذي لم يفعل ذلك، ينبغي حماية الدائن المضمون، على الرغم من أنه لم يتخذ الخطوات الضرورية لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وهناك أسباب مماثلة لتلك التي نوقشت في الفقرة السابقة تجعل هذا القيد غير مناسب تماما لنظام معاملات مضمونة متسم بالكفاءة. فتحديد وضعية من أحيلت إليه الموجودات المرهونة يستدعي تقاضيا بأثر رجعي وهو أمر مناف للأهداف المتمثلة في توفير يقين سابق وقابلية للتنبؤ. علاوة على ذلك، حتى لو لم يُطعن في وضعية متلقي الموجودات المرهونة، فقد يكون هذا المتلقي قد غيَّر موقفه اعتمادا على وضعية الموجودات المتمثلة في كونها غير مرهونة (من خلال إنشاء حق ضماني لصالح دائن آخر، على سبيل المثال).

١٤- ويوصي *الدليل* باتخاذ النهج الأول المذكور آنفاً (انظر التوصية ٢٩) لتحقيق الكفاءة والشفافية وقابلية التنبؤ في نظام المعاملات المضمونة. ويبقى الحق الضماني غير نافذ تجاه جميع الحقوق التي تكتسبها أطراف ثالثة في الموجودات المرهونة في هذه الأثناء بغض النظر عن نوعها، إلى حين استيفاء شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وإذا كان هناك قانون آخر ساري المفعول في دولة مشترعة لا يُعامل دائني المانح غير المضمونين أو ممثل الإعسار باعتبارهم أطرافاً ثالثة، فإن قانون المعاملات المضمونة ينبغي أن ينص بشكل واضح على أن عدم استيفاء شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يعني أيضا عدم نفاذ الحق الضماني تجاه هذه الفئات من المطالبين.

(ج) العلاقة بين النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية

١٥- تؤدي قواعد النفاذ تجاه الأطراف الثالثة إلى بعض النتائج المتعلقة بالأولوية بمعنى أن الحق الضماني الذي لم يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة لا يمكن إقامته تجاه الحقوق التي تكتسبها أطراف ثالثة في الموجودات المرهونة نفسها. ومع ذلك، فإن تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لا يكون كافيا دائما لضمان أولوية مطلقة على حقوق المطالبين المنافسين. ويرد في الفصل الخامس شرح أوفى مفاده

أن الأولوية تعتمد على طبيعة ووضعية الحقوق التي يكون الحق الضماني منافسا لها. مثلا، إذا جُعل أكثر من حق ضماني واحد نافذا تجاه أطراف ثالثة، سيكون من الضروري وضع قاعدة لتقرير الأولوية وترتيب الأولويات فيما بين الحقوق الضمانية المتنافسة.

١٦- وكقاعدة عامة، يقر *الدليل* بأن للدائن المضمون، الذي امتثل لشروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة فيما يتصل بحقه الضماني في موجودات مرهونة معينة، "الحق في ملاحقة" الموجودات المرهونة. وذلك يعني بقاء الحق الضماني نافذا تجاه الطرف الثالث الذي ينقل إليه المانح الحقوق في الموجودات المرهونة (انظر التوصية ٣١، والفقرة ٨٩ أدناه؛ انظر أيضا الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ٧٢-٨٩).

١٧- ومع ذلك، وكما يرد شرحه في الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني، فإن *الدليل* يقر ببعض الاستثناءات من مبدأ "حق الملاحقة". فمثلا، عندما يحدث نقل لموجودات مرهونة خلال سير عمل المانح المعتاد، فإن مشتري الموجودات المرهونة، أو مستأجرها أو المرخص له بها، يكتسب عموما حقوقه الضمانية في تلك الموجودات المرهونة خالصة من الحق الضماني حتى وإن كان الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصيات ٣١ و٧٩-٨١؛ انظر أيضا الفقرة ٨٩ أدناه والفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني، الفقرات ٦٠-٨٩).

١٨- والخلاصة هي أنه، حتى وإن كان مفهوم النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ومفهوم الأولوية مفهومين مختلفين، لا بد من مراعاة قواعد الأولوية التي تُعالج في الفصل الخامس لدى تقدير درجة الحماية تجاه الأطراف الثالثة، والتي تُمنح بالامتثال لشتى وسائل تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، التي تُقرّ في هذا الفصل. وتمشيا مع المفهوم الشامل للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، الموصى به في هذا الفصل، فإن نطاق مفهوم الأولوية الوارد في الفصل الخامس من *الدليل* واسع كذلك. ولا يقتصر الفصل الخامس، بالتالي، على تناول قواعد لترتيب المطالبات المتنافسة للدائنين المضمونين وغير المضمونين في موجودات المانح فحسب، بل ينظر أيضا في استثناءات "لحق الملاحقة" الذي يتمتع به الدائن المضمون في نزاع بين الدائن المضمون ومنافسه الذي تنقل إليه موجودات مرهونة أو يستأجرها أو يرخّص له بها. وفي هذه الحالة الأخيرة، فإن مسألة "الأولوية" ذات الصلة ليست مسألة ترتيب، ولكنها تتعلق بما إذا كان المنقول إليه يحصل على حق الملكية في الموجودات المرهونة، أو كان المستأجر يحصل على حق حيازة الموجودات المستأجرة، أو كان المرخّص له يحصل على حق استعمال الموجودات المرخّص بها، في كل حالة خالية من الحق الضماني الذي يكون خلافا لذلك نافذاً تجاه الأطراف الثالثة.

(د) استعراض طرائق تحقيق نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة

١٩- تاريخيا، فرضت معظم الدول حظرا عاما على الحقوق الضمانية غير الحيازية في الموجودات المنقولة. ونتيجة لهذا النهج، أصبح الرهن الحيازي التقليدي هو الأداة الضمانية الوحيدة المتاحة، مع قيام نقل حيازة الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون بدورَي إنشاء الرهن وتزويد الأطراف الثالثة بإشعار ضمني بأن المانح لا يملك حقوق ملكية غير مرهونة في الموجودات المعنية. ولكن، مع تطور الاقتصادات، أصبحت حدود هذا الرهن التقليدي أكثر وضوحا. فأولا، يحتاج المانح عادة إلى أن يظل حائزا لموجوداته التجارية لكي يواصل تجارته. وثانيا، لا يمكن للرهن التقليدي أن يشمل الموجودات الآجلة، نظرا لأنه يستحيل عمليا نقل حيازة موجودات آجلة في وقت إنشاء الرهن. وثالثا، لا يمكن للرهن التقليدي أن يشمل الموجودات غير الملموسة نظرا لأنه يتطلب نقل حيازة الموجودات المرهونة والموجودات

غير الملموسة غير قابلة للحيازة (انظر الفصل الأول بشأن نطاق الانطباق، الفقرتين ٥٧ و٥٨). وبالتالي، لا بد من تطوير شكل ما للحق الضماني غير الحيازي. وقد استجابت الدول لهذا المطلب بطرائق شتى (انظر الفصل الأول بشأن نطاق الانطباق، الفقرات ٦٢-١٠٠).

٢٠- وتسمح بعض الدول للطرفين باستخدام الأداة الخاصة ببيع المانح موجوداته المنقولة إلى الدائن المضمون (بدون نقل حيازتها)، رهنا بحق المانح في فك رهن الحق في ملكية الموجودات لدى سداد الائتمان الذي يمثله سعر البيع. وبهذا النهج يكفي اتفاق البيع (الضماني) لإنشاء الحق الضماني ولنفاذه تجاه الأطراف الثالثة على السواء. وعلى الرغم من أن هذا النهج يمتاز ببساطته الظاهرية، فإنه ينطوي على مخاطر قانونية كبيرة. فالأطراف الثالثة، بما فيها الدائنون المضمونون المحتملون، ليست لديهم وسائل موضوعية للتحقق مما إذا كانت الموجودات التي في حيازة شخص ما خاضعة لحق ضماني. وعلاوة على ذلك، نظرا لطابع هذه الوسيلة السري، فإن الدول التي تعتمد هذا النهج ترى عادة أن من الضروري حماية حقوق الأطراف الثالثة التي تتعامل مع الموجودات في حيازة المانح من دون علم فعلي بنقل حق الملكية سلفاً (الحق الضماني) لصالح دائن مضمون. وبما أن هذه المخاطر القانونية تضعف اليقين وقابلية التنبؤ بالحقوق الضمانية، فإنها يمكن أن يترتب عليها أثر سلبي على تكلفة الائتمان المضمون وإمكان الحصول عليه.

٢١- وقد استجابت دول أخرى للحاجة العملية لتمويل مضمون غير حيازي بإقرار الرهون الاعتبارية التي يكفي بمقتضاها مجرد الحيازة الاستدلالية أو الرمزية. مثلا، في إطار هذا النهج يجوز للمانح إعلان أنه يحوز الموجودات المرهونة لصالح الدائن المضمون. وهذا النهج ينطوي على المخاطر القانونية نفسها المذكورة في الفقرة السابقة. وهناك دول أخرى قامت بإصلاح قوانينها للاعتراف بأشكال جديدة للحقوق الضمانية غير الحيازية دون أن تحسم، في الوقت نفسه، مسألة الإشهار بصورة شاملة. فهي تحاول، بدلا عن ذلك، احتواء الإضرار المحتمل بحقوق الأطراف الثالثة بفرض شروط شكلية مسبقة مختلفة، مكلفة ومستهلكة للوقت، بهدف الحد من نطاق انطباق هذه الأدوات الجديدة على موجودات بعينها. وقد تشمل هذه، مثلا، اشتراط أن يودع الصك الذي منح الضمان بمقتضاه في مكتب كاتب عدل، وأن يكون متاحا للاطلاع عليه في ذلك المكتب فقط.

٢٢- وبدلا من النهوج المذكورة أعلاه، وأحيانا بالإضافة إليها، لجأت بعض الدول إلى تكييف واستخدام مفهوم التسجيل العمومي للحقوق الضمانية من سياق الممتلكات غير المنقولة كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في الموجودات المنقولة. وكما قيل من قبل، فإن مزية السجل العمومي الكبرى تتمثل في أنه يمنح الدائنين المضمونين المحتملين مصدرا موضوعيا للمعلومات عن احتمال أن تكون موجودات الشخص المعني مرهونة فعلا. وبما أن السجل العمومي، علاوة على ذلك، ينبّه دائني المانح الآخرين ومن يشترون موجوداته إلى احتمال وجود حق ضماني وأي حق آخر واجب التسجيل، لا تكون هناك حاجة إلى قواعد خاصة لحماية الأطراف الثالثة إزاء المخاطر الكامنة في وجود حقوق سرية في موجودات ذلك الشخص. وهذه السمة بدورها تعزّز اليقين وإمكانية التنبؤ فيما يتعلق بالحقوق الضمانية.

٢٣- وفي حين أنه توجد أنواع مختلفة لنظام التسجيل في الدول المختلفة، فإن النهج الشائع في الدول التي اعتمدت استراتيجية إصلاح شاملة يتمثل في إنشاء سجل عام للحقوق الضمانية لجميع الموجودات المنقولة. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٣٢)، وذلك للأسباب التي تناقش بالتفصيل في الباب التالي.

٢٤- وحتى في الدول التي اعتمدت سجلا عاما للحقوق الضمانية، قد توجد أيضا وسائل أخرى مختلفة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وفقا لطبيعة الموجودات المرهونة. مثلا، ما زالت جميع هذه الدول تقريبا تعترف بأن الحق الضماني في الموجودات الملموسة يجوز أن يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة بنقل حيازة الموجودات إلى الدائن المضمون. وفي بعض هذه الدول، لا يزال نقل الحيازة في حد ذاته يمثل حقا ضمانيا مميزا ومعروفا باسم "الرهن"، بينما توجد بلدان يُعتبر فيها اتفاق الطرفين إجراء كافياً لإنشاء الحق الضماني، ويُفهم نقل الحيازة باعتباره طريقة بديلة للتسجيل من أجل تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وهذا النهج الأخير هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٣٤).

٢٥- وقد اعتمدت بعض الدول كذلك، بدلا من الحيازة أو التسجيل العمومي، قواعد متخصصة متعلقة "بالسيطرة" على الموجودات المرهونة تنطبق على نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في أنواع محددة من الموجودات، لا سيما الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي والحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل. وفي العديد من هذه الدول يمكن، بالإضافة إلى ذلك، تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في الموجودات المنقولة الملحقة بممتلكات غير منقولة، وذلك بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، إما كبديل للتسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية أو بالإضافة إلى هذا التسجيل. وأخيرا، يمكن بموجب قانون آخر في العديد من الدول تسجيل الحق الضماني في موجودات منقولة معيّنة ذات قيمة عالية في سجل لحقوق الملكية (مثلا، في سجل للسفن)، أو التأشير بشأنه في شهادة بحق الملكية (مثلا، في حالة السيارات).

٢٦- وفي بعض الدول، يُنشأ أيضا نظام منفصل للمستحقات، بمعنى أنه يمكن تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في مستحق من خلال إخطار المدين بالمستحق بوجود الحق الضماني. بيد أن هذا النهج يتعارض مع الممارسات المالية الحديثة. فالمحيل لن يرغب بصفة عامة في تنبيه زبائنه (من المدينين بالمستحقات) إلى وجود حق ضماني في مستحقاته، لأن هذا قد يثير تساؤلا في أذهانهم بخصوص وضع المحيل المالي. والواقع أنه حتى عندما تحال المستحقات إحالة تامة، كثيرا ما يكون المحال إليه راغبا في ترك مهمة التحصيل للمحيل. وعلى أي حال، لا يمكن للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة من خلال إخطار المدينين بالمستحقات أن يؤدي وظيفة السجل، لأنه سيتعين على الأطراف الثالثة في هذه الحالة أن تعتمد على المعلومات التي يوفرها المحيل عن هوية أولئك المدينين. وعلى ضوء هذه الممارسات، يوجد اتجاه متزايد لإلغاء استخدام هذه الطريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. والدول التي اعتمدت سجلا عاما للحقوق الضمانية تعتبر على الدوام توجيه إشعار إلى المدين بالمستحق مجرد أسلوب للتحصيل أو الإنفاذ لا كطريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وفي هذه الدول، يُنظر إلى التسجيل باعتباره يتيح وسيلة أنجع للمحال إليهم، بما في ذلك الدائنون المضمونون، لتقدير المخاطر المتعلقة بالأولوية منذ بداية المعاملة، وخصوصا حيثما تشمل الإحالة جميع مستحقات المانح الحالية والآجلة. عدا ذلك، سيتعرض المحال إليهم لخطر فقدان أولويتهم على أساس قرار من شخص محال إليه منافس بتوجيه إشعار إلى المدين بالمستحق.

٢٧- وهذه الوسائل البديلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ليست مانعة بعضها لبعض في معظم الدول. فكما أشير أعلاه، على سبيل المثال، تنص قوانين معظم الدول على أنه حيثما جاز جعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بنقل الحيازة إلى الدائن المضمون، جاز أيضا جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل. وبالتالي، حينما تكون أنواع مختلفة من الموجودات مشمولة بالاتفاق الضماني ذاته، تنص قوانين معظم الدول على جواز استخدام وسائل مختلفة بحسب اختلاف الموجودات (انظر التوصية ٣٦). والاستثناء الوحيد من مبدأ عدم الممانعة هذا، الذي يعترف به *الدليل*، ينبع من الطابع الخاص للمعاملات التي تستند إلى خطابات اعتماد (يستخدم *الدليل* مصطلح "التعهد المستقل"؛ انظر الفقرات ١٤٩-١٥٣ أدناه، والتوصية ٣٥). بيد أنه يجوز، عمليا، في الدول التي أنشأت سجلا عاما

للحقوق الضمانية، أن يكون التسجيل طريقة حصرية لتحقيق نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة في أنواع محددة من الموجودات، بمعنى أنه لا توجد طريقة أخرى لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في تلك الأنواع من الموجودات (كالمستحقات).

٢٨- وعلى الرغم من المبدأ الذي يشترط اتخاذ إجراء إضافي لتحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، فإن قوانين بعض الدول تنص على أنه في عدة حالات استثنائية يكون الحق الضماني نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة دون أن يحتاج الدائن المضمون إلى التسجيل أو أخذ الحيازة أو اتخاذ أي إجراء آخر بهدف تحقيق إشهار إيجابي. وهناك مثال تعترف به بعض الدول ويُناقش بالتفصيل لاحقا في هذا الفصل، وهو يتجسّد في الحق الضماني لصالح مصرف وديع في حق المانح في تقاضي أموال مودعة في حسابه المصرفي (انظر الفقرات ١٣٨-١٤٨ أدناه). ولكنّ، كقاعدة عامة في معظم الدول، لا يصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا جُعل نافذا تجاهها بطريقة مصممة لتوفير معلومات متاحة علنا.

٣- *التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية*

(أ) استعراض عام

٢٩- بينما يعتبر التسجيل العمومي طريقة مقبولة على نطاق واسع لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فإن نظم التسجيل للحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة تختلف اختلافا كبيرا. ففي الكثير من الدول، تطورت شروط التسجيل بشكل متزايد على امتداد فترة زمنية طويلة، مما أدى إلى تشكيلة من النظم غير المنسقة داخل الدولة الواحدة، جرى تنظيمها استنادا إلى معايير متنوعة. قد تكون بعض هذه النظم منظمة بحسب نوع المعاملة (كسجلات الاحتفاظ بحق الملكية وسجلات الشراء التأجيري على سبيل المثال). وقد تكون نظم أخرى منظمة بحسب وضعية المانح (كالشركات أو المنشآت التجارية، مثلا) أو بحسب هوية الدائن المضمون (كالمصارف على سبيل المثال). بل وقد تكون نظم أخرى منظمة بحسب نوع الموجودات المرهونة (كالمعدات أو الآلات أو المستحقات).

٣٠- وتتخذ الدول أيضا نهوجا مختلفة إزاء إجراءات التسجيل، وخاصة فيما يتعلق بما يجب أن يقدمه الطرفان الساعيان إلى التسجيل. وتشترط بعض الدول تسجيل ملخص شامل للحقوق الواردة في الاتفاق الضماني. وتذهب دول غيرها إلى ما هو أبعد من ذلك فتشترط تسجيل المستندات الضمانية كاملة إلى جانب الشهادات الرسمية أو الإقرارات الكتابية التي تثبت هوية المشاركين وموثوقية توقيعاتهم وأهليتهم القانونية.

٣١- وفي السنوات الأخيرة من القرن العشرين، على وجه الخصوص، بدأ عدد متزايد من الدول ينشئ سجلات جديدة أو يعيد تنظيم السجلات القائمة لديه إلى حد كبير أو حتى يستبدلها. فاستعاضت الدول عن النظم القائمة التي كانت مشتّتة ومجزّأة بسجل عام مركزي يشمل جميع الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة، بصرف النظر عن هوية الأطراف أو طبيعة الموجودات المرهونة أو شكل المعاملة

المنشئة للحق الضماني. وبالمثل، اختارت الدول التي أنشأت للمرة الأولى سجلا للحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة دون استثناء سجلا عاما مركزيا.

٣٢- والدول التي قامت بإصلاح نظم سجلاتها بهذه الطريقة فقد غيّرت أيضا تقنيات التسجيل في معظم هذه النظم تغييرا جوهريا. وكان الهدف هو الاستعاضة عن تسجيل إشعار بسيط لا يحتوي إلاّ على قدر ضئيل من التفاصيل الأساسية عن الحق الضماني الذي يتصل به، بنظام أكثر تعقدا لتسجيل المستندات الضمانية أو ملخص لها مصدّق على صحته. وهذا يعني أن الاتفاق الضماني المنشئ للحق الضماني لا يُسجل في هذه النظم كما لا يتحقق النظام من وجوده أو من محتواه. ويوصف هذا النوع من السجلات عادة بأنه سجل قائم على الإشعار، خلافا للسجل القائم على الوثائق.

٣٣- ويمثل اعتماد السجل القائم على الإشعار، بالنسبة للعديد من الدول، ابتعادا كبيرا عن مفهوم تسجيل الحقوق الضمانية المقبول عموما. وحتى في الدول التي لا يتم فيها تسجيل وثائق كاملة، تتلخص فكرة السجل القائم على الوثائق بشكل عام في أنه يوفر للباحثين دليلا فعليا أو افتراضيا على الأقل لإثبات وجود حق ضماني ما ونطاق الحق الضماني المشار إليه في التسجيل. أما في نظام التسجيل القائم على الإشعار فإن التسجيل، خلافا لذلك، لا يوفّر سوى إشعار بأن الدائن المضمون قد يكون لديه حق ضماني في الموجودات المذكورة في الإشعار. وكما يُناقش بالتفصيل في الفصل الرابع بشأن السجل، فإن التسجيل قد يسبق كلاً من إبرام الاتفاق الضماني وحيازة المانح حقوقا في الموجودات المرهونة المُبيَّنة في الإشعار المسجَّل (انظر الفصل الرابع بشأن السجل، الفقرات ٩٨-١٠١).

٣٤- وعندما يُقرن نظام التسجيل القائم على الإشعار بالبيانات المحفوظة في سجل مركزي شامل ومحوسب، فإنه يؤدي إلى تبسيط هائل لعبء التسجيل الواقع على عاتق الدائنين المضمونين ويوفّر عملية تسجيل وبحث عالية الكفاءة وفعّالة من حيث التكلفة. ولهذه الأسباب، يوصي *الدليل* بأن تنشئ الدول نظم تسجيل عمومية: *(أ)* تكون مركزية وعامة وشاملة لجميع الحقوق الضمانية؛ *(ب)* لا تتطلب سوى تسجيل إشعار يبيّن التفاصيل الأساسية للحق الضماني الذي يتصل به. وبينما يعالج الفصل الرابع من *الدليل* تفاصيل تصميم النظام وتشغيله (انظر الفصل الرابع بشأن السجل، الفقرات ٧-٤٦) فإن هذا الفصل يؤيد الفكرة القائلة بأن تسجيل إشعار بحق ضماني في مثل هذا السجل ينبغي أن يُعتمد كطريقة متاحة بصفة عامة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لمعظم أنواع الموجودات المنقولة (انظر التوصية ٣٢).

(ب) التسجيل مستقل عن إنشاء الحق الضماني

٣٥- لقد ذُكِر في الفقرات السابقة أن التسجيل في النظام القائم على الإشعار من النوع الموصى به في *الدليل* يتم عن طريق تسجيل إشعار بسيط لا يحتوي سوى التفاصيل الأساسية بشأن الحق الضماني الذي يتعلق به الإشعار. فالاتفاق الضماني الذي يتعلق به الإشعار لا يُسجَّل فعليا، ولا يُبيَّن وجوده أو محتواه للسجل ولا يتحقق هذا منه. وبالتالي فإن التسجيل لا يثبت إنشاء الحق الضماني، كما لا يلزم لإنشائه (انظر التوصية ٣٣).

٣٦- وباستخدام هذا النهج، لا يمكن من خلال البحث في السجل معرفة ما إذا كان الحق الضماني قد دخل حيِّز الوجود بالفعل. ويعتمد وجوده على إثبات (من خلال استعراض أدلة ووثائق غير مدوّنة في السجل) استيفاء الطرفين الشروط المستقلة لإنشاء الحق الضماني (انظر التوصيات ١٣-١٥). وبالمثل،

يعتمد نطاق الموجودات المرهونة نسبياً على الوصف المبين في الاتفاق الضماني وليس في الإشعار المسجل. مثلا، إذا كان الوصف المقدّم في الاتفاق الضماني يغطي نطاقا من الموجودات أضيق من الوصف المقدّم في الإشعار المسجل، كانت العبرة بالوصف الوارد في الاتفاق الضماني. ولا يخضع مدى النفاذ تجاه الأطراف الثالثة للوصف الوارد في الإشعار المسجّل إلا إذا كان وصف الموجودات المرهونة المقدّم في الإشعار المسجل أضيق نطاقا من الوصف المقدّم في الاتفاق الضماني.

(ج) التسجيل بدون الإنشاء غير كافٍ للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٣٧- من النتائج الهامة لنظام التسجيل القائم على الإشعار من النوع الذي يوصي به *الدليل* أن التسجيل لا يضمن وجود الحق الضماني فعلياً. وبعبارة أخرى، فإن التسجيل القائم على الإشعار، خلافا للنُهوج التقليدية إزاء التسجيل في كثير من الدول، لا يوفّر أدلة، ولو حتى افتراضية، على وجود الحق الضماني. وهذا يعني أن التسجيل بحد ذاته لا يؤدي إلى نفاذ الحق الضماني المبيَّن في الإشعار تجاه الأطراف الثالثة. فلا تُكتسب هذه الوضعية إلا إذا استوفيت أيضا شروط إنشاء الحق الضماني (انظر التوصيتين ٢٩ و٣٢).

٣٨- وهذا النهج إزاء التسجيل يزيد من مرونة نظام المعاملات المضمونة وفعاليته. أولا، رغم أن إنشاء الحق شرط أساسي للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فلا حاجة لأن يسبق التسجيل. وكما سبق شرحه (انظر الفقرة ٣٣ أعلاه)، يجوز تسجيل الإشعار بالحق الضماني إما قبل إبرام الاتفاق الضماني أو بعده، وحتى قبل إنشاء الحق الضماني الذي يشمل الموجودات المذكورة في الإشعار (مثلا، في الحالة التي يشمل فيها الاتفاق الضماني موجودات آجلة).

٣٩- وبينما لا تترتب في الغالب عواقب كبيرة على الاختلاف في ترتيب إنشاء الحق الضماني وتسجيل الإشعار المتعلق به، فذلك لا يصح دائما. إن وقت الإنشاء هام إذا اكتسب طرف ثالث حقوقا في الموجودات المبينة في إشعار مسجل بعد حدوث التسجيل (مثلا، عن طريق الهبة أو عن طريق البيع أو نتيجة إجراءات الإعسار أو الإنفاذ بحكم القضاء). وإذا استوفيت كذلك شروط الإنشاء قبل اكتساب طرف ثالث حقوقا في موجودات مرهونة، يصبح الحق الضماني نافذا تجاه هذا الطرف الثالث وتتحدد أولويته وفقا للقواعد المبينة في الفصل الخامس. ولكن إذا لم تكن شروط الإنشاء قد استوفيت بعد، اكتسب الطرف الثالث الموجودات خالصة من الحق الضماني المنشأ لاحقا، بصرف النظر عما إذا كان قد بحث في السجل وأصبح على علم بالإشعار الذي أودعه الدائن المضمون. وما لم يتم الإنشاء والتسجيل كلاهما، لا يتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

٤٠- وهناك استثناء دقيق جدا، متعلق بالأولوية، من المبدأ القائل بأن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يبدأ من الوقت الذي يكون قد تم فيه الإنشاء والتسجيل كلاهما، وليس فقط من وقت التسجيل. وكقاعدة عامة، على سبيل تعزيز اليقين وشفافية الحقوق بين الدائنين المضمونين، جُعلت الأولوية بين الحقوق الضمانية المتنافسة النافذة تجاه الأطراف الثالثة بفعل التسجيل متوقفة على الترتيب الذي جاء فيه التسجيل وليس على وقت الإنشاء (انظر التوصية ٧٦). أي أنه في حال وجود دائنين اثنين مضمونين، سبق أحدهما الآخر في التسجيل ولكنه أنشأ حقه الضماني بعد قيام الآخر بإنشاء حقه الضماني وتسجيل إشعار به (أي أنه حقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة)، تكون الأولوية لمن سبق الآخر في التسجيل.

(د) توسيع نطاق سجل الحقوق الضمانية العام ليشمل معاملات أخرى

٤١- إن إنشاء سجل عام للحقوق الضمانية من النوع المرتأى في *الدليل* أمر يمكِّن الباحثين من اكتشاف أي حقوق ضمانية محتملة في موجودات المانح واتخاذ الخطوات اللازمة لحماية حقوقهم. وقد استنتجت بعض الدول التي اعتمدت هذه الأنواع من السجلات أنه رغم أن الغرض الرئيسي من السجل هو استخدامه كمستودع للمعلومات المتعلقة بالحقوق الضمانية المحتملة، فمن الممكن توسيع نطاقه من أجل استخدامه بشكل مفيد أيضا لتسجيل المعلومات المتعلقة بأنواع أخرى من الحقوق غير الحيازية في الموجودات المنقولة.

٤٢- وفكرة استخدام سجل عام للحقوق الضمانية لأغراض أخرى غير تسجيل الإشعارات المتعلقة بالحقوق الضمانية ليست فكرة جديدة. فقوانين الدول التي أنشأت سجلات متخصصة لتسجيل الحقوق الضمانية في مطالبات الدفع (مثلا، الحق في مستحقات تجارية) تنص أحيانا على تسجيل إحالتها التامة.

٤٣- وتنص قوانين معظم الدول التي اعتمدت نظام السجل العام للحقوق الضمانية على أن الإحالة التامة للمستحقات تخضع لشروط التسجيل ذاتها ولقواعد الأولوية المنطبقة على الحق الضماني في المستحقات. ويستند هذا إلى منطق مفاده أنه، من منظور احتياجات الأطراف الثالثة بخصوص الإشهار، هناك فرق عملي ضئيل بين الإحالة التامة والإحالة الضمانية. وبالتالي، ينبغي أن تنطبق القواعد نفسها على نوعي المعاملات. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٣٢).

٤٤- وبعض الدول التي اعتمدت سجلا عاما للحقوق الضمانية تعتبر التسجيل شرطا أساسيا للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة في المعاملات التي تنقل حيازة الموجودات المنقولة الملموسة ولكنها لا تنقل ملكيتها. وتشمل الحالتان الأكثر شيوعا الإيجارات التشغيلية لمدة طويلة (مثلا، لمدة سنة أو أكثر) والشحنات التجارية التي يكون فيها المرسل إليه حائزا للمخزون بوصفه وكيل بيع لحساب المالك. والمبرر المنطقي لهذا النهج أن الأطراف الثالثة المعنية بموجودات ملموسة في حيازة شركة تجارية، لا تملك في حالة عدم التسجيل وسائل موضوعية لمعرفة ما إذا كانت هذه الموجودات مملوكة للشركة أو للمؤجر أو للمرسِل. وفي الدول التي تعتمد هذا النهج، فإن أولوية حقوق المؤجر والمرسل في مقابل الأطراف الثالثة تخضع عادة للقواعد نفسها المنطبقة على صاحب الحق الضماني الحيازي (انظر الفصلين الخامس بشأن أولوية الحق الضماني والتاسع بشأن تمويل الاحتياز). وعلى الصعيد الدولي، فإن توسيع شروط تسجيل الحقوق الضمانية لتشمل الإيجارات الصحيحة يتجسّد على الصعيد الدولي في اتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة، التي توسّع نطاق السجل الدولي المرتأى فيها ليتعدّى الحقوق الضمانية والإيجارات التمويلية فيشمل ترتيبات الإيجار التشغيلي.

٤٥- وفيما يتعلق بالممتلكات غير المنقولة، هناك دول عديدة تعرف منذ أمد طويل مفهوم الرهن القضائي الذي يمكن بموجبه للدائن بحكم القضاء أن يسجل مبلغا من المال الصادر بصدده الحكم لصالحه تجاه الممتلكات غير المنقولة لمدين بحكم القضاء ويحصل بالتالي على رهن لتلك الممتلكات غير المنقولة. ومن بين الدول التي اعتمدت سجلا عاما للحقوق الضمانية، توجد دول تنص قوانينها أيضا على أن تسجيل إشعار في ذلك السجل بالحكم الصادر ينشئ حقا لصالح الدائن بحكم القضاء، معادلا للحق الضماني في الموجودات المنقولة للمدين بحكم القضاء. ويمكن أن يعزّز هذا النهج بصورة غير مباشرة الوفاء الطوعي الفوري بالديون المحكوم بسدادها، لأن الأطراف الثالثة لن تكون راغبة في شراء أو أخذ حق ضماني في الموجودات المرهونة حتى يُسدَّد الدين المحكوم بسداده ويلغى الإشعار المسجَّل.

وينص *الدليل* أيضا، ضمن توصيته بشأن الأولوية بين الدائن المضمون والدائن بحكم القضاء، على إمكانية قيام دولة مشترعة باعتماد هذا النهج (انظر التوصية ٨٤).

٤٦- وتوجد، بين الدول التي تعتمد هذا النهج، دول تنص قوانينها على أن الحق الضماني لصالح دائن بحكم القضاء ينتهي نفاذه حالما تبدأ إجراءات الإعسار تجاه المانح، إما تلقائيا أو، بطلب يقدّمه ممثل الإعسار، في غضون فترة زمنية محددة عقب قيام الدائن بحكم القضاء بالتسجيل. وفي دول أخرى يحق لممثل الإعسار تأكيد الحق الضماني المسجَّل للدائن بحكم القضاء، وذلك لصالح جميع الدائنين غير المضمونين (يكون ذلك عادة رهنا بامتياز خاص لصالح الدائن بحكم القضاء المسجَّل لتعويضه عن المصاريف والجهود). والغرض من هذين النهجين هو ضمان عدم تعارض حق الدائن المسجَّل بحكم القضاء مع سياسات الإعسار التي تقتضي المساواة في المعاملة بين دائني المدين غير المضمونين. ويسعى النهج الثاني إلى تحقيق هذا الهدف مع تمكين ممثل الإعسار من تأكيد الأولوية لصالح جميع الدائنين غير المضمونين في مقابل الدائنين المضمونين، الذين كان الدائن بحكم القضاء المسجَّل يتمتع بالأولوية عليهم قبل الإعسار. ولا يقدّم *الدليل* توصية بشأن هذه النقطة، لأنها مسألة من اختصاص قانون الإعسار وليست من اختصاص قانون المعاملات المضمونة.

٤- *الحيازة*

(أ) استعراض عام

٤٧- في معظم الدول، يحظى نقل حيازة الموجودات الملموسة إلى الدائن المضمون (الرهن الحيازي التقليدي) بالقبول كإجراء كاف لإثبات إنشاء الحق الضماني وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة في الوقت نفسه. ومن حيث الإنشاء، يرتكز ذلك إلى نظرية مفادها أن تنازل المانح عن الحيازة دليل على موافقته الضمنية على الحق الضماني وعلى نطاق الموجودات المرهونة بذلك الحق الضماني. ومن حيث النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، ليس هذا التنازل إشهارا إيجابيا بوجود حق ضماني، لأن حيازة المنقول إليه متسقة بالقدر نفسه مع ترتيب غير ضماني (مثلا، إيجار تشغيلي أو مجرد إيداع). بيد أن نقل الحيازة لا يزيل خطر أن تؤدي حيازة المانح المستمرة للموجودات إلى تضليل الأطراف الثالثة، التي قد تعتقد أن المانح يتمتع بحق ملكية غير مرهون في هذه الموجودات.

٤٨- وفي بعض الدول، يحل تسجيل إشعار بالحق الضماني في سجل عام للحقوق الضمانية محل الحيازة ويكون الوسيلة الوحيدة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة (كما كان يفعل عادة في حالة الممتلكات غير المنقولة). وتُقدَّم ثلاثة أسس منطقية متشابكة لهذا النهج. أولها هو أنّ الحيازة تنال من موثوقية السجل كمصدر شامل للمعلومات المتعلقة باحتمال وجود حقوق ضمانية في موجودات المانح. وهكذا، لا يستطيع الدائنون المضمونون أو المشترون المحتملون الاعتماد على بحث في السجل لاستنتاج أن الموجودات المعنية ليست مرهونة. بل على العكس، فلا بد لهم أيضا من التحقق من أنّ الموجودات لا تزال في حيازة المانح. ويتعلق الأساس المنطقي الثاني بصعوبة الإثبات. فبينما يحدد التسجيل وقتاً موضوعياً لنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة ولتقرير أولويته، يتطلب نقل الحيازة أدلة، يجوز الطعن فيها، فيما يتعلق بتحديد الوقت الذي حدث فيه نقل الحيازة المادي فعلا. أما الأساس المنطقي الثالث فهو أن الحيازة من جانب

الدائن قد تؤدي بالأطراف الثالثة إلى الاعتقاد خطأ بأن الدائن يحوز موجودات غير مرهونة يجوز له أن يمنح حقا ضمانيا فيها. أي أن نقل الحيازة إلى الدائن لا يوفّر في حد ذاته ضمانا بأن للدائن الحائز حق رهن الموجودات.

٤٩- ورغم هذه الشواغل، فإن غالبية الدول التي أنشأت سجلا عاما للحقوق الضمانية تحتفظ أيضا بإجراء نقل الحيازة كوسيلة بديلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في أنواع معيَّنة من الموجودات. والأسباب لذلك عدة. فكفاية الحيازة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أمر راسخ في الممارسة التجارية. ويضاف إلى ذلك أنّ من الضروري أن يظل نقل الحيازة كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة متاحا على أي حال للمستندات والصكوك القابلة للتداول من أجل الحفاظ على قابليتها التداولية وعلى الأولوية المتصلة بها. وعلاوة على ذلك، ففيما يتعلق بالتعدّي على شمولية هذا السجل، فإن الدائن المضمون المحتمل، أو المشتري المحتمل، يريد عادة أن يتحقق مما إذا كانت الموجودات المعنية موجودة فعلا (لأنه لا يوجد سجل عام لحقوق الملكية في الموجودات المنقولة)، وبالتالي يحتاج إلى التحقق من استمرار حيازة المانح لها. وليس من المرجّح أن تسبّب المشاكل الاستدلالية المتصلة بوقت نقل الحيازة أي صعوبات في الممارسة العملية. فمن مصلحة أي دائن مضمون حصيف أن يتأكد من أنّ الوقت الذي آلت إليه الحيازة فيه موثّق بالشكل اللازم. وأخيرا، فنظرا لطبيعة عمل الدائن المضمون (كالمقرض بضمان الرهن مثلاً)، ليس من المرجّح عموما خداع الأطراف الثالثة بشأن ما إذا كان الدائن يحوز الموجودات كمالك أو كدائن مضمون (مُرتهن).

٥٠- وفي الدول التي تقبل التسجيل والحيازة باعتبارهما وسيلتين بديلتين لتحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، ليست هاتان الوسيلتان عمليا متساويتين من حيث النطاق. أولا، لأن نقل الحيازة ليس وسيلة متاحة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ما لم تكن الموجودات المعنية قابلة للحيازة فعلا (أي موجودات مادية ملموسة). وثانيا، لا يصلح نقل الحيازة ما لم يكن المانح على استعداد للتخلي عن مواصلة استخدام الموجودات المرهونة. فلا يمكن نقل الحيازة إذا كان المانح بحاجة إلى الاحتفاظ بالموجودات المرهونة من أجل توفير خدماته أو إنتاج منتجاته أو لكي تدر له الدخل بشكل آخر.

٥١- ولهذين السببين، ما أن يصبح نظام شامل وفعّال لتسجيل الإشعارات متاحا، تميل الغالبية العظمى من الدائنين المضمونين إلى تفضيل التسجيل على الحيازة كوسيلة لتحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة. والاستثناءان الرئيسيان يخصان معاملات أو موجودات محددة ويحتاجان عادة إلى تمويل قصير الأجل. وهكذا على سبيل المثال، عندما تمنح الحيازة ميزة الأولوية، كما في حالة الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول، سيرغب الدائنون المضمونون في أخذ الحيازة حتى لو كانوا أنفسهم قد سجّلوا حقا ضمانيا (انظر التوصيتين ١٠١ و١٠٩). وعلاوة على ذلك، إذا كان الدائن المضمون يزاول أعمالا تنطوي على أخذ حقوق ضمانية حيازية (مثل المقرضين بضمان الرهن)، فمن النادر أن يعمد أيضا إلى تسجيل حقه الضماني. وبالنظر إلى أن: *(أ)* الرهن الحيازي معروف حق المعرفة ومفهوم حق الفهم في معظم الدول؛ *(ب)* أنّ من الممكن تحقيق الكفاءة في السماح بالحيازة كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة؛ *(ج)* أن حالات عدم شمول السجل ليست ذات شأن، فإن *الدليل* يؤيد تسجيل الإشعار ونقل الحيازة إلى الدائن المضمون كوسيلة بديلة لتحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في الموجودات الملموسة (انظر التوصية ٣٧).

(ب) الحيازة الحكمية غير كافية

٥٢- إن حيازة المانح المستمرة، أو حيازة أي شخص تربطه صلة وثيقة بالمانح، لن تكفي عادة لتنبيه الأطراف الثالثة إلى أن ملكية المانح يحتمل أن تكون مرهونة. وهذا هو أساس المبدأ الثابت منذ زمن طويل بأن الرهن التقليدي يتطلب نقل حيازة الموجودات المرهونة الفعلي من المانح (الراهن) إلى الدائن المضمون (المرتهن). ولكن، مثلما سبق ذكره في هذا الفصل (انظر الفقرة ٢١ أعلاه)، قامت بعض الدول، بمرور الوقت، بتلطيف قواعدها بشأن ما يمكن أن يشكّل حيازة الدائن. وفي بعض الدول، أصبحت الحيازة الحكمية (كالاتفاق على تعيين المانح وكيلا للدائن المضمون) مقبولة الآن باعتبارها وسيلة كافية لتشكيل الحيازة وتحقيق نفاذ الحق الضماني في الموجودات الملموسة تجاه الأطراف الثالثة. وفي دول أخرى أصبحت الحيازة الرمزية مقبولة، كأن يلصق المانح تنبيها على شيء أو على باب مؤسسة يعلن فيه أن هذا الشيء أو محتويات هذه المؤسسة مرهونة للدائن المضمون. وكانت هذه التطورات عادة نتيجة لمحاولة الدول أن تستجيب للطلب التجاري على الحقوق الضمانية غير الحيازية في غياب آلية أعم لإنشاء حق ضماني غير حيازي وتحقيق نفاذه في الموجودات المنقولة. ثم إن العديد من الدول التي لا تسمح اليوم بالحقوق الضمانية غير الحيازية، مع ذلك، لا تزال تفرض شروطا صارمة بأن تكون حيازة الدائن حقيقية: أي علنية، ومتواصلة، ولا لبس فيها (للاطلاع على مناقشة الحيازة كشرط لإنشاء الحق الضماني الحيازي، انظر الفقرة ٣٣ من الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني).

٥٣- والدول التي أنشأت سجلا عاما للحقوق الضمانية، مع مواصلتها السماح بحيازة الدائن كوسيلة بديلة للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة عموما، تعتمد النهج الصارم إزاء الحيازة. فتتطلب حيازة الدائن أن يتخلى المانح فعليا عن العهدة المادية للموجودات المرهونة. أي أنه نظرا لأن وجود سجل للحقوق الضمانية يجعل بالإمكان منح حقوق ضمانية غير حيازية، فلا داعي للتساهل في مفهوم الحيازة لتيسير إنشاء حقوق ضمانية غير حيازية. وهذا هو أيضا الأساس المنطقي الذي استند إليه *الدليل* والنهج الذي يوصي به (انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير، المصطلح "الحيازة" والتوصيتين ١٥ و٣٢).

(ج) حيازة طرف ثالث

٥٤- تتخذ معظم الدول موقفا ينطوي على أن نقل الحيازة ليس بحاجة إلى أن يشمل عهدة مباشرة من الدائن المضمون لكي يؤدي إلى نفاذ الحق تجاه الأطراف الثالثة. فحيازة وكيل أو ممثل للدائن المضمون تعادل حيازة الدائن المضمون، شريطة ألاّ يستنتج أي شخص عابر محايد أنّ الموجودات المرهونة لا تزال في حيازة المانح. وتوجد عدة أسباب عملية لاحتمال تفضيل حيازة الأطراف الثالثة.

٥٥- ففي بعض الحالات، يفتقر الدائن المضمون إلى القدرة على حماية الموجودات المرهونة بشكل مناسب. وعادة يحدث هنا أن يأخذ الحيازة باسم الدائن المضمون وديع يعمل بالنيابة عنه. وقد يكون ذلك مفيدا مثلا في الحالات التي تكون فيها الموجودات ماساً أو ذهبا أو فضة أو معادن أخرى نفيسة يفضّل أن تكون مودعة في أمان في عهدة شركة ضمان.

٥٦- وفي حالات أخرى، قد تكون الموجودات المرهونة أصلا في حيازة شاحن أو متعهد مستودع لطرف ثالث. وفي هذه الحالة، يمكن أن يحدث شكل من أشكال النفاذ تجاه الأطراف الثالثة من خلال الحيازة

عندما يصدر هذا الطرف الثالث إيصالا باسم الدائن المضمون أو يوافق على الاحتفاظ بالموجودات المرهونة بالنيابة عن الدائن المضمون؛ وحيث تؤكّد تصرفات الطرف الثالث أنه يتولى الحيازة بالنيابة عن الدائن المضمون.

٥٧- وبدلا من ذلك، إذا قام الطرف الثالث متمثلا في الشاحن أو متعهد المستودع بإصدار إيصاله على شكل مستند ملكية قابل للتداول، فإن ذلك يعني أن الشاحن أو متعهد المستودع ملزم بتسليم الموجودات المبيّنة في المستند إلى الشخص الحائز له في ذلك الحين بالتحديد. وبالتالي، كما نوقش في هذا الفصل (انظر الفقرات ١٥٤-١٥٨ أدناه)، فإن القيام بتسليم الدائن المضمون هذا المستند مع ما يلزم من تظهير يتيح وسيلة بديلة لتحقيق نفاذ الحق الضماني في الموجودات التي يشملها تجاه الأطراف الثالثة.

٥٨- وتؤدي إمكانية ممارسة حيازة الدائن المضمون للموجودات المرهونة عن طريق عهدة وكيل أو ممثل إلى تعزيز كفاءة وفعالية الحقوق الضمانية الحيازية بكونها تسمح للدائنين بتفويض مسؤولية العهدة دون الانتقاص من حقوق الأطراف الثالثة. ولهذه الأسباب، يؤكّد *الدليل* جواز تحقيق حيازة الدائن عن طريق عهدة طرف ثالث (انظر المقدّمة، القسم باء، المصطلحات والتفسير، مصطلح "الحيازة" والتوصيتين ١٥ و٣٢).

٥٩- وفي بعض الدول جرى توسيع فكرة حيازة الأطراف الثالثة بهدف إزالة الحاجة إلى نقل الموجودات المرهونة المادي من مكان المانح. ففي ترتيبات "المستودعات الميدانية"، على سبيل المثال، يقوم ممثل للدائن المضمون (وهو عادة موظف لدى المانح صار وكيلا لشركة المستودعات الميدانية) بأخذ الحيازة المادية للموجودات المرهونة في عهدته على أرض المانح (مثلا بوضعها في مخزن مُقفَل لا أحد يحمل مفتاحه سوى الممثل). وأي إفراج عن موجودات مخزونة في "المستودع الميداني" بغية تسليمها إلى المانح أمر يستلزم موافقة الدائن المضمون من خلال ممثله.

٦٠- وترتيبات المستودعات الميدانية أكثر شيوعاً في الدول التي يكون فيها الرهن الحيازي هو الشكل الوحيد المتاح للحق الضماني في الموجودات المنقولة. ومع ذلك، فإن الدائن المضمون، في الدول التي تتيح البديل في شكل السجل العمومي، قد يرغب في استخدام المستودعات الميدانية كوسيلة عملية لمراقبة حركة الموجودات المرهونة. ولكن عادة يقوم الدائن المضمون أيضا بتسجيل إشعار بحقه الضماني لتأكيد اليقين القاطع فيما يتعلق بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة حتى وإن حدث طعن ناجح في ترتيب المستودعات الميدانية بحجّة أنه ينطوي على مجرد حيازة حكمية لا على نقل حقيقي للحيازة.

(د) عدم انطباق مفهوم الحيازة على الموجودات غير الملموسة

٦١- تنبع فكرة الحيازة كوسيلة ممكنة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة من فكرة الشفافية في العهدة المادية للموجودات. وهذا هو السبب الذي جعل الدول التي تأذن بإنشاء الحقوق الضمانية من خلال اتفاقات الرهن تشترط أن تكون الموجودات المرهونة موجودات ملموسة. وتستبعد الموجودات غير الملموسة لأنّ من المستحيل ماديا حيازة موجودات غير ملموسة. وكثيرا ما يسعى الدائن إلى اتخاذ حق ضماني في مستحقات المانح، ولكنه لا يستطيع تحقيق نفاذ حقه الضماني تجاه الأطراف الثالثة في المستحقات بالحيازة. وفقط بجعل المستحقات مادية في صك قابل للتداول يمكن أن تشكّل حيازة

الدائن وسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لحقه الضماني في المستحقات بأخذ العهدة المادية للصك القابل للتداول. وعلى العكس من ذلك، إذا أخذ دائن مضمون في عهدته المادية شهادة إيداع أو أي صك إيداع آخر يقتصر على إثبات الدين ولا يكون قابلا للتداول بموجب القانون المنظّم للصكوك القابلة للتداول، فإن هذه العهدة لن تشكل من حيث المبدأ وسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة للحق الضماني في المستحقات المثبتة في تلك الشهادة أو ذلك الصك. وبالمثل، إذا سعى المانح إلى إنشاء حق ضماني في إيجار قطعة من المعدات، بحكم حقه كمستأجر، فهو لن يستطيع تحقيق نفاذ هذا الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة بتسليم الدائن المضمون المعدات (التي لا يملكها)؛ ولن يستطيع كذلك تحقيق نفاذ حقه كمستأجر بتسليم الدائن المضمون عقد الإيجار لأن هذا العقد ليس مستند ملكية (للاطلاع على القواعد الخاصة المنطبقة على حيازة مستندات الملكية، انظر الفقرات ١٥٤-١٥٨ أدناه).

(هـ) مدى كفاية الحيازة لأغراض الإنفاذ

٦٢- لن يسعى جميع الدائنين المضمونين فورا إلى تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في وقت إنشاء الحق الضماني. وقد لا يقومون، لأي سبب من الأسباب، بتسجيل إشعار في السجل العام للحقوق الضمانية، أو بحيازة الموجودات المرهونة. وفي هذه الحالة، من الضروري تقرير الشروط التي تشكّل بموجبها حيازة الدائن الفعلية اللاحقة وسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

٦٣- ومن الممكن أن ينشأ وضعان: فقد يكتسب الدائن المضمون الحيازة قبل تقصير المانح أو بعد تقصيره في سداد التزامه المضمون أو في أدائه على نحو آخر. ففي الحالة الأولى (حالة الحيازة قبل التقصير)، تسمح جميع الدول للدائن بتحقيق نفاذ حقه تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة، وذلك ببساطة عن طريق أخذ الموجودات المرهونة من المانح. ويمكن تحقيق الحيازة إما لأن المانح يقوم بتسليم الموجودات المرهونة طواعية، وإما نتيجة لحصول الدائن على أمر قضائي بالحيازة (خارج عملية إنفاذ الحق الضماني) على أساس أن هذا كان من شروط الاتفاق الضماني.

٦٤- وفي الحالة الثانية (حالة الحيازة بعد التقصير)، تعتمد الدول نهوجا مختلفة. فهناك دول لا تجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة إذا كانت الحيازة ناتجة عن استيلاء الدائن المضمون على الموجودات المرهونة بسبب تقصير المانح. ولهذا النهج أساس منطقي من حيث المفهوم والسياسة العامة. فمن حيث المفهوم، ينطوي تنازل المانح عن الحيازة طواعية للدائن المضمون في بداية المعاملة المضمونة على اعتراف الطرفين بأنّ حقوق الدائن المضمون تجاه الأطراف الثالثة ستحمى بهذه الطريقة. وينطوي الاستيلاء لأغراض الإنفاذ عادة على تخلي المانح اضطرارياً عن حيازة الموجودات المرهونة نتيجة تقصيره. ويضاف إلى ذلك، أنه حتى عندما يتنازل المانح طواعية عن الموجودات فإنه يفعل ذلك مكرها تحت ضغط إجراءات الإنفاذ. أما الأساس المنطقي من حيث السياسة العامة، فينطلق من أن الاستيلاء لأغراض الإنفاذ يعتمد عليه عادة الدائن المضمون الذي لم يسجل إشعارا بحقه الضماني أو سجل إشعارا معيبا. وتوجد مخاوف، في سياق المنافسة مع ممثل إعسار المانح على وجه الخصوص، من أن يكون الاعتراف بالاستيلاء كتصرف كاف للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة بمثابة مكافأة على سلوك غير حكيم وأن يشجّع على التسرّع في الإجراء الإنفاذي ويقترن بمسائل صعبة تتعلق بإثبات ما إذا كان الاستيلاء قد حدث قبل بدء إجراءات الإعسار أم بعدها.

٦٥- وهناك في المقابل دول أخرى لا تعتبر فيها حيازة الدائن ولا سياقها أمرا هاما لتقرير عواقبها القانونية. فحيازة الدائن المضمون تؤدي إلى نفاذ حقه تجاه الأطراف الثالثة حتى لو حصل على هذه الحيازة عن طريق الاستيلاء على الموجودات المضمونة لأغراض الإنفاذ. ويستند هذا النهج إلى الفكرة

القائلة بأنّ وظيفة الحيازة تتمثل في كفالة عدم تضرر الأطراف الثالثة من الانطباع الخاطئ بالثراء الذي قد ينجم عن استمرار المانح في حيازة موجودات ليس له فيها حق ملكية خال من الرهون. وحيازة الدائن المضمون للموجودات تحقق هذا الهدف مهما كان الدافع وراء حيازتها، وبغض النظر عن الظروف التي حصل فيها على الحيازة.

٦٦- وكما ذُكر من قبل، فإن السياق الرئيسي الذي تنشأ فيه هذه المسألة المتعلقة بالسياسة العامة ينطوي على التنافس بشأن الأولوية بين الدائن المضمون وممثل إعسار المانح. ولهذا، لا يتضمن *الدليل* توصية محددة في هذا الصدد، ولكنه يعطي نظام الإعسار في الدولة المعنية أسبقية (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الخامس، الفقرات ٥٧ و٦٢-٦٥ و٦٧-٧١).

٥- *التسجيل في سجل متخصص أو التأشير على شهادة الملكية*

(أ) استعراض عام

٦٧- يُفترض مسبقا في النهجين الرئيسيين لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، اللذين جرى استعراضهما آنفا (أي التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية وحيازة الدائن)، أنّ الهدف الرئيسي هو تنبيه الأطراف الثالثة إلى احتمال وجود حق ضماني. وحتى في الدول التي أنشأت حتى الآن سجلات مجزّأة، مثل سجلات يركّز فيها الهيكل التنظيمي على نوع المعاملة (سجلات الرهون التجارية، مثلا) أو على وضعية المانح (سجلات الشركات، مثلا) أو نوع الدائن المضمون (المصارف، مثلا)، أو نوع الموجودات المرهونة (سجلات المعدات أو المستحقات، مثلا)، يركّز السجل على الحقوق الضمانية. ولا تفتح هذه السجلات، إلاّ بصورة استثنائية، لأغراض غير غرض تسجيل الحقوق الضمانية أو لغير تسجيل ما يُراد أن يكون في عداد الحقوق الضمانية (مثلا، الإحالات التامة للمستحقات، والإيجارات الطويلة الأمد، والشحنات التجارية).

٦٨- ومع ذلك، درج العديد من الدول على استخدام أشكال أخرى لإشهار الحقوق القائمة تقليدياً. فقد ينشأ أحيانا سجل متخصص لنوع محدّد من الموجودات لتسجيل جميع المعاملات المتصلة بذلك النوع من الموجودات، بما في ذلك إحراز ونقل حق الملكية والحقوق الضمانية في الموجودات. والنموذج لهذه الأنواع من السجلات هو السجل العادي للحقوق في الممتلكات غير المنقولة، الذي كثيرا ما يمكن أن تسجل فيه حقوق الملكية والرهون والتكليفات العمومية، بل وحتى التحذيرات الرسمية من مقاضاة وشيكة. وتنشئ الدول أيضا نظم سجلات متخصصة للموجودات المنقولة، ومنها سجلات لأنواع محددة من الموجودات، مثل السفن والطائرات وأنواع معينة من الممتلكات الفكرية كالاختراعات والعلامات التجارية وحقوق التأليف والنشر. وقامت دول أيضا بإنشاء نظم تحدد فيها أنواع الموجودات المنقولة بشهادة ملكية يمكن أن تذكر فيها مباشرة مختلف المعاملات المتصلة بتلك الموجودات. وقد ثبتت فائدة هذه الآليات عبر الزمن بحيث إنها، حتى في الدول التي أنشأت سجلات عامة للحقوق الضمانية، كثيرا ما تستخدم كوسائل بديلة للتسجيل وحيازة الدائن لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

(ب) التسجيل في سجل متخصص

٦٩- عادة ما تُحدد في القانون الذي ينشئ السجل المتخصص وأي لوائح تنظيمية متصلة به، القواعد الأساسية والإجرائية التي تحكم التسجيل في سجل متخصص. ومن السمات العامة المميزة للسجلات

المتخصصة أنها قائمة على الموجودات (مثلا، السفن أو الطائرات أو الاختراعات أو العلامات التجارية)، وبالتالي فهي مفتوحة لتسجيل الحقوق في أنواع محددة من الموجودات. ومن سماتها أيضا أنها سجلات لحقوق الملكية أولا وقبل كل شيء. وبما أن تسجيل نقل غير مأذون به قد يضر بحقوق المحال إليه أو الدائن المضمون الذي يعتمد على البيانات المحفوظة في سجل الملكية، فإن قانون التسجيل المتخصص يشترط على المسجلين عادة، في حالة نقل الملكية، توفير إثبات للوثائق الأساسية المتعلقة بالنقل. ويجوز، بحسب القواعد المنطبقة المحددة، أن يمتد الإثبات من تسجيل وثائق المعاملة كاملة أو ملخصة إلى تسجيل إشعار. ويضاف إلى ذلك أن الآثار القانونية لتسجيل الحق الضماني في سجل متخصص قد تتفاوت، من إنشاء الحق الضماني أو نفاذه تجاه الأطراف الثالثة إلى الآثار المتعلقة بالإثبات أو الإشهار أو الآثار التنظيمية. وبالتالي، فإن السجل المتخصص، علاوة على أنه ييسر إشهار الحقوق وتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، يمكن أيضا أن يساعد على أداء وظائف هامة أوسع لا يمكن تكرارها في سجل عام للحقوق الضمانية. وعلى سبيل المثال، يعد سجلا السفن والطائرات مثالين معترف بهما على نطاق واسع يؤدي فيهما السجل المتخصص دور تبديد الشواغل التنظيمية الدولية بشأن السلامة والشواغل الوطنية بخصوص أمن الدول، إضافة إلى تيسير المعاملات التجارية.

٧٠- ويجب على الدول التي توجد لديها سجلات متخصصة قائمة على الموجودات أن تقرر أولا ما إذا كان يجوز أن تسجل فيها الحقوق الضمانية في موجودات معيَّنة. فهناك دول كثيرة لا تسمح بهذا التسجيل، إذ يجب على الدائنين اللجوء إلى تسجيل اتفاقات من قبيل النقل المشروط لحقوق الملكية كوسيلة لإشهار الحق الضماني. وكما شُرح من قبل (انظر الفصل الأول بشأن نطاق التطبيق، الفقرات ١١٠-١١٢)، لا يحبذ *الدليل* الأخذ بهذه الأنواع من أدوات الملكية كوسيلة لمنح الحق الضماني. وبالتالي، يفترض *الدليل* أن الدولة التي لديها سجل متخصّص ستسمح بتسجيل إشعار بالحق الضماني كوسيلة لتحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٣٤، الفقرة الفرعية *(أ)* '٣'، والتوصية ٣٨، الفقرة الفرعية *(أ)*).

٧١- ويجب على الدول التي لديها سجلات متخصّصة يجوز تسجيل الإشعارات بالحقوق الضمانية فيها أن تقرر ما إذا كان التسجيل في السجل المتخصص سيكون الطريقة الحصرية لتحقيق نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة في الموجودات الخاضعة للتسجيل في السجل المتخصص. وتختلف الممارسة بين السجلات، حتى في البلد الواحد. وبعض الدول التي تسمح بتسجيل إشعار بحق ضماني في أنواع معينة من الموجودات في سجل متخصص كطريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، تجعل هذا التسجيل الطريقة الحصرية للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة. فلا يجوز فيها للدائن المضمون المطالبة بأي حقوق في الموجودات تجاه أطراف ثالثة إذا لم يُسجَّل في السجل المتخصِّص إشعار، أو مستند آخر، متعلق بهذه الحقوق. وتتخذ دول أخرى موقفا أقل تشددا، فتسمح بطرائق بديلة لتحقيق نفاذ الحقوق الضمانية في الموجودات المشمولة بالسجل المتخصص تجاه الأطراف الثالثة. والأساس المنطقي في هذه الدول هو أنه، باستثناء المطالبين المنافسين الذين يسعون إلى حماية حقوقهم عن طريق تسجيل إشعار بالسجل المتخصص والذين اعتمدوا على هذا السجل على نحو أضر بهم، لا يوجد أي سبب ينفي إمكانية تحقيق النفاذ تجاه جميع الأطراف الثالثة الأخرى بطرائق أخرى متاحة عموما، بما فيها التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية أو بنقل حيازة الموجودات المرهونة في الحالات التي يكون فيها هذا أمرا ممكنا. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصيتين ٣٢ و٣٤).

٧٢- ولكن، في هذه الدول، عندما يجعل الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة نافذاً بإحدى هذه الطرائق الأخرى، فإن مرتبته من حيث الأولوية تكون أدنى من مرتبة الدائنين المضمونين المنافسين ومن تنقل إليهم الموجودات المرهونة الذين يسجلون حقوقهم في السجل المتخصص. وبالتالي، فيما بين الحق الضماني المسجل في السجل العام للحقوق الضمانية والحق الضماني المسجل في السجل المتخصص،

يخضع الأول لأولوية الثاني بغض النظر عن وقت التسجيل في السجلين. ومع ذلك، فإن السماح بتحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة بتسجيله في السجل العام للحقوق الضمانية يمكّن الدائن المضمون، الذي يأخذ حقا ضمانيا في جميع موجودات المانح المنقولة أو في فئات موجودات عامة، من حماية نفسه من ممثل إعسار المانح أو الدائنين بحكم القضاء، وذلك بإدراج تسجيل واحد في سجل الحقوق الضمانية العام.

٧٣- والتسجيل في السجل المتخصص، في إطار هذا النهج، ليس ضروريا كمسألة عملية، إلا إذا استنتج الدائن المضمون أن احتمال حصول دائن مضمون منافس على حق ضماني غير مصرح به أو إجراء عملية نقل إلى منقول إليه يُسجِّل في السجل المتخصص كبير إلى درجة تبرّر عبء القيام بتسجيل إضافي في السجل المتخصص. ونظرا لأن عدد هذه السجلات المتخصصة محدود وكذلك أنواع الموجودات التي تشملها، فإن إعطاء الأولوية للحقوق المسجلة في السجل المتخصص لا ينتقص كثيرا من كفاءة سجل الحقوق الضمانية العام وسلامته. ولهذه الأسباب، يوصي *الدليل* بأنه يجوز، في حالة استخدام السجلات المتخصصة، أن يتم تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بطرائق بديلة مثل التسجيل في السجل العام أو حيازة الدائن، رهنا بحماية الأولوية العليا للمسجلين في السجل المتخصص (انظر التوصيات ٣٨ و٧٧ و٧٨).

٧٤- وعلى الرغم من أن *الدليل* لا يقدّم أي توصية فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم السجلات المتخصصة، فإن أساس الكفاءة المنطقي لاعتماد نهج التسجيل القائم على الإشعار من أجل نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة ينطبق بالقدر نفسه، من حيث المبدأ، على السجلات المتخصصة. وبالتالي، قد ترغب الدول التي لديها سجلات متخصصة في أن تنظر في إمكانية إصلاح قوانينها المتعلقة بالسجل المتخصص لكي تسمح بتسجيل الإشعار بالحق الضماني كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، وذلك بأن تدرج في قوانينها ذات الصلة جميع السمات الأخرى لنظام التسجيل القائم على الإشعار (انظر الفصل الرابع بشأن أولوية الحق الضماني بصورة عامة، ولا سيما الباب ألف-١٠؛ وانظر أيضا التوصية ٣٨).

(ج) تنسيق التسجيلات في سجل متخصص وفي سجل عام للحقوق الضمانية

٧٥- يستند *الدليل* إلى افتراض مؤداه أنه في الحالة التي يجوز فيها، بموجب قانون آخر، تسجيل الإشعارات أو المستندات المتعلقة بالحقوق الضمانية في أنواع معينة من الموجودات في سجل متخصص، يجوز تحقيق نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة في تلك الموجودات بالتسجيل في سجل متخصص أو في سجل عام للحقوق الضمانية (انظر التوصية ٣٨). بيد أن *الدليل* لا يوصي بتسجيل الإشعارات أو المستندات المتعلقة بالحق الضماني في أنواع معينة من الموجودات في سجل متخصص إذا كان هذا غير ممكن بموجب قانون آخر؛ كما لا يوصي بالتسجيل المزدوج للإشعارات أو المستندات المتعلقة بالحقوق الضمانية في أنواع معينة من الموجودات في كل حالة.

٧٦- وقد يحتاج الدائن المضمون إلى تسجيل إشعار بحقه الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام أو إشعار أو مستند في السجل المتخصص ذي الصلة؛ ويتوقف ذلك على ما إذا كان يرغب في ضمان أولويته على جميع المطالبين المنافسين. وفي بعض الحالات، سيكفي أن يسجِّل الدائن المضمون في سجل الحقوق الضمانية العام (مثلا، عندما لا يُرجَّح وجود دائنين مضمونين آخرين معتمدين على حق مسجل في سجل متخصص). وفي حالات أخرى، سيكون من الضروري أن يسجل الدائن المضمون

في سجل متخصص (مثلا، عندما يُرجح وجود دائنين مضمونين آخرين معتمدين على حق مسجَّل في سجل متخصص، أو وجود أطراف ثالثة أخرى متعدية على حق ملكية فكرية)؛ بل، في حالات أخرى، سيكون من مصلحة الدائن المضمون تسجيل إشعار بحقه الضماني في كل من السجلين. وسيكون هذا هو الإجراء الشائع في كثير من الأحيان، إذا رهن الحق الضماني الأولي جميع موجودات المانح، وبعضها موجودات تخضع الحقوق الضمانية فيها للتسجيل في سجل متخصص.

٧٧- وبدلا من اشتراط قيام الدائن المضمون بالتسجيل في كل من السجلين، قد يكون من المستصوب في هذه الحالات إنشاء نظام يكون من الممكن أن يتم فيه تلقائيا تحويل الحقوق الضمانية المسجلة في السجل العام إلى السجل المتخصص لتسجيلها فيه، أو العكس. وبهذه الطريقة، سيحتاج صاحب التسجيل إلى القيام بتسجيل واحد فقط في سجل الحقوق الضمانية العام أو في السجل المتخصص ذي الصلة. وسيحتاج الباحث إلى البحث فقط في السجل المتخصص لأنه لا يبيّن الحقوق الضمانية فحسب وإنما يبين حقوقا أخرى. ولكن هذا النهج سيتطلب تنسيق نظامي التسجيل، وستنجم عنه أعباء إضافية على السجلين وأصحاب التسجيل على السواء. وبما أن السجلات المتخصصة قائمة على الموجودات، سيتعين على صاحب التسجيل تقديم وصف محدد للموجودات ذات الصلة في الإشعار لكي يكون الإشعار بالحق الضماني المسجل في السجل العام قابلا للتسجيل في السجل المتخصص. وعلى سبيل المثال، سيتعين على صاحب التسجيل أن يحدد بشكل صريح أن الإشعار الذي يشمل "جميع الموجودات الملموسة" يشمل ضمنها أيضا الموجودات الملموسة المحددة (مثلا، السفن والطائرات) الخاضعة للسجل المتخصص، وأن يصف تلك الموجودات الملموسة بالطريقة المطلوبة للتسجيل في السجل المتخصص. وبالمثل، إذا شمل الإشعار الأولي "جميع الموجودات"، سيتعين على الدائن المضمون أن يصف براءات الاختراع أو العلامات التجارية المحددة المزمع رهنها وصفا من شأنه أن يجعل من الممكن تسجيلها في سجل براءات الاختراع أو في سجل العلامات التجارية (بحسب الحالة)، إذا كان يرغب في تسجيل حقه الضماني في هذه الملكية الفكرية في سجل متخصص لبراءات الاختراع أو العلامة التجارية.

٧٨- ويُضاف إلى ذلك أن السجل المتخصص يجب أن يقبل إشعارات الحقوق الضمانية لهذا النظام الذي يسمح بتحويل الإشعارات من السجل العام للحقوق الضمانية إلى السجل المتخصص، حتى يؤدي النظام وظيفته. ولتيسير إجراءات البحث الخاص بالحقوق الضمانية في موجودات الأشخاص، ينبغي أن يكون للسجل المتخصص فهرس للمدينين، بالإضافة إلى الفهرس العادي للموجودات. وعلاوة على ذلك، سيحتاج موظفو السجل إلى التحقق من المعلومات المذكورة في الإشعار وإدخالها في نظام السجل الآخر. ويمكن أن يعتبر هذا المطلب غير منسجم مع المبدأ (الذي يتناوله بالتفصيل الفصل الرابع من *الدليل* بشأن السجل، الفقرتان ١٣ و١٦) والذي مفاده أن المصلحة المتمثلة في زيادة الكفاءة وتقييد التكاليف تقتضي ألا يكون تأكُّد موظفي السجل من بيانات الإشعار شرطا أساسيا للتسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام. ولهذا، ينبغي النظر في إمكانية السماح بتحويل الإشعارات إلكترونيا من دون أي تدخل من موظفي السجل. ويمكن، كبديل، أن يُترك للدائن المضمون خيار التسجيل في النظام المنفصل. وينبغي ألا يشكل هذا عبئا ثقيلا، إذا جرى تعديل اشتراطات التسجيل في النظام الآخر بحيث تسمح بإجراءات تسجيل بسيطة للإشعارات.

٧٩- وستنشأ صعوبات مماثلة إذا اقتضى الأمر تحويل إشعار أو مستند آخر متعلق بتسجيل الحقوق الضمانية في سجل متخصص إلى سجل الحقوق الضمانية العام. وسيتعين بالإضافة إلى ذلك أن تُدخل في سجل الحقوق الضمانية العام المعلومات المسجّلة في السجل المتخصص، وذلك في شكل مقبول لذلك السجل؛ ويمكن وضع هذا العبء على أكتاف موظفي السجل أو على أكتاف أصحاب التسجيل. وإضافة

إلى ذلك، سيتعين على سجل الحقوق الضمانية العام أيضا أن يحتفظ بفهرس للموجودات، بالإضافة إلى الفهرس العادي للمدينين، وذلك لتيسير إجراء البحث بحسب اسم المدين وبحسب وصف الموجودات كليهما.

٨٠- ويمكن أن يكون البديل لنظام تحويل الإشعارات من سجل إلى السجل الآخر أن يؤخذ بنظام لتنفيذ مدخل مشترك لسجل الحقوق الضمانية العام ولسجلات متخصصة متنوعة. فهذا من شأنه أن يمكّن المسجلين من إدخال الإشعار في السجلين معا في آن واحد. وسيتطلب الأمر اتخاذ عدة خطوات لضمان كفاءة المدخل المشترك وفعاليته.

٨١- أولا، سيكون من الضروري أن يقبل السجل المتخصص تسجيلات الحقوق الضمانية بواسطة إشعار بسيط من النوع المقبول لسجل الحقوق الضمانية العام. وثانيا، سيُطلب من المسجلين أن يدرجوا في الإشعار اسم المانح (لأغراض السجل العام) ووصفا محددا للموجودات في شكل يكفل تيسير إجراء تسجيل الإشعار في السجل المتخصص. وفي عديد من الحالات، كالحالات التي تشمل أوصاف فئات من الموجودات، يجب أن يكون الوصف المحدد أكثر تفصيلا ممَّا هو مطلوب في حالة تسجيل الإشعار في سجل الحقوق الضمانية العام. وثالثا، لن يكون المدخل المشترك فعّالا إلا إذا كان من الممكن أيضا البحث في السجلين عن طريق طلب واحد. وهذا يعني أن الباحث قد يرغب في معرفة ما إذا كانت الموجودات المحددة، التي ستكون ضمن فئة الموجودات المرهونة بحق ضماني مسجل في سجل الحقوق الضمانية العام، خاضعة أيضا لتسجيل محدد في السجل المتخصص. وعلى الرغم من أن الباحث قد يعرف اسم المانح، فإنه - حسب الشروط المتعلقة بفئة الموجودات (مثلا، سفينة أو براءة اختراع) - قد لا يعرف مُحدِّد هوية الموجودات المسجلة في السجل المتخصص. ولهذا، تيسيرا لأداء وظيفة المدخل المشترك بكفاءة من أجل البحث، سيكون من الضروري الاحتفاظ بفهرسين، أحدهما للمانحين والآخر للموجودات، مع ضمان الإحالة المرجعية بين السجلين.

٨٢- وعلى الرغم من أن *الدليل* يتوخَّى أن الدول قد ترغب في تحديث سجلاتها المتخصصة المختلفة (انظر الفصل الرابع بشأن السجل بصورة عامة، والباب ألف-١٠ بصورة خاصة)، فإنه لا يقدم توصية محددة بشأن الطريقة التي يمكن بها للدول أن تضمن أنجع أساليب التنسيق فيما يتصل بالتسجيلات التي تتم في سجل الحقوق الضمانية العام وفي أي سجل متخصص معين للموجودات المنقولة.

(د) التأشير على شهادة الملكية

٨٣- على الرغم من أنّ لدى معظم الدول نظما لتسجيل ملكية المركبات الآلية ومثيلاتها من الموجودات ونقل ملكيتها، فإن نظم التسجيل هذه لا تعامل عادة باعتبارها تثبت صحة الملكية لأغراض المعاملات التجارية. بل إنّ الغرض منها في المقام الأول غرض تنظيمي يتمثل في تمكين السلطات من اقتفاء أثر الملكية في حالة وقوع حادث أو إخلال بالمعايير الجنائية أو معايير السلامة، وتمكين السلطات من توزيع المسؤوليات والالتزامات المتعلقة بالتأمين الإلزامي. ونظرا لأن نظم التسجيل هذه لا تصلح كآلية لتحقيق نفاذ حقوق المالك تجاه الأطراف الثالثة، فهي غير متاحة لكي يبحث فيها الجمهور.

٨٤- وهذه النظم الخاصة بتسجيل المركبات عادة تزوّد المالك بشهادة تسجيل. ويقتضي بيع المركبة دائما تخلي المالك عن الشهادة القديمة للسلطة التنظيمية المختصة والتي ستصدر شهادة جديدة باسم المالك الجديد. وفي بعض الدول، تستخدم شهادة تسجيل الملكية كأساس لإشهار الحقوق الضمانية في

الموجودات المبينة في شهادة التسجيل. وفي هذه الدول، يعتبر التأشير بالحق الضماني على وجه الشهادة كافيا لتحقيق نفاذ الحق الضماني المبيّن تجاه الأطراف الثالثة.

٨٥- وفي الدول التي يوجد فيها بالفعل هذا النوع من نظم التأشير على الشهادات وثبت فيما يبدو جدواه في الممارسة العملية، قد لا يكون ثمة سبب يذكر لإلغائه عند إقامة نظام عصري للحقوق الضمانية. ومع ذلك، سيكون من الضروري معالجة العلاقة المتبادلة بين النظام القائم وسائر طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، المسموح باستخدامها في النظام الجديد. وعادة ما يكون التأشير على شهادة الملكية طريقة كافية لتحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في موجودات ملموسة خاضعة لهذا النظام. ويمثل التسجيل في السجل الحقوق الضمانية العام وحيازة الدائن طريقتين أخريين. ولكن لو استخدم أي من هاتين الطريقتين فإن مرتبة الحق الضماني الذي تتصلان به تكون عادة أدنى من حيث الأولوية من مرتبة حقوق أي مشترٍ أو دائن مضمون منافس اعتمد على نظام التأشير على الشهادة.

٨٦- ونظرا إلى أن نظم التأشير على الشهادات هذه تعالج مجموعة محدودة جدا من الموجودات، وهي مفهومة جيدا في الدول التي اعتمدتها، فإن إنشاء حق ذي أولوية عليا لأولئك الذين يستخدمون نظام تأشير على الشهادات لا ينتقص بقدر يُعتد به من فعالية سجل الحقوق الضمانية العام. وعلى غرار النهج المتخذ إزاء التسجيل في سجل متخصص لحقوق الملكية، يُقصد لهذا النهج أن يحمي موثوقية نظام شهادات الملكية وسلامته مع زيادة المرونة والفعالية في النظام العام للمعاملات المضمونة. ولهذه الأسباب، يوصي *الدليل* بإمكانية جعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمجرد التأشير على شهادة الملكية، وبإنزال مرتبة أولوية الحق الضماني المسجل في السجل العام فقط وإخضاعها لأولوية حقوق المطالب المنافس الذي قام بتأشير حقوقه على شهادة الملكية (انظر التوصيات ٣٨ و٧٧ و٧٨).

٦- *نفاذ الحق الضماني في العائدات تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة*

٨٧- يجوز بيع الموجودات المرهونة وإعادة بيعها خلال الفترة التي يظل فيها الالتزام المضمون غير مسدد، ولكن دون تقصير في سداده. وسواء كان البيع مأذونا به (كما في حالة المخزون عموما) أو غير مأذون به (كما في حالة المعدات عادة) من جانب الدائن المضمون في الاتفاق الضماني أو في اتفاق آخر، فإن بيع الموجودات المرهونة أو التصرف فيها بطريقة أخرى يسفر عادة عن عائدات في شكل نقود أو صكوك قابلة للتداول أو مستحقات أو موجودات أخرى حصل عليها كمقابل، أو خليط من جميع هذه الأشكال. وفي بعض الدول، ينشأ الحق الضماني تلقائيا في أي عائدات (بما في ذلك عائدات العائدات) مستمدة من الموجودات المرهونة الأصلية بمجرد نشوء هذه العائدات شريطة أن تظل قابلة للتحديد. وكما يناقش في الفصل الثاني (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ٧٢-٨٥)، فإن هذا هو النهج الموصى به في *الدليل* إزاء العائدات (انظر التوصية ١٩). ولكن ليست هذه هي المسألة الوحيدة التي تحتاج إلى معالجة. فمن الضروري أيضا البت فيما إذا كان ينبغي للدائن المضمون أن يسجِّل أو يتخذ أي خطوة أخرى لجعل الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة.

٨٨- ورغم أن الإشعارات المسجلة في سجل عام للحقوق الضمانية تكون منظّمة ومفهرسة، عادة بحسب اسم المانح أو أي إثبات آخر لهويته، فلا بدّ من أن يتضمّن الإشعار المسجل كذلك وصفا للموجودات المرهونة (انظر التوصيتين ٥٧ و٦٣). وبالتالي، من الضروري أن تُميّز أولا الحالة التي جُعل فيها الحق

الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار يشمل الموجودات الآجلة، وفي حالة العائدات من النوع المندرج ضمن وصف تلك الموجودات المبيّن في الإشعار المسجّل. وعلى سبيل المثال، إذا كان الإشعار المسجّل يصف الموجودات المرهونة بأنها "كلّ الموجودات الملموسة الحالية والآجلة" وباع المانح جرّارة زراعية ثم استخدم العائدات لشراء آلة حلب، فإن الوصف الوارد في الإشعار المسجّل يشمل آلة الحلب ضمن الموجودات المرهونة الأصلية في شكل موجودات ملموسة آجلة. وبما أنّ التسجيل ربما يكون قد سبق احتياز المانح حقوقه في الموجودات الموصوفة في الإشعار المسجل، يكون التسجيل الأصلي كافياً لتحقيق نفاذ الحق الضماني الذي ينشأ لاحقا في آلة الحلب تجاه الأطراف الثالثة عندما يحتاز المانح حقوقا في تلك الآلة. وبالتالي فإن الدول التي تنص قوانينها على حق تلقائي في العائدات تنص قوانينها أيضا على نفاذ هذا الحق تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة في هذه الحالات. وهذه هي النتيجة الموصى بها في *الدليل* (انظر التوصية ٣٩).

٨٩- وتنشأ مسائل أصعب عندما يُجعل الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية نافذا تجاه الأطراف الثالثة، إما بتسجيل إشعار لا يشير الوصف فيه إلى الموجودات العينية المتلقاة على شكل عائدات أو بطريقة تكون غير كافية لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، إذا كانت العائدات موجودات مرهونة أصلية. وينشأ الوضع الأول، باستخدام الحالة الأولى المذكورة أعلاه مثالاً، إذا وصف الإشعار المسجّل الموجودات المرهونة الأصلية بأنها "كلّ المعدات الزراعية الحالية والآجلة". ولن يكون هذا الوصف شاملا لآلة الحلب. أما في الحالة الثانية، فإذا كانت الموجودات المرهونة أصلا تمثل حقا في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي جُعِل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة، وسحب المانح أموالا دون إذن من أجل شراء آلة حلب، فإن طريقة تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، المستخدمة من أجل الموجودات المرهونة الأصلية، لن تكون كافية من أجل العائدات.

٩٠- وتثير هذه الأمثلة اعتبارات متنافسة على صعيد السياسة العامة. فإعطاء الحق الضماني في العائدات قوة نفاذ تلقائية تجاه الأطراف الثالثة ينال من السياسة التي ترتكز عليها شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، لأن الأطراف الثالثة لن تنبّه إلى احتمال وجود حق ضماني في العائدات. فالشاري المحتمل لآلة الحلب من المانح لن يفهم بالضرورة أن الإشعار المسجّل الذي يشير إلى حق ضماني في المعدات الزراعية (أي الموجودات المرهونة الأصلية) يشمل أيضا آلة الحلب باعتبارها عائدات (أي عائدات الموجودات المرهونة الأصلية). ومن ناحية أخرى، إنّ مطالبة الدائن المضمون باتخاذ خطوات فورية لجعل الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة قد يفرض عبئا صعبا متعلقا بالرصد، ويشكّل خطرا بخصوص الأولوية. وكثيرا ما تتأتى نتيجة تعامل المانح بدون إذن بالموجودات المرهونة الأصلية. وفي هذه الحالات، عادة لن يدرك الدائن المضمون هذا التصرف غير المأذون به إلا بعد وقوعه بزمن طويل. وإذا كان هذا التصرف غير مأذون به في واقع الأمر، كان من حق الدائن المضمون عموما أن يلاحق الموجودات المرهونة أصلا وصولا إلى المحال إليه ولن يتكبد بالتالي أي ضرر. ولكن قد لا يتسنى دائما بعد وقوع التصرف استبانة مكان الموجودات أو مكان المنقول إليه. ويضاف إلى ذلك أن مبلغ العائدات المتقاضاة قد يكون في بعض الحالات أكبر في الواقع من قيمة الموجودات حين يصبح إنفاذ الحق الضماني ضروريا. وبالتالي، على الرغم من أن الدائن المضمون لا يمكن أن يحصل على أكثر من الدين المستحق، فإنه يمكن أن يكون مضمونا تماما إذا استطاع أن يعتمد على قيمة العائدات، ولكن ضمانه يكون أقل من اللازم إذا اعتمد على قيمة الموجودات المرهونة الأصلية.

٩١- وسعيا إلى تحقيق توازن معقول بين هذه السياسات المتنافسة، تعمد الدول التي تنص قوانينها على الحق الضماني التلقائي في العائدات القابلة للتحديد إلى معاملة الحق الضماني في العائدات التي لا تكون مشمولة بأسلوب النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، المستخدم بالنسبة إلى الموجودات المرهونة الأصلية باعتباره نافذا بشكل تلقائي تجاه الأطراف الثالثة إما بصفة دائمة وإما لفترة مؤقتة فحسب. ويتوقف مدى هذا النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة ومدته على طبيعة الموجودات المرهونة الأصلية وطبيعة العائدات.

٩٢- وعموما يتمتع بالنفاذ الدائم تجاه الأطراف الثالثة الحق في العائدات القابلة للتحديد التي تكون في شكل نقود أو مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي. ويستند هذا النهج إلى الفكرة القائلة بأنّ غياب أي إجراء مستقل لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في هذه الأنواع من العائدات لا يشكّل أي خطر ذي شأن في حدوث اعتماد ضار بالنسبة للأطراف الثالثة.

٩٣- وفي حالة العائدات على شكل النقود والصكوك القابلة للتداول، فإن المنقول إليهم أو الدائنين المضمونين اللاحقين الذين يأخذون الحيازة، لا يتكبدون أضرارا نتيجة لغياب إجراء مستقل للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة لأنهم يأخذون هذه الأنواع من الموجودات عادة خالصة من أي حق ضماني على أي حال. ومن تنقل إليه أموال من حساب مصرفي يأخذ الأموال عموما خالصة من أي حق ضماني. وبالتالي لا يؤدي غياب الإشهار إلى الانتقاص من حقوقه. أما المحال إليهم (بما في ذلك الدائنون المضمونون) حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، فيُفترض أنّ المطالبين المنافسين يعلمون أن أولويتهم معرّضة للتدني (أو حتى أنهم معرضون لفقدان الحق الضماني في حالة سحب نقود من الحساب في ظروف تجعل تحديدها أمرا لم يعد ممكنا)، ما لم يحموا أنفسهم بفرض السيطرة على الحساب المصرفي. ويوفّر *الدليل* توصيات بشأن الآثار المتعلقة بالأولوية المترتبة على هذه المبادئ في الفصل الخامس (انظر الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني، الفقرات ١٥٤-١٦٤ والتوصيات ١٠١-١٠٦).

٩٤- ونظرا لهذه الاعتبارات، فإن الدول التي تعترف قوانينها بالحق الضماني التلقائي في العائدات، تقوم عادة بإتاحة النفاذ الدائم تجاه الأطراف الثالثة في العائدات في شكل نقود ومستحقات وصكوك قابلة للتداول وحقوق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، شريطة أن يكون الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية نافذا تجاه الأطراف الثالثة عندما تنشأ العائدات. وهذه هي أيضا النتيجة الموصى بها في *الدليل* (انظر التوصية ٣٩).

٩٥- وتسري مجموعة مختلفة من السياسات على العائدات التي تأخذ شكل أنواع أخرى من الموجودات. ورجوعاً إلى المثالين السابقين، فلنفترض أن الحق الضماني الأولي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة عن طريق تسجيل إشعار يصف الموجودات المرهونة بأنها "كلّ المعدات الزراعية الحالية والآجلة" ثم نفّذ المانح فيما بعد مبادلة حصل بها على آلة حلب مقابل جرارة. وبدلاً من ذلك، لنفترض أن الموجودات المرهونة الأصلية هي عبارة عن حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة عن طريق السيطرة وسحب المانح مالاً بدون إذن لشراء آلة حلب، وقد يكون من الوارد أن المعاملات التي أسفرت عن العائدات قد تمت بدون إذن ودون أن يعلم الدائن المضمون بذلك التصرف بسرعة. ولكن، خلافا لأنواع الموجودات المطروحة في الفقرة السابقة، فإن الأطراف الثالثة يمكن أن تضار بسهولة إذا كان هناك اعتراف بأن نفاذ الحق الضماني المنشأ تلقائيا في آلة الحلب هو نفاذ دائم تجاه الأطراف الثالثة. وسينشأ وضع من هذا القبيل لأنه بدون الحماية الصريحة ستأخذ الأطراف الثالثة آلة الحلب الخاضعة لذلك الحق الضماني، حتى ولو أن الطريقة المستخدمة للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة في الموجودات المرهونة الأصلية لن تنبهها للحق الضماني المنشأ تلقائيا في آلة الحلب كعائدات.

٩٦- ومنعا للنيل بلا مبرر من حقوق الأطراف الثالثة، فإن معظم الدول التي تعترف بالحق الضماني التلقائي في العائدات من النوع المذكور في الفقرة السابقة تحد من مدة نفاذه التلقائي تجاه الأطراف الثالثة وتجعله ساريا لفترة وجيزة بعد نشوء العائدات. ولكي يحقق الدائن المضمون النفاذ الدائم تجاه الأطراف الثالثة، يجب عليه أن يسجِّل إشعارا أو يتخذ خطوات إيجابية أخرى لجعل حقه الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل انقضاء تلك الفترة المؤقتة، التي تبقى عادة قصيرة نسبيا ولكن يجب في الوقت نفسه ألاّ تكون من القصر بحيث تحرم أي دائن مضمون على درجة معقولة من الحكمة من فرصة اتخاذ الخطوات اللازمة للحفاظ على نفاذ حقه الضماني تجاه الأطراف الثالثة (الحل الوسط الذي يعتبر مقبولا عادة هو مدة تتراوح بين ٢٠ و٣٠ يوما). ويعتمد *الدليل* منطق تحديد فترة قصيرة للنفاذ التلقائي المؤقت تجاه الأطراف الثالثة في العائدات، يجب في غضونها على الدائن المضمون أن يتخذ إجراءات إيجابية لتحقيق نفاذ حقه الضماني في العائدات تجاه الأطراف الثالثة، إذا كانت تلك العائدات من نوع مختلف عن الموجودات المرهونة الأصلية وليست أموالا أو مستحقات أو صكوكا قابلة للتداول أو حقوقا في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي (انظر التوصية ٤٠).

٧- نفاذ الحق الضماني في الملحقات تجاه الأطراف الثالثة

(أ) استعراض عام

٩٧- يجوز أن تكون الموجودات المرهونة بحق ضماني جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة ملحقة أصلا بموجودات منقولة أخرى أو بممتلكات غير منقولة أو أن تصبح ملحقة بها فيما بعد. وعلى سبيل المثال، يمكن إلحاق محرك خاضع أصلا لحق ضماني بمركبة، أو يمكن لمرجل تدفئة خاضع أصلا لحق ضماني أن يُلحق فيما بعد بمبنى. ويؤدي الإلحاق في عديد من الدول إلى وضع نهاية للحق الضماني تلقائيا بمجرد أن تصبح الموجودات المرهونة ملحقة بموجودات أخرى منقولة أو بممتلكات غير منقولة. ويستند هذا النهج إلى شواغل تتعلق بالسياسة العامة فيما يتصل بحماية مركز المشترين وغيرهم من الأطراف الثالثة ممن يكتسبون فيما بعد حقوقا في الموجودات التي ألحقت بها الموجودات المرهونة. وإذا أصبحت الموجودات المرهونة الأصلية ملحقة بممتلكات غير منقولة ستنشأ شواغل إضافية فيما يتعلق بالسياسة العامة، لأن فصل الموجودات الملحقة فيما بعد في سياق إنفاذ الحق الضماني قد يؤدي إلى تكبُد الممتلكات غير المنقولة أضرارا فادحة.

٩٨- أما الدول التي اعتمدت نظام سجل شامل للموجودات المنقولة، فتسمح عادة باستمرار الحق الضماني في الموجودات الملحقة بموجودات أخرى، وذلك بين الطرفين على الأقل. ولكن لمعالجة حقوق الدائن المضمون والأطراف الثالثة، توفّر هذه النظم أيضا مجموعة كاملة من قواعد النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وقواعد الأولوية. وهذا هو النهج العام الذي يوصي به *الدليل*. وهكذا، يؤكد الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني أنه يجوز إنشاء الحق الضماني في الموجودات الملموسة التي تكون ملحقة آنذاك أو التي تُلحق فيما بعد (انظر التوصية ٢١). ويتناول هذا الفصل مسألة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، بينما يعالج الفصل الخامس مسألة الأولوية. أما الشاغل الإضافي المتعلق بالسياسة العامة، الذي ينشأ من احتمال تكبُّد الممتلكات غير المنقولة أضرارا فادحة في حالة فصل الموجودات الملحقة فيما بعد، فيُعالج كمسألة متعلقة بإنفاذ الحق الضماني (انظر الفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني، الفقرات ٨٥-٨٩).

(ب) الملحقات بالموجودات المنقولة

٩٩- يجوز إنشاء حق ضماني في موجودات ملموسة، إما قبل أن تصبح ملحقة أو بعد ذلك (انظر التوصية ٢١). وسواء أنشئ الحق الضماني في الموجودات الملموسة قبل أن تصبح الموجودات ملحقة أو بعد ذلك، تنطبق الشروط العامة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ففي كلتا الحالتين، لا تُعامل الملحقات معاملة خاصة.

١٠٠- وانطباق هذا المبدأ على الحقوق الضمانية المنشأة بعد أن تصبح الموجودات المرهونة ملحقات يعني أنه إذا جُعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل قبل الإلحاق، ظلّ نافذا بعد الإلحاق دونما حاجة إلى أي خطوات أخرى (انظر التوصية ٤١). وذلك لأنه، خلافا للحالة التي تحلّ فيها العائدات محلّ الموجودات المرهونة الأصلية، تحتفظ الملحقات بهويتها المتميّزة بعد إلحاقها بموجودات أخرى. وكثيرا ما ينطوي هذا على خطر حدوث التباس إلى حد ما. وبالتالي، فمن المعقول افتراض أن الطرف الثالث الذي يبحث في السجل عن الحقوق الضمانية في الموجودات التي أُلحق بها الملحق (سيارة مثلا)، سيدرك أنّ الإشعار المسجل الذي يصف الملحق (إطارات السيارات مثلا) قد يشير إلى إطارات مركّبة على السيارة التي يهتم بها هذا الطرف الثالث.

١٠١- ومن الناحية النظرية، يظل الحق الضماني في ملحق نافذا أيضا تجاه الأطراف الثالثة إذا جُعل نافذا قبل الإلحاق بنقل الحيازة (إما إلى الدائن المضمون أو إلى طرف ثالث وكيل للدائن) وليس بالتسجيل في السجل العام للحقوق الضمانية. ولكن من الناحية العملية، يتوقف النفاذ تجاه الأطراف الثالثة عادة عند الإلحاق، لأنه يتعيّن عادة على الدائن المضمون والحالة هذه أن يتخلى عن الحيازة لكي يتسنى القيام بعملية الإلحاق. وبناء على ذلك، تأخذ الأطراف الثالثة التي تتعامل بالموجودات بعد الإلحاق هذه الموجودات خالصة من الحق الضماني، ما لم يحافظ الدائن المضمون على وضعيته بالتسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام قبل تخليه عن الحيازة أو قبل نشوء حقوق هذه الأطراف. وفي المقابل، في الحالة غير المعتادة التي تكون فيها الموجودات المنقولة التي أُلحق بها الملحق في حيازة الدائن المضمون بالفعل، كان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة محفوظا.

(ج) الملحقات بالممتلكات غير المنقولة

١٠٢- إذا كانت الموجودات المرهونة ملحقة بممتلكات غير منقولة، كانت اعتبارات السياسة العامة أكثر تعقيدا. وذلك لأنّ أي حقوق ترهن الممتلكات غير المنقولة تسجَّل عادة في سجل الممتلكات غير المنقولة. وعلى صعيد العلاقة بين الطرفين، يوصي *الدليل* في الفصل الثاني بجواز إنشاء الحق الضماني في الملحق بممتلكات غير منقولة إما وفقا للمبادئ المفصّلة في *الدليل* بشأن إنشاء الحق الضماني أو وفقا للنظام المتعلق بإنشاء رهن في الممتلكات غير المنقولة (انظر التوصية ٢١). وتماشيا مع هذه الفكرة، يمكن جعل الحق الضماني المنشأ على هذا النحو نافذا تجاه الأطراف الثالثة إما بالتسجيل في السجل العام للحقوق الضمانية وإما بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة (انظر التوصية ٤٣).

١٠٣- ولكن الاختيار فيما بين هاتين الطريقتين لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تترتب عليه مسائل متعلقة بالأولوية. وحفاظا على موثوقية وسلامة سجل الممتلكات غير المنقولة، تنص قوانين معظم

الدول التي تعتمد نوعي السجلات على أن الدائن المضمون أو المشتري، الذي يسجل في سجل الممتلكات غير المنقولة يتمتع بالأولوية على الدائن المضمون الذي يسجل فقط في سجل الحقوق الضمانية العام. وبالتالي، فإن التسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة ضروري لتحقيق الحماية القصوى تجاه الأطراف الثالثة. ويوصي *الدليل* بهذا النهج (انظر التوصية ٨٧).

١٠٤- ولا يمكن اتباع هذا النهج ما لم يكن من الممكن القيام بسهولة وفعالية بتسجيل الحق الضماني في ملحق في سجل الممتلكات غير المنقولة. ويشترط العديد من النظم القائمة لسجلات الممتلكات غير المنقولة تقديم مستندات ضمانية كاملة أو تفرض شكليات أخرى لتسجيل الحقوق الضمانية مثل الإثبات بشهادة من كاتب العدل لتسجيل الرهون على الممتلكات غير المنقولة. وإذا كانت هذه هي الحالة، فقد تكون قوانين تسجيل الأراضي بحاجة إلى تنقيح للتصريح للدائنين المضمونين بتسجيل إشعار بالحق الضماني في الملحقات في سجل الممتلكات غير المنقولة عن طريق نفس استمارة الإشعار البسيط المستخدمة في التسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام، وإلا يجوز، نظرا للتكلفة والنفقات التي تقتضيها حماية مركزهم في الأولوية بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، أن يحجم الدائنون المضمونون عن الانخراط في تمويل مضمون ينطوي على ملحقات بممتلكات غير منقولة.

(د) الملحقات بموجودات خاضعة لنظام تسجيل متخصص أو لنظام شهادات الملكية

١٠٥- في الدول التي لديها سجلات متخصصة لحقوق الملكية، أو نظم للتأشير على شهادة الملكية، قد تشمل أنواع الموجودات الخاضعة لتلك النظم موجودات عادة ما تكون هناك موجودات ملموسة أخرى ملحقة بها (مثلا، محرك في طائرة). ومنطقيا، ينبغي للنهج المتبع إزاء الحق الضماني في الموجودات الملموسة الملحقة بممتلكات غير منقولة أن ينطبق أيضا على حالة الملحقات بالموجودات الخاضعة لسجل متخصص لحقوق الملكية أو لنظام التأشير على شهادة الملكية. ويمكن، في إطار هذا النهج، جعل الحق الضماني في الملحقات نافذا تجاه الأطراف الثالثة إما بالتسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام (أو بأخذ الدائن الحيازة، وإن كان من النادر أن يحدث ذلك) من ناحية، وإما بالتسجيل في السجل المتخصص أو بالتأشير على شهادة الملكية من ناحية أخرى (انظر التوصية ٤٢).

١٠٦- وعلى غرار حالة الملحقات بممتلكات غير منقولة، لا بد من التسجيل في سجل متخصص أو التأشير على شهادة الملكية لتحقيق الحماية القصوى فيما يتعلق بالأطراف الثالثة، وذلك لحماية سلامة نظم التسجيل المتخصصة وموثوقيتها. وهذا يكفل أن يكون للدائن المضمون أو المشتري الذي يعتمد على نظام السجل المتخصص أولوية على الدائن المضمون الذي يحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار في السجل العام للحقوق الضمانية أو بوسيلة أخرى (انظر التوصية ٨٩).

١٠٧- والنهج الذي يتبعه *الدليل* إزاء نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة في الملحقات بالموجودات الملموسة، الخاضعة لسجلات متخصصة أو لنظم شهادات الملكية، مطابق لنهجه إزاء نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة، المأخوذة في تلك الموجودات (انظر التوصيات ٣٨ و٧٧ و٧٨). ولهذا السبب أيضا، فإن الملاحظات السابقة بشأن تحقيق تنسيق ناجع وفعال للتسجيلات في السجل العام للحقوق الضمانية وأي نظام تسجيل متخصص معين أو نظام شهادات الملكية، تنطبق بالقدر نفسه على حالة الملحقات (انظر الفقرات ٧٥-٨٦ أعلاه).

٨- نفاذ الحق الضماني في كتلة أو منتج تلقائيا تجاه أطراف ثالثة

١٠٨- يوصي *الدليل*، للأسباب المبيّنة أعلاه (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ٩٠-٩٥ و١٠٠-١٠٢)، بأن يستمر تلقائيا الحق الضماني في موجودات ملموسة تعالج أو تمزج في وقت لاحق في المنتج النهائي أو كتلة البضاعة الممزوجة (انظر التوصية ٢٢). بيد أن تلك التوصية لا تتناول مسألة ما إذا كان سيعتبر الحق الضماني في المنتج النهائي أو في كتلة البضاعة نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ومع افتراض أن الحق الضماني في الموجودات المكوِّنة جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل عملية المعالجة أو المزج، تكون المسألة المتعلقة بالسياسة العامة هي ما إذا كان ينبغي أن يعامل الحق الضماني الذي يستمر في المنتج أو الكتلة باعتباره نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة.

١٠٩- وفي الحالة الأكثر شيوعا، يُجعل الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام (هذه الطريقة هي بالفعل الوحيدة المتاحة عمليا للحقوق الضمانية في المخزون الذي يكون في شكل مواد خام، حيث يجب أن يحتفظ المانح بحيازة المخزون لاستخدامه في أعماله التجارية). وبالتالي، يتعين على الدول أن تقرّر ما إذا كان هذا التسجيل الأولي كافيا لتحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في المنتج أو الكتلة التي أسفرت عنها عملية معالجة الموجودات المرهونة الأصلية أو مزجها.

١١٠- ومثلما ذُكر آنفاً، ففي حين أن الإشعارات المسجلة في سجل عام للحقوق الضمانية تنظَّم بحسب هوية المانح، فيجب أن يشمل الإشعار المسجَّل وصفا للموجودات المرهونة (انظر التوصيتين ٥٧ و٦٣). ومثل حالة الحقوق الضمانية في عائدات التصرّف في موجودات مرهونة، يجب التمييز على أساس النطاق الذي توصف به الموجودات المرهونة الأصلية في الإشعار المسجل.

١١١- فلننظر أولا إلى الوضع الذي يصف فيه الإشعار المسجَّل الموجودات المرهونة بأسلوب يشمل ما ينجم من منتج أو كتلة. فمثلا، قد يصف إشعار مسجَّل الموجودات المرهونة بأنها "كل القمح الحالي والآجل من فئة أو نوعية معينة"، ثم يُمزج قمح المانح فيما بعد بقمح من نفس الفئة والنوعية. وبالمثل، قد يؤخذ حق ضماني في راتنج يحوَّل فيما بعد إلى ألواح رقائقية بينما يصف الإشعار المسجل الموجودات المرهونة بأنها "كل المواد الخام والمنتجات التامة الصنع الحالية والآجلة". وفي كلتا الحالتين، ينبِّه وصف الموجودات المرهونة الطرف الثالث المتقصي على نحو مناسب إلى احتمال وجود حق ضماني في الكتلة الممزوجة أو في المنتج المصنَّع. فلا يمكن أن يكون هناك اعتراض يتعلق بالسياسة العامة على معاملة التسجيل الأصلي بوصفه كافيا لتمديد نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في المنتج أو الكتلة اللاحقين. ولهذا السبب تتخذ معظم الدول التي اعتمدت نظاماً عصرياً للحقوق الضمانية موقفا مؤداه أنه عندما يُجعل حق ضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة تكفي لمنح النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لمنتج أو كتلة ناجمين عن الموجودات المرهونة الأصلية، فإن الحق الضماني في المنتج أو الكتلة يكون نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٤٤).

١١٢- وتنشأ شواغل أكثر صعوبة فيما يتعلق بالسياسة العامة عندما يصف الإشعار المسجَّل الموجودات المرهونة بعبارات لا تشمل الكتلة الممزوجة ولا المنتج التام الصنع. فمثلا، ربما سجَّل الدائن المضمون إشعارا يصف الموجودات المرهونة بأنها قمح ذو فئة أو نوعية معينة، ثم يمزج ذلك القمح، بصورة يتعذّر معها استرداده، بكمية تفوق كميته بكثير من قمح ذي فئة أو نوعية مختلفتين. وقد لا يستطيع طرف ثالث خلال بحثه في السجل أن يتبيّن أن قمحا من فئة أو نوعية ما ممزوج بقمح من فئة أو نوعية أخرى يشمل

الموجودات المرهونة الأصلية. وينشأ وضع أكثر تعقُّدا من ذلك إذا سجَّل الدائن المضمون إشعارا يصف الموجودات المرهونة بأنها "راتنج" ثم يُحوّل الراتنج فيما بعد إلى ألواح رقائقية. وفي هذه الحالة قد لا يفهم طرف ثالث يبحث في السجل للوقوف على ما إذا كان هناك أي حق ضماني في الألواح الرقائقية المملوكة للمانح أن الإشعار الذي يشير إلى حق ضماني في الراتنج يمتد ليشمل أيضا الألواح الرقائقية المصنوعة من الراتنج.

١١٣- وهذا الوضع الثاني، بصورة خاصة، يثير اعتبارات متنازعة فيما يتعلق بالسياسية العامة. فقد يُضعف منح الحق الضماني في الألواح الرقائقية النفاذ تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة السياسة العامة التي تقوم عليها مقتضيات النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، حيث إن الإشعار المسجَّل لا ينبّه بالضرورة الأطراف الثالثة التي تبحث في السجل إلى وجود الحق الضماني. ولكن قد تؤدي مطالبة الدائن المضمون بأن يدرج أيضا وصفا للمنتج أو الكتلة الناتجة في إشعاره المسجَّل إلى إحجامه عن التمويل بضمان المواد الخام المملوكة للمانح، أو قد يؤدي إلى تسجيل إشعارات ترد فيها أوصاف مفرطة التعميم (كما في المثال أعلاه، حيث يشير الإشعار إلى "مواد خام" رغم أن الحق الضماني يقتصر على الراتنج)، بما يُخل بإمكانية حصول المانح على ائتمان مضمون من مصادر أخرى.

١١٤- وتسلك الدول نهوجا مختلفة إزاء إيجاد حل لتلك السياسات العامة المتعارضة. ففي بعض الدول يعامل الحق الضماني على أنه نافذ تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة دون حاجة إلى أي إجراء آخر. ويستند هذا النهج إلى نظرية أن خطر الاعتماد الضار من جانب الأطراف الثالثة ضئيل من الناحية العملية. وسيكون الدائنون المضمونون اللاحقون مطلعين بما فيه الكفاية بشأن عمليات التصنيع التي يقوم بها المانح كي يفهموا أن الإشعار المسجَّل، الذي يشير إلى حق ضماني يصف عناصر الموجودات فحسب، يشمل أيضا أي منتج تام الصنع نتج من معالجة تلك الموجودات. وسيُحظى المشترون اللاحقون بالحماية عموما حيث إن المنتج التام الصنع أو الكتلة الممزوجة يشكّلان عادة مخزونا يباع في سياق عمل المانح المعتاد، وعلى كل حال يحصُل المشتري في سياق العمل المعتاد على ما يشتريه خالصا من أي حق ضماني على أي حال.

١١٥- وفي دول أخرى، يعامل الحق الضماني على أنه لا يُعدُّ نافذا تلقائيا إلا تجاه الدائنين المضمونين الآخرين. وإذا كانت المنافسة مع شخص ليس دائنا مضمونا آخر (كمشتر في غير سياق العمل المعتاد أو دائن بحكم القضاء أو ممثل إعسار) لا يكون الحق الضماني نافذا ما لم يسجَّل إشعار يصف الموجودات المرهونة بعبارات تشمل المنتج أو كتلة البضاعة قبل نشوء تلك الحقوق الأخرى. ويستند هذا النهج إلى نظرية مفادها أنه، خلافا لدائني المانح المضمونين، فمن المرجَّح أن تُضلّل الفئات الأخرى المنافسة في المطالبة، بالوصف الوارد في إشعار مسجّل ويشير إلى المواد الخام ولا يشير إلى المنتج التام الصنع الذي تُدمج فيه.

١١٦- ويوصي *الدليل* بأول النهجين اللذين وصفا بإيجاز أعلاه. أي أن *الدليل* يوصي بأنه، إذا كان الحق الضماني في الموجودات المكوِّنة نافذا تجاه الأطراف الثالثة، كان الحق الضماني في المنتج المصنوع منه نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة، دون حاجة إلى أن يتخذ الدائن المضمون أي خطوة أخرى (انظر التوصية ٤٤). ويستند هذا الاختيار إلى اعتبارين اثنين. أولا، عمليا سوف يباع مخزون المانح من منتج تام الصنع أو كتلة بضاعة ممزوجة إلى مشتر في سياق العمل المعتاد، وسيأخذ المشتري هذا المخزون على أي حال (انظر التوصية ٧٩). وثانيا، لا يلجأ الدائنون غير المضمونين عموما إلى مخزون المانح لغرض

استيفاء الأحكام الصادرة لصالحهم، حيث إنه من المرجَّح أن يكون المانح في وضع يسمح له بسداد مطالباتهم إذا استطاع أن يواصل بيع مخزونه في سياق العمل المعتاد.

٩- *استمرار نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة بعد تغيّر مكان الموجودات أو مكان المانح*

١١٧- إن إمكانية تغيُّر المكان شيء ملازم لطبيعة الموجودات المنقولة. فالأشخاص ومنشآتهم في حالة حركة أيضا، وتغيُّر المكان أمر وارد كذلك. فكما يُشرح في الفصل العاشر بشأن تنازع القوانين (انظر الفقرات ٧٣-٧٨)، يحدد القانون الواجب التطبيق على نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة بحسب المكان الحالي إما للموجودات المرهونة وإما للمانح، وفقا لطبيعة الموجودات المرهونة (انظر التوصيات ٢٠٣ و٢٠٨ و٢١٩ و٢٢٠). ويستند استخدام المكان الحالي (خلافا للمكان في وقت إنشاء الحق الضماني) إلى نظرية مفادها أنه لا يمكن أن يُتوقع من الأطراف الثالثة التي تتعامل في الموجودات المرهونة، أو من المانح، التقصي في الماضي لمعرفة ما إذا كان مكان الموجودات المرهونة السابق في دولة مختلفة. بيد أن هذا النهج ينطوي على مخاطر محتملة كبيرة للدائنين المضمونين. فينتهي النفاذ تجاه الأطراف الثالثة حالما يتغيّر مكان الموجودات أو مكان المانح (حسب العامل ذي الصلة بالنسبة إلى القانون المنطبق)، ما لم يُجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون المكان الجديد. وفي حين أن الدائن المضمون يستطيع أن يحمي نفسه إذا كان لديه علم مسبق بتغيُّر المكان، فليست هذه هي الحال في الأوضاع العادية.

١١٨- وسعيا إلى تحقيق توازن بين حقوق الدائنين المضمونين والأطراف الثالثة في هذا الوضع، توفّر بعض الدول فترة للنفاذ التلقائي المؤقت تجاه الأطراف الثالثة عقب تغيُّر مكان الموجودات المرهونة أو مكان المانح، حسب العامل ذي الصلة بالنسبة إلى الحق الضماني المعني. وبموجب ذلك النهج يعامل الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون المكان السابق باعتباره نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الدولة التي ينتقل إليها المانح أو الموجودات، وذلك لمهلة زمنية قصيرة بعد الانتقال. وإذا جُعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة وفقا لقانون المكان الجديد للمانح أو الموجودات قبل انقضاء المهلة الزمنية، فإنه يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة التي تكتسب حقوقا في الموجودات المرهونة بعد تغيُّر المكان، ويُطبّق ذلك حتى إذا اكتُسبت تلك الحقوق المتعلقة بالأطراف الثالثة المنافسة قبل جعل الحق الضماني القائم سابقا نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون المكان الجديد، ولكن شريطة أن يُحقَّق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قبل انقضاء المهلة الزمنية القصيرة. بيد أن بعض الدول تحمي فعلا المشترين في هذا الوضع استنادا إلى نظرية مفادها أنهم لا يتمتعون بالضرورة بالفطنة أو الموارد لتقصي المكان السابق للموجودات المشتراة ولا يُقدِّرون أنها قد تكون خاضعة لحق ضماني مسجَّل في دولة أخرى. وخلافا لذلك، إذا لم يتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وفقا لقانون المكان الجديد للمانح أو الموجودات قبل انقضاء المهلة الزمنية المحددة، كان الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة التي اكتسبت حقوقا خلال فترة السماح وفيما بعد ذلك حتى الوقت الذي يُجعل فيه الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب القانون الساري في المكان الجديد.

١١٩- ويعتمد *الدليل* هذا النهج (انظر التوصية ٤٥)، وفقا للنظرية القائلة إنه يوفر توازنا معقولا بين مراعاة حقوق الدائنين المضمونين والأطراف الثالثة التي تتعامل مع الموجودات أو المانح عقب تغيُّر المكان. فمن ناحية، يُعطى الدائن المضمون فترة معقولة من الزمن لاتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية حقوقه. ومن ناحية أخرى تمكِّن فترة زمنية محدّدة الطرف الثالث الذي يكتسب حقوقا في الموجودات

المرهونة عقب تغيُّر المكان من اتخاذ تدابير وقائية فعّالة مثل الامتناع عن الإقراض أو عن منح ائتمان أو عن تسوية ثمن الشراء إلى حين انقضاء المهلة القصيرة للنفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة، حيث إن الطرف الثالث يستطيع أن يعتمد على أخذ تلك الموجودات خالصة من أي حق ضماني أجنبي لم يجعل نافذا بطريقة أخرى تجاه الأطراف الثالثة قبل انقضاء تلك المهلة.

١٠- *استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وانقضاء أجله*

١٢٠- إن معظم الدول التي اعتمدت نظاما عاما لتسجيل الحقوق الضمانية كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، مثلما ذكر من قبل، تسمح أيضا بوسائل بديلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (مثلا، حيازة الدائن أو السيطرة، بالنسبة لحقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، أو التسجيل في سجل متخصِّص، أو التأشير على شهادة الملكية). وأحيانا يستطيع الدائن المضمون أن يحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في نوع معيَّن من الموجودات المرهونة باستخدام أكثر من طريقة في الوقت ذاته. وعلاوة على ذلك، فمن الممكن أحيانا أن يغيِّر الدائن الطريقة التي يتحقق بها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (كأن يعمد الدائن المضمون الذي أخذ الحيازة إلى تسجيل إشعار بالضمان في سجل الحقوق الضمانية العام فيما بعد). ومعظم الدول التي تعترف بطرائق بديلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، تنص قوانينها على الحفاظ على استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة رغم حدوث تغيير في وسيلة تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، شريطة أن لا يكون هناك وقت لا يكون الحق الضماني نافذا فيه تجاه الأطراف الثالثة بطريقة واحدة على الأقل.

١٢١- ومثلما سبق مناقشته، فإن الأساس المنطقي من زاوية السياسة العامة لشروط تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يتمثل في تمكين الدائنين المضمونين المحتملين والأطراف الثالثة الأخرى من أن يقرروا بسهولة نسبية ما إذا كان هناك حق ضماني قد رهن من قبل الموجودات التي يريدون أن يحصلوا على حقوق فيها. وعندما يُسمح بطرائق مختلفة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، يُستوفى الأساس المنطقي المتعلق بالسياسة العامة بغض النظر عن الطريقة التي يختارها الدائن. وبالتالي، طالما أنه لا يكون هناك وقت لا يكون الحق الضماني فيه غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة، ينبغي أن يكون الدائن المضمون قادرا على تغيير طريقة تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بدون انقطاع في نفاذ حقه الضماني تجاه الأطراف الثالثة. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٤٦). ولكن تغيير الطريقة قد تترتب عليه نتائج متعلقة بالأولوية. مثلا، إذا قام الدائن أولا بتسجيل الحق الضماني في ملحق في سجل الممتلكات غير المنقولة، ثم سجَّل إشعارا به في سجل الحقوق الضمانية العام، ثم أقدم بعد ذلك على إلغاء التسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، فإن الحق الضماني سيحتفظ بنفاذه تجاه الأطراف الثالثة ولكنه يفقد مركز الأولوية ذي الأفضلية الذي يُكتسب مع التسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة. وتناقش هذه العواقب المتعلقة بالأولوية نتيجة لتغيير طريقة تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني (انظر الفقرات ١٣٢-١٣٤).

١٢٢- وعلى العكس من ذلك، يمكن أن تكون هناك حالات ينقضي فيها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. فلننظر إلى الحالة التي لم تعد فيها شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة مستوفاة بموجب إحدى الطرائق ولم يحقق الدائن المضمون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى مسموح بها قبل موعد انقضاء أجل الطريقة الأولى. مثلا، قد ينقضي التسجيل أو يُلغى أو قد يتخلى الدائن المضمون عن حيازة الموجودات المرهونة أو قد تصبح الظروف التي أدت إلى النفاذ تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة غير قائمة

ولم يتخذ الدائن المضمون خطوات لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة باستخدام طريقة أخرى قبل أن ينقضي النفاذ الأصلي تجاه الأطراف الثالثة.

١٢٣- وتسلك الدول نهوجا مختلفة إزاء مفعول إعادة إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بعد انقضاء الفترة. فترى بعض الدول أن الانقضاء ينهي حتما استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، وأنه لا يمكن لأي إعادة إنشاء أن تحدث مفعولا إلا اعتبارا من وقت إعادة الإنشاء. والسياسة العامة المتّبعة هنا هي تفادي مطالبة الطرف الثالث بملاحقة القيد في السجل للوقوف على ما إذا وجد حق ضماني في أي وقت مضى. وتنص قوانين دول أخرى على فترة سماح يجوز أن يعاد خلالها إعادة إنشاء التسجيل المنقضي. وفي تلك الدول، إذا أعيد إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قبل انقضاء فترة السماح، يعتبر أن النفاذ ما زال مستمرا وتبقى الأولوية الأصلية للدائن المضمون، باستثناء ما هو تجاه مطالبين منافسين اكتسبوا حقوقا في الموجودات المرهونة خلال الفترة الواقعة بين الانقضاء وإعادة الإنشاء. والسياسة العامة المتّبعة هنا هي السماح للدائن المضمون الذي ربما ترك النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ينقضي من غير قصد بأن يصحّح خطأه، ما دام لا يتعرّض أي طرف ثالث للضرر نتيجة لذلك. وفي دول أخرى كذلك، تؤدي إعادة إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في أي وقت بعد الانقضاء إلى الحفاظ على استمرار ذلك النفاذ، رهنا بحقوق المطالبين المنافسين المتدخلين.

١٢٤- ولدى اتخاذ قرار بشأن النهج الذي ينبغي اتباعه من بين تلك النهوج الثلاثة، يكون من المفيد تحليل العواقب العامة التي يحتمل أن تترتب على عدم الحفاظ على استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وهناك وضعان يلفتان النظر بصورة خاصة. الأول هو عندما يكتسب طرف ثالث (كمشتر أو ممثل إعسار أو دائن بحكم القضاء) حقوقا في الموجودات المرهونة بعد انقضاء النفاذ وقبل إعادة إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. فحيث إن الحق الضماني لم يكن نافذا تجاه الأطراف الثالثة عندما اكتسب هذا الطرف الثالث حقوقه، فإن المشتري يأخذ الموجودات المرهونة خالصة من الحق الضماني، في حين يكون لممثل الإعسار أو الدائن بحكم القضاء الأولوية على الحق الضماني. وتُفضي جميع النهوج المطروحة أعلاه إلى هذه النتيجة.

١٢٥- والمثال الثاني المثير للشواغل ينشأ متى كان لحق دائن مضمون أولوية على حق دائن مضمون منافس قبل انقضاء النفاذ. وكقاعدة عامة، تتوقف الأولوية بين الدائنين المضمونين المتنافسين على الترتيب الذي يجري به التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٧٦). وبحسب النهج الأول، إذا انقضى النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لا تبدأ الأولوية إلا اعتبارا من وقت إعادة إنشائها. وتنزل مرتبة الحق الضماني المنقضي عن مرتبة الحق الضماني المنافس الذي سُجِّل أو جُعِل نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل فترة الانقضاء أو خلالها. وبحسب النهجين الثاني والثالث، بما أن إعادة إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يعتبر أنه يرجع إلى الوقت الأصلي للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فإن الحق الضماني يحتفظ بالأولوية، اعتبارا من الوقت الأصلي، على حقوق الدائنين المضمونين، ولكن (كما ذُكر في الفقرة السابقة) ليس على حقوق دائنين مضمونين جعلوا حقوقهم الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة أثناء الفترة بين الانقضاء وإعادة الإنشاء.

١٢٦- وتشير المناقشة الواردة في الفقرة السابقة إلى التسجيل باعتباره أمرا منفصلا عن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. والسبب هو أن التسجيل، خلافا لسائر طرائق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، يجوز أن يسبق إنشاء الحق الضماني. وحتى لو أن شروط الإنشاء يجوز أن لا تكون مستوفاة بعد، فإن الحق الضماني المسجّل يتقدم على الحقوق الضمانية المنافسة من وقت التسجيل، لا من وقت الإنشاء اللاحق. ونتيجة لذلك، يكون الحدث المهم هو وقت تسجيل الحق الضماني وليس وقت إنشائه.

١٢٧- وتوجد أسباب وجيهة من حيث السياسة العامة لتبرير النهوج الثلاثة جميعها. بيد أن النهجين الثاني والثالث يمكن أن يُعقِّدا تقدير الأولوية إذا كان هناك صاحب حق ضماني انقضى نفاذه تجاه الأطراف الثالثة، ثم استعاد أولويته على دائن مضمون منافس قبل انقضاء النفاذ بإعادة إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، ولكن دخل في الصورة دائن مضمون منافس ثالث أثناء فترة الانقضاء. وهذا يؤدي إلى احتمال نشوء تنازع على الأولوية. فمثلا، رغم أن الحق الضماني الذي انقضى نفاذه تجاه الأطراف الثالثة يتمتع بالأولوية على الحق الضماني ما قبل الانقضاء، فإنه يخضع للحق الضماني المتدخل الثالث، الذي بدوره يتمتع بالأولوية على الحق الضماني المنقضى نفاذه. والفرق الوحيد بين النهجين الثاني والثالث هو أن النهج الثاني يرمي إلى التقليل من احتمال حدوث ذلك التعقُّد من خلال تقييد الفترة المتاحة لإعادة إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ويضاف إلى هذا أن اعتماد أي من هذين النهجين يتطلب تنظيم بيانات السجل للتمكُّن من استرجاع بيانات التسجيل الأصلي أو الإشارة إليها من أجل ضمان الشفافية. ويوصي *الدليل* بالنهج الأول لتفادي هذه التعقيدات وفي سبيل توفير نظام واضح وفعال للتسجيل وتقرير الأولوية. فإذا انقضى التسجيل أو إذا انقضى النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لأن متطلبات إحدى طرائق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لم تعد مستوفاة قبل إحلال طريقة أخرى محلها، جاز في كلتا الحالتين تجديد التسجيل أو إعادة إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، ولكنه لا يصبح ساريا إلا اعتبارا من ذلك الوقت (انظر التوصية ٤٧).

باء- تعليقات تخص موجودات معيّنة

١- *نفاذ الحق الضماني في حق ضماني شخصي أو حق ملكية يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر تجاه الأطراف الثالثة*

١٢٨- يجري أحيانا كثيرة جدا ضمان المستحقات والصكوك القابلة للتداول وغير ذلك من الموجودات غير الملموسة بضمان شخصي أو بحق ضماني. فقد يكون لدى مانح يعمل مثلا في مجال بيع موجودات بالدفع الآجل حق ضماني في الموجودات المباعة لضمان التزامات المشتري بالسداد. ومتى كان المانح هو نفسه المقرض، فقد تكون التزامات زبائنه بشأن السداد مسنودة بضمان إضافي، مثل الضمان الشخصي من طرف ثالث.

١٢٩- والحقوق الضمانية التبعية، سواء كانت حقوقا شخصية أو حقوقا في الملكية تتبع تلقائيا في معظم الدول الالتزام الذي تضمنه. أي أنه إذا قام دائن لمستحق أو حائز لصك قابل للتداول مسنود بحق ضماني أو بإحالة ذلك المستحق أو الصك القابل للتداول إلى طرف ثالث، استفاد الطرف الثالث المحال إليه أيضا من تلك الحقوق الضمانية التبعية بالإضافة إلى الحق في سداد الالتزام الذي تضمنه. وهذه النتيجة تنبع من المبادئ العامة لقانون الالتزامات في معظم الدول، وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٢٥).

١٣٠- والفكرة القائلة بأن الحقوق الضمانية التبعية والضمانات الشخصية تتبع تلقائيا المستحق أو الصك القابل للتداول، أو أي التزام رئيسي آخر، تنطبق أيضا عموما على أي حقوق ضمانية ممنوحة في المستحق أو الصك القابل للتداول. وهذا يعني أن الدائن المضمون الذي يحصل على حق ضماني في الالتزام المتعلق بالسداد تلقائيا يكتسب المنفعة، تجاه المانح، من أي حقوق تبعية يحتازها المانح تجاه الأطراف الثالثة حالما ينشأ الحق الضماني في الالتزام المتعلق بالسداد. بيد أن المسألة المطروحة هنا

هي، إذا كان ينبغي لنفاذ الحق الضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول، إذا جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة، أن يمتد ليشمل تلقائيا أي حقوق تبعية دون إلزام المانح أو الدائن المضمون باتخاذ أي إجراء إضافي. فمعظم الدول تعتمد هذا النهج استنادا إلى نظرية مفادها أن الأطراف الثالثة لا تتكبد أضرارا لأنه يُفترض أنها تدرك أن حقوق التبعية تشكِّل جزءا لا يتجزَّأ من الموجودات المرهونة الرئيسية. وبناء على ذلك، يوصى بهذا النهج في *الدليل* (انظر التوصية ٤٨).

١٣١- كما يعتمد حق الدائن المضمون في إنفاذ حق ضماني تبعي تجاه الأطراف الثالثة على ما إذا كان الحق الضماني التبعي نافذا تجاه الأطراف الثالثة ويستطيع المانح إنفاذه في هذا الوقت. فمثلا، إذا لم يتخذ المانح الخطوات الضرورية لجعل الحق الضماني في الموجودات الملموسة الذي يضمن التزاما بالسداد نافذا تجاه الأطراف الثالثة، فإن الدائن المضمون الذي يكتسب حقا ضمانيا في الالتزام لن يحصل بالتالي إلا على حق محدود مناظر في الحق الضماني التبعي.

(أ) التعهدات المستقلة

١٣٢- توجد اعتبارات إضافية فيما يتعلَّق بالسياسة العامة إذا كان الحق الشخصي أو حق الملكية الذي يضمن الالتزام الرئيسي تعهدا مستقلا. وتسلك الدول نهوجا متباينة في هذه الحالة.

١٣٣- وفي بعض الدول لا تترتب هذه الحقوق على الالتزام بالسداد الذي تضمنه إلا إذا كانت قابلة للنقل ونفِّذ نقلها بإجراء قضائي منفصل. ويستند هذا النهج إلى افتراض أنه، على الرغم من أن الأطراف تتوقع انتقال الحقوق التبعية تلقائيا مع الالتزامات التي تضمنها، ولكن بأن مجرّد استقلالية التعهد المستقل يعني أن الأطراف تتوقع عادة عكس ذلك. وفي دول أخرى، فحتى الضمان المستقل والحقوق الأخرى تتبع تلقائيا الالتزام الذي تضمنه دون حاجة إلى إجراء جديد. ويستند هذا النهج إلى افتراض أن الدائن المضمون يطلب عادة من المانح أن يحيل جميع الحقوق التي تضمن مستحق المانح وبأن تبسيط الوصول إلى تلك النتيجة يحد من الوقت والنفقات فيكون له بالتالي أثر مفيد على توافر الائتمان وعلى تكلفته.

١٣٤- ويستند هذا النهج الثاني أيضا إلى افتراض أنه يمكن حماية حقوق الأطراف الثالثة الملتزمة بالحقوق المستقلة (كالتعهد المستقل) من خلال قواعد منفصلة. فمثلا، في حالة الحق الضماني في عائدات الحق في السداد بمقتضى تعهد مستقل، يمتد النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا إلى العائدات بموجب التعهد المستقل ولكنه لا يمتد إلى حق السحب (أي الحق في مطالبة الملتزم بالسداد أو اشتراط ذلك عليه)، إذ إنه حق مستقل (التوصية ٢٥، الفقرة الفرعية *(ب)*). ونتيجة لذلك، فان الملتزِم بمقتضى تعهد مستقل يحظى بالحماية من إلزامه بالسداد لطرف ثالث (الدائن المضمون)، وبالتالي لا يوجد سبب لعدم مد نفاذ حقوق الدائن المضمون تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا ليشمل ما قد يطالب به من حقوق فيما يتعلق بالتعهد المستقل. ولهذه الأسباب، فان هذا النهج الثاني هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٤٨).

(ب) المستحقات المضمونة برهن الممتلكات غير المنقولة

١٣٥- إن الحالات التي يُضمن فيها سداد المستحق عن طريق رهن ممتلكات غير منقولة (أي الرهن العقاري أو رهن مماثل آخر لممتلكات غير منقولة) تثير اعتبارات إضافية تتعلَّق بالسياسة العامة. وكما

سبق نقاشه (انظر الفقرة ١٣٠ أعلاه)، فإن القاعدة العامة في معظم الدول والموصى بها في *الدليل* هي أنه إذا كان الحق الضماني قد جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة، امتد هذا النفاذ إلى أي حقوق تبعية تضمن سداد الالتزام الرئيسي دون حاجة إلى أي إجراء إضافي. ولكن في بعض الدول يقضي قانون الممتلكات غير المنقولة بأن يُعطى مانح الرهن على الممتلكات غير المنقولة إشعارا بالحق الضماني لكي يتمكَّن الدائن الحاصل على ضمان في المستحق من الاستفادة من هذا الرهن. وبما أن الدائن المضمون لا يمكن أن يستفيد من أي حقوق أكبر من حقوق محيل المستحق، فإن الحاجة إلى هذا التقييد موضع تساؤل، ولا يوصي *الدليل* به.

١٣٦- وفي بعض الدول، لا يمكن جعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة في مستحق مضمون برهن عقاري أو رهن ممتلكات غير منقولة إلا عن طريق التسجيل في سجل الأراضي. ويستند هذا النهج إلى نظرية مفادها أنّ الأطراف الثالثة الحريصة على الاستفادة من رهن ممتلكات غير منقولة تتوقع عادة العثور على أي رهون منافسة مسجّلة في سجل الأراضي على العكس من سجل الحقوق الضمانية العام للممتلكات المنقولة (خاصة لأنه ليس من المألوف، بل ومن غير الممكن من الناحية القانونية في العديد من الدول، إحالة المستحق المضمون برهن ممتلكات غير منقولة بمعزل عن هذا الرهن). بل وفي دول أخرى، يمكن جعل الحق الضماني في المستحق نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب النظام الضماني المنطبق على الموجودات المنقولة، ولكنه يخضع لحق دائن مضمون مسجل في سجل الممتلكات غير المنقولة. وفي حين أن *الدليل* يوصي بالتمديد التلقائي لنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في المستحق إلى رهن الممتلكات غير المنقولة الذي يضمن السداد (انظر التوصية ٤٨)، فإنه يعترف أيضا بأن السياسات الطاغية فيما يتعلق بقانون الممتلكات غير المنقولة قد يدفع الدول إلى اتباع هذه النهوج الأخرى.

١٣٧- وفي بعض الدول، كما ذُكر سابقا، يستطيع الدائن المضمون نقل رهن ممتلكات غير منقولة بشكل منفصل عن الالتزام الرئيسي الذي يضمنه الرهن. والدول التي تسمح بإنشاء هذه الأنواع من الرهون المستقلة للممتلكات غير المنقولة تفعل ذلك أساسا لتيسير نقل مثل هذه الرهون. وكثيرا ما يتم تحديد دقيق في قانون الدولة الخاص بالأراضي للممارسات المالية المتخصصة المرتبطة بهذه الرهون المستقلة. وأحيانا لا يكون هذا متبعا، وتستمد من ممارسات تعاقدية معترف بها قانونيا. وفي أيٍّ من الحالتين، تكون اعتبارات السياسة العامة المتصلة بإمكانية إنشاء مثل هذا الرهن المستقل، وآثار تلك الأدوات الضمانية، مرتبطة بشكل وثيق بقانون الأراضي المطبّق في الدولة. ولهذا السبب، يوصي *الدليل* بأن لا يُطبق تمديد النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا لكي يشمل الحقوق التي تضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول، عندما يكون الحق المعني متّصفا بكونه رهنا مستقلا لممتلكات غير منقولة (انظر التوصية ٤٨).

٢- *نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة*

١٣٨- إن الأموال المودعة في حساب مصرفي هي من الموجودات المتزايدة الأهمية التي يستطيع المانحون أن يقدّموها كضمان للائتمان. والموجودات التي يُمنح عليها الحق الضماني ليست في الواقع الحساب المصرفي ذاته وإنما حق المانح في ادعاء أداء التزام المصرف بسداد قيمة الأموال المودعة في الحساب المصرفي للمانح (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرة ١٢٣).

١٣٩- وتسلك الدول نهوجا مختلفة إزاء شروط نفاذ الحق الضماني في هذا النوع من الموجودات تجاه الأطراف الثالثة. وتكتفي معظم الدول من بين تلك التي لم تنشئ سجلا عاما للحقوق الضمانية بتطبيق القواعد العامة لتحقيق نفاذ الحقوق الضمانية في المستحقات تجاه الأطراف الثالثة. ويعني ذلك أحيانا تسجيل إشعار في سجل خاص مكرّس لإحالة الحقوق الضمانية في المستحقات أو لإنشائها، إلا أن الأمر قد يقتضي أحيانا أن يقدّم الدائن المضمون إشعارا كتابيا بالحق الضماني إلى صاحب الحساب المصرفي.

١٤٠- وتُصنِّف بعض الدول التي أنشأت سجلا عاما للحقوق الضمانية الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي مثلما تُصنِّف أي مستحق آخر. وكما ذُكر سابقا، فالتسجيل يكون عادة الطريقة الوحيدة المتاحة عمليا لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في المستحقات في تلك الدول. وبالتالي، لا يمكن فيها تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في تقاضي الأموال المودعة في الحساب المصرفي للمانح إلا من خلال التسجيل في السجل العام للحقوق الضمانية.

١٤١- وقد ابتكرت دول أخرى لديها سجلات عامة للحقوق الضمانية مجموعة متخصّصة من قواعد النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تستند إلى حصول الدائن المضمون على "السيطرة" فيما يتعلق بحق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي. وإذا كان الدائن المضمون هو المصرف الوديع تكون السيطرة تلقائية وكذلك النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ويمكن لدائنين مضمونين آخرين أن يحصلوا على السيطرة بواحدة من طريقتين، إحداهما أن يحل الدائن المضمون محل المانح في الحساب باعتباره عميلاً لدى المصرف. ولئن كانت هذه الطريقة تنشئ المعادل الوظيفي لرهن الوفاء الحيازي التقليدي فإنها ليست عملية بالنسبة لمانح يحتاج إلى الوصول دون قيود إلى حساباته في سياق عمله المعتاد. والبديل الآخر، "اتفاق السيطرة"، هو بالتالي الطريقة الأكثر استخداما في الممارسة العملية. وتتحقق السيطرة في هذه الحالة من خلال اتفاق بين المانح والدائن المضمون والمصرف. وكما هي الحال بالنسبة للسيطرة التلقائية التي يمكن للمصرف الوديع ممارستها، لا يؤدي اتفاق السيطرة إلى تجميد الأموال ما لم ينص اتفاق السيطرة على ذلك. وكثيرا ما ينص اتفاق السيطرة على عدم منع المانح من الوصول إلى الأموال إلا إذا حدث تقصير من المانح تجاه الدائن المضمون وكان الدائن المضمون قد أصدر تعليماته إلى المصرف الوديع بمنع ذلك الوصول. بيد أنه يمكن تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة في هذه الحالة حتى عندما يظل المانح متمتعاً بحرية السحب من الحساب إلى أن يُخطر الدائن المضمون المصرف بخلاف ذلك.

١٤٢- وبموجب كلا النهجين العامين (التسجيل أو السيطرة) المعتمدين في الدول التي لديها سجلات عامة للحقوق الضمانية، يأخذ من تحال إليه أموال من حساب مصرفي بموجب إحالة يجريها المانح في سياق العمل المعتاد الأموال خالصة من الحق الضماني. ولكن، بخلاف ذلك، تترتب على هذين النهجين عواقب مختلفة للغاية بالنسبة للأولوية. ففي النهج الأول تتوقف الأولوية عموما على الترتيب الذي سُجِّلت به الحقوق الضمانية. وحيثما يكون المصرف الوديع دائنا مضمونا أيضا، فإنه لا يتمتع بأي وضع ذي أولوية كدائن مضمون (رغم أنه يتمتع عادة بحق بموجب قوانين أخرى بأن يجري مقاصة بين أي مطالبات تكون لديه حيال المانح بمقتضى طلب سداد من دائن مضمون صاحب أسبقية، ويعني ذلك عادة أن له أولوية بحكم الواقع). أما في النهج الثاني، فيكون للمصرف ذي السيطرة التلقائية أولوية على الدائنين المضمونين الآخرين، باستثناء الدائن المضمون الذي يحقق السيطرة بحلوله محل المانح في الحساب كعميل لدى المصرف.

١٤٣- ويتميز النهج الأول بالوضوح والبساطة، بينما يتطلب النهج الثاني تطوير مجموعة معقَّدة نسبيا من القواعد المتخصصة للإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة وتقرير الأولوية. ويكفل النهج الأول

الشفافية بواسطة التسجيل العلني في حين أن المصرف الوديع، في النهج الثاني، ليس ملزما بالإفشاء عما إذا كان قد اكتسب حقا ضمانيا لصالحه أو دخل في اتفاق للسيطرة مع دائن مضمون آخر. والنهج الأول لا يمنح المصرف الوديع امتيازا عندما يمارس حقوقه كدائن مضمون، بينما يتمتع المصرف في النهج الثاني عموما بالأولوية على الدائنين المضمونين الآخرين. وبالإضافة إلى ذلك، يتمتع المانح بحرية إنشاء حق ضماني لصالح دائن آخر في إطار النهج الأول، ولكن المصرف ليس ملزما بموجب النهج الثاني بأن يدخل في اتفاق للسيطرة حتى بتوجيه من المانح. وأخيرا، فإن التسجيل العمومي بموجب النهج الأول قد يكون أقل تكلفة وأقل تبديدا للوقت من المفاوضات الثلاثية اللازمة للتفاوض بشأن الدخول في اتفاق للسيطرة في إطار النهج الثاني.

١٤٤- بيد أن النهج الثاني، في بعض النواحي، أكثر تدقيقا في التفاصيل المتصلة بالشواغل المصرفية العملية. فالسيطرة التلقائية لصالح المصرف الوديع تماثل الوضع بموجب قانون المقاصة، الذي يسمح للمصرف الوديع بأن يستوفي من الأموال المودعة في حساب عميله ومستحقة بالتالي للمانح أي مبالغ يكون العميل مدينا بها للمصرف نتيجة دفع ائتمان لهذا العميل. إلا أن حق المصرف في المقاصة بالنسبة لقروض آجلة عادة ما يبطل حالما يتلقى إشعارا بإنشاء حق ضماني (أو إحالة تامّة) لصالح طرف ثالث. وقد يُحدث ذلك صعوبات أمام المصارف وعملائها التجاريين الذين كثيرا ما يجب أن يكونوا في وضع يتطلب منهم التصرف بسرعة شديدة في معاملات تمويلية مؤثرة على الحسابات المصرفية. وقد تؤدي ضرورة التأكد من عدم تلقي أي إشعار بإحالة تامّة إلى طرف ثالث أو بحق ضماني قبل التصرّف على أساس تعليمات العميل إلى النيل من كفاءة تلك المعاملات. كما أن عدم اليقين بشأن دقة توقيت تلقي الإشعار ودفع المصرف للائتمان قد يكون مدعاة للمقاضاة بين طرف ثالث دائن مضمون أو محال إليه والمصرف. أما مفهوم السيطرة التلقائية، مشفوعا بالأولوية الممنوحة للمصرف الوديع، فيزيل مصدر المخاطرة وعدم اليقين هذا.

١٤٥- والنهج الثاني بشأن السيطرة لا ينطوي أيضا على ما يبدو على آثار سلبية غير معقولة على المانح. ففي المقام الأول، يجب أن يوافق المانح على إنشاء حق ضماني لصالح المصرف الوديع. ويفترض أن يمتنع المانح عن الموافقة ما لم يكن المصرف مصدرا للتمويل. وإضافة إلى ذلك، يمكن تعديل قواعد الأولوية المتصلة بالسيطرة بواسطة اتفاق تنازل عن الأولوية في الحالات التي يكون من الأنسب فيها كفالة منح الأولوية الأولى لدائن مضمون آخر. وبافتراض وجود بيئة مصرفية تنافسية، فإن المصارف لا تمتنع بدون سبب معقول عن الموافقة على إنزال رتبة الأولوية (أو على إبرام اتفاق سيطرة)، حيث إن للمانح دائما مطلق الحرية في نقل حسابه إلى مؤسسة أخرى.

١٤٦- وعلى الرغم من أن مفهوم السيطرة، مثل التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية، ليس طريقة شفافة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فإن نقص الشفافية عموما لا يضع الأطراف الثالثة في مركز أسوأ من الذي كانوا فيه. فكما لوحظ سابقا، يكون عموما للمصرف الوديع بموجب قوانين أخرى حق إجراء مقاصّة لأي التزامات يدين المانح بها للمصرف بأفضلية على حقوق دائني المانح الآخرين، المضمونين منهم وغير المضمونين. ولأن المقاصة ليست حقا ضمانيا فهي لا تخضع لأي اقتضاء بالتسجيل العلني. كما أن المصرف ليس ملزما بأن يفصح عن حقوقه في المقاصة لأطراف ثالثة. ولذلك لا يستطيع الدائنون في الدول التي تعتمد النهج الأول أن يعتمدوا على بحث كامل للسجل حيث إن المصرف يجوز له أن يتمسك دائما بحق الأولوية بموجب حقه الخاص في المقاصة. كما أن من تحال إليهم أموال مدفوعة من الحساب بناء على تعليمات المانح لا يتضررون حيث إنهم يحصلون عموما على هذه الأموال خالصة من الضمان في كلا النهجين، كما لوحظ أعلاه.

١٤٧- والدول التي اعتمدت نهج السيطرة طريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تعتبرها عادة الطريقة الحصرية لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في هذه الحالة. ولكن هذا تقييد للمرونة لا مسوِّغ له، لأن اعتبارات الممارسة المصرفية الأساسية لاعتماد السيطرة، التي نوقشت أعلاه، يمكن مراعاتها بمنح الدائن المضمون المتمتع بالسيطرة أولوية على أي دائن مضمون يسجِّل حقه، بغض النظر عن الترتيب الخاص بحدوث السيطرة والتسجيل. وفي حين أن هذا النهج يقلل فعالية التسجيل كطريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فإن إمكانية التسجيل ستظل تكفل نفاذ الحق الضماني تجاه دائني المانح بحكم القضاء وممثل إعسار المانح حيث إن الأولوية الخاصة الممنوحة للدائن المضمون ذي السيطرة لا يمكن المطالبة بها إلا تجاه دائنين مضمونين آخرين، لا تجاه جميع المطالبين المنافسين.

١٤٨- ولأن النهج الذي يسمح للدائنين المضمونين، وخاصة المصارف الوديعة، بتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة عن طريق الحصول على السيطرة، يتسق مع الاحتياجات العملية للمصارف وعملائها التجاريين، يوصي *الدليل*، إضافة إلى التسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام، بقبول السيطرة كطريقة مميزة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي (انظر التوصية ٤٩).

٣- نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة

١٤٩- مثلما سبق توضيحه (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرتين ١٢٦ و١٢٧)، يجوز في دول كثيرة إنشاء حق ضماني في العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل، ولكن ليس في حق السحب بمقتضى تعهد مستقل. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٢٧). وفي المقابل، لا تسمح دول أخرى بإنشاء حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل. بيد أنه حتى في الدول التي تتخذ الموقف الموصى به في *الدليل*، فإن الطبيعة الخاصة للموجودات المرهونة (الحق في تقاضي العائدات) تدفع بالدول إلى اتباع سياسات مختلفة إزاء طرائق تحقيق نفاذ مثل هذا الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة.

١٥٠- ففي بعض الدول، يجوز جعل هذا الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بأكثر من طريقة واحدة. فعلى سبيل المثال، يجوز للدائن المضمون أن يسجّل إشعارا في سجل الحقوق الضمانية العام. ويجوز، من ناحية أخرى، في الدول التي تعترف بفكرة السيطرة أن يحصل الدائن المضمون على السيطرة بالاتفاق أو تلقائيا. ولكن من المستحيل، في ظروف معينة، أن يحقق الدائن المضمون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بأخذ الحيازة لأن الموجودات (الحق في تقاضي العائدات بموجب تعهد مستقل) ليست موجودات ملموسة (ولو أن العائدات تكون موجودات ملموسة متى جرى دفعها).

١٥١- والسيطرة، في دول أخرى، هي الطريقة الوحيدة المعترف بها لتحقيق نفاذ الحق الضماني في حق في العائدات بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة. فتتحقق السيطرة، ومن ثم النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، تلقائيا إذا كان الدائن المضمون هو المُصدِر أو شخصا مسمّى آخر. وإذا كان الدائن المضمون طرفا ثالثا، تستلزم السيطرة أن يعترف المُصدِر أو شخص مسمّى آخر بأحقية الدائن المضمون

في تقاضي العائدات من سحب سليم يجريه المستفيد. وبموجب هذا النهج لا يستطيع الدائن المضمون أن يحصل على السيطرة، ومن ثم على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، إلا إذا وافق المُصدِر على أن يسدّد أي عائدات مسحوبة على نحو سليم إلى الدائن المضمون. وتوجد سياستان لتأييد اشتراط موافقة المُصدِر لتنفيذ السداد. أولا لأن موافقة المُصدِر ضرورية لتفادي إرغامه على التعامل مع طرف ثالث. وثانيا لأن هذا يمكّن المُصدِر من ضمان أن يكون طلب السداد قد قُدِّم على نحو سليم وأن يكون المستفيد قد وافق على حق الدائن المضمون في أن يتقاضى العائدات.

١٥٢- وكما لوحظ آنفا (انظر الفقرة ١٥٠ أعلاه)، فإن طبيعة الحق في تقاضي العائدات بمقتضى تعهّد مستقل، بحد ذاتها، تجعل من غير الممكن تحقيق نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات تجاه الأطراف الثالثة بأخذ حيازة الصك الذي يثبت الحق في تقاضي العائدات. بيد أن هذا لا يحول دون قيام دائن مضمون بأخذ الصك في حيازته المادية (التعهد المستقل ذاته). وحتى ولو أن هذا لن يؤدي إلى نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، فحيازة الصك تعطى قدرا عمليا من الحماية للدائن المضمون متى قضت شروط التعهّد المستقل بتقديم مستند الإثبات المادي للتعهد المستقل إلى المُصدِر لأجل إجراء السحب. ولمّا كان يتعذّر على المستفيد أن يجري سحبا فعليا دون تعاون الدائن المضمون، فباستطاعة الدائن المضمون الحاصل على الحيازة أن يحمي نفسه بإلزام المستفيد بالحصول على إقرار بحقوقه من المُصدِر. ومن شأن هذا الإقرار أن يمكِّن الدائن المضمون من تحقيق السيطرة قبل التنازل عن حيازة الصك.

١٥٣- وللممارسات المحددة المتّبعة في صناعة خطابات الاعتماد والتعهّدات المستقلة صلة هامة بالأسلوب الذي يمكن به تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة بوجه عام وتجاه المُصدر والشخص المسمّى بصورة خاصة. ولا بد من حماية المُصدر من احتمال المسؤولية عن السداد لدائن مضمون إذا لم يكن التقديم قد أجري حسب الأصول أو إذا كانت الشروط المحددة في الاتفاق الضماني تجرِّد الدائن المضمون من حق المطالبة بالسداد حالما يجرى السحب بصورة سليمة. ولذلك يوصي *الدليل* بأن تكون السيطرة هي الطريقة الوحيدة التي يستطيع بها الدائن المضمون أن يحقِّق نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات بمقتضى تعهد مستقل تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٥٠).

٤- نفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول تجاه الأطراف الثالثة

١٥٤- إن الخاصية الأساسية للمستند القابل للتداول (كسند الشحن مثلا) هي أنه يمثل الموجودات الملموسة المشمولة به. وعندما يُظهَّر المستند على نحو سليم، يحق لحامله المطالبة بحيازة تلك الموجودات عند تسليم المستند. ولهذا السبب، ولأنه قابل للتداول، فهو يتميّز بكونه يسمح لحامله في معظم الدول بإنشاء حق ضماني في الموجودات المشمولة به. وبالتالي، إذا كان الحق في المستند القابل للتداول نافذا تجاه الأطراف الثالثة، يكون الحق الضماني في الموجودات المشمولة بالمستند نافذا أيضا تجاه الأطراف الثالثة أثناء الفترة التي تكون فيها الموجودات مشمولة بالمستند (انظر التوصية ٥٢).

١٥٥- وتعني الخاصية الملموسة للمستند القابل للتداول أنه في الدول التي يوجد لديها سجل عام للحقوق الضمانية يمكن جعل حق ضماني في المستند نافذا تجاه الأطراف الثالثة، إما بالتسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام أو بنقل حيازة المستند إلى الدائن المضمون ما دامت الموجودات مشمولة بالمستند (انظر التوصية ٥١).

١٥٦- ولتيسير إنشاء الحقوق الضمانية في موجودات مشمولة بمستند قابل للتداول، يوصي *الدليل* بأنه يجوز جعل الحق الضماني في مثل هذه الموجودات نافذا تجاه الأطراف الثالثة إما بالتسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام أو بنقل حيازة المستند أثناء الفترة التي تكون فيها الموجودات مشمولة بالمستند (انظر التوصيتين ٥١ و٥٢).

١٥٧- وفي الممارسة العملية قد يضطر الدائن المضمون إلى أن يتخلى عن حيازة المستند لتمكين المانح من التعامل بالموجودات في سياق عمله. ويؤدي ذلك عادة إلى انقضاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، إلاّ إذا كان الدائن المضمون قد حقّق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل أيضا. وبعض الدول تتيح للدائن المضمون الاستفادة من مهلة زمنية مؤقتة للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا (مدة ١٥ أو ٢٠ يوما على سبيل المثال) عقب التخلي عن حيازة المستند، لتمكين المانح من بيع الموجودات المشمولة بالمستند القابل للتداول أو إبدالها أو تحميلها أو تفريغها أو التعامل بها بطريقة أخرى. وهذا النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة لا يتوقف على تحقيق الدائن المضمون مرة أخرى النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قبل انتهاء الفترة. وبالتالي، يكون الحق الضماني نافذا تجاه حقوق الأطراف الثالثة التي تنشأ أثناء الفترة المؤقتة (ولكن ليس بعدها) حتى إذا لم يُجعل الحق الضماني نافذا بطريقة أخرى تجاه الأطراف الثالثة قبل انتهاء الفترة. ويتسق هذا النهج مع الطابع القصير الأمد عادة للمعاملات التمويلية القائمة على موجودات يمثلها مستند قابل للتداول، والتي تنطوي عادة على تمويل في إطار بيع دولي لبضاعة بين صانع أو منتج أولي في إحدى الدول ومشتر بالجملة في دولة أخرى. وفي السياق المعتاد للأحداث يكون الدائن المضمون في هذا النوع من المعاملات قد تلقى السداد قبل انتهاء الفترة ولا يسترد أبدا حيازة المستند القابل للتداول. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٥٣).

١٥٨- ولكن تجدر ملاحظة أنه، في هذه الدول، كي يوجد هذا النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة يجب أن يكون الاتفاق الضماني قد أبرم (أي يجب أن يكون الاتفاق الضماني نافذا بين الطرفين). فلنأخذ الحالة التي يكون قد أنشئ فيها حق ضماني في مستند قابل للتداول باتفاق شفوي مصحوباً بنقل حيازة المستند إلى الدائن المضمون. ونقل الحيازة ليس مجرّد طريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، بل إنه عنصر ضروري لإنشاء الحق الضماني باتفاق شفوي. ولكن حيثما لا ينشأ الحق الضماني بنقل الحيازة تكون الكتابة ضرورية. ومن ثم إذا تخلّى الدائن المضمون عن الحيازة مؤقتا فيما بعد فإن ذلك لن يؤدي إلى النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة إلاّ إذا كانت هناك كتابة تكفي لكفالة استمرار وجود الحق الضماني بين الطرفين (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ٣٠-٣٣، والتوصية ١٥).

جيم- التوصيات ٢٩-٥٣

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة هو وضع أساس لترتيب الأولويات على نحو قابل للتنبؤ به ومنصف وناجع، من خلال:

(أ) اقتضاء التسجيل كشرط مسبق لنفاذ الحقّ الضماني تجاه الأطراف الثالثة، ما لم تكن الاستثناءات من التسجيل وبدائله مناسبة في ضوء الاعتبارات المقابلة المتعلقة بالسياسات التجارية؛

(ب) إنشاء إطار قانوني لاستحداث نظام سجل عمومي يكون بسيطا وناجع التكلفة وفعّالا لتسجيل الإشعارات المتعلّقة بالحقوق الضمانية، ودعم ذلك النظام.

١- توصيات عامة

تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٢٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحقّ الضماني لا يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا أُنشئ واتُبعت في تحقيق نفاذه تجاه تلك الأطراف إحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ أو ٣٥.

نفاذ الحق الضماني تجاه المانح عندما لا يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة

٣٠- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الذي أُنشئ يكون نافذا بين المانح والدائن المضمون حتى وإن لم يكن نافذا تجاه الأطراف الثالثة.

استمرار النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بعد نقل الموجود المرهون

٣١- ينبغي أن ينص القانون على أنه، بعد نقل حق غير الحق الضماني في موجود مرهون، يظل الحق الضماني في الموجود المرهون النافذ تجاه الأطراف الثالثة وقت النقل راهنا للموجود، باستثناء ما تنص عليه التوصيات ٧٩-٨١ (الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني)، ويظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٦٥.

التسجيل كطريقة عامة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٣٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة إذا سُجِّل إشعار بخصوصه في سجل الحقوق الضمانية العام المشار إليه في التوصيات ٥٤-٧٥ (الفصل الرابع بشأن نظام السجل).

٣٣- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل الإشعار لا ينشئ حقا ضمانيا وليس ضروريا لإنشاء حق ضماني.

الطرائق البديلة عن التسجيل لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والاستثناءات منه

٣٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يمكن جعل الحق الضماني أيضا نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق البديلة التالية:

'١' في الموجودات الملموسة، بحيازتها من جانب الدائن المضمون، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٧؛

'٢' في الموجودات المنقولة، التي تكون الحقوق فيها خاضعة لنظام تسجيل متخصّص أو نظام شهادات ملكية، بالتسجيل في السجل المتخصص أو بالتأشير بشأنه على شهادة الملكية، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٨؛

'٣' في ملحق بموجودات منقولة، تكون الحقوق فيه خاضعة لنظام تسجيل متخصص أو نظام شهادات ملكية، بالتسجيل في السجل المتخصص أو بالتأشير بشأنه على شهادة الملكية، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٢؛

'٤' في ملحق بممتلكات غير منقولة، بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٣؛

'٥' في حقٍّ في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، بالسيطرة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٩؛

'٦' في الموجودات الملموسة المشمولة بمستند قابل للتداول، بحيازة الدائن المضمون للمستند، على النحو المنصوص عليه في التوصيات ٥١-٥٣؛

(ب) يكون الحق الضماني نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة:

'١' في العائدات، إذا كان الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية نافذا تجاه الأطراف الثالثة، على النحو المنصوص عليه في التوصيتين ٣٩ و٤٠؛

'٢' في ملحق بموجودات منقولة، إذا كان الحق الضماني في الموجودات التي تصبح ملحقة نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن تصبح ملحقا، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤١؛

'٣' في كتلة أو منتَج، إذا كان الحق الضماني في الموجودات المجهَّزة أو الممزوجة نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبلَ أن تصبح جزءا من الكتلة أو المنتج، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٤؛

'٤' في الموجودات المنقولة، لدى حدوث تغيير في مكان الموجودات أو المانح ليصبح المكان هو هذه الدولة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٥؛

(ج) يكون الحق الضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو موجود غير ملموس آخر أو الوفاء به على نحو آخر، نافذا تجاه الأطراف الثالثة على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٨.

طريقة تحقيق نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة

٣٥- ينبغي أن ينص القانون على أنّه، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٤٨، لا يصبح الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا بالسيطرة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٥٠.

اختلاف طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة باختلاف أنواع الموجودات

٣٦- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يجوز استخدام طرائق مختلفة من أجل تحقيق نفاذ الحق الضماني في أنواع مختلفة من الموجودات المرهونة تجاه الأطراف الثالثة، سواء أكانت أم لم تكن تلك الموجودات مرهونة عملا بنفس الاتفاق الضماني.

نفاذ الحق الضماني في الموجودات الملموسة تجاه الأطراف الثالثة بواسطة الحيازة

٣٧- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يجوز جعل الحق الضماني في الموجودات الملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة عن طريق التسجيل على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٢، أو عن طريق حيازة الدائن المضمون لتلك الموجودات.

نفاذ الحق الضماني في موجودات منقولة تخضع الحقوق فيها لنظام تسجيل متخصّص أو نظام شهادات ملكية تجاه الأطراف الثالثة

٣٨- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في موجودات منقولة تكون الحقوق فيها خاضعة للتسجيل في سجل متخصّص أو للتأشير بشأنها على شهادة ملكية بموجب قانون آخر، يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٢، أو بواسطة ما يلي:

(أ) التسجيل في السجل المتخصّص؛ أو

(ب) التأشير بشأنه على شهادة الملكية.

نفاذ الحق الضماني في العائدات تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة

٣٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجودات مرهونة نافذا تجاه الأطراف الثالثة، يكون الحق الضماني في أي عائدات من هذه الموجودات المرهونة (بما فيها أي عائدات من العائدات) نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا عندما تنشأ العائدات، شريطة أن تكون العائدات موصوفة بطريقة عامة في إشعار مسجّل أو أن تكون العائدات مؤلّفة من نقود أو مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي.

٤٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا كانت العائدات غير موصوفة في الإشعار المسجل وفقا لما تنص عليه التوصية ٣٩ ولم تكن مؤلفة من نقود أو مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، ظلّ الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة [لمدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد نشوء العائدات. أما إذا جُعل الحق الضماني في مثل هذه العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ قبل انقضاء تلك المدة، ظلّ الحق الضماني في هذه العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة بعد ذلك دون اتخاذ أي إجراء إضافي.

نفاذ الحق الضماني في ملحق تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة

٤١- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجودات ملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة في الوقت الذي تصبح فيه تلك الموجودات ملحقا، يظل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بعد ذلك.

نفاذ الحق الضماني في ملحق يخضع الحق الضماني فيه لنظام تسجيل متخصّص ونظام شهادات ملكية تجاه الأطراف الثالثة

٤٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في ملحق بموجودات منقولة يكون الحق الضماني فيه خاضعا للتسجيل في سجل متخصص أو للتأشير بشأنه على شهادة ملكية بموجب قانون آخر، يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤١ أو بواسطة ما يلي:

(أ) التسجيل في السجل المتخصّص؛ أو

(ب) التأشير بشأنه على شهادة الملكية.

نفاذ الحق الضماني في ملحق بممتلكات غير منقولة تجاه الأطراف الثالثة

٤٣- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في ملحق بممتلكات غير منقولة يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤١ أو بواسطة التسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة.

نفاذ الحق الضماني في كتلة أو مُنتج تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة

٤٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجودات ملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة عندما يصبح جزءا من كتلة أو مُنتج، فإن الحق الضماني الذي يمتد إلى الكتلة أو المنتج، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٢٢ (الفصل الرابع بشأن إنشاء الحق الضماني)، يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة دون اتخاذ أي إجراء إضافي.

استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لدى انتقال المكان إلى هذه الدولة

٤٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجود مرهون نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الدولة التي يوجد فيها مكان الموجود المرهون أو مكان المانح (أيهما يحدّده القانون المنطبق

بمقتضى أحكام تنازع القوانين) وانتقل ذلك المكان إلى هذه الدولة، فإن الحق الضماني يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون هذه الدولة [لمدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد الانتقال. وإذا استوفيت مقتضيات قانون هذه الدولة لجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل نهاية تلك المدة، فإن الحق الضماني يظل بعد ذلك نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون هذه الدولة. ولأغراض أي قاعدة من قواعد هذه الدولة يكون فيها وقت التسجيل أو غيره من طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أمرا يعتدّ به في تحديد الأولوية، يكون ذلك الوقت هو الوقت الذي تحقّق فيه التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الدولة التي كان يوجد فيها مكان الموجودات المرهونة أو مكان المانح قبل انتقال مكانهما إلى هذه الدولة.

استمرارية نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة لدى تغير طريقة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٤٦- ينبغي أن ينص القانون على أن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة يكون مستمرا بصرف النظر عن تغيير الطريقة التي يُجعل بها نافذا تجاه الأطراف الثالثة، شريطة ألا تكون هناك أي فترة يكون فيها الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة.

انقطاع النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو انقضاء صلاحية التسجيل المسبق

٤٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا جُعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة ووجدت لاحقا فترة لا يكون الحق الضماني نافذا فيها تجاه الأطراف الثالثة، جاز إعادة إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وفي تلك الحالة يبدأ سريان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة من وقت إعادة إنشائه. وبالمثل، إذا انقضت على النحو المنصوص عليه في التوصية ٦٩ (الفصل الرابع بشأن نظام السجل) صلاحية تسجيل أُجري قبل إنشاء الحق الضماني على النحو المنصوص عليه في التوصية ٦٧، جاز إعادة إنشاء ذلك التسجيل. وفي تلك الحالة يبدأ سريان التسجيل من الوقت الذي يُسجل فيه الإشعار الجديد بشأن الحق الضماني.

٢- توصيات تخص موجودات معيّنة

نفاذ الحق الضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر تجاه الأطراف الثالثة

٤٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر مشمول بهذا القانون نافذا تجاه الأطراف الثالثة، فإن ذلك النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يمتد إلى أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر أو الوفاء به على نحو آخر، دون أن يتخذ المانح أو الدائن المضمون إجراء آخر. وإذا كان الحق الشخصي أو حق الملكية تعهّدا مستقلا فإن نفاذه تجاه الأطراف الثالثة يمتد تلقائيا إلى الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهد المستقل (ولكن، وفق ما تنص عليه الفقرة الفرعية *(ب)* من التوصية ٢٥ في الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، لا يمتد الحق الضماني إلى الحق في السحب بمقتضى التعهّد المستقل). ولا تمس هذه التوصية بحق في ممتلكات غير منقولة يكون، بموجب قانون آخر، قابلا للنقل على نحو منفصل عن مستحق أو صك قابل للتداول أو موجود غير ملموس آخر قد يضمنه.

نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة

٤٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٢ أو بواسطة حصول الدائن المضمون على السيطرة فيما يتعلق بحق تقاضي الأموال المودعة في الحساب المصرفي.

نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة

٥٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٤٨، لا يجوز جعل الحق الضماني في الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا بواسطة حصول الدائن المضمون على السيطرة فيما يتعلق بالحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهّد المستقل.

نفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول تجاه الأطراف الثالثة

٥١- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في مستند قابل للتداول، يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٢ أو بحيازة الدائن المضمون هذا المستند.

٥٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في مستند قابل للتداول نافذا تجاه الأطراف الثالثة فإن الحق الضماني المقابل له في الموجودات المشمولة بهذا المستند يكون نافذا أيضا تجاه الأطراف الثالثة. وفي الفترة التي يشمل فيها مستند قابل للتداول موجودات، يجوز جعل الحق الضماني في هذه الموجودات نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة الدائن المضمون هذا المستند.

٥٣- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في مستند قابل للتداول الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة الدائن المضمون هذا المستند يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة [لمدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد أن يتم التنازل عن ذلك المستند لصالح المانح أو شخص آخر لغرض بيع الموجودات المشمولة بالمستند القابل للتداول أو استبدالها أو تحميلها على وسيلة نقل أو إنزالها منها أو التصرف فيها بطريقة أخرى في نهاية المطاف.

رابعا- نظام السجل

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- إن تعزيز اليقين والشفافية بشأن الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة هدف رئيسي لأي نظام عصري للمعاملات المضمونة. وما من شيء أكثر أهمية لتحقيق هذا الهدف من وضع نظام سجل يكون عاما وقائما على الإشعار (انظر التوصية ١، الفقرة الفرعية *(و)*). ولهذا السبب، يُكرِّس *الدليل* فصلا بأكمله لوضع أفضل تصميم لنظام السجل وتنظيمه وتفاصيله التشغيلية. ومن الناحية التاريخية، كانت الحيازة الفعلية هي الآلية الأساسية لإثبات الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة. غير أن الدول وضعت، مع مرور الوقت، آليات أخرى لإثبات هذه الحقوق وتسجيلها. واعتمد بعض الدول على حفظ سجلات خاصة، من خلال مكتب توثيق على سبيل المثال، بينما وضعت دول أخرى نُظم سجلات عمومية تخص موجودات بعينها. ولما زاد عدد المعاملات التي تتضمن تفكيك الملكية وحيازة موجودات منقولة (مثل عقود الإيجار والقروض والبيع مع الاحتفاظ بحق الملكية)، واتسعت المنشآت وأصبحت تَدُر موجودات غير ملموسة وتستخدمها، كان على الدول أن تستحدث آليات تسجيل أخرى لإشهار الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة.

٢- ويعتمد تصميم نظام السجل وسماته التشغيلية إلى حد كبير على الأغراض التي يهدف إلى تحقيقها. وليس هناك اتساق بين الدول بشأن تلك الأغراض. فيسعى بعض الدول، على سبيل المثال، إلى تسجيل حق ملكية أصناف الموجودات المنقولة التي تدوم فترة طويلة ولها من القيمة ما يُسوّغ الاستثمار في إنشاء سجل وتشغيله. وتنشئ دول أخرى سجلات ذات نطاق أضيق ولأغراض محدودة، مثل السجلات الخاصة بالحقوق الضمانية فقط، فتترك بذلك مسألة إثبات حق الملكية لأدلة غير مقيَّدة في تلك السجلات العمومية.

٣- ويركز السجل العام للحقوق الضمانية الموصى به في *الدليل* على تسجيل معلومات عن الحقوق الضمانية القائمة أو المحتملة في الموجودات المنقولة. وبالتالي، فهو يسعى إلى تحقيق ثلاثة أهداف رئيسية. أولها، أن التسجيل يتيح للدائنين المضمونين سبيلا عموميا لجعل الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة في جميع أنواع الموجودات المنقولة، باستثناء الحق في تقاضي عائدات بمقتضى تعهد مستقل. وثانيها، أن التسجيل يوفر للأطراف الثالثة مصدرا موضوعيا للمعلومات بشأن ما إذا كانت الموجودات التي في حيازة مانح ما خاضعة لحق ضماني. وثالثها، أن التسجيل يسهم في جعل ترتيب الأولوية فعالا ومنصفا بإيجاد سند مرجعي زمني يمكن التحقق من صحته على نحو موضوعي لتطبيق قواعد الأولوية على أساس وقت التسجيل.

٤- ورغم أن تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام هو الطريقة الرئيسية التي يوصي بها *الدليل* لنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، فإن مجرد التسجيل لا يسفر عن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وليس شرطا مسبقا لإنشاء حق ضماني (انظر التوصيات ١٣ و١٤ و٣٣). وعلى النحو

المبيّن في الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة (انظر الفقرتين ٣٥ و٣٦)، لا يتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة إلا عند إتمام التسجيل واتخاذ الخطوات اللازمة لإنشاء الحق الضماني، على حد سواء. ولكن ينبغي ملاحظة أنه بمقتضى التوصيات الواردة في هذا الفصل، يجوز تسجيل الإشعار في سجل الحقوق الضمانية العام قبل إبرام الاتفاق الضماني أو إنشاء الحق الضماني (انظر التوصية ٦٧).

٥- ولا ينطوي التسجيل على ما يعرف بـ"الإخطار الضمني" بالحق الضماني المشار إليه في الإشعار. ومبدأ الإخطار الضمني لا تكون له أهمية إلا في نظام للأولويات يسمح للأطراف الثالثة التي ليست لديها معرفة فعلية بحق ضماني بأخذ الموجودات المرهونة خالصة منه. ومع ذلك، فبمقتضى قواعد الأولوية القائمة على التسجيل التي ترد مناقشتها في الفصل الخامس من *الدليل*، لا تكون لمعرفة المطالب المنافس الفعلية بوجود حق ضماني مسبق أهمية لتقرير الأولوية (انظر التوصية ٩٣).

٦- وتُستعرض في مختلف أبواب هذا الفصل السمات المعيّنة التي تُميّز سجلا عاما عصرياً للحقوق الضمانية. فالباب ألف-٢ يتناول الاعتبارات المتعلقة بهيكل ذلك السجل وتشغيله. وتُستعرض في البابين ألف-٣ وألف-٤ المسائل المتصلة بأمن ما يُدرج في السجل من بيانات وسلامتها والتعويل عليها. ويناقش الباب ألف-٥ محتويات الإشعار المطلوبة التي يجوز أن تُقيَّد في السجل. وتنظر الأبواب من ألف-٦ إلى ألف-٩، في عدد من التفاصيل المتعلقة بالتسجيل المسبق ووقت النفاذ والإذن بالتسجيل وتعديل التسجيل وإلغائه. ويجري النظر بإيجاز في السجلات المتخصصة في الباب ألف-١٠. ويُختتم الفصل الرابع، في الباب باء، بمجموعة من التوصيات المحدَّدة بشأن تصميم وتشغيل سجل عام للحقوق الضمانية، تستهدف كفالة بساطة عمليتي التسجيل والبحث وكفاءتهما وإتاحتهما. ويجري تناول مسألة الدولة التي ينبغي أن يُجرى فيها التسجيل في حالة المعاملات المنطوية على عنصر عابر للحدود في الفصل العاشر بشأن تنازع القوانين.

٢- *الإطار التشغيلي للسجل*

(أ) استعراض عام

٧- لا يوجد لدى معظم الدول سجل مركزي شامل للحقوق الضمانية في جميع أنواع الموجودات المنقولة. وبالتالي، قد يُشكّل إنشاء نظام سجل عام للحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة تغيُّرا مهمّا. ويوجد لدى بعض الدول سجلات تقيد حق ملكية موجودات معيّنة أو رهونا عليها، مثل سجلات السفن والطائرات والمركبات الآلية. ووضعت دول أخرى سجلات متعددة بناء على نوع الموجودات أو نوع المانح أو نوع الدائن. وتطلب عدة دول أن تسجَّل الوثائق المعيّنة التي تنشئ الحق الضماني أو تُرفَق بطلب التسجيل.

٨- ويختلف سجل الحقوق الضمانية العام الموصى به في *الدليل* اختلافا كبيرا عن أمثلة السجلات القائمة التي ورد ذكرها للتو. فهو ينشئ، أولا، سجلا مركزيا وحيدا لتسجيل جميع الحقوق الضمانية في كل أنواع الموجودات المنقولة. وثانيا، فإن التسجيل يُجرى بتقديم إشعار بسيط لا يتضمن سوى التفاصيل الأساسية من الاتفاق الضماني؛ ولا يُشترط أن يقدم صاحب التسجيل الوثائق الضمانية الأساسية أو أن يقدم، على نحو آخر، أدلة على وجودها. وبالتالي، فإن هذا النوع من السجلات يمثِّل جهدا يُبذل لمعالجة أوجه القصور والتكاليف وحالات التأخير المترتبة على تنوع النهوج وتعدد السجلات.

(ب) التثقيف والتدريب العامان

٩- إن حداثة عهد العديد من الدول بالسجلات العامة للحقوق الضمانية توحي بأن عليها اتخاذ الخطوات اللازمة لكي تكفل تعريف الدوائر التجارية والقانونية بوجود السجل والآثار الموضوعية المترتبة على التسجيل قبل دخول قانون إنشائه حيز النفاذ بوقت كاف. ومن الأساسي بالقدر نفسه ضمان تقديم مشورة واضحة بشأن اللوجستيات الإجرائية لعمليتي التسجيل والبحث إلى عملاء السجل المحتملين، وذلك مثلا من خلال نشر مبادئ توجيهية وممارسات إرشادية (من الناحية المثلى بشكليها المطبوع والإلكتروني) وتوفير دورات إعلامية مباشرة ودورات تدريبية. وبالرغم من أن السلطة الحكومية ذات الصلة ستضطلع في الغالب بدور قيادي فيما يتعلق بتنظيم التثقيف والإرشاد العامين، يمكن استنفار خبرات الدوائر القانونية والتجارية لتقديم العون. ومن المؤكد أن هذه المبادرات لن تمثل عبئا مفرطا في ضوء توافر نماذج التنفيذ والمواد المنشورة في الدول التي سبق أن سنَّت إصلاحات مماثلة.

(ج) مفهوم تسجيل الإشعار

١٠- مثلما ذُكر آنفا (انظر الفقرتين ٧ و٨ أعلاه)، وضعت الدول على مدار السنين أنماطا عديدة مختلفة من النظم لتسجيل الموجودات المنقولة. ومن أكثر الأنماط شيوعا ما يمكن وصفه بأنه نظام تسجيل حق الملكية. ويستهدف هذا النوع من السجلات تسجيل حقوق الملكية، وأحيانا تسجيل الرهون وسائر المعاملات التي تؤثر في حق ملكية موجودات منقولة معيّنة، مثل السفن. ووظيفة سجل حق الملكية هي توفير معلومات إيجابية عن الحالة الراهنة لحقوق الملكية في موجودات معينة. وبغية صون سلامة سجل حق الملكية، عادة ما يطالَب صاحب التسجيل بتقديم مستندات النقل الفعلي لحق الملكية أو مستندات الضمان أو ملخَّص موثَّق أو مصدَّق عليه لتلك المستندات ليفحصها المسجِّل.

١١- وأنشأ عدد من الدول ما قد يسمى نظام تسجيل وثائق الحقوق الضمانية الذي، وإن كان لا يسجِّل حق ملكية الموجودات المنقولة، يُشكّل دليلا على وجود أدوات ضمان معيّنة. وغالبا ما يكون لدى الدول سجلات متعددة من هذا النمط، بناء على الموجودات أو المانح أو الدائن أو نمط وسيلة الضمان المستخدمة. غير أن الدول تُوحّد، في بعض الأحيان، سجلات الحقوق الضمانية. وسواء كانت هذه السجلات متعددة أو كان هناك سجل واحد، فإن مستندات الضمان الفعلية تُقدَّم إلى مسجِّل ليفحصها ثم يصدر شهادة التسجيل التي تشكل قرينة على الأقل (إن لم تكن دليلا قاطعا) على وجود الحق الضماني.

١٢- وبعكس هذه النظم، يستند السجل العام للحقوق الضمانية الموصى به في *الدليل* إلى مفهوم تسجيل الإشعار. وفي نظام تسجيل الإشعار، لا يشترط تسجيل مستندات الضمان الأساسية، ولا حتى أن تُقدَّم إلى المسجِّل لفحصها. وبدلا من ذلك، يكتفي في التسجيل بتقديم إشعار لا يتضمن إلا التفاصيل الأساسية عن الحق الضماني الذي يشير إليه وهي: *(أ)* هوية الطرفين؛ *(ب)* وأوصاف الموجودات المرهونة؛ *(ج)* والحد الأقصى للمبلغ الذي يُمنح الضمان بموجبه اعتمادا على سياسة كل دولة، والمدة المطلوبة للتسجيل (انظر التوصية ٥٧).

١٣- ويتيح تسجيل الإشعار مزايا عديدة. فهو يبسط عملية التسجيل إلى حد كبير، كما يخفف إلى أدنى حد من أعباء الإدارة والحفظ الواقعة على عاتق نظام السجل. وإضافة إلى ذلك، فإن أصحاب التسجيل يُعفَون من التأخير والتكلفة الناتجين عن ضرورة تقديم أدلة على وثائق الضمان الأساسية. وفضلا عن

ذلك، يُعفى السجل من الحاجة إلى توفير مرافق لحفظ تلك الوثائق وتشغيل موظفين لفحصها. كما يُقلَّص إلى حد كبير احتمال وجود أخطاء في السجل وما ينتج عن ذلك من مسؤولية عليه. وعلاوة على ذلك، فحيث إن الإشعار لا يلزم أن يتضمن إلا التفاصيل الأساسية، فسيسهل بكثير إنشاء مدخل إلكتروني لتسجيل هذه البيانات، بدلا من الاضطرار إلى تقديم الإشعار في إطار نظام ورقي أقل كفاءة من حيث الوقت والتكلفة. وأخيرا، فإن تسجيل إشعار بدلا من وثيقة كاف بالنظر إلى النتائج القانونية المترتبة على التسجيل، أي النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بدلا من إنشاء حق ضماني (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ٢-٧، والفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ٦-٨).

١٤- والسجلات القائمة على مفهوم تسجيل الإشعار توجد في عدد متزايد من الدول وحظيت أيضا بتأييد دولي كبير (انظر القانون النموذجي للمصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير بشأن المعاملات المضمونة، وقانون البلدان الأمريكية النموذجي لمنظمة الدول الأمريكية بشأن المعاملات المضمونة، و*دليل سجلات الممتلكات المنقولة* لمصرف التنمية الآسيوي، واتفاقية الضمانات الدولية على المعدّات المنقولة والبروتوكولات المتصلة بها، ومرفق اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات).[1] وتمشيا مع هذه التطورات، يوصي *الدليل* بأن تعتمد الدول هذا النموذج للسجل العام للحقوق الضمانية (انظر التوصية ٥٤).

(د) شروط التسجيل

١٥- تختلف إجراءات التسجيل الرسمية وشروطه من دولة إلى أخرى. ويهدف التسجيل في العديد من الدول إلى توفير دليل قاطع أو قرينة على الحق الضماني. وفي هذه الحالة، يكون على المسجِّل أو على موظف عمومي آخر أن يتحقق من محتويات اتفاق الضمان وأن يؤكد دقة البيانات الواردة في الإشعار المسجَّل وأثرها.

١٦- ومثلما ذُكر آنفا (انظر الفقرة ١٣ أعلاه)، ليست هناك حاجة، في سجل عام للحقوق الضمانية قائم على الإشعار، إلى التحقق من وثائق الضمان الأساسية أو فحصها بشكل رسمي. كما لا يشترط هذا النظام فحص محتويات الإشعار المسجَّل أو الموافقة عليها مسبقا. وجعل الموافقة الرسمية شرطا مسبقا للتسجيل لا يتلاءم مع تحلي عملية التسجيل بالسرعة وقلة التكلفة اللازمتين لترويج الائتمان المضمون. والفكرة الأساسية هي السماح بالتسجيل دون إجراءات رسمية إضافية (مثل الإقرارات وتوثيق المستندات) طالما سُدِّدت رسوم التسجيل المطلوبة واستكملت خانات المعلومات المطلوبة في الإشعار (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(ج)*).

١٧- وحيث إن تسجيل إشعار بحق ضماني مهم للدائن المضمون فيما يتصل بنفاذ حقه الضماني وأولويته تجاه الأطراف الثالثة، فإن صاحب التسجيل يكون في العادة هو الدائن المضمون أو من يسميه. ولكن بما أن نظام التسجيل القائم على الإشعار يلغي عملية الفحص الرسمي لمستندات الضمان كشرط سابق للتسجيل، فليست هناك عادة قيود على من يُسمح له بإجراء التسجيل (باستثناء ما هو ضروري لأغراض أمن السجل وتحديد الهوية؛ انظر الفقرة ٤٨ أدناه). وللسبب نفسه، لا تكون هناك حاجة إلى طلب موافقة المانح عند التسجيل في نظام قائم على الإشعار ولا إلى أن تكون تلك الموافقة ضمن

[1] انظر المقدّمة، الحواشي ٣-٩.

المعلومات المسجلة. ورغم أن العديد من الدول يشترط موافقة المانح على التسجيل، فمجرد وجود اتفاق ضماني يُعتبر في الغالب دليلا على الموافقة، سواء تم قبل وقت التسجيل أو بعده (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(د)*).

(هـ) الاطلاع على وثائق الضمان غير المحفوظة في السجل العمومي

١٨- إن الغرض من التسجيل في نظام قائم على الإشعار هو تنبيه الأطراف الثالثة إلى احتمال وجود حق من هذا القبيل لكي يتسنى لهم اتخاذ الخطوات اللازمة لحماية أنفسهم من ذلك الخطر. بيد أن الإشعار المسجَّل لا يتضمن كل المعلومات اللازمة لكي يقرر طرف ثالث ما إذا كان حق ضماني موجودا بالفعل، وفي حالة وجوده، ما هو وضعه أو شروط الاتفاق الضماني. وبالتالي يتعين على الطرف الثالث أن يطلب من المانح أو الدائن المضمون المحددين في السجل الاطلاع على وثائق الضمان غير المبيَّنة في السجل. فعلى سبيل المثال، يمكن للمشتري المحتمل أو الدائن المضمون رفض المضي قُدما في إجراءات تمويل الشراء، إلا إذا أُلغي التسجيل القائم من قبل أو إلا إذا تعهد الدائن المضمون المحدد في الإشعار المسجَّل بالتنازل عن مرتبة حقه في الأولوية لصالح المشتري المحتمل أو الدائن المضمون.

١٩- ويفرض بعض الدول على الدائنين المضمونين الاستجابة لما تُقدِّمه الأطراف الثالثة من طلبات للحصول على المعلومات فيما يتعلق بالوضع الراهن للحق الضماني المشار إليه في إشعار مسجَّل، بما في ذلك المبلغ الحالي غير المسدد في الالتزام المضمون. وعادة ما يُشترط ذلك بغية مساعدة الدائنين غير المضمونين (بمن فيهم الدائنون بحكم القضاء) على تحديد ما إذا كان حق ضماني موجودا بالفعل، وفي تلك الحالة تحديد ما إذا كانت هناك قيمة إضافية كافية في موجودات المانح تسوِّغ الإنفاق على الشروع في إجراءات إنفاذية أو محاولة أخذ هذه الموجودات وبيعها. وغالبا ما يوسَّع نطاق الحق في طلب هذه المعلومات ليشمل جميع الدائنين الموجودين وكذلك الأشخاص الذين يطالبون بحق من حقوق الملكية (مثل الملكية الخالصة أو الملكية المشتركة) في الموجودات المبيّنة في إشعار مسجَّل. ويفترض أن المانح لن يكون بالضرورة راغبا في تقديم هذه المعلومات عن طواعية إلى دائنيه الموجودين أو الأشخاص الذين يتنازعون على حقوقه في الموجودات المرهونة. ولا تفرض دول أخرى ذلك الشرط، بيد أنها تفرض على المدينين بحكم القضاء الإدلاء بشهادة بعد أداء القسم بشأن موجوداتهم ونطاق أي رهون على تلك الموجودات. وبما أن هذه المسألة تتعلق إلى حد كبير بالقانون الذي ينظم العلاقة بين المدين والدائن داخل الدول، فإن *الدليل* لا يتخذ موقفا بشأن ما إذا كان ينبغي إلزام الدائنين المضمونين بالاستجابة لِما تقدمه الأطراف الثالثة من طلبات للحصول على المعلومات.

(و) حماية المانح من التسجيل غير المأذون به

٢٠- بما أن الشروط المسبَّقة لإجراء التسجيل في هذه الأنظمة قليلة إلى أدنى حد، يوجد احتمال أن يتضمن النظام تسجيلات تتعلق بحق ضماني غير موجود أو لم يعد موجودا. وإذا حدث ذلك، عادة ما يُتاح للمانح اتخاذ إجراءات إدارية عاجلة بغية الإلغاء الجبري للتسجيل غير المأذون به أو الذي انتهى أجله. ومما يقلق بعض الدول احتمال حدوث احتيال وانتهاك في تلك الأنماط من نظام تسجيل الإشعارات التي يجري التسجيل فيها بالحد الأدنى من الإجراءات الرسمية. وبغية تخفيف حدة هذا القلق يفرض بعض الدول أيضا عقوبات إدارية على التسجيلات أو الإلغاءات غير المأذون بها. ويتوقف طابع ونطاق أي ضمانات تعتمدها الدولة على حكمها على مدى خطر التسجيلات غير المأذون بها أو التسجيلات الاحتيالية بالنسبة للتكاليف التي يحتمل أن تقتضيها إدارة ضمانات من هذا النوع.

ويوصي *الدليل* بهذا النهج ذاته (انظر التوصية ٥٥، الفقرة الفرعية *(ج)*، والتوصية ٧٢، الفقرة الفرعية *(ب)*).

(ز) نظم السجلات المركزية والموحّدة

٢١- إن نظم السجل في بعض الدول غير مركزية ومتعددة. فعلى سبيل المثال، كثيرا ما تكون مكاتب تسجيل الأراضي منظمة على أساس المنطقة أو الإدارة أو المقاطعة. وفضلا عن ذلك، توجد في دول كثيرة سجلات متعددة للحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة بناء على نوع الموجودات (مثل الطائرات أو السفن أو المعدّات أو المستحقات أو المخزون)، أو المانح (مثل الشخص الطبيعي أو الاعتباري)، أو طبيعة الحق الضماني (مثل مزيج من الرهون الثابتة والعائمة أو رهن منشأة تجارية أو معاملة مع الاحتفاظ بحق الملكية أو رهن الوفاء غير الحيازي). وباستثناء سجلات حق الملكية في موجودات معينة، وهي سجلات متعلقة بموجودات منقولة مثل السفن والطائرات، كان مرجع الاتجاه إلى إنشاء السجلات المتعددة في الغالب الاعتراف التدريجي بأدوات ضمان فردية غير حيازية معينة في الموجودات المنقولة.

٢٢- وفي الدول التي بدأت تعتمد مفهوما وظيفيا للحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة، يشتد الحافز لإضفاء الصبغة المركزية على نظم السجل وتوحيدها. وهذا يعني أنه بمجرد الجمع بين القواعد الموضوعية التي تحكم الحقوق الضمانية في إطار قانون تنظيمي وحدوي، يصبح من الممكن ومن الأكثر فعالية إدماج جميع السجلات في سجل واحد بغض النظر عن نوع الموجودات، أو طبيعة المانح بوصفه شخصا اعتباريا أو طبيعيا، أو طبيعة الحق الضماني. وفضلا عن ذلك يظل النص على تسجيل هذه الحقوق في سجل عام للحقوق الضمانية أمراً ممكناً وناجعاً، حتى في الدول التي تعترف رسميا بتنوع حقوق تمويل الاحتياز (ما يسمى في هذا *الدليل* النهج غير الوحدوي لتمويل الاحتياز؛ انظر الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز).

٢٣- ومن الأمثل أن يُحتفظ بالقيود في شكل إلكتروني في قاعدة بيانات مركزية واحدة لكل دولة. وفي الدول التي تحتفظ بسجلات منفصلة لكل إقليم أو مقاطعة، يتطلب الأمر قواعد معقَّدة لكي تقرّر مسار التسجيل الواجب ولكي تعالج نتائج انتقال الموجودات أو المانح إلى مكان جديد. وبينما يمكن تصور إدماج السجلات الوثائقية غير المركزية والمتعددة إدماجا ماديا، فإن تحقيق أهداف الكفاءة ويسر الاطلاع والشفافية في نظام التسجيل يجري على نحو أفضل من خلال شكل إلكتروني موحّد ومركزي للسجل من النوع المقترح في *الدليل* (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(هـ)*).

٢٤- ويمكن أن يثير إنشاء قاعدة بيانات مركزية للسجل قلقا بشأن المساواة في وصول المستعملين في المواقع النائية إليها. غير أن تكنولوجيا الاتصالات الحديثة تدعم تحويل الإشعارات المقدمة إلى مكتب فرعي سريعا إلى السجل المركزي. وهذا يعني أن إدخال قيود بشكل إلكتروني يجعل بالإمكان استخدام مكاتب التسجيل المحلية كنقاط وصول إلى السجل المركزي. وهذه مزية هامة من مزايا السجلات الإلكترونية. وفضلا عن ذلك، تمكِّن السجلات الإلكترونية من وضع آليات للوصول إليها بالاتصال الحاسوبي المباشر. وطالما جرى اتباع البروتوكولات الواجبة من أجل التسجيل والبحث، أمكن دخول السجل من أي موقع تتاح فيه الإنترنت أو وصلات إلكترونية أخرى. وأخيرا، حتى إذا احتُفظ بالسجل بالشكل الإلكتروني، فيظل من الممكن السماح بالتسجيل بالشكل الورقي، بحيث يقوم موظفو السجل بإدخال المعلومات الواردة في الشكل الورقي إلى السجل الحاسوبي. ومع ذلك، قد يزيد نقل البيانات يدويا من الشكل الورقي إلى الإلكتروني من احتمال وقوع أخطاء في السجل ومن مسؤولية السجل

عن تبعات ذلك. كما سيزيد ذلك بالضرورة من تكلفة التسجيل بما أن موظفي السجل سيكلفون بنقل البيانات. ولهذا فعلى قدر الإمكان ينبغي تصميم السجل بحيث يتحمل من يرغب في تسجيل إشعارات مسؤولية إدخالها إلكترونيا بشكل مباشر في نموذج معتمد للتسجيل. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٥٤، الفقرتين الفرعيتين *(هـ)* و*(ي)*).

(ح) الاطلاع العام

٢٥- يتمثل أحد الأهداف الرئيسية لأي نظام للتسجيل في تعزيز اليقين بشأن الاستحقاقات في الموجودات. ويمكِّن السجل الذي يعمل بكفاءة الأطراف الثالثة ذات المصلحة، بمن في ذلك أي دائن حالي أو مقبل، وكذلك مشترو الموجودات المرهونة، من معرفة ما إذا كان هناك حق ضماني في موجودات شخص ما. ويُمكِنهم عن طريق هذه المعلومات اتخاذ الخطوات اللازمة لحماية أنفسهم من احتمالات الأولوية التي قد يشكلها ما سبق ذكره على حقوقهم المحتملة أو من الأثر الذي قد يكون له على حقوقهم الموجودة.

٢٦- ولتحقيق هذا الغرض، عادة ما يجب إتاحة قيود السجل للاطلاع العام. وتتخذ الدول وجهات نظر مختلفة بشأن التوازن المناسب الذي ينبغي تحقيقه بين إتاحة الاطلاع العام للأطراف الثالثة المهتمة وحماية سرية العلاقة بين المانح والدائن المضمون. وتتعلق خيارات السياسة العامة بمسألتين، هما: *(أ)* ما إذا كان ينبغي فرض قيود على من يكون له الحق في البحث في السجل؛ *(ب)* المعايير التي يجوز استعمالها بغية البحث في السجل. ويجري النظر أدناه بالتفصيل في كل من هاتين المسألتين.

'١' أحقية البحث في السجل

٢٧- إمكانية الاطلاع على قيود السجل لأغراض البحث مقصورة في عدد قليل من الدول على الأشخاص الذين يمكنهم تقديم سبب مشروع. وتختلف الأسباب المشروعة اختلافا كبيرا من دولة إلى أخرى. ففي بعض الأحيان يُشتد في تضييق المعايير إلى درجة تضر بالمنافسة المفتوحة على الائتمان. وعلاوة على ذلك، فإن فرض معايير للاطلاع يعني أنه يتعين على شخص ما أن يحكم على مشروعية البحث، وهو شرط إجرائي يُقوِّض كفاءة البحث ويزيد من تكاليفه الإدارية.

٢٨- وفي الدول التي اعتمدت سجلا عاما للحقوق الضمانية قائما على الإشعار، لا يُقيَّد الاطلاع العام عادة. فالسماح بالاطلاع العام على نحو تام لا يضر بسرية العلاقة بين المانح والدائن المضمون. والسرية مصونة لأن الإشعار المسجَّل لا يتضمَّن إلاّ قدرا محدودا من المعلومات عن شؤون الطرفين. وهذا يعني أن الإشعار عادة ما لا يشير إلاّ إلى أسماء الطرفين (أو اسم وكيل الدائن المضمون)، ووصف للموجودات المرهونة، ومدة التسجيل (وفي بعض الدول، الحد الأقصى للمبلغ الذي يرهن به الحق الضماني الموجودات، حتى إن لم يكن المبلغ الفعلي). وبما أن *الدليل* يوصي باعتماد سجل عام للحقوق الضمانية قائم على الإشعار، فهو يوصي أيضا بعدم مطالبة الباحثين بتقديم سبب مشروع، أو أي سبب على الإطلاق، للقيام بالبحث، بغية تحاشي فرض تكلفة وتأخير لا داعي لهما. وإجمالا، ينبغي أن يكون السجل مفتوحا للاطلاع العام على نحو تام (انظر التوصية ٥٤، الفقرتين الفرعيتين *(و)* و*(ز)*).

'٢' البحث باستخدام إشارات إلى المانح أو إلى الدائن المضمون

٢٩- مثلما يرد شرحه في الباب الفرعي التالي، تتطلب الوظيفة القانونية لسجل عام للحقوق الضمانية أن ينظَّم القيد لكي يسمح بالبحث عن طريق هوية المانح مقابل هوية الدائن المضمون. غير أنه من الناحية العملية، قد تكون لكمية وفحوى الإشعارات التي يسجلها دائن مضمون معيّن قيمة سوقية بوصفها مصدرا لقوائم عملاء ذلك الشخص تستفيد منه الشركات التي تسعى إلى تسويق المنتجات المالية ذات الصلة أو المنتجات الأخرى. ومن ثم، يسمح عدد قليل من الدول، بغية زيادة العائدات، بالبحث وفقا لهوية الدائن المضمون وكذلك هوية المانح، بيد أن معظمها لا يسمح بذلك. ويتمثل شاغل السياسة العامة الكامن وراء نهج الأغلبية في أن السماح بالبحث بناء على هوية الدائن المضمون قد ينتهك التوقعات التجارية بشأن السرية ويضر بثقة الجمهور في النظام واطمئنانه إليه، حيث إن القدرة على استرجاع هذا النوع من المعلومات وبيعه ليست ذات صلة بمهمة السجل. ولهذه الأسباب ذاتها، يوصي *الدليل* بأن يكون اسم المانح أو أداة أخرى لتحديد هويته معيار البحث الوحيد المتاح للعموم (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(ح)*). ومع ذلك، قد ترغب الدول في تحديد وظيفة البحث وفقا لاسم الدائن المضمون للاستعمال الإداري الداخلي (بخلاف البحث العمومي) بما أن ذلك يُيسّر إدخال تعديلات على الإشعارات المتعددة المسجلة في الحالات التي يغير فيها الدائن المضمون اسمه التجاري.

٣٠- وبغية تحقيق الكفاءة، يسمح بعض الدول بشكل صريح لصاحب التسجيل بتحديد هوية الدائن المضمون في الإشعار المسجَّل وفقا لاسم الأمين أو الوكيل أو ممثل آخر. ويُيسِّر هذا النهج، على سبيل المثال، ترتيبات القرض المصرفي المشترك حيث لا يلزم أن تُحدَّد هوية سوى هوية المصرف الرئيسي أو من يسميه بوصفه الدائن المضمون المسجّل في القيد. ولا تتضرر حقوق الأطراف الثالثة طالما كان الشخص المعرّف في الإشعار بوصفه الدائن المضمون مأذونا له فعلا بالتصرف نيابة عن الدائن المضمون الفعلي في أي اتصال أو نزاع مرتبط بالحق الضماني الذي يتعلق به التسجيل. وفي نهاية المطاف، فإن السبب الرئيسي للمطالبة بتحديد هوية الدائن المضمون في إشعار مسجَّل هو تمكين الباحثين من معرفة الشخص الذي ينبغي الاتصال به للحصول على مزيد من المعلومات عن الحقوق الضمانية التي يمكن أن ترهن موجودات المانح المحددة. ومن المزايا العرَضية لهذا النهج أيضا أنه يعالج أيضا الشواغل المتعلقة بحماية المعلومات التجارية السرية الخاصة بالدائنين المضمونين. ويوصي *الدليل* باتباع هذا النهج لأنه ييسر التمويل المضمون دون المساس بالمانح أو الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٥٧، الفقرة الفرعية *(أ)*).

(ط) فهرسة المانحين مقارنةً بفهرسة الموجودات

٣١- تتمثل المصلحة الأساسية للمطالب المنافس في معرفة ما إذا كان أي من موجودات المانح مرهونا. ولهذا، يمكن من الناحية النظرية تنظيم السجل بحيث يتسنى للباحثين الوصول إلى تلك المعلومات إما بإدخال اسم المانح أو محدد آخر لهويته أو إشارة إلى الموجودات المرهونة. وفي العادة تُنظَّم سجلات الأراضي وتُفهرَس بالإشارة إلى الموجودات (قطعة أرض معيّنة)، بدلا من الإشارة إلى المالك. ونتيجة لذلك فإن رهون الأراضي تُفهرَس أيضا بالإشارة إلى الموجودات بدلا من الإشارة إلى المانح. وبالمثل، فعلى نحو ما ذُكر آنفاً، توجد أيضا في بعض الدول سجلات متخصصة للموجودات المنقولة (فيما يخص السفن والطائرات وأحيانا السيارات، على سبيل المثال) لتسجيل حق الملكية، وكذلك الحقوق الضمانية

وغيرها من رهون. وتُنظَّم هذه السجلات بدورها عادة على أساس نظام لفهرسة الموجودات. ومع ذلك، فعندما يتعلق الأمر بالسجلات المصممة لتسجيل الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة فحسب، لا تُدخل التسجيلات عادة ولا تُفهرس وتُبحث إلا بالإشارة إلى هوية مانح الحق الضماني بدلا من الإشارة إلى الموجودات.

٣٢- ويحظى استخدام الفهرسة القائمة على أساس المانح برواج كبير في سياق سجلات الحقوق الضمانية العامة لأنه يبسِّط عملية التسجيل وييسرها للغاية. ويمكن للدائنين المضمونين جعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة، حتى في جميع الموجودات المنقولة التي يملكها المانح حاليا وآجلاً، من خلال تسجيل واحد. ولا يحتاجون إلى تحديث القيود كل مرة يحتاز فيها المانح موجودات جديدة طالما انطبقت الأوصاف الواردة في الإشعار على هذه الموجودات. ولهذا يوصي *الدليل* بأن تكون آلية الفهرسة الرئيسية للإشعارات المسجَّلة في سجل الحقوق الضمانية العام هي هوية المانح (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(ح)*).

٣٣- ومع ذلك يوجد عيب هام في الفهرسة القائمة على أساس المانح. فعندما تصبح الموجودات المرهونة هدفا لتحويلات متتابعة غير مأذون بها، لا يستطيع الدائنون المضمونون والمشترون المحتملون حماية أنفسهم عن طريق إجراء بحث حسب اسم المالك الظاهر المباشر، حيث إن النظام مفهرس بالإشارة إلى المانح، ولن يكشف البحث لذلك عن الحقوق الضمانية التي منحها أي مالك سابق على هذا المالك الظاهر. وثمة مثال يوضِّح هذه المشكلة. فيمكن للمانح "ألف" أن يقوم، دون إذن أو معرفة الدائن المضمون "باء"، ببيع موجودات مرهونة بحق ضماني إلى المشتري "جيم" الذي يمكن أن يقترح بدوره بيعها أو منح حق ضماني فيها إلى المشتري "دال". وإذا افترضنا أن "دال" لا يعلم أن "جيم" قد حصل على هذه الموجودات من المانح الأصلي، فإن "دال" لن يستخدم إلا اسم "جيم" للبحث في السجل. وحيث إن الإشعار فُهرس باسم المانح الأصلي (ألف)، فإن البحث الذي يجريه "دال" لن يكشف عن التسجيل. ولهذا، ففي نظام سجل قائم على فهرسة المانحين، سوف يتعين على الدائن المضمون أو المشتري المحتمل، بغية اكتشاف الصورة الكاملة للحقوق الضمانية التي قد تؤثر على موجودات شخص ما، أن يحصل على الوثائق من مصادر غير السجل العمومي من أجل تحديد سلسلة حق ملكية تلك الموجودات.

٣٤- وللتغلب على هذه المشكلة، تُنظّم بعض الدول سجلاتها العامة للحقوق الضمانية بحيث تسمح بإجراء عمليات تكميلية من الفهرسة والبحث على أساس الموجودات في حالة الموجودات العالية القيمة والدائمة التي لها سوق لإعادة البيع والتي يكون لها ترقيم عالمي موثوق أو محدِّد آخر يمكن استخدامه كمعيار للبحث. وأشيع هذه الفهارس الإضافية القائمة على الموجودات متعلق بالسيارات، حيث يفهرس التسجيل أيضا وفقا لرقم التعريف التسلسلي الخاص بالمصنِّع.

٣٥- غير أن التعريف بالرقم التسلسلي له عيوبه أيضا، لأنه يفرض عبء تسجيل إضافيا وخطرا على الدائنين المضمونين ويحد من جدوى تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة فيما يتعلق بالموجودات الآجلة والموجودات السائبة مثل المخزون. وحيثما شكلت الموجودات المرهونة معدّات رأسمالية أو سلعا استهلاكية بحوزة المانح، فمن المعتاد أن يعاملها كل من المانح والدائن المضمون على أنها موجودات منفصلة، كما أن العقبات الإدارية المتمثلة في ضرورة إدخال وسيلة تعريف رقمية معيّنة في الإشعار المسجَّل لن تكون مرهقة بصورة مفرطة. ومع ذلك، إذا احتفظ المانح بدلا من ذلك بالموجودات المرهونة بوصفها مخزوناً بغرض إعادة البيع أو التأجير، فاشتراط ذكر الرقم التسلسلي من شأنه أن يفرض عبئا معوِّقا على الدائنين المضمونين فيما يتعلق بالتسجيل، حيث إنه سيكون عليهم تسجيل تعديلات لقيد الرقم التسلسلي الخاص بكل بند جديد في المخزون لدى احتياز المانح له. وعلى أي حال، فعادة

ما لا يلزم تحديد الرقم التسلسلي للمخزون من أجل حماية المشترين والمؤجرين. والأغلب أنهم سوف يحصلون على الموجودات المرهونة في سياق العمل المعتاد للبائع، وفي هذه الحالة، سيأخذون الموجودات خالصة من أي حقوق ضمانية أنشأها البائع أو أي ممن سبقوه في ملكيتها (انظر التوصيات ٨٠-٨٢). ولهذه الأسباب، فالدول التي تخصص خانة للرقم التسلسلي في قيود سجل عام للحقوق الضمانية تقصر عادة المطالبة الإلزامية بتحديد الرقم التسلسلي على الحالات التي لا تُحفظ فيها الموجودات المسلسلة رقميا بوصفها مخزوناً (انظر أيضا الفقرتين ٨٥ و١١٥ أدناه).

٣٦- وإضافة إلى ذلك، ومثلما ذُكر آنفاً، فمن منظور العلاقة بين التكلفة والمنفعة ينبغي أن يقتصر نطاق تسجيل الرقم التسلسلي على الموجودات العالية القيمة والمعمرة نسبيا التي توجد لها سوق قائمة لإعادة بيعها بما أن هذه هي الفئة الوحيدة من الموجودات المرهونة التي يرجح أن تنشأ فيها مشكلة عملية بفعل الخشية من الضرر الذي قد يلحق بالأطراف. ولكي يكون التسجيل والبحث القائمان على الموجودات عمليين فيما يخص هذين النوعين من الموجودات، يجب أيضا أن تكون الموجودات من نوع يتوفّر له ترقيم موثوق ومعترف به عالميا أو أداة تعريف فريدة مماثلة.

(ي) رسوم التسجيل والبحث

٣٧- إن المنطق الجوهري لنظام السجل العام للموجودات غير المنقولة هو تعزيز الشفافية واليقين فيما يتعلَّق بالحقوق الضمانية. ولهذا السبب، تُصمَّم أنظمة السجل الحديثة بحيث تشجِّع أصحاب التسجيل والباحثين على استخدامها. ولذلك، من الضروري أن تُحدَّد الرسوم في مستوى ييسر الاستعانة به، ويمكِّن النظام في الوقت نفسه من استرداد رأسماله وتكلفته التشغيلية خلال فترة زمنية معقولة. ورسوم التسجيل والبحث المفرطة التي تستهدف زيادة الدخل بدلا من دعم تكلفة النظام تعادل ضريبة (يتحملها المقترضون في نهاية المطاف) تثبط عن الاستعانة بالنظام واستخدامه. ومن ثمّ، يوصي *الدليل* بألا تزيد رسوم استخدام السجل عما يتطلبه التمويل الذاتي له (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(ط)*).

(ك) طرائق الوصول إلى السجل

٣٨- جرت العادة في الماضي على أن يُحتفظ بقيود السجل في شكل ورقي. غير أن بداية العمل بالتخزين الرقمي يسَّرت اعتماد قواعد بيانات محوسبة، مما خفّف إلى حد كبير من الأعباء الإدارية والأرشيفية الواقعة على السجل.

٣٩- وللقيد المحوسب مزايا عديدة تفوق النظام الورقي. وأوضحها أن الأرشيفات الإلكترونية تشغل حيزا أقل، كما أن البحث فيها أيسر. وعلاوة على ذلك، يسمح معظم النظم العصرية بتقديم طلبات التسجيل إلكترونيا وبتقديم طلبات البحث واسترجاع نتائجه إلكترونيا أيضا، مما ييسر وصول العملاء إليها بطريقة مباشرة. كما تتيح معظم السجلات العصرية الخاصة بالحقوق الضمانية إمكانية الوصول الإلكتروني المباشر لتعديل القيود أو إلغائها. ويقلل وصول العملاء المباشر إلى حد كبير من تكلفة تشغيل النظام وصيانته. كما أنه يعزز كفاءة عملية التسجيل للعملاء حيث يتيح لصاحب التسجيل إمكانية التحكم المباشر في توقيت التسجيل. وبصفة خاصة، يزيل الوصول الإلكتروني المباشر أي تفاوت زمني بين تقديم الإشعار إلى المسجِّل والإدخال الفعلي للمعلومات المتضمَّنة في الإشعار في قاعدة البيانات.

٤٠- وفي بعض الدول التي لديها سجل عام للحقوق الضمانية، أصبح الوصول الإلكتروني (إما من مقر العميل أو من المكتب الفرعي للسجل) الوسيلة الوحيدة المتاحة للدخول من أجل التسجيل والبحث على

السواء. وحيث إن البيانات التي يتعين تسجيلها تُقدَّم في شكل إلكتروني، لا يفرز النظام أي قيود ورقية. ويضع هذا النوع من النظام الإلكتروني الكامل المسؤولية المباشرة عن الإدخال الدقيق للبيانات على عاتق أصحاب التسجيل. ونتيجة لذلك تقل إلى أدنى حد تكاليف موظفي السجل ونفقات تشغيله، ويتلاشى احتمال الخطأ من جانب موظفي السجل في نسخ المستندات. وتسمح دول أخرى بالتسجيل والبحث الإلكترونيين، غير أنها تتيح أيضا لعملائها خيار تقديم تسجيل ورقي أو طلب بحث باليد أو عن طريق الفاكس أو شفويا عن طريق الهاتف. ومع ذلك فحتى في تلك الدول بات التقديم الإلكتروني للبيانات أكثر الوسائل شيوعا إذ يُستخدم عمليا في الغالبية العظمى من التسجيلات.

٤١- ويوصي *الدليل* بأن تنشئ الدول، قدر الإمكان، سجلا عاما للحقوق الضمانية يكون محوسبا ويتيح لعملائه إمكانية الوصول الإلكتروني المباشر إليه (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية (ي)). غير أنه نظرا للاعتبارات العملية المتعلقة بإنشاء سجل إلكتروني، يوصي *الدليل* أيضا بإتاحة أساليب وصول متعددة لعملاء السجل في المراحل المبكرة للتنفيذ على الأقل من أجل إدخال الطمأنينة إلى نفوس مستخدِمي النظام الذين ليست لهم دراية به. وأخيرا، وبغية تيسير الاستخدام، يوصي *الدليل* بأن يُنظَّم السجل بحيث يتيح نقاط وصول متعددة لتقديم الإشعارات وطلبات البحث إلكترونيا وورقيا أو شفويا (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(ك)*)،

(ل) ساعات الخدمة

٤٢- إدراكا لأهمية وصول الجمهور، تقوم معظم الدول بتشغيل سجلاتها وفقا لجدول زمني دقيق ومنتظم، فتتسق بين ساعات الخدمة واحتياجات عملائها. وبناء على تلك الاحتياجات، قد يتطلب ذلك أيضا أن يُفتح السجل قبل بداية يوم العمل الاعتيادي وأن يظل مفتوحا بعد انتهائه. وإذا كان النظام يقبل الاتصال الإلكتروني المباشر، لا تكون لأيام وساعات التشغيل أهمية عملية، حيث إنه يمكن الوصول إليه على مدار الساعة وطيلة أيام الأسبوع. ولذلك يوصي *الدليل* بتصميم السجل بحيث يكون مفتوحا بصفة مستمرة فيما عدا فترات قصيرة للاضطلاع بأعمال الصيانة الروتينية المقررة (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(ل)*).

(م) الاستخدام الأمثل للتكنولوجيا الإلكترونية

٤٣- سبقت مناقشة منافع سجل الحقوق الضمانية العام الذي يقبل تسجيل القيود إلكترونيا ويتيح إمكانية الوصول إليه إلكترونيا. غير أن مدى حوسبة السجل قد يختلف باختلاف الدول، بناء على مقدار رأس المال المتاح في البداية، وإمكانية الحصول على الخبرة المناسبة، ومستوى معرفة المستخدِمين المحتملين بالحاسوب، وإمكان الاعتماد على البنية التحتية للاتصالات المحلية، واحتمال أن تكفي الإيرادات المتوقعة لاسترداد تكلفة رأس المال المنفق في الإنشاء خلال فترة معقولة. وقد لا تتمكن جميع الدول من الانتقال بسرعة إلى العمل بالسجل المحوسب الكامل. ومع ذلك فحتى عندما تستمر الدول في استخدام السجلات الورقية يظل الهدف العام هو نفسه، وهو أن تكون عملية التسجيل والبحث بسيطة وشفافة وكفؤة وقليلة التكاليف ومتاحة قدر المستطاع. ويوصي *الدليل*، تمشيا مع النهج الذي يتبعه في استخدام التكنولوجيا الإلكترونية (انظر التوصيتين ١١ و١٢)، بأن تنشئ الدول في أسرع وقت

ممكن سجلا عاما للحقوق الضمانية يكون محوسبا ويسمح بالوصول إليه إلكترونيا بصفة مباشرة (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(ي)*).

(ن) لغة السجل

٤٤- مثلما ذُكر آنفاً، لا تُقيَّد في سجلات الحقوق الضمانية العصرية سوى الإشعارات المتعلقة بالاتفاقات الضمانية. ولا يُسجَّل الاتفاق الضماني نفسه ولا موجز بمحتواه. ونتيجة لذلك، فإن لغة الاتفاق الضماني لن تؤثر تأثيرا مباشرا على لغة التسجيل في السجل (فيما يتعلق بلغة الاتفاق الضماني، انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرة ١٦؛ وفيما يتعلق بلغة الإشعارات في سياق الإنفاذ، انظر الفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني، الفقرتين ٤٧ و٧٠). ونظرا للطريقة التي تُنظَّم وتفهرس بها السجلات العامة العصرية للحقوق الضمانية تيسيرا للبحث باستخدام اسم المانح أو محدِّد آخر للهوية، تُكتب قيود السجل بلغة السجل. أي أنه بالرغم من أن الاتفاق الضماني قد يرِد بأي لغة يتفق عليها الطرفان، فإن المعلومات عن اسم المانح أو غير ذلك من محددات الهوية الواردة في قيد السجل ستكون بلغة السجل. والاستثناء الوحيد لهذه القاعدة هو عندما يكون الاسم الرسمي للمانح، مثل شركة تجارية أجنبية، نفسه بلغة أجنبية. وإذا لم توجب قوانين أخرى أن تحمل مؤسسات الأعمال اسما رسميا باللغة الوطنية، فسوف يتضمن قيد السجل في هذه الحالة معلومات بلغة أجنبية. وفي حالة عدم وجود مثل هذا الشرط، قد تنشأ بعض الصعوبات الأخرى عندما يرد الاسم الرسمي للمانح في أبجدية مختلفة عن أبجدية لغة السجل. وفي تلك الحالات، سوف يتعيَّن على الدول أن توفر لوائح تنظيمية تسمح بإيراد محدِّد هوية المانح في صورة اسم أو هجاء يمكّنان من إجراء بحث فعّال.

٤٥- وتنطبق اعتبارات مماثلة على اللغة التي توصف بها الموجودات المرهونة. وغالبا ما تكون السجلات العامة العصرية للحقوق الضمانية محوسبة. ويُسمح للأطراف بالتأشير على خانة تعطي وصفا عاما للموجودات المرهونة، غير أنهم عادة ما يحتاجون أيضا إلى تقديم وصف سردي بغية تحديد الموجودات المرهونة تحديدا كافيا. وبالنظر أيضا إلى وظيفة السجل، المتمثلة في تمكين الباحثين من الوصول إلى معلومات تسمح لهم بتقرير أي من موجودات المانح مرهونة بالفعل بحق ضماني، فمن المحبذ اشتراط وصف تلك الموجودات بلغة السجل.

٤٦- ولدى عدد من الدول أكثر من لغة رسمية واحدة. وفي هذه الدول، تُصمَّم السجلات عادة بحيث تسمح بالتسجيل بجميع اللغات الرسمية. وبغية ضمان اطلاع كل الباحثين على المعلومات، تُلزم بعض الدول الأطرافَ بقيد تسجيلهم بجميع اللغات الرسمية. وتسمح دول أخرى بالتسجيل بلغة واحدة فحسب، بيد أنها تُلزم مدير السجل بإعداد نُسخ مطابقة للأصل وتسجيلها بجميع اللغات الرسمية. وكلا النهجين مكلِّف ويفسح المجال أمام الخطأ، على سبيل المثال، في محدِّد هوية المانح، أو أمام أوجه الاختلاف بين الصيغ اللغوية في وصف الموجودات المرهونة. ولهذا، ففي الكثير من الدول التي لديها لغات رسمية متعددة يمكن استخدام أي منها لتسجيل حق ضماني، ينبغي أن يتم التسجيل بلغة واحدة فقط، على أن يتاح التسجيل في هذه الدول ووصلة البحث بجميع لغات السجل الرسمية. ولا يتضمن *الدليل* توصية بشأن لغة الإشعار، حيث يترك هذه المسألة لقوانين أخرى. وسوف يتعين على الدول أن تنظر في طرق تتصدى بها لهذه المسألة بما يضمن أنّ من المعقول توقع فهم المانح والأطراف الثالثة للإشعار.

٣- *أمن وسلامة قيود السجل*

(أ) مسؤولية الدولة عن النظام

٤٧- اعتمدت الدول عبر السنين نُهجا مختلفة لإدارة نظم السجل وتشغيلها. ففي بعض الدول تُقدِّم هذه الخدمةَ إدارةٌ حكومية أو مؤسسة عمومية. وفي دول أخرى، يناط بهذه المسؤولية أرباب مهن معيّنة، مثل الموثّقين. وفي دول أخرى يتولى التشغيل اليومي كيان خاص، لا سيما متى كان ذلك الكيان قادرا على تقديم خدمة أكثر فعالية من حيث التكلفة. ومع ذلك، فباستثناء الدول التي لا توجد بها آليات عمومية للقيد، حيث تسُدّ مكاتب التسجيل غير الرسمية التي يديرها القطاع الخاص هذه الفجوة، تحتفظ الدولة حتما بمسؤولية ضمان تشغيل السجل وفقا للإطار القانوني المناسب. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٥٥، الفقرة الفرعية *(أ)*).

(ب) قيد هوية صاحب التسجيل

٤٨- يشترط بعض الدول على أصحاب التسجيل تقديم ما يثبت هويتهم. والسبب الرئيسي وراء اتباع هذا النهج هو كفالة شرعية استخدام السجل. أما أضراره فهي احتمال زيادة الوقت اللازم للتسجيل وتكلفته. وفي دول أخرى قد يطالب السجل صاحب التسجيل بذكر هويته، ومع هذا، لا يطلب التحقُّق من الهوية كشرط مسبق لتسجيل إشعار (بخلاف ما يلزم لعملية سداد رسوم التسجيل). وفي الدول التي لديها شواغل بشأن التسجيلات غير المأذون بها أو الكيدية، قد يحتاج السجل إلى المطالبة بحد أدنى على الأقل من الأدلة التي تثبت الهوية (كما هو الحال بالنسبة إلى حقوق المانح في إلزام السجل بإلغاء التسجيل أو تعديله، انظر التوصية ٧٢). ولن يشكّل هذا عبئا إداريا مفرطا إذا ما أدرجت في عملية الدفع إجراءات التحقق من الهوية. وفضلا عن ذلك، فحيث إن معظم أصحاب التسجيل سيستخدمون السجل مراراً، يمكن إعطاؤهم مفاتيح مشفرة آمنة دائمة عند فتح السجل، مما يمنع الحاجة إلى تكرار إجراءات إثبات الهوية بالنسبة إلى التسجيلات اللاحقة. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(د)*، والتوصية ٥٥، الفقرة الفرعية *(ب)*).

(ج) حق المانح في الحصول على نسخة من الإشعار المسجل

٤٩- لمّا كان الإشعار المسجَّل يشير إلى أن المانح ربما يكون قد أنشأ حقا ضمانيا في موجوداته أو قد ينوي إنشاءه، مما يؤثر على قدرته على الحصول على ائتمان مضمون إضافي، تقضي معظم الدول بأن من حق المانح المسمى في إشعار مسجَّل أن يتلقى نسخة من التسجيل ومن أي تعديلات يدخلها الدائن المضمون على الإشعار. وهذا يمكّن المانح من التحقق من دقة بيانات الإشعار، كما يمكّنه في حالة التسجيلات غير الدقيقة أو غير المأذون بها أو الكيدية من ممارسة حقوقه في فرض التعديل أو إلغاء التسجيل (انظر التوصيتين ٧٢ و٧٤).

٥٠- وتختلف الدول فيما يتعلق بمن ينبغي له أن يتحمل التزام إرسال نسخة من الأشعار المسجَّل إلى المانح. وبغية توفير أقصى قدر من الحماية من خطر التسجيلات غير المأذون بها، تلقي بعض الدول ذلك العبء على عاتق نظام السجل نفسه. وبهذه الطريقة سيكتشف المانح المزعوم الاحتيال إذا كان التسجيل

احتياليا. وهو أمر مستبعد إذا كان الالتزام بإرسال نسخة من الأشعار واقعا على عاتق الدائن المضمون المزعوم. ومع ذلك، يجب مقارنة تلك الميزة بالتكاليف والمخاطر الإضافية التي يفرضها هذا العبء على نظام التسجيل. وفي غياب *الدليل* على أن التسجيلات غير المأذون بها تُشكّل تهديدا خطيرا وكبيرا على سلامة نظام التسجيل في دولة معينة، يؤيد تحليل جدوى التكاليف في مقابل المنافع وضع هذا الالتزام على عاتق الدائن المضمون.

٥١- وعلاوة على ذلك، فحيث إن التسجيل يجري في معظم الحالات بدقة وحسن نية، فإن مطالبة الدائن المضمون بإرسال نسخة من الإشعار المسجَّل إلى المانح يجب ألا تكون شرطا لنفاذ التسجيل، وقد تعقّد أو تؤخر ذلك النفاذ. ويرجع ذلك إلى أن عدم إرسال إشعار إلى المانح لا يؤثر بالمرة على حقوق الأطراف الثالثة التي تراجع السجل. ولهذا ففي معظم الدول، لا يؤدي تخلُّف الدائن المضمون عن الوفاء بهذا الالتزام إلا إلى عقوبات إدارية اسمية وإلى التعويض عن أي أضرار فعلية تلحق بالمانح. ويوصي *الدليل*، مراعاة للنهج العام الذي يتبعه، وهو حصر التكاليف الإدارية للسجل في أضيق نطاق، بأن تقع مسؤولية تزويد المانح بنسخة من الإشعار على عاتق الدائن المضمون (انظر التوصية ٥٥، الفقرة الفرعية *(ج)*).

(د) حق الدائن المضمون في الحصول على نسخة من التغييرات المدخلة على التسجيل

٥٢- يجوز في معظم الدول التي أنشأت سجلا عاما عصرياً للحقوق الضمانية أن يلغي الدائن المضمون أي إشعار مسجَّل أو يعدّله في أي وقت بالطريقة نفسها التي يُلغَى أو يُعدُّ بها أي نوع من أنواع التسجيل (انظر التوصية ٧٣). وإضافة إلى ذلك، يمكّن معظم الدول المانح من فرض إلغاء تسجيل أو تعديله من خلال إجراءات قضائية أو إدارية مختصرة (انظر التوصية ٧٢، الفقرة الفرعية *(ب)*). وبغية تمكين الدائن المضمون من التأكد من شرعية الإلغاء أو التعديل، عادة ما يكون السجل ملزما بأن يرسل على وجه السرعة نسخة من أي تغييرات في إشعار مسجَّل إلى الشخص المحدد في الإشعار بوصفه الدائن المضمون. ولن يقتضي ذلك حتما تكلفة باهظة أو مخاطرة يتحملها نظام السجل حيث يمكن الاتفاق على طريقة فعالة للاتصالات الإلكترونية (مثل البريد الإلكتروني) عند فتح حساب الدائن المضمون في السجل لأول مرة. وفضلا عن ذلك، إذا كان النظام إلكترونيا، يمكن برمجته بحيث يرسل نسخة من أي تعديلات إلى حساب بريد إلكتروني معيّن بطريقة آلية دون الحاجة إلى أي تدخل بشري. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٥٥، الفقرة الفرعية *(د)*).

(هـ) سرعة تأكيد التسجيل

٥٣- إن من مصلحة جميع الأطراف تلقي تأكيد سريع بأن تسجيلاً ما قد أجري. فعلى سبيل المثال، قبل تقديم الأموال بمقتضى اتفاق ضماني، عادة ما يرغب الدائن المضمون في تلقي تأكيد ما بأن إشعاره قد قُيد في السجل وبأن المعلومات سُجلت بدقة. وفضلا عن ذلك، غالبا ما يقوم الدائن المضمون، بغية ضمان أولويته على دائنين مضمونين محتملين آخرين، بتسجيل إشعار بالاتفاق الضماني قبل إبرامه مع المانح. ولذلك، تُصمَّم السجلات الإلكترونية العصرية بحيث تُمكّن صاحب التسجيل من الحصول على بيان مطبوع أو إلكتروني للتسجيل بمجرد إدخال البيانات. ولا بد في السجل الورقي من وجود فارق زمني بين تقديم الإشعار والحصول على تأكيد بقيده، إلا أنه ينبغي

بذل جميع الجهود اللازمة لتقليل التأخير إلى أدنى حد . وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٥٥، الفقرة الفرعية *(هـ)*).

(و) سلامة البيانات وصونها

٥٤- أي نظام للسجل، سواء كان ورقيا أو إلكترونيا، معرض لخطر الدمار من جراء أحداث غير متوقعة. وعادة ما تكون استعادة السجل الورقي في غاية الصعوبة إذا ما تعرضت القيود نفسها للتلف أو التدمير (من جراء فيضان أو حريق على سبيل المثال). ولا تملك دول كثيرة الموارد التي تمكّنها من الاحتفاظ بنسخة ورقية احتياطية في مكان منفصل. وفضلا عن ذلك يوجد دائما احتمال وقوع خطأ بشري لأنه لا بد من أن تُحفظ النسخ وتُفهرس يدويا. ومع ذلك، حيثما حُفظ أي سجل ورقي على نحو إلكتروني أو حيثما جرى حفظ السجل كله على نحو إلكتروني، يكون من الأيسر بكثير كفالة الاحتفاظ بالبيانات في السجل. وعادة ما تحتفظ الدول التي لديها سجلات إلكترونية بنسخة احتياطية من قيود السجل على خادوم منفصل في مكان آخر. وعادة ما يجري تحديث هذه النسخة الاحتياطية عن طريق إجراء منفصل كل ليلة، مما يمكّن من استعادة السجل إذا تعرض النظام إلى عطل أو دمار مادي. وبغية ضمان المحافظة على سلامة السجل بتكلفة مجدية، يوصي *الدليل* بوضع نسخ احتياطية للسجلات الإلكترونية على نحو منتظم (انظر التوصية ٥٥، الفقرة الفرعية *(و)*).

٤- المسؤولية عن الخسارة أو الضرر

٥٥- مثلما ذكر آنفاً (انظر الفقرة ٤٧)، يدار السجل العام للحقوق الضمانية إدارة عمومية، أي أنه بينما قد يجري التعاقد مع القطاع الخاص على صيانة النظام تقع المسؤولية النهائية عن الإشراف على عاتق مسجِّل عمومي معيّن وموظفين عموميين خاضعين لإشرافه. ولهذا السبب، فلدى معظم الدول قواعد مفصَّلة تنص على الشروط التي تتحمل بموجبها المسؤولية القانونية عن أي خسارة أو ضرر يتسبب فيه الموظفون أو أخطاء النظام ومدى المسؤولية التي يتحملونها. ومن الناحية النظرية، وأيا كان نوع السجل المعتمد، قد تتسبب أخطاء الموظفين أو النظام في الخسارة في ثلاث حالات.

٥٦- أولها أن يُزعم أن موظفاً بالسجل أو ممثلا له قد قدّم نصائح أو معلومات شفوية خاطئة أو مضللة. وفي هذه الحالة تستبعد بعض الدول المسؤولية القانونية كلية. وفي الدول التي تسمح في هذه الحالات بحق الرجوع على السجل، غالبا ما تقدم توجيهات بشأن معيار العناية الواجب. وفي بعض الدول، يجب أن يفي سلوك الموظف بمعيار المسؤولية القانونية الذي يفرضه القانون العام الذي يحكم الالتزامات القائمة على أساس الخطأ. وتحدد دول أخرى معيارا أشد صرامة، يطالَب بمقتضاه كل من يزعم أنه ضُلِّل بأن يثبت توافر سوء النية.

٥٧- والمجال المحتمل الثاني للمسؤولية القانونية هو الخسارة الناشئة عن خطأ أو إسقاط في المعلومات التي تُقيَّد في السجل. فيتحمل أصحاب التسجيل المسؤولية عن أي خطأ في المعلومات التي يقدّمونها. والخطأ الوحيد الذي يمكن أن يحدث من جانب السجل هو الخطأ في إدخال المعلومات التي يقدمها صاحب التسجيل في قاعدة بيانات السجل. والسؤال الرئيسي في هذه الحالة هو تحديد الشخص المسؤول عن إدخال البيانات التي يقدمها صاحب التسجيل في قاعدة البيانات.

٥٨- فإذا قدم أصحاب التسجيل في البداية بيانات التسجيل إلى موظفي السجل (سواء بالفاكس أو ورقيا أو بالهاتف)، وجب على موظفي السجل إدخالها في قاعدة البيانات ويكونون من ثم مسؤولين عن أي انحراف عن الدقة في عملية التسجيل. وفي هذه الحالة، عادة ما توفِّر النظم سبيل انتصاف إزاء الخسارة أو الضرر الذي يتسبب فيه عدم إدخال موظفي السجل البيانات في قاعدة بيانات السجل أو عدم إدخالها بدقة.

٥٩- أما إذا قُدِّم الإشعار إلكترونيا، فإن النظم الحديثة توفر عادة شكلا إلكترونيا موحدا يمكِّن من إدخال البيانات التي يقدمها صاحب التسجيل إدخالا آليا في قاعدة بيانات السجل (ولا تخضع إلا لأدوات التحرير الإلكترونية الخاصة بالخانات الإلزامية) دون قيام موظفي السجل بفحصها أو التدخل فيها أو اتخاذ إجراء إضافي بشأنها. وفي هذه النظم، يكون صاحب التسجيل هو المسؤول عن أي خطأ محتمل لأن الخطأ لا بد أن يُعزى بالضرورة للبيانات التي يقدمها. وحتى إذا أمكن تصور أن المشكلة ناتجة عن حدوث عطل في النظام، فإن الدول عادة ما تستبعد من المسؤولية القانونية حالات وقوع أي خلل مزعوم في النظام يؤثر على عملية التسجيل أو على صحتها. وعدم وجود نسخة ورقية (أو نسخة بالفاكس أو قيد كتابي لطلب شفوي) للإشعار المسجَّل يجعل من المستحيل إثبات الزعم بحدوث خلل في عمل النظام.

٦٠- وإذا استنسخ أحد موظفي السجل المعلومات التي يقدمها صاحب التسجيل استنساخا غير دقيق، فإن من يحق لهم التعويض في العادة هم الأطراف الثالثة التي تبحث في السجل وتتضرر من جراء الاعتماد على المعلومات المضلِّلة الواردة في الإشعار المسجَّل. ويختلف الموقف إذا كان خطأ موظفي السجل هو عدم إدخال المعلومات التي يحتويها الإشعار الورقي في النظام بأكملها. ويوصي *الدليل* بألا يُعامل التسجيل على أنه نافذ إلا بعد إدخال بيانات التسجيل في قاعدة البيانات مما يمكِّن الأطراف الثالثة من البحث عنها (انظر التوصية ٧٠). ويتبع ذلك أنه في حالة عدم إدخال الإشعار المقدّم من صاحب التسجيل إلى موظف السجل في النظام قط، لا يصبح ذلك الإشعار نافذا على الإطلاق من الناحية القانونية، ويكون الشخص الذي يحتمل أن تلحق به خسارة هو الدائن المضمون الذي لم تصبح حقوقه الضمانية نافذة قانونا على الإطلاق تجاه الأطراف الثالثة.

٦١- والحالة الثالثة التي يحتمل فيها وقوع مسؤولية قانونية هي أن يقدم السجل نتائج بحث لا تعكس بدقة المعلومات الواردة في قاعدة بيانات السجل. وفي هذه الحالة يعترف بعض الدول بالمسؤولية عن الخسارة الناشئة عن وقوع خطأ أو إسقاط في نتيجة بحث ترتَّب على خطأ ارتكبه موظف السجل. ومع ذلك، فقضايا الإثبات تستبعد المسؤولية القانونية حيثما ادعى مُقدِّم الطلب أن هناك خطأ في نتيجة البحث المرئية إلكترونيا أو المطبوعة في مكتب العميل.

٦٢- ولا تقبل جميع الدول بالمسؤولية غير المحدودة عن الأخطاء التي يرتكبها موظفو السجل. فبعض الدول يعتمد على مبدأ الحصانة السيادية لحماية السجل من المسؤولية كلية. وتقبل دول أخرى المسؤولية غير أنها تضع حدا أقصى لمقدار التعويض المحتمل. كما أن الدول التي تقبل المسؤولية عادة ما تضع قيودا إجرائية تقتضي من المطالبين اتباع مبادئ توجيهية صريحة لتقديم المطالبة وإثباتها وتفرض فترة تقادم على تقديم المطالبة.

٦٣- وينشئ بعض الدول صناديق خاصة للتعويض بغية تغطية أي خسارة عندما تثبت المسؤولية. وعندما يُنشأ صندوق خاص للتعويض من أجل حماية السجل، يضاف عادة مبلغ ضئيل إلى رسوم التسجيل يدفع إلى الصندوق لسداد مطالبات التعويض بدعوى المسؤولية القانونية التي يقضي بصرفها. وعندما يشترك السجل في خطة للتأمين الخاص مصمّمة لتغطية تلك الخسائر، يُستخدم المبلغ الإضافي الضئيل الذي يُزاد على رسوم التسجيل لتغطية قسط التأمين.

٦٤- ولا يسعى *الدليل* إلى التمييز بين مختلف النهوج المذكورة أعلاه، إذ يعتبر ذلك مسألة متغيرة تتعلَّق بالسياسة العامة ويتعين أن تنظر فيها كل دولة. والنقطة الرئيسية هي أن الدول المشترعة ينبغي أن تضع، أيا كان النهج المعتمد، قواعد واضحة تحكم تعيين المسؤولية عن الخسارة أو الضرر الناجم عن خطأ في إدارة السجل أو تشغيله (انظر التوصية ٥٦).

٥- ما ينبغي أن يتضمنه الإشعار المسجَّل

٦٥- يقوم نظام سجل الحقوق الضمانية العام الموصى به في *الدليل* على مفهوم تسجيل الإشعار. والدول التي اعتمدت هذا النظام تشترط على الدوام تحديد المعلومات الأساسية التالية في الإشعار المسجَّل: *(أ)* اسم المانح أو محدد آخر لهويته، وعنوانه؛ *(ب)* اسم الدائن المضمون أو محدِّد آخر لهويته، وعنوانه؛ *(ج)* وصف الموجودات المرهونة (انظر التوصية ٥٧). وفي الدول التي لا تفرض مدة يحددها القانون سلفا لفترة التسجيل، يُطلب أيضا من صاحب التسجيل أن يحدد في الإشعار المدة المرغوبة للتسجيل. وفضلا عن ذلك، يطلب بعض الدول من صاحب التسجيل أن يذكر الحد المالي الأقصى الذي يجوز بشأنه إنفاذ الحق الضماني الذي يغطيه الإشعار (انظر التوصية ٥٧ بشأن هاتين النقطتين). وترد أدناه مناقشة مفصلة لجميع هذه المتطلبات المتعلقة بالمضمون.

(أ) المعلومات الخاصة بالمانح

'١' أثر الخطأ في محدد هوية المانح على نفاذ التسجيل

٦٦- تستخدم السجلات العامة العصرية للحقوق الضمانية في الفهرسة والبحث اسم المانح أو محدِّد آخر لهويته (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(ح)*). وبالتالي، فالإشارة إلى محدِّد هوية المانح في الإشعار مقوِّم أساسي للتسجيل الصحيح. وآثار الخطأ في محدِّد هوية المانح على النفاذ القانوني للإشعار المسجَّل متوقفة على المنطق التنظيمي لنظام السجل المقيَّد فيه. فبعض السجلات الإلكترونية مبرمجة بحيث لا تسترجع البيانات إلا في حالة التطابق التام بين محدِّد الهوية الذي يُدخله الباحث ومحددات الهوية الموجودة في قاعدة البيانات. وفي تلك النظم، سيسفر أي خطأ عن عدم تمكُّن الباحثين الذين يستخدمون المحدِّد الصحيح لهوية المانح من استرجاع الإشعار. ولهذا يبطل التسجيل المزعوم، مما يجعل ذلك الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة.

٦٧- ويُطبّق بعض الدول خوارزميات بحث أكثر تطورا. وفي تلك الدول تُنظَّم قيود السجل وتُفهرَس بحيث تُمكّن الباحث الذي يُدخل المحدد الصحيح للهوية من استرجاع الإشعارات التي يكون فيها محدد هوية المانح قريبا من المحدد الصحيح للهوية وإن كان لا يطابقه مطابقة تامة. وبالمثل، إذا أدخل الباحث محدِّدا خاطئا للهوية، يجري أيضا استرجاع محدد الهوية الصحيح القريب منه وإن لم يكن مطابقا تماما. وفي الدول التي تعتمد هذا الأسلوب في البحث الأكثر تطورا تحتفظ بعض التسجيلات المنقوصة بصلاحيتها رغم الخطأ ما دام البحث باستخدام محدِّد الهوية الصحيح سيؤدي إلى الإشعار المسجَّل، وإن كان غير مطابق تماما. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٥٨). بيد أن هذا النوع من النظم لا يجدي إلا إذا صُمِّم منطق البحث تصميما دقيقا بحيث يحد من عدد المطابقات القريبة التي يسفر عنها البحث. وإذا واجه الباحثون الذين يُدخلون محدِّدا صحيحا للهوية نتائج بحث

تظهر عددا كبيرا من الإشعارات التي تتضمن مطابقات قريبة، ينتقل عبء الخطأ الذي ارتكبه صاحب التسجيل بدايةً انتقالا غير عادل إلى الباحث الذي قد يضطر عند ذلك إلى الاضطلاع بعدد كبير من الاستقصاءات الإضافية بغية تحديد أي من هذه المطابقات القريبة يشير إلى المانح المعني إذا كان أي منها يشير إليه.

'٢' المحدِّد الصحيح لهوية الأشخاص الطبيعيين

٦٨- حيث إن الخطأ في محدِّد هوية المانح قد يبطل التسجيل، فعادة ما تحرص الدول حرصا شديدا على وضع قواعد قانونية تقرر ماهيّة المُحدِّد الصحيح للهوية. واسم المانح هو أكثر المعايير شيوعا. ومع ذلك، قد لا يكون لدى الدولة قاعدة عامة تحدد ماهيّة الاسم القانوني الصحيح للشخص الطبيعي؛ كما أن الاسم الذي يُستخدم في العمل اليومي أو الحياة الاجتماعية قد يختلف عن الاسم الذي يظهر في الوثائق الرسمية للمانح. وفضلا عن ذلك، قد تحدث تغييرات في الاسم منذ الولادة نتيجة لتغير الحالة الاجتماعية أو لخيارات مقصودة أخرى، مما يستدعي في العادة أن تُوفَّر التعليمات أو القواعد الإدارية التي تحكم عمل السجل إرشادات واضحة بشأن مصادر التوثيق الرسمية لاسم المانح التي يمكن للمسجلين والباحثين الاعتماد عليها.

٦٩- وتحديد المستندات التي ستعد حجة بالنسبة إلى هذا الغرض يعتمد على مدى توفر وموثوقية المستندات الرسمية التي تصدرها كل دولة. ولاستيعاب المانحين الذين لا يملكون مستندات رسمية هامة من الدرجة الأولى والمانحين من غير المقيمين أو من غير المواطنين في دولة معيّنة، توفر الدول عادة تسلسلاً هرمياً من المراجع البديلة.

٧٠- ولا توجد صيغة عامة لوضع ذلك التسلسل الهرمي حيث إن الأمر يعتمد إلى حد كبير على الموارد المتاحة في كل دولة لتوفير محدِّدات يُعتمد عليها لهوية الأشخاص الطبيعيين وكذلك العادات المحلية المتَّبعة في التسمية. بيد أن الفقرات التالية تبيّن كيف يمكن للدول أن تنفذ النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٥٩):

(أ) إذا ولد المانح في الدولة المشترعة وسُجِّل مولده لدى جهاز حكومي، يكون اسم المانح هو الاسم المنصوص عليه في شهادة ميلاده؛

(ب) إذا ولد المانح في الدولة المشترعة، ولم يُسجَّل مولده، يكون اسمه:

'١' الاسم المنصوص عليه في جواز السفر الصادر له من حكومة الدولة المشترعة؛

'٢' إذا لم يكن لدى المانح جواز سفر، الاسم المنصوص عليه في بطاقة هوية وطنية سارية أو، في حال عدم وجود تلك البطاقة، في بطاقة التأمين الاجتماعي السارية الصادرة للمانح من حكومة الدولة المشترعة؛

'٣' إذا لم يكن لدى المانح جواز سفر سار ولا بطاقة هوية وطنية سارية ولا بطاقة تأمين اجتماعي، الاسم المنصوص عليه في جواز السفر الصادر للمانح من حكومة الدولة المقيم فيها بصفة اعتيادية؛

(ج) إذا كان المانح غير مولود في الدولة المشترعة ولكنه من مواطنيها، فاسم المانح هو الاسم الذي يظهر في شهادة الجنسية؛

(د) إذا كان المانح غير مولود في الدولة المشترعة وليس مواطنا فيها، يكون اسمه:

'١' الاسم المنصوص عليه في تأشيرة دخول سارية صادرة للمانح من الدولة المشترعة؛

'٢' إذا لم يكن لدى المانح تأشيرة دخول سارية، الاسم الوارد في جواز السفر الساري الصادر للمانح من حكومة الدولة المقيم فيها بصفة اعتيادية؛

'٣' إذا لم يكن لدى المانح تأشيرة سارية ولا جواز سفر سار، الاسم الوارد في شهادة الميلاد أو وثيقة معادلة صادرة للمانح من الجهاز الحكومي المسؤول عن تسجيل المواليد في الدولة التي ولد فيها؛

(هـ) في الحالات غير الواردة في القواعد السابقة، يكون اسم المانح هو الاسم الوارد في رخصة القيادة السارية أو شهادة تسجيل مركبة أو وثيقة رسمية أخرى صادرة للمانح من الدولة المشترعة؛

(و) إذا تغير اسم المانح، بخلاف ما تحدده هذه القواعد، لأسباب مشروعة وفقا لقانون الدولة المقيم فيها بصفة اعتيادية، بما في ذلك تغيُّر الاسم بسبب الزواج، يكون اسم المانح هو الاسم القانوني الجديد إذا تغيَّر الاسم وقت إنشاء الضمانة.

٧١- وإذا أسفر البحث عن أكثر من مانح مشترك في الاسم نفسه، غالبا ما يحسم عنوان المانح مسألة الهوية بالنسبة للباحثين. وفي الدول التي يشترك فيها أفراد كثيرون في اسم واحد، قد يكون من المفيد طلب معلومات تكميلية، مثل تاريخ ميلاد المانح. وإذا اعتمدت دولة محدِّدا رقميا لهوية مواطنيها، يمكن استعمال ذلك الرقم أيضا وفقا لسياسات الدولة المشترعة فيما يتعلق بحماية الخصوصية والأمن وبشرط ذكر محدِّد بديل لهوية المانحين من غير المواطنين. ويوصي *الدليل* بأنه، حيثما تشترط الدولة محددات إضافية أو تكميلية للهوية، ينبغي أن يوضح القانون عواقب عدم تقديمها كلها بصورة سليمة على صحة التسجيل (انظر التوصية ٥٩).

'٣' المُحدِّد الصحيح لهوية الأشخاص الاعتباريين

٧٢- في حالة كون المانح شركة أو شخصية اعتبارية أخرى، عادة ما يكون محدِّد هوية المانح لأغراض نفاذ التسجيل والبحث هو الاسم الذي يظهر في الوثيقة التي تأسس بمقتضاها الكيان. وعادة ما يمكن التحقق من هذا الاسم عن طريق الاطلاع على السجل العمومي للشركات والكيانات التجارية الذي تحتفظ به كل دولة. ومن غير المحتمل حدوث مشاكل تتعلق بالمحدِّدات العامة للهوية حيث يشترط عموما أن يكون الاسم التجاري فريدا، حتى يقبله سجل الشركات أو السجل التجاري. وإذا كانت المعلومات الواردة في هذا السجل وفي سجل الحقوق الضمانية محفوظة في شكل إلكتروني، فقد يكون من المستطاع توفير مدخل عام لكل من قاعدتي البيانات بغية تبسيط عملية التحقق. ويوصي *الدليل* بهذا النهج (انظر التوصية ٦٠).

'٤' التمييز بين الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين

٧٣- عادة ما يكون صاحب التسجيل مطالَبا بأن يشير إلى ما إذا كان المانح فردا أو شخصا طبيعيا من ناحية أو شخصا اعتباريا من ناحية أخرى. وبالرغم من أن المصطلحات قد تتباين، فالخط الفاصل الأساسي واحد. والتعيين الدقيق من الأمور الأساسية لأنه عادة ما يجري تخزين فئتي المانحين في خانتين أو دفترين منفصلين يمكن البحث فيهما داخل السجل. ولن يكشف البحث في سجل الأشخاص

الاعتباريين عن حق ضماني مسجَّل تجاه مانح من الأفراد، والعكس صحيح أيضا. وضمان الدقة مهم على وجه الخصوص عندما يكون فرد، اسمه جون سميث مثلا، مسؤولا عن منشأة تسمى شركة جون سميث. فلأغراض تحديد هوية مانح الحق الضماني الذي يشمل موجودات المنشأة، لا يكون المحدِّد الصحيح إلا "شركة جون سميث".

٧٤- كما ستكفل الدول عادة أن تقدم القواعد التي تبيّن محددات هوية المانح توجيها واضحا في الحالات التي يضطلع فيها الأفراد بأعمالهم باسم آخر أو بشراكة ليست لديها شخصية اعتبارية. فعلى سبيل المثال، إذا كان فرد (جون سميث مثلا) يضطلع بأعمال تحت اسم "سميث للسباكة" دونما إدراج سميث للسباكة كشركة، فإن محدِّد الهوية الصحيح الوحيد لمانح الضمانة هو "جون سميث". غير أن الدول غالبا ما تتيح لأصحاب التسجيل خيار إدخال اسم المنشأة أيضا كمانح مسمى في الإشعار تحسُّبا لأن يكون الاسم القانوني الصحيح هو اسم المانح وأن يصبح الإشعار باطلا إذا قُيِّد اسم المنشأة وحده.

'٥' أثر تغيير محدد هوية المانح على نفاذ التسجيل

٧٥- يمكن أن يتغيَّر اسم المانح أو محدد آخر لهويته بعد التسجيل، مثلا نتيجة لعملية قانونية يقوم بها مانح من الأشخاص الطبيعيين لتغيير اسمه أو نتيجة دمج أو إجراء مماثل آخر يواصل بموجبه المانح الذي يكون شخصا اعتباريا عمله باسم مختلف. ويثير ذلك التغيير اللاحق في اسم المانح أو في أي محدِّد آخر للهوية قابل للتطبيق مشاكل بالنسبة إلى اكتشاف الإشعارات التي سبق تسجيلها. ومحدد هوية المانح هو المعيار الرئيسي للبحث، ولن يكشف البحث باستخدام المحدد الجديد لهوية المانح عن حق ضماني مسجَّل بالاسم القديم. ولذلك، فبغية حماية الأطراف الثالثة التي قد تتعامل مع المانح باسمه الجديد، تطالب بعض الدول الدائن المضمون بتعديل الإشعار المسجَّل بحيث يكشف عن المحدِّد الجديد لهوية المانح قبل انقضاء فترة زمنية محدَّدة. وعدم القيام بذلك لا يبطل نفاذ التسجيل. غير أن أولوية الحق الضماني تصبح أدنى مرتبة من حقوق الدائنين المضمونين والمشترين والمؤجِّرين والمرخَّص لهم الذين يحصلون على حقوق في الموجودات المرهونة أو متصلة بها بعد تغيير محدِّد الهوية ولكن قبل تسجيل إشعار بالتعديل. ومع ذلك يحتفظ الدائن المضمون بأي أولوية يتمتع بها تجاه هذه الفئات من المطالبين المنافسين إذا نشأت حقوقهم قبل تغيير الاسم. ويجسّد هذا النهج الغرض من اشتراط الإفصاح عن أي تغيير في الاسم، أي حماية الأطراف الثالثة التي قد تعتمد، في حالة عدم درايتها بهذا التغيير، على نتائج بحث لا تشوبها شائبة يسفر عنها استخدام الاسم الجديد للمانح.

٧٦- ويكون المانح عادة ملزما، إما بموجب الاتفاق الضماني أو القانون، بإخبار الدائن المضمون بأي تغيير في الاسم أو أي محدد آخر قانوني للهوية. ولا تبدأ فترة السماح المتاحة في بعض الدول للدائن المضمون لكي يعدّل الإشعار إلا عندما يعلم بتغيّر محدِّد هوية المانح. بينما تبدأ فترة السماح في دول أخرى عندما يُغيَّر الاسم. ويؤدي عدم تعديل الإشعار قبل انتهاء فترة السماح إلى انتقال الأولوية لمن يجد من المطالبين المنافسين في تلك الأثناء سواء علم الدائن المضمون أو لم يعلم بالتغيير قبل انتهاء الفترة. وهذا هو النهج الذي يوصي *الدليل* باتباعه باعتباره يحقق التوازن المناسب بين حقوق الدائن المضمون وحقوق الباحثين من الأطراف الثالثة، مع مراعاة أن من المرجح أن يعلم الدائن المضمون على أي حال بتغير الاسم نتيجة لأنشطة الرصد الاعتيادية التي يضطلع بها (انظر التوصية ٦١).

٧٧- وبموجب النهج الموصى به، فإن عدم تسجيل تعديل بعد تغيير الاسم لا يهدد الأولوية فيما يتعلق بالدائنين المضمونين إلا عندما يكون المطالب المنافس مشتريا أو دائنا مضمونا أو مؤجرا أو مرخصا له. ولا يؤثر عدم تعديل الإشعار على نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة الذي تحقق من خلال التسجيل الأصلي تجاه دائني المانح بحكم القضاء أو ممثل إعساره. والسبب في ذلك هو أن الدائنين غير المضمونين ليسوا دائنين يعولون على نتيجة عملية بحث في السجل قبل البت في تقديم القرض، أي أن نتيجة البحث السلبية ليست شرطا مسبقا لتقديمه. ولهذا يعتمد *الدليل* رأيا مفاده أنه ينبغي تفضيل الدائن المضمون لدى موازنة حقوقه تجاه مصالح الأطراف الثالثة.

'٦' أثر نقل الموجودات المرهونة على نفاذ التسجيل

٧٨- فيما يتعلق بتغيير اسم المانح الأصلي أو محدِّد آخر لهويته بعد أن ينقل المانح الموجودات المرهونة، فالبحث بناء على اسم المنقول إليه عن طريق أطراف ثالثة تتعامل في الموجودات المرهونة التي يحوزها المنقول إليه لن يكشف عن حق ضماني أنشأه الناقل. ويتبع بعض الدول في هذه الحالة النهج الذي يوصي به *الدليل* فيما يخص تغيُّر اسم المانح، وفقا لما جاء في الباب السابق. ويجب على الدائن المضمون، في إطار هذا النهج، أن يُسجِّل تعديلا يكشف عن هوية المنقول إليه بوصفه المانح الجديد في غضون فترة زمنية محددة بعد النقل بغية الاحتفاظ بالأولوية على الدائنين المضمونين والمشترين الذين يحصلون على حقوق في الموجودات المرهونة بعد النقل. وإن لم يحدث التعديل في غضون الفترة الزمنية المحددة، لا يتأثر النفاذ تجاه الأطراف الثالثة الذي يتحقق مع التسجيل الأصلي. غير أن مرتبة أولوية الدائن المضمون تصبح أدنى من مرتبة من يليه من الدائنين المضمونين والمشترين الذين تنشأ حقوقهم بعد النقل وقبل تسجيل التعديل.

٧٩- ومثلما هو الحال في تغيُّر الاسم، تتخذ دول أخرى موقفا يرى أن فترة السماح لإدخال التعديل لا ينبغي أن تنفذ إلا بمجرد أن يعلم الدائن المضمون علما فعليا بأن المانح قد نقل الموجودات المرهونة. ويقوم هذا النهج على فكرة مفادها أن الدائن المضمون لا يُرجَّح أن يصبح على علم بأن المانح قد نقل الموجودات المرهونة دون إذن إلا بعد وقوع ذلك، حيث إن المانح، بخلاف حالة تغيُّر الاسم، يُحتمل أن يتخذ خطوات نشطة لحجب نشاطه غير المأذون به عن علم الدائن المضمون. ولكن دولاً أخرى تتخذ موقفا يرى أن مرتبة أولوية الدائن المضمون لا ينبغي أن تتضرر البتة من أي نقل غير مأذون به يجريه المانح منتهكا الاتفاق الضماني، وأن قرار الدائن المضمون المتمثل، نتيجة ذلك، في تسجيل تعديل لكشف اسم المنقول إليه بوصفه المانح الجديد، ينبغي أن يكون قرارا طوعيا صرفا. ويجسّد هذان النهجان الأخيران بدرجات متفاوتة رأيا مفاده أن في حالة عمليات النقل غير المأذون بها ينبغي أن تكون الغلبة لحقوق الدائنين المضمونين على مصالح المطالبين المنافسين بحيث يصبح من الممكن الاعتماد على نتائج بحث لا تشوبها شائبة في السجل بناء على اسم الشخص حائز الموجودات المرهونة.

٨٠- ولا يقدِّم *الدليل* توصية محددة بشأن هذه النقطة أكثر من ذكر الحاجة إلى أن تنظر الدول المشترعة بشكل صريح في المسألة (انظر التوصية ٦٢). وقد رئي أنه ينبغي أن يُترك لكل دولة أمر تقرير النهج المناسب في سياق سوق الائتمان الخاصة بها، مع مراعاة المستوى المتصوَّر من المخاطر التي قد تنشأ على الصعيد المحلي جراء سوء تصرف المانح في شكل نقل غير مأذون به للموجودات المرهونة.

(ب) محدد هوية الدائن المضمون

٨١- تشترط الدول التي وضعت سجلا عاما للحقوق الضمانية (أو أي نوع من أنواع السجل) دوماً أن يورد الإشعار المسجَّل اسم الدائن المضمون أو محددا آخر لهويته وعنوانه، أو ممثله أو من يسميه (انظر التوصية ٥٧، الفقرة الفرعية *(أ)*). ومع ذلك، فبما أن هذه البيانات ليست البتة معيارا للبحث، فاحتمالات أن تضلل أخطاء التسجيل الباحثين من الأطراف الثالثة أقل مقارنة بالأخطاء في إدخال بيانات إثبات هوية المانح. ومن جهة أخرى، يظل الإدخال الدقيق للمعلومات مهما بما أنه يمكّن الباحثين ذوي المصلحة من الأطراف الثالثة من السعي إلى الحصول على مزيد من المعلومات، فيما يتعلق مثلا بما إذا كان هناك بالفعل حق ضماني في موجودات المانح والتفاصيل الحالية عن علاقة التمويل. كما أن إدخال المعلومات بدقة يوفر قرينة تدل على أن الدائن المضمون الذي يطالب لاحقا بأولوية تستند إلى الإشعار هو في واقع الأمر الشخص الذي يحق له فعل ذلك. ووفقا لذلك، يوصي *الدليل* بأن لا يبطل تقديم صاحب التسجيل بيانا خاطئا في محدد هوية الدائن المضمون أو عنوانه نفاذ الإشعار المسجَّل ما لم يؤدّ إلى تضليل الباحث الحصيف تضليلا خطيرا (انظر التوصية ٦٤).

(ج) وصف الموجودات المشمولة بالإشعار

٨٢- لا توجد من الناحية النظرية في نظام تسجيل الإشعارات ضرورة مطلقة لتحديد الموجودات المرهونة في التسجيل حيث إن مجرد وجود إشعار مفهرس تحت اسم المانح أو محدد آخر لهويته يكفي لتحذير الأطراف الثالثة من احتمال وجود حق ضماني واحد أو أكثر من موجودات المانح. ومع ذلك فغياب أي وصف من الإشعار قد يحد من قدرة المانح على بيع الموجودات التي تظل غير مرهونة أو إنشاء حق ضماني فيها. وسيحتاج المشترون المحتملون والدائنون المضمونون شكلا من أشكال الحماية (الإذن من الدائن المضمون، على سبيل المثال) قبل الدخول في معاملات تتعلق بأي من موجودات المانح. وغياب الوصف يقلل أيضا من قيمة معلومات السجل لممثلي الإعسار والدائنين بُحكم القضاء. ولهذا، يوصي *الدليل* بإدراج وصف للموجودات المرهونة في الإشعار المسجَّل (انظر التوصية ٥٧، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٨٣- ورغم أن وصف الموجودات المرهونة مطلوب، فلا تشترط نظم السجل العصرية وصفا محددا لكل منها على حدة. فيكفي لتزويد الباحثين باحتياجاتهم من المعلومات استخدام وصف عام ("كل الموجودات الملموسة" أو "كل المستحقات"، على سبيل المثال) أو حتى وصف شامل ("كل الموجودات المنقولة الحالية والآجلة"، على سبيل المثال). والواقع أن توفير إمكانية الاكتفاء بالوصف العام ضرورة لكفالة التسجيل الكفء لحق ضماني يُمنح في الموجودات الآجلة وفئاتها المتجددة، مثل المخزون أو المستحقات. وتستند توصيات *الدليل* بشأن متطلبات التوصيف فيما يخص الاتفاقات الضمانية إلى هذه الاعتبارات ذاتها. ووفقا لذلك، يوصي *الدليل* باعتبار وصف الموجود المرهون الوارد في إشعار وافياً بمتطلبات التوصيف الخاصة بالاتفاقات الضمانية، أي وصف يسمح بتحديد الموجود المرهون على نحو معقول (انظر التوصية ١٤، الفقرة الفرعية *(د)*)، كافيا بالمثل للاستخدام في الإشعار المسجَّل (انظر التوصية ٦٣). ويعزّز النهج الموصى به أيضا كفاءة عملية التسجيل لأنه يمكّن الدائنين المضمونين من الاكتفاء بنقل الوصف من الاتفاق الضماني إلى الإشعار المسجَّل (والعكس بالعكس).

٨٤- وخلافا لاسم المانح أو محدد آخر لهويته، لا يعتبر وصف الموجودات المرهونة الوارد في الإشعار المسجل معيارا للبحث. ولذلك فإن مقياس الدقة في الوصف ليس صارما مثلما هو الحال في محدِّد هوية المانح. وحيث إن الغرض من الإشعار هو تنبيه الأطراف الثالثة التي تبحث في السجل إلى أن من الممكن المطالبة بحق ضماني في موجودات محددة، فإن المسألة الأساسية تتمثل فيما إذا كان الباحثون سيفهمون، رغم الخطأ، أن الوصف يشمل الموجود ذا الصلة. وتمشيا مع هذه السياسة، واتساقا مع النهج الذي يُتبع عادة في الدول التي وضعت سجلا عاما للحقوق الضمانية، يوصي *الدليل* باعتبار أن تقديم صاحب التسجيل بيانا خاطئا في وصف الموجودات المرهونة لا يبطل نفاذ الإشعار المسجَّل ما لم يؤدّ إلى تضليل الباحث الحصيف تضليلا خطيرا (انظر التوصية ٦٥). ويبيّن تعبير "الباحث الحصيف" أن المحك ينبغي أن يكون موضوعيا. أي أن المسألة الأساسية تتمثل فيما إذا كان الباحث، من الناحية النظرية، سيتعرض للتضليل ويكون من غير الضروري أن يثبت المطالب المنافس الذي يطعن في الوصف أن الباحث قد ضُلل بالفعل. أما اتباع نهج ذاتي فيؤدي إلى التقاضي وقد يشجع على قدر من الإهمال لدى إدخال الأوصاف.

٨٥- ومن بين الحالات التي قد يؤدي فيها الخطأ في الوصف، وإن بدا صغيرا، إلى إبطال التسجيل أن تقرر الدولة استحداث معيار تكميلي للبحث خاص بالموجودات يتعلق بأنواع معيّنة من الموجودات المرهونة بناء على محدِّد رقمي فريد للهوية (انظر الفقرتين ٣٤ و٣٥ أعلاه والفقرة ١١٥ أدناه). وحيث إن محدِّد هوية الموجودات يعمل كمعيار للبحث في هذه الحالة، فمن الضروري لاستيفاء الإشعار المسجَّل إدخال محدِّد الهوية بطريقة تضمن أن تسترجعه الأطراف الثالثة التي تجري البحث وفقا لمحدِّد الهوية الصحيح.

٨٦- وعندما يكون الخطأ كافيا لتطبيق محك الإبطال القائم على وجود خطأ "مضلل بشكل خطير"، يوصي *الدليل* بأن يقتصر نطاق الإبطال على الموجودات التي لم توصف وصفا وافيا بدلا من إبطال الإشعار برمته. وهذا يعني أن التسجيل يظل ساريا في نطاق ما يتضمنه الإشعار أيضا من موجودات موصوفة بشكل مناسب، بما أن الخطأ لا يضلل الباحث الحصيف بشأن تلك الموجودات (انظر التوصية ٦٥).

(د) مدة تسجيل الإشعار وتمديدها

٨٧- يمكن أن تختلف مدة المعاملات المالية المضمونة اختلافا كبيرا. ويتطلب هذا بدوره بعض المرونة في مدة الإشعارات المسجلة المتعلقة بتلك المعاملات. وعادة ما يمكن إسباغ المرونة اللازمة بإحدى طريقتين. فأما أولاهما فتتمثل في السماح لأصحاب التسجيل بأن يختاروا مدة التسجيل المرغوبة مع الحق في تمديد التسجيل مرات حسب الاقتضاء. وأما الثانية فهي أن يحدد النظام مدة زمنية ثابتة عامة (خمس سنوات، على سبيل المثال) مصحوبة بالحق في تمديد التسجيل كلما انقضت مدته لفترات مساوية إضافية. وفي كل من الحالتين يمدد التسجيل بتقديم إشعار تعديل إلى السجل قبل انتهاء سريان الإشعار.

٨٨- وفي الترتيبات المالية المتوسطة والطويلة الأجل، يُقلِّل النهج الأول احتمال فقدان الدائنين المضمونين الأولوية بسبب الإخفاق غير المقصود في تسجيل التمديد في حينه. وفي الترتيبات المالية القصيرة الأجل، يُقلِّل النهج الثاني الخطر الواقع على المانحين من قيام الدائنين المضمونين بالتسجيل لمدة زمنية مبالغ فيها نتيجة للحرص المفرط. وبغية التشجيع على الإلغاء في الوقت المناسب فيما يتعلق بالنظم التي تأخذ

بالنهج الثاني، قد تختار الدولة ألا تتقاضى أي رسوم عن تسجيل الإلغاء. وعلاوة على ذلك، وبغية عدم التشجيع على اختيار مدد تسجيل مفرطة الطول، يمكن أن ترتكز الرسوم على أساس سلم تصاعدي ومتحرك وفق الطول المختار لمدة التسجيل. ويتخذ بعض الدول أيضا موقفا توفيقيا. فيمكن أن يختار أصحاب التسجيل بأنفسهم مدة التسجيل ويمكن أن يمددوا مدة التسجيل الأولية، غير أن ذلك يخضع لحدود زمنية قصوى (مثل ١٠ سنوات) خاصة بكل تسجيل أو تمديد. ويوصي *الدليل* بأن تُتاح للأطراف كلتا الطريقتين لتحديد مدة التسجيل (انظر التوصية ٦٩).

٨٩- ويجب على الدول التي تختار نهج الاختيار الذاتي أن تدرس أثر خطأ صاحب التسجيل في بيان مدة التسجيل على نفاذ الإشعار المسجَّل. ويوصي *الدليل* بألا يبطل الخطأ الإشعار المسجَّل. ولكن مع مراعاة محذور هام، وهو ضرورة حماية الأطراف الثالثة التي تعتمد على البيان الخاطئ، (انظر التوصية ٦٦). ولا بد من التمييز بين حالتين عند معالجة الجوانب التي قد ينشأ منها هذا الاعتماد لدى الأطراف الثالثة.

٩٠- فأما الحالة الأولى فهي أن يُدخل صاحب التسجيل مدة زمنية أقصر من المعتزم بالفعل. وفي هذه الحالة، سوف ينقضي أجل التسجيل بنهاية الوقت المحدد ولن يكون الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وبينما يمكن للدائن المضمون استعادة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فإن ذلك لا يتحقق إلا انطلاقا من تلك اللحظة (انظر التوصية ٤٧).

٩١- وأما الحالة الثانية فهي أن يحدد الدائن المضمون مدة أطول من المعتزم بالفعل. وفي هذه الحالة لا يبدو أن هناك شواغل فيما يتعلق بحماية الأطراف الثالثة. وإذا كان الحق الضماني المشار إليه في الإشعار قد انتهى بالفعل (من خلال سداد الالتزام المضمون، على سبيل المثال)، فإن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يتوقف على كل حال. أما إذا كان الالتزام المضمون لم يسدد بعد، فمن الصعب تصور كيفية تضرر الأطراف الثالثة من الاعتماد على البيان الخاطئ، لأن الإشعار المسجَّل يظل ينبههم إلى الحق الضماني ويمكنهم اتخاذ الخطوات اللازمة لحماية أنفسهم من ذلك الخطر. وفي هذه الحالة يكون خطأ الدائن المضمون في مصلحته. ومع ذلك، فحيث إن الأطراف الثالثة لا تتضرر، ليست هناك حاجة إلى معاقبة الدائن المضمون في هذه الحالة.

(هـ) المبلغ الأقصى للالتزامات المضمونة

٩٢- تختلف الدول بشأن مسألة ما إذا كان يجب أن يكشف الإشعار عن المبلغ النقدي الذي يمكن من أجله إنفاذ الحق الضماني المشمول بالإشعار. وتشترط الدول التي لديها نظام سجل عصري بيان المبلغ الفعلي للالتزام المضمون، لأن ذلك يحول دون إنشاء حقوق ضمانية لكفالة الالتزامات الآجلة أو غير المحددة (انظر التوصية ١٦).

٩٣- غير أن بعض الدول يشترط أن يتضمن الإشعار المسجَّل بيانا بالمبلغ الأقصى الذي يمكن من أجله إنفاذ الحق الضماني المشمول بالإشعار (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ٤٣-٤٧، والتوصية ١٤، الفقرة الفرعية *(هـ)*). ويهدف هذا النهج إلى تيسير حصول المانح على التمويل المضمون من دائنين آخرين في الحالات التي تتعدى فيها قيمة الموجودات المرهونة بالحق الضماني المسجَّل سابقا الحد الأقصى المبيّن في الإشعار. ويرتكز هذا النهج على افتراض أن القيمة المتبقية من الموجودات المرهونة سوف تمكّن المانح من الحصول على ائتمان من مصادر أخرى، حتى إن كان ذلك

الائتمان مكفولا بحق ضماني يحظى بأولوية أدنى من الحق الضماني الذي يكفل الائتمان المقدم في البداية. كما يرتكز هذا النهج على افتراض أنه ستكون هناك قدرة كافية للمانح على التفاوض تكفل ألا يقوم أول دائن مضمون مسجل بتسجيل حد أقصى متضخم للمبلغ. وفي الدول التي تأخذ بهذا النهج، تكون أولوية الحق الضماني الذي يتعلق به الإشعار على الحقوق الضمانية التالية مقتصرة على الحد الأقصى للمبلغ المذكور في الإشعار.

٩٤- وفي دول أخرى ليس هناك ما يُلزم بإدراج حد أقصى في الإشعار المسجَّل. ويحظى أول دائن مضمون مسجّل بالأولوية فيما يتعلق بجميع ما يقدمه في المستقبل من مدفوعات إلى المانح دون حد، وذلك شريطة أن يشمل الاتفاق الضماني القائم أو اتفاق ضماني لاحق الالتزامات الآجلة بشكل صريح، مثلما هو الحال في إطار النهج الأول. وبمقتضى هذا النهج، لن يكون الدائن المضمون اللاحق مستعدا لتقديم القرض مقابل القيمة المتبقية الحالية من الموجودات المرهونة لأن أول دائن مضمون مسجل سيحتفظ بالأولوية فيما يخص أي تمديد لاحق للائتمان الذي يقدمه مقابل تلك القيمة المتبقية. وتخشى الدول التي تعتمد هذا النهج أن اشتراط تسجيل مبلغ أقصى سوف: *(أ)* يحد من مقدار الائتمان المتاح من الدائن المضمون الأول؛ أو *(ب)* يكون غير فعال من الناحية العملية، لأن الدائن المضمون الأول يكفيه أن يشترط على المانح أن يوافق على زيادة الحد الأقصى لتغطية جميع التمديدات الممكنة للائتمان في المستقبل. ويقوم هذا النهج على افتراض ما يلي: *(أ)* أن الدائن المضمون الأول هو مصدر التمويل الأمثل على المدى الطويل أو أنه من المرجح أن يقدم التمويل، وبخاصة للمنشآت الصغيرة الحديثة العهد، إذا كان يعلم أنه سوف يحظى بمرتبة أولى من الأولوية فيما يخص احتياجات المانح الآجلة من التمويل؛ *(ب)* أنه لن تكون للمانح سلطة تفاوضية كافية لإلزام أول دائن مضمون مسجل بإدخال حد أقصى واقعي في إشعار التسجيل؛ *(ج)* أن الدائن اللاحق الذي يطلب منه المانح التمويل سيكون في وضع يمكِّنه من التفاوض على اتفاق تخفيض مرتبة الأولوية مع أول دائن مضمون مسجل فيما يخص الائتمان المقدم على أساس المقدار الحالي للقيمة الفائضة في الموجودات المرهونة.

٩٥- ويسلِّم *الدليل* بأن لكل من النهجين مزاياه ويوصي بأن تعتمد الدول السياسات التي تتسق بشكل أكبر مع ممارسات التمويل الكفؤة فيها، وبخاصة مع الافتراضات المسلم بها في سوق الائتمان التي يستند إليها كل نهج (انظر التوصية ٥٧، الفقرة الفرعية *(د)*).

٩٦- وسوف تحتاج الدول التي تشترط بيان الحد الأقصى في الإشعار المسجَّل إلى النظر في الأثر المترتب على خطأ صاحب التسجيل في بيان هذا الحد. وفيما يتعلق بهذه المسألة، يوصي *الدليل*، وفقا للنهج المتبع في الدول التي تطبق فعلا هذا الشرط، بأن البيان الخاطئ لا يبطل الإشعار المسجَّل باستثناء الحالات التي يؤدي فيها إلى تضليل الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٦٦). وفي هذه الحالة، فإن محك الخطأ المضلل بشكل خطير محك ذاتي؛ أي أن الطرف الثالث الذي يطعن في الإشعار بناء على الخطأ سوف يحتاج إلى أن يثبت أنه قد ضُلل فعلا بسبب الخطأ. والمحك الذاتي مناسب في هذه الحالة لأن الغرض من اشتراط بيان الحد الأقصى هو كفالة تمكين المانح من الحصول على تمويل إضافي على أساس القيمة المتبقية من الموجودات المرهونة أصلا بحق ضماني دون أن يخشى المموّل من الأطراف الثالثة من أن تضيع قيمة حقه الضماني عندما يقدم أول دائن مضمون مُسجَّل سلفة للمانح في وقت لاحق.

٩٧- ولدى تحديد نوع الخطأ في بيان المبلغ الأقصى الذي يُرجَّح أن يلحق الضرر بالأطراف الثالثة عند الاعتماد عليه، ينبغي التمييز بين حالتين. أولاهما أن يكون المبلغ المبيّن في الإشعار أكبر من المبلغ

الأقصى المتفق عليه بالفعل في الاتفاق الضماني. وفي هذه الحالة، من غير المرجح أن يتضرر طرف ثالث لأن قراره بتقديم سلف سوف يستند عادة إلى المبلغ المبيّن في الإشعار المسجل. وعلاوة على ذلك، يمكن للمانح في هذه الحالة أن يفرض على أول دائن مضمون مسجل أن يعدّل الإشعار لتصحيح المبلغ لكي يتسنى له الحصول على التمويل مقابل القيمة الحقيقية لحق المانح غير المرهون في الموجود. والحالة الثانية أن يكون المبلغ المحدد في الإشعار أقل من المبلغ المتفق عليه في الاتفاق الضماني وينشأ عن هذا الوضع احتمال واضح لتضليل طرف ثالث مموِّل. ولهذا، إذا ما سجل دائن مضمون لاحق حقا ضمانيا وقدم الائتمان، لا يحق عادة للدائن المضمون الأول إنفاذ حقه الضماني تجاه الأطراف الثالثة إلا في حدود مبلغ لا يتجاوز ما هو محدد في الإشعار المسجَّل.

٦- *التسجيل المسبق وتسجيل واحد لحقوق ضمانية متعددة*

٩٨- مثلما ذُكر آنفاً، في نظام تسجيل الإشعارات يكون الإشعار المسجَّل مستقلا عن الاتفاق الضماني ولا يحتاج صاحب التسجيل إلى تقديم الوثائق الضمانية الأساسية أو أدلة أخرى على الحق الضماني الذي يتعلق به التسجيل بغية تسجيل إشعار. وبالتالي فتسجيل الإشعار يزيل أي عقبات عملية من طريق التسجيل السابق لإبرام الاتفاق الضماني، أو من طريق إنشاء حق ضماني (أي "التسجيل المسبَّق") عندما يلزم اتخاذ إجراء إضافي لإنشاء حق ضماني (مثل نقل حيازة الموجودات إلى الدائن المضمون). ولهذا، يسمح العديد من الدول التي تأخذ بنظام تسجيل الإشعارات بالقيام بالتسجيل إما قبل إتمام الاتفاق الضماني أو بعده. وحيث إن نظام تسجيل الإشعارات يزيل أي ضرورة عملية لربط التسجيل بالاتفاق الضماني ربطا مباشرا، عادة ما تنص الدول التي تأخذ بهذا النهج أيضا على أن تسجيل إشعار واحد كاف لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في الموجودات الموصوفة في الإشعار، سواء أُنشئت بموجب اتفاق ضماني واحد أو اتفاقات ضمانية متعددة غير مترابطة بين الأطراف نفسها، حتى وإن أبرمت في أوقات مختلفة.

٩٩- ويتيح التسجيل المسبَّق مزايا هامة عديدة. فهو ييسر أولا حصول المانح على الائتمان لأنه يمكّن الدائن المضمون، الذي يتفاوض معه المانح على الاتفاق الضماني، من إثبات أولويته تجاه الدائنين المضمونين الآخرين بمقتضى القاعدة العامة التي تعطي الأولوية للأسبق في التسجيل دون أن يقلق بشأن التعاقب الزمني للتسجيل والتوقيع الرسمي على الاتفاق الضماني. وهو يتفادى، على سبيل المثال، احتمال حصول الدائن المضمون "باء" على الأولوية من خلال التسجيل قبل توقيع اتفاق ضماني بين المانح والدائن المضمون "ألف"، ولكن بعد قيام الدائن المضمون "ألف" بالتسجيل. كما يتفادى احتمال بطلان نفاذ التسجيل في الحالات التي يكون بالاتفاق الضماني الأساسي عيوب فنية وقت التسجيل وتُصحَّح في وقت لاحق. وعلاوة على ذلك، فهو يُعزِّز مرونة علاقة التمويل بين الأطراف لأنه يمكّنهم من تعديل شروط الاتفاق الضماني وإبرام اتفاقات ضمانية جديدة تشمل الموجودات المرهونة نفسها استجابة لاحتياجات المانح المالية المتطورة ودون تسجيل إشعارات جديدة.

١٠٠- وفي الدول التي أنشأت سجلا عاما للحقوق الضمانية، يقوم النهج المتَّبع عادة أيضا على السماح بتسجيل الإشعار قبل أن ينشأ الحق الضماني المشار إليه في الإشعار. وحيث إن الحق الضماني لا يمكن إنشاؤه في موجود معيّن إلا عندما يملك المانح ذلك الموجود أو تكون لديه حقوق فيه، فإن التسجيل السابق لإنشاء الحق الضماني ملائم لتسجيل الحقوق الضمانية في الموجودات الآجلة بكفاءة.

وتشترط أي قاعدة أخرى تسجيل إشعار جديد في كل مرة يحصل فيها المانح على موجود جديد، مما يجعل التمويل مقابل ضمان الموجودات الآجلة، بما في ذلك المخزون والمستحقات، مستحيلا من الناحية الإدارية.

١٠١- ولهذه الأسباب، يوصي *الدليل* بأن يكون تسجيل الإشعار كافياً لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة سواء تم قبل أو بعد إبرام الاتفاق الضماني الأولي أو إنشاء الحقوق الضمانية عملا بذلك الاتفاق أو أي اتفاقات ضمانية أخرى يمكن أن تبرم بين الأطراف نفسها وتشمل الموجودات المرهونة الموصوفة في الإشعار (انظر التوصيتين ٦٧ و٦٨).

٧- وقت نفاذ تسجيل الإشعار أو التعديل

١٠٢- كقاعدة عامة، تعتمد الأولوية بين الحقوق الضمانية المتنافسة التي لم تصبح نافذة تجاه الأطراف الثالثة إلا عن طريق التسجيل على ترتيب التسجيل (انظر التوصية ٧٦، الفقرة الفرعية *(أ)*). وبالتالي، فللوقت الذي يصبح فيه التسجيل نافذا قانونا أهمية قصوى في تحديد الأولوية بين الحقوق الضمانية المتنافسة. وإذا كان قد سبق وجود الحق الضماني، فقد يكون للوقت الذي يصبح فيه للتسجيل مفعول قانوني أهمية كبيرة بالنسبة لحل المنازعات على الأولوية بين الدائن المضمون ومشتري الموجودات المرهونة أو مؤجرها، أو بين الدائنين غير المضمونين للمانح وممثل الإعسار.

١٠٣- وفي نظام السجل الذي يسمح لأصحاب التسجيل بتقديم إشعارات ورقية (حتى بالفاكس) أو هاتفية إلى السجل (كنظام مقابل للإدخال الإلكتروني المباشر أو بدلا منه)، لا بد من حدوث بعض التأخير بين وقت تسلم الإشعار في مكتب السجل ووقت تقييد المعلومات الواردة في الإشعار في السجل بواسطة موظفيه بحيث يمكن للأطراف الثالثة البحث فيه. ويثير هذا الفارق الزمني التساؤل عن التوقيت الذي يعتبر فيه التسجيل نافذا من الناحية القانونية، هل هو وقت تسلم الإشعار في مكتب السجل، أم الوقت الذي يتاح فيه للجمهور البحث في المعلومات الواردة في الإشعار.

١٠٤- ولحل هذه المسألة، تضع دول كثيرة عبء المخاطرة المتعلقة بالأولوية الناتجة عن الفارق الزمني على الدائن المضمون وليس على الباحثين من الأطراف الثالثة. والأساس المنطقي فيما يتعلّق بالسياسة العامة في هذه الدول هو ارتباط وقت نفاذ التسجيل بقدرة الباحثين على العثور على الإشعار. ومما يؤثر على موثوقية السجل أن تجد الأطراف الثالثة أنفسها مقيدة بإشعار لم يكن بقدرة أي من الناس البحث عنه. ويُعتقد أيضا أن الدائن المضمون أقدر من الأطراف الثالثة على اتخاذ الخطوات اللازمة لحماية نفسه (من خلال الامتناع عن تقديم الائتمان إلى أن يصبح الإشعار متاحا لمن يبحث عنه، على سبيل المثال). وعلى أي حال، ينبغي أن يكفل تصميم السجل العام العصري للحقوق الضمانية وتشغيله إجراءات تسجيل سريعة وفعالة تقلل التأخير إلى أدنى حد. وفي النظام الإلكتروني الكامل الذي لا يتطلب تدخلا من موظفي السجل، يجري إدخال الإشعار وإتاحته للباحثين في وقت واحد بالفعل، مما يقضي أساسا على مشكلة الفارق الزمني بين تقديم الإشعار وإتاحته للأطراف الثالثة.

١٠٥- ولهذه الأسباب، يتبع *الدليل* موقفا مفاده أن وقت نفاذ التسجيل هو الوقت الذي يتمكن فيه الباحثون من الأطراف الثالثة من العثور على الإشعار (انظر التوصية ٧٠).

٨- الإذن بالتسجيل

١٠٦- لا يصبح تسجيل الإشعار، في العديد من الدول، نافذا ما لم يقم بذلك المانح (وهو أمر نادر) أو ما لم يتم بموافقته. غير أن هذه الدول تنص عادة على أن من غير الضروري أن يحصل الدائن المضمون على إذن مكتوب من المانح وقت إجراء التسجيل أو قبله أو أن يثبت للسجل الحصول على الموافقة. ومما يُبرر هذا النهج أن السماح بإعطاء الإذن إما قبل التسجيل أو بعده من شأنه أن يزيل معوِّقا يمكن أن يكون مصدرا للتأخير والتكلفة في عملية التسجيل ويُجنِّب خطر أن تُبطل الأخطاء الفنية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة فيما يتعلق بالحق الضماني الذي يُكتسب في المقابل بالتسجيل (انظر التوصية ٥٤، الفقرة الفرعية *(د)*). وعلاوة على ذلك، ليست هناك حاجة إلى الحصول على موافقة خطية منفصلة من المانح، لأن الإذن سيعامَل باعتباره قد أعطي صراحة بحكم إبرام الطرفين الاتفاق الضماني. ووفقا للمناقشة الواردة في الباب التالي من هذا الفصل، تُمكّن النظم الحديثة المانح من طلب إلغاء التسجيل من خلال إجراءات قضائية أو إدارية مستعجلة إذا لم يبرَم أي اتفاق ضماني بين الطرفين ويمكن أن ينص قانون آخر على فرض عقوبات على التسجيلات الاحتيالية. ولذلك فإن النتيجة العملية تشبه إلى حد كبير ما يحدث في الدول التي تشترط صراحة إذنا خطيا رسميا من المانح (استنادا إلى افتراض أن الاتفاق الضماني يُشكّل موافقة). ويوصي *الدليل* بهذا النهج (انظر التوصية ٧١).

٩- إلغاء الإشعار المسجل أو تعديله

(أ) الإلغاء أو التعديل الإلزاميان

١٠٧- تقصر دول كثيرة، لأسباب أمنية، سلطة إلغاء التسجيل أو تعديله على الدائن المضمون (أو ممثله المأذون له). ومع ذلك يمكن أن يكون للتسجيل الذي لا يُمثّل في الواقع حقا ضمانيا قائما أو محتملا أثر ضار على قدرة الشخص المذكور في الإشعار بوصفه مانحا على القيام ببيع حق ضماني أو إنشائه في الموجودات الموصوفة في الإشعار. ولذلك، فمن الضروري كفالة الإلغاء أو التعديل الفوري للإشعارات المسجلة في حالة: *(أ)* عدم وجود حق ضماني أو عدم وجود نية لإنشائه؛ أو *(ب)* إذا أُلغي الحق الضماني عند الوفاء التام والنهائي بالالتزام الضماني؛ أو *(ج)* إذا احتوى الإشعار المسجَّل على معلومات لم يأذن بها المانح (على سبيل المثال، قد يكون وصف الموجودات الوارد في الإشعار أوسع مما يجب، متضمّنا أصنافا أو أنواعا من الموجودات لا يُعتَزم أن تكون موضوع أي اتفاق ضماني فعلي أو مرتأى إبرامه بين الطرفين).

١٠٨- ولحماية المانحين في هذه الظروف، يُخوِّل عدد من الدول المانح الحق في أن يطلب إلى الدائن المضمون كتابة إبطال التسجيل أو تعديله لبيان الوضع الفعلي للعلاقة بينهما. ويُلزَم الدائن المضمون بتسجيل إشعار بالإلغاء أو التعديل، حسب الحالة، خلال مدة زمنية محددة (٢٠ أو ٣٠ يوما، على سبيل المثال) بعد تلقِّي المطالبة. وإن لم يمتثل الدائن المضمون، يحق للمانح آنذاك أن يفرض إلغاء الإشعار أو تعديله من خلال إجراء إداري مستعجل، أو إجراء قضائي مستعجل، وهي آلية أقل شيوعا من سابقتها (انظر التوصيتين ٧٢ و٧٤). ويوصي *الدليل* بهذا النهج. وفي هذه الدول، يحق للمانح في حالة عدم الامتثال أن يطلب من المسجِّل تسجيل الإلغاء أو التعديل بعد أن يثبت له أن المطالبة قد قُدمت ولم يُستجب لها وبعد إشعار الدائن المضمون بهذا الأمر، ما لم يحصل الدائن المضمون على أمر

من المحكمة بعكس ذلك. بل ويُخوِّل عدد قليل من هذه الدول المانح حق إلغاء التسجيل أو تعديله من جانب واحد، رغم أنها تفرض أيضا مسؤولية عن الأضرار على المانح الذي يفعل ذلك دون أن يتبع إجراءات المطالبة اللازمة.

(ب) حذف الإشعارات الملغاة وحفظها

١٠٩- بعد انتهاء سريان الإشعار المسجَّل أو إلغائه عادة ما يُبرمج نظام السجل لضمان إزالته على الفور من قيود السجل المتاحة للبحث العام. ومع ذلك، تُحفظ المعلومات الواردة في الإشعار المنتهي الصلاحية أو الملغي، كما تُحفظ واقعة انتهاء الصلاحية أو الإلغاء بحيث يمكن استرجاعها مستقبلا إذا لزم الأمر. ويوصي *الدليل* بهذا النهج فيما يتعلق بحذف الإشعارات الملغاة وحفظها (انظر التوصية ٧٤). فالاسترجاع قد يكون ضروريا على سبيل المثال لإثبات أولوية الحق الضماني المسجَّل في لحظة زمنية معيّنة.

(ج) التعديلات

١١٠- مثلما سبق نقاشه (انظر الفقرات ٧٥-٧٧ أعلاه)، يجب على الدائنين المضمونين تسجيل تعديل للإفصاح عن أي تغيُّر لاحق في محددة هوية المانح بغية المحافظة على الأولوية تجاه الدائنين المضمونين والمشترين الذين يتعاملون مع الموجودات المرهونة بعد التغيُّر. أما في حالة تغيُّر اسم الدائن المضمون فالأمر على العكس من ذلك، فبينما يسمح له في معظم الدول بتعديل الإشعار المسجَّل للكشف عن تغيُّر محدد هويته، يحتفظ الإشعار المسجل بمفعوله القانوني حتى وإن لم يحدث التعديل. وذلك لأنه، على خلاف محدِّد هوية المانح، لا يشكل محدِّد هوية الدائن المضمون معيارا للبحث. ومن ثم، فإن التغيُّر في محدد هوية الدائن المضمون لا يؤثر على قدرة الأطراف الثالثة من الباحثين على استرجاع الإشعار.

١١١- ومع ذلك، فبالرغم من أن تسجيل التعديل من الأمور الاختيارية، عادة ما يكون من الحكمة أن يقوم به الدائن المضمون بغية الإفصاح عن أي تغيُّر في محدِّد هويته الوارد في الإشعار المسجل الأصلي. وعندما يتعلق التغيُّر بمحدد الهوية أو العنوان، فعدم التسجيل يُعرِّض الدائن المضمون لاحتمال عدم تلقي الإشعارات المرسلة من الأطراف الثالثة فيما يتعلق بالحق الضماني المشار إليه في الإشعار المسجَّل. وعندما يكون التغيُّر اللاحق ناتجا عن إحالة الالتزام الضماني الأصلي، فإن عدم حرص الدائن المضمون الجديد على تسجيل التعديل مؤداه أن يظل الدائن المضمون الأصلي يحتفظ بالصلاحية القانونية لتعديل حالة القيد. ويوصي *الدليل* بهذا النهج (انظر التوصية ٧٥).

١١٢- وتختلف الحالة متى كان الحق الضماني غير مسجل أو غير نافذ بشكل آخر تجاه الأطراف الثالثة عند إحالة الالتزام المضمون والحق الضماني التابع إلى دائن مضمون جديد. وفي هذه الحالة يكون على المُحال إليه أن يُسجّل إشعارا لكي يجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ولا يوجد ما يدعو إلى عدم النص في الإشعار على أن يكون المحال إليه هو الدائن المضمون. وبعبارة أخرى ليست هناك حاجة لقيام صاحب التسجيل بالتسجيل أولا باسم الدائن المضمون الأصلي.

١١٣- وإذا تغيَّرت الاحتياجات المالية للمانح بعد إبرام الاتفاق الضماني الأصلي، قد يوافق المانح على إنشاء حق ضماني في موجودات إضافية. وبغية المرونة، قد يسمح نظام السجل بتعديل الوصف الموجود في

الإشعار المسجَّل بحيث تضاف الموجودات المرهونة الجديدة بدلا من المطالبة بتسجيل إشعار جديد. ومع ذلك لا يصبح التعديل نافذا فيما يتعلق بالموجودات المرهونة الجديدة إلا من تاريخ تسجيله، ومن ثم لا يمكن أن يلحق الضرر بحقوق الأطراف الثالثة التي اكتُسبت في الموجودات الإضافية قبل تسجيل التعديل.

١١٤- وتختلف الحالة عندما يبيّن التعديل موجودات جديدة في شكل عائدات للموجودات المرهونة الأصلية. فإذا أُجري التعديل قبل انتهاء المدة المنطبقة للنفاذ التلقائي المؤقت تجاه الأطراف الثالثة، ينفذ الحق الضماني في العائدات تجاه الأطراف الثالثة من تاريخ تسجيل الإشعار الأصلي (انظر الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرتين ٩٢ و٩٣).

١١٥- وإذا اشتمل الوصف في التسجيل الأصلي على موجودات آجلة، لا يلزم عادة تعديل التسجيل. ومع ذلك، إذا أخذ النظام بتسجيل الموجودات المكمّلة للبضائع الآجلة المرقّمة ترقيما متسلسلاً (انظر الفقرات ٣٤ و٣٥ و٨٥ أعلاه)، سيكون من الضروري تعديل التسجيل بحيث يتضمن الأرقام المتسلسلة الجديدة بغية جعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة.

١١٦- وحيثما يوافق الدائن المضمون على إنزال مرتبة حق ضماني مسجَّل لصالح حق دائن آخر، لا يلزم من حيث المبدأ تسجيل تعديل لإعلان إنزال مرتبة الأولوية، كي يظل التسجيل نافذا. وحيث إن إنزال مرتبة الأولوية لا يؤثر إلا على مركز أولوية الأطراف ذات الصلة تجاه بعضها البعض، لا يضر هذا النهج بحقوق الأطراف الثالثة.

١٠- *السجلات المتخصّصة*

١١٧- عندما يسجَّل حق ضماني في سجل متخصص، يكون الكثير من الاعتبارات التي ترد مناقشتها في هذا الفصل قائماً. ومع ذلك، فحيث إن أغراض السجلات المتخصصة وتنظيمها وإدارتها تختلف من دولة إلى أخرى وأحيانا من سجل إلى آخر، لا يقدم *الدليل* توصيات رسمية فيما يتعلق بتصميم تلك السجلات وتشغيلها. وبالرغم من ذلك، ربما تود الدول أن تتخذ من إنشاء سجل عام للحقوق الضمانية أو إصلاحه فرصة لتصلح أيضا سجلاتها المتخصصة من أجل ضمان مستوى مماثل من التشغيل العصري والكفؤ، وذلك على سبيل المثال من خلال اعتماد نهج تسجيل الإشعار لقيد الحقوق الضمانية (انظر الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ٧٥-٨٢).

باء- التوصيات ٥٤-٧٥

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بنظام السجل هو إنشاء سجل عام للحقوق الضمانية وتنظيم تشغيله. والغرض من نظام السجل هو توفير ما يلي:

(أ) طريقة تمكِّن من جعل الحق الضماني الحاضر أو الآجل في أي من موجودات المانح الحاضرة أو الآجلة نافذا تجاه الأطراف الثالثة؛

(ب) نقطة مرجعية ناجعة لقواعد بشأن الأولوية تستند إلى وقت تسجيل إشعار بشأن الحق الضماني؛

(ج) مصدر معلومات موضوعي للأطراف الثالثة التي تتعامل مع موجودات المانح (منهم مثلا الدائنون المضمونون والمشترون المحتملون والدائنون بحكم القضاء وممثل إعسار المانح) بشأن ما إذا كان يجوز رهن الموجودات بواسطة حقّ ضماني.

ولتحقيق هذا الغرض، ينبغي أن يكون نظام السجل مصمّما على نحو يكفل بساطة عمليتي التسجيل والبحث ونجاعتهما من حيث الوقت والتكلفة وسهولة استعمالهما وتيسّر وصول الناس إليهما.

الإطار التشغيلي لعمليتي التسجيل والبحث

٥٤- ينبغي أن يكفل القانون ما يلي:

(أ) أن تتاح على نطاق واسع أدلة لإجراءات التسجيل والبحث تتسم بالوضوح والإيجاز وأن تعمَّم معلومات عن وجود هذا السجل وعن دوره تعميما واسعا؛

(ب) أن يتم التسجيل بتسجيل إشعار يتضمّن المعلومات المنصوص عليها في التوصية ٥٧، وليس باشتراط تقديم النسخة الأصلية أو صورة من الاتفاق الضماني أو من مستند آخر؛

(ج) أن يقبل السجل أي إشعار يقدّم بوسيلة اتصال مأذون بها (ورقية أو إلكترونية مثلا) ما لم يكن الإشعار:

'١' غير مصحوب بالرسوم المطلوبة؛ أو

'٢' لا يوفر محدِّدا لهوية المانح يكفي للتمكين من الفهرسة؛ أو

'٣' لا يوفر بعض المعلومات المتعلقة بأي من البنود الأخرى اللازمة بمقتضى الفقرة ٥٧؛

(د) ألا يشترط المسجّل التحقّق من هوية صاحب التسجيل أو من وجود إذن بتسجيل الإشعار أو أن يجري المزيد من الفحص لمحتويات الإشعار؛

(هـ) أن يكون القيد في السجل مركزيا ويحتوي على جميع الإشعارات بالحقوق الضمانية المسجّلة بموجب هذا القانون؛

(و) أن تكون المعلومات المدوّنة في السجل متاحة للجمهور؛

(ز) أن يتسنّى البحث في السجل دون أن يحتاج الباحث إلى تبرير أسباب البحث؛

(ح) أن تكون الإشعارات مفهرسة ويكون باستطاعة الباحثين استرجاعها وفقا لمحدِّد هوية المانح؛

(ط) أن تحدَّد رسوم التسجيل، ورسوم البحث إن وجدت، بمبلغ لا يزيد عن اللازم للسماح باسترداد التكلفة؛

(ي) أن يكون نظام التسجيل إلكترونيا، إن أمكن ذلك. وعلى وجه الخصوص:

'١' أن تُخزَّن الإشعارات في شكل إلكتروني في قاعدة بيانات حاسوبية؛

'٢' أن تُتاح لأصحاب التسجيل والباحثين إمكانية الوصول الفوري إلى قيود السجل بوسائل إلكترونية أو وسائل مماثلة، من بينها الإنترنت وتبادل البيانات إلكترونيا؛

'٣' أن يكون النظام مُبرمجا بحيث يقلِّل ما أمكن من احتمال إدخال معلومات ناقصة أو لا صلة لها بالموضوع؛

'٤' أن يكون النظام مُبرمجا بحيث يسهِّل استرجاع المعلومات بسرعة وبالكامل ويقلِّل ما أمكن من العواقب العملية المترتبة على حدوث خطأ بشري؛

(ك) أن يكون باستطاعة أصحاب التسجيل الاختيار من بين طائفة من طرائق الوصول إلى السجل ونقاط الوصول إليه؛

(ل) أن يعمل السجل دون توقُّف، إذا كان إلكترونيا، باستثناء توقُّفه لغرض الصيانة المقرّرة، وأن يعمل، إذا لم يكن إلكترونيا، في مواعيد خدمة منتظمة وثابتة ومتّفقة مع احتياجات مستعمليه المحتملين.

أمن السِجل وسلامته

٥٥- من أجل ضمان أمن السجل وسلامته، ينبغي أن ينص القانون على أن تتوفّر في إطاره التشغيلي والقانوني الخصائص التالية:

(أ) على الرغم من جواز إسناد مهمة التشغيل اليومي للسجل إلى هيئة تابعة للقطاع الخاص، تحتفظ الدولة بمسؤولية ضمان تشغيله وفقا للإطار القانوني الذي يحكمه؛

(ب) أن تكون بيانات هوية صاحب التسجيل مطلوبة ومحتفظا بها في السجل؛[٢]

(ج) أن يكون صاحب التسجيل ملزما بإرسال نسخة من الإشعار إلى المانح المسمى في الإشعار. ولا يجوز أن يؤدي تخلف الدائن المضمون عن الوفاء بهذا الالتزام إلا إلى عقوبات رمزية وإلى أي تعويضات عن أضرار ناتجة من هذا التخلف يمكن إثباتها؛

(د) أن يكون السجل ملزما بأن يرسل فورا نسخة من أي تعديلات تُدخل على إشعار مسجل إلى الشخص المحدّد في الإشعار على أنه الدائن المضمون؛

(هـ) أن يكون باستطاعة صاحب التسجيل الحصول على إثبات للتسجيل حالما تُقيَّد معلومات التسجيل في حافظة السجل؛

(و) أن يُحتفظ بنسخ متعدّدة من جميع المعلومات الموجودة في قيود السجل وتتسنى إمكانية إعادة تكوين جميع قيود السجل في حالة الضياع أو الضرر.

المسؤولية عن الضياع أو الضرر

٥٦- ينبغي أن ينصّ القانون على تعيين المسؤولية عن الضياع أو الضرر الناجم عن خطأ في إدارة نظام التسجيل والبحث أو في تشغيله. وإذا كان النظام مصمّما بحيث يسمح لمستعملي السجل بالتسجيل والبحث مباشرة دون تدخل موظفي السِجل فينبغي أن تقتصر مسؤولية السجل عن الضياع أو الضرر على الأعطال التي تُصيب النظام.

ما ينبغي أن يتضمّنه الإشعار

٥٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه لا يلزم أن يتضمّن الإشعار سوى المعلومات التالية:

(أ) محدِّد هوية المانح، الذي يفي بالمعيار المنصوص عليه في التوصيات من ٥٨-٦٠، وهوية الدائن المضمون أو ممثله، وعنوان كلّ منهما؛

(ب) وصف للموجودات المشمولة بالإشعار، يفي بالمعيار المنصوص عليه في التوصية ٦٣؛

(ج) مدة نفاذ التسجيل وفقا لما تنص عليه التوصية ٦٩؛

(د) بيان الحد الأقصى للمبلغ النقدي الذي يجوز بشأنه إنفاذ الحق الضماني، إذا رأت الدولة أنّ بيانه في الإشعار مفيد لتيسير الإقراض التبعي.

كفاية محدِّد هوية المانح

٥٨- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل الإشعار لا يكون نافذا ما لم يتضمّن المحدِّد الصحيح لهوية المانح أو، في حال عدم صحة البيان، ما لم يكن بالوسع استرجاع الإشعار بإجراء بحث في قيود السجل باستخدام المحدِّد الصحيح لهوية المانح.

٥٩- ينبغي أن ينصّ القانون على أنّه، عندما يكون المانح شخصا طبيعيا، يكون محدِّد هويته، لأغراض التسجيل الفعّال، هو اسمه كما يظهر في مستند رسمي معيّن. وعند الاقتضاء، ينبغي اشتراط توفير معلومات إضافية، كتاريخ الميلاد أو رقم بطاقة الهوية، من أجل الدقة في تحديد هوية المانح.

[٢] فيما يتعلق بالتحقّق من هوية صاحب التسجيل، انظر الفقرة الفرعية *(د)* من التوصية ٥٤.

٦٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، عندما يكون المانح شخصا اعتباريا، يكون محدِّد هويته، لأغراض التسجيل الفعّال، هو الاسم الذي يظهر في المستند الذي تأسس بمقتضاه.

أثر تغيير محدِّد هوية المانح على نفاذ التسجيل

٦١- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا تغيّر محدِّد هوية المانح بعد تسجيل الإشعار، ونتيجة لذلك أصبح محدِّد هويته المبيّن في الإشعار غير مستوف للمعيار المنصوص عليه في التوصيات ٥٨-٦٠، جاز للدائن المضمون أن يعدّل الإشعار المسجّل لكي يبيّن محدِّد الهوية الجديد امتثالا لذلك المعيار. وإذا لم يقم الدائن المضمون بتسجيل التعديل في غضون [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد التغيير، كان الحق الضماني فاقد النفاذ تجاه:

(أ) أي حق ضماني منافس سُجّل بشأنه إشعار أو جُعل بشكل آخر نافذا تجاه الأطراف الثالثة بعد تغيير محدِّد هوية المانح ولكن قبل تسجيل ذلك التعديل؛

(ب) أي شخص يشتري الموجود المضمون أو يستأجره أو يستصدر ترخيصا باستخدامه، بعد تغيير محدِّد هوية المانح ولكن قبل تسجيل ذلك التعديل.

أثر نقل الموجود المرهون على نفاذ التسجيل

٦٢- ينبغي أن يعالج القانون أثر نقل موجود مرهون على نفاذ التسجيل.

كفاية وصف الموجودات المشمولة بإشعار

٦٣- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أيّ وصف للموجودات المرهونة في الإشعار يستوفي شروط الفقرة الفرعية *(د)* من التوصية ١٤ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) يكون وصفا كافيا.

عواقب عدم صحة البيان أو عدم كفاية الوصف

٦٤- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أي بيان غير صحيح مُقدّم من صاحب تسجيل المحدِّد لهوية الدائن المضمون أو ممثله أو عنوانهما وأي وصف لموجودات مرهونة لا يستوفي شروط التوصية ٦٣ لا يجعل الإشعار المسجّل فاقد النفاذ إلا إذا أدى إلى تضليل أي باحث معقول تضليلا خطيرا.

٦٥- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أي وصف لموجودات مرهونة معيّنة لا يستوفي شروط التوصية ٦٣ لا يجعل الإشعار المسجّل فاقد النفاذ فيما يتعلق بموجودات أخرى موصوفة وصفا كافيا.

٦٦- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أيّ بيان غير صحيح في الإشعار بشأن مدة نفاذ التسجيل والمبلغ الأقصى المضمون، إن وُجد، لا يجعل الإشعار المسجّل فاقد النفاذ. وينبغي حماية الأطراف الثالثة التي استندت إلى مثل هذه البيانات غير الصحيحة.

الوقت الذي يجوز فيه تسجيل الإشعار

٦٧- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يجوز تسجيل إشعار بشأن حق ضماني قبل أو بعد:

(أ) إنشاء الحق الضماني؛ أو

(ب) إبرام الاتفاق الضماني.

يكفي إشعار واحد بشأن حقوق ضمانية متعددة ناشئة من اتفاقات متعددة بين الأطراف ذاتها

٦٨- ينبغي أن ينصّ القانون على أنّ تسجيل إشعار واحد يكفي لتحقيق نفاذ واحد أو أكثر من الحقوق الضمانية الناشئة عن أكثر من اتفاق ضماني واحد بين الأطراف ذاتها تجاه الأطراف الثالثة، سواء كانت الحقوق الضمانية موجودة وقتَ التسجيل أو أنشئت بعده، وسواء نشأت عن واحد أو أكثر من الاتفاقات الضمانية بين الأطراف ذاتها.

مدة نفاذ تسجيل الإشعار وتمديدها

٦٩- ينبغي أن يحدّد القانون مدة نفاذ تسجيل الإشعار، أو يسمح لصاحب التسجيل بأن يحدّد تلك المدّة في الإشعار وقت التسجيل وأن يمدّدها في أي وقت قبل انقضائها. وفي أي الحالتين، ينبغي أن يحق للدائن المضمون أن يمدّد مدة نفاذ التسجيل بتقديم إشعار بالتعديل إلى السجل في أي وقت قبل انقضاء نفاذ الإشعار. وإذا حدّد القانون مدة نفاذ التسجيل فينبغي أن تكون مدة التمديد الناتجة من تسجيل الإشعار بالتعديل مدة إضافية تساوي المدة الأولية. وإذا سمح القانون لصاحب التسجيل بتحديد مدة نفاذ التسجيل فينبغي أن تكون مدة التمديد هي المدة المحددة في الإشعار بالتعديل.

وقت نفاذ تسجيل الإشعار أو التعديل

٧٠- ينبغي أن ينصّ القانون على أنّ تسجيل الإشعار أو التعديل يصبح نافذا عندما تُدوَّن المعلومات التي يتضمّنها الإشعار أو التعديل في قيود السجل بحيث تكون متاحة للباحثين في حافظة السجل.

الإذن بالتسجيل

٧١- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل الإشعار لا يكون نافذا ما لم يأذن به المانح كتابة. ويمكن إعطاء الإذن قبل التسجيل أو بعده. ويكون اتفاق الضمان المكتوب كافيا لتشكيل إذن بالتسجيل. ولا يتوقّف نفاذ التسجيل على هوية صاحب التسجيل.

إلغاء الإشعار أو تعديله

٧٢- ينبغي أن ينص القانون على أنّه، إذا لم يكن قد أبرم اتفاق ضماني، أو انقضى الحق الضماني بالسداد الكامل أو بطريقة أخرى، أو كان الإشعار المسجّل غير مأذون به من المانح:

(أ) وجب على الدائن المضمون أن يقدّم إلى السجل إشعارا بالإلغاء أو التعديل، حسب الاقتضاء، بشأن الإشعار المسجل ذي الصلة، في موعد لا يتجاوز [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد تلقي الدائن المضمون طلبا كتابيا من المانح؛

(ب) حقَّ للمانح أن يسعى إلى إلغاء الإشعار أو تعديله تعديلا ملائما بإجراء قضائي أو إداري مستعجل؛

(ج) حقَّ للمانح أن يسعى إلى إلغاء الإشعار أو تعديله تعديلا ملائما، وفقا لما تنص عليه الفقرة الفرعية *(ب)*، حتى قبل انقضاء المدة المنصوص عليها في الفقرة الفرعية *(أ)*، شريطة وجود آليات مناسبة لحماية الدائن المضمون.

٧٣- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يحقّ للدائن المضمون أن يقدّم إلى السجل، في أي وقت، إشعارا بالإلغاء أو التعديل، حسب الاقتضاء، بشأن الإشعار المسجّل ذي الصلة.

٧٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه ينبغي، بعد أن يكون الإشعار المسجل قد انقضى على النحو المنصوص عليه في التوصية ٦٩ أو أُلغي على النحو المنصوص عليه في التوصية ٧٢ أو ٧٣، أن تزال على الفور من قيود السجل التي يتاح للجمهور الوصول إليها كل المعلومات الواردة في الإشعار. ولكن ينبغي الإبقاء في المحفوظات على المعلومات الواردة في الإشعار المنقضي أو الملغى أو المعدل وعلى واقعة الانقضاء أو الإلغاء أو التعديل، كي يتسنى استرجاعها إذا اقتضى الأمر ذلك.

٧٥- ينبغي أن ينصّ القانون على أنّه، إذا أُحيل الالتزام المضمون، جاز تعديل الإشعار بحيث يبيّن اسم الدائن المضمون الجديد. ومع ذلك، يظلّ الإشعار غير المعدّل على هذا النحو ساري المفعول.

خامسا- أولوية الحق الضماني

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- إن مفهوم الأولوية هو جوهر كل نظام ناجح للمعاملات المضمونة. وهو الوسيلة الأولية التي تسوّي بها الدول تنازع الحقوق الذي ينشأ فيما بين المطالبين المتنافسين على موجودات المانح. ويتجسد هذا المفهوم في مجموعة المبادئ والقواعد التي تحكم المدى الذي يجوز فيه لدائن مضمون أن ينال الفائدة الاقتصادية من حقه في موجودات مرهونة تفضيلا له على أي مطالب منافس آخر يستخلص حقوقه في تلك الموجودات من المانح ذاته.

٢- كما أن خير ما يتوضّح به منطق وحدود مفهوم الأولوية هو الرجوع إلى خلفية قانون الدولة العام بشأن علاقات المدين والدائن. ففي بعض الدول لا يتطرق قانون المدين والدائن، تطرقاً مباشراً، إلى العلاقة بين مختلف دائني المدين؛ وإنما يكتفي بتناول العلاقة بين الدائن ومدين بعينه. وعند التقصير، يمكن للدائن أن يحصل على حكم قضائي ضد مدينه، ويكفيه بعدئذ أن يحجز على موجودات المدين (وإن كان المانح مختلفا، فموجودات المانح) ويبيعها من أجل تقاضي المبلغ المستحق على المدين حسبما تحدده المحكمة. وبموجب القانون العام المعمول به في تلك الدول بشأن علاقات المدين والدائن، لا ينطبق مفهوم الأولوية (أي من يجوز له من بين المطالبين الاثنين أو أكثر أن يستفيد هو الأول اقتصاديا من حقه في موجود ما) إلا عندما يطعن مطالب منافس في حق دائن مضمون في إنفاذ حقه الضماني في موجود واحد أو أكثر من موجودات المدين. وهذا ما قد يحدث، مثلاً، عندما يحجز دائن على موجودات عُثِرَ عليها في مقار مدينه قد تكون في الواقع ملكاً لغيره.

٣- إلا أن قانون العلاقة بين المدين والدائن يكون في معظم الدول أرحب تغطيةً، بل وأصرح تناولاً لمسألة كيفية تنظيم العلاقات بين جميع دائني المدين. ففي تلك الدول، ثمة مبدآن عامان يحكمان عادةً هذه العلاقات. أولهما أن هذا القانون غالبا ما ينص على جواز الحجز على كل موجودات المدين وبيعها وفاءً لالتزام ثبَّتَهُ حكمٌ صدر لصالح أي دائن بعينه (موجودات المدين هي "الرهن المشترك" لدائنيه). غير أنه إذا حصل دائنون آخرون، هم أيضاً، على حكم ضد المدين وانضموا إلى عملية الحجز، استُخدِمت عائدات البيع في الوفاء بمطالبات جميع الدائنين الذين انضموا إليها. وثاني هذين المبدأين مفادهُ أنه إذا لم تدر عملية بيع الموجودات ما يكفي من المال لسداد استحقاقات كل الدائنين كاملةً، وجب تقليص حجم مطالباتهم بالتناسب بحيث يتقاسمون عائدات البيع حسب نسبة المبلغ الذي يطالب به كل منهم (أي أنهم يتقاسمونها تناسبياً).

٤- ورغم أن كلا المبدأين المذكورين في الفقرة السابقة يشكّلان جزءاً من قوانين كثير من الدول، فقد تطور قانون العلاقة بين المدين والدائن في تلك الدول متجاوزاً هذين المبدأين ليشمل مبادئ أخرى أيضاً. وأهم ما في ذلك هو أنّ بوسع بعض الدائنين على وجه التحديد، في تلك الدول، أن يحظوا بأفضلية على دائنين آخرين. وبعبارة أخرى، لا يحكم هذان المبدآن الأساسيان جميع العلاقات بين المدين والدائن، إلا عندما لا يكون دائن واحد أو أكثر قد تعاقد مع مدينه بشأن الأفضلية.

٥- وهناك عدة سبل يمكن للمدينين أن يتعاقدوا بمقتضاها بشأن حق تفضيلي. فمثلاً، يستخدم البائعون في دول كثيرة وسائل معيّنة، منها الاحتفاظ بحق الملكية لمنع موجودات معيّنة من أن تصبح جزءاً من الرهن المشترك المتاح أمام كل الدائنين، لولا الاحتفاظ بهذا الحق. كما قد يلجأ المقرضون في دول كثيرة إلى استخدام وسيلة معيّنة، مثل البيع مع حق الاسترداد من أجل سحب بعض موجودات المدين من الرهن المشترك. وبذلك، يستطيع هؤلاء الدائنون زيادة احتمال حصولهم على سداد كامل لأي التزامات مستحقة لهم لأن ذلك يغنيهم عن تقاسم القيمةَ الاقتصادية للموجودات الخاضعة لتلك الوسائل مع مطالبين منافسين. وبالإضافة إلى ذلك يؤذن لبعض الدائنين في معظم الدول أن يحصلوا على حق تفضيلي في توزيع عائدات البيع لسداد مطالباتهم. ويمكن أن تنشأ هذه الأفضلية إما بموجب أفضلية مقررة تشريعياً (مثل الأفضلية التي كثيراً ما تمنح لمُصلحي الموجودات وبائعي الموجودات الذين لم تسدد أجورهم والسلطات الضريبية) أو بإبرام عقد بهدف الحصول على حق ضماني في موجودات معيّنة تخص المدين. وفي هذه الحالات فإن حق بعض الدائنين في التقاضي تفضيلاً لهم على دائنين آخرين يعزز تعزيزاً مباشراً احتمالات حصولهم على سداد مطالباتهم كاملةً، لأن المطالبين المنافسين لن يتقاضوا شيئاً إلا بعد الوفاء بكامل مطالبات الدائنين ذوي الأفضلية. وإن استجلاء السياسات الضمنية لتفضيل بعض الدائنين على المطالبين المنافسين وعواقب ذلك هو أحد الأغراض الرئيسية المتوخاة من القواعد التي تحكم الأولوية.

٦- وتتخذ الدول نهوجاً عامة مختلفة لاستحداث مجموعة من قواعد الأولوية. ففي بعض الدول، يعطىَ المفهومُ معنى ضيقاً جداً بالأحرى، بحيث لا يستخدم إلا للدلالة على تنافسات بين مطالبين فُضِّلوا بتقويض مبدأ المساواة بين الدائنين. وفي هذه الدول، لا تتطرق الأولوية إلى قضايا الملكية. وإن التنافسات التي تشمل مطالبين آخرين لا تنطوي مطالباتهم على تأكيد حقوق في واحد أو أكثر من الموجودات التي يدين بها المدين (خاصة البائعين الذين احتفظوا بالملكية ومحتازي موجودات المدين اللاحقين) لا توصف عادة بأنها تنازع على الأولوية. وتحسم تلك التنافسات، أولاً وقبل كل شيء، بتحديد مسألة ما إذا كان للمطالب أو للمدين حق ملكية الموجودات المعنية (بالرجوع إلى المبادئ العامة لقانون الملكية ومنها، مثلاً، المبدأ القائل بأنه ما من أحد يستطيع أن ينقل إلى شخص آخر حقوقاً تفوق حقوقه هو: مبدأ "من لا يملك لا يعطي"). وفضلا عن ذلك، ليس من المعتاد أن تثار مسائل الأولوية في هذه الدول، إلا عندما يسعى دائن إلى إنفاذ مطالبته بموجودات مدينه؛ فمفهوم الأولوية ليست له أهمية جوهرية قبل ذلك الحين.

٧- وفي دول أخرى، يكون لمصطلح الأولوية نطاق أوسع، ذلك أنه يستخدم للإشارة إلى أي تنافس بين كل المطالبين الذين لديهم حقوق ملكية في موجودات مدينهم، بما فيها الموجودات التي في حوزة المدين والتي ليس له فيها إلا حق الاستخدام، حتى لو لم يكن يملكها فعلاً بعد (أي موجودات المدين الظاهرية). وعلى سبيل المثال، يوصف النزاع الذي ينشأ في هذه الدول بين بائع احتفظ بحق ملكية أحد الموجودات، وطرف ثالث يُزعم أن المدين قد باع له الموجودات، ودائن بحكم القضاء للطرف الثالث الذي له حق في الموجودات، بأنه نزاع على الأولوية. ثم إن مفهوم الأولوية في هذه الدول يحكم العلاقةَ بين المطالبين المتنافسين حتى قبل أن يصبح الدائن مقصراً. وبذلك، يُنظر إلى التنافس بين من تُنقل إليه مطالبةٌ ودائن يسعى إلى تحصيل المطالبة (كالمستحق، مثلا) على أنه تنافسٌ على الأولوية، حتى لو تصادف أن المدين لَم يصبح بعد مقصراً تجاه الدائن المحصِّل. وعلى غرار ذلك، إذا تعاقد دائنان مضمونان مع مانح للحصول على حيازة موجود مرهون، بناء على طلب يقدم قبل حدوث التقصير، كان التنافس بينهما تنافساً على الأولوية، وإن لم يصبح المدين بعد مقصراً تجاه أي منهما.

٨- بل إن بعض الدول تنظر إلى الأولوية نظرة أوسع حتى من ذلك، بمعنى أنها تعتبر أن التنافسات على الأولوية بين الدائنين والمطالبين الذين لا تُستخلص حقوقُهم من نفس المدين تنافسات على الأولوية خاضعة لقانون المعاملات المضمونة. فمثلاً، ينشئ المانح "ألف" حقاً ضمانياً لصالح الدائن "ميم" ويؤجر الموجودات المرهونة للمستأجر "سين" قبل أن يبيع الموجودات للمشتري "باء". وبعد ذلك يمنح المشتري "باء" حقاً ضمانياً في تلك الموجودات للدائن "نون" ويؤجر الموجودات المرهونة للمستأجر "صاد". وفي هذه الحالة، يعتبر التنافس بين "ميم" و"نون" و"سين" و"صاد" تنافساً على الأولوية، رغم أن حقوقهم ممنوحة من جانب مدينين مختلفين (هما "ألف" و"باء"). وعلى العكس من ذلك، لا ينشأ مفهوم الأولوية في دول أخرى إلا عندما يستخلص المطالبون المتنافسون حقوقهم من نفس المانح الواحد. وفي الحالات التي يقوم فيها مانحان مختلفان بإنشاء حقوق في نفس الموجودات، تعتمد تلك الدول على قانون آخر، مثل قانون الملكية الأساسي أو قانون البيع، لإرساء المبادئ (كمبدأ "من لا يملك لا يعطي") التي تحكم الحقوق المتنافسة لفئتي الدائنين (أي فئة دائني المانح "ألف" من جانب، ودائني المانح"باء" من جانب آخر).

٩- وفي الفصل الأول، الذي يتناول نطاق الانطباق والنهوج الأساسية إزاء الضمان والمواضيع العامة المشتركة بين جميع فصول *الدليل*، يوصي *الدليل* بأن تعتمد الدول نهجاً شاملاً ومتكاملاً تماماً تجاه المعاملات المضمونة باعتباره إطاراً مُنَظِّماً عاماً. وباستثناء ما يتصل بالنهج غير الوحدوي حيال تمويل الاحتياز (انظر التوصية ٩)، وسواء سعى الدائن إلى الحصول على أفضلية من خلال التعاقد من أجل التغلب على مبدأ الرهن المشترك أم على مبدأ المساواة بين الدائنين، يوصَف الاتفاق على أنه ينشئ حقاً ضمانياً وتُحسم حقوقُ المطالبين المتنافسين على اعتبار أنها نزاعات على الأولوية (انظر التوصية ٨). ومع ذلك، فبما أن الدول قد تنتهج سياسات مختلفة فيما يتصل بالقضايا الأساسية المتعلقة بقانون الملكية، فإن *الدليل* لا يتناول التنافسات فيما بين المنافسين الذين لا تستخلص حقوقهم من نفس المانح. فتلك الأمور متروكة لقانون آخر من قوانين الدولة. ولذا، فإن استخدام مصطلح الأولوية، في هذا الفصل وفي سائر أجزاء *الدليل*، منحصر في التنافسات التي تجري، سواء قبل حدوث التقصير أو في وقت الإنفاذ، بين دائن مضمون وأي مطالب آخر يستمد حقوقه من نفس المانح (انظر، على سبيل المثال، التوصية ٧٦).

١٠- ويناقش هذا الفصل، في الباب ألف-٢ منه، النهوج العامة التي تتبع في صوغ قواعد الأولوية ويناقش، في الباب ألف-٣، شتى الوسائل التي يجوز أن تحدّد بها الأولوية. ثم ينتقل الفصل إلى استعراض أهم قواعد الأولوية التي ينبغي أن تكون جزءا من نظام عصري للمعاملات المضمونة. ويتناول الباب ألف-٤ العلاقة بين مختلف المطالبين المتنافسين. ويتطرّق الباب ألف-٥ إلى نطاق وتفسير قواعد الأولوية. ويستعرض الباب باء قواعد الأولوية الخاصة التي لا تنطبق سوى على فئات معيّنة من الموجودات. ويُختتم الفصل، في الباب جيم، بمجموعة من التوصيات.

٢- *ميدان الأولوية*

(أ) أنواع التنافس على الأولوية

١١- قبل النظر في السبب الذي يجعل لمفهوم الأولوية هذا القدر من الأهمية (انظر الفقرات ١٦-١٩ أدناه)، تناقش الأوضاع المختلفة التي تنشأ فيها مسائل الأولوية توضيحاً للسياق ذي الصلة. فعادةً ما تنشأ مسائل الأولوية في ثلاثة سياقات رئيسية تَفترض كلُها أن واحداً على الأقل من المطالبين المتنافسين دائنٌ مضمونٌ (أي الحائز على حق ضماني تعاقدي).

١٢- والأشيع هو أن تطرح مسائل الأولوية عند إنفاذ حق ضماني، مثلما يحدث عندما يُقصِّر مانح حق ضماني في موجودات مرهونة في الوفاء بالتزامه المضمون، وعندما تكون قيمة الموجودات المضمونة غير كافية للوفاء بالالتزامات المدين بها للدائن المنفِذ وسائر المطالبين المنافسين المتمسكين بحقوقهم في الموجودات. ففي هذه الحالات، يجب أن يقرر قانون المعاملات المضمونة كيفية توزيع قيمة الموجودات الاقتصادية فيما بينهم. وفي الغالب، يكون المطالب المنافس دائناً مضموناً آخر للمانح. وثمة مثال نموذجي على ذلك، هو عندما يكون المانح قد منح حقوقاً ضمانية في نفس الموجودات لمقرضَين اثنين مختلفَين. غير أن المطالب المنافس قد يكون في حالات أخرى حائزاً لنوع آخر من حقوق الملكية، مثل حق أنشئ بقانون (كالدائن ذي الأفضلية، مثلاً)، أو دائناً غير مضمون للمانح حصل على حكم ضد المانح واتخذ خطوات ترمي إلى إنفاذ الحكم على موجودات مرهونة بالحق الضماني.

١٣- وتنشأ مسائل الأولوية أيضاً عندما يتمسَّك طرف ثالث بمطالبة في موجودات مرهونة تمكِّن هذا الطرف الثالث، إن هو أفلح، من الحصول على حق ملكية خالص في الموجودات، أي أن الموجودات تكون خالصة من جميع الحقوق الضمانية فيها ومن سائر المطالبات المتنافسة بخصوصها، أو الحق في استخدام الموجود بموجب اتفاق إيجار أو اتفاق ترخيص. ومن الأمثلة النمطية على ذلك الحالة التي ينشئ فيها مانح حقاً ضمانياً لصالح مقرض لكن مع احتفاظه هو بحيازة الموجودات ثم يبيع الموجودات المرهونة إلى طرف ثالث. وفي هذه الحالة يجب أن يقرر قانون المعاملات المضمونة ما إذا كان مشتري الموجودات يحتاز ملكية الموجودات خالصةً من حق المقرض الضماني. ومثال آخر يُضرب على ذلك هو الحالة التي ينشئ فيها مانح حقاً ضمانياً في موجودات لصالح مقرض ثم يؤجر الموجودات لطرف ثالث أو يرخِّص له باستخدامها. وهنا، يجب أن يقرر قانون المعاملات المضمونة مسألة ما إذا كان المستأجر أو المرخَّص له يجوز أن يتمتع بحقوقه بمقتضى الإيجار أو الترخيص من غير التأثر بحق المقرض الضماني. وهناك مثال آخر ينشأ عندما يطالب ممثل الإعسار في إجراءات إعسار المانح بالموجودات المرهونة بحق ضماني لدائن لصالح حوزة الإعسار.

١٤- وثمة سياق ثالث ينشأ في التنافس على الأولوية لا يفترض فيه أن هناك عملية إنفاذ قد بدأت أو حتى أن مطالباً آخر قد تمسك بحق الحصول على ملكية خالصة في الموجودات المرهونة. فمثلاً، قد ينشئ المانح حقين ضمانيين في مستحق ويوافق أيضاً على السماح لكل دائن مضمون بتحصيل المستحق مع خصم المبلغ المستحق بموجب الالتزام المضمون من المدفوعات المتلقاة شهرياً وإعادة الرصيد المتبقي (إن وجد) إلى المانح. وحتى إذا لم يكن المانح مُقصِّراً، سيظل من الضروري تحديد أي الدائنين المضمونين يحق له تحصيل المستحق. ومن الممكن أن ينشأ تنافس مماثل عندما يعطي المانح دائنَين مضمونيَن، بناء على طلبهما، حق حيازة الموجودات المرهونة في وقت يكون فيه الاتفاق الضماني نافذاً. وفي كلا هذين المثالين، ستكون قواعد الأولوية المنصوص عليها في قانون المعاملات المضمونة هي التي تحدد حقوق كل من الدائنَين.

١٥- وفي كل الحالات المذكورة للتو، تجدر الإشارة إلى أن معظم الدول لا تجعل من الأولوية قضية هامة، فيما عدا إذا كانت الحقوق الضمانية موضع النزاع على الأولوية نافذة تجاه الأطراف الثالثة (فيما يخص التمييز بين النفاذ بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ١-٧). ومع ذلك، تربط بعض الدول عواقب الأولوية بحقوق معيّنة، حتى لو لم تكن نافذة تماماً تجاه الأطراف الثالثة. فمثلاً، قد تتبع تلك الدول قواعد أولوية خاصة يُقصد منها ألا تحكم سوى التنافسات التي تنشأ بين دائنين مضمونين، اثنين أو أكثر، لم يجعلوا بعد حقوقهم نافذةً تجاه الأطراف الثالثة. وفي الدول التي تميز تمييزاً فاصلا بين الحقوق التي تكون نافذة تجاه الأطراف الثالثة والحقوق التي ليست كذلك، تكون للحقوق الضمانية غير النافذة تجاه الأطراف الثالثة

نفس المرتبة، رغم ذلك، سواء فيما بينها أو تجاه حقوق الدائنين غير المضمونين العاديين. أي أنه لا تكون لها أي أولوية على أي حقوق أخرى. وعلاوة على ذلك، فإن المطالبين المتنافسين في تلك الدول الذين يستفيدون من مركز تفضيلي بمقتضى قانون آخر (مثل مقدمي الخدمات، كمصلحي الموجودات، وغيرهم من الدائنين المتمتعين بأفضلية تشريعية)، أو الذين يحتازون حق ملكية موجودات من المانح، تكون لهم دائماً أولوية على الحق الضماني الذي لم يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة. وأخيراً، الجدير بالذكر أنه حتى إذا لم تكن الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة ولا تنجم عنها عواقب تخص الأولوية فإنها تكون، مع ذلك، نافذة تجاه المانح وقابلة للإنفاذ في حقه. والنهج الموصى به في *الدليل* هو النهج الذي لا يعلِّق عواقب تجاه الأطراف الثالثة بالحقوق الضمانية التي لم تجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٣٠).

(ب) أهمية قواعد الأولوية

١٦- هناك عدة أسباب تجعل من المسلّم به على نطاق واسع أن وجود قواعد أولوية فعالة عنصر حاسم في تعزيز توافر الائتمان المضمون.

١٧- ابتداءً، وبالنسبة للدائن الذي يفكر في تقديم ائتمان تضمنه موجودات خاصة، فإن المسألة الأكثر حيوية هي الأولوية التي سيحصل عليها حقه الضماني إن هو سعى إلى إنفاذ الحق الضماني إما في إطار إجراءات إعسار المانح أو خارج هذا الإطار. والسؤال المطروح، على الأخص، هو معرفة مقدار المبلغ الذي يمكن للدائن المضمون أن يتوقع على نحو معقول جَنْيه من بيع الموجودات المرهونة. ويكون هذا السؤال شديد الأهمية متى كانت الموجودات المرهونة مصدرَ الاسترداد المتوقعَ الأولي أو الوحيد. وبقدر ما يكون الدائن غير متيقن، وقت نظره في هذا الأمر، من أولوية حقه الضماني المحتمل سيقلل من تعويله على هذه الموجودات المرهونة مَصدراً للاسترداد. وعدم التيقن هذا من المقدار الذي يمكن جنْيُه من وراء بيع الموجودات قد يدفع الدائنَ إلى زيادة تكلفة الائتمان (مثلاً، بفرض معدل فائدة أعلى) أو إلى إنقاص مقدار الائتمان (مثلاً، بخفض النسبة المئوية التي يعرضها من قيمة الموجودات المرهونة). وقد يحمل عدم اليقين الدائن، في بعض الحالات، على رفض تقديم الائتمان كلياً.

١٨- وللتقليل من عدم التيقن هذا إلى أدنى حد، من المهم أن تشمل قوانين المعاملات المضمونة قواعد واضحة بشأن الأولوية تؤدي إلى نتائج يمكن التنبؤ بها في أي تنافس بين المطالبين بالموجودات المرهونة. ثم، بما أن الحقوق الضمانية ستنعدم قيمتها تقريبا بالنسبة للدائنين المضمونين، ما لم تكن قابلة للإنفاذ في إجراءات إعسار المانح، فمن المهم أن يحترم قانونُ الدولة المعني بالإعسار هذه النتائجَ إلى أقصى حد ممكن (انظر الفصل الثاني عشر بشأن تأثير الإعسار على الحق الضماني، الفقرة ١٣ والفقرات ٥٩-٦٣). ولهذا الأمر أهمية خاصة لأن التقصير تجاه دائن مضمون قد يتزامن، في حالات كثيرة، مع تقصير تجاه دائنين آخرين، وهي ظروف قد تفضي إلى بدء إجراءات الإعسار.

١٩- كما أن قواعد الأولوية الجيدة الصياغة يمكن أن يكون لها تأثير إيجابي آخر على التوافر الكلي للائتمان المضمون. فالكثير من المصارف والمؤسسات المالية الأخرى مستعد لتقديم ائتمان مقابل الحصول على حقوق ضمانية أقل مرتبةً من حق ضماني آخر، أو حقوق ضمانية أخرى، أعلى مرتبة يحوزها دائنون مضمونون آخرون، ما دامت تلك المصارف والمؤسسات تتصور أن لموجودات المانح قيمةً متبقيةً (زيادة على الالتزامات المضمونة الأخرى) تدعم حقوقها الضمانية، وما دامت قادرة على أن تؤكد بوضوح ودقة مقدار أولوية حقوقِها الضمانيةِ. وهذا يفترض سلفاً أن الدائن المحتمل قادر

على أن يحدد أقصى مقدار تضمنه الحقوق الضمانية الأعلى مرتبةً، إما بالاتصال بحائزي الحقوق الضمانية الأخرى أو بالرجوع، في الدول التي تشترط تقديم بيان عام بشأن أقصى مقدار من الموجودات يرهنه الحق الضماني، إلى الإشعار المسجَّل في سجل الحقوق الضمانية العام (انظر الفقرة ١٣٩ أدناه، والتوصية ٩٨). أما في الحالات التي لا يكون فيها الدائن المضمون المحتمل قادراً على أن يتيقن شخصياً من وجود قيمة متبقية تكفي لدعم منح الائتمان المقترح الجديد، فإن البديل هو أن يكون في وسع الدائن المضمون إيجاد قيمة كافية بالتفاوض على اتفاق، يعقده مع واحد أو أكثر من الدائنين المضمونين الأعلى مرتبة، ينزل بمقتضاه هؤلاء الدائنون الأعلى مرتبة حقوقهم الضمانية في موجودات معيّنة لصالح الحق الضماني الجديد المقترح أو يوافقون بمقتضاه على تحديد مقدار ثابت لا يتجاوزه حجمُ المطالبة الأعلى مرتبةً الذي سيتمسكون به (انظر الفقرات ١٢٨-١٣١ أدناه، والتوصية ٩٤). وقد يكون هؤلاء الدائنون المضمونون راغبين في إنزال مرتبة حقوقهم الضمانية أو في الحد من حجم مطالباتهم الأعلى مرتبةً، اعتقاداً منهم أن تقديم الائتمان الجديد المقترح سيساعد منشأة المانح، ومن ثم سيعزز فرص سداد مطالباتهم الأعلى مرتبةً. إن هذه الأمثلة تبين كيف يسهّل وجود قواعد واضحة وجيدة التصميم، بشأن الأولوية، منح حقوق ضمانية متعددة في نفس الموجودات، وبذلك تمكن المانح من أن يزيد إلى أقصى حد من قيمة موجوداته التي يمكن استخدامها في الحصول على ائتمان.

٣- *نهوج صوغ قواعد الأولوية*

٢٠- تواجه الدول، عند صوغها قواعد الأولوية، عدداً من الخيارات الرئيسية المتعلقة بالسياسة العامة. فأولاً، عليها أن تحدد نطاق نظام الأولوية. والسؤال الأول المطروح، في هذا الصدد، هو ما إذا كان ينبغي لهذا النظام أن يكتفي بالتنافس بين مختلف الدائنين بالتزامات شخصية أم أن يشمل التنافس بين جميع الأشخاص الذين يطالبون بحقوق في موجودات المدين أو موجوداته الظاهرة أو بحقوق تتعلق بتلك الموجودات. وللأسباب التي سبق سوقها (انظر الفقرات ١-٩ أعلاه)، يتخذ *الدليل* موقفاً مؤداه أن نظام الأولوية ينبغي أن يشمل التنافس على الأولوية فيما بين جميع المطالبين المتنافسين المحتملين الذين يستمدون حقوقهم من نفس المانح.

٢١- ويجب على الدول أن تقرر، بعدئذ، كيفية تنظيم وصوغ قواعد الأولوية هذه. وهناك عدة نهوج ممكنة، رغم أنها تعكس إجمالا اتجاهاتٍ بديلة في الصياغة التشريعية.

٢٢- وأحد النهوج هو عبارة عن وضع قواعد الأولوية في شكل مجموعة مبادئ عامة يُترك للمحاكم أمرُ تفسيرها وتطبيقها في حسم نزاعات معيّنة. وعندما تعتمد الدول نهجاً من هذا القبيل، خصوصا بالاقتران مع اشتراع نظام معاملات مضمونة جديد من النوع المتكامل تماماً الموصى به في *الدليل*، يلقى عبءٌ ضخمٌ على كاهل المحاكم يتمثل في استجلاء تفاصيل تطبيق هذه القواعد العامة. ولا يجب على القضاة أن يسارعوا إلى التضلع في المنطق الذي يستند إليه النظام الجديد فحسب وإنما عليهم أيضاً أن يستوثقوا من طائفة عريضة من ممارسات السوق ويتدبّروها من أجل وضع قواعد محددة قابلة للتنبؤ بها ومتسمة بالكفاءة. بل قد يمضي ردح من الزمن قبل أن يصدر بشأن تشكيلة كافية من المسائل عدد كافٍ من الأحكام القضائية بحيث يتبين يقينا كيف تعمل مبادئ الأولوية في التطبيق العملي.

٢٣- ويتمثل نهج آخر في وضع عدد كبير من قواعد الأولوية المفصلة، التي يقصد بها أن تحكم جميع الحالات الممكنة التي يشارك فيها مطالبون منافسون يمكن تخيُّلُهم. إلا أن هذا النهج التفصيلي يمكن أن يُربك المحامين والقضاة غير الملمِّين بالمنطق الجامع الذي تعبر عنه تلك القواعد. وعلاوة على ذلك،

يمكن لنظام شامل من القواعد المحددة، في الدول التي لديها فعلاً نظم أولوية تستند إلى مبادئ عريضة مشتقة أولاً من تقرير ملكية الموجودات الخاضعة لمطالبات منافسة، أن يبدو نظاماً غير مألوف بل ومعقداً دون داعٍ بحيث يصعب على المحامين والقضاة استخدامه استخداماً فعالاً.

٢٤- وهناك نهج ثالث يتمثل في وضع قواعد أولوية وتنظيمها على نحو شامل ومتسق في هيئة مجموعة من المبادئ ذات الطابع الأعم تليها تطبيقات محددة لهذه المبادئ على حالات شائعة الوقوع. ويمكن لهذا النهج أن يوفر كلاً من الوضوح والقدر العالي من التيقن بشأن أي نزاع بعينه يخص الأولوية.

٢٥- ولدى اختيار واحد من هذه النهوج الثلاثة، يجب على الدولة أن تنظر في الأهداف العامة التي تسعى إلى تحقيقها وهي تصلح قانونها حسبما هو موصى به في *الدليل*. ويجدر التذكير بأن *الدليل* يهدف إلى عرض نظام معاملات مضمونة يتوخى الحقوق الضمانية غير الحيازية في طائفة من الموجودات الملموسة وغير الملموسة، التي لم يكن يتسنّى من قبل في العديد من الدول رهنها أو لم يكن يتسنى رهنها بأكثر من حق ضماني واحد في وقت واحد (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(أ)*). ثم إن *الدليل* يوصي بجواز إخضاع تلك الموجودات لأكثر من حق ضماني واحد، وهو وضع جديد أيضاً في دول عديدة (انظر الفقرة الفرعية *(ب)* من الفقرة التي تتناول غرض التوصيات المتعلقة بالأولوية، في نهاية هذا الفصل). كما يتبع *الدليل* نهجاً متكاملاً تماماً إزاء المعاملات التي يقصد بها، بغض النظر عن اسمها، أن تضمن الوفاء بالتزام (انظر التوصية ٨). وأخيرا، يقر *الدليل* بوجود طرائق متنوعة يمكن أن تُجعل الحقوق الضمانية نافذةً بواسطتها تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٣٢ والتوصيات ٣٤-٣٦). ولجميع هذه الأسباب، يوصي *الدليل* الدول باعتماد النهج الثالث لصوغ قواعد الأولوية الخاصة بها، وذلك من أجل التمكن على خير وجه من بلوغ أهداف إصلاح قانون المعاملات المضمونة.

٢٦- وعملا بهذا المنطق، ينبغي لأي نظام معاملات مضمونة عصري أن يشمل مجموعة مفصّلة ودقيقة من قواعد الأولوية التي: *(أ)* تستند إلى مبادئ عامة معبر عنها بوضوح ومفهومة فهماً جيداً؛ *(ب)* تكون شاملة في نطاقها؛ *(ج)* تغطي طائفة عريضة من الالتزامات المضمونة الحالية والآجلة؛ *(د)* تنطبق على جميع أنواع الموجودات المرهونة، بما في ذلك الموجودات والعائدات الآجلة؛ *(هـ)* توفر سبلاً تكفل تسوية النزاعات التي تنشأ بشأن الأولوية بين طائفة واسعة من المطالبين المتنافسين. ويشجع هذا النهج إزاء قواعد الأولوية الدائنين المحتملين على تقديم ائتمان مضمون بإعطائهم قدراً عالياً من الاطمئنان على أنّ بوسعهم التنبؤ بالكيفية التي سيحسم بها النزاع الذي يحتمل أن ينشأ على الأولوية. وتحدد الأبواب المتبقية من هذا الفصل القضايا التي ينبغي لهذه القواعد المفصلة أن تتناولها والكيفية التي ينبغي أن تصاغ بها.

٤- *الأسس المختلفة التي يجوز أن تحدد الأولوية وفقاً لها*

٢٧- في أي نظام معاملات مضمونة عصري، يُقصد بقواعد الأولوية أن تحكم التنافسات التي تنطوي على حقوق حائز الحق الضماني وحقوق طرف ثالث واحد أو أكثر. وهناك قاعدة أساسية تتمثل في المبدأ العام الذي يفيد بأن الحق الضماني لا يمكن أن تكون له أولوية على حق طرف ثالث، ما لم يكن الحق الضماني "نافذاً" تجاه ذلك الطرف الثالث. وهذا هو الموقف الموصى به في *الدليل*. وفي مثل هذه الحالات وحدها، يمكن أن تنشأ مسألة الأولوية. ونتيجة لذلك، نجد أن قواعد الأولوية الموصى بها في *الدليل* ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأساليب المختلفة التي يجوز أن يتحقق من خلالها نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة.

٢٨- ومثلما ذكر آنفاً (انظر الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ٦-٨ و٢٢-٢٨) يجوز تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة عندما يكون الحق الضماني قد أنشئ، حسب نوع الموجود الجاري رهنه، وتكون قد اتُخذت إحدى الخطوات الإضافية التالية: *(أ)* تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام؛ *(ب)* حيازة الدائن المضمون للموجودات المرهونة؛ *(ج)* إبرام عقد سيطرة؛ *(د)* تسجيل الحق الضماني في سجل متخصص أو التأشير بشأنه في شهادة الملكية؛ *(هـ)* إخطار ملتزم آخر من الأطراف الثالثة. كما يعتبر *الدليل* أنه يجوز في حالات معيّنة تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة تلقائياً عند إنشاء الحق الضماني.

(أ) السياسات العامة الأساسية

٢٩- من المفيد، قبل إجراء استعراض تفصيلي لكيفية تطبيق شتى مبادئ الأولوية على حقوق مختلف المطالبين المتنافسين، أن تُعرض، بعبارات عامة، خيارات السياسات المتاحة أمام الدول الساعية إلى إرساء قواعد بشأن الأولوية. إن معظم الدول تنظم قواعد الأولوية بالجمع بين مبدأين. أولهما يفيد بأنه ينبغي، تحديد الأولوية تحديداً صارماً على أساس زمني. أما المبدأ الثاني فيقضي بوجوب تحديد الأولوية بالرجوع إلى السمات الخاصة للمطالبة المقدمة. وفي حين يبدو هذان المبدآن واضحين نسبياً فإن تطبيقها العملي يستلزم إحكام تفاصيلهما على نحو متأنٍ.

٣٠- حين ترسي الدولة أساساً زمنياً لتحديد الأولوية، فعادةً ما تكون القاعدة التأسيسية التي تعلنها الدولة هي أن مراتب المطالبات تكون وفقاً لتاريخ بدء نفاذها تجاه الأطراف الثالثة: فأسبقها زمنياً أسبقها حقاً. لكن تلك الدولة قد تعترف أيضا باستثناءات لهذه القاعدة. ففي بعض الحالات، قد تعطى الأولوية الأولى لآخر مطالبة نشأت. وتوجد هذه القاعدة في بعض الدول، مثلاً، بالنسبة للتمويل الموفّر لدائن أثناء إجراءات الإعسار (التمويل اللاحق لبدء الإجراءات). أي أنه حتى إذا اعتمدت الدول أساسا زمنياً لتحديد الأولوية، لزم تحديد ما إذا كان الترتيب سيتبع قاعدة الأسبق زمنياً أم الأخير زمنياً.

٣١- وحين تقرر الدول تحديد الأولوية بالرجوع إلى شتى سمات المطالبة، تنشأ طائفة من الاحتمالات أكثر اتساعا. ويكمن السؤال هنا في معرفة ما إذا كان ينبغي أن تستند الأولوية إلى: *(أ)* ترتيب تشريعي ينصب على طابع المطالبة (مثلا، قرض لأجل أو اعتماد ائتماني أو مطالبة ناتجة عن فعل غير مشروع؛ أو *(ب)* صفة المطالِب (مثلا، بائع أو مصلِح أو بلدية)؛ أو*(ج)* مقدار الالتزام المستحق (مطالبات صغيرة، مطالبات متوسطة، مطالبات ضخمة)؛ أو *(د)* المقدار المتبقي من الالتزام (مثلا، أقل من ٢٥ في المائة أو ما بين ٢٥ إلى ٥٠ في المائة أو أكثر من ٥٠ في المائة)؛ أو *(هـ)* الطريقة التي يتم بها تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (كالتسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام أو الحيازة أو التسجيل في سجل متخصص أو السيطرة). وبعبارة أخرى فعندما تحدد الدول الأولوية مستخدمةً هذه الأنواع من المعايير الذاتية يصبح نظام الترتيب معقداً ويُفقد العديد من أوجه كفاءة نظام المعاملات المضمونة الراسخة في قواعد إعطاء الأولوية للأسبق زمنياً.

٣٢- والسبب في وجوب إعادة النظر في شتى أسس تحديد الأولوية هو سبب ذو شقين: *(أ)* إرساء سياق أساسي يكفل إجراء فحص مقتضب للكيفية التي يمكن بها تطبيق تلك المبادئ الجامعة المتنوعة المتعلقة بالأولوية تبعاً للطريقة التي تم بها تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة؛ *(ب)* الإيعاز بأن الدول تعمد إلى إرساء قواعد أولوية تنطوي على توليفة ما من القواعد القائمة على العنصر الزمني والقواعد القائمة

على طبيعة المطالبة حتى عندما يبدو أن طريقة تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (خاصة التسجيل) تتواءم مع اعتماد قاعدة إعطاء أولوية مطلقة للمطالبة الأسبق.

(ب) تطبيق هذه السياسات على شتى طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٣٣- مثلما سبق نقاشه (انظر الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرة ٢٣ والفصل الرابع بشأن نظام السجل، الفقرة ٣)، فإن أنجع سبيل لتزويد الدائنين بالوسائل التي تكفل تحديد أولويتهم بقدر عالٍ من التيقن وقت تقديمهم ائتماناً هو أن تستند الأولوية إلى استخدام سجل عام. وفي معظم الدول التي لديها نظام يعول عليه لتسجيل الإشعارات المتعلقة بالحقوق الضمانية، يتمثل المبدأ العام في أن الأولوية تمنح للحق المشار إليه في الإشعار الأسبق تسجيلاً.

٣٤- إلا أن قاعدة الأسبق تسجيلاً لا يمكن أن تكون قاعدة مطلقة. ففي نظم المعاملات المضمونة العصرية هناك استثناءات معيّنة لهذه القاعدة. وفي بعض الأحيان تنص الدول على جواز أن يصبح الحق الضماني نافذاً تجاه الأطراف الثالثة عند إنشائه دون الحاجة إلى تسجيل أي إشعار. ويشيع هذا الاستثناء، أكثر ما يشيع، فيما يخص الحقوق الضمانية في السلع الاستهلاكية. وفي هذه الحالات تتحدد أولوية الحق الضماني بالرجوع إلى وقت إنشائه (انظر الفقرة ٣٨ أدناه). ويضاف إلى ذلك أن بعض الدول تنص على فترة سماح يجوز في غضونها تسجيل أنواع معيّنة من الحقوق الضمانية بأثر رجعي (انظر بوجه عام الفقرة ٥٠ أدناه، الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز، الفقرات ١٠٨-١١١). وأخيراً، اعتمدت دول كثيرة استثناءً لقاعدة إعطاء الأولوية للأسبق تسجيلاً فيما يخص الحقوق الضمانية التي يتحقَّق نفاذها تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى خلاف تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام (انظر الفقرات ٣٥-٣٧ أدناه).

٣٥- وحيثما جاز تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة من خلال الحيازة من جانب الدائن المضمون عادةً ما تتبع الدول أيضاً قاعدة زمنية لتحديد الأولوية. فالأولوية تكون لأول من يحصل على الحيازة (انظر الفقرات ٥١-٥٣ أدناه). ومع ذلك، ففي حالة موجودات معيّنة، مثل الصكوك القابلة للتداول، تنص دول كثيرة على أن الحق الضماني الذي يصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بطريقة الحيازة تكون له عموماً الأولوية على الحق الضماني الذي يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بأية طريقة أخرى، بما فيها طريقة تسجيل إشعار حتى لو أن التسجيل حدث أولاً (انظر الفقرات ١٥٤-١٥٦ أدناه).

٣٦- ومتى جاز تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بواسطة السيطرة، فإن الأولوية، فيما بين الدائنين الذين حصلوا على السيطرة بشأن الموجودات المرهونة والدائنين المضمونين الذين حصلوا على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بأي طريقة أخرى، عادة ما تمنح للدائن الذي حصل على السيطرة، بغض النظر عما إذا كان حصوله عليها قد حدث قبل أو بعد أن تُجعل حقوق المطالبين المنافسين في الموجودات نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى (انظر الفقرة ١٥٨ أدناه). لكن، في الدول التي تقتضي أن تكون السيطرة هي الطريقة الحصرية لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، تنتفي الحاجة إلى وضع قواعد أولوية تكميلية، إذ لا يمكن أن تنشأ نزاعات بين الحقوق الضمانية التي يعتمد نفاذها تجاه الأطراف الثالثة على السيطرة والحقوق الضمانية التي يتحقق نفاذها تجاه الأطراف الثالثة بأي طرائق أخرى (انظر الفقرتين ١٦٥ و١٦٦ أدناه).

٣٧- وحيثما يجوز تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بطريقة التسجيل في سجل ملكية متخصص بالنسبة لأنواع معيّنة من الموجودات أو بطريقة التأشير في شهادة الملكية، تقتضي معظم الدول أن تكون

مراتب الحقوق حسب ترتيب تسجيلها أو التأشير بشأنها. كما تقتضي تلك الدول عادةً أن تكون الأولوية للحق المسجل في السجل المتخصص، أو المؤشر بشأنه في شهادة الملكية، على الحق الضماني الذي جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بأي طريقة أخرى (انظر الفقرتين ٥٦ و٥٧ أدناه).

٣٨- وفي الدول التي اعتمدت نظم تسجيل، فإن نفاذ الحقوق الضمانية في أنواع معيّنة من الموجودات، كالسلع الاستهلاكية، تجاه الأطراف الثالثة يكون أحياناً تلقائياً. وفي هذه الدول، عادةً ما تحدَّد أولوية الحق الضماني عبر مقارنة توقيت إنشاء الحق الضماني بتوقيت تسجيل إشعار بشأن الحق الضماني المنافس في سجل الحقوق الضمانية العام أو توقيت جعل الحق الضماني المنافس نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى ما.

٣٩- وحيثما أنشئت حقوق ضمانية في مستحقات أو حقوق سداد أخرى، عادةً ما تقتضي الدول أن تتحدد الأولوية وفقاً لتاريخ تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام، أو وفقاً لتاريخ تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة إذا كان المطروح هو استخدام طريقة أخرى لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. إلا أن نفاذ حق ضماني في مستحَق تجاه الأطراف الثالثة، وأولوية المطالبة بهذا الحق فيما بين مطالبين متنافسين ذوي حقوق ضمانية في مستحَق، يعتمدان في دول أخرى على توقيت إشعار دائن المستحَق بوجود الحق الضماني أو حتى توقيت إنشاء الحق الضماني. وأن الطريقة العامة الموصى بها في *الدليل* لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تنطبق أيضا على الحقوق المضمونة في المستحقات (انظر التوصية ٣٢ الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ٢٩-٤٦). وبذلك، تتحدد الحقوق الضمانية في المستحقات حسب ترتيب تسجيل إشعارات بشأن تلك الحقوق (انظر الباب ألف-٥ أدناه).

٤٠- وفي دول كثيرة، تعطىَ مطالباتٌ معيّنة، مثل المطالبات المتعلقة بالرسوم الضريبية والمساهمات في برامج الرعاية الاجتماعية وأجور العاملين، أولويةً استناداً إلى طبيعة المطالبة فقط بصرف النظر عن التاريخ الذي نشأت فيه المطالبة أو جُعلت فيه المطالبة نافذةً تجاه الأطراف الثالثة. وفي هذه الحالات، تشترع الدول ترتيبَ أولويات قابلاً للتطبيق على جميع التنافسات التي تجري بين المطالبين. وتستلزم تلك الحقوق تسجيلها أحيانًا، لكنها لا تستلزم ذلك في أحيان أخرى. بيد أن الأولوية تتحدد في كلتا الحالتين وفقاً لترتيب تقرره التشريعات لا وفقاً للترتيب الذي يمكن أن يكون الحق الضماني قد أنشئ فيه أو جُعل فيه نافذاً تجاه الأطراف الثالثة (انظر الفقرات ٩٠-٩٣ أدناه).

٤١- وإن الاستعراض السابق للكيفية التي تطبَّق بها السياسات المتعلقة بأسس تحديد الأولوية على شتى طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يبيِّن أن النظام المتبع في كل حالة من تلك الحالات في معظم الدول يشمل توليفة من مبادئ الأولوية القائمة على التوقيت ومبادئ الأولوية القائمة إما على الطابع الخاص الذي تتسم به مطالبة الدائن وإما على الطريقة الخاصة التي استخدمت في تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ويناقش الباب التالي، بإسهاب، تطبيق تلك المبادئ على شتى نزاعات الأولوية التي تنشأ بين المطالبين المتنافسين.

٥- *قواعد تحديد الأولوية فيما بين المطالبين المتنافسين*

٤٢- تشكّل المبادئ العامة التي استعرضت آنفاً الهيكل الأساسي لنظام الأولويات فيما يتعلق بما يلي: *(أ)* الوسائل المختلفة التي يمكن أن ينظَّم بها نظام الأولوية؛ و*(ب)* نطاق أولوية الحق الضماني، خاصةً فيما يتصل بالالتزامات الآجلة والموجودات والعائدات الآجلة. وينصب النقاش التالي على قواعد الأولوية

المحددة التي تحكم حقوق المطالبين المتنافسين. وتنطبق تلك القواعد بحيث تحكم التنافس على الأولوية فيما يخص جميع الموجودات بما فيها الموجودات الملموسة كالمعدات والمخزون والمستحقات.

(أ) الأولوية فيما بين الدائنين المضمونين وغير المضمونين

٤٣- عادة ما تقضي الدول بأن جميع الحقوق الضمانية التي تجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة لها الأولوية على حقوق الدائنين غير المضمونين. ومن المسلّم به عموماً أن إعطاء الدائنين المضمونين هذه الأولوية أمر ضروري لتعزيز توافر الائتمان المضمون. ويمكن للدائنين غير المضمونين أن يتخذوا خطوات أخرى لحماية حقوقهم، مثل فرض علاوة احتسابا لزيادة مجازفتهم، أو رصد حالة الائتمان، أو مطالبة المدين بدفع فوائد على المبالغ التي تتجاوز أجل سدادها. ويضاف إلى ذلك أن الائتمان المضمون يمكن أن يزيد رأسَ مالِ المانح المتداولَ. وغالبا ما تكون المدفوعات المقدّمة في إطار تسهيلات الاقتراض المتجدد المضمون لتوفير رأس المال المتداول هي المصدر الرئيسي للأموال التي تسدّدها الشركة لدائنيها غير المضمونين في سياق عملها المعتاد.

٤٤- وفي دول كثيرة، تكون الأولوية الممنوحة للدائنين المضمونين على الدائنين غير المضمونين مطلقة. غير أنها تخضع، في بعض الدول، إلى استثناء لصالح الدائنين بحكم القضاء. فيجوز لحائز مطالبة غير مضمونة الحصول على حق في موجودات المدين بالحصول على حكم قضائي أو على أمر مؤقت من المحكمة ضد المدين. وبتسجيل الحكم القضائي في سجل الحقوق الضمانية العام، يكون في مقدور الدائن بحكم القضاء أن يحوّل المطالبة غير المضمونة إلى مطالبة مضمونة تتحدد مرتبتها وفقاً لقواعد الأولوية المعتادة. وتمضي دول أخرى إلى أبعد من ذلك فتقضي بأنه عندما يتخذ دائن غير مضمون الخطوات التي يقتضيها القانون الواجب التطبيق، للحصول على حكم قضائي أو على أمر مؤقت من المحكمة، يجوز أن تكون لحقوق الملكية التي يتمسك بها الأولوية على مطالبات معيّنة لدائن موجود من قبل (انظر الفقرات ٩٤-١٠٢ أدناه).

(ب) الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية المتنافسة في الموجودات المرهونة ذاتها

٤٥- من السمات الرئيسية لأي نظام معاملات مضمونة عصري الكفاءةُ التي تحسم بها النزاعات على الأولوية بين الحقوق الضمانية المتنافسة في نفس الموجودات المرهونة. وقد تتضمن نزاعات الأولوية هذه حقوقاً ضمانية تُجعل جميعها نافذة تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام، أو حقوقاً ضمانية تُجعل جميعها نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى، أو توليفة من حقوق ضمانية تُجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطريقة التسجيل وحقوق ضمانية تُجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى. وفيما عدا استثناءات قليلة جداً (انظر الفقرات ٥٤-٥٩ أدناه)، تقتضي الدول أن تحدد الأولوية فيما يتعلق بجميع الحالات التي سيجري استعراضها حالاً، على أساس زمني: الأسبق زمنياً هو الأسبق حقاً. ثم إن الدول تكاد دائماً تنظر إلى تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة باعتباره المعيار الأساسي لتحديد النقطة الزمنية التي يكون الحق الضماني قادراً عندها على خوض غمار تنافس على الأولوية. وتسهب الفقرات التالية في شرح الكيفية التي يطبق بها عادةً هذا المبدأ المحوري على حالات معيّنة.

'١' الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية التي تُجعل نافذةً بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام

٤٦- في دول كثيرة لديها سجل حقوق ضمانية عام تتحدّد الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية التي تُجعل جميعُها نافذةً تجاه الأطراف الثالثة بطريقة تسجيل إشعار حسب ترتيب تحقيق النفاذ تجاه

الأطراف الثالثة. وهذا معناه أنه حتى إذا أجازت تلك الدول تسجيل إشعار بحق ضماني قبل أن يدخل الحق حيز الوجود الفعلي (كالحق الضماني المأخوذ حصرياً بشأن موجودات منقولة آجلة)، تحدد الأولوية بالرجوع إلى التاريخ الذي احتاز فيه المانح حقوقاً في الموجودات وبذلك أصبح الحق الضماني نافذاً تجاه الأطراف الثالثة. ويشوب هذا النهج عيبٌ رئيسي فيما يخص الممارسات التمويلية التجارية العصرية. فمن شأنه أن يتطلب ممن يفحصون السجل أن يحددوا تاريخ الاحتياز الفعلي لكل موجود من الموجودات التي يشملها الإشعار المسجل (كما هو الشأن بالنسبة للمخزون أو المعدات). ونتيجة لذلك، فإن معظم الدول التي اعتمدت تسجيل إشعار في سجل حقوق ضمانية عام، باعتباره طريقة من طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، تتبع نهجاً مختلفاً يشكل استثناءً رئيسياً للمبدأ الأساسي القائل بتحديد الأولوية عن طريق الرجوع إلى تاريخ النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وتنص تلك الدول على أن الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية التي تُجعل جميعها نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطريقة تسجيل إشعار تتحدد حسب ترتيب إجراء التسجيل، بغض النظر عن ترتيب النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وحتى إن لم يُستوفَ اشتراطٌ واحد أو أكثر من اشتراطات النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في ذلك الوقت. ولا يُعترف إلا باستثناءات محدودة جداً لهذا المبدأ (انظر الفقرة ٥٩ أدناه).

٤٧- ويمكن توضيح هذا النهج بالمثال الآتي: يقدم مانح ما طلباً للحصول على قرض من المصرف "ألف"، ليكون مضموناً بحق ضماني في جميع معدّات المانح الحالية والآجلة (وهو حق ضماني يجوز أن يصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار به في سجل الحقوق الضمانية العام). وفي اليوم ١، يُجري المصرف "ألف" بحثاً في السجل يؤكد لـه أنه لم يسجّل به أي إشعار آخر بحقوق ضمانية لدائنين آخرين في معدّات المانح. وفي اليوم ٢، يبرم المصرف "ألف" مع المانح اتفاقاً ضمانياً يتعهد فيه المصرف "ألف" بتقديم القرض المضمون المطلوب. وفي اليوم ٢ أيضاً، يسجّل المصرف "ألف" إشعاراً بالحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام، ولكنه لا يقدّم القرض إلى المانح إلا في اليوم ٥. وبذلك يكون الحق الضماني للمصرف "ألف" قد أنشئ وأصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة في اليوم ٥ (أي في أول يوم استوفيت فيه جميع الاشتراطات اللازمة لإنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة). غير أن المانح يبرم في اليوم ٣ اتفاقاً ضمانياً مع المصرف "باء" يقدّم بموجبه المصرف "باء" قرضاً مضموناً بحق ضماني في معدّات المانح الحالية والآجلة. وفي اليوم نفسه (اليوم ٣)، يسجّل المصرف "باء" إشعاراً بالحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام ويعطي القرض للمانح. وعليه يكون الحق الضماني للمصرف "باء" قد أنشئ وجُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة في اليوم ٣. وبموجب نهج الأسبق في التسجيل المذكور آنفا، تكون الأولوية للحق الضماني للمصرف "ألف" على الحق الضماني للمصرف "باء".

٤٨- وتكمن الأسباب الرئيسية وراء استثناء "الأسبق تسجيلاً" من المبدأ العام الذي يقضي بتحديد الأولوية عن طريق الرجوع إلى تاريخ النفاذ تجاه الأطراف الثالثة فيما يلي: *(أ)* تشجيع تسجيل الإشعار في أقرب وقت ممكن (الأمر الذي يخطر الدائنين المحتملين الآخرين بوجود حق ضماني قد يرهن فعلاً موجودات المانح)؛ *(ب)* تيسير تقديم ائتمان مضمون بموجودات آجلة عن طريق توفير تاريخ وحيد لتقرير الأولوية؛ *(ج)* بث الشعور بالتيقن في نفوس الدائنين المضمونين من خلال تمكينهم من أن يحددوا، قبل تقديمهم الائتمان، أولوية حقوقهم الضمانية قياساً على حقوق الدائنين المضمونين الآخرين. ففي المثال السابق، إذا فحص المصرف "ألف" السجلَّ في اليوم ٢ بعد تسجيله إشعارَه وتبيّن له خلو السجل من أي إشعارات أخرى تشمل الموجودات المرهونة ذات الصلة، أمكن للمصرف "ألف" أن يقدّم القرض في اليوم ٥ وهو يعلم يقيناً أن لحقه الضماني الأولوية على أي حق ضماني آخر في الموجودات المرهونة قد يُجعل في المستقبل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة؛ وذلك لأن أولوية الحق الضماني للمصرف "ألف" تعود إلى تاريخ تسجيل هذا الحق. وبتمكين المصرف "ألف" من بلوغ هذا القدر العالي من التيقن فإن بوسع نهج "الأسبق تسجيلا" أن يكون عاملا هاما في تشجيع الائتمان المضمون. كما أنه عندما يفحص

المصرف "باء" السجلَّ، سيعرف فوراً أنه سيكون له موقع أدنى إذا ما قدم المصرف "ألف" ائتماناً، ومن ثم سيكون بوسعه أن يغير أحكام شروط الائتمان الذي يقدّمه وفقاً لذلك.

٤٩- وكما لوحظ في الفقرة السابقة، فإن هذا التيقن لن يوفره النهج البديل المتبع في بعض الدول، إذ إنه يمنح الأولوية لأول حق ضماني يصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة. فستظل هناك دائماً مجازفة تتمثل في احتمال تمكن حق ضماني آخر من أن يصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، بما يكسبه الأولوية، بعد قيام المصرف ألف أو باء بفحص السجل لكن قبل قيامه بإبرام اتفاق ضماني وتقديم قرضه. وهذه المجازفة قائمة مهما قُصِّرت تلك الفترة الزمنية. ولهذا السبب، يوصي *الدليل* بأن يكون تاريخ تسجيل الإشعار، لا تاريخ إنشاء الحق الضماني أو تاريخ جعله نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، هو الذي يحدد الأولوية فيما بين المطالبين المتنافسين في هذه الحالات (انظر الفقرة الفرعية *(أ)* من التوصية ٧٦).

٥٠- أخيراً، متى استندت الأولوية إلى قاعدة "الأسبق تسجيلاً" خُفّفت تلك القاعدة في دول كثيرة، رغم الاستناد إليها، بحيث تتسع لما أطلق عليه "فترات السماح" فيما يخص التسجيل. وتتيح فترات السماح تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة بأثر رجعي إذا جرى التسجيل في غضون فترة زمنية قصيرة تعقب إنشاء الحق الضماني. وفي تلك الحالات، تحدد الأولوية وفقاً لتاريخ إنشاء الحق لا تاريخ التسجيل. والنتيجة هي أن الحق الضماني، الذي يكون الأسبق إنشاءً لكنه اللاحق تسجيلاً، يمكن رغم ذلك أن تكون له الأولوية على الحق الضماني اللاحق إنشاءً لكنه الأسبق تسجيلاً، ما دام الإشعار المتعلق بالحق الضماني الأسبق إنشاءً قد سجل في غضون فترة السماح المنطبقة. أي أن تاريخ التسجيل يظل، إلى أن تنقضي فترة السماح، مقياساً لا يعول عليه لترتيب أولوية الدائن. ومن أجل تجنب تقويض التيقن الذي تكفله قاعدة "الأسبق تسجيلاً" تعمد الدول بوجه عام إلى قَصْر استخدام فترات السماح على ظروف خاصة، مثل تمويل الاحتياز (انظر بوجه عام الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز، الفقرات ١٠٨-١١١).

٢' الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية التي تُجعل نافذةً تجاه الأطراف الثالثة بوسائل غير تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام

٥١- في حالة النزاع على الأولوية بين الحقوق الضمانية التي تُجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطرائق أخرى غير تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام، تُعطي الدول الأولوية عادةً إلى أول حق ضماني يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة. وهذه الطرائق الأخرى تشمل الحيازة والتسجيل في سجل متخصص والتأشير في شهادة الملكية والسيطرة والنفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة. ولما كانت دول كثيرة تتبع قواعد أولوية محددة تحكم الحالات التي تنطوي على تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصص والتأشير في شهادة الملكية والسيطرة، فإن الأوضاع الرئيسية التي يطبق فيها هذا النهج تطبيقاً فعلياً بموجب قواعد عامة تشمل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة الناتج عن الحيازة.

٥٢- وفي حالة تحقيق نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة بواسطة الحيازة، ليس ثمة حاجة عادة إلى قاعدة تقوم على "الأسبق حيازةً" على غرار قاعدة "الأسبق تسجيلاً" المشار إليها آنفاً، حيث جرت العادة على أن يحصل الدائن المضمون على حيازة الموجودات المرهونة وقت تقديمه للائتمان لا قبله. غير أنه يمكن للدائن، في بعض الدول، أن يرسي حيازته من خلال طرف ثالث يتصرف نيابة

عن الدائن المضمون. وفي هذه الحالة، يجوز أن يرسي أكثر من دائن مضمون واحد الحيازة بهذه الكيفية عن طريق الطرف الثالث ذاته. وفي حين أن من الممكن افتراضياً تحديد أولويتهم النسبية حسب ترتيب إرسائهم حيازتهم من خلال هذا الطرف الثالث، فإن ذلك يمكن أن يسبب الارتياب إذا لم يكن الحق الضماني قد أنشئ بعد. لذا، عادة ما تقتضي الدول، حيثما تحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بواسطة الحيازة، أن التاريخ الذي يعتد به لتحديد الأولوية هو تاريخ النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (أي الإنشاء علاوة على الحيازة). ويمكن التوصل إلى نتيجة مشابهة في الحالات التي يتحقق فيها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تلقائياً. ففي تلك الحالات، تعتمد الأولوية على تاريخ إرساء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، رغم أنه قد يتصادف في حالة إرساء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تلقائياً أن يكون هذا التاريخ هو نفس التاريخ الذي أصبح فيه الحق الضماني نافذاً فيما بين الطرفين (أي تاريخ إنشاء الحق الضماني).

٥٣- وهذا النهج يمكن توضيحه باستخدام حالة تنافس تنشأ عندما يكون حق ضماني واحد في موجودات مرهونة معيّنة قد جعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة الحيازة، في حين يكون هناك حق ضماني آخر في نفس تلك الموجودات جُعل نافذاً نفاذاً تلقائياً بمجرد إنشائه. ففي هذا المثال، وعلى عكس المبدأ المنطبق على الحقوق الضمانية التي جعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بواسطة تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام، يلزم تحديد التواريخ المناظرة للحصول على الحيازة أو لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تلقائياً. وقد سبقت الإشارة إلى أن هذا هو النهج العام الذي تتبعه معظم الدول إزاء الأولوية في هذا الظرف، ويتمثّل في تحديد أولوية المطالبات المتنافسة بالرجوع إلى التاريخ الذي أصبح فيه الحق الضماني نافذاً تجاه الأطراف الثالثة. وهو أيضاً النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٧٦، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٣' الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية التي تُجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام والحقوق الضمانية التي تُجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بوسائل أخرى

٥٤- يمكن جعل بعض الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة بأكثر من طريقة. ونتيجة لذلك، يتحتم على الدول أيضاً أن تنص على الحالة التي ينشب فيها النزاع على الأولوية بين حق ضماني جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بطريقة تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام وحق ضماني جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بوسائل أخرى. وقد سبقت الإشارة إلى أنه عادة ما تعطي الدول الأولويةَ لأول حق ضماني يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة. لكن، عندما تكون الدول قد أخذت بالاستثناء الذي يعطي الأولوية، في الحالات التي تنطوي على تسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام، بناءً على تاريخ التسجيل لا على تاريخ النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (وهو الموقف الموصى به في *الدليل*)، عادةً ما تقتضي الدول أيضاً وجوب إعطاء الأولوية لأول حق ضماني يُسجَّل أو يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى، أيهما أسبق. وهذا النهج يمثل امتداداً منطقياً لقاعدة "الأسبق تسجيلاً" باستخدام السجل أساساً يكفل تمكين الدائنين المضمونين من الحصول على درجة عالية من التيقن بشأن أولوية حقوقهم الضمانية. وبما أن من الجائز أن يُسجَّل الإشعارُ قبل أن يُنشأ الحق الضماني (وهو وضع غير وارد فيما يخص تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بواسطة الحيازة، وغير ممكن منطقياً فيما يخص النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة بمجرد إنشاء الحق)، فإن هذا النهج يشجع أيضاً استخدامَ السجل لجعل الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة. ولما كان تعميم استخدام السجل يزوّد بتاريخ قابلٍ للتحديد بموضوعية لتبيان الأولوية، مما يفضي إلى أنجع النتائج

عندما يتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بوسائل مختلفة، فإن *الدليل* يوصي باتباع هذا النهج (انظر التوصية ٧٦، الفقرة الفرعية *(ج)*).

'٤' استثناءات لمبدأ الأسبق زمنياً من أجل إرساء الأولوية فيما بين الدائنين المضمونين المتنافسين

٥٥- إن الأمثلة المذكورة أعلاه لكيفية تطبيق مبدأ الأسبق زمنياً على مختلف الحالات التي تُجعل فيها الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة بوسائل مختلفة تخضع مع ذلك لاستثناءات محدودة. وهذه الاستثناءات نوعان. فبعضها يجسد قواعدَ أولويةٍ خاصةً تتعلق بوسائل معيّنة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. أما بعضها الآخر، فيجسد قواعدً خاصة تتعلق بأنواع معيّنة من المعاملات أو الموجودات المرهونة. ومن بين الوسائل المتنوعة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة التي سبق ذكرها، هناك على وجه الخصوص ثلاث وسائل (هي التسجيل في سجل متخصص والتأشير في شهادة الملكية والسيطرة) كثيراً ما تؤدي إلى قواعد أولوية خاصة.

أ- التسجيل في سجل متخصّص أو التأشير في شهادة الملكية

٥٦- يجوز، في دول كثيرة، تسجيل الحق الضماني أو غيره من الحقوق (مثل حق مشتري الموجودات المرهونة أو مستأجرها) في سجل متخصّص أو التأشير بشأنه في شهادة الملكية. وتنص معظم هذه الدول على أن الحقوق الضمانية تُرتَّب وفقاً لترتيب تسجيلها أو التأشير بشأنها. وهذا معناه أن الحق الضماني المسجل أو المؤشر بشأنه تكون له الأولوية على الحق الضماني المسجل لاحقاً أو المؤشر بشأنه لاحقاً. ولحماية سلامة السجلات المتخصصة أو نظم التأشير، يوصي *الدليل* باتباع نهج مماثل (انظر من التوصية ٧٧، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٥٧- ومن الضروري أيضاً، عندما يوجد سجل متخصص، تحديد الأولوية فيما بين الحق المسجّل في السجل المتخصّص أو المؤشر بشأنه في شهادة الملكية، من جهة، والحق المسجّل في سجل الحقوق الضمانية العام أو الحق الذي جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة أو بوسائل أخرى، من جهة ثانية. وفي معظم تلك الدول، يعطى الحق الضماني أو أي حق آخر سُجل في سجل متخصّص أو أُشِّر بشأنه في شهادة الملكية أولويةً على الحق الضماني الذي سُجل في سجل عام أو الذي يتحقَّق نفاذَه تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى غير التسجيل في سجل متخصّص أو التأشير بشأنه في شهادة الملكية، بصرف النظر عن أيهما يحدث أولاً. ففي هذه النظم، مثلاً، إذا سجل الدائن المضمون "ألف" إشعاراً في سجل الحقوق الضمانية العام أو مارس حيازته على موجودات مرهونة، ثم قام بعدئذ الدائن المضمون "باء" بتسجيل حق ضماني في السجل المتخصص أو بالتأشير بشأن هذا الحق في شهادة الملكية، كانت للدائن المضمون باء أولوية على الدائن المضمون "ألف". ومرة أخرى، يوصي *الدليل*، حمايةً لسلامة تلك السجلات ونظم التأشير، باتباع نهج مماثل (انظر التوصية ٧٧، الفقرة الفرعية *(أ)*).

ب- اتفاقات السيطرة

٥٨- هناك استثناء ثانٍ يوجد عادةً في الدول التي تسمح بأن يتحقَّق نفاذ الحقوق الضمانية، في أنواع معيّنة من الموجودات غير الملموسة، تجاه الأطراف الثالثة عن طريق "السيطرة". وتقتضي هذه الدول، عندما يحصل دائن على نفاذ حق ضماني تجاه الأطراف الثالثة عن طريق السيطرة، أن تعطى الأولوية

لذلك الحق الضماني سواء أكان دائنون آخرون، لهم حق ضماني في نفس الموجود المرهون قد سبق لهم أن سجلوا إشعارا في سجل الحقوق الضمانية العام أم حققوا النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بأي وسيلة أخرى (انظر الفقرتين ١٥٨ و١٦٦ أدناه). ونظراً لما تتسم به الحقوق الضمانية في حقوق السداد من طابع خاص، يوصي *الدليل* باتباع نهج مماثل لذلك (انظر التوصيتين ١٠٣ و١٠٧).

ج- استثناءات أخرى لقاعدة الأسبق زمنياً

٥٩- إضافة إلى الحالات التي يتحقق فيها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بوسائل خاصة، تقضي دول كثيرة باستثناءات لقاعدة الأسبق زمنياً فيما يتعلق بأنواع معيّنة من المعاملات أو أنواع معيّنة من الموجودات المرهونة عندما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قد تحقق بواسطة التسجيل أو الحيازة. وأشيع هذه الحالات تشمل الأنواع التالية من المعاملات أو الموجودات: *(أ)* المعاملات التمويلية الاحتيازية (يتناول *الدليل* تلك المعاملات في الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز؛ انظر التوصيات ١٧٨-١٨٥ و١٩١-١٩٩)؛ *(ب)* المعاملات المضمونة التي تشمل حقوقاً ضمانية في صكوك قابلة للتداول أو مستندات قابلة للتداول أو نقود، يجوز تحقيق نفاذها تجاه الأطراف الثالثة بواسطة الحيازة (انظر الفقرات ١٥٤-١٥٦ والفقرة ١٦٤ والفقرات ١٦٧-١٦٩ أدناه؛ والتوصيات ١٠١ و١٠٢ و١٠٦ و١٠٨ و١٠٩)؛ *(ج)* المعاملات المضمونة التي تشمل حقوقاً ضمانية في ملحقات (انظر الفقرات ١١٠-١١٦ أدناه والتوصيات ٨٧-٨٩)؛ *(د)* المعاملات المضمونة التي تشمل حقوقاً ضمانية في كتل أو منتجات (انظر الفقرات ١١٧-١٢٤ أدناه والتوصيات ٩٠-٩٢).

(ج) أولوية حقوق المنقول إليهم في الموجود المرهون ومستأجريه والمرخص لهم باستخدامه

'١' استعراض عام

٦٠- عندما ينقل المانح موجودات ملموسة (ليست صكوكاً قابلة للتداول أو مستندات قابلة للتداول) خاضعة لحقوق ضمانية قائمة أو يؤجِّر تلك الموجودات أو يرخِّص باستخدامها، تكون للمنقول إليهم أو المستأجرين أو المرخص لهم مصلحة في تسلّم الموجودات خالصة وخالية من أي حق ضماني، بينما تكون للدائن المضمون الحالي مصلحة في الحفاظ على حقه الضماني في الموجودات تجاه المنقول إليه أو المستأجر أو المرخّص له (رهناً باستثناءات معيّنة؛ انظر الفقرات ٦٥-٨٨ أدناه). ومن المهم أن تعالج قواعد الأولوية كلتا هاتين المصلحتين وأن توجد توازناً مناسباً بينهما. فإذا تعرضت حقوق الدائن المضمون في موجودات معيّنة لمخاطرة كلما قام المانح بنقلها أو تأجيرها أو الترخيص، تقلصت قيمتها بشدة وتأثر سلباً توافرُ الائتمان المضمون المستند إلى قيمتها.

٦١- وفي معظم الدول يكون المنطلق هو المبدأ العام الذي يقضي بأن من تُنقل إليه (بما في ذلك المشتري والمبادل والموهوب له والموصى له وأي منقول إليه مشابه) موجوداتٌ مرهونة، أو يستأجر تلك الموجودات أو يرخَّص له باستخدامها، يأخذ حقوقه في الموجودات خاضعة للحق الضماني القائم النافذ تجاه الأطراف الثالثة. ويقال إن الحق الضماني يتضمن حق ملاحقة الموجودات التي تكون في حوزة المنقول إليه أو المستأجر أو المرخّص له (انظر الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ١٥-١٨، والتوصية ٣١؛ انظر أيضاً التوصية ٧٩). وبعبارة أخرى، فإنه يجوز للدائن المضمون أن يلاحق الموجودات التي في حوزة المشتري أو أي شخص آخر تنقل إليه أو يستأجرها أو يرخّص له باستخدامها. ويترتب على ذلك إذن أن الأطراف الثالثة الأخرى التي تستمد حقوقها من البائع أو من أي شخص آخر تنقل إليه الموجودات أو يستأجرها أو يرخَّص له باستخدامها تأخذ، بوجه عام في تلك الحالات، حقوقها أيضاً خاضعة للحق الضماني القائم (انظر الفقرات ٨٤-٨٨ أدناه). وتناقَش أدناه استثناءاتُ تطبيق هذا المبدأ العام على كل نوع من أنواع المعاملات هذه.

'٢' *حقوق المشترين*

٦٢- كما ورد من قبل (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ٧٢-٨٩؛ والفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ١٥-١٨ و٨٧-٩٦)، فإن الدائن المضمون يحتفظ، عند بيع موجودات مرهونة، بحقه الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية كما يحصل على حق ضماني في عائدات بيعها (التي قد تشمل نقداً أو مستحقاتٍ أو حتى موجودات أخرى في حالة معاملات بين مقايضين ومبادلين). وفي هذه الحالة، السؤال المطروح هو إذا كان الحق الضماني في العائدات ينبغي أن يحل محل الحق الضماني في الموجودات المرهونة حتى يحصل المشتري على حقوقه خالصة من الحق الضماني.

٦٣- ويُحتج أحياناً بأن الحق الضماني ينبغي أن يزول عند البيع، وذلك على افتراض أن الدائن المضمون لا يتضرر من بيع الموجودات خالصة من حقه الضماني، ما دام يحتفظ بحق ضماني في عائدات البيع. إلا أن هذه النتيجة لن تحمي الدائن المضمون بالضرورة، لأن العائدات كثيراً ما لا تكون لها عند الدائن نفس قيمة الموجودات المرهونة الأصلية. كما أن قيمة العائدات كضمانة للدائن قد تكون قليلة أو معدومة في كثير من الأحيان (مثل المستحقات المتعذر تحصيلها لأن المدين بالمستحقات متعثرٌ مالياً). وفي حالات أخرى، قد يصعب أو يستحيل على الدائن التعرف على العائدات، مما قد يجعل من مطالبته بها ضرباً من الوهم. يُضاف إلى ذلك أن العائدات، حتى وإن تكن ذات قيمة لدى الدائن المضمون، عرضة لأن يبددها البائع الذي يتسلّمها فلا يترك منها شيئاً للدائن. وأخيراً، قد يكون دائن آخر قد أخذ حقاً ضمانياً في العائدات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية، وربما كان صاحب الأولوية فيما يخص العائدات. وهذا الاحتمال يكون واقعياً خاصةً في حالة المستحقات، حيث ليس من النادر أن يتلقى المانح تمويل المخزون من مقرض وتمويل المستحقات من مقرض آخر.

٦٤- وفي حين أن الدول اعتمدت نهوجا مختلفة إزاء تحقيق توازن بين مصالح الدائنين المضمونين ومصالح من يشترون الموجودات المرهونة من المانحين الحائزين لها، تقضي معظم الدول بأن الحق الضماني ينبغي أن يظل قائما بعد النقل حتى لو كان الدائن المضمون قادراً على المطالبة بحق في العائدات أيضاً. ولا يعني ذلك أن الدائن المضمون سيحصل على السداد مرتين. فبما أن الحق الضماني يضمن التزاماً، لا يمكن للدائن المضمون الذي يتمسك بحقوق في الموجودات وفي العائدات أن يطالب بأكثر من مستحقاته أو يحصل على أكثر منها. ويوصي *الدليل*، كمبدأ عام، بأن يحتفظ الدائن المضمون بحقه الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية وكذلك بحقه الضماني في العائدات المتأتية من بيعها أو نقلها على نحو آخر (انظر التوصيات ١٩ و٣١ و٣٩ و٤٠ و٧٩).

٦٥- غير أن معظم الدول تعترف باستثناءين من تطبيق المبدأ العام القاضي باستمرار الحق الضماني في موجودات راهناً لها بعد بيعها، وهو ما يذهب إليه *الدليل* أيضاً. ويتصل الاستثناء الأول بالحالات التي يأذن فيها الدائن المضمون صراحةً بالبيع خالصاً من الحق الضماني (انظر التوصية ٨٠، الفقرة الفرعية *(أ)*). فقد يأذن الدائن المضمون بمثل هذا البيع، لأنه يعتقد، مثلاً، أن العائدات تكفي لتأمين سداد الالتزام المضمون أو لأن المانح يعرض عليه موجودات أخرى كضمانة لتعويضه عن فقدان الموجودات المبيعة. غير أنه تجدر الإشارة إلى أن هذا الاستثناء لا ينطبق على الحالات التي يأذن فيها الدائن المضمون بالبيع ولكنه لا يأذن للمانح بالبيع خالصاً من الحق الضماني. ففي هذه الحالات يحصل المشتري، بوجه عام، على ملكية الموجودات خاضعة للحق الضماني.

٦٦- ويشير الاستثناء الثاني إلى الحالات التي يُستنتج فيها ضمناً أن الدائن المضمون قد أذن ببيع الموجودات خالصة من الحق الضماني، لأن طبيعة الموجودات المرهونة تجعل الطرف المضمون يتوقع بيعها خالصة من الحق الضماني، أو حيثما كان بيعها خالصة من الحق الضماني يخدم على أفضل وجه مصلحة جميع الأطراف المعنية. وقد صاغت الدول هذا الاستثناء الثاني بعدد من الطرائق المختلفة على النحو المبين في الفقرات التالية.

أ- نهج سياق العمل المعتاد

٦٧- ثمة نهج شائع تتبعه دول كثيرة مفاده أن قيام المانح، ضمن سياق عمله المعتاد، ببيع موجودات مرهونة مؤلفة من مخزون يفضي تلقائياً إلى زوال أي حقوق ضمانية للدائن المضمون في تلك الموجودات دون أي إجراء إضافي يتخذه المشتري أو البائع أو الدائن المضمون. ويلازم هذه القاعدةَ عدمُ انطباق الاستثناء، حينما يجري بيع المخزون خارج سياق العمل المعتاد للمانح، أو حينما يتصل البيع بموجودات ليست مخزوناً؛ ولا يزيل هذا البيع الحق الضماني ويجوز للدائن المضمون، في حالة تقصير المانح، إنفاذ حقه الضماني تجاه الموجودات المرهونة التي في حوزة المشتري (ما لم يكن الدائن المضمون قد أذن بالبيع خالصاً من حقه الضماني). وقد يُشكل البيع في حد ذاته تقصيراً يخوِّل للدائن المضمون إنفاذ حقه الضماني حيثما كان الاتفاق الضماني ينص على ذلك؛ وإلا فلا يمكن للدائن المضمون إنفاذ حقوقه الضمانية إلى حين حدوث تقصير.

٦٨- ويستوجب هذا النهج استيفاء اشتراطين لبيع الموجودات المرهونة خالصةً من الحق الضماني. أولهما أنه يجب أن يكون بائع الموجودات يعمل في مجال بيع موجودات من ذلك النوع. فالموجودات المرهونة لا يمكن أن تكون شيئاً لم يَعْتَدْ البائع على بيعه. كما أنه لا يمكن إتمام البيع بطريقة تخالف الطريقة التي اعتاد البائع على اتباعها، كأن يبيع البائعُ تلك الموجودات خارج قنوات توزيعه الاعتيادية (كما هو الحال إذا كان البائع لا يبيع عادةً إلا لتجار التجزئة ثم باع الموجودات لتاجر جملة). والاشتراط الثاني هو أنه يجب ألا يكون المشتري على علم بأن البيع ينتهك حقوق دائن مضمون بمقتضى اتفاق ضماني. وهذا هو الشأن، مثلاً، إذا كان المشتري على علم بأن البيع محظور بموجب شروط الاتفاق الضماني. ومن ناحية أخرى، فإن مجرد علم المشتري بأن الموجودات خاضعة لحق ضماني لا يكفي لاعتبار أن هذا الاشتراط غير مستوفى.

٦٩- ومن مزايا نهج "سياق العمل المعتاد" اتساقه مع ما هو متوقع تجارياً من المانح بأن يقوم ببيع مخزونه من الموجودات الملموسة (وهو في الحقيقة ما يجب عليه عمله حتى يظل قادراً على البقاء مالياً)، ومن المشتري بأن يأخذ الموجودات الملموسة خالية وخالصة من الحقوق الضمانية القائمة. وبدون هذا الاستثناء من تطبيق مبدأ استمرار الحق الضماني في الموجودات التي في حوزة المشتري، ستتعوّق كثيرا قدرةُ المانح على بيع المخزونات ضمن سياق عمله المعتاد لأن المشترين سيكون لزاماً عليهم أن يتحروا عن المطالبات الواقعة على الموجودات الملموسة قبل شرائها. ومن شأن هذا الوضع أن يؤدي إلى مزيد من تكاليف المعاملات زيادة كبيرة وإلى أن تتعثر إلى حد بعيد المعاملات الجارية ضمن سياق العمل المعتاد.

٧٠- كما يرسي نهج "سياق العمل المعتاد" أساساً بسيطاً وشفّافاً لحسم مسألة بيع المخزون حرّاً وخالصاً من الحقوق الضمانية. فقيام تاجر معدّات، مثلاً، ببيع معدات إلى مُصنِّع ليستخدمها في مصنعه هو بوضوح عملية بيع لمخزون في سياق عمل التاجر المعتاد، لذا ينبغي تلقائياً أن يأخذ المشتري المعدّات حرّة

وخالصة من أي حقوق ضمانية لدائني التاجر. وتتماشى هذه النتيجة مع تطلعات جميع الأطراف؛ ومن المؤكد أنه يحق للمشتري أن يفترض أن كلا من البائع وأي دائن مضمون للبائع يتطلعان إلى إتمام عملية البيع حتى تُدرَّ عائدات يجنيها البائع. أما إذا قام التاجر ببيع عدد كبير من الآلات جملةً إلى تاجر آخر، فلن يفترض أنه يبيع شيئاً في سياق عمله المعتاد. والقول نفسه ينسحب على قيام صاحب مطبعة ببيع آلات طباعة قديمة حيث لن يكون مثل هذا البيع مندرجاً في سياق عمله المعتاد. وفي معظم الحالات، تكون مسألة ما إذا كان البيع يقع ضمن سياق عمل البائع المعتاد مسألة واضحة تماماً للمشتري أو مسألة يسهل عليه التأكد منها. ولهذه الأسباب، فإن نهج "سياق العمل المعتاد" هو النهج الموصى باتباعه في *الدليل* (انظر التوصية ٨١، الفقرة الفرعية (*أ*)).

٧١- وفيما يتعلق بالبيع الذي يجري بوضوح خارج سياق العمل المعتاد للمانح- أو على الأقل عندما يدور في ذهن المشتري تساؤل بهذا الخصوص- يجوز للمشتري، ما دامت حقوق الدائن الضمانية خاضعة للتسجيل في سجل حقوق ضمانية عام، أن يحمي نفسه بفحص السجل سعياً إلى تحديد ما إذا كانت الموجودات التي سيشتريها خاضعة لحق ضماني؛ فإذا كان هذا هو الحال، جاز له أن يلتمس من الدائن المضمون تحرير الموجودات من ذلك الحق الضماني.

٧٢- وفي بعض الدول، يُسمح لمشتري الموجودات المرهونة بأن يأخذها خالصة من الحق الضماني، حتى ولو كانت المعاملة خارج سياق العمل المعتاد للبائع، إذا كانت الموجودات بضائع زهيدة التكلفة. والسبب الذي يساق تبريراً لهذا النهج هو أن قانون المعاملات المضمونة المعمول به في تلك الولايات القضائية لا يسمح بتسجيل الحق الضماني في مفردات زهيدة التكلفة أو أن تكاليف التسجيل مرتفعة مقارنة بتكلفة تلك الموجودات بحيث يكون من الإجحاف تحميل هذه التكلفة لمشتري تلك المفردات. وفي مقابل ذلك قد يُحتج بأن من غير المرجح أن يعمد دائن مضمون إلى إنفاذ حقه الضماني في الموجودات التي بحوزة المشترى إذا كانت مفرداتها زهيدة التكلفة فعلاً. ثم إن من شأن تحديد المفردات التي تكون تكلفتها زهيدة بما يكفي لإعفائها من التسجيل أن يفضي إلى وضع حدود اعتباطية يتعيّن تنقيحها باستمرار من أجل مواكبة تقلبات التكلفة الناجمة عن التضخم وغيره من العوامل. ولهذه الأسباب لا يوصي *الدليل* بإجراء استثناء إضافي يخص المفردات الزهيدة التكلفة.

٧٣- وقد يشوب نهجَ سياق العمل المعتاد، خاصة في التجارة الدولية، عيبٌ ينشأ في الحالات المحدودة التي لا يكون فيها تحديد الأنشطة المندرجة ضمن سياق العمل المعتاد للبائع أمراً واضحاً للمشتري. إلا أن من المرجّح جداً، في أي علاقة طبيعية بين المشتري والبائع، أن يكون المشتري على علم بنوع العمل التجاري الذي يزاوله البائع ويكون نهج سياق العمل المعتاد متسقاً، في هذه الحالات، مع توقعات الطرفين. ومن ثم، فإن عدد الحالات التي يحدث فيها هذا الالتباس محدود في الواقع العملي. وعند الموازنة، ترجح كفة مزايا نهج سياق العمل المعتاد على كفة عيوبه. فهذا النهج ييسر سبل التجارة ويتيح للدائنين المضمونين وللمشترين حماية مصالح كل منهم على نحو كفء وفعَّال التكلفة دون تقويض الجهود الرامية إلى ترويج الائتمان المضمون.

ب- *نهج حسن النية*

٧٤- تتبع دول كثيرة نهجاً مختلفاً لتحديد ما إذا كان لمشتري الموجودات المرهونة أن يحصل على ملكيتها خالصة من الحق الضماني الذي كان بائعها قد أنشأه فيها. وفي هذه الدول، يأخذ مشتري الموجودات الملموسة تلك الموجودات خالصة من أي حقوق ضمانية إذا اشتراها بحسن نية (أي دون النظر إلى ما إذا

كان البيع قد تم في سياق عمل البائع المعتاد). وقد اعتمدت الدول صيغاً مختلفة لتعريف "حسن النية" لأغراض هذا الاختبار. وعلى سبيل المثال، في بعض الدول يكون من واجب المشتري أن يتحرى عما إذا كانت الموجودات خاضعة لحق ضماني، بينما لا تفرض دول أخرى هذا الواجب على المشتري.

٧٥- ومن الحجج الداعمة لهذا النهج أن حسن النيّة مفهوم معروف في جميع النظم القانونية وأن هناك خبرة كبيرة في تطبيق هذا المفهوم على كلا الصعيدين الوطني والدولي. وتساق حجة أخرى مؤداها وجوب الافتراض في المشتري أنه يتصرف بحسن نية ما لم يَثبُت العكس. وثمة حجة ثالثة تؤيد هذا النهج مؤداها أنه يرفع عن كاهل المشتري ما يتكبده من تكلفة ووقت عند إجرائه فحصاً للسجل. غير أن مشكلة هذا النهج هي تركيزه على معيار ذاتي متصل بعلم المشتري ونواياه (مما يثير مسائل استدلالية صعبة)، بدلاً من تركيزه على التوقعات التجارية للأطراف المشاركة في تلك المعاملات.

ج- *نهج التقييد الزمني*

٧٦- تتبع بعض الدول نهجاً ثالثاً لتحديد متى يجوز أن يكون الحق الضماني نافذاً تجاه المشتري أو أي شخص آخر ينقل إليه المانح موجودات. ففي هذه الدول لا يعود الحق الضماني الذي يرهن الموجودات المبيعة راهناً لها إذا ضمن الحق الضماني ائتماناً مقدماً قبل انقضاء فترة معيّنة (لتكن ستة أشهر مثلاً) من الوقت الذي أصبح فيه الحق نافذاً تجاه الأطراف الثالثة أو من وقت تسجيله. وفي هذا النظام لا يلزم أن يكون المنقول إليه حسَنَ النية ولا حتى أن يحتاز الموجودات في سياق العمل المعتاد للبائع. فمعيار زوال الحق الضماني لا يعدو هنا أن يكون معياراً زمنياً. وفي حين يبدو أن هذا المعيار يأتي بتاريخ موضوعي فإنه يستلزم من جميع المشترين، بما فيهم من يشترون في سياق العمل المعتاد للبائع أو يشترون بحسن نية، أن يحددوا ما إذا كان هناك حق ضماني قائم بل وأن يحددوا أيضاً التاريخ الذي جرى فيه تقديم الائتمان الذي يضمنه هذا الحق الضماني. ويثير هذا النهج قضايا استدلالية وعملية صعبة جداً، كما أنه لا يتناغم مع التوقعات العادية لمشتري وبائعي الموجودات الملموسة.

٣' *حقوق المستأجر*

٧٧- ينشأ أحيانا نزاع على الأولوية بين حائز حق ضماني في موجودات ملموسة منحه إياه مالكها أو مؤجّرها، من جهة، ومستأجر تلك الموجودات، من الجهة الأخرى. والسؤال المطروح، في هذا السياق، ليس عما إذا كان المستأجر يأخذ الموجودات خالصة من الحق الضماني، بمعني انقطاع الحق الضماني فيها؛ بل السؤال هو ما إذا كان الحق الضماني لا يمس بحق المستأجر في استخدام الموجودات المستأجرة بالأحكام والشروط المحدّدة في اتفاق الإيجار. والنقطة الرئيسية هي ما إذا كان من الممكن، إذا ما بدأ حائز الحق الضماني الممنوح من المالك أو المؤجر في إنفاذ حقه، أن يستمر المستأجر رغم ذلك في استخدام الموجودات ما دام يدفع الإيجار ويتقيد بشروط الإيجار الأخرى. والمبدأ العام الذي سبقت مناقشته بشأن المشترين ينطبق هنا أيضاً (انظر الفقرات ٦٢-٦٦ أعلاه). فالموجودات تخضع، من حيث المبدأ، للحق الضماني؛ ومن ثم يجوز للدائن المضمون إنفاذ حقه الضماني لدى تقصير المانح/المالك أو المانح/المؤجر حتى لو أدى ذلك إلى انقطاع المستأجر عن استخدام الموجودات بمقتضى عقد الإيجار.

٧٨- وعلى غرار حالة مشتري الموجودات الملموسة الخاضعة لحق ضماني سابق على الشراء، تعترف دول كثيرة باستثناءين لهذا المبدأ العام. ولا ينقضي الحق الضماني في أي منهما. غير أن حق الدائن المضمون يقتصر، طيلة مدة عقد الإيجار، على حقوق المؤجّر-المانح في الموجودات ويجوز للمستأجر أن يستمر في التمتع باستخدام الموجودات دون انقطاع وفقا لشروط عقد الإيجار.

٧٩- والاستثناء الأول هو أن يكون الدائن المضمون قد أذن للمانح بإبرام عقد إيجار غير متأثر بالحق الضماني. وعلى غرار حالات بيع الموجودات الملموسة، عندما يأذن دائن مضمون بعقد الإيجار، تنتفي أهميةُ علم المستأجر بالحق الضماني. ويوصي *الدليل* بهذا الاستثناء (انظر التوصية ٨٠، الفقرة الفرعية *(ب)*). ويتصل الاستثناء الثاني بالحالات التي يكون فيها عمل مؤجّر الموجودات الملموسة هو تأجير موجودات ملموسة من ذلك النوع، ويكون عقد الإيجار قد أبرم في سياق العمل المعتاد للمؤجر، ولا يكون لدى المستأجر علم فعلي بأن الإيجار ينتهك حقوق الدائن المضمون بمقتضى الاتفاق الضماني. ويتوافر هذا العلم إذا كان المستأجر على علم، مثلاً، بأن الاتفاق الضماني الذي أنشأ الحق الضماني يحظر تحديداً على المانح تأجير الموجودات. غير أن مجرّد العلم بوجود الحق الضماني، سواء أكان سبيل هذا العلم هو رؤية المستأجر إشعاراً مسجّلاً في نظام تسجيل الضمانات أم أي سبيل آخر، لا يكفي لإبطال حقوق المستأجر. ويستند هذا الاستثناء إلى اعتبارات تتعلَّق بالسياسة العامة مماثلة للاعتبارات المتصلة بالاستثناء المناظر في حالة بيع موجودات ملموسة في سياق عمل البائع المعتاد، كما أنه يمثل النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٨١، الفقرة الفرعية *(ب)* والفقرات ٦٧-٧٣ أعلاه).

'٤' حقوق المرخّص له

٨٠- إن القضايا التي نوقشت أعلاه تنشأ أيضاً في سياق ترخيص الموجودات غير الملموسة الخاضعة لحق ضماني يُنشئه المرخِّص وينطبق أيضاً على تراخيص الموجودات غير الملموسة المبدأ العام المنطبق على بيع الموجودات الملموسة وتأجيرها (انظر التوصية ٧٩). وهكذا، إذا كان الحق الضماني في موجودات غير ملموسة نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، استمر هذا الحق في الموجودات التي في حوزة المرخَّص له، ما لم ينطبق على الحالة أي من الاستثناءين المشار إليهما أدناه (انظر التوصيتين ٨٠ و٨١).

٨١- إن للاستثناء الأول الذي تعترف به معظم الدول جانبين يتبعان القاعدة المتعلقة ببيع الموجودات الملموسة وتأجيرها. وعلى غرار عقود الإيجار، فإن المرخص له، الذي أذن له بالترخيص الدائن المضمون، يأخذ الموجود المرخص به خالصا من الحق الضماني ولا تدخل هنا أيضا في الاعتبار أهمية مدى علم المرخص له بوجود الحق الضماني. ويوصي *الدليل* بهذا الاستثناء (انظر التوصية ٨٠، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٨٢- ويمثل الاستثناء الثاني (المناظر أيضاً لحالات الاستثناء المماثلة بشأن بيع الموجودات الملموسة وتأجيرها) حالة تنطوي على ترخيص غير حصري في ممتلكات غير ملموسة يكون فيها مجال عمل المرخِّص هو منح تراخيص غير حصرية في مثل هذه الموجودات، ويكون فيها الترخيص مندرجاً في سياق عمل المرخِّص المعتاد، ولا يكون فيها للمرخص له علم بأن الترخيص ينتهك حقوق الدائن المضمون بموجب الاتفاق الضماني (انظر التوصية ٨١، الفقرة الفرعية *(ج)*). وأسوة بحالات بيع الموجودات الملموسة وتأجيرها، فإن من المسلّم به بوجه عام أن هذا العلم سيكون متوافراً، مثلاً إذا كان المرخّص له على علم بأن الاتفاق الضماني الذي أنشأ الحق الضماني يحظر تحديداً على المانح أن يرخّص باستخدام الموجودات. إلا أن مجرد العلم بوجود الحق الضماني، المستدل عليه من إشعار

مسجّل في نظام تسجيل الضمانات، لا يكفي لإبطال حقوق المرخّص له. ولعل من الأمثلة النمطية على ذلك وجود ترخيص غير حصري ممنوح لمستهلك برامجيات رائجة. وهنا قد يكون الترخيص في حد ذاته يشكل تقصيراً، إذا نص على ذلك الاتفاق الضماني، يجيز للدائن المضمون إنفاذ حقوقه الضمانية والتماس تحصيل الإتاوات من المرخص له؛ وفيما عدا ذلك لا يستطيع الدائن المضمون أن يفعل ذلك إلا عند حدوث تقصير. غير أن كون الترخيص غير الحصري يشكل تقصيراً لا يؤثر في صلاحية الترخيص ما دامت قد استوفيت الشروط المذكورة في الفقرة الفرعية *(ج)* من التوصية ٨١ (خاصة عدم علم المرخص له ترخيصاً غير حصري بأن منح الترخيص ينتهك الاتفاق الضماني المبرم بين المرخِّص والدائن المضمون).

٨٣- ومن المهم أن يُلاحظ أن هذا الاستثناء الثاني يقتصر على التراخيص غير الحصرية للموجودات غير الملموسة (أي التراخيص التي لا يكون المرخَّص له بمقتضاها هو المرخَّص له الوحيد والحصري لحق الملكية الفكرية المشمول بالترخيص)، مثلما هو الحال في البرامجيات التي توزع على نطاق واسع. وحيثما كان المانح يعمل في مجال ترخيص موجودات غير ملموسة، فإن الدائن المضمون الحائز للحق الضماني في الموجودات عادةً ما يتوقع قيام المانح بإعطاء تراخيص غير حصرية في الموجودات من أجل جلب إيرادات. يُضاف إلى ذلك أن من غير المعقول توقّع أن يقوم المرخّص له بمقتضى ترخيص غير حصري بفحص سجل الحقوق الضمانية العام من أجل التأكّد من وجود حقوق ضمانية في الموجودات المرخّص باستخدامها. إلا أن إعطاء ترخيص حصري في موجودات ملموسة يُمنح بمقتضاه المرخّصُ له الحقَ الحصري في استخدام تلك الموجودات في شتى أرجاء العالم أو حتى في إقليم بعينه هو بوجه عام معاملة تفاوضية. وغالباً ما تخرج تلك المعاملات عن سياق عمل المرخِّص المعتاد وإن يكن من الممكن أيضاً أن تندرج في سياق عمله المعتاد إذا كان يعمل في مجال التفاوض على منح تراخيص حصرية، وهو أمر شائع مثلاً في مجال صناعة السينما. ومن المعقول في حالة الترخيص الحصري توقّع أن يفحص المرخّص له سجل الحقوق الضمانية العام لتحديد ما إذا كانت الموجودات المرخّص باستخدامها خاضعة لحق ضماني أنشأه المرخِّص، والحصول على تنازل مناسب أو تخفيض مناسب لمرتبة الأولوية إذا تبين له وجود هذا الحق الضماني.

'٥' حقوق المنقول إليه النائي والمستأجر النائي والمرخَّص له النائي

٨٤- يجب على أي نظام معاملات مضمونة فعال أن يتناول أيضاً شتى الحالات التي يتكرر فيها بيع موجودات مرهونة أو نقلها أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها من جانب منقول إليهم أو مستأجرين أو مرخص لهم. وينطوي نوع أول من تلك الحالات على عمليات نقل هي عمليات بيع لا تتم أي منها في سياق العمل المعتاد للبائع، أو لا تتم بحسن نية، أو لا تتم في غضون فترة زمنية معيّنة (انظر الفقرات ٦٧-٧٦ أعلاه). وفي بعض الدول إذا قام مانح حق ضماني ببيع موجودات مرهونة إلى مشترٍ (المشتري الأول)، وأعاد هذا المشتري بيعها إلى مشترٍ ثانٍ (المشتري النائي)، حصل المشتري النائي على الموجودات المرهونة خالصة من الحق الضماني الذي أنشأه المانح. وسبب الأخذ بهذا النهج في تلك الدول هو أن من الصعب على المشتري النائي أن يكشف عن وجود حق ضماني منحه شخصٌ كان يملك الموجودات المرهونة قبل المشتري الأول. ففي حالات كثيرة لا يعرف المشتري النائي هوية المالك السابق، ولا يكون بمقدوره إذن أن يتحرى عن اسم المالك السابق.

٨٥- إلا أن مشكلة هذا النهج هي أنه ينال من الوثوق بالحق الضماني الذي أعطاه المانح لأن من الممكن أن تباع الموجودات المرهونة، دون علم الدائن المضمون، إلى مشترٍ أول ثم إلى مشترٍ ناءٍ إما عن طوية

سليمة أو بنيَّة مبيَّتة لانتزاع الحق الضماني. ولهذا السبب، تقتضي دول أخرى أن تكون حقوق المشتري النائي متوقفة على حقوق البائع الذي اشترى منه المشتري النائي الموجود المرهون (أي أن تتوقف على ما إذا كان البيع قد جرى في سياق عمل البائع المعتاد أو بحسن نية أو في غضون فترة زمنية معيّنة). وهكذا، إذا حدث، مثلاً، أن المشتري النائي اشترى من بائع سبق له شراء الموجودات خاضعة للحق الضماني احتاز المشتري النائي أيضاً الموجودات خاضعة للحق الضماني. وفي المقابل، إذا حدث في تلك الدول أن المشتري النائي اشترى من بائع سبق له شراء الموجودات المرهونة خالصة من الحق الضماني احتاز المشتري النائي الموجودات خالصة من الحق الضماني.

٨٦- وثمة نوع ثانٍ من الحالات ينشأ عندما يعقب الحقُ الضماني الموجودات المرهونةَ بعد بيعها إلى المشتري الأول لكن المشتري الأول يعيد بعد ذلك، في سياق عمله المعتاد، بيع الموجودات إلى المشتري النائي (إما عن حسن نية أو في غضون فترة زمنية معيّنة). وفي هذه الحالات، لا بد من تحديد أي الحقوق الضمانية قد تأثر بمبدأ سياق العمل المعتاد. وهنا يمكن اتباع نهجين. فبعض الدول تقضي بأن البيع في سياق العمل المعتاد (أو البيع بحسن نية أو في غضون فترة زمنية معيّنة) هو وحده الذي يمكِّن المشتري النائي من احتياز الموجودات خالصة من الحقوق الضمانية التي منحها المشتري الأول. لكن دولاً أخرى تقضي بأن يحتاز المشتري النائي الموجودات خالصة من جميع الحقوق الضمانية، بما فيها الحقوق التي منحها البائع الأصلي.

٨٧- وتشجيعاً لسياسات نهج سياق العمل المعتاد، يوصي *الدليل* بأنه إذا أخذ مشتري الموجودات المرهونة تلك الموجودات خالصة من الحق الضماني الذي منحه بائعها، أخذ المشتري النائي أيضاً تلك الموجودات خالصة من ذلك الحق الضماني (انظر التوصية ٨٢). وإذا أخذ البائع الموجودات خاضعة للحق الضماني أخذها المشتري النائي أيضاً، عادة، خاضعة لذلك الحق (الاستدلال بالضد). ومع ذلك، فلإعفاء المشتري النائي من عبء التحري عن تاريخ الموجودات عندما تكون حيازتها قد تمت في سياق العمل المعتاد للبائع الأصلي يقبل *الدليل* أن يأخذ المشتري النائي الموجودات، في مثل هذه الحالات، خالصة من كل الحقوق الضمانية التي ترهنها، بما فيها الحقوق الضمانية التي قد يكون البائع الأصلي قد منحها. وتستمد النتيجة من قراءة التوصية ٧٩، التي تبيح الاستثناءات، إلى جانب الفقرة الفرعية *(أ)* من التوصية ٨١، التي لا تقتصر على الحقوق الضمانية التي يمنحها البائع المباشر للموجود المرهون. فمن شأن مطالبة شخص (بما في ذلك المستهلك)، يشتري موجودا مرهونا في سياق العمل المعتاد بأن يعود إلى سلسلة ملكيته، أن يعيق التجارة. وعلى أي حال، يكون للمموّل النائي حق غير محدود في العائدات، في حين لا يكون لدى المشترى النهائي عادةً لا الموارد ولا الوقت لتحري سلسلة الملكية النائية ويشتري من التاجر (بدلاً من أن يشتري من شخص خاص) من أجل أن يتجنب تحديداً ضرورة فحص سلسلة الملكية.

٨٨- وهناك مجموعة مماثلة من الاعتبارات تنطبق على الحالات التي تنطوي على سلسلة من عمليات الإيجار والإيجار من الباطن. فمثلاً عندما يُرتأى عدم تأثر حقوق مستأجر موجودات ملموسة بحق ضماني في الموجودات منحه المؤجِّر يعتبر من الملائم بوجه عام ألا تتأثر بذلك أيضاً حقوق المستأجر من الباطن. وأخيراً تساق حجة قوية، كما في حالة بيع موجودات مرهونة وإيجارها، تؤيد كفالة عدم تأثر المرخَّص له من الباطن بحق ضماني أنشأه المرخِّص الأصلي في الحالات التي يرتئي فيها القانون عدم تأثر الترخيص ذاته بالحق الضماني. وتوخياً لاتساق النهج المتبع إزاء المعاملات التي تجرى في سياق العمل المعتاد يوصي *الدليل* بأن يأخذ المستأجر من الباطن أو المرخص له من الباطن الموجودات خالصة

من الحق الضماني في كل الحالات التي يأخذها فيها المستأجر الأصلي أو المرخص له الأصلي خالصة من ذلك الحق (انظر التوصية ٨٢).

'٦' حقوق من توهب لهم موجودات وسائر من تنقل إليهم موجودات مجاناً

٨٩- تختلف وضعية متلقي موجودات مرهونة على سبيل الهبة (وهو عادة الموهوب له، لكنه قد يكون أيضاً الموصى له) بعض الاختلاف عن وضعية شخص يشتريها أو شخص آخر تنقل إليه لقاء مقابل مادي. فحيث إن من تنقل إليه الموجودات لم يحصل عليها لقاء مقابل مادي فليس هناك دليل موضوعي يثبت أنه قد أضير جراء تعويله على ملكية المانح التي بَدَت له ملكيةً غيرَ مرهونة. ومن ثم ففي حالة النزاع على الأولوية بين من وهبت له موجودات وبين حائز على حق ضماني فيها ممنوح من الناقل، تساق حجة قوية تؤيد إعطاء الأولوية للدائن المضمون، حتى في الظروف التي لا يكون فيها الحق الضماني نافذاً على نحو آخر تجاه الأطراف الثالثة. وهناك حجة ثانية تؤيد هذا النهج، وهي أنه عندما يكون الموجود المرهون هو موضوع الهبة، لا تكون هناك عائدات يمكن أن ينظر إليها الدائن المضمون على أنها موجودات مرهونة بديلة. وتعتمد بعض الدول هذا النهج، في حين أن كثيراً منها تتبع القاعدة العامة القائلة بأن الأولوية على المطالبين الآخرين لا تكون إلا للحقوق الضمانية التي جُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة. ومعنى هذا أن الحق الضماني النافذ تجاه الأطراف الثالثة يلاحق الموجودات التي في حوزة المنقول إليه (انظر التوصية ٧٩)، بحيث تقتصر الاستثناءات على المنقول إليهم لقاء مقابل مادي؛ مثل المشترين، وغيرهم ممن يحتازون حقوقاً من المانح لقاء مقابل مادي، أو المستأجرين أو المرخَّص لهم (انظر التوصيات ٨٠-٨٢). وبتطبيق هذه القاعدة، لا يمكن أبداً للموهوب له أن يصبح منقولاً إليه في سياق العمل المعتاد وسيحصل، بذلك، على الموجودات خاضعة للحق الضماني، ما لم يكن هذا الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة.

(د) أولوية المطالبات ذات الأفضلية

٩٠- تعمد دول كثيرة، كوسيلة لتحقيق أهداف اجتماعية عامة، إلى إعادة توصيف بعض مطالبات غير مضمونة معيّنة لتصبح مطالبات ذات أفضلية تعطى لها الأولويةُ، في نطاق إجراءات الإعسار أو حتى خارجها، على سائر المطالبات غير المضمونة. وفي بعض الحالات، تنسحب الأولوية أيضاً على المطالبات المضمونة، بما فيها المطالبات المضمونة التي كانت قد أصبحت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل أو على أي نحو آخر قبل أن تنشأ المطالبات غير المضمونة. فمطالبات الموظفين بالأجور غير المدفوعة ومطالبات الدولة بالضرائب غير المسدَّدة، على سبيل المثال، تعطى الأولوية في بعض الدول على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل. ونظراً لتفاوت الأهداف الاجتماعية من ولاية قضائية إلى أخرى، يكون هناك تباين شديد بين طابع هذه المطالبات الدقيق ومدى الأولوية التي تمنح لها. وعلاوة على ذلك، يجب في كثير من الدول تسجيل بعض هذه المطالبات على الأقل لكي تصبح نافذة تجاه الأطراف الثالثة، في حين لا تنص دول أخرى على أن التسجيل شرط للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وفي الدول التي لا تشترط التسجيل عادةً ما لا تكون المطالبة ذات الأفضلية مشفوعة بحق الملاحقة. ومن ثم لا يمكن إقامة هذا الحق تجاه من نقلت إليه الموجودات المرهونة بالمطالبة ذات الأفضلية (حتى لو نقلت إليه الموجودات مجاناً).

٩١- وإن مزية إرساء هذه المطالبات التفضيلية هي إمكانية تعزيز هدف اجتماعي ما. أما العيب المحتمل أن يشوبها فيتوقف، إلى حد كبير، على مدى اشتراط تسجيلها. وعيب المطالبات ذات الأفضلية غير المسجلة هو أنه يصعب أو يتعذر عادة على الدائنين المحتملين معرفة وجود هذه المطالبات، وهو

أمر من المرجح أن يزيد من عدم التيقن ومن ثم يُثني عن تقديم الائتمان المضمون. وهذا العيب، في حد ذاته، لا يؤثر في المطالبات التي يلزم تسجيلها. ومع ذلك، فحتى المطالبات ذات الأفضلية المسجَّلة يمكن أن تؤثر سلباً على توافر الائتمان المضمون وعلى تكلفته عند إعطائها أولويةً على الحقوق المضمونة المسجلة قبلها. والسبب في ذلك هو أنه لمَّا كانت هذه المطالبات تنقص من القيمة الاقتصادية للموجودات بالنسبة للدائن المضمون، فإن الدائنين يعمدون في كثير من الأحيان إلى تحميل المانح العبء الاقتصادي لتلك المطالبات، وذلك بزيادة سعر الفائدة أو بخصم المبلغ التقديري لتلك المطالبات من الائتمان المتاح.

٩٢- وتفادياً للإثناء عن تقديم الائتمان المضمون، قامت دول كثيرة في الآونة الأخيرة بتقليص عدد المطالبات ذات الأفضلية التي تُعطى الأولويةُ على الحقوق الضمانية القائمة. والاتجاه السائد في التشريعات الحديثة هو ألاَّ ترسى هذه المطالباتُ إلا عند انعدام وسيلة فعّالة أخرى تكفل بلوغ الهدف الاجتماعي المنشود من ورائها. ففي بعض الولايات القضائية، مثلاً، تتحقق حماية العائدات الضريبية بتوفير حوافز تدفع مديري الشركات إلى معالجة المشاكل المالية بسرعة وإلاّ حُمِّلوا مسؤوليةً شخصية، بينما تكون المطالبات المتعلقة بالأجور محمية من خلال صندوق عمومي. وفضلا عن ذلك، تسعى دولاً كثيرة أيضاً إلى الحد من تأثير المطالبات ذات الأفضلية على توافر الائتمان المضمون بفرض حد أقصى إما على المبلغ الذي يجوز سداده للمطالب ذي الأفضلية وإما على النسبة المئوية التي يجوز سدادها لهذا المطالب من المبلغ المحقق عند الإنفاذ.

٩٣- وإذا سمح بوجود مطالبات ذات أفضلية، وجب أن تكون القوانين التي ترسي تلك المطالبات واضحة وشفافة بما يكفي حتى يكون الدائن قادراً على أن يحسب سَلفاً المقدارَ المحتمل للمطالبات ذات الأفضلية وعلى أن يحمي نفسه. وقد حقّقت بعض الدول ذلك الوضوح وتلك الشفافية بإدراج جميع المطالبات ذات الأفضلية في قانون واحد أو في مرفق ملحق بالقانون. وحقّقت دول أخرى هذه النتيجة باشتراط تسجيل المطالبات ذات الأفضلية في سجل عمومي، وبعدم إعطاء تلك المطالباتِ الأولويةَ إلا على الحقوق الضمانية المسجّلة بعد ذلك. غير أنه عندما تعتمد الدول هذا النهج الثاني تزول معظم المبررات المنطقية التي تسوغ وجود تلك المطالبات ذات الأفضلية. والسبب يعود هنا إلى أن عدداً من هذه المطالبات ينشأ قبيل إجراءات الإعسار مباشرةً ومن ثم من غير المرجح نشوء أي ائتمان مضمون بعد تسجيلها (ما لم تكن هناك حاجة إلى تمويل مضمون بعد بدء الإجراءات). ويسعى *الدليل* إلى تحقيق توازن فيما يتعلق بالمطالبات ذات الأفضلية. وهو لا يوصي بتسجيلها، رغم أن تسجيلها أمر وارد؛ بل يوصي بأن يحد القانون من هذه المطالبات نوعاً ومقداراً على السواء، وبأن يصف القانون ما يوجد من هذه المطالبات ذات الأفضلية وصفاً فيه من الوضوح والتحديد ما يكفي لتمكين الدائنين المضمونين المحتملين من تقييم موقفهم بشأن تقديم الائتمان للمانح (انظر التوصية ٨٣).

(هـ) أولوية حقوق الدائنين بحكم القضاء

٩٤- تتمثل القاعدة العامة في نظم المعاملات المضمونة العصرية، في إعطاء الأولوية للحق الضماني النافذ تجاه الأطراف الثالثة على حقوق الدائنين غير المضمونين. غير أن بعض الدول تجيز حصول صاحب المطالبة غير المضمونة على حق في موجودات المدين باستصدار حكم قضائي أو أمر مؤقت من المحكمة ضد المدين وتسجيله الحكمَ القضائي أو أمرَ المحكمة المؤقتَ في سجل الحقوق الضمانية العام. فهذا يؤدي إلى تحويل المطالبة غير المضمونة إلى مطالبة مضمونة ترتَّب أولويتُها حسب قواعد الأولوية العادية. وتذهب بعض هذه الدول إلى أبعد من ذلك فتقضي بأن حقوق الملكية التي يحصل

عليها الدائن غير المضمون عندما يتخذ الخطوات، التي يشترطها القانون الواجب التطبيق للحصول على حكم قضائي أو على أمر مؤقت من المحكمة، يمكن في الواقع أن تكون لها الأولوية على مطالبات معيّنة تخص دائناً مضموناً سابقاً. ويميز القانون بين هؤلاء الدائنين والدائنين غير المضمونين الآخرين بسبب إصرارهم على القيام بكل ما في استطاعتهم، متحملين أحياناً تكلفة كبيرة مقابل ذلك، لمتابعة مطالبتهم ضد الملتزمين إزاءهم. وتيسيراً للإشارة يستخدم مصطلح "الحكم القضائي" في المناقشة التالية للإشارة إلى كل من الحكم القضائي وأمر المحكمة المؤقت؛ في حين يستخدم مصطلح "الدائن بحكم القضاء" للإشارة إلى الدائن الذي حصل إما على حكم قضائي أو على أمر مؤقت من المحكمة ضد المدين.

٩٥- إن هذه النتيجة لا تجحف بحق الدائنين العامِّين غير المضمونين الآخرين لأنهم يتمتعون بنفس الحقوق في تحويل مطالباتهم إلى أحكام قضائية ولكنهم أمسكوا عن بذل ما يلزم لذلك من وقت ومال. إلا أنه، تجنباً لإعطاء الدائنين بحكم القضاء صلاحيات مفرطة، لا سيما في النظم القانونية التي يجوز فيها لدائن واحد أن يبدأ إجراءات الإعسار، تنص بعض قوانين الإعسار على أنه يجوز لممثل الإعسار إبطال الحقوق الضمانية الناشئة من أحكام استُصدرت في غضون فترة زمنية محدّدة تسبق إجراءات الإعسار؛ وهنا يسقط حق ملكية الدائن بحكم القضاء أو لا يُعتَرف به في إجراءات إعسار المدين.

٩٦- وعادةً ما تعالج نظم المعاملات المضمونة العصرية هذا النوع من النزاع على الأولوية بالموازنة بين مصالح الدائن بحكم القضاء والدائن المضمون. فمن مصلحة الدائن بحكم القضاء أن يعرف في وقت معيّن ما إذا كانت قد تبقّت قيمة كافية غير مرهونة من موجودات المانح تسوغ استمراره في إنفاذ الحكم القضائي. لكن تساق من ناحية أخرى حجة قوية متعلقة بالسياسة العامة تؤيّد حماية حقوق الدائن المضمون باعتبار أن الدائن المضمون قد عوَّل تعويلاً صريحاً على حقه الضماني كأساس لتقديم الائتمان.

٩٧- ويسعى كثير من الدول إلى تحقيق هذا التوازن بأن يعطي عموماً أولوية للحق الضماني على حق ملكية الدائن بحكم القضاء في الموجودات المرهونة ما دام الحق الضماني أصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة قبل أن يُنشأ حق ملكية الدائن بحكم القضاء. وهذا هو المبدأ العام المعتمد في *الدليل* (انظر التوصية ٨٤).

٩٨- وفي الدول التي تسعى إلى حماية حقوق الدائنين بحكم القضاء، يوجد عادة استثناء للمبدأ العام المذكور لتوه وقيدان عليه. فالشائع هو أن ينشأ استثناء لحقوق الدائنين بحكم القضاء عند وجود حقوق ضمانية احتيازية في موجودات مرهونة ليست مخزوناً أو سلعاً استهلاكية. وتُمنح الأولوية للحق الضماني الاحتيازي، حتى ولو لم يكن نافذاً وقت حصول الدائن بحكم القضاء على حقوق في الموجودات المرهونة ما دام الحق الضماني جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة في غضون فترة السماح المنطبقة المنصوص عليها بشأن هذا النوع من الحقوق الضمانية. ومن شأن الخلوص إلى نتيجة مناقضة أن يسبب مجازفة غير مقبولة لمقدّمي تمويل الاحتياز الذين سبق لهم تقديم الائتمان قبل حصول الدائن بحكم القضاء على حق ملكيته، مما يثنى عن تمويل الاحتياز (انظر التوصية ١٨٣).

٩٩- أما القيدان اللذان يحدان من القاعدة المذكورة أعلاه فيتصلان بالتقييدات المفروضة على مدى الأولوية التي تعطى للحق الضماني (أي مقدار الائتمان الذي يُعطي الأولويةَ) على حقوق الدائن بحكم

القضاء. والقيد الأول نابع من ضرورة حماية الدائنين المضمونين الحاليين من تقديم مبالغ ائتمانية إضافية استناداً إلى قيمة موجودات خاضعة لحقوق مستمدة من أحكام قضائية. وينبغي إيجاد آلية لإشعار الدائنين بالحقوق المستمدة من أحكام قضائية. وفي الكثير من الولايات القضائية التي يوجد فيها نظام تسجيل يقدم هذا الإشعار من خلال إخضاع الحقوق المستمدة من أحكام قضائية لنظام التسجيل. فإذا لم يوجد نظام تسجيل أو لم تُخضع الحقوق المستمدة من أحكام قضائية لنظام التسجيل جاز إلزام الدائن بحكم القضاء بأن يقدم إلى الدائنين المضمونين الحاليين إشعاراً بوجود الحكم القضائي. ثم إن القانون قد ينص على استمرار أولوية الدائن المضمون الحالي لفترة زمنية معيّنة (قد تتراوح بين ٤٥ و٦٠ يوماً) بعد تسجيل الحق المستمد من حكم قضائي (أو بعد استلام الدائن المضمون إشعاراً بحق الدائن بحكم القضاء في الموجودات المرهونة)، لكي يتسنى للدائن المضمون اتخاذ خطوات تكفل حماية حقوقه تبعاً لذلك. وكلما ضاق الوقت المتاح أمام الدائن المضمون الحالي للتصرف حيال وجود حقوق مستمدة من أحكام قضائية وتَقَلَّص نطاقُ علنية هذه الحقوق، ازداد تأثيرُ احتمالِ وجودِها السلبيُّ على توافر الائتمان وعلى تكلفته، خاصة في سياق المعاملات الائتمانية المتجددة التي تنطوي على تقديم الائتمان في فترات مختلفة بعد إبرام الاتفاق الضماني (انظر على سبيل المثال المقدّمة، الفقرة ٣١).

١٠٠- وفيما يخص الحق الضماني الذي سُجل إشعارٌ بشأنه، يوصي *الدليل* بضرورة إشعار الدائن المضمون بوجود حق لدائن بحكم قضائي وبأن تقتصر أولوية أي حق ضماني على الائتمان المقدّم من الدائن المضمون قبل إشعاره وخلال عدد معيّن من الأيام (يتراوح مثلاً بين ٣٠ و٦٠ يوماً) بعد إشعاره (انظر التوصية ٨٤، الفقرة الفرعية *(أ)*). وصحيح أن هذا القيد يفرض التزاماً على الدائن بحكم القضاء بإشعار الدائن المضمون، إلا أن هذا الالتزام لا يمثّل بوجه عام عبئاً مفرطاً على الدائن بحكم القضاء ويعفي الدائن المضمون من واجب البحث مراراً وتكراراً عما عساه صدر من أحكام ضد المانح؛ وهو واجب أشد وطأة وأعلى تكلفة من الالتزام المذكور آنفاً. وهناك ما يبرر وجود فترة السماح على أساس أنها تمنع الدائن المضمون، في إطار تسهيلات القروض المتجددة أو التسهيلات الائتمانية الأخرى التي تنص على تمديدات لاحقة للتسهيلات الائتمانية، من الاضطرار إلى وقف تقديم القروض أو الائتمانات الأخرى فوراً، وهو ما قد يثير صعوبات في وجه المانح بل ربما يضطره إلى الشروع في إجراءات الإعسار.

١٠١- ويتصل القيد الثاني بالتعهد بتقديم ائتمان آجل. فيجوز أن تمتد أولوية الحق الضماني إلى الائتمان المقدّم حتى بعد إشعار الدائن المضمون بحقوق الدائن بحكم القضاء، شريطة أن يكون الدائن قد تعهد، على نحو لا رجعة فيه وقبل هذا الإشعار، بمبلغ ثابت أو بمبلغ يجوز تحديده وفق صيغة معيّنة.

١٠٢- وأساس هذه القاعدةِ المنطقيُّ هو أن من الإجحاف حرمان الدائن المضمون الذي تعهّد على نحو لا رجعة فيه بتقديم ائتمان من الأولوية التي عوَّل عليها عندما التزم. أما الحجة المقابلة فهي أن وجود حكم قضائي أمر يشكّل، في إطار الكثير من التسهيلات الائتمانية، حالة تقصير تخول الدائن المضمون الحق في وقف تقديم ائتمان إضافي. غير أن وقف تقديم الائتمان قد لا يكفل حماية كافية للدائن المضمون وقد يلحق أضراراً بأطراف أخرى أيضاً. فعلى سبيل المثال، من الوارد جداً أن يضطر المانح، نتيجة فقدان الائتمان فجأة بسبب الحكم القضائي، إلى الشروع في إجراءات الإعسار، مما يسفر لا عن خسائر يتكبدها الدائن المضمون والدائنون الآخرون فحسب، بل أيضاً عن احتمال تدمير مُنشأة المانح. ويحسم *الدليل* هذا النزاع على الأولوية لصالح الاستمرار في تقديم الائتمان في إطار التزام لا رجعة فيه بحيث يتأتى للمانح أن يظل يزاول أعماله (انظر التوصية ٨٤، الفقرة الفرعية *(ب)*).

(و) أولوية حقوق الأشخاص الذين يقدّمون خدمات تتعلق بموجود مرهون

١٠٣- في كثير من الدول، يحصل الدائنون الذين قدّموا خدمات تخص موجودات ملموسة مرهونة أو أضافوا قيمة إليها على نحو ما، من قبيل خزنها أو إصلاحها أو نقلها، على حق ملكية في تلك الموجودات. وفي بعض الدول، يمكن أن يغدو هذا الحق حق ملكية كامل الأركان يتيح لمقدّم الخدمات إنفاذ مطالبته كما لو كانت حقاً ضمانياً. وفي دول أخرى، لا يعدو هذا الحق أن يكون مجرد حق في رفض تسليم الموجودات للمالك أو لدائنه المضمون أو لأي شخص يسعى إلى تسلمها. وبصرف النظر عن طبيعة حق مقدم الخدمات، لا تجوز المطالبة به في هذه الدول إلا في الفترة التي تظل فيها الموجودات في حوزة مقدّم الخدمات.

١٠٤- ومزية معاملة مقدمي الخدمات على هذا النحو هي حثُّهم على مواصلة تقديم الخدمات وتسهيل صيانة الموجودات المرهونة وحفظها. وفي معظم الدول، تعطى الأولوية لحق مقدّمي الخدمات على سائر الحقوق التي يمكن المطالبة بها في الموجودات التي في حوزتهم. وبوجه خاص أن يُقدم هذا الحق على أي حق ضماني آخر في تلك الموجودات، بصرف النظر عن التاريخين اللذين يصبح فيهما كل من الحقين نافذاً تجاه الأطراف الثالثة. والمبرر المنطقي الذي تستند إليه قاعدة الأولوية هذه هو أن مقدّمي الخدمات ليسوا ممولِّين محترفين وينبغي إعفاؤهم من مهمة فحص السجلات بحثاً عما قد يوجد بها من حقوق ضمانية منافسة قبل تقديم الخدمات. ثم إن هذه القاعدة تسهّل تقديم خدمات من قبيل الخزن والإصلاح وسائر التحسينات التي عادةً ما تفيد الدائنين المضمونين وكذلك المانحين.

١٠٥- وهنا يُثار تساؤل حول ما إذا كان ينبغي الحد من مقدار الأولوية المعطاة لمقدّمي الخدمات أو عدم الاعتراف بها إلا في ظروف معيّنة. ومن النهوج المتّبعة في هذا الشأن قصر أولويتهم على مقدار معيّن (مثل إيجار شهر واحد في حالة مُلاَّك العقارات) وعدم الاعتراف بأولوية حقوقهم على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل إلا عندما تضاف قيمة تعود بفائدة مباشرة على حائزي الحقوق الضمانية الموجودة من قبل. وتتمثل مزية هذا النهج في عدم الحد من حقوق الدائنين المضمونين دون داع. ولكن عيبه أنه لا يحمي مقدّمي الخدمات الذين لم يضيفوا قيمة أو لم يستطيعوا إثبات أن خدماتهم قد أضافت قيمة (خدمات الخزن مثلاً). ثم إنه لا بد من تحديد مقدار القيمة التي أضافها مقدّمو الخدمات. وهذا شرط قد يزيد من التكاليف ويتسبب في التقاضي.

١٠٦- ويتمثل نهج آخر في قصر أولوية مقدّمي الخدمات على القيمة المعقولة للخدمات المقدّمة. ويعكس هذا النهج توازنا عادلاً وفعّالاً بين المصالح المتنازعة. كما يكفل قسطاً معقولاً من الحماية لمقدّمي الخدمات بينما يجنِّبهم الخوض في المسائل الصعبة المتعلقة بإثبات القيمة النسبية للموجودات المرهونة قبل تقديم الخدمات وبعده. وبما أن القيمة المعقولة للخدمات تستند إلى حساب يمكن التحقق منه على نحو مقارن وعلني، فإن هذا النهج يقلل أيضاً إلى أدنى حد من التكاليف المقترنة بالمطالبة بالحق. ولهذا السبب، فهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٨٥).

(ز) أولوية حق المورّد في الاسترداد

١٠٧- في بعض الدول، يجيز القانون إعطاء المورّد الذي يبيع موجودات ملموسة بائتمان غير مضمون الحق في أن يسترد من المشتري الموجودات الملموسة، في غضون فترة زمنية محددة، في حالة تقصير المشتري أو عجزه عن تسديد ديونه. وعادة ما يطلق على هذا الحق اسم "حق الاسترداد"، وعلى الفترة

الزمنية المحددة اسم "فترة الاسترداد". وحق الاسترداد هذا يمكن أن ينشأ داخل نطاق الإعسار وخارجه على السواء. وإذا بدأت إجراءات إعسار بشأن المشتري كان على قانون الإعسار المنطبق أن يقرر الحد الذي تقف عنده حقوق المطالبين بالاسترداد أو تتأثر على نحو آخر (انظر التوصيات ٣٩-٥١ من دليل الأونسيترال للإعسار).

١٠٨- وهناك سؤال هام مطروح هو إذا كان ينبغي إعطاء الأولوية لحق استرداد موجودات ملموسة محدّدة على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل في نفس الموجودات، سواء في سياق الإعسار أو خارجه. وبعبارة أخرى فالتساؤل المطروح هو ما إذا كان ينبغي، في حال كون موجودات المشترى (بما فيها الموجودات الملتمس استردادها) خاضعة لحق ضماني، أن تعاد الموجودات المطالب باستردادها إلى البائع خالصة من هذا الحق الضماني. وفي بعض الدول يطبق حق الاسترداد بأثر رجعي، بما يعيد البائع إلى نفس الوضع الذي كان عليه قبل البيع (أي حيازة الموجودات التي لم تكن خاضعة لأي حقوق ضمانية لصالح دائني المشتري). وهذا معناه أنه يُنظر إلى حق الاسترداد باعتباره حقاً ينبع من مبادئ قانون البيع العامة المقصود بها خصيصاً حماية صغار البائعين عندما يخفق المشتري في أداء التزاماته المناظرة. إلا أن الموجودات تظل في دول أخرى خاضعة للحقوق الضمانية القائمة من قبل شريطة أن تصبح تلك الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل أن يمارس المورّد حق الاسترداد الذي يتمتع به. ويتمثل المبرر المنطقي لهذا النهج في أن حائزي هذه الحقوق الضمانية يكونون على الأرجح قد عَوَّلوا على توافر الموجودات المطلوب استردادها عند تقديمهم الائتمان. كما أنه إذا أعطيت حقوقُ الاسترداد الأولويةَ في هذه الحالة فكثيراً ما يكون رد ممولي احتياز المخزون هو تخفيض مقدار الائتمان المقدم للمانح "تحسباً" لمطالبات الاسترداد المحتملة.

١٠٩- وعندما تشترع الدول نظامَ معاملات مضمونة عصرياً من النوع المتوخى في *الدليل*، يكون البائع قادراً على حماية نفسه بالحصول على حق ضماني حيازي في الموجودات، ومن ثم يمكن عادةً أن تتحقق بوسائل أخرى معظم جوانب السياسات العامة المطلوب تعزيزها بمنح حقوق الاسترداد. لذا، يوصي *الدليل* بألا تعطى الأولوية لحقوق الاسترداد على حق ضماني منافس ما لم تمارَس قبل أن يصبح حق ضماني منافس نافذاً تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٨٦).

(ح) أولوية الحق الضماني في الملحقات

١١٠- في كثير من الأحيان، يمكن أن تصبح الموجودات الملموسة ملحقات لموجودات ملموسة أخرى (سواء أكانت منقولة كما في حالة الإطارات الملحقة بالسيارات أم كانت غير منقولة كما في حالة الشمعدانات أو الأفران الملحقة بالمباني). وفي هذه الحالات، يمكن في الغالب أن ينشب تنازع بين الحقوق الضمانية المنشأة في الملحقات والحقوق الضمانية المنشأة في الأشياء التي أضيفت إليها هذه الملحقات. وتراعى اعتبارات مختلفة تتعلق بالسياسة العامة عند تحديد الأولوية النسبية لهذه الحقوق الضمانية عندما يتعلق الأمر بملحقات ممتلكات غير منقولة أو ملحقات موجودات منقولة.

'١' أولوية الحق الضماني في ملحقات الممتلكات غير المنقولة

١١١- يجب أن يتضمن أي نظام معاملات مضمونة، بقدر ما يسمح بإنشاء حقوق ضمانية في ملحقات ممتلكات غير منقولة (حسبما يوصي به *الدليل*؛ انظر التوصية ٢١)، أيضاً قواعد تحكم الأولوية النسبية

لحائز الحق الضماني في ملحقات ممتلكات غير منقولة إزاء حائزي الحقوق المتعلقة بالممتلكات غير المنقولة ذات الصلة. والاعتبار الأول الذي تراعيه قواعد الأولوية هذه هو تفادي الإخلال دون داع بالمبادئ الراسخة لقانون الممتلكات غير المنقولة.

١١٢- ويتعين أن تعالج قواعد الأولوية هذه عدداً من النزاعات المختلفة على الأولوية. أولها النزاع بين الحق الضماني في ملحقات (أو أي حق آخر في ملحقات، مثل حق المشتري أو المستأجر) الذي ينشأ ويُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الممتلكات غير المنقولة وبين الحق الضماني في ملحقات الذي يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بموجب نظام المعاملات المضمونة الذي يحكم الموجودات المنقولة. ومراعاةً لقانون الممتلكات غير المنقولة، تُعطي معظم الدول الأولويةَ في هذه الحالة للحق الذي أنشئ وجُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الممتلكات غير المنقولة. ولأجل المحافظة على موثوقية سجل الممتلكات غير المنقولة، يتبنى *الدليل* أيضاً هذا الموقف (انظر التوصية ٨٧).

١١٣- وقد ينشأ نوع ثانٍ من النزاع على الأولوية عندما يكون هناك حق ضماني في موجودات مرهونة، إما أنها ملحقات لممتلكات غير منقولة وقت نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وإما تصبح ملحقات لممتلكات غير منقولة فيما بعدُ، يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بتسجيله في سجل الممتلكات غير المنقولة. فهنا تكون القضية هي تحديد الأولوية بين الحق الضماني في الملحقات وحق ضماني (أو حق آخر، مثل حق المشتري أو المؤجّر) في الممتلكات غير المنقولة ذات الصلة. وفي هذه الحالات، تتخذ معظم الدول موقفاً يقوم على تحديد الأولوية حسب ترتيب تسجيل الحقوق في سجل الممتلكات غير المنقولة. ومرة أخرى، من المنطقي المحافظة على موثوقية سجل الممتلكات غير المنقولة، وهو أيضاً الأساس المنطقي الذي يستند إليه الموقف الذي يتبناه *الدليل* (انظر التوصية ٨٨).

١١٤- وهناك نوع ثالث من النزاع على الأولوية يمكن أن ينشأ بين حق ضماني حيازي في موجودات مرهونة أصبحت ملحقات لممتلكات غير منقولة، وبين رهن في الممتلكات غير المنقولة. ومن أجل تعزيز تمويل احتياز الملحقات، تقتضي دول كثيرة أن تكون الأولوية للحق الضماني الحيازي، شريطة تسجيله في سجل الممتلكات غير المنقولة في غضون فترة زمنية قصيرة (٢٠-٣٠ يوماً مثلاً)، بعد ما تصبح الموجودات المرهونة ملحقات. ولهذا السبب، يوصي *الدليل* بإعطاء الأولوية للحق الضماني الحيازي في الموجودات المرهونة التي تصبح ملحقات فيما بعد (انظر التوصية ١٨٤؛ وبموجب التوصية ١٩٥ ينطبق المبدأ نفسه أيضاً على الحالات التي يتمتع فيها ممول الاحتياز في النظام غير الوحدوي بحق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي).

٢' *أولوية الحق الضماني في ملحقات الموجودات المنقولة*

١١٥- يمكن أن تثار أنواع شتى من النزاعات على الأولوية بشأن الحقوق الضمانية في موجودات أصبحت فيما بعد ملحقات لموجودات منقولة. ويمكن أن يثار أحد أنواع النزاع على الأولوية بين حقين ضمانيين أو أكثر في موجود أصبح فيما بعد ملحقا لموجود منقول آخر. ويمكن أن يثار نزاع آخر على الأولوية بين حق ضماني في موجود أصبح فيما بعد ملحقا لموجود منقول وحق ضماني في الموجود المنقول ذي الصلة الذي أضيفت إليه الملحقات، عندما يكون كلا الحقين قد سجلا في سجل الحقوق الضمانية العام. وفي كل من هاتين الحالتين، يمكن تحديد الأولوية تبعاً لمبدأ الأولوية العام لأن الملحقات، كصفة تنسب إلى الموجودات، ليست هي التي تحدد الأولوية. ويوصي *الدليل* بهذا النهج. فينبغي، في تلك

الحالات، تحديد الأولوية حسب ترتيب التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٧٦) باستثناء الحالة التي يكون فيها الحق الضماني في الملحقات حقاً ضمانياً حيازياً (انظر الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز).

١١٦- إلا أن هناك حاجة إلى قواعد أولوية خاصة من أجل التعامل مع ثلاثة أوضاع تنشأ في الحالات التي يكون فيها الحق الضماني قد جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى تسجيله في سجل متخصّص أو التأشير بشأنه في شهادة الملكية. وهناك نوع أول من النزاع على الأولوية في مثل تلك الحالات يمكن أن ينشأ بين حق ضماني في موجودات أصبحت ملحقات فيما بعد في حين جُعل هذا الحق الضماني نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصص أو التأشير في شهادة الملكية وبين حق ضماني في الموجودات المنقولة ذات الصلة، قُيِّد في سجل الحقوق الضمانية العام. وفي هذا الوضع عادة ما تعطي الدول الأولوية للحق الأسبق مراعاةً للسياسات العامة التي تؤيد الحفاظ على سلامة السجلات المتخصصة ونظم التأشير في شهادات الملكية. ويوصي *الدليل* بهذا النهج (انظر التوصية ٧٧، الفقرة الفرعية *(أ)*). وثمة نوع ثانٍ من النزاع على الأولوية يمكن أن ينشأ بين حقين ضمانيين في موجودات أصبحت فيما بعد ملحقاتٍ لموجود منقول واحد أو أكثر عندما يُجعل كلا الحقين نافذين تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصص أو التأشير في شهادة ملكية. وهناك نوع ثالث من النزاع على الأولوية يمكن أن ينشأ بين حق ضماني في موجودات أصبحت فيما بعد ملحقات وحق ضماني في الموجودات المنقولة ذات الصلة التي أضيفت إليها الملحقات عندما يُجعل كلا الحقين نافذين تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصِّص أو التأشير في شهادة الملكية. وفي هاتين الحالتين الأخيرتين تُحدّد الأولوية حسب توقيت إجراء هذا التسجيل أو التأشير. ومرةً أخرى، وحفاظاً على سلامة تلك السجلات، فهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٧٧، الفقرة الفرعية *(ب)* والتوصية ٨٩).

(ط) أولوية الحق الضماني في كتلة أو منتج، المستمد من حق ضماني في موجودات مجهزة أو ممزوجة

١١٧- كثير من أنواع الموجودات الملموسة معدَّة لتكون مصنَّعة أو محوّلة أو ممزوجة بموجودات ملموسة أخرى من نفس النوع. ومن هنا يمكن أن تنشأ ثلاثة أنواع من النزاعات على الأولوية تتطلب قواعد خاصة. وهذه الأنواع الثلاثة هي: *(أ)* النزاعات بين حقوق ضمانية مأخوذة في نفس مفردات الموجودات الملموسة التي تصبح في نهاية المطاف ممزوجة في كتلة أو منتج (مثلاً سكَّر وسكَّر؛ وزيت وزيت؛ وحبوب وحبوب)؛ *(ب)* النزاعات بين حقوق ضمانية مأخوذة في موجودات ملموسة مختلفة تصبح في نهاية المطاف جزءاً من كتلة أو منتج (مثلاً سُكَّر ودقيق، وألياف زجاجية وراتنج بوليستير، وقماش وأصباغ في النسيج)؛ *(ج)* النزاعات بين حق ضماني مأخوذ أصلاً في موجودات ملموسة منفصلة وحق ضماني مأخوذ في الكتلة أو المنتج (مثلاً سكر وكعك، وألياف زجاجية وأثاث، وقماش وسراويل). وترد أدناه مناقشة كل من هذه النزاعات الممكنة. إلا أنه تجدر ملاحظة أن الحق الضماني لن يقتصر في حالات عديدة على رهن المادة الخام التي ستمزج في نهاية المطاف داخل منتج أو جزء من الموجودات القابلة للاستبدال التي ستمزج داخل كتلة؛ بل هو سيرهن أيضاً، كموجودات آجلة (انظر التوصية ١٧)، المنتج المصنَّع والكتلة كلها كموجودات مرهونة أصلية. وفي تلك الحالات ستنتقل أولوية الحق الضماني في جزء الكتلة أو المنتج إلى كامل الكتلة أو المنتج، وستنطبق قاعدةُ الأولويةِ الأساسيةُ (انظر التوصية ٧٦).

'١' أولوية الحقوق الضمانية في نفس الموجودات الملموسة التي تكون ممزوجة في كتلة أو منتج

١١٨- تقضي الدول عادة بأن الحقوق الضمانية غير الحيازية المأخوذة في نفس الموجودات الملموسة التي تصبح ممزوجة تظل قائمة في الكتلة أو المنتج وتحتفظ تجاه بعضها البعض بنفس الأولوية التي كانت لها قبل مزجها. وأساس هذه القاعدة المنطقي هو أن مزج موجودات ملموسة داخل كتلة أو منتج لا ينبغي أن يؤثر على حقوق الدائنين المعنيين الذين لهم حقوق ضمانية متنافسة في الموجودات الملموسة المنفصلة. وينبغي أن يظل وضعها كما هو تجاه بعضها البعض. وعلى سبيل المثال، إذا كان للدائن المضمون "ألف" حق ضماني من المرتبة الأولى في نفط قيمته ٠٠٠ ١٠٠ يورو وكان للدائن المضمون "باء" حق ضماني من المرتبة الثانية في ذلك النفط، ظلت أولوية الدائنين المضمونين "ألف" و"باء" كما هي عندما يمزج النفط بنفط آخر. وتكون النتيجة مماثلة في حالة تنافس الحقوق الضمانية على طحين يخلط بمكونات أخرى لتحضير الكعك. ويوصي *الدليل* بهذا المبدأ أيضا (انظر التوصية ٩٠). وبطبيعة الحال، لا يمكن في هذه الحالات، إحقاقاً للإنصاف بين الدائنين المضمونين كمجموعة واحدة ودائنين مضمونين آخرين قد تكون لهم حقوق ضمانية في موجودات أخرى تساهم في إفراز الكتلة أو المنتج، أن يتجاوز المبلغ الإجمالي المتاح للوفاء بمطالبات هؤلاء الدائنين المضمونين قيمة الموجودات الملموسة التي رهنتها حقوقهم الضمانية المنافسة قبيل أن تصبح تلك الموجودات ممزوجة في الكتلة أو المنتج (انظر التوصية ٢٢).

'٢' أولوية الحقوق الضمانية في موجودات ملموسة مختلفة تصبح جزءا من كتلة

١١٩- النوع الثاني من التنافس على الأولوية ينشأ بين حقوق ضمانية في موجودات ملموسة مختلفة تصبح في نهاية المطاف جزءاً من كتلة. وتتبع الدول نهوجاً مختلفة إزاء البت في هذه المسألة، تبعاً للكيفية التي تحدد بها مدى ما للدائن المضمون من حقوق في الكتلة. وقد سبقت الإشارة إلى أن معظم النظم القانونية تنص على جواز المطالبة بالحق الضماني في الموجودات الممتزجة بنفس نسبة الموجودات المرهونة إلى إجمالي مقدار الموجودات الممتزجة. ويقضي هذا النهج بأنه إذا مُزج نفط مرهون تبلغ قيمته ٠٠٠ ١٠٠ يورو بنفط آخر تبلغ قيمته ٠٠٠ ٥٠ يورو داخل صهريج واحد كان للدائن المضمون حق ضماني في ثلثي أي كمية نفط تتبقى داخل الصهريج في الوقت الذي يصبح فيه من الضروري إنفاذ الحق الضماني. وبما أن *الدليل* يتبنى المبدأ العام القائل بوجوب حماية الحقوق الضمانية قدر الإمكان فهو يوصي بهذا النهج. فينبغي الحفاظ في الموجودات الممزوجة على ما كان للحق الضماني من أولوية قبل المزج، وذلك بنفس النسبة التي ساهمت بها في الكتلة الموجودات المرهونة بالحق الضماني والموجودات غير المرهونة به (انظر التوصية ٩١).

'٣' أولوية الحق الضماني في موجودات ملموسة مختلفة تصبح جزءاً من منتج

١٢٠- إذا ظلت الحقوق الضمانية في موجودات ملموسة مختلفة أصبحت في نهاية المطاف جزءاً من منتج قائمةً في هذا المنتج تمثلت القضية في كيفية تحديد القيمة النسبية للحقوق التي يمكن أن يطالب بها كل دائن. وتتبع الدول نهوجاً مختلفة إزاء البت في هذه المسألة، تبعاً للكيفية التي تحدد بها مدى ما للدائن المضمون من حقوق في المنتج. ويوصي *الدليل* بإعطاء الدائنين المضمونين حق تقاسم القيمة الإجمالية القصوى لحقوقهم الضمانية في المنتج حسب نسبة قيمة الموجودات المرهونة

بالحقوق الضمانية لكل منهم قبيل تصنيع جميع مكونات المنتج أو دمجها في القيمة في ذلك الوقت (انظر التوصية ٢٢). وباستخدام مثال الكعك إذا كانت قيمة السكر وقت المزج ٢ وقيمة الدقيق ٥ وقيمة الكعك بعد خَبزه ٨ حصل الدائنان على ٢ و٥ على التوالي؛ على ألاّ يحصل أي من الدائنين المضمونين على أكثر من مقدار التزامه المضمون. وفي المقابل، إذا كانت قيمة السكر ٢ وقيمة الدقيق ٥ وقيمة الكعك بعد خبزه ٦ حصل الدائنان على سُبْعَي وخمسة أسباع الستة، على التوالي. وفي هذه الحالة، يتكبد كل دائن انخفاضاً تناسبياً.

١٢١- ويستنتج من ذلك أنه يحق لأي دائن في هذه الأنواع من الحالات أن يطالب بأولويته قبل التصنيع في حصة المنتج النهائي التي تمثل قيمة الجزء الذي أخذ عليه ضماناً. ومعنى هذا أنه إذا كانت المطالبة المضمونة لدائن مضمون أقل من قيمة الجزء الذي ساهم به والمطالبة المضمونة لدائن مضمون آخر أكبر من قيمة الجزء الذي ساهم به تعذّر على الدائن المضمون الثاني أن يطالب بحق الأولوية في فائض القيمة المتولد عن حصة الدائن المضمون الأول. وتجنباً لهذه القيود، يعمد كثير من الدائنين المضمونين، كما جاء في الفقرة ١١٧ أعلاه، إلى صياغة اتفاقات ضمانية تنص على أن الموجودات المرهونة لا تقتصر على الأجزاء المكوِّنة لها فحسب بل تشمل أيضاً أي كتلة تُصنَّع أو أي منتج يُصنَّع من هذه الأجزاء. غير أن الدول عادة ما تطبق، في الحالات التي لا يغطي فيها الاتفاق الضماني موجودات آجلة، صيغة التقييم النسبية المبينة أعلاه لتحديد حقوق الدائنين المضمونين الذين لهم حقوق ضمانية في مكونات مختلفة تدخل في صنع الكتلة أو المنتج. وهذا أيضاً هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ٩١).

'٤' أولوية الحق الضماني المأخوذ أصلاً في موجودات ملموسةً إزاء حق ضماني في كتلة أو منتج

١٢٢- ثمة نوع آخر من التنافس يتعين على الدول حسمه، ألا وهو التنافس بين حقوق ضمانية في موجودات ملموسة تصبح جزءاً من كتلة أو منتج وحقوق ضمانية مأخوذة في الكتلة نفسها أو المنتج نفسه. وبوجه عام، تتخذ الدول موقفاً مفاده أن قواعد الأولوية العادية تسري على هذه النزاعات. فمثلاً إذا كان للدائن المضمون "ألف" حق ضماني في سكر وسُجِّل بشأن هذا الحق إشعارٌ في ١ كانون الثاني/ يناير، وكان للدائن المضمون "باء" حق ضماني في كعكات حالية وآجلة وسُجِّل بشأن هذا الحق إشعارٌ في ١ شباط/فبراير، كانت الأولوية للدائن المضمون "ألف"، وذلك رهناً بالقيد المنصوص عليه في التوصية ٢٢، وهو أن حقه الضماني ينحصر في قيمة الموجودات قبيل أن تصبح جزءاً من الكتلة أو المنتج. وفي المقابل، إذا كان للدائن المضمون "ألف" حق ضماني في سكر وسُجِّل بشأن هذا الحق إشعارٌ في ١ شباط/فبراير، وكان للدائن المضمون "باء" حق ضماني في كعكات حالية وآجلة وسجل بشأن هذا الحق إشعارٌ في ١ كانون الثاني/يناير، كانت الأولوية للدائن المضمون "باء".

١٢٣- غير أن هناك استثناءً واحداً لهذا المبدأ ينشأ عندما يكون الدائن المضمون الذي أخذ ضماناً في جزءٍ مكوِّنٍ مموِّلَ احتيازٍ (انظر الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز). وفي هذه الحالات، عادة ما تعمد الدول، تمشياً مع الأسلوب العام المتبع في معاملة ممولي الاحتياز، إلى إعطاء الحق الضماني الحيازي أولوية على جميع الحقوق الضمانية في الكتلة أو المنتج، بحيث تمتد تلك الأولوية إلى الموجودات الآجلة. وحفاظاً على نظام متسق يشجع على توافر الائتمان لتمويل احتياز الموجودات الملموسة، يوصي *الدليل* أيضاً باعتماد هذا المبدأ (انظر التوصية ٩٢).

'٥' تأثير التضخم على تطبيق هذه المبادئ

١٢٤- في شتى الأوضاع التي نوقشت في هذا الباب الفرعي، تحُدَّد قيمة الحق الضماني في موجودات تصبح ممتزجة داخل كتلة أو منتج بثلاث طرائق. فأولاً، وبموجب المبادئ العامة لقانون المعاملات المضمونة، لا يمكن المطالبة بقيمة لهذا الحق تتجاوز مقدار الدين المنصوص عليه في الاتفاق الائتماني المضمون. وثانياً، لا يمكن المطالبة بنسبة من إجمالي قيمة المنتج الممزوج أو الكتلة الممزوجة تتجاوز نسبة مساهمة الموجودات المرهونة في قيمة المنتج أو الكتلة. وثالثاً، لا يمكن المطالبة بقيمة تتجاوز قيمة الموجودات المرهونة وقت دمجها داخل الكتلة أو المنتج. إلا أن هناك استثناء واحداً لهذه القاعدة يمكن إجراؤه عند حدوث تضخم. فمثلاً قد يكون هناك حق ضماني في نفط يضمن جزئياً التزاماً قدره ١٠٠ ٠٠٠ يورو في حين قد تكون قيمة النفط قبيل مزجه مباشرة ٨٠ ٠٠٠ يورو بينما قد تبلغ النسبة المئوية للموجودات المرهونة في الكل الممزوج ٣٣ في المائة. فإذا بيع النفط الممزوج تدريجياً بحيث لا يتبقى سوى ٥٠ في المائة من القيمة الإجمالية تحددت، بموجب المبادئ التي نوقشت للتو، القيمة القصوى للحق الضماني بنسبة ٥٠ في المائة من الـ٨٠ ٠٠٠ يورو (أي ٤٠ ٠٠٠ يورو). لكن إذا حدث أن تضاعف سعر النفط في تلك الأثناء ثلاث مرات وجب إعطاء الدائن المضمون حقَ المطالبة بما عسى النفط يملكه من قيمة متضخمة ما دامت هذه القيمة لا تتجاوز الحصة البالغة نسبتها ٣٣ في المائة من قيمة النفط الممزوج كله. وهذا معناه أن القيمة القصوى للحق الضماني ستبلغ في هذه الحالة إما ١٠٠ ٠٠٠ يورو وإما ١٢٠ ٠٠٠ (٤٠ ٠٠٠ يورو مضروباً في ٣) أيهما أقل.

٦- *نطاق قواعد الأولوية وتفسيرها*

(أ) عدم الاعتداد بالعلم بوجود حق ضماني

١٢٥- من السمات الرئيسية لأي نظام معاملات مضمونة عصري أنه يحدد الأولوية، بصرف النظر عن الأساس المعتمد في تحديدها، بناءً على وقائع موضوعية (مثل تسجيل إشعار أو حيازة أو اتفاق سيطرة أو تأشير في شهادة ملكية). وحتى يكفل نظام الأولوية توافر عنصر التيقن يتحتم أن تشكل هذه الوقائعُ الموضوعيةُ الوسائلَ الحصريةَ لتحديد الأولوية. ولهذا السبب نجد أن في معظم الدول التي حَدَّثَت نظامها المعني بالحقوق الضمانية يكون ترتيب الأولوية، حسبما يحدده مثلاً تاريخُ تسجيل الإشعار أو حيازة الدائن، هو المنطبق حتى لو احتاز دائن لاحق أو مطالب منافس آخر لاحق حقوقه وهو على علم بوجود حق ضماني لم يكن حينئذ مسجّلاً أو نافذاً على أي نحو آخر تجاه الأطراف الثالثة.

١٢٦- ويستند أساس هذه القاعدة المنطقي إلى افتراض مفاده أنه كثيراً ما يصعب إثبات أن الشخص كان على علم بواقعة معيّنة في وقت معيّن. وهذا يصح، بوجه خاص، في حالة الشركات أو الكيانات القانونية الأخرى التي لديها موظفون كثيرون. فقواعد الأولوية المعتمدة على العلم الذاتي، أي غير الموضوعي، تفسح المجال أمام تعقيد تسوية النزاعات؛ مما يقلل من درجة التيقن من رتبة أولوية الدائنين المضمونين، ويحدّ بالتالي من كفاءة النظام وفعاليته. وقد يبدو غريباً أن تعطى الأولوية لدائن يعلم بوجود حق ضماني سبق أن أنشأه المانح غير أن تأسيس الأولوية على ترتيب أحداث قابلة للتحقق العلني منها، يقوم الدائن من خلالها بإنفاذ حقوقه تجاه الأطراف الثالثة، لهوَ أمرٌ يكفل توافر عنصر التيقن في العلاقات بين المطالبين المنافسين المحتملين. وهذا الاعتبار يؤيد التوصية الواردة في *الدليل* بعدم الاعتداد في تحديد الأولوية بمجرد العلم بوجود حق ضماني (انظر التوصية ٩٣).

١٢٧- ومع ذلك، يلزم التمييز بين العلم بمجرد وجود حق ضماني والعلم بأن معاملة معيّنة تنتهك حقوقَ الدائن المضمون. فعلم المشتري، مثلاً، بوجود حق ضماني مسجل أو غير مسجل لا يخل بنظام الأولوية المقررة للحقوق الضمانية التي سُجّل من أجلها إشعار استنادا إلى الواقعة الموضوعية المتمثلة في تسجيل الإشعار. وعلى نقيض ذلك، إذا علم المشتري أيضا أن الموجودات التي احتازها يجري بيعها انتهاكاً للشروط المحددة في اتفاق ضماني (مثل فرض حظر على حق المانح في بيع موجودات مرهونة) كان هناك احتمال كبير لأن تترتب على ذلك آثار قانونية كبيرة (انظر الفقرة ٦٨ أعلاه بشأن احتياز حق ملكية الموجودات الخاضعة لحقوق ضمانية قائمة؛ وانظر أيضاً التوصية ٨١، والتوصية ١٠٢، الفقرة الفرعية *(ب)* والتوصيتين ١٠٥ و١٠٦). يُضاف إلى ذلك احتمال وقوع عواقب أخرى تستند إلى قانون آخر غير قانون المعاملات المضمونة إذا كان البيع يشكِّل احتيالاً.

(ب) حرية التعاقد فيما يتعلق بالأولوية: إنزال مرتبة الحق

١٢٨- يقرر نظام الأولوية في معظم الدول القواعد التي تنطبق ما لم تعدِّلها الأطراف المتأثرة تحديداً. وبعبارة أخرى، تقضي معظم الدول بأنه يجوز للدائن المضمون أن يقوم في أي وقت، إما من جانب واحد وإما بموجب اتفاق، بإنزال رتبة أولوية حقه الضماني لصالح حقِ مطالبٍ منافس حالي أو لاحق. فعلى سبيل المثال، يجوز أن يوافق المقرض "ألف"، الذي بحوزته حقٌ ضمانيٌ ذو أولوية أولى في جميع موجودات المانح الحالية والمحتازة لاحقاً، على السماح للمانح بأن يعطي حقاً ضمانياً ذا أولوية أولى في موجودات معيّنة (مثل قطعة معدات) إلى المقرض "باء" لكي يتسنى للمانح الحصول على تمويل إضافي من المقرض باء استناداً إلى قيمة تلك الموجودات. والاعتراف بصحة إنزال رتبة أولوية الحقوق الضمانية يجسّد سياسة عامة راسخة (انظر، مثلاً، المادة ٢٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات). واتساقاً مع الاعتراف الواسع النطاق بجدوى اتفاقات إنزال رتبة الأولوية، يوصي *الدليل* بالسماح بها (انظر التوصية ٩٤).

١٢٩- غير أن إنزال رتبة الأولوية لا يمكن أن يمس حقوق أي مطالب منافس دون رضاه. فلا يمكن أن يؤثر اتفاق إنزال رتبة الأولوية سلباً على أولوية أي دائن مضمون ليس طرفاً في ذلك الاتفاق. وهذا يعني أن إنزال رتبة الأولوية، في الدول التي تلزم الدائنين بأن يذكروا في الإشعار المسجل المبلغَ الأقصى الذي مُنح من أجله حقٌ ضماني (انظر من التوصية ٥٧، الفقرة الفرعية *(د)*)، ينحصر في القيمة المذكورة للحق الأعلى رتبةً. وعليه، إذا حصر المقرض "ألف"، مثلاً، حقه الضماني في مبلغ مقداره ٠٠٠ ١٠٠ يورو وكان للمقرض "باء" حق ضماني مقداره ٠٠٠ ٥٠ يورو في حين كان للمقرض "جيم" حق ضماني مقداره ٠٠٠ ٢٠٠ يورو تعذّرت على المقرض "ألف" الموافقة على إنزال رتبة أولويته لصالح المقرض جيم بحيث يتسنى للمقرض "جيم" المطالبة بأكثر من ٠٠٠ ١٠٠ يورو على اعتبار أن له الأولوية على المقرض "باء".

١٣٠- وغرض اتفاق إنزال رتبة الأولوية هو السماح للدائنين المضمونين بالاتفاق فيما بينهم على أنجع توزيع يرونه لأولوية حقوقهم في الموجودات المرهونة. ومن أجل الاستفادة التامة من هذه التوزيعات الرضائية يلزم أن تظل الأولويةُ الممنوحة بموجب اتفاق إنزال رتبة الأولوية ساريةً في سياق إجراءات إعسار المانح. وفي بعض الولايات القضائية، يتضمن نظام الإعسار مثل هذا الحكم. وقد يكون من الضروري، في ولايات قضائية أخرى، تعديل قوانين الإعسار لتمكين المحاكم من إنفاذ اتفاقات إنزال رتبة الأولوية ولتمكين ممثلي الإعسار من معالجة النزاعات على الأولوية التي تنشب فيما بين الأطراف في اتفاقات إنزال رتبة الأولوية دون احتمال تحميلهم أي مسؤولية في هذا الصدد (انظر الفصل الثاني عشر بشأن أثر الإعسار على الحق الضماني، الفقرة ٦٣ والتوصية ٢٤٠).

١٣١- ولا يعني إنزال رتبة أولوية الحقوق الضمانية وغيرها من حقوق الملكية في الموجودات المرهونة إنزال أولوية المدفوعات السابقة للتقصير. فهذا الأمر متروك لقانون الالتزامات العام. وقبل حدوث التقصير، وما دام المانح مستمراً في سداد القرض أو أي ائتمان آخر حصل عليه، ليس من المعتاد أن يحق للدائن المضمون إنفاذ حقه الضماني ولا يعتد بالأولوية هنا. ومعنى هذا أنه لا يُمنع المانح من سداد التزاماته المضمونة بحقوق ضمانية أدنى أولويةً، ما دام الأمر ليس فيه احتيال وما دام المانح والدائن المضمون لم يتفقا على خلاف ذلك.

(ج) أثر استمرار النفاذ تجاه الأطراف الثالثة على الأولوية

١٣٢- عندما يجوز تحقيق نفاذ حق ضماني تجاه الأطراف الثالثة بأكثر من طريقة (مثلاً، النفاذ التلقائي، أو بواسطة التسجيل أو الحيازة أو السيطرة أو التأشير في شهادة ملكية) يُطرح تساؤلٌ عما إذا كان ينبغي السماح للدائن المضمون الذي أرسى أولوية حقه الضماني في البداية استناداً إلى طريقة من تلك الطرائق بالاستعاضة عنها بطريقة بديلة أخرى دون أن يفقد أولويته الأصلية. ولا تسمح بعض الدول للدائنين المضمونين بتغيير الوسائل التي حققوا بها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وتبعاً لذلك لا يمكن في هذه الدول أن يحتفظ الدائن بأولويته بعد هذا التغيير. فمثلاً إذا قام الدائن بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام في اليوم ١، وحصل في اليوم ١٠ على حيازة الموجودات المرهونة ثم ألغى التسجيل في اليوم ٢٠، فإن الوقت المعتد به لإرساء الأولوية في تلك الدول يصبح، من ذلك الحين فصاعداً، هو اليوم ١٠ لا اليوم ١.

١٣٣- وفي دول أخرى يمكن الاحتفاظ بالأولوية حتى بعد تغيير الطريقة التي يتحقق بها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ويتوقف مدى الاحتفاظ بالأولوية على الطريقة التي تتكامل بها مختلف طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. والمبدأ المعمول به في الدول التي تسمح بتغيير طريقة تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة هو أن الحق الضماني لا يفقد أولويته ما دام لم يأت على الحق الضماني وقت لم يكن فيه غيرَ نافذ تجاه الأطراف الثالثة. فعلى سبيل المثال، إذا أصبح حق ضماني في موجودات نافذاً أولَ الأمر بالحيازة ثم سجل الدائن المضمون فيما بعدُ إشعاراً بالحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام ورَدَّ الحيازةَ إلى المانح، ظل الحق الضماني نافذاً تجاه الأطراف الثالثة وعاد تاريخ الأولوية إلى وقت الحصول على الحيازة أولَ الأمر (ما دام التسجيل سابقاً لتنازل الدائن عن الحيازة). غير أنه إذا سجل الدائن المضمون الإشعار بعد تنازله عن حيازة الموجودات عاد تاريخ بداية أولوية الحق الضماني إلى الوقت الذي سجل فيه الدائن المضمون الإشعار. وتتسم القواعد التي تنص على استمرارية الأولوية بأهمية خاصة في الحالات التي يتحقق فيها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أولَ الأمر عن طريق الحيازة لأن المانح لم يشترط استخدام الموجود المرهون وإنما احتاج المانح فيما بعد، في حالات سريان الترتيبات الائتمانية، إلى استخدام الموجود في عمله فأعيد إليه ذلك الموجود. واتساقاً مع توصيات *الدليل* بشأن استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصيتين ٤٦ و٤٧)، يوصي *الدليل*، بغرض تطبيق قواعد الأولوية الزمنية الموصى بها في *الدليل*، بالاحتفاظ بالأولوية بغض النظر عن تغيير الطريقة التي تحدد بها (انظر التوصيتين ٩٥ و٩٦).

١٣٤- وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة السالفة الذكر لا تسري إلا في الحالات التي تطبق فيها قواعدُ الأولويةِ الزمنيةُ لتحديد الأولوية، ولا تسري في الحالات التي تطبق فيها القواعدُ غيرُ الزمنية. وفي هذه

الحالة الأخيرة يؤثر تغيير طريقة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة على أولوية الحق الضماني حتى لو استمر النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. فمثلاً إذا سجل حائزُ صكٍ قابلٍ للتداول إشعاراً بحق ضماني في الصك قبل تنازله عن حيازته لا يكون مجرد التسجيل كافياً للاحتفاظ بالأولوية الخاصة المقترنة بحيازة الصك. وإذا حدث أن سجل دائن مضمون ثانٍ إشعاراً قبل أن يسجل الدائن المضمون المتنازل عن الحيازة إشعاره، ذهبت الأولوية إلى الدائن المضمون الثاني استناداً إلى أنه كان الأسبقَ تسجيلاً (انظر الفقرة ١٠١). وعلى غرار ذلك، إذا قام دائن مضمون له السيطرة على حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي بتسجيل إشعار بحقه الضماني ثم تنازل عن هذه السيطرة فُقِدت الأولويةُ الخاصة المقترنة بالسيطرة. وإذا حدث أن كان دائن مضمون آخر قد سجل إشعاراً في سجل الحقوق الضمانية العام قبل أخذ الدائن الأول زمام السيطرة ذهبت الأولوية إلى هذا الدائن المضمون الآخر، بمجرد التنازل عن السيطرة، استناداً إلى أنه كان الأسبقَ تسجيلاً (انظر التوصية ١٠٣).

(د) نطاق الأولوية: الالتزامات المشروطة والآجلة

١٣٥- تناولت الفصول السابقة مسألة قدرة الحق الضماني، في نظم المعاملات المضمونة العصرية، لا على ضمان الالتزامات القائمة وقت إنشاء الحق الضماني فحسب بل أيضاً على ضمان الالتزامات المشروطة والآجلة (انظر الفصل الأول بشأن نطاق *الدليل*، الفقرة ١٢ والفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرتين ٤١ و٤٢؛ وانظر أيضاً التوصية ١٦). وتنص معظم الدول على أن الحق الضماني الأصلي يشمل أصل الدين والفائدة على النحو المنصوص عليه في الاتفاق، وكذلك أي رسوم وتكاليف مرتبطة بتحصيل السداد.

١٣٦- وتتفاوت مواقف الدول بشأن الحالات التي يقدِّم فيها المقرضون أموالاً إضافية في المستقبل بموجب ترتيبات ائتمانية (وهو ما يشار إليه أحياناً ب "السلف الآجلة") والحالات التي تشمل التزامات طارئة وآجلة ومشروطة. فبعض الدول تعطي للحقوق الضمانية التي تضمن سداد الالتزامات الآجلة والمشروطة نفس الأولوية التي تعطيها للحق الضماني فيما يخص الالتزام المضمون الأصلي، على أن تكون الالتزامات الآجلة والمشروطة قابلة للتحديد سواء من حيث النوع أو من حيث المقدار. فعلى سبيل المثال قد ينص الاتفاق على أن يقتصر الضمان على السلف الآجلة في نطاق مبلغ ائتماني لا يتجاوز ١٠٠ ٠٠٠ يورو. وفي دول أخرى، يمكن أن يمتد الحق الضماني إلى جميع الالتزامات النقدية وغير النقدية المستحقة للدائن المضمون أياً كان نوعها ومقدارها ما دام الاتفاق ينص على ذلك. وفي هذه الدول تكون للحقوق الضمانية، التي تضمن سداد الالتزامات الآجلة والمشروطة بموجب الاتفاق الضماني، نفس الأولوية التي يحظى بها الحق الضماني بخصوص الالتزام المضمون الأصلي.

١٣٧- والنتيجة العملية للنهج الأخير هي اطمئنان الدائن المضمون، وقت تعهده بتقديم الائتمان، إلى أن أولوية حقه الضماني لن تقتصر على الائتمان الذي يقدمه وقت إبرام الاتفاق الضماني، بل ستشمل أيضاً: *(أ)* الالتزامات التي ستنشأ لاحقاً بموجب شروط الاتفاق الضماني (مثل السلف الآجلة المقدّمة بموجب اتفاق ائتماني متجدد)؛ *(ب)* الالتزامات المشروطة التي تصبح التزامات فعلية عند استيفاء الشرط (مثل الالتزامات التي تصبح واجبة السداد للطرف المضمون بمقتضى كفالة). ففي حالة وجود تسهيل ائتماني متجدد، مثلاً، يوافق المقرض بمقتضاه في اليوم ١ على أن يقدّم إلى المانح، من حين إلى آخر طيلة مدة الائتمان التي تبلغ عاماً واحداً، سلفاً مضمونةً بحق ضماني في موجودات المانح، تكون

للحق الضماني نفس الأولوية بالنسبة لجميع السلف المقدّمة بغض النظر عما إذا كانت قد قدّمت في اليوم ١ أو في اليوم ٣٥ أو في اليوم ٢٦٥.

١٣٨- أما في حالة تقديم ائتمان لتمكين المانح من شراء موجودات ملموسة أو خدمات على أقساط موزعة على مدى فترة من الزمن، فإن هذا النهج يؤدي إلى معاملة المطالبة برمتها باعتبارها نشأت وقت إبرام عقد شراء الموجودات الملموسة أو الخدمات لا وقت تسليم كل دفعة من دفعات الموجودات الملموسة أو وقت تقديم الخدمات. ومن أُسس هذا النهج المنطقية أنه أكثر النهوج فعالية من حيث التكلفة لأنه يغني الدائن المضمون عن الحاجة إلى تحديد الأولوية في كل مرة يقدّم فيها ائتماناً، وهو تحديد يستلزم عادة القيام بعمليات بحث إضافية عن تسجيلات جديدة من جانب دائنين آخرين وتنفيذ اتفاقات إضافية وإجراء تسجيلات إضافية بشأن مبالغ ائتمانية مقدمة في وقت لاحق لإنشاء الحق الضماني. ونظراً إلى أن التكاليف المقترنة بهذه الخطوات الإضافية تحُمَّل دوما وأبدا على المانح مباشرة أو تُجسد في زيادة سعر الفائدة، فإن إلغاءها يمكن أن يخفض تكلفة الدين بالنسبة للمانح. والأساس المنطقي الآخر لهذا النهج هو أنه يقلل إلى أدنى حد من احتمال تعرض المانح لاحتمال انقطاع حق ضماني، يضمن سداد مقدار الائتمان، حصل عليه لاحقاً بموجب الاتفاق الضماني، إذا قرر الدائن المضمون أن هذا الحق الضماني ليست له نفس الأولوية التي تكون له فيما يتعلق بالائتمان الأصلي. ولهذه الأسباب، يوصي *الدليل* أن يحُتفَظ لأي التزامات آجلة قد يضمنها الحق الضماني، بالأولوية الأصلية للحق الضماني الذي يضمن التزاما حاليا (انظر التوصية ٩٧).

١٣٩- غير أن قواعد الأولوية المذكورة يمكن أن تخضع لقيدين محتملين: فأولاً سبق أن قيل إن الأولوية، في بعض الدول التي تمتد فيها أولوية الحق الضماني إلى الالتزامات الآجلة، تقتصر على مبلغ أقصى محدد في الإشعار المسجل في سجل عام بشأن الحق الضماني. والأساس المنطقي لهذا النهج هو أنه قد يشجع على توفير تمويل منخفض الرتبة بتشجيع دائنين محتملين أدنى رتبة على تقديم ائتمانات اعتماداً على القيمة المتبقية للموجودات المرهونة (مثلاً، قيمة الموجودات المرهونة التي تتجاوز المبلغ الأقصى المضمون بالحق الضماني الأعلى رتبة المشار إليه في الإشعار المسجل) ما دام الدائن المحتمل قادراً على التحقق بنفسه من وجود قيمة متبقية كافية (انظر التوصية ٩٨). ولا تأخذ دول أخرى بهذا النهج على أساس أنه قد يشجّع الدائنين المضمونين على تضخيم المبلغ المذكور في الإشعار المسجّل ليشمل مقداراً أكبر من المتوخى وقت إبرام الاتفاق الضماني بحيث يستوعب ما عساه يحدث لاحقاً من تمديدات غير متوقعة للائتمان (انظر الفصل الرابع بشأن نظام السجل، الفقرات ٩٢-٩٧؛ وانظر أيضاً التوصية ٥٧، الفقرة الفرعية *(د)*).

١٤٠- وثانياً، يقر *الدليل* بأنه ينبغي في بعض الظروف ألا يتاح للدائن المضمون التمسك بأولوية حقه الضماني فيما يتعلق بالتزامات آجلة تجاه دائن حصل على حكم قضائي أو على أمر مؤقت من المحكمة ضد المانح واتخذ خطوات لإنفاذ الحكم على الموجودات المرهونة (انظر التوصيتين ٨٤ و٩٧).

(هـ) تطبيق قواعد الأولوية على الحق الضماني في الموجودات الآجلة

١٤١- نوقشت بمزيد من التفصيل في الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ٥١-٥٥) مسألة أن بعض الدول تجيز إنشاء حق ضماني في موجودات قد يحتازها المانح في المستقبل (كالمخزون، مثلاً) أو قد تنشأ مستقبلاً (كالمستحقات

أو المنتجات المزمع تصنيعها مستقبلاً). ويشار أحياناً إلى الفئة الأولى من هذه الموجودات بمصطلح "الموجودات المحتازة لاحقاً" في حين يشار أحياناً إلى الفئة الثانية منها بمصطلح "الموجودات الآجلة". وفي *الدليل*، يستخدم مصطلح "الموجودات الآجلة" للدلالة على كلتا فئتي الموجودات. وفي الدول التي تسمح بإنشاء حقوق ضمانية في موجودات آجلة، يتم الحصول تلقائيا وقتئذ على حق ضماني في تلك الموجودات، على افتراض أن وصف الموجودات الآجلة كافٍ للتعرف عليها، دون اشتراط أي خطوات إضافية تُتَّخذ في الوقت الذي تنشأ فيه الموجودات أو يحتازها فيه المانح. ونتيجة لذلك تكون التكاليف المرتبطة بإنشاء الحق الضماني أقل ما يمكن، كما تتحقق توقعاتُ الأطراف المعنية. وهذا أمر شديد الأهمية بالنسبة للمخزون الذي يُحتاز باستمرار لكي يعاد بيعه، وبالنسبة للمستحقات التي تُحَصَّل وتتولّد باستمرار، وبالنسبة للمعدات التي تستبدل دورياً في إطار السير المعتاد لأعمال المانح.

١٤٢- والاعتراف بالإنشاء التلقائي للحق الضماني في الموجودات الآجلة يثير التساؤل عما إذا كان ينبغي أن يبدأ تاريخ الأولوية منذ الوقت الذي سُجّل فيه الحق الضماني أو الوقت الذي أصبح فيه نافذاً تجاه الأطراف الثالثة أو الوقت الذي احتاز فيه المانح تلك الموجودات. وتتفاوت الدول في أساليب معالجة هذه المسألة. فبعض الدول تتّبع نهجا يميز بين الحالات بحسب طبيعة الدائن المنافس على الأولوية. ففي هذه الدول يبدأ تاريخ الأولوية منذ تاريخ التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالنسبة لسائر الدائنين المضمونين الرضائيين، ومنذ تاريخ نشأة الموجودات أو احتياز المانح لها بالنسبة لجميع المطالبين المنافسين الآخرين. وفي دول أخرى، تحدد الأولوية فيما يتعلق بجميع الموجودات الآجلة وتجاه جميع المطالبين المنافسين بالرجوع إلى تاريخ إنشاء الأولوية الابتدائي.

١٤٣- ومن المقبول عموماً أن ثاني هذه النهوج أكثر فعالية وكفاءة من حيث تشجيع توافر الائتمان المضمون. لذا، عادةً ما تقضي نظم المعاملات المضمونة العصرية بأن تمتد أولوية الحق الضماني، في هذه الحالات، إلى جميع الموجودات المرهونة المشمولة بالإشعار المسجل، بصرف النظر عما إذا كان تاريخ إنشائها أو احتياز المانح لها يسبق تاريخ التسجيل أم يليه. وهذا هو النهج الذي يتبناه *الدليل* (انظر التوصية ٩٩).

(و) تطبيق قواعد الأولوية على الحق الضماني في العائدات

١٤٤- إذا كان للدائن حق ضماني في العائدات، طُرحت قضايا تتعلق بأولوية ذلك الحق الضماني تجاه حقوق المطالبين المنافسين. وعادة ما يكون من بين المطالبين المنافسين على العائدات دائنون ذوو حقوق ضمانية في العائدات باعتبارها عائدات موجودات أخرى ودائنون ذوو حقوق ضمانية في العائدات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية (الموجودات التي تشكّل عائدات لدائن مضمون يمكن أن تشكّل موجودات مرهونة أصلية لدائن مضمون آخر).

١٤٥- فعلى سبيل المثال، قد يكون للدائن "ألف" حق ضماني في كل مستحقات المانح بمقتضى حقه الضماني في كل مخزون المانح الحالي والآجل وفي العائدات المتأتية من بيعه أو التصرف فيه على نحو آخر؛ وقد يكون للدائن "باء" حق ضماني في كل مستحقات المانح الحالية والآجلة باعتبارها موجودات مرهونة أصلية. فإذا باع المانح فيما بعد، بيعاً ائتمانياً، مخزونات خاضعة لحق الدائن "ألف"

الضماني، كان لكلا الدائنين حق ضماني في المستحقات المتولدة من البيع: فللدائن "ألف" حق ضماني في المستحقات باعتبارها عائدات للمخزون المرهون، وللدائن "باء" حق ضماني في المستحقات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية.

١٤٦- وغالباً ما يختلف النهج المتبع إزاء الأولوية من جانب الدول التي تعترف بالحق الضماني في العائدات تبعاً لطبيعة المطالبين المتنافسين ونوع الموجودات التي تدر العائدات. ففي النزاعات على الأولوية بين حائزي حقوق ضمانية متنافسة، يمكن استخلاص قواعد الأولوية الخاصة بالحقوق في عائدات الموجودات المرهونة الأصلية من قواعد الأولوية المنطبقة على الحقوق في تلك الموجودات. وبذلك، يكون وقت نفاذ الحق الضماني في الموجودات المرهونة تجاه الأطراف الثالثة أو وقت تسجيل إشعار بشأن هذا الحق في سجل الحقوق الضمانية العام هو أيضاً وقت نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في عائدات هذه الموجودات المرهونة أو تسجيلها، على التوالي.

١٤٧- وفي حالة التنافس بين حقوق ضمانية في الموجودات باعتبارها عائدات وحقوق ضمانية في تلك الموجودات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية، تميز بعض الدول بين العائدات التي تكون على هيئة مستحقات والعائدات التي تكون على هيئة موجودات ملموسة. وعادةً ما تميز هذه الدول أيضاً بين العائدات المتأتية من بيع المخزون والعائدات المتأتية من بيع المعدات. والقاعدة العامة هنا هي أن الحق الضماني في المستحقات المتولدة عن بيع المخزون باعتباره موجودات مرهونة أصلية تكون له الأولوية على الحق الضماني في تلك المستحقات باعتبارها عائدات للمخزون، بصرف النظر عن التواريخ التي أصبحت فيها الحقوق الضمانية المتعلقة بكل منهما نافذة تجاه الأطراف الثالثة.

١٤٨- وفي دول أخرى، لا يوجد تمييز من حيث هيئة العائدات أو طبيعة الموجودات. والقاعدة هي أن تكون للحق الأول في موجودات معيّنة، الذي يُجسّد بالتسجيل، أولوية على حقوق المطالبين المنافسين. فمثلاً، إذا تقدَّم تاريخ تسجيل الحق الضماني في الموجودات التي تتولد العائدات عن بيعها على تاريخ تسجيل الحق الضماني في العائدات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية، كانت الأولوية للحق الضماني في الموجودات المولدِّة للعائدات، حتى قياساً على العائدات ذاتها. أما إذا سُجل إشعارٌ بشأن الحق في العائدات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية قبل إجراء المطالب المنافس تسجيلاً بشأن الموجودات المولِّدة للعائدات، كانت الأولوية للحق الضماني في العائدات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية. وهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ١٠٠).

١٤٩- وفي الحالات التي لا يُحدَّد فيها ترتيب أولويات الحقوق المتنافسة في الموجودات المرهونة الأصلية تبعا لترتيب تواريخ التسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام (مثلاً،كما في حالة الحقوق الضمانية الاحتيازية التي تتمتع بمرتبة أولوية خاصة)، يتعين أن تحدَّد على نحو مستقل قاعدةُ الأولوية التي ستطبق على العائدات (انظر الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز، الفقرات ١٥٨-١٧٢؛ وانظر أيضاً التوصيات ١٨٥ و١٩٨ و١٩٩). كما سيلزم إجراء تحديد مستقل عندما تحيد قواعد الأولوية، المتعلقة بأنواع معيّنة من الموجودات أو طرائق معيّنة من طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، عن النهج الزمني. فمثلاً ينص *الدليل* على أن الحق الضماني في موجودات خاضعة لسجل خاص الذي يسجَّل في ذلك السجل تكون له الأولوية على الحق الضماني الذي سُجِّل قبل ذلك في سجل الحقوق الضمانية العام (انظر التوصية ٧٧). إلا أن هذه الأولوية الخاصة تتعلق بالموجودات المرهونة الأصلية وحدها لا بأي عائدات ما لم تكن تلك العائدات ذاتها خاضعة للتسجيل في السجل الخاص. وهو ما يمكن أن يحدث مثلاً إذا كان جزء من عائدات التصرف في سيارة يتجسد في الحصول على سيارة أخرى مقابل السيارة الأولى. وأمّا

إذا اتخذت العائدات هيئة مستحقات انطبقت قواعد الأولوية المعتادة المتعلقة بالمستحقات (أي تكون الأولوية للأسبق تسجيلاً في سجل الحقوق الضمانية العام).

١٥٠- وفي كل حالة من الحالات التي يستعرضها الباب باء أدناه، تجدر ملاحظة أن الأولوية الخاصة تتعلق بالموجودات المحددة وحدها (أي الصكوك القابلة للتداول، أو حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، أو حق تقاضي عائدات بمقتضى تعهد مستقل). ففي كل تلك الحالات، إذا ما اتخذت العائدات عند نشأتها نفس هيئة الموجودات المرهونة الأصلية ظلت قواعد الأولوية الخاصة منطبقة؛ لكن إذا اتخذت العائدات هيئة مختلفة تحددت أولوية الحقوق المتنافسة من خلال القواعد المنطبقة على نوع الموجودات التي تشكل المستحقات.

باء- ملاحظات بشأن موجودات معيَّنة

١٥١- سبق استعراض شتى النزاعات المحددة على الأولوية التي يتكرر نشوبها عموماً فيما يتعلق بالموجودات الملموسة. ومبدأ "الأسبقية الزمنية" هو نقطة انطلاق ناجعة لتقرير الأولوية.

١٥٢- غير أنه أشير أيضاً إلى أن هذا المبدأ يحتاج إلى تعديل في حالات معيّنة. وبعض هذه التعديلات تتعلق بدائنين مضمونين آخرين (كالحائزين، مثلاً، على حقوق ضمانية في ملحقات أو حقوق ضمانية في كتل أو منتجات). وهناك تعديلات أخرى تتعلق بالمطالبين المنافسين الذين ليسوا دائنين مضمونين (كالمنقول إليهم، مثلاً، والمستأجرين والمرخص لهم وممثلي الإعسار).

١٥٣- وبالإضافة إلى هذه التعديلات الناتجة عن تنوع الالتزامات المضمونة وتنوُّع المطالبين المنافسين، تتضمَّن نظم المعاملات المضمونة العصرية أيضاً عدداً من قواعد الأولوية الخاصة التي تسري على أنواع معيّنة من الموجودات وتنبع من الوسائل المعيّنة التي تستعمل لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والتي تنطبق على هذه الأنواع من الموجودات. ويتناول هذا الباب قضايا الأولوية المتعلقة بهذه الأنواع من الموجودات.

١- *أولوية الحق الضماني في صك قابل للتداول*

١٥٤- اعتمدت دول كثيرة قواعدَ أولويةٍ خاصة تتعلق بالحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول، مثل الشيكات والكمبيالات والسندات الإذنية. وتعبر هذه القواعد عن أهمية مفهوم القابلية للتداول في تلك الدول.

١٥٥- وقد سبق أن ذكر (انظر الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ٤٧-٥١) أن دولاً كثيرة تجيز تحقيق نفاذ الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول إما بتسجيل الحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام وإما بنقل حيازة الصك (انظر التوصية ٣٧). وكثيرا ما تعطى الأولوية في هذه الدول للحق الضماني الذي يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بنقل حيازة الصك على الحق الضماني الذي يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل بغضّ النظر عن وقت التسجيل. وأساس هذه القاعدة المنطقي هو أنها تحسم النزاع على الأولوية لصالح الحفاظ على قابلية تداول الصكوك القابلة للتداول دون أي قيود. وحفاظاً على اتساق القانون القائم الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول يوصي *الدليل* بمبدأ الأولوية هذا (انظر التوصية ١٠١).

١٥٦- وللسبب نفسه، كثيراً ما تعطى الأولويةُ في تلك الدول للمشتري أو لمنقول إليه آخر (في معاملة رضائية)، إذا كان هذا الشخص مؤهّلا ليكون حائزاً محمياً للصك بمقتضى القانون الذي يحكم

الصكوك القابلة للتداول. وتعطى أولوية مماثلة أيضاً، إذا حاز المشتري أو منقول إليه آخر الصك ودفع قيمة بحسن نية ودون علم بأن نقل الحيازة ينتهك حقوق الدائن المضمون. وتجدر الإشارة، في هذا الصدد، إلى أن علم من يُنقل إليه الصك بوجود حق ضماني لا يعني في حد ذاته عدم تصرفه بحسن نية. فالبائع يجب أن يكون على علم بأن النقل الخالص من الحق الضماني محظور بموجب الاتفاق الضماني. وهنا أيضاً يتبنى *الدليل* قاعدة للأولوية تتماشى ومبادئَ قانونِ الصكوكِ القابلةِ للتداول المذكورة آنفاً (انظر التوصية ١٠٢).

٢- *أولوية الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي*

١٥٧- عادة ما يعالج أي نظام أولويات شامل عدداً من النزاعات المختلفة على الأولوية فيما يتصل بالحقوق الضمانية في الحق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي. وتعتبر بعض الدول الحق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي مجرد مستحق. ففي هذه الدول، لا توجد قواعد خاصة تحكم إنشاء الحقوق الضمانية في الحق في تقاضي أموال أو نفاذ هذه الحقوق تجاه الأطراف الثالثة. ويجوز، في دول أخرى، تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة عن طريق السيطرة أيضاً. وفي هذه الحالات، يجب على الدول أيضاً أن تقرر ما لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بهذه الطريقة من عواقب على الأولوية. ويمكن أن تنشأ هنا أنواع شتى من النزاعات على الأولوية.

١٥٨- ومن هذه الأنواع من النزاعات على الأولوية النزاع الذي ينشب بين حق ضماني جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بطريقة السيطرة وحق ضماني جعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى غير السيطرة. وفي هذه الحالة، تعطي الدول التي اعتمدت مفهوم السيطرة الأولويةَ للحق الضماني الذي جعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بطريقة السيطرة. والسبب في ذلك هو أن هذه النتيجة تسهل المعاملات المالية التي تعوِّل على الحقوق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي مما يغني الدائنين المضمونين عن الحاجة إلى فحص سجل الحقوق الضمانية العام. وهذا أيضاً هو الموقف المتخذ في *الدليل* (انظر الجملة الأولى من التوصية ١٠٣).

١٥٩- والنوع الثاني من النزاع على الأولوية هو النزاع الذي ينشب بين حقين ضمانيين جُعل كل منهما نافذاً عن طريق السيطرة. والنتيجة المنطقية هنا، التي تعتمدها عادة الدول التي تعترف باتفاقات السيطرة، هي إعطاء الأولوية إلى أول حق ضماني منهما جعل نافذاً عن طريق السيطرة (أي حسب ترتيب إبرام اتفاقي السيطرة المناظرين). ولا ينشأ هذا النزاع في الغالب من الناحية العملية لأن من غير المرجّح أن يبرم المصرف الوديع، عن علم منه، أكثر من اتفاق سيطرة بشأن نفس الحساب المصرفي دون اتفاق بين كلا الدائنين المضمونين على كيفية تحديد الأولوية. غير أن نشوء النزاع ممكن نظرياً، ولذا يتخذ *الدليل* موقفاً مفاده أنه ينبغي أن يطبق على هذه الحالات مبدأ الأولوية المعتاد ألا وهو مبدأ "الأسبق زمنياً" (انظر الجملة الثانية من التوصية ١٠٣).

١٦٠- وينشأ نوع ثالث من النزاع على الأولوية عندما يكون أحد الدائنين المضمونين هو المصرف الوديع نفسه. وهناك حجة قوية في هذه الحالة تؤيد إعطاء الأولوية للمصرف الوديع. ولمَّا كان المصرف الوديع يفوز عموما في مثل هذه الحالة، بسبب تمتعه عموماً بحق المقاصة بموجب قانون آخر غير قانون المعاملات المضمونة (ما لم يتنازل عن حقه صراحةً)، فإن وجود قاعدة تؤيد إعطاء الأولوية للمصرف في هذه الحالات يتيح حسم النزاع داخل نطاق نظام الأولوية دون اللجوء إلى قانون آخر. وهذا المبدأ موصى به في *الدليل* (انظر الجملة الثالثة من التوصية ١٠٣).

١٦١- وكثيراً ما تعمد الدول التي تأخذ بقاعدة الأولوية الخاصة إلى استثناء يتعلق بالحالات التي ينشأ فيها النزاع على الأولوية بين المصرف الوديع ودائن مضمون حصل على السيطرة على الحساب المصرفي بأن أصبح عميلاً للمصرف الوديع. وفي مثل هذه الحالات، تتخذ تلك الدول على العموم موقفاً مفاده أنه ينبغي إعطاء الأولوية للعميل. والمبرر المنطقي لهذا النهج هو أنه ينبغي اعتبار أن المصرف الوديع قد تنازل، بقبوله الدائن المضمون المنافس عميلاً لديه، عن مطالبته في اتفاق الإيداع الذي أبرمه مع عميله. كما أن المصرف الوديع كثيراً ما يفقد حقه في المقاصة في هذه الحالة؛ وحيث إن الحساب المصرفي ليس باسم المانح، فلا وجود لعلاقة متبادلة بين المصرف الوديع والمانح ولا وجود، بالتالي، للحق في المقاصة (انظر الجملة الثالثة من التوصية ١٠٣).

١٦٢- والنوع الرابع من النزاع على الأولوية هو الذي ينشأ بين الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي وبين أي حقوق في المقاصة قد تكون للمصرف الوديع تجاه المانح- العميل. ولتجنّب تقويض العلاقة بين المصرف والعميل يعطي قانون المقاصة الأولويةَ عموماً لحقوق المصرف الوديع في المقاصة. وفي بعض الدول أدرج مفهوم الأولوية هذا صراحةً في قانون المعاملات المضمونة. وهذا هو أيضاً الموقف الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ١٠٤).

١٦٣- ويمكن أن ينشأ نوع خامس من النزاع على الأولوية بين الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي وبين حقوق من تنقل إليه أموال من ذلك الحساب المصرفي، عندما يكون المانح هو الذي شرع في نقل تلك الأموال. ويقصد بمصطلح "نقل الأموال" أن يشمل طائفة متنوعة من عمليات النقل، بما فيها النقل بالشيكات والوسائل الإلكترونية. وفي هذه الحالات هناك حجة قوية، تتعلق بالسياسات العامة وتؤيد حرية تداول الأموال؛ وهذه الحجة تدعم القاعدة التي تمنح الأولوية للمنقول إليه ما دام لم يكن يدرك أن نقل الأموال إليه ينتهك حقوق الدائن المضمون بموجب اتفاقه الضماني. أما إذا كان المنقول إليه على علم بأن نقل الأموال ينتهك الاتفاق الضماني أَخَذَ هذه الأموالَ خاضعةً للحق الضماني. وهذه هي توصية *الدليل*، مع التنبيه الشديد إلى أن التوصية لا يقصد منها النيل من حقوق من تنقل إليهم أموال من حسابات مصرفية بموجب قانون آخر غير قانون المعاملات المضمونة (انظر التوصية ١٠٥).

٣- *أولوية الحق الضماني في النقود*

١٦٤- حرصاً على زيادة قابلية تداول النقود إلى أقصى حد، تسمح دول كثيرة لمن تنقل إليه نقود بأن يأخذها خالصة من مطالبات الآخرين، بمن فيهم حائزو الحقوق الضمانية في هذه النقود. والاستثناء الوحيد من قاعدة الأولوية هذه، كما في حالة من تنقل إليهم أموال من حسابات مصرفية، هي عندما يكون المنقول إليه على علم بأن نقل الأموال إليه ينتهك الاتفاق الضماني المبرم بين صاحب الحساب والطرف المضمون (مثلاً، في حال تواطؤ المنقول إليه مع صاحب الحساب المصرفي على حرمان الدائن المضمون من حقوقه). وكما هو الشأن في الحالات المماثلة المتعلقة بنقل أموال من حسابات مصرفية، فإن مجرّد علم المنقول إليه بوجود الحق الضماني لا يبطل حقوقه. وهنا أيضاً يوصي *الدليل* بمبدأ الأولوية هذا، تمشياً مع الممارسة المقبولة بوجه عام التي تحكم النقود (انظر التوصية ١٠٦).

٤- أولوية الحق الضماني في الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل

١٦٥- تطور القانون المنظم للتعهدات المستقلة تطوراً كبيراً من خلال الممارسات السائدة في مجال خطابات الاعتماد والكفالات المصرفية. وقد سبقت الإشارة (انظر الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ١٤٩-١٥٣) إلى أن الحق الضماني في الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل لا يمكن جعله نافذاً تجاه الأطراف الثالثة إلا بطريقة السيطرة. ولما كانت الطريقة المتبعة عادةً لتحقيق السيطرة في هذا السياق هي الحصول على إقرار، فإن السيطرة لا يمكن أن تتحقّق في حالة تعدّد المسددين المحتملين (كالكفيل/المُصدر، والمثبِّت، وعدة أشخاص مسمين) إلا تجاه كل شخص بعينه يقدم إقراراً سواء أكان كفيلاً/مُصدِراً أو مُثبِّتاً أو شخصاً مُسمى. لذا عادةً ما تركز قاعدة الأولوية على الشخص الذي يتولى السداد.

١٦٦- وفي الحالة النادرة التي ينشأ فيها نزاع على الأولوية بين حائز الحق الضماني في الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل الذي يُجعل نافذاً عن طريق السيطرة، والحق الضماني الذي يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بسبب أنه يضمن سداد مستحقات أو صكوكاً قابلة للتداول أو موجودات ملموسة أخرى، تكون الغلبة عادةً للحق الأول (انظر التوصيتين ٤٨ و١٠٧). وكما هو الحال بالنسبة للحسابات المصرفية، فإن هذه القاعدة تستند إلى الحاجة إلى تسهيل المعاملات التي تنطوي على تعهّدات مستقلة بإعفاء الأطراف من الحاجة إلى البحث في سجل الحقوق الضمانية العام لتقرير ما إذا كانت المستحقات المدعومة بالتعهد المستقل خاضعة أيضاً لحق ضماني، مما يشجع على التعويل على التعهدات المستقلة. وهذا النوع من النزاع على الأولوية نادر جداً من الناحية العملية لأن المستفيد من المستحقات يكون، في معظم الحالات، هو أيضاً المستفيد من التعهد المستقل. وعلى أي حال، فاتساقاً مع المبدأ العام القائل بأن الأولوية تكون "للأسبق زمنياً"، عندما يُجعل حقّان ضمانيان نافذين تجاه الأطراف الثالثة بتحقيق السيطرة عن طريق الإقرار تعطى الأولوية لأول حق ضماني منهما يقر به المسدد. ويستند أساس هذه النتيجة المنطقي في جانب كبير منه إلى الممارسة، على اعتبار أنها قاعدة خاصة تقتضيها ضرورة الإبقاء على انخفاض تكاليف التعهدات المستقلة. ونظراً إلى أن التعهدات المستقلة فرع شديد التخصص من فروع القانون التجاري يرجع الفضل الكبير في تطويره إلى الممارسة، فإن *الدليل* يوصي بمواءمة قواعد الأولوية ذات الصلة مع هذه المبادئ (انظر التوصية ١٠٧).

٥- أولوية الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول

١٦٧- عادةً ما تتضمّن نظم المعاملات المضمونة العصرية قواعد تعالج على الأقل نزاعين من النزاعات على الأولوية يتعلقان بالمستندات القابلة للتداول (من قبيل إيصالات المستودع وسندات الشحن القابلة للتداول). وأولهما نزاع بين حائز حق ضماني في مستند قابل للتداول أو في الموجودات الملموسة المشمولة به من ناحية، ومن ناحية أخرى الشخص الذي يُنقل إليه المستند القابل للتداول حسب الأصول. وحفاظاً على قابلية التداول في إطار قانون المعاملات غير المضمونة، تنص معظم الدول على أن الحق الضماني في المستند القابل للتداول والموجودات الملموسة المشمولة به يكون أدنى رتبةً من أي حقوق أعلى يحتازها من يُنقل إليه المستند بموجب القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول. ولهذا السبب ذاته، فإن هذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ١٠٨).

١٦٨- والنوع الثاني من النـزاع هو الذي يجري بين حائز حق ضماني في الموجودات الملموسة المشمولة بالمستند القابل للتداول مستمدٍ من حق ضماني في ذلك المستند القابل للتداول وحائز حق ضماني في الموجودات الملموسة ناتج عن بعض المعاملات الأخرى (مثل إنشاء حق ضماني مباشر في الموجودات الملموسة). ويمكن أن ينشأ هذا النوع من النـزاع إما في الحالة التي يصبح فيها الحق الضماني المباشر في الموجودات الملموسة نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بينما تكون الموجودات الملموسة خاضعة للمستند القابل للتداول، أو عندما يصبح الحق الضماني المباشر في الموجودات الملموسة نافذاً تجاه الأطراف الثالثة قبل أن تصبح الموجودات الملموسة خاضعة للمستند القابل للتداول. وفي كلتا الحالتين، تعطى الأولوية عادةً للحق الضماني في المستند القابل للتداول. وتشجع قاعدةُ الأولوية هذه التعويلَ على المستندات القابلة للتداول باعتبارها واسطة تجارية، خاصة فيما يتعلق بسندات الشحن الصادرة في سياق البيع الدولي. ولذا، فهذا هو النهج الموصى به في *الدليل* (انظر التوصية ١٠٩).

١٦٩- غير أن هناك ما يبرر وجود استثناء لهذه القاعدة في الحالة المعيّنة التي تكون فيها الموجودات الملموسة الخاضعة للمستند القابل للتداول موجودات أخرى غير المخزون. وعادةً ما يتوقع الدائنون شحن المخزون وإصدار سند الشحن أو إيصال المستودع ومن ثم، يمكنهم ترقب فترة قصيرة تكون فيها الموجودات المرهونة مباشرة بحقهم الضماني مشمولة بسند أو إيصال. وهذا لا ينطبق عادةً على المعدات مثلاً. ومن هنا تقل، بالنسبة للموجودات التي ليست مخزوناً، أهمية القاعدة التي تعطي الأولوية المطلقة للحق الضماني في المستندات القابلة للتداول؛ كما يمكن تبرير وجود استثناء. ولذا، لا يمكن تطبيق القاعدة عندما تكون الموجودات الملموسة موجودات أخرى غير المخزون ويكون الحق الضماني المباشر (أي الحق الضماني للدائن المضمون غير الحائز للمستند القابل للتداول) قد جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة قبل الأسبق من الوقتين التاليين: *(أ)* الوقت الذي تصبح فيه الموجودات مشمولة بالمستند القابل للتداول؛ *(ب)* الوقت الذي أبرم فيه اتفاق بين مانح الحق الضماني والدائن المضمون الحائز للمستند القابل للتداول ينص على أن تكون الموجودات مشمولة بالمستند القابل للتداول، ما دامت الموجودات قد أصبحت مشمولة على هذا النحو في غضون فترة زمنية قصيرة محددة (لتكن ٣٠ يوماً مثلاً) اعتباراً من تاريخ إبرام الاتفاق. وفي هذه الحالة تحديداً، تنطبق القاعدة العادية التي تعطي الأولوية "للأسبق زمنياً"؛ فتكون الأولوية لأول دائن جَعل ضمانته في الموجودات الملموسة نافذة تجاه الأطراف الثالثة (إما مباشرةً أو من خلال أخذ حق ضماني في مستند قابل للتداول يمثل تلك الموجودات). وهذا الاستثناء يوفّر لحائزي الحقوق الضمانية في موجودات ملموسة ليست مخزوناً قدراً من الحماية إزاء الحالات التي يجعل فيها المانحُ الموجوداتِ مشمولةً بمستند قابل للتداول، دون توجيه إشعار بذلك إلى هؤلاء الحائزين ودون إذن منهم. ولهذه الأسباب يوصي *الدليل* أيضاً باعتماد هذا الاستثناء (انظر الجملة الثانية من التوصية ١٠٩).

جيم- التوصيات ٧٦-١٠٩

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بأولوية الحق الضماني هو:

(أ) توفير قواعد من أجل تحديد أولوية الحق الضماني، مقارنة بحقوق المطالبين المنافسين، بطريقة فعّالة ومنصفة وقابلة للتنبؤ؛

(ب) تيسير المعاملات التي يمكن للمانح أن ينشئ بها أكثر من حق ضماني واحد في الموجود ذاته، وتمكينه بذلك من استخدام كامل قيمة موجوداته من أجل الحصول على الائتمان.

١- توصيات عامة

الأولوية بين الحقوق الضمانية الممنوحة من نفس المانح في نفس الموجودات المرهونة

٧٦- ينبغي أن ينص القانون على أن تُحدَّد الأولوية بين الحقوق الضمانية المتنافسة الممنوحة من نفس المانح في نفس الموجودات المرهونة، وفقا لما يلي:

(أ) بين الحقوق الضمانية التي جُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار، تحدد الأولوية بترتيب التسجيل، دون اعتبار لترتيب إنشاء الحقوق الضمانية؛

(ب) بين الحقوق الضمانية التي جُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى غير التسجيل، تحدد الأولوية بترتيب النفاذ تجاه الأطراف الثالثة؛

(ج) بين الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل والحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى غير التسجيل، تحدد الأولوية (دون اعتبار للوقت الذي حدث فيه الإنشاء) بترتيب التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، أيهما حدث أولا.

تخضع هذه التوصية للقواعد المنصوص عليها في التوصيات ٧٧ و٧٨ و٨٧-١٠٩، فضلا عن التوصيات ١٧٨-١٨٥ (الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز، الخيار ألف: النهج الوحدوي).

أولوية الحق الضماني المسجّل في سجِّل متخصّص أو المؤشر بشأنه على شهادة ملكية

٧٧- ينبغي أن ينص القانون على أن الحقّ الضماني في موجود ما، الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصّص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية، وفق ما تنص عليه التوصية ٣٨ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، تكون له الأولوية على ما يلي:

(أ) أي حق ضماني في نفس الموجود سُجِّل بشأنه إشعار في سِجلّ الحقوق الضمانية العام أو جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة غير التسجيل في سجلّ متخصّص أو التأشير بشأنه على شهادة ملكية، بصرف النظر عن الترتيب؛

(ب) أي حق ضماني في نفس الموجود سُجِّل لاحقا في السجل المتخصّص أو أُشِّر بشأنه على شهادة ملكية.

٧٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا نُقل موجود مرهون أو أُجِّر أو رُخِّص باستخدامه وكان الحق الضماني في ذلك الموجود، وقتَ النقل أو التأجير أو الترخيص، نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصّص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٨ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، فإن المنقول إليه أو المستأجر أو المرخَّص له يأخذ حقوقه رهنا بالحق الضماني باستثناء ما هو منصوص عليه في التوصيات ٨٠-٨٢. بيد أنه إذا لم يكن الحق الضماني قد جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصّص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية فإن المنقول إليه أو المستأجر أو المرخَّص له يأخذ حقوقه خالية من الحق الضماني.

أولوية حقوق المنقول إليهم في الموجود المرهون ومستأجريه والمرخّص لهم باستخدامه

٧٩- ينبغي أن ينصّ القانون على أنه إذا نُقل موجود مرهون أو أُجِّر أو رُخِّص باستخدامه وكان الحق الضماني في ذلك الموجود نافذا تجاه الأطراف الثالثة وقتَ النقل أو التأجير أو الترخيص، فإن المنقول إليه أو المستأجر أو المرخَّص له يأخذ حقوقه رهنا بالحق الضماني، باستثناء ما هو منصوص عليه في التوصيات ٧٨ و٨٠-٨٢.

٨٠- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) لا يستمر الحق الضماني في الموجودات المرهونة التي يبيعها المانح أو يتصرّف فيها على نحو آخر، إذا أذن الدائن المضمون ببيع تلك الموجودات أو التصرّف فيها بشكل آخر خالية من الحق الضماني؛

(ب) لا تتأثر بالحق الضماني حقوق مستأجر الموجودات المرهونة أو المرخص له باستخدامها إذا أذن الدائن المضمون للمانح بتأجير الموجودات أو الترخيص باستخدامها دون أن تتأثر بالحق الضماني.

٨١- ينبغي أن ينص القانون على أنّ:

(أ) مشتري الموجودات الملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) في سياق العمل المعتاد للبائع يأخذ ما اشتراه خالصا من الحق الضماني، شريطة ألا يكون المشتري على علم، وقتَ البيع، بأنّ هذا البيع ينتهك حقوق الدائن المضمون بمقتضى الاتفاق الضماني؛

(ب) حقوق مستأجر الموجودات الملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) المستأجَرة في سياق العمل المعتاد للمؤجر لا تتأثر بأي حق ضماني في تلك الموجودات، شريطة ألا يكون المستأجر على علم، وقتَ إبرام عقد الإيجار، بأن هذا الإيجار ينتهك حقوق الدائن المضمون بمقتضى الاتفاق الضماني؛

(ج) حقوق من يقبل ترخيصا غير حصري في موجودات غير ملموسة جرى الترخيص بها في سياق العمل المعتاد لمانح الترخيص لا تتأثر بأي حق ضماني في هذه الموجودات، شريطة ألا يكون المرخَّص له على علم، وقتَ إبرام اتفاق الترخيص، بأن هذا الترخيص ينتهك حقوق الدائن المضمون بمقتضى الاتفاق الضماني.

٨٢- ينبغي أن ينصّ القانون على أنّه عندما يحصل منقول إليه على حق في موجودات مرهونة خالية من حق ضماني، فإنّ أي شخص يحصل لاحقا من المنقول إليه على حق في تلك الموجودات يأخذ حقه أيضا خاليا من الحق الضماني. وإذا لم تتأثر حقوق المستأجر أو المرخص له بالحق الضماني، لا تتأثر أيضا حقوق المستأجر من الباطن أو المرخص له من الباطن بذلك الحق الضماني.

أولوية المطالبات ذات الأفضلية

٨٣- ينبغي أن يحدّ القانون، من حيث النوع والمقدار، من المطالبات ذات الأفضلية التي تنشأ بإعمال القانون وتكون لها أولوية على الحقوق الضمانية، وإذا وجدت هذه المطالبات ذات الأفضلية فينبغي وصفها في القانون بطريقة واضحة ومحدّدة.

أولوية حقوق الدائنين بحكم القضاء

٨٤- ينبغي أن ينص القانون على أنّ للحق الضماني الأولوية على حقوق الدائن غير المضمون، ما لم يكن الدائن غير المضمون قد حصل، بمقتضى قانون آخر، على حكم أو أمر قضائي مؤقت ضد المانح واتخذ الخطوات اللازمة للحصول على حقوق في الموجودات المرهونة متذرعا بذلك الحكم أو الأمر القضائي المؤقت قبل أن يُجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وتنسحب أولوية الحق الضماني على الائتمان الذي يقدمه الدائن المضمون:

(أ) قبل انقضاء [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد أن يكون الدائن غير المضمون قد أشعر الدائنَ المضمونَ بأنه اتخذ الخطوات اللازمة للحصول على حقوق في الموجود المرهون؛ أو

(ب) عملا بالتزام غير قابل للإلغاء (بمبلغ محدّد أو مبلغ يحدّد عملا بصيغة محدّدة) من الدائن المضمون بأن يقدم الائتمان، إذا عُقد هذا الالتزام قبل أن يكون الدائن غير المضمون قد أشعر الدائن المضمون بأنه اتخذ الخطوات اللازمة للحصول على حقوق في الموجود المرهون.

تخضع هذه التوصية للاستثناء الوارد في التوصية ١٨٣ (الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز، الخيار ألف: النهج الوحدوي).

أولوية حقوق الأشخاص الذين يقدِّمون خدمات تتعلق بموجود مرهون

٨٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان قانون آخر يعطي الدائن الذي قدم خدمات تتعلق بموجود مضمون (بإصلاحه أو تخزينه أو نقله مثلا) حقوقا معادلة للحقوق الضمانية، فإنّ تلك الحقوق تقتصر على الموجودات التي في حوزة ذلك الدائن، في حدود القيمة المعقولة للخدمات المقدّمة، وتكون لتلك الحقوق أولوية على الحقوق الضمانية القائمة من قبل في الموجود وجُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة).

أولوية حق المورّد في الاسترداد

٨٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان قانون آخر ينص على أن لمورّد الموجودات الملموسة حق استردادها، يكون هذا الحق في الاسترداد أدنى مرتبةً من الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن يمارس المورِّد حقه.

أولوية الحق الضماني في ملحقات الممتلكات غير المنقولة

٨٧- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني أو أي حق آخر (مثل حق أحد المشترين أو المستأجرين) في ملحقات الممتلكات غير المنقولة الذي يُنشأ ويُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون الممتلكات غير المنقولة، على النحو المنصوص عليه في التوصيتين ٢١ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) و٤٣ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة) تكون له الأولوية على أي حق ضماني في تلك الملحقات يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة).

٨٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الموجودات الملموسة التي تكون ملحقة بممتلكات غير منقولة وقت جعل هذا الحق نافذا تجاه الأطراف الثالثة، أو التي تصبح بعد ذلك ملحقة بممتلكات غير منقولة، إذا جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٣ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، كان له الأولوية على أي حق ضماني أو أي حق آخر (مثل حق أحد المشترين أو المستأجرين) في الممتلكات غير المنقولة ذات الصلة يُسجّل لاحقا في سجل الممتلكات غير المنقولة.

أولوية الحق الضماني في ملحقات الموجودات المنقولة

٨٩- الحق الضماني أو أي حق آخر (كحق المشتري أو المستأجر) في ملحقات بموجودات منقولة إذا جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل متخصص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية بمقتضى التوصية ٤٢ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، كانت له أولوية على أي حق ضماني أو أي حق آخر في الموجودات المنقولة ذات الصلة يُسجّل لاحقا في السجل المتخصص أو يؤشر بشأنه على شهادة الملكية.

أولوية الحق الضماني في كتلة أو منتج

٩٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا ظل حقان ضمانيان اثنان أو أكثر في نفس الموجودات الملموسة قائمين في كتلة أو منتج، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٢٢ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني)، فإن تلك الحقوق الضمانية تحتفظ بنفس ما كان للحقوق الضمانية في الموجودات من أولوية فيما بينها مباشرة قبل أن تصبح الموجودات الملموسة جزءا من كتلة البضاعة أو المنتج.

٩١- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا ظلّت أي حقوق ضمانية في موجودات ملموسة منفصلة قائمة في نفس الكتلة أو المنتج وكان كل واحد من تلك الحقوق الضمانية نافذا تجاه الأطراف الثالثة، كان من حق الدائنين المضمونين أن ينالوا حصة من القيمة الإجمالية القصوى لحقوقهم الضمانية في الكتلة أو المنتج وفقا لنسبة قيمة الحق الضماني لكل منهم. ولأغراض هذه الصيغة، تكون القيمة القصوى للحق الضماني هي الأقل من بين القيمة المنصوص عليها في التوصية ٢٢ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) ومبلغ الالتزام المضمون.

٩٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الحيازي في موجودات ملموسة منفصلة الذي يظل قائما في الكتلة أو المنتج ويكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة تكون له الأولوية على أي حق ضماني منحه نفس المانح في الكتلة أو المنتج.

عدم الاعتداد بالعلم بوجود حق ضماني

٩٣- ينبغي أن ينص القانون على أن علم أحد المطالبين المنافسين بوجود حق ضماني، لا يؤثر في الأولوية.[1]

إنزال مرتبة الحق

٩٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز لأي مطالب منافس يتمتع بحق الأولوية أن يُنزل مرتبة أولويته في أي وقت، بقرار انفرادي أو بالاتفاق، لصالح أي مطالب منافس آخر في الحاضر أو المستقبل.

أثر استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة على الأولوية

٩٥- ينبغي أن ينص القانون على أن أولوية الحق الضماني، لأغراض التوصية ٧٦، لا تتأثّر بتغيّر الطريقة التي يُجعل بها نافذا تجاه الأطراف الثالثة، شريطة ألا تكون هناك أي فترة يكون فيها الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة.

٩٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني مشمولا بإشعار مسجّل أو جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة ثم كانت هناك لاحقا فترة لم يكن فيها ذلك الحق لا مشمولا بإشعار مسجّل ولا نافذا تجاه الأطراف الثالثة، فإن أولوية الحق الضماني تبدأ في أبكر وقت بعد ذلك عندما يصبح الحق الضماني إما مشمولا بإشعار مسجّل وإما نافذا تجاه الأطراف الثالثة.

أولوية الحقوق الضمانية التي تضمن الالتزامات القائمة والآجلة

٩٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصية ٨٤، تمتد أولوية الحق الضماني إلى جميع الالتزامات المضمونة، بصرف النظر عن الوقت الذي تُعقد فيه هذه الالتزامات.

نطاق الأولوية

٩٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا قامت دولة بتنفيذ الفقرة الفرعية *(د)* من التوصية ٥٧ (الفصل الرابع بشأن نظام السجل)، فإن أولوية الحق الضماني تنحصر في المبلغ الأقصى المبين في الإشعار المسجّل.

تطبيق قواعد الأولوية على الحق الضماني في موجودات آجلة

٩٩- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أولوية الحق الضماني، لأغراض الفقرتين الفرعيتين *(أ)* و*(ج)* من التوصية ٧٦، تمتد لتشمل جميع الموجودات المرهونة المشمولة بالإشعار المسجّل، بغض النظر عما إذا كان المانح قد احتازها أو عما إذا وجدت قبل التسجيل أو بعده أو عند حصوله.

[1] فيما يتعلق بأثر العلم بأنّ معاملة ما تنتهك حقوق دائن مضمون، انظر التوصية ٨١ والفقرة الفرعية *(ب)* من التوصية ١٠٢، والتوصيتين ١٠٥ و١٠٦.

تطبيق قواعد الأولوية على الحق الضماني في العائدات

١٠٠- ينبغي أن ينص القانون على أن وقت نفاذ الحق الضماني في موجودات مرهونة تجاه الأطراف الثالثة أو وقت تسجيل إشعار بشأنه، يكون أيضا، لأغراض التوصية ٧٦، هو وقت نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في عائداته أو وقت تسجيله.

٢- توصيات تخص موجودات معينة

أولوية الحق الضماني في صك قابل للتداول

١٠١- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة الصك، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٧ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، تكون له الأولوية على الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بأي طريقة أخرى.

١٠٢- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة غير حيازة الصك يكون أدنى مرتبة من حقوق الدائن المضمون أو المشتري أو المنقول إليه الآخر (بالاتفاق) الذي:

(أ) يكون مؤهّلا كحائز متمتع بالحماية بموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول؛ أو

(ب) يحتاز الصكَّ القابل للتداول ويقدّم قيمة بحسن نيّة ودون أن يعلم أن النقل ينتهك ما للدائن المضمون من حقوق بمقتضى الاتفاق الضماني.

أولوية الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

١٠٣- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٩ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، تكون له أولوية على الحق الضماني المنافس الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بأي طريقة أخرى. وإذا أبرم المصرف الوديع اتفاقات سيطرة مع أكثر من دائن مضمون واحد، حُدِّدت الأولوية، فيما بين أولئك الدائنين المضمونين، وفقا للترتيب الذي أبرمت به اتفاقات السيطرة. وإذا كان المصرف الوديع هو الدائن المضمون، كانت لحقه الضماني أولوية على أي حق ضماني آخر (بما في ذلك الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب اتفاق سيطرة مُبرم مع المصرف الوديع، حتى إذا كان الحق الضماني للمصرف الوديع متأخرا زمنيا) باستثناء الحق الضماني للدائن المضمون الذي اكتسب السيطرة بأن أصبح صاحب الحساب.

١٠٤- ينبغي أن ينص القانون على أن أي حق للمصرف الوديع، قائم بمقتضى قانون آخر، في أن يقوم بمقاصة الالتزامات المستحقة له على المانح من حق المانح في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، تكون له أولوية على الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في الحساب المصرفي باستثناء الحق الضماني لدائن مضمون حصل على السيطرة بأن أصبح صاحب الحساب.

١٠٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه في حال قيام المانح بنقل أموال من حساب مصرفي، يأخذ المنقول إليه هذه الأموال خالية من أي حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في هذا الحساب المصرفي، ما لم يكن المنقول إليه على علم بأن هذا النقل ينتهك ما للدائن المضمون من حقوق بمقتضى الاتفاق الضماني. ولا تؤثر هذه التوصية سلبا في حقوق من تُنقَل إليهم أموال من حسابات مصرفية بموجب قانون آخر.

أولوية الحق الضماني في النقود

١٠٦- ينبغي أن ينص القانون على أن من يحصل على حيازة نقود خاضعة لحق ضماني يأخذ تلك النقود خالصة من الحق الضماني، ما لم يكن ذلك الشخص على علم بأنّ هذا النقل ينتهك ما للدائن المضمون من حقوق بمقتضى الاتفاق الضماني. ولا تؤثر هذه التوصية سلبا في حقوق حائزي النقود بموجب قانون آخر.

أولوية الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل

١٠٧- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة السيطرة تكون له الأولوية على الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة عملا بالتوصية ٤٨ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة). وإذا تحققت السيطرة بالإقرار وصدرت إقرارات متضاربة عن شخص ما لأكثر من دائن مضمون واحد، حُددت الأولوية فيما بين أولئك الدائنين المضمونين وفقا للترتيب الذي صدرت به تلك الإقرارات.

أولوية الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول

١٠٨- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في مستند قابل للتداول وفي الموجودات الملموسة المشمولة به يكون أدنى مرتبة من أي حقوق متفوقة يحصُل عليها بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول شخص نُقل إليه هذا المستند.

١٠٩- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في موجودات ملموسة الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة مستند قابل للتداول، تكون له أولوية على أي حق ضماني منافس جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى. ولا تنطبق هذه القاعدة على الحق الضماني في موجودات من غير المخزون إذا كان الحق الضماني للدائن المضمون غير الحائز للمستند القابل للتداول قد جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل الأسبق من بين الموعدين التاليين:

(أ) الموعد الذي أصبح فيه الموجود مشمولا بالمستند القابل للتداول؛

(ب) الموعد الذي أُبرم فيه اتفاق بين المانح والدائن المضمون حائز المستند القابل للتداول ينص على أن يكون الموجود مشمولا بمستند قابل للتداول، شريطة أن يكون الموجود قد أصبح مشمولا بذلك المستند في غضون [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام من تاريخ الاتفاق.

سادسا- حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- الاتفاق الضماني يفصح عن تفاهم المانح والدائن المضمون. وهو، بصفته عقدا، يخضع لقانون العقود العام للدولة، الذي يتناول مسائل مثل تكوين العقود وتفسيرها وآثارها والإخلال بها وإبطالها وإنفاذها. ومع ذلك، ونظرا للمواضيع والأغراض الخاصة للاتفاقات الضمانية، تسن الدول عادة قواعد خاصة إضافية تنظم تكوينها وآثارها. وعادة ما تنص هذه القواعد، مثلا، على نظام شامل نسبيا يحكم آثار الاتفاق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، ويترك للمانح والدائن المضمون أن يحددا تعاقديا، بمقتضى مبدأ استقلالية الطرفين، الجزء الأكبر من الآثار التي تلحق بكل منهما (انظر التوصية ١٠).

٢- ويختلف المضمون الموضوعي لأي اتفاق ضماني بحسب احتياجات الطرفين ورغباتهما. وتتناول بنود الاتفاقات الضمانية عادة ثلاثة مواضيع رئيسية. فأولا، تدرج بعض الأحكام في الاتفاق لأنها تشكل جزءا من المقتضيات الإلزامية لإنشاء حق ضماني. فعلى سبيل المثال، تندرج القواعد المتعلقة بوصف الموجودات المرهونة والالتزام المضمون في هذه الفئة. ويوصي *الدليل*، في الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، بأن تكون هذه المقتضيات الإلزامية التي ينبغي توفرها لكي يكون الاتفاق الضماني نافذا بين الطرفين محصورة في الحد الأدنى ويسهل الوفاء بها (انظر التوصيات ١٣-١٥).

٣- وثانيا، يتضمّن الاتفاق الضماني القياسي أيضا شروطا مختلفة تحدد حقوق الطرفين والتزاماتهما متى أصبح الاتفاق نافذ المفعول بينهما. ويتناول الكثير من تلك الشروط عواقب تقصير المانح أو إخلال الدائن المضمون بالتزام ما. وكثيرا ما تُذكَر بالتفصيل الأحداث التي تشكل تقصيرا من جانب المانح وسبل الانتصاف المتاحة للدائن المضمون لإنفاذ شروط الاتفاق الضماني. وفي العادة، كان الأثر الكبير الذي يمكن أن يحدثه الإنفاذ على حقوق الأطراف الثالثة يدفع الدول إلى أن تحدد بشيء من التفصيل مجموعة من القواعد الإلزامية التي تحكم التقصير والإنفاذ (انظر الفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني). وترمي هذه القواعد الإلزامية في العادة إلى حماية حقوق المانحين والأطراف الثالثة. ولما كانت هذه القواعد إلزامية، فهي تعلو بالضرورة على أي شروط للاتفاق الضماني تحدد للدائن حقوقا وسبل انتصاف مخالفة. ومع ذلك، يجوز في بعض النظم القانونية أن يتنازل المانح عن فائدة هذه القواعد الإلزامية بعد التقصير (انظر التوصية ١٣٣) أو أن يتنازل عنها الدائن المضمون في أي وقت (انظر التوصية ١٣٤). غير أنه في حال عدم التضارب بين شروط الاتفاق الضماني والقواعد الإلزامية، أو عندما ينص الاتفاق الضماني على قدر من الحماية للمدين أو للأطراف الثالثة أكبر حتى من القواعد الإلزامية (على سبيل المثال، عن طريق إعطاء المانح أو الأطراف الثالثة الحق في إعادة إعمال الاتفاق بعد التقصير)، فإن الأحكام الواردة في الاتفاق الضماني تُنظِّم العلاقة بين الطرفين بعد التقصير.

٤- وثالثا، عادة ما تتضمن الاتفاقات الضمانية مجموعة من الأحكام يقصد بها تنظيم جوانب العلاقة بين الطرفين بعد الإنشاء ولكن قبل التقصير. فكثيرا ما تستدعي الكفاءة وقابلية التنبؤ بالأمور في المعاملات المضمونة وجود بنود إضافية تفصيلية تنظم الجوانب المستمرة من المعاملة. وهناك دول كثيرة تشجع الأطراف فعليا على صوغ شروط الاتفاق الضماني بحيث تلبي احتياجاتها الخاصة. ومع ذلك، وكما هو الحال في الحقوق والالتزامات اللاحقة للتقصير، تضع تلك الدول ذاتُها أيضا قواعد إلزامية مختلفة تتعلق بالحقوق والالتزامات السابقة للتقصير، خصوصا في الحالات التي قد تتأثر فيها حقوق أطراف ثالثة. ومع ذلك، فإن الدول عادة ما تحد قدر الإمكان من تلك القواعد الإلزامية السابقة للتقصير، بغية إعطاء المانحين والدائنين المضمونين أقصى قدر من المرونة لتصميم اتفاقهم بما يناسب احتياجاتهم.

٥- وإن الدول، وإن كانت عموما راغبة عن فرض قائمة كاملة من القواعد الإلزامية التي تحكم حقوق والتزامات المانح والدائن المضمون السابقة للتقصير، فإنها تهتم بتقديم الإرشاد للمانحين وللدائنين المضمونين. وفي الواقع، تسنّ دول كثيرة أعدادا متفاوتة من القواعد غير الإلزامية التي تنطبق، إذا لم يحدد الطرفان خلاف ذلك في اتفاقهما الضماني. ولا يتناول هذا الفصل جميع الحالات التي قد تودّ فيها الدول أن تصوغ قواعد غير إلزامية من هذا القبيل، بل يقتصر على تقديم قائمة إرشادية وغير حصرية بتلك القواعد غير الإلزامية السابقة للتقصير والتي توجد عموما في التشريعات الوطنية المعاصرة.

٦- ويركّز البحث التالي على ثلاث مسائل تتعلق بالسياسة العامة. المسألة الأولى، وترد مناقشتها في الباب ألف-٢، تتعلق بمبدأ استقلالية الطرفين وإلى أي مدى ينبغي أن تكون للطرفين حرية تشكيل شروط اتفاقهما الضماني (مع افتراض أن الاتفاق يفي بالمقتضيات الموضوعية والشكلية لإنشاء الحق الضماني). وأما المسألة الثانية، وترد مناقشتها في الباب ألف-٣، فهي تتعلق بالقواعد الإلزامية التي ينبغي أن تحكم حقوق والتزامات المانحين والدائنين المضمونين السابقة للتقصير. وأما المسألة الثالثة، وترد مناقشتها في البابين ألف-٤ وألف-٥، فهي تتعلق بنوع القواعد غير الإلزامية التي يمكن إدراجها في التشريعات العصرية التي تحكم المعاملات المضمونة.

٧- ويبحث الباب باء من هذا الفصل مختلف القواعد الإلزامية وغير الإلزامية التي تتناول الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير فيما يتعلق بأنواع معيّنة من الموجودات والمعاملات. ويختتم الفصل، في الباب جيم منه، بمجموعة من التوصيات.

٢- *استقلالية الطرفين*

(أ) استعراض عام

٨- يعلن *الدليل*، في الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، مبدأ استقلالية الطرفين كإحدى دعامات نهجه الأساسي إزاء المعاملات المضمونة (انظر التوصية ١٠). ويشكل هذا المبدأ في معظم الدول، جزءا من قانون العقود العام، وهو إنما ينطبق على قانون المعاملات المضمونة لأن الاتفاق الضماني عقدٌ. والفكرة المحورية هي أنه ينبغي، ما لم تنص الدولة على خلاف ذلك، أن يتمتع الدائن المضمون والمانح بحرية تصميم اتفاقهما الضماني كما يروق لهما. وفي حين أن استقلالية الطرفين تعطي مقدّمي الائتمان سلطة كبيرة في تقرير مضمون الاتفاق الضماني، فالمتوقع هو أن السماح للدائن المضمون والمانح بتشكيل معاملتهما وتوزيع الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير حسبما يناسب أهدافهما على أفضل وجه يسمح عادة للمانحين بتوسيع نطاق إمكانية الحصول على ائتمان مضمون.

٩- ولمبدأ استقلالية الطرفين بُعدان متميزان عند تطبيقه على الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير. ويستهدف البعد الأول الدول. فبينما ينبغي أن تكون للدول حرية سنّ قواعد إلزامية تحكم السمات الأساسية للعلاقة المستمرة بين الطرفين، ينبغي أن يكون عدد تلك القواعد محدودا وأن يكون نطاقها مبينا بوضوح. وأما البعد الثاني فموجَّه نحو الآثار التي يسعى المانح والدائن المضمون إلى تحقيقها عن طريق اتفاقهما. فأي شروط تخرج عن قواعد غير إلزامية أو تعدّلها أو تطرق مسائل لم تتناولها قواعد دولة ما غير الإلزامية، لا تقيد سوى طرفي ذلك الاتفاق ولا تؤثر في حقوق الأطراف الثالثة إلا في الحدود التي تنص عليها المبادئ العامة لقانون العقود.

١٠- ويمكن أن توجد قيود تشريعية على استقلالية الطرفين في شكل قواعد إلزامية في كل من قانون المعاملات المضمونة وقوانين أخرى. وقد اعتمد الكثير من الدول قوانين لحماية المستهلك تفرض ضوابط رقابية واسعة النطاق على المعاملات الاستهلاكية، وكثيرا ما تقيد بشدة قدرة الدائنين المضمونين والمانحين على تصميم نظام خاص بهم للحقوق والالتزامات السابقة للتقصير. ويمكن أن يُضرب لذلك مثل قاعدة تمنع الدائنين المضمونين من تقييد حق المانحين المستهلكين من بيع الموجودات المرهونة أو التصرف فيها. كما سنت دول كثيرة قوانين تتعلق بالأسرة تقيد استقلالية الطرفين كثيرا عندما يتعلق الأمر بـ"ممتلكات عائلية" أو "ممتلكات مشتركة". ويمكن أن يُضرب لذلك مثل قاعدة تمنع الدائنين المضمونين من تقييد استخدامات المانحين لتلك "الممتلكات العائلية" (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(ب)*). ويوصي *الدليل* أنه ينبغي، وإن كان ينطبق قانون المعاملات المضمونة على الحقوق الضمانية التي ينشئها المستهلكون أو يحتازونها، ألا تتأثر حقوق المستهلكين التي يخوّلها لهم قانون حماية المستهلك (انظر الفصل الأول من *الدليل* بشأن نطاق الانطباق، الفقرة ١١ والتوصية ٢، الفقرة الفرعية *(ب)*).

١١- وإضافة إلى تلك القواعد الإلزامية التي تحكم مانحين معيّنين وموجودات معيّنة مبينة في قوانين أخرى، من الشائع أن تفرض الدول قواعد إلزامية مختلفة أكثر عمومية. وتوجد تلك القواعد عادة في تشريع المعاملات المضمونة وتتعلق في الغالب بالتقصير والإنفاذ (فعلى سبيل المثال، لا يمكن التنازل عن معيار السلوك في حالة الإنفاذ من جانب واحد أو تغييره بالاتفاق، انظر التوصية ١٣٢). ولكن بعض تلك القواعد يتعلق أيضا بالحقوق والالتزامات السابقة للتقصير (على سبيل المثال، يجب على الطرف الحائز الاعتناء على نحو معقول بالموجودات المرهونة وإعادتها وإنهاء أي إشعار مسجَّل حالما يُسدَّد الالتزام المضمون بالكامل؛ انظر التوصيتين ١١١ و١١٢). وتُبحث هذه الأنواع الأخيرة من القواعد الإلزامية السابقة للتقصير في الباب التالي من هذا الفصل.

١٢- ونظرا إلى أن استقلالية الطرفين هي المبدأ الأساسي، فغالبا ما يصوغ الدائن المضمون والمانح وبالتفصيل عددا من العناصر الهيكلية لاتفاقهما. فمثلا، كثيرا ما تُذكر البنود التالية بالتحديد:

(أ) الموجود المطلوب رهنه والشروط التي يجوز أن يرهن بها فيما بعد موجود لم يكن مرهونا أصلا؛

(ب) الالتزام المطلوب ضمانه بموجب الاتفاق (بما في ذلك الالتزامات الآجلة)؛

(ج) ما يُسمح للمانح أن يفعله بالموجودات المرهونة وما يحظر عليه أن يفعله بها (بما في ذلك إن كان للمانح الحق في استخدام الموجودات وتغييرها وجني ثمارها والعائدات المتأتية منها والتصرف فيها)؛

(د) ما إذا كان يجوز للدائن المضمون أن يحصل على حيازة الموجود المرهون قبل التقصير وكيفية حيازته وحقوق وواجبات الدائن فيما يتعلق بموجود مرهون في حوزته؛

(هـ) سلسلة من الإقرارات التي يدلي بها المانح والالتزامات التي يأخذها على عاتقه فيما يتعلق بالموجود المرهون، من قبيل الالتزام بالحفاظ على الموجود في حالة جيدة وبتأمينه على الهلاك وبإبلاغ الدائن المضمون في حالة التمسك بحق قانوني تجاه الموجود؛

(و) الأحداث التي تسبِّب التقصير (من جانب المانح أساسا ولكن من جانب الدائن المضمون أيضا) بمقتضى الاتفاق.

١٣- وينبغي أن تُدرس مختلف القواعد الإلزامية وغير الإلزامية المبينة أدناه في ظل هذه الخلفية المتعلقة باستقلالية الطرفين ونطاقها المعتاد حسبما يرد في الاتفاق الضماني.

(ب) مصدر حقوق الطرفين والتزاماتهما

١٤- تتعلق معظم القواعد الإلزامية وغير الإلزامية المتصلة بحقوق الطرفين والتزاماتهما السابقة للتقصير بالأسلوب الذي توزّع به امتيازات الملكية ومسؤولياتها بين المانح والدائن المضمون. والموقف الذي تتخذه معظم الدول، تمشيا مع مبدأ استقلالية الطرفين ولكن مع مراعاة أي قيود مناسبة (انظر الفقرات ٩-١١ أعلاه)، هو أنه ينبغي للطرفين نفسيهما أن يحدّدا حقوقهما والتزاماتهما السابقة للتقصير. ومن ثَمّ، فمن الأهمية بمكان تحديد مصدر هذه الحقوق والالتزامات.

١٥- وهذه الحقوق والالتزامات تقررها مبدئيا الشروط والأحكام المحدَّدة التي أدرجها الطرفان في اتفاقهما. ومن شأن ذلك أن يشمل أيضا أي شروط عامة (على سبيل المثال، الشروط الضمنية التي كثيرا ما تُسرَد في قوانين التأمين) يدرجها الطرفان في اتفاقهما بالإحالة. وعلاوة على ذلك، ينص القانون الوطني لمعظم الدول على أنه نظرا إلى أن الاتفاق الضماني قد يشير إلى علاقة مستمرة بين الطرفين على النحو المعهود في صناعة ما أو مجال معيّن، فينبغي أن يكون الطرفان ملزمين بأي أعراف اتفقا عليها. وأخيرا، ينبغي أن يكون الطرفان مُلزمين لدى تنفيذ اتفاقهما بأي ممارسات أرسياها فيما بينهما، ما لم يتفقا على خلاف ذلك. ويعتمد *الدليل* فكرة أن الاتفاق بين الطرفين هو المصدر الأساسي لحقوقهما والتزاماتهما المتبادلة، إلى جانب أي أعراف اتفقا عليها وكذلك، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، الممارسات التي أرسياها فيما بينهما (انظر التوصية ١١٠).

٣- القواعد الإلزامية السابقة للتقصير

(أ) استعراض عام

١٦- يمكن أن توجد قواعد إلزامية تتعلق بحقوق الطرفين والتزاماتهما السابقة للتقصير في كل من قانون المعاملات المضمونة وفي قوانين أخرى. وتندرج تلك القواعد عموما ضمن ثلاثة أنواع عامة. وأحد أنواع هذه القواعد، الذي تسنّه الدول عادة، مثلما سبق ذكره (انظر الفقرة ١٠ أعلاه)، في مجال تشريعات حماية المستهلك أو الممتلكات العائلية، له نطاق وانطباق خاصان للغاية. ويدرك *الدليل* الأهمية التي قد تعلّقها الدول على هذه الأمور (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(ب)*). غير أنه ينبغي للدول، بغية تحقيق أقصى فائدة اقتصادية من نظام المعاملات المضمونة، أن تحدد بوضوح نطاق تلك القيود على حرية الطرفين في تصميم الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير وفقا لاحتياجاتهما ورغباتهما.

١٧- وتركز قواعد إلزامية سابقة للتقصير على المضمون الموضوعي الذي يمكن للطرفين إدراجه في اتفاقهما. وتوضع تلك القواعد عادة كقيود عامة على حقوق الدائنين المضمونين وتنطبق سواء أكان المانح مستهلكا أم منشأة. ويمكن أن تتباين تلك القواعد تباينا كبيراً من دولة إلى أخرى. فعلى سبيل المثال، وفي حالة بعض الاتفاقات الضمانية التي يحصل بموجبها الدائن المضمون على حق ضماني في جميع موجودات مانح (مثل رهن منشأة)، اشترعت بعض الدول حيزا أُفرد للدائنين غير المضمونين في سياق الإعسار، يميل إلى كونه مقيدا تماما. وبعض الدول لا تسمح للدائنين بأن يقيدوا حق المانح في استخدام الموجودات المرهونة أو تغييرها ما دام الاستخدام أو التغيير الذي يجري القيام به يتسق مع طبيعة تلك الموجودات والغرض منها. ولا تسمح بعض الدول للدائنين المضمونين باستخدام الثمار الطبيعية والمدنية أو الإيرادات المتأتية من الموجودات المرهونة التي هي في حوزتهم ولا باستعمالها مقابل الالتزام المضمون.

١٨- والموقف الذي يتخذه *الدليل*، نظرا للأهمية التي يعلقها على مبدأ استقلالية الطرفين، هو أنه لا ينبغي للدول عموما أن تسنّ قواعد إلزامية لما قبل التقصير تقيّد عدد الالتزامات التي يجوز أن يطلبها الدائنون المضمونون والمانحون من بعضهم البعض أو تقيّد طبيعة تلك الالتزامات. ومع ذلك، كثيرا ما تكون الشواغل السالفة الذكر حقيقية، وقد تشعر الدول - حسب الطبيعة الخاصة لاقتصادها الوطني أو المنشأة التجارية المانحة للحق الضماني - بالحاجة إلى زيادة تشديد الضوابط الرقابية المفروضة على العلاقة السابقة للتقصير بين المانحين والدائنين المضمونين. فإن هي فعلت ذلك، تفاديا لفرض قيود عامة غير ضرورية على استقلالية الطرفين، ينبغي عندئذ لتلك القواعد الإلزامية: *(أ)* أن يُعرَب عنها بأسلوب واضح؛ *(ب)* أن تصاغ بعبارات دقيقة وتقييدية لا عبارات فضفاضة؛ *(ج)* أن تستند، على غرار ما يشابهها من قواعد في السياق اللاحق للتقصير، إلى أسس معترف بها من السياسة العامة، مثل حسن النية والإنصاف في المعاملة والتصرفات المعقولة تجاريا (انظر التوصيتين ١٣١ و١٣٢).

١٩- ويهدف نوع ثالث من القواعد الإلزامية بشأن الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير إلى ضمان عدم تشويه الأغراض الأساسية لنظام المعاملات المضمونة. وعادة ما تصدر الدول قواعد إلزامية من هذا النوع لفرض حد أدنى من الواجبات على الطرف الذي يحوز الموجودات المرهونة أو يسيطر عليها. فمثلا، وبما أن أحد الأغراض المحورية من الحق الضماني هو منح الدائن الأولوية، عند التقصير، في تقاضي المال المتأتي من بيع الموجودات المرهونة، فإن هذا الغرض يتوافق معه إلزام المانحين بالمحافظة على الموجودات حتى لا تتبدد قيمتها الاقتصادية. ويشمل هذا الالتزام، على وجه التحديد، واجب عدم إهدار الموجودات المرهونة أو عدم السماح بتدهورها على نحو آخر يتجاوز ما يمكن توقعه من الاستخدام العادي، وبالتالي الحفاظ على القيمة الاقتصادية للموجودات.

٢٠- وإن القواعد التي تقضي بأن يعتني المانح، وكذلك الدائن المضمون عندما يكون حائزا، عناية معقولة بالموجودات المرهونة، وعلى العموم القواعد الموجّهة صوب الحفاظ على الموجودات المرهونة، المقصود منها هو التشجيع على سلوك يتسم بالمسؤولية من جانب طرفي الاتفاق الضماني. غير أن تلك الأنواع من القواعد الإلزامية ليست متماثلة المفعول مع قواعد حماية المستهلك أو القواعد الإلزامية التي تنص على المضمون الموضوعي للاتفاق الضماني. وهذه الأنواع الأخيرة من القواعد الإلزامية مُنشئة للحق الضماني ذاته ولا يمكن التنازل عنها وقت التفاوض بشأن الاتفاق أو بعد ذلك. وعادة ما تتخذ الدول نهجا أدق تباينا إزاء القواعد الإلزامية بشأن الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير الموضوعة في إطار نظام المعاملات المضمونة.

٢١- والقاعدة الأساسية في معظم النظم القانونية هي أنه لا يجوز للطرفين الخروج، باتفاق بينهما، عن القواعد الإلزامية التي تنص على حقوقهما والتزاماتهما العامة السابقة للتقصير. فمثلا، لا تسمح

الدول للطرفين عادة بأن يتحلّلا من التعاقد الذي يوجب عليهما الاعتناء على نحو معقول بالموجودات المرهونة. غير أن ذلك لا يمنع دائما الطرفين من التنازل عن مطالبة بسبب إخلال بالواجب بعد وقوعه. وتقضي دول كثيرة بأنه يجوز للدائن المضمون أن يبرئ المانح في وقت لاحق من التزاماته السابقة للتقصير (بما في ذلك الالتزامات التي تفرضها القواعد الإلزامية) أو أن يتنازل عن حقوقه الناجمة عن تقصير المانح. وعلى العكس من ذلك، ونظرا للعلاقة التفاعلية المعتادة بين الدائن المضمون والمانح، يتخذ كثير من تلك الدول ذاتها موقفا مفاده أنه لا ينبغي السماح للمانح بأن يقوم، قبل التقصير، بإعفاء الدائن المضمون من مراعاة أي واجبات تفرضها قواعد إلزامية على الدائن المضمون.

٢٢- وتهدف القواعد الإلزامية لما قبل التقصير الموصى بها في *الدليل* إلى تحقيق أهداف تتعلّق بالسياسة العامة تتفق مع ما وُصف بأنه المبادئ الجوهرية لنظام بشأن المعاملات المضمونة يتسم بالكفاءة والفعالية (انظر التوصية ١). وهي تنص على حقوق وواجبات سابقة للتقصير: *(أ)* تشجع الأطراف الحائزة على أن تحافظ على الموجودات المرهونة ؛ *(ب)* تضمن أن يسترد المانح استخدام الموجودات التي كانت مرهونة والتمتع بها بالكامل، حال تسديد الالتزام المضمون أو أدائه على نحو آخر.

٢٣- وينص الفصل التاسع من *الدليل* بشأن تمويل الاحتياز على أنه يجوز لبعض الدول أن تختار أن تبقي على معاملات الاحتفاظ بحق الملكية والتأجير التمويلي كأسلوبين مستقلين لتمويل الاحتياز. ففي حالة البيع إلى حين تسديد كامل ثمن الشراء، وفي حالة التأجير التمويلي لمدة المعاملة، لا يكون حق البائع أو المؤجّر حقا ضمانيا وإنما هو حق البائع أو المؤجر في تأكيد ملكيته للموجودات. ولهذا السبب، وحتى إذا كانت الأهداف الاقتصادية الأساسية لهذه المعاملات مطابقة لتلك المتعلقة بالحق الضماني الحيازي العادي، يتعين أن تصاغ القواعد الإلزامية التي تحكم حقوق الطرفين والتزاماتهما السابقة للتقصير بأسلوب مختلف اختلافا طفيفا للحصول على النتيجة ذاتها فيما يتعلّق بالسياسة العامة. ومن ثمّ، فإن البائع الذي يحتفظ بالملكية ، على سبيل المثال، ينبغي ألا يكون قادرا على تجنب التزاماته بعدم الدخول في معاملات مع أطراف ثالثة تمس بحقوق المشتري غير المقصر. وعلى نفس المنوال، فإن المشتري الحائز لموجود، لكنه يتوقع فقط الملكية، ينبغي ألا يكون قادرا على تفادي مسؤوليته في المحافظة على الموجود. وهذه التعديلات الضرورية يتناولها الباب ألف-٨ من الفصل التاسع.

(ب) واجب الحفاظ على الموجودات المرهونة

٢٤- الموجودات المرهونة هي إحدى الضمانات الرئيسية المتاحة للدائن لكي يُسدَّد له الالتزام المضمون. وهي أيضا من الموجودات التي يتوقع المانح عادة استخدامها ويعتزم مواصلة ذلك دون قيود ما أن يُسدّد القرض أو الائتمان. ولهذه الأسباب تكون لكل من المانحين والدائنين المضمونين مصلحة في الحفاظ على الموجودات المرهونة.

٢٥- ويكون الشخص الحائز للموجودات المرهونة في أفضل وضع، في الغالب، لكفالة المحافظة عليها. ويفسر ذلك لماذا تفرض الدول عادة على ذلك الطرف واجب العناية المعقولة بالموجودات المرهونة. وكحالة استثنائية فقط تكاد تتعلق دائما بموجودات غير ملموسة، قد يكون شخص ليس حائزا في وضع أمثل نظريا للعناية بالموجودات المرهونة. ونظرا لهدف كفالة توزيع عادل لمسؤولية العناية بالموجودات المرهونة وتشجيع الطرفين على الحفاظ عليها، لا يهم كثيرا ما إذا كان الحائز هو المانح أم الدائن المضمون. فالواجب الإلزامي المفروض على الشخص الحائز والذي يقتضي منه المحافظة على الموجودات المرهونة ينبغي أن يكون متطابقا في كلتا الحالتين.

٢٦- وقد يتباين كثيرا المضمون المحدد لذلك الواجب، حسب طبيعة الموجودات المرهونة. ففي حالة الموجودات الملموسة، يستدعي الواجب أولا الحفاظ على الموجودات ماديا. وعندما يتعلق الأمر بموجودات ملموسة غير حية، يشمل ذلك عادة واجب الحفاظ على هذه الموجودات في حالة جيدة وعدم استخدامها لغرض غير الغرض المعتاد في الظروف المعيّنة. فمثلا، إذا كان الموجود المرهون هو آلة، يجب ألا تترك عرضةً للمطر. وفضلا عن ذلك، يجب على الطرف الذي يحوزها ويستخدمها أن يقوم بأعمال الصيانة المعتادة. ومع ذلك، إذا كان الرهن، مثلا، على سيارة للركّاب، فلا يجوز للحائز المأذون له باستخدامها أن يستخدمها كشاحنة خفيفة لأغراض تجارية.

٢٧- وعندما تكون الموجودات المرهونة مخزوناً قد يتطلب واجب الحفاظ عليه اتخاذ إجراءات أخرى أكثر تكلفة من جانب الحائز. فالمخزون، بخلاف المعدات، غالبا ما يكون معروضاً وتسهل سرقته - ولذا يجب على المانح (أي الطرف الذي يرجح أن يكون هو الحائز) توفير الأمن الكافي لتلافي "تقلص المخزون"، ويجب عليه عرض المخزون بطريقة سليمة لتجنب الكسر أو تخزينه وقايةً له من التدهور. فمثلا، إذا كان المخزون يتألف من معدات إلكترونية باهظة الثمن أو آنية زجاجية سهلة الانكسار بشكل خاص، فقد يلزم حفظها في صناديق مقفلة؛ وإذا كان المخزون يتكون من أغذية قابلة للتلف، وجب على الحائز تخزين الموجودات المرهونة في وحدات مثلجة.

٢٨- وفي حالة الموجودات الملموسة الحية، مثل الحيوانات، ينبغي أن يكون الواجب مماثلا. فلا يكفي الحفاظ على الحيوان حيًّا، بل يجب أن يضمن الشخص الحائز أن يحصل الحيوان على التغذية السليمة وأن يُحافظ عليه في صحة جيدة (أي أن يحصل الحيوان، مثلا، على رعاية بيطرية ملائمة). وعندما يحتاج الحيوان إلى خدمات خاصة للحفاظ عليه في صحة جيدة (أي، مثلا، التمرين المناسب لجواد السباق والحلب بانتظام للبقرة)، يمتد واجب العناية ليشمل توفير تلك الخدمات. وأخيرا، وكما هو الأمر فيما يخص المعدات، يعني الواجب أيضا أنه لا يمكن استخدام الحيوان لأغراض غير عادية. وعلى ذلك، إذا كانت قيمة الثور الفحل تكمن في "رسوم الاستيلاد" لا يمكن استخدامه كدابَّة حمْلٍ.

٢٩- وإذا كانت الموجودات المرهونة تتألف من حق في تقاضي مال متجسّد في صك قابل للتداول، لا بد أن يشمل الواجب الحفاظ على المستند ماديا. غير أن واجب الاعتناء في تلك الحالة يشمل اتخاذ الخطوات اللازمة لحفظ أو صون حقوق المانح تجاه أطراف سابقة مُلزَمة بموجب الصك القابل للتداول (مثل تقديم الصك والاحتجاج عليه إذا نص القانون على ذلك وتقديم إخطار بعدم الدفع). وقد يتعين أيضا على الشخص الذي يحوز صكا قابلا للتداول أن يجتنب فقدان حقوق تتعلق بالصك نفسه تجاه أطراف سابقة، وذلك باتخاذ خطوات تجاه من تقع عليهم مسؤولية ثانوية بموجب الصك (مثل الكفلاء). وعندما تكون الموجودات الملموسة مستندا قابلا للتداول، يجب أيضا على الشخص الحائز أن يحافظ على المستند ماديا. وعلاوة على ذلك، إذا كان المستند محدد الأجل، وجب أن يقدّمه الشخص الحائز له قبل انقضاء المدة للمطالبة بالحيازة المادية للموجودات المشمولة بالمستند.

٣٠- وعندما تكون الموجودات المرهونة غير ملموسة، يكون تحديد واجب العناية المعقولة بالإشارة إلى الشخص الحائز أكثر صعوبة. فكثيرا ما تكون الموجودات غير الملموسة مجرد حق تعاقدي في تحصيل مدفوعات. وترد في الباب باء أدناه مناقشة لطبيعة واجب الحفاظ على الموجودات في تلك الحالات. وعندما تكون الموجودات المرهونة حقا في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، أو ممتلكات فكرية، أو حقا في تقاضي عائدات بمقتضى تعهد مستقل، تنص الدول عادة على مختلف حقوق طرفي المعاملة والتزاماتهما في تشريع خاص ينظم ذلك الشكل من الموجودات على وجه التحديد.

٣١- ولدى تحديد مدى التزام الشخص الحائز بالحفاظ على الموجودات المرهونة، تُجري الدول تقديرا من حيث التكاليف والفوائد لأفضل السبل الكفيلة بتحقيق توزيع عادل للمسؤولية عن الحفاظ على هذه الموجودات. والمسألة السياساتية الرئيسية هي تفادي إلقاء عبء لا لزوم له على الشخص الحائز. وتمشيا مع الاعتبارات المذكورة أعلاه، يوصي *الدليل* بأن تسنّ الدول قاعدة عامة إلزامية لما قبل التقصير تفرض على جميع الأطراف الحائزة واجب اتخاذ تدابير معقولة من أجل الحفاظ على الموجودات المرهونة (انظر التوصية ١١١).

(ج) واجب الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة

٣٢- في كثير من الحالات، يكفي الحفاظ ماديا على الموجودات المرهونة لصون قيمتها أيضا. غير أنه يلزم أحيانا اتخاذ تدابير إضافية للوصول إلى هذه النتيجة. وتُبحث الحالة الخاصة المتعلقة بالموجودات غير الملموسة في الباب ألف-٥ أدناه. أما فيما يتعلق بالموجودات الملموسة، فإن الدول تميز عادة بين التزامات المانحين والتزامات الدائنين المضمونين. ولما كانت الموجودات المرهونة هي ضمانة سداد للدائنين المضمونين، فيُطلب أحيانا إلى المانحين اتخاذ إجراءات إيجابية لصون قيمة الموجودات المرهونة زيادة على الالتزام بالحفاظ على الموجودات ماديا. فمثلا، قد يُطلب إلى المانحين إجراء تحسينات على الحواسيب أو إعادة المعدات إلى بائع لكي يُرسلها إلى المصنع بغية إصلاح بعض عيوب الصنع بناء على طلب الصانع. ومرة أخرى، يجب على الدول، لدى تحديد نطاق هذا الالتزام الملقى على عاتق المانحين، تقدير الفوائد مقابل الأعباء التي تفرضها.

٣٣- ولا تفرض بعض الدول على الدائنين المضمونين الحائزين لموجودات مرهونة أي التزام يتعلق بالحفاظ على قيمة تلك الموجودات. والسبب في ذلك هو أنه إذا كان فرض التزام يقتضي من الدائنين المضمونين تحمُّل مسؤولية مُرهقة عن مراقبة الموجودات المرهونة عن كثب، فإن الموجودات ستفقد ببساطة قيمتها كضمان، وهذا ليس في صالح المانحين. وهذا هو الحال، بصفة خاصة، فيما يتعلق بالموجودات غير الملموسة. فمثلا، لا ينبغي أن يُطلب إلى الدائنين المضمونين اتخاذ أي تدابير للحفاظ على القيمة السوقية لعلامة تجارية، أو القيام بتحليل استثماري للحفاظ على قيمة حافظة أسهم. وعلى كل حال، فإن احتفاظ الموجودات المرهونة بقيمتها يظل دائما من مصلحة المانحين بحيث تنص الأطراف عادة على أنه يجوز للمانحين أن يبيِّنوا للدائنين المضمونين الحائزين الخطوات المراد اتخاذها للحفاظ على قيمة تلك الموجودات. وأيُّ مال يُنفق في ذلك فعادةً ما يسدده المانح مقدَّما أو يضاف إلى الالتزام المضمون.

٣٤- وفي مقابل ذلك، تفرض دول أخرى على الدائنين المضمونين وكذلك على المانحين الحائزين للموجودات المرهونة التزاما محددا بالحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة، في الحالات التي يكون فيها الحفاظ على الموجود الملموس المرهون غير كاف، في حد ذاته، لضمان المحافظة على قيمة الموجود. بيد أن الدول لا تحدد، في العادة، فحوى هذه الواجبات، وتترك لطرفي الاتفاق الضماني تعداد الواجبات الإضافية الرامية إلى تحقيق هذا الهدف. ويُفترض هنا أن يكون الدائنون المضمونون والمانحون، في العادة، أدرى بالخطوات التي ينبغي اتخاذها فيما يتعلق بالموجودات المنفردة كما ينبغي أن يكونوا أحرارا في عقد هذه الالتزامات على النحو الذي يرونه مناسبا. وميزة هذا الوضع هي أن الدول، وهي تُسلِّم بأهمية الحفاظ على قيمة الموجودات الملموسة وحماية قيمتها من الاستهلاك غير المبرر، تأذن للطرفين بالاتفاق فيما بينهما على الخطوات المعقولة التي ينبغي اتخاذها في الظروف الخاصة بكل حالة على

حدة. وتمشياً مع هذا الاتجاه العام، يوصي *الدليل* بأن تسن الدول قاعدة إلزامية لما قبل التقصير توجب على الأطراف الحائزة على موجودات مرهونة ملموسة اتخاذ خطوات معقولة للحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة قبل التقصير، ولكنها لا تقدم أي توصية بشأن المعيار الأكثر تحديدا الذي ينبغي أن تعتمده الدول لهذا الغرض (انظر التوصية ١١١).

(د) واجب إعادة الموجودات المرهونة وإنهاء إشعار مسجل

٣٥- إن الغرض المحوري من الحق الضماني هو تحسين احتمال الوفاء بالالتزام المضمون إما بتشجيع المانح على سداد الالتزام المضمون أو باحتساب قيمة الموجودات المرهونة على الالتزام المضمون. والحق الضماني ليس وسيلة لانتزاع قيمة إضافية من المانح أو إحالة مقنَّعة للموجودات المرهونة إلى الدائن. فحالما يتم الوفاء بالالتزام المضمون ينتهي الحق الضماني، من الناحية القانونية، ويحق للمانح أن يحوز الموجودات التي سبق رهنها والتمتع الكامل بملكيتها الخالية من الرهون. ولتنفيذ حقوق المانح، تسنّ معظم الدول قواعد إلزامية لتنظيم واجبات الدائن المضمون حالما يسدّد الالتزام المضمون بالكامل وتنهى كل التعهّدات الائتمانية. وتلك الواجبات من نوعين. فبعض الواجبات تتعلق بإعادة الموجودات المرهونة إلى المانح، في الحالات التي يكون فيها الدائن المضمون حائزا للموجودات عندما يتم الوفاء التام بالالتزام المضمون؛ وتتعلق واجبات أخرى باتخاذ خطوات لتمكين المانح من التمتع بحقه في الموجودات المرهونة دون أي مانع ناشئ عن وجود الرهن سابقا.

٣٦- ويراعي *الدليل* أن من الجائز، في معظم الحالات، للدائنين المضمونين جعل حقوقهم نافذة تجاه أطراف ثالثة بحيازة الموجودات المرهونة إذا ما رغبوا في ذلك (انظر التوصية ٣٧). وإضافة إلى ذلك، حتى عندما يحقق الدائنون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار لا بالحيازة، فإن مبدأ استقلالية الطرفين يجيز للمانحين أن يوافقوا على السماح لدائنين مضمونين بحيازة الموجودات المرهونة. ويمكن أن يكون هذا السماح إما وقت إنشاء الحق الضماني، أو في وقت لاحق. وفي هذه الحالة الأخيرة، لا يشترط حتى أن يكون المانح مقصرا بمقتضى الاتفاق الضماني. وتستند حيازة الدائن المضمون إلى الاتفاق المبرم بين الطرفين وتتعلق بأهداف ذلك الاتفاق، بصرف النظر عن الطريقة التي تنشأ بها هذه الحيازة.

٣٧- ونظرا إلى أن القصد من الحق الضماني هو كفالة أداء الالتزام، فينبغي أن يستطيع المانح، حالما يتم ذلك الأداء، أن يسترد إما حيازة الموجودات المرهونة أو إمكانية الوصول إليها دون عائق، أو كلتيهما. وهذا ما يفسّر الواجب الرسمي الذي تفرضه دول كثيرة على الدائنين المضمونين لإعادة الموجودات المرهونة إلى المانح عند سداد الالتزام المضمون بالكامل وإنهاء جميع التعهدات الائتمانية. وفي هذه الدول، يقع العبء على عاتق الدائن لتسليم الموجودات المرهونة، لا على المانح ليطالب باستردادها أو ليأخذها. وفي دول أخرى، لا يقع على الدائن المضمون التزام بالتسليم، وإنما عليه أن يسمح للمانح بالمطالبة باسترداد الموجودات التي سبق رهنها. وعندما تكون موجودات ملموسة في يد طرف ثالث كان في الأصل حائزا لها نيابة عن المانح، ولكنه يصبح عقب إنشاء الحق الضماني حائزا بالنيابة عن الدائن المضمون، توجب دول عديدة على الدائن المضمون أن يبين للشخص الحائز أن الالتزام المضمون قد سُدِّد وأن الحائز أصبح من جديد حائزا للمستحقات بصفة حصرية نيابة عن المانح. وينشأ واجب مماثل في كثير من الدول متى أبرم الدائن المضمون وإحدى المؤسسات المتلقية للودائع اتفاق سيطرة. ففي هذه الدول، عادة ما يُلزم الدائن المضمون بأن يقوم بإبلاغ الوديع تحديدا بأن اتفاق السيطرة لم يعد ساريا.

والمقصود من كل هذه المقتضيات المختلفة هو تنفيذ حق المانح في التمتع باستخدام الموجودات المرهونة دون عائق حالما يسدَّد الالتزام المضمون بالكامل وتنهى جميع التعهدات الائتمانية.

٣٨- وترى بعض الدول أن الدائن المضمون يجب أن يتخذ أيضا خطوات إيجابية لكفالة أن يوضع المانح في نفس الوضع الذي كان يحتله قبل إنشاء الحق الضماني. وفي حالة الموجودات غير الملموسة يستلزم ذلك إرسال إشعار إلى أي طرف ثالث ملتزم (مثل المدين بالمستحق) يفيد بأن الالتزام المضمون قد سُدِّد بالكامل وبأنه يحق من جديد للمانح أن يتلقى السداد عن الالتزام. وعموما، تلزم بعض الدول الدائنين المضمونين بتخليص الموجودات المرهونة من الحق الضماني، كما تلزمهم، في حال تحقيق النفاذ تجاه طرف ثالث بواسطة تسجيل، باتخاذ خطوات لإلغاء نفاذ الإشعار المتعلق بذلك الحق الضماني من السجل ذي الصلة. فمثلا، عندما لا تشطب المواد المسجلة من السجل تلقائيا بعد فترة وجيزة نسبيا، تفرض هذه الدول على الدائنين واجب المطالبة بإلغاء التسجيل. كذلك، عندما يكون الحق الضماني موضوع التأشير على سند ملكية، تلزم بعض الدول الدائن المضمون باتخاذ خطوات لكفالة شطب ذلك التأشير من سند الملكية. والعامل المشترك بين تلك المقتضيات هو أنه ينبغي للدائن المضمون أن يتخذ خطوات لإزالة أي أدلة رسمية تثبت حقه السابق يكون من شأنها أن تجعل أطرافا ثالثة تعتقد احتمال بقاء موجودات المانح خاضعةً للحق الضماني.

٣٩- والقاعدة الإلزامية الموصى بها في *الدليل* لتحكم العلاقة بين الطرفين حالما يُسدَّد الالتزام المضمون تُجسِّد الاعتبارات السالفة الذكر بشكل عام (انظر التوصية ١١٢). وهدفها الأساسي هو التأكد من أن المانح يسترد استخدام الموجودات التي كانت مرهونة والتمتع بها بالكامل وأنه يستطيع أن يتعامل بها فعلا في معاملات تشمل أطرافا ثالثة دون أي عائق ناشئ عن الحق الضماني الذي لم يعد قائما. وعندما يتطلب تحقيق هذه النتيجة إبطال إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام، يوصي *الدليل* بأن يحق للمانح أن يفرض على الدائن المضمون أن يفعل ذلك أو أن يباح له هو، في ظروف معينة، فعله بنفسه (انظر التوصية ٧٢).

٤- *القواعد غير الإلزامية السابقة للتقصير*

٤٠- إضافة إلى القواعد الإلزامية المختلفة التي تحكم حقوق الطرفين والتزاماتهما قبل التقصير، وضعت معظم الدول قوائم متفاوتة الطول من القواعد غير الإلزامية التي تعالج مسائل أخرى سابقة للتقصير. وتتباين من دولة إلى أخرى العبارات المستخدمة (مثل القانون الخاص بالتصرف أو القواعد التكميلية أو القواعد الاحتياطية) لتعيين هذه القواعد غير الإلزامية التي تكون "رهنا باتفاق مخالف لذلك بين الطرفين". غير أن سمتها المشتركة هي أنه يقصد منها أن تُطبَّق تلقائيا بصفتها شروطا إضافية للاتفاق الضماني، ما لم يكن هناك ما يثبت أن الطرفين كانا يعتزمان استبعادها أو تغييرها.

٤١- وثمة أسس منطقية مختلفة تتعلق بالسياسة العامة تُعرض تأييدا لفكرة القواعد غير الإلزامية. فبعض الدول تستخدم القواعد غير الإلزامية لحماية الأطراف الضعيفة، انطلاقا من فكرة أنها توفّر أساسا يمكن أن يستند إليه الطرف القوي لمحاولة التفاوض على حكم تعاقدي بديل. وتعتبرها دول أخرى مجرد قواعد تجسّد شروط اتفاق كان من المحتمل أن يتوصل إليه الطرفان لو وجها انتباههما إلى نقاط محددة. أما الموقف الذي يتخذه *الدليل* فهو أن المبرّر الحقيقي للقواعد غير الإلزامية يكمن في أنه يمكن استخدامها لترويج أهداف تتفق مع منطق نظام المعاملات المضمونة فيما يتعلق بالسياسة العامة. ولا يصعب العثور على أمثلة على قواعد غير إلزامية تستند إلى هذا الأساس المنطقي. فالقانون

في دول كثيرة ينص على أنه، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يودع المانح أي عائدات تأمينية متأتية عن هلاك أو تلف الموجودات المرهونة في حساب إيداع يسيطر عليه الدائن المضمون. وفضلاً عن ذلك، ينص القانون في كثير من الدول على أنه، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يجوز أن يحتجز الدائن المضمون إيرادات الموجودات المرهونة طوال مدة الاتفاق الضماني باعتبارها موجودات مرهونة إضافية، كي يتسنى في حال التقصير تخصيص تلك الإيرادات لسداد الالتزام المضمون. ونظرا لهذا الهدف العام، هناك أربعة أسباب على الأقل لأن تقرّر الدول وضع مجموعة شاملة من القواعد غير الإلزامية.

٤٢- فأولا، تساعد مجموعة كاملة من القواعد غير الإلزامية على خفض تكاليف المعاملات، إذ تغني الطرفين عن الحاجة إلى التفاوض على أحكام جديدة تتناولها تلك القواعد بالفعل بصورة وافية وإلى صوغ تلك الأحكام، وذلك بتوزيع الحقوق والالتزامات بين الدائن المضمون والمانح بالأسلوب الذي يُرجَّح أن يتفقا عليه بنفسيهما. وهنا، تقوم القواعد غير الإلزامية مقام شروط ضمنية أو شروط احتياطية (أي الشروط التي تنطبق عند عدم وجود اتفاق على خلاف ذلك)، أي يعتبر أنها تشكل جزءا من الاتفاق الضماني، ما لم يعرب عن نية مخالفة في ذلك الاتفاق. ويمكن أن تكون من أمثلة تلك الشروط الضمنية قاعدة تسمح للدائن المضمون حائز الموجودات المرهونة بأن يحصِّل أي إيرادات تدرها تلك الموجودات وبأن يخصصها مباشرة لسداد الالتزام المضمون.

٤٣- وثانيا، إن أكثر الأطراف علما وخبرة ليسوا معصومين من الخطأ في التنبؤ بالمستقبل. ومهما بلغت دقة صوغ الاتفاق، لا مفر من أن تكون هناك ظروف غير متوقعة. وعادة ما تضع الدول قواعد تكييفية أساسية لأجل تفادي الحاجة إلى قرارات قضائية أو تحكيمية لسد تلك الثغرات في الاتفاق عند ظهورها وللتقليل من النزاعات المحتملة. وترشد تلك القواعد غير الإلزامية الأطراف إلى مبادئ قانونية أخرى أعم يمكن استخدامها للاسترشاد بها في حل مشاكل غير متوقعة. ومن الأمثلة على ذلك قاعدة تنص على أن مانح الحق الضماني يظل حائزا للحق الموضوعي (سواء أكان حقا في الملكية أم حقا أدنى في الممتلكات أم حقا شخصيا) الذي أُخذ منه الضمان. وهكذا، يجوز للطرفين، لدى تناول أي حدث معيّن غير متوقع، أن ينطلقا من مبدأ أن ممارسة أي حق غير مخصص بالتحديد للدائن المضمون تظل مخوّلة للمانح.

٤٤- وثالثا، فإن وضع حقوق الطرفين والتزاماتهما السابقة للتقصير في صيغة تشريعية شاملة نسبيا يزيد من الفعالية وإمكانية التنبؤ، وذلك بتوجيه انتباه الطرفين إلى مسائل ينبغي لهما أن ينظرا فيها لدى التفاوض بشأن اتفاقهما. ويمكن الاستعاضة في الصياغة بمجموعة من القواعد الاحتياطية التي يجوز لهما أن يختارا الخروج عنها، إذ تعرض تلك المجموعة قائمة مرجعية من النقاط التي يمكن تناولها وقت وضع الاتفاق الضماني في صيغته النهائية. وحتى عندما يقرّر الطرفان تعديل القواعد غير الإلزامية المذكورة، سعيا إلى تحقيق أغراضهما على نحو أفضل، فإن استحضارها يضمن النظر في تلك المسائل وعدم إسقاطها سهوا.

٤٥- وأخيرا، تتيح القواعد غير الإلزامية إعمال مبدأ استقلالية الطرفين بأقصى قدر من الكفاءة. وتتضح هذه الفائدة بصورة خاصة في المعاملات الطويلة الأجل التي لا يستطيع الطرفان التنبؤ فيها بكل الاحتمالات. وتيسِّر تلك القواعد المرونة وتخفّض تكاليف الامتثال. فمثلا، كل ما تفعله معاملة الاتفاق على أنه كامل في حد ذاته وإلزام الطرفين بوضع كل التنقيحات والتعديلات اللاحقة لذلك الاتفاق في

شكل رسمي هو فرض تكاليف إضافية للمعاملة على المانح. ونظرا إلى أن هذه القواعد ليست إلزامية، ففي مقدور الطرفين دائما استبعاد تطبيقها بحكم تعاقدي محدد مثل بند ينص على أن هناك وثيقة مكتوبة تشتمل على اتفاق الطرفين برمته وعلى أنها لا تتضمّن أي شروط ضمنية.

٤٦- وتعترف نظم قانونية وطنية كثيرة على نطاق واسع بميزات السماح للطرفين بتحديد علاقتهما بمساعدة مجموعة كاملة من القواعد غير الإلزامية (مثل المواد ٢٧٣٦ إلى ٢٧٤٢ من القانون المدني في كيبيك، كندا، والمواد ٩-٢٠٧ إلى ٩-٢١٠ من القانون التجاري الموحّد في الولايات المتحدة)، كما تعترف بها منظمات تروج لقوانين نموذجية إقليمية (مثل المادة ١٥ من قانون المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير بشأن المعاملات المضمونة، والمادة ٣٣ من القانون النموذجي لمنظمة الدول الأمريكية بشأن المعاملات المضمونة)،[١] واتفاقيات دولية تتناول البيع الدولي (مثل المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (١٩٨٠))،[٢] أو جانبا من جوانب المعاملات المضمونة في الممتلكات المنقولة (مثل الفقرة ١ من المادة ١١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، والمادة ١٥ من اتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة).[٣]

٥- *قواعد غير إلزامية نمطية من القواعد السابقة للتقصير*

(أ) استعراض عام

٤٧- لا يتناول هذا الفصل جميع الحالات التي قد تودّ الدول أن تضع فيها قواعد غير إلزامية. فهو لا يتناول، مثلا، أي قواعد غير إلزامية يمكن وضعها فيما يتعلق بالشروط الإضافية التي تكمل الشروط اللازمة لوجود حق ضماني (مثل المحتوى المحتمل للاتفاق الضماني الذي يتجاوز الحد الأدنى اللازم لإنشائه). والقواعد غير الإلزامية في هذا السياق تؤدي وظيفة مختلفة، ولذلك تحكم استصوابها ونطاقها ومضمونها اعتبارات مختلفة تتعلق بالسياسة العامة. وعلاوة على ذلك، وللسبب ذاته، فهذا الفصل لا يتناول قواعد غير إلزامية يقصد منها أن تحكم حقوق الطرفين والتزاماتهما اللاحقة للتقصير. فتلك القواعد غير الإلزامية يتناولها الفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني.

٤٨- والقواعد غير الإلزامية التي تُبحث في هذا الباب هي القواعد التي تحكم حقوق الطرفين والتزاماتهما السابقة للتقصير حالما يصبح الاتفاق الضماني نافذا فيما بينهما. ولكن، نظرا إلى أن القواعد غير الإلزامية عادة ما تجسد احتياجات دول معيّنة وممارساتها وسياساتها، فإن شكلها المحدد يتباين تباينا هائلا. ومع ذلك، هناك مجموعة أساسية من القواعد غير الإلزامية توجد عادة في التشريعات الوطنية المعاصرة. وهي تنقسم عادة إلى نوعين عامين هما: *(أ)* القواعد التي تؤدي دورا متمّما لقواعد إلزامية تتناول حقوق الدائنين المضمونين الذين يحوزون موجودات مرهونة وواجباتهم؛ *(ب)* القواعد التي تُفصّل الحقوق التي يحتفظ بها المانح بصرف النظر عن الطرف الذي له الحيازة.

---

[١] انظر المقدمة، الحاشيتين ٣ و٩.

[٢] منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.95.V.12.

[٣] انظر المقدمة، الحاشيتين ٧ و٨.

٤٩- والمقصود من تلك القواعد غير الإلزامية، على غرار القواعد الإلزامية، هو أن تشجع على السلوك المتسم بالمسؤولية من جانب من تكون الموجودات في عهدتهم. ومن ثم تنظمها الدول في أغلب الأحيان وفقا لما إذا كان الدائن المضمون أو المانح هو حائز الموجودات المرهونة. غير أنه يُقصد من بعض القواعد غير الإلزامية السابقة للتقصير أن تنطبق بصرف النظر عما إذا كان الحائز هو الدائن المضمون أو المانح. وتُبحث هذه الحالات أدناه تباعا.

(ب) القواعد غير الإلزامية عندما يكون الدائن المضمون هو الحائز

٥٠- مثلما ذكر آنفاً (انظر الفقرات ٢٤-٣١ أعلاه)، فإن معظم الدول لديها قواعد إلزامية تقضي بأن يمارس الدائن المضمون الحائز عناية معقولة بالموجودات المرهونة التي في حوزته، وبأن يحفظها ويصونها. وعندما يكون للدائن المضمون الحق في استخدام الموجودات المرهونة، عادة ما يكون الدائن المضمون ملزما أيضا بالقيام بجميع الإصلاحات اللازمة للحفاظ عليها في حالة عمل جيدة. وقد سبق بحث المضمون الأساسي لتلك القواعد الإلزامية (انظر الفقرات ١٦-٣٩ أعلاه). وإضافة إلى ذلك، تسنّ بعض الدول مجموعة من القواعد غير الإلزامية تنص على التزامات أخرى على الدائن تتعلق بالعناية بالموجودات المرهونة التي في حوزته، وبالأخص في الحالات التي تولِّد فيها الموجودات المرهونة ثمارا مدنية وطبيعية أو إيرادات. وتتناول الفقرات التالية أشيع القواعد غير الإلزامية من هذا النوع.

٥١- ففيما يتعلق بالالتزام الأساسي بالعناية والحفظ، تشترط دول كثيرة بالتحديد أن يُحافظ الدائن المضمون على قابلية التعرّف بوضوح على الموجودات الملموسة المرهونة. وإذا كانت هذه الموجودات من المتماثلات وكانت مختلطة بموجودات أخرى من نفس النوع، أصبح ذلك الواجب التزاما بالحفاظ على كمية كافية من الموجودات من نفس نوعية الموجودات المرهونة أصلا. وإضافة إلى ذلك، عندما تستلزم الصيانة عملا يتجاوز قدرة الدائن الشخصية، كثيرا ما تطالب الدول الدائن بأن يُخطر المانح، وأن يسمح للمانح إذا لزم ذلك، بأن يحوز الموجودات مؤقتا لأجل إصلاحها أو العناية بها أو حفظها أو حفظ قيمتها.

٥٢- وعندما تتألف الموجودات المرهونة من صك يجسّد حق المانح في تقاضي مبلغ من المال، قد لا يكون التزام الدائن المضمون بالعناية منحصرا في الحفاظ ماديا على ذلك المستند. فدول كثيرة تُلزم الدائن المضمون الحائز لصك قابل للتداول بأن يتفادى فقدان الحقوق في الصك نفسه تجاه أطراف سابقة باتخاذ الخطوات اللازمة تجاه الأشخاص الذين تقع على عاتقهم مسؤولية ثانوية بمقتضى الصك (مثل الكفلاء). وفي هذه الدول، من الشائع أيضا النص على أنه يمكن إما للمانح أو للدائن المضمون رفع دعوى من أجل إنفاذ الالتزام بالسداد.

٥٣- والنتيجة الطبيعية غير الإلزامية لالتزام الدائن المضمون الحائز بأن يعتني بالموجودات المرهونة هي أنه يحق له أن يسترد النفقات المعقولة التي صرفها لحفظ الموجودات وأن تُضمَّ تلك النفقات إلى الالتزام المضمون. وإضافة إلى ذلك، تسمح دول كثيرة للدائن المضمون بأن يستخدم الموجودات المرهونة التي في حوزته استخداما معقولا أو أن يشغّلها (انظر التوصية ١١٣، الفقرة الفرعية *(ب)*). وتبعا لذلك الحق، يجب أن يسمح الدائن المضمون للمانح بأن يفحص الموجودات المرهونة في جميع الأوقات المعقولة ويكون مسؤولا عمّا ينجم من أضرار بسبب أي تدهور في الموجودات يتجاوز ما يتصل بالاستخدام العادي (انظر التوصية ١١٣، الفقرة الفرعية *(ج)*).

٥٤- ونظرا إلى أن الدائن المضمون هو الحائز، فهو كثيرا ما يكون في أفضل وضع لتحصيل العائدات النقدية وغير النقدية المتأتية من الموجودات المرهونة. ولذلك، اعتادت الدول أن تسنّ قاعدة غير إلزامية

تنص على أن يحصِّل الدائن المضمون الحائز كلا من العائدات النقدية وغير النقدية. وعادة ما يكون المانح هو الذي يستطيع أن يحصل على أفضل سعر للعائدات غير النقدية التي تنتجها الموجودات المرهونة (مثل اللبن الذي تنتجه الأبقار والبيض الذي ينتجه الدجاج والصوف الذي تنتجه الخراف). ولذلك، عادة ما تقضي الدول أيضا، في الحالات النادرة التي يكون فيها الدائن المضمون حائزا للمال الحي، بأنه ينبغي له أن يسلّم العائدات غير النقدية إلى المانح للتصرف فيها. وعندما تنطوي العائدات غير النقدية على الزيادة الطبيعية في الحيوانات هناك قاعدة غير إلزامية شائعة تقضي بأن يُرهن ذلك النتاج تلقائيا بالحق الضماني وأن يحوزه الدائن بالشروط ذاتها التي يحوز بها الحيوانات التي أنجبتها.

٥٥- وعندما تكون العائدات نقدية ليس من المعقول في الغالب أن يُرغم الدائن بأن يسلّمها إلى المانح بعد تحصيلها. والقاعدة غير الإلزامية العادية هي أنه يجوز للدائن المضمون إما أن يخصص العائدات النقدية لسداد الالتزام المضمون، أو أن يحتجزها في حساب منفصل كضمانة إضافية. ويسري هذا المبدأ عندما تكون العائدات النقدية المقبوضة فائدةً، أو دفعة ممزوجة من الفائدة وأسهم رأس المال، أو أرباح أسهم. بل تتيح بعض الدول للدائن الخيار بين أن يبيع الأسهم الإضافية التي ترد كأرباح (بمعاملة عائدات البيع كما لو كانت أرباحا نقدية) أو بأن يحتفظ بتلك الأسهم (على غرار مواليد الحيوانات) كموجودات مرهونة إضافية. غير أن من الشائع أيضا أن يتفق الدائن المضمون والمانح في الاتفاق الضماني على أنه يجوز للمانح أن يحتفظ بأرباح الأسهم في شكل نقود طالما أن المانح غير مقصر بموجب الاتفاق الضماني.

٥٦- وهناك تباين كبير في القواعد غير الإلزامية التي تنظم حق الدائن المضمون في التصرف في الموجودات المرهونة التي في حوزته. فبعض الدول تنص على أنه يجوز للدائن المضمون أن يحيل الالتزام المضمون والحق الضماني؛ أي أنه يجوز للدائن فعلا أن ينقل حيازة الموجودات المرهونة إلى الشخص الذي أحال إليه الدائن الالتزام المضمون. كما تقضي بعض الدول بأنه يجوز للدائن المضمون أن ينشئ حقا ضمانيا في الموجودات المرهونة كضمانة لسداد دينه الخاص ("إعادة رهن"، الموجودات المرهونة)، ما دام ذلك لا يعيق حق المانح في الحصول على الموجودات لدى سداد الالتزام المضمون. وكثيرا ما تقتصر اتفاقات إعادة الرهن هذه على الأسهم والسندات وغيرها من الصكوك التي تحفظ في حسابات أوراق مالية، إلا أنه يجوز للدائنين في بعض الدول أن يعيدوا رهن موجودات ملموسة مثل الماس والمعادن النفيسة والأعمال الفنية. وعلى خلاف ذلك، تمنع دول كثيرة الدائن المضمون الحائز من إعادة رهن الموجودات المرهونة، حتى إذا كان يستطيع أن يفعل ذلك بشروط لا تعيق حق المانح في استعادة موجوداته لدى أداء الالتزام المضمون.

٥٧- وعادة ما يلحق خطر هلاك الموجودات أو تدهورها بالملكية، لا بالحيازة. ومع ذلك، تقتضي دول كثيرة أن يُفترض، إذا أُتلفت موجودات مرهونة في حيازة الدائن المضمون أو إذا أصيبت بتدهور غير عادي، أن الدائن المضمون هو المخطئ ويجب أن يعوِّض الخسارة. غير أن القاعدة غير الإلزامية ذاتها تنص عادة على أن الدائن لا يكون مسؤولا إذا استطاع أن يثبت أن الهلاك أو التدهور حدث دون خطأ منه. ونظرا إلى أن من مصلحة الدائن المضمون دائما أن يكفل صون قيمة الموجودات المرهونة، فإن دولاً كثيرة تقضي بأن للدائن مصلحة قابلة للتأمين. فإذا أمَّن الدائن المضمون نفسه على الهلاك أو التلف، أياً كان السبب، حق له أن يضيف تكلفة التأمين إلى الالتزام المضمون.

٥٨- وهذه القاعدة الأخيرة مثال خاص على مبدأ أوسع نطاقا يُسنّ كقاعدة غير إلزامية في دول كثيرة ويوصي به *الدليل*. فالمصروفات المعقولة التي يتكبّدها الدائن المضمون لدى الوفاء بالتزامه بأن يعتني

على نحو معقول بالموجودات المرهونة يجوز تقاضيها من المانح وإضافتها تلقائيا إلى الالتزام المضمون (انظر التوصية ١١٣، الفقرة الفرعية *(أ)*). والضرائب المسدّدة وفواتير الإصلاحات ورسوم التخزين وأقساط التأمين كلها أمثلة على تلك المصروفات المعقولة التي يكون المانح مسؤولا عنها في نهاية المطاف.

(ج) القواعد غير الإلزامية عندما يكون المانح هو الحائز

٥٩- المراد عادة بنظام للمعاملات المضمونة يتسم بالفعالية والكفاءة هو تشجيع المانح الذي يظل حائزا للموجودات المرهونة على التصرف على نحو مسؤول. وهناك هدف آخر يتسق مع هذا الهدف وهو تفادي الأعمال التي تُنقص من قيمة الموجودات المرهونة على نحو يتجاوز انخفاض القيمة بسبب الاستعمال العادي. ومن ثم، تفرض معظم الدول على المانح الحائز نفس الالتزام بالاعتناء والمحافظة الذي يقع على الدائنين المضمونين. ويشمل واجب العناية بالموجودات المرهونة الذي يقع على المانح الحرص على أن تظل مؤمَّنا عليها على نحو سليم ودفع الضرائب فورا. وإذا تكبد الدائن المضمون تلك المصروفات، حتى وإن ظل المانح هو الحائز، حق للدائن المضمون استرداد التكاليف من المانح وجاز له أن يضيف تلك المصروفات إلى الالتزام المضمون.

٦٠- غير أنه بالإضافة إلى هذه القواعد الإلزامية، تسن دول كثيرة قواعد غير إلزامية ترمي إلى زيادة إلى أقصى حد من الإمكانات الاقتصادية للموجودات المرهونة عندما يظل المانح حائزا. وبصورة خاصة، يعتبر تشجيع المانح على استخدام الموجودات المرهونة واستغلالها طريقة لتيسير توليد العائدات وسداد الالتزام المضمون. ولذلك كثيرا ما تنص الدول على أن المانح الحائز لا يتنازل عن الامتيازات العامة للملكية (الحق في الاستخدام والتمتع، والحق في تملك الثمار الطبيعية والمدنية أو الإيرادات، والحق في التصرف) لمجرد إنشاء حق ضماني، ما لم يُتفق على خلاف ذلك. ومعنى هذا أنه يحق للمانح، في الوضع العادي، أن يستخدم الموجودات المرهونة وأن يؤجرها ويعالجها ويخلطها مع موجودات أخرى بطريقة تكون معقولة ومتسقة مع طبيعتها والغرض منها والأهداف التي حدّدها الطرفان في الاتفاق الضماني. وفي تلك الحالات، ينبغي أن يكون للدائن المضمون حق رصد الظروف التي يحفظ فيها المانح الحائز الموجودات المرهونة ويستخدمها ويعالجها، وحق فحصها في جميع الأوقات المعقولة (انظر التوصية ١١٣، الفقرة الفرعية *(ج)*).

٦١- وإذا كانت الموجودات المرهونة تتألف من موجودات مدرة للدخل في حوزة المانح جاز، بقدر ما يشمل فيه الحق الضماني للدائن الدخل أو العائدات المتأتية عن الموجودات، أن تتضمن واجبات المانح حفظ سجلات وافية وتقديم حسابات على نحو معقول فيما يتعلق بالتصرف في العائدات المتأتية من الموجودات المرهونة ومناولتها. ويتناول الباب التالي التزامات المانح المحددة في حالة الموجودات غير الملموسة (مثل الحق في تقاضي الأموال المودعة في حسابات مصرفية، والإتاوات المتأتية من الترخيص باستخدام براءات الاختراع، وحقوق التأليف والنشر، والعلامات التجارية)، وخصوصا حق المانح في السداد في شكل مستحقات.

٦٢- وتوجد لدى دول كثيرة قاعدة غير إلزامية تحمي الثمار الطبيعية والمدنية أو الإيرادات (خلاف عائدات التصرف بالمعنى الضيق) من إعادة الرهن تلقائيا بموجب الاتفاق الضماني. وهدف هذه السياسة العامة هو إعطاء المانح فرصة للحصول على تمويل إضافي باستبعاد هذه الموجودات الجديدة من أن يشملها الحق الضماني القائم. وتضع دول أخرى قاعدة احتياطية بحيث تُرهن الثمار الطبيعية

والمدنية أو الإيرادات تلقائيا بموجب الحق الضماني الأصلي. وهدف السياسة العامة هنا هو أن يتوقع الطرفان وينويا عادة رهن الثمار الطبيعية والمدنية أو الإيرادات، وأن تجسِّد القاعدة غير الإلزامية هذه التوقعات العادية. وعلى أي حال، ولمّا كانت هذه القاعدة تُسن دائما كقاعدة تكميلية، فيجوز للطرفين، إن هما رغبا في إدراج الثمار الطبيعية والمدنية أو الإيرادات في نطاق الحق الضماني، أو استبعادها منه، أن يفعلا ذلك بمحض إرادتهما إما عند التفاوض على الاتفاق الضماني أو في أي وقت آخر بعدئذ.

٦٣- وينص *الدليل*، في الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني منه ما على أن الحق الضماني يشمل جميع العائدات القابلة للتحديد (بما في ذلك عائدات العائدات) التي تدرّها الموجودات المرهونة (انظر التوصية ١٩). وهذا يعني أن أي موجودات متأتية من الموجودات المرهونة التي في حوزة المانح تكون خاضعة للحق الضماني تلقائيا، ما لم يُتفق على خلاف ذلك، بصرف النظر عما إذا كانت تلك الموجودات الإضافية تعتبر ثمارا مدنية أو طبيعية أم عائدات بالمعنى الضيق للكلمة. وبقدر ما تكون ثمار الموجود المرهون عينية (مثل زيادة عدد الحيوانات أو أرباح الأسهم)، فإنه يجوز للمانح أن يستخدمها وأن يستغلها بنفس الشروط والأحكام التي تخضع لها الموجودات المرهونة الأصلية. وعندما تكون ثمار الموجود المرهون منتجات طبيعية، مثل اللبن والبيض والصوف، يجوز للمانح أن يبيعها وتمتد حقوق الدائن المضمون لتشمل العائدات المتحصلة لدى التصرف فيها. وعندما تكون الثمار ثمارا مدنية (مثل الإيجارات المتحصلة من إيجار ممتلكات والفوائد المقبوضة عند إقراض مال)، فإن الحق الضماني يمتد ليشملها ما دام يمكن التعرف عليها. وبصفة عامة، يقوم المانح الحائز بجمع الثمار المدنية، سواء أكانت نقدية أم شبه نقدية (كالأسهم وأرباح الأسهم والسندات وشهادات الإيداع والأذون لشراء المزيد من الأسهم). وعادة ما تودَع الثمار المدنية النقدية في حساب مصرفي، في حين أن الثمار المدنية شبه النقدية تودَع في حساب استثماري. وعندما تكون الثمار المدنية على شكل أسهم تم احتيازها كأرباح في أسهم، تُتاح للمانح عادة صلاحية تقديرية بشأن تركها في حساب الاستثمار نفسه إلى جانب الموجودات المرهونة الأصلية. كما تتاح للمانح صلاحية تقديرية في ممارسة خيار الحصول على أسهم وإيداعها في حساب الاستثمار نفسه. وعندما لا تكون الثمار المدنية في صورة مبالغ نقدية، يجوز للمانح عادة التصرف فيها خالية من الحق الضماني، على افتراض أن العائدات النقدية التي تدرها ستشكل أيضا موجودات مرهونة.

٦٤- ويعني واجب حفظ الموجودات المرهونة في العادة أن يكون المانح الحائز مسؤولا عن الهلاك أو التدهور، سواء أحدث بخطأ منه أو نتيجة لحدث عرضي. وخلافا لذلك، فإن الدائن المضمون الحائز لا يكون مسؤولا تجاه المانح عن الهلاك أو التدهور الناجم عن حدث عرضي. والسبب في ذلك هو أن المبادئ الأساسية لقانون التعاقد تستوجب من مالك الموجود أن يتحمل الخطر الناجم عن حدث عرضي.

٦٥- ولا يحق للمانح، من حيث المبدأ، أن يتصرف في الموجود المرهون دون إذن من الدائن المضمون. وإذا فعل المانح ذلك، أخذ المشتري الموجودات رهنا بالحق الضماني (انظر التوصية ٧٩). غير أنه يجوز للمانح، بصورة استثنائية، أن يتصرف في الموجود المرهون خالصاً من الحق الضماني إذا كان يباع في سياق عمل البائع المعتاد وكان المشتري لا يعلم أن البيع ينتهك حقوق الدائن المضمون بموجب اتفاق ضماني (انظر التوصية ٨١، الفقرة الفرعية *(أ)*). ورغم هذا التقييد على التصرف، ولأن المانح يحتفظ عادة بالاستخدام الكامل للموجودات المرهونة، تسنّ معظم الدول قواعد غير إلزامية تأذن للمانح بأن ينشئ حقوقا ضمانية إضافية تزيد من رهن موجودات مرهونة فعلا، والثمار الطبيعية والمدنية أو الإيرادات التي تولدها وعائدات التصرف فيها. وتتسق توصيات *الدليل* مع هذا النهج

(انظر التوصية ٧٦، وفيما يتعلق بالتمويل الاحتيازي بموجب اتفاق بشأن الاحتفاظ بحق الملكية، انظر التوصية ١٩٠). وعلاوة على ذلك، فإن عدم وجود صلاحية لدى المانح لمنح حقوق ضمانية إضافية لا يمنع تحقق إنشائها، حتى وإن كان القيام بذلك قد يشكل تقصيرا بموجب الاتفاق الضماني (انظر التوصية ١٨ والتوصيات ٢٣-٢٥).

(د) القواعد غير الإلزامية بصرف النظر عن الطرف الحائز

٦٦- إضافة إلى الحقوق الممنوحة تحديدا للدائنين المضمونين والمانحين، والالتزامات المفروضة عليهم تحديدا، بسبب حيازتهم الموجودات المرهونة، تسُن دول كثيرة أيضا قواعد غير إلزامية تتناول حالتي الدائن المضمون الحائز (الضمان الحيازي) والمانح الحائز (الضمان غير الحيازي). ومن هذه القواعد قاعدتان شائعتان تركز إحداهما على التزامات المانح والأخرى على حقوق الدائن المضمون.

٦٧- والقاعدة الأولى هي نتيجة طبيعية للفكرة التي مفادها أنه ينبغي للمانح الحائز أن يصون قيمة الموجودات المرهونة. وإذا ما حدث انخفاض كبير في قيمة الموجودات المرهونة حتى لأسباب لا علاقة لها بأي تقصير في العناية من جانب الطرف الحائز، تنص بعض الدول على أنه يتعين على المانح أن يقدّم ضمانا إضافيا (أو موجودات إضافية) لتعويض الانخفاض غير المتوقع في القيمة. وعلاوة على ذلك، كثيرا ما تطبق هذه القاعدة على التدهور الطبيعي في قيمة الموجودات المرهونة نتيجة لبلى الاستعمال أو ظروف السوق، متى بلغ ذلك التدهور نسبة كبيرة من القيمة الأصلية للموجودات المرهونة. غير أنّ الأطراف عادة ما تورد في اتفاقها "أحكاماً استدراكية"، وتحدد بتفصيل الظروف التي يجب فيها على المانح تقديم موجودات إضافية فيما لو انخفضت قيمة الموجودات المرهونة فجأة.

٦٨- أما القاعدة الثانية، فتتعلق بحق الدائن المضمون في أن يحيل كلا من الالتزام المضمون والحق الضماني المتعلق به. ففي حال عدم وجود اتفاق على ما يخالف ذلك، يجوز للدائن المضمون أن يحيل دون قيد الالتزام المضمون والحق الضماني المصاحب له (انظر مثلا المادة ١٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، والتوصية ٢٥). بل تقضي بعض الدول بأنه يجوز للدائن المضمون أن يفعل ذلك رغم وجود قيود تعاقدية على الإحالة (انظر الفقرة ١ من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، والتوصية ٢٤). وعندما يكون الدائن المضمون حائزا للموجودات المرهونة (في حالة الصك القابل للتداول، على سبيل المثال) فإن ذلك يعني ضمنا أنه يجوز له أن يحيل الحيازة أيضا إلى الدائن المضمون الجديد. غير أنه في كلتا الحالتين، وفي حال عدم وجود اتفاق محدَّد على خلاف ذلك بين المانح والدائن المضمون الأصلي (المحيل) يأذن بترتيب من هذا القبيل، لا يستطيع من يُحال إليه الالتزام المضمون اكتساب حقوق تجاه المانح أو ادعاء امتيازات فيما يتعلق بالموجودات المرهونة تتجاوز ما يمكن أن يطالب به المحيلُ.

باء- ملاحظات تخص موجودات معينة

٦٩- تعنى القواعد الإلزامية وغير الإلزامية المتصلة بحقوق الطرفين والتزاماتهما السابقة للتقصير بالأسلوب الذي توزع به امتيازات الملكية ومسؤولياتها بين المانح والدائن المضمون. وكما جاء من قبل، فإن أهم ما يتضمّنه ذلك هو: *(أ)* الالتزام (الذي يفرض دائما على الطرف الحائز للموجود المرهون)، بالاعتناء بها وصونها وحفظها؛ *(ب)* حق استخدام الموجودات المرهونة وتحويلها وخلطها وصنعها؛

(ج) حق تحصيل الثمار الطبيعية والمدنية أو الإيرادات والعائدات الأخرى التي تدرّها الموجودات وإخضاعها لاستعمال الطرف المعني؛ *(د)* في بعض الدول، مدى تمتع الدائن المضمون بالحق في رهن الموجودات المرهونة أو إعادة رهنها أو التصرف فيها، سواء أكانت خالية من الحق الضماني أو خاضعة له.

٧٠- وتتناول هذه القواعد عموما الحالات المتعلقة بالموجودات الملموسة. ومع ذلك، يشير *الدليل* في الفصل الأول إلى أهمية الممتلكات غير الملموسة، وبالأخص الحق في السداد فيما يتعلق بموجودات يمكن أن يرهنها المانح. وفي حين أن فئات معيّنة من الموجودات غير الملموسة مستبعدة من *الدليل* (مثل الأوراق المالية وحقوق السداد بموجب عقود تمويلية، انظر التوصية ٤، الفقرتين الفرعيتين *(ج)* و*(د)*)، فهو يشمل أنواعا كثيرة أخرى من الموجودات غير الملموسة، وبالأخص المستحقات التعاقدية وغير التعاقدية، والحقوق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، وحقوق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(أ)*).

٧١- ويشمل إنشاء حق ضماني في الحق في تقاضي أموال بالضرورة أطرافا أخرى غير المانح والدائن المضمون، ومنها على الأخص المدين بالمُستَحَق. ولأن الموجودات المرهونة هي التزامات يدين بها شخص ثالث للمانح، فقد طُلب إلى الدول وضع قواعد تفصيلية لتنظيم العلاقة الثلاثية فيما بين الطرفين وكذلك بينهما، من جهة، والأطراف الثالثة، من جهة أخرى. وتتناول هذه القواعد حقوق والتزامات الطرفين في الاتفاق الضماني والأطراف الثالثة، سواء أكان الحق في السداد ناشئا بموجب موجود ملموس (مثل صك قابل للتداول أو مستند قابل للتداول)، أو بموجب موجود غير ملموس (مثل مُستَحق، أو حق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي أو حق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل). ومعظم القواعد المتصلة بالعلاقة بين المانح والدائن المضمون، من ناحية، والمدين بالالتزام ("الطرف الثالث المدين" بمقتضى *الدليل*)، من ناحية أخرى، هي قواعد إلزامية، وإن كان بعضها غير إلزامي. ويتناول الفصل السابع بالتفصيل حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها.

٧٢- ويركز هذا الباب على الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير بين المحيل (المانح) والمحال إليه (الدائن المضمون). وكما هو الحال فيما يتعلق بالموجودات الملموسة، فإن الموقف الذي تتخذه معظم الدول هو أنه ينبغي للطرفين أن يحدّدا حقوقهما والتزاماتهما السابقة للتقصير (انظر التوصية ١١٠). وبالتالي، فإن غالبية القواعد المتعلقة بتلك الحقوق والالتزامات غير إلزامية. ومع ذلك، ونظرا لما يمكن أن يكون لهذه القواعد من أثر على الأطراف الثالثة، فإن الدول تعتمد في الغالب مزيجا من القواعد الإلزامية وغير الإلزامية. وتقدّم المواد ١١ إلى ١٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات مثالا جيدا على هذه الممارسة عندما يتعلق الأمر بإحالات المستحقات.

١- *إقرارات المحيل*

٧٣- يتعلق بعض أهم أجزاء الاتفاق المبرم بين المحيل والمحال إليه بالإقرارات المقدّمة من المحيل إلى المحال إليه. وفي الحالة العادية يفترض ما يلي: *(أ)* أن المحيل له حق إحالة المستحق؛ *(ب)* أن المستحق لم تسبق إحالته؛ *(ج)* أن المدين بالمستحق ليس له أي دفوع أو حقوق في المقاصة يمكن التمسك بها تجاه المحيل. وبعبارة أخرى، إذا كانت لدى المحيل شكوك بشأن أي من هذه المسائل وجب عليه أن يذكرها

صراحة في الاتفاق أو أن يفيد صراحة أنه لا يقدّم أي إقرارات إلى الدائن المضمون بشأنها. وعلى أي حال، وبالتوازي مع التزامات المانح السابقة للتقصير فيما يخص الموجودات الملموسة، يجب أن يتخذ المحيل كل الخطوات المعقولة اللازمة لحفظ حقه القانوني في تحصيل إيرادات المستحقات. ومن ناحية أخرى، يُفترض أن المحيل لا يُقرّ بالقدرة الفعلية للمدين بالمستحق على السداد، ما لم يقرّ المحيل خلافا لذلك تحديدا. وترد تلك الالتزامات المختلفة في شكل قواعد غير إلزامية في القانون الوطني لمعظم الدول، ويوصي بها *الدليل* على هذا النحو (انظر التوصية ١١٤).

٢- *الحق في إشعار المدين بالمستحق*

٧٤- لما كانت قيمة المستحق المحال تتألف في نهاية المطاف من سداد المدين للمستحَق، ولما كان ذلك المدين غير مُلزَم بالسداد للمحال إليه إلا إذا كان يعلم فعلا حقوق المحال إليه، فمن المهم زيادة قدرة المحال إليه على إعلام المدين بوجود الإحالة إلى أقصى حد. ولذلك، تقضي معظم الدول بأنه يجوز للمحيل أو للمحال إليه أن يُشعر المدين وأن يُعطي تعليمات بخصوص كيفية السداد. ومع ذلك، بغية الحيلولة دون إصدار تعليمات متضاربة، فعادة ما تنص هذه الدول أيضا على أنه لا يجوز، بعد توجيه إشعار بالإحالة، لغير المحال إليه أن يرشد المدين بشأن أسلوب السداد ومكانه. ويعتمد *الدليل* أيضا هذا الإطار الراسخ لإخطار المدين بالمستحق (انظر التوصية ١١٥).

٧٥- وقد تكون هناك بالطبع حالات لا يودّ فيها المحيل والمحال إليه (أو أحدهما فقط) أن يكون المدين بالمستحق على علم بالإحالة. وقد تتعلق هذه الرغبة بسمات معيّنة لأعمال المحيل التجارية أو بظروف اقتصادية عامة. ولذلك، تقضي الدول عادة بأنه يجوز للمحيل والمحال إليه أن يتفقا على تأجيل إشعار المدين بالمستحق بأن الإحالة قد حدثت حتى وقت لاحق. وحتى حين توجيه ذلك الإشعار، يواصل المدين بالمستحق السداد للمحيل وفقا للاتفاق الأصلي المبرم بينهما أو وفقا لأي تعليمات سداد لاحقة. وعندما يخل أحد الطرفين (وهو المحال إليه عادة) بالتزام بعدم الإشعار، لا ينبغي أن يضر ذلك بالمدين بالمستحق. ويُطلَب بعدئذ إلى المدين بالمستحق أن يسدّد وفقا للتعليمات الصادرة ويحق له أن يحصل على إبراء لذمته عن المبالغ المسدّدة على هذا النحو (انظر التوصية ١١٩). ومع ذلك، تقضي دول كثيرة أيضا بأنه يجوز، ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، أن تترتب على ذلك الإخلال بالالتزام بعدم توجيه إشعار مسؤوليةٌ عن أي أضرار ناجمة عن ذلك. ويوصي *الدليل* بأن تحكم هذه المبادئ العامة إشعار المدين بالمستحق بالإحالة (انظر التوصية ١١٥).

٣- *الحق في الحصول على سداد المستحق*

٧٦- نظرا إلى أن الحق في السداد هو السبب الفعلي للضمان، فمن المهم تحديد مفعول أي سداد من جانب المدين بالمستحق (سواء أكان للمحيل أم للمحال إليه) على حقوق كل من المحيل والمحال إليه. وقد سنّت دول كثيرة قواعد غير إلزامية تحكم السداد بحسن نية الذي قد لا يُنفّذ بالفعل وفقا لقصد المحيل أو المحال إليه. ويمكن أن يحدث ذلك أحيانا لأن المدين بالمستحق قد تلقى تعليمات سداد متضاربةً أو علم بالإحالة دون أن يكون قد تسلمَّ فعلا إشعارا رسميا بها.

٧٧- وهناك حالتان نمطيتان تتناولهما هذه القواعد عادة. فأولا، حتى وإن لم يُقدّم أي إشعار بالإحالة إلى المدين بالمستحق، قد يُنفّذ السداد بالفعل للمحال إليه أو يتسلمه المحال إليه. ونظرا للغرض من الحق الضماني في المستحق، فإن تخويل المحال إليه حق الاحتفاظ بالمبلغ المسدّد، مع تخصيصه لتخفيض التزام المحيل، يحقق فعالية أكبر. كذلك، إذا سُدّد مبلغ للمحيل بعد تنفيذ الإحالة، وبصرف النظر أيضا عما إذا كان المدين بالمستحق قد تسلمّ إشعارا، ينبغي إلزام المحيل بأن يحول المبلغ المقبوض إلى المحال إليه. وبالمثل، كثيرا ما تنص الدول على أنه ينبغي، حالما يقُدّم الإشعار، إذا كان جزء من الالتزام بالسداد هو إعادة موجودات ملموسة معيَّنة إلى المحيل، أن تسلَّم تلك الموجودات إلى المحال إليه. فمثلا إذا كان جزء من الالتزام بالسداد من جانب المدين بالمستحق هو نقل صك قابل للتداول إلى المحال إليه، فإنه ينبغي، حالما يرد الإشعار، أن يُنقل الصك القابل للتداول إلى المحال إليه. ويوصي *الدليل* باعتماد هذه المجموعة من الممارسات لتنظيم عمليات السداد الموجهة توجيها غير صائب (انظر التوصية ١١٦، الفقرة الفرعية *(أ)*). وبطبيعة الحال، فإن القواعد التي تعتمدها دول كثيرة غير إلزامية في كل هذه الحالات، ونتيجة لذلك، قد ينص المحيل والمحال إليه في اتفاقهما على نتيجة مختلفة.

٧٨- وعندما تكون هناك إحالات متعدّدة لأحد المستحقات، قد يتلقى المدين بالمستحق إشعارات متعدّدة وقد يشك في من هو المحال إليه الذي له الأولوية. وأحيانا يجري السداد بحسن نية إلى محال إليه أدنى مرتبة في الأولوية. وفي تلك الحالات، تقتضي الدول بألا يحرم المحال إليه، الذي يكون هو أولى، لا من حقوقه في السداد، ولا من حقوقه، عندما يكون الالتزام بالسداد ينطوي على إعادة الموجودات إلى المحيل، في أن يتلقى تلك الموجودات أيضا. ويجب أن يسلِّم المحال إليه الأدنى مرتبة في الأولوية السداد إلى المحال إليه الأعلى مرتبة في الأولوية ويعيد إليه الموجودات. ويوصي *الدليل*، تمشيا مع النهج العام الذي يتبعه إزاء توزيع الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير بين المحيل والمحال إليه، بأن تحكم هذه المبادئ العامة الحالات التي جرى فيها السداد لشخص لم يكن له الحق فعلا في تلقيه (انظر التوصية ١١٦، الفقرة الفرعية *(أ)*).

٧٩- وأيا كانت الظروف التي يتلقى فيها المحال إليه السداد، تنص الدول دائما من خلال قاعدة إلزامية على أن المحال إليه لا يجوز له أن يحتفظ إلا بما يسدَّد له في حدود حقوقه في المستحق. وبعبارة أخرى، إذا كان المبلغ المسدَّد من المدين بالمستحق أكثر من مديونية المحيل المستحقة، لا يجوز أن يحتفظ المحال إليه بالفائض (انظر التوصية ١٥٢). ويجب أن يحوّل المحال إليه الفائض إلى الشخص الذي يحق له الحصول عليه (أي المحال إليه أو المحيل التالي في المرتبة، حسب الحالة). ومثلما يجب على الدائن المضمون الذي وُفِّيَ حقه كاملا إما أن يسلم الموجودات الملموسة إلى المانح أو أن يكفل شطب الإشعار بحقوقه من سجل الحقوق الضمانية العام، تُلزم بعض الدول أيضا المحال إليه الذي وُفِّيَ حقه كاملا بأن يُعلم المدين بالمستحق بذلك وبألا يتلقى السداد بعد ذلك. ومع أن *الدليل* لا يوصي بإلزام المحال إليهم بإرسال ذلك الإشعار إلى المدين بالمستحق، لأن المحال إليهم لا يجوز لهم الاحتفاظ بأكثر من قيمة حقهم في المستحقات (انظر التوصية ١١٦، الفقرة الفرعية *(ب)*)، يجوز للمحال إليهم، عمليا، إما أن يرسلوا إشعارا أو ينضموا إلى المحيل لإرسال ذلك الإشعار.

٨٠- وتساعد هذه القواعد الإلزامية وغير الإلزامية المتعلقة بالحقوق والالتزامات السابقة للتقصير لمحيلي موجودات غير ملموسة ومَن تُحال إليهم تلك الموجودات، على تنظيم العلاقة التي تربط بينهم. وتجسّد هذه القواعد غير الإلزامية بطرائق شتى القصد المتوخى تحقيقه من القواعد غير الإلزامية، وهذا هو سبب ذكرها صراحة في القانون الوطني لدول كثيرة وسبب ورودها في المواد ١٢ - ١٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات. ولهذا السبب أيضا، يوصي *الدليل* بأن تُدرج هذه القواعد

ضمن أي قانون يتعلق بالمعاملات المضمونة لأجل تيسير كفاءة إحالة المستحقات وتحصيلها، مع السماح في الوقت نفسه للمحيلين والمحال إليهم بأن يشكّلوا معاملاتهم الخاصة بهم بطرائق مختلفة كي تفي باحتياجاتهم ورغباتهم الخاصة.

جيم- التوصيات ١١٠-١١٦

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بحقوق الطرفين والتزاماتهما هو تعزيز فعالية المعاملات المضمونة والحدّ من تكاليف المعاملات ومن احتمالات النزاع، بواسطة:

(أ) توفير قواعد إلزامية تتعلق بحقوق الطرف حائز الموجودات المرهونة والتزاماته؛

(ب) توفير قواعد غير إلزامية تتعلق بحقوق الطرفين والتزاماتهما تسري في الحالات التي لا يكون فيها الطرفان قد تطرّقا إلى تلك المسائل في اتفاقهما؛

(ج) توفير قواعد غير إلزامية لتكون بمثابة مُعين على الصياغة أو بمثابة قائمة مرجعية بالمسائل التي قد يود الطرفان تناولها في اتفاقهما.

١- توصيات عامة

حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما[٤]

١١٠- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين في الاتفاق الضماني تتقرّر بما يلي:

(أ) الشروط والأحكام التي يتضمّنها ذلك الاتفاق، بما في ذلك أي قواعد أو شروط عامة مشار إليها فيه؛

(ب) أي عرف اتفقا على اتباعه؛

(ج) أي ممارسات أرسياها فيما بينهما، ما لم يتفقا على خلاف ذلك.

القواعد الإلزامية

١١١- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على الطرف حائز الموجود المرهون أن يتخذ خطوات معقولة للمحافظة على هذا الموجود وعلى قيمته.

١١٢- يجب على الدائن المضمون أن يرد الموجود المرهون الذي يكون بحوزته إذا كان الحق الضماني، بعد إنهاء جميع الالتزامات بتقديم قروض ائتمانية، قد استوفي بالسداد التام أو بطريقة أخرى.[٥]

القواعد غير الإلزامية

١١٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه ما لم يُتفق على خلاف ذلك، يكون للدائن المضمون الحق فيما يلي:

(أ) استرداد النفقات المعقولة التي تكبّدها للحفاظ على الموجودات المرهونة التي تكون في حوزته؛

(ب) استخدام الموجودات المرهونة التي تكون في حوزته استخداما معقولا واستعمال الإيرادات المتأتية منها في سداد الالتزام المضمون؛

(ج) تفقّد الموجودات المرهونة التي تكون في حوزة المانح.

---

[٤] بخصوص التوصية ١١٠، انظر المادة ١١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

[٥] بخصوص واجب الدائن المضمون بإلغاء الإشعار المسجّل، انظر التوصية ٧٢، الفصل الرابع بشأن نظام السجل.

٢- توصيات تخص موجودات معينة

إقرارات المحيل[٦]

١١٤- فيما يتعلق بإحالة مستحق تعاقدي، ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، يُقرّ المحيل وقت إبرام عقد الإحالة بما يلي:

'١' أنّ للمحيل الحق في إحالة المستحق؛

'٢' أنّ المحيل لم يسبق له أن أحال المستحق إلى محال إليه آخر؛

'٣' أنه ليس للمدين بالمستحق، ولن تكون له، أي دفوع أو حقوق مقاصة؛

(ب) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، لا يقرّ المحيل بأنّ لدى المدين بالمستحق، أو ستكون لديه، القدرة المالية على السداد.

الحق في إشعار المدين بالمستحق

١١٥- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، يجوز للمحيل أو للمحال إليه أو لكليهما أن يرسل إلى المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة وتعليمة سداد، أما بعد إرسال ذلك الإشعار فلا يجوز لأحد غير المحال إليه أن يرسل تلك التعليمة؛

(ب) الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد المرسلان على نحو يخل بأي اتفاق مُشار إليه في الفقرة الفرعية *(أ)* من هذه التوصية لا يكونان، لأغراض التوصية ١٢٠ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، فاقدي المفعول بسبب ذلك الإخلال. غير أنه ليس في هذه التوصية ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على الطرف المخل بذلك الاتفاق بخصوص ما يترتب على ذلك الإخلال من أضرار.

الحق في السداد

١١٦- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) بين المحيل والمحال إليه، ما لم يُتفق على خلاف ذلك وسواء أُرسل إشعار بالإحالة أولم يُرسل:

'١' إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى المحال إليه، كان للمحال إليه الحق في أن يحتفظ بالعائدات والموجودات الملموسة المعادة فيما يتعلق بالمستحق المحال؛

'٢' إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى المحيل، كان للمحال إليه الحق في تقاضي العائدات وكذلك في الموجودات الملموسة المعادة إلى المحيل فيما يتعلق بالمستحق المحال؛

'٣' إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى شخص آخر للمحال إليه أولوية عليه، كان للمحال إليه الحق في تقاضي العائدات وكذلك في الموجودات الملموسة المعادة إلى ذلك الشخص فيما يتعلق بالمستحق المحال؛

(ب) لا يجوز للمحال إليه أن يحتفظ بأكثر من قيمة حقه في المستحق.

---

[٦] بخصوص التوصيات ١١٤-١١٦، انظر المواد ١٢-١٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

سابعا- حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- للموجودات غير الملموسة دور متزايد الأهمية في نظم المعاملات المضمونة العصرية. ويقر *الدليل* بهذه الحقيقة في عدة فصول منه (انظر، مثلا، الفقرات ٥-٩ و٧٨-٨٤ من الفصل الأول بشأن نطاق الانطباق، والنهوج الأساسية إزاء المعاملات الضمانية والمواضيع العامة المشتركة بين جميع فصول *الدليل*). ويكرِّس *الدليل* اهتماما كبيرا للموجودات غير الملموسة في العديد من التوصيات (انظر التوصيات ٢٣-٢٧ بشأن إنشاء الحق الضماني، والتوصيات ٤٨-٥٠ بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، والتوصيات ١٠٣-١٠٧ بشأن أولوية الحق الضماني، والتوصيات ١١٤-١١٧ بشأن حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما، والتوصيات ١٦٧-١٧٦ بشأن إنفاذ الحق الضماني). ومع أنه يمكن استبعاد فئات معيّنة من الموجودات غير الملموسة من *الدليل*، إلا أنه ترد فيه كثير من الأنواع الأخرى من الموجودات غير الملموسة وبوجه خاص الحقوق في السداد (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية (*أ*)).

٢- وعندما يتألّف الموجود المرهون في سياق معاملة مضمونة من حق تجاه طرف ثالث تكون المعاملة المضمونة بالضرورة أكثر تعقّدا مما إذا كان الموجود المرهون موجودا بسيطا مثل قطعة من المعدّات. ويمكن أن تشمل تلك الحقوق تجاه الأطراف الثالثة "مستحقات" أو حقوقا تتضمنها "صكوك قابلة للتداول" أو حقوقا تتضمنها "مستندات قابلة للتداول" أو "حقوقا في تقاضي عائدات بمقتضى تعهّد مستقل" أو "حقوقا في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي". وفي حين أن هذه الحقوق تجاه الأطراف الثالثة تتباين من نواح هامة، فإنها تشترك في سمة أساسية، وهي أن قيمة الموجود المرهون هي الحق في الحصول على الأداء من طرف ثالث يدين بالتزام للمانح. ويشير *الدليل* إلى ذلك الطرف الثالث باعتباره "الطرف الثالث المدين".

٣- ويمكن أيضا أن تكون هناك حقوق تجاه الأطراف الثالثة غير مندرجة في فئة من الفئات الخمس المذكورة أعلاه. والقصد من *الدليل* هو أن يشمل هذه الحقوق الأخرى أيضا عندما تُستعمَل كموجودات مرهونة. وبالتالي، وإن كان *الدليل* ينص على توصيات محدّدة فقط فيما يتعلق بكل فئة من الفئات الخمس المعدَّدة، فإن نفسُ المبادئ العامة التي تناقش في هذا الفصل تنطبق على هذه الحقوق الأخرى أيضا، إلا إذا استوجبت طبيعتها قاعدة مختلفة يمكن العثور عليها في مجموعة قوانين أخرى تتناول تلك الحقوق تحديدا.

٤- ويستخدم *الدليل* مصطلحات مختلفة لوصف الطرف الثالث المدين، حسب طبيعة الحق تجاه الطرف الثالث الذي يشكِّل موجودا مرهونا. فعندما يكون الحق عبارة عن مستحق، مثلا، يشار إلى الطرف الثالث المدين بأنه "المدين بالمستحق"، وعندما يكون الحق حقا في العائدات بمقتضى تعهّد مستقل، يُشار إلى الطرف الثالث المدين بأنه "الكفيل/المصدر أو المثبت أو شخص مسمّى آخر".

٥- وفي جميع الحالات التي يكون فيها الموجود المرهون حقا تجاه طرف ثالث مدين، ليس للمعاملة المضمونة مفعول على المانح والدائن المضمون فحسب، بل قد تؤثر أيضا على الطرف الثالث المدين. ولذا، توفّر الدول عادة الحماية من الآثار السلبية التي يمكن أن تقع على الطرف الثالث المدين، بما أن ذلك المدين ليس طرفا في المعاملة المضمونة. ويجب على الدول، بطبيعة الحال، أن تضمن ألاّ تثقل وسائل الحماية تلك دون داع العبء على إنشاء حقوق ضمانية في حقوق تجاه الأطراف الثالثة المدينة، نظرا إلى أن هذه الحقوق الضمانية تيسِّر تقديم الدائن المضمون ائتمانا إلى المانح، وهو ما قد يعود في كثير من الأحيان بالنفع على الطرف الثالث المدين.

٦- وقد نوقشت بالفعل القواعدَ التفصيلية التي تحكم الحقوق والالتزامات المتبادلة للمانحين والدائنين المضمونين عندما تكون الموجودات المرهونة حقا في الحصول على السداد (انظر الفصل السادس بشأن حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزامهما، الفقرات ٦٩-٨٠). أمّا هذا الفصل فهو يركِّز بالأحرى على حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها. وهو يبدأ باستعراض عدد من المسائل العامة، وذلك في الباب ألف-٢ *(أ)*. ثم يتناول، في الأبواب من ألف-٢ *(ب)* إلى ألف-٢ *(و)*، حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها في مختلف السياقات التي تنشأ فيها في أغلب الأحوال. ويُختتم الفصل بمجموعة من التوصيات.

٢- *مفعول الحق الضماني على التزامات الطرف الثالث المدين*

(أ) استعراض عام

٧- تسلِّم الدول عموما بأن من غير المناسب أن يتسبّب حقٌّ ضماني في حق الحصول على الأداء من طرف ثالث مدين في تغيير طبيعة التزام الطرف الثالث المدين تجاه دائنه أو حجم ذلك الالتزام. ويرد هذا المبدأ الأساسي في صكوك دولية أيضا. فمثلا، لا تسمح المادة ١٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات بأي تغيير في الالتزام بالسداد، سوى ما يتعلّق بهويّة الشخص الواجب السداد له (والعنوان أو الحساب الذي يجب أن يُوجَّه إليه السداد، مع بعض القيود؛ انظر الفقرة ١٢ أدناه). وهذا المبدأ عام وينطبق بالتساوي على جميع الالتزامات بصرف النظر عن الكيفية التي ينشأ بها الالتزام أو الطريقة التي يعرب بها عنه. ويسري ذلك على الرغم من أن توصيات *الدليل* لا تتناول إلاّ الحالات التي يكون فيها الالتزام ذو الصلة التزاما بالسداد بمقتضى صك قابل للتداول، أو التزاما بسداد أموال مودعة في حساب مصرفي، أو التزاما بسداد العائدات بمقتضى تعهد مستقل، أو التزاما بتسليم البضاعة المعنيّة بمقتضى مستند قابل للتداول أو التزاما بالسداد بمقتضى عقد.

٨- وعندما يُثبت صك قابل للتداول أو مستند قابل للتداول حقا تجاه طرف ثالث مدين، فإن هذا المبدأ مجسَّد بالفعل في قوانين راسخة لدى معظم الدول ويتناول بالتفصيل مفعول إحالة صك قابل للتداول أو مستند قابل للتداول على التزام المدين بموجبه. ويُشار إلى هذه المتون من القوانين عموما في *الدليل* بعبارة القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول أو القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول. انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير، الفقرة ١٩). ولا حاجة إلى قانون للمعاملات المضمونة لإعادة إنشاء تلك القواعد. وتبعا لذلك، يُقرّ *الدليل* عموما تلك المجموعات من القوانين فيما يتعلّق بتنفيذ هذا المبدأ. وتوجد أحكام مماثلة بشأن حقوق المصرف المتعلقة بالأموال المودعة في حساب مصرفي، والحقوق التي يتمتع بها الكفيل/المُصدر أو المُثبت أو الشخص المسمى أو أي مستفيد آخر ذُكر اسمه في تعهد مستقل أو أحيلت حقوق السحب إليه؛ وفي جميع هذه الحالات، يتخذ *الدليل* موقفا مماثلا هو أنه يقرّ هذه الأحكام.

(ب) مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بالمستحق

٩- مع أن مفعول الحق الضماني على المدين بمقتضى صك قابل للتداول أو مستند قابل للتداول راسخ في معظم الدول، فهذا ليس هو الحال دائما فيما يتعلق بمستحق يخضع لحق ضماني. وبالتالي، يتناول *الدليل* بشيء من التفصيل مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بالمستحق. ويستمد *الدليل* معظم سياساته وتوصياته (حرفيا، في كثير من الأحيان) من القواعد المناظرة الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

١٠- ولا يمكن حاليا، في كثير من الدول، منح حق ضماني في مستحق. والآلية الوحيدة، التي يجوز بها لدائن المستحق أن يستخدم المستحق كموجود لضمان قرض، هي إحالة المستحق إلى دائن آخر. وعلاوة على ذلك، لا يمكن في بعض الدول إحالة المستحق على سبيل الضمان. وهذا يعني أنّ من غير الممكن في تلك الدول جعل حق المحال إليه في تحصيل المستحق مشروطا باستمرار كون المحيل نفسه مدينا للمحال إليه بالتزام. ولا تجوز إلاّ إحالات المستحقات. ومع ذلك، وبصرف النظر عما إذا كانت المعاملة إحالة تامة، أو إحالة على سبيل الضمان أو معاملة تنشئ حقا ضمانيا، فإن الآليات القانونية التي تُنشئ الحقوق والالتزامات المتبادلة للطرفين، وحقوقهما تجاه أطراف ثالثة مدينة، متماثلة. ولهذا السبب ولأنه يصعب في بعض الأحيان التحديد الدقيق لطبيعة المعاملة الأساسية بين المحيل والمحال إليه، فإن كثيرا من الدول تعامل جميع أشكال إحالة المستحقات عموما بنفس الطريقة. وهذا هو أيضا النهج الذي تتبناه اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

١١- وتمشّيا مع هذا النهج لا يشمل *الدليل* الحقوق الضمانية في المستحقات فحسب بل والإحالات التامة والإحالات على سبيل الضمان أيضا (انظر التوصية ٣). ولذلك، تتناول المناقشة في هذا الفصل أيضا حقوق المدين بالمستحق والتزاماته في المعاملات التي أحيل فيها المستحق إحالة تامة أو استُخدم كموجود مرهون، سواء في إحالة على سبيل الضمان أو بمنح حق ضماني في المستحق. وبالإضافة إلى ذلك، يُستخدم مصطلح "الإحالة" في هذا الفصل للإشارة إلى المعاملات بأنواعها الثلاثة، ما لم يبيَّن خلاف ذلك. غير أن من المهم الإشارة إلى أن معالجة هذه المعاملات بمقتضى مجموعة موحدة من القواعد لا يؤدي إلى جعل الإحالة التامة لمستحق معاملةً مضمونة (انظر الفصل الأول بشأن نطاق الانطباق، الفقرة ٣١).

'١' حماية المدين بالمستحق

١٢- تنص اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، مع القليل من الاستثناءات، على أن إحالة المستحق لا تمسّ بحقوق المدين بالمستحق والتزاماته دون موافقته. ويوجد مبدأ مماثل في القانون الوطني لكثير من الدول. ويوصي *الدليل* بهذا النهج كذلك (انظر التوصية ١١٧، الفقرة *(أ)*). والمفعول الوحيد الذي يمكن أن يكون للإحالة على المدين بالمستحق هو تغيير الشخص أو العنوان أو الحساب المصرفي المطلوب من المدين بالمستحق أن يسدّد له. ولكن الاتفاقية تنص، من أجل عدم فرض مشقة على المدين بالمستحق، على أنه لا يجوز أن تؤدي تلك التغييرات في الشخص أو العنوان أو الحساب المسدّد إليه إلى تغيير عُملة السداد أو الدولة التي ينبغي أن يتمّ فيها السداد، إلا إذا كان التغيير يخص عملة الدولة التي يقع فيها مقر المدين بالمستحق (انظر المادة ١٥ من الاتفاقية). وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر الفصل الأول بشأن نطاق انطباق *الدليل*، الفقرتين ٣٠ و٣١، والتوصية ١١٧، الفقرة الفرعية *(ب)*).

١٣- وعندما تكون إحالة المستحق إحالة تامة، تتغيّر أيضا ملكية الحق في الحصول على الأداء من المدين بالمستحق. وفي حين تصف بعض الدول هذا النوع من المعاملات بأنه ينطوي على تغيير في الملكية، تقتضي دول أخرى ببساطة بأن يكون حق السداد الذي يتجسد في المستحق قد أحيل إلى ذمة المحال إليه. ومهما يكن وصف المعاملة، فهي لا تعني بالضرورة أن الطرف المطلوب السداد له يتغير أيضا. والسبب هو أن المحال إليه يُبرم في حالات كثيرة ترتيبا مع المحيل سيستمر هذا الأخير بمقتضاه في تحصيل المستحق نيابة عن المحال إليه.

١٤- وحتى عندما تكون إحالة المستحق على سبيل الضمان، فإن المعاملة تُنظم في بعض الأحيان وكأنها إحالة مباشرة للمستحق إلى المحال إليه. وفي هذه الحالات، يقوم المحيل عادة بتحصيل المستحق أيضا نيابة عن المحال إليه، غير أنه لا يتعين عليه أن يردَّ أكثر مما يلزم بمقتضى الاتفاق بينهما، ما لم يحدث تقصير. وعلى نقيض ذلك، تكون الإحالة في بعض الأحيان مشروطة ولا يكتسب المحال إليه حقوقا في المستحق حتى يحدث تقصير من جانب المحيل. ويستمر، حتى ذلك الحين، الطرف الثالث المدين في السداد للمحيل بمقتضى شروط العقد الأصلي المبرم بينهما، حتى أنه قد لا يعلم بالإحالة.

١٥- وعادة ما تكون النتيجة العملية مماثلة عندما تنطوي إحالة المستحق على إنشاء حق ضماني. فالإحالة لا تعني بالضرورة تغيُّر الطرف المطلوب السداد له. وفي كثير من الحالات، يتمثل الترتيب بين المحيل والمحال إليه في أن يكون السداد إلى المحيل حتى حدوث تقصير من جانب المحيل. ولا يسعى المحال إليه إلى الحصول على السداد مباشرة من المدين بالمستحق إلا عند حدوث تقصير. وفي حالات أخرى، تتفق الأطراف على أن يجري السداد إلى المحال إليه. وبمقتضى هذا النوع من الترتيبات، يحتفظ المحال إليه عادة بالمال المقبوض في حساب مستقل ولا يسحب من هذا الحساب إلا مبلغا ضروريا للوفاء بالتزام المحيل بالسداد. ويحتفظ بالرصيد للمحيل ويُرد بعد سداد الائتمان بالكامل.

١٦- وفي جميع الحالات المذكورة أعلاه، يكون توجيه إشعار هو الآلية التي يكتسب المحال إليه بواسطتها حقوقا في تحصيل المستحق مباشرة من المدين بالمستحق. والسائد في الممارسة أن الإشعار يجب أن يتسلمه المدين بالمستحق فعليا ويجب أن يكون موجها بلغة يتوقع منها على نحو معقول أن تُعلم المدين بالمستحق بمحتواه. وبما أن الغرض من الإشعار هو تغيير التعليمات المتعلقة بالسداد، فهو لا يجوز أن يؤثر إلاّ على المدفوعات الآجلة الواجبة السداد بشأن المستحقات الموجودة أو بشأن المستحقات التي تنشأ بعد الإشعار (انظر المادة ١٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات والتوصية ١١٨).

٢' *إبراء ذمة المدين بالمستحق بالسداد*

١٧- نظرا إلى أن ذمة المدين بالمستحق لا تبرّأ إلا بقدر السداد إلى الطرف الذي يحق له ذلك بموجب القانون ولا يجوز أن تبرّأ إذا جرى السداد إلى طرف مختلف، فإن للمدين بالمستحق مصلحة واضحة في معرفة هويّة الطرف المطلوب السداد إليه. وكما سبق ذكره، قد لا يكون الطرف الذي ينبغي السداد له بالضرورة "مالك" المستحق. وهكذا، فإن دولاً كثيرة تحمي المدين بالمستحق بالنص على أن تبرّأ ذمة المدين بالمستحق بالسداد وفقا للعقد الأصلي إلى أن يتلقى إشعارا بالإحالة وبأي تغيير في الشخص أو العنوان الذي ينبغي توجيه السداد إليه. وهذا المبدأ يوفّر حماية مهمّة للمدين بالمستحق حيث إنه

يبطل احتمال اكتشاف أن السداد بحسن نية لا يبرّئ ذمة المدين بالمستحق لأن السداد جرى لصالح طرف لم يعد يحق له تسلمه (انظر المادة ١٧، الفقرة ١، من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، والتوصية ١١٩، الفقرة الفرعية *(أ)*).

١٨- ولكن، حالما يتلقى المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة وبأي تعليمات جديدة بشأن السداد، يكون من المناسب إلزام المدين بالمستحق بأن يسدّد وفقا لتلك التعليمات. وهذا المبدأ بالغ الأهمية بالنسبة للجدوى الاقتصادية للمعاملات المضمونة التي تكون فيها الموجودات المرهونة التي يعتمد عليها الدائن المضمون مستحقات. فإذا ظل في وسع المدين بالمستحق أن يسدّد إلى المحيل، ربما حرم ذلك المحال إليه من قيمة الإحالة. كما أن أي سداد يجريه المدين بالمستحق يقلل من الرصيد المتبقي من المستحق، وبالتالي من قيمة المستحق بصفته موجودا مرهونا. ومن الأهمية بمكان أن يتأتى حصول المحال إليه على السداد مباشرة من المدين بالمستحق، حالما تُوجّه التعليمات خصوصا عندما يكون المحيل في ضائقة مالية (انظر المادة ١٧، الفقرة ٢، من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، والتوصية ١١٩، الفقرة الفرعية (ب)).

١٩- ولا تفرض الدول التي تسمح بإحالة المستحقات عادة أي قيود على عدد الإحالات أو الإحالات الفرعية التي يمكن القيام بها. فعلى سبيل المثال، يجوز للمحيل إحالة مستحق على سبيل الضمان إلى الدائن المضمون ألف، والقيام لاحقاً بإنشاء حق ضماني ثان في ذلك المستحق لصالح الدائن المضمون باء، ويقوم كذلك في وقت لاحق، بإنشاء حق ضماني ثالث في ذلك المستحق لصالح الدائن المضمون جيم. وبطبيعة الحال، إذا كانت الإحالة الأولى إحالة تامة نافذة تجاه الأطراف الثالثة، لم يعد جائزا للمحيل القيام بأي إحالات أخرى (سواء تامة أو على سبيل الضمان). وبالإضافة إلى ذلك، يجوز أيضا للطرف الذي أحيل إليه المستحق، سواء أكان ذلك عن طريق إحالة تامة أم عن طريق إحالة على سبيل الضمان، أن يحيل حقوقه كمحال إليه. لذلك، يجوز للدائن المضمون ألف، في الحالة التي سبق ذكرها، أن يحيل، مثلا، حقوقه إلى دائن مضمون آخر، ضمانا لالتزاماته هو، أو يجوز له نقل ما لديه من حقوق نقلاً تاماً إلى طرف ثالث. وبالمثل، يجوز للدائن المضمون باء أن يحيل حقوقه إلى طرف ثالث، يحق له عندئذ أن يحيل تلك الحقوق إلى طرف ثالث آخر. ومن الواضح، بالتالي، أنه قد يكون من الصعب في بعض الأحيان على المدين بالمستحق أن يعرف بالتحديد الطرف الذي يتعين السداد إليه.

٢٠- ولحماية المدين في تلك الحالات، فإن الدول التي تسمح بإحالات متعددة تذكر عادة بالتفصيل عددا من المبادئ لتحديد المحال إليه الذي يجب على المدين أن يسدّد له حتى يبرئ ذمته. والأفكار الأساسية الثلاث في هذا المجال هي: *(أ)* عندما ترد إشعارات متعددة بتعليمات بالسداد من نفس المحال إليه تتعلق بإحالة واحدة للمستحق نفسه من المحيل ذاته، تكون الغلبة لآخر إشعار بتعليمات بالسداد يرد قبل السداد؛ *(ب)* عندما ترد إشعارات متعدّدة مع تعليمات بالسداد من عدة محال إليهم فيما يتعلق بأكثر من إحالة واحدة للمستحق ذاته صادرة من المحيل ذاته، تكون الغلبة لأول إشعار؛ *(ج)* عندما ترد إشعارات متعددة مع تعليمات بالسداد من عدة أشخاص أحيل إليهم المستحق ذاته لاحقا، تكون الغلبة لآخر إشعار مع تعليمات بالسداد. وعلاوة على هذه المبادئ الثلاثة، تضع الدول أيضا قواعد تحكم إحالة المصالح غير المجزَّأة في المستحقات، وكذا قواعد تبين حق المدين بالمستحق في اشتراط دليل وافٍ على الإحالة. وقد جُسّدت هذه المبادئ المقبولة عموما في المادة ١٧ من اتفاقيه الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، وهي مجسّدة أيضا في توصيات *الدليل* (انظر التوصية ١١٩، الفقرات الفرعية *(ج)-(ح)*).

'٣' دفوع المدين بالمستحق وحقوقه في المقاصة

٢١- كما لوحظ أعلاه، ليس من الملائم أن تغيّر إحالة أحد المستحقات طبيعة التزام المدين بالمستحق أو حجم ذلك الالتزام. وممَّا يترتب على هذا المبدأ أنه لا ينبغي للإحالة التي تتم دون موافقة المدين بالمستحق أن تحرمه من الدفوع الناشئة عن العقد الأصلي أو من حقوق المقاصّة الناشئة قبل استلام الإشعار بالإحالة (انظر المادة ١٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات والتوصية ١٢٠).

٢٢- غير أن هذا المبدأ لا ينبغي أن يمنع المدين بالمستحق من الاتفاق مع المحيل على عدم التمسك تجاه المحال إليه بالدفوع أو حقوق المقاصة التي يمكنه لولا ذلك أن يتمسك بها تجاه المحيل. ومفعول موافقة من هذا القبيل هو أن يضفي على المستحق نفس نوع قابلية التداول التي تمكِّن الحائزين المحميين من إنفاذ الصكوك القابلة للتداول، بصرف النظر عن الدفوع أو حقوق المقاصّة (للاطلاع على معنى "الحائز المحمي"، انظر، مثلا، المادة ٢٩ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج (الكمبيالات) الدولية والسندات الإذنية الدولية[1] (المشار إليها فيما يلي باسم "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج والسندات الإذنية"). وبما أن من المحتمل أن يكون المستحق قد ضمّن في سند إذني قابل للتداول أو ما شابه ذلك من الصكوك القابلة للتداول بموافقة المدين بالمستحق، فليس هناك ما يمنع المدين بالمستحق من الموافقة على نفس النتيجة التي كانت ستتحقّق من استخدام سند إذني قابل للتداول أو صك مماثل قابل للتداول (انظر التوصية ١٢١، الفقرة الفرعية *(أ)*). غير أن قوانين معظم الدول تقضي، مثلما هو الشأن في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج والسندات الإذنية، بأن هناك دفوعا معيّنة يمكن التمسك بها حتى تجاه الحائز المحمي (انظر، مثلا، الفقرة (١) من المادة ٣٠ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج والسندات الإذنية). والمفترض، مبدئيا، أن تتحقّق النتيجة ذاتها متى وافق المدين بالمستحق على عدم التمسك بدفوع تجاه من يحال إليه المستحق (انظر المادة ١٩، الفقرة ٢، من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، والتوصية ١٢١، الفقرة الفرعية *(ب)*).

'٤' تعديل العقد الأصلي

٢٣- عندما ينشأ مستحق بموجب عقد، يمكن دائما أن يتفق المدين بالمستحق مع دائنه الأصلي على تعديل شروط الالتزام فيما بعد. وإذا أُحيل ذلك المستحق، وجب تحديد مفعول ذلك التعديل على حقوق المحال إليه. وفي الحالات التي يحدث فيها التعديل قبل الإحالة، فإن الحق المحال فعلا إلى المحال إليه هو المستحق الأصلي بشكله المعدّل على هذا النحو. وتتخذ معظم الدول أيضا موقفا مؤداه أن المدين بالمستحق لا يتأثر بالإحالة التي لا علم له بها. فعلى سبيل المثال، إذا حدث التعديل بعد الإحالة ولكن قبل أن يعلم المدين بالمستحق أن الدائن قد أحال المستحق، فمن المعقول أن يعتقد المدين بالمستحق أن اتفاق التعديل قد أبرم مع دائن المستحق وأنه سيكون بالتالي نافذ المفعول. وعليه، تنص الدول عموما على أن تعديلا من هذا القبيل يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه (انظر، على سبيل المثال، المادة ٢٠، الفقرة ١، من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، والتوصية ١٢٢، الفقرة الفرعية *(أ)*).

[1] منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.95.V.16.

٢٤- وفي المقابل، عندما يُبرم اتفاق تعديل شروط المستحق، بعد أن تكون الإحالة قد حدثت فعلا وبعد إشعار المدين بها، فإن التعديل من هذا القبيل لا يكون عادة نافذ المفعول إلا إذا وافق عليه المحال إليه. والسبب في ذلك هو أن حق المحال إليه في المستحق يكون، في هذه المرحلة، قد أنشئ بالفعل وأنّ ذلك التعديل من شأنه أن يغيّر حقوق المحال إليه دون موافقته. غير أن بعض الدول تنص على استثناءات محدودة لهذه القاعدة. فمثلا، إذا لم يكن الحق المطلوب سداده قد اكتسب بكامله بالأداء من جانب دائن المستحق الأصلي (المحيل) وكان العقد الأصلي ينص على إمكانية التعديل جاز أن يكون التعديل نافذ المفعول تجاه المحال إليه. وفي بعض الحالات، لا يلزم أن ينص العقد الأصلي صراحة على التعديل. والمثال المعتاد لذلك هو عندما يحكم العقد الأصلي علاقة طويلة الأمد بين المدين بالمستحق ودائنه، وكانت العلاقة من النوع الذي كثيرا ما يكون موضع تعديل. وفي هذه الحالة، يمكن أن يتوقّع المحال إليه احتمال حصول تعديلات معقولة في سياق العمل المعتاد حتى بعد الإحالة. ونتيجة لذلك، تقتضي بعض الدول بأن يكون التعديل، الذي يوافق عليه محال إليه عاقل، نافذ المفعول تجاه المحال إليه، حتى إذا تم بعد أن يعلم المدين بالمستحق بوجود الإحالة، ما دام المستحق بكامله لم يكتسب بالأداء (انظر المادة ٢٠، الفقرة ٢، من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، والتوصية ١٢٢، الفقرة الفرعية *(ب)*).

'٥' استرداد المبالغ المسدّدة

٢٥- كقاعدة عامة، ينشأ حق المحيل في تلقي السداد من المدين بالمستحق لأن المحيل أدى الالتزام الذي أجري السداد من أجله (كبيع سيارة أو أداء خدمة، مثلا). وفي بعض الأحيان، يمكن للمدين بالمستحق أن يدفع جزءا من ثمن الموجود الذي يجري تسليمه أو الخدمة التي يجري أداؤها. ويمكن أن يصير السداد آخر الأمر في يد المحال إليه، إما لأن المحيل رده إلى المحال إليه أو لأن المحال إليه وجّه إشعارا إلى المدين بالمستحق وحصل على السداد مباشرة. وينص قانون العقود عادة على أنه إذا لم يؤد أحد الطرفين التزامه فيجوز للطرف الآخر إلغاء العقد أو التماس التعويضات عن الضرر الناجم عن الإخلال. غير أن كثيرا من الدول تنص على أن المدين بالمستحق، بعد انتقال السداد إلى يد المحال إليه مباشرة، لا يكون له حق الرجوع إلا على المحيل وأنه لا يمكن استرداد المبالغ التي قبضها المحال إليه.

٢٦- وتتبع السياسة العامة الكامنة وراء هذه القاعدة من قانون الالتزامات العام. وما لم يكن هناك احتيال، لا يسمح لدائني طرف مقصر بمقتضى عقد بالمطالبة بمال يمكن أن يكون قد سُدِّد بحسن نية لدائنين آخرين. وعليه، إذا أجري السداد إلى المحيل الذي يحول الأموال المدفوعة فيما بعد إلى المحال إليه، يكون المحال إليه في موقف مماثل لموقف أي دائن آخر يحصل على السداد من المحيل. وينبغي أن تكون هذه هي الحالة عندما يفي المحيل بالتزامه تجاه المحال إليه من خلال جعل المدين بالمستحق يسدد مباشرة إلى المحال إليه. وفي كلتا الحالتين، تنطبق المبادئ العادية التي تحكم قانون الالتزامات، ولا ينبغي أن يُلزم المحال إليه برد المبلغ الذي سُدّد له إلى المدين بالمستحق لمجرد أن المحيل لم يؤد التزامه المقابل. وهذا يعني في جوهره أن المدين بالمستحق عرضةٌ لخطر إعسار شريكه التعاقدي. ويوصي *الدليل* باعتماد هذا المبدأ العام (انظر المادة ٢١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات والتوصية ١٢٣).

(ج) مفعول الحق الضماني على التزامات مدين بمقتضى صك قابل للتداول

٢٧- القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول جدّ متطور في معظم الدول ويحتوي على قواعد واضحة تتعلّق بمفعول إحالة الصك على التزامات أطراف الصك. ولا تزال تلك القواعد، من حيث المبدأ، تنطبق في سياق الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول (انظر التوصية ١٢٤).

٢٨- وهكذا، على سبيل المثال، لا يستطيع الدائن المضمون الذي له حق ضماني في صك قابل للتداول أن يُحصِّل بمقتضى الصك إلا وفقا لشروط ذلك الصك. وحتى إذا قصّر المانح في الوفاء بالتزامه بمقتضى الاتفاق الضماني، لا يستطيع الدائن المضمون أن يُنفِّذ الصك القابل للتداول تجاه المدين إلا عندما يحين موعد السداد بموجب ذلك الصك. فمثلا، إذا كان الصك القابل للتداول مستحق السداد عند حلول الأجل فقط، لا يُسمح للدائن المضمون أن يطلب السداد قبل حلول الأجل (حتى في حال تقصير مانح الحق الضماني، الذي يقابل المدين بمقتضى الصك)، إلا وفقا لشروط الصك القابل للتداول نفسه.

٢٩- وإضافة إلى ذلك، لا يستطيع الدائن المضمون أن يحصِّل بمقتضى الصك القابل للتداول إلا وفقا للقانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، ما لم يوافق المدين على خلاف ذلك. وعادة، وحسب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، لا يمكن للدائن المضمون أن يحصّل بمقتضى الصك القابل للتداول إلا إذا كان حائزاً لذلك الصك (أي أن يكون حاملاً للصك وحاصلا على ما يلزم من تظهير) أو اكتسب حقوق حائز الصك. ولهذا، ولضمان الحصول على إبراء الذمة، كثيرا ما يُسمح للمدين بموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول بالإصرار على ألا يسدّد إلا إلى حائز الصك. وبصرف النظر عن هذا المبدأ العام، إذا قام حائز الصك، في بعض الدول، بإحالة الصك إلى شخص هو مجرد محال إليه ولكنه ليس حائزاً للصك، يستطيع المحال إليه إنفاذ الصك إذا كان حائزا لذلك الصك حيازة مادية.

٣٠- وبموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، قد يكون أو لا يكون الدائن المضمون عرضة لمطالبات المدين بموجب الصك ودفوعه. فإذا كان الدائن المضمون حائزاً للصك القابل للتداول متمتعا بالحماية، حَقَّ له إنفاذ الصك القابل للتداول خاليا من مطالبات ودفوع معيّنة للمدين. وتلك المطالبات والدفوع هي التي يطلق عليها المطالبات والدفوع "الشخصية"، ومنها مثلا المطالبات والدفوع في سياق العقود الاعتيادية والتي كان يمكن للمدين أن يتمسك بها تجاه الحائز السابق. غير أنه، وبمقتضى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، حتى لو كان الدائن المضمون مشتريا متمتّعا بالحماية، فهو يظل عرضة لما يطلق عليه دفوع المدين "الحقيقية"، كالافتقار إلى الأهلية القانونية، أو الاحتيال بالتضليل، أو إبراء الذمة في إجراءات الإعسار.

٣١- وإذا كان الدائن المضمون حائزاً للصك القابل للتداول، دون أن يكون حائزاً متمتعا بالحماية، حقَّ له مع ذلك التحصيل بمقتضى الصك القابل للتداول، لكنه يكون عادة عرضة للمطالبات والدفوع التي كان يمكن أن يتمسك بها المدين تجاه حائز سابق للصك القابل للتداول. وتشمل هذه المطالبات والدفوع جميع المطالبات والدفوع "الشخصية"، ما لم يكن الطرف المسؤول بموجب الصك القابل للتداول قد تنازل فعلا عن حقه في التمسّك بتلك المطالبات والدفوع في الصك القابل للتداول ذاته أو باتفاق منفصل.

(د) مفعول الحق الضماني على التزامات المصرف الوديع

٣٢- في الدول التي لا يمكن أن ينشأ فيها حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي إلاّ بموافقة المصرف الوديع، ليس على المصرف واجب الموافقة. والنتيجة هي أنه لا يجوز في هذه الدول، حتى بين الدائن المضمون والمانح، إنشاء حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي دون موافقة المصرف. وعلى نقيض ذلك، هناك دول أخرى لا تشترط موافقة المصرف الوديع لإنشاء الحق الضماني. غير أنه لا يجوز حتى في هذه الدول المساس بحقوق المصرف الوديع نفسه والتزاماته دون موافقته. ولأن *الدليل* يميّز عموما بين نفاذ مفعول الحق الضماني بين الطرفين، من جهة، ونفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، من جهة أخرى، يعتمد *الدليل* ثاني النهجين المذكورين أعلاه (انظر التوصية ١٢٥، الفقرة *(أ)*). غير أن السبب الرئيسي في حماية المصرف عند غياب الموافقة الصريحة، يكمن، في كلتا الحالتين، في الدور الحاسم الذي تؤديه المصارف في نظام السداد وفي الحاجة إلى تفادي التعارض مع القانون المصرفي والممارسات المصرفية.

٣٣- والأساس المنطقي لسياسة حماية المصارف بهذه الطريقة هو أن فرض واجبات على مصرف وديع، أو تغيير حقوقه وواجباته دون موافقته، قد يعرِّض المصرف لمخاطر لا يكون في وضع يسمح له بمعالجتها على نحو مناسب، ما لم يعرف مسبقا ما عسى أن تكون تلك المخاطر. فالممارسات المصرفية عرضة لمخاطر تشغيلية كبيرة، حيث تُخصم أموال من حسابات مصرفية أو تودع فيها أموال يوميا، وكثيرا ما تودع المبالغ في الحسابات مؤقتا وتنطوي أحيانا على معاملات أخرى مع زبائن المصرف الوديع. وتتفاقم تلك المخاطر من جراء المخاطرة القانونية التي يتعرّض لها المصرف الوديع والمتمثلة في احتمال عدم الامتثال للقوانين التي تتناول الصكوك القابلة للتداول وتحويلات الاعتمادات وغيرها من القواعد التي تحكم نظم السداد في عملياته اليومية. والمصرف عرضة أيضا لخطر إضافي يتمثّل في عدم الامتثال لواجبات معيّنة تفرضها قوانين أخرى على المصرف الوديع، مثل القوانين التي تلزمه بالحفاظ على السرّية في معاملاته مع زبائنه. وإضافة إلى ذلك، عادة ما يكون المصرف الوديع عرضة لمخاطر تنظيمية بمقتضى قوانين الدولة ولوائحها التي يقصد بها ضمان أمان المصارف الوديعة وسلامتها. وأخيرا، فإن المصرف الوديع يقع عرضة للمجازفة بسمعته لدى اختيار الزبائن الذين يوافق على مباشرة معاملات معهم.

٣٤- وتشير التجربة في الدول التي تلزم فيها موافقة المصرف الوديع على واجبات جديدة أو مغيّرة إلى أن الأطراف كثيرا ما يتعذر عليها التفاوض من أجل التوصّل إلى ترتيبات مرضية بحيث يكون المصرف الوديع مطمئنا لأنه متمكن من تدبّر المخاطر المعنية نظرا لطبيعة المعاملة المعنية وللأعمال التجارية لعميله. وإن الأساس المنطقي لسياسة حماية العمليات العامة للنظام المصرفي ينطوي على مبدأ آخر يؤثر على مفعول الحق الضماني في حساب مصرفي على حقوق المصرف الوديع. ولتفادي أي تضارب مع حقوق المصرف الوديع في إجراء مقاصة تجاه صاحب الحساب، تنص النظم القانونية التي تسمح للمصرف الوديع بأن يحصل على حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي لدى المصرف على أن يحتفظ المصرف بأي حقوق في المقاصة قد يتمتع بها بمقتضى قانون آخر غير قانون المعاملات المضمونة (انظر التوصية ١٢٥، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٣٥- وينطبق الأساس المنطقي ذاته لهذه السياسة العامة فيما يخص المبادئ التي تحكم إعمال الحق الضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة وأولوية ذلك الحق وإنفاذه. فمثلا، في الدول التي تنص على "السيطرة" بوصفها طريقة لتحقيق إنفاذ حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٤٩)، ينص القانون عادة

على أن المصرف غير ملزم بإبرام اتفاق سيطرة مع الدائن المضمون (انظر التوصية ١٢٦، الفقرة *(ج)*). كما ينص القانون عادة على أن المصرف غير ملزم بالسداد لأي دائن مضمون غير الدائن المضمون الذي له سيطرة فيما يتعلق بأموال مودعة في الحساب المصرفي (انظر التوصية ١٢٦، الفقرة الفرعية *(أ)*). وبالإضافة إلى ذلك، توجد في هذه الدول قواعد مناسبة لحماية سريّة العلاقة بين المصرف وزبونه، منها أن المصرف ليس ملزما بأن يستجيب لطلبات الحصول على معلومات عما إذا كان هناك اتفاق سيطرة أو كان صاحب الحساب يحتفظ بحق التصرّف في الأموال المودعة في حسابه المصرفي (انظر التوصية ١٢٦، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٣٦- وفي الدول التي يُجعَل فيها الحق الضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي يمكن أن يُجعل نافذ المفعول تجاه أطراف ثالثة عن طريق تسجيل إشعار في سجل عام أو بإقرار من جانب المصرف الوديع، قد يفرض الإشعار أو الإقرار واجبات على المصرف الوديع بأن يتبع تعليمات من الدائن المضمون تتعلق بالأموال المودعة في الحساب أو قد لا يفرضها. وما لم تفرض تلك الواجبات على المصرف الوديع بموجب قوانين دولة معيّنة، يتوقف عادة حق الدائن المضمون في الحصول على الأموال المودعة في الحساب المصرفي عند إنفاذ الحق الضماني على ما إذا كان الزبون - المانح قد أعطى تعليمات للمصرف الوديع بأن يتبع تعليمات الدائن المضمون فيما يتعلق بالأموال أو إذا كان المصرف الوديع قد اتفق مع الدائن المضمون على أن يفعل ذلك. وفي حال عدم وجود تلك التعليمات أو ذلك الاتفاق، قد يضطر الدائن المضمون إلى إنفاذ الحق الضماني في الحساب المصرفي بالاستعانة بإجراء قضائي للحصول على أمر من المحكمة يلزم المصرف الوديع بأن يسلِّم الدائن المضمونَ الأموالَ المودعة في الحساب المصرفي.

٣٧- وفي الدول التي يسمح فيها للمصرف الوديع بأن يخفض رتبة أولويته، ليس على المصرف أن يخفض رتبة حقوقه لصالح الحق الضماني الذي يتمسَّك به دائن آخر لصاحب الحساب. وحتى إذا كان الدائن المضمون على استعداد لأن يصبح زبون المصرف الوديع فيما يتعلق بالحساب المصرفي، تسهيلا لإنشاء حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي ونفاذ مفعول ذلك الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وإنفاذه، ليس من واجب المصرف الوديع قبول الدائن المضمون كزبون له. وهذه النتيجة تتسق مع الموقف العام المتخذ في *الدليل* ومفاده أنه لا ينبغي لأي آليات، تستخدم في المعاملات المضمونة بهدف تسهيل منح ضمان على أموال مودعة في حساب مصرفي، أن تعرقل القوانين التنظيمية الوطنية أو القوانين الوطنية الأخرى الرامية إلى كفالة أمان النظام المصرفي وسلامته.

(هـ) مفعول الحق الضماني على التزامات كفيل/مُصدر التعهد المستقل أو المثبِّت له أو الشخص المسمّى فيه

٣٨- حقوق الكفيل/المُصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى وواجباته بمقتضى تعهّد مستقل جد متطورة بمقتضى القوانين أو الممارسات التي تحكم التعهّدات المستقلة. وهذه القوانين والممارسات البالغة التخصص قد يسّرت جدوى التعهّدات المستقلة، لا سيما في التجارة الدولية. ولذا، تتوخى الدول عادة الحرص الشديد لدى صوغ قانون للمعاملات المضمونة فيما يتصل بالتعهّدات المستقلة من أجل تفادي التدخّل في تلك الآليات التجارية. وعلاوة على ذلك، عادة ما تعمد الدول من أجل ضمان

استمرار هذا القانون وهذه الممارسة في أداء وظيفتهما على نحو فعّال في التجارة الدولية، إلى اعتماد المفردات المتخصصة التي يُعرَّف بها حاليا مختلف أطراف التعهد المستقل (للحصول على أمثلة على هذا النهج، انظر اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، والأعراف والممارسات الموحّدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية، وقواعد الممارسات الضامنة الدولية، والقواعد الموحّدة للكفالات المستحقة عند الطلب، والتوصيات ٢٧ و٤٨ و٥٠ و١٠٧ و١٧٦).

٣٩- ولدى النظر في كيفية وضع نظام للمعاملات المضمونة يكون ملائما لهذه الحالات، من المفيد التمييزُ بين التعهّد المستقل ذاته وحق السحب، من جهة، وحق المستفيد من هذا التعهّد المستقل في الحصول على سداد أو شيء آخر ذي قيمة مستحق القبض من الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى، من جهة أخرى. فاقتضاء حق ضماني في حق السحب دون المساس بفائدة التعهّد المستقل مهمّة دقيقة ولا يمكن تحقيقها عادة إلا بتحويل متفق عليه للتعهّد ذاته. وفي المقابل، فإن إنشاء حق ضماني في حق المستفيد في تلقي مبلغ مدفوع هو أقل مجازفة لأنه لا يتعلق إلا بحق المستفيد في الحصول على أي شيء يصبح مستحق الدفع. وفي هذه الحالة، لا مفعول له على حقوق والتزامات الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى. ولهذا السبب، يوصي *الدليل* بقواعد تيسِّر استخدام حق المستفيد في تحصيل العائدات بمقتضى تعهّد مستقل كموجود مرهون، ولكن مع وجود شروط صارمة يُقصد بها تفادي المساس بفائدة التعهّدات المستقلة. وأول هذه الشروط يتعلق بكيفية وصف الموجودات المرهونة. ويشير "الحق في الحصول على العائدات بمقتضى تعهد مستقل" إلى حق المستفيد في تحصيل العائدات وليس النقود والموجودات الأخرى التي تشكّل في الواقع العائدات بمقتضى التعهّد المستقل (وتمييزا لذلك الحق عن "حق السحب"). وهذا يعني أن الحق الضماني لا يرهن العائدات المحددة ذاتها، لأن المصطلح يستعمل عموما في الممارسات المتعلقة بالتعهدات المستقلة. ويرد أدناه بيان المبادئ الأساسية التي ينبغي أن تحكم التفاعل بين القانون المتعلق بالتعهّدات المستقلة وقانون المعاملات المضمونة، على النحو المبيّن في توصيات *الدليل*.

٤٠- وثمة مبدأ أساسي هو أن حقوق الدائن المضمون في حق تحصيل العائدات بموجب تعهّد مستقل ينبغي أن تكون خاضعة لحقوق الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى، بمقتضى القوانين والممارسات التي تحكم التعهّدات المستقلة. ولذا، لا يجوز للدائن المضمون التمسك بحق الحصول على سداد العائدات التي ما كانت لتسدد لمانح الدائن المضمون (انظر التوصية ١٢٧، الفقرة الفرعية *(أ)*). وللسبب ذاته، عادة ما يأخذ المحال إليه - المستفيد التعهّد، بما في ذلك حق السحب والحق في تحصيل العائدات، دون التأثّر بحق ضماني في حق الحصول على العائدات بمقتضى تعهّد مستقل أنشأه المحيل (انظر التوصية ١٢٧، الفقرة الفرعية *(ب)*). وللسبب ذاته، إذا كان للكفيل/المصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى أيضا حق ضماني في حق الحصول على العائدات بمقتضى تعهّد مستقل لا تتضرّر حقوقهم المستقلة الناشئة عن التعهد المستقل لمجرد امتلاكهم أيضا لحق ضماني في حق الحصول على العائدات (انظر التوصية ١٢٧، الفقرة الفرعية *(ج)*).

٤١- وهناك مبدأ مساو لذلك في الأهمية، وهو أن الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى لا ينبغي أن يكون ملزما بالسداد لأي شخص غير المثبِّت أو الشخص المسمّى أو المستفيد المسمّى أو المحال إليه المعترف به الذي يُحال إليه التعهّد المستقل أو المحال إليه المعترف به الذي تحال إليه العائدات بمقتضى التعهّد المستقل (انظر التوصية ١٢٨). وعلة هذه القاعدة هي أن فائدة التعهّدات المستقلة

باعتبارها طريقة زهيدة التكلفة وكفؤة لتسهيل تدفق التجارة ستتضرر إذا اضطر الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى إلى التحقّق من المعاملة الخلفية التي يُزعم أن الحق أحيل من خلالها والتي لم يوافق عليها.

٤٢- وفي المقابل، إذا جعل دائن مضمون حقه الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة السيطرة (انظر التوصية ٥٠)، جاز له أن يُنفِذ حقوقه تجاه المانح/المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمّى. غير أن للسيطرة في هذا السياق معنى خاصا جدا. فالسيطرة تعني أن المانح/المُصدر أو المُثبت أو الشخص المسمى يعترف صراحة بالدائن المضمون بصفته الطرف الذي تحال إليه العائدات بمقتضى التعهد المستقل (انظر التوصية ١٢٩).

(و) مفعول الحق الضماني على التزامات المصدر أو مدين آخر بمقتضى مستند قابل للتداول

٤٣- القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول جد متطور في معظم الدول ويتضمن قواعد واضحة بشأن مفعول إحالة مستند على التزامات أطراف المستند. وتظل تلك القواعد سارية، من حيث المبدأ، في سياق الحقوق الضمانية في المستندات القابلة للتداول. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر التوصية ١٣٠).

٤٤- وهذا يعني، ضمن ما يعنيه، أن حق الدائن المضمون في إنفاذ حق ضماني في مستند قابل للتداول، ومن ثمّ، في الموجودات الملموسة المشمولة به، محدود بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول بطريقتين. فالحدّ الأول فهو أن الموجودات المشمولة بالمستند القابل للتداول يجب أن تكون في يدي المصدر أو مدين آخر بمقتضى ذلك المستند وقت الإنفاذ.

٤٥- وأمّا الحدّ الثاني فهو أن التزام المصدر أو المدين الآخر بتسليم الموجودات لا يسري عادة إلاّ على الشخص الذي أُصدر له المستند في الأصل أو أي حائز لاحق للمستند (حسبما يحدده القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول). وما لم يكن المستند القابل للتداول قد أحيل إلى الدائن المضمون وفقا للقانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول، ليس على المصدر أو المدين الآخر أي التزام بتسليم الموجودات إلى الدائن المضمون. فمثلا، إذا لزم، بموجب قانون المستندات القابلة للتداول، أن يحمل المستند تظهيرا وقت إحالته لكي يحق للمحال إليه تحصيل الموجودات المشمولة بالمستند، وكان المحال إليه يحمل مستندا خاليا من هذا التظهير، فلا يتعين على المدين أن يسلم الموجودات المشمولة بذلك المستند. وفي هذه الحالة، قد يحتاج الدائن المضمون إلى أن يستصدر من محكمة أو هيئة قضائية أخرى أمرا للحصول على حيازة الموجودات الملموسة ذات الصلة. ولدى إثبات وجود اتفاق ضماني، تُصدر المحكمة في العادة أمرا يقضي إما بإحالة المستند أو، في حالة الدائن المضمون الذي يكون قد حاز المستند من قبل، بتظهيره لصالح الدائن المضمون أو لصالح شخص يُسميه الدائن المضمون. وفي بعض الحالات، قد تستغني المحكمة في الأمر الذي تصدره من شكلية طلب التظهير من جانب المانح، وتكتفي بأمر المُصدر أو أي مدين آخر بتسليم الموجودات المشمولة بالمستند إلى الدائن المضمون أو إلى شخص آخر يسميه الدائن المضمون.

باء- التوصيات ١١٧-١٣٠

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بحقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها هو تعزيز كفاءة المعاملات المضمونة، عندما تكون الموجودات المرهونة التزاما بالسداد أو واجبا آخر يستحق على طرف ثالث الوفاء به لصالح المانح، من خلال ما يلي:

(أ) توفير قواعد تتعلق بحقوق الأطراف والتزاماتها في إحالة أي مستحق وحماية المدين بذلك المستحق؛

(ب) توفير قواعد لضمان اتساق قانون المعاملات المضمونة مع القوانين الأخرى المتعلقة بالحقوق والالتزامات الناشئة بموجب الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول؛

(ج) توفير قواعد لضمان اتساق نظام المعاملات المضمونة مع القوانين الأخرى التي تحكم حقوق والتزامات المصارف الوديعة، وحقوق والتزامات كفيل/مُصدر التعهّد المستقل أو المُثبِّت له أو الشخص المسمى فيه.

١- حقوق المدين بالمستحق والتزاماته[٢]

حماية المدين بالمستحق

١١٧- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك، لا تؤثر الإحالة على حقوق المدين بالمستحق والتزاماته، بما فيها شروط السداد الواردة في العقد الأصلي، بدون موافقة المدين بالمستحق؛

(ب) يجوز في تعليمة السداد تغيير الشخص أو العنوان أو الحساب المطلوب من المدين بالمستحق أن يسدّد إليه، ولكن لا يجوز أن تُغيَّر فيها:

'١' عملة السداد المحدّدة في العقد الأصلي؛ أو

'٢' الدولة المحددة في العقد الأصلي لإجراء السداد فيها إلى دولة غير الدولة التي يقع فيها مقر المدين بالمستحق.

الإشعار بالإحالة

١١٨- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يصبح الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد نافذي المفعول عندما يتسلمهما المدين بالمستحق، إذا كانا موجّهين بلغة يتوقّع منها على نحو معقول أن تُعلِم المدين بالمستحق بمحتواهما. ويكفي أن يُوجَّه الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد بلغة العقد الأصلي؛

(ب) يجوز أن يتعلق الإشعار بالإحالة أو أن تتعلق تعليمة السداد بمستحقات تنشأ بعد الإشعار؛

(ج) يشكّل الإشعار بإحالة لاحقة إشعارا بجميع الإحالات السابقة.

إبراء ذمة المدين بالمستحق بالسداد

١١٩- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يحق للمدين بالمستحق، إلى حين تسلّمه إشعارا بالإحالة، أن تُبرأ ذمته بالسداد وفقا للعقد الأصلي؛

[٢] بخصوص التوصيات ١١٧-١٢٣، انظر المواد ١٥-٢١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(ب) بعد تسلّم المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة، ورهنا بأحكام الفقرات الفرعية من *(ج)* إلى *(ح)* من هذه التوصية، لا تُبرأ ذمته إلا بالسداد إلى المحال إليه، أو بالسداد وفقا لأي تعليمة مغايرة ترد في إشعار الإحالة أو تصدر لاحقا عن المحال إليه ويتسلمها المدين بالمستحق كتابةً؛

(ج) إذا تسلّم المدين بالمستحق أكثر من تعليمة سداد تتعلق بإحالة واحدة للمستحق ذاته صادرة عن المحيل ذاته، أُبرئت ذمته بالسداد وفقا لآخر تعليمة سداد يتسلمها من المُحال إليه قبل السداد؛

(د) إذا تسلّم المدين بالمستحق إشعارا بأكثر من إحالة واحدة للمستحق ذاته صادرة عن المحيل ذاته، أُبرئت ذمته بالسداد وفقا لأول إشعار يتسلمه؛

(هـ) إذا تسلّم المدين بالمستحق إشعارا يتعلق بإحالة لاحقة واحدة أو أكثر، أُبرئت ذمته بالسداد وفقا للإشعار المتعلق بآخر تلك الإحالات اللاحقة؛

(و) إذا تسلّم المدين بالمستحق إشعارا بإحالة جزء من مستحق واحد أو أكثر أو بإحالة مصلحة غير مجزأة في مستحق واحد أو أكثر، أُبرئت ذمته بالسداد وفقا للإشعار أو وفقا لهذه التوصية وكأنه لم يتسلّم الإشعار. وإذا قام المدين بالمستحق بالسداد وفقا للإشعار، فلا تبرأ ذمته إلا بمقدار ما سَدّده من ذلك الجزء أو تلك المصلحة غير المجزأة؛

(ز) إذا تسلّم المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة من المحال إليه، حق له أن يطلب من المحال إليه أن يقدّم، في غضون فترة زمنية معقولة، دليلا كافيا يثبت تنفيذ الإحالة من المحيل الأول إلى المحال إليه الأول وأي إحالة وسيطة، وما لم يفعل المحال إليه ذلك، تُبرأ ذمة المدين بالمستحق بالسداد وفقا لهذه التوصية وكأنه لم يتسلّم الإشعار من المحال إليه. *والدليل* الكافي على الإحالة يشمل، على سبيل المثال لا الحصر، أي كتابة صادرة عن المحيل تُبيّن أنّ الإحالة قد تمّت؛

(ح) لا تمس هذه التوصية بأي سبب آخر يسوِّغ إبراء ذمة المدين بالمستحق بالسداد إلى الشخص الذي يستحق السداد أو إلى هيئة مختصة قضائية أو هيئة مختصة أخرى أو إلى صندوق إيداع عمومي.

دفوع المدين بالمستحق وحقوقه في المقاصة

١٢٠- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) عندما يطالب المحال إليه المدين بالمستحق بسداد المستحق المحال، يجوز للمدين بالمستحق أن يثير تجاه المحال إليه كل ما ينشأ عن العقد الأصلي، أو أي عقد آخر كان يشكل جزءا من المعاملة ذاتها، من دفوع وحقوق مقاصة يمكن للمدين بالمستحق أن يثيرها وكأن تلك الإحالة لم تُجر وكانت تلك المطالبة صادرة عن المحيل؛

(ب) يجوز للمدين بالمستحق أن يثير تجاه المحال إليه أي حق مقاصة آخر، شريطة أن يكون ذلك الحق متاحا للمدين بالمستحق وقت تسلّمه الإشعار بالإحالة؛

(ج) على الرغم من أحكام الفقرتين الفرعيتين *(أ)* و*(ب)* من هذه التوصية، لا يكون متاحا للمدين بالمستحق تجاه المحال إليه أي من الدفوع وحقوق المقاصة التي يجوز للمدين بالمستحق أن يثيرها تجاه المحيل وفقا للفقرة الفرعية *(ب)* من التوصية ٢٤ أو الفقرة الفرعية *(هـ)* من التوصية ٢٥ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني)، بحجة الإخلال بأي اتفاق يقيّد بأي شكل من الأشكال حق المحيل في إجراء الإحالة.

الاتفاق على عدم إثارة دفوع أو حقوق في المقاصة

١٢١- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يجوز للمدين بالمستحق أن يتفق مع المحيل، بكتابة موقَّعة من المدين بالمستحق، على ألا يثير تجاه المحال إليه الدفوع وحقوق المقاصة التي يمكنه أن يثيرها عملا بأحكام التوصية ١٢٠. ويمنع ذلك الاتفاق المدين بالمستحق من إثارة تلك الدفوع وحقوق المقاصة تجاه المحال إليه؛

(ب) لا يجوز للمدين بالمستحق أن يتنازل عن الدفوع:

'١' الناشئة عن أفعال احتيالية صادرة عن المحال إليه؛ أو

'٢' المستندة إلى عدم أهلية المدين بالمستحق؛

(ج) لا يجوز تعديل ذلك الاتفاق إلا باتفاق مكتوب يوقّع عليه المدين بالمستحق. وتحدّد الفقرة الفرعية *(ب)* من التوصية ١٢٢ مفعول ذلك التعديل تجاه المحال إليه.

تعديل العقد الأصلي

١٢٢- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أي اتفاق يُبرم بين المحيل والمدين بالمستحق، قبل الإشعار بالإحالة، ويمس حقوق المحال إليه يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه ويُكسِب المحال إليه حقوقا مقابلة؛

(ب) أي اتفاق يُبرم بين المحيل والمدين بالمستحق، بعد الإشعار بالإحالة، ويمس حقوق المحال إليه لا يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه إلا:

'١' إذا قبل به المحال إليه؛ أو

'٢' إذا لم يكن المستحق بكامله قد اكتُسب بالتنفيذ، وكان التعديل منصوصا عليه في العقد الأصلي أو كان من شأن أي محال إليه متعقِّل، في سياق العقد الأصلي، أن يقبل التعديل؛

(ج) لا تمس الفقرتان الفرعيتان *(أ)* و*(ب)* من هذه التوصية بأي حق للمحيل أو للمحال إليه ناشئ عن الإخلال باتفاق مبرم بينهما.

استرداد المبالغ المسدّدة

١٢٣- ينبغي أن ينص القانون على أن تقصير المحيل في تنفيذ العقد الأصلي لا يعطي المدين بالمستحق الحق في أن يسترد من المحال إليه أي مبلغ يكون قد سدّده المدين بالمستحق إلى المحيل أو المحال إليه.

٢- حقوق المدين بمقتضى صك قابل للتداول والتزاماته

١٢٤- ينبغي أن ينص القانون على أن حقوق الدائن المضمون بمقتضى صك قابل للتداول تخضع، تجاه شخص مدين بمقتضى ذلك الصك، للقانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول.

٣- حقوق المصرف الوديع والتزاماته

١٢٥- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) لا يمس إنشاء حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي بحقوق المصرف الوديع والتزاماته بدون موافقته؛

(ب) لا ينال مما قد يكون للمصرف الوديع من حقوق في المقاصة بموجب قوانين أخرى أيُّ حق ضماني قد يكون لذلك المصرف في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي.

١٢٦- ينبغي أن ينص القانون على أنّ المصرف الوديع غير ملزَم بأن:

(أ) يسدّد لأي شخص غير الشخص الذي له سيطرة على الأموال المودعة في حساب مصرفي؛ أو

(ب) يستجيب لطلبات الحصول على معلومات عمّا إذا كان يوجد اتفاق سيطرة أو حق ضماني لصالحه هو وعمّا إذا كان المانح يحتفظ بحق التصرف في الأموال المودعة في الحساب؛ أو

(ج) يدخل في اتفاق سيطرة.

٤- حقوق والتزامات كفيل/مُصدر التعهّد المستقل أو المُثبِّت له أو الشخص المسمّى فيه

١٢٧- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يخضع حق الدائن المضمون في حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل لما يكفله القانون والممارسة اللذان يحكمان التعهّدات المستقلة من حقوق للكفيل/ المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمّى وأي مستفيد آخر مسمّى في التعهّد أو نُقل إليه الحق في السحب؛

(ب) لا تتأثر حقوق المنقول إليه تعهّد مستقل بالحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى ذلك التعهّد المستقل، المنشأ من قِبل الناقل أو من قِبل أي ناقل سابق؛

(ج) الحقوق المستقلة التي يتمتع بها كفيل/مُصدر التعهّد المستقل أو المُثبِّت له أو الشخص المسمى فيه أو من نُقل إليه التعهّد المستقل لا تتأثر سلبا بأي حقوق ضمانية قد تكون له في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهّد المستقل.

١٢٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمى ليس ملزما بالسداد لأي شخص غير المُثبِّت أو الشخص المسمّى أو المستفيد المسمّى أو الشخص المعترَف بنقل التعهّد المستقل إليه أو الشخص المعترَف بإحالة حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل إليه.

١٢٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا حصل الدائن المضمون على السيطرة بالإقرار بإحالة العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل إليه، كان من حقه إنفاذ هذا الإقرار تجاه الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمّى الذي صدر عنه هذا الإقرار.

٥- حقوق مُصدر المستند القابل للتداول والتزاماته

١٣٠- ينبغي أن ينص القانون على أن حقوق الدائن المضمون بمقتضى مستند قابل للتداول تخضع، تجاه المُصدر أو أي شخص آخر مدين بمقتضى المستند القابل للتداول، للقانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول.

ثامنا- إنفاذ الحق الضماني

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- عادة ما يتوقّع كل طرف في أي اتفاق أن يؤدي الطرف الآخر جميع التزاماته طواعية، سواء أكانت الالتزامات مستحقة بينهما أم لأطراف ثالثة، وسواء نشأت هذه الالتزامات بالتعاقد أم بفعل القانون. ولا تفكر الأطراف في اللجوء إلى الإنفاذ القسري عن طريق إجراء قضائي إلا عندما يتعسّر أداء الالتزامات. وعادة ما تضع الدول بعناية نظم إنفاذ للدعاوى المدنية العادية توازن بين حقوق المدينين والدائنين والأطراف الثالثة. وتشترط هذه النظم في معظم الدول على الدائن الذي يسعى إلى إنفاذ الأداء أن يرفع دعوى قضائية ليحصل على الاعتراف بمطالبته، ثم للحجز على موجودات المدين وبيعها تحت إشراف موظف عمومي. ويحصل الدائن بحكم قضائي على سداد مطالباته المستحقة على المدين بحكم القضاء من المبلغ المتأتي من هذا البيع.

٢- وتكون لكل من طرفي الاتفاق الضماني توقّعات مماثلة لتوقّعات الطرف الآخر. فعادة ما يفترض الدائن المضمون أن المانح سوف يؤدي التزاماته طواعية. وبالمثل، يتوقّع المانح عادة أن يفي الدائن المضمون بالالتزامات التي تعهد بها. ويبرم الاثنان المعاملة وهما يعتزمان تماما أن يفي كل منهما بالتزاماته تجاه الآخر. غير أن كليهما يدرك أيضا أنه ستكون ثمة أوقات قد يعجزان فيها عن القيام بذلك. فسوف يتخلف الدائن المضمون أحيانا عن دفع مبلغ موعود به، أو عن إعادة الموجودات إلى المانح عند تحقق شرط متفق عليه للقيام بذلك. وفي تلك الحالات، يلجأ المانح عادة إلى المحكمة طالبا الانتصاف. ولكن غالبا ما يكون المانح هو الطرف الذي يجد نفسه عاجزا عن الأداء بحسب الوعد (أي عاجزا عن سداد القرض وفقا لأحكام الاتفاق). وينشأ التخلف عن الأداء أحيانا لأسباب خارجة عن سيطرة المانح، مثل حدوث انتكاس اقتصادي في إحدى الصناعات أو حدوث ظروف اقتصادية أكثر عمومية. وقد ينشأ التخلف عن الأداء أحيانا من تقصير دائني المانح نفسه. وأحيانا يعجز المانح عن الأداء بسبب تقديرات تجارية خاطئة متخذة بحسن نية، أو نتيجة لسوء الإدارة.

٣- وأيا كان السبب، فمن صالح طرفي الاتفاق الضماني، ومن صالح الأطراف الثالثة عموما، حتى بعد التخلف عن سداد دفعة واحدة أو أكثر، أن يسعى المانح إلى سداد هذه الدفعات ومواصلة الأداء الطوعي للالتزام الذي قطعه على نفسه. ذلك أن إجراءات الإنفاذ القسري هي دائما أقل كفاءة من الأداء الطوعي لأنها: *(أ)* باهظة التكلفة؛ *(ب)* وتستغرق وقتا طويلا؛ *(ج)* ونتيجتها ليست دائما مؤكدة؛ *(د)* وعادة ما تؤدي إلى انهيار تام للعلاقة بين الطرفين؛ *(هـ)* وكثيرا ما تكون عواقبها على المانحين والأطراف الثالثة فادحة في الأمد الطويل (وقد تشمل وقف أعمال المانح التجارية أو الدخول في إجراءات الإعسار). وهذا ما يدفع العديد من الدول إلى تشجيع طرفي أي اتفاق ضماني بشدّة على اتخاذ الخطوات اللازمة لتفادي أي تخلف عن الأداء قد يؤدي إلى الإنفاذ القسري. وهذا أيضا ما يدفع الدائنين المضمونين أحيانا كثيرة إلى مراقبة أنشطة مانحيهم التجارية عن كثب. فيقومون دوريا، على

سبيل المثال، باستعراض دفاتر الحسابات، وفحص الموجودات المرهونة، والتواصل مع المانحين الذين تظهر عليهم دلائل مصاعب مالية. وكثيرا ما يعمد المانحون الذين يجدون صعوبة في الوفاء بالتزاماتهم إلى التعاون مع دائنيهم المضمونين لإيجاد سبل لاجتناب المصاعب أو التغلب على ما يواجهونه منها. وفي بعض الحالات، قد يطلب المانح من الدائن المضمون أن يساعده على وضع خطة جديدة لأعماله. وفي حالات أخرى، قد يحاول المانح وأحد الدائنين، أو المانح ومجموعة دائنيه بكاملها، بصورة غير رسمية، العمل معا على تعديل جوانب من اتفاقاتهم.

٤- وثمة أنواع عديدة من اتفاقات تعديل الديون. فأحيانا تبرم الأطراف ما يُعرف بترتيب "الصلح الواقي" أو ترتيب "إيجاد مخرج" يمدّد مهلة السداد أو يعدِّل التزام المانح بطريقة أخرى أو يزيد أو ينقص الموجودات المرهونة التي تضمن الالتزام. وتجري المفاوضات الرامية إلى التوصل إلى ترتيب الصلح الواقي أو ترتيب إيجاد مخرج بناء على عاملين رئيسيين هما: *(أ)* حق الدائن المضمون في إنفاذ حقوقه الضمانية في الموجودات المرهونة إذا قصّر المانح في الوفاء بالتزامه المضمون؛ و*(ب)* احتمال أن يضطر المانح لإنهاء نشاطه التجاري أو أن تُستهل إجراءات إعسار من جانب المانح أو ضده.

٥- ومع ذلك، فعلى الرغم من الجهود القصوى التي يبذلها المانحون والدائنون المضمونون لتفادي إجراءات الإنفاذ القسري لن يكون هناك أحيانا أي مفر منها. وعليه، فمن المسائل الرئيسية التي تواجه الدول التي تشترع نظما للمعاملات المضمونة مسألة البت في نطاق حقوق الدائن اللاحقة للتقصير. وبمزيد من التحديد تتمثّل هذه المسألة في ماهية التعديلات، إن وجدت، التي ينبغي أن تدخلها الدول على القواعد العادية التي تطبّق على إنفاذ الحقوق التعاقدية عندما تضع تلك الدول قواعد تحكم كيفية إنفاذ الحقوق الضمانية في حالة تخلف المانح عن أداء الالتزام الضماني.

٦- ويرتكز نظام المعاملات المضمونة على حق الدائن المضمون في أن يعوّل على المبلغ الذي يمكن الحصول عليه لدى بيع الموجودات المرهونة بغية الوفاء بالالتزام المضمون. ولآليات الإنفاذ، التي تتيح للدائنين إمكانية التنبّؤ بدقة بما يستغرقه التصرّف في الموجودات المضمونة من وقت وينطوي عليه من تكلفة وبالعائدات المرجّح الحصول عليها من عملية الإنفاذ، تأثير إيجابي كبير على توافر الإقراض الائتماني وتكلفته. ولذلك ينبغي أن يوفّر نظام المعاملات المضمونة قواعد إجرائية وموضوعية لإنفاذ الحق الضماني بعد تقصير المانح تكون ناجعة واقتصادية ويمكن التنبؤ بها، وينبغي، في الوقت نفسه، أن يوفّر نظام المعاملات المضمونة أيضا ضمانات معقولة لصون حقوق المانح والأشخاص الآخرين ممن لهم حقوق في الموجودات المرهونة وسائر دائني المانح، لأن الإنفاذ يمس حقوقهم مساسا مباشرا.

٧- وتنتفع جميع الأطراف ذات المصلحة من تعظيم المبلغ المتأتي من بيع الموجودات المرهونة. فالدائن المضمون يستفيد من احتمال تقلّص أيّ مبلغ قد يظل المانح مدينا به كالتزام غير مضمون، بعد استخدام عائدات الإنفاذ في سداد الالتزام المضمون المستحق (ويعرف بـ"العجز" أو "النقص"). وفي الوقت نفسه، يستفيد المانح ودائنوه الآخرون من تقلّص العجز أو تبقي مبلغ أكبر بعد الوفاء بالالتزام المضمون ("فائض").

٨- ويبحث هذا الفصل حق الدائن المضمون في إنفاذ حقه الضماني إذا تخلّف المانح عن (قصَّر في) أداء التزامه الضماني. أما إذا كان المانح معسرا، فيجوز أن يحدّ قانون الإعسار من ممارسة هذه الحقوق (انظر الفصل الثاني عشر المتعلق بأثر الإعسار على الحق الضماني). ويناقش الباب ألف-٢ من هذا الفصل المبادئ العامة التي يُسترشد بها في حالتي التقصير والإنفاذ. ويستعرض الباب ألف-٣ الخطوات الإجرائية التي قد يُشترط على الدائن المضمون أن يتبعها قبل ممارسة سبل انتصافه، ويبيّن حقوق المانح

اللاحقة للتقصير. ويبحث الباب ألف-٤ سبل الانتصاف المختلفة المتاحة عادة للدائنين المضمونين. ويبحث الباب ألف-٥ آثار الإنفاذ على المانح والدائن المضمون والأطراف الثالثة. ويناقش الباب ألف-٦ إنفاذ الحق الضماني في العائدات. ويناقش الباب ألف-٧ التداخل بين نظم الإنفاذ المتصلة بالموجودات المنقولة والممتلكات غير المنقولة. وأخيرا يناقش الباب ألف-٨ أنواع التعديلات التي قد يلزم إدخالها من أجل الإنفاذ الفعال على ملحقات الموجودات المنقولة والكتل والمنتجات.

٩- أما إنفاذ الحقوق الضمانية في المستحقات، والصكوك القابلة للتداول، وحقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، وحقوق تقاضي العائدات بمقتضى تعهد مستقل، والمستندات القابلة للتداول، فلا يندرج بسهولة ضمن الإجراءات العامة للإنفاذ على الموجودات الملموسة. ونتيجة لذلك، توجد لدى العديد من الدول قواعد معينة تتناول الإنفاذ على الموجودات غير الملموسة بوجه عام وعلى المستحقات وحقوق سداد متنوعة أخرى بوجه خاص. وترد مناقشة هذه الحالات الخاصة في الأبواب باء-١ إلى باء-٧ من هذا الفصل. وينتهي هذا الفصل، في الباب جيم، بسلسلة من التوصيات.

٢- *مبادئ الإنفاذ العامة*

(أ) استعراض عام

١٠- من مصلحة الجميع، مثلما ذُكر في الباب السابق، أن يؤدي المانح التزامه الموعود أداء طوعيا. ولهذا السبب يحاول الدائن المضمون والمانح عادة، عندما لا يكون الأداء متيسرا، الدخول في اتفاق يُغني عن الحاجة إلى بدء إجراءات إنفاذ قسري. ونادرا ما يغيب عن المانح أنه لا يؤدي التزاماته، والأندر من ذلك، إن حدث على الإطلاق، أن يعلم المانح بتقصيره، أول ما يعلم، بواسطة تنبيه رسمي بهذا المعنى من الدائن المضمون. والواقع أنه في الحالة الأخيرة لا تلي ذلك عادة إجراءات إنفاذ، لأن سبب التخلّف عن الأداء يكون، في جميع الحالات تقريبا، هو السهو وليس العجز عن السداد أو عدم الاستعداد له. ومع ذلك، يصبح الإنفاذ القسري ضروريا أحيانا. وحينئذ تسترشد الدول بعدد من المبادئ الأساسية في تفصيل حقوق والتزامات الدائنين المضمونين والمانحين اللاحقة للتقصير.

(ب) اشتراط حدوث التقصير قبل الإنفاذ

١١- يضمن الحق الضماني أداء التزام المانح (أو المدين، عندما يكون المانح طرفا ثالثا) تجاه الدائن المضمون. ومن ثمّ يصبح الحق الضماني قابلا للإنفاذ، في الحالات العادية، بمجرد تخلف المانح (أو المدين، عندما يكون المانح طرفا ثالثا) عن سداد الالتزام المضمون. غير أن هناك عددا من الأحداث الأخرى التي تشكّل تقصيرا وتكون محددة عادة في الاتفاق الضماني. ويكفي وقوع أي واحد من هذه الأحداث، ما لم يتنازل عنه الدائن المضمون، ليشكّل تقصيرا، ويسمح من ثم بالإنفاذ القسري للحق الضماني. وبعبارة أخرى، يحدد اتفاق الطرفين والقانون العام للالتزامات ما إن كان المانح مقصّرا ومتى يجوز بدء إجراءات الإنفاذ. وعادة ما يحدد هذا القانون العام للالتزامات أيضا ما إن كان يجب توجيه إشعار رسمي بالتقصير إلى المانح (أو المدين)، وإذا كان الأمر كذلك فما سيكون محتوى ذلك الإشعار.

١٢- ويحدث التقصير أحيانا لا بسبب عدم سداد مبلغ من المال بل بسبب قيام دائن آخر بالحجز، بموجب حكم قضائي، على الموجودات المرهونة، أو بسبب سعيه إلى إنفاذ حقه الضماني. وتنص بعض الدول على أنه، بصرف النظر عن وجود أو عدم وجود نص بهذا الشأن في اتفاقات ضمانية منفردة، يشكّل قيام أي دائن مضمون آخر بالحجز على الموجودات المرهونة تقصيرا بمقتضى جميع الاتفاقات الضمانية التي ترهن الموجودات المحجوز عليها. والأساس المنطقي لذلك هو تحقيق الكفاءة. فبما أن الموجود المرهون هو ضمان الدائن بالسداد، ينبغي أن يكون بمقدور الدائن المضمون، كلما خضع ذلك الموجود لإجراء قضائي، أن يتدخل لحماية حقوقه. وفي هذه الحالات، كثيرا ما يعطي القانون الإجرائي هؤلاء الدائنين الآخرين الحق في فرض التصرّف في الموجودات المرهونة. وسيعوّل الدائن المضمون على هذا القانون الإجرائي نفسه التماسا لقواعد بشأن التدخل في هذه الدعاوى وإجراءات الإنفاذ القضائية لكي يحمي حقوقه وأولويته.

١٣- وعادة ما تنص الدول على أنه يجوز للدائن المضمون الأعلى مرتبة في الأولوية (دائن كبير)، إذا اختار ذلك، أن يتولى عملية الإنفاذ من دائن آخر (كدائن مضمون أو دائن بحكم قضائي اتخذ خطوات لإنفاذ حقه، على سبيل المثال) ذي أولوية أدنى (دائن صغير). وتنشأ هذه القاعدة لأن الدائنَين المضمونَين الاثنين سينفذان حقوقا متماثلة بموجب نفس النظام الضماني ولذلك ينبغي أن تحدِّد أولوية كل منهما حقوقهما في الإنفاذ. وتحمي دول أخرى حقوق كبار الدائنين بالنص على عدم جواز تأثر حقوق الدائن الكبير بأي بيع إنفاذي يقوم بها دائن صغير.

١٤- ولا يجوز للدائن المضمون، في بعض الدول، أن يتدخل لإنفاذ حقوقه بموجب الاتفاق الضماني بعد أن يبدأ إنفاذ مطالبة محكوم بها. ويُتَّبع هذا النهج عادة في الدول التي يسقِط (أي ينهي) فيها البيع القضائي جميع الحقوق، بما فيها الحقوق الضمانية، في الموجودات المبيعة. ويفترض هنا أنه بما أن البيع القضائي يتيح للمشتري أن يحصل على حق ملكية خالص فإنه سيحقق أعلى قيمة عند الإنفاذ. بيد أنه في دول أخرى يتاح للدائن المضمون، متى كانت له حقوق في بعض أو كل الموجودات التي حجز عليها دائن بحكم قضائي، أن يعارض الحجز وينفِذ حقوقه الضمانية بأي وسيلة متاحة لـه. ويوجد هذا النهج عادة في الدول التي لا يُسقِط فيها تنفيذ حكم قضائي عادي بالبيع الحقوق الضمانية. والافتراض القائم هنا هو أنه من الأرجح الحصول على سعر أعلى لدى التصرّف في الموجودات من خلال السماح للدائنين بإنفاذ حق ضماني، لأن عملية الإنفاذ تؤدي، في هذه الحالة، إلى حصول المشتري على حق ملكية خالص أو على الأقل على حق ملكية خالص بقدر أكبر مما هو ممكن في البيع القضائي. وعلى سبيل المثال، عندما لا ينهي البيع القضائي أية حقوق ضمانية، ولكنّ الإنفاذ من جانب دائن مضمون يسقط حقوق جميع صغار الدائنين، فإن قيام دائن مضمون (حتى أصغر الدائنين) بالبيع يُسقط على الأقل حقه الضماني. والأهم من ذلك أن قيام أكبر الدائنين المضمونين بالإنفاذ يتيح للمشتري الحصول على ملكية خالصة (انظر الفقرات ٧٧-٧٨ أدناه).

(ج) حسن النية والمعقولية التجارية

١٥- تترتب على إنفاذ الحق الضماني عواقب خطيرة تطال المانحين والمدينين والأطراف الثالثة ذات المصلحة (مثل الدائن المضمون الصغير، أو الكفيل، أو المالك الشريك في الموجودات المرهونة). ولهذا السبب، تفرض بعض الدول على الدائنين المضمونين، كالتزام عام غالب، واجبا محددا بأن يتصرّفوا بحسن نية ويتبعوا معايير معقولة تجارياً لدى إنفاذ حقوقهم. وبسبب أهمية هذا الالتزام، تنص تشريعات هذه الدول أيضا على أنه لا يجوز في أي وقت للدائن المضمون والمانح استبعاده أو تغييره (انظر

التوصيتين ١٣١ و١٣٢). وفضلا عن ذلك، وكما ذُكر، يكون الدائن المضمون الذي لا يمتثل للالتزامات الإنفاذية المفروضة عليه مسؤولا تجاه الأشخاص المتضررين من ذلك التقصير عن تعويض أي أضرار يسبّبها لهم (انظر التوصية ١٣٦). وعلى سبيل المثال، إذا لم يتصرّف الدائن المضمون بطريقة معقولة تجاريا لدى التصرّف في الموجودات المرهونة، وأدى ذلك بالدائن المضمون إلى أن يحصِّل من التصرّف في الموجودات المرهونة مبلغا أقل مما كان سيحصّله لو أنه تصرّف بطريقة معقولة تجاريا، يكون على الدائن المضمون دفع تعويض عن الضرر يساوي ذلك الفرق إلى أي شخص متضرر.

(د) حرية الطرفين في الاتفاق على إجراءات الإنفاذ

١٦- بصفة عامة، تفرض الدول على طرفي الاتفاق الضماني قليلا جدا من الالتزامات السابقة للتقصير (انظر الفصل السادس المتعلق بحقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما). وعليه فإن إحدى المسائل الرئيسية في سياق الإنفاذ اللاحق للتقصير هي ما إن كان ينبغي أن تسود في ذلك السياق سياسة مماثلة. والمسألة، بعبارة أخرى، هي إلى أي مدى ينبغي السماح للدائن المضمون والمانح بتعديل الإطار القانوني لإنفاذ الحقوق الضمانية أو بتعديل حقوقهما التعاقدية المنصوص عليها في الاتفاق الضماني. وتعتبر بعض الدول إجراءات الإنفاذ جزءا من القانون الإلزامي الذي لا يستطيع الطرفان تعديله بالاتفاق. وفي دول أخرى، يُسمح للطرفين بتعديل الإطار القانوني للإنفاذ ما دام هذا التعديل لا يمسّ السياسات العامة والأولوية وحقوق الأطراف الثالثة (وخصوصا في حالة الإعسار). وفي دول أخرى غيرها، ينصبّ التركيز على آليات الإنفاذ الفعالة التي لا يكون فيها الإنفاذ القضائي الإجراء الوحيد أو الرئيسي. وقد توجد في تلك الدول حدود للمدى الذي يجوز للدائن المضمون والمانح أن يذهبا إليه في الاتفاق على تعديل الإطار القانوني في اتفاقهما الضماني، (لأن حرية تغيير الالتزام الإنفاذي قد تكون محلّ إساءة استغلال عندما يبرم الطرفان الاتفاق الضماني)، وعلى الرغم من هذه الحدود، فإن بعض الدول تسمح للطرفين بالتنازل عن حقوقهما المنصوص عليها في الاتفاق الضماني أو تعديلها في أي وقت لاحق. وتقتصر دول أخرى على السماح بالتنازل بعد وقوع التقصير.

١٧- ومع ذلك، عادة ما تفرض الدول التي تسمح للطرفين أن يتنازلا بالاتفاق عن حقوقهما القانونية أو التعاقدية اللاحقة للتقصير عددا من القيود على قدرتهما على القيام بذلك. فهي لا تسمح، على سبيل المثال وبوجه عام، بالتنازل عن التزام الدائن بأن يتصرّف بحسن نية وبطريقة معقولة تجاريا (انظر التوصية ١٣٢). أما فيما يتعلق بالالتزامات الأخرى، فتميز دول عديدة بين حقوق المانح وحقوق الدائن المضمون. وفي بعض الدول، لا يجوز للمانح أن يتنازل عن التزامات الدائن المضمون اللاحقة للتقصير، أو أن يوافق على تغييرها، إلا بعد أن يقع التقصير. وكثيرا ما يؤدي السماح بالتنازل بعد التقصير إلى تمكين المانح والدائن المضمون من التفاوض على التصرّف في الموجودات المرهونة بطريقة تؤدي إلى تعظيم المبلغ الذي يمكن جنيه لصالح الدائن المضمون والمانح وسائر دائني المانح (انظر التوصية ١٣٣). وعادة ما تسمح هذه الدول نفسها للدائن المضمون بأن يتنازل عن حقوقه تجاه المانح في أي وقت (إما قبل التقصير أو بعده) على أساس الافتراض بأنه لا يوجد احتمال يُذكر في أن يفرض المانح شروطا تعسّفية وقت تقديم الائتمان (انظر التوصية ١٣٤). وعلى أي حال، لا يجوز أن يؤثر أي تغيير في الحقوق يجريه طرفا الاتفاق الضماني على حقوق الأطراف الثالثة (انظر الجملة الأولى من التوصية ١٣٥). بيد أنه في هذه الحالات، يتحمّل أي شخص يطعن في الاتفاق باعتباره مخالفا للأحكام الإلزامية المذكورة للتو عبء إثبات عدم الامتثال لها (انظر الجملة الثانية من التوصية ١٣٥).

(هـ) الإشراف القضائي على الإنفاذ

١٨- بصفة عامة، عندما يكون المانح مقصّرا وتكون كل محاولات التوصل إلى صلح واق أو إيجاد مخرج بشأن الالتزامات قد أخفقت، يُرجّح أن يعقب ذلك إنفاذ قسري على الموجودات المرهونة. بيد أنه من الوارد في بعض الحالات أن يطعن المانح إما في ادعاء الدائن المضمون بأنه مقصِّر وإما في احتساب الدائن المضمون للمبلغ المستحق نتيجة التقصير. وكمسألة تتعلق بالسياسة العامة، تنص تشريعات الدول بوجه عام على أن من حق المانح دائما أن يطلب من المحكمة تأكيد حقوق الدائن في ممارسة الإنفاذ أو رفض هذه الحقوق أو تعديلها أو التحكّم فيها على نحو آخر.

١٩- وليس الغرض من ذلك إثقال كاهل الدائنين المضمونين بإجراءات قضائية لا داعي لها، بل تمكين المانحين والأطراف الأخرى ذات المصلحة من ضمان احترام الإجراءات الإلزامية اللاحقة للتقصير (انظر التوصية ١٣٧). وتبعا لذلك يعمد العديد من الدول في هذه الحالات، من أجل ضمان إمكان معالجة طعون المانحين في الإنفاذ معالجة ناجعة من حيث الوقت والتكلفة، إلى الاستعاضة عن قواعد الإجراءات المدنية العادية بإجراءات قضائية معجَّلة (انظر التوصية ١٣٨). فعلى سبيل المثال، قد لا يتاح للمانحين وسائر الأطراف الأخرى ذات المصلحة سوى وقت محدود لتقديم مطالبات أو دفوع. وتسمح دول أخرى للمانحين بأن يطعنوا في تصرّف الدائن المضمون في هذه المسائل حتى بعد أن يكون الإنفاذ قد بدأ، أو وقت توزيع عائدات الإنفاذ، أو عندما يسعى الدائن المضمون إلى تحصيل أي عجز. وثمة دول أخرى لا تسمح للمانحين فحسب بالحصول على تعويضات عن الأضرار بل تسمح لهم أيضا بالحصول على تعويضات جزائية إذا ثبت أن الدائن المضمون لم يكن له حق في الإنفاذ أو قام بالإنفاذ على أساس مبلغ أكبر من المبلغ المستحق له فعلا.

٢٠- وعلاوة على ذلك، وبما أن جميع هذه الطعون تؤخر الإنفاذ وتزيد من تكاليفه، تدرج دول عديدة أيضا ضمانات في صلب هذه العملية لكي تثني المانحين عن تقديم مطالبات لا أساس لها. ومن هذه الضمانات آليات إجرائية مثل إضافة تكاليف الإجراءات القضائية إلى الالتزام المضمون في حال عدم نجاحها، أو إلزام المانحين بتقديم إقرارات كتابية موثّقة كشرط أساسي لبدء هذه الإجراءات. وتسمح بعض الدول أيضا للدائنين المضمونين بالسعي إلى الحصول على تعويضات من المانحين الذين يرفعون دعاوى غير موضوعية أو لا يمتثلون لالتزاماتهم، وبإضافة هذه التعويضات إلى الالتزام المضمون. ويوصي *الدليل* بإتاحة التعويض عن الأضرار إذا أخفق المانح أو الدائن المضمون في الوفاء بأيّ من التزاماته اللاحقة للتقصير (انظر التوصية ١٣٦).

(و) نطاق حقوق المانح اللاحقة للتقصير

'١' استعراض عام

٢١- مثلما ذُكر آنفا (انظر الفقرة ١٨ أعلاه)، يجوز للمانح أن يلتمس الانتصاف من المحكمة إذا لم يمارس الدائن المضمون حقوقه اللاحقة للتقصير وفق الاتفاق الضماني والقانون. ويجوز للمانح أيضا أن يسدد الالتزام المضمون بالكامل وأن يحصل على تحرير الموجودات المرهونة (انظر الفقرات ٢٢-٢٦ أدناه). وعلاوة على ذلك، يجوز للمانح أن يقترح على الدائن المضمون أن يأخذ الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون أو أن يعترض على اقتراح من هذا القبيل إذا تقدم به الدائن المضمون (انظر الفقرات ٦٥-٧٠ أدناه)، كما يجوز له أن يتخذ أي سبيل انتصاف آخر منصوص عليه في الاتفاق الضماني أو القانون (انظر التوصية ١٣٩). ويجوز للمانح أيضا أن يعترض على حصول الدائن المضمون على حيازة الموجودات المرهونة خارج نطاق القضاء أو على التصرّف في هذه الموجودات خارج نطاق القضاء (انظر التوصيات ١٤٢ و١٤٧ و١٤٨؛ وانظر أيضا الفقرات ٢٩-٣٢ و٥٧-٦٠ أدناه).

'٢' انتهاء الحق الضماني بعد الوفاء الكلي بالالتزام المضمون

٢٢- بعد تلقي الإشعار بالتقصير، كثيرا ما يحاول المدين والطرف الثالث المانح والأطراف الثالثة ذات المصلحة إعادة تمويل الالتزام المضمون أو معالجة التقصير المزعوم بطريقة أخرى. وفي هذه الحالات، يجب على الدول أن تقرر ما هي الحقوق التي يجوز لهذه الأطراف المختلفة أن تمارسها، وما هو الإطار الزمني الذي يجوز لها أن تمارس هذه الحقوق فيه. وعادة ما يُعطَى المانحون والأطراف الثالثة حق الحصول على تحرير الموجودات المرهونة من الحق الضماني لدى الوفاء الكلي بالالتزام المضمون وانتهاء أي التزام بتقديم المزيد من الائتمان.

٢٣- وبالوفاء الكلي بالالتزام المضمون وانتهاء أي التزام ائتماني ينقضي الحق الضماني وتنتهي المعاملة المضمونة. وبما أن هدف إجراءات الإنفاذ هو تمكين الدائنين من الحصول على سداد الالتزام فإن الدول تمارس عادة مرونة بالغة فيما يخص الأطراف التي يحق لها سداد الالتزام المضمون. فعلى سبيل المثال، تسمح معظم الدول للمانح المقصّر بأن يسعى، عن طريق سداد المبلغ المتبقي من الالتزام المضمون، بما في ذلك الفوائد وتكاليف الإنفاذ المتكبّدة حتى وقت السداد، إلى الحصول على تحرير الموجودات المرهونة قبل أن يتصرّف فيها الدائن المضمون تصرّفا نهائيا. وتسمح هذه الدول عادة أيضا لأي طرف ثالث ذي مصلحة (مثل دائن ذي أولوية أدنى من أولوية الدائن المنفِذ أو مشتر يأخذ الموجودات خاضعة للحق الضماني) بممارسة حق السداد إذا لم يمارسه المانح. وهكذا، يجوز، مثلا، لدائن ذي أولوية أدنى من أولوية الدائن المنفِذ، أو لمشتر يأخذ الموجودات خاضعة للحق الضماني، أن يسدد الالتزام المضمون بدلا من المانح.

٢٤- وإضافة إلى ذلك، تتخذ الدول عادة موقفا مرنا فيما يتعلق بالمهلة التي يجوز السداد خلالها. فمصلحة الدائن المضمون هي أن يُسدَّد إليه ماله بدلا من التصرّف في الموجود المرهون. وما دَام هذا السداد للمبلغ الأصلي والفوائد وتكاليف الإنفاذ المتكبّدة يحدث قبل أن تتضرّر أي حقوق لأطراف ثالثة، فلا يوجد سبب للإصرار على التصرّف في الموجود المضمون. وهذا يعني أنه أيا كان من يمارس حق السداد فإنه يجوز له أن يفعل ذلك إلى حين قيام الدائن المضمون بأي من الأفعال التالية: *(أ)* التصرّف في الموجود المرهون أو إكمال التحصيل بعد التصرّف فيه؛ *(ب)* الدخول في اتفاق للتصرف في الموجود المرهون؛ *(ج)* احتياز الموجود المرهون على سبيل الوفاء كليا أو جزئيا بالالتزام المضمون. وإلى أن يقع أحد هذه الأحداث، يجوز تسديد الالتزام المضمون تسديداً كاملا وتحرير الموجودات المرهونة من الحق الضماني. وللأسباب نفسها (علما بأن مصلحة الدائن الرئيسية هي أن يُسدد إليه ماله وأن مصلحة المانح الرئيسية هي أن لا يفقد موجوداته)، يوصي *الدليل* بأن يكون السداد المفضي إلى تحرير الموجودات المرهونة مسموحا به إلى حين تحصيل حقوق الأطراف الثالثة أو إبرام اتفاق للتصرّف في الموجودات أو احتياز الدائن المضمون الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون (انظر التوصية ١٤٠).

٢٥- وثمة حق آخر لاحق للتقصير يُعطى للمانح في بعض الدول، وهو حق إعادة الالتزام المضمون إلى سابق وضعه لدى سداد أية متأخرات. وتختلف إعادة الالتزام المضمون إلى سابق وضعه اختلافا تاما عن انقضاء الحق الضماني، وعادة ما تكون خاضعة لقيود أشد صرامة. وإعادة الالتزام المضمون إلى سابق وضعه يعني معالجة التقصير المعيّن بسداد أي أقساط لم تسدد والفوائد المستحقة وتكاليف الإنفاذ التي سبق تكبّدها، ولكن ليس لها فيما عدا ذلك أي تأثير سواء على استمرار واجب المانح في الأداء أو على الحق الضماني. وعلى وجه الخصوص، عندما تسمح الدول بهذه الإعادة يكون مفعولها عند حدوثها إبطال مفعول تعجيل الوفاء بالالتزام المضمون عملا بشرط تعجيلي. وهذا يعني أنه إذا رغب الدائن المضمون في الاستفادة من شرط تعجيلي، دون التعرّض لخطر إعادة الالتزام المضمون إلى سابق وضعه

فهو لا يستطيع القيام بذلك إلا بإقامة دعوى قضائية عادية لإنفاذ الاتفاق المعجَّل وحجز الموجودات المرهونة وبيعها. ويبقى الالتزام، عندما يعاد إلى سابق وضعه، واجب الإنفاذ وفقا للشروط التي اتفق عليها الطرفان ويظل مضمونا بالموجودات المرهونة.

٢٦- وتتخذ الدول نهوجا شديدة التباين إزاء الحق في إعادة الالتزام إلى سابق وضعه. فبعضها لا تنص تشريعاته على حق إعادة الالتزام إلى سابق وضعه ولكن يسمح للطرفين بالنص في اتفاقهما الضماني على ذلك الحق. وعلى النقيض من ذلك، تنص تشريعات بعض الدول على أن إعادة الالتزام إلى سابق وضعه حق يمنحه القانون ولا يجوز للمانح التنازل عنه لا قبل التقصير ولا بعده. وتسمح بعض الدول لأي طرف ذي مصلحة بأن يعالج التقصير ويعيد الالتزام المضمون إلى سابق وضعه، بينما تنص تشريعات معظم الدول على أنه لا يجوز لغير المانح ممارسة هذا الحق. وحيثما يكون حق الإعادة إلى الوضع السابق مسموحا، يجوز للأطراف المأذون لها بممارسة هذا الحق أن تمارسه إلى الأجل نفسه الذي يُسمح للأطراف المأذون لها بمعالجة التقصير عن طريق السداد الكامل أن تمارس ذلك الحق حتى حلوله. وبما أن هذه الإعادة تحفظ الالتزام المضمون ولا تنهيه، فمن الجائز أن يقع المانح في التقصير مرة أخرى في وقت لاحق. وللحيلولة دون حدوث سلسلة من حالات التقصير والإعادة إلى الوضع السابق الاستراتيجية، تضع الدول التي تسمح عادة بهذه الإعادة حدا لعدد المرات التي يجوز فيها أن يعاد الالتزام المضمون إلى سابق وضعه بعد التقصير. ولا يتضمن *الدليل* توصية محددة بشأن الإعادة إلى الوضع السابق. والسبب الرئيسي في الأخذ بهذا النهج هو أن قرار السماح أو عدم السماح بإدراج شروط تعجيلية في الاتفاقات الضمانية (تجعل الحق في إعادة الالتزام إلى سابق وضعه أمرا لا أهمية له) يُعتبر مسألة من الأنسب أن يعالجها قانون الدولة العام للالتزامات.

(ز) نطاق حقوق الدائن المضمون اللاحقة للتقصير

٢٧- يجوز للدائن العام الذي يحصل على حكم قضائي أن ينفذ الحكم القضائي على كل موجودات المدين التي يسمح القانون الإجرائي بالحجز عليها. ويشمل ذلك عادة جميع موجودات المدين أيا كان نوعها. وإذا لم يكن للمدين سوى حق محدود في الموجودات فلا يجوز الحجز إلا على ذلك الحق المحدود (كحق الانتفاع مثلا) وبيعه. وبالمثل، إذا كانت حقوق المدين في الموجودات محدودة بأجل أو بشرط فسيكون الإنفاذ على الموجودات محدودا على النحو نفسه. ولا يجوز أن يحصل المشتري في البيع القضائي على الموجودات إلا خاضعة لنفس الأجل أو الشرط.

٢٨- وخلافا لحالة الإنفاذ العادي للأحكام القضائية، يخضع إنفاذ الحقوق الضمانية لقيد إضافي هام. فلا يجوز للدائن المضمون أن يباشر الإنفاذ إلا على الموجودات المرهونة فعلا بحقه الضماني وليس على حوزة المانح بكاملها. وبالطبع يجوز للدائن المضمون أيضا أن يتخذ أي سبل انتصاف متاحة للدائن غير المضمون لمطالبة المانح بسداد أي عجز إذا تبين أن قيمة الموجودات المرهونة غير كافية لسداد الالتزام بالكامل. وبمعزل عن هذا القيد الإضافي، تنطبق على إنفاذ الحق الضماني مبادئ مماثلة للمبادئ التي تحكم إنفاذ الأحكام القضائية عموما. فلا يجوز للدائن المضمون أن ينفذ الحق الضماني إلا على ما للمانح فعليا من حقوق ملكية في الموجودات المرهونة. ومن ثمّ، إذا كانت قدرة المانح على بيع الموجود المرهون أو التصرّف فيه بطريقة أخرى أو تأجيره أو الترخيص به محدودة، مثلا، فلا يجوز أن يتجاوز الإنفاذ من جانب الدائن المضمون تلك القيود. ويعني ذلك أنه إذا كان المانح، مثلا، مستأجرا بموجب إيجار تشغيلي لقطعة من المعدات، فلن يشمل الحق الضماني إلا ما للمانح من حق كمستأجر بموجب شروط اتفاق الإيجار.

(ح) الإنفاذ القضائي وغير القضائي

٢٩- تشترط معظم الدول، كمبدأ عام من مبادئ قانون العلاقات بين الدائن والمدين، أن تتبع في إنفاذ المطالبات الإجراءات القضائية. فيجب على الدائنين رفع دعاوى على المدينين والحصول على حكم قضائي ثم اللجوء إلى موظفين عموميين آخرين أو سلطات عمومية أخرى (مثل مأموري الإجراءات أو الموثقين العموميين أو الشرطة) لإنفاذ الحكم القضائي. ومن أجل حماية المانح والأطراف الأخرى التي لها حقوق في الموجودات المرهونة، تفرض بعض الدول التزاما مماثلا على الدائنين المضمونين، فتشترط عليهم أن يلجأوا إلى المحاكم أو السلطات الحكومية الأخرى حصرا لإنفاذ حقوقهم الضمانية. ولكن بما أنّ الإجراءات القضائية قد تكون بطيئة وباهظة التكلفة، فكثيرا ما يكون الاحتمال أضعف في أن تسفر هذه الإجراءات عن أكبر مبلغ ممكن لدى التصرّف في الموجودات المبيعة. وفضلا عن ذلك، تؤثّر الإجراءات غير المتسمة بالكفاءة تأثيرا سلبيا على توافر الائتمان وتكلفته، لأن التأخير المتوقع والنفقات التي يتطلبها الإنفاذ تؤخذ في الاعتبار في القرار المتعلق فيما إذا كان سيُقدَّم الائتمان وفي تكلفة هذا الائتمان.

٣٠- ومن أجل تيسير المعاملات المضمونة، لا يشترط بعض الدول سوى حد أدنى من التدخل المسبق من جانب الموظفين العموميين أو السلطات العمومية في عملية الإنفاذ. فقد يُشترط، مثلا، أن يتقدّم الدائن المضمون بطلب إلى المحكمة لإصدار أمر بإعادة الاحتياز، وتصدر المحكمة ذلك الأمر دون جلسة سماع. وفي حالات أخرى يجوز للدائن المضمون، فور حيازته للموجود، أن يبيعه مباشرة دون تدخل المحكمة، بشرط أن يستأجر مأمور إجراءات معتمدا لكي يدير العملية وفقا للإجراءات المنصوص عليها. والمسوِّغ لاتباع نهج أقل رسمية هو أن جعل الدائن المضمون أو طرف ثالث موثوق به يحتاز الموجودات ويتصرّف فيها عملية غالبا ما تكون أكثر مرونة وسرعة وأقل تكلفة من أي عملية تتحكم فيها الدولة. ويمكن للنظام المصمَّم تصميما سليما أن يوفّر آلية ناجعة لتعظيم المبلغ الذي يمكن جنيه من بيع الموجودات المرهونة ويحمي بالتالي المانح وغيره ممن لهم مصلحة في تعظيم المبلغ المتأتي من بيع هذه الموجودات. يضاف إلى ذلك أنه كثيرا ما يكون العلم بأن التدخل القضائي سهل المنال كافيا لإيجاد حوافز على التصرّف على نحو تعاوني ومعقول، بما يُغني عن الحاجة إلى اللجوء إلى المحاكم. وأخيرا، على خلاف الدائن التقليدي بحكم القضاء، فإن معظم الدائنين المضمونين يزاولون أساسا مهنة تقديم الائتمان. ومن هنا، فإن خوف الدائن المضمون على سمعته بين المقرضين المحتملين مستقبلا تفرض عادة قيودا على سلوكه في الإنفاذ.

٣١- وفي بعض الدول لا يُشترط على الدائن المضمون أن يلجأ إلى المحاكم أو السلطات الحكومية الأخرى لأي غرض إنفاذي، بل يحق له أن يلجأ إلى الإجراءات غير القضائية وحدها. بيد أن هذه الدول تفرض عادة عددا من القواعد الملزمة المتعلقة بالإنفاذ غير القضائي. ومن بين الأمثلة على هذه القواعد قواعد تتعلق بالتزام الدائن المضمون بإرسال إشعار بالتقصير أو إشعار باعتزام التصرّف، والالتزام بالتصرّف بحسن نية وبطريقة معقولة تجاريا، والالتزام بتقديم بيان إلى المانح بعائدات التصرّف. وفضلا عن ذلك، لا تسمح هذه الدول للدائن المضمون بأن يحتاز الموجودات المرهونة، خارج نطاق القضاء، إذا كان من شأن هذا الإنفاذ أن يؤدي إلى الإخلال بالسلم أو بالنظام العام. والغرض من هذه الاشتراطات وأثرها هو توفير المرونة في الطرائق المستخدمة للتصرّف في الموجودات المرهونة، بغية تحقيق عملية إنفاذ ناجعة اقتصاديا، وفي الوقت نفسه حماية المانح والأطراف الأخرى ذات المصلحة مما قد يأتي به الدائن المضمون من تصرفات تجافي المعقول في السياق التجاري. ويوصي *الدليل*، من أجل تحقيق أكبر قدر ممكن من المرونة في الإنفاذ، ومن ثمّ الحصول على أعلى سعر ممكن عند التصرّف في الموجودات، بأن يتاح للدائنين خيار اتباع الأسلوب القضائي أو غير القضائي لدى إنفاذ حقوقهم

الضمانية (انظر التوصية ١٤٢). وعلى أي حال، فالسبيل إلى المحاكم في الدول التي تسمح بالإنفاذ غير القضائي متاح دائما على وجه العموم لضمان الاعتراف بالمطالبات والدفوع المشروعة للمانح والأطراف الأخرى التي لها حقوق في الموجودات المرهونة وحماية تلك المطالبات والدفوع. وهذا هو أيضا النهج الذي يعتمده *الدليل* (انظر التوصية ١٣٧).

٣٢- ومثلما ذُكر في الفقرة السابقة، عادة ما يحق للدائن المضمون إنفاذ حقه الضماني عن طريق المحاكم أيضا، حتى في الدول التي يسمح له فيها بأن يتصرّف دون تدخل رسمي. وعلاوة على ذلك فبما أن الحق الضماني يُمنح من أجل تعزيز احتمال حصول الدائن على سداد الالتزام المضمون، فلا ينبغي أن يحول إنفاذ الحق الضماني بعد التقصير دون محاولة الدائن المضمون إنفاذ الالتزام الضماني عن طريق الإجراءات القضائية العادية متبوعة بالحجز والبيع تنفيذا للحكم الصادر (انظر التوصية ١٤٤). ويوجد عدد من الأسباب التي قد تجعل الدائن المضمون يفضِّل أياً من هذين الخيارين على الإنفاذ غير القضائي. فقد يود الدائن المضمون أن يتفادى احتمال الطعن في تصرّفاته بعد وقوعه، وقد يخلص إلى أنه سيضطر، على أي حال، إلى رفع دعوى لتحصيل قيمة عجز متوقّع، أو قد يخشى من وقوع إخلال بالنظام العام وقت الإنفاذ ويود تفادي ذلك.

٣٣- والواقع أن العديد من الدول تشجّع الدائنين المضمونين على اللجوء إلى المحاكم، وذلك بالنص في تشريعاتها على إجراءات إنفاذ أقل تكلفة وأكثر سرعة. فمثلا قد تسمح هذه الدول بالإنفاذ عن طريق إجراءات لا تقتضي سوى تقديم إقرار موثّق كدليل إثبات. وقد تنص تشريعاتها أيضا على قواعد تكفل أن تعقد جلسة الاستماع ويفصل في الطعون ويصدر الحكم في أسرع وقت ممكن. وتذهب بعض الدول إلى أبعد من ذلك فتسمح للدائن المضمون الذي حصل على حكم قضائي بالطريق الاعتيادي بأن يحجز على الموجودات المرهونة ويتصرّف فيها دون أن يتعين عليه اللجوء إلى إجراءات الحجز والبيع الرسمية. وأخيرا، تنص تشريعات معظم الدول على أن يحتفظ الدائن بحرية اتباع أي إجراءات إنفاذ يراها أكثر ملاءمة. ولذلك، يجوز مثلا للدائن المضمون الذي يختار السعي إلى الحصول على انتصاف غير قضائي معين أن يغير رأيه فيسعى لاحقا إلى الحصول على انتصاف غير قضائي آخر لإنفاذ حقوقه الضمانية، ما لم تكن ممارسة أحد الحقوق قد جعلت من المستحيل ممارسة حق آخر (انظر التوصية ١٤٣ والفقرتين ٣٤ و٣٥ أدناه).

(ط) الحقوق التراكمية اللاحقة للتقصير

٣٤- يحدث أحيانا أن يضطر الدائن، لكي يتصرّف تماما في كل الموجودات المرهونة، إلى ممارسة أكثر من سبيل واحد من سبل الانتصاف. ويحدث ذلك عادة عندما يصفّي الدائن المضمون منشأة كاملة مكونة من أنواع مختلفة من الموجودات، لأن الأنواع المختلفة من الموجودات المرهونة تصلح لها إجراءات إنفاذ مختلفة. فعلى سبيل المثال، قد يكون أفضل سبيل لإنفاذ الحق الضماني في المستحقات هو من خلال تحصيل المستحقات، في حين أن البيع قد يكون أكثر الوسائل فعالية لإنفاذ الحق الضماني في المخزون أو المعدات. وفي حالات أخرى، قد يكون احتياز الدائن المضمون الموجودات على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون أكثر الوسائل فعالية لإنفاذ حق ضماني في موجودات معينة. وعلاوة على ذلك، قد توجد بين الحين والآخر حالات يعتقد فيها الدائن المضمون أنّ سبيلا واحدا للانتصاف هو الحل الأمثل، ليكتشف بعد ذلك أن ثمة سبيلا آخر يأتي بقيمة أعلى عند التصرّف. وهذا ما حدا بمعظم الدول إلى النص على أن سبل انتصاف الدائن المضمون تراكمية. وفي الدول التي تتبع هذا النهج لا يكون

لدى الدائن المنفِذ خيار انتقاء سبيل الانتصاف الذي يريد اتخاذه فحسب، بل يجوز له أيضا اتخاذ سبل انتصاف مختلفة إما بالتزامن أو واحدا تلو الآخر. بل يجوز له أيضا أن يتبع في آن واحد سبل انتصاف قضائية وغير قضائية على السواء. ولن يعجز الدائن المضمون عن الجمع بين سبل الانتصاف إلاّ إذا كانت ممارسة سبيل واحد من هذه السبل (كإعادة احتياز الموجودات المرهونة والتصرّف فيها) تجعل من المستحيل ممارسة سبيل آخر منها (كاحتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون). وهنا أيضا، يعتمد *الدليل* سياسة تنطلق من أن تعظيم المرونة في الإنفاذ يكفل على الأرجح الحصول على أكبر قيمة للموجودات المرهونة، فيوصي بأن يُسمح للدائنين المضمونين بالجمع بين سبل الانتصاف القضائية وغير القضائية المتاحة لهم (انظر التوصية ١٤٣).

٣٥- ولا يسمح بعض الدول للدائنين المضمونين بالجمع بين سبل انتصافهم (القضائية أو غير القضائية) المتعلقة بالموجودات المرهونة وسبل انتصافهم المتعلقة بالالتزامات المضمونة. والافتراض هو أنّ سبل الانتصاف غير القضائية هذه هي مزية ممنوحة للدائن المضمون، وأنّ من الواجب بالتالي إلزام هذا الدائن بأن يختار إما إنفاذ الحق الضماني خارج نطاق القضاء، وإما إقامة دعوى قضائية لإنفاذ الالتزام المضمون. وتسمح دول أخرى للدائن المضمون بالجمع بين سبل انتصافه غير القضائية وحقه في إنفاذ الالتزام، باعتبار ذلك مسألة من مسائل قانون العقود. وتسمح هذه الدول، فضلا عن ذلك، باتخاذ هذين النوعين من الإجراءات بالتزامن أو تباعا، بأي من الترتيبين. ومن شأن إلزام الدائن المضمون بأن يختار في بداية الإنفاذ واحدا دون الآخر من هذين النوعين من الإجراءات أن يعقّد عملية الإنفاذ ويزيد من تكلفتها، لأنّ ذلك يتطلب من الدائن أن يقرّر ما إذا كان من المرجّح أن يؤدي اختياره إلى عجز في المبلغ الذي سيتقاضاه. فإذا توصل الدائن المضمون إلى ذلك الاستنتاج سيكون مجبرا على إقامة دعوى لإنفاذ الالتزام وتثبيت أولويته النابعة من الحق الضماني وقت البيع القضائي على سبيل الإنفاذ. وهذه العملية أقل سرعة وأكثر تكلفة وتأتي عادة بقيمة أقل وقت البيع. ولتعظيم قيمة الإنفاذ، يوصي *الدليل* بالسماح للدائنين المضمونين بالجمع بين إجراءات إنفاذ الحق الضماني خارج نطاق القضاء وإجراءات إنفاذ الالتزام المضمون من خلال دعوى قضائية، وذلك دائما رهنا بألاّ يكون بوسع الدائن المضمون أن يطالب بأكثر مما هو مستحق له (انظر التوصية ١٤٤).

(ي) حق الدائن المضمون ذي الأولوية في أن يتولى الإنفاذ

٣٦- كثيرا ما يرغب الدائن المضمون ذو الأولوية الأعلى في أن يتولى زمام عملية إنفاذ استهلها دائن آخر. وقد يحدث ذلك، مثلا، عندما يتخذ دائن صغير يمارس حقا ضمانيا إجراءات لإنفاذ حكم قضائي. وعادة ما تنص بعض الدول على حق تولي زمام عملية الإنفاذ عندما يكون دائن مضمون آخر قائما بالإنفاذ بموجب قانون المعاملات المضمونة، ولكنّ العديد من الدول لا تسمح للدائنين المضمونين بممارسة الإنفاذ خارج نطاق القضاء ما أن يكون دائن بحكم القضاء (سواء أكان دائنا غير مضمون أم دائنا مضمونا اتخذ أيضا إجراءات إنفاذ قضائية) قد شرع في الحجز على الموجودات المرهونة. بيد أنه في بعض الأحيان يُعطى حق تولي الإنفاذ للدائن المضمون حتى بدلا من الدائن بحكم القضاء. وفي هذه الحالات، كثيرا ما تلزم الدول الدائن المضمون بأن يمارس حقه هذا في وقت مناسب (أي قبل بدء المزاد العلني) وأن يسدد للدائن بحكم القضاء نفقات الإنفاذ التي تكبّدها حتى ذلك الحين. وبغية تعظيم الكفاءة في إنفاذ الحقوق الضمانية، يوصي *الدليل* بأن يكون للدائن المضمون، الذي يتمتع بأولوية تفوق الأولوية التي يتمتع بها الدائن المضمون المنفِذ، الحق في تولي الإنفاذ سواء بدلا من دائنين مضمونين آخرين يقومون بالإنفاذ خارج نطاق القضاء أو بدلا من دائنين بحكم القضاء (انظر

التوصية ١٤٥). وبموجب *الدليل*، يجوز أن يمارَس هذا الحق في أي وقت قبل التصرف في الموجودات المرهونة أو احتيازها أو تحصيل قيمتها أو إبرام الدائن المضمون اتفاقا قابلا للإنفاذ يخوّله التصرف فيها ، أيّ هذه الأحداث جاء أولا. ولا يكون الدائن المضمون الكبير مقيدا، لدى ممارسته حق تولي الإنفاذ، باتباع طريقة الإنفاذ التي سبق للدائن الصغير أن شرع فيها، بل يجوز له أن يُنفِذ حقه الضماني باتباع أي طريقة متاحة بموجب *الدليل*.

٣- *الخطوات الإجرائية السابقة للإنفاذ، وحقوق المانح*

(أ) استعراض عام

٣٧- استحدث العديد من الدول آليات إجرائية شاملة لتيسير الإنفاذ الفعّال والناجع من جانب الدائن المضمون، وحماية حقوق المانح والأطراف الثالثة التي لها حقوق في الموجودات المرهونة. ويجوز بوجه عام للدائن المضمون: *(أ)* الحصول على حكم قضائي بالطريقة العادية والاستعانة بموظف عمومي للحجز على الموجودات المرهونة وبيعها في مزاد علني؛ أو *(ب)* ممارسة انتصاف قضائي معجَّل للاعتراف بتقصير المدين، والاستعانة فورا بموظف عمومي للحجز على الموجودات المرهونة وبيعها؛ أو *(ج)* إنفاذ حقوقه دون إجراءات قضائية. والمقصود من هذه الآليات الإجرائية هو تحقيق التوازن بين الحقوق المتنافسة بعد التقصير ولكن قبل أن يمارس الدائن المضمون سبل انتصافه ممارسة فعلية. وبالتالي، تنص الدول عادة على سريان هذه الآليات الإجرائية سواء كان الإنفاذ قضائياً أم خارج نطاق القضاء وبصرف النظر عن سبيل الانتصاف المعيّن الذي يختاره الدائن المضمون. ويعني هذا أنها تسري سواء لجأ الدائن المضمون إلى: *(أ)* الحجز على الموجودات المرهونة وبيعها بصفة خصوصية واحتياز عائدات البيع لسداد الالتزام المستحق؛ أو *(ب)* احتياز الموجودات المرهونة وفاءً بالالتزام المضمون؛ أو *(ج)* تولي زمام منشأة المدين والقيام بتشغيلها لسداد الالتزام المضمون.

(ب) الإشعار باعتزام الإنفاذ خارج نطاق القضاء

٣٨- حيثما يختار الدائن المضمون إنفاذ الاتفاق الضماني عن طريق رفع دعوى عادية أمام المحاكم على المانح بشأن الالتزام المضمون، تُطبّق القواعد العادية للإجراءات المدنية (بما فيها القواعد المتعلقة بالإشعار بالتقصير وإتاحة الفرصة لعقد جلسة للنظر في الدعوى على أساس الموضوع) على الدعوى القضائية نفسها وعلى عملية الإنفاذ اللاحقة لصدور الحكم على السواء. بيد أن هذه القواعد الإجرائية لا تُطبّق عادة بشكل مباشر إلا على الإجراءات الرسمية للمحاكم. وهذا ما يجعل الدول التي تسمح بالإنفاذ غير القضائي تسنّ عادة قواعد إضافية لتنظيم ذلك الإنفاذ. والهدف من هذه القواعد هو ضمان الحماية الكافية لحقوق الأطراف المتأثرة، وفي الوقت نفسه توفير الحد الأقصى من المرونة في عملية الإنفاذ.

٣٩- وأحد أهم الضمانات الإجرائية المتعلقة بإنفاذ الحقوق الضمانية خارج نطاق القضاء هو الإشعار على نحو مناسب بالإجراء المزمع اتخاذه. وتضع الحاجة المعترف بها إلى توجيه إشعار بالإنفاذ خارج نطاق القضاء الدول أمام خيار سياساتي أساسي بشأن الطريقة التي ينبغي استهلال الإنفاذ بها. ففي بعض الدول يجب على الدائن المضمون أن يوجّه إشعارا مسبقا، حتى قبل أن يسعى إلى الحصول على حيازة الموجودات المرهونة، باعتزامه ممارسة الإنفاذ غير القضائي. ومعنى هذا أن الدائن المضمون

يجب أن يوجّه إلى المانح (وعادة أيضا إلى الأطراف الثالثة التي لها حقوق في الموجودات المرهونة) إشعارا كتابيا يحدد ماهية التقصير، والموجودات المرهونة، واعتزام الدائن المضمون أن يطلب احتياز الموجودات، والمهلة الزمنية التي يجب خلالها على المانح إما أن يعالج التقصير وإمّا أن يسلّم الموجودات (عادة ما تتراوح بين ١٥ و٢٠ يوما). ويجب في كثير من الأحيان أن يبيّن الإشعار أيضا سبيل الانتصاف المعيّن الذي يعتزم الدائن المضمون اتباعه في التصرّف في الموجودات المرهونة. وفي دول أخرى يؤخَّر توقيت الإشعار وكثيرا ما يكون مضمونه الموضوعي أقل تفصيلا. فمثلا لا يُشترط على الدائن المضمون، في هذه الدول، أن يقدّم إشعارا مسبقا باعتزامه الحصول على الحيازة، بل يحق له الاحتياز المباشر للموجودات المرهونة في الوقت نفسه الذي يوجّه فيه إلى المانح إشعارا رسميا بالتقصير. ولكن لا يجوز للدائن المضمون عادة، بعد احتيازه الموجودات، أن يتصرّف فيها دون أن يوجّه إلى المانح والأطراف الثالثة ذات المصلحة إشعارا مسبقا (عادة ما يتراوح بين ١٥ و٢٠ يوما) بشأن أسلوب وطريقة التصرّف اللذين يعتزم اتباعهما إذا تخلف المانح عن معالجة التقصير في غضون ذلك.

٤٠- وثمة مزايا ومثالب لكل نهج من هذين النهجين. فالمزية الرئيسية للنظام الذي يشترط توجيه إشعار مسبق باعتزام الدائن المضمون الإنفاذ واحتياز الموجودات المرهونة هي أنه ينبّه المانح إلى الحاجة إلى حماية حقوقه في الموجودات المرهونة. وهذا أمر هام بصفة خاصة في الحالات التي لا يكون فيها المانح هو المدين بالالتزام المضمون. ويكون المدين مدركا لتقصيره دائما لكنّ الطرف الثالث المانح قد لا يكون مدركا لتقصيره وسوف يتفاجأ بطلب احتياز فوري من جانب الدائن المضمون. وقد تشمل الحقوق التي يستطيع المانح عندئذ ممارستها، على سبيل المثال، الطعن في الإنفاذ أو معالجة تقصير المدين، أو البحث عن مشترين محتملين للموجودات المرهونة. وثمة أسباب مشابهة تستند إليها فكرة إلزام الدائن المضمون بتوجيه إشعار إلى الأطراف الأخرى ذات المصلحة. إذ يتيح الإشعار لتلك الأطراف إمكانية رصد الإنفاذ اللاحق من جانب الدائن المضمون، أو الطعن في هذا الإنفاذ، أو معالجة التقصير إذا كان من مصلحتها معالجته، والمشاركة في عملية الإنفاذ أو تولّي زمامها إذا كانت تلك الأطراف دائنين مضمونين تتمتع حقوقهم بالأولوية (وكان المانح مقصّرا نحوهم أيضا). أما مثالب اشتراط هذا النوع من الإشعار فتشمل تكلفته، وأن الدائن المضمون قد يكون مجبرا على أن يختار سبيل انتصاف قبل أن يفحص الموجودات المرهونة فحصا دقيقا، وأنه يتيح للمانح غير المتعاون فرصة نقل الموجودات المرهونة بعيدا عن متناول الدائن، واحتمال تسابق الدائنين الآخرين إلى تثبيت مطالباتهم على منشأة المانح والتدخل في إجراءات التصرّف. يضاف إلى ذلك أنه ما لم تكن المقتضيات الشكلية والموضوعية المتعلقة بالإشعارات واضحة وبسيطة كان احتمال عدم الامتثال تقنيا أمرا واردا وأدّى عندئذ إلى التقاضي وما يترتب عليه من تكلفة وتأخير.

٤١- ومزية النظام الذي لا يشترط سوى توجيه إشعار بالتصرّف خارج نطاق القضاء في الموجودات المرهونة أنه ييسّر حق الدائن المضمون في احتياز الموجودات المرهونة من دون تأخير لا داعي له، مع حماية مصالح المانح والأطراف الثالثة التي لها حقوق في الموجودات المرهونة (فيتغلّب بذلك على مثالب النهج المذكور في الفقرة السابقة). وأما المثلبة فهي أن الإشعار بالإنفاذ غير القضائي لا يُوجّه إلى المانح إلا بعد أن يكون الدائن المضمون قد احتاز الموجودات المرهونة (فيُحرم المانح بذلك من الإشعار المسبق، مثلما جاء في الفقرة السابقة).

٤٢- وأياً كان النهج الذي يؤخذ به، يجب أن تقرّر الدول أيضا ما هي الإشعارات الأخرى التي قد يشترط توجيهها عندما يسعى الدائن المضمون إلى إنفاذ حقه الضماني خارج نطاق القضاء. فأكثر الدول التي تشترط أن يوجه الدائن إشعارا سابقا للاحتياز باعتزامه إنفاذ حقوقه في الموجودات المرهونة لا تشترط أيضا توجيه إشعار مسبق منفصل بالتقصير في الوفاء بالالتزام أو إشعار لاحق بالإنفاذ غير

القضائي. والافتراض هو أن إشعارا واحدا يكفي لجميع الأغراض. والدول الأخرى التي تسمح بأن يوجّه الإشعار بالطريقة المحددة المتبعة في الإنفاذ غير القضائي بعد أن يحصل الدائن المضمون على حيازة الموجودات المرهونة، تشترط مع ذلك أن يوجّه الدائن المضمون إشعارا رسميا بالتقصير في الوفاء بالالتزام قبل أن يحصل على حيازة الموجودات. ولا تُلزم بعض الدول الدائن المضمون سواء بتوجيه إشعار بالتقصير في الوفاء بالالتزام أو بتوجيه إشعار سابق للاحتياز باعتزام الإنفاذ. ولا يحتاج الدائنون المضمونون في هذه الدول إلا إلى توجيه إشعار لاحق للاحتياز بسبيل الانتصاف خارج نطاق القضاء الذي يعتزمون ممارسته. ومن أجل الموازنة بين مصالح جميع الأطراف، يوصي *الدليل* بالسماح للدائن المضمون أن يحتاز الموجودات المرهونة دون اللجوء إلى المحكمة، شريطة أن يكون المانح قد وافق في الاتفاق الضماني على الإنفاذ غير القضائي، وأن يكون الدائن المضمون قد وجّه إلى المانح وأي شخص حائز للموجودات المرهونة إشعارا بالتقصير وباعتزامه السعي إلى الحصول على الحيازة دون اللجوء إلى المحكمة، وألا يعترض المانح ولا الشخص الحائز للموجودات المرهونة وقت سعي الدائن المضمون إلى الحصول على حيازة الموجودات المرهونة (انظر التوصية ١٤٧).

٤٣- وتهدف الاشتراطات من النوع المذكور للتو إلى ضمان أن تجري عملية الإنفاذ دون إخلال بالسلم ودون مفاجأة المانح أو الأطراف الثالثة الحائزة للموجودات المرهونة. ولكن كثيرا ما يكون الإنفاذ أقل رسمية في الواقع العملي. ويعود ذلك إلى أن العديد من الدول التي تفرض هذه الشروط الإجرائية تسمح أيضا للمانحين وغيرهم من المدينين بالتنازل عنها شريطة أن يكون ذلك بعد التقصير. والسببان الرئيسيان لتقييد الحق في التنازل عن الحقوق الإجرائية في الحالات اللاحقة للتقصير هما تفادي الضغط على المانحين للتنازل عن حقوقهم الإجرائية لكي يحصلوا على الائتمان وكفالة اتخاذ المانح قراره بالتنازل عن حقوقه في ضوء الظروف القائمة وقت التقصير. ويتخذ *الدليل* أيضا هذا الموقف (انظر التوصية ١٣٣). ونتيجة لذلك، يجوز للدائن المضمون، بعد وقوع التقصير، أن يطلب إلى المانح أو إلى أي شخص حائز آخر أن يتخلى عن حيازته للموجودات المرهونة، دون أن يكون قد نص في الاتفاق الضماني على حق الحصول على الحيازة خارج نطاق القضاء، ودون أن يكون قد أرسل إشعارا مسبقا باعتزامه القيام بذلك. وإذا وافق المانح أو أي شخص حائز آخر موافقة أكيدة على القيام بذلك، سُمح بالتخلي عن الحيازة.

(ج) متلقو الإشعار ومحتواه وتوقيته وشكله

٤٤- كما في الحالات الأخرى التي قد يُشترط فيها توجيه إشعار، تحدّد الدول عادة بعناية كبيرة الطريقة التي يجب أن يُوجّه بها الإشعار، والأشخاص الذين يجب أن يوجّه الإشعار إليهم، وتوقيته، والحد الأدنى لمحتوياته. ويميِّز العديد من الدول بين الإشعار الموجّه إلى المدين، والإشعار الموجّه إلى المانح عندما لا يكون المانح هو المدين، والإشعار الموجّه إلى الدائنين الآخرين، والإشعار الموجّه إلى السلطات العامة أو إلى عموم الناس. وعادة ما تجري الدول مقارنة بين التكلفة والمنفعة لتحديد ما إذا كان ينبغي الاشتراط على الدائن المضمون أن يوجّه إشعارا كتابيا مسبقاً إلى آخرين علاوة على المدين والمانح والدائنين المضمونين الآخرين الذين سجّلوا إشعارا بحقوقهم أو قاموا بطريقة أخرى بإشعار الدائن المضمون المنفذ بحقوقهم. وتقضي تشريعات بعض الدول بعدم لزوم توجيه الإشعار إلا إلى المانح والدائنين المضمونين الآخرين الذين سجلوا حقوقهم أو أشعروا الدائن المضمون المنفذ بحقوقهم. وتذهب دول أخرى إلى أبعد من ذلك فتشترط أن يُسجَّل الإشعار بعد ذلك في سجل الحقوق الضمانية العام. ويتعيّن على المسجِّل عندئذ أن يرسل الإشعار إلى جميع الأطراف الثالثة بخلاف الدائنين المضمونين الذين سجلوا حقوقهم في

الموجودات المرهونة. ولا تُلزم دول أخرى الدائن المضمون إلا بتوجيه إشعار إلى المانح وتسجيل هذا الإشعار. وتفرض هذه الدول على المسجِّل واجب إرسال هذا الإشعار إلى جميع الأطراف الأخرى التي سجلت حقوقها في الموجودات المرهونة.

٤٥- وتتبع الدول أيضا نهوجاً مختلفة إزاء الحد الأدنى لمحتوى الإشعار. وكما في حالة اتخاذ القرار المتعلق بتوقيت الإشعار والجهات التي تتلقاه، تقتضي القرارات المتعلقة بالمعلومات التي يجب إدراجها في الإشعار أن تجري الدول مقارنة بين التكلفة والمنفعة. وعادة ما تشترط الدول، على سبيل المثال، إدراج حسبة الدائن المضمون للمبلغ المستحق نتيجة للتقصير. وقد تشترط كذلك إبلاغ المدين أو المانح بالخطوات التي يتعين عليهما اتخاذها لسداد الالتزام المضمون بكامله، أو لمعالجة التقصير في حال وجود حق من هذا القبيل. وفضلا عن ذلك، تنص تشريعات بعض الدول على أن الإشعار الموجّه إلى الأطراف الأخرى ذات المصلحة لا يلزم أن يماثل في الاستفاضة أو التحديد الإشعار الموجّه إلى المدين والمانح. وحيثما يتعين توجيه الإشعار قبل الاحتياز، تفرض الدول أحيانا على الدائنين المضمونين تقديم معلومات مفصلة جدا إلى المانحين. أما في حالة وجوب تقديم الإشعار بعد الاحتياز، فعادة ما تكتفي الدول بإلزام الدائن المضمون بمجرد تقديم معلومات أساسية عن تاريخ التصرّف المعتزم ووقته ومكانه ونوعه والمهلة الزمنية التي يجوز خلالها للمانح أو أي طرف آخر ذي مصلحة أن يطعن في التصرّف المعتزم أو يعالج التقصير.

٤٦- وتوجد نهوج شتى لتحقيق التوازن السليم بين الحاجة إلى ضمان أن ينقل الإشعار إلى الأطراف ذات المصلحة معلومات تكفي لتمكينها من التوصل إلى قرار مستنير بشأن أفضل السبل لحماية حقوقها، والحاجة إلى تحقيق الإنفاذ السريع والمنخفض التكلفة. وتضع بعض الدول عبئا ثقيلا على عاتق الدائنين المضمونين، بشأن توقيت الإشعار وبشأن محتواه على السواء. ولا تفرض دول أخرى سوى أقل القليل من المتطلبات. ويوصي *الدليل* بوجوب توجيه الإشعار قبل حصول الدائن المضمون على حيازة الموجودات المضمونة (انظر التوصية ١٤٧). وإذا كانت هذه الموجودات بحوزة الدائن المضمون بالفعل، فلا يلزم توجيه إشعار. ومع هذا، يجب على الدائن في أي من الحالين أن يخبر المانح بالطريقة المعتزمة لتسييل الموجودات المرهونة. فإذا كان الانتصاف المعتزم اتخاذه هو البيع خارج نطاق القضاء، وجب توجيه إشعار بذلك، باستثناء حالات الضرورة (لأن الموجودات قابلة للتلف أو لأن قيمتها قد تتدنى سريعا) أو باستثناء ما إذا كانت الموجودات التي هي من نفس نوع الموجودات المرهونة تُباع عادة في سوق معترف بها (انظر التوصية ١٤٩). ورغم أنه ينبغي لقانون المعاملات المضمونة أن ينص على توجيه الإشعار في وقت مناسب وبطريقة ناجعة وموثوقة، يوصي *الدليل* بألا تكون الاشتراطات الخاصة بالإشعار شاقة إلى حد يؤثر سلبا على حقوق الدائن المضمون أو على صافي القيمة التسييلية المحتملة للموجودات (انظر التوصية ١٥٠). ومن باب الحرص نفسه على تحقيق توازن بين مصالح جميع الأطراف، يوصي *الدليل* بأنه في حالة ممارسة الدائن المضمون سبيل الانتصاف المؤدي إلى احتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكامل أو الجزئي بالدين (انظر التوصية ١٥٦)، يجب أن يتيح الإشعار للمانح الوقت الكافي للاعتراض على الاقتراح (انظر التوصية ١٥٧).

٤٧- ونظرا لأغراض توجيه الإشعار، يجب أن يكون الإشعار قابلا للفهم لدى المانح. وهذا شرط هام بوجه خاص عندما يتكلم الدائن المضمون والمانح لغتين مختلفتين. ويشترط العديد من الدول أن تكون جميع الإشعارات باللغة الرسمية لتلك الدولة. بيد أن المانح والأطراف الثالثة ذات المصلحة قد لا يفهمون هذه اللغة في بعض الأحيان. ولهذا السبب، يعتمد *الدليل* كمبدأ عام، الفكرة المتمثلة في أنه ينبغي أن

يكون الإشعار محررا بلغة من المعقول التوقُّع بأن يفهمها المتلقون، وإن كان ينبغي أن يكون استخدام لغة الاتفاق الضماني مقبولا دائما لهذا الغرض (انظر التوصية ١٥١، الفقرة الفرعية *(ج)*)، وفيما يتعلق بصيغة الاتفاق الضماني، انظر الفصل الثاني بشأن إنفاذ الحق الضماني، الفقرة ١٦؛ وفيما يتعلق بصيغة الإشعار، انظر الفصل الرابع بشأن السجل، الفقرات ٤٤-٤٦؛ وانظر أيضاً الفقرة ٧٠ أدناه).

(د) التصرّف المأذون به للمانح

٤٨- عقب التقصير، سيهتم الدائن المضمون بالحصول على أعلى سعر ممكن للموجودات المرهونة. وكثيرا ما يكون المانح أدرى من الدائن المضمون بحال سوق هذه الموجودات. ولهذا السبب يسمح الدائنون المضمونون للمانح، أحيانا كثيرة، بالتصرّف في الموجودات المرهونة، حتى بعد بدء الإنفاذ. وفي معظم هذه الحالات تتفق الأطراف على أن يُدفع للدائن المضمون أي مبلغ يتأتى من التصرّف بالموجودات، وذلك بنفس الطريقة كما لو كان الدفع ناتجا عن إجراءات الإنفاذ. ولهذه الترتيبات عواقب على الأطراف الثالثة التي قد يكون لها أيضا حق في الموجودات المرهونة أو حق في عائدات التصرّف في تلك الموجودات. وبغية حماية حقوق هذه الأطراف الثالثة، تنص تشريعات بعض الدول صراحة على أنه عندما يشرع الدائن المضمون في الإنفاذ ويتيح للمانح وقتا محدودا بعد التقصير للتصرّف في الموجودات المرهونة فإن عائدات أي بيع يقوم به المانح تعامل، لجميع الأغراض، كأنها نشأت نتيجة تصرّف إنفاذي. وتذهب بعض الدول إلى أبعد من ذلك فتحظر على الدائن المضمون أن يحاول ترتيب التصرّف في الموجودات المرهونة خلال فترة زمنية وجيزة بعد التقصير. وتسعى دول أخرى إلى تعظيم المبلغ الذي يعود به التصرّف في الموجودات المرهونة، بتوفير حوافز للمانح لكي يلفت نظر الدائن المضمون إلى المشترين المحتملين. وعلى أي حال، فالغرض هو *(أ)* تنظيم بنية نظام الإنفاذ بحيث يعطي المانح حافزا على التعاون مع الدائن المضمون على التصرّف في الموجودات المرهونة مقابل أعلى سعر ممكن؛ و*(ب)* إعطاء الدائن المضمون الحافز على السعي للحصول على أعلى سعر ممكن حتى لو زاد هذا السعر على المبلغ الذي يكون ما زال مستحقا على الالتزام المضمون. ويوصي *الدليل* بأن يكون من الجائز للدائن المضمون أن يتحكّم بطريقة الإنفاذ وأسلوبه وتوقيته ومكانه وسائر جوانبه، فيتسنى له بذلك أن يأذن للمانح بالتصرف بالموجودات المرهونة (انظر الجملة الثانية من التوصية ١٤٨).

٤- الإنفاذ غير القضائي لحقوق الدائن المضمون

(أ) استعراض عام

٤٩- في الحالات التي يختار فيها الدائن المضمون إنفاذ الاتفاق الضماني قضائيا، يكون لا بد له من توقيع الحجز على الموجودات المرهونة وبيعها بعد الحصول على حكم قضائي. وتسري على هذه الحالة في بعض الدول القواعد العادية للإجراءات المدنية المتعلقة بعملية الإنفاذ بعد صدور الحكم القضائي. وعادة ما يعني ذلك أن يحتاز الموجودات المرهونة ويبيعها في مزاد علني موظفون عموميّون أو سلطات عمومية (مثل مأموري الإجراءات أو مفوضي إنفاذ القوانين أو الموثّقين العموميين أو الشرطة). وتجيز دول أخرى للدائن المضمون، حتى بعد أن يحصل على حكم، أن يمارس حقه غير القضائي في احتياز الموجودات المرهونة والمضي في التصرّف فيها خارج نطاق القضاء. وفي بلدان غير تلك، يتعيّن على الدائن المضمون، فور حصوله على الحكم، أن يتبع الإجراءات القضائية، ولكن يوفَّر له إجراء مبسّط لإنفاذ الحكم.

٥٠- وتلزم عمليات إجرائية مختلفة قليلا عندما يختار الدائن المضمون المضي في الإنفاذ خارج نطاق القضاء. وبما أنه لا يشارك في الإنفاذ أي موظف عمومي، سيرغب الدائن المضمون عادة في الحصول على حيازة الموجودات المرهونة بنفسه (ويكون عليه عادة أن يفعل ذلك) لكي يمضي في الإنفاذ. وقد اتخذت الدول نهوجا سياساتية مختلفة إزاء حق الدائن المضمون في الحصول على حيازة الموجودات المرهونة (عوضا عن إحالتها إلى مأمور إجراءات) وكذلك إزاء الآليات الإجرائية التي يجب اتباعها لاحتياز الموجودات مباشرة إذا كان الاحتياز المباشر مسموحا به للدائن.

(ب) إقصاء الموجودات المرهونة من حيازة المانح

٥١- قبل التقصير، يكون المانح عادة حائزا للموجودات المرهونة. غير أنه في بعض الأحيان يكون المانح قد أحال الحيازة إلى الدائن المضمون، إما في وقت جعل الاتفاق الضماني نافذا بينهما وإما بعد ذلك كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو استجابة لطلب لاحق من الدائن، قبل التقصير، بحيازة هذه الموجودات. وفي مناسبات أخرى، قد تكون الموجودات المرهونة في حيازة طرف ثالث يتصرّف نيابة عن الدائن المضمون أو بتوجيه منه. وفي كل هذه الحالات، لا يشترط العديد من الدول على الدائن المضمون أن يوجّه إلى المانح إشعارا رسميا بالتقصير، بل أن يكتفي بتوجيه إشعار بالتصرّف المعتزم بعد أن يكون قد حدّد سبيل الانتصاف الذي يعتزم اتباعه. وعلى خلاف ذلك، تشترط بعض الدول على الدائن الحائز للموجودات المرهونة أن يوجه إلى المانح إشعارا بالتقصير. وعادة ما تعتبر هذه الدول أيضا أنه بمجرد التقصير ينتهي أي اتفاق يجوز فيه للدائن الحائز أن يستخدم الموجودات المرهونة.

٥٢- وحيثما لا يكون الدائن المضمون حائزا للموجودات المرهونة، يجب عليه أن يتخذ خطوات فعلية لاستردادها من المانح أو لإبلاغ طرف ثالث يحتفظ بها نيابة عن المانح بأن الحق الضماني أصبح واجب الإنفاذ. وعموما، تقضي تشريعات الدول التي تسمح بالإنفاذ غير القضائي بأن يكون للدائن المضمون، فور تقصير المانح، حق تلقائي في حيازة الموجودات المرهونة. أي أنها لا تشترط أن توضع الموجودات تحت سيطرة موظف عمومي إلى حين الإنفاذ غير القضائي. والافتراض هو أن المرونة في الإنفاذ والحفاظ على الموجودات بتكلفة أقل بانتظار التصرّف فيها سيتحققان إذا كان بوسع الدائن المضمون أن يتخذ القرارات بشأن الجهة التي ينبغي أن تكون لديها الحيازة بعد التقصير. وتستند إلى هذا الأساس المنطقي أيضا التوصية الواردة في *الدليل* بأن يكون لدى الدائن المضمون، عند التقصير، حق تلقائي في حيازة الموجودات المرهونة الملموسة (انظر التوصية ١٤٦).

٥٣- ويقترن بحق الدائن المضمون في الحيازة حقه في البت في الطريقة المحددة التي ينبغي أن تمارس بها حقوقه النابعة من تلك الحيازة. فالدائنون المضمونون يقومون، في بعض الحالات، بحيازة الموجودات المضمونة التي يتخذون إجراءات بشأنها حيازة مادية. بيد أنهم في كثير من الحالات لا يأخذون الموجودات في حيازتهم. فقد يعمد الدائنون المضمونون مثلا إلى وضع الموجودات في يد محكمة أو في يد موظف تعيّنه الدولة أو المحكمة. والأشيع هو أن يجعلوا الموجودات في عهدة طرف ثالث وديع يعينونه، أو (خصوصا إذا كان الأمر يتعلق بعملية تصنيع) أن يعينوا ممثلا يدخل مقر المانح لحيازة الموجودات المرهونة. ومتى أصبحت الموجودات في يد طرف ثالث لا يتصرّف نيابة عن الدائن المضمون، ولكن سبق إعلامه بالاتفاق الضماني، يجوز أن يكتفي الدائن المضمون بتوجيه إشعار بأن الاتفاق أصبح واجب الإنفاذ وأن الطرف الثالث لم تعد لديه حقوق الاحتفاظ بحيازة الموجودات المرهونة أو السيطرة عليها أو التصرّف فيها.

٥٤- وعادة ما تعتبر الدول تولي الدائنين المضمونين حيازة الموجودات المرهونة خطوة هامة في عملية الإنفاذ، وتفرض متطلبات إجرائية محددة على الدائنين الذين يطالبون بالحيازة. أي أن طريقة حصول الدائن المضمون على الحيازة تخضع لأنظمة، حتى وإن كان حقه في الحصول عليها حقا تلقائيا. وتتبع الدول عموما أحد ثلاثة نهوج في وضع الآليات الإجرائية التي يجوز بها للدائنين المضمونين غير الحائزين للموجودات المرهونة أن يحصلوا على حيازتها. ففي بعض الدول، لا يجوز للدائن المضمون أن يحصل على الحيازة إلا بأمر من المحكمة، سواء بعد اتخاذ إجراءات من جانب واحد، أو بعد نظر المحكمة في الدعوى، وهو الأشيع. وفي دول أخرى لا يشترط استصدار أمر قضائي، بل يجب أن يكون المانح قد أذن للدائن، في الاتفاق الضماني، بأن يحصل على الحيازة خارج نطاق القضاء ويجب أن يوجّه الدائن إلى المانح إشعارا مسبقا (قبل ١٠ أيام أو ٢٠ يوما عادة) باعتزامه المطالبة بالحيازة والقيام بالإنفاذ. وأخيرا، يحق للدائن، في بعض الدول، أن يطالب بحيازة الموجودات المرهونة ويأخذها في حوزته دون أي لجوء إلى محكمة ودون حاجة إلى توجيه إشعار مسبق إلى المانح باعتزامه القيام بذلك، شريطة أن يكون المانح قد أذن للدائن المضمون بذلك في الاتفاق الضماني. ولكن حتى في هذه الدول، ليس للدائن حق مطلق في الحصول على الحيازة خارج نطاق القضاء. فهناك دائما احتمال لأن يسيء الدائن استعمال حقوقه، بتهديد المانح أو تخويفه أو بالإخلال بالسلم العام أو بالمطالبة بالموجودات المرهونة استنادا إلى ادعاءات كاذبة. ولذلك يحظر معظم هذه الدول على الدائن أن يأتي بأي تصرّف للحصول على الحيازة يتسبب في الإخلال بالنظام العام. فإذا أبدى المانح مقاومة، لزم الحصول على أمر قضائي بالحصول على الحيازة. وعادة ما تعتمد هذا النهج أيضا الدول التي تسمح للدائن بالحيازة خارج نطاق القضاء بعد توجيه إشعار مسبق تكون مهلته ١٠ أيام أو ٢٠ يوما، فتشترط استصدار أمر قضائي إذا وجد احتمال حدوث إخلال بالسلم العام عندما يسعى الدائن إلى الاحتياز بعد انقضاء مهلة الإشعار.

٥٥- وفي الدول التي تفرض على الدائنين المضمونين توجيه إشعار كشرط مسبق للحصول على الحيازة يوجد دائما احتمال بأن يسعى المانح المقصر عندئذ إلى إخفاء الموجودات المرهونة أو نقلها قبل أن يتمكن الدائن المضمون من السيطرة عليها. ويمكن أيضا أن يساء استعمال الموجودات، أو أن تتبدد إذا لم توفّر لها الرعاية الكافية، أو، رهنا بأحوال السوق، أن تتدهور قيمتها سريعا. وللحيلولة دون وقوع هذه الاحتمالات، تنص معظم الدول على أنه يجوز للدائنين المضمونين أن يستصدروا أمر انتصاف معجَّل من محكمة أو من سلطة مختصة أخرى. وفضلا عن ذلك ففي الحالات الخاصة التي تكون فيها الموجودات المرهونة قابلة للتلف أو يُحتمل بخلاف ذلك أن تتدهور قيمتها سريعا، وسواء أكان يشترط على الدائنين المضمونين توجيه إشعار مسبق باعتزامهم الإنفاذ أم لا، يسمح العديد من الدول للمحكمة بأن تأمر بالبيع الفوري لهذه الموجودات.

٥٦- ويتوقف القرار بشأن الإجراءات الرسمية اللازمة لحصول الدائن المضمون على الحيازة على التوازن الذي تقيمه الدول بين حماية حقوق المانحين وكفاءة الإنفاذ من أجل خفض التكاليف. ويتوقف هذا القرار أيضا على تقدير الاحتمالات الفعلية للتعسّف من جانب الدائنين المضمونين أو السلوك غير السليم من جانب المانحين الحائزين. ويوصي *الدليل*، من أجل الحد من تكلفة الإنفاذ والتقليل بقدر الإمكان من احتمالات إساءة استعمال الموجودات أو تدهور قيمتها، بأن يؤذن للدائن المضمون بالحصول على الحيازة خارج نطاق القضاء. ولا تنطبق هذه التوصية إلا في الحالات التالية: *(أ)* إذا كان المانح قد وافق على ذلك في الاتفاق الضماني؛ و*(ب)* إذا كان قد وُجّه إلى المانح إشعار باعتزام الدائن الحصول على الحيازة؛ و*(ج)* إذا لم يعترض المانح وقت سعي الدائن إلى الحصول على الحيازة (انظر التوصية ١٤٧). وعلاوة على ذلك، وكما ذُكر أعلاه (انظر الفقرة ٤٦ أعلاه)، يوصي *الدليل* بأنه لا يلزم توجيه إشعار باعتزام الدائن حيازة الموجودات والتصرّف فيها إذا كانت الموجودات قابلة للتلف أو إذا كان من المحتمل بخلاف ذلك أن تتدهور قيمتها سريعا أثناء الفترة التي تنقضي بين وقت توجيه

الإشعار والوقت الذي قد يحصل فيه الدائن فعليا على حيازة الموجودات (انظر التوصية ١٤٩). ولكن لكي يحصل الدائن المضمون على سبيل الانتصاف هذا، يجب أن يكون المانح قد وافق في الاتفاق الضماني على أن يحصل الدائن المضمون على الحيازة خارج نطاق القضاء وألا يعترض عندما يسعى الدائن المضمون إلى الحصول على الحيازة بالفعل (انظر التوصية ١٤٧).

(ج) بيع الموجودات المرهونة أو التصرّف فيها بطريقة أخرى

٥٧- بما أن الحق الضماني يخوّل للدائن المضمون أن يحصل على القيمة المتأتية من بيع الموجودات المرهونة وأن يستخدم تلك القيمة في سداد الالتزام المضمون، فإن الدول تنظّم عادة بشيء من التفصيل الإجراءات التي يجوز بها للدائن المضمون أن يتصرّف في هذه الموجودات. وتتفاوت الاشتراطات فيما بينها من حيث درجة اتسامها بالطابع الرسمي. فمثلا، تشترط بعض الدول أن يخضع التصرّف لنفس الإجراءات العمومية المتّبعة في إنفاذ الأحكام القضائية، حتى عندما يكون مسموحا بالإنفاذ خارج نطاق القضاء. وتشترط دول أخرى أن يحصل الدائنون المضمونون على موافقة قضائية على الطريقة المزمع اتباعها في التصرّف قبل المضي فيه، بينما تسمح سواها للدائن المضمون بالتحكّم في التصرّف، ولكنها تفرض إجراءات موحّدة للقيام بذلك (كالقواعد المتعلقة بالمزادات العلنية أو بالدعوة إلى تقديم العطاءات). وأحيانا تلزم الدول في الواقع الدائن المضمون بالحصول على موافقة المانح على طريقة التصرّف. وأخيرا، تمنح بعض الدول الدائن المضمون سلطة تقديرية واسعة وانفرادية لاختيار طريقة التصرّف، ولكنّها تُخضع هذا التصرّف لمعايير عامة (مثل حسن النية والمعقولية التجارية) يؤدي انتهاكها إلى مسؤولية الدائن عن دفع تعويض عن الأضرار.

٥٨- ومن الأشيع أن تكون الضمانات الإجرائية، التي تتحكم بواسطتها الدول في تصرّفات الدائنين المضمونين، متعلقة بتفاصيل الإشعار الذي يجب أن يوجّه إلى المانح وإلى الأطراف الثالثة التي لها حق في الموجودات المرهونة. ومن حيث المبدأ، ينبغي أن تكون أنواع التفاصيل المشترطة متطابقة سواء اختارت الدول نهج الإشعار السابق للحيازة أم نهج الإشعار اللاحق للحيازة. وعليه تشترط الدول مثلا في كثير من الأحيان أن يبيّن الدائنون طريقة الإعلان عن التصرّف المعتزم، وتاريخ البيع وزمانه ومكانه، وما إن كان البيع سيجري بالمزاد العلني أم بالمناقصة، وما إن كانت الموجودات ستباع فرادى أم جملة، وما إن كان التصرّف يشمل الإيجارات أو التراخيص أو الأذون ذات الصلة حيثما يكون ذلك مطلوبا. وينبغي أن يكون الهدف هو تعظيم المبلغ المتأتي من بيع الموجودات المرهونة، مع عدم النيل مما للمانح وغيره من الأشخاص من مطالبات ودفوع مشروعة. وهذا يوضح سبب امتناع الدول، حتى التي تشترط عموما توجيه إشعارات مفصّلة، عن اشتراط توجيه هذه الإشعارات إذا كانت الموجودات المرهونة ستباع في سوق عمومية معترف بها. ففي تلك الحالات تحدد السوق قيمة الموجودات، ولا يرجى الحصول على سعر أعلى باستخدام طريقة بيع أخرى (انظر التوصية ١٤٩).

٥٩- وبما أن التصرّف خارج نطاق القضاء في الموجودات المرهونة يكون نهائيا مثله مثل البيع تحت إشراف المحكمة فإن معظم الدول لا تكتفي بفرض قواعد مفصلة نسبيا بشأن محتويات الإشعار وبشأن الزمن الذي يجب أن ينقضي قبل جواز القيام بالبيع، فحسب، بل تسمح أيضا للأطراف ذات المصلحة بأن تعترض على توقيت التصرّف المعتزم وطريقته. وعادة تتاح إجراءات معجّلة خاصة لكي يتسنى سماع الاعتراضات والبت فيها على جناح السرعة (انظر التوصيتين ١٣٧ و١٣٨). وبصفة عامة، تكون تكلفة الإنفاذ على أقلها وسرعته على أقصاها والعائدات المتلقاة منه على أعظمها حيثما تتاح للدائن المنفّذ

أكبر مرونة ممكنة بشأن توقيت التصرّف وطريقته. ولهذه الأسباب يوصي *الدليل* بإتاحة المرونة للدائنين المضمونين وبأن لا يشترط أن يدرج في الإشعار سوى الحد الأدنى الأساسي من التفاصيل لتنبيه الأطراف ذات المصلحة إلى الإنفاذ وإلى الحاجة إلى حماية مصالحها إذا رغبت في ذلك (انظر التوصيتين ١٥٠ و١٥١). ولما كان الغرض من الإشعار هو أن يبين سبيل الانتصاف المحدد الذي يجري اتباعه، مثل الإشعار التمهيدي بالتقصير والحيازة، فيجب أن يكون سهل الفهم على المانح. ومن ثَمّ، يوصي *الدليل*، تماشيا مع الفقرة ١ من المادة ١٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، بأن يكون الإشعار محررا بلغة من المعقول توقع أن يفهمها المتلقون، وإن كان يكفي أن يكون الإشعار الموجه إلى المانح محررا بلغة الاتفاق الضماني (انظر التوصية ١٥١، الفقرة الفرعية *(ج)*).

(د) توزيع عائدات البيع أو التصرّف بطريقة أخرى

٦٠- يتمثل أحد الخصائص الهامة لقانون المعاملات المضمونة في أنه يوقف العمل بالقواعد العادية لتوزيع عائدات التصرّف، المنطبقة فيما بين الدائنين غير المضمونين. فما الغرض من الضمان سوى الحصول على أولوية في توزيع هذه العائدات. فإذا أنفذ الحق الضماني قضائيا أو في حالات لم يأخذ فيها الدائن المضمون بزمام عملية إنفاذ أقامها دائن بحكم قضائي، أودعت العائدات في عهدة سلطة عامة ريثما يجري توزيعها على الأطراف صاحبة الحق فيها. وعندما يقضي النظام بإسقاط الحقوق (أي إنهاء جميع حقوق الملكية، بما في ذلك جميع الحقوق الضمانية، في الموجودات)، يكون أكثر أشكال التوزيع شيوعا هو دفع تكاليف الإنفاذ المعقولة أولا ثم سداد الالتزامات المضمونة بحسب ترتيب أولويتها. وتنص تشريعات دول عديدة أيضا على سداد مطالبات قانونية معيّنة، بعد تكاليف الإنفاذ ولكن قبل دفعيات الدائنين المضمونين. وإذا كانت عملية الإنفاذ العادية لا تشتمل على إسقاط الحقوق فلن يتلقى الدائنون المضمونون أي مدفوعات، ولكن سيكون باستطاعتهم التمسك بحقوقهم الضمانية إزاء المشتري.

٦١- وحيثما يقوم الدائن المضمون بالإنفاذ عن طريق البيع خارج نطاق القضاء، تنص الدول عادة في قوانينها الخاصة بالمعاملات المضمونة على سلسلة من القواعد المتعلقة بعائدات البيع. وكثيرا ما تكون هناك قواعد خاصة تتناول طريقة حيازة الدائن المضمون هذه العائدات ريثما يجري توزيعها. وعادة ما تحدد هذه القواعد أيضا ما إذا كان، ومتى يكون، الدائن المضمون مسؤولا عن توزيع العائدات على بعض الدائنين الآخرين أو جميعهم. وقد يشمل الدائنون الآخرون في هذه الحالات الدائنين المضمونين أصحاب الحقوق الضمانية في الموجودات المرهونة الذين تقل أولويتهم عن أولوية الدائن المضمون المنفذ. وإذا كان نظام الإنفاذ ينص على إسقاط الحقوق، يجوز أن يُلزم الدائن المنفذ أيضا بتوزيع العائدات على الدائنين المضمونين المتمتعين بأولوية أعلى وعلى المطالبين الذين يثبتون أولويتهم القانونية. وكثيرا ما لا يحتاج الدائن المضمون إلى أن يأخذ هذه الحقوق الأخرى في اعتباره إلا إذا كانت مسجّلة أو جُعلت بطريقة أخرى نافذة تجاه الأطراف الثالثة، أو إذا أُشعر الدائن المضمون بها صراحة (كما هو الحال مثلا بالنسبة للمطالبات ذات الأولوية القانونية التي لا يلزم تسجيلها). ودائما ما تنص تشريعات الدول أيضا على أن يُرد إلى المانح أي فائض يتبقى من العائدات بعد الوفاء بجميع المطالبات. وهذا هو أيضا النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر التوصية ١٥٢).

٦٢- وفي العديد من الحالات، قد لا يكون التوزيع المناسب لعائدات التسييل واضحا بكل معنى الكلمة أو قد يكون محلّ نزاع بين المطالبين المتنافسين. وكثيرا ما ينشأ عدم اليقين هذا أو تنشأ هذه النزاعات

حول توزيع فائض ما. بيد أنه من الممكن أن تنشأ أيضا حيثما يطالب دائن مضمون آخر بالأولوية على الدائن المنفِذ أو حيثما يقوم مطالب منازع، كالمنقول إليه مثلا، بالتمسك بحقوقه عقب إجراء البيع. وبهدف تيسير تسوية جميع هذه الأنواع من النزاعات، تنص تشريعات معظم الدول على أنه يجوز للدائن المضمون المنفِذ إيداع عائدات التصرف في عهدة محكمة أو سلطة أخرى. وإذا كان النزاع متعلقا بحقوق الدائن المضمون المنفِذ وحقوق المطالبين المتنازعين، تشترط الدول عادة إيداع العائدات بكاملها ريثما تتم تسوية النزاع. وفي المقابل، إذا كان النزاع فقط بين مطالبين ذوي أولوية أدنى، لا يحتاج الدائن المضمون المنفِذ في العادة إلا إلى إيداع ما يفيض بعد سداد مطالبته. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل*، من أجل تعزيز كفاءة الإنفاذ (انظر التوصية ١٥٣).

٦٣- ولا يُسدد الالتزام المضمون إلا بقدر العائدات المتأتية من بيع الموجودات المرهونة. وعادة ما يحق للدائن المضمون، عندئذ، استرداد مبلغ العجز المالي من المدين بالالتزام المضمون. وما لم يكن المانح قد أنشأ لصالح الدائن حقا ضمانيا في موجودات أخرى، تكون مطالبة الدائن بسداد هذا العجز حقا غير مضمون. وبصرف النظر عما إذا كان هناك عجز أو فائض، تنص بعض الدول على أنه عندما يشتري الدائن المضمون الموجودات المرهونة في بيع إنفاذي ثم يبيعها لاحقا بربح فإن ما يتلقاه من البيع، فوق المبلغ الذي دفعه وتكاليف البيع الإضافي، يجب أن يُخصم من قيمة الالتزام المضمون. بيد أن الدول لا تحاول، عموما، تتبع قيمة إعادة البيع التي يحصل عليها الدائن المضمون عندما يتصرف في الموجودات المرهونة التي اشتراها. وما لم يكن بالإمكان إثبات أن البيع الأول للبائع المضمون كان غير معقول تجاريا، أو أنه تم بسوء نية، تعتبر الدول أنّ المبلغ المتأتي من ذلك البيع هو القيمة النهائية المتلقاة لدى التصرّف في الموجودات المرهونة.

٦٤- ومثلما ذُكر آنفا (انظر الفقرات ٥٧-٥٩ أعلاه)، قد يختار الدائن المضمون أن يؤجِّر الموجودات المرهونة أو يُرخِّص باستخدامها عوضا عن بيعها أو التصرف فيها بطريقة أخرى. وفي هذه الحالة، تُستخدم عائدات عقد الإيجار أو الترخيص (بما في ذلك أي مبلغ سُدِّد نتيجة ممارسة خيار شراء الموجودات المرهونة، في حالة التأجير) في استيفاء الالتزام المضمون. وتأخذ الدول بنهوج مختلفة إزاء تقرير كيفية استخدام هذه العائدات في استيفاء الالتزام المضمون لغرض حساب أي عجز أو فائض. وتنص بعض الدول على أنّ مقدار الالتزام المضمون ينخفض بمقدار قيمة عقد الإيجار أو الترخيص، أو بمقدار قيمة الموجودات المرهونة، وقت إبرام عقد الإيجار أو الترخيص. وتنص دول أخرى على أنّ مقدار الالتزام المضمون لا ينخفض إلاّ بمقدار المبالغ التي تدفع بموجب عقد الإيجار أو الترخيص عندما يتقاضاها الدائن المضمون. وتعطي دول أخرى الدائن المضمون خيار تقرير كيفية خفض مقدار الالتزام المضمون، ما دام الدائن المضمون يتصرف بحسن نية وعلى نحو معقول تجاريا. وبما أنّ حلّ هذه المسألة ينطوي على اعتبارات أساسية لقوانين أخرى، فإن *الدليل* لا يُقدم أي توصية محددة بشأنها.

(هـ) احتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون

٦٥- إنّ الأساس المنطقي الذي يستند إليه إنشاء الحق الضماني هو تمكين الدائن المضمون من الحصول على قيمة الموجودات المرهونة واستخدام العائدات التي يحصل عليها في سداد الالتزام المضمون. ولهذا السبب، فإن الملاذ الوحيد المتاح للدائن عند التقصير، في العديد من الدول، هو الحجز على الموجودات المرهونة وبيعها. وفي معظم الدول التي تقيد على هذا النحو تدابير الانتصاف

المتاحة للدائن المضمون، يطبّق هذا القيد حتى عندما يكون الدائن حائزا من الأصل، بمقتضى الاتفاق الضماني، للموجودات المرهونة. أي أنه لا يمكن للطرفين في هذه الدول أن يتفقا مقدَّما على أنه يجوز للدائن المضمون، إذا قصّر المانح، أن يحتفظ بالموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون. وبالمثل، لا يجوز للدائن المضمون، في العديد من هذه الدول، أن يحتفظ بالموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون حتى لو وافق المانح على ذلك بعد وقوع التقصير. ويضاف إلى ذلك أنه حتى لو اتفق المانح والدائن المضمون، بعد التقصير، على جواز احتفاظ الدائن المضمون بالموجودات المرهونة، فإن هذه الترتيبات تعتبر في نفس هذه الدول سدادا تعاقديا وليس لها تأثير على حقوق أي طرف آخر ذي حق في الموجودات المرهونة.

٦٦- وبالمقارنة، يحق للدائن المضمون، في العديد من الدول، أن يعرض على المانح احتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون. وحيثما يتاح هذا الانتصاف الإنفاذي للدائنين المضمونين، تنص الدول عادة على أن أيّ اتفاق يقضي بانتقال ملكية الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون انتقالا تلقائيا عند التقصير لا يكون واجب الإنفاذ إذا أُبرم قبل التقصير. غير أن الاتفاق يكون واجب الإنفاذ إذا أبرم بعد التقصير ووفقا لإجراءات الإنفاذ المصممة خصيصا لمنع التعسّف من جانب الدائن. وفي العادة، تنص هذه الدول أيضا على أن أي اتفاقات خصوصية غير رسمية تبرم بين المانحين والدائنين المضمونين بعد التقصير تكون واجبة الإنفاذ ولكن فقط باعتبارها تدابير انتصاف تعاقدية للسداد ليس لها تأثير على الأطراف الثالثة التي لها حقوق في الموجودات المرهونة. وهذا يعني أن على الدائن المضمون، إذا ما أراد الحصول على الموجودات المرهونة بشروط تحمي حقوقه من الدائنين المضمونين والمطالبين المنافسين الذين تكون مرتبة أولويتهم أدنى من أولويته، أن يتّبع الخطوات الإجرائية الرسمية لاحتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء كليا أو جزئيا بالالتزام المضمون.

٦٧- وحيثما تجيز الدول صراحة للدائن المضمون أن يقترح احتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون بعد التقصير (شريطة أن يكون الدائن قد اتبع الخطوات الإجرائية الواجبة)، فلا يعني ذلك أنه يتعيّن على المانح القبول بالعرض المقدّم من الدائن المضمون؛ بل يجوز أن يرفض المانح هذا العرض، فيكون على الدائن المضمون عندئذ اللجوء إلى أحد سبل الانتصاف الأخرى المتاحة لديه. ومزية السماح بهذه الأنواع من الاتفاقات اللاحقة للتقصير هي أنها كثيرا ما يمكن أن تؤدي إلى الإنفاذ بتكلفة أقل وسرعة أكبر. أما جانبها السلبي فهو أنه قد يوجد احتمال أن يساء استعمالها من جانب الدائن المضمون، وذلك في الحالات التالية: *(أ)* إذا كانت قيمة الموجودات المرهونة تزيد على قيمة الالتزام المضمون؛ و*(ب)* إذا كانت لدى الدائن المضمون، حتى في الحالة اللاحقة للتقصير، سلطة غير عادية على المانح؛ و*(ج)* إذا توصّل الدائن المضمون والمانح إلى ترتيب ينال بطريقة غير معقولة من حقوق أطراف ثالثة لها حق في الموجودات المرهونة.

٦٨- وللوقاية من احتمال سلوك الدائن المضمون والمانح سلوكا ينطوي على إساءة استعمال الحق أو على التواطؤ، لا تكتفي بعض الدول باشتراط موافقة المانح على احتياز الدائن المضمون الموجودات المرهونة، بل تشترط أيضا توجيه إشعار إلى الأطراف الثالثة التي لها حقوق في الموجودات المرهونة. ويكون لهذه الأطراف الثالثة، من ثَمّ، حق الاعتراض على الاتفاق المقترح، ويجوز لها أن تلزم الدائن المضمون بإنفاذ الحق الضماني عن طريق البيع. وإضافة إلى ذلك، تشترط بعض الدول موافقة المحكمة في ظروف معيّنة، كالحالة التي يكون فيها المانح قد سدّد جانبا كبيرا من الالتزام المضمون وتكون قيمة الموجودات المرهونة أكبر كثيرا من الالتزام غير المسدّد. وأخيرا، تشترط بعض الدول أن يقدم الدائن المضمون الذي يعتزم احتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون، تقييما رسميا ومستقلا لقيمة الموجودات المرهونة، قبل المضي قُدما.

٦٩- أما ما إذا كان ينبغي أن تفرض الدول أيا من هذه الشروط أو تفرضها كلها، وبخاصة شرط التدخل القضائي المسبق، فهو أمر يتوقّف على تقييمها لتكاليف كل شرط من هذه الشروط وفوائده. وتماشيا مع الهدف العام المتمثل في تعظيم المرونة من أجل الحصول عند الإنفاذ على أكبر قيمة ممكنة للموجودات المرهونة، يوصي *الدليل* بأن يكون من الجائز أن يقترح سواء الدائن المضمون أو المانح على الآخر أخذ هذه الموجودات على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون (انظر التوصيتين ١٥٦ و١٥٩). وإذا قدّم المانح اقتراحا، يجوز للدائن المضمون أن يقبل الاقتراح أو يرفضه. وإذا قدّم الدائن المضمون اقتراحا من تلقاء نفسه، أو قدّم اقتراحا تلبية لدعوة من المانح، أو قبِل اقتراح المانح، وجب على الدائن المضمون توجيه إشعار إلى المانح، وإلى أي شخص له حقوق في الموجودات المرهونة أبلغ الدائن المنفِذ بحقوقه، وإلى أي دائن مضمون كانت الموجودات في حوزته وقت حصول الدائن المنفِذ على حيازتها (انظر التوصية ١٥٧، الفقرة *(أ)*). والسبب في إدراج المانح في قائمة المستفيدين، حتى عندما يكون المانح قد دعا الدائن المضمون إلى تقديم اقتراح، هو أن الشروط المحددة للاقتراح قد لا تكون مقبولة للمانح. ويوصي *الدليل*، من أجل كفالة فهم جميع الأطراف كامل الآثار المترتبة على هذا الاقتراح، بألاّ يقتصر هذا الإشعار على بيان الموجودات التي ستؤخذ على سبيل الوفاء، بل أن يبيّن أيضا المبلغ المستحق وقت إرسال الإشعار، ومقدار الالتزام المعتزم الوفاء به بالاحتياز (انظر التوصية ١٥٧، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٧٠- والافتراض الذي تنطلق منه هذه الشروط هو أنّ إلزام الدائن المضمون بأن يبيِّن تقييمه الخاص للموجودات المرهونة يمثل آلية لتوفير المعلومات ذات الصلة للأطراف ذات المصلحة أكثر فعالية وأقل تكلفة من النص على إجراء تقييم مستقل. ويفترض أيضا أنّ المانح أو الأطراف الثالثة سيكونون في وضع يمكِّنهم من تقييم مدى معقولية اقتراح الدائن المضمون ما أن يصبحوا على علم بذلك الاقتراح. وهذا هو السبب الذي حدا *بالدليل* إلى التوصية أيضا بإعطاء المانح أو الأطراف الثالثة حق الاعتراض، في غضون مهلة قصيرة بقدر معقول، على احتياز الدائن المضمون الموجودات المرهونة. وعندما يُقدّم اعتراض كتابي في الوقت المناسب يصبح لزاما على الدائن، نتيجة ذلك، أن يتخلى عن سبيل الانتصاف هذا وأن ينتهج سبيلا آخر من سبل الانتصاف المتاحة له، من قبيل البيع خارج نطاق القضاء أو التصرّف في الموجودات بشكل آخر (انظر التوصية ١٥٨، الجملة الأولى). ويوصي *الدليل* فضلا عن ذلك بأنه عندما يكون اقتراح الدائن المضمون هو احتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الجزئي فقط بالالتزام المضمون، لا يكفي عدم تقديم من يتلقّون الإشعار اعتراضا في الوقت المناسب. بل يجب أن يوافق بالإيجاب على الاقتراح كل شخص وُجِّه إليه الإشعار (انظر التوصية ١٥٨، الجملة الثانية). وكما هو الحال عندما يقترح الدائن المضمون التصرف في الموجودات، يجب في الحالات التي يقترح فيها الدائن المضمون أخذها على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون أن يكون الإشعار مفهوما للمانح. واتساقا مع النهج الذي يوصي به *الدليل*، ينبغي أن يكون الإشعار محررا بلغة من المعقول توقّع أن يفهمها المتلقون (انظر التوصية ١٥١، الفقرة الفرعية *(ج)*).

(و) إدارة المنشأة التجارية وبيعها

٧١- يكون للدائن المضمون، في العديد من الظروف، ضمانة ليست في موجودات معيّنة من موجودات المانح بل في معظم موجودات المنشأة أو كلها. وفي هذه الحالات، كثيرا ما يمكن الحصول على أعلى قيمة عند الإنفاذ إذا بيعت المنشأة كمنشأة عاملة. وللتمكّن من القيام بذلك بطريقة ناجعة، يجب أن يكون بوسع الدائنين المضمونين عادة أن يتصرّفوا في كل موجودات المنشأة، بما فيها الممتلكات غير المنقولة،

معا. يضاف إلى ذلك أن الدول كثيرا ما تنص في حالات كهذه على إجراءات خاصة للإشعار بالبيع، وتنظم بمزيد من الشدة الظروف التي يجوز فيها بيع المنشأة كمنشأة عاملة.

٧٢- ومن ناحية أخرى، لا يكون في مصلحة المانح أو الدائن المضمون، في العديد من الحالات التي يصبح فيها الإنفاذ ضروريا، أن يتصرّف على الفور في جميع موجودات المنشأة، سواء بالبيع بحسب الفئة (كالمخزون والمعدات، على سبيل المثال) أو ببيع المنشأة ككل. ولهذا السبب يسمح بعض الدول للدائنين المضمونين بالحصول على حيازة عمليات المنشأة وبإدارة المنشأة لفترة معيّنة بعد التقصير. وكثيرا ما تشترط هذه الدول أن يبيِّن إشعار الإنفاذ تحديداً أنه، عندما يحصل الدائن المضمون على حيازة الموجودات المرهونة، تكون نيته تصفية المنشأة تدريجيا. وهذا الأمر هام بصفة خاصة للدائنين الآخرين الذين قد لا يعلمون، بغير ذلك، أنّ ثمة تصفية جارية. وتفرض بعض الدول أيضا إجراءات خاصة بشأن تعيين مدير، وبشأن تشغيل المنشأة، وبشأن تنبيه المورّدين إلى حقوق الدائن المضمون، وبشأن إعلام الزبائن بأنّ ما يبدو وكأنه بيع في سياق العمل المعتاد للمنشأة هو في الواقع جزء من عملية إنفاذية.

٧٣- وفي هذه الحالة، بمجرد أن تكتمل تصفية مخزون المنشأة فعليا، يشرع الدائن المضمون، في العادة، في ممارسة واحد أو أكثر من التدابير الانتصافية الأخرى المتاحة له. وفي هذه الحالات، تفرض معظم الدول على الدائن المضمون أن يرسل إشعارا إضافيا إلى المانح وغيره من الأطراف التي لديها حق في الموجودات المتبقية كل مرة يعتزم فيها ممارسة تدبير آخر من التدابير الانتصافية المتاحة له، كاحتياز الموجودات على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون، أو بيعها في الغالب. وفور إرسال إشعار من هذا القبيل، تسري إجراءات الإنفاذ العادية الواجبة التطبيق على ذلك التدبير الانتصافي. ولا يقدِّم *الدليل* توصية رسمية بشأن ما إذا كان ينبغي أن يكون للدائن المضمون الحق في تولي إدارة المنشأة التجارية لأغراض بيعها. وقد يتعيّن على الدول الراغبة في الأخذ بهذا التدبير الانتصافي أن تزن المنافع مقارنة بالمسؤوليات المتصلة بتولي الدائن المضمون إدارة المنشأة التجارية وكذلك أثر هذا التدبير الانتصافي على حقوق الدائنين الآخرين، المضمونين منهم وغير المضمونين.

٥- *آثار الإنفاذ*

(أ) التصرفات القضائية وغير القضائية

٧٤- تنص معظم الدول على أنه يجوز للدائن المضمون إنفاذ حقوقه الضمانية إما باللجوء إلى القضاء وإما باتباع إجراءات خارج نطاق القضاء. وعندما يختار الدائن المضمون الإجراءات القضائية أو إجراءات أخرى مدارة رسميا، ينطبق عادة التشريع العام المتعلق بإنفاذ الأحكام القضائية وذلك لتحديد حقوق المانح بعد البيع القضائي والحقوق التي يحصل عليها المنقول إليه. ولمّا كانت هذه القواعد الإجرائية مدمجة في النظام الشامل للإنفاذ المدني داخل الدولة، فإن *الدليل* لا يتضمن توصيات محددة بشأن الإنفاذ القضائي للحقوق الضمانية. بل يترك *الدليل* هذه المسألة للقوانين الأخرى اجتنابا لأي تعارض مع القواعد العامة للإجراءات المدنية التي تحكم الإجراءات المتعلقة بإنفاذ الأحكام القضائية (انظر التوصية ١٦٠).

٧٥- وفي المقابل، حيثما تسمح الدول بالإنفاذ خارج نطاق القضاء، فإنها تعمد عادة، بغية جعل نظام الإنفاذ سريعا بقدر الإمكان، إلى اشتراع قواعد مفصّلة تقرِّر مفعول الإنفاذ على: *(أ)* العلاقة بين

المانح والدائن المضمون؛ و(ب) حقوق الأطراف التي قد تشتري الموجودات المرهونة في بيع إنفاذي؛ و(ج) حقوق الدائنين المضمونين الآخرين في تقاضي العائدات المتأتية من بيع الموجودات المرهونة. والهدف الرئيسي من الإجراء الإنفاذي هو توليد قيمة لصالح الدائن المضمون يمكن استخدامها للوفاء بالالتزام المضمون غير المسدد. وفي أكثر الحالات شيوعا، يحصل الدائن المضمون على هذه القيمة ببيع الموجودات المرهونة واستخدام حصيلة هذا البيع على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون. وإذا كان هناك فائض وجب على الدائن المضمون أن يعيد هذا الفائض إلى المانح أو إلى أي شخص آخر له الحق فيه. أما في حالة وجود عجز، فمثلما ذُكر أعلاه، تنص معظم الدول على أن يحتفظ الدائن المضمون بحق تعاقدي عادي في أن يقيم على المانح دعوى لتحصيل هذا العجز، وذلك بصفته دائنا غير مضمون. وقد سبق بحث تفاصيل الطرق المعتادة لتوزيع عائدات التصرّف في الموجودات في هذه الحالات (انظر الفقرات ٦٠-٦٣ أعلاه).

٧٦- ولكن مثلما لوحظ آنفا، يقبل الدائن المضمون أحيانا باحتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون (انظر الفقرات ٦٥-٧٠ أعلاه). ولا تعتمد كل الدول قواعد متطابقة تحكم الآثار المترتبة على هذا التدبير الانتصافي بعينه. وعادة ما تجيز الدول للدائن الذي يحتاز موجودات على سبيل الوفاء بالتزام مضمون أن يحتفظ بها، حتى وإن كانت قيمة هذه الموجودات تفوق مبلغ الالتزام المضمون الذي ما زال مستحقا. ومعنى هذا أنه يجوز للدائن المضمون أن يحتفظ بالفائض، على خلاف حالة البيع. وفي الوقت نفسه، تقضي تشريعات العديد من هذه الدول بألاّ يكون للدائن المضمون الذي يحتاز موجودات على سبيل الوفاء بالتزام ما حق الرجوع على المانح لسداد أي عجز، إذ يُعتبر احتيازه هذا سدادا كاملا ويُنهي من ثَمّ الالتزام المضمون. ولكن في المقابل، تجيز دول أخرى للدائنين الذين أخذوا، على سبيل الوفاء بالالتزام، الموجودات المرهونة، أن يطالبوا المانح بسداد العجز. وفي هذه الحالات، يصبح من الضروري بالطبع تحديد قيمة الموجودات المأخوذة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون لكي يتسنى حساب مقدار العجز. وتلزم بعض الدول الدائن المضمون بتقديم حساب مستقل لقيمة الموجودات التي أخذها، بينما تكتفي دول أخرى بإلزام الدائن المضمون ببيان القيمة التي ينسبها إلى هذه الموجودات. ومثلما لوحظ أعلاه، يجوز في أيّ من الحالتين للمانح أو أي دائن آخر إلزام الدائن المضمون ببيع الموجودات عوضا عن ذلك. وللأسباب التي سبق ذكرها في الفقرة ٦٥ أعلاه، يوصي *الدليل* بالسماح للدائنين المضمونين بأن يقترحوا احتياز الموجودات على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون، شريطة أن يبيِّنوا القيمة التي ينسبونها إلى هذه الموجودات في الإشعار المرسل إلى المانح والأطراف الثالثة (انظر التوصيتين ١٥٦ و١٥٧).

(ب) الآثار المحدَّدة للتصرف خارج نطاق القضاء

٧٧- عندما يقوم دائن مضمون بإنفاذ حقه الضماني عن طريق بيع الموجودات المرهونة، توجد نهوج مختلفة لتحديد آثار هذا البيع على الأطراف الأخرى. ففي بعض الدول، يؤدي البيع (حتى وإن كان بيعا خارج نطاق القضاء) إلى إنهاء جميع الحقوق الضمانية في الموجودات المرهونة (وهذه حالة يشار إليها أحيانا على أنها تصفية للموجودات). وفي هذه الحالات يخسر، حتى الدائنون المضمونون المتفوقون في الأولوية على الدائن المضمون المنفذ، حقوقهم الضمانية، ولا يكون لديهم سوى حق المطالبة بالعائدات، وذلك بمرتبة في الأولوية معادلة لمرتبة حقوقهم الضمانية في الموجودات المرهونة الأصلية. وتحصل الأطراف التي تشتري الموجودات على حق ملكية خالص، ويفترض أن تكون على استعداد لدفع ثمن إضافي للحصول على ذلك الحق الخالص. وفي دول أخرى، لا يُسقِط بيع الدائن للموجودات (سواء

البيع الذي يديره موظف قضائي أو البيع الخصوصي من جانب الدائن) سوى الحقوق التي تكون مرتبة أولويتها أدنى من مرتبة حقوق الدائن المضمون المنفِذ. وبناء عليه، يحتفظ الدائن المضمون ذو المرتبة الأعلى في الأولوية بحقه الضماني في الموجودات المرهونة. ولا يحصل المشترون في عملية البيع على حق خالص، فيعرضون بالتالي مبلغا مخفّضا لشراء الموجودات الجاري بيعها. والافتراض هنا هو أن الدائن المضمون ذا المرتبة الأعلى يتولى عادة عملية الإنفاذ (بما يؤدي إلى إنهاء جميع الحقوق الضمانية)، أو يقوم دائن مضمون أدنى مرتبة باتخاذ ما يلزم من ترتيبات لتنحية الدائن الأعلى مرتبة عن طريق سداد مستحقاته، بغية الحصول على ملكية خالصة.

٧٨- وفي حين يؤدي أي من هذين النهجين عادة إلى نشوء حق ملكية خالصة، فإن النهج الثاني يؤدي إلى تعظيم المرونة المتاحة للدائن المضمون المنفِذ والمشتري للتوصل إلى ترتيب بديل في حالة عدم تمكّن المشتري من تمويل التكلفة الكاملة للموجودات المرهونة، فيستطيع بالتالي أن يشتريها بسعر مخفّض لأنها خاضعة لحق ضماني أعلى مرتبة. ومن أجل تعظيم المرونة والفعالية في الإنفاذ، يوصي *الدليل* باعتماد النهج الثاني فيما يتعلق بالتصرّف في الموجودات خارج نطاق القضاء (انظر التوصية ١٦١، الجملة الأولى). وقد يختار الدائن المضمون، في بعض الأحيان، ألاّ يبيع الموجودات المرهونة، بل أن يؤجرها أو يرخّص باستغلالها ويستخدم المدفوعات التي يتقاضاها من الإيجار أو الترخيص في استيفاء مطالبته (انظر الفقرة ٦٣ أعلاه). وفي هذه الحالات أيضا، تنص معظم الدول على أن يحصل المستأجر أو المرخَّص له على الفائدة الكاملة من الإيجار أو الترخيص طيلة مدة سريانه، باستثناء الحقوق التي لها أولوية على حقوق الدائن المضمون المنفِذ. وهذا أيضا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر التوصية ١٦٢).

٧٩- وعندما يحتاز الدائن المضمون الموجودات المرهونة، على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون، تنص الدول عادة على أن يحتاز الدائن المضمون الموجودات كما لو كانت ملكيتها قد نقلت من خلال بيع إنفاذي. ولئن كان من المحتمل أن تنص تشريعات الدول على أنّ احتياز الموجودات المرهونة استيفاء للالتزام المضمون يؤدي إلى إنهاء جميع الحقوق في هذه الموجودات، فمن شأن ذلك أن يحدو دائما بالدائنين المضمونين المتفوقين في الأولوية على الدائن المضمون المنفِذ إلى الأخذ بزمام عملية الإنفاذ. ولذلك تقضي معظم الدول بأن تتقرر حقوق المطالبين المنافسين الآخرين وفقا لأولويتهم مقارنة بحق الدائن المنفِذ. وهكذا، على سبيل المثال، إذا كانت الدولة تسمح للدائن المضمون بأن يأخذ الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون، فسيحتاز ذلك الدائن الموجودات رهنا بحقوق المطالبين المنافسين المتفوقين عليه في الأولوية. والعكس بالعكس، فإذا كان هناك مطالبون منافسون أدنى مرتبة على سلّم الأولوية، فإنّ حقوقهم تسقط عادة عندما يحتاز الموجودات المرهونة دائن مضمون يفوقهم في الأولوية. وللأسباب ذاتها التي تنطبق على التدبير الانتصافي المتمثل في البيع خارج نطاق القضاء، يوصي *الدليل* بأن يكون للدائن المضمون الذي يحتاز الموجودات على سبيل الوفاء بالالتزام أن يأخذها خالية من الحقوق الضمانية الأدنى في الأولوية، ولكن رهنا بحقوق المطالبين المنافسين التي لها أولوية أعلى (انظر التوصية ١٦١، الجملة الثانية).

٨٠- ويجوز أحيانا أن يتصرف الدائن المضمون في الموجودات المرهونة ببيعها أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها دون اتباع الإجراءات التي تفرضها الدول لحماية المانحين والأطراف الثالثة الذين لهم حقوق في هذه الموجودات. ومن ثمَّ، يصبح من الضروري تحديد تأثير هذا التصرف على حقوق المانح وعلى حقوق المنقول إليه أو المستأجر أو المرخص له. وتنص بعض الدول على بطلان هذا البيع. وتنص دول أخرى على أنه إذا كان المنقول إليه أو المستأجر أو المرخص له يتصرف بحسن نية، فإنه سوف يحتاز نفس الحقوق كما لو كان البيع قد تم وفقا للقواعد التي تحكم التصرف خارج نطاق القضاء. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر التوصية ١٦٣). أما فيما يتعلّق بالمانح وغيره من الدائنين المضمونين،

ففي حالة تمكنهم من إثبات أن عدم اتباع الأحكام الإلزامية التي تحكم التصرف خارج نطاق القضاء قد أدى إلى المساس بحقوقهم، تنص معظم الدول على عدم بطلان البيع، ولكنها تجيز للمانح أو لغيره من الأطراف الحصول على تعويضات عن الأضرار من الدائن المنفذ (انظر التوصية ١٣٦). ولكن عادة ما لا يكون المبلغ العائد من التصرف غير الممتثل للإجراءات المفروضة أقل من العائدات المحصّلة من التصرف الممتثل لهذه الإجراءات، بل قد يكون أكثر منها. وفي هذه الحالة، بالطبع، لن يلحق المانح ولا الأطراف الثالثة أي ضرر.

(ج) الصفة النهائية للبيع

٨١- حيثما يحدث الإنفاذ قضائيا، يوفّر قانون آخر في الدولة القواعد التي تحكم الحالات التي يمكن فيها أن يعاد النظر في البيع القضائي. وتوفّر بعض الدول أيضا ضمن قوانينها الخاصة بالمعاملات المضمونة قواعد مفصلة للتصدي لهذه المسألة نفسها. وتنص الدول في قوانينها عادة على أن البيع يكون ذا صفة نهائية عقب الإنفاذ غير القضائي. وهذا يعني أنه، فور حدوث البيع أو القبول على سبيل الوفاء، وفقا لإجراءات الإنفاذ الواجبة، لا يمكن عادة أن يعاد النظر في البيع. ويكون البيع نهائيا ما لم يتسن إثبات وجود احتيال أو سوء نية أو تواطؤ بين البائع والمشتري أو بين المانح والدائن المضمون.

٦- إنفاذ الحق الضماني في العائدات

٨٢- إذا باع المانح الموجودات المرهونة قبل الإنفاذ، تحل عائدات هذا البيع محل الموجودات المرهونة (انظر التوصية ٨٠، الفقرة الفرعية *(أ)*). ولذلك، ينص العديد من الدول على أن الحق الضماني في الموجودات المرهونة ينتقل تلقائيا إلى عائدات التصرّف فيها. أمّا الدول الأخرى، فإما أنها لا تنص على ذلك، أو أنها تنص على عدم انتقال الحق إلى العائدات إلا في حالة عدم استمراره في الموجودات المرهونة عقب التصرف فيها، أو تقضي بأن يبين الاتفاق الضماني صراحة العائدات التي ستكون مشمولة بالحق الضماني. ويوصي *الدليل* بأن يكون للدائنين المضمونين دوما الحق في المطالبة بحقهم الضماني في عائدات الموجودات المرهونة وعائدات العائدات (انظر التوصيات ١٩ و٣٩ و٤٠). وإضافة إلى ذلك، وعلى خلاف تشريعات العديد من الدول التي تقصر مفهوم العائدات على الموجودات البديلة، يعتبر *الدليل* أنّ العائدات تشمل أي شيء يُجنى من الموجودات المرهونة، سواء كان ذلك في شكل عائدات تصرف من جانب المانح أو في شكل ثمار طبيعية ومدنية أو إيرادات تدرّها هذه الموجودات (انظر الفصل الثاني المتعلق بإنشاء الحق الضماني، الفقرات ٧٢-٧٨).

٨٣- وعموما لا تسنّ الدول قواعد مستقلة تحكم إنفاذ الحقوق الضمانية في العائدات. ومعنى هذا أنّ الإنفاذ على العائدات يتبع أي نوع من الإجراءات يلزم لإنفاذ الحق الضماني على نوع الموجودات الذي تمثّله العائدات (كالموجودات الملموسة أو المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو حقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي). وسينشأ الكثير من البلبلة إذا كان بوسع بعض الدائنين المضمونين إنفاذ الحقوق الضمانية في العائدات وفقا للقواعد التي تحكم الإنفاذ على نوع الموجودات الذي تمثله الموجودات المرهونة الأصلية في حين يتعيّن على الدائنين المضمونين الآخرين الساعين إلى إنفاذ حقوق ضمانية على تلك العائدات بوصفها موجودات مرهونة أصلية أن يتبعوا قواعد تُطبّق على ذلك النوع من الموجودات تحديدا. فعلى سبيل المثال، عندما تكون المستحقات عائدات تولدت عن بيع موجودات ملموسة، فإن من غير العملي أن تنص التشريعات على أن الدائن الذي أخذ حقا ضمانيا في المستحقات

بصفتها موجودات مرهونة أصلية يجب عليه أن يتبع قواعد الإنفاذ التي تحكم المستحقات، لكن يجوز للدائن الذي أخذ حقا ضمانيا في الموجودات الملموسة أن ينفذ حقوقه في العائدات وفقا لقواعد الإنفاذ التي تحكم الموجودات الملموسة.

٨٤- وبإحجام *الدليل* عن التوصية بقواعد إنفاذ خاصة واجبة التطبيق على العائدات، يكون قد أوصى ضمنا بأن تُطبّق قواعد الإنفاذ العامة أيضا على إنفاذ الحقوق الضمانية في العائدات. وهذا يعني بصورة خاصة أنه إذا كانت العائدات موجودات ملموسة انطبقت عليها قواعد الإنفاذ التي تحكم الموجودات الملموسة. أما إذا كانت العائدات مستحقات أو أي موجودات أخرى محددة كالمذكورة في الباب باء أدناه، انطبقت على الإنفاذ على العائدات توصيات *الدليل* الإنفاذية بحسب نوع الموجودات، التي تحكم الحقوق الضمانية المأخوذة في تلك الأنواع من الموجودات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية.

٧- *التداخل بين نظم الإنفاذ الخاصة بالممتلكات المنقولة وغير المنقولة*

٨٥- كثيرا ما يتغيّر بمرور الوقت توصيف الموجودات الملموسة على أنها منقولة أو غير منقولة، مع تحوّل الموجودات المنقولة إلى ممتلكات غير منقولة. فعلى سبيل المثال، قد تصبح مواد البناء مدمجة تماما في مبنى أو قد تزرع الشجيرات والأشجار والبذور ويستخدم السماد في التربة فتتحول بذلك إلى ممتلكات غير منقولة. وقد تكون الموجودات المنقولة ملحقات في بعض الأحيان وغير مدمجة دمجاً كاملاً في الممتلكات غير المنقولة. ومن الأمثلة على ذلك المصعد والفرن والخزانة المنضدية الملحقة وخزانة العرض الزجاجية الملحقة. وفي كل هذه الحالات، قد يصبح الحق الضماني في الموجودات المنقولة نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل الإلحاق بالممتلكات غير المنقولة أو الإدماج فيها. وقد تنشأ أيضا الحالة العكسية. فقد يسعى دائن إلى الحصول على حق ضماني في موجودات تكون في ذلك الحين غير منقولة، ولكنّ مآلها أن تصبح منقولة. وقد ينشأ هذا الوضع، على سبيل المثال، فيما يتعلق بالمحاصيل، ومنتجات المناجم والمحاجر، والمنتجات الهيدروكربونية.

٨٦- وقد سنَّت الدول قواعد عديدة مختلفة تحكم هذه الحالات المختلفة. وأحد الشواغل الرئيسية هو إقرار حقوق الدائنين الذين يسعون إلى إنفاذ الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة حيثما تكون هناك إمكانية لأن تتداخل نظم الإنفاذ الخاصة بالممتلكات غير المنقولة مع نظم الإنفاذ الخاصة بالممتلكات المنقولة. وغالبا ما تعتمد نظم الإنفاذ هذه على التوصيف المعطى للموجودات المعنية. وهكذا، على سبيل المثال، تجيز دول عديدة إنشاء الحق الضماني بموجب قوانين المعاملات المضمونة في الموجودات المنقولة التي مآلها أن تصبح منقولة وإن كانت لا تزال جزءا من ممتلكات غير منقولة. وفي هذه الحالات، يتأجل نفاذ الحق الضماني حتى فيما بين الطرفين إلى أن يتم الفصل. فلا يمكن إنفاذ الحق الضماني ما لم تصبح الموجودات منقولة. والعكس بالعكس، فلا يمكن إنفاذ رهن لممتلكات غير منقولة على موجودات أصبحت منقولة. ورغم أنّ *الدليل* لا يقدّم أي توصية محددة بشأن هذه المسألة، فلأنّ نظام الإنفاذ الذي يوصي به يفترض سلفا أن الموجودات الملموسة توجد في شكل موجودات منقولة مستقلة، لن ينطبق نظام الإنفاذ الخاص بالممتلكات غير المنقولة على إنفاذ الحق الضماني في موجودات منقولة فُصلت عن ممتلكات غير منقولة.

٨٧- وتنشأ مسائل إنفاذية أصعب عندما تكون الموجودات الملموسة ملحقة بممتلكات غير منقولة أو مدمجة فيها. ويميز العديد من الدول فيما بين مواد البناء، والموجودات المنقولة الأخرى التي تفقد

هويتها عندما تدمج في ممتلكات غير منقولة (كالأسمدة أو البذور)، والملحقات التي تحتفظ بهويتها كموجودات منقولة. وتنص تشريعات بعض الدول على أنّ الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة التي تفقد هويتها لا يمكن الحفاظ عليها ما لم تُجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، أمّا الحقوق الضمانية في الملحقات التي تصبح نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل الإلحاق فتحتفظ بنفاذها دون تسجيل آخر. وفي هذه الدول، يخضع الإنفاذ في النوع الأول من الموجودات دائما للقواعد المتعلقة بإنفاذ الرهون على الممتلكات غير المنقولة. وفي المقابل، فيما يتعلق بالموجودات المنقولة التي تصبح ملحقات، تشترع هذه الدول عادة قواعد خاصة لا تنظّم فحسب حفظ حقوق الدائن المضمون بل تنظِّم أيضا حفظ حقوق الدائنين الذين لهم حقوق في الممتلكات غير المنقولة.

٨٨- ويتبع *الدليل* النمط العام الذي اعتمده العديد من الدول لحسم النزاعات بين الدائنين المضمونين والمطالبين المنافسين ذوي الحقوق المتنازعة في الملحقات. فعندما تفقد الموجودات الملموسة هويتها من خلال دمجها في ممتلكات غير منقولة، يسقط أي حق ضماني في الموجودات المنقولة. ولكن عندما يتحول الموجود المرهون إلى ملحق، يستمر الحق الضماني في ذلك الموجود ويحتفظ تلقائيا بنفاذه تجاه الأطراف الثالثة. ويمكن للدائن المضمون أيضا أن يكفل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل الحق الضماني في سجل الممتلكات غير المنقولة (انظر التوصيتين ٣٨ و٤٣). ومن ثمّ تتوقف حقوق الدائن المضمون الإنفاذية في الملحق، وإزاء الدائنين المضمونين الذين قد تكون لهم حقوق ضمانية في الممتلكات غير المنقولة، على الأولوية النسبية للحقوق المتنازعة (انظر التوصيتين ٨٧ و٨٨). وإذا كانت الأولوية للدائن المضمون ذي الحق في الملحق، جاز له فصل هذه الموجودات وإنفاذ حقه الضماني بوصفه حقا ضمانيا في موجودات منقولة. ولكنّ حق الدائن المضمون المنفِذ يكون في هذه الحالة مرهونا بحق دائن مضمون آخر أو طرف آخر ذي مصلحة تكون مرتبة أولويته أدنى من أولوية الدائن المضمون المنفِذ في أن يدفع قيمة الملحق ويحول بذلك دون فصله. ولكن إذا كان فصل الملحق بممتلكات غير منقولة (كفصل مصعد عن مبنى) يُلحق ضررا بالممتلكات غير المنقولة بطريقة أخرى غير مجرد خفض قيمتها، كان على الدائن المضمون المنفِذ أن يعوِّض الأشخاص الذين لهم حقوق في هذه الممتلكات غير المنقولة. وإذا كانت الأولوية لدائن آخر له حق ضماني في الممتلكات غير المنقولة، لا يكون باستطاعة الدائن المضمون إنفاذ حقوقه إلا بموجب النظام الذي يحكم الرهون على الممتلكات غير المنقولة، شريطة أن يكون قد احتفظ بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة عن طريق التسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة (انظر التوصية ١٦٤، الفقرة الفرعية *(أ)*، والتوصية ١٦٥).

٨٩- ويزداد تعقّد إنفاذ الحقوق الضمانية في الملحقات بالممتلكات غير المنقولة في الحالات التي يكون فيها الدائن المضمون قد أخذ رهنا في الممتلكات غير المنقولة وحقا ضمانيا في الموجود المنقول الذي أصبح ملحقا بالممتلكات غير المنقولة. ويتيح معظم الدول للدائن في هذه الحالات إنفاذ الضمان بطرائق شتى. فيجوز للدائن إنفاذ الحق الضماني في الملحق وحده وإنفاذ الرهن على بقية الممتلكات غير المنقولة أيضا. ويجوز للدائن المضمون، بدلا من ذلك، إنفاذ الرهن على الممتلكات المرهونة برمتها، بما فيها الملحق. ويجب في الحالة الأولى أن تكون للدائن المضمون أولوية على جميع الحقوق في الممتلكات غير المنقولة (انظر التوصية ١٦٥). أما في الحالة الثانية فتتقرر حقوق الدائن بموجب نظام الأولوية الذي يحكم الممتلكات غير المنقولة (انظر التوصية ١٦٤، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٨- *إنفاذ الحق الضماني في ملحق بموجودات منقولة أو في كتلة أو منتج*

٩٠- مآل العديد من أنواع الموجودات الملموسة التي ينشأ فيها حق ضماني هو إما إلحاقها بموجودات ملموسة أخرى أو تحويلها صناعيا إلى منتج أو مزجها مع موجودات ملموسة أخرى في كتلة. وتعالج تشريعات بعض الدول الحقوق الضمانية في هذه الحالات بتقرير ما إذا كانت ملكية الملحق أو المنتج المصنوع أو الكتلة قد انتقلت إلى مالك الموجودات الملموسة الأخرى. فإذا انتقلت ملكية الموجود المرهون، على سبيل المثال، إلى مالك الموجودات الملموسة الأخرى التي أُلحق أو مُزج بها الموجود المرهون، سقط الحق الضماني في الموجود المرهون. وتجيز دول أخرى استمرار نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة في الموجودات الملموسة التي أصبحت ملحقات أو منتجات مصنّعة أو موجودات ممزوجة، بصرف النظر عما إذا كانت الملكية تتغير نتيجة الإلحاق أو المزج. وهذا هو النهج الذي يعتمده *الدليل* (انظر التوصيات ٤١-٤٤). وعندما تجيز الدول استمرار نفاذ الحق الضماني عقب الإلحاق أو المزج فإنها عادة ما تطبّق القواعد العامة أيضا على الإنفاذ إزاء هذا النوع من الممتلكات. وإذا كان الإلحاق أو المزج يتعلق بموجودات ملموسة، كمحرّكات السيارات والمنتجات المصنوعة من الألياف الزجاجية والمخزون الممزوج من الملابس والحبوب في صومعة والزيت في صهريج، فإن الإنفاذ يتبع النظام الذي يحكم الموجودات الملموسة. وإذا كان المزج يشمل موجودات غير ملموسة كالمستحقات أو الأموال المودعة في حساب، فإن الإنفاذ يتبع النظام العام الذي يحكم هذه الأنواع من الموجودات. والافتراض، الذي يعتمده *الدليل* أيضا، هو أنه ستنشأ بلبلة لا داعي لها لو اشتُرع نظام إنفاذ غير نظام الإنفاذ المنطبق عموما على هذه الأنواع من الموجودات.

٩١- وفيما يتعلق بإنفاذ الحق الضماني في ملحق بموجودات منقولة، تعتمد معظم الدول قواعد مماثلة للقواعد المعمول بها في حالة الحق الضماني في ملحق بممتلكات غير منقولة. إذ يجوز لدائن مضمون لديه أولوية أدنى من أولوية الدائن المضمون المنفذ أن يسدّد مطالبة الدائن المضمون المنفذ لتنحيته؛ أما الدائن المضمون ذو الأولوية الأعلى فيجوز له أن يتولى عملية الإنفاذ، ويكون الدائن المضمون المنفذ مسؤولا عن دفع تعويضات عن أية أضرار تنجم عن عملية فصل الملحق عدا تدني القيمة بفعل هذا الفصل. لكن هناك فارقا واحدا بين معاملة الحق الضماني في ملحق بممتلكات غير منقولة والحق الضماني في ملحق بموجودات منقولة. ففي الحالة الأولى (الملحقات بممتلكات غير منقولة)، يجب أن يحظى الدائن المضمون بالأولوية على الحقوق المنافسة في الموجودات غير المنقولة لإنفاذ حقه الضماني في الملحق (انظر التوصية ١٦٥). أما في الحالة الثانية (الملحقات بموجودات منقولة)، فيجوز أن يحدث الإنفاذ بصرف النظر عن مركز الأولوية النسبي للدائن المنفذ (انظر التوصية ١٦٦).

٩٢- وفي حالة المنتجات أو الكتل، يمكن أن يكون لأكثر من دائن مضمون واحد حقوق في المنتج النهائي والموجودات المكونة له. وإذا أمكن تقسيم الموجودات المرهونة إلى أجزاء، كما في حالة الكتل، ينبغي أن يكون بوسع الدائن المضمون ذي الحق الضماني الواجب الإنفاذ في جزء فقط من الموجودات أن يفصل الجزء الذي له فيه حق ضماني ويتصرّف فيه وفقا للقواعد العامة التي تحكم الإنفاذ. فعلى سبيل المثال، إذا كان للدائن المضمون حق ضماني في ثلث الزيت الموجود في صهريج، جاز له إنفاذ حقه الضماني على ذلك الثلث من الكتلة الممزوجة. وإذا تعذّر فصل الموجودات المرهونة، كما هو الحال مع المنتجات مثل معظم المخزونات المصنعة والمعدات، فقد يتعين بيع المنتج كله، وتُحدَّد حقوق الدائنين المضمونين

المتنازعين الذين لهم حقوق في الأجزاء الأخرى من الموجودات المختلطة بالاستناد إلى توصيات *الدليل* المتصلة بالأولوية (انظر التوصيات ٩٠-٩٢).

باء- ملاحظات تخصّ موجودات معيّنة

١- *استعراض عام*

٩٣- يمكن، نظريا، تطبيق المبادئ الأساسية التي تحكم إنفاذ الحقوق الضمانية والمستعرضة في الباب ألف أعلاه، أيا كان نوع الموجودات المرهونة. ومع ذلك، فهي تستهدف بصفة أساسية أنواعا معينة من الموجودات الملموسة، كالمخزون والمعدات والسلع الاستهلاكية. ولهذا السبب لا تنطبق هذه القواعد بسهولة على إنفاذ الحقوق الضمانية في الموجودات غير الملموسة، كالمستحقات، وحقوق السداد على أنواعها (كحقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، أو حق تقاضي العائدات بمقتضى تعهّد مستقل، أو الحقوق في السداد الناشئة من صكوك قابلة للتداول)، وحقوق الحيازة الناشئة من مستند قابل للتداول. ونتيجة لذلك، سنّ العديد من الدول قواعد خاصة تنظِّم الإنفاذ بخصوص هذه الأنواع من الموجودات المرهونة. ومن ضمن ما تشمله هذه القواعد أحكام تعطي الدائن المضمون حق التحصيل من الشخص الملتزم بمقتضى مستحق أو صك قابل للتداول، وتفرض على ذلك الشخص أن يسدّد أي مبالغ مستحقة عليه إلى الدائن المضمون مباشرة. وإضافة إلى ذلك، ففي العديد من هذه الحالات يتوافق قانون المعاملات المضمونة مع القوانين المتخصّصة والممارسات التجارية التي تحكم الحسابات المصرفية والصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول والتعهدات المستقلة، ويقر بها جزئياً.

٢- *إنفاذ حق ضماني في مستحق*

٩٤- عندما يؤخذ حق ضماني في مستحق، تكون الموجودات المرهونة هي حق المانح في تقاضي مدفوعات من المدين بالمستحق. ومن الممكن منطقيا مطالبة المحال إليه بإنفاذ إحالة المستحق إما ببيعه وإما بتحصيل قيمته وإما بالاحتفاظ بحصيلة سداده على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون. ولكنّ بيع المستحق سيكون طريقة مرهقة وغير فعّالة للحصول على القيمة الاقتصادية لموجود له، في حد ذاته، قيمة نقدية محددة. وهذا ما يحدو بمعظم الدول التي تجيز للدائنين أن يأخذوا حقا ضمانيا في المستحقات وغيرها من المطالبات إلى تمكين المحال إليه من تحصيل المدفوعات مباشرة من المدين بالمستحق بمجرد أن يصبح المحيل مقصّرا. وهناك شاغلان رئيسيان، أولهما أنّ المحيل يعلم أنّ المحال إليه يقوم بالإنفاذ (إما بعد التقصير، وإما، بالاتفاق مع المحيل، قبل التقصير)؛ وثانيهما أنّ المدين بالمستحق يعلم أنّ عليه أن يسدّد عقب ذلك إلى المحال إليه.

٩٥- وفي الفصل السادس المتعلّق بحقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما، يناقش *الدليل* العلاقة بين المحيل والمحال إليه والمدين بالمستحق. وتشمل المسائل المتناولة بالمناقشة، على سبيل المثال، حق المحال إليه في إبلاغ المدين بالمستحق بأن يسدد مباشرة إلى المحال إليه عقب تقصير المحيل (انظر التوصيات ١١٤-١١٦). ومن بين ما ينص عليه *الدليل* أيضا، في الفصل السابع منه المتعلق بحقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها، حماية المدين بالمستحق من الاضطرار إلى السداد مرتين بموجب الإشعار وتعليمات السداد الموجهين من المحال إليه أو المحيل (انظر التوصيات ١١٧-١٢٣).

٩٦- ويتخذ العديد من الدول موقفا يذهب إلى أنّ الحق الإنفاذي الرئيسي للمحال إليه هو مجرد تحصيل قيمة المستحق. وعلى افتراض أنّ المحال إليه قد اتبع الخطوات المطلوبة لجعل حقوقه نافذة تجاه المدين بالمستحق فإنه سيحصّل مدفوعات فحسب ويستخدم حصيلة هذه المدفوعات ليخفِّض بقيمتها مبلغ الالتزام المستحق على المحيل. والأساس المنطقي لذلك هو أنّ حقوق المحيل والأطراف الثالثة ستُحمى بمحض استخدام المبلغ المحصّل استخداما عاديا في خفض مبلغ الالتزام المضمون. واتساقا مع النهج الذي تتبعه هذه الدول، يوصي *الدليل* بعدم ضرورة اتخاذ أي خطوات إضافية لتحقيق الإنفاذ (انظر التوصية ١٦٨).

٩٧- ومع ذلك، قد توجد حالات يكون فيها المحال إليه راغبا في حيازة كلّ القيمة الحالية للمستحق الذي قد يكون موزّعا على أقساط مستحقة الدفع خلال عدة أشهر. وقد يقوم المحال إليه بالتالي، بعد إشعار المدين بالمستحق بأنه سيحصِّل الحساب، ببيع المستحق أو نقله إلى شخص ثالث. ولحماية حقوق المحيل في هذه الحالات، تنص تشريعات دول عديدة على عدم جواز احتفاظ المحال إليه بأي زيادة فوق المبلغ الذي يدين به المحيل بموجب التزامه المضمون، وهو موقف يعتمده *الدليل* لا فيما يتعلق بهذه التصرّفات في المستحقات فحسب بل أيضا فيما يتعلق بالتحصيل المعتاد للمستحقات (انظر التوصية ١١٦، الفقرة الفرعية *(ب)*). وإضافة إلى ذلك، وبما يتسق مع المبادئ العامة الواجبة التطبيق على الإنفاذ، يجب أن يعمل المحال إليه بحسن نية وبطريقة معقولة تجاريا لدى التصرّف في المستحق (انظر التوصية ١٣١).

٩٨- وفي بعض الحالات، سيكون المستحق نفسه مضمونا بحق آخر ما من الحقوق الشخصية أو حقوق الملكية، مثل الضمان الشخصي من طرف ثالث أو الحق الضماني في موجودات منقولة مملوكة للمدين بالمستحق. وينص العديد من الدول على أن للمحال إليه حقا تلقائيا في إنفاذ هذه الحقوق الأخرى إذا قصّر المدين بالمستحق في سداد المستحق عند استحقاق سداده. وهذه نتيجة عادية للحق الضماني (الفرع يتبع الأصل). ويعتمد *الدليل* توصية مماثلة بشأن ضمانات التزام السداد من جانب الطرف الثالث المدين. فيجوز للدائن المضمون أن ينفِذ هذه الضمانات طبقا للقانون الواجب تطبيقه في العادة على إنفاذ ذلك النوع من الضمانات أو ذلك النوع من الموجودات (انظر التوصية ١٦٩). وفي معظم الدول، ينطبق المبدأ نفسه أيضا على الحقوق الشخصية وحقوق الملكية التي تكفل أو تضمن حقوق السداد الأخرى، مثل الحق في تقاضي عائدات بموجب تعهد مستقل. ويوصي *الدليل* بهذا النهج أيضا (انظر التوصية ٢٥).

٣- *الإنفاذ في حالة النقل التام للمستحق*

٩٩- ينطبق *الدليل* على النقل التام للمستحقات وللحقوق الضمانية في المستحقات (انظر التوصية ٣). بيد أنه، في النقل التام، يكون المحيل قد نقل بوجه عام كل حقوقه في المستحق. وعليه لا يكون للناقل أي حق مستمر في المستحق ولا مصلحة في طريقة تحصيل المستحق أو التصرف فيه بشكل آخر. وبناء عليه، فإن الشواغل التي يتناولها هذا الفصل المتعلق بالإنفاذ لا تتصل بالنقل التام للمستحق إلاّ عندما يكون للمحال إليه حق رجوع ما على المحيل لعدم تحصيل المستحقات. أي أنّ المحيل لن تكون له مصلحة في طريقة تحصيل المستحقات أو التصرّف فيها بشكل آخر ما لم يكن هناك احتمال بأن يصبح مسؤولا في نهاية المطاف تجاه المحال إليه (انظر التوصية ١٦٧).

١٠٠- والحق في الرجوع على المحيل لعدم تحصيل المستحقات التي كانت موضع نقل تام ينشأ عادة عندما يكون المحيل قد كفل، كليا أو جزئيا، سداد المدين بالمستحقات قيمة هذه المستحقات. وقد ينشأ حق الرجوع أيضا من ترتيبات أخرى معادلة وظيفيا، كأن *(أ)* يوافق المحيل على إعادة شراء المستحق المباع إلى المحال إليه إذا تخلف المدين بالمستحق عن السداد؛ أو *(ب)* لا يوافق المحيل سوى على سداد أي عجز ينشأ بين سعر الشراء في بيع المستحقات بالجملة والتحصيل الفعلي لتلك المستحقات.

١٠١- وربما كانت هناك أسباب عديدة تجعل المدين بالمستحق لا يؤدي التزامه عندما يصبح الالتزام مستحق الأداء. فعلى سبيل المثال، قد يرفض المدين بالمستحق سداد قيمة موجودات ملموسة أو خدمات بسبب نوعيتها الرديئة أو بسبب عدم امتثال المحيل للمواصفات التي حدّدها المدين للموجودات التي يجري بيعها أو الخدمات التي يجري تقديمها. ورغم ذلك، لا تعتبر عادة حالات رفض الدفع هذه أمثلة على عدم التحصيل من شأنها أن تؤدي إلى الرجوع على المحيل لعدم التحصيل. والرجوع على العميل لعدم التحصيل، بحسب استخدام هذا المصطلح في هذا المقام، يشير فقط إلى الرجوع الناجم عن تخلّف المدين بالمستحق عن السداد لأسباب ائتمانية (أي عجزه المالي عن السداد). وفي حالات التخلف عن السداد لأسباب ائتمانية ويكون للمحال إليه حق الرجوع على المحيل، ينطبق المعيار العام الإلزامي للسلوك في سياق الإنفاذ (انظر التوصيتين ١٣١ و١٣٢) والقواعد العادية لتحصيل المستحقات وإنفاذ الحق الضماني (انظر التوصية ١٦٧).

٤- إنفاذ الحق الضماني في صك قابل للتداول

١٠٢- من الممكن في العديد من الدول الحصول على حق ضماني في صك قابل للتداول، سواء كان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يتحقق باحتياز الصك أو بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام (انظر التوصيتين ٣٢ و٣٧). وبصورة عامة، حتى في حالة وجود حق ضماني في الصك، تحيل الدول إلى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول (وهو مصطلح قد يكون أوسع نطاقا من مصطلح "قانون الصكوك القابلة للتداول"؛ انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير، الفقرة ١٩) في تقرير حقوق الأشخاص الملتزمين بمقتضى الصك القابل للتداول وغيرهم من الأشخاص الذين يطالبون بحقوق في الصك القابل للتداول (انظر التوصية ١٢٤ والفصل السابع المتعلّق بحقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها، الفقرات ٢٧-٣١). ويمكن أن تشمل هذه الحقوق، على سبيل المثال: *(أ)* حق الشخص الملتزم بمقتضى الصك القابل للتداول في رفض السداد لأي شخص ما لم يكن حاملا لذلك الصك أو شخصا آخر يحق له إنفاذ الصك بموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول؛ و*(ب)* حق الشخص الملتزم بمقتضى الصك في إثارة دفوع معيّنة تجاه ذلك الالتزام.

١٠٣- وعندما يؤخذ ضمان في صك قابل للتداول، يصبح الدائنون المضمونون في العادة حائزين لهذا الصك. ويسمح العديد من الدول للدائن المضمون، عند تقصير المانح، أن يُنفذ حقه الضماني بتحصيل قيمة الصك أو إنفاذه بطريقة أخرى. وقد يشمل ذلك، على سبيل المثال، إبرازه للسداد، أو حتى بيعه لطرف ثالث واستخدام العائدات لسداد التزام المانح إذا حدث التقصير قبل موعد الاستحقاق. ومبرّر ذلك هو أنّ قابلية الصك للتداول تتضرّر إذا أُلزم الدائن المضمون بالقيام بالإجراءات الشكلية المطلوبة لممارسة إما التدبير الانتصافي المتمثل في البيع على سبيل التصرف وإما أخذ الصك على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون. وتماشيا مع هذه الممارسات، لا يوصي *الدليل* بفرض أي إجراءات

شكلية أخرى لاحقة للتقصير على الدائنين المضمونين الذين ينفِذون حقوقا في صكوك قابلة للتداول (انظر التوصية ١٧٠).

١٠٤- ومثلما هو الحال مع المستحقات، يمكن أن يكون الصك القابل للتداول مضمونا في حد ذاته بحق آخر من الحقوق الشخصية أو حقوق الملكية. وينص العديد من الدول على أن للدائن المضمون حقا تلقائيا في إنفاذ هذه الحقوق الأخرى في حال تخلّف الشخص الملتزم بمقتضى الصك القابل للتداول عن السداد عند إبراز الصك. ويوصي *الدليل* باتباع هذا النهج إزاء إنفاذ الحقوق الشخصية أو حقوق الملكية المتعلقة بسداد صك قابل للتداول (انظر التوصية ١٧١).

٥- إنفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

١٠٥- تتوخى تشريعات العديد من الدول إمكانية إنشاء حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي. ففي اتفاق الحساب المصرفي، يعتبر المصرف عادة مدينا للمودع وملزما بأن يدفع له عند الطلب كل المبلغ المودع أو جزءا منه. ولأنّ قانون الأعمال المصرفية مرتبط ارتباطا وثيقا بممارسات تجارية متطورة للغاية، يوصي *الدليل* بالإحالة إلى قانون الأعمال المصرفية، كما ينص على ضمانات إضافية للمصارف التي يحتمل أن يكون المودعون لديها قد منحوا حقوقا ضمانية في حقوقهم في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي (انظر التوصيات ٣٢ و٤٩ و١٠٣ و١٠٤ و١٢٥ و١٢٦). فهو يوصي، على سبيل المثال، بأنه حتى إذا كان المودِع قد أبرم اتفاقا ضمانيا مع دائن، فإن المصرف الوديع: *(أ)* تكون له نفس الحقوق والالتزامات في علاقته مع المودِع؛ *(ب)* وتكون له نفس الحقوق في المقاصة؛ *(ج)* ولا يكون ملزما بالسداد لأي شخص عدا الشخص المسيطر على الحساب؛ *(د)* ولا يكون ملزما بالاستجابة لأي طلبات للحصول على معلومات (انظر التوصيتين ١٢٥ و١٢٦).

١٠٦- وإذا كانت الموجودات المرهونة هي حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، فيجوز للدائن المضمون، في العديد من الدول، أن يحصِّل هذه الأموال أو أن يُنفذ بطريقة أخرى حقه في تقاضيها بعد التقصير أو حتى قبله إذا اتفق على ذلك مع المانح. ويحدث الإنفاذ عادة بأن يقدّم الدائن المضمون إلى المصرف توجيهات بنقل الأموال إلى حسابه، أو بأن يسحب المبالغ المودعة في الحساب. والأساس المنطقي لهذه القاعدة هو أنّ الموجودات المرهونة هي الحق في تقاضي الأموال المودعة في الحساب المصرفي وأنّ إلزام الدائن المضمون بأن ينفذ حقه الضماني ببيع الحق في تقاضي الأموال أو بأخذ ذلك الحق على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون لا يأتي بالنتائج المرجوة. وتماشيا مع هدف تعزيز المرونة والكفاءة في الإنفاذ، يوصي *الدليل* بالسماح للدائنين الذين يقومون بإنفاذ حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي أن يفعلوا ذلك بتحصيل الأموال المودعة في ذلك الحساب (انظر التوصية ١٧٣).

١٠٧- وتشترط الدول في بعض الأحيان على الدائن المضمون أن يحصل على أمر قضائي قبل إنفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي. وهذا الاشتراط مفهوم في الحالات التي يكون فيها الدائن المضمون قد حصل على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة من خلال التسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام. والهدف هو حماية المصارف من الاضطرار إلى البت فيما يتعلق بأحقية الدائنين المنفذين في تقاضي الأموال. لكن إذا كان المصرف على علم بوجود الحق الضماني بسبب

دخول المصرف في اتفاق سيطرة مع الدائن المضمون فسيكون اشتراط الأمر القضائي إجراء شكليا لا داعي له. ولهذا السبب يوصي *الدليل* بأنه في حال الدخول في اتفاق سيطرة لا يحتاج الدائن المضمون أن يحصل على أمر قضائي لكي يبدأ في الإنفاذ (انظر التوصية ١٧٤). والعكس بالعكس، ففي حال عدم الدخول في اتفاق من هذا القبيل، يوصي *الدليل* باشتراط الحصول على أمر قضائي، ما لم يوافق المصرف تحديداً على قيام الدائن المضمون بالتحصيل (انظر التوصية ١٧٥).

١٠٨- وكثيرا ما يكون الدائن المضمون هو في الواقع المصرف الوديع ذاته. وهنا لا يعود ثمة لزوم لعملية الإنفاذ الرسمية المنطوية على القيام بفعل محدد لتحصيل الأموال واحتيازها لسداد الالتزام المضمون. فلدى التقصير، يقوم المصرف الوديع، في العادة، متصرّفا بوصفه دائنا مضمونا، بتنفيذ حقه في المقاصة، فيستخدم الأموال الموجودة في الحساب استخداما مباشرا لسداد الالتزام المضمون محلّ التقصير. وتماشيا مع هذه الممارسة، يوصي *الدليل* بألاّ يتأثر إنفاذ حق المصرف الوديع في المقاصة بأي حقوق ضمانية قد تكون لدى المصرف في حق تقاضي الأموال المودعة في ذلك الحساب (انظر التوصية ١٢٥، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٦- *إنفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل*

١٠٩- تسمح بعض الدول للأشخاص الذين لديهم حق المطالبة بالسداد ("السحب") بمقتضى تعهّد مستقل بأن يمنحوا ضمانا في حق تقاضي عائدات حق السحب ذلك. ويوصي *الدليل* بجواز إنشاء حقوق ضمانية في حق تقاضي هذه العائدات، رهنا بمجموعة من القواعد التي تحكم الالتزامات بين الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمّى والدائن المضمون (انظر التوصيات ٢٧ و٤٨ و٥٠). ولأنّ القانون والممارسات التجارية التي تحكم التعهدات المستقلة شديدة التخصص يوصي *الدليل* باعتماد عدد من القواعد التي يقصد بها أن تجسِّد ما هو قائم من قوانين وممارسات (انظر التوصيات ١٢٧-١٢٩). وبالتالي، عندما ينشأ الحق الضماني تلقائيا، على سبيل المثال، لا ينبغي أن يكون من الضروري أن يقوم المانح بعملية نقل مستقلة لكي يُنفِذ الدائن المضمون حقا ضمانيا في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل.

١١٠- والممارسة العامة التي تتبعها الدول هي السماح للدائن المضمون الذي يكون حقه الضماني هو حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل بأن يحصِّل هذه العائدات أو يُنفِذ بطريقة أخرى حقه في تقاضيها بعد التقصير، أو حتى قبله في حال الاتفاق على ذلك مع المانح. غير أن الإنفاذ لا يسمح للدائن المضمون بأن يطالب الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمّى بالسداد (انظر التوصية ٢٧). بل إنّ الإنفاذ يحدث عادة عندما يبلّغ الدائن المضمون الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو شخصا آخر مسمّى بأنّ له الحق في تقاضي أي عائدات تكون بخلاف ذلك مستحقة للمانح. والأساس المنطقي لهذا النهج هو أن الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص الآخر المسمّى لا يمكن أن يكون ملزما تجاه أي شخص سوى المستفيد، ولا يجوز إلاّ للمستفيد أن يطلب سداد التعهّد المستقل. ويتّبع *الدليل* الممارسة المتصلة بالتعهّد المستقل، فهو يوصي بقصر إنفاذ الحق الضماني على تحصيل العائدات بعد أن تكون قد سدّدت دون أن يشمل حق السحب (انظر التوصية ١٧٦).

٧- إنفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول

١١١- يسمح عدد من الدول للمانحين بأن ينشئوا حقا ضمانيا في مستند قابل للتداول. ويوصي *الدليل* بممارسة مماثلة (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية *(أ)*، والتوصية ٢٨). والمستند القابل للتداول نفسه يمثّل الموجودات الملموسة المشمولة بالمستند والمبيّنة فيه، ويسمح لحامله بالمطالبة بتلك الموجودات من مُصدر المستند. وعادة ما يُنفِذ الدائنون المضمونون حقهم الضماني بتقديم المستند إلى المُصدر ومطالبته بالموجودات. ولكن قد تنطبق قواعد خاصة لحفظ حقوق أشخاص معينين بموجب القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول، ويحيل *الدليل* إلى ذلك القانون (انظر التوصية ١٣٠).

١١٢- ويحدث الإنفاذ بين المانح والدائن المضمون عندما يقدّم الدائن المضمون المستند إلى المُصدر. وعند هذه النقطة، يحصل الدائن المضمون على حيازة الموجودات الملموسة، ويكون إنفاذ الحق الضماني عندئذ خاضعا للمبادئ العادية الموصى بها لإنفاذ الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة المشمولة بالصك القابل للتداول (انظر التوصية ١٧٧). وتبعا للاتفاق بين الطرفين، يجوز تقديم هذا المستند إلى المصدِر إما عند التقصير، وإما قبله بإذن من المانح. وإضافة إلى ذلك، ومرة أخرى تبعا للاتفاق بين الطرفين، يجوز للدائن المضمون أن يتصرّف في المستند عند التقصير، أو قبله بإذن من المانح، دون تقديمه إلى المُصدِر، وذلك وفقا لتوصية *الدليل* العامة المتصلة بالإنفاذ. ويجب أن يتم ذلك بحسن نية وبأسلوب معقول تجاريا وأن يستخدم الثمن المقبوض من بيع المستند في الوفاء بالالتزام المضمون.

جيم- التوصيات ١٣١-١٧٧

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بإنفاذ الحق الضماني هو النص على ما يلي:

(أ) توفير طرائق واضحة وبسيطة وناجعة لإنفاذ الحقوق الضمانية، بعد تقصير المدين؛

(ب) توفير طرائق تستهدف تعظيم المبلغ الصافي الذي يُجنى من الموجودات المرهونة، لصالح المانح أو المدين أو أي شخص آخر يتعيّن عليه سداد الالتزام المضمون، والدائن المضمون، والدائنين الآخرين الذين لهم حق في الموجودات المرهونة؛

(ج) توفير طرائق قضائية سريعة، وكذلك، رهنا بتوافر ضمانات مناسبة، طرائق غير قضائية، من أجل تمكين الدائن المضمون من ممارسة حقوقه.

١- توصيات عامة

المعيار العام للسلوك في سياق الإنفاذ

١٣١- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على أي شخص أن يتصرّف بنيّة حسنة وبطريقة معقولة تجاريا لدى إنفاذ حقوقه والوفاء بالتزاماته بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ.

حدود استقلالية الطرفين

١٣٢- ينبغي أن ينص القانون على أن المعيار العام للسلوك المنصوص عليه في التوصية ١٣١ لا يمكن التنازل عنه انفراديا أو تغييره بالاتفاق في أي وقت.

١٣٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصية ١٣٢، يجوز للمانح ولأي شخص آخر يتعين عليه سداد الالتزام المضمون أو الوفاء به بأي شكل آخر أن يتنازل انفراديا عن أي حق من حقوقه بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ أو أن يُغيّر تلك الحقوق بالاتفاق، ولكن لا يجوز له ذلك إلا بعد التقصير.

١٣٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصية ١٣٢، يجوز للدائن المضمون أن يتنازل انفراديا عن أي حق من حقوقه بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ أو أن يغير تلك الحقوق بالاتفاق.

١٣٥- ينبغي أن ينص القانون على أن تغيير الحقوق بالاتفاق لا يجوز أن يؤثّر سلبا في حقوق أي شخص ليس طرفا فيه. ويتحمّل عبء الإثبات أي شخص يطعن في نفاذ ذلك الاتفاق بحجة أنه يتضارب مع التوصية ١٣٢ أو ١٣٣ أو ١٣٤.

المسؤولية

١٣٦- ينبغي أن ينص القانون على أن أي شخص لا يفي بالتزاماته بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ يكون مسؤولا عن دفع تعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم وفائه بتلك الالتزامات.

الانتصاف القضائي وغير القضائي في حال عدم الامتثال

١٣٧- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يحقّ للمدين أو المانح أو أي شخص آخر ذي مصلحة (كالدائن المضمون الذي تقل مرتبته في الأولويه عن مرتبة الأولوية التي يتمتع بها الدائن المضمون المنفذ أو أي كفيل أو أي شريك في ملكية الموجودات المرهونة، على سبيل المثال) أن يقدّم في أي وقت إلى محكمة أو إلى سلطة أخرى طلبا للانتصاف من الدائن المضمون الذي لم يمتثل لالتزاماته بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ.

الإجراءات القضائية المعجّلة

١٣٨- ينبغي أن ينص القانون على إمكانية اتخاذ إجراءات قضائية معجّلة مراعاةً للحالات التي يتقدّم فيها الدائن المضمون أو المانح أو أي شخص آخر يستحق عليه الوفاء بالالتزام المضمون أو يدّعي أن له حقا في موجودات مرهونة، إلى محكمة أو أي سلطة أخرى بطلب يتعلق بممارسة الحقوق اللاحقة للتقصير.

حقوق المانح اللاحقة للتقصير

١٣٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحقّ للمانح، بعد التقصير، أن يمارس واحدا أو أكثر من الحقوق التالية:

(أ) سداد الالتزام المضمون سدادا كاملا والحصول على تحرير كل الموجودات المرهونة من الحق الضماني، وفقا لما تنص عليه التوصية ١٤٠؛

(ب) التقدّم إلى محكمة أو سلطة أخرى بطلب للانتصاف إذا كان الدائن المضمون لا يمتثل لالتزاماته بمقتضى أحكام هذا القانون، وفقا لما تنص عليه التوصية ١٣٧؛

(ج) عرض اقتراح على الدائن المضمون، أو رفض اقتراح الدائن المضمون، بأن يحصل الدائن المضمون على أحد الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون، وفقا لما تنص عليه التوصيتان ١٥٨ و١٥٩؛

(د) ممارسة أي حق آخر منصوص عليه في الاتفاق الضماني أو في أي قانون.

انتهاء الحق الضماني بعد الوفاء الكلي بالالتزام المضمون

١٤٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للمدين أو المانح أو أي شخص آخر ذي مصلحة (كالدائن المضمون الذي تقلّ أولوية حقه الضماني عن أولوية الحق الضماني الذي يتمتع به الدائن المضمون المنفِذ، أو أي كفيل، أو أي شريك في ملكية الموجودات المرهونة، على سبيل المثال) أن يفي بالالتزام المضمون وفاء كاملا، بما في ذلك سداد تكاليف الإنفاذ المتكبدة حتى تاريخ الوفاء الكامل. ويجوز ممارسة هذا الحق إلى حين تصرّف الدائن المضمون في الموجودات المرهونة أو احتيازه إياها أو تحصيله قيمتها أو إبرامه اتفاقا يخوله التصرّف فيها، أيّ هذه الأحداث جاء أولا. وإذا أُنهيت جميع التزامات تقديم قروض ائتمانية، ينتهي الحقُّ الضماني في جميع الموجودات المرهونة بالوفاء الكامل بالالتزام المضمون، رهنا بأية حقوق في الحلول لصالح الشخص الذي يفي بالالتزام المضمون.

حقوق الدائن المضمون اللاحقة للتقصير

١٤١- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، أن يمارس واحدا أو أكثر من الحقوق التالية فيما يتعلق بالموجودات المرهونة:

(أ) الحصول على حيازة الموجودات المرهونة الملموسة، وفقا لما تنص عليه التوصيتان ١٤٦ و١٤٧؛

(ب) بيع الموجودات المرهونة أو التصرّف فيها على نحو آخر أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها، وفقا لما تنص عليه التوصيتان ١٤٨-١٥٥؛

(ج) الاقتراح بأن يحتاز الدائن المضمون الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون، وفقا لما تنص عليه التوصيات ١٥٦-١٥٨؛

(د) إنفاذ حقه الضماني في ملحقات، على النحو المنصوص عليه في التوصيتين ١٦٥ و١٦٦؛

(هـ) تحصيل قيمة الحق الضماني في الموجودات المرهونة التي تكون في شكل مستحَق أو صك قابل للتداول أو حق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو حق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل أو إنفاذ ذلك الحق الضماني بطريقة أخرى، على النحو المنصوص عليه في التوصيات ١٦٧-١٧٦؛

(و) إنفاذ الحقوق بمقتضى مستند قابل للتداول، على النحو المنصوص عليه في التوصية ١٧٧؛

(ز) ممارسة أي حق آخر منصوص عليه في الاتفاق الضماني (باستثناء ما يتعارض مع أحكام هذا القانون) أو في أي قانون آخر.

الطرائق القضائية وغير القضائية لممارسة الحقوق اللاحقة للتقصير

١٤٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون أن يمارس، بعد التقصير، حقوقه المنصوص عليها في التوصية ١٤١ إما بتقديم طلب إلى محكمة أو سلطة أخرى وإما بدون تقديم طلب إلى محكمة أو سلطة أخرى. وتخضع ممارسة الدائن المضمون حقوقه خارج نطاق القضاء للمعيار العام للسلوك المنصوص عليه في التوصية ١٣١ وللشروط المنصوص عليها في التوصيات ١٤٧-١٥٥ فيما يتعلق بالحصول على حيازة موجود مرهون والتصرف فيه خارج نطاق القضاء.

الحقوق التراكمية اللاحقة للتقصير

١٤٣- ينبغي أن ينص القانون على أن ممارسة أحد الحقوق اللاحقة للتقصير لا تحول دون ممارسة حق آخر، ما لم تكن ممارسة أحد الحقوق قد جعلت من المستحيل ممارسة حق آخر.

الحقوق اللاحقة للتقصير فيما يتعلق بالالتزام المضمون

١٤٤- ينبغي أن ينص القانون على أن ممارسة حق لاحق للتقصير فيما يتعلق بموجودات مرهونة لا تحول دون ممارسة حق لاحق للتقصير فيما يتعلق بالالتزام المضمون بتلك الموجودات، والعكس بالعكس.

حق الدائن المضمون ذي المرتبة الأعلى في تولي الإنفاذ

١٤٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون الذي تفوق أولوية حقه الضماني أولوية الحق الضماني الذي يتمتع به الدائن المضمون المنفذ أو الدائن بحكم القضاء المنفذ، عندما يكون الدائن المضمون قد بدأ الإنفاذ باتخاذه أيا من الإجراءات المبيّنة في الأحكام المتعلقة بالإنفاذ أو يكون الدائن بحكم القضاء قد اتخذ الخطوات المشار إليها في التوصية ٨٤ (الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني)، أن يتولى عملية الإنفاذ في أيّ وقت قبل التصرّف في الموجودات المرهونة أو احتيازها أو تحصيل قيمتها أو إبرام الدائن المضمون المنفذ اتفاقا يخوّله التصرّف فيها، أي هذه الأحداث جاء أولا. ويشمل الحق في عملية الإنفاذ الحق في الإنفاذ بأي طريقة متاحة بمقتضى توصيات هذا الفصل.

حق الدائن المضمون في احتياز الموجودات المرهونة

١٤٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، احتياز الموجودات الملموسة المرهونة.

الحصول خارج نطاق القضاء على حيازة الموجودات المرهونة

١٤٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه لا يحق للدائن المضمون أن يختار الحصول على حيازة موجودات ملموسة مرهونة دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى إلا إذا:

(أ) وافق المانح في الاتفاق الضماني على أن يحصل الدائن المضمون على الحيازة دون أن يلجأ إلى محكمة أو سلطة أخرى؛

(ب) وجّه الدائن المضمون إلى المانح وأي شخص حائز للموجودات المرهونة إشعارا بالتقصير وباعتزام الدائن المضمون أن يحصل على الحيازة دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى؛

(ج) لم يعترض المانح أو أي شخص حائز للموجودات المرهونة وقت سعي الدائن المضمون إلى الحصول على حيازتها.

التصرف خارج نطاق القضاء في الموجودات المرهونة

١٤٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، أن يبيع الموجودات المرهونة أو يتصرّف فيها على نحو آخر أو يؤجّرها أو يرخّص باستخدامها، بقدر حقوق المانح في هذه الموجودات، دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى. ورهنا بمعيار السلوك المنصوص عليه في التوصية ١٣١، يجوز للدائن المضمون الذي يختار ممارسة هذا الحق أن يختار طريقة التصرّف أو الإيجار أو الترخيص وأسلوبه وتوقيته ومكانه وسائر جوانبه.

الإشعار المسبق بالتصرّف في الموجودات المرهونة خارج نطاق القضاء

١٤٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على الدائن المضمون، بعد التقصير، أن يوجّه إشعارا باعتزامه بيع الموجودات المرهونة أو التصرّف فيها على نحو آخر أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها دون تقديم طلب إلى محكمة أو سلطة أخرى. ولا يلزم توجيه الإشعار إذا كانت الموجودات المرهونة قابلة للتلف، أو قد تتدنى قيمتها سريعا، أو كانت من نوع يُباع في سوق معترف بها.

١٥٠- ينبغي أن ينص القانون على قواعد تكفل أن يكون بالوسع توجيه الإشعار المشار إليه في التوصية ١٤٩ بطريقة ناجعة وموثوقة ومناسبة التوقيت، بغية حماية المانح أو الأطراف الأخرى ذات المصلحة، وفي الوقت نفسه تجنّب أن يكون هناك أثر سلبي على سبل انتصاف الدائن المضمون وصافي القيمة التسييليّة المحتملة للموجودات المرهونة.

١٥١- فيما يتعلق بالإشعار المشار إليه في التوصية ١٤٩، ينبغي:

(أ) أن ينص القانون على وجوب توجيه إشعار إلى كل من:

'١' المانح والمدين وأي شخص آخر يتعين عليه الوفاء بالالتزام المضمون؛

'٢' أي شخص له حقوق في الموجودات المرهونة يبلغ الدائنَ المضمون بتلك الحقوق كتابة قبل أكثر من [يحدّد عدد من الأيام] من إرسال الدائن المضمون الإشعار إلى المانح؛

'٣' أي دائن مضمون آخر قام، قبل أكثر من [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام من إرسال الإشعار إلى المانح، بتسجيل إشعار فيما يتعلق بحق ضماني في الموجودات المرهونة، مفهرس تحت مُحدِّد هوية المانح؛

'٤' أي دائن مضمون آخر كان حائزا للموجودات المرهونة في الوقت الذي احتاز فيه الدائن المضمون المنفِذ هذه الموجودات؛

(ب) أن يبيّن القانون الطريقة التي يجب اتباعها في توجيه الإشعار وتوقيته والحد الأدنى لمحتوياته، بما في ذلك ما إذا كان يجب أن يتضمّن الإشعار بيانا محاسبيا بالمبلغ المستحق حينئذ وإشارة إلى حق المدين أو المانح في الحصول على تحرير الموجودات المرهونة من الحق الضماني على النحو المنصوص عليه في التوصية ١٤٠؛

(ج) أن ينص القانون على أن يكون الإشعار محررا بلغة يُتوقع على نحو معقول أن تُعلِم متلقّيه بمحتوياته. ويكفي أن يكون الإشعار الموجّه إلى المانح محررا بلغة الاتفاق الضماني الجاري إنفاذه.

توزيع عائدات التصرّف في الموجودات المرهونة

١٥٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على الدائن المضمون المنفِذ، في حالة التصرّف في الموجودات المرهونة خارج نطاق القضاء، أن يستخدم صافي العائدات المتأتية من هذا الإنفاذ (بعد خصم تكاليفه) في استيفاء الالتزام المضمون. وباستثناء ما هو منصوص عليه في التوصية ١٥٣، يجب على الدائن المضمون المنفِذ أن يدفع أي فائض يتبقى بعد ذلك الاستخدام إلى أي مطالب منافس ذي أولوية أدنى كان قد وَجَّه إلى الدائن المضمون المنفِذ، قبل أي توزيع للفائض، إشعارا بمطالبته، في حدود مبلغ تلك المطالبة. ويجب أن يُرَدّ إلى المانح أي رصيد يتبقى بعد ذلك.

١٥٣- ينبغي أن ينص القانون أيضا على أنه، في حالة التصرّف في موجودات مرهونة خارج نطاق القضاء، وسواء أكان أم لم يكن هناك نزاع بشأن حق أي مطالب منافس أو بشأن أولوية السداد، يجوز للدائن المضمون المنفِذ، وفقا للقواعد الإجرائية المنطبقة عموما، أن يدفع الفائض إلى سلطة قضائية مختصة أو سلطة مختصة أخرى أو إلى صندوق إيداع عمومي لتوزيعه. وينبغي أن يوزَّع الفائض وفقا لأحكام هذا القانون المتعلقة بالأولوية.

١٥٤- ينبغي أن ينص القانون على أن توزيع العائدات الناشئة عن تصرّف قضائي أو عن عملية إنفاذ أخرى مُدارة رسميا يتعيّن أن يجري عملا بالقواعد العامة التي تحكم إجراءات التنفيذ في الدولة ، ولكن وفق أحكام هذا القانون المتعلقة بالأولوية.

١٥٥- ينبغي أن ينص القانون على أن يظل المدين وأي شخص آخر يستحق عليه سداد الالتزام المضمون مسؤولا عن أي نقص يتعين سداده بعد استخدام صافي عائدات الإنفاذ في استيفاء الالتزام المضمون.

احتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون

١٥٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون، بعد التقصير، أن يقترح كتابة أن يحتاز واحدا أو أكثر من الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون.

١٥٧- فيما يتعلق بالاقتراح المشار إليه في التوصية ١٥٦، ينبغي:

(أ) أن ينص القانون على أن الاقتراح يجب أن يرسَل إلى كل من:

'١' المانح والمدين وأي شخص آخر يتعين عليه سداد الالتزام المضمون أو الوفاء به على نحو آخر (كالكفيل مثلا)؛

'٢' أي شخص له حقوق في الموجودات المرهونة قام، قبل أكثر من [يُحدّد عدد من الأيام] من إرسال الدائن المضمون اقتراحه إلى المانح، بإبلاغ الدائن المضمون كتابة بتلك الحقوق؛

'٣' أي دائن مضمون آخر قام، قبل أكثر من [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام من إرسال الاقتراح إلى المانح، بتسجيل إشعار بشأن حق ضماني في الموجودات المرهونة، مفهرس تحت مُحدِّد هوية المانح؛

'٤' أي دائن مضمون آخر كان حائزا للموجودات المرهونة وقت احتياز الدائن المضمون لها؛

(ب) أن ينص القانون على أن الاقتراح يجب أن يحدِّد المبلغ المستحق حتى تاريخ إرسال الاقتراح ومبلغ الالتزام المقترح استيفاؤه باحتياز الموجودات المرهونة.

١٥٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون أن يحتاز الموجودات المرهونة، وفقا لما تنص عليه التوصية ١٥٦، ما لم يتلقّ اعتراضا كتابيا من أي شخص يحق له تسلُّم اقتراح بموجب التوصية ١٥٧ في غضون [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام، بعد إرسال الاقتراح. وفي حالة الاقتراح باحتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الجزئي بالالتزام المضمون، تلزم موافقة إيجابية من كل شخص وُجِّه إليه الاقتراح.

١٥٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للمانح أن يقدّم اقتراحا مثل الاقتراح المشار إليه في التوصية ١٥٦، وإذا قبِله الدائن المضمون وجب عليه التصرّف وفقا لما تنص عليه التوصيتان ١٥٧ و١٥٨.

الحقوق المكتسبة من خلال تصرّف قضائي

١٦٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا تصرّف الدائن المضمون في الموجودات المرهونة من خلال إجراء قضائي أو إجراء إداري رسمي آخر، حُدِّدت الحقوق التي يكتسبها المنقول إليه بمقتضى القواعد العامة التي تحكم إجراءات التنفيذ لدى الدولة.

الحقوق المكتسبة من خلال تصرّف خارج نطاق القضاء

١٦١- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا باع الدائن المضمون الموجودات المرهونة أو تصرف فيها على نحو آخر دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى، وفقا للقانون، فإن أي شخص يحصل على حق المانح في الموجودات يأخذ الموجودات رهنا بالحقوق التي لها أولوية على الحق الضماني الذي يمتلكه الدائن المضمون المنفِذ، ولكن خالية من حقوق الدائن المضمون المنفِذ وأي مطالب منافس تكون لحقه أولوية أدنى من أولوية حق الدائن المضمون المنفِذ. وتنطبق القاعدة ذاتها على الحقوق في الموجودات المرهونة التي يكتسبها الدائن المضمون الذي احتاز هذه الموجودات على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون.

١٦٢- ينبغي أن ينصّ القانون على أنه، إذا أجّر الدائن المضمون الموجودات المرهونة أو رخَّص باستخدامها دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى، وفقا لهذا القانون، حَقَّ للمستأجر أو المرخَّص له أن يستفيد من الإيجار أو الترخيص خلال فترة الإيجار أو الترخيص، باستثناء الحقوق التي لها أولوية على الحق الذي يمتلكه الدائن المضمون المنفِذ.

١٦٣- ينبغي أن ينصّ القانون على أنه، إذا قام الدائن المضمون، على نحو لا يتفق مع التوصيات الواردة في هذا الفصل، ببيع الموجودات المرهونة أو التصرّف فيها على نحو آخر أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها، فإن محتاز الموجودات المرهونة أو مستأجرها أو المرخَّص له باستخدامها الحسنَ النية يحصل على الحقوق أو المزايا المبيّنة في التوصيتين ١٦١ و١٦٢.

التداخل بين نظم الإنفاذ الخاصة بالممتلكات المنقولة وغير المنقولة

١٦٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يجوز للدائن المضمون أن يختار إنفاذ الحق الضماني في ملحقات الممتلكات غير المنقولة وفقا للتوصيات الواردة في هذا الفصل أو للقانون الذي يحكم إنفاذ الرهون على الممتلكات غير المنقولة؛

(ب) إذا كان الالتزام مضمونا بموجودات منقولة وبممتلكات غير منقولة تخص المانح، جاز للدائن المضمون أن يختار إنفاذ:

'١' الحق الضماني في الموجودات المنقولة بمقتضى أحكام إنفاذ الحق الضماني في الموجودات المنقولة والرهن على الممتلكات غير المنقولة بمقتضى القانون الذي يحكم إنفاذ الرهون على الممتلكات غير المنقولة؛ أو

'٢' كلا الحقين بمقتضى القانون الذي يحكم إنفاذ الرهون على الممتلكات غير المنقولة.

إنفاذ الحق الضماني في الملحقات

١٦٥- ينبغي أن ينص القانون على أن الدائن المضمون الذي له حق ضماني في ملحق بممتلكات غير منقولة لا يحق له أن ينفذ حقه الضماني إلا إذا كانت له أولوية على حقوق منافسة في الممتلكات غير المنقولة. ويحق للدائن الذي له حق منافس في الممتلكات غير المنقولة ولكن له أولوية أدنى مرتبة أن يسدّد كامل مبلغ الالتزام المكفول بالحق الضماني للدائن المضمون المنفذ في الملحق. ويكون الدائن المضمون المنفذ مسؤولا عن أي ضرر يلحق بالممتلكات غير المنقولة جراء عملية الإزالة، عدا ما يطرأ على تلك الممتلكات من نقص في القيمة لسبب وحيد يعزى إلى زوال الملحق.

١٦٦- ينبغي أن ينص القانون على أن الدائن المضمون الذي له حق ضماني في ملحق بموجودات منقولة يحق له أن ينفذ حقه الضماني في ذلك الملحق. ويحق للدائن الذي له أولوية أعلى مرتبة أن يتولى السيطرة على عملية الإنفاذ، وفقا لما تنص عليه التوصية ١٤٥. ويحق للدائن الذي له أولوية أدنى مرتبة أن يسدّد كامل مبلغ الالتزام المكفول بالحق الضماني الذي يمتلكه الدائن المضمون المنفذ في الملحق. ويكون الدائن المضمون المنفذ مسؤولا عن أي ضرر يلحق بالموجودات المنقولة جراء عملية الإزالة، عدا ما يطرأ عليها من نقص في القيمة لسبب وحيد يعزى إلى زوال الملحق.

٢- توصيات تخص موجودات معينة

انطباق الفصل المتعلق بالإنفاذ على النقل التام للمستحق

١٦٧- ينبغي أن ينص القانون على أنّ التوصيات الواردة في هذا الفصل لا تنطبق على تحصيل مستحق يحال بواسطة نقل تام أو على إنفاذه على نحو آخر، باستثناء:

(أ) التوصيتين ١٣١ و١٣٢ في حالة النقل التام مع الحق في الرجوع؛

(ب) التوصيتين ١٦٨ و١٦٩.

إنفاذ الحق الضماني في المستحقات

١٦٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه في حالة المستحق المحال بنقل تام، يحق للمحال إليه، رهنا بالتوصيات ١١٧-١٢٣ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، أن يُحَصِّل المستحق أو ينفذه بطريقة أخرى. أما في حالة المستحق المحال بطريقة أخرى غير النقل التام، فيحق للمحال إليه، رهنا بالتوصيات ١١٧-١٢٣، أن يُحَصِّل المستحق أو ينفذه بطريقة أخرى بعد التقصير، أو قبله ولكن بموافقة المحيل.

١٦٩- ينبغي أن ينص القانون على أنّ حق المحال إليه في تحصيل مستحق أو إنفاذه بطريقة أخرى يتضمّن الحق في أن يحصِّل أو أن ينفذ بأي طريقة أخرى أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن تسديد ذلك المستحق.

إنفاذ الحق الضماني في الصك القابل للتداول

١٧٠- ينبغي أن ينص القانون على أن للدائن المضمون الحق بعد التقصير، أو قبل التقصير ولكن بموافقة المانح، ورهنا بالتوصية ١٢٤ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، في أن يحصّل الصك القابل للتداول الذي هو الموجود المرهون أو يُنفذه بطريقة أخرى تجاه الشخص المدين بمقتضى ذلك الصك.

١٧١- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الدائن المضمون في تحصيل صك قابل للتداول أو إنفاذه بطريقة أخرى يشمل الحق في أن يحصِّل أو أن ينفذ بطريقة أخرى أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد ذلك الصك القابل للتداول.

توزيع عائدات التصرّف عندما يكون الموجود المرهون مستحقا أو صكا قابلا للتداول أو مطالبة أخرى

١٧٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على الدائن المضمون المنفذ، في حالة تحصيل مستحق أو صك قابل للتداول أو إنفاذه بطريقة أخرى، أو إنفاذ مطالبة، أن يستخدم صافي العائدات المتأتية من هذا الإنفاذ (بعد خصم تكاليفه) في استيفاء الالتزام المضمون. ويجب على الدائن المضمون المنفذ أن يدفع أي فائض يتبقى بعد ذلك الاستخدام إلى أي مطالب منافس ذي أولوية أدنى كان قد وَجَّه إلى الدائن المضمون، قبل أي توزيع للفائض، إشعارا بمطالبته، وذلك بمقدار تلك المطالبة. ويجب أن يُرَدّ إلى المانح أي رصيد يتبقى بعد ذلك.

إنفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

١٧٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون الذي له حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي أن يقوم، بعد التقصير، أو قبل التقصير ولكن بموافقة المانح، ورهنا بالتوصيتين ١٢٥ و١٢٦ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، بتحصيل تلك الأموال أو بإنفاذ حقه في تقاضيها بطريقة أخرى.

١٧٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون الذي يتولى السيطرة، رهنا بالتوصيتين ١٢٥ و١٢٦ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، أن يُنفذ حقه الضماني دون الحاجة إلى اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى.

١٧٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصيتين ١٢٥ و١٢٦ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، لا يحق للدائن المضمون الذي لا يتولى السيطرة أن يحصّل قيمة الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو يُنفذ هذا الحق بطريقة أخرى تجاه المصرف الوديع إلا بأمر من المحكمة، ما لم يوافق المصرف الوديع على خلاف ذلك.

إنفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل

١٧٦- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يحق للدائن المضمون الذي له حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل، بعد التقصير، أو قبله ولكن بموافقة المانح، ورهنا بالتوصيات ١٢٧-١٢٩ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، أن يحصِّل العائدات المتأتية بمقتضى ذلك التعهّد المستقل أو أن يُنفذ حقه في حق تقاضيها بطريقة أخرى.

إنفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول

١٧٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، أو قبله ولكن بموافقة المانح، ورهنا بالتوصية ١٣٠ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، أن ينفذ أي حق ضماني في مستند قابل للتداول أو موجودات ملموسة مشمولة بذلك المستند.

تاسعا- تمويل الاحتياز

ألف- ملحوظات عامة

١- مقدّمة

١- يمثّل شراء الموجودات الملموسة وبيعها نشاطا أساسيا في الاقتصاد التجاري العصري. فكل منشأة تجارية تقريبا تبيع أو تشتري هذا النوع من الموجودات بين حين وآخر. ولدى بعض المنشآت التجارية، يشكّل احتياز مواد خام ثم تصنيعها وبيعها، أو شراء مخزونات بالجملة لتوزيعها على تجار البيع بالتجزئة أو لإعادة بيعها بالتجزئة، جزءا أساسيا من نشاطها. ولدى منشآت تجارية أخرى، وإن لم يكن شراء وبيع الموجودات الملموسة نشاطا محوريا، فقد يكون رغم ذلك نشاطا مهما ما دامت المنشأة، على سبيل المثال، تتطلب استثمارا في المعدّات التي قد تحتاج إلى زيادة عددها أو الارتقاء بها أو الاستعاضة عنها بمعدّات جديدة من حين إلى آخر.

٢- غير أن احتياز الموجودات الملموسة ليس نشاطا مقصورا على المنشآت التجارية، فالمستهلكون يشترون دوما موجودات ملموسة، من السلع الاستهلاكية المتدنية السعر إلى السلع المعمّرة المتوسطة القيمة كالأثاث والأجهزة الإلكترونية ومعدّات المطبخ، فالموجودات المرتفعة القيمة كالسيارات ومركبات الأنشطة الترويحية.

٣- وفي حين أنّ المنشآت التجارية والمستهلكين يحتازون الموجودات الملموسة في حالات كثيرة بدفع ثمنها نقدا، فهذه الموجودات تُحتاز في حالات كثيرة أخرى بالائتمان. وحيثما تحتاز منشأة تجارية أو يحتاز مستهلك موجودات ملموسة بالائتمان، وتُستخدم الحقوق في الموجودات المحتازة كضمان للائتمان المقدّم، تكون تلك المعاملة شكلا من أشكال المعاملات المضمونة يسمّيه *الدليل* "معاملات تمويل الاحتياز". أما الحق الذي يحتفظ به البائع أو الدائن أو يحصل عليه في الموجودات المحتازة فيمكن تسميته إما حقا ضمانيا احتيازيا وإما حق احتفاظ بالملكية أو حق تأجير تمويلي، تبعا لطابع المعاملة الدقيق.

٤- وليست معاملات تمويل الاحتياز فحسبُ من بين أهم مصادر الائتمان لدى العديد من مشتري الموجودات الملموسة، بل هي بالغة الأهمية أيضا لدى الكثير من البائعين. فعلى سبيل المثال، يقترن بيع السيارات عادة، في العديد من الدول، بمعاملة لتمويل الاحتياز. ولئن كان من النادر أن يدخل المشترون في معاملات من هذا القبيل في مشتريات أخرى، فتوافر التمويل الاحتيازي للمشترين مقوّم أساسي لبائعي السيارات. وثمة جوانب كثيرة تتطابق فيها معاملات تمويل الاحتياز مع المعاملات المضمونة العادية وفقا لوصفها في فصول سابقة من *الدليل*. ولكن لها، من جوانب أخرى، سمات مميزة دفعت الدول إلى وضع قواعد خاصة في عدة حالات. ويتناول هذا الفصل السبل التي يمكن من خلالها للدول أن ترسي نظاما ناجعا وفعّالا لتنظيم جميع أنواع معاملات تمويل الاحتياز.

٥- وعلى وجه التحديد، يناقش هذا الفصل، في الباب ألف-٢ منه، المصطلحات المستخدمة في *الدليل* نظرا لتنوّع أشكال تمويل الاحتياز. وبغية زيادة توضيح جوهر معاملات تمويل الاحتياز، يناقش الباب ألف-٣ خلفيتها التجارية، ويناقش الباب ألف-٤ مختلف النهوج المتّبعة في تمويل الاحتياز في مختلف النظم القانونية. أما الباب ألف-٥ فيبيّن الخيارات السياساتية الرئيسية التي تواجهها الدول

في معرض سنّ تشريعات لتنظيم مختلف أنواع معاملات تمويل الاحتياز. ثم يَستعرض ما تبقّى من الفصل كيفية انطباق مختلف مكوّنات نظام المعاملات المضمونة، التي نوقشت في فصول أخرى من *الدليل*، في حالة تمويل الاحتياز تحديدا. فيتناول في الباب ألف-٦ إنشاء هذه الأدوات (نفاذها بين الطرفين)، وفي الباب ألف-٧ نفاذ تلك الأدوات تجاه الأطراف الثالثة، وفي الباب ألف-٨ أولوية الحقوق على حقوق المطالبين المنافسين، وفي الباب ألف-٩ حقوق الطرفين والتزاماتهما السابقة للتقصير، وفي الباب ألف-١٠ الإنفاذ، وفي الباب ألف-١١ تنازع القوانين، وفي الباب ألف-١٢ المسائل المتعلقة بالفترة الانتقالية، وفي الباب ألف-١٣ المسائل المتعلقة بمعالجة معاملات التمويل الاحتيازي في سياق الإعسار. ويختتم الفصل، في الباب باء، بمجموعة من التوصيات المحدّدة.

٢- *مصطلحات تمويل الاحتياز وتنوّع أشكاله*

٦- نظرا لعدد معاملات تمويل الاحتياز وتنوّعها، من المهم توضيح كيفية استخدام *الدليل* لهذا المصطلح فضلا عن مصطلحات أخرى معيّنة. وتتطابق هذه المصطلحات الأخرى في عدة حالات مع المصطلحات المستخدمة حاليا في الكثير من الدول. وقد اختار *الدليل* عن عمد في هذا الفصل ألاّ يبتدع سلسلة من المصطلحات الجديدة ومن ثم غير المألوفة (باستثناء المصطلح "تمويل الاحتياز"). غير أن المصطلحات المستخدمة هنا يُقصد أن يكون لها نفس المعاني المبيّنة في باب المصطلحات من *الدليل* (انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير)، وقد تختلف هذه المعاني عن معاني نفس المصطلحات المستخدمة في أي دولة معيّنة.

٧- وفي هذا الفصل، يستخدم *الدليل* مفهوم "تمويل الاحتياز" العمومي لكي يشمل طائفة كاملة من المعاملات التي يمكن بسطها لتمكين المشترين من احتياز موجودات ملموسة عن طريق الائتمان. وتوجد معاملة تمويل احتياز حيثما يجوز لشخص (بائع أو مؤجِّر أو مقرِض) أن يطالب بحق ملكية في موجودات ملموسة ليضمن التزام شخص آخر بدفع أي جزء غير مسدّد مِن ثمن شرائها (أو معادله الاقتصادي). والمعاملة التي يحتفظ فيها البائع بملكية (أو حق ملكية) الموجودات المبيعة لمثل ذلك الغرض هي أيضا معاملة تمويل احتياز. ومن ثم، فإن السمات الرئيسية التي تتميّز بها معاملة تمويل الاحتياز ثلاث، وهي: *(أ)* يُستخدم الائتمان لغرض محدد هو تمكين المشتري أو المستأجر من احتياز موجودات ملموسة؛ و*(ب)* تتصل الحقوق المطالَب أو المحتفَظ بها اتصالا مباشرا بالموجودات المحتازة؛ و*(ج)* تنشأ الحقوق المطالَب بها بموجب اتفاق.

٨- ومثلما ذُكر في الباب باء من الفصل الأول من *الدليل*، استحدثت الدول طائفة عريضة من الأدوات القانونية تمكّن مقدمي الائتمان من كفالة قيام المدين بسداد التزامه. ولئن كان بعض هذه الأدوات فحسب ينشئ ما يُعرف تقليديا بالحقوق الضمانية، فكلها يؤدي الوظيفة الاقتصادية المتمثّلة في ضمان الوفاء بالتزام السداد.

٩- وهناك طائفة مماثلة من الأدوات القانونية المتنوّعة المتاحة عادة للدائنين الذين يموّلون احتياز المشترين موجوداتٍ ملموسةً. فالبائع الذي يحتفظ بملكية الموجود المبيع إلى حين أن يسدّد المشتري ثمن الشراء كاملاً (البائع المحتفظ بحق الملكية)، مثلا، يقدّم قرضا ائتمانيا إلى مشتري هذا الموجود ويكون بذلك مموِّلا لاحتياز المشتري ذلك الموجود. وحق الاحتفاظ بالملكية ليس سوى أداة واحدة من بين عدة أدوات متاحة للبائعين. ويجوز أيضا أن ينقل البائع حق الملكية إلى المشتري بشرط أن يسقط حق المشتري في الملكية بأثر رجعي إذا لم يسدّد ثمن الشراء المتّفق عليه (ويُشار إلى هذا الشكل من البيع بالبيع الخاضع لِـ "شرط فاسخ")؛ أو يجوز أن ينقل البائع حق الملكية إلى مشتر، ولكنه يحصل على حق ضماني في الموجود المبيع.

١٠- ولا يمثّل البائعون سوى فئة واحدة من المموّلين الذين يمكن أن يوفروا قروضا ائتمانية لتمكين الأشخاص من احتياز موجودات ملموسة. ويمكن أن يوفر المقرضون بدورهم قرضا ائتمانيا لمشتر من أجل غرض محدد، وهو تمكينه من شراء موجودات من بائع. وفي هذه الحالات، يأخذ المقرِض عادة حقا ضمانيا في الموجود الذي يُشترى، وإن يكن من الجائز أيضا أن يشتري المقرض ذلك الموجود ثم يبيعه إلى المشتري وفق ترتيب للاحتفاظ بحق الملكية أو يحصل على إحالة لمطالبة البائع بسعر الشراء وعلى حق الاحتفاظ بحق الملكية المصاحب لذلك. وبما أنّ من الجائز أن يقدم كلا البائع والمقرض قروضا ائتمانية للمشترين، فمن الممكن أن يطالب أكثر من شخص واحد بحق في موجود معيّن في إطار معاملة تمويل احتياز خاصة بذلك الموجود.

١١- وهناك، فضلا عن ذلك، شكل آخر من أشكال معاملات تمويل الاحتياز قد لا يشتمل حتى على عقد بيع على الإطلاق. فالمؤجّر الذي يؤجِّر موجودا لمستأجر بشروط معادلة اقتصاديا لشروط البيع بالائتمان يوفّر بالمثل تمويلا يمكّن المستأجر من استخدام الموجود الملموس والتمتع به كما لو كان ملكه، حتى وإن كان حق الملكية لا ينتقل أبدا من المؤجّر إلى المستأجر. وتوجد، كما هي الحال مع البائعين، طرائق مختلفة يمكن للمؤجّرين أن يصوغوا بها بنية الاتفاق بحيث يمكّن المستأجر من الحصول على المعادل الاقتصادي لحق الملكية في الموجود المؤجّر. ويسمّي *الدليل* حق المؤجّر في هذه الحالات "حق الإيجار التمويلي" (انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير).

١٢- وأخيرا، من الجائز أن يكون للمقرِض الذي يقدّم قرضا ائتمانيا لمستأجر لغرض سداد مدفوعات الإيجار عند استحقاقها بمقتضى عقد الإيجار الحق، رهنا بشروط هذا القرض، في أن يطالب بحق ضماني احتيازي في الموجود المؤجّر. وإذا كان القرض الائتماني المقدم يمكّن فعلا المستأجر من الدخول في اتفاق الإيجار التمويلي مع المؤجّر، كان المقرِض يقوم في الواقع بتمويل استخدام المستأجر (وحيازته النظرية) لذلك الموجود.

٣- *الخلفية التجارية*

(أ) استعراض عام

١٣- لخّص الباب ألف-٢ من هذا الفصل عددا من الطرائق المختلفة التي يمكن للمشتري أن يموِّل بها احتيازه موجودات ملموسة كالمعدّات والمخزون (سواء كانت من المواد الخام أو المنتجات التامة الصنع). ويناقش هذا الباب، بمزيد من التفصيل، الخلفية التجارية لهذه المعاملات المختلفة وكيف تُنفَّذ فعليا في دول مختلفة. والقصد من هذه المناقشة هو توضيح التشكيلة الكبيرة من المعاملات التي تشمل طائفة عريضة من مقدّمي الائتمان والمستخدمة لتمويل احتياز الموجودات الملموسة، وبيان الطريقة التي يفي بها الكثير من المعاملات بذلك الغرض حتى وإن لم تكن تُسمّى بهذا الاسم. وتهدف هذه المناقشة أيضا إلى إظهار ما يوجد بين الدول التي تستخدم هذه المعاملات المختلفة من تفاوت كبير سواء من حيث نطاق تلك المعاملات أو مفعولها. وأخيرا، تهدف هذه المناقشة، إذْ تنظر بإيجاز في مزايا ومثالب كل من هذه الأنواع التقليدية من المعاملات، إلى تهيئة سياق وأساس منطقي للنهج المعيّن الذي يوصي *الدليل* باتباعه في تمويل الاحتياز.

(ب) الائتمان الاحتيازي غير المضمون والمضمون

١٤- التمييز الأولي الذي ينبغي إجراؤه عند بحث موضوع شراء وبيع الموجودات الملموسة في سياق تجاري هو التمييز بين البيع نقدا والبيع بالائتمان. فأحيانا، يكون لدى المشترين سيولة نقدية كافية

لشراء ما يحتاجون إليه من موجودات نقدا. ولكنّ المنشآت التجارية تشتري عموما جزءا كبيرا من معداتها ومخزونها عن طريق الائتمان.

١٥- وعند شراء موجودات ملموسة بالائتمان، كثيرا ما يحصل المشتري على ائتمان بغير ضمان. وعادة ما يحدث ذلك بإحدى الطريقتين التاليتين: أولا، قد يكتفي المشتري باقتراض مبلغ يعادل ثمن الشراء من طرف ثالث على أساس غير مضمون. وعلى سبيل المثال، قد تكون معاملة البيع، التي هي بحد ذاتها معاملة نقدية، ممولة فعليا بتسهيلات ائتمانية عامة متاحة من المقرِض الرئيسي للمنشأة التجارية. وهذه طريقة بسيطة، ولكنّ تدنّي الجدارة أو السمعة الائتمانية للمشتري قد يجعل من الصعب عليه الحصول على ذلك الائتمان أو يجعل تكلفة ذلك الائتمان فوق طاقته.

١٦- وعوضا عن ذلك، قد يتفق المشتري مع البائع على شراء الموجودات بشروط ائتمانية تسمح للمشتري بالسداد بعد إتمام البيع. وفي هذه الحالة، ينقل البائع حيازة الموجودات وملكيتها إلى المشتري على أن يُسدّد له ثمن الشراء في وقت لاحق إما دفعة واحدة وإما على أقساط تُدفع دوريا. ولا تختلف هذه الطريقة في الواقع عن طريقة الحصول على تمويل من طرف ثالث، ما عدا أن مخاطرة عدم السداد تقع في هذه الحالة على عاتق البائع لا على عاتق الطرف الثالث المموّل. ولكنّ العديد من البائعين لا يستطيعون أو لا يريدون تحمّل مثل هذه المخاطرة غير المضمونة.

١٧- ونتيجة لذلك، يجد كثير من المشترين أن الائتمان الاحتيازي غير المضمون ليس متاحا لهم عمليا، وأنه لا بد لهم بالتالي من تقديم شكل ما من أشكال الضمان لاحتياز الموجودات الملموسة عن طريق الائتمان. ويمكن أن تكون الموجودات المستخدمة كضمان موجودات لدى المشتري غير الموجودات التي يريد حيازتها. فمثلا، يمكن أن تمنح منشأة تجارية حقا ضمانيا في مصنعها أو مستودعها لضمان سداد قرض سيُستخدَم لاحتياز معدّات ومخزونات. ولكنّ الموجود الذي يمكن بداهة أن يؤخذ فيه حق ضماني، وكثيرا ما يكون الموجود الوحيد المتاح للمشتري لهذا الغرض، هو عادة الموجود المراد احتيازه.

١٨- ويمكن أن ينشأ الضمان للتمويل الاحتيازي في الموجودات المراد احتيازها بعدة طرائق مختلفة. ففي بعض الدول، يتمتّع البائعون بحقوق خاصة ناشئة بحكم القانون تمكّنهم من إلغاء البيع واسترجاع الموجودات المبيعة إذا لم يسدّد المشتري ثمن الشراء في غضون فترة زمنية معيّنة بعد التسليم. بينما تعطي دول أخرى البائعين أولوية أو أفضلية قانونية تلقائية في توزيع عائدات بيع قضائي للموجودات التي ورّدوها. غير أن الحق الضماني الذي يطالب به مموّل الاحتياز لا ينشأ بموجب القانون، وإنما ينتج عن اتفاق بين البائع أو المقرِض من جهة والمشتري من الجهة الأخرى.

١٩- وفي واقع الممارسة التجارية، غالبا ما تكون عمليات التمويل الاحتيازي من النوع الذي شُرح على التو. وكما أشير من قبلُ (انظر الفقرات ٨-١٢ أعلاه) يمكن أن تتخذ معاملات تمويل الاحتياز هذه أشكالا كثيرة وأن تشمل مقدّمي ائتمان مختلفين. فعلى سبيل المثال، قد يمنح المشتري، رسميا، حقا ضمانيا في الموجودات لطرف ثالث مموّل؛ أو قد يمنح المشتري، رسميا، ذلك الحق الضماني للبائع؛ أو قد يتفق المشتري مع البائع على آلية قانونية أخرى تكون المعادل الاقتصادي للحق الضماني وإنْ لم تتّخذ شكله. وقد أدّت على مر التاريخ آليتان أخريان من هذا القبيل دورا محوريا في تمويل الاحتياز، واستخدمت كلٌ منهما ملكية الموجودات ضمانا للسداد؛ وهاتان الآليتان هما: *(أ)* احتفاظ البائع بملكية الموجودات إلى حين سداد ثمن الشراء؛ و*(ب)* استخدام معاملة مصوغة في صورة عقد إيجار ومسمّاة كذلك. ويرد بحث كل من هاتين الآليتين بدورها أدناه قبل استعراض آليات تمويل الاحتياز الحديثة المتاحة لكل من البائع والمقرِض.

(ج) الاحتفاظ بالملكية والمعاملات المماثلة

٢٠- قد يرغب بائع معدات ومخزونات في تلبية حاجة زبونه إلى الائتمان بتوريد الموجودات إليه في إطار اتفاق لا تنتقل ملكيتها بمقتضاه إلى المشتري حتى يسدِّد ثمن الشراء بكامله. وفي العديد من الحالات، يجري الاتفاق بين البائع والمشتري من دون أي وسيط. ولكنّ البائع قد يلجأ في بعض الحالات إلى بيع الموجودات لمصرف أو لمؤسسة مالية أخرى ليقبض ثمنها نقدا، وقد يعمد المصرف أو المؤسسة بعدئذ إلى إعادة بيع الموجودات للمشتري بمقتضى اتفاق يعطيهما حق الاحتفاظ بالملكية إلى حين سداد ثمن الشراء بالكامل.

٢١- وتوجد أنواع مختلفة من الاتفاقات التي يمكن للبائعين أن يحتفظوا بمقتضاها بملكية الموجودات المبيعة إلى حين سداد ثمنها بالكامل. وآلية الاحتفاظ بحق الملكية شديدة الشيوع. وفي هذا النوع من المعاملات يكون حق المشتري في الحصول على حق الملكية مشروطا بسداد ثمن الشراء. وإلى ذلك الحين، لا يكون البائع ملزما بنقل ملكية الموجود الذي جرى احتيازه إلى المشتري، وإن كان المشتري يحصل عادة على الفور على حيازة هذا الموجود وعلى الحق في استخدامه.

٢٢- وتسمّى ترتيبات الاحتفاظ بالملكية أحيانا ترتيبات "البيع المشروط". غير أن هذه تسمية خاطئة عموما. ذلك أن البيع نفسه، في معظم المعاملات المسمّاة بالبيع المشروط، لا يكون مشروطا (أي أن اتفاق البيع الفعلي لا يتوقف على وقوع حدث مستقبلي أو غير مؤكد لا صلة له بالبيع ذاته). بل المشروط وحده في هذا "البيع المشروط" هو انتقال الملكية إلى المشتري. فالبائع يحتفظ بملكية الموجود المبيع إلى حين سداد ثمن الشراء بالكامل أو امتثال المشتري لأي شروط أخرى منصوص عليها في اتفاق البيع.

٢٣- وإضافةً إلى ترتيبات الاحتفاظ بالملكية، توجد طائفة متنوّعة من المعاملات الأخرى التي يستخدم فيها البائع ملكية الموجود المبيع كضمان لتحصيل ثمن الشراء غير المسدّد عن الموجود الذي يبيعه. فعلى سبيل المثال، يُرتّب أحيانا احتفاظ البائع بالملكية في صيغة بيع مقرون بفترة زمنية، ولا يحصل انتقال الملكية إلا عند نهاية الفترة الزمنية المنصوص عليها. وفي معاملات أخرى، تسلّم حيازة الموجودات إلى المشترى بمقتضى "وعد بالبيع" أو "خيار الشراء". ويسعى بعض الدول إلى تنظيم هذين النوعين الأخيرين من المعاملات بالنص على أن الوعد بالبيع المقترن بالتسليم معادل للبيع. وأحيانا ينقل البائع فعلا الملكية إلى المشتري وقت البيع، بشرط أن يسقط عن المشتري الحق في الملكية بأثر رجعي إن لم يسدّد ثمن الشراء المتّفق عليه وفقا للشروط المنصوص عليها.

٢٤- والسمة الرئيسية في كل واحدة من تلك الحالات هي أن اتفاق البائع على إرجاء السداد الكامل (أي تقديم ائتمان) يكون محميا إما بتأخير نقل ملكية الموجود إلى المشتري، وإما بنقل الملكية إلى المشتري رهنا بحق البائع باسترجاع الملكية عند تخلّف المشتري عن السداد، وهذه طريقة أقل شيوعا من سابقتها. والفكرة في أي الحالتين هي أن المشتري لا يكتسب نهائيا ملكية الموجود المبيع حتى يسدّد ثمن الشراء بأكمله.

٢٥- ويُستخدم شكل آخر من أشكال المعاملة لأداء الوظيفة الاقتصادية نفسها، وهو "الإرسالية". والبنية النمطية للإرسالية هي على النحو التالي: يحتفظ المرسل (البائع الافتراضي) بملكية الموجودات الملموسة (وهي عادة مخزون يُودع لإعادة بيعه)، ولكنه ينقل حيازتها إلى المرسل إليه. ويكون مصرحا للمرسل إليه ببيعها إلى طرف ثالث. ولدى إتمام هذا البيع، يصبح المرسَل إليه ملزَماً بأن يحيل إلى المرسِل مبلغا متفقا

عليه. وفي حالة الإرسالية الحقيقية، لا يوجد التزام مطلق على المرسل إليه بأن يحتاز الموجود المرسَل وأن يدفع الثمن المتفق عليه؛ بل هو ملزم إما بدفع الثمن المتفق عليه وإما بإعادة الموجودات إلى المرسِل (وهو حق لا يتمتّع به المشتري الحقيقي). ومن ثم، كان من المهم جدا فحص طبيعة التزام المرسَل إليه: فإذا كان المرسل إليه ملزما بأن يسدّد الثمن في كل الأحوال، ولكن مع إرجاء السداد إلى أن يبيع هذه الموجودات وكان المرسل محتفظا بملكية الموجودات لتؤدّي وظيفةً الضمان (على غرار المعاملات القائمة على الاحتفاظ بالملكية)، اندرجت هذه المعاملة عندئذ في فئة معاملات تمويل الاحتياز التي يتناولها هذا الفصل. وعلاوة على ذلك، ستكون هذه المعاملة معاملة تمويل احتيازي حتى في الحالات التي لا تنتقل فيها ملكية الموجودات المرسَلة انتقالا رسميا أبدا إلى المرسَل إليه، بل تنتقل مباشرة من المرسِل إلى الطرف الثالث الذي اشتراها من المرسَل إليه.

٢٦- والأكثر شيوعا من بين الترتيبات المذكورة أعلاه، التي يستخدم فيها البائع ملكية الموجودات المبيعة وسيلة لضمان سداد ثمن الشراء، هي المعاملة القائمة على الاحتفاظ بالملكية. ويمكن في بعض الدول تعديل الصيغة الأساسية لهذه المعاملة من خلال إدراج أنواع مختلفة من الشروط التي تزيد كثيرا من فائدتها كأداة لتمويل الاحتياز. فقد يُسمح للطرفين، مثلا، بأن يتفقا على شرط "جميع الأموال" أو "الحساب الجاري". ووفق هذا النوع من الشروط، يحتفظ البائع بملكية الموجودات المبيعة إلى حين الوفاء بجميع الديون المستحقة على المشتري للبائع (وليس الديون الناشئة عن عقد البيع المعيّن فقط). وهذا ما يعني أنه سيكون بوسع البائع تثبيت حقوقه التي يحتفظ بها في ملكية الموجودات المبيعة تجاه جميع المطالبين الآخرين المحتملين إلى أن يُسدّد له بالكامل ثمن الشراء غير المدفوع عن جميع الموجودات التي باعها لذلك المشتري.

٢٧- وفي بعض الدول، يسمح للطرفين، فضلا عن ذلك، بأن يضيفا شروطا خاصة بـ"المنتجات"، تمتد بمقتضاها ملكية البائع لتشمل أيّ منتجات تُصنع من الموجود الذي احتفظ البائع بملكيته، أو يُعتبر أنّ له حقا ضمانيا فيها. وبالمثل، تسمح بعض الدول بإضافة شروط خاصة بـ"العائدات"، يجوز بمقتضاها للبائعين أن يطالبوا بملكية أي عائدات، كالمستحقات مثلا، تأتي من بيع الموجودات التي احتفظوا بملكيتها أو أن يطالبوا بحق ضماني في تلك العائدات، وإن كان هذا نادرا تماما (للاطلاع على كيفية معاملة العائدات في حالة الحقوق الضمانية العادية، انظر الفصل الثاني المتعلق بإنشاء الحق الضماني، الفقرات ٧٢-٨٥؛ وانظر أيضاً التوصيتين ١٩ و٢٠). وفي معظم الدول التي تسمح بإضافة شروط خاصة بـ"العائدات"، لا يكون حق البائع في هذه العائدات ملكية، بل حقا ضمانيا عاديا لا يتمتّع بأي أولوية خاصة.

٢٨- ولئن وجدت اختلافات كبيرة في المدى الذي تذهب إليه الدول في السماح بتعديل المعاملة الأساسية القائمة على الاحتفاظ بالملكية، فالعديد منها يتخذ موقفا تقليديا في هذا الصدد. إذْ يقيّد القانون الساري في هذه الدول نطاق الملكية التي يحتفظ بها البائع تقييدا صارما. فيجوز، عادةً، المطالبة بذلك الحق: *(أ)* في الموجود الملموس المبيع فقط وليس في أي مستحقات أو عائدات أخرى متأتية من التصرف في هذا الموجود أو الاستعاضة عنه بغيره؛ و*(ب)* ما دامت تلك الموجودات محتفظة بهويتها الأصلية فقط، ولم تتغيّر بعملية التصنيع؛ و*(ج)* لضمان ثمن بيع الموجود المعيّن، وليس لضمان مبالغ أخرى يدين بها المشتري للبائع.

٢٩- وبالنظر إلى الأهمية المحورية المستمرة لأدوات الاحتفاظ بحق الملكية في العديد من الدول (ومع أن العديد من الدول التي تطبّق القانون العام تستخدم المصطلح "البيع المشروط" لوصف هذه الأدوات)، سيُستخدم في هذا الفصل تعبير "حق الاحتفاظ بالملكية" بصفة عامة. وهذا التعبير يشير إلى حق المورِّد

في جميع أنواع معاملات البيع التي لا يحصل فيها المشتري بصفة نهائية على ملكية الموجودات المبيعة له إلى أن يسدّد ثمن الشراء بأكمله.

(د) الإيجار ومعاملات الاستئجار مع خيار الشراء لاحقا والإيجار التمويلي

٣٠- يجوز أيضا أن يلجأ المورِّد إلى استخدام مفهوم الإيجار لتمكين زبائنه من اكتساب حق استخدام الموجودات من دون الاضطرار إلى سداد ثمن شرائها فورا. وكما هي الحال في معاملات البيع، توجد طائفة متنوعة من معاملات الإيجار التي يمكن استخدامها كآليات لتمويل الاحتياز. فمن الجائز في حالات كثيرة أن يكتفي مورِّد معدّات بتأجير قطعة من المعدات إلى منشأة تجارية فتأخذ المنشأة هذه القطعة وتدفع إيجارها شهريا. وفي إطار هذا الترتيب، يحتفظ المورّد بملكية تلك القطعة كمؤجّر وما على المستأجر سوى أن يدفع الإيجار عند استحقاقه. ولئن كان من غير المستبعد أن تستخدم ترتيبات إيجار من هذا القبيل في حالة المواد الخام أو غيرها من المخزونات، فعادة ما تستخدم الأطراف هذه الأنواع من المعاملات لتمكين المنشآت التجارية من احتياز الحق في استخدام معدّات، مثل الآلات والمركبات الآلية والحواسيب والناسخات الضوئية وخزائن العرض والأثاث المكتبي.

٣١- وفي كثير من الحالات، يُبنى اتفاق الإيجار بصيغة تجعله يحقّق المعادل الوظيفي لاتفاق البيع مع الاحتفاظ بالملكية، فمثلا، قد تكون مدة الإيجار هي فترة صلاحية المعدّات المبيعة للاستعمال بحيث يكون المستأجر في نهاية مدة الإيجار قد تمتّع بالحصول على منفعة تعادل المنفعة التي كان سيحصل عليها من تملّك المعدّات، سواء انتقلت أم لم تنتقل ملكيتها قطّ إلى المستأجر، وسواء أكان المستأجر ملزما أم غير ملزم بشراء المُعدَّة في نهاية مدة الإيجار. وبدلاً من ذلك، يمكن أن تقلّ مدة الإيجار عن فترة صلاحية المعدّات للاستعمال، ولكن يكون للمستأجر لدى نهاية مدة الإيجار الخيار في شراء تلك المعدّات بثمن رمزي أو تمديد مدة الإيجار لبقية فترة الصلاحية. ولا يُعمل في بعض الدول بهذا النوع من ترتيبات الإيجار إلا إذا كان المستأجر غير ملزَم بشراء الموجودات المستأجرة بل وليس من حقه شراؤها. وما يميّز الإيجار عن البيع مع الاحتفاظ بالملكية في هذه الدول هو أن الملكية لا تنتقل أبدا. ومع ذلك، فإن وجود أو عدم وجود حق في نهاية المطاف في الحصول على نقل الملكية لا صلة له بما إذا كان ينبغي أن توصف المعاملة بكونها من معاملات تمويل الاحتياز. وحيثما توصف المعاملة بكونها إيجارا، فإن ما يؤهلها حقا لتكون معاملة تمويل احتيازي إنما هو ما إذا كان المستأجر سيحصل بموجبها على حق استخدام الموجود معظم مدة صلاحيته للاستعمال، على الأقل، لقاء مدفوعات إيجار اعتباري تمثل المعادل الاقتصادي لثمنه في حالة بيعه بالتقسيط.

٣٢- وتتحقّق في عدد من الدول نتيجة مماثلة للبيع مع الاحتفاظ بالملكية وذلك من خلال الترتيبات المعروفة باسم "معاملات الإيجار مع خيار الشراء لاحقا". غير أن الدول لا تستخدم كلّها هذا التعبير لتعريف الترتيب نفسه. ففي بعض الدول، يبدأ ترتيب الاستئجار مع خيار الشراء لاحقا بأن ينتقي المستأجر (المستأجر مع خيار الشراء لاحقا) المعدّات لدى مورِّدها (المؤجّر مع خيار البيع لاحقا). ثم يلجأ المستأجر بعد ذلك إلى تقديم طلب إلى شركة مؤجّرة (هي عادة مؤسسة مالية أو فرع تابع لها) من أجل شراء المعدّات من المورّد نقدا وتأجيرها له (المستأجر مع خيار الشراء لاحقا). وعلى غرار الإيجارات التمويلية العادية، كثيرا جدا ما تكون مدة هذا الإيجار شاملة لمدة صلاحية المعدّات للاستعمال، وفي نهاية مدة الإيجار تؤول ملكية هذه المعدات تلقائيا إلى المستأجر أو يكون له خيار شرائها بمبلغ إسمي. ويستخدم هذا التعبير في دول أخرى لينسحب على المعاملات التي تستأجر فيها منشأة تجارية الموجودات مباشرة من الصانع وتحصل تلقائيا على ملكيتها أو يكون لها خيار شرائها في نهاية مدة الإيجار. ومن

المقصود لأغراض هذا *الدليل* أن يشمل هذا التعبير أي معاملة تبدأ كترتيب إيجار ولكن يُتوخّى فيها اكتساب المستأجر ملكية الموجودات في نهاية مدة الإيجار.

٣٣- ويوجد صنف آخر أيضا من معاملات تمويل الاحتياز التي تأخذ شكل الإيجار، وهو ما يوصف في الكثير من الدول بـ "الإيجار التمويلي". وتمنح الإيجارات التمويلية في هذه الدول مزايا ضريبية خاصة لها أثرها الاقتصادي في تخفيض التكلفة على المستأجر. وسواء أكان اتفاق الإيجار التمويلي ترتيبا ثنائيا بين طرفين هما مؤجّر ومستأجر أم كان ترتيبا ثلاثي الأطرف يشمل طرفا ثالثا مموِّلا يحصل على الموجود ثم يؤجّره إلى المستأجر، فإن المعاملة تأخذ شكل الإيجار. ولكن بالرغم من شكل المعاملة، فإن الواقع الاقتصادي هو أن المستأجر في كلتا الحالتين يسدّد ثمن الشراء الاعتباري للمعدّات على أقساط، بينما يبقى المؤجّر هو المالك إلى حين سداد الثمن بالكامل. ولكن من الجدير بالملاحظة أن الآثار الاقتصادية لهذه المعاملة باعتبارها آلية تمويل احتيازي لا تتصل بالضرورة بكيفية توصيف الإيجار التمويلي لأغراض الضرائب. وتبعا لذلك، فإن المعاملة قد تكون إيجارا تمويليا لأغراض المعاملات المضمونة وإن لم تكن هكذا لأغراض الضرائب، والعكس بالعكس (انظر المقدمة، الفقرتين ٢٦ و٢٧).

٣٤- وفي الدول التي تستخدم عموما المعاملات التي تأخذ شكل الإيجار كأدوات لتمويل الاحتياز، لا تُستعمل مصطلحات مختلفة فحسبُ لوصف هذه المعاملات، بل تختلف فيها أيضا التبعات التي تترتّب على استخدامها. ففي بعض الدول، يستطيع المستأجر أن يبيع الموجودات المستأجرة، ويمكن للمشتري الحسن النية أن يثبّت ملكية الموجودات تجاه المؤجّر. ولكن يجوز في بعضٍ من هذه الدول للمؤجّر أن يطالب بحق في عائدات البيع. ويجوز له دائما في دول أخرى أن يطالبَ بحقه تجاه شخص يدّعي أنه حصل على الموجودات من المستأجر. إضافةً إلى ذلك، يستطيع المؤجّر في بعض الدول أن يطالب باسترداد الموجودات من دون الحاجة إلى أمر قضائي في حالة تقصير المستأجر. وفي دول أخرى يجب على المؤجّر أن يسعى أولاً إلى إنهاء العقد رسميا والمطالبة قضائيا باسترداد الحيازة. وأخيرا، فإن هذه المعاملات محكومة في بعض الدول بقواعد إلزامية صارمة، بينما تُكيّف في دول أخرى ترتيبات الاستئجار المحدّدة بحسب متطلّبات التدفّق النقدي الخاص بالمستأجر ذاته ونظام الضرائب في الدولة والاحتياجات الأخرى للمؤجّر والمستأجر.

٣٥- وتبيّن المناقشة الواردة أعلاه عِظم التنوّع في هذه المعاملات الإيجارية. وبحسب طبيعة المعدّات المعنيّة، قد تتراوح مدة الإيجار بين بضعة أشهر وعدة سنوات، وقد تتراوح الوحدات المستأجرة بين معدّات مرتفعة القيمة، مثل الطائرات، ومعدّات أدنى قيمة مثل الحواسيب. ولكن في جميع الحالات، ومهما كان التعريف المنسوب إلى الإيجار التمويلي من أجل أغراض ضريبية أو محاسبية في أية دولة، فسيُستخدم تعبير "حق الإيجار التمويلي" في هذا الفصل استخداما عاما للإشارة إلى جميع المعاملات التي تأخذ شكل الإيجار ولكنها في الواقع الاقتصادي بيع مع الاحتفاظ بالملكية (أي أنّ المستأجر يتمتّع بالمعادل الوظيفي للملكية أثناء مدة الإيجار، بصرف النظر عمّا إذا كانت الملكية الرسمية للموجودات ستنتقل إليه في أي وقت من الأوقات).

(هـ) الحقوق الضمانية وغيرها من الحقوق الامتيازية التي يتمتع بها البائعون

٣٦- توجد في العديد من الدول عدَّة أدوات قانونية أخرى لضمان وفاء المشتري بالتزاماته الخاصة بالسداد. وفي بعض الحالات تنشأ حقوق البائع في إطار هذه الأدوات بحكم القانون. وعادة ما يُفترض مسبقا في هذه الحقوق القانونية أنّ ملكية الموجودات المبيعة قد انتقلت إلى المشتري. فعلى سبيل المثال، قد يُعطى بائع الموجودات الملموسة "امتيازا" عالي المرتبة أو "أفضلية في المطالبة" (كثيرا ما يسمّى ذلك

"امتياز البائع") بالأموال المتأتية من بيع هذه الموجودات قضائيا أو بيعها بأي شكل تنفيذي آخر. ويجوز للبائع أن يطالب بأولويته القانونية سواء استُهل البيع على يد بائع حصل على حكم قضائي ضد المشتري، أو على يد دائن آخر للمشتري حصل على حكم قضائي، أو على يد دائن مضمون يمارس حقا ضمانيا في الموجودات. وعادة ما يكون لحق الأفضلية القانونية هذا أولوية تعلو حتى على حق الدائنين المضمونين الذين اكتسبوا حقوقهم بالاتفاق.

٣٧- وللبائع في بعض الدول الحق أيضاً في رفض تسليم الموجودات الملموسة إلى مشتر غير مستعد لسداد الثمن عند التسليم. وعادة ما يشمل هذا الحق في رفض التسليم أيضاً حقا في وقف نقل الموجودات بواسطة ناقل، يُعرف أيضاً بـ"حق وقف النقل". ويُطرح هذا الحق أحيانا بوصفه حقا في المطالبة بالاسترداد لمدة زمنية قصيرة (٣٠ يوما مثلا) عقب تسليم الموجودات. ولكنّ ليس أي من الحقوق القانونية المشار إليها في هذه الفقرة والفقرات التي سبقتها فعالا كوسيلة لتمويل احتياز موجودات، لأنها تقتضي دائما احتفاظ الموجودات بهويتها الأصلية.

٣٨- وإضافةً إلى هذه الحقوق القانونية الناشئة بموجب عقد البيع، جرت العادة على السماح للبائعين أيضا بأخذ حق ضماني عادي في الموجودات التي يبيعونها. ولكن هذا لم يكن في كثير من الدول آلية فعالة نظرا للافتقار إلى أداة ضمانية غير حيازية. إذ يضطر البائع الذي ينقل ملكية موجودات إلى مشتر، على سبيل المثال، أن يحتفظ عندئذ بحيازة الموجودات أو يستعيد حيازتها كرهن. وفي المقابل، تسمح دول أخرى منذ عهد بعيد للبائع بأن يأخذ ضمانا غير حيازي، كثيرا ما يكون في شكل "رهن المتاع". ومؤخرا، عمدت أيضا عدة دول كانت لا تجيز في السابق الرهن غير الحيازي للموجودات المنقولة إلى تعديل قوانينها للسماح للبائع بالتعاقد على حق ضماني غير حيازي في الموجودات التي يبيعها. ولا يتاح هذا النوع من الحقوق الضمانية المُعطاة للبائع عادة إلا في الدول التي قرّرت أيضا أن تجيز للمقرِضين أن يحصلوا على حقوق ضمانية غير حيازية في الممتلكات الملموسة.

٣٩- وعادة ما كان تطور الحقوق الضمانية غير الحيازية لصالح البائع مصحوبا بتطور آخر. فالبائع الذي يأخذ ضمانا يستطيع، إذا اتبع الإجراءات المناسبة، أن يثبّت أولوية حقه الضماني على جميع الحقوق الضمانية الأخرى التي منحها المشتري في الموجودات التي يجري احتيازها. وغالبا ما تنشأ هذه المطالبات المتنافسة في الحالة التي يكون قد سبق فيها للمشتري أن منح مقرِضاً حقاً ضمانياً في موجودات آجلة من النوع الجاري احتيازه. ويعرف هذا الحق الضماني الخاص للبائع في بعض الدول باسم "الرهن غير الحيازي للبائع"، ويُدعى في دول أخرى "امتياز المورّد" أو "حق المورّد"؛ ويدعى في أخرى غيرها "المصلحة الضمانية في ثمن الشراء". وليس للاسم أهمية تُذكر، بل المهم هو: *(أ)* أنّ الحق الضماني غير الحيازي للبائع مطابق في الشكل للحق الضماني غير الحيازي الذي يجوز أن يأخذه مقرِض عادي؛ و*(ب)* أنّ البائع الذي يأخذ حقا ضمانيا من هذا القبيل يستطيع عادة أن يطالب بمركز مفضّل في الأولوية يسمح له بالتفوق على أي دائن مضمون آخر يثبّت حقا ضمانيا في الموجودات منحه المشتري للبائع.

(و) تمويل الاحتياز بواسطة المقرِضين

٤٠- أصبح المقرِضون في معظم الاقتصادات الحديثة يوفرون نسبة كبيرة من التمويل الاحتيازي. ولكنّ العديد من الدول كان يفرض فيما مضى قيودا لا يستهان بها على قدرة المقرِض على توفير التمويل

الاحتيازي. وعلى سبيل المثال، لم يكن في مقدور المشتري أحيانا كثيرة أن يمنح حقا ضمانيا غير حيازي في الموجودات التي يكون في معرض شرائها. واليوم، ما زالت عدة من الدول التي تسمح للمقرِضين بأخذ ضمان غير حيازي لا تسمح لهم بالحصول على أولوية خاصة عند توفيرهم التمويل الاحتيازي. ومعنى هذا أنه حتى في الحالات التي يكون فيها الغرض المحدد من المال المقرَض للمشتري هو أن يُستخدم في شراء موجودات وقد استُخدم في الواقع لذلك الغرض، فإن المقرِض الذي يأخذ ضمانا في تلك الموجودات يعتبر دائنا مضمونا عاديا يخضع لقواعد الأولوية العادية التي تحكم الحقوق الضمانية. ومؤدّى ذلك أن المقرِض الذي يموّل احتياز موجودات معيّنة يحتل مرتبة أدنى من مرتبة مقرِض مضمون موجود من قبلُ له حق ضماني في موجودات المشتري الآجلة من النوع الجاري شراؤه.

٤١- وفي هذه الدول، كانت الآلية الوحيدة التي يمكن للمقرِضين أن يحرزوا بواسطتها الوضعية المفضّلة نفسها التي يتمتّع بها البائعون والمؤجّرون هي اكتساب حقوق البائع أو المؤجّر. وهكذا، في الحالات التي كان البائعون يحتفظون فيها بالملكية لضمان وفاء المشتري بالتزامه بالسداد، كان المقرِضون يلجأون أحيانا إلى دفع ثمن الشراء مباشرة إلى البائع ويحصلون على إحالة لحق البائع في السداد بمقتضى اتفاق البيع، إلى جانب حق البائع في الاحتفاظ بالملكية. وبالمثل، في الحالات التي كان القانون يُمكِّن فيها البائعين من الحصول على حق ضماني رضائي مقرون بمرتبة أولوية خاصة في الموجودات الجاري بيعها، كان باستطاعة المقرِض أن يشتري الحق الضماني الخاص بالبائع. وأخيرا، في الحالات المتعلقة بالإيجار التمويلي، كان المقرِض يلجأ أحيانا إلى شراء عقد الإيجار من المؤجّر. ولئن كانت حقوق المقرِضين هذه المستمدّة من البائعين تسمح للمقرِضين بدخول سوق التمويل الاحتيازي، فإنها لا تعزّز المنافسة الحرة بين مقدّمي القروض الائتمانية للسببين التاليين: *(أ)* لأنه إما سيلزم الحصول على رضا البائع، بتكلفة تقع أحيانا كثيرة على عاتق المقرِض (ويتحملها المشتري في نهاية المطاف)، وإما سيضطر المقرِض إلى الدخول في معاملات متعددة، تشمل على سبيل المثال شراء حقوق البائع والحلول محلّه فيها، لتحقيق النتيجة المرغوبة؛ و*(ب)* لأنه سيلزم أن يصبح المقرِض مالكا للموجودات الجاري احتيازها، وهي وضعية قد لا يرغب في اتخاذها لأسباب تتعلق بالضرائب أو التعرّض للمسؤولية الخاصة بالمنتجات وغير ذلك من الأسباب.

٤٢- ومن أجل تعزيز المنافسة على توفير التمويل الاحتيازي، تسمح بعض الدول للمقرِض الذي يوفّر تمويلا احتيازيا لمشتري موجودات ملموسة بأن يحصل باسمه الخاص على حق ضماني ذي أفضلية في تلك الموجودات. وبعبارة أخرى، أصبح من الممكن في هذه الدول أن يحصل المقرِض على وضعية الأولوية التي لم تكن من قبلُ متاحة له إلا باكتساب الحق التفضيلي الذي يتمتّع به البائع. ولكن لن يكون بمقدور كل المقرِضين الذين يوفّرون للمنشآت التجارية الأموال التي قد تُستخدم في نهاية المطاف في شراء موجودات ملموسة، أن يطالبوا بحق ضماني احتيازي. فلكي يتمكّنوا من ذلك، يجب أن يقدّم المقرِض الائتمان لتمكين المشتري من احتياز الموجودات، ويجب أن يُستخدم الائتمان فعلا لذلك الغرض؛ وفي كل الحالات، لا يمكن المطالبة بهذا الحق إلا في الموجودات المحتازة على ذلك النحو.

٤٣- وبالرغم من أن هذا النوع الخاص من الحقوق الضمانية الاحتيازية المتاحة للمقرِض قد يوجد في عدد من الدول، فإن فكرة تمكين المقرِض من أن يطالب مباشرة بحق ضماني احتيازي تفضيلي ليست مقبولة لدى الكثيرين. والواقع أن معظم الدول التي تسمح للبائعين بضمان سداد ثمن شراء الموجودات التي يبيعونها بواسطة حق مميّز في الاحتفاظ بالملكية، لا تسمح للمقرِضين بالمطالبة بحقوق ضمانية احتيازية تفضيلية. ويجوز في هذه الدول أن يأخذ المقرِضون وكذلك البائعون ضمانا غير حيازي، ولكن البائع وحده هو في العادة من يُسمح له بالمطالبة بحق ضماني احتيازي تفضيلي، وهو خيار قد يلجأ إليه كبديل عن الاحتفاظ بالملكية.

٤- النهوج المتّبعة في تمويل احتياز الموجودات الملموسة

(أ) استعراض عام

٤٤- اتّبعت الدول في الماضي طائفة عريضة من النهوج في تنظيم معاملات تمويل الاحتياز. ومع ذلك، فحماية حقوق البائعين كانت تُعتبر عادة الهدف المحوري في تلك النهوج. وعلاوة على ذلك، فقد ظل حتى عهد قريب من غير الممكن في العديد من الدول أن يمنح المشتري حقا ضمانيا غير حيازي في الموجودات الملموسة، حتى ولو للبائع. ولهذين السببين، أصبحت طريقة الاحتفاظ بحق الملكية ممارسة يومية في نظامي القانون المدني والقانون العام وغيرهما من النظم. وكانت الدول أحيانا تسنّ تشريعات للاعتراف بهذه الطريقة في تمويل الاحتياز وتنظيمها. ولكنها لم تفعل ذلك في أغلب الأحيان، مما أدى إلى نشوء القانون المعاصر الخاص بتمويل الاحتياز في تلك الدول من الممارسات التعاقدية التي أقرّتها المحاكم إقرارا صريحا فيما بعد وزادتها تفصيلا.

٤٥- وبغية إدراك الخيارات في السياسات العامة المتعلقة بتمويل الاحتياز المتاحة حاليا أمام الدول، من المفيد النظر بإيجاز في ثلاثة من النهوج الشائع اتباعها حتى الآن في مجال تمويل الاحتياز، وهي: *(أ)* النهوج المؤيّدة للتمويل الاحتيازي المقدّم من البائع؛ و*(ب)* النهوج الرامية إلى تعزيز التمويل الاحتيازي المقدَّم من البائع والتمويل الاحتيازي المقدّم من المقرِض على السواء باعتبارهما آليتين متكاملتين ولكنهما متميّزتان؛ و*(ج)* نهج مرتكز على رؤية متكاملة تماما لتمويل الاحتياز لا يُميّز من حيث المفهوم بين البائعين والمقرِضين.

(ب) النهوج المؤيّدة لتمويل الاحتياز المقدّم من البائع

٤٦- مثلما ذُكر أعلاه، انصب التركيز في تطوير قانون تمويل الاحتياز في العديد من الدول على حماية البائعين. ولم يكن في نية المشرّع ولا المحاكم في أي دولة منع المؤسسات المالية من توفير التمويل الاحتيازي. ولكن لأن هذا المجال كان يُعتبر ملحَقا بقانون البيع، كانت أداة الاحتفاظ بالملكية والأدوات المعادلة لها اقتصاديا متاحة حصرا للبائعين، دون المؤسسات المالية، في هذه الدول. ونتيجة لذلك، أصبحت هذه الأدوات هي أدوات تمويل الاحتياز الرئيسية، إن لم تكن الوحيدة، التي تُمكّن المشترين من احتياز الموجودات التي يشترونها.

٤٧- وتختلف سمات آليات الاحتفاظ بالملكية وآثارها اختلافا كبيرا بين دولة وأخرى. والعديد من هذه الاختلافات هو نتاج الماضي والممارسات التعاقدية المحدّدة التي كانت تُتّبع استجابة للقيود التي تفرضها القواعد القانونية المعتمدة في بعض الدول، وأحيانا كثيرة من أجل التغلب على هذه القيود. ومن ثم، تطور القانون في هذا المضمار غالبا كيفما اتفق الحال، فابتُكرت شيئا فشيئا، مع نشوء الحاجة، عقود جديدة وشروط إضافية أخرى لأنواع الاتفاق الشائعة لتصبح بمثابة نظام تام التطوير يحكم معاملات تمويل الاحتياز. ونتيجة لذلك، فإن الممارسات التعاقدية اليومية لا تتّسق أحيانا مع السياسة التشريعية التي يُجسّدها القانون الحالي في الدولة، ولا تُمثّل أنواع الممارسة التي يمكن أن تعتمدها المنشآت التجارية لو كان النظام القانوني مصمَّما لتعزيز فعالية الائتمان المضمون.

٤٨- والنهج الذي يركّز على البائع باعتباره المصدَر الرئيسي لتمويل الاحتياز كان يستند في بعض الأحيان إلى قرار سياساتي يهدف إلى حماية الشركات الصغيرة والمتوسطة التي تورِّد الموجودات الملموسة من مؤسسات التمويل الكبرى. ويعترف هذا النهج بأهمية شركات التصنيع والتوزيع للاقتصاد الداخلي وبالمركز المهيمن الذي تحتله مؤسسات التمويل الكبرى في أسواق الائتمان. وكثيرا ما ينطلق القرار

السياساتي بمنح البائعين معاملة خاصة من عدد من الافتراضات. أحدها أنّ للمورّدين مصلحة في توفير الائتمان بأسعار منخفضة لزيادة حجم مبيعاتهم. وآخر أنّ تكلفة هذا الائتمان ميسورة لأن العديد من المورّدين لا يطلبون دفع فائدة قبل التقصير. وثالثها أنّ وجود عدة مورّدين، عادة، راغبين في بيع موجودات ملموسة لأي مشتر معيّن يجعل هؤلاء الموردين يعرضون أسعارا تنافسية على المشترين.

٤٩- ولا بد للدولة التي تفكّر في إصلاح قانون المعاملات المضمونة من أن تقيّم هذه الافتراضات تقييما متأنّيا. فقد يكون لبعضها مبرر ولا يكون لبعضها الآخر أي مبرر. فالافتراض الأول افتراض صحيح دائما، على سبيل المثال. ولكن فيما يتعلق بالافتراض الثاني، فأنْ يبيع المورّد موجودات للمشتري ضمن ترتيب الاحتفاظ بالملكية، لا يعني بالضرورة أن شروط الائتمان التي يفرضها البائع لا تُكبّد المشتري أي تكلفة بتاتا. فالمورّد نفسه يتكبّد تكلفة في الحصول على الأموال من أجل إتاحة شروط الائتمان هذه، ويُفترض أن يُضمّن تكلفته تلك في سعر الموجودات الجاري بيعها وينقلها بذلك إلى المشتري. أما في الافتراض الثالث فمع أنّ المنافسة قد تنشط فيما بين البائعين، فستنشأ منافسة إضافية (يمكن أن تؤدي إلى زيادة انخفاض تكلفة الموجودات) إذا مُكِّنت أيضا جهات من غير البائعين من تمويل احتياز هذه الموجودات.

٥٠- وحتى عندما تكون للدولة المهتمة بتعزيز تصنيع الموجودات الملموسة وتوريدها رغبةٌ في تشجيع البائعين على الاضطلاع بدور الجهات الموفّرة للائتمان، فليس عليها ولا ينبغي لها أن تقوم بذلك بدرجة تصبح معها الأطراف الأخرى مقصيّة من توفير التمويل للاحتياز بأسعار تنافسية. إذ كما أن التنافس بين البائعين يؤدي عادة إلى انخفاض الأسعار التي سيدفعها المشترون، فإن التنافس بين الجهات التي توفّر الائتمان يؤدي عادة إلى انخفاض تكلفته على المقترضين وازدياد توافره. وتشجيع التنافس بين كل الجهات الموفِّرة للائتمان لن يؤدي فحسب إلى إتاحة الائتمان للمشتري بأيسر الأسعار، بل يرجّح أيضا أن يفسح المجال لمصادر ائتمان جديدة لصالح المشترين. وسيزيد هذا بدوره من قدرتهم على شراء موجودات ملموسة دون ضرورة توفير البائعين أنفسهم التمويل لكل من يقصدهم من المشترين المحتملين.

٥١- وإن الحواجز القانونية التي تمنع المموّلين من غير البائعين والمؤجّرين من تقديم الائتمان مباشرة إلى المشترين، أو التي تقتضي من هؤلاء المموّلين الآخرين ألا يقدّموا الائتمان إلا عن طريق البائع أو المؤجّر، من خلال الحصول على إحالة لحق البائع في الاحتفاظ بالملكية أو لحق المؤجّر في الإيجار التمويلي، يمكن أن تكون حواجز عديمة الجدوى من نواح أخرى أيضا. والأهم من ذلك أن معاملة تمويل الاحتياز باعتباره مجرد وسيلة لحماية حقوق الملكية لدى البائعين والمؤجّرين قد يفضي في الواقع إلى تقليص نطاق الحقوق التي يمكن بخلاف ذلك أن يطالب بها أولئك البائعون والمؤجّرون. وذلك لأنّ العديد من النظم الحديثة للمعاملات المضمونة يتيح للدائنين المضمونين عددا من الحقوق التي كثيرا ما لم تكن، أو لم تكن دائما، متاحة للبائعين الذين يستخدمون وسيلة الاحتفاظ بالملكية لضمان الوفاء بمطالباتهم. وتشمل هذه الحقوق، على سبيل المثال، ما يلي: *(أ)* حقا تلقائيا في المطالبة بحق ضماني في أي منتجات تُصنع من الموجودات التي مُنِح فيها حق ضماني، وفي أي عائدات تتأتى من بيع الموجودات المرهونة؛ و*(ب)* إمكانية استخدام الحق الضماني لضمان سداد جميع الديون التي قد يستحق على المشتري أن يسددها للبائع.

(ج) النهوج الرامية إلى تعزيز التمويل الاحتيازي المقدَّم من البائع ومن المقرِض على السواء

٥٢- بغية توسيع نطاق الجهات التي يمكنها أن توفر للمشترين التمويل اللازم للاحتياز، من جهة، ولتمكين البائعين من الاستفادة من مجموعة كاملة من الحقوق المتاحة سابقا للمقرِضين الذين كانوا يأخذون حقوقا ضمانية، من جهة أُخرى، عمدت دول عديدة إلى إعادة تصميم نظمها الخاصة بتمويل

الاحتياز لكي تعمل على ترويج التمويل الاحتيازي سواء المقدم من البائعين أو المقدم من المقرضين. وقد اتُّبعت نهوج مختلفة لتحقيق هذه النتيجة.

٥٣- ففي بعض الدول التي تعترف بتمتع البائعين بحقوق احتيازية خاصة بناءً على الاحتفاظ بالملكية، أصبح بإمكان البائعين المحتفظين بحق الملكية الآن أن يوسعوا نطاق حقوقهم بالتعاقد من خلال إدراج شروط إضافية في اتفاق البيع. وكثيرا ما يُسمح في هذه الدول للبائعين المحتفظين بحق الملكية بإدراج شرط في عقد البيع يوسّع نطاق حق البائع ليشمل الموجودات المصنّعة من الموجودات المبيعة أصلا، أو شرط (كثيرا ما يُشار إليه بعبارة "شرط جميع المبالغ") يسمح بأن يكون الاحتفاظ بملكية موجودات ملموسة معيّنة بمثابة ضمان للوفاء بجميع الالتزامات التي يَدين بها المشتري للبائع. وفي حالات نادرة، تسمح الدولة أيضا لبائع محتفظ بالملكية بتضمين عقد البيع شرطا يوسّع نطاق حق ذلك البائع ليشمل المستحقات أو غيرها من العائدات المتأتية من بيع السلع. ومع ذلك، ففي معظم الدول التي تُؤيد تمتع البائعين بحقوق خاصة قائمة على الاحتفاظ بالملكية، لا يُعامل سوى الاحتفاظ البسيط بحق الملكية باعتباره أداة للاحتفاظ بذلك الحق، في حين أن ترتيبات الاحتفاظ بالملكية الأخرى هذه الأكثر تعقيدا إما أنها لا تحظى بالاعتراف، وإما أنها تُعامَل باعتبارها ترتيبات تنشأ عنها حقوق ضمانية أو ائتمانية أو حقوق أخرى. والجدير بالملاحظة أيضا أن بعض الدول قد عزّزت كذلك حقوق المشترين بمقتضى ترتيب الاحتفاظ بالملكية، وذلك بالاعتراف بالحق المتوقّع للمشتري في الموجودات المحتازة بمقتضى ترتيب الاحتفاظ بالملكية، والسماح للمشتري بمنح حق ضماني أدنى مرتبةً في الموجودات (أو، في حالة الموجودات الملموسة المراد احتيازها في المستقبل، توقُّع تسلُّم هذه الموجودات) لصالح دائن آخر.

٥٤- وقد أصلحت قلة من الدول تشريعاتها الخاصة بالمعاملات المضمونة وذلك لتمكين البائعين من اتخاذ حقوق ضمانية احتيازية تفضيلية، ولكنها ما زالت تجيز وجود أدوات الاحتفاظ بالملكية والإيجارات التمويلية وما شابهها من الأدوات جنبا إلى جنب كمعاملات مستقلة لتمويل الاحتياز. ولكنّ الأدوات المختلفة التي تستخدم بها الملكية في تلك الدول لضمان وفاء المشتري بالتزامه، تُنظمها عادة وبدرجة كبيرة مجموعة القواعد ذاتها التي تسري على الحقوق الضمانية الاحتيازية التي يتمتّع بها البائع. وهناك دول أخرى تحافظ على حقوق البائعين التقليدية في التمويل الاحتيازي إلى جانب حقوقهم الضمانية الاحتيازية، ولكنها تسمح أيضاً للمقرِضين بالمطالبة بحقوق ضمانية في الموجودات المبيعة. ولتجنّب المخاطرة في قصور التنسيق بين مختلف أنواع تمويل الاحتياز، كثيرا ما تذهب تلك الدول إلى أبعد من ذلك فتفرض على البائعين أن يسجّلوا إشعارا بحق الاحتفاظ بالملكية في سجل الحقوق الضمانية، وأن يتّبعوا في الإنفاذ نفس الإجراءات المنطبقة على إنفاذ الحق الضماني.

٥٥- ويستند هذا النهج الأخير إلى قرار سياساتي باتخاذ كل ما يمكن من التدابير لكي تُعامل جميع المعاملات التي تُستخدم لتمويل احتياز الموجودات الملموسة معاملة متكافئة؛ أي أن الهدف، في تلك الدول، هو أن يعود نظام الحقوق الضمانية بالنفع على البائعين الذين يحتفظون بحق الملكية، وفي الوقت نفسه إخضاع أولئك البائعين للنظام الإجرائي نفسه الذي يُطبّق على المقرِضين. ويُفترض أن يسهم السعي إلى إيجاد فرص متكافئة نسبياً لجميع مقدمي الائتمان على هذا النحو في تعزيز التنافس بينهم، مما يزيد من مقدار الائتمان المتوافر ويخفض تكلفته لصالح البائعين والمشترين على السواء. ومن ثم فإن هذه الأنواع من النظم المُصلحة تُدرج حقوق البائعين والمؤجّرين في نظام المعاملات المضمونة، ميسّرة بذلك التمويل بناءً على ضمان توقّع المشتري أو المستأجر، غير أنها تمنع في الوقت نفسه المقرِضين الذين يقدّمون التمويل الاحتيازي من التنافس مباشرة من أجل الحصول على حق ذي مرتبة أولى في الموجودات الجاري شراؤها. وبعبارة أخرى، فرغم اعتماد هذه الدول نُظما قطعت شوطا طويلا في سبيل تحقيق فرص متكافئة من أجل توفير الائتمان الاحتيازي، لا يزال البائعون يُمنحون وضعية في الأولوية مفضلة على المقرِضين الذين يقدّمون التمويل الاحتيازي.

(د) النهوج المرتكِزة على المفهوم المتكامل تماما للحقوق الضمانية في "ثمن الشراء"

٥٦- اتخذت بعض الدول خطوة إضافية. فلم تعتمد فحسب نهجا يجيز ويعزّز التمويل الاحتيازي من جانب البائع والمقرِض على السواء، وإنما سنّت أيضا نظماً قانونية تُعامل جميع مموّلي الاحتياز معاملة متكافئة. ففي هذه الدول، يمكن للمقرِضين الحصول على الأولوية التفضيلية نفسها التي يحظى بها البائعون الذين يتخذون حقوقا ضمانية في الموجودات التي يبيعونها. وللأغراض التنظيمية، فإن مختلف حقوق المالكين في إطار التمويل الاحتيازي (الاحتفاظ بالملكية، والإيجارات التمويلية، والأدوات المماثلة): *(أ)* أُدمجت تماما في حق ضماني وظيفي واحد؛ و*(ب)* تُعامل معاملة الحقوق الضمانية الاحتيازية المعيارية المتاحة للبائعين والمقرِضين. وفي العديد من الدول التي اعتمدت هذا النهج، تُوصف جميع هذه الحقوق الضمانية الاحتيازية المختلفة بكونها حقوقا ضمانية في "ثمن الشراء".

٥٧- ويخضع تطبيق نهج الحقوق الضمانية في "ثمن الشراء" لمبدأين مُهمّين حيثما جرى اعتماده. فأما أولهما، فهو أن الحق الضماني في ثمن الشراء، الذي يشير إليه *الدليل* بتعبير "الحق الضماني الحيازي"، مفهوم شامل عام؛ بمعنى أنه ينطبق على أي معاملة يوفّر فيها أحد المموّلين الائتمان لمُشترٍ تمكينا له من شراء موجودات ملموسة ويحتفظ بحق في الموجودات المشتراة لضمان سداد ذلك القرض الائتماني. وأما الثاني، فهو أن الحق الضماني في ثمن الشراء صنف من الحقوق الضمانية؛ أي أن جميع القواعد المنطبقة على الحقوق الضمانية تسري بوجه عام أيضا على الحقوق الضمانية الاحتيازية، ما لم تقتض الظروف الخاصة للتمويل الاحتيازي تطبيق قاعدة معيّنة على هذه الحقوق (انظر مصطلح "الحق الضماني الحيازي" المقدمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير).

٥٨- وفيما يلي السمات الرئيسية لنظام الحقوق الضمانية الاحتيازية في الدول التي اعتمدت النهج المرتكز على المفهوم المتكامل تماما للحقوق الضمانية في ثمن الشراء:

(أ) يُتاح هذا الحق لا لمورّدي الموجودات الملموسة فحسبُ، بل يُتاح أيضا لغيرهم من مقدمي التمويل الاحتيازي، بمن فيهم المقرِضون والمؤجّرون التمويليون؛

(ب) لأغراض المعاملات المضمونة، يُعطى الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي حقّا ضمانيا، بصرف النظر عمّا إذا احتفظ هذا الدائن أم لم يحتفظ بملكية الموجودات المراد احتيازها؛

(ج) يجوز للمشتري أن يعرض حقا ضمانيا أدنى مرتبةً في الموجودات نفسها على دائنين آخرين ويتمكّن بذلك من استخدام كامل قيمة حقوقه في الموجودات المحتازة للحصول على ائتمان إضافي؛

(د) يتعيّن على الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي، شأنه في ذلك شأن سائر الدائنين المضمونين، أن يقوم عادة بتسجيل إشعار بحقه الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام، سواء سُمّي الاتفاق الذي ينشئ الحق الضماني الحيازي حقا ضمانيا، أو حقَّ احتفاظ بالملكية أو حقَّ إيجار تمويلي؛

(هـ) حالما يُسجَّل الإشعار بالحق الضماني الحيازي في سجل الحقوق الضمانية العام، يصبح هذا الحق الضماني الحيازي نافذا تجاه الأطراف الثالثة؛

(و) إذا سُجِّل الإشعار في غضون فترة زمنية قصيرة بعد تسليم الموجودات للمشتري، أو قبل التسليم في حالة المخزون، تكون للحق الضماني الاحتيازي عادة أولوية على حقوق المطالبين المنافسين، بمن فيهم أي دائن له حق ضماني قائم من قبل في موجودات المشتري الآجلة؛

(ز) يجوز للدائن المضمون بحق ضماني احتيازي، سواء كان بائعا أو مؤجّرا تمويليا، أن ينفذ حقه، ضمن إطار إجراءات الإعسار أو خارجه، بالطريقة نفسها التي ينفذ بها أي دائن مضمون آخر حقوقه، وليس له أي حقوق إنفاذية قائمة على الملكية.

٥٩- وخلال العقود القليلة الماضية من القرن العشرين والعقد الأول من القرن الحادي والعشرين، اعتمد عدد متزايد من الدول هذا النهج المتكامل تماما إزاء تمويل الاحتياز. ويمكن ملاحظة هذا الاتجاه أيضا على الصعيد الدولي. فعلى سبيل المثال، في حالة أنواع معيّنة من الطائرات وغيرها من المعدات المتحركة المرتفعة القيمة، تنظّم اتفاقية الضمانات الدولية على المعدّات المنقولة[١] مسألة نفاذ البيع مع الاحتفاظ بالملكية تجاه الأطراف الثالثة والإيجارات التمويلية بقواعد منفصلة لكنها تشبه جوهريا القواعد التي تنظم الحقوق الضمانية. ومن ثم، فهي توسِّع نطاق السجل الدولي الذي تتوخّاه الاتفاقية ليشمل، إلى جانب الحقوق الضمانية، ترتيبات الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي. وعلاوة على ذلك، تنطبق بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات[٢] القواعد نفسها على: *(أ)* الإحالات الضمانية؛ *(ب)* الإحالات للأغراض الضمانية؛ *(ج)* الإحالات الكلية (انظر الفقرة الفرعية *(أ)* من المادة ٢)، وتتجنب الاتفاقية بذلك التمييز بين الحقوق الضمانية والأدوات القائمة على الملكية. والواقع أن المادة ٢٢ من الاتفاقية، التي تشمل صراحة مختلف النزاعات على الأولوية، تسري أيضا على نزاع بين شخص أُحيلت إليه مستحقات ودائن الشخص الذي أحال تلك المستحقات، الذي تمتد حقوق احتفاظه بملكية الموجودات الملموسة لتشمل المستحقات الناجمة من بيع تلك الموجودات. وأخيرا، يتّبع نفس هذا النهجَ إزاء تمويل الاحتياز كل من المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير في قانونه النموذجي بشأن المعاملات المضمونة،[٣] ومنظمة الدول الأمريكية في قانونها النموذجي للمعاملات المضمونة للبلدان الأمريكية،[٤] ومصرف التنمية الآسيوي في دليل سجلات المنقولات.[٥]

٥- *الاختيارات الرئيسية في السياسة العامة*

(أ) استعراض عام

٦٠- يستعرض *الدليل*، في الباب جيم من الفصل الأول، النهوج الأساسية في مجال الضمان، ويوصي بنهج قد تعتمده دولةٌ تسعى إلى إصلاح قانونها الخاص بالمعاملات المضمونة. ومن المسائل الرئيسية التي يبحثها ذلك الفصل كيفية معالجة المعاملات التي تؤدي الوظيفة الاقتصادية لأداة ضمانية ولكنها تُنفَّذ من خلال استخدام الحق في ملكية موجود لضمان الوفاء الكامل بالحق الذي يطالب به المموّل. وتنشأ هذه المسألة في سياق الإعسار وخارج سياقه على السواء. وهناك أربعة نهوج مختلفة شائعة فيما بين الدول التي قامت مؤخرا بإصلاح قوانينها الخاصة بالمعاملات المضمونة.

٦١- أولاً، لا يزال العديد من هذه الدول يحافظ على تنوّع أشكال أدوات التمويل في كل الحالات. أيْ أنها تعترف بأدوات الضمان كما تعترف بأدوات من قبيل الاحتفاظ بحق الملكية والنقل الائتماني للملكية والرهون والبيع مع حق الاسترداد حين يُستخدم نقل ملكية موجودات مقترض ما لضمان الوفاء بالالتزام. وفي هذه الدول، يحكم كلَّ معاملة المنطقُ المفاهيمي المعيَّن الخاص بها، سواء أكانت ضمانا أم بيعا أم إيجارا.

٦٢- ثانياً، تُبقِي دول أخرى على هذا التنوّع في أشكال أدوات التمويل في الحالات غير المرتبطة بالإعسار، ولكنها تصف في نظمها الخاصة بالإعسار كل المعاملات التي يُستخدم فيها حق الملكية لضمان سداد مطالبة الدائن بكونها أدوات ضمانية. ولأغراض الإعسار، تُعتبر في هذه الدول كل المعاملات التي تؤدي الدور الاقتصادي للضمان متكافئة وظيفيا.

---

[١] انظر المقدمة، الحاشية ٨.

[٢] انظر المقدمة، الحاشية ٧.

[٣] انظر المقدمة، الحاشية ٣.

[٤] انظر المقدمة، الحاشية ٩.

[٥] انظر المقدمة، الحاشية ٦.

٦٣- ثالثاً، وسّعت دول أخرى نطاق نهج "التعادل الوظيفي" هذا ليشمل السياقات الإعسارية وغير الإعسارية على السواء. وتعترف النظم المعمول بها في تلك الدول بالسمات المميّزة لكل من هذه المعاملات المختلفة المتعلقة بحق الملكية: فلا يزال مسموحا للبائعين الدخول في معاملات البيع مع الاحتفاظ بالملكية أو مع حق الفسخ في حالة عدم السداد، وما زال مسموحا للمقرِضين الدخول في معاملات مضمونة أو معاملات البيع مع حق الاسترداد. بيد أن الحرص على كفالة التنسيق المحكم بين هذه المعاملات المختلفة، والحرص كذلك على كفالة معاملتها بقدر الإمكان معاملة متكافئة ، قد حدا بتلك الدول إلى إخضاع جميع هذه المعاملات، كائنة ما كانت تسميتها، لإطار تنظيمي شامل يؤدي إلى نتائج متعادلة وظيفيا.

٦٤- رابعاً، يصل عدد متزايد من الدول بهذا المنطق الوظيفي إلى نهايته فيعتمد ما قد يسمّى نهجا متكاملا وظيفيا أو نهجا "وحدويا". فنظامها للمعاملات المضمونة يَعتبر ضماناً جميع المعاملات المختلفة التي تؤدي الوظيفة الاقتصادية للضمان، بصرف النظر عن شكلها، ويُسمّيها صراحة بالحقوق الضمانية. أي أنّ النظام القانوني في هذه الدول لا يعتمد فحسب طائفة متنوعة من آليات الملكية التي تُعامَل على أنها متعادلة وظيفيا مع المعاملات المضمونة، بل إنه في الواقع يعيد توصيف كل آليات الملكية هذه باعتبارها حقوقا ضمانية ما دامت تؤدي الوظيفة الاقتصادية التي تؤديها المعاملة المضمونة.

٦٥- ويوصي *الدليل* بأن تعتمد الدول هذا النهج الأخير فيما يخص المعاملات المضمونة غير الاحتيازية. فكل المعاملات المضمونة غير الاحتيازية التي تُستخدم فيها حقوق في موجودات المانح، بما فيها الملكية، لضمان التزام عادي على المقترض بالسداد لمقدّم الائتمان، ينبغي أن تُعامَل كأدوات ضمانية، وتُحدَّد بكونها كذلك، في سياق الإعسار وخارج سياقه على السواء (انظر التوصية ٨). ويطلق *الدليل* على هذه الطريقة اسم النهج المتكامل والوظيفي والشامل (انظر الفصل بشأن نطاق الانطباق، الفقرات ١١٠-١١٤). ويتَّسم هذا النهج بثلاث مزايا رئيسية هي: *(أ)* الإسهام على نحو أوضح في تعزيز المنافسة بين مقدِّمي الائتمان على أساس الثمن، ومن ثم رجحان زيادة توافر الائتمان المضمون؛ *(ب)* التمكين على نحو أفضل من اتخاذ قرارات بخصوص السياسة التشريعية على أساس الكفاءة المقارنة؛ و*(ج)* سهولة سنِّ هذا النظام القانوني وتطبيقه لأن جميع المعاملات المنشِئة للحقوق الضمانية تُعامَل معاملة واحدة.

٦٦- وعندما يكون الالتزام المضمون هو تسديد ثمن شراء موجودات ملموسة (أي عندما يكون الموضوع متعلقا بمعاملة تمويل احتيازي)، تنشأ مسألة أكثر تعقُّدا من حيث المفهوم، لأن الأطراف المعنية ليسوا جميعا مقرِضين؛ بل هم أيضا بائعون. وستحتاج الدول في قرارها حول ما إذا كانت ستعتمد النهج المتكامل وظيفيا إلى تحديد أحد أمرين هما: *(أ)* ما إذا كان ينبغي أن يعلو منطق المعاملات المضمونة على منطق قانون البيع والإيجار (أو منطق قانون الملكية بالأخص) عندما يلجأ البائعون والمؤجّرون إلى استخدام تلك المعاملات لضمان تسديد سعر شراء الموجودات الملموسة (أو المكافئ الاقتصادي لذلك السعر) ؛ أو *(ب)* ما إذا كان ينبغي أن يعلو منطق البيع والإيجار على منطق المعاملات المضمونة باعتباره المبدأ التنظيمي الأساسي في هذه الحالات. وبغية اتخاذ قرار بشأن هذه المسائل، يتعيّن على الدول أن تنظر، أولا وقبل كل شيء، فيما إذا كان ينبغي اعتماد النهج الرامي إلى تحقيق نتائج متعادلة وظيفيا، باعتباره أنجع السبل لبلوغ هدف المساواة الجوهرية بين مموّلي الاحتياز؛ وثانيا، إذا كان الأمر كذلك، يتعيّن على الدول أن تنظر فيما إذا كان ينبغي اعتماد النهج المتكامل باعتباره أنجع السبل لوضع إطار من القواعد يحقّق التعادل الوظيفي في النتائج.

(ب) التعادل الوظيفي كمفهوم عام لتمويل الاحتياز

٦٧- توجد أسباب وجيهة من منظور السياسة الاقتصادية لعلّها تحدو بالدول إلى اعتماد النهج المتكامل وظيفيا إزاء تمويل الاحتياز. ففي اقتصادات السوق، يؤدي تكافؤ الفرص أمام جميع مقدمي الائتمان إلى زيادة التنافس بينهم، وقد يزيد بالتالي من مقدار الائتمان المتوافر ويقلل تكلفته. وليس ثمة من سبب وجيه مستند إلى مبدأ اقتصادي يفسر لماذا ينبغي أن يحتكر صانع الموجودات الملموسة أو موزعها تقديم الائتمان للمشترين. وعند القبول بوجوب تمكين الممولين من التنافس على تزويد المشترين بالائتمان الاحتيازي، ينبغي للنظام القانوني الذي يُزاوِل في إطاره هؤلاء الممولون ذلك النشاط ألاّ ينشئ حوافز لواحدة أو أخرى من الفئات الفرعية للممولين. وأنجع سبيل لكفالة استناد التنافس على تقديم الائتمان إلى الأحكام والشروط التي يعرضها الممول دون غيرها إنما هو إنشاء قواعد قانونية يُعامَل جميعُ هؤلاء الممولين بمقتضاها معاملة تؤدي إلى نتائج متعادلة وظيفيا.

٦٨- ويستتبع ذلك أن يكون في مقدور المشترين أن يسعوا إلى الحصول على أفضل صفقة ممكنة لتلبية احتياجاتهم إلى التمويل الاحتيازي. وينبغي أن تكون لهم فرص متكافئة للتفاوض مع أي مموّل محتمل على مدة القرض أو غيره من أشكال الإقراض الائتماني، بما في ذلك شروط التسديد والفوائد على القرض والحالات التي تدخل في باب التقصير ونطاق الضمان الذي يتيحونه. ولكنّ هذا التكافؤ في فرص التفاوض يصبح معرّضا للخطر إذا كان النظام القانوني يجيز لبعض الممولين الحصول على حقوق ضمانية أفضل من الحقوق الضمانية المتاحة لغيرهم. وبعبارة أُخرى، لا يوجد من المنظور الاقتصادي أي شيء فريد في تمويل الاحتياز يجعل أي دولة تأخذ بنهج إزاء المنافسة الائتمانية يختلف عن النهج الذي تعتمده بخصوص التمويل العادي غير الاحتيازي.

٦٩- وهناك أيضا أسباب متصلة بشكل المؤسسات القانونية لجعل الدولة ترغب في اعتماد النهج الهادف إلى تحقيق نتائج متعادلة وظيفيا. فمثلما ذُكر أعلاه (انظر الفقرات ٣٦-٣٩)، درجت الدول تقليديا على تنظيم الائتمان لمشتري الموجودات الملموسة بإتاحة استحقاقات محددة للبائعين (ربما على افتراض أن البائعين يقدِّمون الجزء الأوفر من التمويل الاحتيازي، وأن معظم عمليات البيع يتم في إطار معاملة واحدة لا تتكرر وتتعلق ببنود معيّنة). وفي ضوء ذلك الافتراض، كان الشاغل الأول هو ببساطة كفالة أن يتمكّن البائع، في حال عدم تسديد المشتري ثمن الشراء، من استعادة الموجود المبيع بسرعة وفعالية وخلواً من أي حقوق لأطراف ثالثة. وذلك يعني أن الائتمان كان مجرد شيء ملحَق بالبيع وأن الاهتمام الرئيسي للبائع كان الحصول على قيمة الموجودات التي وفّرها للمشتري. وحدث خلال العقود القليلة الماضية تطوران اثنان استوجبا من الدول أن تعيد النظر في هذا الموقف

٧٠- أولاً، مع توسّع الاقتصادات، نمت الحاجة إلى التمويل الاحتيازي ووجد البائعون أنهم يعجزون أحيانا كثيرة على تلبية احتياجات زبائنهم إلى الائتمان. وأصبح من الشائع بشكل متزايد، وخاصة عندما يريد مصنّعون وبائعون بالجملة والتجزئة شراء كميات كبيرة من المواد الخام والمخزون، أن تقوم المصارف وشركات التمويل وغيرها من الجهات المقرِضة بتقديم قروض ائتمانية إلى المشترين لغرض محدَّد هو تمكينهم من احتياز تلك المواد الخام والمخزون. ثانياً، أصبحت أنواع المعدّات اللازمة للتصنيع والتوزيع متطورة وباهظة الثمن بشكل متزايد. وأضحى المورّدون يعجزون أحيانا كثيرة عن توفير التمويل اللازم لزبائنهم المحتملين. وعلاوة على ذلك، ولأسباب ضريبية في الغالب، اكتشف المشترون أن الحصول على المعدّات المطلوبة بمعاملة تُبنى صيغتها في شكل عقد إيجار وتسمّى بهذا الإسم عوضا عن معاملة شراء، يكون أحيانا أجدى من الناحية الاقتصادية. وكثيرا ما كانت معاملات الإيجار هذه تصمَّم بطريقة تجعلها مكافئة اقتصاديا للبيع بالائتمان.

٧١- وفي كلتا هاتين الحالتين، أصبح شخص آخر غير بائع الموجودات المباشر يوفِّر التمويل الاحتيازي للمشتري (أو للمشتري النظري، في حالة الإيجار). وعندئذ وجدت الدول نفسها مضطرة لأن تقرر ما إذا كان ثمة مبرر لاستمرار الإشارة إلى حقوق البائع باعتبارها معاملة التمويل الاحتيازي النموذجي. وكانت الأسباب الرئيسية الداعية للقلق تكمن في: *(أ)* أن البائعين كانوا قادرين تقليديا على الحصول على حق ضماني بمرتبة عليا في الموجودات استناداً إلى امتلاكهم إياها، ولكنّ ممولي الاحتياز الآخرين، كالمقرضين، كانوا ممنوعين عادة من الحصول على حق عالي المرتبة؛ *(ب)* وعندما كانت المعاملة تُصمَّم في شكل إيجار عوضا عن بيع ينقل فيه البائع الملكية إلى المشتري ويحصل مقابل ذلك على الحق في إبطال البيع في حال عدم تسديد ثمن الشراء، لم يكن بإمكان المستأجر عموما أن يستخدم الموجودات المؤجّرة كضمان للحصول على ائتمان آخر. وقد حملت هذه الشواغل الدول على أن تنظر في الخيار السياساتي الأوّل: ما إذا كان من الأفضل لتنظيم هذا الفرع من قانون المعاملات المضمونة اعتماد مفهوم عام لمعاملة التمويل الاحتيازي.

٧٢- وقد استنتجت دول عديدة أن النظام القانوني سيكون أقل غموضا وأقل إثارة للتقاضي إذا لم يميِّز رسميا بين الحقوق المتاحة لمختلف موفّري الائتمان الاحتيازي؛ أي حتى عندما قرّرت هذه الدول أن يظل باستطاعة البائعين حماية حقوقهم عن طريق الاحتفاظ بملكية الموجودات المبيعة إلى حين تسديد المشتري ثمنها بكامله، قررت تبسيط تصميم هذا النظام باعتماد النهج الذي يؤدي إلى نتائج متعادلة وظيفيا: مما يعني أن كل المعاملات التي تُستخدَم لتمويل احتياز الموجودات الملموسة تعامَل بالطريقة نفسها أساسا بصرف النظر عن شكلها وبصرف النظر عن الوضع القانوني للدائن (سواء كان بائعا أم مؤجّرا أم مقرِضا).

٧٣- وانسجاما مع التوصية بأن تعتمد الدول النهج المتكامل وظيفيا في المعاملات المضمونة غير الاحتيازية (انظر التوصية ٨)، يوصي *الدليل* في هذا الفصل بأن تعتمد الدول النهج المتكامل وظيفيا فيما يخص جميع معاملات تمويل الاحتياز، أيا كانت تسميتها (انظر التوصية ٩ وبياني الغرض السابقين للتوصيات في الخيارين ألف وباء في نهاية هذا الفصل). وهذا يعني أن *الدليل* يوصي بأن تشترع الدول نُظما تحقق نتائج متكافئة وظيفيا، بصرف النظر عمّا إذا قررت اعتماد النهج الوحدوي أو النهج غير الوحدوي إزاء التعادل الوظيفي لمعاملات التمويل الاحتيازي وغير الاحتيازي (انظر التوصية ١٧٨ فيما يخص النهج الوحدوي والتوصية ١٨٨ فيما يخص النهج غير الوحدوي).

(ج) النهجان الوحدوي وغير الوحدوي فيما يتعلق بالتعادل الوظيفي

٧٤- أما الاختيار السياساتي الرئيسي الثاني الذي تواجهه الدول فيتعلق بالطريقة التي تسلكها في تصميم التشريعات لتحقيق نتائج متعادلة وظيفيا. ومرة أخرى فإن الهدف الرئيسي هو الحرص، قدر الإمكان، على أن يصاغ النظام القانوني الذي يحقّق هذا التعادل الوظيفي بطريقة تُيسّر توفير الائتمان على أوسع نطاق ممكن وبأقل ثمن. ويمكن بلوغ هذا النوع من الفعالية في أي نظام قانوني بإحدى طريقتين.

٧٥- أولاً، يمكن أن تختار الدول إزالة التمييز بين مختلف أشكال معاملات تمويل الاحتياز وتعتمدَ توصيفا واحدا لتلك الأدوات. وهذه هي السياسة العامة التي يوصي *الدليل* باتباعها فيما يخص الحقوق الضمانية عموما. ويُشار في هذا الفصل إلى هذه الطريقة في تحقيق نتائج متعادلة وظيفيا بوصفها

النهج "الوحدوي" في تمويل الاحتياز. وفي النهج الوحدوي، كل معاملات تمويل الاحتياز تنشئ "حقوقا ضمانية احتيازية" وكل المموّلين يعتبرون "دائنين مضمونين بحق ضماني احتيازي".

٧٦- ثانياً، يمكن أن تختار الدول الإبقاء على شكل معاملات تمويل الاحتياز الحالية، وعلى الوصف الذي يعطيه الطرفان للاتفاق المبرم بينهما (كأن يصفاه بكونه بيعا أو تأجيرا أو قرضا)، ما لم تقضِ محكمة مختصة بزيف ذلك الوصف، في قضية معيّنة. بيد أنه سيكون لزاماً على الدول أيضا، والحالة هذه، أن تُعدّل وتبسِّط قواعدها التقنية لكل معاملة من أجل تحقيق التعادل الوظيفي في النظام بأكمله. ويشير *الدليل* إلى هذه الطريقة في تحقيق نتائج متعادلة وظيفيا بوصفها النهجَ "غير الوحدوي". وفي النهج غير الوحدوي، ينشأ عن معاملات تمويل الاحتياز إما "حقوق الاحتفاظ بالملكية" و"حقوق الإيجار التمويلي" حيث تُستخدم أداة من أدوات الملكية، وإما "حقوق ضمانية احتيازية" لصالح الدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي عند إنشاء حق ضماني (سواء لصالح المقرِض أو لصالح البائع الذي ينقل الملكية إلى المشتري).

٧٧- ورهنا بقانون غير قانون المعاملات المضمونة، يمكن أن يكون للقرار بشأن أي هذين النهجين ينبغي اعتماده تبعات مهمة. إذ قد يؤثّر هذا القرار، مثلا، في حقوق الأطراف الثالثة في إجراءات الإعسار وخارجها على السواء (ترِد مناقشة المسائل المتعلقة بالإعسار في الباب ألف-١٣ أدناه وفي الفصل الثاني عشر). وإضافة إلى ذلك، سيكون على الدول، بعد أن تقرّر اعتماد أحد هذين النهجين، أن تبُتَّ على وجه الدقة في كيفية تصميم القواعد الخاصة التي ستحكم كل جوانب معاملات تمويل الاحتياز، وإدماج هذه القواعد الخاصة في القانون العام المتعلق بالبيع والإيجار.

'١' النهج الوحدوي

٧٨- يؤدي قرار الدول اعتماد النهج الوحدوي إلى ثلاث نتائج رئيسية. أولاً، كل أدوات تمويل الاحتياز ستُعتبر، بصرف النظر عن شكلها، أدوات ضمانية وتُخضَع للقواعد ذاتها التي تحكم الحقوق الضمانية غير الاحتيازية (باستثناء الحالات المتعلقة بالتنازع على الأولوية). ثانيا، حق الدائن في الموجودات الملموسة في معاملات البيع مع الاحتفاظ بالملكية، أو البيع بمقتضى الشرط الفاسخ، أو اتفاق التأجير مع خيار الشراء، أو الإيجار التمويلي، أو أي معاملة مماثلة، سيُعتبر حقا ضمانيا احتيازيا وسيخضع لنفس القواعد التي ستحكم الحق الضماني الحيازي الممنوح لأي مقرِض. ثالثا، سيُعَدُّ المشتري في مثل هذه الحالات حائزا ملكية الموجود بصرف النظر عما إذا كان البائع أو المؤجّر يدّعي احتفاظه بالملكية بموجب العقد.

٧٩- ويمكن أن تسلك الدول أحد مسلكين في اشتراع النهج الوحدوي في الحالات التي يستخدم فيها البائعون الاحتفاظ بالملكية أو الإيجار التمويلي. فقد تنص على أن يصبح المشتري المالكَ في جميع الأغراض، ويكون عليها والحالة هذه أن تعدّل التشريعات الأخرى (كالقوانين الضريبية إن كانت ترغب في أن يخضع البائع في تلك المعاملات للضريبة بصفته مالكا). أو قد تنص على أنّ المشتري لا يصبح مالكا إلا لأغراض قانون المعاملات المضمونة والميادين المتصلة به (القانون المنظّم للعلاقة بين الدائن والمدين وقانون الإعسار، على وجه الخصوص). ولكن من الجدير بالملاحظة أنّ اتساق النظام يقتضي من الدول أن تسلك فيما يتعلق بمعاملات تمويل الاحتياز نفس المسلك الذي تسلكه بخصوص معاملات التمويل غير الاحتيازي.

'٢' النهج غير الوحدوي

٨٠- لأن *الدليل* يعتمد نهجا وحدويا فيما يخص التمويل غير الاحتيازي، فإن معاملات المقرِضين التقليدية، كالبيع مع حق الاسترداد والبيع مع التأجير للبائع والنقل الائتماني للملكية، تُعتبر جميعها حقوقا ضمانية عادية. ولا يتوخّى *الدليل* إمكانية اتّباع نهج غير وحدوي إلا فيما يتعلق بمعاملات البائعين (والمعاملات "الشبيهة بمعاملات البائعين" مثل الإيجارات التمويلية). وبناء عليه، فحتى عندما تعتمد الدول نهجا غير وحدوي فيما يتعلق بمعاملات تمويل الاحتياز، ينبغي لها أن تصمم نظامها بحيث يراعي مبدأ التعادل الوظيفي (انظر التوصية ١٨٨). وعلى سبيل المثال، ينبغي للنظام أن يعامل جميع الجهات التالية من مقدّمي الائتمان الاحتيازي معاملة متكافئة وظيفيا: البائع الذي يحتفظ بحق الملكية؛ والبائع الذي لا يحتفظ بحق الملكية ولكنه يحتفظ بالحق في إبطال البيع؛ والبائع الذي لا يحتفظ بحق الملكية ولكنه يأخذ حقا ضمانيا احتيازيا عاديا في الموجودات المبيعة؛ والمؤجّر الذي يحتفظ بحق الملكية؛ والمؤجّر الذي يأخذ حقا ضمانيا احتيازيا عاديا في الموجودات المبيعة أو المؤجّرة.

٨١- ومن حيث المبدأ، يمكن للدول التي تعتمد النهج غير الوحدوي أن تحقّق التعادل الوظيفي بين حقوق البائع الذي يحتفظ بحق الملكية والمؤجّر التمويلي من ناحية، وحقوق الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي من ناحية أخرى، بإحدى طريقتين. فيمكنها إما *(أ)* أن تصوغ الحقوق الممنوحة للمطالِب المحتفظ بحق الملكية ومن يشبهه من المطالبين، على منوال الحقوق الممنوحة للدائن المضمون بحق ضماني احتيازي، الذي لا يكون بائعا أو مؤجّرا؛ وإما *(ب)* أن تصوغ حقوق هذا الدائن الآخر المضمون بحق ضماني احتيازي على منوال الحقوق المتاحة من قبلُ للدائن المحتفظ بحق الملكية. ففي الحالة الأولى، يُعامَل جميع مموّلي الاحتياز معاملة واحدة (أي بصفتهم دائنين مضمونين بحق ضماني احتيازي)، ولكنّ مموّلي الاحتياز الذين يحتفظون بالملكية سيكون لهم عندئذ حقوق مختلفة قليلا عن حقوق المالكين العاديين. وفي الحالة الثانية، يُعامَل جميع مموّلي الاحتياز والدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي معاملة واحدة (أي بصفتهم مالكين)، ولكنّ الدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي والدائنين المضمونين بحق ضماني غير احتيازي سيخضعون عندئذ لقواعد مختلفة قليلا. ومع أن هذين الخيارين قد يبدوان من الناحية الشكلية متساويين في الجدوى، فبالنظر إلى الهدف العام المتمثل في تمكين الأطراف من الحصول على ائتمان مضمون بطريقة بسيطة وناجعة، توجد عدة أسباب تدعو إلى تفضيل النهج الأول في تحقيق التعادل الوظيفي في النظام غير الوحدوي.

٨٢- والسؤال الذي ينبغي أن تسأله الدول هو أيُّ النهجين يحتمل أن يسهم أكثر في توافر الائتمان بشفافية وبأدنى تكلفة، بصرف النظر عن مصدَره. أولا، سيكون من الصعب تصميم مجموعة من القواعد التي تعامل المقرِض كمالك (وبخاصة لأن المقرِض لا يكون عادة ذا خبرة في بيع أو صيانة الموجودات التي يموّلها). ثانيا، مع أن هذا المقرِض سيوصَف بكونه مالكا، فإن ملكيته لن تكون مطابقة للملكية العادية بما أن حقوقه الإنفاذية ستُعدَّل لحماية حقوق أطراف ثالثة معيّنة ربما تكون قد حصلت على ضمان في الحق المتوقع للمشتري. ثالثا، سيكون من الصعب تصميم مجموعة من القواعد التي تُميِّز بين الحقوق التكميلية الممنوحة لفئتين من المقرِضين، هما المقرِضون المضمونون بحق ضماني عادي والمقرِضون المضمونون بحق ضماني احتيازي. رابعا، من الأبسط بكثير أن تُصاغ حقوق وواجبات البائع المستفيد من حق نابع من تمويل احتيازي (فيما يتعلق، مثلا، بإنشاء هذا الحق ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على حقوق المطالبين المنافسين وإنفاذه) على منوال حقوق وواجبات البائع أو المقرِض المستفيد من حق ضماني احتيازي (الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي). والسبب في ذلك أن هذا النهج سيُسهم في تعزيز الاتساق العام لنظام المعاملات المضمونة، إضافة إلى تمكين الدول من إدخال

التعديلات الضرورية للحفاظ على اتساق نظامها الخاص بالملكية المنصوص عليه في قانون البيع والإيجار. ولهذه الأسباب يوصي *الدليل* بأن تسعى الدول التي تختار اعتماد نهج غير وحدوي فيما يتعلق بمعاملات تمويل الاحتياز، إلى تحقيق التعادل الوظيفي بصياغة حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي على منوال الحقوق الضمانية الاحتيازية وليس العكس (انظر التوصية ١٨٨). وبصرف النظر عن النهج الذي تختاره الدولة من بين هذين النهجين، سيكون لا بد لها من تعديل نظامها القائم الخاص بحقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي على النحو المبيّن في هذا الفصل لكي تحقق التعادل الوظيفي.

٣' المقارنة بين النهجين

٨٣- يوصي *الدليل* بأن تعتمد الدول النهج الوحدوي لتحقيق التعادل الوظيفي بين معاملات التمويل الاحتيازي ومعاملات التمويل غير الاحتيازي. وبالنظر إلى هذا التوجّه العام، يقترح *الدليل* أن تعتمد الدول أيضا، إن أُتيحت لها الفرصة، النهجَ الوحدوي لتحقيق التعادل الوظيفي فيما بين آليات تمويل الاحتياز كلها. على أن *الدليل* يُقرّ، بالرغم من هذا الاقتراح، بأن بعض الدول قد تشعر بالحاجة إلى الإبقاء على أسلوب أدوات إثبات حق الملكية لتنظيم حقوق البائعين والمؤجّرين التمويليين وسائر المورّدين (انظر التوصية ٩). ولهذا السبب، يبحث كل من الأبواب الفرعية التالية من هذا الفصل (ألف-٦ إلى ألف-١٣) في المسائل ذات الصلة كما تعرفها النظم القانونية المعاصرة. ويختتم كل من هذه الأبواب الفرعية باستعراض لكيفية إصلاح قانون التمويل الاحتيازي على أفضل وجه في حال اعتماد هذا النهج أو ذاك (الوحدوي أو غير الوحدوي) لتحقيق التعادل الوظيفي.

٨٤- وتعرض التوصيات المتوازية في شكل الخيار ألف والخيار باء. ويقدّم الخيار ألف توصيات بشأن الطريقة التي ينبغي أن تتبعها الدول في تصميم تفاصيل النهج الوحدوي والمتكامل وظيفياً في معاملات تمويل الاحتياز. وستجد الدول التي تقوم لأول مرة بسنّ تشريعات لتنظيم طائفة المعاملات المضمونة برمتها أنّ الخيار ألف أسهل تنفيذا، مع أنّ الدول التي لديها نظام شامل للمعاملات المضمونة يمكنها بكل تأكيد أن تستفيد من هذا النهج أيضا. ويتناول الخيار باء الطريقة التي ينبغي للدول التي تختار الاحتفاظ بالنهج غير الوحدوي أن تتبعها في تصميم قواعد تنظم تمويل الاحتياز من خلال أدوات الضمان القائمة على حق الملكية، وخصوصا المعاملات القائمة على الاحتفاظ بحق الملكية ومعاملات الإيجار التمويلي، وكذلك الحقوق الضمانية الاحتيازية، لكي يتسنى في إطار النهج غير الوحدوي كذلك تحقيق المزايا الاقتصادية لنظام متكامل وظيفيا.

٦- إنشاء الحق الضماني (نفاذه بين الطرفين)

٨٥- يناقش *الدليل*، في الفصل الثاني المتعلق بإنشاء الحق الضماني، اشتراطات جعل الحق الضماني نافذ المفعول بين المانح والدائن المضمون. وكما يشرح ذلك الفصل، تهدف السياسة العامة الأساسية إلى جعل اشتراطات تحقيق نفاذ الحق الضماني بسيطة قدر الإمكان (انظر الفصل الثاني، الفقرة ٦، وانظر أيضا التوصية ١، الفقرة الفرعية *(ج)*). أما الطريقة الدقيقة التي يمكن أن تنسحب بها هذه الاشتراطات على تنظيم نفاذ مفعول الحقوق النابعة من معاملة تمويل احتيازي بين الطرفين فتتوقّف على ما إذا كانت الدولة المعنية تعتمد النهج "الوحدوي" أو النهج "غير الوحدوي". يضاف إلى ذلك أنه في الدول التي ما زالت تعترف بالمعاملات القائمة على الاحتفاظ بالملكية والإيجارات التمويلية باعتبارهما

أداتي ضمان متميّزتين، ليس من الواضح أن كلمة "الإنشاء" هي اللفظ الأنسب لوصف كيفية "حصول" البائع في معاملة قائمة على الاحتفاظ بالملكية والمؤجّر في معاملة إيجار تمويلي على حقوقهما. فالبائع المحتفظ بالملكية، مثلا، لا "ينشئ" حقا جديدا لصالحه؛ بل إنه يواصل فحسبُ تثبيت حق الملكية الذي كان لديه قبل الدخول في الاتفاق مع المشتري. وبالمثل، فإن حقوق ملكية المؤجّر لا "تُنشأ" بموجب عقد التأجير، فالمؤجّر يكون المالك أساسا وقت دخوله في اتفاق الإيجار مع المستأجر. ومع ذلك، فحرصا على سهولة التعبير، سيُلجأ أحيانا إلى وصف الاتفاقات التي تجيز للبائع والمؤجّر مواصلة تثبيت ملكيتهما تجاه المشتري أو المستأجر الذي منحاه حيازة موجود ملموس، على أنها اتفاقات "تنشئ" حقوق التمويل الاحتيازي موضع البحث. وبالطبع، قد يقال ردا على ذلك بأنه في الدول التي يحصل فيها المشتري، بمقتضى اتفاق قائم على الاحتفاظ بالملكية، على ملكية متوقّعة، ينشأ نوع جديد من الملكية الثنائية. وبمقتضى هذا التحليل، يصبح من المناسب الحديث عن "إنشاء" حق احتفاظ بالملكية، لأن حق الملكية الذي يحتفظ به البائع ليس ملكية تقليدية بكل معنى الكلمة.

٨٦- والدول التي لا تعامل جميع معاملات تمويل الاحتياز معاملة واحدة، تفرض اشتراطات شديدة الاختلاف لجعل الحقوق الاحتيازية نافذة المفعول بين الطرفين. وابتداءً، قد تختلف هذه الاشتراطات ضمن الدولة الواحدة تبعا لنوع معاملة تمويل الاحتياز (احتفاظ بالملكية، إيجار تمويلي، حق ضماني) المعنية. ويمكن، فضلا عن ذلك، أن تختلف هذه الاشتراطات اختلافا كبيرا بين دولة وأخرى حتى فيما يتعلق بالنوع ذاته من معاملات تمويل الاحتياز. ومعنى ذلك أن الدول لا تعتبر كلها حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي حقوقا واحدة، وبناء على ذلك لا تفرض كلها نفس الاشتراطات على إنشاء هذا الحق أو الاحتفاظ به.

٨٧- وباعتبار الاحتفاظ بالملكية حقا من حقوق التمويل الاحتيازي، فهو يُنظر إليه عادة على أنه حق في ملكية ينشأ بموجب واحد من بنود عقد البيع. وهذا يعني أن الاشتراطات الشكلية لإنشاء حق الاحتفاظ بالملكية تكون، في العديد من الدول، هي الاشتراطات الواجب تطبيقها على عقود البيع عموما، دونما لزوم إلى إجراءات شكلية إضافية معيّنة. ومن ثم، إذا كانت الدولة تقبل بجواز إبرام عقد بيع موجودات ملموسة شفهيا، فمن الممكن أن يكون بند الاتفاق الذي ينص على احتفاظ البائع بالملكية إلى حين تسديد ثمن الشراء بالكامل بندا شفهيا أيضا. وفي هذه الحالات، يجوز أن يُتَّفق على حق احتفاظ البائع بالملكية اتفاقا شفهيا أو بالإشارة إلى مراسلة بين الطرفين أو إلى طلبية شراء أو فاتورة طبعت عليها الأحكام والشروط العامة. ومن الجائز حتى ألا تحمل تلك المستندات توقيع المشتري، ولكنّ المشتري قد يقبل ضمنا بالأحكام والشروط التي تنص عليها تلك المستندات من خلال تسلّمه الموجودات وتسديد جزء من ثمن الشراء المبيّن في طلبية الشراء أو الفاتورة مثلا. وقد تُشترط في دول أخرى، رغم جواز إبرام عقد عادي شفهيا، الكتابة (ولو بحد أدنى) أو تاريخا معينا أو التوثيق العدليّ أو حتى التسجيل، لكي يصبح بند الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع نافذ المفعول حتى بين الطرفين.

٨٨- ومقدِّمو الائتمانات الذين يستخدمون الإيجارات التمويلية واتفاقات التأجير مع خيار الشراء وما يتصل بذلك من أنواع المعاملات يحتفظون أيضا بالملكية بسبب طبيعة تلك العقود. فنفاذ مفعول حق المؤجّر بين الطرفين، مثلا، يتوقف على امتثالهما للإجراءات الشكلية العادية الواجب تطبيقها بالذات على اتفاق الإيجار التمويلي أو التأجير مع خيار الشراء موضع البحث.

٨٩- وفي معظم الدول، لا يجوز أن يستفيد من حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي إلا البائع الفعلي أو المؤجّر التمويلي الفعلي، ويكون لزاماً عليه اتّباع الإجراءات الشكلية المرتبطة بهذا الحق. ولكن قد لا يجوز لبعض مقدِّمي التمويل الاحتيازي الآخرين، مثل المقرِضين، الحصول مباشرة سواء على حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي. بل لكي يتأتى لهم ذلك يجب أن يحصلوا على إحالة

لعقد البيع من البائع أو على إحالة لعقد الإيجار من المؤجّر. ومن ثم فإن الإجراءات الشكلية لنفاذ مفعول الحق الذي يُطالب به المقرِض هي، أولاً، الإجراءات المنطبقة على المعاملة الأصلية مع المشتري أو المستأجر، وهي، ثانيا، الإجراءات المنطبقة على إحالة ذلك النوع من العقود.

٩٠- وفي العديد من الدول التي تسمح بفصل حقوق الاحتفاظ بالملكية عن حقوق الإيجار التمويلي، من الممكن أيضاً للبائعين والمؤجّرين والمقرِضين الذين يقدّمون التمويل الاحتيازي أن يأخذوا حقا ضمانيا في الموجودات المشتراة أو المؤجّرة. وهذه الدول تمنح البائع الذي يأخذ ذلك الحق الضماني، عادة، حقا في الأولوية يعادل حق البائع. غير أنها لا تسمح للمقرِضين الذين يوفرّون التمويل الاحتيازي بالمطالبة بالحقوق المفضّلة التي يحظى بها بائع يحتفظ بالملكية أو يأخذ حقا ضمانيا في الموجودات المشتراة.

٩١- ومختلف الدول التي لا تعامل البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية أو الإيجار التمويلي باعتبارهما حقوقا ضمانية تسلك أيضاً نهوجاً متباينة إزاء امتداد تلك الحقوق إلى أنواع أخرى من الموجودات. ففي بعض تلك الدول، إذا امتزجت الموجودات الخاضعة لحق الاحتفاظ بالملكية بموجودات أخرى، بَطُل حق الاحتفاظ بالملكية. ولكنّ حق الاحتفاظ بالملكية يظل نافذا بين الطرفين في بضع دول أخرى؛ ففي هذه الدول، على سبيل الاستثناء من المبادئ العامة لقانون الملكية، لا يحتاج البائع إلى اتخاذ أي إجراء شكلي إضافي للاحتفاظ بحقه في الملكية، ما دامت في يد المشتري موجودات مماثلة. وعلى غرار ذلك، فإنّ حق الاحتفاظ بالملكية في معظم الدول لا يمتد إلى موجودات عولجت أو حُوِّلت صناعياً إلى منتوجات جديدة، في حين أنّ هذا الحق يُحفظ تلقائيا في عدد قليل من الدول الأخرى عندما تُحوّل الموجودات صناعيا إلى منتوج جديد. وفي بعض الدول التي تأخذ بالنهج الأخير، يحق تلقائياً للبائع أن يطالب بحق احتفاظه بالملكية في المنتوج الجديد، بينما يصبح البائع في دول أخرى مجرد دائن مضمون عادي لا يتمتع بالأولوية الخاصة التي يمكن أن يطالب بها بائع محتفظ بحق الملكية. وتجيز بعض الدول أيضا للمؤجّرين مواصلة المطالبة بملكية الموجودات المؤجّرة التي تم تعديلها قليلاً أو، رهنا بأحكام عقد الإيجار، بملكية عائدات التصرف المأذون في تلك الموجودات. وفي هذه الحالات كذلك، لا يلزم عادة اتخاذ أي خطوات إضافية في سبيل الحفاظ على نفاذ الحق الضماني بين الطرفين في الموجودات المعدّلة أو في العائدات.

٩٢- ويوجد تشابه أكبر بين مختلف الدول التي اعتمدت نهجا متكاملاً تماماً، وذلك في المبادئ التي تحكم اشتراطات نفاذ الحقوق الضمانية الاحتيازية بين الطرفين. والواقع أنه يكاد لا يوجد أي اختلاف في هذه الاشتراطات. وعلاوة على ذلك، فإن الاشتراطات الشكلية لجعل الحق الضماني الحيازي نافذا بين الطرفين متطابقة ضمن كل دولة بصرف النظر عمّا إذا كان التمويل مقدما من بائع أو مؤجّر تمويلي أو مقرِض أو أي شخص آخر. وإضافة إلى ذلك، بما أنّ الائتمان المضمون بحق ضماني احتيازي يعامل باعتباره مجرد فئة خاصة من فئات الحق الضماني، فإن هذه الاشتراطات الشكلية ستكون نفس الشكليات القليلة نسبيا المطلوبة في المعاملات المضمونة غير الاحتيازية. ومثلما ذُكر من قبلُ (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ٢٦-٢٩)، فإن هذه الشكليات هي مجرد اتفاق مكتوب وموقّع يبيّن هوية الطرفين ويتضمّن وصفا معقولا للموجودات المبيعة وثمنها، أو اتفاق شفهي مشفوع بنقل حيازة الموجودات إلى الدائن المضمون (انظر التوصيات ١٣-١٥). وأخيرا، بما أنّ الحق الضماني الحيازي هو حق ضماني، فسيُحفَظ تلقائيا في الملحقات والموجودات المصنّعة وفي عائدات التصرّف فيها (انظر التوصيات ١٩-٢٢).

٩٣- ونادرا ما يكون الاختلاف بين هذين النهجين وفيما بين النظم القانونية المحدّدة المشروحة آنفا كامنا في اشتراط الشكل الكتابي. ذلك أن معظمها يقبل المراسلة أو الفاتورة أو طلبية الشراء، أو ما شابهها، بالأحكام والشروط العامة، سواء كانت في شكل ورقي أو إلكتروني، باعتبارها تفي باشتراط

الشكل الكتابي. وهذا هو، فضلا عن ذلك، الموقف العام الذي يوصي به *الدليل* فيما يتعلق باشتراط الكتابة (انظر التوصيتين ١١ و١٢). ولكن يبدو أنّ الاختلاف يكمن أكثر فيما إذا كان التوقيع مطلوبا لنفاذ المفعول بين الطرفين. ففي بعض الدول لا يكون التوقيع ضروريا ما دام بوسع البائع المحتفظ بحق الملكية أو الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي أو المؤجّر التمويلي أن يبرهن بأدلة إثبات أخرى أنّ المشتري أو المستأجر التمويلي قد قبل أحكام الاتفاق. ويمكن أن تتكوّن تلك الأدلة الإثباتية من مجرد احتياز المشتري أو المستأجر التمويلي الموجودات واستخدامه إياها من دون أي احتجاج عقب تسلّمه النص المكتوب. ويضاف إلى ذلك أن هذه المسألة نادرا ما تنشأ، لأن العديد من المعاملات المتعلقة بشراء موجودات ملموسة تكون في الواقع موثّقة توثيقا جيدا لأسباب أخرى.

٩٤- وفي النهج الوحدوي، تكون اشتراطات نفاذ المفعول بين الطرفين هي الاشتراطات نفسها المنطبقة على الحقوق الضمانية غير الاحتيازية، بصرف النظر عن الشكل القانوني للمعاملة (انظر التوصية ١٧٨).

٩٥- أما في حال اعتماد النهج غير الوحدوي، فسيكون على الدول الساعية إلى تحقيق منافع نظام قانوني يحدِث تنافسا متكافئا على توفير الائتمان، أن تضع نظاما لإنشاء حق الضمان الاحتيازي يسمح للمقرِضين بأن يحصلوا على نفس الوضع المفضّل الممنوح للبائعين المحتفظين بحق الملكية والمؤجّرين التمويليين. وتحقيقاً لهذه النتيجة سيكون على هذه الدول أن تكفل أن تكون القواعد التي تحكم نفاذ المفعول بين الطرفين متعادلة وظيفيّاً، بصرف النظر عن شكل معاملة تمويل الاحتياز (انظر التوصية ١٨٨). ولا بدّ خصوصاً من أن تُنسق بصفة وثيقة القواعد الناظمة للمسائل التي تمس ما يلي: *(أ)* أهلية طرفي العقد؛ و*(ب)* الصفة المحدّدة للالتزام المضمون وطرائقه؛ و*(ج)* الموجودات التي يمكن أن يؤخذ فيها حق التمويل الاحتيازي؛ و*(د)* الأدلة الإثباتية الملزِمة مثل الكتابة والتوقيع؛ و*(هـ)* وقت نفاذ مفعول الاتفاق بين الطرفين، وذلك منعا لتحبيذ نوع من معاملات تمويل الاحتياز على نوع آخر.

٧- النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

(أ) استعراض عام

٩٦- يميّز *الدليل* بين نفاذ الحق الضماني بين المانح والدائن المضمون، ونفاذ ذلك الحق تجاه الأطراف الثالثة (انظر الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات ١-٧، والفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ٦-٨). ولهذه المسألة أهمية خاصة فيما يتعلق بحقوق تمويل الاحتياز، تبعا لما إذا كان النهج المعتمد وحدويا أو غير وحدوي، لأن التمييز بين هذين النوعين من النفاذ قد لا يوجد في واقع الأمر.

٩٧- ومعظم الدول التي لا تعامل حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي باعتبارها حقوقاً ضمانية لا تشترط تسجيل هذه المعاملات. كما أنها لا تشترط على البائع أو المؤجّر أن يتخذ، لكي يكفل نفاذ الحق تجاه الأطراف الثالثة، أيّ خطوة شكليّة أخرى عدا ما هو ضروري لجعله نافذا بين الطرفين. بل على العكس، ففي هذه الدول، عندما يدخل البائع والمشتري في اتفاق احتفاظ بالملكية، يكون حق البائع في ملكية الموجودات الملموسة التي بيعت نافذا تجاه جميع الأطراف.

٩٨- وفي المقابل، يُشترط في بعض الدول تسجيل حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي، إما عموماً وإما لأنواع معيّنة من الموجودات الملموسة. وفي هذه الدول، كثيرا ما يكون التسجيل مطلوبا لمجرد جعل حق البائع في الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ومع ذلك، فقد لا يُميَّز أحيانا بين نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي بين الطرفين ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة. أي أنّ تسجيل هذه الحقوق يُعتبر في بعض الدول شرطا لنفاذها حتى بين الطرفين.

٩٩- وبمقتضى كل أنظمة الاحتفاظ بحق الملكية هذه، يحتفظ البائع بملكية الموجودات المبيعة والمسلَّمة إلى المشتري. ونتيجة لذلك، لا يكون للمشتري في العادة أيّ حقوق ملكية في الموجودات المشتراة إلى أن تنتقل إليه ملكيتها، وهذا ما يحدث عادة عندما يُسدد ثمن الشراء بكامله. وهذا يعني أنْ لا دائن آخر من دائني المشتري يمكنه أن يطالب بحقوق في الموجودات الملموسة المشتراة ما دام البائع محتفظا بملكيتها، إلا في النظم القانونية التي يكون فيها للمشتري حق ملكية متوقّع يجوز له رهنه. وتنطبق هذه الحالة حتى لو وفّر دائن آخر ائتمانا للمشتري لابتياع الموجودات وكانت قيمة موجودات المشتري الخاضعة لحق الاحتفاظ بالملكية أعلى من مبلغ ثمن الشراء الذي ما زال يدين به للبائع. وفي مثل هذه الحالات، تكون موجودات المشتري الوحيدة التي يمكن لدائن آخر أن يطالب بحقوق ضمانية فيها هي موجودات غير ملموسة (حق المشتري في قيمة ثمن الشراء المدفوع). وتتأتي النتيجة ذاتها أيضا في حالة الإيجار التمويلي. فما لم ينصّ عقد الإيجار على حق المستأجر في شراء الموجود المؤجّر في نهاية مدة الإيجار ومن ثم يمنح المستأجر حق ملكية متوقّع يجوز له رهنه، كان الموجود الوحيد لدى المستأجر الذي يمكن لدائنيه أن يطالبوا بحقوق ضمانية فيه موجودا غير ملموس (وهو حق المستأجر في استخدام الموجود المستأجر خلال الفترة المتبقية من عقد الإيجار).

١٠٠- أما في الدول التي لا تعترف بحق المشتري الذي يحصل على موجودات بمقتضى معاملة قائمة على الاحتفاظ بالملكية، أو بحق المستأجر بمقتضى إيجار تمويلي، في أن يمنح حقا ضمانيا في الموجودات المشتراة أو المستأجرة، فإن عدم اعترافها هذا يؤدي إما إلى منع المقترضين من استخدام القيمة الكاملة للحصة التي يمكن أن يكونوا اكتسبوها في ملكية موجوداتهم الملموسة الخاضعة لحقوق الاحتفاظ بالملكية أو حقوق الإيجار التمويلي، وإما إلى جعل استخدام هذه القيمة صعبا عليهم. أي أنّ المنطق المفاهيمي لاتفاق الاحتفاظ بالملكية أو اتفاق الإيجار التمويلي يحول دون تمكّن المشتري من منح حق ضماني غير حيازي في الموجودات المشتراة أو المؤجّرة. ولكن من المثير للاهتمام أنّ هذه الدول ذاتها تجيز عموما للمشتري أن يمنح رهوناً متعدّدة على الموجودات غير المنقولة (رهون عقارية أو رهون غير حيازية أو رهون أخرى) تكون الأولوية فيها مرتكزة على وقت التسجيل، حتى عندما تكون الممتلكات غير المنقولة قد بيعت بموجب معاملة قائمة على الاحتفاظ بحق الملكية ولم يسدّد ثمن الشراء بكامله بعد. وفي الدول التي تتبع الآن نهجاً متكاملاً تماما، يخضع الاحتفاظ بحق الملكية ومعادلاته الاقتصادية لتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام، أو لإجراء شكلي آخر لجعل الحق نافذا تجاه الأطراف الثالثة، بالطريقة نفسها المتّبعة بشأن أيّ حق ضماني آخر. ويضاف إلى ذلك أنه بمقتضى هذا النهج يتحوّل حق البائع الذي يحتفظ بالملكية بموجب عقد أو المؤجّر الذي يظل مالكا بحكم طبيعة الإيجار، إلى حق دائن مضمون بحق ضماني احتيازي. ونتيجة لذلك، يكون في مقدور المشتري أو المستأجر أن يستخدم الحصة التي يمتلكها في الموجودات المشتراة أو المستأجرة كضمان للحصول على ائتمان إضافي. وهذا يعني، في هذه الدول، أن حق البائع المحتفظ بالملكية أو المؤجّر التمويلي الذي يُجعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، ليس حق ملكية؛ بل هو حق ضماني نافذ تجاه الأطراف الثالثة نفس النفاذ الذي ينشأ في حالة البائع الذي يبيع الموجودات الملموسة بيعا تاما ويأخذ حقا ضمانيا في هذه الموجودات المبيعة.

١٠١- وفي إطار النهج الوحدوي، تكون اشتراطات نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة (باستثناء ما يتعلق باحتياز السلع الاستهلاكية؛ انظر التوصية ١٧٩، والفقرات ١١٢-١١٥ أدناه) هي الشروط نفسها المنطبقة على الحقوق الضمانية غير الاحتيازية وتكون واحدة بصرف النظر عن الصيغة القانونية للمعاملة (انظر التوصية ١٧٨).

١٠٢- أما في حال اعتماد نهج غير وحدوي، فسيكون على الدول أن تكفل عدم وجود اختلافات جوهرية في اشتراطات النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بين الأنواع المختلفة من معاملات تمويل الاحتياز (انظر التوصيتين ١٨٨ و١٩٢). وسيتعين تنسيق عدد من القواعد تنسيقا دقيقا بحيث لا يُحبَّذ شكل من المعاملات على آخر، وخصوصاً القواعد التي تحكم ما يلي: *(أ)* الطرائق التي يمكن أن يُحقّق بها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة؛ و*(ب)* توقيت النفاذ تجاه الأطراف الثالثة عند استيفاء الاشتراطات؛ و*(ج)* تبعات النفاذ تجاه الأطراف الثالثة على حق المشتري أو المستأجر في منح حقوق في الموجودات؛ و*(د)* النظام القانوني الذي يحكم السلع الاستهلاكية. وعلى وجه التحديد، من أجل تعظيم قدرة المشتري أو المستأجر على الاستفادة من الموجودات الملموسة المحتازة في إطار النهج غير الوحدوي، سيتعين على الدول أن تنص في تشريعاتها على أن لهما صلاحية منح حق ضماني في الموجودات الخاضعة لحق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي (انظر التوصية ١٩٠).

(ب) نفاذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة في إطار معاملات تمويل الاحتياز عموماً

١٠٣- مثلما ذُكر من قبلُ (انظر الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ٢٩-٤٦)، فإن الآلية العامة التي يمكن بواسطتها جعل الحقوق الضمانية العادية نافذة تجاه الأطراف الثالثة هي التسجيل (انظر التوصية ٣٢). وكما هي الحال فيما يخص تسجيل الحقوق الضمانية العادية غير الاحتيازية، فالمقصود من تسجيل الحق الضماني الحيازي إنما هو إشعار الأطراف الثالثة باحتمال وجود مثل هذا الحق وتوفير أساس لتأكيد الأولوية بين دائن مضمون ومطالب منافس. ويسهم التسجيل عموماً في تعزيز المنافسة في سوق توفير الائتمان وذلك بتوفير معلومات تمكّن المولين من تقييم المخاطر التي تواجههم تقييما أفضل.

١٠٤- ولهذا السبب، يوصي *الدليل* بأن يكون نفاذ مفعول جميع أنواع معاملات تمويل الاحتياز تجاه الأطراف الثالثة متوقّفا عادة على تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام. وحيثما يوصي *الدليل* أيضا بآليات أخرى لتحقيق نفاذ الحقوق الضمانية العادية تجاه الأطراف الثالثة (مثل الحيازة، والتسجيل في سجل متخصّص، والتأشير على شهادة الملكية)، ينبغي أن تكون هذه الآليات متاحة كوسيلة بديلة من أجل تحقيق نفاذ الحقوق الضمانية الاحتيازية تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصيتين ١٧٨ و١٨٨).

١٠٥- وفي إطار النهج الوحدوي، سيكون تنسيق تسجيل الإشعارات المتصلة بالحقوق الضمانية الاحتيازية وغير الاحتيازية في سجل الحقوق الضمانية العام ضروريا لتعزيز اليقين بخصوص الأولوية النسبية للمطالبين المنافسين (للاطلاع على المناقشة التي تتناول الأولوية في إطار تمويل الاحتياز، انظر الفقرات ١١٦-١٨٢ أدناه والتوصيات ١٨٠-١٨٥). ومن أجل تحقيق أكبر قدر من الكفاءة لا بد عموما من أن يقف المولون الموجودون الذين يعتزمون صرف قروض مستقبلا، على ما إذا كان هناك دائن مضمون آخر يطالب بحق ضماني احتيازي. ويحدث ذلك أحيانا لأنّه يجب على الدائن المطالب بحق ضماني احتيازي أن يقوم، قبل التسليم، بإشعار الدائنين المضمونين الموجودين (انظر التوصية ١٨٠،

البديل ألف، الفقرة الفرعية *(ب)* '٢' ب، في حالة المخزون). ولكن قد لا يكون من الضروري أحيانا إشعار الدائنين المضمونين الموجودين (انظر التوصية ١٨٠، البديل ألف، في حالة الموجودات الملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية، والتوصية ١٨٠، البديل باء، في حالة جميع الموجودات الملموسة غير السلع الاستهلاكية). وفي هذه الحالات، وخصوصا في حالة اعتماد البديل باء من التوصية ١٨٠، لعلّ الدول تود النظر في الاشتراط على الدائنين المطالبين بحق ضماني احتيازي أن يبيّنوا في الإشعار الذي يسجلونه في سجل الحقوق الضمانية العام أنهم يطالبون بحق ضماني احتيازي.

١٠٦- وفي إطار النهج غير الوحدوي، كذلك، سيكون لا بد من تنسيق القواعد الناظمة لتسجيل إشعار فيما يتعلق بحقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي والحقوق الضمانية الاحتيازية مع القواعد العامة المتعلقة بتسجيل إشعار بخصوص الحقوق الضمانية. والقيام بذلك يتطلب إما تعديل القواعد المتصلة بحقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي لتتسق مع القواعد الناظمة لتسجيل الحقوق الضمانية عموما، وإما - وهذا احتمال أضعف - تعديل القواعد الناظمة لتسجيل الحقوق الضمانية عموما لتتسق مع القواعد المتصلة بتسجيل حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي، وإنشاء سجل عام للحقوق الضمانية يمكن أن تُسجّل فيه الإشعارات المتعلقة بكل هذه الحقوق. وستكفل هاتان الخطوتان معاً اليقين بخصوص الأولوية النسبية للمطالبين المتنافسين الحاصلين على أنواع مختلفة من حقوق تمويل الاحتياز (انظر الفقرات ١١٦-١٨٢ أدناه، والتوصيات ١٩١-١٩٣ و١٩٥ و١٩٨). ويضاف إلى ذلك أنه في الحالة التي يطالب فيها دائن بحق احتفاظ بالملكية أو بحق تأجير تمويلي، سيكون من الواضح دائما للدائنين الآخرين، من استخدام مصطلحي "الاحتفاظ بالملكية" أو "الإيجار التمويلي"، أنّ الحق المعني إنما يُطالب به بخصوص احتياز موجود ملموس، بصرف النظر عما إذا كانت الدولة قد اختارت البديل ألف أو البديل باء من التوصية ١٩٢. وأخيرا، في حال مطالبة دائن، في إطار النهج غير الوحدوي، بحق ضماني احتيازي عادي، تنطبق التوصيتين المتعلقتين بمحتوى الإشعار بالحق الضماني الحيازي في إطار النهج الوحدوي (التوصية ١٨٠، البديل ألف والبديل باء) (انظر التوصية ١٨٧، الفقرة الفرعية *(أ)*). وفي هذه الحالات، وخصوصا في حالة اعتماد البديل باء من التوصية ١٨٠، لعلّ الدول تود النظر كذلك في الاشتراط على المولين الذين يطالبون بحق ضماني احتيازي أن يبيّنوا في الإشعار الذي يسجلونه في سجل الحقوق الضمانية العام أنهم يطالبون بحق ضماني احتيازي.

١٠٧- ويناقش الباب ألف-٨ أدناه المبادئ التي ينبغي أن تحكم تحديد أنواع التنازع التي ستُعتبر تنازعات على الأولوية في إطار النهج الوحدوي، بما في ذلك التنازعات على الأولوية في الحالات التي تكون قد استخدمت فيها طرائق مختلفة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصيات ١٨٠-١٨٥)، والأمور التي كثيرا ما تكون من مسائل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في إطار النهج غير الوحدوي (انظر التوصيات ١٩١-١٩٣ و١٩٥ و١٩٨).

(ج) مهلة تسجيل بعضٍ من معاملات تمويل الاحتياز

١٠٨- لم يكن العديد من الدول فيما مضى يشترط على البائعين اتخاذ خطوات إضافية لجعل حقوقهم نافذة تجاه الأطراف الثالثة. وكذلك في الحالات التي كان يحتفظ فيها البائع بحق الملكية، لم يكن من الضروري عادة أن يسجل حق الاحتفاظ بالملكية هذا. لكنّ في المقابل، وتماشياً مع النهج الذي اعتمدته معظم الدول التي قامت مؤخراً بتحديث قوانينها الخاصة بالمعاملات المضمونة، يوصي *الدليل* بأن يعمد البائعون أو المؤجّرون التمويليون أو المقرضون الذين يقدّمون تمويلا احتيازيا إلى تسجيل حقوقهم أو اتخاذ أي خطوة أخرى لتحقيق نفاذها تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصيتين ١٧٨ و١٩٢).

١٠٩- وحيثما تشترط الدول التسجيل في سياق التمويل الاحتيازي، يسعى معظمها إلى تعزيز فعالية عملية التسجيل بإعطاء البائعين وغيرهم من مقدّمي التمويل الاحتيازي مهلة قصيرة (٢٠ أو ٣٠ يوماً، على سبيل المثال)، بعد تسليم الموجودات المبيعة أو المؤجّرة، من أجل تسجيل إشعار بشأن معاملة تمويل الاحتياز المعنيّة. وتُعطى مثل هذه المهلة في الدول التي لا تعتبر حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي حقوقاً ضمانية، كما تُعطى في النظم التي تُعتبر تلك الحقوق كلها حقوقاً ضمانية احتيازية. ومن بين مزايا استخدام هذه المهلة أنها تيسّر تدفق الموجودات الملموسة بفعالية، إذ تسمح للبائعين بتسليم الموجودات إلى المشتري دون أن يضطروا للانتظار حتى يسجّلوا أو يسجّل أيّ طرف آخر من مقدّمي التمويل الاحتيازي الإشعار اللازم.

١١٠- وفي إطار النهج الوحدوي، إذا سُجِّل الإشعار في غضون المهلة المتاحة، يكون لحق الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي في موجودات غير المخزون تجاه المطالبين الآخرين الأولوية نفسها التي كان بمقدوره أن يثبّتها لو أنه قام بتسجيل ذلك الحق وقتَ التسليم أو قبله. وهذه القاعدة قد تكون مقصورة على الموجودات غير المخزون، لأنه في حالة المخزون، يجب أن يتم التسجيل وإشعار مموّلي المخزون المعلن عنهم قبل تسليم الموجودات الملموسة، بغية حماية الدائنين المضمونين بحق ضماني غير احتيازي الموجودين من قبل (انظر التوصية ١٨٠، البديلين ألف وباء).

١١١- وإذا اعتمدت الدولة النهج غير الوحدوي، ينبغي عندئذ أن تنطبق على جميع معاملات تمويل الاحتياز القواعد نفسها المتعلقة بمهلة التسجيل وآثارها بصرف النظر عن الصيغة القانونية للمعاملة (انظر التوصية ١٩٢، البديلين ألف وباء).

(د) استثناء معاملات السلع الاستهلاكية من التسجيل

١١٢- في بعض الدول التي يكون تسجيل إشعار متصل بمعاملات تمويل الاحتياز مطلوبا فيها، تُستثنى من ذلك التسجيل المعاملات المتعلقة بالسلع الاستهلاكية. وهذا يعني أن البائع، أو غيره من مقدمي التمويل الاحتيازي المتصل بموجودات ملموسة مشتراة لأغراض المشتري الشخصية أو المنزلية أو الأسرية لا يخضع لعبء اشتراط التسجيل؛ كما أنه لا يجب، عموما، لا على البائع ولا على مقدّم الائتمان التمويلي في هذه الحالات اتِّباع أيّ من الخطوات الأخرى التي يتحقّق بها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في العادة. فهذه المعاملات تصبح نافذة تجاه الأطراف الثالثة في الوقت نفسه الذي تصبح فيه نافذة بين الطرفين. والفكرة هي أن الحاجة في هذه الحالات إلى تنبيه الأطراف الثالثة من المموّلين المحتملين تكون أقل حدّة، خاصة عندما تكون السلع الاستهلاكية منخفضة القيمة. وفي النظم القانونية الأخرى التي تشترط التسجيل عموما، لا يُعفى من شرط التسجيل سوى معاملات السلع الاستهلاكية المنخفضة القيمة نسبيا (كمعاملات السلع الاستهلاكية التي لا تتعدى قيمتها ٣ ٠٠٠ يورو أو ما يعادلها أو المعاملات التي تخضع لاختصاص محاكم المطالبات الصغيرة، على سبيل المثال).

١١٣- وفي كلا النوعين من النظم، تخضع السوق الكبيرة القائمة على تقديم الائتمان التمويلي للمستهلكين الراغبين في شراء سيارات لنظام يقتضي التسجيل عادة لا في سجل الحقوق الضمانية العام بل في سجل متخصّص، أو لنظام يقتضي التأشير بشأن الحق الضماني على شهادة الملكية. والجدير بالملاحظة علاوة على ذلك أنه في الدول التي تُعفي السلع الاستهلاكية من التسجيل، لا يسري الاستثناء إلا على معاملات السلع الاستهلاكية. وبعبارة أخرى، لا يسري هذا الاستثناء على نوع معيّن من الموجودات بحد ذاته (أي السلع الاستهلاكية)، وإنما يسري فقط على نوع من المعاملات يتصل بتلك الموجودات (أي بيع موجودات ملموسة لأغرض المشتري الشخصية أو المنزلية أو الأسرية). ومع ذلك، لا

بد فيما يتعلق بالموجودات التي تُباع عادة للمستهلكين من تسجيل إشعار لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، وذلك في حالة بيع تلك الموجودات كمخزون لبائع بالجملة أو بالتجزئة.

١١٤- وينطبق الإعفاءُ من التسجيل على الموجودات الملموسة المشتراة بقرض ائتماني لأغراض المشتري الشخصية أو الأسرية أو المنزلية. غير أنه في حال تحديد مهلة لتسجيل الإشعار بمعاملة لتمويل احتياز معدّات في سجل الحقوق الضمانية العام، يجوز أن تكون تلك المهلة بحد ذاتها بمثابة إعفاء للمعاملات الائتمانية القصيرة الأمد التي يجري تسديدها بالكامل في غضون المهلة المحددة، لأنه، من الناحية العملية، لن يكون مموّل الاحتياز مضطرا للتسجيل قبل انقضاء تلك المهلة. أما فيما يتعلق بمعاملات تمويل احتياز المعدّات التي تكون مدة تسديد ثمنها طويلة نسبيا، والمعاملات المتصلة بالمخزون عموما، فقد لا يكون الإعفاء ضروريا إذا كان يحق لمموّل الاحتياز أن يسجل إشعارا واحدا في سجل المعاملات المضمونة يشمل سلسلة من المعاملات القصيرة الأمد، تقع خلال فترة زمنية أطول (خمس سنوات، مثلا) (انظر التوصيتين ١٧٨ و١٩٣). وترد مناقشة كاملة لهذه المسائل في الباب ألف-٨ أدناه.

١١٥- وفي إطار النهج الوحدوي، يسري إعفاء السلع الاستهلاكية من التسجيل (أو من أي طريقة أخرى من طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة)، بصرف النظر عمّا إذا كان الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي بائعا أو مؤجّرا أو مقرِضا لأن جميع هؤلاء سيطالبون بحقوق متطابقة. وأما في حال اعتماد نهج غير وحدوي، فينبغي أن تسفر القواعد المتصلة بإعفاء المعاملات المتعلقة بالسلع الاستهلاكية من التسجيل (أو من أي طريقة من طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة)، عن نفس النتائج أيا كان الشكل القانوني للمعاملة (انظر التوصيتين ١٧٩ و١٩١).

٨- الأولوية

(أ) استعراض عام

١١٦- يعتمد *الدليل* المصطلح "الأولوية" لتناول حالات التنافس بين دائن مضمون وأي شخص آخر قد تكون له حقوق في موجودات خاضعة لحق ضماني. ومن ثم يشمل مفهوم الأولوية حالات تنافس دائن مضمون بحق ضماني احتيازي مع الدائنين الآخرين (بمن فيهم الدائنون المضمونون، سواء كانوا أو لم يكونوا مضمونين بحق ضماني احتيازي، والدائنون الذين يجوز لهم الاستفادة من أفضلية قانونية، والدائنون بحكم القضاء)، ومع المطالبين الآخرين (بمن فيهم المالكون السابقون والمشترون والمستأجرون، والمرخّص لهم، وممثّل الإعسار). غير أن بعض الدول، وبخاصة بعض الدول التي لا تعتبر حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي حقوقا ضمانية احتيازية، يعتمد وجهة نظر تقيّد مفهوم الأولوية بدرجة أكبر. ذلك أن المنافسات بين الدائن المضمون ودائن آخر غيره هي وحدها التي تعتبر في هذه الدول منافسات تشتمل على مطالبات بالأولوية. وأما النزاعات الأخرى المحتملة (ولا سيما المتعلّق منها بمالكين سابقين ومشترين لاحقين) فتُسوّى بالرجوع إلى حق الملكية. ومع ذلك، وكيفما وُصف التنافس بين مختلف المطالبين المحتملين، يجب أن تحدد الحقوق النسبية لكل منهم بعناية.

(ب) مرتبة مقدّمي تمويل الاحتياز من حيث الأولوية

١١٧- يوصي *الدليل* في الفصل الثاني المتعلق بإنشاء الحق الضماني بأن يكون من الجائز للدائن الحصول على حق ضماني عادي في الموجودات الحالية والآجلة على السواء (انظر التوصية ١٣).

ويوصي أيضا في الفصل الخامس بأن تُحدّد الأولوية عموما استنادا إلى تاريخ تسجيل الإشعار بخصوص الحق الضماني، حتى فيما يتعلق بالموجودات الآجلة (انظر التوصيتين ٧٦ و٩٩). ونتيجة لذلك، من الضروري، إذا ما أريد التشجيع على تقديم ائتمان جديد لاحتياز موجودات، إرساء قواعد خاصة تسري على التنافس بين البائعين المحتفظين بحق الملكية والمؤجّرين التمويليين والدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي من ناحية، وبين الدائنين المضمونين بحق ضماني غير احتيازي قائم من قبل في موجودات آجلة خاصة بالمانح، من ناحية أخرى.

١١٨- وفي الدول التي لا تُعامل حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجارات التمويلية على أنها حقوق ضمانية، يُبتّ في الأولوية النسبية للحقوق بالرجوع إلى حق البائع أو المؤجّر في الملكية. وتكون الغلبة، فيما يتعلق بالموجودات المبيعة، للبائع المحتفظ بحق الملكية أو المؤجّر التمويلي على جميع المطالبين المنافسين الآخرين المستمدة حقوقهم من المشتري أو المستأجر (باستثناء بعض المشترين بحسن نية). وبالإضافة إلى ذلك، من غير الجائز في معظم هذه النظم لأي دائن آخر للمشتري أو المستأجر أن يطالب بحقوق في الموجودات المشتراة أو المؤجّرة، حتى يحصل المشتري أو المستأجر على حق الملكية في الموجودات بتسديد ثمن الشراء بكامله، أو بدفع قسط الاستئجار الأخير، في حالات معيّنة. وعلى الخصوص، لا يستطيع دائن مضمون له حق ضماني في موجودات آجلة ولا مقرض قدّم تمويلا احتيازيا أن يطالب بحق ضماني في الموجودات المشتراة. وفي أفضل الأحوال، يستطيع هؤلاء الدائنون المضمونون أن يطالبوا بحق في القيمة المسددة من المشتري أو المستأجر، شريطة أن يكونوا قد أدرجوا ذلك النوع من الموجودات غير الملموسة في وصف الموجودات المشمولة بالإشعار الذي سجلوه. وكذلك يجوز للدائنين بحكم القضاء وممثل الإعسار تثبيت حقوق المشتري أو المستأجر، ولكن لا يستطيع سواء هم أو الدائنون المضمونون أن يستولوا على الموجود نفسه، ما لم يسمح النظام القانوني للمشتري أو المستأجر المموَّل بأن ينقل أو يرهن حقه المتوقّع في الملكية.

١١٩- وأخيرا، في معظم هذه الدول لا يمكن أن تكون هناك منافسة بين مقرض مطالب بصفته مقدم تمويل احتيازي وبائع محتفظ بحق الملكية أو مؤجّر تمويلي. أولاً، وللأسباب المبيّنة أعلاه، ليس لدى المشتري أو المستأجر في الواقع أي موجودات يستطيع المقرِض تثبيت حق ضماني احتيازي فيها. وثانياً، نادرا ما يستطيع المقرِض الحصول على الحق المتوقّع للمشتري أو المستأجر (بأن يأخذ، مثلا، إحالة مشروطة للحق الخاضع لالتزام بإعادة نقله إلى المشتري أو المستأجر عند سداد القرض بالكامل)؛ بل حتى إذا استطاع المقرض أن يأخذ مثل هذا الحق، فإن ذلك الحق يُعتبر عادة نوعا من الرهنية، أو بيعا مع حق الاسترداد، وليس حقا ناشئا في معاملة تمويل احتيازي. وفي حال سماح أي نظام قانوني بمثل هذا النوع من المعاملات، فإن المقرِض الذي حصل على حق الملكية المتوقّع يكون له حق يمكن إعماله تجاه أي مطالبين آخرين يسعون إلى تثبيت حقوق لهم مستمدّة من حقوق المشتري أو المستأجر، بمن في ذلك المشترون والدائنون المضمونون والدائنون بحكم القضاء وممثلو الإعسار. لكنّ هذا الحق سيكون دائما أدنى مرتبة من حقوق البائع المحتفظ بالملكية أو المؤجّر التمويلي. وبعبارة أخرى، يمكن القول بأن الطريقة الرئيسية التي يستطيع بها المقرِض، في هذه النظم القانونية، أن يكتسب وضعا مفضّلا تجاه الدائنين والمطالبين الآخرين، هي أن يشتري حق البائع أو المستأجر في الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي.

١٢٠- وفي الدول التي تتبع النهج المتكامل تماما، تحظى حقوق أولوية البائع أو المؤجّر الذي يقدّم تمويلا احتيازيا بالحماية بنفس القدر. وتكون للبائع المحتفظ بالملكية أو المؤجّر التمويلي أو لأي من المطالبين الآخرين بحق الملكية المشابهين لهما، أولوية على جميع المطالبين الآخرين (باستثناء بعض المشترين بحسن نية)، شريطة أن يسجّل إشعارا في سجل الحقوق الضمانية العام في غضون مدة وجيزة

بعد تسليم الموجودات ويتخذ، في حالة المخزون، خطوات معيّنة أخرى ترد مناقشتها أدناه. وإضافة إلى ذلك، يكون المقرض في هذه الدول الذي يقدّم تمويلا لتمكين المشتري من شراء موجودات أيضا دائنا مضمونا بحق ضماني احتيازي له أولوية على المطالبين الآخرين، مثله في ذلك مثل البائع أو المؤجّر. وهذا يعني أنه، خلافا للحال في الدول التي لا تتبع النهج المتكامل تماما، يمكن أن يكون هناك أكثر من دائن واحد يطالب بحق ضماني احتيازي. ونتيجة لذلك، يلزم في النهج المتكامل تماما وجود قاعدة إضافية بشأن الأولوية من أجل معالجة هذه الحالات. ومن ثم فإن هذه الدول تنص في قوانينها دون استثناء على أن يكون للبائع الذي يدّعي الاحتفاظ بالملكية والمؤجّر التمويلي والبائع الذي ينقل ملكية لكنه يأخذ حقا ضمانيا احتيازيا عاديا أولوية على أي مقدّم تمويل احتيازي آخر، كالمصرف مثلاً، حتى وإن كان ذلك المموّل الآخر قد جعل حقه الضماني الاحتيازي نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن يقوم البائع أو المؤجّر بذلك. وبناءً عليه، يمكن في الدول التي تتبع النهج المتكامل تماما، أن يحصل البائع والمؤجر على نفس مرتبة الأولوية التفضيلية تجاه جميع المطالبين الآخرين التي يحصل عليها البائع الذي يحتفظ بحق الملكية أو المؤجّر التمويلي في النظم التي لا تعتبر هذه المعاملات معاملات مضمونة.

١٢١- ومع أن الحقوق في إطار معاملات تمويل الاحتياز تُجعل عادة نافذة تجاه الأطراف الثالثة بتسجيلها في سجل الحقوق الضمانية العام، فإن دولاً كثيرة تتوخّى أيضا طرائق أخرى لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وإحدى هذه الطرائق (أيِّ الحيازة من قِبَل الدائن المضمون)، في تلك الدول، تحقّق عموما نفس النتائج التي يحقّقها التسجيل، ويمكن اعتبارها بديلا عن التسجيل. ونتيجة لذلك، يكون مبدأ الأولوية العام ساريا إذا جعل مقدّم التمويل الاحتيازي، كالبائع المحتفظ بحق الملكية أو المؤجّر التمويلي أو البائع الذي يأخذ حقا ضمانيا احتيازيا، حقوقه نافذة تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة في غضون المهلة المحدّدة. ونظرا لأغراض التمويل الاحتيازي، فإن فكرة احتفاظ المموّل بالحيازة هي، بالطبع، فكرة مستبعدة جدا وإن تكن ممكنة نظريا. وحيثما تسمح الدول أيضا للمقرِضين بالحصول على حقوق ضمانية احتيازية، تكون النتيجة مماثلة.

١٢٢- وبخصوص الحالات التي يجعل فيها الدائن المضمون بحق ضماني غير احتيازي حقه الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيله في سجل متخصص، تقضي الدول عادة بأن يمنح التسجيل في السجل المتخصص الدائنَ المسجِّل أولويةً حتى على التسجيلات السابقة في سجل الحقوق الضمانية العام أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة الذي تحقّق بحيازة سابقة. وبغية تعزيز فائدة السجلات المتخصصة، تعتمد هذه الدول قاعدة مماثلة فيما يتعلق بمقدّمي التمويل الاحتيازي. ويترتب على ذلك، استنتاجيا، أن الحق الضماني الحيازي الذي يُسجّل في السجل المتخصص لن تكون له أولوية على حق ضماني غير احتيازي سبق تسجيله في ذلك السجل المتخصص.

١٢٣- وفي إطار النهج الوحدوي المطروح في *الدليل*، يخضع جميع الدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي، سواء أكانوا بائعين أم مؤجّرين أم مقرِضين، لنفس نظام الأولوية وعليهم أن يتخذوا نفس الخطوات الإجرائية لضمان مرتبتهم على سلّم الأولوية (انظر التوصية ١٧٨). وعند قيامهم بذلك، يحق لهم المطالبة بالأولوية حتى على الدائنين السابقين الذين لهم حقوق ضمانية غير احتيازية في موجودات المانح الآجلة. ولأن الحق الضماني الحيازي لا يخضع للقاعدة العامة التي تحدّد الأولوية استنادا إلى وقت التسجيل، فإن هذه المرتبة التفضيلية للحق الضماني الاحتيازي كثيرا ما يُشار إليها بالتعبير "الأولوية العليا". وفي المنافسة بين الدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي الذين اتخذوا جميعا الخطوات الضرورية لجعل حقوقهم نافذة تجاه الأطراف الثالثة، فإن وقت التسجيل هو الذي يحدّد عموما أولويتهم النسبية بمقتضى المبادئ نفسها التي تُطبّق على الحقوق الضمانية غير الاحتيازية (انظر التوصيتين ١٧٨ و١٨٠). والفرق الوحيد القائم بين مختلف فئات الدائنين المضمونين بحق ضماني

احتيازي هو أنه عندما تكون هناك منافسة بين مورّد (بائع أو مؤجّر) ودائن آخر يسعى كلاهما إلى تثبيت حق ضماني احتيازي، تكون الأولوية دائما للمورّد، بصرف النظر عن التاريخ الذي سجّل كلّ منهما حقه فيه (انظر التوصية ١٨٢). وعندما يُجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيله في سجل متخصّص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية، فإن ذلك التسجيل في السجل المتخصص أو ذلك التأشير سيؤدّي، مع ذلك، إلى اكتساب الدائن المسجِّل أولوية على مقدّمي التمويل الاحتيازي الذين سجّلوا حقوقهم في سجل الحقوق الضمانية العام أو أخذوا الحيازة في غضون المهلة المحدّدة (انظر التوصية ١٨١). وفي حين أن من الممكن النص على أن الحق الضماني الحيازي الذي يُسجَّل في السجل المتخصّص تكون له أولوية حتى على حق ضماني غير احتيازي سابق مسجّل في ذلك السجل المتخصّص، فمنعا لأي تدخّل في هذين السجلين لا يقدّم *الدليل* أي توصية بشأن هذه الجزئية ويترك المسألة لقانون آخر في هذا الخصوص.

١٢٤- وفي حال اعتماد النهج غير الوحدوي سيكون على الدول في الأرجح، بغية تحقيق التعادل الوظيفي، أن تجري تعديلات طفيفة في نظمها القانونية القائمة. أولا، سيكون من الضروري لها أن تسمح لمقدمي التمويل الاحتيازي، غير البائعين المحتفظين بحق الملكية والمؤجّرين التمويليين، بالحصول على مرتبة الأولوية التفضيلية التي يتمتّع بها البائعون والمؤجّرون، وذلك عن طريق أخذ حق ضماني احتيازي. وفي هذه الحالات، من المهم إرساء قواعد معادلة تتصل بأولوية حقوق البائع أو المؤجّر بصرف النظر عن الصيغة القانونية للمعاملة (انظر التوصيتين ١٨٧ و١٨٨). ثانيا، وفي الوقت نفسه، سيكون من اللازم، في أي منافسة بين بائع محتفظ بحق الملكية أو مؤجّر تمويلي أو بائع يحصل على حق ضماني احتيازي، من ناحية، ومقدّم التمويل الاحتيازي الذي ليس بائعا ولا مؤجّرا، من ناحية أخرى، كفالة ذهاب الأولوية إلى البائع أو المؤجّر، بصرف النظر عن الزمن الذي سُجّل فيه إشعار بمختلف حقوق تمويل الاحتياز والحقوق الضمانية الاحتيازية هذه (انظر التوصية ١٨٧، الفقرة الفرعية (أ)، والتوصية ١٩٢). ويتأتّى ذلك عادة في الحالات المتعلقة ببائع محتفظ بحق الملكية أو مؤجّر تمويلي، ولكن في الحالات التي ينقل فيها البائع حق الملكية إلى المشتري ويحصل على حق ضماني احتيازي، سيكون من الضروري النص على أن الحق الضماني الحيازي الذي يتمتع به البائع يكون له دائما الأولوية على أي حق ضماني احتيازي آخر. وفيما يتعلق بالسجلات المتخصّصة، فإن البائع المحتفظ بحق الملكية أو المؤجّر التمويلي هو الذي يُسجَّل بصفته المالك في السجل المتخصّص. ولا يمكن لأي دائن آخر للمشتري أو مؤجّر آخر أن يسجّل حقاً ضمانياً في ذلك السجل، وبذلك فإن البائع أو المؤجّر يكتسب الأولوية بحكم حق ملكيته المسجّل فحسب. ولا ينطبق المبدأ المتعلق بأولوية التسجيل في السجلات المتخصّصة إلا في الحالات التي ينقل فيها البائع حق الملكية إلى المشتري ويأخذ حقاً ضمانياً احتيازياً.

(ج) أولوية حقوق التمويل الاحتيازي في السلع الاستهلاكية

١٢٥- تنشئ مبادئ الأولوية العامة المذكورة للتوّ إطارا لتنظيم حقوق مقدّمي التمويل الاحتيازي عندما يتنافس أكثر من واحد منهم على الموجود الملموس ذاته. ولكن لا تفي كل الموجودات الملموسة بنفس الغرض الاقتصادي ولا تخضع كلها لنفس التعاملات التجارية. وبناءً عليه، تميّز دول كثيرة بين أنواع هذه الموجودات (وخصوصا بين المعدات والمخزون، ولكن أحيانا كثيرة بين الموجودات التجارية والسلع الاستهلاكية أيضا) في سياق التمويل غير الاحتيازي. ففي بعض الدول، مثلا، تُتاح أدوات ضمان تحمل تسميات مختلفة تبعا لنوع الموجودات (كالرهن الزراعي أو الرهن التجاري في حالة المعدات، ونقل الممتلكات والرهن العائم في حالة المخزون، على سبيل المثال). وقد اختفت هذه الأنواع المختلفة من أدوات الضمان في الدول التي لديها نظم متكاملة تماما تعتمد مفهوما عاما للحق الضماني. ولكن حتى

في هذه الدول يظل التمييز بين مختلف أنواع الموجودات قائما عندما تثار مسألة الحقوق الضمانية الاحتيازية. لذا، من المفيد بحث الكيفية التي عالجت بها الدول التمويل الاحتيازي فيما يتعلق بمختلف فئات الموجودات.

١٢٦- وتنص دول عديدة على قواعد خاصة فيما يتعلق بالسلع الاستهلاكية، سواء كانت أو لم تكن قد اعتمدت نهجاً متكاملاً تماماً إزاء الحقوق الضمانية في إطار المعاملات المضمونة. وفي هذه الدول، تكون حقوق مقدّمي التمويل الاحتيازي في مجال السلع الاستهلاكية نافذة تجاه الأطراف الثالثة من دون تسجيلها في سجل الحقوق الضمانية العام أو حيازة الدائن لها، وذلك على سبيل الاستثناء من المبدأ العام. ونتيجة لذلك، فإن الوقت الذي يعتّد به لتحديد النفاذ تجاه الأطراف الثالثة هو الوقت الذي أصبح فيه الاتفاق نافذا بين البائع والمشتري أو المؤجّر والمستأجر أو المقرِض والمقترض، تبعا للحالة. ومن ثم، فإن أولوية الحق الضماني الحيازي أو حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي على أي حق ضماني غير احتيازي ينشئه المشتري أو المستأجر أو المقترض ينبغي أن تُكتسَب تلقائيا من اللحظة التي يصبح فيها هذا الحق نافذا بين الطرفين.

١٢٧- وفي إطار النهج الوحدوي المطروح في *الدليل*، يستطيع مقدّمو التمويل الاحتيازي في مجال السلع الاستهلاكية المطالبةَ بالأولوية على الدائنين المضمونين بحق ضماني غير احتيازي دونما حاجة إلى جعل هذا الحق نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل أو الحيازة. وباستثناء الحالات التي تخضع فيها السلع الاستهلاكية للتسجيل في سجل متخصّص أو للتأشير بشأنها على شهادة الملكية، يكتسب المموّل الاحتيازي مرتبة الأولوية بمجرد إنشاء الحق الضماني الحيازي (انظر التوصية ١٧٩).

١٢٨- وعلى الدول التي تعتمد نهجا غير وحدوي أن تضع قواعد معادلة تعطي أولوية لحقوق البائع أو المؤجّر على الحقوق الضمانية التي يحتمل أن يكون مشتري السلع الاستهلاكية منحها سابقا في الموجودات الآجلة، دونما حاجة إلى جعل هذه الحقوق نافذة تجاه الأطراف الثالثة سواء بالتسجيل أو بالحيازة. وقد تنبع هذه الأولوية إما من ملكية البائع المحتفظ بحق الملكية وإما من ملكية المؤجّر التمويلي وإما، في الحالة التي يأخذ فيها البائع أو المقرِض حقا ضمانيا احتيازيا، من المبدأ العام المنطبق على الحقوق الضمانية الاحتيازية في السلع الاستهلاكية (انظر التوصية ١٩١).

(د) أولوية حقوق التمويل الاحتيازي في الموجودات الملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية

١٢٩- في معظم الدول التي لا تعتبر حق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي حقوقا ضمانية، لا تُثار عادة مسألة التنافس فيما بين مقدّمي التمويل الاحتيازي وبين مقدمي التمويل الاحتيازي ومقدمي التمويل غير الاحتيازي. ونادرا ما يُسمح للدائنين المضمونين بحق ضماني غير احتيازي قائم من قبلُ بالحصول على حقوق في موجودات لم يصبح المانح مالكا لها بعدُ، ولا يحق عموما للمقرِضين الآخرين المطالبة بأولوية خاصة عندما يموّلون احتياز المشتري موجودات ملموسة. وحتى عندما يكون من الممكن أن يؤخذ حق ضماني في الملكية المتوقعة، فإن هذه الملكية المتوقعة لا تتحقّق إلا عندما يتقاضى البائع أو المؤجّر الثمن كاملاً. وعند ذلك فقط يمكن أن يكون هناك تنافس حقيقي بين المطالبين الذي يستمدّون حقوقهم من المشتري أو المستأجر، مثل الدائنين المضمونين والدائنين بحكم قضائي وممثل الإعسار والمشترين من الباطن والمستأجرين من الباطن. ولكن من الضروري أن توفّر للحالة التي يحصل فيها البائع نفسه على حق ضماني احتيازي بدل الاحتفاظ بحق الملكية ويكون حقه هذا متنافسا مع حق ضماني غير احتيازي قائم من قبلُ، قواعد يُحدد بمقتضاها متى تعطى الأولوية للحق الضماني

الاحتيازي الذي يمتلكه البائع. وعندما يتعلق الموضوع بالمعدات، يكون هناك عادة موجود وحيد، أو على الأكثر عدد قليل نسبيا من الموجودات التي يمكن التمييز بينها، يجري بيعه أو إيجاره. يضاف إلى ذلك أنه عادة ما لا يتوخى إعادة بيع هذه الموجودات في الأمد القصير. ولهذا السبب، لا تطلب معظم الدول من بائعي المعدات المحتفظين بحق الملكية أو مؤجّريها التمويليين اتخاذ أي خطوات إضافية عدا الخطوات اللازمة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، كشرط لتثبيت ملكيتهم.

١٣٠- وفي الدول التي تتبع نهجا متكاملا تماما، يُشترط على جميع الدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي اتخاذ الخطوات نفسها تماما لكي يطالبوا بأولويتهم الخاصة. فحالما يُسجّل الحق الضماني الحيازي في المعدات الجديدة، سواء قبل تسليم الموجودات الملموسة للمانح أو في غضون المهلة التي تلي تسليمها، تُصبح له أولوية على الحقوق الضمانية القائمة من قبلُ في معدات المانح الآجلة. وعلاوة على ذلك، بما أنّ تمويل المعدات يتعلق عادة بموجود وحيد (أو بعدد قليل نسبيا من الموجودات التي يمكن التمييز بينها) لا يُتوخى عادة أن يعاد بيعه في الأجل القصير، فلا يُطلب عادة في هذه الدول أيضا من الدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي اتخاذ أي خطوات إضافية غير تلك اللازمة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، كشرط لتثبيت حقهم الضماني الاحتيازي.

١٣١- وفي إطار النهج الوحدوي المطروح في *الدليل*، يستطيع جميع الدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي في المعدات أن يطالبوا بأولوية على الدائنين المضمونين بحق ضماني غير احتيازي بخصوص حقهم الضماني الاحتيازي، شريطة أن يُسجّلوا إشعارا في سجل الحقوق الضمانية العام في غضون المهلة المنصوص عليها (انظر التوصية ١٨٠، البديل ألف، الفقرة *(أ)*، والبديل باء).

١٣٢- ويكون على الدول التي تعتمد النهج غير الوحدوي أن توفّر قواعد معادلة بخصوص أولوية حقوق البائع أو المؤجّر على الحقوق القائمة من قبلُ في المعدات الآجلة، بصرف النظر عن الصيغة القانونية للمعاملة. وهذا يعني أنه على الرغم من كون المشتري أو المستأجر مخوَّلا بمنح حق ضماني في معدات لن يكون له فيها سوى حق متوقّع إلى حين سداد ثمن الشراء كاملا أو انتهاء مدة اتفاق الإيجار التمويلي، وحتى لو شمل ذلك الحق الضماني معدات آجلة وجُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل تاريخ البيع، فستكون الأولوية للبائع المحتفظ بحق الملكية أو المؤجر التمويلي إذا سجّل إشعارا بحقوقه في غضون المهلة نفسها المتاحة لأي مموّل احتيازي. وفي إطار هذا النهج كذلك، تكون الأولوية أيضا للبائع الذي ينقل الملكية لكنه يحتفظ بحق ضماني احتيازي أو المقرِض الذي يقدّم تمويلا احتيازيا ويحصل على حق ضماني احتيازي، إذا سجل إشعارا في غضون المهلة المبيَّنة (انظر التوصية ١٩٢، البديل ألف، الفقرة *(أ)*، والبديل باء).

(هـ) أولوية حقوق تمويل الاحتياز في المخزون

١٣٣- كثيرا ما تنشأ المنافسة بين حقوق مقدّم التمويل الاحتيازي وحق ضماني غير احتيازي فيما يتعلق بالمخزون. وفي هذه الحالات، يتعلق الأمر باعتبارات سياساتية مختلفة عن الاعتبارات المنطبقة على احتياز المعدات. فعلى عكس مموّلي المعدات، يُقدِم مموّلو المخزون الائتمان عادة بالاعتماد على رصيد من المخزونات القائمة أو الآجلة على أساس فترات قصيرة بل ربما على أساس يومي. وقد يتغيّر هذا الرصيد من المخزونات باستمرار نتيجة بيع بعض هذه المخزونات وتصنيع أو اقتناء مخزونات جديدة. ومن أجل الحصول على كل دفعة جديدة من الائتمان بخصوص المخزون، يقدّم المانح إلى المقرِض عادة فواتير أو شهادة تبيّن الحالة الراهنة للمخزون المستخدم كضمان للدفعة الجديدة من الائتمان.

١٣٤- وفي الدول التي لا تعامل حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي على أنها حقوق ضمانية، يُبتّ في الأولوية النسبية للحقوق بالرجوع إلى حق البائع أو المؤجّر في الملكية. وليس من المعقول أن تُحتاز المخزونات في إطار الإيجار التمويلي لأن السمة الرئيسية للمخزون هي أنه موجّه للبيع. وفي الحالات المتعلقة بحقوق الاحتفاظ بالملكية يكون وضع المقرِض الذي يموّل احتياز مخزونات هشا بوجه خاص. فعادة ما تُقدم السلف الآجلة على افتراض أن جميع المخزونات الجديدة ستُحتاز في إطار معاملة قائمة على الاحتفاظ بالملكية. وعندئذ يغدو من الضروري أن يتبيّن الدائن ما هي المخزونات التي سُدد ثمنها تسديدا كاملا بالفعل. وهذا ما يؤدي إلى عرقلة جهود المقترض للحصول على سلف آجلة مضمونة برصيد المخزونات. ومع ذلك، ستكون للبائع الأولوية بناءً على ملكيته للمخزونات التي لم يسدّد ثمنها بعدُ؛ ولا يجوز للدائنين الآخرين تثبيت حقوق ضمانية في المخزونات إلا عندما يسدّد المشتري ثمن تلك المخزونات.

١٣٥- أما في الدول التي تتبع النهج المتكامل تماما، فتكون حقوق مموِّل المخزونات العامة مضمونة بقدر أكبر. فحيثما تكون الموجودات الإضافية التي يحتازها المانح مخزونات، يكون للحق الضماني الاحتيازي أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي في المخزونات الآجلة إذا تم تسجيل إشعار بشأنه في سجل الحقوق الضمانية العام قبل تسليم المخزونات للمانح. ويُضاف إلى ذلك أنّه في بعض الدول التي تتبع النهج المتكامل تماما يجب إشعار مموّلي المخزونات الموجودين من قبل الذين سجّلوا حقوقهم إشعارا مباشرا بوجود مطالبة بحق ضماني احتيازي أعلى مرتبة في المخزونات الجديدة الجاري توريدها. والسبب في هذه القاعدة أنه من غير الناجع أن يفرض على مموّل المخزون غير الاحتيازي البحث في سجل الحقوق الضمانية العام كل مرة يقدم فيها ائتمانا بالاعتماد على رصيد من المخزونات المتغيرة باستمرار. ولكن لتفادي إلقاء عبء لا داعي له على الدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي، يجوز توجيه إشعار عام وحيد إلى مموّلي المخزون غير الاحتيازيين المعروف أنهم موجودون من قبلُ، يسري مفعوله على جميع الشحنات المرسَلة إلى المشتري نفسه في غضون فترة زمنية طويلة (خمس سنوات مثلا أو فترة صلاحية التسجيل نفسها اللازمة لجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة). ويعني ذلك أنه بمجرّد أن يوجّه إشعار إلى مموّلي المخزون غير الاحتيازيين الموجودين من قبلُ، لن يكون من الضروري أن يوجَّه في غضون الفترة الزمنية المحددة إشعار جديد بخصوص كل معاملة من معاملات المخزون المتعددة المبرمة بين الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي ومشتري المخزون.

١٣٦- وفي إطار النهج الوحدوي، تُعتمد بخصوص الحقوق الضمانية الاحتيازية في المخزون المقتضياتُ الإضافية التي توجد عادة في الدول التي تتبع النهج المتكامل تماما. ومعنى ذلك أنّ الدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي لا يستطيعون المطالبة بالأولوية العليا على مموّلي المخزون غير الاحتيازيين فيما يتعلق بحقهم الضماني الاحتيازي، إلا إذا سجّلوا إشعارا في سجل الحقوق الضمانية العام ووجهوا إشعارا كتابيا أيضا إلى المموّلين غير الاحتيازيين السابقي التسجيل قبل تسليم المخزونات إلى المانح (انظر التوصية ١٨٠، البديل ألف، الفقرتين *(ب)* و*(ج)*). وفي إطار هذا النهج، لا يُمنح الدائنون المضمونون بحق ضماني احتيازي مهلة بعد حصول المشتري على حيازة الموجودات يستطيعون في غضونها تسجيل إشعار بحقهم الضماني.

١٣٧- وفي حين أن جميع الدول التي اعتمدت النهج المتكامل تماما تأخذ بالرأي المبيّن أعلاه، فمن الممكن تصوّر نظام لا يميّز بين المخزون والموجودات غير التمييز بين المخزون والسلع الاستهلاكية. ولو كانت هذه هي الحالة، لانطبقت المبادئ التي تحكم الموجودات غير المخزون على الحقوق الضمانية الاحتيازية في المخزون أيضا. وتنطبق هذه القاعدة نفسها على جميع الموجودات الملموسة. أي أنّ تسجيل إشعار في غضون فترة زمنية معيّنة بعد تسليم الموجودات الملموسة سيكون كافيا (انظر التوصية ١٨٠، البديل باء).

١٣٨- ولو اعتمدت الدولة نهجا غير وحدوي، فستواجه خيارا مشابها. إذ ينبغي، من ناحية، أن توضع قواعد معادلة تتعلق بأولوية حقوق البائع على الحقوق القائمة من قبلُ في المخزون الآجلة، بصرف النظر عن الصيغة القانونية للمعاملة. وهذا يعني أنه حتى وإن ظل البائع المحتفظ بحق الملكية مالكَ الموجودات التي سُلّمت، ينبغي أن تعدَّل القواعد التي تحكم بيع المخزونات بحيث لا يكون لحق البائع في الملكية أولوية على الحقوق القائمة من قبلُ في المخزونات الآجلة إلا وفق الشروط ذاتها التي تُمنح حقوقُه الأولويةَ بمقتضاها إذا نشأت بموجب حق ضماني احتيازي حصل عليه ذلك البائع (انظر التوصية ١٩٢، البديل ألف، الفقرتين *(ب)* و*(ج)*). وبعبارة أخرى، يُشترط في هذا النهج على البائع المحتفظ بالملكية أو المؤجر التمويلي، أو البائع أو المقرِض المطالب بحق ضماني احتيازي، أن يسجّل، قبل تسليم المخزونات إلى المشتري أو المستأجر، إشعاراً في سجل الحقوق الضمانية العام بحق احتفاظه بالملكية أو بحقه الضماني، تبعا للحالة، وأن يوجّه إشعارا كتابيا أيضا إلى المموّلين غير الاحتيازيين السابقي التسجيل.

١٣٩- ومن ناحية أخرى، قد تعتمد الدول أيضا الموقف الذي لا يميّز بين المعدات والمخزون. وفي تلك الحالة، لا يكون مطلوبا من البائع المحتفظ بحق الملكية أو المؤجّر التمويلي، أو البائع أو المقرِض المطالِب بحق ضماني احتيازي في المخزون، سوى أن يسجل إشعارا بحقه الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام إما قبل حصول المشتري أو المستأجر على حيازة الموجودات وإما في غضون المهلة المحددة التي تلي ذلك (انظر التوصية ١٩٢، البديل باء).

(و) معاملات تمويل الاحتياز المتعدّدة

١٤٠- في العديد من الحالات، يقدّم البائع، أو غيره من مقدِّمي التمويل الاحتيازي، التمويل للتمكين من احتياز عدة موجودات. ويمكن أن يشمل ذلك التمويل مثلا عمليات بيع وتسليم متعددة للمخزونات، أو عمليات بيع متعددة لعدة قطع من المعدات. ومن الضروري في هذه الحالات البتّ، من منطلق السياسة العامة، فيما إذا كان ينبغي أن تمتد الأولوية الخاصة الممنوحة لمقدّم التمويل الاحتيازي لتشمل جميع المعدات أو المخزونات التي يموّلها، دونما حاجة إلى تحديد ثمن الشراء المستحق في كل عملية بيع على حدة. وإذا كان الأمر كذلك، يُقال إن النظام القانوني المعني يُجيز "تقاطع الضمانات".

١٤١- وفي العديد من الدول التي لا تعتبر معاملات الاحتفاظ بحق الملكية والإيجارات التمويلية أدوات ضمانية، لا تُثار عادة مسألة تقاطع الضمانات. وفي المعاملة العادية من المعاملات القائمة على الاحتفاظ بالملكية أو ما شابهها من المعاملات التي يستخدم فيها حق الملكية، لا يُطبّق عقد البيع أو الإيجار إلا على الموجودات المحددة المبيعة أو المؤجّرة بمقتضى ذلك العقد. ومن ثم، فمع أن الاتفاق نفسه يمكن أن يشمل عمليات تسليم متعددة، فهو لا يشمل عمليات بيع متعددة. ذلك أن مطالبة البائع أو المؤجّر بالأولوية باعتباره مالكا تتصل بتفاصيل كل عملية بيع أو إيجار. ولكنّ بعض هذه الدول يُجيز توسيع حق الاحتفاظ بالملكية بالنص، مثلا، على جواز اتفاق الطرفين على شرط "جميع الأموال" أو شرط "الحساب الجاري" في حالة بيع مخزونات. ومتى استخدمت شروط من هذا القبيل، فإن البائع يحتفظ بملكية الموجودات التي بيعت إلى أن يسدّد المشتري للبائع جميع الديون المستحقة عليه وليس فقط الديون الناشئة عن عقد البيع ذاته. ولكنّ محاكم بعض الدول كثيرا ما تصف عمليات البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية بشرط "جميع الأموال" أو شرط "الحساب الجاري"، على أنها أدوات ضمانية.

١٤٢- وفي الدول التي تتبع النهج المتكامل تماما، فإن القاعدة المألوفة هي أنّ الأولوية العليا التي تحظى بها الحقوق الضمانية الاحتيازية، في المخزون على الأقل، لا تتأثر بتقاطع الضمانات. وهذا يعني أنه

يجوز للدائن المضمون بحق ضماني احتيازي أن يطالب بأولويته الخاصة فيما يتعلق بالمخزون المموّل من دون أن يكون مضطرا لأن يلجأ تحديدا إلى ربط أي دين مستحق بمعاملة بيع أو إيجار معيّنة أو بموجود مرهون معيّن. ومع ذلك، لا تمتد الأولوية الخاصة في هذه الحالات إلى المخزون أو الموجودات الأخرى التي لم يُموّل احتيازها ذلك الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي.

١٤٣- وفي النهج الوحدوي المطروح في *الدليل*، يتمثل الهدف في إتاحة أكبر قدر ممكن من المرونة للدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي الذين يقدّمون التمويل لاحتياز المخزون، والتقليل ما أمكن من الإجراءات الورقية المرتبطة بمعاملات الاحتياز المتعددة التي يموّلها نفس الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي. ولهذا السبب، يكفي تسجيل واحد ليشمل معاملات متعددة، كما أن إشعارا واحدا يرسل إلى الدائنين ذوي الحقوق الضمانية في المخزونات الآجلة من النوع الذي يجري توريده قد يشمل الحقوق الضمانية الاحتيازية في إطار المعاملات المتعددة بين الأطراف نفسها دونما حاجة إلى تحديد كل معاملة على حدة (انظر التوصيات ٦٨ و١٧٨ و١٨٠، البديل ألف، الفقرة الفرعية *(ج)*). وإذا قرّرت دولة عدم التمييز بين المخزون والمعدات، كان تسجيل واحد كافيا وانتفت ضرورة إرسال إشعار إلى مموّل مخزونات عامة مسجّل من قبلُ (انظر التوصيات ٦٨ و١٧٨ و١٨٠، البديل باء، الفقرة *(ب)*).

١٤٤- أما في النهج غير الوحدوي المطروح في *الدليل*، فلأنّ عقد البيع أو الإيجار لا ينطبق عادة إلاّ على الموجودات بعينها التي بيعت أو أُجِّرت، سيكون من الضروري تعديل القواعد المتصلة بحقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي للسماح بتقاطع الضمانات. وعلاوة على ذلك، إذا حصل البائع أو أي دائن مضمون بحق ضماني احتيازي من غير البائعين، على حق ضماني احتيازي في الموجودات، وجب تمكين البائع أو المموّل الآخر من ممارسة حق تقاطع الضمانات بالطريقة نفسها التي يمارس بها هذا الحق في إطار النهج الوحدوي (انظر التوصية ١٩٢، البديل ألف، الفقرة *(ج)*، والتوصية ١٩٣). وإذا قرّرت دولة عدم التمييز بين المخزون والمعدات، كان تسجيل واحد كافيا وانتفت ضرورة إرسال إشعار إلى مموّل مخزونات عامة مسجّل من قبلُ (انظر التوصية ١٩٢، البديل باء، الفقرة *(ب)*، والتوصية ١٩٣).

(ز) أولوية حقوق مقدّمي تمويل احتيازي على حقوق الدائنين بحكم القضاء

١٤٥- يوصي *الدليل* في الفصل الخامس المتعلق بأولوية الحق الضماني، بأن تكون لحقوق الدائنين الذين يحصلون على حكم قضائي ويتخذون الإجراءات اللازمة للحصول على حقوق في موجودات المدين بحكم القضاء، الأولوية عموما على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل فيما يتعلق بالسُّلَف المقدّمة بعد إعلام الدائنين المضمونين الموجودين بحقوق الدائن بحكم القضاء (انظر التوصية ٨٤). وعندما يكون الحق المنافس المعني حق احتفاظ بالملكية أو حق إيجار تمويلي أو حقا ضمانيا احتيازيا، وجب مراعاة مجموعة اعتبارات مختلفة اختلافا طفيفا، حسب نوع الموجودات الملموسة المعنية. فإذا كانت الموجودات الملموسة سلعا استهلاكية، على سبيل المثال، لا يشترط على مقدّم التمويل الاحتيازي أن يُسجِّل إشعارا بحقوقه أو أن يأخذ الموجودات في حيازته لكي يجعل حقوقه نافذة تجاه الأطراف الثالثة. ومن ثم، فإن حقوق ملكية البائع المحتفظ بحق الملكية أو المؤجّر التمويلي، ستكون نافذة تجاه الأطراف الثالثة من بداية المعاملة، ولا يمكن أن تنشأ منافسة على الأولوية مع الدائن بحكم القضاء. إذ لا يمكن للدائن بحكم القضاء أن يحجز على موجودات شخص غير المدين له. وبالمثل، في حالة السلع

الاستهلاكية، يندر وقوع تنازع بين الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي والدائن بحكم القضاء لأن معاملات السلع الاستهلاكية قلّما تشتمل على تقديم قروض ائتمانية في المستقبل.

١٤٦- وإذا كانت الموجودات في شكل مخزون، وجب أن يأخذها مقدّم التمويل الاحتيازي في حيازته أو أن يكون قد سجّل حقوقه ووجه (في حال اعتماد البديل ألف من التوصيتين ١٨٠ و١٩٢) إشعارا بها إلى الدائنين المضمونين السابقي التسجيل، قبل حصول المشتري على حيازة المخزون. وبناءً عليه، لا يحصل الدائن بحكم القضاء الذي لا يستطيع أن يسجل حكمه القضائي أو لم يقم بتسجيله على إشعار يخطره بالحقوق المحتملة لمقدّم تمويل الاحتياز أو للدائن المضمون بحق ضماني احتيازي. وحيثما تسمح الدول لذلك الدائن بحكم القضاء بأن يسجّل إشعارا بهذا الحكم في سجل الحقوق الضمانية العام وتُعامِل الدائنين بحكم القضاء الذين سجلوا إشعارات من هذا القبيل معاملة الدائنين المضمونين، سيتلقى هؤلاء الدائنون بحكم القضاء عندئذ إشعارا من الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي لاحق. ولكنّ مقدّم التمويل الاحتيازي يُعطى، في بعض الحالات (كتلك المتعلقة بشراء معدات، في إطار البديل ألف من التوصيتين ١٨٠ و١٩٢، أو بشراء مخزون ومعدات، في إطار البديل باء من التوصيتين ١٨٠ و١٩٢)، مهلة لكي يُسجل في غضونها حقوقه. ومثلما هي الحال في السلع الاستهلاكية، قلّما يحدث أن يعمد مقدّم التمويل الاحتيازي لشراء معدات، إلى تقديم قرض ائتماني في المستقبل. ومع ذلك، عندما يسعى الدائن بحكم القضاء إلى إنفاذ الحكم الصادر لصالحه على موجودات مدينه، ينبغي ألا يكون بوسعه عموما أن يبطل حقوق مقدّم التمويل الاحتيازي الذي يُضيف قيمة جديدة إلى حوزة المدين بحكم القضاء.

١٤٧- وفي النهج الوحدوي المطروح في *الدليل*، ما دام الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي قد جعل حقوقه نافذة تجاه الأطراف الثالثة في غضون المهلة المحددة، فستكون له الأولوية حتى على الدائنين بحكم القضاء الذين سجّلوا حكمهم خلال تلك المهلة (انظر التوصية ١٨٣).

١٤٨- أما في النهج غير الوحدوي، فينبغي توفير حماية مماثلة للبائعين المحتفظين بحق الملكية والمؤجّرين التمويليين والدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي الذين سجّلوا إشعارا بحقهم في غضون المهلة المحددة. والداعي إلى ذلك في الحالتين الأوليين، هو أن البائع المحتفظ بحق الملكية والمؤجّر التمويلي يحتفظان بملكية الموجودات. أما إذا كان مموّل الاحتياز بائعاً أو مقرِضاً مطالِبا بحق ضماني احتيازي، فلن يحظى بالأولوية الخاصة المسندة إلى الحق الضماني الحيازي ما لم يسجّل ذلك الحق في غضون المهلة المحدّدة (انظر التوصية ١٨٧، الفقرة الفرعية *(أ)*، والتوصية ١٨٣).

(ح) أولوية حقوق مقدّمي تمويل الاحتياز في الملحقات بممتلكات منقولة والكُتَل أو المنتجات

١٤٩- يوصي *الدليل* في الفصل الخامس المتعلق بأولوية الحق الضماني بأن يكون للحق الضماني في ملحق بموجودات منقولة، جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيله في سجل متخصص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية، أولوية على أي حق ضماني في الموجودات ذات الصلة يسجّل لاحقا في سجل الحقوق الضمانية العام أو يؤشَّر بشأنه في شهاة الملكية (انظر التوصية ٨٩). وتستند هذه التوصية إلى كون الحقوق الضمانية النافذة تجاه الأطراف الثالثة تظل نافذة حتى بعد أن تُصبح الموجودات المرهونة بها مُلحقة بموجودات أخرى. وفي هذه الحالات، إذا كانت الموجودات مرهونة بحقين ضمانيين اثنين أو أكثر وقت إلحاقها، احتفظت هذه الحقوق بأولويتها النسبية بعد الإلحاق. وفيما يتعلق بالكتل أو المنتجات (أو، بعبارات أخرى، الموجودات الممزوجة)، يوصي *الدليل* بأن تظل الحقوق الضمانية قائمة في

الكتلة أو المنتج، وإذا كان هناك حقان ضمانيان اثنان أو أكثر، فإنها تحتفظ بأولويتها النسبية في الكتلة أو المنتج (انظر التوصية ٩٠).

١٥٠- على أنه من الضروري أيضا، في حالة فئتي الملحقات والموجودات الممزوجة كلتيهما، تحديد الأولوية النسبية للحقوق المأخوذة في مختلف الموجودات الملموسة الممزوجة أو الموحدة بالإلحاق. وينص *الدليل* على تطبيق قواعد الأولوية العادية لكي تتحدد الأولوية بتاريخ التسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام، ما لم يكن أحد الحقوق الضمانية حقا ضمانيا احتيازيا. فالحق الضماني الحيازي المأخوذ في جزء من موجودات ممزوجة تكون له أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي السابق التسجيل (بل ربما حتى على الحق الضماني الحيازي) الذي منحه نفس المانح في كل الكتلة أو المنتج (انظر التوصية ٩٢). ولكنّ *الدليل* لا يتخذ موقفا بشأن ما إذا كان ينبغي أن تكون للحق الضماني الاحتيازي في ملحق أولوية على حق ضماني غير احتيازي سابق التسجيل (أو حتى على حق ضماني احتيازي) منحه نفس المانح في الموجودات الملموسة التي أُلصق بها الملحق.

١٥١- وفي الدول التي لا تعتبر حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي حقوقا ضمانية، لا تنطبق قواعد الأولوية العامة المنصوص عليها في الفصل الخامس المتعلّق بأولوية الحق الضماني انطباقا مباشرا على تمويل الاحتياز. ويتناول ذلك الفصل الأحوال التي تُعامل فيها جميع أشكال المعاملات المضمونة على أنها حقوق ضمانية بمقتضى النهج الوحدوي والوظيفي العام. ولكنّ حقوق الأطراف النسبية، في سياق تمويل الاحتياز، تتوقف على القواعد العامة من قانون الملكية التي تحكم الملحقات. فإذا كان من الممكن أن يُفصل الموجود المُلحق دون الإضرار بالموجودات التي ألحق بها، فإن البائع المحتفظ بحق الملكية يستطيع، عادةً، أن يحتفظ بملكيته في هذا الملحق. أمّا إذا استحال فصل ذلك الملحق دون الإضرار بالموجودات التي أُلحق بها، فيكون من الضروري عندئذ تحديد أيّ الاثنين أكثر قيمةً من الآخر. فإذا كان الموجود الملموس الذي احتفظ البائع بملكيته أكثر قيمة، آلت ملكية الاثنين معا إلى البائع المحتفظ بحق الملكية، شريطة أن يسدّد قيمة الموجود الآخر. والعكس صحيح، فإذا كان الموجود الملموس الذي احتفظ البائع بملكيته أقل قيمة، فإن هذا البائع يفقد عندئذ ملكيته لهذا الموجود ولا يبقى لديه سوى مطالبة تجاه المالك الجديد بقيمة الموجود السابق.

١٥٢- وفي إطار النهج الوحدوي المطروح في *الدليل*، يستطيع الدائنون المضمونون بحق ضماني احتيازي الذين لهم حقوق في ملحقات أو موجودات ممزوجة المطالبةَ عموما بأولوية خاصة على الدائنين المضمونين بحق ضماني غير احتيازي. أيْ أنه سيكون لهم أولوية على الدائنين المضمونين الآخرين المطالبين بحق في الملحق أو في الموجودات الملموسة الممزوجة أو المصنّعة. وستكون لهم أيضا أولوية أيضا على الدائنين المضمونين بحق ضماني غير احتيازي في الموجودات التي ضُمّ إليها الملحق، وذلك على الأقل فيما يتعلق بقيمة هذا الملحق، كما ستكون لهم أولوية على الدائنين المضمونين بحق ضماني غير احتيازي الذين لهم حق ضماني في كل الكتلة أو المنتج (انظر التوصيات ٩٠-٩٢).

١٥٣- وفي حال اعتماد الدولة النهج غير الوحدوي، ينبغي إرساء قواعد معادلة تتعلق بأولوية حقوق البائع على الحقوق الأخرى في الملحق أو الموجودات الملموسة المراد مزجها أو تصنيعها، بصرف النظر عن الصيغة القانونية للمعاملة. وبعبارة أخرى، رغم أن البائع المحتفظ بملكية ملحق مبيع يمكن أن يفقد ملكيته عند الإلحاق، ينبغي أن يكون باستطاعته المطالبة بأولويته إما في حصة الكتلة أو المنتج الذي باعه وإما في الملحق الذي باعه. وتتوقف الآلية الدقيقة التي سيتعيّن أن تعدّل بها قواعد الملحقات بموجودات منقولة على تفاصيل القانون في كل واحدة من الدول التي تختار اعتماد النهج غير الوحدوي. ويوصي *الدليل* بمبدأ عام يمكّن البائعين المحتفظين بالملكية والمؤجّرين التمويليين من المطالبة بحق ضماني

احتيازي في الحالات التي لا تكون فيها حقوقهم في الملكية نافذة تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ١٩٤). ويمكن تطويع هذا المبدأ ليطبَّق على الحالات التي يسقط فيها، بحكم القانون، حق البائع أو المؤجّر في الملكية.

(ط) أولوية حقوق مقدّمي تمويل الاحتياز في المُلحَقات بممتلكات غير منقولة

١٥٤- يوصي *الدليل*، في الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني، بأن يكون، بعد الإلحاق، للحق الضماني في الملحقات بممتلكات غير منقولة، الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون الممتلكات غير المنقولة، أولوية على الحق الضماني في تلك الملحقات الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون المعاملات المضمونة. ومن الناحية الأخرى، إذا جُعل الحق الضماني في موجودات ملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل الإلحاق وسُجل في سجل الممتلكات غير المنقولة، فينبغي أن تكون له أولوية على الحقوق الضمانية في الممتلكات غير المنقولة، المسجلة لاحقا (انظر التوصيتين ٨٧ و٨٨). وينبغي أن يسري الأساس المنطقي لهذه الأحكام كذلك على حقوق الاحتفاظ بالملكية، وحقوق الإيجار التمويلي والحقوق الضمانية الاحتيازية.

١٥٥- وينبغي أن تكون لحقوق مقدّم التمويل الاحتيازي في موجود ملموس سيصبح ملحقا الأولويةُ على الرهون القائمة في الممتلكات غير المنقولة، شريطة تسجيل إشعار بحق مقدّم تمويل الاحتياز في سجل الممتلكات غير المنقولة في غضون فترة معقولة تلي الإلحاق. وفي هذه الحالة، يكون الشخص الذي يثبّت رهنا قائما على الممتلكات غير المنقولة قد صرف مبلغ الائتمان استنادا إلى قيمة الممتلكات غير المنقولة وقت صرف مبلغ الائتمان هذا ويُفترض أنه لم تكن لديه حينذاك أي توقعات سابقة بأنّ الملحق سيكون متاحا للوفاء بمطالبته. ولكنّ هذا الافتراض نفسه لا يصحّ في الحالات التي يكون فيها الرهن القائم من قبلُ في الممتلكات غير المنقولة ضامنا لقرض يراد به تمويل بناء، ويصبح المسوِّغ المنطقي للحفاظ على الأولوية التفضيلية لمقدّم تمويل الاحتياز عندئذ أقل وجاهة.

١٥٦- وفي إطار النهج الوحدوي المطروح في *الدليل*، من الممكن اعتماد قاعدة واحدة تحكم هذه الحالات المختلفة لأن مطالبة الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي ستكون دائما حقا ضمانيا. وتكون الأولوية للدائن المضمون بحق ضماني احتيازي الذي يقوم بالخطوات اللازمة لجعل حقه نافذا تجاه الأطراف الثالثة، إلا تجاه قرض البناء المضمون بالممتلكات غير المنقولة (انظر التوصية ١٨٤). وبالطبع، إذا تخلّف الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي عن تسجيل حقه في سجل الحقوق الضمانية العام في غضون المهلة المحددة، كان له مجرد حق ضماني غير احتيازي خاضع للتوصيات المنطبقة عموما على الحقوق الضمانية.

١٥٧- ولكن، إذا اعتمدت الدولة النهج غير الوحدوي، فسيكون من الضروري تعديل القواعد المتعلقة بالملحقات لكي تفضي إلى نتيجة يتحقق فيها التعادل الوظيفي بصرف النظر عن صيغة المعاملة. أي أنه من الضروري النص على أن حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي يظلان عادة نافذين تجاه الأطراف الثالثة ذات الحقوق القائمة في الممتلكات غير المنقولة، شريطة أن يُسجّل البائع أو المؤجر حقوقه في سجل الممتلكات غير المنقولة في غضون فترة قصيرة بعد أن يصبح الموجود ملحقا بالممتلكات غير المنقولة. وفي المقابل، يفقد البائع المحتفظ بحق الملكية والمؤجّر التمويلي أولويتهما لصالح مموّل البناء حتى وإن لم تنتقل ملكية الموجودات الملحقة مباشرة إلى صاحب الممتلكات غير المنقولة (كما يحدث في حالة الموجودات المبيعة في إطار ترتيبات الاحتفاظ بالملكية أو المؤجّرة في إطار إيجار تمويلي وتُدمج

كلية في الممتلكات غير المنقولة) (انظر التوصية ١٩٥). وبالمثل، تكون للبائع أو المقرض الذي لديه حق ضماني احتيازي الأولوية إذا أعاد تسجيل حقوقه في سجل الممتلكات غير المنقولة خلال الفترة القصيرة نفسها. وأخيرا، سيكون من الضروري النص على أنه إذا قصّر البائع أو المؤجّر في تسجيل حقوقه في سجل الحقوق الضمانية العام في غضون المهلة المحددة (انظر التوصية ١٩٥)، فإن ذلك البائع أو المؤجّر سيكون له مجرد حق ضماني غير احتيازي رهناً بالتوصيات المنطّقة عموما على الحقوق الضمانية (انظر التوصية ١٩٦).

(ي) أولوية تمويل الاحتياز في العائدات عموما

١٥٨- يعرف مقدّم التمويل الاحتيازي في العديد من الحالات أن المشتري سيعيد بيع ما يحتازه من موجودات. وهذا ينطبق بداهة على المخزون، ولكنّ المؤسسات الصناعية أو المنشآت التجارية الأخرى تبيع أحيانا معداتها الحالية من أجل احتياز معدات متطورة. وكما جاء في الفصل الثاني المتعلق بإنشاء الحق الضماني، عادة ما يمتد الحق الضماني العادي في الموجودات الملموسة إلى عائدات التصرف فيها (انظر التوصية ١٩). وفي حالة تمويل الاحتياز، يثير امتداد الحق الضماني إلى العائدات ثلاثة مسائل سياساتية متميزة، تتعلق المسألة الأولى منها بما إذا كان مثل هذا الامتداد إلى العائدات ممكنا حيثما يكون تمويل الاحتياز عن طريق حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي. وتتعلق المسألة الثانية بما إذا كان ينبغي للأولوية الخاصة لتمويل الاحتياز أن تسري على العائدات أيضا. أما المسألة الثالثة فتتعلّق بما إذا كانت قواعد تقديم مثل هذه المطالبة ينبغي أن تكون واحدة بصرف النظر عما إذا كانت الموجودات المشتراة معدات أو مخزون.

١٥٩- وبعض الدول التي لا تعامل حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي على أنها حقوق ضمانية تسمح للبائع أو المؤجّر التمويلي، وإن يكن في حالات نادرة جدا، بأن يوسّع مطالبته في الملكية لتشمل العائدات المتأتية من بيع الموجودات عندما تكون هذه العائدات موجودات ملموسة من النوع المبيع نفسه، كأن تكون، مثلا، مركبة تسلمها البائع على سبيل المقايضة عند شراء مركبة جديدة. أما عندما تكون عائدات التصرّف في الموجود على شكل مستحقات، فيبطل حق الملكية في كل الحالات. ومع ذلك، فإنّ حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي في الموجودات المرهونة يُحوَّلان في بعض الدول إلى حقوق ضمانية في العائدات غير الملموسة، وإن لم يكن ذلك أيضا الممارسة الشائعة.

١٦٠- ويوصي *الدليل* بأن يسمح حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي للبائع أو المؤجّر التمويلي بالمطالبة بحق في العائدات وبأن يكون هذا الحق دائما حقا ضمانيا وليس استمرارا لحق الملكية، اتّساقاً مع الموقف المتخذ في ما يكاد يكون جميع الدول القليلة التي تقضي بامتداد حق الاحتفاظ بالملكية إلى العائدات (انظر التوصية ١٩٧). وترد في البابين الفرعيين التاليين مناقشة للمسألتين الثانية والثالثة المتصلتين بعائدات الموجودات المبيعة على أساس الاحتفاظ بالملكية أو رهن إيجار تمويلي.

(ك) أولوية تمويل الاحتياز في عائدات الموجودات الملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية

١٦١- في الدول التي لا تعتبر حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي حقوقا ضمانية، قلما تنشأ مسألة مطالبة البائع أو المؤجّر بحقوق خاصة في العائدات المتأتية من بيع المعدات، وإن كان ذلك ممكنا من الناحية النظرية. والسبب في هذا هو أن قانون البيع أو الإيجار يقصر عادة حق الملكية الذي

يحتفظ به البائع أو ملكية المؤجّر التمويلي على الموجودات المبيعة أو المؤجّرة فحسب. وقد يستطيع البائع أو المؤجّر التمويلي استرداد الموجودات عينيا من الشخص الذي نقلت إليه، في حالة التصرف فيها بدون إذن. غير أنه يتعذر في بعض الأحيان العثور على الموجودات، حتى وإن كان من الممكن استبانة الموجودات أو النقود المتقاضاة فيما يتصل بالتصرف فيها. وعلاوة على ذلك، يسمح البائع أو المؤجّر أحيانا ببيع الموجودات بشرط أن يسري حق البائع أو المؤجّر في الملكية على عائدات البيع. وفي هاتين الحالتين، لا يجيز سوى عدد قليل جدا من الدول للبائع أو المؤجّر المطالبة بالملكية استنادا إلى مبدأ الحلول في حقوق ملكية عائدات الموجودات المبيعة بموجب معاملة قائمة على الاحتفاظ بالملكية أو معاملة إيجار تمويلي، ما دامت هذه العائدات موجودات ملموسة من نفس نوع الموجودات المرهونة الأصلية. ومن الشائع، عندما يكون العقد عقد بيع، أن يُشار إلى حقوق البائع بوصفها "احتفاظا ممتدا بالملكية". ولكن، في معظم الحالات التي يكون فيها هذا الامتداد ممكنا، لا يظلّ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي حقا في الملكية بل يُحوّل إلى حق ضماني في العائدات.

١٦٢- وفي بعض الدول التي تتبع النهج المتكامل تماما، لا تمتد الأولوية الخاصة للحق الضماني الاحتيازي إلا إلى الموجودات المموَّل احتيازها وليس إلى عائدات التصرف في هذه الموجودات. وهذا يعني أنه في حين يحتفظ مموّل الاحتياز بحق ضماني في الموجودات بحكم المبدأ العام، فإنه لا يستطيع أن يطالب بالأولوية الخاصة لحق تمويلي احتيازي. ولكن يجوز في دول أخرى أن تمتد هذه الأولوية الخاصة إلى العائدات القابلة للتحديد كذلك، على الأقل في حالة المعاملات المتصلة بالمعدات. فبما أنّ المانح لا يحتاز عادة المعدات ليعيد بيعها مباشرة، فلا يخشى كثيرا من الإضرار بالمدينين المضمونين الآخرين إذا امتدت الأولوية الخاصة للحق الضماني الاحتيازي في المعدات إلى العائدات المتأتية من التصرف فيها. وإذا أصبحت المعدات عتيقة أو لم يعد المانح في حاجة إليها، ثم قام لاحقا ببيعها أو التصرف فيها بشكل آخر، فإن المانح غالبا ما يلتمس من الدائن المضمون تحرير المعدات من الحق الضماني حتى يتمكن من التصرف فيها وهي خالصة من ذلك الحق. فإذا لم يتحقق هذا التحرير، يخضع التصرف في تلك المعدات للحق الضماني، ويكون من المستبعد عندئذ أن يدفع مشتريها، أو أي شخص آخر تُنقل إليه، القيمة الكاملة لحيازتها. ومقابل هذا التحرير، يأخذ الدائن المضمون عادة بزمام السيطرة على عملية تسديد العائدات فيشترط، على سبيل المثال، أن تدفع عائدات التصرف فيها إليه مباشرة على سبيل سداد الالتزامات المضمونة. ومن المستبعد في هذه الظروف أن يعتمد دائن آخر على حق ضماني مأخوذ مباشرة في موجودات للمانح تمثّل عائدات التصرّف في المعدات التي كانت خاضعة في الأصل لحق ضماني احتيازي.

١٦٣- وفي إطار النهج الوحدوي المطروح في *الدليل*، يُفترض أنّ المعدات، خلافا للمخزون، لا تخضع عادة للتبديل المستمر. وسيطرة الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي على التصرف في الموجودات تؤيد الاستنتاج بأنّ الأولوية الخاصة الممنوحة للدائنين المضمونين بحقوق ضمانية احتيازية ينبغي أن تمتدّ إلى عائدات التصرف في الموجودات المشمولة بالحق الضماني الحيازي وإلى منتجات هذه الموجودات (انظر التوصية ١٨٥، البديل ألف، الفقرة *(أ)*). وإذا قرّرت إحدى الدول عدم التمييز بين المخزون والمعدّات، فسيكون من الضروري عندئذ أن تُقرّر ما إذا كان ينبغي أن تحدّد أولوية الحق الضماني الحيازي لتشمل العائدات. ولأنّ معظم المبيعات التي تأتي بالعائدات سيكون من مبيعات المخزون، فإنّ *الدليل* يوصي بأن يكون للحق الضماني في العائدات، في حالة المعدات، أولوية الحق الضماني غير الاحتيازي (انظر الفقرتين ١٦٩ و١٧٠ أدناه والتوصية ١٨٥، البديل باء).

١٦٤- وإذا ما أخذت دولة بالنهج غير الوحدوي، فإن القواعد المتصلة بالاحتفاظ بالأولوية الخاصة في عائدات المعدات ينبغي أن تؤدي إلى التبعات نفسها تجاه المطالبين الآخرين بصرف النظر عن الصيغة القانونية لمعاملة تمويل الاحتياز. أيْ أنه ينبغي أن يكون بمستطاع بائع المعدات المحتفظ بحق الملكية أو مؤجّرها التمويلي أن يطالب بأولويته الخاصة في عائدات التصرف في تلك المعدات، إما بامتداد حق كل منهما في الملكية إلى العائدات وإما بإعطائه حقا ضمانيا بديلا يمنحه حق المطالبة بالأولوية التي يحظى بها البائع أو المقرِض الذي يحصل على حق ضماني احتيازي. ولمّا كان من النادر أن تجيز الدول للبائعين والمؤجّرين تثبيت حقوق ملكيتهم في العائدات غير الملموسة، فإن *الدليل* يوصي، بغية الحفاظ على الاتّساق بخصوص جميع أشكال العائدات، بتحويل الحقوق الضمانية الاحتيازية للبائع وللمؤجّر في الموجودات المرهونة الأصلية إلى حق ضماني في العائدات (انظر التوصية ١٩٧).

١٦٥- وسيكون من الضروري أيضا تأمين نفاذ هذا الحق الضماني في العائدات تجاه الأطراف الثالثة من خلال قواعد تتعلق بتسجيل إشعار أو بأيّ طريقة أخرى لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ١٩٨). وأخيراً، سيكون من الضروري كذلك النصّ على أن يكون لهذا الحق، في مثل هذه الحالات، الأولوية نفسها تجاه المطالبين الآخرين كما لو كان حقا ضمانيا احتيازيا أخذه بائع أو مقرض. وإذا قرّرت دولة ما وجوب التمييز بين المخزون والمعدات، فإن سيطرة البائع المحتفظ بحق الملكية أو المؤجّر التمويلي على التصرّف في الموجودات تقيم *الدليل*، في حالة المعدات، على تمتعه بالأولوية الخاصة الممنوحة للدائنين المضمونين بحق ضماني احتيازي (انظر التوصية ١٩٩، البديل ألف، الفقرة *(أ)*). أما إذا قرّرت الدولة عدم التمييز بين المخزون والمعدات، فسيكون من الضروري تقرير ما إذا كان ينبغي أن تكون أولوية حق الاحتفاظ بالملكية أم أولوية حق الإيجار التمويلي قابلة لأنْ يُطالب بها في العائدات. ولأنّ معظم المبيعات التي تأتي بالعائدات سيكون من مبيعات المخزون، فإن *الدليل* يوصي بأن يكون للحق الضماني في العائدات أولوية الحق الضماني غير الاحتيازي (انظر الفقرتين ١٧١ و١٧٢ أدناه والتوصية ١٩٩، البديل باء، الجملة الأولى). وللسبب ذاته، ينبغي أن يسري مبدأ مماثل على عائدات الحق الضماني الحيازي في جميع أنواع الموجودات المرهونة (انظر التوصية ١٩٩، البديل باء، الجملة الثانية).

(ل) أولوية تمويل الاحتياز في عائدات المخزون

١٦٦- يختلف الوضع بالنسبة لعائدات المخزون عن الوضع بالنسبة لعائدات المعدات وذلك لثلاثة أسباب: أولها أنه من المتوقّع أن يُباع المخزون في سياق العمل المعتاد للمنشأة التجارية، وثانيها أن عائدات بيع المخزون ستكون في معظمها من المستحقات لا من مزيج ما من المقايضة والمستحقات. وعلى سبيل المثال، لا يحدث عادة أن يستردّ بائع الأثاث ما لدى المشتري من أثاث مستعمل لتسديد جزء من ثمن الشراء. وثالثها أنه كثيرا ما يعمد الدائن المضمون الموجود من قبلُ، في تقديمه الائتمان إلى المانح ليستخدمه كرأس مال عامل، إلى صرف مبلغ الائتمان للمانح على أساس دوري أو حتى يومي، معوِّلا في ذلك على حقه الضماني المتفوق في رصيد دائم التغير من المستحقات القائمة والآجلة باعتبارها موجودات مرهونة أصلية. وربما لا يكون من الممكن أو العملي للمانح أن يفصل المستحقات التي هي عائدات المخزون الخاضع لحق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي أو لحق ضماني احتيازي، عن المستحقات الأخرى التي أخذ دائن موجود من قبلُ حقا ضمانيا فيها. وحتى لو كان من الممكن أو العملي للمانح أن يُجري هذا الفصل، فسيكون عليه عندئذ أن يجريه على نحو يوفر الشفافية لكلا المموّلَين ويقلل ما أمكن من قيامهما بالرصد.

١٦٧- وبدون هذا الفصل السريع الذي يوفّر الشفافية لكلا المموّلَين ويقلل ما أمكن من الرصد، يكون هناك احتمال كبير في أن يفترض الدائن المضمون الموجود من قبل، الذي يقدم ائتمانا بضمان المستحقات، افتراضا خاطئا بأن له حقا ضمانيا أعلى مرتبة في جميع مستحقات المانح. ويحتمل كذلك أن ينشب نزاع بين الدائن المضمون الموجود من قبل والبائع المحتفظ بالملكية أو المؤجّر التمويلي أو الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي حول أيّ مموّل منهم له حق الأولوية وفي أي عائدات. وقد تؤدي كل تلك الاحتمالات وما يترتّب عليها من تكاليف الرصد إلى التوقف عن توفير الائتمان أو إلى إتاحته بتكلفة أعلى. وإذا كانت أولوية حق مقدّم التمويل الاحتيازي في المخزون لا تمتد إلى العائدات، فإن مقدّم التمويل الاحتيازي نفسه قد يتوقف عن توفير الائتمان أو لا يتيحه إلا بتكلفة أعلى.

١٦٨- ولكن يمكن التخفيف من ذلك الاحتمال بشكل ملموس. فعلى سبيل المثال، إذا كانت أولوية حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي أو الحق الضماني الحيازي في المخزون لا تمتد إلى العائدات المتأتية في صورة مستحقات، كان باستطاعة المموّل بضمان المستحقات الموجود من قبل وله حق ضماني مسبق في مستحقات المانح الآجلة، أن يقدّم الائتمان بالاستناد إلى هذه المستحقات علما منه بأنّ له حقا ضمانيا في هذه المستحقات أعلى مرتبة من حق مموّل احتياز المخزون. وهذا ما يعود بالفائدة أيضا على مموّل الاحتياز لأنّ المبالغ التي يصرفها المموّل بضمان المستحقات يمكن أن تعطي المانح القدرة على سداد ثمن الموجودات التي اشتراها. وينبغي أن يكون مبلغ السلفة المقدّمة من الدائن المضمون الموجود من قبلُ كافيا لتمكين المانح من سداد ثمن شراء المخزون لبائعه في حينه. وذلك لأنّ أسعار السلف المقدّمة بضمان المستحقات تكون عادة أعلى بكثير من أسعار السلف المقدّمة بضمان المخزون، ولأن مبلغ المستحقات يمثل سعر إعادة بيع في شراء المخزون يزيد كثيرا على تكلفة المخزون التي تحمّلها البائع. ومن ثمّ فإنّ حلّ مسألة الأولوية هذه على هذا النحو يعمل على تعزيز التمويل الاحتيازي في المخزون كما يعمل على تعزيز التمويل بضمان المستحقات.

١٦٩- وفي إطار النهج الوحدوي، تشكّل صعوبة استبانة المستحقات الناشئة من التصرف في الموجودات التي يوجد حق ضماني احتيازي فيها وشيوع استخدام المستحقات كموجودات تخضع لحق ضماني مستقل، سببين وجيهين يفسّران لماذا ينبغي قصر الأولوية الخاصة الممنوحة للحقوق الضمانية الاحتيازية في المخزون على عائدات التصرف فيها، عدا المستحقات وغيرها من حقوق السداد، مثل الصكوك القابلة للتداول وحقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي وحقوق الحصول على العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل. ويترتب على ذلك أنه في الحالات التي تميّز فيها الدول بين عائدات المعدات وعائدات المخزون فإنها تميّز في العادة أيضا بين أنواع العائدات. وفي هذه الدول، إذا اتّخذت عائدات المخزون شكل المستحقات وغيرها من حقوق السداد، كان للحق الضماني أولوية الحق الضماني غير الاحتيازي. أما إذا اتّخذت العائدات أي شكل آخر، فسيظل للحق الضماني أولوية الحق الضماني الحيازي، ولكن شريطة أن يكون الدائن المضمون بحق احتيازي قد وجّه إشعاراً بشأن حقه إلى الدائنين المضمونين الذين سجّلوا إشعاراً بحق ضماني في موجودات من نفس نوع العائدات قبل نشوء تلك العائدات (انظر التوصية ١٨٥، البديل ألف، الفقرة *(ب)*).

١٧٠- ومع أن جميع الدول التي اعتمدت حتى الآن النهج المتكامل تماما تأخذ بوجهة النظر المذكورة أعلاه، فمن الممكن تصوّر عدم وجوب التمييز بين عائدات المخزون وعائدات الموجودات غير المخزون والسلع الاستهلاكية. وإذا كانت هذه هي الحالة، فإن من الجائز أن تنص الدول في تشريعاتها على أن تكون المبادئ التي تحكم الموجودات غير المخزون والسلع الاستهلاكية سارية أيضا على الحقوق الضمانية الاحتيازية في المخزون. ولكن لأن الحق في العائدات من شأنه أن يمتد أيضا إلى المستحقات وغيرها من حقوق السداد فيما يتعلق بالمخزون، حيثما تكون المنافسة مع المموّلين بضمان المستحقات أمرا مألوفا،

فإن *الدليل* يوصي بألاّ تكون للحق الضماني في جميع أنواع العائدات الأولوية الخاصة التي يحظى بها الحق الضماني الحيازي، بل أن تكون له أولوية فحسب وفقا للقواعد العامة المنطبقة على الحقوق الضمانية غير الاحتيازية (انظر التوصية ١٨٥، البديل باء).

١٧١- وإذا اعتمدت الدولة النهج غير الوحدوي وفقا لما يوصي به *الدليل*، فإنها ستواجه الخيار نفسه. ففي حال التمييز بين المعدات والمخزون، لا ينبغي أن تنسحب الأولوية الخاصة الممنوحة للبائعين المحتفظين بالملكية والمؤجّرين التمويليين والدائنين المضمونين بحقوق ضمانية احتيازية الذين يموّلون احتياز المخزون على عائدات التصرف التي تأخذ شكل مستحقات وغيرها من حقوق السداد، بصرف النظر عن الصيغة القانونية لمعاملات تمويل الاحتياز. غير أن الدول قد تختار أن تحتفظ بالأولوية الخاصة التي يحظى بها البائع المحتفظ بالملكية أو المؤجّر التمويلي أو الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي في عائدات المخزون التي تكون في شكل عائدات الموجودات الملموسة الأخرى، شريطة أن يوجّه البائع المحتفظ بالملكية أو المؤجّر التمويلي أو الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي إشعاراً بشأن حقه إلى الدائنين المضمونين الذين سجّلوا إشعاراً بحق ضماني في موجودات من نفس نوع العائدات قبل نشوء العائدات هذه (انظر التوصية ١٩٩، البديل ألف، الفقرة *(ب)*).

١٧٢- ويمكن من الناحية الأخرى تصوّر وجوب عدم التمييز بين عائدات المخزون وعائدات الموجودات غير المخزون أو السلع الاستهلاكية. وفي إطار هذه الفرضية، يمكن أن تنصّ الدول في تشريعاتها على أن تكون المبادئ التي تحكم الموجودات غير المخزون منطبقة أيضا على الحقوق الضمانية الاحتيازية في المخزون. ولكنّ لأنّ الحق في العائدات من شأنه أن يمتد أيضا إلى المستحقات وغيرها من حقوق السداد فيما يتعلق بالمخزون، حيثما تكون المنافسة مع المموّلين بضمان المستحقات أمرا مألوفا، فإن *الدليل* يوصي بألاّ يكون للحق الضماني في جميع أنواع العائدات الأولوية الخاصة التي يحظى بها الحق الضماني الحيازي، بل أن تكون له أولوية فحسب وفقا للقواعد العامة المنطبقة على الحقوق الضمانية غير الاحتيازية (انظر التوصية ١٩٩، البديل باء).

(م) الأولوية فيما بين حقوق مقدّمي تمويل الاحتياز المتنافسين

١٧٣- في مختلف النزاعات على الأولوية التي سبق شرحها في هذا الباب، يسعى الممولون المتنافسون إلى تثبيت حقوق مختلفة في الموجودات الملموسة. وهذا يعني أن النزاعات هي بين حقوق البائع المحتفظ بحق الملكية أو المؤجّر التمويلي أو الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي، من جهة، والدائن المضمون بحق ضماني غير احتيازي بصفة رئيسية، من الجهة الأخرى. بيد أنه من الممكن، في حالات قليلة، أن تكون المنافسة بين مطالبَين اثنين، يسعى كل منهما إلى تثبيت حقوق له ناشئة من معاملة تمويل احتيازي. وتبعا للقانون المطبّق في دولة معيّنة، فإنّ الظروف المعتادة التي قد يحدث فيها ذلك هي عندما يقدّم مقرِض ائتمانا إلى مشتر لكي يتمكّن المشتري من دفع مبلغ أولي من ثمن الموجود الذي يعتزم شراءه، ويقدّم البائع بدوره شروطا ائتمانية إلى المشتري بخصوص المبلغ المتبقي من ثمن شراء الموجود.

١٧٤- وفي الدول التي لا تعتبر حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي حقوقا ضمانية، يُحسم أمر الأولوية النسبية للمطالبات بالرجوع إلى حق البائع أو المؤجّر في الملكية. وما لم يسمح ذلك النظام للدائنين الآخرين بالحصول على حق ضماني في حق الملكية المتوقع للمشتري، فلن تنشأ منافسة بين المالكين والدائنين المضمونين. ويضاف إلى ذلك أنه حتى لو كان من الجائز للدائن الحصول على حق ضماني في حق الملكية المتوقع للمشتري أو المستأجر، فإن هذا الحق المتوقع في الملكية لا يُستحق إلا

عندما يُسدَّد للبائع أو المؤجّر الثمن بالكامل. وبعبارة أخرى، لا يمكن أبدا في معظم الدول التي تطبّق نظما من هذا القبيل أن تنشأ منافسة مباشرة بين مقرِض يطالب بحقوق في إطار معاملة لتمويل الاحتياز وبائع أو مؤجّر. والسبيل الوحيد لكي يحصل المقرِض على حق نابع من تمويل الاحتياز هو حصوله على إحالة للالتزام المضمون من البائع المحتفظ بالملكية أو المؤجّر التمويلي.

١٧٥- وعلاوة على ذلك، ففي الدول التي لا تعتبر حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي حقوقا ضمانية، كثيرا ما يكون من الممكن للبائع (ولكن ليس للمؤجّر) أن ينقل ملكية الموجودات المبيعة إلى المشتري ويأخذ مقابل ذلك حقا ضمانيا. وتنشأ حقوق البائع هذه أحيانا بحكم القانون، ولكنها كثيرا ما تنشأ من اتفاق بين البائع والمشتري. وفي هذه الحالات، يجوز للمشتري أن يمنح حقوقا ضمانية متنافسة في الموجودات المراد احتيازها. وتكون هذه الحقوق أحيانا حقوقا ضمانية مُنحت بعد شراء الموجودات. بيد أنها قد تنشأ، في حالات أقل شيوعا، قبل ذلك أيضا، بحكم حق ضماني عام يشمل الموجودات الحاضرة والآجلة. ورغم ذلك، وحتى عندما يقدم المقرِض ائتمانا لتمكين المشتري من احتياز الموجودات، فإن الحق الضماني الذي يحصل عليه في تلك الموجودات يعتبر دائما حقا ضمانيا غير احتيازي. أي أنه ليس من الممكن للمقرِضين، في معظم الدول التي لا تعتبر حقوق الاحتفاظ بالملكية أو حقوق الإيجار التمويلي حقوقا ضمانية، أن يحصلوا مباشرة على مرتبة الأولوية الخاصة التي تُعطى للبائع الذي ينقل الملكية إلى مشتر ويأخذ مقابل ذلك حقا ضمانيا احتيازيا. ومرة أخرى، في معظم هذه الدول يكون السبيل الوحيد إلى تمكّن المقرِض من الحصول على الأولوية الخاصة التي يحظى بها الحق الضماني الحيازي هو حصوله على إحالة للالتزام المضمون من البائع الذي حصل على ذلك الحق الضماني.

١٧٦- وفي الدول التي تأخذ بالنهج المتكامل تماما، تحظى حقوق البائع والمؤجّر في الأولوية بالحماية لأن الحقوق التي يمكن بخلاف ذلك أن يطالبان بها كمالكَين توصّف على أنها حقوق ضمانية احتيازية وتحظى بمرتبة الأولوية التفضيلية نفسها تبعا لمفهوم الأولوية الخاصة "للمصلحة الضمانية في ثمن الشراء". وتُمنح مرتبة الأولوية التفضيلية هذه كذلك للبائعين الذين يكتفون بالحصول على حق ضماني في الموجودات المزمع توريدها، وللمقرِضين الذين يقدمون أموالا إلى المقترضين لتمكينهم من شراء تلك الموجودات. وبعبارة أخرى، يمكن في إطار النهج المتكامل تماما أن ينشأ تنازع حقيقي بين أكثر من حقين اثنين من الحقوق الضمانية الاحتيازية. ووفقا للقاعدة المعتادة لتقرير الأولوية في هذه الدول، تكون الغلبة بين حقين ضمانيين متنافسين من النوع نفسه للحق المسجّل أولا، وتكون في حالة استخدام طريقة أخرى لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة للحق الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة أولا. ومن ثمّ، تكون الأولوية، على سبيل المثال، بين مقرِضين اثنين يجوز أن يطالب كلاهما بحق ضماني احتيازي، لمن سبق الآخر في التسجيل. ولكن قد يصادَف أن يقوم بائع يطالب بحق ضماني احتيازي بتسجيل إشعاره بعد أن يكون المقرِض الذي قدّم تمويل الاحتياز قد فعل ذلك. وفي هذه الحالة وحدها، تتجاوز هذه النظم قاعدة الأولوية المعتادة كي تحمي بائع لموجودات الجاري بيعها. ويحظى البائع الذي يجعل حقه الضماني الاحتيازي نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالأولوية حتى على المقرِضين الذين توجد لديهم حقوق ضمانية احتيازية من قبلُ.

١٧٧- وفي إطار النهج الوحدوي المطروح في *الدليل*، تكون الأولوية، في أي منافسة بين بائع يطالب بحق ضماني احتيازي ومقرِض يطالب كذلك بحق ضماني احتيازي، للحق الضماني الاحتيازي الذي يطالب به البائع بصرف النظر عن التاريخ الذي جُعل به كل من هذين الحقين الضمانيين الاحتيازيين نافذا تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ١٨٢). وبالإضافة إلى ذلك، في حال المنافسة بين مقرضين اثنين حاصلين على حق ضماني احتيازي، تنطبق قواعد الأولوية المعتادة. أي أن الوقت الذي سُجِّل فيه حق

كل من هذه المقرضين أو أصبح فيه نافذا تجاه الأطراف الثالثة، أيهما جاء أولا، يحسم الأولوية النسبية لكل منهما (انظر التوصية ٧٦، الفقرة الفرعية *(ج)*).

١٧٨- أما الدول التي تختار اعتماد النهج غير الوحدوي فمن المسائل السياساتية الأولية التي يتعيّن عليها البت فيها هي مسألة ما إذا كان ستسمح للمموّلين غير البائعين أو المؤجّرين بأن يأخذوا حقوقا ضمانية في الموجودات التي يريد المقترض منهم احتيازها يمكن أن تحظى بمرتبة الأولوية التفضيلية التي يحظى بها الحق الضماني الحيازي. فإذا قررت ألاّ تسمح بذلك، لن تكون هناك أبدا أي منافسة بين حقين ضمانيين احتيازيين أو أكثر. ويوصي *الدليل* بأن يكون البائع قادرا، حتى في حالة بيع الموجودات بموجب ترتيب الاحتفاظ بالملكية، أو في حالة خضوعها لإيجار تمويلي، أن يمنح حقا ضمانيا في الموجودات الجاري بيعها أو تأجيرها (انظر التوصية ١٩٠، الجملة الأولى). ويوصي *الدليل* فضلا عن ذلك بالسماح للمقرضين الذين يقدّمون التمويل الاحتيازي للمشترين بأن يطالبوا بحق ضماني احتيازي (انظر التوصيتين ١٨٧ و١٨٨). ونتيجة لذلك، ستواجه الدول التي تعتمد النهج غير الوحدوي أيضا احتمال التنافس بين مقدّمي التمويل الاحتيازي. وإذا حدث هذا التنافس بين بائع يحتفظ بحق الملكية أو مؤجّر تمويلي ومقرِض، كانت الأولوية دائما للبائع أو المؤجّر بحكم حقه في الملكية. وتأتي حقوق المقرِض الذي يقدّم تمويلا احتيازيا، بالضرورة، في مرتبة أدنى من حقوق الملكية التي يتمتع بها البائع أو المؤجّر. ومن ثمّ، فإن أكبر مبلغ يمكن أن يطالب به المقرِض بمقتضى حقه الضماني الاحتيازي إنما هو قيمة الموجود الزائدة عن المبلغ المستحق للبائع أو المؤجّر التمويلي (انظر التوصية ١٩٠، الجملة الثانية). وإذا كانت المنافسة بين البائع أو المؤجّر الذي يطالب بحق ضماني احتيازي ومقرِض مطالِب بذلك الحق من أجل تحقيق النتيجة ذاتها، كان على الدول أن تعتمد قاعدة تنص على أولوية الحق الضماني الحيازي للبائع أو المؤجّر، أياً كان تاريخ بدء نفاذ كل منهما تجاه الأطراف الثالثة. وسيتعيّن على الدول فضلا عن ذلك أن توضح تحديدا أنّ الأولوية بين الحقوق الضمانية الاحتيازية التي يأخذها مموّلون غير البائعين أو المؤجّرين تحسم بناء على الوقت الذي سُجّلت فيه هذه الحقوق أو أصبحت فيه نافذة تجاه الأطراف الثالثة، أيهما جاء أولا، بصرف النظر عن صيغة المعاملة. وهذا هو الموقف الذي يوصي به *الدليل*، أيّ أن نظام الحقوق الضمانية الاحتيازية الواجب التطبيق في سياق النهج غير الوحدوي ينبغي أن يكون مطابقا للنظام المعتمد في سياق النهج الوحدوي (انظر التوصية ١٨٧، الفقرة الفرعية *(أ)*، التي تراعي المبدأ المُجسّد في التوصية ١٨٢).

(ن) أثر تخلّف مقدّم تمويل الاحتياز عن جعل حقوقه الاحتيازية نافذة تجاه الأطراف الثالثة

١٧٩- عادةً ما يحرص البائع المحتفظ بحق الملكية أو المؤجّر التمويلي أو البائع أو المقرِض، الذي يحصل على حق ضماني في موجودات يريد مشتر احتيازها، على اتخاذ كل الخطوات اللازمة لجعل حقوقه نافذة تجاه الأطراف الثالثة. ويعني ذلك في حالة حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي اتباع إحدى طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، وفي الحالات التي يتحقق فيها هذا النفاذ بالتسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام، القيام بهذا التسجيل في غضون المدة المحددة (انظر التوصية ١٩٢). أما في حالة الحق الضماني الحيازي، سواء في إطار النهج الوحدوي أو النهج غير الوحدوي، فيجب أن يتخذ الدائن المضمون الخطوات اللازمة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، وإذا كانت تلك الخطوة هي التسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام ، فعليه أن يفعل ذلك في غضون المدة المحددة (انظر التوصيتين ١٨٠ و١٩٢).

١٨٠- ويؤدي عدم تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في غضون المدة الزمنية المحددة إلى تبعات ذات شأن لجميع مقدّمي تمويل الاحتياز. وإذا تخلف الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي عن التسجيل

في الوقت المناسب (انظر الفقرات ١٠٨-١١١ أعلاه)، لا يعني ذلك أن يخسر حقه الضماني. فهذا الحق الضماني يظل مع ذلك نافذا بين الطرفين. وما لم يقم الدائن المضمون بالخطوات اللازمة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة حتى بعد انقضاء المهلة المحددة، فإن هذا الدائن المضمون سيكون عندئذ دائنا عاديا مضمونا بحق غير احتيازي يخضع لقواعد الأولوية العامة المنطبقة على الحقوق الضمانية، أي أنه لن يكون بمستطاعه المطالبة بحق ضماني احتيازي أو تثبيت الأولوية الخاصة المصاحبة لذلك الحق.

١٨١- ويختلف الوضع اختلافا طفيفا عندما يتخلّف البائع المحتفظ بحق الملكية أو المؤجّر التمويلي عن جعل حقوقه نافذة تجاه الأطراف الثالثة في الوقت المناسب. ففي هذه الحالات، يخسر البائع أو المؤجّر التمويلي ميزة ملكيته، وفيما يتعلق بحقوق الأطراف الثالثة، تنتقل ملكية الموجودات الجاري بيعها أو تأجيرها إلى المشتري أو المستأجر. وخسارة الحقوق بكاملها تبعة قاسية لتكون مترتبة على التخلف عن اتخاذ الخطوات اللازمة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ومن أجل التخفيف من قسوة هذه التبعات وجعلها مماثلة للنتيجة التي يُتوصّل إليها فيما يتعلق بالحقوق الضمانية الاحتيازية، لا بد من تحويل حق البائع أو المؤجّر الذي لا يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة في الوقت المناسب إلى حق ضماني عادي خاضع لقواعد الأولوية العامة المطبّقة على الحقوق الضمانية (انظر التوصية ١٩٤).

١٨٢- وينبغي التوصل إلى استنتاج مماثل في الحالات الأخرى التي يحرم فيها البائع المحتفظ بالملكية أو المؤجر التمويلي من حقوقه في الملكية. وعلى سبيل المثال، إذا تخلّف البائع أو المؤجّر عن تسجيل إشعار بحق احتفاظه بملكية موجود ملموس يصبح ملحقا بممتلكات غير منقولة أو حقه الإيجاري التمويلي في ذلك الموجود، بعد الإلحاق وفي غضون المدة الزمنية المنصوص عليها في التوصية ١٩٥، فَقَدَ هذا البائع أو المؤجّر حق ملكيته لذلك الملحق. ولكن بمجرد أن يتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، يصبح من الجائز للبائع أو المؤجّر أن يطالب بحق ضماني عادي (انظر التوصية ١٩٦).

٩- *حقوق الطرفين والتزاماتهما السابقة للتقصير*

١٨٣- مثلما ذُكر آنفا (انظر الفصل السادس المتعلّق بحقوق الطرفين والتزاماتهما، الفقرات ٨-١٣)، لا يوجد في معظم الدول سوى قلة قليلة من القواعد الإلزامية التي تحدد حقوق الطرفين والتزاماتها السابقة للتقصير. والغالبية العظمى من القواعد والمبادئ المنطبقة في هذا الصدد هي قواعد ومبادئ غير إلزامية ويمكن للطرفين التحلّل منها بحرّية. ويضاف إلى ذلك أن حقوق الطرفين والتزاماتهما السابقة للتقصير تتوقف في معظمها على الطريقة التي تنظر بها أيّ دولة معيّنة إلى الطبيعة القانونية للمعاملة التي يوفّر بواسطتها التمويل الاحتيازي.

١٨٤- وفي الدول التي لا تعامل حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجارات التمويلية معاملة الحقوق الضمانية، لا يمكن بكل بساطة تحويل النظام الذي يحكم الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير الساري على الحقوق الضمانية غير الاحتيازية إلى النظام الذي يحكم تمويل الاحتياز. وستكون القواعد السارية على الحقوق الضمانية الاحتيازية، سواء حصل عليها البائع أو المقرِض، مطابقة للقواعد السارية على الحقوق الضمانية الاحتيازية. ولكن متى تعلّق الأمر بحق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي أو أي حق مشابه، فسيلزم تعديل أسلوب التعبير عن هذه القواعد.

١٨٥- ولما كان الهدف هو تحقيق التعادل الوظيفي بين جميع معاملات تمويل الاحتياز، فسيلزم أحيانا كثيرة أن تُعكَس افتراضات التقصير فيما يتعلق بحقوق الملكية. أيّ عادة ما يكون المالك (البائع

المحتفظ بالملكية أو المؤجّر التمويلي) هو صاحب الحق في استخدام الموجودات وجني الثمار المدنية والطبيعية التي تنتجها. والمالك هو الذي يتحمّل عادةً مخاطر هلاك تلك الموجودات، ولذلك فهو الملزم الأول بالعناية بها وصيانتها وإبقائها بحالة جيدة والتأمين عليها، وهو من يحق له عادة معاودة رهنها والتصرف فيها. ومن ثم، فلكي تحقق هذه الدول النتائج المنشودة المتعادلة وظيفيا، سيتعين عليها أن توفر مزيجاً من القواعد الإلزامية وغير الإلزامية تسند إلى المشتري، لا إلى البائع أو المؤجّر، كل واحد من هذه الحقوق والالتزامات.

١٨٦- والدول التي تأخذ بالنهج الوحدوي لا تحتاج إلى الاهتمام مباشرةً بهذه المسألة لأن الحق الضماني الحيازي هو مجرد فئة من فئات الحقوق الضمانية. وبناء على ذلك، لن يلزم سوى تطبيق القواعد العادية المتعلقة بالحقوق والالتزامات السابقة للتقصير على كل معاملات التمويل الاحتيازي، بصرف النظر عن صيغة المعاملة المعنية. أي أنه لا يوجد سبب للافتراض بأنّ الالتزامات المتصلة باستخدام الموجودات المرهونة، والالتزام بالحفاظ على قيمتها، وجني ثمارها المدنية والطبيعية أو إيرادتها، والحق في رهن الموجودات أو الحق في التصرف فيها، ينبغي أن تكون مختلفةٌ أيما اختلاف لمجرد أنّ الحق الضماني المعني هو حق ضماني احتيازي. وإذا رغب الدائنون المضمونون بحقوق ضمانية احتيازية والمانحون في النصّ على توزيع مختلف للحقوق والالتزامات، فينبغي السماح لهم بذلك ضمن الإطار نفسه تماما المطبّق على الحقوق الضمانية غير الاحتيازية (انظر التوصيات ١١٠-١١٣).

١٨٧- ولكن إذا اعتمدت الدولة النهج غير الوحدوي، فسيلزم النص بمزيد من التفصيل على حقوق الطرفين والتزاماتهما السابقة للتقصير تحديدا من أجل تحقيق التعادل الوظيفي. وفيما يتعلق بالبائعين المحتفظين بالملكية والمؤجّرين التمويليين، سيلزم في كثير من الأحيان اشتراع هذه القواعد باعتبارها استثناءات من النظام العادي لحقوق الملكية. ومثلما ذُكر من قبل (انظر الفصل السادس المتعلق بحقوق الطرفين والتزاماتهما، الفقرتين ١٤ و١٥)، فإن معظم القواعد السابقة للتقصير لن يكون إلزاميا، ولكن بما أن نظام قواعد التقصير غير الإلزامية ينبغي أن يضع مجموعة من الأحكام بشأن الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير التي يعتقد المشرّع أن الأطراف ستختارها لكي يتحقق الغرض من الأداة الضمانية على أنجع وجه، فعلى الدول التي تعتمد بالفعل النهج غير الوحدوي أن تكفل سنّ قواعد غير إلزامية تحاكي القواعد التي تسنّها لتنظيم الحقوق الضمانية الاحتيازية التي يأخذها البائعون أو المقرِضون. وللقيام بذلك مزية إضافية، وهي التحديد الواضح لحق المشتري في منح ضمان في حقه المتوقع في الملكية وتأكيد حقه في استخدام الموجودات أو تحويلها أو تجهيزها على نحو معقول يتفق مع طبيعتها والغرض منها (انظر التوصيات ١١٠-١١٣).

١٠- *الإنفاذ*

١٨٨- توضح المناقشة الواردة في الفصل الثامن المتعلّق بإنفاذ الحق الضماني أنّ القواعد المتصلة بإنفاذ الحقوق اللاحقة للتقصير في معظم النظم القانونية تنبع مباشرة من طريقة توصيف تلك النظم القانونية للحق الجوهري قيد النظر. ومثال ذلك أنّ الكثير من النظم تعتبر بعض الحقوق "حقوق ملكية" وتنص على سُبل انتصاف خاصة لضمان إنفاذها إنفاذا فعّالا. وتُوصّف حقوق أخرى على أنها "حقوق شخصية"، ويجري إنفاذها عادةً برفع دعوى عادية على شخص ما. وفي هذه النظم، يُنظر إلى كل من حق الملكية والحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة باعتبارها فئة من "حقوق الملكية" القابلة للإنفاذ من خلال دعوى عينية (أيْ "دعوى تُقام بشأن الموجودات"). ومع أن تفاصيل إنفاذ حقوق الملكية من خلال الدعاوى العينية يمكن أن تختلف اختلافا بيّنا تبعاً لحق الملكية المعيّن الذي يجري إنفاذه

والنَّسقَ المحدد للقوانين الإجرائية في الدولة، فإن الجانب الأكبر من هذه القواعد التي تحكم إنفاذ الحقوق اللاحقة للتقصير إلزامي. ومن ثم، لا يمكن أن يتحلّل منها الطرفان في معاملة من معاملات تمويل الاحتياز.

١٨٩- وفي الدول التي لا تعامل حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجارات التمويلية على أنها حقوق ضمانية، تكون إجراءات إنفاذ حقوق البائع أو المؤجّر عادة هي الإجراءات المتاحة لأي شخص يطالب بملكية في الموجودات الملموسة. وعليه، يجوز مثلا للبائع المحتفظ بالملكية أن ينهي اتفاق البيع، لدى تقصير المشتري، ويطالب باستعادة الموجودات التي يمتلكها. ومن المعتاد أيضا في تلك الحالة أن يُطالبَ البائع برد جزء على الأقل من الثمن الذي دفعه المشتري، ما لم توجد شروط مخالفة لذلك في الاتفاق. وكثيرا ما يُحسَب مقدار المبلغ المستحق سداده على البائع بإلزامه بردّ جميع الأموال التي تلقاها من المشتري بعد خصم القيمة الإيجارية للموجودات أثناء وجودها في حيازة المشتري ومقدار نقص قيمة الموجودات نتيجة لاستخدام المشتري لها.

١٩٠- والبائع الذي ينهي عملية بيع، في هذه الدول، غير ملزم في العادة بتقديم كشف حساب للمشتري عن أي أرباح يحققها من أي عملية لاحقة لإعادة بيع الموجودات، ولكن لا يحق له في الوقت نفسه، ما لم ينص العقد على غير ذلك، أن يطالب المشتري بالتعويض عن أي نقص فيما عدا الأضرار المباشرة التي تنشأ من مخالفة المشتري لعقد البيع الأصلي. وفي بعض النظم القانونية، قضت المحاكم أيضا في حالات معينة بوجود شرط ضمني في ترتيبات الاحتفاظ بالملكية لا يجيز للبائع أن يستعيد حيازة الموجودات المبيعة بما يتجاوز القدر اللازم لسداد المبلغ غير المدفوع من ثمن الشراء. وأخيرا، لا يجوز في معظم هذه الدول للمشتري المقصّر ولا لأي طرف ثالث، مثل الدائن بحكم القضاء أو الدائن الذي حصل على ضمان في حق الملكية المتوقع للمشتري في الموجودات التي يطالب البائع باستعادتها، أن يلزم البائع بالتخلي عن حقه في استرداد الموجودات. وبما أن البائع هو حاضرا، وكان دائما، صاحب الموجودات المطالب باستعادتها، فلا يمكن إرغامه على بيعها كما لو كان مجرد دائن مضمون بحق ضماني احتيازي يسعى إلى إنفاذ حق ضماني احتيازي. ولا يصبح أمام الدائنين بحكم القضاء والدائنين المضمونين والدائنين الآخرين المضمونين بحق ضماني احتيازي من ملاذ سوى: *(أ)* شراء حقوق البائع أو المؤجّر إذا وافق على ذلك، والحلول بذلك محلّه في هذه الحقوق؛ أو *(ب)* سداد أيّ مبلغ ما زال مستحق السداد بمقتضى العقد ثم ممارسة حقوقهم في الموجودات التي يصبح المشتري أو المستأجر، نتيجة لهذا، مالكاً لها بعد ذلك.

١٩١- وموقف البائع الذي يطالب باستعادة ملكية الموجودات وحيازتها بمقتضى شرط يجيز له، بعد نقل الملكية إلى المشتري، أن ينقض البيع بأثر رجعي إذا لم يسدّد المشتري ثمن الشراء المتفق عليه ("شرط فاسخ")، مشابه لموقف البائع المحتفظ بحق الملكية. فلدى التقصير، يصبح البيع لاغيا ويستعيد البائع ملكية الموجودات. ويجوز له أن يطالب عندئذ باستعادة حيازتها باعتباره المالك بشرط أن يرد إلى المشتري أي مبلغ يكون قد دفعه (مخصوما منه المبلغ المناسب بالطريقة السابق بيانها). وبعبارة أخرى، بمجرد نفاذ الشرط الفاسخ، تصبح حقوق والتزامات البائع الذي يستعيد الملكية مطابقة لحقوق والتزامات البائع المحتفظ بالملكية.

١٩٢- أما حالة المؤجّر التمويلي فتختلف عادة اختلافا طفيفا. فبما أنّ عقد الإيجار هو عقد أداء مستمر، فإن المستأجر يتمتع بحيازة واستخدام مستمرين للموجود، بينما يكون للمؤجّر حق مستمر في تقاضي الإيجار. وتبعاً لذلك، فإن عقد الإيجار لا يُنهى في معظم النظم القانونية إلا بالنسبة للمستقبل. وهذا يعني أن المستأجر سيفقد أي حق قد يتمتع به بمقتضى اتفاق الإيجار في شراء الموجودات المستأجرة في نهاية العقد أو يحتاز ملكيتها تلقائيا. ويعني ذلك أيضا أن المؤجّر سيحتفظ بكامل مدفوعات الإيجار

المحصَّلة، وسيكون المستأجر ملزماً بردّ الموجودات إلى المؤجّر. ولكن لا يمكن للمؤجّر التمويلي، ما لم ينص اتفاق الإيجار على خلاف ذلك، أن يطالب بتعويض عن الاستهلاك العادي للموجودات. ولا تجوز له المطالبة بتعويضات إلا عن تلف الموجودات أو استهلاكها استهلاكا غير عادي. وعلاوة على ذلك، لا يكون بمقدور المؤجّر التمويلي عادة أن يطالب بأي فارق بين المبالغ التي تقاضاها عن الإيجار والاستهلاك العادي للموجودات المؤجّرة.

١٩٣- وفي إطار النهج الوحدوي، تكون للدائن المضمون بحق ضماني احتيازي نفس الحقوق في استعادة حيازة الموجودات كأي دائن مضمون آخر. وسواء أكان الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي بائعا أم مؤجّرا أم مقرِضا، فبمقدوره، وفقا لما جاء في الفصل الثامن المتعلق بإنفاذ الحق الضماني (انظر الفقرات ٥٧-٧٠)، إما أن يبيع الموجودات، وإما، في حالة عدم اعتراض المانح أو دائن مضمون آخر، أن يأخذها على سبيل استيفاء الالتزام المضمون. وفي الحالة الأولى، يكون بمقدور الدائن المُنفِذ لحقه أن يبيع الموجودات في إطار إجراءات قضائية أو بصفة خاصة. ومتى باع الدائن المضمون هذه الموجودات كان عليه عندئذ أن يردّ إلى المانح أي فائض فوق مطالبته المستحقة تأتي به إعادة بيعها، ولكن ليست له في الوقت نفسه مطالبة مضمونة بخصوص أي عجز بعد هذا البيع (انظر التوصيات ١٥٢ و١٥٥-١٧٨).

١٩٤- وعلى الدولة، إذا أخذت بالنهج غير الوحدوي، أن تُدخل عدة تعديلات على القواعد القائمة المتصلة بإنفاذ حق الملكية للبائع المحتفظ بالملكية أو للمؤجّر التمويلي تحقيقا للمساواة في المعاملة بين جميع مموّلي الاحتياز. ويمكن أن تشمل هذه التعديلات على سبيل المثال إعطاء المشتري أو المستأجر وأيّ دائن مضمون له حق في حق الملكية المتوقع للمشتري أو للمستأجر الحق في إجبار البائع أو المؤجّر على بيع الموجودات التي له فيها حق ملكية ظاهر، بدلا من مجرد تثبيت ذلك الحق في الملكية لاستعادة حيازتها والاحتفاظ بها أو التصرف فيها في نهاية المطاف. ويمكن للبائعين والدائنين الذين لديهم حقوق ضمانية احتيازية أن يقترحوا أخذ الموجودات على سبيل الوفاء بالتزامات المشتري غير المسددة، ولكن يجوز للمشتري أو الأطراف المعنية الأخرى إجبار الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي على بيع الموجودات بدلا من ذلك. ويعني تحقيق التعادل الوظيفي التام تمكين المشترين وسائر الأطراف المعنية من إجبار البائع المحتفظ بالملكية على التخلّي عن تثبيت حقه في الملكية وعلى بيع الموجودات كما لو كان دائناً مضموناً بحق ضماني احتيازي. ويستلزم هذا أيضا تعديل حقوق البائع أو المؤجّر بحيث يكون ملزما بتقديم كشف حساب عن الفائض المحقق من أي بيع في سياق الإنفاذ مع السماح له في الوقت نفسه بأن يسترد أي عجز باعتباره مطالباً تعاقدياً عادياً من دون أن يضطرّ إلى إقامة دعوى مستقلة للمطالبة بتعويضات.

١٩٥- ولكنّ حالات وقوع العجز أشيع بكثير من حالات حدوث الفائض. ومع ذلك، فإن إلزام جميع مموّلي الاحتياز (بمن فيهم البائعون المحتفظون بالملكية والمؤجّرون التمويليون) بتقديم كشف حساب للمشتري ولسائر الدائنين ممن لهم حقوق ضمانية في حق الملكية المتوقع للمشتري عن أي فائض يتحقق من الإنفاذ، سوف يشجّع الدائنين الآخرين على رصد عملية الإنفاذ عن كثب، مما يزيد من فرص تحقيق أعلى قيمة ممكنة. وكذلك، فإن تمكين مموّل الاحتياز من المطالبة بالعجز يسمح للدائن بإنفاذ مطالبته كاملة، مما يعزز من احتمالات السداد التام. وليس من المنصف ولا المجدي، في حالة خلو العقد من حكم ينص على التعويض، أن تكون هناك قاعدة تحرم بعض مموّلي الاحتياز (وخصوصا البائعين المحتفظين بالملكية أو المؤجّرين التمويليين) من حق المطالبة بالعجز عندما يكون بمقدور البائع أو المقرِض الذي يمارس حقا ضمانيا احتيازيا أن يطالب بمثله. ولا ينبغي أن تختلف حقوق البائع، على وجه الخصوص،

اختلافا كبيرا (سواء كان ذلك الاختلاف لصالح البائع أو لغير صالحه) بالاستناد فقط إلى ما إذا كان قد اختار الاحتفاظ بالملكية أم أن يأخذ حقا ضمانيا احتيازيا.

١٩٦- ومن الممكن، من حيث المنطق القانوني البحت، تحقيق نتائج إنفاذ متعادلة وظيفيا، بصرف النظر عما إذا كان النهج المتبع وحدويا أم غير وحدوي. والحاجة إلى إدخال هذه التعديلات على نظامي الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي القائمين اجتلاباً للمنفعة الكاملة المحقّقة من معاملة جميع مصادر تمويل الاحتياز على قدم المساواة، إنما توحي بأنه ربما يكون من الأفضل للدول التي لم تحقق بعد هذه النتيجة المنسقة من خلال إدخال تعديلات تشريعية أو قضائية أو تعاقدية على قواعدها المنظمة لحقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي أن تفعل ذلك باعتماد النهج الوحدوي. ومع ذلك فمن شأن النهج غير الوحدوي، إذا ما نُفّذ بحيث يحقق نتائج إنفاذ متعادلة وظيفيا، وفق ما يوصي به *الدليل* (انظر التوصية ٢٠٠)، أن يفرز نظام إنفاذ ناجعاً لمعاملات تمويل الاحتياز.

١١- *تنازع القوانين*

١٩٧- تفرّق نظم قانونية كثيرة، في عرض القواعد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق، بين حقوق الملكية الناشئة بمقتضى عقد بيع أو إيجار والحقوق الضمانية. أي أن قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالالتزامات (لا يقتصر ذلك مثلا على المبيعات والإيجارات، بل يشمل التراخيص والمستحقات أيضا) قد تختلف عن القواعد المطبّقة على الاتفاقات المنشئة لحق ضماني في موجودات ملموسة. وترد مناقشة مسائل تنازع القوانين فيما يتصل بالحقوق الضمانية في الفصل العاشر المتعلّق بتنازع القوانين. أما المناقشة الحالية فتقتصر على معالجة مسألة ما إذا كانت حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي والحقوق الضمانية الاحتيازية ينبغي أن تكون موضع توصيات مختلفة.

١٩٨- وعلى الرغم من الاختلافات المفاهيمية بين الحقوق النابعة من الملكية والحقوق الضمانية، فعندما يستخدم حق الاحتفاظ بالملكية لضمان الوفاء بالتزام بالسداد وتكون الحيازة قد نُقلت إلى المشتري، فإن مظهر المعاملة حينذاك لا يختلف عن مظهرها في حالة إنشاء حق ضماني غير احتيازي. ويضاف إلى ذلك أن الموجودات المعنية تكون منقولة بالمثل، وبالتالي، يحتمل بالمثل أن تعبر الحدود الدولية. ولما كان *الدليل* يوصي بأن يكون باستطاعة المقرِض الحصول ليس فحسب على حقوق ضمانية في الملكية المتوقعة للمشتري بل وعلى حقوق ضمانية احتيازية فيها، فمن الممكن بمجرد أن تعبر هذه الموجودات الحدود، وما لم تكن قواعد واحدة لتنازع القوانين مطبّقة على كل هذه الحقوق، أن تحكم قوانينُ مختلفة الحق في الاحتفاظ بالملكية والحق الضماني الحيازي. وتوحي الأهداف المنشودة في *الدليل* بشأن كفاءة المعاملات وشفافيتها بأنه ينبغي اجتناب هذا النوع من التنازع، إن كان ذلك ممكنا على الإطلاق، وأن تحكم كلا النوعين من المعاملات قواعد واحدة لتنازع القوانين.

١٩٩- وليس من المهم لأغراض تنازع القوانين، في إطار النهج الوحدوي، ما إذا كانت معاملات تمويل الاحتياز تنطوي على حق احتفاظ بالملكية أو حق إيجار تمويلي أو حق ضماني احتيازي. فكل هذه الحقوق تعتبر حقوقا ضمانية وتُعامل وفقا لذلك (انظر التوصية ١٧٨).

٢٠٠- ولكن إذا قرّرت الدولة الاحتفاظ بالنهج غير الوحدوي، فستُواجه مسألة ما إذا كان ينبغي لقواعد تنازع القوانين المطبّقة على إنشاء حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق التأجير التمويلي والترتيبات المماثلة ونفاذها تجاه الأطراف الثالثة وأولويتها وإنفاذها، أن تكون هي القواعد نفسها المطبّقة على

الحقوق الضمانية الاحتيازية أو، بوجه أعم، على الحقوق الضمانية العادية المأخوذه في النوع ذاته من الموجودات. وهدف تحقيق نتائج متعادلة وظيفيا حجة قوية لإقناع الدول بتوصيف حقوق الملكية للبائعين المحتفظين بالملكية والمؤجّرين التمويليين على أنها معادلة للحقوق الضمانية الاحتيازية لأغراض تنازع القوانين (انظر التوصية ٢٠١).

١٢- *الفترة الانتقالية*

٢٠١- تمثل القواعد الموصى بها في *الدليل* بخصوص معالجة المعاملات التي لم تكن تعتبر في كثير من الدول أدوات ضمانية، تغيرا كبيرا بالنسبة لمعظم النظم القانونية. وبالأخص، فإن توصيف حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي (بما فيها الحقوق في إطار اتفاقات التأجير مع خيار الشراء لاحقا) على أنها حقوق ضمانية احتيازية سيحدث تعديلا هاما في نطاق قانون المعاملات المضمونة في النظم القانونية التي لم تأخذ بعدُ بالنهج الوحدوي والوظيفي في المعاملات المضمونة بوجه عام. ويناقش الفصل الحادي عشر المتعلّق بالفترة الانتقالية المبادئ التي ينبغي أن تحكم الانتقال إلى النظام القانوني الجديد للحقوق الضمانية العادية الموصى به في *الدليل*. وهذه المبادئ نفسها ينبغي أن تنظم الفترة الانتقالية فيما يتعلق بمعاملات تمويل الاحتياز.

٢٠٢- وفي حال اعتماد الدولة النهج الوحدوي، فإن سلاسة الانتقال تتوقف على مدى الاهتمام بتفاصيل النظام القانوني السابق الذي يحكم حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي. وعلى سبيل المثال، إذا كان إلزامياً من قبلُ أن يقوم البائعون المحتفظون بالملكية والمؤجّرون التمويليون بتسجيل حقوقهم، فلن يكون من الضروري عندئذ سوى النص على مهلة محددة يتعيّن تجديد التسجيل خلالها في سجل الحقوق الضمانية العام الجديد. ويمكن، بدلا من ذلك، أن ينص القانون على أن يظل التسجيل القائم نافذا لفترة زمنية طويلة (تتراوح مثلا بين ثلاث وخمس سنوات) تكفي لتغطية مدة صلاحية معظم ترتيبات الاحتفاظ الملكية أو الإيجار التمويلي (انظر التوصية ٢٣١، الفقرة *(ب)*).

٢٠٣- وفي الدول التي لا يكون فيها تسجيل هذه الحقوق لازما في الوقت الراهن، يمكن تحقيق سلاسة الانتقال إذا ما أمكن، اتساقا مع قواعد الانتقال المطبّقة على معاملات التمويل غير الاحتيازي، أن يُحافظ على نفاذ حقوق البائعين المحتفظين بالملكية والمؤجّرين التمويليين تجاه الأطراف الثالثة وعلى مرتبة الأولوية التي يحظون بها، بتسجيل إشعار مناسب في سجل الحقوق الضمانية العام. ويمكن، بدلا من ذلك، أن ينص القانون على أن يبدأ نفاذ اشتراط التسجيل في موعد في المستقبل يبعد عن تاريخ بدء نفاذ القانون الجديد (من ثلاث إلى خمس سنوات مثلا) بما يكفي لكي يكون قد انقضى قبل حلوله أجل معظم ترتيبات الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي القائمة وقت بدء نفاذ القانون الجديد (انظر التوصية ٢٣١، الفقرة *(ب)*). ولضمان الاتساق في عملية الانتقال، وكذلك اتساقا مع النهج المتبع في الفصل الحادي عشر المتعلّق بالفترة الانتقالية، ينبغي أن تكون المدة المعتمدة للفترة الانتقالية، أيّا كان طول هذه المدة، واحدة للحقوق التي كان لا بدّ من تسجيلها بمقتضى القانون السابق وللحقوق التي كانت معفاة من التسجيل بمقتضى القانون السابق وللحقوق الضمانية غير الاحتيازية.

٢٠٤- وإذا قرّرت الدولة الأخذ بالنهج غير الوحدوي، فسيكون من الضروري لها، من أجل إرساء قانون فعال للمعاملات المضمونة، أن تعدّل عددا من القواعد المتصلة بحقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي. ولما كان *الدليل* يوصي بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام، فمن الممكن أن تُعتمد للحقوق الضمانية وحقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي في إطار النهج غير

الوحدوي نفس قواعد التسجيل الانتقالية المطبّقة على الحقوق الضمانية في النهج الوحدوي . أما فيما يتعلق بالحقوق الضمانية الاحتيازية القائمة، فينبغي أن تخضع عمليتها الانتقالية لنفس المبادئ المطبّقة على عمليتها الانتقالية في إطار النهج الوحدوي.

٢٠٥- ولكن لتطبيق هذه المبادئ عمليا على نحو يفرز نتائج معادلة وظيفيا للنتائج المحققة في إطار النهج الوحدوي، يلزم إدخال تعديلات شتى على جوهر القانون المتصل بحقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي. ويلزم بوجه خاص تحديد متى سيبدأ نفاذ القواعد المتعلقة بالمسائل التالية: *(أ)* أولوية حقوق التمويل الاحتيازي في العائدات؛ و*(ب)* حقوق الأطراف الثالثة في احتياز الحقوق الضمانية في الموجودات الخاضعة لحق الاحتفاظ بالملكية أو لحق الإيجار التمويلي؛ و*(ج)* إجراءات إنفاذ هذه الأنواع من أدوات التمويل الاحتيازي بما في ذلك حقوق الأطراف الثالثة في إجراءات الإنفاذ هذه. ومع أن حجم ونطاق العملية الانتقالية اللازمة في إطار النهج غير الوحدوي قد لا يبدوان للوهلة الأولى ضخمين بالقدر نفسه، فإن المسائل التي تنشأ في الممارسة العملية ستكون مطابقة للمسائل التي تنشأ في النهج الوحدوي، وينبغي أن تنطبق على عملية الانتقال إلى نظام غير وحدوي يخضع للإصلاح نفس المبادئ العامة التي تحكم اعتماد النهج الوحدوي.

١٣- *الإعسار*

٢٠٦- تكمن واحدة من المسائل المحورية في *الدليل* في أنّ قيمة الحق الضماني ضئيلة إن لم تكن منعدمة لدى الدائن المضمون ما لم تحظ باعتراف مناسب في إجراءات إعسار المانح. وعليه، فلا بد لأي نظام فعال للمعاملات المضمونة من أن يكون مصحوبا بقانون فعال بشأن الإعسار. وكلاهما ضروري لتعزيز الائتمان المضمون. ولهذا السبب، يسير هذا *الدليل* يدا بيد مع *الدليل* المصاحب له، وهو دليل الأونسيترال للإعسار.

٢٠٧- ويجري تناول التفاعل العام بين قانون الإعسار وقانون المعاملات المضمونة في الفصل الثاني عشر من هذا *الدليل*. وتقع توصيات *الدليل* بهذا الشأن في جزأين: الجزء ألف، وهو يستنسخ توصيات دليل الأونسيترال للإعسار التي لها صلة مباشرة بالمعاملات المضمونة، والجزء باء، وهو يتألف من توصيات إضافية، القصدُ منها استكمال توصيات دليل الأونسيترال للإعسار. ويحيل دليل الأونسيترال بشأن الإعسار، عموما، إلى قوانين غير متعلقة بالإعسار (كقانون الدولة بشأن المعاملات المضمونة، مثلا) عندما يتعلّق الأمر بكيفية توصيف معاملة تمويل احتيازي معيّنة والآثار القانونية لذلك التوصيف. وبعبارة أخرى، إنّ مسألة توصيف الدولة لأيّ نوع معيّن من أنواع معاملات تمويل الاحتياز باعتباره حقا ضمانيا احتيازيا أو حق ملكية، كحق الاحتفاظ بالملكية مثلا، إنما هي من مسائل قانون المعاملات المضمونة، لا من مسائل قانون الإعسار.[٦]

٢٠٨- ومبدأ الإحالة في قانون الإعسار، عموما، إلى قانون غير متعلّق بالإعسار في مسائل التوصيف، يعني أن تعامل في حالة إعسار المانح معاملات الاحتفاظ بالملكية والإيجارات التمويلية، في الدول التي تدمج جميع أشكال حقوق تمويل الاحتياز في قانونها الخاص بالمعاملات المضمونة، بالطريقة نفسها التي يُعامل بها الحق الضماني غير الاحتيازي، مع الاعتراف بأي مرتبة أولوية خاصة ممنوحة للحق الضماني الاحتيازي بمقتضى القانون غير المتعلق بالإعسار. وعليه، فإن أحكام دليل الأونسيترال

[٦] انظر الحاشية ٦ الملحقة بالتوصية ٣٥ في دليل الأونسيترال للإعسار.

بشأن الإعسار المنطبقة على الحقوق الضمانية تنطبق على الحقوق الضمانية الاحتيازية. ومن ثم، إذا اعتمدت الدولة النهجَ الوحدوي ينبغي أن يعامِل قانون الإعسار الموجودات الخاضعة لأي نوع من أنواع الحقوق الضمانية الاحتيازية معاملة الموجودات الخاضعة للحقوق الضمانية عموما (التوصية ١٨٦).

٢٠٩- ويلزم إجراء تحليل أكثر تعقيدا إلى حد ما في الدول التي لا تعامل معاملات الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي معاملة الأدوات الضمانية. ويُصنّف بعض هذه الدول معاملات الاحتفاظ بحق الملكية والإيجار التمويلي في فئتين مستقلتين، ولكنه يخضعها وما يشابهها من الترتيبات لنفس القواعد المطبّقة على الحقوق الضمانية غير الاحتيازية، مع الاعتراف بأي مرتبة أولوية خاصة ممنوحة للحق الضماني الاحتيازي بمقتضى القانون غير المتعلق بالإعسار. أيْ أنّ ملكية البائع المحتفظ بالملكية والمؤجّر التمويلي تتحول، بموجب قانون المعاملات المضمونة في هذه الدول، إلى حق ضماني عندما يصبح المانح معسرا. وتبعاً لذلك، تتحقق في حالة الإعسار نفس النتيجة التي تتحقق في الدول ذات النظم المتكاملة تماماً. وبالتالي، فإن أحكام دليل الأونسيترال للإعسار المنطبقة على الحقوق الضمانية ستنطبق عندئذ على هذه المعاملات، وإن كانت هذه المعاملات لا توصف بكونها تنشئ حقوقا ضمانية في إطار القوانين غير المتعلقة بالإعسار (التوصية ٢٠٢، البديل ألف).

٢١٠- ومع ذلك، تنص تشريعات دول أخرى تصنّف معاملات الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي في فئتين مستقلتين على تعادل وظيفي تقريبي بين هذه الحقوق والحقوق الضمانية الاحتيازية. وتُعامل في هذه الدول معاملات الاحتفاظ بالملكية والإيجارات التمويلية معاملةَ الموجودات المملوكة للبائع أو المؤجّر. ووفقاً لذلك، فإن أحكام دليل الأونسيترال للإعسار المتصلة بالموجودات المملوكة لأطراف ثالثة تنطبق عندئذ على هذه المعاملات (انظر التوصية ٢٠٢، البديل باء).

٢١١- ويمكن أن يفضي هذان البديلان إلى نتائج شديدة الاختلاف في إجراءات الإعسار، وخاصة عندما تكون إعادة التنظيم ممكنة. وفي الدول التي تدمج جميع أشكال حقوق التمويل الاحتيازي في قانونها الخاص بالمعاملات المضمونة، تعامل معاملات الاحتفاظ بالملكية والإيجارات التمويلية في حال إعسار المانح معاملة الحق الضماني غير الاحتيازي، مع الاعتراف بأي مرتبة أولوية خاصة ممنوحة للحق الضماني الاحتيازي بمقتضى القوانين غير المتعلقة بالإعسار. وعادة ما يمكن لممثّل الإعسار، في هذه الدول، أن يستخدم أو يبيع أو يؤجر الموجودات المرهونة ما دام يعطي الدائن المضمون ضمانا بديلا أو يوفرّ الحماية لقيمة حق الدائن المضمون في هذه الممتلكات من التضاؤل. وفي هذه الحالات، يُعامل أيّ جزء من الالتزامات المضمونة يزيد على قيمة حق الدائن المضمون في الموجود معاملة المطالبة العامة غير المضمونة، ويمكن في إطار إعادة تنظيم حوزة المانح أن تعاد صياغة بنية مطالبة الدائن المضمون بما لا يتجاوز قيمة الحق الضماني (على غرار الحقوق الضمانية غير الاحتيازية الأخرى)، بتغيير موعد الاستحقاق وجدول السداد وسعر الفائدة وما شابه ذلك (انظر الفصل الثاني عشر المتعلق بشأن أثر الإعسار في الحق الضماني، الفقرات ٦٤-٦٦).

٢١٢- وتبيّن المناقشة الواردة أعلاه أنه كثيرا ما يحق لممثل الإعسار، في الدول التي لا تعامل معاملات الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي معاملة الحقوق الضمانية، أن ينفّذ العقد في غضون فترة زمنية محددة متى توافرت لديه الرغبة والقدرة للقيام بذلك: إما *(أ)* بسداد المبلغ المتبقي عليه من الثمن وجلب الممتلكات إلى الحوزة؛ وإما *(ب)* بمواصلة سداد الإيجار كلّما استحق سداده. ويمكن لممثل الإعسار، في بعض الحالات، أن يحيل العقد مع الحق في استخدام الممتلكات إلى طرف ثالث (وهو ما يقتضي في حالة الإيجار موافقة المؤجّر). ويجوز من ناحية أُخرى أن يكون باستطاعة ممثل الإعسار أن يرفض العقد وأن يعيد الممتلكات ويطالب بردّ الجزء الذي دفعه المشتري من ثمن الشراء، رهنا بأن تُخصم منه قيمة الاستهلاك والاستخدام قبل الإعسار. وفي حالة عقد الإيجار، يجوز لممثل الإعسار

أن يرفض اتفاق الإيجار وأن يعيد الموجود إلى المؤجّر. ولكن إذا كان للموجود أهمية حاسمة في نجاح إعادة تنظيم وضع المشتري، فلن يكون متاحا أمام ممثل الإعسار عمليا سوى الخيار الأول (تنفيذ العقد حسب الاتفاق). وقد تؤدي ضرورة تنفيذ ممثل الإعسار العقد حسب الاتفاق، في الحالات التي تكون فيها القيمة الراهنة للمعدات أقل من المبلغ المتبقي سداده من ثمن الشراء، مثلا، إلى استخدام موجودات أخرى من حوزة الإعسار للوفاء بذلك التنفيذ بدلا من استخدامها لتمويل جوانب أخرى من عملية إعادة تنظيم وضع المانح.

٢١٣- أما في الدول التي تعامل الموجودات الخاضعة لحقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي معاملة الموجودات المملوكة لطرف ثالث، فيحظى فيها البائع المحتفظ بالملكية والمؤجّر التمويلي بحقوق أقوى على حساب الدائنين الآخرين في إجراءات الإعسار. ولهذه الحتمية تأثير في قدرة ممثل الإعسار على المضي في عملية إعادة التنظيم. ونتيجة لذلك، يتعيّن على الدول التي تعتمد النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز في حالات عدم الإعسار أن تنظر أيضا فيما إذا كان ينبغي الحفاظ في إجراءات الإعسار على هذا التوصيف لحقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي والحقوق المشابهة لها. والخيار المطروح أمام المشرّع هو ما إذا كان ينبغي أن تعلو أهمية التشجيع على الإمداد بالمعدات أو المخزون وتمويلهما بتوفير حقوق خاصة للبائعين المحتفظين بالملكية والمؤجّرين التمويليين على أهمية سياسات الإعسار التي تسعى إلى تشجيع إعادة التنظيم.

باء- التوصيات ١٧٨-٢٠٢

الخيار ألف: النهج الوحدوي*

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بالحقوق الضمانية الاحتيازية هو:

(أ) الاعتراف بأهمية تمويل الاحتياز بصفته مصدر ائتمان ميسور، وتسهيل استخدامه، وخصوصا من أجل المنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة؛

(ب) كفالة معاملة جميع مموّلي الاحتياز معاملة متساوية؛

(ج) تيسير المعاملات المضمونة عموما بتحقيق الشفافية فيما يتعلق بتمويل الاحتياز.

معادلة الحق الضماني الحيازي بالحق الضماني

١٧٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الحيازي هو حق ضماني. وبالتالي فإن جميع التوصيات التي تحكم الحقوق الضمانية، بما فيها التوصيات المتعلقة بإنشاء الحق الضماني، ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة (باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٧٩)، وتسجيله وإنفاذه والقانون المنطبق عليه، تنطبق على الحقوق الضمانية الاحتيازية. كما تنطبق عليها التوصيات المتعلقة بالأولوية (باستثناء ما تنص عليه التوصيات ١٨٠-١٨٥).

* يجوز للدولة أن تعتمد الخيار ألف (النهج الوحدوي)، أيّ التوصيات ١٧٨-١٨٦، أو الخيار باء (النهج غير الوحدوي)، أيّ التوصيات ١٨٧-٢٠٢. والتوصيات الواردة في الفصول الأخرى تنطبق عموما على تمويل الاحتياز ما لم تكن معدّلة بتوصيات هذا الفصل.

نفاذ الحق الضماني الحيازي في السلع الاستهلاكية تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

١٧٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الحيازي في السلع الاستهلاكية يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة حال إنشائه وتصبح له أولوية على الحق الضماني غير الحيازي المنافس الذي ينشئه المانح، باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٨١.

أولوية الحق الضماني الحيازي في الموجودات الملموسة

١٨٠- باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٨١، ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف*

(أ) للحق الضماني الاحتيازي في موجودات ملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي المنافس الذي أنشأه المانح (حتى وإن سُجّل إشعار بشأن ذلك الحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام قبل تسجيل إشعار بشأن الحق الضماني الحيازي)، شريطة:

'١' أن يكون الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي محتفظا بحيازة الموجودات؛ أو

'٢' أن يُسجَّل إشعار بشأن الحق الضماني الحيازي في سجل الحقوق الضمانية العام في موعد لا يتجاوز [تُحدّد مدة زمنية قصيرة تكون ٢٠ أو ٣٠ يوما مثلا] بعد حصول المانح على حيازة الموجودات؛

(ب) للحق الضماني الاحتيازي في المخزون أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي المنافس الذي أنشأه المانح (حتى وإن أصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن يصبح الحق الضماني الحيازي نافذا تجاه الأطراف الثالثة)، شريطة:

'١' أن يكون الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي محتفظا بحيازة المخزون؛ أو

'٢' أن يكون قد حصل ما يلي قبل تسليم المخزون إلى المانح:

أ- سُجِّل إشعار بشأن الحق الضماني الحيازي في سجل الحقوق الضمانية العام؛

ب- وجّه الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي إلى الدائن المضمون بحق ضماني غير احتيازي سابق التسجيل أنشأه المانح في مخزون من النوع نفسه، إشعارا بأنه يمتلك أو يعتزم أن يمتلك حقا ضمانيا احتيازيا. وينبغي أن يتضمّن الإشعار وصفا كافيا للمخزون يمكّن الدائن المضمون بحق ضماني غير احتيازي من تبيُّن طبيعة المخزون الخاضع للحق الضماني الاحتيازي؛

(ج) يجوز أن يشمل الإشعار، المرسل عملا بالفقرة الفرعية *(ب)* '٢' ب- من هذه التوصية، الحقوق الضمانية الاحتيازية بموجب معاملات متعددة بين الأطراف ذاتها دونما حاجة إلى تحديد كل معاملة على حدة. ولكنّ هذا الإشعار ليس كافيا إلاّ فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة التي يحصل المانح على حيازتها في غضون مدة [تُحدَّد هذه المدة بخمس سنوات مثلا] بعد توجيه الإشعار.

البديل باء

للحق الضماني الاحتيازي في موجودات ملموسة غير السلع الاستهلاكية أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي المنافس الذي أنشأه المانح (حتى وإن سُجّل إشعار بذلك الحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام قبل تسجيل إشعار بالحق الضماني الحيازي)، شريطة:

(أ) أن يكون الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي محتفظا بحيازة الموجودات؛ أو

(ب) أن يُسجَّل إشعار يتعلق بالحق الضماني الحيازي في سجل الحقوق الضمانية العام في موعد لا يتجاوز [تُحدّد مدة زمنية قصيرة تكون ٢٠ أو ٣٠ يوما مثلا] بعد حصول المانح على حيازة الموجودات.

*يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ١٨٠.

أولوية الحق الضماني المسجّل في سجِل متخصّص أو المؤشر بشأنه على شهادة الملكية

١٨١- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أولوية الحق الضماني الحيازي بمقتضى التوصية ١٧٩ أو ١٨٠ لا تتقدّم على أولوية الحق الضماني أو أي حق آخر مسجل في سجل متخصص أو مؤشر بشأنه على شهادة ملكية على النحو المنصوص عليه في التوصيتين ٧٧ و٧٨ (الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني).

الأولوية بين الحقوق الضمانية الحيازية المتنافسة

١٨٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الأولوية بين الحقوق الضمانية الاحتيازية المتنافسة تتحدد وفقا للقواعد العامة للأولوية المنطبقة على الحقوق الضمانية غير الاحتيازية إلا إذا كان أحد الحقوق الضمانية الاحتيازية حقا ضمانيا احتيازيا لمورِّد جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة في غضون المدة المحدّدة في التوصية ١٨٠، وفي تلك الحالة، تكون للحق الضماني الاحتيازي الذي يمتلكه المورّد أولوية على جميع الحقوق الضمانية الاحتيازية المنافسة.

أولوية الحق الضماني الحيازي على حق الدائن بحكم القضاء

١٨٣- ينبغي أن ينص القانون على أن يكون للحق الضماني الاحتيازي الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة في غضون المدة المحدّدة في التوصية ١٨٠ أولوية على حقوق الدائن غير المضمون التي تكون لها بخلاف ذلك الأولوية وفقا لما تنص عليه التوصية ٨٤ (الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني).

أولوية الحق الضماني الحيازي في ملحق بممتلكات غير منقولة على رهن سابق التسجيل على هذه الممتلكات غير المنقولة

١٨٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الحيازي في موجود ملموس يصبح ملحقا بممتلكات غير منقولة، تكون له أولوية على الحقوق القائمة للأطراف الثالثة في الممتلكات غير المنقولة (بخلاف الرهن الضامن لقرض يموِّل بناء تلك الممتلكات غير المنقولة)، شريطة تسجيل إشعار بذلك الحق الضماني الحيازي في سجل الممتلكات غير المنقولة في موعد لا يتجاوز [تُحدَّد مدة زمنية قصيرة تكون ٢٠ أو ٣٠ يوما مثلا] من الأيام بعد أن يصبح الموجود ملحقا.

أولوية الحق الضماني الحيازي في عائدات الموجودات الملموسة

١٨٥- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف*

(أ) للحق الضماني الاحتيازي في عائدات الموجودات الملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية نفس أولوية الحق الضماني الحيازي في تلك الموجودات؛

(ب) للحق الضماني في عائدات المخزون نفس أولوية الحق الضماني الحيازي في ذلك المخزون، ما لم تكن تلك العائدات في شكل مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو حقوق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل. لكنّ هذه الأولوية مشروطة بقيام الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي بإشعار الدائنين المضمونين بأنه سجَّل، قبل نشوء العائدات، إشعارا يتعلق بحق ضماني في موجودات من نفس نوع العائدات.

* يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف من التوصية ١٨٥، إذا اعتمدت البديل ألف من التوصية ١٨٠، أو البديل باء من التوصية ١٨٥، إذا اعتمدت البديل باء من التوصية ١٨٠.

البديل باء

إذا كان الحق الضماني الحيازي في موجودات ملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة، كان للحق الضماني في العائدات أولوية الحق الضماني غير الاحتيازي.

معادلة الحق الضماني الحيازي بالحق الضماني في إجراءات الإعسار

١٨٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه، في حال إجراءات الإعسار المتعلقة بالمدين، تنطبق على الحقوق الضمانية الاحتيازية نفس الأحكام المنطبقة على الحقوق الضمانية.

الخيار باء: النهج غير الوحدوي*

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بتمويل الاحتياز، بما فيها الحقوق الضمانية الاحتيازية وحقوق الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي هو:

(أ) الاعتراف بأهمية تمويل الاحتياز بصفته مصدر ائتمان ميسور، وتسهيل استخدامه، وخصوصا من أجل المنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة؛

(ب) كفالة معاملة جميع مموّلي الاحتياز معاملة متساوية؛

(ج) تيسير المعاملات المضمونة عموما بتحقيق الشفافية فيما يتعلق بتمويل الاحتياز.

طرائق تمويل الاحتياز

١٨٧- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) نظام الحقوق الضمانية الاحتيازية في سياق النهج غير الوحدوي مطابق للنظام المعتمد في سياق النهج الوحدوي؛

(ب) يجوز لكل الدائنين، المورّدين منهم والمقرضين، اكتساب حق ضماني احتيازي وفقا للنظام الذي يحكم الحقوق الضمانية الاحتيازية؛

(ج) تمويل الاحتياز القائم على حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي يجوز توفيره وفقا للتوصية ١٨٨؛

(د) يجوز للمقرض أن يستفيد من حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي عن طريق الإحالة أو الحلول.

معادلة حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي بالحق الضماني الحيازي

١٨٨- ينبغي أن ينص القانون على أن القواعد التي تحكم تمويل الاحتياز تحقّق نتائج اقتصادية متعادلة وظيفيا بغض النظر عما إذا كان حق الدائن هو حق احتفاظ بالملكية أو حق إيجار تمويلي أو حقا ضمانيا احتيازيا.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي

١٨٩- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة لا يكون نافذا ما لم يُعقد اتفاق البيع أو الإيجار أو يُثبت كتابة بحيث تبيّن الكتابة، مقترنة بمجرى التصرّفات

*يجوز للدولة أن تعتمد الخيار ألف (النهج الوحدوي)، أي التوصيات ١٧٨-١٨٦، أو الخيار باء (النهج غير الوحدوي)، أي التوصيات ١٨٧-٢٠٢.

بين الطرفين، نية البائع أو المؤجر الاحتفاظ بالملكية. ويجب أن تكون هذه الكتابة موجودة في وقت لا يتأخر عن وقت حصول المشتري أو المستأجر على حيازة الموجودات.

حق المشتري أو المستأجر في إنشاء حق ضماني

١٩٠- ينبغي أن ينص القانون على أن من الجائز للمشتري أو المستأجر أن ينشئ حقا ضمانيا في موجودات ملموسة تكون موضوع حق احتفاظ بملكية أو حق إيجار تمويلي. وأكبر مبلغ يمكن تسييله في إطار هذا الحق الضماني هو قيمة الموجود الزائدة عن المبلغ المستحق للبائع أو المؤجر التمويلي.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في السلع الاستهلاكية تجاه الأطراف الثالثة

١٩١- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في السلع الاستهلاكية يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة فور إتمام البيع أو التأجير شريطة أن يُثبَت هذا الحق وفقا للتوصية ١٨٩.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة تجاه الأطراف الثالثة

١٩٢- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف*

(أ) لا يكون حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا:

'١' احتفظ البائع أو المؤجِّر بحيازة الموجودات؛ أو

'٢' سُجِّل إشعار يتعلق بذلك الحق في سجل الحقوق الضمانية العام في موعد لا يتجاوز [تُحدَّد مدة زمنية قصيرة تكون ٢٠ أو ٣٠ يوما مثلا] بعد حصول المشتري أو المستأجر على حيازة الموجودات؛

(ب) لا يكون حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في المخزون نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا:

'١' احتفظ البائع أو المؤجِّر بحيازة المخزون؛ أو

'٢' حصل ما يلي قبل تسليم المخزون إلى المشتري أو المستأجر:

أ- سُجِّل إشعار يتعلق بذلك الحق في سجل الحقوق الضمانية العام؛

ب- وُجِّه إلى الدائن المضمون الذي له حق ضماني غير احتيازي سابق التسجيل كان قد أنشأه المشتري أو المستأجر في مخزون من نفس النوع، إشعار مكتوب بأنَّ البائع أو المؤجِّر ينوي المطالبة بحق الاحتفاظ بالملكية أو بحق الإيجار التمويلي. وينبغي أن يتضمَّن هذا الإشعار وصفا كافيا للمخزون يمكِّن الدائن المضمون من تبيُّن طبيعة المخزون الخاضع لحق الاحتفاظ بالملكية أو لحق الإيجار التمويلي؛

(ج) يجوز أن يشمل الإشعار المرسَل عملا بالفقرة الفرعية *(ب)* '٢' ب- من هذه التوصية حقوق الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي بمقتضى معاملات متعددة بين الطرفين نفسيهما دون الحاجة إلى تحديد كل معاملة على حدة. ولا يكون الإشعار نافذا إلا على الحقوق في الموجودات الملموسة التي يحتازها المشتري أو المستأجر في غضون مدة [تُحدَّد هذه المدة بخمس سنوات مثلا] بعد توجيه الإشعار.

* يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ١٩٢.

البديل باء

لا يكون حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في الموجودات الملموسة غير السلع الاستهلاكية نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا:

(أ) احتفظ البائع أو المؤجِّر بحيازة الموجودات؛ أو

(ب) سُجِّل إشعار بشأن ذلك الحق في سجل الحقوق الضمانية العام في موعد لا يتجاوز [تُحدَّد مدة زمنية قصيرة، تكون ٢٠ أو٣٠ يوما مثلا] بعد حصول المشتري أو المستأجر على حيازة الموجودات.

وتنطبق القاعدة في هذه التوصية أيضا على الحق الضماني الحيازي في موجودات ملموسة غير السلع الاستهلاكية.

تسجيل واحد يكفي

١٩٣- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل إشعار واحد في سجل الحقوق الضمانية العام يكفي لتحقيق نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في إطار معاملات متعددة بين الأطراف ذاتها، سواء أُبرمت قبل التسجيل أو بعده، تتعلق بموجودات ملموسة تندرج ضمن الوصف الوارد في الإشعار. وتنطبق الأحكام المتعلقة بنظام السجل، مع إجراء التعديلات الملائمة فيما يخص المصطلحات، على تسجيل حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي.

أثر عدم تحقيق نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي
تجاه الأطراف الثالثة

١٩٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة، تؤول ملكية الموجودات تجاه الأطراف الثالثة إلى المشتري أو المستأجر، ويكون للبائع أو المؤجِّر حق ضماني في الموجودات رهنا بالتوصيات المنطبقة على الحقوق الضمانية.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في ملحقات الممتلكات غير المنقولة
تجاه الأطراف الثالثة

١٩٥- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة تصبح ملحقة بممتلكات غير منقولة لا يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة التي لها حقوق في الممتلكات غير المنقولة مسجَّلة في سجل الممتلكات غير المنقولة، إلا إذا سُجِّل ذلك الحق في سجل الممتلكات غير المنقولة في موعد لا يتجاوز [تُحدَّد مدة زمنية قصيرة تكون ٢٠ أو ٣٠ يوما، مثلا] بعد أن تصبح الموجودات ملحقات.

١٩٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا لم يُسجل البائع أو المؤجر في غضون المدة الزمنية المنصوص عليها في التوصية ١٩٥ إشعارا بحقه في الاحتفاظ بالملكية أو حقه في الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة أصبحت ملحقة بممتلكات غير منقولة، اعتُبر حق البائع في الاحتفاظ بالملكية أو حق المؤجر في الإيجار التمويلي حقا ضمانيا.

وجود حق ضماني في عائدات موجودات ملموسة خاضعة لحق الاحتفاظ بالملكية
أو حق الإيجار التمويلي

١٩٧- ينبغي أن ينص القانون على أن البائع أو المؤجر الذي له حق احتفاظ بالملكية أو حق إيجار تمويلي في موجودات ملموسة، يكون له حق ضماني في عائدات هذه الموجودات.

نفاذ الحق الضماني في عائدات الموجودات الملموسة الخاضعة لحق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي تجاه الأطراف الثالثة

١٩٨- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) لا يكون الحق الضماني في العائدات المشار إليها في التوصية ١٩٧ نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا كانت هذه العائدات موصوفة وصفا عاما في الإشعار المسجَّل الذي جُعل بمقتضاه حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي نافذا تجاه الأطراف الثالثة، أو كانت هذه العائدات نقودا أو مستحقات أو صكوكا قابلة للتداول أو حقوقا في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي؛

(ب) إذا لم تكن العائدات موصوفة وصفا عاما في الإشعار المسجَّل أو لم تكن من أنواع الموجودات المشار إليها في الفقرة الفرعية *(أ)* من هذه التوصية، كان الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة لمدة [تحدَّد مدة زمنية قصيرة] من الأيام بعد نشوء العائدات. ويستمر نفاذ هذا الحق الضماني بعد ذلك، إذا جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة) قبل انقضاء تلك المدة.

أولوية الحق الضماني في عائدات الموجودات الملموسة

١٩٩- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف*

(أ) إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي نافذا تجاه الأطراف الثالثة، كان للحق الضماني في العائدات المشار إليها في التوصية ١٩٧ أولوية على حق ضماني آخر في الموجودات ذاتها؛

(ب) إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي نافذا تجاه الأطراف الثالثة، كان للحق الضماني في عائدات المخزونات، المشار إليه في التوصية ١٩٧، نفس أولوية حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في ذلك المخزون، ما لم تكن العائدات في شكل مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو حقوق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل. لكنّ هذه الأولوية مشروطة بأن يُخطِر البائعُ أو المؤجِّرُ الدائنين المضمونين الذين سجلوا إشعارا بشأن حق ضماني في موجودات من نفس نوع هذه العائدات قبل نشوء العائدات هذه.

البديل باء

إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، كان للحق الضماني في العائدات، المشار إليه في التوصية ١٩٧، أولوية الحق الضماني غير الاحتيازي، متى كان الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة على النحو المنصوص عليه في التوصية ١٩٨. وتنطبق هذه القاعدة أيضا على عائدات الموجودات الملموسة الخاضعة لحق ضماني احتيازي.

إنفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي

٢٠٠- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) نبغي أن تتناول قواعد إنفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة بعد التقصير، ما يلي:

'١' الطريقة التي يمكن أن يحصل بها البائع أو المؤجر على حيازة الموجودات؛

'٢' ما إن كان مطلوبا من البائع أو المؤجر أن يتصرف في الموجودات، وإذا كان الأمر كذلك، فكيف؛

---

*يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف من التوصية ١٩٩ إذا اعتمدت البديل ألف من التوصية ١٩٢، أو البديل باء من التوصية ١٩٩ إذا اعتمدت البديل باء من التوصية ١٩٢.

'٣' ما إن كان يجوز للبائع أو المؤجر أن يحتفظ بأي فائض؛

'٤' ما إن كان للبائع أو المؤجر حق مطالبة المشتري أو المستأجر بسداد أي عجز.

(ب) النظام المنطبق على إنفاذ الحق الضماني بعد التقصير ينطبق على إنفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي بعد التقصير، ما لم يتعارض ذلك مع ضرورة الحفاظ على اتساق النظام المنطبق على البيع والتأجير.

القانون المنطبق على حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي

٢٠١- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أحكام تنازع القوانين المنطبقة على الحقوق الضمانية تنطبق أيضا على حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي.

حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في إجراءات الإعسار

٢٠٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه في حالة إجراءات الإعسار المتعلقة بالمدين:

البديل ألف*

تكون الأحكام المنطبقة على الحقوق الضمانية منطبقة أيضا على حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي.

البديل باء

تكون أحكام قانون الدولة المشترعة المنطبقة على حقوق ملكية الأطراف الثالثة منطبقة أيضا على حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي.

* يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ٢٠٢.

عاشرا- تنازع القوانين

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- الغرض الأساسي من *الدليل* هو مساعدة الدول في وضع قوانين عصرية للمعاملات المضمونة بغية زيادة توافر الائتمان المضمون، مما يعزز نمو المنشآت التجارية الوطنية ويزيد التبادل التجاري بوجه عام (انظر المقدمة، الفقرات ١-١٤). ولتحقيق هذا الغرض، ينبغي أن يُيسّر قانون المعاملات المضمونة الائتمان من المقرضين الداخليين والأجانب على السواء وغيرهم من مقدّمي الائتمانات. وينصب الجانب الأكبر من أحكام قانون المعاملات المضمونة على التعامل مع المانحين والدائنين المضمونين والأطراف الثالثة المدينة والأطراف الثالثة الدائنة التي توجد جميعها في الدولة ذاتها. وكما أنه موجه لمعالجة اتفاقات الضمان التي تشمل الموجودات المرهونة الكائنة في الدولة ذاتها وقت إنشاء الحق الضماني وفي أي وقت يليه على السواء. غير أن جزءا كبيرا من النشاط التجاري العصري ليس من هذا النوع. لذلك فإن قانون المعاملات المضمونة، يغطي على نحو متزايد الاتفاقات المبرمة بين أطراف موجودة في أكثر من دولة أو الاتفاقات التي تؤثر على هذه الأطراف، أو الاتفاقات المتعلقة بالموجودات المعدّة للتصدير أو الاستيراد، أو الكائنة في أكثر من دولة، أو التي تُستخدم عادة في أكثر من دولة. وبناء على ذلك، لا بد للدليل، كي يحقق الشمولية، أن يتناول بالضرورة طائفة واسعة من المسائل الناشئة عن أنواع مختلفة من المعاملات العابرة للحدود.

٢- ويناقش هذا الفصل قواعد تحديد القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على حقوق المُطالبين المنافسين وإنفاذه. وهذه القواعد، التي يُشار إليها بوجه عام بقواعد تنازع القوانين، تحدّد أيضا النطاق الإقليمي للقواعد الموضوعية المرتآة في *الدليل* (أي ما إذا كانت القواعد الموضوعية للدولة التي تشترع النظام المرتأى في *الدليل* تنطبق ومتى تنطبق). فإذا اشترعت الدولة، مثلا، قواعد القانون الموضوعي المرتآة في *الدليل* فيما يتعلق بأولوية حق ضماني، فإن هذه القواعد لن تنطبق على نزاع على الأولوية ناشئ في الدولة المشترعة إلاّ إذا كانت قاعدة تنازع القوانين ذات الصلة بشأن مسائل الأولوية تحيل إلى قوانين تلك الدولة. فإذا نصّت قاعدة تنازع القوانين ذات الصلة على أن القانون الذي يحكم الأولوية هو قانون دولة أخرى، فإن الأولوية النسبية للمطالبين المنافسين تحدَّد عندئذ وفقا للقانون الموضوعي لتلك الدولة الأخرى. وإذا كانت مسألة معروضة بالفعل على محكمة أو سلطة أخرى في دولة ("المحكمة")، فإن قاعدة تنازع القوانين ذات الصلة تكون القاعدة السارية في تلك الدولة. أما إذا كان النزاع لم يبدأ بعد، والسؤل هو ما هي قاعدة تنازع القوانين التي تنطبق لو بدأ النزاع، من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، فيتعين على المرء أن ينظر في قواعد تنازع القوانين السارية في جميع الدول التي يُرجح أن يجري فيها إنفاذ الحق الضماني، وربما أحالت هذه القواعد البتّ في النزاع إلى قوانين موضوعية مختلفة تماما تحكم المسألة المعنية.

٣- ولا تنطبق قواعد تنازع القوانين المقترحة في *الدليل* إلا إذا كانت المحكمة موجودة في دولة اشترعت القواعد التي يوصي بها *الدليل*. ولا يمكن أن تنطبق في دولة لم تشترع تلك القواعد. والسبب في ذلك أن أي دولة لا يمكنها أن تسن تشريعا بشأن قواعد تنازع القوانين التي يجب أن تطبق في دولة أخرى. فمحاكم الدولة الأخرى وسائر سلطاتها تُطبّق قواعد تنازع القوانين الخاصة ببلدها لكي تحدد ما إذا كانت ستطبّق قانونها الموضوعي الداخلي أم القانون الموضوعي لدولة أخرى.

٤- وتُعيِّن قواعد تنازع القوانين الدولة التي ينطبق قانونها الموضوعي على حالة ما عن طريق تحديد العوامل التي تربط الحالة بتلك الدولة ("عوامل الربط"). وعوامل الربط الأساسية التي يوصي بها *الدليل* هي مكان الموجودات المرهونة ومكان مانح الحق الضماني. ولذلك، عندما يكون عامل الربط هو مكان الموجودات، يصبح القانون المنطبق هو قانون الدولة التي بها الموجودات.

٥- وبعدما يُنشأ الحق الضماني ويصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة، قد يحدث تغيُّر في عامل أو أكثر من عوامل الربط. فمثلا، إذا كان نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في مخزون موجود في الدولة "ألف" محكوما، في إطار قواعد تنازع القوانين للدولة "ألف"، بقانون مكان المخزون، فالسؤال المطروح هو ماذا يحدث إذا نُقل لاحقا جزء من المخزون إلى الدولة "باء" (التي تنص قواعد تنازع القوانين بها أيضا على أن قانون مكان الموجودات الملموسة هو الذي يحكم نفاذ الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة تجاه الأطراف الثالثة). ومن النهوج التي يمكن اتباعها هو أن يستمر نفاذ الحق الضماني في الدولة "باء" دونما حاجة إلى اتخاذ أي خطوة إضافية أخرى في الدولة "باء". وثمة نهج آخر هو اشتراط الحصول على حق ضماني جديد بمقتضى قوانين الدولة "باء". وهناك نهج ثالث هو الحفاظ على الحق الموجود مسبقا للدائن المضمون، رهنا باستيفاء إجراءات رسمية معيّنة في الدولة "باء" في غضون فترة زمنية معيّنة (مثلا خلال ثلاثين يوما من تاريخ جلب البضائع إلى الدولة "باء"). وبما أن هذه المسألة تتعلق بالقانون الموضوعي وليس بتنازع القوانين، فإن *الدليل* يتناولها في الفصل الثالث (انظر الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات ١١٧-١١٩ والتوصية ٤٥). ولا يتناول هذا الفصل إلا قضية تحديد الدولة التي ينطبق قانونها على المسألة.

٦- وفي أي نظام فعّال للمعاملات المضمونة، عادة ما تجسّد قواعد تنازع القوانين المنطبقة على المعاملات المضمونة أهداف نظام المعاملات المضمونة. وهذا يعني أن القانون المنطبق على جوانب الملكية في الحق الضماني ينبغي أن يكون سهل التحديد. فاليقين هدف رئيسي في وضع القواعد التي تمسّ المعاملات المضمونة، على صعيدي القانون الموضوعي وتنازع القوانين على السواء. وثمة هدف آخر هو قابلية التنبّؤ. فكما يوضّح المثال الوارد في الفقرة السابقة، ينبغي لقواعد تنازع القوانين أن تقدّم رداً على مسألة ما إذا كان الحق الضماني المكتسب بمقتضى قوانين الدولة "ألف" يظل خاضعا لقوانين تلك الدولة أو أنه يُصبح خاضعا لقوانين الدولة "باء" إذا أدّى تغيّر لاحق في عامل الربط إلى اختيار قوانين الدولة "باء" لكي تطبق على حق ضماني من نفس النوع. وثمة هدف رئيسي ثالث لأي نظام كفء لتنازع القوانين، وهو أن تجسّد القواعد ذات الصلة التوقعات المعقولة للأطراف ذات المصلحة (أي الدائن والمانح والمدين والأطراف الثالثة). ولبلوغ هذه النتيجة، يجدر أن يتصل عامل الربط الذي يشير إلى القانون المنطبق على الحق الضماني اتصالا حقيقيا بالوضع الفعلي الذي سيحكمه هذا القانون.

٧- ومن شأن استخدام *الدليل* (بما فيه هذا الفصل) في وضع قوانين للمعاملات المضمونة أن يساعد على تقليل المخاطر والتكاليف الناجمة عن أوجه التباين القائمة في النظم الحالية لتنازع القوانين. ففي المعاملة المضمونة، يريد الدائن المضمون عادة أن يضمن الاعتراف بحقوقه في جميع الدول التي قد يحدث فيها الإنفاذ، بما فيها الولاية القضائية التي تُدار فيها إجراءات الإعسار المتعلقة بالمانح وبموجوداته. وإذا كان لدى تلك الدول قواعد مختلفة لتنازع القوانين فيما يتعلّق بالنوع الواحد من الموجودات المرهونة، فسوف يلزم أن يمتثل الدائن لأكثر من نظام واحد ليحظى بحماية كاملة. ومن المرجح، بطبيعة الحال، أن يكون لذلك تأثير سلبي على توافر الائتمان وتكلفته. ومن فوائد مواءمة قواعد تنازع القوانين في الدول المختلفة أن الدائن يستطيع أن يعتمد على قاعدة واحدة لتنازع القوانين (تسفر

عن نتيجة واحدة) لتحديد حالة ضمانته في جميع تلك الدول. وهذا هو أحد الأهداف التي حققتها اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات[1] فيما يتعلّق بالمستحقات.

٨- وقواعد تنازع القوانين ضرورية حتى وإن واءمت جميع الدول قوانينها الموضوعية للمعاملات المضمونة، إذ ستظل هناك حالات يتعيّن فيها على الأطراف أن تحدّد الدولة التي ستنطبق شروطها. فعلى سبيل المثال، إذا نصّت قوانين جميع الدول على أن الحق الضماني غير الحيازي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار في سجل عمومي، فسيتطلب الأمر أن يعرف المرء في سجل أي دولة يتعين التسجيل.

٩- ويناقش هذا الفصل، في الباب ألف-٢، نطاق قواعد تنازع القوانين وقواعد تنازع القوانين بشأن إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته بشكل عام، في الباب ألف-٣. ويستعرض الباب ألف-٤ القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الموجودات الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته، في حين يتناول الباب ألف-٥ القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته، ويناقش الباب ألف-٦ القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. ويتناول الفصل بعد ذلك، في الباب ألف-٧، القانون المنطبق على حقوق الطرفين والتزاماتهما في الاتفاق الضماني، وفي الباب ألف-٨، القانون المنطبق على حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها. أما الباب ألف-٩ فيورد تعليقا على القانون المنطبق على إنفاذ الحق الضماني. وتتناول الأقسام الثلاثة الأخيرة من الباب ألف من هذا الفصل قواعد تحديد المكان والوقت الملائم لذلك (الباب ألف-١٠)، والسياسة العامة والقواعد الملزمة دوليا (الباب ألف-١١)، وأثر بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بالقانون المنطبق على الحق الضماني (الباب ألف-١٢). ويتناول الباب باء قواعد خاصة عندما يكون القانون المنطبق هو قانون دولة متعددة الوحدات. ويُختتم الفصل، في الباب جيم، بمجموعة من التوصيات.

٢- *نطاق قواعد تنازع القوانين*

١٠- لا يُعرِّف هذا الفصل الحقوق الضمانية التي ستنطبق عليها قواعد تنازع القوانين. وعادة ما يكون توصيف حق ما بأنه حق ضماني لأغراض تنازع القوانين مجسّدا لقانون المعاملات المضمونة الموضوعي في الدولة. ومن حيث المبدأ، ستستخدم المحكمة أو سلطة أخرى قانونها حيثما يتطلب الأمر منها توصيف مسألة ما لغرض اختيار القاعدة المناسبة من قواعد تنازع القوانين. بيد أن ثمة تساؤلا عما إذا كان ينبغي لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالحقوق الضمانية في دولة ما أن تنطبق أيضا على معاملات أخرى مماثلة وظيفيا للحقوق الضمانية، حتى وإن لم يشملها نظام المعاملات المضمونة الموضوعي لتلك الدولة (مثل ترتيبات البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية والإيجار التمويلي وسائر المعاملات المماثلة). وعدم انطباق قانون المعاملات المضمونة الموضوعي لدولة ما على تلك المعاملات الأخرى، ينبغي ألا يمنع الدولة من أن تُخضع تلك المعاملات لقواعد تنازع القوانين المنطبقة على الحقوق الضمانية. ويوصي *الدليل* بهذا النهج للدول التي تعتمد النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز (انظر التوصية ٢٠١).

١١- وتَعرض مسألة مماثلة في سياق عمليات نقل معيّنة لا تُجرى لأغراض ضمانية، يُستصوب فيها انطباق قانون واحد على الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة وأولوية النقل وعلى الحق الضماني في هذا النوع من الموجودات. ويوجد مثال على ذلك في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، التي

[1] انظر المقدمة، الحاشية ٧.

تنطبق، سواء فيما يتعلق بقواعدها الموضوعية أو بقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، على عمليات النقل التام للمستحقات إلى جانب الحقوق الضمانية في المستحقات (انظر الفقرة *(أ)* من المادة ٢ من الاتفاقية). وهذا الاختيار السياساتي مدفوع على وجه الخصوص بضرورة الإشارة إلى قانون واحد منفرد لتقرير الأولوية بين مطالبين متنافسين لهم حقوق في نفس المستحقات. ويوصي *الدليل* بالسياسة ذاتها (انظر التوصية ٢٠٨). ومن غير ذلك، سيصعب (بل وقد يستحيل أحيانا) في حالة نشوء نزاع بشأن الأولوية على مستحق ما بين مشترٍ لذلك المستحق ودائن له حق ضماني في المستحق ذاته تقرير من يستحق الأولوية إذا كانت أولوية المشتري محكومة بقانون الدولة "ألف" لكن أولوية الدائن المضمون محكومة بقانون الدولة "باء".

١٢- وأيّا كان القرار الذي تتخذه الدولة بشأن أنواع المعاملات التي تشملها قواعد تنازع القوانين، فإن نطاق القواعد المتعلقة بإنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته سينحصر في الجوانب المتعلقة بالملكية من المعاملات ذات الصلة. وهكذا، فإن القاعدة المتعلقة بالقانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني لا تحدّد إلا القانون الذي يحكم الشروط التي يلزم استيفاؤها لإنشاء حق ملكية في الموجودات المرهونة. ولا تنطبق تلك القاعدة على الالتزامات الشخصية للطرفين بمقتضى العقد المبرم بينهما. ففي معظم الدول، تخضع الالتزامات التعاقدية الصرفة الناشئة عن المعاملات التجارية عموما للقانون الذي اختاره الطرفان في اتفاقهما الضماني أو تخضع، إن لم يختارا قانونا، للقانون الذي يحكم اتفاق الضمان حسبما تحدده قواعد تنازع القوانين للدولة ذات الصلة (مثلا الاتفاقية المعنية بالقانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في روما عام ١٩٨٠، "اتفاقية روما" فيما يلي). ويوصي *الدليل* باتباع النهج ذاته بشأن القانون المنطبق على تقرير حقوق المانح والدائن المضمون والتزاماتهما المتبادلة فيما يتعلق بالحق الضماني (انظر التوصية ٢١٦).

١٣- ويترتب على الاعتراف باستقلالية الطرفين فيما يتعلق بالتزاماتهما الشخصية أن تخرج من نطاق حرية التعاقد قواعد تنازع القوانين المنطبقة على جوانب الملكية في المعاملات المضمونة. وعلى سبيل المثال، لا يُسمح عادة للمانح والدائن المضمون بأن يختارا القانون المنطبق على الأولوية، لأن ذلك قد لا يؤثّر في حقوق الأطراف الثالثة فحسب، بل يمكن أن ينتج عنه أيضا تنازع على الأولوية بين حقّين ضمانيين متنافسين يخضعان لقانونين مختلفين مما يفضي إلى نتيجتين متعارضتين.

١٤- وتنص قواعد تنازع القوانين في العديد من الدول حاليا على أن الإشارة إلى قانون دولة أخرى باعتباره القانون الذي يحكم مسألة ما إنما تعني القانون الواجب التطبيق في تلك الدولة بخلاف قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين. ويُستبعد مبدأ الإحالة إلى قواعد أخرى لتنازع القوانين (الذي يتضمن قانون الدولة بمقتضاه قواعده الخاصة بتنازع القوانين)، توخّيا لقابلية التنبؤ، وكذلك لأن الإحالة إلى قواعد أخرى ربما تؤدي إلى نتائج مناقضة لتوقعات الطرفين. ويوصي *الدليل* بالنهج ذاته (انظر التوصية ٢٢١).

٣- *قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بإنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته*

١٥- عادة ما يستلزم تحديد نطاق الحقوق التي يخوّلها الحق الضماني تحليلا ثلاثي الخطوات على النحو التالي:

(أ) المسألة الأولى هي ما إذا كان الحق الضماني قد أنشئ (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم الإنشاء، انظر الفصل الثاني)؛

(ب) المسألة الثانية هي ما إذا كان الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، انظر الفصلين الثالث والرابع)؛

(ج) المسألة الثالثة هي تحديد ترتيب أولوية حق الدائن المضمون في مقابل حق مطالب منافس، مثل دائن آخر أو ممثل إعسار المانح (للاطلاع على المسائل التي يشملها مفهوم الأولوية، انظر الفصل الخامس).

١٦- وليس للحق الضماني، دون شك، قيمة عملية تذكر إذا تعذّر إنفاذه بفعالية. ولكن مسألة الإنفاذ لا تتعلق بمدى ما للدائن المضمون من حقوق في الموجودات المرهونة، وستُناقَش قواعد تنازع القوانين بشأن الإنفاذ في باب آخر من هذا الفصل (انظر الفقرات ٦٤-٧٢ أدناه).

١٧- ولا تميِّز جميع الدول بين المسائل الثلاث المذكورة آنفا (انظر الفقرة ١٥ أعلاه). ففي العديد من الدول، يصبح الحق الضماني (أو غيره من حقوق الملكية الأخرى) حال نشوئه نافذا نفاذا، بحكم تعريفه، تجاه جميع الأطراف دون اتخاذ أي إجراء إضافي. وفي تلك الدول، تنطبق على نشوء الحق الضماني ذات القاعدة من قواعد تنازع القوانين المنطبقة على نفاذه تجاه الأطراف الثالثة. وبالمثل، يمكن تحليل الأولوية كمسألة من مسائل النفاذ. ولكن حتى الدول، التي تميّز بوضوح بين النفاذ فيما بين الطرفين (الإنشاء) والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، لا تضع دائما قاعدة منفصلة من قواعد تنازع القوانين لكل مسألة من تلك المسائل؛ لذلك فقد تنطبق قاعدة واحدة من قواعد تنازع القوانين على كل مسألة من المسائل الثلاث مما يفضي إلى انطباق القانون الموضوعي للدولة نفسها على جميع هذه المسائل.

١٨- وبناء على ذلك، فإن السؤال الرئيسي هو ما إذا كان ينبغي أن تنطبق قاعدة وحيدة من قواعد تنازع القوانين على جميع المسائل الثلاث. وتحبّذ الاعتبارات السياساتية، مثل البساطة واليقين، تطبيق قاعدة وحيدة. وكما ذُكر أعلاه فإن التمييز بين هذه المسائل لا يجري أو لا يُفهم دائما على النحو ذاته في جميع الدول، مما يثير احتمال أن يؤدّي وضع قواعد مختلفة لتنازع القوانين بشأن هذه المسائل إلى تعقيد التحليل أو انعدام اليقين. ولكن اختيار قانون مختلف لمسائل الأولوية في حالات معيّنة من شأنه أن يراعي بشكل أفضل مصالح الأطراف الثالثة، مثل الأشخاص الحائزين لضمان قانوني أو الدائن بحكم القضاء أو ممثل الإعسار.

١٩- وثمة تساؤل مهم آخر عما إذا كان ينبغي، فيما يتعلق بأية مسألة تَعرض في هذا الشأن (أي الإنشاء أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو الأولوية)، أن تكون قاعدة تنازع القوانين ذات الصلة واحدة بشأن الموجودات الملموسة وغير الملموسة. ومن شأن رد بالإيجاب على هذا السؤال أن يحبّذ إما وجود قاعدة تستند إلى قانون مكان الموجودات المرهونة (قانون موقع المال أو قانون الدولة الموجود بها الشيء محل التنازع) أو قاعدة تستند إلى قانون مقر المانح.

٢٠- وفي حالة المستحقات، من شأن اتباع نهج يستند إلى قانون موقع المال ألا يتمشى مع اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات (التي تشير المادة ٢٢ منها إلى قانون الدولة التي يقع فيها مقر المحيل). وعلاوة على ذلك، وبما أن الموجودات غير الملموسة غير قابلة للحيازة المادية، فإن اعتماد قانون موقع المال باعتباره قاعدة تنازع القوانين المنطبقة قد يستدعي وضع قواعد خاصة وافتراضات قانونية لتحديد المكان الفعلي لأنواع مختلفة من الموجودات غير الملموسة. ولهذا السبب، لا يعتبر *الدليل* مكان الموجودات عامل الربط المناسب فيما يتعلق بالموجودات غير الملموسة ويحبّذ اتباع نهج يستند عموما إلى قانون مقر المانح (انظر التوصية ٢٠٨).

٢١- وبالإضافة إلى ذلك، فإن توخّي الاتساق مع اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات يقتضي تحديد مقر المانح بنفس الطريقة الواردة في الاتفاقية (انظر التوصية ٢١٩). وبمقتضى الاتفاقية، فمقر المانح هو مكان عمله، أو إذا كان للمانح أماكن عمل في أكثر من دولة، فالمقر هو المكان الذي يزاول منه المانح الإدارة المركزية. وإذا لم يكن للمانح مكان عمل، يشار عندئذ إلى محل إقامته المعتاد (انظر الفقرة الفرعية *(ح)* من المادة ٥ من الاتفاقية). وقد اعتمدت الاتفاقية هذا التعريف بالأساس لأن ذلك المكان اعتُبر المكان الحقيقي للمانح وهو يفضي كذلك إلى قانون الدولة التي من المرجّح أكثر أن تبدأ فيها إجراءات الإعسار الرئيسية فيما يتعلق بالمانح (فيما يتعلق بمعنى الإجراءات الرئيسية انظر، مثلا، الفقرة الفرعية *(ب)* من المادة ٢ والفقرة ٣ من المادة ١٦ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود).

٢٢- وكذلك قد تدعم اعتبارات البساطة واليقين اعتماد قاعدة واحدة من قواعد تنازع القوانين (مثل قانون مقر المانح)، لا فيما يتعلق بالموجودات غير الملموسة فحسب، وإنما أيضا فيما يتعلق بالموجودات الملموسة، وبخاصة إذا كان القانون نفسه يجب أن يطبق على إنشاء حق ضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. ووفقا لهذا النهج، يكفي الاستقصاء مرة واحدة للتأكّد من نطاق الحقوق الضمانية الراهنة لجميع موجودات المانح. ولا تكون هناك حاجة أيضا إلى إرشادات في حال تغيّر مكان الموجودات المرهونة، أو إلى التمييز بين القانون المنطبق على الحقوق الحيازية والقانون المنطبق على الحقوق غير الحيازية (وإلى تحديد القانون الذي يسود في حال تنازع حق ضماني حيازي محكوم بقانون الدولة "ألف" مع حق ضماني غير حيازي في الموجودات نفسها محكوم بقانون الدولة "باء").

٢٣- ولكن ليست كل الدول تعتبر أن قانون مقر المانح مرتبط ارتباطا كافيا بالحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة، على الأقل فيما يتعلق بالموجودات "غير المنقولة" (أو حتى في بعض الفئات من الموجودات غير الملموسة، مثل الحقوق في تقاضي الأموال المودعة في حسابات مصرفية أو حقوق الملكية الفكرية). وفضلا عن ذلك، فمن شأن اعتماد قانون مقر المانح أن يفضي، في الكثير من الحالات، إلى اعتماد قانون واحد يحكم المعاملة المضمونة وقانون آخر يحكم إحالة الملكية في الموجودات ذاتها. ولاجتناب هذه النتيجة، يلزم أن تعتمد الدول قانون مقر المانح فيما يتعلق بجميع حالات نقل الملكية.

٢٤- ويُضاف إلى ذلك أن من المقبول عالميا تقريبا أن يكون الحق الضماني الحيازي محكوما بقانون المكان المحتفظ فيه بالموجودات. ومن ثم، فإن اعتماد قانون مقر المانح فيما يتعلق بالحقوق الحيازية سيتعارض مع التوقّعات المعقولة للدائنين المضمونين. وبناء على ذلك، وحتى إذا كان المراد أن يصبح قانون مقر المانح هو القاعدة العامة، فسيلزم استثناء الحقوق الضمانية الحيازية من تلك القاعدة.

٢٥- ونظرا إلى جميع هذه الأسباب، يوصي *الدليل* بقاعدتين عامتين من قواعد تنازع القوانين بشأن القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على النحو التالي:

(أ) فيما يتعلق بالموجودات الملموسة، يكون القانون المنطبق هو قانون مكان الموجودات (انظر التوصية ٢٠٣)؛

(ب) فيما يتعلق بالموجودات غير الملموسة، يكون القانون المنطبق هو قانون مقر المانح (انظر التوصية ٢٠٨).

٢٦- وبما أن قواعد تنازع القوانين ستكون مختلفة على العموم تبعا لكون الموجودات ملموسة أو غير ملموسة، فإن السؤال يُثار بشأن ماهيّة القاعدة المناسبة من قواعد تنازع القوانين في حالة الموجودات غير الملموسة القابلة للخضوع لحق ضماني حيازي. وفي هذا الصدد، تُعامل معظم الدول فئات معيّنة من

الحقوق الممثَّلة في مستندات ما (مثل الصكوك القابلة للتداول) معاملة الموجودات الملموسة، وهي بذلك تعترف بأن الحق الضماني الحيازي يمكن أن ينشأ في هذه الموجودات بتسليم المستند إلى الدائن. ويعامِل *الدليل* هذه الأنواع من الموجودات غير الملموسة بوصفها موجودات ملموسة، ومن ثم، تنطبق بوجه عام قاعدة تنازع القوانين فيما يتعلق بالموجودات الملموسة على هذه الموجودات غير الملموسة. وهكذا، ففي حالة صك قابل للتداول، يحكم قانون الدولة التي يُحتفظ فيها بالصك إنشاء الحق الضماني في الصك القابل للتداول ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته (انظر التوصية ٢٠٣).

٢٧- وثمة مسألة مشابهة تنشأ عندما تكون الموجودات الملموسة متمثّلة في مستند ملكية قابل للتداول (مثل سند شحن). ومن الأمور المقبولة عموما أن يُعامَل أيضا مستند الملكية القابل للتداول معاملة الموجودات الملموسة، ويمكن أن يخضع لحق ضماني حيازي. وعندئذ، يكون الحق الضماني محكوما بقانون مكان المستند، لا مكان الموجودات الملموسة الفعلية المشمولة به. غير أن السؤال المطروح هنا هو حول القانون الذي سيطبق لحل تنازع على الأولوية بين دائن ذي حق ضماني في مستند الملكية ودائن آخر يُحتمل أن يكون المدين قد منحه حقا ضمانيا غير حيازي في الموجودات الملموسة ذاتها، إذا لم يكن المستند والموجودات الملموسة محتفظا بهما في الدولة نفسها. وفي هذه الحالة، ينبغي أن تعطي قواعد تنازع القوانين الأسبقية للقانون الذي يحكم الحق الضماني في المستند، على أساس أن هذا الحل سيجسّد بطريقة أفضل التوقّعات المشروعة للأطراف ذات المصلحة (انظر التوصية ٢٠٦). وتتفق هذه النتيجة أيضا مع قواعد القانون الموضوعي التي يقترحها *الدليل* بشأن إنشاء الحق الضماني في مستند قابل للتداول ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته (انظر التوصيات ٢٨ و٥٢ و١٠٨).

٤- القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في موجودات ملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

٢٨- لا تسري الاعتبارات السياساتية التي تحبّذ القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة أعلاه بالضرورة في جميع الظروف، وقد تنطبق قواعد أخرى على بعض الأنواع المحددة من الموجودات التي لا يُشكّل فيها مكان الموجودات أو مقر المانح عامل الربط الأنسب. وبالإضافة إلى ذلك، وحرصا على الكفاءة، تنطبق قواعد بديلة على الموجودات العابرة والموجودات المراد تصديرها. وليس الغرض من هذه الموجودات أن تظل في مكانها الأولي، وقد تعبر حدود عدة دول قبل أن تصل إلى مقصدها النهائي. وتوضّح الفقرات التالية القاعدتين العامتين لتنازع القوانين المشار إليهما أعلاه واستثناءاتهما.

(أ) القاعدة العامة: قانون مكان الموجودات المرهونة
(قانون موقع المال أو قانون البلد الموجود به الشيء محل التنازع)

٢٩- يخضع إنشاء حق ضماني في موجودات ملموسة ونفاذه تجاه أطراف ثالثة وأولويته بوجه عام، كما أشير إلى ذلك أعلاه، لقانون الدولة التي توجد بها الموجودات المرهونة (انظر التوصية ٢٠٣). ويتعلّق مثال من الأمثلة المتكرّرة لانطباق هذه القاعدة بالحقوق الضمانية في المخزون، فإذا كان المانح يملك مخزوناً في دولة تطبق هذه القاعدة (الدولة "ألف")، فإن قانون تلك الدولة يحكم تلك المسائل. وتعني القاعدة كذلك أنه، إذا كان المانح يملك أيضا مخزوناً آخر في دولة أخرى (الدولة "باء")، فسيلزم الوفاء

بشروط الدولة "باء" ذات الصلة لكي تعترف محاكم الدولة "ألف" بأن المخزون الموجود في الدولة "باء" يخضع لحقوق الدائن المضمون.

٣٠- ولا تُميّز القاعدة العامة لتنازع القوانين المتعلقة بالموجودات الملموسة بين الحقوق الضمانية الحيازية والحقوق الضمانية غير الحيازية. وبناء على ذلك، فإن قانون مكان الموجودات هو الذي ينطبق بوجه عام، سواء كانت الموجودات في حوزة الدائن المضمون أم لم تكن في حوزته. ومثلما نوقش آنفا (انظر الفقرتين ٢٦ و٢٧ أعلاه)، يتصل ذلك بوجه خاص بالموجودات غير الملموسة التي تُعامَل معاملة الموجودات الملموسة، مثل الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول. فقانون مكان الصك أو المستند القابل للتداول، على سبيل المثال، يحكم مسائل الأولوية حتى وإن كان الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بوسائل أخرى غير الحيازة.

(ب) قاعدة إضافية لإنشاء حق ضماني في الموجودات العابرة أو المراد تصديرها ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة

٣١- فيما يتعلق بالموجودات العابرة أو الموجودات المراد تصديرها، يؤدي انطباق قانون مكان الموجودات إلى انطباق قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات وقتما تنشأ مسألة ما. ومن نتائج هذه القاعدة أنه يلزم على الدائنين المضمونين رصد الموجودات والوفاء بشروط كل دولة قد توجد فيها الموجودات لضمان تمتعهم دون انقطاع بحق ضماني نافذ. ومن النهوج الكفيلة بتجنّب ذلك العبء أن تعترف دولة المقصد النهائي وكل دولة وسيطة بنفاذ الحق الضماني الذي نشأ وأصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون المكان الأولي. وسيجسّد هذا النهج توقعات الأطراف في المكان الأولي للموجودات، ولكنه يتناقض مع توقعات الأطراف التي قدّمت ائتمانا للمانح وفقا لشروط قانون مقصد الموجودات النهائي.

٣٢- ومن النهوج الأخرى أن تعترف دولة المقصد النهائي بالحق الضماني الذي نشأ وأصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون مكان الموجودات الأولي لفترة زمنية محدودة بما يتيح للطرفين في المكان الأول مهلة للوفاء بشروط نفاذ قانون دولة المقصد النهائي تجاه الأطراف الثالثة للمحافظة على النفاذ المكتسب أصلا في المكان الأولي. ومن شأن هذا النهج أن يوازن مصالح الأطراف في الولايات القضائية المختلفة (وهذا ما يؤيده *الدليل* في واقع الأمر فيما يتعلق بمعظم أنواع الموجودات الملموسة، انظر التوصيتين ٤٥ و٢٠٣).

٣٣- وثمة نهج إضافي يتمثل في ترك الدائن المضمون يختار بين إنشاء حقه الضماني وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون دولة المكان الأولي للموجودات أو بمقتضى قانون دولة المكان النهائي للموجودات شريطة أن تصل الموجودات، في الحالة الأخيرة، إلى هذا المكان خلال مدة زمنية محددة (انظر التوصية ٢٠٧). وقد يمكّن هذا النهج الدائن المضمون الواثق من أن الموجودات ستصل إلى مكان مقصدها المُراد من أن يعتمد على قانون ذلك المكان لإنشاء حقه الضماني وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ومن المفيد بصورة خاصة وضع قاعدة تنص على ذلك الخيار عندما يكون من المحتمل أن تعبر الموجودات دولاً أخرى عبورا سريعا وأن تصل إلى مقصدها النهائي خلال فترة زمنية قصيرة بعد الشحن. فإن لم يكن واثقا، فسيصبح عليه، متى أُنشئ الحق الضماني أثناء وجود الموجودات في مكانها الأولي، أن يفي بالشروط الخاصة بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة لمكان الموقع الأولي ولكل دولة قد تعبرها

الموجودات ولمكان المقصد النهائي، لكي يبقى الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وفي جميع الأحوال، تكون الأولوية دائما رهنا بقانون مكان الموجودات وقتما ينشأ نزاع بشأن الأولوية.

(ج) قاعدة خاصة لنفاذ الحق الضماني في الصكوك القابلة للتداول تجاه الأطراف الثالثة

٣٤- من المقبول عموما، كما ورد سابقا، أن يحكم قانون الدولة التي يوجد فيها صك قابل للتداول (قانون موقع المال) إنشاء الحق الضماني في الصك ونفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته (انظر التوصية ٢٠٣). ولكن يمكن كذلك في بعض الدول أن يصبح الحق الضماني في الصكوك القابلة للتداول نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في المكان الذي يوجد فيه المانح. وفي هذه الحالة، من المنطقي الاستناد إلى قانون دولة مقر المانح لتقرير ما إذا كان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قد تحقق بالتسجيل (انظر التوصية ٢١١). والجدير بالذكر أن هذا الخيار مقصور على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ويحكم قانون المكان الفعلي للصك القابل للتداول دائما إنشاء الحق الضماني في الصك وأولويته.

(د) استثناءات لقانون موقع المال فيما يتعلق بالموجودات المنقولة والموجودات الملموسة الخاضعة لنظام تسجيل متخصص

٣٥- عادة ما تخضع القاعدة العامة لتنازع القوانين المتعلقة بالحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة لبعض الاستثناءات حيثما لم يشكل مكان الموجودات عامل الربط المناسب (مثل الموجودات التي تُستعمل عادة في عدة دول) أو لم يتناسب مع توقعات الطرفين المعقولة (مثلا الموجودات التي يجب تسجيل ملكيتها في سجلات خاصة).

'١' الموجودات المنقولة

٣٦- الموجودات المنقولة، مثل الطائرات أو السفن أو في بعض الحالات الآلات أو السيارات، هي موجودات تعبر في سياق العمل المعتاد حدود الدول. وقد يضطر المانح الذي يضطلع بمشاريع إنشائية في عدة دول، على سبيل المثال، إلى إنشاء حقوق ضمانية في الآلات التي تُنقل على نحو دوري من دولة إلى أخرى لأغراض ذلك العمل؛ أو قد يحتاج المانح الذي يُشغل شركة نقل إلى إنشاء حقوق ضمانية في السيارات المستخدمة في النقل (رغم أن السيارات قد لا تعبر عادة الحدود الوطنية في الدول الجُزرية). وقد يستدعي تطبيق القاعدة العامة لتنازع القوانين فيما يتعلق بالموجودات الملموسة على موجودات منقولة (أي قانون موقع المال) أن يتحقق الدائن المضمون من المكان الحقيقي لكل آلة أو لكل سيارة وقت إنشاء الحق الضماني. ولكي يكفل الدائن المضمون استمرار نفاذ حقه الضماني تجاه الأطراف الثالثة، قد يلزم أيضا أن يستعلم عن شروط جميع الدول التي يُحتمل أن يوجد بها أي من هذه الموجودات في أي وقت من الأوقات وأن يفي بالشروط ذات الصلة التي تضعها كل هذه الدول. وعلاوة على ذلك، قد يتعذّر تحديد الدولة التي يمكن أن تكون بها الموجودات ذات الصلة وقتما ينشأ في المستقبل تنازع على الأولوية، وبالتالي يتعذّر تحديد النظام الواجب تطبيقه لتسوية ذلك التنازع. ولتجنّب هذه المشاكل وما ينجم عنها من التكاليف والشكوك، يخضع في بعض الدول إنشاء الحق الضماني في الموجودات الملموسة من النوع الذي يُستخدم عادة في أكثر من دولة واحدة، ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته لقانون الدولة التي

يقع فيها مقر المانح (باستثناء الحالات التي تكون فيها ملكية الموجودات من ذلك النوع خاضعة للتسجيل في سجل خاص يسمح كذلك بتسجيل الحقوق الضمانية، انظر الفقرتين ٣٧ و٣٨ أدناه)، ويوصي *الدليل* بهذا النهج (انظر التوصية ٢٠٤).

٢' الموجودات الملموسة التي تخضع الحقوق فيها لتسجيل متخصص أو للتأشير بشأنها على شهادة ملكية

٣٧- تُسجَّل ملكية بعض فئات الموجودات الملموسة في بعض الأحيان في سجلات متخصّصة أو تُثبت بشهادة ملكية، وهو ما ينطبق بوجه عام على الطائرات والسفن، وكذلك على السيارات في بعض الدول. وطالما كان السجل الذي تسجل فيه أو نظام التأشير يسمح كذلك بتسجيل الحقوق الضمانية أو التأشير بشأنها، يمكن الإشارة إلى قانون الدولة التي يُدار السجل المعني أو يُصدر سند الملكية تحت سلطتها لتحديد القانون الذي يحكم إنشاء حق ضماني في موجودات تخضع الحقوق فيها للتسجيل في مثل هذا السجل المتخصّص أو تخضع للتأشير بشأنها في شهادة ملكية، ويحكم نفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. ومن شأن إجراء بحث في السجل أو فحص سند الملكية أن يكشف عن كل من حقوق الملكية والحقوق الضمانية فيما يتعلق بهذه الموجودات. وقد تستند هذه القاعدة إلى القانون الوطني (انظر التوصية ٢٠٥)، أو إلى الاتفاقيات الدولية، التي لها الأسبقية (مثل اتفاقية الضمانات الدولية على المعدّات المنقولة والبروتوكولات ذات الصلة الملحقة بها).

٣٨- بيد أنه لكي تُطبق القاعدة بكفاءة يتعين أن تكون الموجودات من نوع يُعرف عنه عموما أن الحقوق في الموجودات فيه تخضع للتسجيل في نظام تسجيل متخصص أو نظام شهادات ملكية يسهُل تحديد موقعه؛ وإلا فسيتعين على المقرض المحتمل التحري عن القانون الموضوعي المعتمد في كل الدول التي يحتمل أن الموجودات كانت بها في السابق لمعرفة ما إذا كان بها نظام تسجيل متخصص أو نظام شهادات ملكية من هذا القبيل. وعلاوة على ذلك، لا ينبغي أن تنطبق القاعدة على موجودات يمكن أن تُسجَّل الحقوق فيها في سجلات متخصصة أو نظم شهادات ملكية في أكثر من دولة واحدة؛ إذ لا تقدّم القاعدة في تلك الحالة أي إرشادات بشأن القانون المنطبق على النزاع. ولهذه الأسباب، قد تفضل بعض الدول عدم الأخذ بهذه القاعدة في الحالات التي لا تخضع للاتفاقيات الدولية.

٥- القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

(أ) القاعدة العامة: قانون مقر المانح

٣٩- يحكم قانون الدولة التي يوجد بها مقر المانح، في بعض الدول، إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. فإذا أنشأ مُصَدِّر مقرُّه في الدولة "ألف" حقا ضمانيا في مستحقات يدين بها زبائن مقرهم في الدولتين "باء" و"جيم"، على سبيل المثال، فإن قانون الدولة "ألف" يحكم جوانب الحق الضماني المتعلقة بحق الملكية. وتتسق هذه القاعدة مع النهج المتبع في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات فيما يتعلق بالقانون المنطبق على إحالة المستحقات (انظر المادتين ٢٢ و٣٠ من الاتفاقية).

٤٠- وفي دول أخرى، يحكم قانون مكان الموجودات (قانون موقع المال) كذلك إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. ومن الضروري، في تلك الدول، تحديد مكان الموجودات غير الملموسة (مثلا، في حالة المستحقات، يُحدد مكان المدين بالمستحقات).

٤١- ويتمتع قانون مقر المانح بعدّة مزايا مقارنة بقانون موقع المال، ولا سيما حيثما تتألف الموجودات المرهونة غير الملموسة من مستحقات. وينطبق قانون وحيد حتى وإن كانت الإحالة تتصل بمستحقات كثيرة من مدينين مختلفين. وبالإضافة إلى ذلك، يمكن التحقق بسهولة من قانون مقر المانح وقت الإحالة، حتى وإن كانت تتصل بمستحقات آجلة أو مستحقات أحيلت جملة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن قانون مقر المانح (مكان الإدارة المركزية إذا كان للمانح أماكن عمل في أكثر من دولة واحدة) هو قانون الدولة التي يُرجح أن تُدار فيها إجراءات الإعسار الرئيسية فيما يتعلق بالمانح (فيما يتعلق بمعنى الإجراءات الرئيسية انظر، مثلا، الفقرة الفرعية *(ب)* من المادة ٢ والفقرة ٣ من المادة ١٦ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود).

٤٢- وينطبق ذلك أيضا على قانون مكان الموجودات المرهونة (قانون موقع المال) الذي وإن كان مجديا في معظم حالات الموجودات الملموسة، فإن ثمة صعوبات جمة تنشأ لدى تطبيق قانون موقع المال على الموجودات غير الملموسة، من زاويتي المفهوم والتطبيق على السواء. فمن زاوية المفهوم، ليس هناك توافق في الآراء على موضع المستحقات ولا إجابة واضحة عن التساؤل في هذا الشأن. وثمة من يرى أنه المكان الذي يجب القيام فيه بالسداد. غير أن تحديد ذلك المكان ليس سهلا دائما، لأن العقد الذي تنشأ بموجبه المستحقات قد لا يورد أي إشارة إلى ذلك (وحتى إذا تصدى العقد للمسألة بشكل صريح، فقد لا يكون من اليسير على الأطراف الثالثة أن تحدد مكان السداد)؛ ويتعين آنذاك أن يُبيّن القانون وسائل أخرى تسمح بتحديد ذلك المكان. وهناك رأي آخر يقول إن موضع المستحقات هو الموطن القانوني للمدين بالمستحقات أو مكان عمله أو محل إقامته الرئيسي. ويفرض أي من البديلين السابقين على المحال إليه المحتمل عبء القيام بتحريات وقائعية وقانونية مفصّلة. وعلاوة على ذلك، فقد يكون من المستحيل أن يتمكّن المحال إليه، في العديد من الحالات، من تحديد المكان الصحيح للمستحقات على وجه اليقين بما أن معايير تحديد ذلك المكان قد تتوقف على ممارسات العمل أو على إرادة الأطراف في العقد المنشئ للمستحقات. وبناء على ذلك، فإن استخدام قانون موقع المال باعتباره القانون المنطبق على حقوق ضمانية في مستحقات لن يؤدي إلى توفير اليقين وقابلية التنبؤ، وهما هدفان أساسيان لأي نظام سليم من نظم تنازع القوانين في مجال المعاملات المضمونة.

٤٣- ويُضاف إلى ذلك أنه حتى وإن كانت لدى الدولة أحكام مفصّلة تسمح للدائن المضمون المحتمل أو الموجود بالتأكد بسهولة وموضوعية من قانون مكان المستحقات، فستنشأ، مع ذلك، صعوبات عملية في معاملات تجارية عديدة لأن الحق الضماني قد لا يتصل فقط بمستحقات موجودة ومعيّنة تحديدا، وإنما أيضا بمستحقات أخرى كثيرة. ومن ثم، فإن الحق الضماني قد يشمل مجموعة من المستحقات الحالية والآجلة. فاختيار قانون موقع المال، في هذه الحالة، ليحكم الأولوية ليس قرارا سياساتيا حصيفا، لأن قواعد الأولوية المطبّقة قد تختلف باختلاف المستحقات المُحالة. وبالإضافة إلى ذلك فسوف يتعذّر على الدائن المضمون، عندما تكون المستحقات الآجلة خاضعة لحق ضماني، أن يتأكّد من درجة حقوقه في الأولوية وقت الإحالة، لأن موضع تلك المستحقات الآجلة يكون مجهولا حينئذ.

٤٤- وتتفادى بعض الدول صعوبات تطبيق قانون موقع المال على المستحقات بالاعتماد على القانون الذي يحكم المستحقات (مثل القانون الذي يحكم العقد الذي تنشأ بموجبه المستحقات). ولدى اعتماد

هذا النهج، تأخذ تلك الدول في حسبانها أساسا أسواق رأس المال والمعاملات المماثلة. ومن مزايا هذا النهج أن القانون ذاته لا ينطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته، فحسب، بل أيضا على آثار الحق الضماني تجاه المدين بالمستحقات. كما يتفادى هذا النهج مسألة ما إذا كانت المستحقات غير القابلة للإحالة بمقتضى القانون الذي يحكمها، قد تخضع مع ذلك لحقوق ضمانية بمقتضى قانون مختلف يسمح بإنشاء الحق الضماني على مستحقات غير قابلة للإحالة. وأخيرا، فإن مما يميز هذا النهج أنه يستبعد خطر تغيُّر مكان المانح لاحقا، وهو خطر قد ينشأ مع النهوج الأخرى في حالة قيام المانح بإحالة ويغير مقره ويقوم بإحالة أخرى.

٤٥- ومن المناسب الأخذ بقاعدة تستند إلى القانون الذي يحكم المستحقات لمعالجة الحقوق الضمانية في أي مستحق محدد على وجه الخصوص، وكذلك الحقوق الضمانية في المستحقات الناشئة عن الأوراق المالية أو العقود المالية أو معاملات صرف العملات الأجنبية حيث من المعتاد توخي الحرص الواجب في كل واحد من المستحقات المزمع إحالتها. غير أنه فيما يتعلق بإحالة إجمالية تنطوي على عدد كبير من المستحقات (حيث يكون توخي الحرص الواجب في كل واحد من المستحقات عملية باهظة التكلفة أو مستحيلة)، تثير تلك القاعدة الصعوبات ذاتها الناتجة عن نهج قائم على قانون موقع المال، وبخاصة عندما تكون المستحقات الآجلة مشمولة بالإحالة، إذ لن يكون للدائن المضمون في هذه الحالة أي وسيلة ليحدد مسبقا ما يجب الامتثال له من شروط لحماية حقوقه فيما يتعلق بالمستحقات الآجلة.

٤٦- وبالنظر إلى ما سبق يوصي *الدليل*، إلا فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في موجودات غير ملموسة معينة يوصي *الدليل* بالنسبة لها بقواعد مختلفة لتنازع القوانين (انظر الفقرات ٤٨-٥٤ أدناه)، بأن ينظم بوجه عام قانون الدولة التي يوجد بها مقر المانح إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذها تجاه الأطراف الثالثة وأولويتها (انظر التوصية ٢٠٨). وتتسق معايير تحديد مكان المانح مع المعايير الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات (انظر الفقرتين ٢١ أعلاه و٧٤ أدناه؛ وانظر أيضا التوصية ٢١٩). ولا تنطبق قاعدة قانون مقر المانح على الحقوق الضمانية في الأوراق المالية وحقوق السداد الناشئة عن عقود مالية خاضعة لاتفاقات معاوضة أو عن معاملات لصرف العملات الأجنبية أو الناشئة بمقتضى تلك العقود أو المعاملات، ولكن لسبب مختلف: *فالدليل* لا ينطبق على الحقوق الضمانية في هذه الأنواع من الموجودات (انظر الفقرات الفرعية *(ج)-(هـ)* من التوصية ٤).

٤٧- وبما أن الغرض المتوخى من العمل بقاعدة تستند إلى مقر المانح هو تعزيز اليقين بالقانون المنطبق، فعلى الدول التي تشترع *الدليل* أن تعالج الأثر الناتج عن تغيير ذلك المقر. وفي تلك الحالة، ينطبق قانون المقر الجديد عند تحديد القانون المنطبق على نفاذ حق ضماني تجاه الأطراف الثالثة وأولويته، باستثناء نزاع على الأولوية لا يشمل إلا المطالبين المتنافسين الذين أصبحت حقوقهم نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل تغيير المقر (انظر الفقرة ٧٨ أدناه).

(ب) استثناء بعض أنواع معينة من الموجودات غير الملموسة من قاعدة قانون مقر المانح

٤٨- ثمة ثلاث فئات من الموجودات غير الملموسة تسري بشأنها اعتبارات مختلفة، ومقر المانح ليس هو عامل الربط الأنسب (أو الربط الوحيد) لاختيار القانون المنطبق بشأنها، وهي: حقوق تقاضي الأموال

المودعة في حساب مصرفي، وحقوق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل؛ والمستحقات المتأتية من معاملة تتصل بممتلكات غير منقولة.

'١' حقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

٤٩- فيما يتعلق بإنشاء حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، ونفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وإنفاذه، تُتبع نهوج مختلفة باختلاف الدول. وتوخيا للبساطة، ولأن حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي يدخل في عداد المستحقات، تعتبر بعض الدول أن القانون الذي يحكم المستحقات عموما ينبغي أن ينطبق أيضا على الحساب المصرفي. وتتبع دول أخرى نهجا مختلفا يتمثل في الرجوع في تلك المسائل إلى قانون الدولة التي يوجد بها الفرع الذي به الحساب (انظر التوصية ٢١٠، البديل ألف). وفي إطار هذا النهج، يتعزّز اليقين والشفافية فيما يتعلق بالقانون المنطبق، إذ يسهل تحديد مكان الفرع المعني في أي علاقة ثنائية بين المصرف وزبونه. وبالإضافة إلى ذلك، يجسّد هذا النهج التوقعات العادية للأطراف في المعاملات المصرفية الجارية. ومن شأن هذا النهج أن يفضي، علاوة على ذلك، إلى أن يكون القانون المنطبق على الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي هو القانون نفسه المنطبق على المسائل التنظيمية. وكثيرا ما يُعتبر مكان الفرع هو موقع حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي بالنسبة للمسائل التنظيمية وغيرها من المسائل التي يجب أن يكون موقع هذا الحق مؤكّدا فيما يتعلق بها.

٥٠- وثمة نهج آخر يتمثل في الإشارة إلى القانون المحدد في اتفاق الحساب المصرفي بوصفه القانون الذي يحكم ذلك الاتفاق أو إلى أي قانون آخر محدد بصراحة ضمنه، شريطة أن يكون لدى المصرف الوديع فرع في الدولة المحدَّد قانونها في الاتفاق. وإذا لم يحدد الاتفاق أي قانون، فإن القانون المنطبق يُحدَّد باستخدام المعايير الاحتياطية ذاتها الواردة في المادة ٥ من اتفاقية لاهاي للأوراق المالية (انظر التوصية ٢١٠، البديل باء). وفي إطار هذا النهج، يستجيب القانون المنطبق لتوقعات الطرفين في اتفاق الحساب المصرفي. وبإمكان الأطراف الثالثة كذلك أن تتحقق من القانون المنصوص عليه في الاتفاق، لأن المانح (صاحب الحساب) يُقدّم عادة معلومات عن الاتفاق للحصول على ائتمان من المُقرض استنادا إلى الأموال المودعة في الحساب.

٥١- وكما هو الشأن فيما يخص الصكوك القابلة للتداول وللأسباب نفسها، يمكن أن ينطبق قانون الدولة التي يوجد بها مقر المانح على نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة، حيثما كان من الممكن أن يتحقّق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في المكان الذي يوجد به مقر المانح (انظر الفقرة ٣٤ أعلاه، والتوصية ٢١١).

'٢' حقوق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل

٥٢- في العديد من الدول، يجري الرجوع في مسائل نفاذ حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة وأولوية هذا الحق إلى القانون المحدد في التعهّد المستقل (للاطلاع على هذا النهج، انظر التوصية ٢١٢). وإذا لم يكن القانون الحاكم محددا في التعهّد المستقل، يُرجع في تلك المسائل إلى قانون الدولة التي يوجد بها المكتب المعني للشخص الذي قدّم التعهّد (أو وافق على الوفاء به، تبعا للحالة) (انظر التوصية ٢١٣). ويُعتبر هذا القانون الأوثق ارتباطا بالتعهّد. كما أنه

يتمشى مع التوقعات العادية للأطراف في هذه المعاملات. أما فيما يتعلق بإنشاء حق ضماني في مثل هذه الموجودات، فتظل القاعدة العامة لتنازع القوانين الخاصة بالحقوق الضمانية في الموجودات غير الملموسة (أي قانون موقع المانح) هي المنطبقة لأن أثر الإنشاء ينحصر فقط في نفاذ الحق الضماني فيما بين طرفي الاتفاق الضماني ولا يؤثّر في حقوق الأطراف الأخرى.

٥٣- ومع ذلك، إذا أصدر تعهّد مستقل لضمان أداء التزام ما بمقتضى مستحق أو صك قابل للتداول، يحدِّد القانون الذي يحكم إنشاء الحق الضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة ما إذا كان الحق الضماني يمتد تلقائيا إلى التعهّد المستقل (انظر التوصية ٢١٤). أما المبرّر الداعي إلى هذا النهج فينبع من ضرورة تطبيق نفس القانون، لدواعي الاتساق، على إنشاء حق ضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وفي حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل ذي صلة.

٣' *المستحقات المتصلة بالممتلكات غير المنقولة*

٥٤- عندما ينشأ المستحق من بيع ممتلكات غير منقولة أو تأجيرها أو عندما يكون مضمونا بممتلكات غير منقولة، ينبغي عادة أن يحكم قانون الدولة التي بها مقر المانح جوانب الملكية من الحق الضماني في المستحق أسوة بأي مستحق آخر. ولكن إذا نشأ تنازع على الأولوية، وكان واحد على الأقل من المطالبين المتنافسين قد سجّل حقه في سجل الممتلكات غير المنقولة في الدولة التي توجد بها الممتلكات غير المنقولة، فإن *الدليل* يوصي بأن يُسوّى النزاع وفقا لقانون الدولة التي يخضع السجل لسلطتها (انظر التوصية ٢٠٩). وتهدف القاعدة الأخيرة إلى ضمان انطباق قانون الدولة التي تحفظ السجل انطباقا فعليا على الأطراف التي يحق لها بموجب ذلك القانون أن تعوِّل على السجل. وللسبب نفسه، تقتصر هذه القاعدة على الحالة التي يكون فيها التسجيل في السجل بموجب قانون دولة السجل ذا صلة بمسائل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية.

٦- *القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته*

٥٥- توجد ثلاثة نهوج متّبعة عموما لتحديد القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته.

٥٦- ويتمثل النهج الأول في الرجوع إلى القانون المنطبق على الحق الضماني في الموجودات الأصلية المرهونة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الحق الضماني في العائدات. فعلى سبيل المثال، إذا كانت الموجودات الأصلية المرهونة في شكل مخزون يُوجد في الدولة "ألف" وكانت العائدات في شكل مستحقات وكان المانح موجودا في الدولة "باء"، فإن قانون الدولة "ألف" ينطبق على إنشاء الحق الضماني في المستحقات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. وهكذا، ينظم قانون الدولة "ألف" (قانون مكان المخزون) أي نزاع ينشأ على الأولوية بين حق ضماني في مستحقات تكون عبارة عن عائدات متأتية من المخزون وحق ضماني في مستحقات تكون عبارة عن موجودات مرهونة أصلية. ونتيجة لذلك، يتعزّز اليقين فيما يتعلق بالقانون المنطبق في تلك الحالة لدى ممولي المخزون الذين يعتمدون على المستحقات باعتبارها عائدات.

٥٧- غير أن لهذا النهج عيوبا كبيرة بالنسبة لمموّل المستحقات. فهو يفضي على سبيل المثال إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الذي يتوقع مموّلو المستحقات تطبيقه على حقوقهم في المستحقات كموجودات مرهونة أصلية. وثمة عيب آخر يتمثل في أن مموّلي المستحقات لا يستطيعون التنبؤ بالقانون المنطبق لأن اختيار القانون الحاكم يتوقف على ما إذا كان النزاع سينشأ مع مموّل المخزون (وفي هذه الحالة فإن قانون مكان المخزون هو المنطبق) أو مع مطالب منافس آخر (وفي هذه الحالة فإن قانون مقر المانح هو المنطبق). ولا يقدّم هذا النهج كذلك أي حل في حالة نشوء نزاع ثلاثي بين مموّل بالمستحقات ومموّل بالمخزون ومطالب منافس آخر. ومن شأن هذا النهج كذلك أن يمنع اختيار قانون مقر المانح باعتباره القانون المنطبق على حق ضماني في مستحقات لأن المستحقات تأتي في كثير من الأحيان من بيع موجودات ملموسة. وقد لا يستطيع حينئذ المموّل بالمستحقات في العديد من الحالات التعويل على قانون مقر المانح.

٥٨- ويتمثل نهج آخر في الرجوع إلى القانون المنطبق على الحقوق الضمانية في موجودات من نوع العائدات نفسه. وفي المثال المقدّم أعلاه، ينطبق قانون الدولة "باء" (قانون مقر المانح) على إنشاء حق ضماني في المستحقات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. وتؤيد اعتبارات البساطة واليقين اختيار هذا النهج إذ إنه يتيح دوما إمكانية تحديد القانون المنطبق بصرف النظر عن الأطراف المتنازعة.

٥٩- بيد أن هناك نهجا ثالثا يجمع بين النهجين المشار إليهما سابقا، فهو يحتفظ بالنهج الثاني بوصفه قاعدة تطبّق على نفاذ الحق الضماني في العائدات تجاه الأطراف الثالثة وأولويته، بينما يطبّق النهج الأول على إنشاء ذلك الحق. وفي إطار هذا النهج الثالث، تخضع مسألة انسحاب الحق الضماني على العائدات لأحكام القانون المنطبق على إنشاء حق في الموجودات المرهونة الأصلية التي تأتّت منها العائدات، بينما يخضع نفاذ الحق الضماني في العائدات تجاه الأطراف الثالثة وأولوية ذلك الحق للقانون الواجب الانطباق على هذه المسائل فيما لو كانت العائدات موجودات مرهونة أصلية.

٦٠- ومن شأن هذا النهج أن يفي بتوقعات الدائن الذي يحصل على حق ضماني في المخزون بمقتضى قانون داخلي ينص على أن ذلك الحق الضماني ينسحب تلقائيا على العائدات. ومن شأنه أيضا أن يفي بتوقعات المموّلين بالمستحقات فيما يتعلق بالقانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في مستحقات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية ونفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. وأخيرا، من شأن هذا النهج أن يكفل للمموّل بالمخزون إمكانية التعويل على القانون الذي يحكم حقه الضماني للبت فيما إذا كان هذا الحق ينسحب على العائدات، ومن شأنه أن يسمح لجميع المطالبين المتنافسين بأن يحددوا على وجه اليقين القانون الذي سيحكم أي نزاع يُحتمل أن ينشأ حول الأولوية. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* بناء على جميع هذه الأسباب (انظر التوصية ٢١٥).

٧- القانون المنطبق على حقوق طرفي الاتفاق الضماني والتزاماتهما

٦١- كما ذُكر آنفا (انظر الفقرة ١٢ أعلاه)، ينحصر نطاق قواعد إنشاء حق ضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته في الجوانب المتعلقة بالملكية (الجوانب العينية) من هذا الحق الضماني. ولا تنطبق هذه القواعد على الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي الاتفاق الضماني، حيث يحكم هذه الحقوق والالتزامات القانونُ الذي يختاره الطرفان، فإن لم يختارا قانونا، فيحكمها القانون الذي يحكم الاتفاق على النحو الذي تحدّده قواعد تنازع القوانين المنطبقة بوجه عام على الالتزامات التعاقدية. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر التوصية ٢١٦). وثمة قواعد متنوعة لتنازع القوانين تنطبق

على الالتزامات التعاقدية. ففي حال عدم اختيار الأطراف أي قانون، مثلا في دولة تسري فيها اتفاقية روما، فإن الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي الاتفاق الضماني سوف تخضع للقانون الأوثق صلة بذلك الاتفاق (انظر الفقرة ١ من المادة ٤ من اتفاقية روما). ويمكن افتراض أن اتفاق القرض، الذي يُمنح بمقتضاه الحق الضماني أيضا، متصل إلى أبعد حد بالدولة التي توجد فيها الإدارة المركزية للطرف المؤدي للالتزام المميز للاتفاق، أو التي بها محل إقامته المعتاد (انظر الفقرة ٢ من المادة ٤ من اتفاقية روما). ويمكن في اتفاق قرض من هذا القبيل أن يكون هذا الطرف هو المقرض، وأما في حالة البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية فقد يكون البائع.

٨- *القانون المنطبق على حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها*

٦٢- تشمل الحقوق الضمانية في الموجودات غير الملموسة بوجه عام أطرافا ثالثة مثل المدين بمستحق أو المدين بمقتضى صك قابل للتداول أو المصرف الوديع في حالة الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو كفيل/مُصدر التعهد المستقل أو المثبِّت له أو الشخص المسمى فيه، أو مُصدر مستند قابل للتداول. وقد لا تكون قواعد تنازع القوانين التي تحكم جوانب الملكية أو إنفاذ الحق الضماني بالضرورة مناسبة لتحديد القانون المنطبق على التزامات الأطراف الثالثة التي قد يرغب الدائن المضمون أن يستخدم إزاءها سبل الانتصاف الناشئة من حقه الضماني. فمن شأن تطبيق هذه القواعد أن يخل بتوقعات الأطراف التي عليها التزام بالسداد أو التزامات أخرى ناشئة فيما يتعلق بالموجودات المرهونة ولكنها لا تشارك في المعاملة التي يتصل بها الاتفاق الضماني.

٦٣- ولا ينبغي، على وجه الخصوص، أن يترتب على رهن المستحقات بحق ضماني إخضاع التزامات المدين بالمستحقات لأحكام قانون يختلف عن القانون الذي يحكم المستحقات. وتسري اعتبارات مماثلة على التزامات المدين بمقتضى صك قابل للتداول، أو على المصرف الوديع أو كفيل/مُصدر التعهد المستقل أو المثبت له أو الشخص المسمى فيه، أو مُصدر مستند قابل للتداول حيثما أنشئ حق ضماني في صك قابل للتداول أو في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي أو في حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل أو مستند قابل للتداول. ومن المقبول عموما أن وجود الحق الضماني لا ينبغي أن يحل محل القانون المنطبق على علاقات جميع هذه الأطراف مع المانح وأن هذا القانون ينبغي أن يحكم أيضا علاقاتهم مع الدائن المضمون. وتتبع قواعد تنازع القوانين التي يوصي بها *الدليل* هذا النهج (انظر التوصية ٢١٧).

٩- *القانون المنطبق على إنفاذ الحق الضماني*

٦٤- في معظم الدول، تخضع المسائل الإجرائية لأحكام قانون الدولة التي تُتخذ فيها الخطوات الإجرائية ذات الصلة. ولكن الإنفاذ قد يتصل بمسائل موضوعية أو إجرائية. وعادة، تستخدم دولة المحكمة قانونها لتحديد ما هو موضوعي وما هو إجرائي. وفيما يلي أمثلة لمسائل تُعتبر بوجه عام مسائل موضوعية: طبيعة ونطاق سبل الانتصاف المتاحة للدائن لإنفاذ حقه الضماني في الموجودات المرهونة؛ وما إذا كان يجوز اللجوء إلى سبل الانتصاف تلك (أو إلى بعضها) بدون إجراءات قضائية؛ والشروط التي ينبغي استيفاؤها لكي يحق للدائن المضمون أن يحصل على حيازة الموجودات ويتصرف فيها (أو

يستصدر أمرا قضائيا للتصرف في الموجودات)؛ وصلاحية الدائن المضمون لتحصيل مستحقات هي موجودات مرهونة؛ والتزامات الدائن المضمون تجاه دائني المانح الآخرين.

٦٥- وحيثما نشأ حق ضماني وأصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون دولة ما، وكان صاحبه يسعى لإنفاذه في دولة أخرى، تُطرح، فيما يتعلق بمسائل الإنفاذ الموضوعية، مسألة القانون الواجب التطبيق لتحديد سبل الانتصاف المتاحة للدائن المضمون. وتصبح للمسألة أهمية عملية كبرى متى اختلفت قواعد الإنفاذ الموضوعية في الدولتين اختلافا كبيرا. فقد يسمح مثلا القانون الذي يحكم الحق الضماني بالإنفاذ عن طريق الدائن المضمون دون اللجوء مسبقا إلى النظام القضائي، بينما قد يستوجب قانون مكان الإنفاذ تدخلا قضائيا مسبقا. ولكل من هذين الحلّين الممكنين لهذه المسألة مزاياه وعيوبه.

٦٦- ويتمثل أحد النهوج في الرجوع في سبل الانتصاف الإنفاذية إلى قانون مكان الإنفاذ، أي قانون دولة المحكمة. ومكان إنفاذ الحق الضماني في الموجودات الملموسة هو، في معظم الحالات، الدولة التي توجد فيها الموجودات، في حين أن مكان إنفاذ الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة كالمستحقات يجوز أن يكون هو الدولة التي يوجد فيها مقر المدين بالمستحق. ومن الأسباب السياساتية التي تؤيد اتباع هذا النهج ما يلي:

(أ) أن قانون سبل الانتصاف سيتطابق مع القانون المنطبق بوجه عام على المسائل الإجرائية؛

(ب) أن قانون سبل الانتصاف سيتطابق، في العديد من الحالات، مع قانون الدولة التي توجد فيها الموجودات موضوع الإنفاذ (ويمكن أن يتطابق أيضا مع القانون الذي يحكم الأولوية إذا كانت قواعد تنازع القوانين في الدولة المعنية تشير إلى ذلك المكان فيما يخص مسائل الأولوية)؛

(ج) أن الاشتراطات ستكون هي نفسها لجميع الدائنين الذين يعتزمون ممارسة الحقوق في مكان الإنفاذ على موجودات المانح بغض النظر عمّا إذا كانت تلك الحقوق داخلية أو خارجية من حيث المنشأ.

٦٧- غير أن اختيار قانون دولة المحكمة يمكن أن يؤدي إلى انعدام اليقين متى كانت الموجودات المرهونة موجودات غير ملموسة؛ إذ لن يكون من الواضح، على سبيل المثال، أين سيتم الإنفاذ إذا كانت الموجودات المرهونة مستحقات. وقد يكون الجواب على هذا التساؤل مثار صعوبات بالغة لأنه يقتضي أن ينص القانون على معايير لتحديد مكان المستحقات (انظر الفقرة ٤١ أعلاه). وعلاوة على ذلك، قد يوجد الدائن المضمون في دولة مختلفة وقت اتخاذ خطوات الإنفاذ الأولى. وعندما يتعلق الأمر بإحالة إجمالية تنطوي على مستحقات على مدينين تقع مقارّهم في عدة دول، فإن قوانين متعدّدة يمكن أن تنطبق على الإنفاذ. وستكون الصعوبة هي نفسها إذا ما تعيَّن تنفيذ إجراء إنفاذ واحد في دولة ما (كإشعار المدين بالمستحقات مثلا) وتنفيذ إجراء آخر في دولة أخرى (كتحصيل المستحقات أو بيعها). وإذا كان الأمر يتعلق بمستحقات آجلة، فإن الدائن المضمون قد يجهل، وقت الإحالة، القانون الذي سيحكم سبل انتصافه الإنفاذية. وربما يكون لانعدام اليقين هذا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق تأثير سلبي على توافر الائتمان وعلى تكاليفه.

٦٨- ومن الشواغل الأخرى أن قانون دولة المحكمة قد لا يتفق مع توقعات الطرفين. فقد يتوقع الطرفان أن حقوقهما والتزاماتهما الناشئة ستغدو، في حالة الإنفاذ، هي الحقوق والالتزامات المنصوص

عليها في القانون الذي تُحدَّد بمقتضاه أولوية الحق الضماني. فعلى سبيل المثال، إذا كان الإنفاذ خارج نطاق القضاء مسموحا به بمقتضى القانون الذي يحكم أولوية الحق الضماني، فينبغي إتاحة سبل الانتصاف هذا كذلك للدائن المضمون في الدولة التي يتعين عليه إنفاذ حقه الضماني فيها، حتى وإن لم يكن ذلك جائزا بوجه عام بمقتضى القانون الداخلي لتلك الدولة.

٦٩- وثمة نهج آخر يتمثل في الرجوع في مسائل الإنفاذ الموضوعية إلى القانون الذي يحكم أولوية الحق الضماني. وميزة هذا النهج أن هذه المسائل وثيقة الصلة بمسائل الأولوية (مثلا الطريقة التي سيُنفذ بها الدائن المضمون حقه الضماني يمكن أن تؤثّر في حقوق المطالبين المنافسين). وقد يكون لهذا النهج ميزة أخرى. فبما أن القانون الذي يحكم الأولوية هو، في كثير من الأحيان، عين القانون الذي يحكم إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة، فإن النتيجة النهائية هي في الغالب أن يحكم قانون واحد مسائل الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية والإنفاذ.

٧٠- وثمة نهج ثالث محتمل يتمثل في اعتماد قاعدة يمكن بمقتضاها للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بين الطرفين أن يحكم أيضا مسائل الإنفاذ. ومن شأن هذا النهج أن يؤدي إلى قانون واجب التطبيق يتفق كثيرا مع توقعات الطرفين. وبالإضافة إلى ذلك، يتطابق القانون الواجب التطبيق، في إطار هذا النهج، وفي كثير من الحالات، مع القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني لأن ذلك القانون عادة ما يُختار باعتباره أيضا قانون التزاماتهما التعاقدية. غير أن هذا النهج يكفل للطرفين عندئذ حرية أن يختار المسائل الإنفاذ قانونا آخر غير قانون دولة المحكمة أو القانون الذي يحكم الأولوية. وهو حل غير ملائم للأطراف الثالثة التي قد لا تكون لديها أي وسيلة للتأكد من طبيعة سبل الانتصاف التي قد يلجأ إليها الدائن المضمون تجاه موجودات مدينهم المشترك. لذا، فإن الرجوع في مسائل الإنفاذ إلى القانون الذي يحكم علاقة الطرفين التعاقدية يستلزم وضع استثناءات تهدف إلى مراعاة مصالح الأطراف الثالثة وكذلك القواعد الإلزامية لدولة المحكمة، أو القانون الذي يحكم الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية.

٧١- وثمة نهج رابع هو محاولة التوفيق بين مزايا النهوج المستندة إلى قانون مكان الإنفاذ (قانون دولة المحكمة) والقانون الذي يحكم الأولوية. ويمكن بمقتضى هذا النهج أن يحكم قانون دولة المحكمة إنفاذ الحق الضماني في الموجودات الملموسة بينما يخضع إنفاذ الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة لأحكام ذات القانون المنطبق على الأولوية. ويوصي *الدليل* بهذا الحل لأنه يصون فوائد استخدام قانون دولة المحكمة فيما يتعلق بالموجودات الملموسة مع تفادي الصعوبات التي تنشأ إذا ما طُبق هذا القانون على الموجودات غير الملموسة (انظر التوصية ٢١٨).

٧٢- وتجدر الإشارة إلى أن قواعد تنازع القوانين بشأن الإنفاذ لا تحكم العلاقة بين الدائن المضمون والأطراف الثالثة المدينة. وكما ورد آنفا (انظر الفقرتين ٦٢ و٦٣ أعلاه)، فإن التزامات هؤلاء الأشخاص تجاه الدائن المضمون يحكمها عموما نفس القانون المنطبق على علاقتهم بالمانح. وبالإضافة إلى ذلك، فإن قواعد تنازع القوانين بشأن الإنفاذ مصمَّمة لتحكم المسائل الموضوعية فحسب ولا تُطبّق على الشؤون الإجرائية (التي لا يمكن أن تنشأ، في بعض الدول، إلا في حالة الإنفاذ القضائي).

١٠- قواعد تحديد المكان والوقت الملائم لذلك

٧٣- نظرا لأن القواعد العامة لتنازع القوانين المتعلقة بالحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة وغير الملموسة تشير إلى مكان الموجودات المرهونة ومقر المانح على التوالي، فمن الضروري أن يكون تحديد مكان كل منهما أمرا سهلا. وعادة ما يُنظر إلى مكان الموجودات الملموسة على أنه مكان وجودها المادي، ولا يلزم وضع قاعدة محددة في هذا الشأن. ولكن هناك حاجة لتحديد مقر المانح. فقد يكون الموطن القانوني ومحل الإقامة لشخص طبيعي في دولتين مختلفتين. وقد يوجد بالمثل المكتب الرئيسي الرسمي لشخصية اعتبارية في دولة أخرى غير الدولة التي يوجد فيها مكان عملها الرئيسي أو مركز اتخاذ القرار فيها.

٧٤- وكما ورد أعلاه، تعرّف اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات مقر المانح كما يلي: مقر المانح هو الدولة التي يوجد فيها مكان عمله، أو إذا كان للمانح أماكن عمل في أكثر من دولة، فالمكان هو الدولة التي يُزاول فيها المانح إدارته المركزية. وإذا لم يكن للمانح مكان عمل، يُشار إلى الدولة التي يوجد فيها محل إقامته المعتاد (انظر الفقرة الفرعية *(ح)* من المادة ٥). ويعرّف *الدليل* مقر المانح على نفس المنوال (انظر التوصية ٢١٩).

٧٥- وأيّا كان عامل الربط المستخدم لتحديد أنسب قواعد تنازع القوانين لأية مسألة معيّنة، فقد يتغير ذلك العامل بعد إنشاء الحق الضماني. فعلى سبيل المثال، عندما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد فيها المكتب الرئيسي للمانح، قد ينقل المانح مكتبه الرئيسي لاحقا إلى دولة أخرى. وبالمثل، عندما يكون القانون المنطبق هو قانون الدولة التي توجد فيها الموجودات المرهونة، قد تُنقل الموجودات إلى دولة أخرى. ومن ثم، يلزم أيضا تحديد الوقت الملائم لتعيين المكان.

٧٦- وإذا لم تعالَج هذه المسألة بصورة محدّدة، فقد تُؤوَّل القواعد العامة لتنازع القوانين بشأن الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية على أنها تعني أنه، في حال تغيّر عامل الربط ذي الصلة، يبقى القانون الحاكم الأصلي ساريا على مسائل الإنشاء (لأنها نشأت قبل التغيّر)، بينما ينطبق القانون الحاكم اللاحق على الأحداث التي تقع بعد ذلك والتي تثير مسألتي النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو الأولوية. وعلى سبيل المثال، حينما يكون القانون المنطبق على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في حق ضماني هو قانون مقر المانح، يُحدَّد نفاذ الحق تجاه ممثل إعسار المانح باستخدام قانون الدولة التي بها المقر الجديد للمانح حين بدء إجراءات الإعسار.

٧٧- بيد أن سكوت القانون بشأن هذه الأمور قد يثير تفسيرات أخرى؛ منها ما قد يذهب مثلا إلى أن القانون الحاكم اللاحق يحكم أيضا الإنشاء بين الطرفين متى وقع نزاع بشأن الأولوية بعد التغيّر. والأساس المنطقي لذلك هو أنه من حق الأطراف الثالثة المتعاملة مع المانح أن تحدّد القانون المنطبق فيما يخص جميع المسائل استنادا إلى عامل الربط الفعلي باعتباره عامل الربط الساري وقت تعاملاتهما.

٧٨- ولذلك يلزم توفير توجيهات بشأن هذه المسائل لتمكين الأطراف المعنية من أن تحدد، على وجه اليقين، ما إذا كان أي تغيّر في عامل الربط يمكن أن يؤدي إلى تطبيق قانون غير القانون الذي تتوقع الأطراف انطباقه إذا كانت لدولة المكان الجديد للموجودات أو المانح قاعدة مختلفة من قواعد تنازع القوانين. ولذلك، يوصي *الدليل* بما يلي: *(أ)* لأغراض تحديد القانون المنطبق على الإنشاء، ينبغي

عادة أن يكون المكان المعني هو مكان الموجودات المرهونة أو المانح وقت الإنشاء المعروف (المزعوم أو المؤكّد) (فعندما تحال نفس المستحقات في مكانين مختلفين، يسري كلا القانونين على الطرفين)؛ و(ب) لأغراض تحديد القانون المنطبق على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، ينبغي أن يكون المكان المعني هو المكان الذي نشأت فيه المسألة (فيحكم قانون المقر الجديد للمانح - المحيل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية). ولكن في حالة النزاعات التي لا تشمل إلا مطالبين متنافسين أصبحت حقوقهم نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل حصول تغيُّر في مكان الموجودات أو في مقر المانح، ينبغي أن تخضع مسائل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية لقانون المكان الأصلي (انظر التوصية ٢٢٠). ويوصي *الدليل* أيضا بأن يُمنح الدائن المضمون (المحال إليه في حالة المستحقات) الذي يستوفي الشروط المتعلقة بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة في المقر الأول للمانح (المحيل في حالة المستحقات) فترة زمنية قصيرة لجعل حقوقه الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون المقر الجديد للمانح بغية الحفاظ على نفاذ حقوقه تجاه الأطراف الثالثة وأولويتها (فيكون المانح - المحيل الأول محميا؛ انظر التوصية ٤٥).

١١- *السياسة العامة والقواعد الملزمة دوليا*

٧٩- وفقا لقواعد تنازع القوانين في العديد من الدول، لا يجوز لدولة المحكمة أن ترفض تطبيق القانون المحدد بمقتضى قواعد تنازع القوانين التي تعمل بها إلا إذا كان أثر هذا التطبيق مخالفا بوضوح للسياسة العامة لدولة المحكمة أو للأحكام الإلزامية لقانون دولة المحكمة حتى في الحالات الدولية. والغرض من هذه القاعدة هو المحافظة على المبادئ الأساسية للعدالة في دولة المحكمة. فإذا لم يكن بالإمكان، بمقتضى القانون في دولة المحكمة، إنشاء حق ضماني في مستحقات التقاعد على سبيل المثال، وكان ذلك من مسائل السياسة العامة في دولة المحكمة، جاز لتلك الدولة أن ترفض تطبيق أي حكم من أحكام القانون المنطبق يعترف بإنشاء مثل ذلك الحق (انظر التوصية ٢٢٢). ولكن هذا المبدأ لا ينبغي أن يسمح لدولة المحكمة بتطبيق قواعدها الخاصة بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو الأولوية محل قواعد القانون الواجب التطبيق (انظر التوصية ٢٢٢، الفقرة الفرعية *(ج)*). ويتعين على دولة المحكمة أن تطبق أحكاما أخرى من القانون الواجب التطبيق للبت في النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية. ويُبرَّر هذا النهج بالحاجة إلى تحقيق اليقين فيما يتعلق بالقانون المنطبق على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية. ويُتَّبع النهج نفسه في المواد ٢٣، الفقرة ٢، و٣٠ الفقرة ٢، و٣١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات. وهو متّبع كذلك في الفقرة ٣ من المادة ١١ من اتفاقية لاهاي للأوراق المالية.

١٢- *أثر بدء إجراءات الإعسار على القانون المنطبق على الحقوق الضمانية*

٨٠- قد يثير تحديد القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وحقوق ما بعد التقصير للدائن المضمون مسائل إضافية عندما تبدأ إجراءات الإعسار في دولة ما بينما توجد بعض موجودات المدين أو يوجد مقر بعض الدائنين في دولة أخرى، أو عندما تبدأ إجراءات الإعسار في دولتين مختلفتين بسبب الطبيعة المتعددة الجنسيات لعمل المدين. بيد أن قوانين غالبية الدول تنص في كلتا الحالتين على أن القواعد العامة لتنازع القوانين المنطبقة خارج نطاق إجراءات الإعسار تحكم هذه المسائل، رهنا بالقيود الواردة أدناه. وتتمشى هذه النتيجة مع التوصية ٣٠ من دليل

الأونسيترال للإعسار التي تنص على أن الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (أي دولة المحكمة) ينبغي أن تطبق قواعدها الخاصة بتنازع القوانين لتحديد قانون الدولة الذي يحكم مسائل مثل صحة ونفاذ الحقوق والمطالبات (بما في ذلك الحقوق الضمانية) القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار (انظر أيضا التوصية ٢٢٣ من *الدليل*).

٨١- وحالما تُحدَّد صحة الحق الضماني ونفاذه بموجب قانون غير قانون الإعسار منطبق خارج إجراءات الإعسار بمقتضى قواعد تنازع القوانين لدولة المحكمة، تُطرح مسألة ثانية تتعلق بأثر بدء إجراءات الإعسار في أولوية الحقوق الضمانية. ومن المعهود أن يحكم قانون الإعسار للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون دولة محكمة الإعسار) بدء تلك الإجراءات، وتسييرها، بما في ذلك تحديد مراتب المطالبات، وإدارتها واختتام الإجراءات (وهو ما يُعرف بعبارة "آثار الإعسار") (انظر التوصية ٣١ من دليل الأونسيترال للإعسار). وقد يتمثل أثر ذلك في تغيير الأولوية النسبية التي يتمتع بها الحق الضماني بمقتضى قانون المعاملات المضمونة، وقد ينشئ أيضا فئات من المطالبات تتلقى حصصا توزع قبل الحق الضماني في إجراءات الإعسار. وبالإضافة إلى ذلك، قد يخضع الحق الضماني لأحكام الإبطال المنصوص عليها في قانون الإعسار لدولة المحكمة (انظر التوصية ٨٨ من دليل الأونسيترال للإعسار)، بغض النظر عن مسائل الأولوية.

٨٢- وفي حين أن آثار إجراءات الإعسار على الحقوق الضمانية يحكمها عادة قانون دولة محكمة الإعسار، توجد استثناءات اعتمدتها بعض الدول. فعلى سبيل المثال، يمكن لدولة المحكمة أن تقبل بقانون الإعسار المطبق في الدولة التي توجد فيها ممتلكات غير المنقولة (قانون دولة الموجودات) فيما يتعلق بآثار الإعسار على الحق الضماني في ملحقات الممتلكات غير المنقولة. وترد مناقشة أكثر تفصيلا لهذه الاستثناءات في دليل الأونسيترال للإعسار (انظر الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرات ٨٥-٩١)، لكن ذلك *الدليل* لا يوصي باعتماد قاعدة قانون الأخذ بقانون موقع المال فيما يتعلق بآثار الإعسار عند تطبيقها على ملحقات الممتلكات غير المنقولة أو حتى على الممتلكات المنقولة عموما. وعوضا عن ذلك، يوصي *الدليل* عموما بأن أي استثناءات على انطباق قانون محكمة الإعسار على آثار الإعسار ينبغي أن تكون محدودة العدد ومبيّنة بوضوح في قانون الإعسار (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرة ٨٨، والتوصية ٣٤).

باء- ملاحظات خاصة بالدول المتعددة الوحدات

٨٣- يشير مصطلح "الدولة" في هذا *الدليل* إلى دولة ذات سيادة. ولكن التساؤل يثار حول القانون المنطبق إذا كانت قاعدة تنازع القوانين تشير في مسألة ما إلى دولة تتألف من أكثر من وحدة إقليمية لكل منها نظامها القانوني الخاص بها فيما يتعلق بتلك المسألة. وقد ينطبق ذلك على الدول الاتحادية التي يندرج فيها بوجه عام قانون المعاملات المضمونة ضمن إطار السلطة التشريعية لوحداتها الإقليمية. ولكي تسري قواعد تنازع القوانين عندما يكون القانون المنطبق هو قانون تلك الدولة (حتى وإن لم تكن دولة المحكمة متعدّدة الوحدات)، فمن الضروري تحديد الوحدة الإقليمية التي سينطبق قانونها.

٨٤- وعادة ما يقصد بالإشارة إلى قانون الدولة المتعددة الوحدات القانون الساري في الوحدة الإقليمية ذات الصلة، المحدّدة استنادا إلى عامل الربط المنطبق (مثل مكان الموجودات أو مقر المانح). وعلى سبيل المثال، إذا كان القانون المنطبق هو قانون دولة متعددة الوحدات مؤلّفة من ثلاث وحدات إقليمية ("ألف" و"باء" و"جيم")، فإن الإشارة إلى قانون مقر المانح باعتباره القانون المنطبق على حق ضماني في

مستحقات يعني الإشارة إلى قانون الوحدة "ألف" إذا كان مكان الإدارة المركزية للمانح يوجد في الوحدة "ألف" (انظر التوصية ٢٢٤).

٨٥- وللحفاظ على اتساق القواعد الداخلية لتنازع القوانين في دولة متعدّدة الوحدات، يعتمد *الدليل* نهجا تتبعه العديد من الاتفاقيات الدولية ويوصي بأن تبقى هذه القواعد منطبقة، ولكن داخليا فقط (انظر التوصية ٢٢٥). وباستخدام المثال الوارد في الفقرة السابقة يجوز، إذا كان مقر المانح في الوحدة "ألف" التابعة لدولة متعدّدة الوحدات، أن يطبق قانون الوحدة "باء" عندما تشير قواعد تنازع القوانين الداخلية للوحدة "ألف" إلى قانون الوحدة "باء" على أنه القانون الواجب التطبيق. وقد يكون الأمر كذلك إذا كانت قواعد تنازع القوانين في الوحدة "ألف" تتوخّى (على غرار *الدليل*) أن يحكم قانون مقر المانح نفاذ حق ضماني في مستحقات تجاه الأطراف الثالثة وأولوية هذا الحق، ولكنها تعرّف المقر بشكل مختلف. وإذا كان مقر المانح، كما يُعرّفه *الدليل* (أي مكان الإدارة المركزية) يوجد في الوحدة "ألف" ولكن قانون الوحدة "ألف" يعرّف مقر المانح على أنه مكان مكتبه الرئيسي الرسمي وكان مكان المكتب الرئيسي الرسمي للمانح في الوحدة "باء"، فإن قانون الوحدة "باء" هو الذي يحكم نفاذ الحق الضماني في المستحقات تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. ويبدو أن في ذلك خروجا عن القاعدة العامة المتعلقة باستبعاد الإحالة إلى قانون آخر (انظر التوصية ٢٢١). ولكن هذا الخروج يقتصر على إحالة داخلية مما لا يمس اليقين فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق. وفي المثال الوارد أعلاه، قد لا يُرجع إلى أي قانون غير قانون الوحدة "ألف" إذا كان المكتب الرئيسي الرسمي للمانح يوجد في دولة أخرى غير الدولة التي تنتمي إليها الوحدة "ألف".

٨٦- ولا تنطبق هذه القواعد الخاصة بالدول المتعددة الوحدات إلا على المسائل التي تحكمها، في تلك الدولة، قوانين وحداتها الإقليمية. ومن ثم، فلن يكون لهذه القواعد، على سبيل المثال، أثر في دولة اتحادية ينص دستورها على أن مسائل المعاملات المضمونة تحكمها القوانين الاتحادية.

٨٧- وعند التعامل مع القانون المنطبق على الحقوق الضمانية في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، يقدِّم *الدليل* توصيتين بديلتين (لمناقشة هذين البديلين، انظر الفقرات ٤٩-٥١ أعلاه). ففي إطار البديل ألف، يصبح القانون الواجب التطبيق عندما يكون للمصرف الذي يحتفظ بالحساب أماكن عمل في أكثر من دولة واحدة قانون الدولة التي يوجد فيها الفرع الذي يحتفظ بالحساب (انظر التوصية ٢١٠، البديل ألف). ونتيجة لذلك، لا يتأثر تحديد القانون الواجب التطبيق بكون الدولة وحدة واحدة أو متعددة الوحدات. غير أنه في إطار البديل باء، يمكن للطرفين في بعض الحالات اختيار القانون المنطبق على الحساب. ومن ثم، ففي حالة دولة متعددة الوحدات، تكون الإشارات إلى "الدولة" في التوصية ٢١٠ إشارة إلى الوحدة الإقليمية، ويكون من الضروري أن ينص القانون على قواعد إضافية تحكم تحديد الوحدة الإقليمية ذات الصلة (انظر التوصيتين ٢٢٦ و٢٢٧).

جيم- التوصيات ٢٠٣-٢٢٧*

الغرض

الغرض من أحكام تنازع القوانين هو تحديد القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته؛ وحقوق والتزامات المانح والدائن المضمون والأطراف الثالثة قبل التقصير وبعده.[٢]

* أُعدت التوصيات المتعلقة بتنازع القوانين بالتعاون الوثيق مع المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

[٢] مسائل تنازع القوانين المتعلقة بتمويل الاحتياز يتناولها الفصل التاسع، بينما يتناول هذا الفصل والفصل الثاني عشر مسائل تنازع القوانين المتعلقة بالإعسار.

١- توصيات عامة

القانون المنطبق على الحق الضماني في الموجودات الملموسة

٢٠٣- ينبغي أن ينص القانون[٣] على أن القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في موجودات ملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته هو قانون الدولة التي يقع فيها مكان هذه الموجودات، باستثناء ما تنص عليه التوصيات ٢٠٤-٢٠٧ و٢١١.

٢٠٤- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح هو القانون المنطبق على المسائل المذكورة في التوصية ٢٠٣ فيما يتعلق بالحق الضماني في موجودات ملموسة من النوع الذي يُستخدم عادة في أكثر من دولة.

٢٠٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجودات ملموسة خاضعا للتسجيل في سجل متخصص أو للتأشير بشأنه في شهادة ملكية، كان القانون المنطبق على المسائل المذكورة في التوصية ٢٠٣ هو قانون الدولة التي يُحتفظ بالسجل أو تُصدر شهادة الملكية تحت سلطتها.

٢٠٦- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون الواجب التطبيق على أولوية الحق الضماني في الموجودات الملموسة، الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة مستند قابل للتداول، على حق ضماني منافس جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى، هو قانون الدولة التي يقع فيها مكان المستند.

القانون المنطبق على الحق الضماني في الموجودات الملموسة العابرة أو المراد تصديرها

٢٠٧- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الموجودات الملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) العابرة أو المراد تصديرها من الدولة التي تكون موجودة فيها وقت إنشاء الحق الضماني يجوز إنشاؤه وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون الدولة التي يقع فيها مكان الموجودات وقت الإنشاء على النحو المنصوص عليه في التوصية ٢٠٣ أو بمقتضى قانون دولة المقصد النهائي للموجودات، شريطة أن تصل تلك الموجودات إلى تلك الدولة في غضون [مدة قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد إنشاء الحق الضماني.

القانون المنطبق على الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة

٢٠٨- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح يحكم إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته.

القانون المنطبق على الحق الضماني في المستحقات الناشئة من بيع ممتلكات غير منقولة أو تأجيرها أو معاملة مضمونة باتفاق ضماني تتصل بممتلكات غير منقولة

٢٠٩- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الدولة التي يقع فيها مقر المحيل يحكم إنشاء الحق الضماني في مستحق ناشئ من بيع أو تأجير ممتلكات غير منقولة أو من معاملة مضمونة باتفاق ضماني تتصل بممتلكات غير منقولة ونفاذ ذلك الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. أمّا التنازع على الأولوية المتعلّق بحقوق مطالب منافس مسجّلة في سجل الممتلكات غير المنقولة فيحكمه قانون الدولة التي يُحتفظ بالسجل تحت سلطتها. ولا تنطبق القاعدة الواردة في الجملة السابقة إلا إذا كان يُعتدّ بالتسجيل، بموجب ذلك القانون، في تقرير أولوية الحق الضماني في المستحق.

[٣] "القانون" في هذا الفصل يعني قانون المعاملات المضمونة أو أي قانون آخر يجوز للدولة أن تدرج فيه أحكام تنازع القوانين.

القانون المنطبق على الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

٢١٠- ينبغي أن ينص القانون على أن مسائل إنشاء الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، ونفاذ ذلك الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، وأولويته وإنفاذه، علاوة على حقوق المصرف الوديع وواجباته فيما يتعلق بذلك الحق الضماني، يحكمها:

البديل ألف*

قانونُ الدولة التي يوجد فيها مكان عمل المصرف الذي يحتفظ بالحساب المصرفي. وإذا كانت للمصرف أماكن عمل في أكثر من دولة واحدة، اعتُدّ بالمكان الذي يوجد فيه الفرع المحتفظ بالحساب.

البديل باء

قانونُ الدولة التي ذُكر صراحة في اتفاق الحساب أنها الدولة التي يحكم قانونها ذلك الاتفاق، أو قانونٌ آخر إذا كان اتفاق الحساب ينص صراحة على انطباق ذلك القانون الآخر على جميع تلك المسائل. بيد أن قانون الدولة الذي يتقرَّر وفقا للجملة السابقة لا ينطبق إلا إذا كان لدى المصرف الوديع، وقت إبرام اتفاق الحساب، مكتب في تلك الدولة يزاول نشاطا منتظما في مجال حفظ الحسابات المصرفية. وإذا لم يتقرر القانون المنطبق وفقا للجملتين السابقتين، وجب تقريره وفق القواعد الاحتياطية التي تستند إلى المادة ٥ من اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط.[٤]

وتخضع هذه التوصية للاستثناء المنصوص عليه في التوصية ٢١١.

القانون المنطبق على نفاذ الحق الضماني في أنواع محدَّدة من الموجودات تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل

٢١١- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كانت الدولة التي يقع فيها مقر المانح تعترف بالتسجيل كطريقة لتحقيق نفاذ الحق الضماني في صك قابل للتداول أو حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة، كان قانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح هو القانون المنطبق على مسألة البت في ما إذا كان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قد تحقّق بواسطة التسجيل بمقتضى قوانين تلك الدولة.

القانون المنطبق على الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل

٢١٢- ينبغي أن ينص القانون على أنَّ قانون الدولة المحددة في التعهّد المستقل الصادر عن الكفيل/المُصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمى يحكم ما يلي:

(أ) حقوقَ وواجبات الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمّى الذي تلقى طلبا بالإقرار أو قام، أو قد يقوم، بالسداد أو بإعطاء قيمة بطريقة أخرى بمقتضى تعهّد مستقل؛

(ب) الحقَّ في إنفاذ حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمّى؛

(ج) نفاذَ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة وأولويتَه، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٢١٣.

٢١٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا لم يحدَّد القانون الواجب التطبيق في التعهّد المستقل الصادر عن الكفيل/المُصدر أو المثبِّت، كان القانونُ الذي يحكم المسائل المشار إليها في التوصية ٢١٢ هو قانون الدولة التي يقع فيها فرع الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو مكتبه المذكور في التعهّد المستقل. غير أنه في حالة الشخص

[٤] "القانون" في هذا الفصل يعني قانون المعاملات المضمونة أو أي قانون آخر يجوز للدولة أن تدرج فيه أحكام تنازع القوانين.

*يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ٢١٠.

المسمّى يكون القانونُ الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يقع فيها فرع الشخص المسمّى أو مكتبه الذي يسدّد أو يعطي قيمة بطريقة أخرى بمقتضى التعهّد المستقل.

٢١٤- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون الذي يحكم إنشاء الحق الضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو مطالبة أخرى، مكفولة السداد أو الأداء بطريقة أخرى بموجب تعهّد مستقل، ونفاذ ذلك الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، هو أيضا القانون المنطبق على مسألة ما إذا كان الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهّد المستقل ينشأ ويصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا وفقا لما تنص عليه التوصيتان ٢٥ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) و٤٨ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة).

القانون المنطبق على الحق الضماني في العائدات

٢١٥- ينبغي أن ينص القانون على أنّ:

(أ) القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات هو القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية التي تأتت منها العائدات؛

(ب) القانون المنطبق على أولوية الحق الضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة هو القانون المنطبق على أولوية الحق الضماني في موجودات من نفس نوع العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة.

القانون المنطبق على حقوق المانح والدائن المضمون والتزاماتهما

٢١٦- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون المنطبق على حقوق المانح والدائن المضمون والتزاماتهما المتبادلة الناشئة عن الاتفاق الضماني، هو القانون الذي اختاراه، وإذا لم يختارا أي قانون كان القانون المنطبق هو القانون الذي يحكم الاتفاق الضماني.

القانون المنطبق على حقوق والتزامات الأطراف الثالثة المدينة والدائنين المضمونين

٢١٧- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون المنطبق على المستحق أو الصك القابل للتداول أو المستند القابل للتداول هو أيضا القانون المنطبق على:

(أ) العلاقة بين المدين بالمستحق والمحال إليه المستحق، والعلاقة بين المدين بمقتضى صك قابل للتداول وحائز حق ضماني في ذلك الصك؛

(ب) الشروط الواجب توافرها ليتسنى التذرع بإحالة المستحق أو بحق ضماني في الصك القابل للتداول أو بحق ضماني في المستند القابل للتداول تجاه المدين بالمستحق أو المدين بمقتضى الصك القابل للتداول أو مُصدِر المستند القابل للتداول (بما في ذلك ما إذا كان يجوز للمدين بالمستحق أو المدين بمقتضى الصك القابل للتداول أو مُصدر المستند القابل للتداول أن يتمسك باتفاق مانع للإحالة)؛

(ج) مسألة ما إذا كانت التزامات المدين بالمستحق أو المدين بمقتضى الصك القابل للتداول أو مصدر المستند القابل للتداول قد استوفيت.

القانون المنطبق على إنفاذ الحق الضماني

٢١٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصية ٢٢٣، يكون القانون المنطبق على المسائل التي تتصل بإنفاذ الحق الضماني:

(أ) في الموجودات الملموسة، هو قانون الدولة التي يحدث فيها الإنفاذ؛

(ب) في الممتلكات غير الملموسة، هو القانون المنطبق على أولوية الحق الضماني.

معنى "مقر" المانح

٢١٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه، لأغراض أحكام تنازع القوانين، يكون مقر المانح واقعا في الدولة التي يوجد فيها مكان عمله. وإذا كان للمانح مكان عمل في أكثر من دولة، كان مكان عمله هو المكان الذي تزاوَل فيه إدارته المركزية. وإذا لم يكن للمانح مكان عمل اعتُدّ بمكان إقامته المعتاد.

الوقت الذي يعتد به لتحديد المكان أو المقر

٢٢٠- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) باستثناء ما تنص عليه الفقرة الفرعية *(ب)* من هذه التوصية، يُقصد بالإشارات إلى مكان الموجودات أو مكان المانح في أحكام تنازع القوانين، فيما يخص مسائل الإنشاء، مكان أي منهما وقت الإنشاء المفترض للحق الضماني، ويقصد بها فيما يخص مسائل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، مكان أي منهما وقت نشوء المسألة؛

(ب) إذا كانت حقوق جميع المطالِبين المنافسين في الموجودات المرهونة قد أنشئت وجُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل تغيير مكان الموجودات أو مكان المانح، فإن الإشارات الواردة في أحكام تنازع القوانين إلى مكان الموجودات أو مكان المانح يقصد بها، فيما يخص مسألتي النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، مكان أي منهما قبل ذلك التغيير.

استبعاد الإحالة إلى قانون آخر

٢٢١- ينبغي أن ينص القانون على أن الإحالة في أحكام تنازع القوانين إلى "قانون" دولة أخرى بوصفه القانون المنطبق على مسألة ما، إنما يقصد بها القانون النافذ في تلك الدولة بخلاف أحكامها المتعلقة بتنازع القوانين.

السياسة العامة والقواعد الملزمة دوليا

٢٢٢- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) لا يجوز للمحكمة أن ترفض تطبيق القانون الذي يقرَّر بمقتضى أحكام تنازع القوانين إلا إذا كانت نتائج تطبيقه تتعارض تعارضا صارخا مع السياسة العامة للمحكمة؛

(ب) لا تحول أحكام تنازع القوانين دون تطبيق أحكام قانون مكان التقاضي التي يجب، بصرف النظر عن أحكام تنازع القوانين، أن تطبَّق حتى على الحالات الدولية؛

(ج) لا تسمح القواعد الواردة في الفقرتين الفرعيتين *(أ)* و*(ب)* من هذه التوصية بتطبيق أحكام قانون مكان التقاضي على نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وأولويته.

تأثير بدء إجراءات الإعسار على القانون المنطبق على الحقوق الضمانية

٢٢٣- ينبغي أن ينص القانون على ألا تُستبعد، عند البدء بإجراءات الإعسار، أحكام تنازع القوانين التي تحدد القانون الواجب تطبيقه على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وإنفاذه (وفي سياق النهج غير الوحدوي، حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي). غير أن هذا الحكم ينبغي أن يكون مرهونا بما يترتب في هذه المسائل من آثار نتيجة تطبيق قانون الإعسار في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون محكمة الإعسار) على مسائل من قبيل الإبطال، أو معاملة الدائنين المضمونين، أو تحديد مراتب المطالبات، أو توزيع العائدات.[٥]

[٥] انظر التوصية ٣١ من دليل الأونسيترال للإعسار.

٢- توصيات خاصة عندما يكون القانون المنطبق هو قانون دولة متعددة الوحدات

٢٢٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه في الحالات التي يكون فيها القانون المنطبق على مسألة ما هو قانون دولة متعددة الوحدات، رهنا بالتوصية ٢٢٥، تكون الإشارات إلى قانون دولة متعددة الوحدات إشارات إلى قانون الوحدة الإقليمية ذات الصلة (التي تتقرر استنادا إلى مقر المانح أو مكان الموجودات المرهونة وإلا فبمقتضى أحكام تنازع القوانين) وإلى قانون الدولة المتعددة الوحدات ذاته، ما دام معمولا به في تلك الوحدة.

٢٢٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه، في إطار أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين، إذا كان القانون الساري في دولة متعددة الوحدات أو في إحدى وحداتها الإقليمية هو القانون المنطبق، تُحدِّد الأحكام الداخلية لتنازع القوانين السارية في تلك الدولة المتعددة الوحدات أو في الوحدة الإقليمية ما إذا كان يتعيَّن تطبيق الأحكام الموضوعية من قانون الدولة المتعددة الوحدات أو من قانون وحدة إقليمية معينة من تلك الدولة.

٢٢٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان صاحب الحساب والمصرف الوديع قد اختارا قانون وحدة إقليمية معينة من دولة متعددة الوحدات ليكون القانون المنطبق على اتفاق الحساب:

(أ) كانت الإشارتان إلى "الدولة" في الجملة الأولى من التوصية ٢١٠ (البديل باء) إشارتين إلى تلك الوحدة الإقليمية؛

(ب) كانت الإشارتان إلى "الدولة" و"تلك الدولة" في الجملة الثانية من التوصية ٢١٠ (البديل باء) إشارتين إلى الدولة المتعددة الوحدات ذاتها.

٢٢٧- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الوحدة الإقليمية هو القانون المنطبق إذا:

(أ) كان القانون المسمّى، بمقتضى التوصيتين ٢١٠ (البديل باء) و٢٢٦، هو قانون وحدة إقليمية من دولة متعددة الوحدات؛

(ب) كان قانون تلك الدولة يقضي بألا ينطبق قانون الوحدة الإقليمية إلا إذا كان للمصرف الوديع مكتب داخل تلك الوحدة الإقليمية يفي بالشرط المنصوص عليه في الجملة الثانية من التوصية ٢١٠ (البديل باء)؛

(ج) كان الحكم المذكور في الفقرة الفرعية *(ب)* من هذه التوصية ساريا وقت إنشاء الحق الضماني في الحساب المصرفي.[٦]

[٦] لا تحتاج إلى اعتماد التوصيتين ٢٢٦ و٢٢٧ سوى الدولة التي تعتمد البديل باء من التوصية ٢١٠.

حادي عشر- الفترة الانتقالية

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- تَناول الفصلُ السابق "تنازعَ القوانين"، أي مجموعةَ القواعد التي تُحدّد القواعد الموضوعية التي تنطبق في الواقع عندما يَكون هناك نظامان قانونيان أو أكثر لهما قواعد موضوعية يمكن أن تسري على معاملة معيّنة. وكثيرا ما توصف قواعد تنازع القوانين هذه بأنها قواعد تحكم تنازع القوانين "في المكان" تمييزا لها عن نوع مختلف من قواعد تنازع القوانين، أي تلك التي تحكم تنازع القوانين "في الزمان". فجميع الإجراءات التشريعية تثير مسائلَ تتعلق بتنازع القوانين في الزمان. ومن ثَم توجد لدى معظم الدول مبادئ راسخة تحدّد، مثلا، الوقت الذي يدخل فيه قانون جديد حيّز النفاذ وأثر ذلك القانون على الحقوق المكتسبة بموجب قانون سابق ونطاق انطباقه على العلاقات القانونية القائمة. غير أنه عندما يُرتأى إجراء إصلاح كبير على القانون القائم، فعادة ما تدرج الدول في القانون الجديد مجموعة من القواعد المحدّدة التي تحكم تنازع القوانين في الزمان حال نشوئها في سياق بدء نفاذ القانون الجديد. وتُسمَّى هذه القواعد عادة "أحكاما انتقالية". وبالنظر إلى نطاق الفصول السابقة، يوصي *الدليل* بأن تعتمد الدول مجموعة من الأحكام الانتقالية المُصمَّمة خصيصا لتلائم القانون الجديد الذي تسنّه.

٢- ومن المرجّح أن يختلف قانون المعاملات المضمونة الجديد الذي يعكس التوصيات الواردة في *الدليل* اختلافا كبيرا عن قانون المعاملات المضمونة السابق. وسيكون لتلك الاختلافات أثر واضح على أي اتفاقات يبرمها المانحون والدائنون المضمونون بعد سَنّ القانون الجديد. غير أن كثيرا من المعاملات التي تُبرَم بموجب القانون السابق ستتواصل بعد بدء نفاذ القانون الجديد. وفي ضوء الاختلافات بين النظامين القانونيين السابق والجديد، واستمرار وجود معاملات وحقوق ضمانية أنشئت بموجب القانون السابق، من المهم، لكي ينجح القانون الجديد، أن يتضمن قواعد عادلة وفعّالة تحكم الانتقال من القانون السابق إلى القانون الجديد. وثمة حاجة مماثلة إلى قواعد انتقالية عندما يكون قانون دولة مختلفة (أي مختلفة عن الدول التي يحكم قانونها تلك المسألة بموجب قواعد تنازع القوانين في القانون الجديد)، بموجب قواعد تنازع القوانين في القانون السابق، هو الذي يحكم إنشاء حق ضماني أو نفاذه تجاه الأطراف الثالثة أو أولويته. فعلى سبيل المثال، قد تشير قواعد تنازع القوانين في القانون السابق إلى قانون مَقرّ المَدين بالتزام فيما يخص مسائل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، بينما قد تشير قواعد تنازع القوانين في القانون الجديد إلى قانون مقر مانح الحق الضماني.

٣- ويجب تناول مسألتين أساسيتين تتعلقان بالانتقال من القانون السابق إلى القانون الجديد. أما الأولى، فهي أن القانون الجديد ينبغي أن ينص على التاريخ الذي يدخل فيه (أو التواريخ التي تدخل فيها مختلف أجزائه) حيز النفاذ ("تاريخ النفاذ")، مثلما هو مذكور في الباب ألف-٢. وأما الثانية، فهي أن القانون الجديد، مثلما هو مذكور في الباب ألف-٣، ينبغي أيضا أن يحدِّد إلى أي مدى يسري القانون الجديد، بعد تاريخ النفاذ، على المعاملات أو الحقوق الضمانية التي كانت موجودة قبل تاريخ النفاذ. وترد المبادئ الخاصة التي تحكم مختلف الحالات الانتقالية في الباب ألف-٤. ويُختتم الفصل، في الباب-باء، بمجموعة من التوصيات.

٢- *تاريخ نفاذ القانون الجديد*

٤- يجب مراعاة عدد من العوامل في تحديد تاريخ نفاذ القانون الجديد. فالتحقيق الفوري للمزايا الاقتصادية التي ينطوي عليها القانون الجديد سبَبٌ يحدو بالدول إلى وضع القانون الجديد موضع النفاذ بأسرع ما يمكن بعد سنّه. غير أن هذه المزايا يجب أن تتوازن مع ضرورة تفادي إحداث عدم استقرار أو زعزعة في الأسواق التي سوف يحكمها القانون الجديد. ويجب منح الأطراف المشاركة في السوق الوقت الكافي للتحضير لإجراء معاملات في إطار القانون الجديد قد تختلف اختلافا كبيرا من حيث الشكل والمضمون عن المعاملات في إطار القانون السابق. ومن ثم، وتبعا لمدى طرح القانون الجديد على بساط المناقشة العامة، فقد تُقرّر دولة ما ألاّ يبدأ تاريخ نفاذ القانون الجديد فور سنِّه. أي أن الدول يمكنها أن تُحدِّد تاريخ نفاذ القانون الجديد في غضون فترة زمنية معقولة بعد سَنّه، لكي يتسنّى لتلك الأسواق والأطراف المشارِكة فيها أن تُكيّف سلوكها تحضيرا للقواعد الجديدة وأن تضمن إمكانية إعداد وتقديم برامج تثقيفية مناسبة للقضاة والمحكّمين والمحامين وأصحاب الأعمال.

٥- ويجوز للدول، عند اختيار تاريخ النفاذ، أن تراعي عوامل شتى منها ما يلي: *(أ)* تأثير تاريخ النفاذ على القرارات الائتمانية؛ *(ب)* وزيادة الفوائد المتحققة نتيجة القانون الجديد إلى أقصى حد؛ *(ج)* والترتيبات الرقابية والمؤسسية والتعليمية وغيرها من الترتيبات أو تحسينات البنى التحتية الضرورية التي يتعيّن على الدولة الاضطلاع بها؛ *(د)* وحالة القانون الذي كان قائما من قبل وغيره من البنى التحتية؛ *(هـ)* ومواءمة القانون الجديد المتعلق بالمعاملات المضمونة مع القوانين الأخرى؛ *(و)* والقيود الدستورية على المفعول الرجعي للقانون الجديد، إن وُجدت؛ *(ز)* والممارسة الموحدة أو المناسبة لبدء نفاذ القانون الجديد (مثلا في اليوم الأول من شهر ما).

٦- وتعتمد الدول عموما واحدة من ثلاث طرائق لبدء إنفاذ القانون في تاريخ ما بعد سَنّه. فأولا، ينُص القانون العام أو القانون الاشتراعي أحيانا على أنّ نفاذ القانون الجديد سوف يبدأ في تاريخ مقبل يُحدَّد بمقتضى "مرسوم" أو "إعلان رسمي". وثانيا، وفي حالات أخرى، يحدّد القانون نفسه ذلك التاريخ اللاحق. فمثلا، إذا سُنّ قانون في ١٧ كانون الثاني/ يناير من سنة معيّنة، يمكن أن ينص ذلك القانون ببساطة على بدء نفاذه في ١ أيلول/سبتمبر من السنة ذاتها. وثالثا، كثيرا ما يتضمن القانون صيغة محدّدة تُقرّر تاريخ نفاذه. وثمة أمثلة عديدة على كيفية استخدام الصيغ. ومن الأمثلة على إحدى الصيغ أن يكون تاريخ النفاذ هو اليوم الأول من الشهر التقويمي الذي يلي انقضاء ستة أشهر على تاريخ سنّ القانون. ويمكن أن تشير صيغة أخرى إلى اليوم الأول من كانون الثاني/يناير أو تموز/يوليه، أيهما كان أسبق، بعد انقضاء ستة أشهر على تاريخ سن القانون. وهناك نوع آخر من الصيغ غالبا ما يُستخدم عندما يكون من الضروري تأجيل تاريخ النفاذ لإتاحة الوقت لإنشاء بنية تحتية تقنية، مثل استحداث سِجل محوسب. وفي هذه الحالات، غالبا ما تلجأ الدول إلى إصدار "مرسوم" يفيد مثلا بأن تاريخ بدء العمل بالسجل هو نقطة بداية التأجيل لمدة ستة أشهر. ولا يتخذ *الدليل* موقفا بشأن الطريقة التي ينبغي للدول استخدامها من بين هذه الطرائق، لأنها مسألة تخضع حتما للممارسة الوطنية؛ ولكنه يوصي الدول، مع ذلك، إما بأن تحدّد تاريخ النفاذ، سواء في القانون أو في إعلان رسمي يرافقه، أو تبيِّن صيغة لتحديد تاريخ النفاذ في قانون المعاملات المضمونة نفسه (انظر التوصية ٢٢٨).

٣- النهج العام المتبع إزاء الحقوق المكتسبة

٧- لمّا كانت الالتزامات المضمونة قابلة للسداد على مدى فترة زمنية معيّنة في غالب الأحيان، فمن المحتمل أن تظلّ حقوق كثيرة أنشئت قبل تاريخ النفاذ قائمة بعد ذلك التاريخ، بحيث تضمن الديون التي لم تسدَّد بالكامل بعد. ولهذا يجب أن تنظر الدول أيضا في ما إذا كان القانون الجديد ينطبق على المسائل التي تنشأ بعد تاريخ النفاذ عندما تتعلق تلك المسائل بمعاملات أُبرمت قبل ذلك التاريخ.

٨- ومن النهوج المتاحة أمام القانون الجديد أن يقتصر انطباقه على ما يقع بعد نفاذه. ومن ثَم، فهو لا يحكم أي جوانب من المعاملات التي أُبرمت قبل تاريخ النفاذ. وهذا النهج، وإن كان مُغريا بعض الشيء، وخصوصا فيما يتعلق بالمسائل التي تنشأ بين المانح والدائن المضمون، فهو يخلق مشاكل كبيرة عندما يتعلق الأمر بحقوق الأطراف الثالثة، ولا سيما فيما يتعلق بمسائل الأولوية. وفي مقدّمة تلك المشاكل الحاجة إلى حلّ المنازعة على الأولوية بين دائن مضمون حصل على حقه الضماني قبل تاريخ النفاذ ودائن مضمون منازِع حصل على حقه الضماني في نفس الموجودات المرهونة بعد تاريخ النفاذ. ولمّا كانت الأولوية مفهوما يقوم على المقارنة، فإن قاعدة الأولوية ذاتها يجب أن تحكم الحقين الضمانيين المقارَنين. ومن ثم، فليس من الممكن عمليا أن تحكم القواعد السابقة أولوية حق الدائن المضمون المُنشأ قبل تاريخ النفاذ وأن تحكم القواعد الجديدة أولوية حق الدائن المضمون المُنشأ بعد تاريخ النفاذ.

٩- وليس من السهل تحديد قاعدة الأولوية التي ينبغي أن تنطبق على تنازع الأولوية بين الحقوق الضمانية المنشأة قبل تاريخ النفاذ والحقوق الضمانية المنشأة بعده. ومن شأن تطبيق القواعد السابقة على هذا النوع من تنازع الأولوية أن يؤجل بصورة جوهرية نفاذ بعض أهم جوانب القانون الجديد، مما قد يؤدي إلى تأجيل تحقُّق المنافع الاقتصادية الهامة الناتجة عن القانون الجديد لفترة طويلة. وقد يمس التأجيل بجميع المعاملات الجديدة حتى وإن لم يكن لازما إلا لبعض المعاملات القديمة. ثم إن التأجيل من شأنه أن يمنع الأطراف التي أبرمت اتفاقات ضمانية تشمل موجودات آجلة من الاستفادة من مزايا القانون الجديد فيما يتعلق بالموجودات المكتسبة أو المُنتجة بعد تاريخ نفاذه. غير أن تطبيق القواعد الجديدة على نزاعات الأولوية هذه قد يكون فيه إجحاف جائر بحق الأطراف التي تعتمد على القانون السابق. وينطبق هذا الوضع خصوصا على الأطراف التي تعتمد على القانون السابق دون علم باحتمال تغيير القانون. وإضافة إلى ذلك، فإن تطبيق قواعد الأولوية بأثر رجعي قد يوفّر حافزا للأطراف في الاتفاقات الضمانية القائمة كي تعترض على القانون الجديد أو تدعو إلى تأجيل تاريخ النفاذ بدون مبرّر.

١٠- وفي المقابل، يمكن تعزيز اليقين وجني منافع القانون الجديد مبكرا بتطبيقه على جميع المعاملات ابتداء من تاريخ النفاذ، ولكن مع تطبيق أحكام انتقالية مناسبة على وضع الحقوق الضمانية المنشأة قبل تاريخ النفاذ. ويمكن أن تنص هذه الأحكام الانتقالية على دمج تلك الحقوق الضمانية في القانون الجديد دون أن تفقد الأولوية التي كانت لديها عند تاريخ نفاذ القانون الجديد. ومن شأن اتباع هذا النهج أن يؤدي إلى تفادي المشاكل المبيّنة في الفقرة السابقة المتمثلة في اتباع واحد من خيارين هما إمّا كلُّ شيء وإمّا لا شيء. فهذا النهج من شأنه أن يحقّق توازناً منصفاً وفعَّالاً بين مصالح الأطراف التي كانت تمتثل للقانون السابق ومصالح الأطراف التي تمتثل للقانون الجديد، وذلك بتوفير آلية لحماية الأولوية المكتسبة.

١١- وليست مسائل الأولوية وحدها هي التي تهمّ الأشخاص الذين لديهم حقوق ضمانية أنشئت قبل تاريخ النفاذ. فالنزاع قد يكون قائماً من قبلُ عندما بَدَأ نفاذ القانون. وقد تكون هذه الإجراءات متصلة بالإنفاذ اللاحق للتقصير، أو حتى بمنازعة سابقة للتقصير بين المانح ودائن مضمون، أو بين

مطالب منافس والمانح. وتمشيا مع المنطق العام المتمثل في حماية الحقوق المكتسبة، ينبغي أن يُمنَحَ الدائنُ المضمون أو المانح أو المطالب المنافس الذي شرع في إقامة دعوى ولكنه لم يكملها قبل تاريخ نفاذ القانون الجديد خيارا يتعلق بكيفية مواصلة السعي إلى تسوية النزاع. فالطرف الذي أقام الدعوى ينبغي أن يُسمَح له إما بمواصلتها بمقتضى القانون السابق أو التخلي عنها وإقامة دعوى بموجب القانون الجديد.

١٢- ومراعاة لهذه الاعتبارات، يوصي *الدليل* الدول باتباع النهج العام التالي: *(أ)* ينبغي أن يكون القانون الجديد قابلا للتطبيق الفوري على جميع المعاملات المبرمة بعد تاريخ نفاذه؛ و*(ب)* لا ينبغي تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي عام على المعاملات المبرمة قبل تاريخ نفاذه؛ و*(ج)* ينبغي أن ينطبق القانون الجديد على المسائل والإجراءات (مثلا، النزاعات على الأولوية وآليات الإنفاذ) الناشئة بعد تاريخ نفاذه حتى فيما يتعلق بالاتفاقات المبرمة بموجب القانون السابق؛ و*(د)* ينبغي أن يتضمن القانون الجديد أحكاما انتقالية مُفصَّلة لحماية الحقوق التي اكتسبتها الأطراف بمقتضى المعاملات المبرمة قبل تاريخ النفاذ (انظر الجملة الثانية من التوصية ٢٢٨).

٤- المسائل التي ستتناولها الأحكام الانتقالية

(أ) استعراض عام

١٣- سيظل العديد من الحقوق الضمانية التي تُنشأ قبل تاريخ نفاذ القانون الجديد قائمة بعد تاريخ النفاذ، وقد تتنازع تلك الحقوق مع الحقوق الضمانية التي تُنشأ بمقتضى القانون الجديد. ولذا، فإن هناك حاجة إلى وجود أحكام انتقالية واضحة لتحديد مدى انطباق قواعد القانون الجديد على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل. وينبغي أن تتناول تلك الأحكام الانتقالية على نحو مناسب كُلاًّ من التوقّعات الثابتة لدى الأطراف والحاجة إلى اليقين وإلى إمكانية التنبّؤ في المعاملات المقبلة. ويجب أن تتناول الأحكام الانتقالية مدى انطباق القواعد الجديدة، بعد تاريخ النفاذ، فيما بين الطرفين في معاملة أنشأت حقا ضمانيا قبل تاريخ النفاذ. كما يجب أن تتناول تلك الأحكام مدى انطباق القواعد الجديدة، بعد تاريخ النفاذ، لتسوية النزاعات على الأولوية بين حائز حق ضماني ومُطالِب منافس عندما يكون الحق الضماني أو حق المُطالِب المنافس قد أُنشئ قبل تاريخ النفاذ.

١٤- ولا يمكن أن تكون هناك قاعدة أو صيغة واحدة تحكم جميع الحالات لأنه حتى لو طبّقت جميع الدول *الدليل* على منوال واحد، فإن كل دولة ستكون في حالة انتقال من نظام مختلف كان قائما قبل ذلك. وعلاوة على ذلك، سيكون لخصوصيات النظام السابق أثر على القرارات المتخذة بشأن الانتقال. فالدول ستحتاج، مثلا، إلى أن تأخذ في الحسبان مدى سهولة تحديد الموجودات التي كانت خاضعة لحق ضماني في إطار النظام القانوني السابق، والمدة التي ينبغي أن تظلّ فيها المعاملات القائمة "في حِمى من التغيير" بمقتضى القانون الجديد، وأن تأخذ في الحسبان، عندما يكون القانون السابق يقضي بأن يُجدّد الدائن المضمون التسجيلَ أو يتَّخذَ إجراءً آخر للحفاظ على استمرار النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، كيفيةَ إجراء ذلك التجديد وتاريخ إجرائه بموجب القانون الجديد. وتستعرض المناقشة الواردة أدناه المسائل الأساسية التي يجب أن تعالجها الدول لدى إعداد هذه الأحكام الانتقالية.

(ب) النزاعات المعروضة على المحاكم أو هيئات التحكيم

١٥- عندما يكون النزاع قد وصل إلى مرحلة التقاضي في تاريخ النفاذ، تكون حقوق الطرفين قد تبلورت بما يكفي لكي لا يؤدي بدء نفاذ النظام القانوني الجديد إلى تغيير نتيجة ذلك النزاع. وينبغي أن ينطبق المبدأ ذاته عندما تُعرض المنازعة أمام نظام مماثل لتسوية المنازعات، كالتحكيم، يوفر تحديدا ملزما للحقوق. وفي المقابل، لا ينبغي أن ينطبق المبدأ عندما يلجأ الطرفان إلى إجراءات غير ملزمة، مثل التوفيق (ويسمى أيضا الوساطة). ويشير الطابع غير الملزم للإجراءات إلى أن حقوق الطرفين لم تتبلور بما فيه الكفاية. ولهذا، لا ينبغي تسوية ذلك النزاع الجاري بتطبيق النظام القانوني الجديد (انظر الجملة الأولى من التوصية ٢٢٩). وعلاوة على ذلك، لا ينبغي على وجه العموم، في سياق إجراءات الإنفاذ الجارية، أن يتمكن طرفا النزاع من الاستفادة من الآليات أو الحقوق المتاحة في القانون الجديد التي تتناول على وجه التحديد المسائل الخاضعة للتقاضي. فجميع جوانب الإنفاذ ينبغي، من حيث المبدأ، أن تستمرّ بموجب القانون السابق (انظر الجملة الثانية من التوصية ٢٢٩).

١٦- وقد يشمل التقاضي، بالطبع مسائل أخرى غير الإنفاذ. ويمكن أن تنشأ منازعات سابقة للتقصير بين المانح والدائن المضمون، أو بين مطالب منافس، مثل مشتري الموجود المرهون، والدائن المضمون. وفي هذه الحالات، لا ينبغي أن يمنع التقاضي الجاري بشأن جانب واحد من معاملة مضمونة من تطبيق القانون الجديد على جوانب من المعاملة غير مشمولة بالتقاضي. كما لا ينبغي أن تُمنَعَ الأطراف من مباشرة التقاضي بشأن أي مسائل من هذا القبيل في إطار القانون الجديد. ولذلك، قد يكون المانح، على سبيل المثال، في مرحلة التقاضي فيما يتعلق بحق الدائن المضمون في استخدام موجود مرهون يكون في حوزته. ولا ينبغي أن يمنع هذا التقاضي المتواصل بموجب القانون السابق الدائنَ المضمونَ من الشروع في إجراءات الإنفاذ بمقتضى القانون الجديد، حالما يحل تاريخ النفاذ. أخيرا، وكما ذُكر سابقا (انظر الفقرة ١١ أعلاه)، إذا كانت أي إجراءات مستمرة بمقتضى القانون السابق، فينبغي أن يُؤذن لمن يستهلها إما بأن يواصلها بموجب القانون السابق، أو بأن يتخلى عنها ويستهل إجراءات بمقتضى القانون الجديد.

(ج) نفاذ الحقوق السابقة لتاريخ نفاذ القانون فيما بين الأطراف

١٧- عندما يكون حق ضماني قد أنشئ قبل تاريخ نفاذ القانون الجديد، يُطرح سؤالان بشأن نفاذ ذلك الحق بين المانح والدائن. والسؤال الأول هو ما إذا كان الحق الضماني الذي أنشئ بالفعل بمقتضى القانون السابق، ولكنه لا يستوفي شروط الإنشاء بمقتضى القانون الجديد، سيصبح غير نافذ في تاريخ نفاذ القانون الجديد. أما السؤال الثاني فهو ما إذا كان الحق الضماني الذي لم يُنشأ فعلا بمقتضى القانون السابق ولكنه يستوفي جميع شروط إنشاء حق ضماني بموجب القانون الجديد، سيصبح نافذا في تاريخ نفاذ القانون الجديد.

١٨- ففيما يتعلق بالسؤال الأول، يمكن أن تختلف النهوج المتاحة. فيمكن، على سبيل المثال، تحديد فترة انتقالية يظل الحق الضماني أثناءها نافذا بين الطرفين، ليتسنّى للدائن اتخاذ الخطوات الضرورية أثناء الفترة الانتقالية لإنشاء الحق بمقتضى القانون الجديد. وعند انقضاء الفترة الانتقالية، يصبح الحق غير نافذ بمقتضى القانون الجديد إذا لم تُتخذ تلك الخطوات. غير أن هناك نهجا أبسط، وهو

النهج الذي يوصي به *الدليل*، يتمثّل في النص على أن الحق الضماني، إذا أنشئ وأصبح نافذا بين الطرفين قبل تاريخ نفاذ القانون الجديد، فإنه يظل نافذا بينهما بعد بدء نفاذ القانون الجديد (انظر التوصية ٢٣٠).

١٩- وفيما يتعلق بالسؤال الثاني، ينبغي النظر في جعل الحق غير النافذ من قَبلُ نافذا في تاريخ نفاذ القانون الجديد، لأنّ المفترض هو أن يكون الطرفان قد قصدا نفاذَ الحق بينهما عندما أبرما اتفاقهما. ومع ذلك، فإنّ بعض الدول تعالج هذه المسألة باشتراط تأكيد محدّد من المانح أنه يقصد أن يصبح الحق الذي لم يكن نافذا من قبلُ نافذا بموجب القانون الجديد. لكنَّ هذا الشرطَ يَصعُبُ استيفاؤه عمليا لأنه يَفترض على نحو غير معقول أن أحد الطرفين على الأقل كان على علم بوجود العيب ولم يفعل أي شيء لإصلاحه في إطار القانون السابق، لكنه يرغب الآن في نفاذ الحق الضماني. والحالة الأرجح هي اكتشاف العيب بعد بدء نفاذ القانون الجديد. وفي هذه الحالة، هناك ما يبرّر وجود قاعدة تنص على النفاذ التلقائي حالما يدخل القانون الجديد حيز النفاذ. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر الجملة الثانية من التوصية ٢٢٨).

(د) نفاذ الحقوق السابقة لتاريخ نفاذ التشريع تجاه الأطراف الثالثة

٢٠- يثير نفاذ حق أُنشئ قبل تاريخ نفاذ القانون الجديد تجاه الأطراف الثالثة مسائل مختلفة. وحيث إن القانون الجديد سوف يجسّد السياسة العامة فيما يتعلق بالخطوات السليمة المطلوب اتخاذها لنفاذ حق ضماني تجاه الأطراف الثالثة، فمن الأفضل أن تنطبق القواعد الجديدة إلى أبعد مدى ممكن. بيد أنه قد لا يكون من المعقول توقّع قيام دائن كان حقه نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى النظام القانوني السابق للدولة المشترعة (أو بمقتضى قانون الدولة التي ينطبق قانونها على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في إطار قواعد تنازع القوانين في النظام السابق) بالامتثال على الفور لأي شروط إضافية يقتضيها القانون الجديد. وقد يكون هذا الامتثال المتوقّع شديد الوطأة بوجه خاص على المؤسسات الدائنة التي سيُطلب منها الامتثال للشروط الإضافية للقانون الجديد بخصوص عدد كبير من المعاملات المبرمة قبل تاريخ النفاذ في آن واحد.

٢١- ومن النهوج المفضّلة أن يستمرّ لفترة زمنية معقولة نفاذ الحق الضماني الذي كان نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى النظام القانوني السابق، والذي لن يكون مع ذلك نافذا بمقتضى القواعد الجديدة (على النحو المنصوص عليه في الأحكام الانتقالية من القانون الجديد) وذلك لإتاحة الوقت للدائن لكي يفي بشروط القانون الجديد. وعند انقضاء الفترة الانتقالية، يصبح الحق غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة ما لم يكن قد أصبح نافذا تجاهها بمقتضى القانون الجديد. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر التوصية ٢٣١). ولدى تحديد طول المدة التي يُسمح خلالها بنفاذ حقوق الدائنين القائمة تجاه الأطراف الثالثة، ينبغي للدول أن تنظر في عدد من المسائل العملية. فمثلا، عندما يكون هناك بالفعل نظام لتسجيل الحقوق الضمانية، يمكن توخي فترة أطول. فطالما استمر العمل بالسجل القديم، ظلّت الأطراف الثالثة تملك وسيلة لتحديد ما إذا كان هناك حق ضماني يرهن موجودات معيّنة. وفي مقابل ذلك، عندما لا يكون هناك نظام لتسجيل الحقوق الضمانية، يمكن النظر في تحديد فترة أقصر، على الأقل فيما يتعلق بالحقوق التي لا يُشترط توجيه إشعار لتسجيلها بمقتضى القانون السابق. وفي حال غياب التسجيل أو الإشعار، لن تكون لدى الأطراف الثالثة وسيلة سهلة لتقرير ما إذا كان هناك حق ضماني قائم من قَبلُ يرهن موجودات مانح محتمل.

٢٢- وإذا لم يكن الحق نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى النظام القانوني السابق، وأصبح مع ذلك نافذا تجاهها بمقتضى القانون الجديد، فينبغي أن يتحقّق نفاذه تجاه الأطراف الثالثة على الفور في تاريخ نفاذ القانون الجديد. ومثلما سبق ذكره (انظر الفقرة ١٩ أعلاه)، يمكن أن يُفترض أن الطرفين كانا قد قصدا أن يكون الحق الضماني نافذا بينهما بمقتضى القانون السابق، حتى وإن لم يكن كذلك. وبما أن الحق الضماني لا يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا أنشئ في البدء وكان نافذا بين الطرفين، عندما يصبح الحق الضماني، الذي لم يكن نافذا من قبل تجاه الأطراف الثالثة، نافذا تجاهها بمقتضى القانون الجديد، فإن الأطراف الثالثة تتمتع بالحماية الكاملة المنصوص عليها في القانون الجديد. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر الجملة الثانية من التوصية ٢٢٨).

(هـ) تنازع الأولوية

٢٣- تُثار مجموعة مختلفة تماما من الأسئلة في حالة تنازع الأولوية، لأن هذا التنازع يقتضي بالضرورة تطبيق مجموعة من القواعد على حقين مختلفين (أو أكثر) من الحقوق المنشأة في أوقات متباينة في إطار نظم مختلفة. ولا يمكن للنظام القانوني أن يكتفي بالنص على أن قاعدة الأولوية التي كانت سارية عند إنشاء حق ضماني تحكم الأولوية فيما يخص ذلك الحق لأن قاعدة كهذه لن توفّر حلا متسقاً للنزاع عندما يكون أحد الحقين اللذين تجري مقارنتهما قد أنشئ بمقتضى القانون السابق، بينما أنشئ الآخر بموجب القانون الجديد. ويجب بالأحرى وضع قواعد تعالج كل حالة من الحالات التالية: *(أ)* عندما يُنشأ الحقان معا ويُجعَلاَن نافذين تجاه الأطراف الثالثة بعد تاريخ نفاذ القانون الجديد؛ و*(ب)* عندما يُنشأ الحقان معا ويُجعَلاَن نافذين تجاه الأطراف الثالثة قبل تاريخ النفاذ؛ و*(ج)* عندما يُنشأ حق ويُجعَل نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل تاريخ النفاذ ويُنشأ الحق الآخر ويُجعَل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بعد تاريخ النفاذ.

٢٤- وأسهل حالة هي النزاع على الأولوية فيما بين مطالبَين متنافسين أنشئت حقوقهما وجُعلت نافذة تجاه أطراف ثالثة بعد تاريخ نفاذ القانون الجديد. ومن البديهي في تلك الحالة، أن تطبّق قواعد الأولوية الواردة في القانون الجديد لحل ذلك النزاع. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر التوصية ٢٣٢).

٢٥- وأما إذا كان كلا الحقين المتنافسين قد أنشآ وجُعلا نافذين تجاه الأطراف الثالثة قبل تاريخ نفاذ القانون الجديد، فستكون هناك حاجة إلى إجراء مزيد من التحريات. ومن المهم ألا تكون الأولوية النسبية بين الحقين المتنافسين في الموجودات المرهونة هي وحدها التي أُرسيت قبل تاريخ نفاذ القانون الجديد؛ بل من المهم أيضا ألا يطرأ، إضافة إلى ذلك، أي شيء ما عدا حلول تاريخ النفاذ، من شأنه أن يُغيّر تلك الأولوية النسبية. وفي تلك الحالة، ينبغي، توخيا لاستقرار العلاقات، ألا تتغير الأولوية التي أُرسيت قبل تاريخ النفاذ لمجرد بدء نفاذ القانون الجديد. ولكن، إذا طرأ بعد تاريخ النفاذ شيء كان من شأنه أن يؤثر على الأولوية في ظل النظام القانوني السابق (كأن يصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة أو يتوقّف نفاذه تجاه الأطراف الثالثة)، تضاءلت أسباب مواصلة استعمال القانون السابق لكي يحكم نزاعا تَغيّر بسبب فعل أو حدث وقع بعد تاريخ النفاذ. وهناك حجّة أقوى بكثير لتطبيق القانون الجديد على حالة من هذا القبيل. وبعبارة أخرى، تظل حقوق الطرفين القائمة عند دخول القانون الجديد حيز النفاذ مشمولةً بالحماية، ولكن لا ينبغي إعفاء الطرفين من الالتزام بالتأكد من أنهما يتفاديان التصرف أو عدم التصرف على نحو لا تعود معه حقوقهما القائمة محفوظة بموجب القانون الجديد. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر التوصيات ٢٣٢-٢٣٤).

٢٦- وأصعب الحالات الانتقالية هي النزاع على الأولوية بين حق أنشئ وجُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل تاريخ النفاذ وحق آخر أنشئ وجُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بعد تاريخ النفاذ. وفي حين يُفضَّل أن تسود القواعد الجديدة في نهاية الأمر (عاجلا لا آجلا، بلا شك)، فإن من المناسب في هذه الحالة النص على قاعدة انتقالية تحمي وضع الدائن الذي اكتسب حقه بمقتضى النظام السابق. وشريطة أن يتّخذ هذا الدائن ما يلزم من خطوات لإبقاء الحماية بمقتضى النظام الجديد في المهلة المحدّدة في القاعدة الانتقالية، ينبغي أن يمنح القانونُ الجديد ذلك الدائنَ نفس القدر من الأولوية الذي كان سيتمتع به لو أن القواعد الجديدة كانت نافذة وقت المعاملة الأصلية ولو أن تلك الخطوات كانت قد اتُّخذت في الوقت المناسب في ظل القانون السابق. وهذا هو النهج الذي يوصي به الدليل (انظر التوصية ٢٣٢). وفيما يلي مثال يوضح هذه الفكرة: اكتسب دائن مضمون حقا ضمانيا نافذا تجاه الأطراف الثالثة دون تسجيل بمقتضى القانون السابق، وينص القانون الجديد على أن يُسجَّل الحق في غضون ٦٠ يوما بعد تاريخ نفاذ القانون الجديد لكي يبقى نافذا تجاه الأطراف الثالثة. فإذا سجل ذلك الدائن المضمون بعد مرور ٥٠ يوما على بدء تاريخ النفاذ، كانت له الأولوية على دائن مضمون اكتسب حقا ضمانيا بعد تاريخ النفاذ وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيله بعد مرور ٣٠ يوما على بدء تاريخ النفاذ. أي أن الدائن المضمون الأول يحتفظ بصفة الأولوية التي يتمتع بها لأن حقه ظل دائما نافذا تجاه الأطراف الثالثة ولأنه اكتسب أولويته الأولى بمقتضى القانون السابق.

(و) الإنفاذ

٢٧- يمكن أن يكون النزاع موضع تقاض أو معروضا أمام نظام بديل بشأن تسوية النزاعات، كالتحكيم، في تاريخ بدء نفاذ القانون الجديد. ومثلما ذُكر آنفا (انظر الفقرتين ١٥ و١٦ أعلاه)، فإن حقوق الطرفين، في هذه الحالات، قد تبلورت بما يكفي لكي لا يؤدّي نفاذ النظام القانوني الجديد إلى تغيير نتيجة ذلك النزاع. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر التوصية ٢٢٩). وعلاوة على ذلك، لا ينبغي على وجه العموم أن يتمكّن طرفا النزاع من الاستفادة من الآليات أو الحقوق المتاحة في القانون الجديد. فإذا كان الإنفاذ غير القضائي، مثلا، محظورا بموجب القانون السابق، لكنه مأذون به بموجب القانون الجديد، فلا ينبغي أن يتمكّن الطرفان المُنفذان من تحويل إجراء إنفاذ قضائي جار إلى إجراء إنفاذ غير قضائي. وبالمثل، لا ينبغي عادة أن يُسمح للطرفين، في سياق إجراءات الإنفاذ الجارية، الاحتجاج بالدفوع أو الحقوق الأخرى التي لم ترد إلا في القانون الجديد. غير أن نطاق هذا المبدأ يحتمل التفسير. فهناك رأي مفاده أن الدائن، متى بدأ الإنفاذ بموجب القانون السابق، ينبغي أن يُعتبر قد اختار الإنفاذ بمقتضى ذلك القانون، ولا يمكن له بعد ذلك أن يسعى إلى الاستفادة من سبل الانتصاف المتاحة بموجب القانون الجديد. ويذهب رأي آخر إلى أن هذا المبدأ إنما يعني أنه لا يمكن إرغام الدائن على تحويل إجراءات بدأت بموجب القانون السابق إلى إجراءات بموجب القانون الجديد. بل يجوز أن يمضي في الإنفاذ كما لو أن القانون الجديد لم يدخل بعدُ حيز النفاذ. غير أنه إن كان لا بد أن يتخلى الدائن المُنفِذ عن إجراءات الإنفاذ القضائية أو التحكيمية الجارية فلا شيء، حسب هذا الرأي، يمنع ذلك الدائن من مباشرة إجراءات إنفاذ أخرى (بما في ذلك إجراءات الإنفاذ غير القضائية) بموجب القانون الجديد. ولأسباب وردت الإشارة إليها من قبل (انظر الفقرة ١١ أعلاه)، يوصي *الدليل* بأنه يجوز للدائن المضمون أن يواصل الإنفاذ بمقتضى القانون السابق (انظر الجملة الثانية من التوصية ٢٢٩) أو أن يتخلى عن ذلك الإنفاذ ويبدأ إجراء للإنفاذ بموجب القانون الجديد.

٢٨- غير أن الغالبية العظمى من النزاعات المتعلقة بالمعاملات المبرمة قبل بدء سريان القانون الجديد تنشأ بعد أن يصبح القانون الجديد نافذا. ويمكن أن تنشأ هنا حالتان. فمن جهة، قد يحق للدائنين المضمونين اللجوء إلى سبل انتصاف معيَّنة ويُسمح للمانحين بالتمسك بدفوع معيّنة لم يعد مسموحا بها في ظل القانون الجديد. ومن جهة أخرى، قد يسمح القانون الجديد للدائنين بالاستفادة من سبل انتصاف جديدة ويسمح للمدينين بالاحتجاج بدفوع جديدة لم يكن مسموحا بها من قبلُ. ويوضح المثالان التاليان هذه المسألة.

٢٩- فعندما يُبطل القانون الجديد سبل انتصاف معيّنة، أو يُخضعها لإجراء جديد أشدّ وطأة، هناك حجة مفادها أنه لا ينبغي أن يُجحف القانون الجديد بحق الدائنين. ففي بعض الدول، مثلا، يمكن للدائنين الحائزين، عند حدوث التقصير، أن يكتفوا بالاحتفاظ بالموجود المرهون دونما حاجة إلى توجيه إشعار للمانح أو للأطراف الثالثة. ويتوخّى *الدليل*، خلافا لذلك، أن يوجّه الدائن إشعاراً بنيّته قبول الموجودات على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون (انظر التوصيات ١٥٦-١٥٩).

٣٠- وينطبق أساس منطقي مماثل على الحالات التي يُحرم فيها المانحون من الدفوع أو الحقوق الإجرائية التي كان يمكن أن تُمارَسَ بمقتضى القانون السابق. ففي بعض الدول، مثلا، يمكن للمانحين المقصرين تعليق إجراءات الإنفاذ باستدراك الإغفال المعيَّن الذي أدى إلى التقصير ومن ثم إعادة سريان الالتزام المضمون ووقف الإنفاذ. ويرتئي *الدليل*، خلافا لذلك، أن للمانحين الحقَّ في استعادة الضمان بتسديد ما تبقى من الالتزام، لكن لا يحق لهم إصلاح التقصير وإعادة سريان الالتزام (انظر التوصية ١٤٠).

٣١- وفي هاتين الحالتين كلتيهما، هناك حجة مفادها أن الضرر الذي يُحتمل أن يتكبّده الدائن المضمون أو المانح بسبب بدء سريان القانون الجديد كاف لتبرير عدم إبطال أي حقوق ناشئة بموجب القانون السابق، حتى فيما يتعلق بالإنفاذ الذي يبدأ بعد تاريخ نفاذ القانون الجديد. بل ينبغي أن يكون لكليهما حق إنفاذ الاتفاق الأصلي وفقا للقانون المنطبق حينَ إبرام ذلك الاتفاق. وهناك، في المقابل، حجة على نفس القدر من القوة مفادها أنه لمَّا كان نظام الإنفاذ الجديد ناشئا عن نظر الدولة بعناية في أفضل السبل لتحقيق التوازن بين حقوق جميع الأطراف، فينبغي أن يُطبَّق على جميع سبل الإنصاف المتعلقة بالإنفاذ اللاحق لتاريخ النفاذ. وهذه الحجة مقنعة بوجه خاص عندما يؤثر الإنفاذ على حقوق الأطراف الثالثة التي أخذت حقوقا ضمانية في الموجودات بعد تاريخ نفاذ القانون الجديد. وعلاوة على ذلك، وحيث إن التوازن النسبي المراد تحقيقه يتوقف على الشكل المعيّن لحقوق الدائنين المضمونين في الإنفاذ ودفوع المانحين في كل دولة من الدول بمقتضى القانون السابق، فإن *الدليل* يوصي بالمبدأ العام القاضي بالتطبيق الفوري (انظر التوصية ٢٢٨).

٣٢- ومع هذا يمكن أن يؤثر قانون آخر في الدولة (مثل قانون الالتزامات العام أو المبادئ الدستورية المتعلقة بالتدخل الرجعي الأثر في حقوق الملكية) على المدى المحدّد الذي تتأثر به إجراءات الإنفاذ التي تبدأ بعد دخول القانون الجديد حيز النفاذ بمبدأ التطبيق الفوري.

٣٣- وكما هو الأمر في الحالة المقابلة عندما يوفر القانون الجديد سبل انتصاف جديدة للدائنين المضمونين، أو حقوقا إجرائية جديدة للمانحين، فالحجة المؤيدة لتطبيق القانون الجديد على المعاملات الموجودة قبل دخوله حيز النفاذ هي حجة مقنعة. وهكذا، فإنّ الدائن المضمون بموجب القانون السابق الذي اتخذ ما يلزم من خطوات لكفالة النفاذ تجاه أطراف ثالثة بمقتضى القانون الجديد لا ينبغي أن يختلف موقفه عن موقف الدائن الذي يحصل على حق ضماني في البداية بموجب القانون الجديد. وبالمثل، فإن أي دفوع أو حقوق إجرائية جديدة متوفرة للمانحين والأطراف الثالثة بموجب القانون

الجديد ينبغي أن تُتاح في سياق إجراءات الإنفاذ التي يتخذها جميع الدائنين المضمونين، بمن فيهم الدائنون الذي يُنَفذون حقوقا ناشئة بموجب معاملات قائمة قبل بدء سريان القانون الجديد. أي أن من المفترض أن نظام الإنفاذ الجديد يجسّد أفضل نظام تراه الدولة منصفا وفعَّالا لإنفاذ الحقوق الضمانية. ومن ثم، إذا كان القانون الجديد مناسبا للحقوق الضمانية التي أنشئت وجُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بعد تاريخ نفاذ القانون الجديد، فينبغي أن يسري أيضا على ما يُنفَّذ بعد تاريخ نفاذ القانون الجديد من حقوق ضمانية أنشئت وجُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل تاريخ نفاذ القانون الجديد. وهذا هو النهج الذي يوصي به *الدليل* (انظر الجملة الثانية من التوصية ٢٢٨).

باء- التوصيات ٢٢٨-٢٣٤

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بالفترة الانتقالية هو تحقيق انتقال منصف وفعّال إلى هذا القانون من النظام الذي يكون ساريا قبل تاريخ نفاذه.

تاريخ النفاذ

٢٢٨- ينبغي أن يحدّد القانون إما تاريخا لاحقا لاشتراعه يبدأ اعتبارا منه نفاذه ("تاريخ النفاذ") وإما آلية يمكن بواسطتها تحديد تاريخ النفاذ. ويطبق القانون، اعتبارا من تاريخ نفاذه، على جميع المعاملات المندرجة ضمن نطاق انطباقه، سواء أكانت تلك المعاملات قد أُبرمت قبل ذلك التاريخ أم بعده، فيما عدا الحالات المنصوص عليها في التوصيات ٢٢٩-٢٣٤.

عدم انطباق القانون على الدعاوى المستهلة قبل تاريخ بدء النفاذ

٢٢٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه لا ينطبق على أي مسألة تكون موضوع تقاض أو موضوع إجراءات بديلة ملزمة لتسوية النزاعات استهلت قبل تاريخ بدء نفاذه. وإذا بدأ إنفاذ حق ضماني قبل تاريخ بدء نفاذ هذا القانون، جاز الاستمرار في إنفاذ الحق الضماني بمقتضى القانون الساري قبل ذلك التاريخ ("القانون السابق").

إنشاء الحق الضماني

٢٣٠- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون السابق يحدد ما إذا كان الحق الضماني قد أنشئ قبل تاريخ بدء نفاذ هذا القانون.

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة

٢٣١- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى القانون السابق يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلى أقرب الأجلين التاليين:

(أ) الوقت الذي ينقضي فيه نفاذه تجاه الأطراف الثالثة بموجب القانون السابق؛

(ب) انقضاء مدة [تحدد المدة] شهور على تاريخ بدء نفاذ هذا القانون ("الفترة الانتقالية").

وإذا استوفيت شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى هذا القانون قبل توقّف النفاذ بمقتضى الجملة السابقة، استمر نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة.

أولوية الحق الضماني

٢٣٢- رهنا بأحكام التوصيتين ٢٣٣ و٢٣٤، ينبغي أن ينص القانون على أنه يحكم أولوية الحق الضماني. ويكون الوقت الذي يصبح فيه الحق الضماني المشار إليه في التوصية ٢٣١ نافذا تجاه الأطراف الثالثة أو يصبح موضوع إشعار مسجَّل بموجب القانون السابق هو الوقت الذي يجب الاعتداد به في تحديد أولوية ذلك الحق.

٢٣٣- ينبغي أن ينص القانون على أن أولوية الحق الضماني يقرّرها القانون السابق، إذا:

(أ) كان الحق الضماني وحقوق جميع المطالبين المنافسين قد أنشئت قبل تاريخ بدء نفاذ هذا القانون؛

(ب) لم تتغير وضعية أولوية أي من هذه الحقوق منذ تاريخ بدء نفاذ هذا القانون.

٢٣٤- ينبغي أن ينص القانون على أن وضعية أولوية الحق الضماني تكون قد تغيرت إذا:

(أ) كان الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة في تاريخ بدء نفاذ هذا القانون وفقا للتوصية ٢٣١ ثم لم يعد نافذا تجاهها في وقت لاحق؛ أو

(ب) لم يكن الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة في تاريخ بدء نفاذ هذا القانون ثم أصبح نافذا تجاهها في وقت لاحق.

ثاني عشر- أثر الإعسار في الحق الضماني

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- تضمّنت الفصول السابقة من *الدليل* تعليقات وتوصيات تهدف إلى مساعدة الدول على وضع قوانين فعّالة وناجعة في مجال المعاملات المضمونة. وكان الهدف هو رسم إطار لتنظيم حقوق المانحين والدائنين المضمونين والأطراف الثالثة كلّما حاول المانحون رهن موجودات بحق ضماني. ولا يتناول *الدليل* على العموم مسائل تتصل بالقانون الأساسي للالتزامات والملكية، كما أنه لا يتناول مباشرة مسائل تتعلق بالإجراءات المدنية والنظام الذي يحكم إنفاذ الأحكام القضائية. *فالدليل* يترك هذه المسائل لقوانين أخرى. ولكن، ثمة مجال واحد من القانون، هو قانون الإعسار، يتفاعل فيه نظام المعاملات المضمونة في الممارسة العملية تفاعلاً عميقاً مع القوانين الأخرى، مما يستدعي تناوله مباشرة في *الدليل*.

٢- إنّ لكل من قوانين المعاملات المضمونة وقوانين الإعسار اهتمامات وأهداف مختلفة قد يتداخل بعضها عندما يمسّ بدء إجراءات الإعسار بالحقوق التي يحكمها قانون المعاملات المضمونة. فقانون المعاملات المضمونة يسعى إلى تشجيع الائتمان المضمون، لأن ضمان الالتزام يقلل من احتمالات عدم سداده ("التقصير"). وهو يتيح للمدينين استخدام كامل قيمة موجوداتهم للحصول على الائتمان وتطوير منشآتهم. وفي حالة تقصير المدين، يسعى قانون المعاملات المضمونة إلى كفالة أن توفّر قيمة الموجودات المرهونة الحماية للدائن المضمون. وهو يركز على إنفاذ حقوق فرادى الدائنين، لكي يزيد إلى أقصى حد من احتمالات تحويل القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة إلى نقود من أجل استيفاء الالتزامات المضمونة، في حال عدم أداء تلك الالتزامات.

٣- أما قانون الإعسار، فهو يهتم أساسا بمسائل الأعمال التجارية والمسائل الاقتصادية الجماعية. وهو يسعى إلى تحقيق جملة أهداف منها الحفاظ على قيمة موجودات المدين بما فيه منفعة جماعية للدائنين وزيادة تلك القيمة إلى أقصى حد، وتسهيل توزيعها بإنصاف على الدائنين. ويُتوخَّى تحقيق هذه الأهداف بمنع تسابق الدائنين على إنفاذ حقوقهم فرديا تجاه المدين المشترك بينهم وتسهيل إعادة تنظيم المنشآت التجارية المجدية وتصفية الأعمال التجارية غير المجدية. ولهذه الأسباب، يمكن أن يؤثّر قانون الإعسار في حقوق الدائن المضمون بأساليب مختلفة حالما تبدأ إجراءات الإعسار.

٤- ولمّا كان إصلاح قانون ما يمكن أن يفرض على الأطراف المتعاقدة بمقتضى قانون آخر تكاليف غير متوقعة تترتّب على المعاملات والامتثال للإجراءات ويمكن أن يُحدث تنازعا بين القانونين، فإن المشرّعين الذين يُنقّحون القوانين القائمة أو يستحدثون قانونا جديدا في مجال الإعسار أو في مجال المعاملات المضمونة سيكون لزاما عليهم العملُ على أن يراعي أي قانون جديد أو منقّح تمام المراعاة ما هو قائم أو مقترح من قوانين في المجال الآخر. وفي بعض الحالات، قد تؤدي إعادة النظر في القانون في أحد المجالين إلى ضرورة تنقيح القانون القائم أو وضع قانون جديد في المجال الآخر. وفي كل الأحوال،

عندما يكون لقانون الإعسار تأثير في حقوق الدائنين المضمونين، ينبغي أن يستند هذا التأثير إلى سياسات مصوغة بعناية ومنصوص عليها بوضوح في قانون الإعسار، مثلما هو موصى به في كامل دليل الأونسيترال للإعسار الذي اعتمدته الأونسيترال في ٢٥ حزيران/يونيه ٢٠٠٤.[١]

٥- ففي دليل الأونسيترال للإعسار ترد مناقشة مفصّلة لما لإجراءات الإعسار من آثار في الحقوق الضمانية، بصفتها مسائل تخص قانون الإعسار. والغرض من هذا الفصل هو إبراز بعض نقاط التداخل الرئيسية بين قانون الإعسار وقانون المعاملات المضمونة. فهذا الفصل يتناول، في الباب ألف-٣، المبادئ العامة المتعلقة بالحقوق الضمانية في الإعسار. ويستعرض الباب ألف-٤ القانون المنطبق في إجراءات الإعسار، بينما يتوسّع الباب ألف-٥ في تناول معاملة الموجودات المرهونة. ويناقش الباب ألف-٦ التمويل اللاحق لبدء الإجراءات؛ أما الباب ألف-٧ فيناقش معاملة العقود، بينما يناقش الباب ألف-٨ إجراءات الإبطال. وتتناول الأبواب الثلاثة التي تليها مشاركة الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار (الباب ألف-٩)، وإجراءات إعادة التنظيم (الباب ألف-١٠)، والإجراءات المعجّلة لإعادة التنظيم (الباب ألف-١١). أما الأبواب الأربعة الأخيرة فتتناول معاملة المطالبات المضمونة (الباب ألف-١٢) وترتيب المطالبات المضمونة (الباب ألف-١٣) وتمويل الاحتياز (الباب ألف-١٤)، والمستحقات الخاضعة لنقل تام قبل بدء إجراءات الإعسار (الباب ألف-١٥).

٦- وبغية تقديم مناقشة وافية في هذا *الدليل* لما لإجراءات الإعسار من آثار في الحقوق الضمانية، أُدرجت في هذا الفصل التوصيات الأساسية الواردة في دليل الأونسيترال للإعسار والمتصلة خصوصاً بالحقوق الضمانية. ولكن، لكي يتسنى الاطلاع على مناقشة أوفى لهذه المسألة، ينبغي أن يُقرَأ هذا الفصل مقترنا بما ورد في دليل الأونسيترال للإعسار من تعليقات وتوصيات. ويتضمّن هذا الفصل كذلك مناقشة لبعض التوصيات الإضافية التي تتوسع في تناول مسائل تطرق إليها دليل الأونسيترال للإعسار ولكن لم تقدّم توصيات بشأنها في ذلك *الدليل*. وترد التوصيات المقتبسة من دليل الأونسيترال للإعسار والتوصيات الإضافية في الباب باء في هذا الفصل.

٢- *المصطلحات*

٧- يستخدم دليل الأونسيترال للإعسار وهذا *الدليل* عددا من المصطلحات (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، المقدّمة، الباب باء، مسرد المصطلحات؛ وهذا *الدليل*، المقدّمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير). وإضافة إلى المصطلحات المشار إليها للتوّ، يتضمّن هذا الفصل أيضا بعض المصطلحات المأخوذة من دليل الأونسيترال للإعسار والمفيدة لفهم توصيات ذلك *الدليل*.

٨- ولا يعيد هذا *الدليل* شرح بعض المصطلحات المشروحة في دليل الأونسيترال للإعسار، لذلك فهي تؤدي المعنى نفسه الذي تؤديه في دليل الأونسيترال للإعسار.[٢] غير أن هذا *الدليل* أعاد صياغة بعض المصطلحات الأخرى قليلا أو شرحها بطريقة مختلفة. لذلك فهي تؤدي معنى مختلفا في هذا الفصل، كما هو مبيَّن أدناه.

---

[١] للاطلاع على قرار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وقرار الجمعية العامة (القرار ٥٩/٤٠ المؤرخ ٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٤)، انظر دليل الأونسيترال للإعسار، المرفق الثاني. ويمكن الاطلاع على دليل الأونسيترال للإعسار الذي يتضمّن في مرفقه الثالث قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، ودليل اشتراعه في موقع الأونسيترال على الإنترنت: http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

[٢] يُستخدم مصطلح "العقد المالي" مثلا في هذا *الدليل* بنفس الطريقة التي يُستخدم بها في دليل الأونسيترال للإعسار وفقا للفقرة الفرعية *(ك)* من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات. والملاحظة التي تتبع تعريف المصطلح الواردة في هذا *الدليل* تقتصر على شرح التعريف.

٩- ففي هذا *الدليل* يرد شرح لمصطلح "الحق الضماني". وهو، كما هو مُستخدم في هذا الفصل، ليس مرادفا لمصطلح "المصلحة الضمانية" كما يُعرفه دليل الأونسيترال للإعسار. فمصطلح "المصلحة الضمانية" مصطلح أوسع نطاقا، إذ يشير عموما إلى حق في موجودات لضمان سداد التزام أو أكثر أو الوفاء به على نحو آخر، ومن ثم فهو قد يشمل الحقوق الضمانية في الممتلكات غير المنقولة (التي تقع خارج نطاق هذا *الدليل*، انظر التوصية ٥) والحقوق الضمانية غير الرضائية (التي لا يشملها مصطلح "الحق الضماني" في هذا *الدليل*، المقدمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير).

١٠- كذلك فإنّ مصطلح "الأولوية" في هذا الفصل مُستخدم وفقا لشرحه في هذا *الدليل* وليس وفقا لشرحه في دليل الأونسيترال للإعسار. فمعنى مصطلح "الأولوية" في دليل الأونسيترال للإعسار أضيق نطاقا ولا يشير سوى إلى أولوية المطالبات في سياق الإعسار ("الحق في أن تتقدّم مطالبة على غيرها عندما ينشأ ذلك الحق بإعمال القانون"، انظر المصطلحات أدناه في الباب باء-١). وأمّا هذا *الدليل* فيستخدم مصطلح "الأولوية" للإشارة إلى "أفضلية حق الشخص على حق مطالب منافس في جني المنفعة الاقتصادية لحقه الضماني في الموجودات المرهونة". وللإشارة إلى "الأولوية" في إجراءات الإعسار، يستخدم هذا الفصل مصطلح "ترتيب المطالبات" (انظر مثلا الفقرات ٥٩-٦٣ أدناه).

١١- ويستخدم هذا *الدليل* مصطلح "المدين" للإشارة إلى الشخص الذي يقع على عاتقه الالتزام المضمون (انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير). وبما أن ذلك المصطلح لن يكون مناسبا في هذا الفصل، فإن مصطلح "المدين" يحمل في هذا الفصل المعنى الذي يرد به في دليل الأونسيترال للإعسار، أي إنه الشخص الذي يستوفي الشروط المتعلقة ببدء إجراءات الإعسار (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرات ١-١١ والتوصية ٨).

١٢- وبالإضافة إلى ذلك، وحيث إن فصولا أخرى من هذا *الدليل* تركّز على مصطلح "المانح" (أي الشخص الذي ينشئ الحق الضماني)؛ (انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير) بدلاً من مصطلح "المدين" (أي الشخص الذي يقع عليه الالتزام المضمون)، فينبغي فهم الإشارات إلى "المدين" في هذا الفصل على أنها تشير إلى الحالات التي يكون فيها المانح هو المدين في إجراءات الإعسار.

٣- *مبادئ عامة بشأن الحقوق الضمانية في الإعسار*

١٣- يُقر دليل الأونسيترال للإعسار، من حيث المبدأ، بإنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وقابليته للإنفاذ (انظر التوصية ٤ من دليل الأونسيترال للإعسار) وأولويته (انظر التوصية ١ من دليل الأونسيترال للإعسار)، كما هو مقرّر بموجب قوانين أخرى غير قانون الإعسار (انظر أيضا التوصيتين ٢٣٨ و٢٣٩ من هذا *الدليل*). ولكن، من أجل تحقيق أهداف إجراءات الإعسار، قد يلزم، حالما تبدأ إجراءات الإعسار، تعديل الحقوق التي يتمتع بها الدائن المضمون خارج إجراءات الإعسار أو قد تتأثر تلك الحقوق. وفي هذه الحالة، يُستصوب أن يتضمّن قانون الإعسار كذلك تدابير مناسبة لحماية الدائن المضمون. والمهم فيما يتعلق بتوافر الائتمان المضمون، كما هو ملاحَظ في كل فصول دليل الأونسيترال للإعسار، هو أن يشتمل قانون الإعسار على قواعد واضحة بشأن تأثير إجراءات الإعسار في حقوق الدائن المضمون، وذلك لتمكين الدائنين المضمونين من تحديد مقدار المخاطر المتصلة بالإعسار وإدراج تلك المخاطر في تقييمهم لمسألة ما إذا كانوا سيقدّمون الائتمان ووفقا لأي شروط.

٤- القانون المنطبق في إجراءات الإعسار

١٤- قد يكون تحديد القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وحقوق الدائن المضمون اللاحقة للتقصير مسألة معقّدة عندما تبدأ إجراءات الإعسار في إحدى الدول وتكون بعض موجودات المدين أو يكون بعض دائنيه في دولة أخرى، أو عندما تبدأ إجراءات الإعسار في دولتين مختلفتين نظرا للطابع المتعدد الجنسيات الذي تتسم به منشأة المدين. وفي أي من الحالتين، تكون هذه المسائل محكومة بالقواعد العامة لتنازع القوانين التي تنطبق خارج نطاق إجراءات الإعسار، رهنا بالحدود التي ترد مناقشتها في البابين ٤ *(أ)* و٤ *(ب)* أدناه، ورهنا بتطبيق أحكام الإبطال التي ينص عليها قانون الإعسار (انظر التوصية ٢٢٣ من هذا *الدليل*). وتتضح هذه النتيجة في التوصية ٣٠ من دليل الأونسيترال للإعسار، التي تنص على أن الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (أي دولة المحكمة) ينبغي أن تطبّق قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين لتعيين قانون أي دولة يحكم مسائل مثل إنشاء حق ضماني قائم في وقت بدء إجراءات الإعسار ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة.

(أ) آثار الإعسار: قانون دولة محكمة الإعسار

١٥- حالما يتم البت في إنشاء حق ضماني وفي نفاذه تجاه الأطراف الثالثة، بمقتضى قانون غير قانون الإعسار منطبق خارج نطاق إجراءات الإعسار بحكم قواعد تنازع القوانين لدولة المحكمة، تنشأ مسألة ثانية تتعلق بأثر بدء إجراءات الإعسار في الحقوق الضمانية. ومن النقاط الواجب تناولها مثلا هي ما إذا كان إنفاذ الحق الضماني سيُوقَفُ، وما إذا كان سَيُعتَرَفُ به في إجراءات الإعسار، وإذا كان الأمر كذلك، فما هي مكانته النسبية بالنسبة للمطالبات الأخرى. ومن المسلَّم به عموما أن قانون الإعسار في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون دولة محكمة الإعسار) هو الذي يحكم بدء الإجراءات وتسييرها، (بما في ذلك ترتيب المطالبات)، ويحكم إدارة الإجراءات واختتامها ("آثار الإعسار"، انظر التوصية ٣١ من دليل الأونسيترال للإعسار).

١٦- وقد يغيّر قانون الإعسار الذي يحكم رتبة الحق الضماني الأولوية النسبية التي تكون للحق الضماني بمقتضى قانون المعاملات المضمونة، وقد يحدد فئات المطالبات التي يمكن أن تحصل على حصص قبل الحق الضماني في إجراءات الإعسار. وعند تحديد فئات المطالبات هذه، ينبغي الإشارة إلى قانون المعاملات المضمونة فيما يتعلق بإنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وإنفاذه، قبل أن ينظر في النطاق، إن وجد، الذي ينبغي أن تتأثر فيه أولوية الحق الضماني ببدء إجراءات الإعسار وإدارتها. وبصرف النظر عن المسائل المتعلقة بترتيب الحقوق، قد يكون الحق الضماني خاضعا مع ذلك لأحكام الإبطال المنصوص عليها في قانون الإعسار (انظر التوصية ٨٨ من دليل الأونسيترال للإعسار).

(ب) الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار

١٧- بالرغم من كون الآثار التي تخلّفها إجراءات الإعسار على الحقوق الضمانية تخضع عادة لقانون دولة محكمة الإعسار، فإن بعض الدول اعتمدت بعض الاستثناءات. فمثلا، قد تقر دولة المحكمة بقانون الإعسار في الدولة التي توجد فيها الممتلكات غير المنقولة (قانون موقع المال) فيما يتعلق بآثار الإعسار على حق ضماني في ملحقات بالممتلكات غير المنقولة. ويتناول دليل الأونسيترال للإعسار هذه

الاستثناءات بتفصيل أكبر (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرات ٨٥-٩٠)، ولكنه لا يوصي باعتماد قاعدة قانون موقع المال فيما يتعلق بآثار الإعسار حسبما هي منطبقة على ملحقات الممتلكات غير المنقولة بل وحتى على الممتلكات المنقولة على العموم. وبدلا من ذلك يوصي دليل الأونسيترال للإعسار، بصفة عامة، بأن تكون أي استثناءات من انطباق قانون دولة محكمة الإعسار فيما يتعلق بآثار الإعسار محدودة العدد، كما ينبغي تبيانها بوضوح في قانون الإعسار (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ٣٤، والجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرة ٨٨).

٥- *معاملة الموجودات المرهونة*

١٨- قد يتأثر الحق الضماني، عقب بدء إجراءات الإعسار، بأحكام قانون الإعسار التي تحدّد نطاق عدة مسائل أو تتناولها على نحو آخر. وتتضمّن هذه المسائل، مثلا، موجودات المدين الخاضعة لإجراءات الإعسار؛ وتطبيق وقف الإجراءات المتخذة ضد المدين أو تعليقها؛ والتمويل اللاحق لبدء الإجراءات؛ وإبطال المعاملات التي تمت قبل بدء الإجراءات؛ والموافقة على خطة إعادة التنظيم؛ وترتيب المطالبات.

(أ) تحديد الموجودات الخاضعة للإجراءات

١٩- إنّ تحديد موجودات المدين التي ستخضع لإجراءات الإعسار هو عنصر رئيسي لنجاح سير الإجراءات. فالموجودات التي يشرف عليها ممثل إعسار وتخضع لإجراءات الإعسار هي التي تتكون منها "الحوزة" (انظر مصطلح "موجودات المدين" في الفقرة ٢٠ أدناه). ومن ثم فإن دليل الأونسيترال للإعسار يوصي بأن تكون الحوزة التي تتشكّل في بدء الإجراءات مؤلّفة عادة من جميع ممتلكات المدين وحقوقه ومصالحه، بما في ذلك الحقوق والمصالح في الممتلكات، سواء أكانت ملموسة (منقولة أو غير منقولة) أم غير ملموسة، أينما وُجدت (داخليا أم خارجيا)، وسواء أكانت في حوزة المدين في وقت بدء الإجراءات أم لم تكن في حوزته. وينبغي أن تتضمّن الحوزة كذلك حقوق المدين ومصالحه في الموجودات المرهونة وفي الموجودات التي تملكها أطراف ثالثة، وكذلك الموجودات التي يحصل عليها المدين أو ممثل الإعسار بعد بدء الإجراءات والموجودات المستردَّة من خلال إجراءات الإبطال (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ٣٥).

١' *الموجودات المرهونة*

٢٠- قد يساعد اشتمال الحوزة على حقوق المدين ومصالحه في الموجودات المرهونة على ضمان معاملة الدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة معاملة منصفة، وليس ذلك فحسب، بل قد يساعد أيضا على تحقيق أهداف إجراءات الإعسار التي تكون فيها الموجودات المعنية، مثلا، جوهرية لإعادة تنظيم منشأة المدين أو بيعها كمنشأة عاملة في حالة التصفية. ويتناول دليل الأونسيترال للإعسار موجودات المدين الواجب إدراجها في الحوزة (وكذلك الموجودات الواجب استبعادها) وأثر بدء إجراءات الإعسار في الموجودات المرهونة. ويركّز *الدليل*، بصفة خاصة، على أن من المهم لنجاح عملية إعادة التنظيم أن تشتمل حوزة الإعسار على ما للمدين من مصلحة في الموجودات المرهونة والموجودات التي تملكها أطراف ثالثة (للاطلاع على معنى المصطلح "موجودات المدين"، انظر الباب باء-١ أدناه؛ وللاطلاع

على مناقشة الحوزة، انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ٧-٩) وأن يُطبَّق وقف على بدء تدابير معيّنة فيما يتعلق بالحقوق الضمانية (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ٣٦-٤٠ و٥٦ و٥٧ و٥٩-٦٩، والتوصية ٤٦، وكذلك الفقرتين ٢٦ و٢٧ أدناه).

'٢' الموجودات المكتسبة بعد بدء إجراءات الإعسار

٢١- ينص دليل الأونسيترال للإعسار على أن الموجودات التي يكتسبها المدين بعد بدء إجراءات الإعسار تعد عموماً جزءا من حوزة الإعسار (انظر التوصية ٣٥، الفقرة الفرعية *(ب)*).

٢٢- وبناء على ذلك، ورغم أن الدائن المضمون قد يكون له حق ضماني في موجودات آجلة للمدين، فلا ينبغي أن يشمل الحق الضماني الموجودات التي يحصل عليها المدين بعد بدء إجراءات الإعسار (انظر أيضا التوصية ٢٣٥ من هذا *الدليل*)، ما لم يقدّم الدائن المضمون تمويلا إضافيا. ذلك أنه لو امتد الحق الضماني، عموما، لكي يشمل الموجودات التي يحصل عليها المدين بعد بدء إجراءات الإعسار لاستفاد الدائن المضمون على نحو غير منصف من الزيادة في الموجودات المرهونة التي يمكن أن تُتاح للوفاء بالالتزام المضمون الناشئ عن حيازة المدين لموجودات بعد بدء الإجراءات، دون أن يقدّم الدائن المضمون إلى المدين أي ائتمان إضافي. وبالمثل فإن الدائنين الآخرين لحوزة الإعسار قد يتضرّرون على نحو غير منصف إذا استُخدمت الموجودات غير المرهونة التي تشتمل عليها حوزة الإعسار لاكتساب موجودات إضافية بعد بدء إجراءات الإعسار وكانت تلك الموجودات ستصبح تلقائيا خاضعة للحق الضماني للدائن المضمون وستستخدم للوفاء بالالتزام المضمون.

٢٣- بيد أنه إذا كانت الموجودات التي اكتسبها المدين بعد بدء إجراءات الإعسار تتألف من عائدات موجودات يملك فيها الدائن المضمون حقا ضمانيا أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل بدء إجراءات الإعسار (أو أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بعد بدء الإجراءات ولكن في غضون أي فترة سماح منطبقة)، فإن الحق الضماني ينبغي أن يشمل تلك العائدات (انظر التوصية ٢٣٦ من هذا *الدليل*). وإذا لم يكن الأمر كذلك، فإن الدائن المضمون لن يستفيد من حقه الضماني في الموجودات المرهونة التي يجري التصرف فيها أو تحصيلها بعد بدء إجراءات الإعسار، وسيكون، نظرا لذلك الاحتمال، أقل استعدادا لتقديم ائتمان إلى المدين حتى عندما لا يكون من المحتمل أن تبدأ إجراءات إعسار بشأن المدين.

٢٤- ولعلّ المثال التالي يساعد على توضيح هذه النقاط. فهناك دائن مضمون يتمتع بحق ضماني غير قابل للإبطال في مخزونات المدين الحالية والآجلة برمتها. وبعد بدء إجراءات الإعسار، يبيع المدين ممتلكات غير منقولة وغير خاضعة لأي حق ضماني، ويستخدم المال الذي يحصل عليه من البيع لشراء مخزون. فالحق الضماني لا ينبغي أن يشمل هذا المخزون المحتاز بعد بدء الإجراءات. ذلك أن الدائن المضمون لم يقدّم أي ائتمان استنادا إلى حق ضماني في المخزون الجديد. ومن شأن السماح بأن يشمل الحقُّ الضماني المخزونَ الجديد أن يضر دائنين آخرين لحوزة الإعسار، لأن الممتلكات غير المنقولة، وهي موجودات غير مرهونة كانت لولا بيعها متاحة للوفاء بمطالبات الدائنين الآخرين، كان يمكن استخدامها لزيادة الموجودات المتاحة للوفاء بالالتزام المضمون.

٢٥- وفي مقابل ذلك، إذا احتيزت مخزونات إضافية بواسطة مال حصل عليه المدين من بيع المخزون الذي كان موجودا عند بدء إجراءات الإعسار والذي كان فيه للدائن المضمون حق ضماني لا يمكن إبطاله، وجب أن يشمل الحقُّ الضماني المخزونَ المكتسب بعد بدء إجراءات الإعسار. فالمخزون الإضافي هو فعلا بمثابة بديل للمخزون المبيع. وهكذا، لا يستفيد الدائن المضمون على نحو غير منصف، كما لا يتضرّر الدائنون الآخرون على نحو غير منصف.

(ب) حماية الحوزة بتطبيق الوقف

٢٦- يوجد هدفان أساسيان لأي قانون ناجع بشأن الإعسار، أولهما ضمان عدم الانتقاص من قيمة حوزة الإعسار بإجراءات تتخذها مختلف الأطراف، وثانيهما، تسهيل إدارة الحوزة إدارة منصفة ومنظّمة (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ١). ويحقّق العديد من قوانين الإعسار هذين الهدفين عن طريق فرض وقف يحول دون بدء الدائنين تدابير فردية أو جماعية لإنفاذ مطالباتهم، أو التماسهم لسبل انتصاف أو إجراءات تجاه المدين أو تجاه ممتلكات الحوزة، وتعليق أي تدابير من هذا القبيل جارية بالفعل. وعندما يُطبَّقُ الوقفُ منذ بدء إجراءات الإعسار (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ٤٦)، يمكن استكماله بتدابير إنصافية مؤقتة قد تأمر بها المحكمة لضمان حماية موجودات المدين وحماية مصلحة المدينين الجماعية بين وقت تقديم طلب ببدء إجراءات الإعسار ووقت بت المحكمة في هذا الطلب (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصيات ٣٩-٤٥). ويناقش دليل الأونسيترال للإعسار نطاق التدابير التي ينطبق عليها الوقف الإلزامي أو المؤقت (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ٣٠-٤٠)، ووقت الوقف ومدته (بما في ذلك التمديد) (انظر الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ٤١-٥٣ و٥٨)؛ وتدابير حماية مصالح الدائنين المضمونين (انظر الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ٥٩-٦٩، انظر أيضا دليل الأونسيترال للإعسار، التوصيات ٣٩-٥١).

'١' نطاق الوقف

٢٧- يوسّع عدد من الدول نطاق الوقف ليشمل جميع الإجراءات المتخذة تجاه المدين، سواء أكانت قضائية أم غير قضائية، بما فيها تلك التي يتخذها الدائنون المضمونون والأطراف الثالثة المالكة. ويشمل الوقف عادة تدابير إنفاذ الحق الضماني بإعادة احتياز الموجودات المرهونة وبيعها أو تأجيرها أو التصرف فيها على نحو آخر (أو ممارسة سبيل انتصاف إنفاذي آخر منصوص عليه في الفصل الثامن من هذا *الدليل* بشأن إنفاذ الحق الضماني. ويشمل الوقف كذلك التدابير المتعلقة بإنشاء حق ضماني أو جعل حق ضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ٤٦). وتميّز بعض قوانين الإعسار بين التصفية وإعادة التنظيم، من حيث تطبيق الوقف على التدابير التي يتخذها الدائنون المضمونون أو الأطراف الثالثة المالكة ومن حيث مدة الوقف. ويعترف عدد متزايد من قوانين الإعسار بأنه، بالرغم من كون وضع حدود لإنفاذ الحقوق الضمانية يمكن أن يؤثّر سلبا في تكاليف الائتمان وتوافره، فإن استبعاد الإجراءات التي يتخذها الدائنون المضمونون من الوقف يمكن أن يقوّض الأهداف الأساسية لإجراءات الإعسار. وهذا ينطبق بوجه خاص على إعادة التنظيم، لأن مواصلة استخدام المدين للموجودات المرهونة هي في كثير من الأحيان مسألة أساسية لسير المنشأة، وبالتالي فهي أساسية لإعادة تنظيمها. ويمكن تخفيف أي آثار سلبية للوقف باتخاذ تدابير ترمي إلى حماية القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة من التناقص (انظر الفقرات ٣١-٣٤ أدناه).

٢٨- وعندما يكون الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة في وقت بدء إجراءات الإعسار، من الضروري أن يُستثنى من تطبيق الوقف أي تدبير قد يحتاج الدائن المضمون إلى اتخاذه لضمان مواصلة النفاذ. فمثلا قد ينص قانون المعاملات المضمونة على فترة سماح لتسجيل بعض الحقوق الضمانية، كالحقوق الضمانية الحيازية مثلا، في سجل الحقوق الضمانية العام (انظر التوصيتين ١٨٠ و١٩٢ من هذا *الدليل*)؛ وعموما لا ينبغي أن يعرقل الوقفُ التسجيلَ خلال فترة السماح هذه (حتى وإن كانت فترةُ السماح تنتهي بعد بدء إجراءات الإعسار).

'٢' مدة الوقف

٢٩- يستصوب في إجراءات إعادة التنظيم، ورهنا بالضمانات الواردة أدناه، أن ينطبق الوقفُ على الحقوق الضمانية لفترة كافية من الوقت. وهذا ضروري لضمان إدارة إعادة التنظيم إدارة سليمة دون نقل الموجودات المرهونة من الحوزة قبل تحديد ما إذا كانت هذه الموجودات ضرورية لإعادة التنظيم.

٣٠- ومن المستصوب كذلك أن ينطبق الوقف على الحقوق الضمانية في سياق إجراءات التصفية، وخصوصا من أجل تسهيل بيع المنشأة كمنشأة عاملة. ويوصي دليل الأونسيترال للإعسار بأن ينطبق الوقف لفترة وجيزة (٣٠-٦٠ يوما مثلا) ينص عليها قانون الإعسار بوضوح، مع إدراج حكم يُجيز للمحكمة أن تُمدد هذه الفترة في ظروف معينة ومحدودة (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ٤٩).

'٣' حماية الدائنين المضمونين

٣١- ينبغي أن يتضمّن قانون الإعسار ضمانات لحماية الدائنين المضمونين عندما يؤثّر الوقفُ سلبا في القيمة الاقتصادية لحقوقهم الضمانية (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ٥٠). ويمكن أن تكون إحدى تلك الضمانات في شكل إعفاء من الوقف أو إفراج عن الموجودات المرهونة. وحتى في حالة عدم تقديم طلب بالإعفاء من الوقف، يُستصوب أن ينص قانون الإعسار على أن للدائن المضمون الحق في الحصول على الحماية من تناقص قيمة الموجودات المرهونة، وعلى أنه يجوز للمحكمة أن تمنح موافقتها على اتخاذ تدابير مناسبة لكفالة تلك الحماية.

٣٢- ويوصي دليل الأونسيترال للإعسار بأن تشمل أسسُ منح الإعفاء من الوقف أو الإفراج عن الموجودات المرهونة الحالات التي لا تكون فيها الموجودات المرهونة، على سبيل المثال، ضرورية لعملية إعادة تنظيم أو بيع محتملة لمنشأة المدين؛ أو تلك التي تكون فيها قيمة الموجودات المرهونة آخذة في التناقص من جراء بدء إجراءات الإعسار دون أن يحظى الدائنُ المضمون بالحماية من تناقص القيمة؛ والحالات التي لا تتمّ فيها الموافقة على خطة، في سياق إجراءات إعادة التنظيم، في غضون أي حدود زمنية منطبقة (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ٥١). وتنص بعض قوانين الإعسار كذلك على أنه، حالما يُمنح الإعفاء ويرفع الوقف فيما يتعلق بموجودات مرهونة معينة، يمكن الإفراج عن الموجودات لصالح الدائن المضمون. وفي هذه الحالة يكون الدائن المضمون حُرّا في إنفاذ حقه الضماني بخصوص تلك الموجودات بمقتضى القانون الواجب التطبيق. وتكون أي قيمة فائضة تبقى بعد سداد الالتزام المضمون جزءا من الحوزة.

٣٣- وممَّا له أهمية محورية فيما يتعلق بمفهوم حماية قيمة الموجودات المرهونة من التناقص وجود آلية لتقدير قيمة تلك الموجودات وتحديد الوقت الذي يتم فيه هذا التقدير، تبعا للغرض الذي يستلزم هذا التقدير. وقد يلزم تقدير الموجودات في أوقات مختلفة خلال إجراءات الإعسار، وذلك مثلا عند بدء الإجراءات، مع إعادة النظر في هذه القيمة أثناء سير الإجراءات. وتتمثل مسألة أخرى في الأساس الذي يستند إليه التقييم (مثلا قيمة المنشأة العاملة أم قيمة التصفية). ويمكن تحديد قيمة الموجودات المرهونة، في الحالة الأولى على الأقل، عن طريق اتفاق بين الأطراف قبل بدء الإجراءات، أو قد يستدعي الأمر أن تحددها المحكمة استنادا إلى أدلة تتضمّن النظر في الأسواق وظروف الأسواق وشهادة الخبراء.

٣٤- ويتناول دليل الأونسيترال للإعسار توقيت التقييم وآليات التقييم المختلفة (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ٦٦-٦٨).

(ج) استخدام الموجودات المرهونة والتصرّف فيها

٣٥- يهتم الدائنون المضمونون اهتماما مستمرا بالطريقة التي تُعامَل بها الموجوداتُ المرهونة بعد بدء إجراءات الإعسار. وتعتمد معاملة تلك الموجودات على أحكام قانون الإعسار فيما يتعلق مثلا بالأمور التالية: تطبيق الوقف، والرهن الإضافي للموجودات المرهونة، واستخدام الموجودات خلال سير إجراءات الإعسار، وبيع الموجودات أو التصرّف فيها، والتنازل عن الموجودات، وبيع الموجودات المرهونة خالصة وخالية من أي حقوق ضمانية.

٣٦- ويوصي دليل الأونسيترال للإعسار بأن يُجيز قانون الإعسار استخدام الموجودات المرهونة والتصرّف فيها أو رهنها مرة أخرى في إجراءات الإعسار. ويُقدم *الدليل* توصيات بشأن الظروف التي يمكن في ظلها أن تُباع الموجودات المرهونة خالصة من الحقوق الضمانية (مثلا اشتراط أن يشمل الحق الضماني في الموجودات عائدات بيع الموجودات)، وبشأن تدابير الحماية التي يجب توفيرها للدائنين المضمونين الذين تُباع موجوداتهم المرهونة بهذه الطريقة، بما في ذلك ضرورة إشعار الدائنين المضمونين بأي بيع مقترح أو أي تصرف آخر في الموجودات المرهونة ومنحهم فرصة للاعتراض (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ٧٤-٨٩ والتوصيات ٥٢-٥٩).

٦- التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٣٧- يجوز لممثل الإعسار، في كل من إجراءات التصفية وإجراءات إعادة التنظيم، أن يطلب إتاحة سبل الحصول على أموال لمواصلة تشغيل المنشأة. فقد لا تتوفّر في الحوزة موجودات سائلة كافية لتغطية النفقات المرتقبة، سواء أكانت تلك الموجودات في شكل نقود أم في شكل موجودات أخرى قابلة للتحويل إلى نقود (كالعائدات المرتقبة من المستحقات) وغير خاضعة لحقوق ضمانية قائمة من قبل ونافذة تجاه الأطراف الثالثة. وعندما لا تكون الموجودات السائلة غير المرهونة كافية أو لا يكون التدفق النقدي المتوقع كافيا، يجب أن يلتمس ممثّل الإعسار التمويل من أطراف ثالثة. وكثيرا ما تكون هذه الأطراف هي نفس الجهات المقرضة التي قدّمت الائتمان إلى المدين قبل بدء إجراءات الإعسار، وهي عادة لا تقبل تقديم الائتمان اللازم إلا إذا تلقّت ضمانا كافيا بالسداد (سواء في شكل مطالبة ذات أولوية بموجودات الحوزة أو في شكل حقوق ضمانية ذات أولوية في تلك الموجودات).

٣٨- ومن الضروري في أي من ترتيبات التمويل هذه (المشار إليها مجتمعة بتعبير "التمويل اللاحق لبدء الإجراءات") توفير الحماية المناسبة من التناقص لما للدائنين المضمونين الموجودين قبل بدء الإجراءات من حقوق في القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة. ومع أن بعض الدول تجيز، في ظروف محدودة، إنشاء حق ضماني يضمن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات ويحتل مرتبة أعلى من الحق الضماني القائم من قبل، فإن دليل الأونسيترال للإعسار يوصي بألاّ يُسمح بإنشاء هذا الحق الضماني (الذي يُشار إليه أحيانا بتعبير "الامتياز الأول") إلا عند استيفاء شروط معيّنة، منها ضرورة توفير الحماية من التناقص لما للدائنين المضمونين الموجودين قبل بدء الإجراءات من حقوق في القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة. وترد مناقشة بشيء من التفصيل للتمويل اللاحق لبدء الإجراءات في الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ٩٤-١٠٧ والتوصيات ٦٣-٦٨، من دليل الأونسيترال للإعسار.

٧- معاملة العقود

(أ) شروط الانتهاء التلقائي أو التعجيل

٣٩- للأطراف في الاتفاقات الضمانية مصلحة في أن تتناول إجراءات الإعسار الشروط التي تحدد أحداث التقصير في السداد التي ينشأ عنها الانتهاء التلقائي أو التعجيل بالسداد بمقتضى الاتفاق. ورغم أن بعض قوانين الإعسار تسمح بتجاوز تلك الشروط عند بدء إجراءات الإعسار، فإن هذا النهج لم يصبح بعد سمة عامة لقوانين الإعسار. غير أن عدم إمكان المساس بالمبادئ العامة لقانون العقود بهذه الطريقة قد يجعل إعادة التنظيم مسألة متعذرة عندما يتعلق العقد، مثلا، بموجودات ضرورية لإعادة تنظيم المنشأة أو بيعها كمنشأة عاملة. ويوصي دليل الأونسيترال للإعسار بعدم السماح بإنفاذ تلك الشروط على ممثّل الإعسار ولا على المدين (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ٧٠).

٤٠- ويمكن أن يُوازن أي أثر سلبي لسياسة تجاوز هذه الأنواع من الشروط بتقديم تعويض للدائنين الذين يستطيعون أن يثبتوا أنهم تكبدوا أضرارا أو خسائر من جراء استمرار أداء العقد بعد بدء إجراءات الإعسار أو بالنص على استثناء من التجاوز العام لتلك الشروط فيما يخص أنواعا معيّنة من العقود. ويوصي دليل الأونسيترال للإعسار بأن تشمل العقود المستثناة من التجاوز العام العقودَ المالية وبأن تُفرَضَ قواعد خاصة في حالة عقود العمل (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصيتين ٧٠ و٧١).

٤١- ويمكن أن ينص قانون الإعسار، مثلا، على أن هذه الشروط لا تحول دون إنفاذ الشرط الوارد في العقد والذي يعفي الدائن من التزام تقديم قرض أو تقديم ائتمان أو غير ذلك من التسهيلات المالية لصالح المدين بعد بدء إجراءات الإعسار، ولا تُبطِل ذلك الشرط. فمن غير المنصف اشتراط أن يقدّم الدائن قروضا أو ائتمانات أخرى إلى طرف معسر عندما يكون احتمال السداد ضئيلا جدا. وسيكون اشتراط تقديم الائتمان بعد بدء إجراءات الإعسار مجحفا بوجه خاص إذا لم تُوفَّر، كما هو مبيّن في الفقرة ٢٢ أعلاه، أي موجودات مرهونة إضافية للدائن المضمون بعد بدء الإجراءات (انظر التوصية ٢٣٧ من هذا *الدليل*).

(ب) مواصلة العقود أو رفضها

٤٢- تعتمد قوانين الإعسار نُهجا مختلفة إزاء مواصلة أداء العقود أو رفضها. ويقدّم دليل الأونسيترال للإعسار عددا من التوصيات المتصلة بمعاملة العقود عند بدء إجراءات الإعسار. وهي تشمل توصيات بشأن الإجراءات المتعلقة بتحديد ما إذا كان ينبغي مواصلة أداء العقود أم رفضها، ومعاملة العقود عندما يكون المدين مقصّرا عند بدء إجراءات الإعسار، وآثار مواصلة أداء العقود أو رفضها، والإيجارات، وإحالة العقود، وأنواع العقود التي قد يلزم وضع استثناءات بشأنها، والعقود اللاحقة لبدء الإجراءات (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ١٠٨-١٤٧ والتوصيات ٦٩-٨٦). وأيا كان الأمر فالمهم للدائن المضمون هو أن لا يؤدي رفض الاتفاق الضماني إلى إنهاء الالتزامات المضمونة المتكبّدة بالفعل أو النيل منها على نحو آخر أو إلى إنهاء الحق الضماني، وأن تُستثنى العقود المالية والتعهدات بالقروض، في كثير من الأحيان، من نطاق انطباق قوانين الإعسار التي تسري على معاملة العقود بشكل أعم (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ٢٠٨-٢١٥ والتوصية ١٠١).

٨- إجراءات الإبطال

٤٣- مثلما ذُكر آنفا، ينبغي لقانون الإعسار أن يسلِّم، من حيث المبدأ، بنفاذ الحق الضماني الذي يكون نافذاً بمقتضى قانون المعاملات المضمونة. ومع ذلك يمكن إبطال الحق الضماني في إجراءات الإعسار استنادا إلى نفس الأسباب التي تُبطَل بها أي معاملة أخرى. فمثلا، يمكن إبطال معاملة تحدث خلال فترة محددة من الوقت قبل بدء إجراءات الإعسار (كثيرا ما يشار إليها بعبارة "فترة الاشتباه") لكونها معاملة تفضيلية أو معاملة منقوصة القيمة أو معاملة يُقصد بها منع الدائنين من تحصيل مطالباتهم أو عرقلتهم أو تأخيرهم في ذلك (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ٨٧). ومن ثم يمكن إبطال المعاملة لكونها معاملة تفضيلية أو معاملة منقوصة القيمة، إذا ما رهن المدين موجوداته من أجل تفضيل دائن على آخر قبيل بدء إجراءات الإعسار، أو دون الحصول على القيمة المقابلة، على حساب دائنين آخرين. ويتناول دليل الأونسيترال للإعسار أنواع المعاملات القابلة للإبطال، وفترة الاشتباه، وتسيير إجراءات الإبطال، ومسؤولية الأطراف المقابلة في المعاملات المبطَلة (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ١٤٨-٢٠٣ والتوصيات ٨٧-٩٩).

٤٤- ومن الأمثلة على الحقوق الضمانية التي قد تكون قابلة للإبطال الحق الضماني الذي ينشأ قبل فترة وجيزة من بدء إجراءات الإعسار لضمان دين قائم من قبل؛ والحق الضماني الذي تتخذ بشأنه الخطوة أو الخطوات اللازمة لجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة، بعد إنشاء الحق الضماني وبعد انقضاء أي فترة سماح للقيام بذلك (انظر التوصيتين ١٨٠ و١٩٢ من هذا *الدليل*) ولكن في غضون فترة الاشتباه؛ واحتياز الدائن المضمون لموجودات مرهونة على سبيل الوفاء الكامل أو الجزئي بالالتزام المضمون (انظر التوصيات ١٥٦-١٥٩ من هذا *الدليل*) بسعر أقل كثيرا من القيمة الحقيقية للموجودات.

٩- *مشاركة الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار*

٤٥- عندما تكون الموجودات المرهونة جزءا من حوزة الإعسار وتتأثر حقوق الدائنين المضمونين بإجراءات الإعسار، ينبغي أن يكون من حق الدائنين المضمونين أن يشاركوا في إجراءات الإعسار (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ١٢٦). ويمكن أن تتخذ تلك المشاركة أشكالا مختلفة. فهي تشمل، بمقتضى بعض القوانين، الحق في أن تُسمَع دعواهم وفي أن يحضروا أثناء الإجراءات، بينما هي تشمل أيضا، بمقتضى قوانين أخرى، الحق في التصويت على مسائل محددة، مثل اختيار ممثّل الإعسار (وتنحيته)، والموافقة على خطة إعادة التنظيم، وإسداء المشورة إلى ممثّل الإعسار بناء على طلبه، أو بشأن مسائل معيّنة في قانون الإعسار، وغير ذلك من المهام والواجبات التي يقرّرها قانون الإعسار أو المحاكم أو ممثل الإعسار. وفي بعض الحالات، قد يكون مدى حق الدائن المضمون في التصويت على بعض المسائل متوقفا على مقدار زيادة الالتزام المضمون على قيمة الموجودات المرهونة، وإذا كان الدائن المضمون منقوص الضمان، فيمكن أن يشارك كدائن غير مضمون طالما كانت الموجودات المرهونة غير وافية بالتزامه.

٤٦- ويتناول دليل الأونسيترال للإعسار مسائل مشاركة الدائنين على العموم والآليات التي يمكن استخدامها لتسهيل تلك المشاركة (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثالث، الفقرات ٧٥-١١٥ والتوصيات ١٢٦-١٣٧).

١٠- *إجراءات إعادة التنظيم*

(أ) الموافقة على خطة إعادة التنظيم

٤٧- إن معرفة ما إذا كان يحق للدائن المضمون أم لا يحق له أن يشارك في الموافقة على خطة إعادة التنظيم تتوقف على الطريقة التي يُعامل بها قانون الإعسار الدائنين المضمونين، وخصوصا على مدى إمكان أن تغيّر خطةُ إعادة التنظيم حقوقَهم الضمانية أو أن تنال منها ومدى إمكان أن تفي قيمةُ الموجودات المرهونة بمطالبة الدائن المضمون. وعندما لا تكون قيمة الموجودات المرهونة كافية للوفاء بمطالبة الدائن المضمون، يجوز للدائن أن يشارك بصفته دائنا مضمونا أو دائنا غير مضمون.

٤٨- وعندما تقترح خطة إعادة التنظيم الانتقاص من حقوق الدائنين المضمونين أو تغييرها، ينبغي أن تُتاح لهم فرصة التصويت بشأن الموافقة على تلك الخطة (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ١٤٦). ولذلك الغرض، تصنّف بعض قوانين الإعسار الدائنين، بمن فيهم الدائنون المضمونون، وفقا لطبيعة حقوقهم ومصالحهم. وبمقتضى بعض القوانين، يصوّت الدائنون المضمونون معا باعتبارهم فئة منفصلة عن الدائنين غير المضمونين. وبمقتضى قوانين أخرى، يعتبر كل دائن مضمون فئة قائمة بذاتها.

٤٩- وعندما يشارك الدائنون المضمونون في عملية الموافقة، يُثار سؤال عمّا إذا كانت الخطة تُلزمهم حتى وإن صوّتوا ضدها أو امتنعوا عن التصويت عليها. وعندما يُصوّت الدائنون المضمونون في فئات، ينص بعض قوانين الإعسار على أنه طالما صوتت الأغلبية اللازمة من الفئة للموافقة على الخطة، فسيكون أعضاء الفئة المعارضون ملزمين بأحكام الخطة، رهنا ببعض تدابير الحماية (كحصولهم في إطار الخطة على مثل ما كانوا سيحصلون عليه في التصفية على الأقل، أو على سداد كامل مطالباتهم في غضون فترة زمنية محددة مع فوائد محسوبة بسعر السوق). ويتناول دليل الأونسيترال للإعسار إجراءات إعادة التنظيم بشيء من التفصيل (انظر الجزء الثاني، الفصل الرابع، الفقرات ٢٦-٧٥، والتوصيات ١٣٩-١٥٩)، ويتضمّن ذلك تصويت الدائنين المضمونين (انظر الجزء الثاني، الفصل الرابع، الفقرات ٣٤-٣٩، والتوصيات ١٤٦ و١٥٠ و١٥١).

٥٠- وهناك أمثلة عدة للسبل التي يمكن بها صون القيمة الاقتصادية للحقوق الضمانية في خطة إعادة التنظيم حتى وإن كانت تلك الخطة تنال من الحقوق الضمانية أو تغيّرها. فإذا نصّت الخطة على دفع مبلغ نقدي أو مبالغ نقدية على أقساط إلى الدائن المضمون للوفاء كليا أو جزئيا بالالتزام المضمون، فينبغي ألا يقل المبلغ النقدي أو القيمة الحالية للمبالغ النقدية المسددة على أقساط، عما كان سيحصل عليه الدائن المضمون في حالة التصفية. ولدى تقدير هذه القيمة، ينبغي مراعاة استخدام الموجودات والغرض من تقدير القيمة. وقد يتضمّن أساس تقدير القيمة لا قيمة التصفية الصرفة فحسب بل أيضا قيمة الموجودات باعتبارها جزءا من المنشأة كمنشأة عاملة. فمثلا إذا كان المدين سيحتفظ بحيازة الموجودات ويواصل استخدامها في إطار خطة إعادة التنظيم لكي يواصل تسيير المنشأة كمنشأة عاملة، أو إذا كان المدين سيبيع المنشأة كمنشأة عاملة، فينبغي أن تُقدَّر هذه القيمة بالرجوع إلى قيمة الموجودات باعتبارها جزءا من المنشأة العاملة، لا إلى قيمة الموجودات باعتبارها عنصرا وحيدا منفصلا عن المنشأة.

٥١- وإذا نصّت الخطة على أن يتنازل الدائن المضمون عن حقه الضماني في بعض الموجودات المرهونة، جاز النص أيضا على أن تخضع موجودات بديلة، مساوية في قيمتها على الأقل لقيمة الموجودات المرهونة، للحق الضماني للدائن المضمون، ما لم يكن التصرف في الموجودات المرهونة الباقية يتيح حصول الدائن المضمون على السداد الكامل.

(ب) تقدير قيمة الموجودات المرهونة

٥٢- تنص التوصيات ٤٩، الفقرة الفرعية *(ج)*'٢'، و٥٠، و٥١، الفقرة الفرعية *(ب)*، و٥٤، الفقرة الفرعية *(أ)*، و٥٨، الفقرة الفرعية *(د)*، و٥٩، الفقرة الفرعية *(ج)*، و٦٧، الفقرة الفرعية *(ج)*، من دليل الأونسيترال للإعسار، عموما، على حماية قيمة الموجودات المرهونة في سياق إجراءات الإعسار. وتنص التوصية ١٥٢، الفقرة الفرعية *(ب)*، في دليل الأونسيترال للإعسار على أن يحصل جميع الدائنين، بمن فيهم الدائنون المضمونون، بمقتضى أي خطة تقرّها المحكمة، على قدر يساوي على الأقل في إطار تلك الخطة ما كانوا سيحصلون عليه في التصفية. ويتناول دليل الأونسيترال للإعسار المسائل التي ينبغي النظر فيها لدى تقدير قيمة الموجودات المرهونة (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ٦٦-٦٩، والفقرة ٣٣ أعلاه من هذا الفصل).

٥٣- ومن أجل تقدير قيمة تصفية الموجودات المرهونة في إجراءات إعادة التنظيم (بغرض تطبيق التوصية ١٥٢، الفقرة الفرعية *(ب)*، من دليل الأونسيترال للإعسار)، ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار استخدام الموجودات المرهونة والغرض من تقدير تلك القيمة ومسائل أخرى ذات صلة. ويجوز الاستناد في تقدير قيمة تصفية الموجودات، مثلا، إلى قيمتها بصفتها جزءا من منشأة عاملة (انظر التوصية ٢٤٢ من هذا *الدليل*)، وهذه الطريقة يمكن أن تفضي إلى قيمة أدق للموجودات المرهونة نظرا للأغراض المنشودة من استخدام تلك الموجودات.

١١- إجراءات إعادة التنظيم المعجّلة

٥٤- في السنوات الأخيرة، أوليت عناية كبيرة لوضع إجراءات إعادة تنظيم معجّلة (أي إجراءات يُشرع فيها من أجل إنفاذ خطة تفاوَض حولها الدائنون المتأثّرون واتفقوا عليها في سياق مفاوضات إعادة هيكلة طوعية جرت قبل بدء إجراءات الإعسار، وذلك حيثما يسمح قانون الإعسار للمحكمة بتعجيل

سير تلك الإجراءات). وعادة ما تضم مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية التي تجري قبل بدء إجراءات الدائنين، بمن فيهم الدائنون المضمونون، الذين تلزم مشاركتهم لضمان فعالية إعادة تنظيم أو الذين ستتأثر حقوقهم بإعادة التنظيم.

٥٥- ويمكن أن تشمل الشروط الموضوعية لإجراءات إعادة التنظيم المعجّلة قدرا كبيرا من الضمانات وتدابير الحماية ذاتها التي توفّر في إجراءات إعادة التنظيم الكاملة التي تشرف عليها المحكمة. ولكن، لمّا كانت خطة إعادة التنظيم قد تم التفاوض حولها من قبلُ واتفقت عليها الأغلبية المطلوبة من الدائنين في وقت بدء الإجراءات المعجّلة، فيمكن تغيير عدد من الأحكام الإجرائية التي ينص عليها قانون الإعسار والتي تتعلق بالإجراءات الكاملة التي تشرف عليها المحكمة، أو قد لا يلزم أن تنطبق (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الرابع، الفقرات ٨٧-٩٢، والتوصيات ١٦٠-١٦٨).

١٢- *معاملة المطالبات المضمونة*

٥٦- من المسائل المهمّة للدائنين المضمونين معرفةُ ما إذا كان سيشترط عليهم تقديم مطالباتهم في سياق إجراءات الإعسار. ففي قوانين الإعسار التي لا تدرج الموجودات المرهونة ضمن حوزة الإعسار وتسمح للدائنين المضمونين بإنفاذ حقوقهم الضمانية تجاه الموجودات المرهونة دون قيود، يجوز استثناء الدائنين المضمونين من اشتراطات تقديم المطالبات. وعليهم، في هذه الحالة، ألا يودعوا أي مطالبة إلا إذا لم تُلبّ مطالبتهم بالكامل من قيمة بيع الموجودات المرهونة (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الخامس، الفقرات ١-٥٠، والتوصيات ١٦٩-١٨٤).

٥٧- وهناك نهج آخر يشترط على الدائنين المضمونين أن يقدموا مطالبة بكامل قيمة حقوقهم الضمانية، بصرف النظر عما إذا كان أي جزء من المطالبة غير مضمون. ويقتصر هذا الاشتراط في بعض القوانين على حائزي أنواع معيّنة من الحقوق الضمانية، مثل الرهون العائمة أو سندات البيع أو الضمانات على المنقولات. وتجيز بعض قوانين الإعسار أيضا للدائنين المضمونين أن يسلّموا ممثّل الإعسار حقوقهم الضمانية وأن يقدموا مطالبة بكامل قيمة الالتزام المضمون. والأساس المنطقي لإلزام الدائنين المضمونين بتقديم المطالبات هو تزويد ممثّل الإعسار بمعلومات عن وجود جميع المطالبات وعن مقدار الالتزام المضمون ووصف الموجودات المرهونة. وأيّا كان النهج المختار فمن المستصوب أن يتضمّن قانون الإعسار قواعد واضحة بشأن معاملة الدائنين المضمونين لأغراض تقديم المطالبات.

٥٨- وعندما يكون مبلغ المطالبة غير قابل للتحديد أو لم يُحدَّد في الوقت الذي يتعين فيه تقديم المطالبة، تقضي قوانين إعسار كثيرة بأن تُقبل المطالبة مؤقتا، على أن تحدد لها قيمة تقديرية (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ١٧٨). ويثير تحديد قيمة لهذه المطالبات عدة مسائل، منها مثلا الوقت الذي يجب فيه تحديد القيمة وما إذا كان يتعين تصفية المطالبة (وفي هذه الحالة، سيكون من الضروري أن تنظر فيها المحكمة) أو تقديرها (وهذا يمكن أن يقوم به ممثّل الإعسار أو المحكمة أو شخص آخر مُعيّن لذلك الغرض) (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ١٧٩). وعندما يُشترط أن تبت المحكمة في هذه المسألة، تظهر مسألة أخرى تتعلق بتحديد المحكمة التي ستكون مختصّة (محكمة الإعسار أم محكمة ما أخرى) وبالكيفية التي يمكن بها معالجة أي تأخّر في التوصّل إلى تحديد تلك القيمة من حيث

تأثير ذلك التأخّر في سير إجراءات الإعسار. وفيما يتعلق بتوقيت تحديد القيمة، تشترط قوانين إعسار عديدة الرجوع إلى التاريخ الفعلي لبدء الإجراءات (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الخامس، الفقرة ٣٨، والتوصية ١٧٩).

١٣- *ترتيب المطالبات المضمونة*

٥٩- يقرّر قانون المعاملات المضمونة أولوية الحقوق الضمانية تجاه المطالبين المنافسين (للاطلاع على معنى مصطلحي "المطالب المنافس" و"الأولوية"، انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات والتفسير في هذا *الدليل*)، بمن فيهم سائر دائني المدين المضمونين وغير المضمونين، والدائنون بحكم القضاء الذين لهم حق في الموجودات المرهونة، ومشترو الموجودات المرهونة. ويقرّ العديد من قوانين الإعسار بما للحقوق الضمانية من أولوية سابقة للإعسار، وتقدّم تلك الحقوق على مطالبات أخرى، مثل النفقات الإدارية والمطالبات الأخرى (مثل المطالبات المتعلقة بالضرائب أو الأجور). وتنص تلك القوانين على أن المطالبات المضمونة ينبغي أن يُوفى بها من عائدات بيع الموجودات المرهونة المحددة أو من الأموال العامة، تبعاً لكيفية معاملة الموجودات المرهونة في إجراءات الإعسار (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ١٨٨). غير أنه متى أنفق ممثّل الإعسار موارد غير مرهونة من موارد الحوزة في الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة أو استبقائها فإن تلك النفقات يمكن أن تُعطَى رتبة أعلى حتى من رتبة المطالبة المضمونة. ومن ثم، فربما يتعيّن تسديدها من عائدات بيع الموجودات المرهونة أو من قيمة أخرى تُعزى لهذه الموجودات (انظر التوصية ٢٤١ من هذا *الدليل*).

٦٠- وتضع قوانين إعسار أخرى المطالبات المضمونة في مرتبة أدنى من مرتبة التكاليف الإدارية ومطالبات أخرى (غير مضمونة عموما) محدّدة (تتعلق بالأجور أو الضرائب مثلا)، أو تحصر المبلغ الذي ستُعطى بشأنه المطالبةُ المضمونة مرتبةً أعلى في نسبة مئوية محددة من المطالبة. ويؤدي إيلاء مطالبات غير مضمونة معيّنة مرتبةً أعلى، وهو ما يحصل في كثير من الأحيان استنادا إلى اعتبارات ذات صلة بالسياسات الاجتماعية، إلى التأثير في تكاليف الائتمان المضمون ومدى توفّره. والنهج المتمثل في حصر المبلغ الذي يسترده الدائن المضمون من قيمة الموجودات المرهونة هو نهج يؤخذ به في بعض الأحيان فيما يتعلق بالحق الضماني في كامل موجودات المدين بغية توفير بعض الحماية للدائنين غير المضمونين (في حدود مبلغ معيّن في كثير من الأحيان).

٦١- وثمة نهج آخر قد يسمح بإعطاء الدائنين المضمونين اللاحقين لبدء الإجراءات رتبة أعلى من رتبة حقوق الدائنين المضمونين الموجودين في وقت بدء الإجراءات (انظر الفقرتين ٣٧ و٣٨ أعلاه)، بشرط إمكان حماية الحقوق الضمانية للدائنين المضمونين الموجودين من قبل (انظر دليل الأونسيترال للإعسار، التوصيتين ٦٦ و٦٧).

٦٢- وفي الحالات التي ينشئ فيها قانون الإعسار امتيازات خاصة بشأن أنواع معيّنة من المطالبات التي تفوق مرتبتها مرتبة الحقوق الضمانية (مثل امتياز دفع الضرائب أو غير ذلك من المطالبات غير المضمونة)، يُستصوب أن تبقى تلك الامتيازات في الحد الأدنى وأن ينص عليها قانون الإعسار أو يشير إليها بوضوح (انظر التوصية ٨٣ من هذا *الدليل*). فهذا النهج من شأنه أن يكفل شفافية نظام الإعسار وقابلية التنبؤ بأثره على الدائنين وأن يمكّن الدائنين المضمونين من تقدير الأخطار المرتبطة بتقديم

الائتمان تقديرا أدق. وترد مناقشة لهذه المسائل بتفصيل أكبر في دليل الأونسيترال للإعسار، الجزء الثاني، الفصل الخامس، الفقرات ٥١-٧٩، والتوصيات ١٨٥-١٩٣.

٦٣- ومثلما ذُكر آنفا، يراعي قانون الإعسار عادة أولوية الحق الضماني السابقة لبدء الإجراءات (عندما يكون الحق الضماني قد أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل بدء الإجراءات، أو بعدها ولكن في غضون فترة سماح)، وذلك رهنا بأي امتيازات يمكن أن يمنحها قانون الإعسار لمطالبات أخرى. وينطبق الأمر نفسه على ما للحقوق الضمانية من أولوية تحدّد بتخفيض رتبة تلك الحقوق (أي بتغيير أولوية الحق الضماني بالاتفاق، أو بأمر من المحكمة، أو حتى من جانب واحد؛ انظر التوصية ٢٤٠ من هذا *الدليل*). بيد أنه ينبغي ألا يُسفر تخفيض الرتبة عن إيلاء الدائن المضمون رتبة أعلى من الرتبة التي كان يمكن أن يحظى بها، سواء بصفته دائنا فرديا أو بصفته عضوا في فئة من الدائنين المضمونين، بمقتضى القانون الواجب التطبيق خلاف قانون الإعسار. وهذا المبدأ يعني أنه إذا كان الدائنون المضمونون "ألف" و"باء" و"جيم" في رتب أولوية بحيث يكون "ألف" هو الأول و"باء" هو الثاني و"جيم" هو الثالث، وخفض "ألف" رتبة مطالبته المضمونة عن رتبة مطالبة "جيم"، فإن "باء" لا يحصل على رتبة أعلى من الرتبة التي كان "ألف" سيحصل عليها فيما يتعلق بمبلغ مطالبة "ألف" وبعبارة أخرى، لا يجوز للدائن "جيم" أن يمارس أولوية الدائن "ألف" إلا بمقدار قيمة مطالبة "ألف". وهذا المبدأ يعني أيضا أنه إذا خفّض الدائن المضمون "ألف" في الفئة "سين" مطالبته المضمونة عن رتبة مطالبة الدائن المضمون "باء" المنتمي لنفس الفئة فإن الدائن المضمون "باء" لا يمكنه أن يحصل على رتبة أعلى من رتبة الفئة. وبعبارة أخرى، لا يجوز للدائن "باء" أن يمارس أولوية الدائن "ألف" إلا بمقدار قيمة مطالبة "ألف".

١٤- *تمويل الاحتياز*

٦٤- من المسائل الأساسية التي تهم دائني البائع أو المستأجر أو المقرض المعاملةُ التي تنالها في الإعسار الحقوقُ الضمانية وغيرها من الحقوق التي تؤدي وظيفة ضمان أداء التزام ما. وقد تتباين هذه المعاملة أحيانا بحسب كيفية تصنيف أي حق معيّن في قانون المعاملات المضمونة، وستُحدِّد الطريقة التي تعامل بها هذه الحقوق عموما في قانون المعاملات المضمونة كيفية معاملتها في الإعسار. ولذلك لا يتناول دليل الأونسيترال للإعسار مسألة كيفية تصنيف هذه الحقوق في قانون المعاملات المضمونة، ويقتصر على تناول معاملة هذه الحقوق في الإعسار، نظرا لتصنيف قانون المعاملات المضمونة لها.

٦٥- وفي الدول التي تُدرج جميع أشكال حقوق تمويل الاحتياز في قانونها المتعلق بالمعاملات المضمونة (وهو ما يشير إليه هذا *الدليل* بعبارة "النهج الوحدوي" إزاء تمويل الاحتياز)، تُعامل معاملات الاحتفاظ بالملكية والإيجارات التمويلية، في سياق إعسار المدين، بالطريقة ذاتها التي يُعامل بها الحق الضماني الحيازي، مع الاعتراف بأي أولوية خاصة يتمتع بها الحق الضماني الحيازي بمقتضى قانون غير قانون الإعسار (انظر التوصية ١٨٦ من هذا *الدليل*). وتتحقق النتيجة نفسها، بموجب ما يشير إليه هذا *الدليل* بعبارة "النهج غير الوحدوي" إزاء تمويل الاحتياز، متى صَنّف قانونُ المعاملات المضمونة أيَّ معاملة على أنها تُنشئ حقا ضمانيا (انظر التوصية ٢٠٢، البديل ألف). ولذلك فمن شأن أحكام دليل الأونسيترال للإعسار التي تنطبق على الحقوق الضمانية أن تنطبق على هذه الحقوق الضمانية الحيازية المتنوعة. وفي الدول التي تطلق على المعاملات مع الاحتفاظ بحق الملكية ومعاملات الإيجار التمويلي تسميات مختلفة، لا يُعامِل قانون المعاملات المضمونة في كثير من الأحيان الموجودات الخاضعة لهذه المعاملات على أنها موجودات خاضعة لحق ضماني، وإنما كموجودات يملكها البائع أو المؤجّر. ولذلك فمن شأن أحكام دليل الأونسيترال للإعسار المتعلقة بالموجودات التي تملكها أطراف ثالثة أن تنطبق على هذه المعاملات (انظر التوصية ٢٠٢، البديل باء، من هذا *الدليل*).

٦٦- وأيا كان الأمر، وبصرف النظر عمَّا إذا كان حق تمويل الاحتياز يُعامَل في إجراءات الإعسار بمقتضى القواعد المنطبقة على الحقوق الضمانية أم بمقتضى القواعد المنطبقة على العقود وعلى الموجودات التي تملكها أطراف ثالثة، ينبغي أن تكون جميع حقوق تمويل الاحتياز خاضعة لآثار الإعسار المحددة في دليل الأونسيترال للإعسار. وفي أي من نوعي النهج غير الوحدوي (انظر البديلين ألف وباء للتوصية ٢٠٢ في هذا *الدليل*)، قد يكون من المهم ملاحظة أن دليل الأونسيترال للإعسار يوصي في كثير من الأحيان بالمعاملة ذاتها لحائزي الحقوق الضمانية وحائزي الموجودات التي تملكها أطراف ثالثة. وهذا ما يتضح مثلا فيما يتعلق بالتوصية ٨٨ من دليل الأونسيترال للإعسار (فيما يتعلق بتطبيق صلاحيات الإبطال على جملة أمور منها الحقوق الضمانية)؛ والتوصية ٣٥ (المتعلقة بإدراج حقوق المدين في الموجودات المرهونة التي تشكل حوزة الإعسار)؛ والتوصيات ٣٩-٥١ (المتعلقة بتطبيق التدابير المؤقتة والوقف على الموجودات المرهونة والإعفاء من الوقف)؛ والتوصية ٥٢ (المتعلقة باستخدام موجودات الحوزة، بما فيها الموجودات المرهونة، والتصرّف فيها)؛ والتوصية ٥٤ (المتعلقة باستخدام الموجودات المملوكة لطرف ثالث)؛ والتوصيات ٦٩-٨٦ (المتعلقة بمعاملة العقود).

١٥- *المستحقات الخاضعة لنقل تام قبل بدء الإجراءات*

٦٧- يندرج النقل التام للمستحق في نطاق هذا *الدليل*، رغم أن هذا النقل لا يجري لغرض ضمان أداء التزام (انظر التوصيتين ٣ و١٦٧ من هذا *الدليل*). وأيا كان الأمر، وبصرف النظر عن الكيفية التي يُعامِل بها أيُّ قانون غير قانون الإعسار النقلَ التام للمستحق، فإن قانون الإعسار يعامِل النقل التام للمستحق كما يُعامِل نقل المدين أي موجودات أخرى قبل بدء الإجراءات (انظر عموما دليل الأونسيترال للإعسار، التوصية ٣٥ الفقرة الفرعية *(أ)*).

باء- التوصيات

الغرض

الغرض من التوصيات الواردة في هذا الفصل هو تناول أثر الإعسار في الحقوق الضمانية بطريقة شاملة تتسق مع دليل الأونسيترال لقانون الإعسار. ومن ثم أدرجت في هذا الفصل، من دليل الأونسيترال لقانون الإعسار، التوصيات الأساسية التي تتعلق تحديدا بالحقوق الضمانية. ولكن للاستفادة من مناقشة أوفى لأثر إجراءات الإعسار في الحقوق الضمانية، ينبغي أن يُقرأ هذا الفصل بالاقتران بكلتا التعليقات والتوصيات الواردة في دليل الأونسيترال لقانون الإعسار. ويتضمّن هذا الفصل أيضا مناقشة لبعض التوصيات الإضافية التي توضّح مسائل تطرّق إليها دليل الأونسيترال لقانون الإعسار ولكنها لم تكن موضوع توصيات في ذلك *الدليل*.

١- دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار:[٣] المصطلحات والتوصيات

(أ) المصطلحات

١٢- *(ب)* "موجودات المدين": هي ممتلكات المدين وحقوقه ومصالحه، بما فيها الحقوق والمصالح في الممتلكات، سواء أكانت في حوزة المدين أم لم تكن، وملموسة أم غير ملموسة، وقابلة أم غير قابلة للنقل، بما في ذلك مصالح المدين في الموجودات المرهونة أو في الموجودات التي يملكها طرف ثالث؛

[٣] منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10.

١٢- *(ص)* "العقد المالي": هو أي معاملة آنية أو آجلة أو مستقبلية أو تخييرية أو تقايضية تتعلق بأسعار فائدة أو سلع أو عملات أو أسهم أو سندات أو مؤشرات أو أي صك مالي آخر، وأي معاملة إعادة شراء أو معاملة إقراض أوراق مالية، وأي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية، وأي توليفة من المعاملات المذكورة أعلاه؛

١٢- *(خ)* "قانون محكمة الإعسار": هو قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار؛

١٢- *(ذ)* "قانون موقع المال": هو قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات؛

١٢- *(ض)* "المعاوضة": هي مقاصة التزامات نقدية أو غير نقدية بموجب عقود مالية؛

١٢- *(أأ)* "اتفاق المعاوضة": هو شكل من أشكال العقود المالية بين طرفين أو أكثر ينص على واحد أو أكثر مما يلي:

'١' التسوية الصافية لمدفوعات مستحقة بالعملة ذاتها وفي التاريخ ذاته سواء بالحلول أو بطريقة أخرى؛ أو

'٢' عند إعسار طرف ما أو تقصيره بأي نحو آخر، إنهاء جميع المعاملات المعلقة بقيمتها الإبدالية أو بقيمتها السوقية المنصفة، وتحويل تلك المبالغ إلى عملة واحدة ومعاوضتها إلى مبلغ واحد يدفعه طرف إلى آخر؛ أو

'٣' مقاصة المبالغ المحسوبة على النحو المبيّن في الفقرة الفرعية '٢' من هذا التعريف في إطار اتفاقَي معاوضة أو أكثر؛[٤]

١٢- *(د د)* "الطرف ذو المصلحة": هو أي طرف تتأثر حقوقه أو التزاماته أو مصالحه بإجراءات الإعسار أو بأمور معيَّنة في إجراءات الإعسار، بمن في ذلك المدين أو ممثل الإعسار أو الدائن أو حائز الأسهم أو لجنة الدائنين أو سلطة حكومية أو أي شخص آخر يتأثر على هذا النحو. ولا يُقصَد أن يشمل هذا التعريف الأشخاص الذين لهم مصالح بعيدة الصلة أو متفرقة تتأثر بإجراءات الإعسار؛

١٢- *(و و)* "الأفضلية": هي معاملة تؤدي إلى حصول دائن على مزية أو سداد غير عادي؛

١٢- *(ز ز)* "الأولوية": هي الحق في أن تتقدّم مطالبة على غيرها عندما ينشأ ذلك الحق بإعمال القانون؛

١٢- *(ح ح)* "المطالبة ذات الأولوية": هي المطالبة التي تسدد قبل السداد للدائنين العامين غير المضمونين؛

١٢- *(ط ط)* "حماية القيمة": هي التدابير التي تستهدف الحفاظ على القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة والموجودات المملوكة للأطراف الثالثة أثناء إجراءات الإعسار (يشار إليها في بعض الولايات القضائية بعبارة "الحماية الوافية"). ويمكن توفير الحماية بواسطة دفعات نقدية، أو بتوفير مصالح ضمانية على موجودات بديلة أو إضافية، أو بوسائل أخرى تحدّدها المحكمة لتوفير الحماية اللازمة؛

١٢- *(ع ع)* "المصلحة الضمانية": هي حق في موجودات لضمان سداد التزام أو أكثر أو الوفاء به على نحو آخر؛

---

[٤] الفقرة الفرعية *(ل)* من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية.

(ب) التوصيات

الأهداف الرئيسية لقانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار

١- من أجل إرساء وتطوير قانون فعّال بشأن الإعسار، ينبغي أخذ الأهداف الرئيسية التالية في الاعتبار:

(أ) توفير اليقين في السوق تعزيزا لاستقرار الاقتصاد ونموه؛

(ب) زيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد؛

(ج) إيجاد توازن بين التصفية وإعادة التنظيم؛

(د) ضمان معاملة متكافئة للدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة؛

(هـ) توفير حل لمشكلة الإعسار يتسم بالآنية والنّجاعة والنّزاهة؛

(و) الحفاظ على حوزة الإعسار لإتاحة توزيع متكافئ على الدائنين؛

(ز) ضمان وجود قانون إعسار يتّسم بالشّفافية وقابليّة التّنبؤ ويتضمّن حوافز على جمع المعلومات وتوزيعها؛

(ح) الاعتراف بحقوق الدائنين الحاليين وإرساء قواعد واضحة بشأن ترتيب المطالبات ذات الأولوية.

٤- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار أنّه، عندما تكون المصلحة الضمانية نافذة وقابلة للإنفاذ بموجب قانون غير قانون الإعسار، يُعتَرف بنفاذها وقابليتها للإنفاذ في إجراءات الإعسار.

٧- بغية صوغ قانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار، ينبغي النظر في السمات المشتركة التالية:

(أ)-(د) ...

(هـ) حماية حوزة الإعسار من تصرفات الدائنين والمدين ذاته وممثل الإعسار، والطريقة التي تُصان بها القيمة الاقتصادية للمصلحة الضمانية أثناء إجراءات الإعسار، عندما تسري تدابير الحماية على الدائنين المضمونين؛

(و)-(ص) ...

القانون المنطبق على صحة الحقوق والمطالبات وسريانها

٣٠- ينبغي تعيين القانون المنطبق على تحديد صحة وسريان الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار، وذلك بموجب قواعد القانون الدولي الخاص للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار.

القانون المنطبق في إجراءات الإعسار: قانون دولة محكمة الإعسار

٣١- ينبغي أن يطبَّق قانون الإعسار للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون دولة محكمة الإعسار) على كل جوانب بدء تلك الإجراءات وتسييرها وإدارتها واختتامها، وعلى آثار تلك الإجراءات. وهذه الجوانب يمكن أن تشمل، على سبيل المثال، ما يلي:

(أ)-(ط)...

(ي) معاملة الدائنين المضمونين؛

(ك)-(ن) ...

(س) ترتيب المطالبات؛

(ع)-(ق) ...

الاستثناءات من تطبيق قانون إجراءات الإعسار

...

٣٤- ينبغي أن يكون عدد أي استثناءات تضاف إلى التوصيتين ٣٢ و٣٣ محدودا، كما ينبغي تبيانها أو ذكرها بوضوح في قانون الإعسار.

الموجودات التي تشكِّل حوزة الإعسار

٣٥- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنَّ الحوزة ينبغي أن تشمل ما يلي:

(أ) موجودات المدين،[٥] بما فيها مصالح المدين في الموجودات المرهونة وفي الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة؛

(ب) الموجودات المكتسَبة بعد بدء إجراءات الإعسار؛

(ج) ...

التدابير المؤقتة[٦]

٣٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة أن تمنح إعفاء ذا طابع مؤقت، بناء على طلب المدين أو الدائنين أو الأطراف الثالثة، عندما تكون هناك حاجة إلى الإعفاء من أجل حماية وصون قيمة موجودات المدين[٧] أو مصالح الدائنين في الفترة الفاصلة بين تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار وبدء الإجراءات،[٨] بما في ذلك:

(أ) وقف الحجز على موجودات المدين، بما في ذلك الإجراءات المتخذة لجعل المصالح الضمانية نافذة على الأطراف الثالثة وإنفاذ المصالح الضمانية؛

(ب)-(د) ...

تعويض الخسارة في سياق التدابير المؤقتة

٤٠- يجوز أن يوفّر قانون الإعسار للمحكمة الصلاحية من أجل:

(أ) مطالبة مقدِّم الطلب الخاص بالتدابير المؤقتة بأن يوفّر التعويض عن الخسارة، وأن يدفع التكاليف أو الرسوم إذا اقتضى الأمر؛ أو

(ب) فرض جزاءات في سياق الطلب الخاص بالتدابير المؤقتة.

توازن الحقوق بين المدين وممثل الإعسار

٤١- ينبغي أن يحدّد القانون بوضوح توازن الحقوق والالتزامات بين المدين وأي ممثل للإعسار يُعَّين كتدبير مؤقت. ففي الفترة الفاصلة بين تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار وبدء تلك الإجراءات، يحق للمدين أن يواصل تشغيل منشأته ويستخدم الموجودات ويتصرف فيها في سياق العمل المعتاد، باستثناء ما تفرضه المحكمة من تقييدات.

---

[٥] ستقرَّر ملكية الموجودات بالإشارة إلى القانون المنطبق ذي الصلة، حيث يرد تعريف واسع للتعبير "الموجودات" يشمل ممتلكات المدين وحقوقه ومصلحته، بما في ذلك حقوق المدين ومصالحه في الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة.

[٦] هذه المواد تتبع المواد المناظرة لها في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، انظر المادة ١٩ (انظر المرفق الثالث من دليل الأونسيترال للإعسار).

[٧] يقصد بالإشارة إلى الموجودات في الفقرات من *(أ)* إلى *(ج)* أن تكون قاصرة على الموجودات التي من شأنها أن تمثل جزءا من حوزة الإعسار حالما تبدأ الإجراءات.

[٨] ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار وقت نفاذ أمر متعلق بالتدابير المؤقتة؛ كأن ينص مثلا، عند إصدار الأمر، على أن يكون ذلك الأمر نافذا اعتبارا من الساعة الأولى من يوم إصداره، أو أي وقت محدّد آخر (انظر الفقرة ٤٤ من دليل الأونسيترال للإعسار).

الإشعار

٤٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، ما لم تقرر المحكمة الحدّ من ضرورة الإشعار أو الاستغناء عنه، يجب توجيه إشعار مناسب إلى الأطراف المتأثرة ذات المصلحة بما يلي:

(أ) طلب لتنفيذ التدابير المؤقتة أو أمر من المحكمة بتنفيذها، (بما في ذلك طلب بشأن استعراضها وتعديلها أو إنهائها)؛

(ب) أمر من المحكمة باتخاذ تدابير إضافية تنطبق عند البدء ما لم تقرر المحكمة الحد من ضرورة الإشعار أو الاستغناء عنه.

التدابير المؤقتة بناء على طلب من طرف واحد

٤٣- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال عدم توجيه إشعار إلى المدين أو طرف آخر ذي مصلحة ومتأثر بتدبير مؤقت بالطلب الخاص بالتدبير المؤقت، يحق للمدين أو للطرف الآخر ذي المصلحة المتأثر بالتدابير المؤقتة، أن يُسمَع رأيه بسرعة،[٩] فيما إذا كان ينبغي استمرار التدبير الانتصافي.

تعديل التدابير المؤقتة أو إنهاؤها

٤٤- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة، بمبادرتها أو بناء على طلب من ممثل الإعسار أو المدين أو الدائن أو أي شخص آخر متأثر بالتدابير المؤقتة، أن تستعرض تلك التدابير وتعدِّلها أو تُنهيها.

إنهاء التدابير المؤقتة

٤٥- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ التدابير المؤقتة تنتهي عندما:

(أ) يُرفض طلب مقدَّم بشأن البدء؛

(ب) يُطعن بنجاح في أمر باتخاذ تدابير مؤقتة بمقتضى التوصية ٤٣؛

(ج) تُصبح التدابير المنطبقة عند البدء نافذة، ما لم تقرر المحكمة استمرار نفاذ التدابير المؤقتة.

التدابير المنطبقة عند البدء

٤٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عند بدء إجراءات الإعسار:[١٠]

(أ) يطبَّق الوقف على بدء أو مواصلة الدعاوى الفردية أو الإجراءات[١١] المتعلقة بموجودات المدين وحقوقه أو واجباته أو التزاماته المالية؛

(ب) يطبَّق الوقف على الإجراءات المتخذة من أجل جعل المصالح الضمانية نافذة على الأطراف الثالثة وإنفاذ المصالح الضمانية؛[١٢]

---

[٩] ينبغي لأي أجل مسمّى ضمن القانون أن يكون قصيرا لمنع حدوث خسارة في قيمة منشأة المدين.

[١٠] ستكون هذه التدابير نافذة بوجه عام وقت صدور الأمر بالبدء.

[١١] انظر المادة ٢٠ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر الفصل الثالث من دليل الأونسيترال للإعسار). ويقصد بالدعاوى الفردية المشار إليها في الفقرة الفرعية *(أ)* من التوصية ٤٦ أن تشمل أيضا الدعاوى المعروضة على هيئة تحكيم. غير أنه قد لا يتسنى دائما تنفيذ الوقف التلقائي لإجراءات التحكيم، كما هو الحال عندما لا يجري التحكيم داخل الدولة بل في مكان أجنبي.

[١٢] إذا كان قانون غير قانون الإعسار يسمح بجعل تلك المصالح الضمانية نافذة في فترات زمنية محدّدة، فمن المستصوب أن يعترف قانون الإعسار بتلك الفترات الزمنية وأن يسمح بجعل المصلحة نافذة عندما يحدث بدء إجراءات الإعسار قبل انقضاء أجل الفترة الزمنية المحدّدة. وعندما لا يتضمّن قانون غير قانون الإعسار تلك الفترات الزمنية، أُعمل الوقف المنطبق عند بدء الإجراءات للحيلولة دون جعل المصلحة الضمانية نافذة. (للاطلاع على مزيد من المناقشة، انظر الفقرة ٣٢ من دليل الأونسيترال للإعسار، وكذلك *دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة*).

(ج) يطبَّق الوقف على التنفيذ أو غيره من أشكال الإنفاذ الذي يستهدف موجودات الحوزة؛

(د) يعلَّق حق الطرف المقابل في إنهاء أي عقد مع المدين؛[١٣]

(هـ) يعلَّق الحق في إحالة أيّ من موجودات الحوزة أو رهنها أو التصرف فيها على نحو آخر.[١٤]

مدة التدابير المنطبقة آليا عند البدء

٤٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ التدابير المنطبقة آليا عند بدء إجراءات الإعسار تظل نافذة طوال تلك الإجراءات إلى أن:

(أ) تمنح المحكمة إعفاء من التدابير؛[١٥]

(ب) تصبح خطة إعادة التنظيم نافذة في إجراءات إعادة التنظيم؛[١٦]

(ج) تنقضي،[١٧] فيما يتعلق بالدائنين المضمونين، في إجراءات التصفية، فترة زمنية ثابتة محدّدة في القانون، ما لم تقرر المحكمة تمديدها لفترة إضافية عند إثبات:

'١' أنّ التمديد ضروري لزيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد لصالح الدائنين؛

'٢' أنّ الدائن المضمون سيحظى بحماية من تناقص قيمة الموجودات المرهونة التي له فيها مصلحة ضمانية.

الحماية من تناقص قيمة الموجودات المرهونة

٥٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يحق للدائن المضمون، عندما يقدّم طلبا إلى المحكمة، أن تمنحه حماية قيمة الموجودات التي له فيها مصلحة ضمانية. ويجوز للمحكمة أن تمنح تدابير حماية مناسبة يمكن أن تشتمل على ما يلي:

(أ) سداد مدفوعات نقدية من الحوزة؛ أو

(ب) تقديم مصالح ضمانية إضافية؛ أو

(ج) استخدام أي وسيلة أخرى تقرِّرها المحكمة.

الإعفاء من التدابير المنطبقة عند البدء

٥١- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للدائن المضمون أن يطلب إلى المحكمة أن تمنحه إعفاء من التدابير المنطبقة عند بدء إجراءات الإعسار استنادا إلى أسس يمكن أن تشتمل على ما يلي:

(أ) أنّ الموجودات المرهونة ليست ضرورية لإعادة تنظيم أو عملية بيع محتملة لمنشأة المدين؛

(ب) أن قيمة الموجودات المرهونة آخذة في التناقص نتيجة لبدء إجراءات الإعسار، وأنّ الدائن المضمون لا يحظى بحماية من تناقص القيمة؛

(ج) أنه لم تتم، في إجراءات إعادة التنظيم، الموافقة على خطة في غضون أي حدود زمنية منطبقة.

---

[١٣] انظر الفقرات ١١٤-١١٩ من دليل الأونسيترال للإعسار. ولا يقصد بهذه التوصية استبعاد إنهاء عقد ما إذا كان ذلك العقد ينص على تاريخ للإنهاء واقع بعد بدء إجراءات الإعسار.

[١٤] تقييد الحق في إحالة موجودات الحوزة أو رهنها أو التصرف فيها بطريقة أخرى يجوز أن يخضع لاستثناء في تلك الحالات المسموح فيها للمدين بمواصلة أعمال منشأته، ويستطيع المدين إحالة الموجودات أو رهنها أو التصرف فيها بطريقة أخرى في سياق العمل المعتاد.

[١٥] ينبغي منح الإعفاء استنادا إلى الأسس المذكورة في التوصية ٥١.

[١٦] يمكن أن تصبح الخطة نافذة عند موافقة الدائنين عليها أو بعد إقرار المحكمة، حسب اشتراطات قانون الإعسار (انظر الفقرة ٥٤ والفقرات التي تليها من الفصل الرابع من دليل الأونسيترال للإعسار).

[١٧] المقصود هو أن ينطبق الوقف على الدائنين المضمونين لفترة زمنية قصيرة فقط، كأن تتراوح مثلا ما بين ٣٠ و٦٠ يوما، وأن يبيّن قانون الإعسار بوضوح مدّة الانطباق.

صلاحية استخدام موجودات الحوزة والتصرّف فيها

٥٢- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار بما يلي:

(أ) استخدام موجودات الحوزة (بما فيها الموجودات المرهونة) والتصرف فيها ضمن سياق العمل المعتاد، باستثناء العائدات النقدية؛

(ب) استخدام موجودات الحوزة (بما فيها الموجودات المرهونة) والتصرف فيها خارج سياق العمل المعتاد، رهنا باشتراطات التوصيتين ٥٥ و٥٨.

زيادة رهن الموجودات المرهونة

٥٣- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز زيادة رهن الموجودات المرهونة، مع مراعاة الاشتراطات الواردة في التوصيات ٦٥-٦٧.

استخدام الموجودات المملوكة لطرف ثالث

٥٤- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يستخدم موجودات مملوكة لطرف ثالث وفي حيازة المدين، شريطة استيفاء شروط محدّدة، منها ما يلي:

(أ) أن تُحمى مصالح الطرف الثالث من تناقص قيمة الموجودات؛

(ب) أن تُدفع التكاليف المتكبَّدة بمقتضى العقد والمترتبة على استمرار أداء العقد واستخدام الموجودات بصفتها نفقات إدارية.

القدرة على بيع موجودات الحوزة خالصة وخالية من التزامات الرهن والمصالح الأخرى

٥٨- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار ببيع موجودات مرهونة أو خاضعة لمصلحةٍ أخرى خالصةً وخاليةً من ذلك الرهن والمصلحة الأخرى، خارج سياق العمل المعتاد، شريطة ما يلي:

(أ) أن يُشعِر ممثلُ الإعسار أصحاب الرهن أو المصالح الأخرى بالبيع المقترح؛

(ب) أن تتاح لأصحاب الرهن الفرصة لأن يُسمَعوا من المحكمة عندما يكون لديهم اعتراض على البيع المقترح؛

(ج) ألاّ يكون قد مُنح إعفاء من الوقف؛

(د) أن تُصان أولوية المصالح في عائدات بيع الموجودات.

استخدام العائدات النقدية

٥٩- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار أن يستخدم العائدات النقدية وأن يتصرف فيها إذا:

(أ) وافق الدائن المضمون الذي له مصلحة ضمانية في تلك العائدات النقدية على استخدامها أو التصرف فيها؛ أو

(ب) أُشعر الدائن المضمون بذلك الاستخدام أو التصرف المقترح وأُتيحت له فرصة لأن يُسمَع من المحكمة؛

(ج) حُميت مصالح الدائن المضمون من الانتقاص من قيمة العائدات النقدية.

الموجودات المُرهِقة

٦٢- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بأن يقرّر كيفية معالجة أي موجودات مُرهقة للحوزة. وعلى وجه التحديد، يجوز أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بالتنازل عن الموجودات المُرهقة بعد إشعار الدائنين وإتاحة الفرصة لهم للاعتراض على الإجراء المقترح، باستثناء أنه يجوز لقانون الإعسار، عندما تتجاوز المطالبة المضمونة قيمة الموجودات المرهونة ولا تكون الموجودات لازمة لإعادة تنظيم المنشأة أو لبيعها كمنشأة عاملة، أن يسمح لممثل الإعسار بالتنازل عن الموجودات للدائن المضمون دون إشعار الدائنين الآخرين.

اجتذاب التمويل اللاحق لبدء الإجراءات والإذن به

٦٣- ينبغي أن ييسر قانون الإعسار لممثل الإعسار الحصول على تمويل لاحق لبدء الإجراءات وأن يوفّر له حوافز للحصول على ذلك التمويل عندما يقرّر ممثل الإعسار أنّ ذلك ضروري لاستمرار تشغيل منشأة المدين أو لكفالة ديمومتها أو للمحافظة على قيمة موجودات الحوزة أو تحسينها. ويجوز أن يشترط قانون الإعسار أن تأذن المحكمة بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات أو أن يقبل الدائنون ذلك.

منح ضمانة بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٦٥- ينبغي أن يتيح قانون الإعسار منح مصلحة ضمانية بشأن سداد التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، تشمل منح مصلحة ضمانية على الموجودات غير المرهونة، بما فيها الموجودات المكتسبة فيما بعد، أو مصلحة ضمانية صغرى أو أدنى مرتبة من حيث الأولوية على موجودات الحوزة المرهونة من قبل.

٦٦- ينبغي أن يبيّن القانون[١٨] أنّ المصلحة الضمانية التي تُمنح بشأن موجودات الحوزة من أجل تأمين التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، ليست لها أولوية تسبق أي مصلحة ضمانية قائمة بشأن الموجودات ذاتها ما لم يحصل ممثل الإعسار على موافقة الدائنين المضمونين القائمين أو يتّبع العملية الإجرائية الواردة في التوصية ٦٧.

٦٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة، عندما لا يوافق الدائن المضمون القائم، أن تأذن بإنشاء مصلحة ضمانية لها أولوية على المصالح الضمانية القائمة من قبل، شريطة استيفاء شروط معيّنة، منها:

(أ) أن يكون الدائن المضمون القائم قد أتيحت له الفرصة لأن تسمعه المحكمة؛

(ب) أن يكون بإمكان المدين أن يُثبت عدم قدرته على الحصول على التمويل بأي طريقة أخرى؛

(ج) أن تُحمى مصالح الدائن المضمون القائم.[١٩]

أثر التحويل في التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٦٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عندما تحوَّل إجراءات إعادة التنظيم إلى تصفية، ينبغي مواصلة الاعتراف في التصفية بأيّ أولوية أُسندت إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في إعادة التنظيم.[٢٠]

---

[١٨] يجوز أن ترد هذه القاعدة في قانون غير قانون الإعسار، عندئذ ينبغي أن يذكر قانون الإعسار وجود هذا الحكم.

[١٩] انظر الفقرات ٦٣-٦٩ من دليل الأونسيترال للإعسار.

[٢٠] قد لا يُعترف بالضرورة بترتيب الأولوية ذاته. فمثلا، يمكن أن تأتي مرتبة التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من حيث الأولوية بعد مرتبة المطالبات الادارية المتعلقة بتكاليف التصفية.

شروط الإنهاء الآلي أو التعجيل

٧٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أن أيّ شرط في العقد يقضي بإنهاء العقد آليا أو تعجيله لا يجوز إنفاذه على ممثل الإعسار ولا على المدين عند وقوع أي من الأحداث التالية:

(أ) تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار أو بدء الإجراءات فعلا؛

(ب) تعيين ممثل للإعسار.[٢١]

٧١- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار العقود المستثناة من إعمال التوصية ٧٠، ومنها مثلا العقود المالية أو الخاضعة لقواعد خاصة، كعقود العمل.

المواصلة أو الرفض

٧٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يقرّر مواصلة أداء عقد هو على علم بأنّ مواصلته ستكون نافعة لحوزة الإعسار.[٢٢] وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار:

(أ) أنّ الحق في المواصلة ينطبق على العقد بمجمله؛

(ب) أنّ المواصلة تعني أنّ جميع شروط العقد واجبة الإنفاذ.

٧٣- يجوز أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بأن يقرر رفض عقد ما،[٢٣] وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الحق في الرفض ينطبق على العقد بمجمله.

مواصلة العقود في حال إخلال المدين بها

٧٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال إخلال المدين بعقد ما، يستطيع ممثل الإعسار أداء ذلك العقد، شريطة أن يعالَج الإخلال، وأن يعاد الطرف المقابل غير المخلّ بالعقد إلى الوضع الاقتصادي الذي كان يتمتع به إلى حد كبير، وأن تكون الحوزة قادرة على الأداء بموجب العقد الذي يتواصل أداؤه.

الأداء قبل مواصلة العقد أو رفضه

٨٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يقبل أو يشترط أداء الطرف المقابل في عقد قبل مواصلة العقد أو رفضه. وينبغي أن تكون مطالبات الطرف المقابل الناشئة عن الأداء الذي قبله أو اشترطه ممثل الإعسار قبل مواصلة العقد أو رفضه واجبة السداد بصفتها نفقة إدارية:

(أ) إذا أدّى الطرف المقابل العقد، وجب أن تكون النفقات الإدارية هي السعر التعاقدي للأداء؛ أو

(ب) إذا استخدم ممثل الإعسار موجودات مملوكة لطرف ثالث وفي حيازة المدين وخاضعة لشروط العقد، وجب أن يُحمى ذلك الطرف من تناقص قيمة تلك الموجودات وأن تكون له مطالبة إدارية وفقا للفقرة الفرعية *(أ)*.

---

[٢١] لا تنطبق هذه التوصية إلا على العقود التي يمكن فيها تجاوز تلك الشروط (انظر التعليق الوارد في الفقرات ١٤٣-١٤٥ من دليل الأونسيترال للإعسار، بشأن الاستثناءات). وهي لا يُقصد بها أن تكون حصرية، وإنما يُقصد بها إرساء حد أدنى: فالمحكمة ينبغي أن تكون قادرة على فحص الشروط التعاقدية الأخرى التي سيكون لها أثر إنهاء عقد ما عند وقوع أحداث مماثلة.

[٢٢] إذا كان الوقف الآلي عند بدء إجراءات الإعسار يعمل على منع إنهاء العقود المبرمة مع المدين (وفقا لشرط ينص على الإنهاء الآلي)، فينبغي أن تبقى كل العقود قائمة لتمكين ممثل الإعسار من النظر في إمكانية مواصلتها، ما لم يتضمّن العقد تاريخا للإنهاء يتصادف وقوعه بعد بدء إجراءات الإعسار.

[٢٣] يتبع بعض الولايات القضائية نهجا بديلا عن منح صلاحية رفض العقود، فتنص على أنّ أداء العقد يتوقف بكل بساطة ما لم يقرر ممثل الإعسار مواصلة أدائه.

التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الإخلال في وقت لاحق بعقد متواصل أداؤه

٨١- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال اتخاذ قرار بمواصلة أداء عقد ما، ينبغي دفع التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بذلك العقد لاحقا بصفتها نفقات إدارية.

التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الرفض

٨٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ أيّ أضرار ناجمة عن رفض عقد سابق لبدء الإجراءات ستقرَّر وفقا للقانون المنطبق وينبغي معاملتها بصفتها مطالبة عادية غير مضمونة. ويجوز أن يحدّ قانون الإعسار من المطالبات المتعلقة برفض عقد طويل الأمد.

إحالة العقود

٨٣- يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أنّ بإمكان ممثل الإعسار أن يقرّر إحالة عقد ما، بالرغم من القيود الواردة فيه، شريطة أن تعود الإحالة بالنفع على الحوزة.

٨٤- عندما يعترض الطرف المقابل على إحالة عقد ما، يجوز أن يسمح قانون الإعسار للمحكمة بأن توافق بالرغم من ذلك على الإحالة، شريطة:

(أ) أن يواصل ممثل الإعسار العقد؛

(ب) أن يكون المحال إليه قادرا على أداء الالتزامات التعاقدية التي تحال إليه؛

(ج) ألاّ تتسبب الإحالة في غبن كبير للطرف المقابل؛

(د) أن يعالَج إخلال المدين بشروط العقد قبل الإحالة.

٨٥- يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عندما يحال العقد، يحلّ المحال إليه محلّ المدين بصفته الطرف المتعاقد اعتبارا من تاريخ الإحالة ولا تتحمل الحوزة أي مسؤولية إضافية بموجب العقد.

المعاملات القابلة للإبطال[٢٤]

٨٧- ينبغي أن يتضمّن قانون الإعسار أحكاما تنطبق بأثر رجعي ويكون الغرض منها هو إبطال معاملات شملت المدين أو موجودات الحوزة وترتَّب عليها إمّا إنقاص قيمة الحوزة أو إبطال مبدأ معاملة الدائنين معاملة عادلة؛ وينبغي أن يحدّد قانون الإعسار أنواع المعاملات التالية بصفتها قابلة للإبطال:

(أ) المعاملات التي يُقصد بها الاحتيال على الدائنين أو تأخيرهم أو عرقلة قدرتهم على تحصيل المطالبات عندما يكون الغرض منها وضع الموجودات بعيدا عن متناول الدائنين أو الدائنين المحتملين أو الإضرار بمصالح الدائنين بطريقة أخرى؛

(ب) المعاملات التي تكون فيها الإحالة التي يقوم بها المدين بشأن مصلحة في الممتلكات أو الالتزام الذي يتحمّله عبارة عن هدية أو مقابل قيمة إسمية أو قيمة أقل من القيمة المكافئة أو قيمة غير كافية، وتكون قد تمت عندما كان المدين معسرا أو أصبح معسرا نتيجة لها (المعاملات المنقوصة القيمة)؛

(ج) المعاملات التي شملت دائنين وحصل فيها أحدهم على أكثر من نصيبه النسبي من موجودات المدين، أو على منفعة إضافية، وتمت عندما كان المدين معسرا (المعاملات التفضيلية).

---

[٢٤] القصد من استعمال كلمة "المعاملة" في هذا الباب هو الإشارة بوجه عام إلى الطائفة الواسعة من الصكوك القانونية التي يمكن بواسطتها التصرف في الموجودات أو تحمّل التزامات، بما في ذلك عن طريق الإحالة أو السداد أو منح مصلحة ضمانية أو كفالة أو قرض أو تنازل أو عن طريق إجراء يرمي إلى إنفاذ مصلحة ضمانية إزاء أطراف ثالثة، وهي قد تشمل مجموعة مركّبة من المعاملات.

إبطال المصالح الضمانية

٨٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ المصلحة الضمانية يجوز أن تخضع لأحكام الإبطال المنصوص عليها في قانون الإعسار على الأسس ذاتها السارية على المعاملات الأخرى، بالرغم من كونها سارية وواجبة النفاذ بموجب قانون غير قانون الإعسار.

المعاملات المعفاة من دعاوى الإبطال

٩٢- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار المعاملات التي هي معفاة من الإبطال، بما فيها العقود المالية.

العقود المالية والمعاوضة

١٠٣- حالما تُنهَى عقود المدين المالية، ينبغي أن يسمح قانون الإعسار للأطراف المقابلة بإنفاذ مصالحها الضمانية وتطبيقها على الإلتزامات الناشئة عن العقود المالية. وينبغي إعفاء العقود المالية من أي وقف منطبق بمقتضى قانون الإعسار على إنفاذ المصلحة الضمانية.

مشاركة الدائنين

١٢٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الدائنين، المضمونين وغير المضمونين على السواء، يحق لهم أن يشاركوا في إجراءات الإعسار، وأن يبيّن ما يمكن أن تنطوي عليه تلك المشاركة من حيث المهام التي يمكن أداؤها.

حق الطرف ذي المصلحة في أن تُسمع دعواه وفي أن يلتمس إعادة النظر

١٣٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ للطرف ذي المصلحة الحق في أن تُسمع دعواه بشأن أيّ مسألة في إجراءات الإعسار تمس حقوقه أو التزاماته أو مصالحه. فعلى سبيل المثال، ينبغي أن يحق للطرف ذي المصلحة:

(أ) أن يعترض على أيّ فعل يتطلب موافقة المحكمة؛

(ب) أن يلتمس إعادة نظر المحكمة في أيّ فعل لم تُشتَرَط ولم تُلتَمَس موافقة المحكمة عليه؛

(ج) أن يلتمس أيّ إعفاء متاح له في إجراءات الإعسار.

الحق في الاستئناف[٢٥]

١٣٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للطرف ذي المصلحة أن يستأنف بشأن أي أمر صادر عن المحكمة في إجراءات الإعسار إذا كان ذلك الأمر يمس حقوقه أو التزاماته أو مصالحه.

خطة إعادة التنظيم

آليات التصويت

١٤٥- ينبغي أن يضع قانون الإعسار آلية للتصويت بشأن الموافقة على الخطة. وينبغي أن تتناول هذه الآلية تحديد الدائنين وحائزي الأسهم الذين يحق لهم التصويت على الخطة؛ والطريقة التي سيجرى بها

---

[٢٥] وفقا للأهداف الأساسية، ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنّ أحكام الاستئناف في إجراءات الإعسار لا ينبغي أن يكون لها أثر معلق ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك، بغية ضمان إمكانية معالجة الإعسار وحله على نحو منتظم وسريع وفعّال دون تعطيل لا داعي له. وينبغي أن تكون الحدود الزمنية للاستئناف متوافقة عموما مع القانون المعمول به، لكنها ينبغي أن تكون أقصر في الإعسار من أجل تفادي تعطيل إجراءات الإعسار.

التصويت، إمّا في اجتماع يعقد لذلك الغرض وإمّا عن طريق البريد أو بوسائل أخرى، بما فيها الوسائل الإلكترونية والتصويت بالوكالة؛ وما إذا كان ينبغي أن يصوت الدائنون وحائزو الأسهم في فئات حسب حقوقهم الخاصة أم لا.

١٤٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الدائن أو حائز الأسهم الذي عُدّلت حقوقه أو تأثرت بمقتضى الخطة لا يكون ملزما بأحكامها ما لم تتح لذلك الدائن أو حائز الأسهم فرصة للتصويت بشأن الموافقة على الخطة.

١٤٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه ليس لأي دائن أو حائز أسهم أو فئة من الدائنين أو من حائزي الأسهم الحقّ في التصويت بشأن الموافقة على الخطة، عندما تنص تلك الخطة على أنّ حقوق ذلك الدائن أو حائز الأسهم أو تلك الفئة من الدائنين أو من حائزي الأسهم لم تُعدّل أو تتأثر بالخطة.

١٤٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الدائنين الذين يحق لهم التصويت بشأن الموافقة على الخطة ينبغي تصنيفهم على حدة بحسب حقوقهم وأنّ كل فئة منهم ينبغي أن تصوّت على انفراد.

١٤٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه ينبغي إتاحة المعاملة ذاتها لكل الدائنين وحائزي الأسهم المنتمين إلى الفئة ذاتها.

موافقة الفئات

١٥٠- عندما يجري التصويت بشأن الموافقة على خطة بالرجوع إلى الفئات، ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار كيف سيعامَل التصويت المتحقق في كل فئة لأغراض الموافقة على الخطة. ويمكن اتّباع نهُج مختلفة، منها اشتراط موافقة كل الفئات أو موافقة أغلبية محددة من الفئات، ولكن يجب أن توافق على الخطة فئةٌ واحدة على الأقل من الدائنين الذين عُدّلت أو تأثرت حقوقهم بمقتضى الخطة.

١٥١- عندما لا يشترط قانون الإعسار موافقة كل الفئات على الخطة، ينبغي أن يتناول قانون الإعسار كيفية معاملة الفئات التي لا تصوّت تأييدا للخطة التي هي بخلاف ذلك تحظى بموافقة الفئات المطلوبة. وينبغي أن تكون تلك المعاملة متسقة مع الأسس المبيّنة في التوصية ١٥٢.

إقرار الخطة الموافق عليها

١٥٢- عندما يشترط قانون الإعسار إقرار المحكمة للخطة الموافق عليها، ينبغي أن يشترط قانون الإعسار على المحكمة أن تقرّ الخطة إذا استوفت الشروط التالية:

(أ) تم الحصول على الموافقات المطلوبة وجرت عملية الموافقة على نحو سليم؛

(ب) سيحصل الدائنون بمقتضى الخطة على قدر يساوي على الأقل ما كانوا سيحصلون عليه في التصفية، ما لم يوافقوا تحديدا على تلقي معاملة أقل؛

(ج) لا تتضمّن الخطة أحكاما مخالفة للقانون؛

(د) ستُسدّد المطالبات والنفقات الإدارية بالكامل، باستثناء الحالات التي يوافق فيها صاحب المطالبة أو المبلغ المنفق على الحصول على معاملة مختلفة؛

(هـ) باستثناء الحالات التي توافق فيها فئات الدائنين المتأثرة بالخطة على خلاف ذلك، إذا صوتت فئة من فئات الدائنين بعدم الموافقة على الخطة، وجب أن تتلقى تلك الفئة بمقتضى الخطة اعترافا كاملا بمرتبتها بموجب قانون الإعسار وأن يراعى ذلك الترتيب عند التوزيع على تلك الفئة بمقتضى الخطة.

الطعون في الموافقة (عندما لا يكون الإقرار لازما)

١٥٣- عندما تصبح الخطة ملزمة لدى موافقة الدائنين عليها، دون اشتراط إقرارها من قِبل المحكمة، ينبغي أن يأذن قانون الإعسار للأطراف ذات المصلحة، بما فيها المدين، أن تطعن في الموافقة على الخطة.

وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار المعايير التي يمكن الاستناد إليها في تقييم الطعن، وينبغي أن تشمل هذه المعايير ما يلي:

(أ) ما إذا كانت الأسس المبينة في التوصية ١٥٢ قد استوفيت؛

(ب) الاحتيال، وفي تلك الحالة ينبغي أن تنطبق شروط التوصية ١٥٤.

المطالبات المضمونة

١٧٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار ما إذا كان يشترط على الدائنين المضمونين أن يقدّموا مطالبات.

المطالبات غير المصفاة

١٧٨- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار بقبول المطالبات غير المصفاة مؤقتا، ريثما يحدّد ممثل الإعسار مقدار المطالبة.

تحديد قيمة المطالبات المضمونة

١٧٩- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه يجوز لممثل الإعسار أن يحدّد الجزء المضمون من مطالبة الدائن المضمون والجزء غير المضمون من تلك المطالبة بواسطة تحديد قيمة الموجودات المرهونة.

المطالبات المضمونة

١٨٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ المطالبة المضمونة ينبغي أن تسدد من الموجودات المرهونة في إجراءات التصفية أو بموجب خطة لإعادة التنظيم، رهنا بسداد أي مطالبات أعلى أولوية من المطالبة المضمونة، إن وجدت. وينبغي التقليل إلى أدنى حد من المطالبات التي هي أعلى أولوية من المطالبات المضمونة وذكرها بوضوح في قانون الإعسار. وعندما تكون قيمة الموجودات المرهونة غير كافية لسداد مطالبة الدائن المضمون، يجوز للدائن المضمون أن يشارك بصفة دائن عادي غير مضمون.

٢- توصيات إضافية بشأن الإعسار

الموجودات المحتازة بعد بدء إجراءات الإعسار

٢٣٥- باستثناء ما تنص عليه التوصية ٢٣٦، ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أن موجودات الحوزة التي تُحتاز بعد بدء إجراءات الإعسار لا تخضع لأي حق ضماني أنشأه المدين قبل بدء تلك الإجراءات.

٢٣٦- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أن موجودات الحوزة التي تُحتاز بعد بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بالمدين تخضع لأي حق ضماني أنشأه المدين قبل بدء إجراءات الإعسار إذا كانت الموجودات عائدات (نقدية أو غير نقدية) لموجودات مرهونة كانت موجودات يملكها المدين قبل بدء الإجراءات.

شروط الانتهاء التلقائي في إجراءات الإعسار

٢٣٧- إذا كان قانون الإعسار ينص على أن الشرط الوارد في العقد والذي يقضي بالإنهاء التلقائي لأي التزام بمقتضى العقد أو بتعجيل استحقاق أي التزام بمقتضى العقد عند بدء إجراءات الإعسار أو عند وقوع حدث آخر متصل بالإعسار هو شرط غير قابل للإنفاذ تجاه ممثل الإعسار أو المدين، فينبغي أن

ينص قانون الإعسار أيضا على أن هذا الحُكم لا يحول دون إنفاذ الشرط الوارد في العقد والذي يُعفي الدائن من التزام تقديم قرض أو تقديم ائتمان أو غير ذلك من التسهيلات المالية لصالح لمدين، أو يلغي ذلك الشرط.

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في إجراءات الإعسار

٢٣٨- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه إذا كان الحق الضماني نافذا تجاه أطراف ثالثة عند بدء إجراءات الإعسار جاز اتخاذ تدابير بعد بدء تلك الإجراءات من أجل مواصلة نفاذ ذلك الحق تجاه الأطراف الثالثة، أو استبقاء نفاذه أو الحفاظ على نفاذه إلى الحد المسموح به بموجب قانون المعاملات المضمونة وبالطريقة المسموح بها بموجبه.

أولوية الحق الضماني في إجراءات الإعسار

٢٣٩- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه إذا كان الحق الضماني يستحق الأولوية بموجب قانون غير قانون الإعسار ظلت تلك الأولوية سارية دون انتقاص في إجراءات الإعسار، إلا إذا نالت مطالبة أخرى الأولوية بموجب قانون الإعسار. وينبغي أن تكون هذه الاستثناءات في الحد الأدنى وأن ينص عليها قانون الإعسار بوضوح. وهذه التوصية خاضعة للتوصية ١٨٨ من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار.

أثر اتفاق إنزال مرتبة الأولوية في إجراءات الإعسار

٢٤٠- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه إذا أنزل حائز الحق الضماني في موجودات حوزة الإعسار مرتبته في الأولوية من تلقاء نفسه أو بالاتفاق لصالح أي مُطالِبين منافسين موجودين حاليا أو سيوجدون مستقبلا، كان هذا الإنزال ملزما في إجراءات الإعسار فيما يتعلق بالمدين بنفس مدى نفاذه بموجب قانون غير قانون الإعسار.

التكاليف والنفقات المترتبة على الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة في إجراءات الإعسار

٢٤١- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه يحقّ لممثل الإعسار أن يسترد من قيمة الموجودات المرهونة، على أساس الأولوية الأولى، التكاليف والنفقات المعقولة التي يتحمَّلها ممثل الإعسار في الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة أو استبقائها أو زيادتها لصالح الدائن المضمون.

تقدير قيمة الموجودات المرهونة في إجراءات إعادة التنظيم

٢٤٢- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه ينبغي، لدى تقدير قيمة تصفية الموجودات المرهونة في إجراءات إعادة التنظيم، أن يولى الاعتبار لاستخدامات تلك الموجودات والغرض من تقدير تلك القيمة. ويجوز الاستناد في تقدير قيمة تصفية تلك الموجودات إلى قيمتها بصفتها جزءا من منشأة عاملة.

المرفق الأول

مصطلحات وتوصيات
دليل الأونسيترال التشريعي
بشأن المعاملات المضمونة

المحتويات

		التوصيات	الصفحة
	المصطلحات		٤٥٥
	الأهداف الرئيسية لقانون فعّال وناجع بشأن المعاملات المضمونة	١	٤٦٢
أولا-	نطاق الانطباق والنهوج الأساسية إزاء المعاملات المضمونة والمواضيع العامة المشتركة بين جميع فصول الدليل	٢-١٢	٤٦٢
ثانيا-	إنشاء الحق الضماني (نفاذه بين الطرفين)	١٣-٢٨	٤٦٥
	ألف- توصيات عامة	١٣-٢٢	٤٦٦
	باء- توصيات تخص موجودات معينة	٢٣-٢٨	٤٦٧
ثالثا-	نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة	٢٩-٥٣	٤٧٠
	ألف- توصيات عامة	٢٩-٤٧	٤٧٤
	باء- توصيات تخص موجودات معينة	٤٨-٥٣	٤٧٥
رابعا-	نظام السجل	٥٤-٧٥	٤٧٥
خامسا-	أولوية الحق الضماني	٧٦-١٠٩	٤٨١
	ألف- توصيات عامة	٧٦-١٠٠	٤٨١
	باء- توصيات تخص موجودات معينة	١٠١-١٠٩	٤٨٦
سادسا-	حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما	١١٠-١١٦	٤٨٨
	ألف- توصيات عامة	١١٠-١١٣	٤٨٨
	باء- توصيات تخص موجودات معينة	١١٤-١١٦	٤٨٩
سابعا-	حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها	١١٧-١٣٠	٤٩٠
	ألف- حقوق المدين بالمستحق والتزاماته	١١٧-١٢٣	٤٩٠
	باء- حقوق المدين بمقتضى صك قابل للتداول والتزاماته	١٢٤	٤٩٣
	جيم- حقوق المصرف الوديع والتزاماته	١٢٥-١٢٦	٤٩٣
	دال- حقوق والتزامات كفيل/مُصدر التعهّد المستقل أو المُثبِّت له أو الشخص المُسمى فيه	١٢٧-١٢٩	٤٩٤
	هاء- حقوق مُصدر المستند القابل للتداول والتزاماته	١٣٠	٤٩٤

		التوصيات	الصفحة
ثامنا-	إنفاذ الحق الضماني	١٣١-١٧٧	٤٩٤
	ألف- توصيات عامة	١٣١-١٦٦	٤٩٥
	باء- توصيات تخص موجودات معينة	١٦٧-١٧٧	٥٠٢
تاسعا-	تمويل الاحتياز	١٧٨-٢٠٢	٥٠٣
	الخيار ألف: النهج الوحدوي	١٧٨-١٨٦	٥٠٣
	الخيار باء: النهج غير الوحدوي	١٨٧-٢٠٢	٥٠٧
عاشرا-	تنازع القوانين	٢٠٣-٢٢٧	٥١٢
	ألف- توصيات عامة	٢٠٣-٢٢٣	٥١٢
	باء- توصيات خاصة عندما يكون القانون المنطبق هو قانون دولة متعددة الوحدات	٢٢٤-٢٢٧	٥١٧
حادي عشر-	الفترة الانتقالية	٢٢٨-٢٣٤	٥١٧
ثاني عشر-	أثر الإعسار في الحق الضماني	٢٣٥-٢٤٢	٥١٩
	ألف- دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار: المصطلحات والتوصيات		٥١٩
	باء- توصيات إضافية بشأن الإعسار	٢٣٥-٢٤٢	٥٣٣

المصطلحات*

"اتفاق السيطرة" يعني اتفاقا بين المصرف الوديع والمانح والدائن المضمون، مثبتا بكتابة موقّعة،[١] يوافق بموجبه المصرف الوديع على اتباع تعليمات الدائن المضمون بخصوص سداد الأموال المودعة في الحساب المصرفي دون موافقة إضافية من المانح؛

"الاتفاق الضماني" يعني اتفاقا بين المانح والدائن، أيا كان شكله أو المصطلح المستخدم للتعبير عنه، ينشئ حقا ضمانيا. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا الاتفاق على النقل التام لمستحق رغم أن النقل التام لمستحق لا يضمن الوفاء بالتزام؛[٢]

"اتفاق المعاوضة" يعني اتفاقا بين طرفين أو أكثر ينص على واحد أو أكثر من الأمور التالية:

(أ) التسوية الصافية لمدفوعات مستحقة بالعملة ذاتها وفي التاريخ ذاته سواء بالتجديد أو بطريقة أخرى؛ أو

(ب) عند إعسار طرف أو تقصيره على نحو آخر، إنهاء جميع المعاملات الجارية بقيمتها الإحلالية أو بقيمتها السوقية المنصفة، وتحويل المبالغ المتأتية من هذا الإنهاء إلى عملة واحدة ومعاوضتها في دفعة واحدة من جانب طرف إلى الطرف الآخر؛ أو

(ج) مقاصة المبالغ المحسوبة على النحو المبيَّن في الفقرة الفرعية *(ب)* أعلاه في إطار اتفاقين أو أكثر من اتفاقات المعاوضة؛[٣]

"إجراءات الإعسار" تعني الإجراءات الجماعية الخاضعة لإشراف محكمة الإعسار، والمتخذة إما بغرض إعادة التنظيم وإما بغرض التصفية؛

"الإحالة" تعني إنشاء حق ضماني في مستحق يضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا النقل التام لمستحق وإن كانت الإحالة التي تمثل نقلا تاما للمستحق لا تضمن سدادَ التزام أو الوفاء به على نحو آخر؛[٤]

"الإحالة اللاحقة" تعني إحالة يجريها المحال إليه الأول أو أي مُحال إليه آخر.[٥] وفي حالة الإحالة اللاحقة، يكون الشخص الذي يجري تلك الإحالة هو المحيل ويكون الشخص الذي تُجرى إليه الإحالة هو المحال إليه؛

"الإشعار" يعني خطابا مكتوبا؛[٦]

---

*تشكّل هذه المصطلحات جزءا من التعليق الوارد في الدليل (انظر المقدمة، الباب باء بشأن المصطلحات والتفسير). وللاطلاع على معنى مصطلح "القانون" أو "هذا القانون"، انظر التوصية ١.

[١] للاطلاع على معنى مصطلح "الكتابة الموقّعة" في سياق الخطابات الإلكترونية، انظر التوصيتين ١١ و١٢.

[٢] انظر مصطلح "الحق الضماني"، وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

[٣] انظر الفقرة الفرعية *(ل)* من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية ("اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات") (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.04.V.14).

[٤] انظر مصطلح "الحق الضماني"، وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

[٥] انظر الفقرة الفرعية *(ب)* من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

[٦] بخصوص المعادلين الإلكترونيين لمصطلحي "كتابة" و"كتابة موقّعة"، انظر التوصيتين ١١ و١٢.

"الإشعار بالإحالة" يعني خطابا مكتوبا يحدّد بشكل معقول المستحق المحال وهوية المحال إليه؛[٧]

"الإقرار"، فيما يتعلق بالحق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل، يعني أنّ الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى الذي سيسدّد أو سيعطي قيمة بطريقة أخرى عند المطالبة بالسداد ("السحب") بمقتضى تعهد مستقل قد قام، من تلقاء نفسه أو بالاتفاق، بأحد أمرين:

(أ) أقرّ أو قبل (أيا كان شكل إثبات الإقرار أو القبول) بإنشاء حق ضماني (سواء سُمّي إحالة أو غير ذلك) في الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل لصالح الدائن المضمون؛ أو

(ب) التزم بالسداد إلى الدائن المضمون أو بإعطائه بطريقة أخرى قيمة عند السحب بمقتضى تعهد مستقل؛

"الالتزام المضمون" يعني التزاما مضمونا بحق ضماني؛

"الأولوية" تعني أفضلية حق الشخص على حق مطالب منافس في جني المنفعة الاقتصادية لحقه الضماني؛

"التعهد المستقل" يعني خطاب اعتماد (تجاريا أو ضامنا)، أو تثبيتا لخطاب اعتماد، أو كفالة مستقلة (بما في ذلك الكفالة المصرفية المستحقة الدفع عند الطلب أو عند أول طلب أو الكفالة المقابلة)، أو أي تعهد آخر معترف بأنه تعهد مستقل بمقتضى القانون أو قواعد الممارسة، مثل اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، والأعراف والممارسات الموحّدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية، وقواعد الممارسات الضامنة الدولية، والقواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب؛

"الحساب المصرفي" يعني الحساب المحتفظ به لدى مصرف ويمكن إيداع أموال فيه. وهذا المصطلح يشمل حسابات الشيكات وغيرها من الحسابات الجارية، وكذلك حسابات الادخار وحسابات الإيداع المحددة الأجل. ويشمل هذا المصطلح أيضا الحق في تقاضي الأموال المحوّلة إلى المصرف على سبيل الوفاء المرتقب بالتزام سداد آجل كان المصرف قد التزم به، والحق في تقاضي الأموال المحولة إلى المصرف في شكل ضمانة نقدية تكفل الوفاء بالتزام مستحق للمصرف طالما كان للشخص الذي يحول تلك الأموال حق فيها، إذا كان القانون الوطني يعتبر التزام المصرف حسابا مصرفيا. ولا يشمل هذا المصطلح الحق المُثبت بصك قابل للتداول في مطالبة المصرف بالسداد؛

"حق الاحتفاظ بالملكية" (مصطلح ينحصر استخدامه في سياق النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز) يعني حق البائع في موجودات ملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) وفقا لترتيب مع المشتري لا تنتقل بمقتضاه ملكية هذه الموجودات الملموسة (أو لا تنتقل بلا رجعة) من البائع إلى المشتري إلى أن يُسدَّد الجزء المتبقي من ثمن الشراء؛

"حق الإيجار التمويلي" (مصطلح لا يُستخدم إلا في سياق النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز) يعني حق المؤجر في موجودات ملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) تكون موضع اتفاق تأجيري يقضي بحدوث ما يلي في نهاية الإيجار:

(أ) يصبح المستأجر تلقائيا مالك الموجودات التي هي موضوع الإيجار؛ أو

(ب) يكون في إمكان المستأجر أن يمتلك الموجودات بدفع ما لا يزيد عن سعر رمزي؛ أو

[٧] بخصوص وقت نفاذ الإشعار بالإحالة، انظر التوصية ١١٨.

(ج) يصبح للموجودات ما لا يزيد عن قيمة متبقية رمزية.

ويشمل هذا المصطلح اتفاق الإيجار مع خيار الشراء لاحقا، وإن لم يشر إليه اسميا على أنه إيجار، شريطة أن يستوفي شروط الفقرة الفرعية *(أ)* أو *(ب)* أو *(ج)*؛

"حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل" يعني الحق في تلقي مبلغ مستحق أو كمبيالة مقبولة أو سداد مؤجّل أو أي شيء آخر ذي قيمة يتعين، في كل من هذه الحالات، أن يسدّده أو ينفّذه الكفيل/المُصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى الذي يعطي قيمة وفاء لسحب بمقتضى تعهد مستقل. ويشمل هذا المصطلح أيضا الحق في تقاضي مبلغ في إطار شراء المصرف المداول صكا أو مستندا قابلا للتداول مقابل تقديم سند يفي بالشروط. ولا يشمل هذا المصطلح:

(أ) الحق في السحب بمقتضى تعهد مستقل، أو

(ب) ما يُتقاضى عند قبول تعهد مستقل؛[٨]

"الحق الضماني" يعني حق ملكية في موجودات منقولة يُنشأ بالاتفاق ويضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، بصرف النظر عما إذا كان الطرفان قد أسمياه حقا ضمانيا. وفي سياق النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز، يشمل هذا المصطلح الحقوق الضمانية الاحتيازية والحقوق الضمانية غير الاحتيازية على السواء، ولكنه في سياق النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز، لا يشمل حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي. رغم أن النقل التام لمستحق لا يضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا حق المنقول إليه في النقل التام لمستحق.[٩] ولا يشمل هذا المصطلح الحق الشخصي تجاه كفيل أو شخص آخر مسؤول عن سداد الالتزام المضمون؛

"الحق الضماني الاحتيازي" (مصطلح مُستخدم في سياق كلا النهجين الوحدوي وغير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز) يعني حقا ضمانيا في موجودات ملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) يضمن الالتزام بسداد أي جزء لم يسدّد من ثمن شراء الموجودات أو يضمن التزاما آخر معقودا أو ائتمانا مقدَّما على نحو آخر لتمكين المانح من احتياز الموجودات. وليس ضروريا أن يُسمى الحق الضماني الاحتيازي بهذا الاسم. ففي إطار النهج الوحدوي، يشمل هذا المصطلح حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي (وهما مصطلحان مستخدمان في سياق النهج غير الوحدوي)؛

"حوزة الإعسار" تعني موجودات المدين الخاضعة لإجراءات الإعسار؛

"الحيازة" (باستثناء كيفية استخدام هذا المصطلح في التوصيات ٢٨ و٥١-٥٣ فيما يتعلق بمُصدر المستند القابل للتداول) تعني فقط الحيازة الفعلية لموجودات ملموسة من قِبل شخص أو وكيل لذلك الشخص أو موظف لديه، أو من قِبل شخص مستقل يقر بأنه يحتفظ بهذه الموجودات لصالح ذلك الشخص. وهي لا تشمل الحيازة غير الفعلية الموصوفة بعبارات من قبيل الحيازة الاستدلالية أو الصورية أو الاعتبارية أو الرمزية؛

[٨] يختلف الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل (باعتباره الموجود المرهون الأصلي) عن الحق الضماني في "عائدات" (وهو مفهوم أساسي في *الدليل*) الموجودات المشمولة *بالدليل* (انظر مصطلح "العائدات" والتوصية ١٩). ومن ثم فإن ما يُتقاضى، عند قبول (أيّ، نتيجة تقديم سند يفي بالشروط بموجب) تعهد مستقل، يشكل "عائدات" الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل.

[٩] انظر التوصية ٣ والتعليق ذا الصلة.

"الدائن المضمون" يعني الدائن الذي يملك حقا ضمانيا. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا المنقول إليه في عملية النقل التام لمستحق رغم أن النقل التام لمستحق لا يضمن الوفاء بالتزام؛[١٠]

"الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي" (مصطلح مُستخدم في سياق كلا النهجين الوحدوي وغير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز) يعني الدائن المضمون الذي يملك حقا ضمانيا احتيازيا. ويشمل هذا المصطلح في سياق النهج الوحدوي البائع أو المؤجر التمويلي المحتفظ بحق الملكية (وهما مصطلحان مستخدمان في سياق النهج غير الوحدوي)؛

"السلع الاستهلاكية" تعني السلع التي يستخدمها المانح أو ينوي استخدامها لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية؛

"السيطرة" فيما يتعلق بحق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي توجد:

(أ) تلقائيا عند إنشاء حق ضماني، إذا كان المصرف الوديع هو الدائن المضمون؛ أو

(ب) إذا كان المصرف الوديع قد أبرم اتفاق سيطرة مع المانح والدائن المضمون؛ أو

(ج) إذا كان الدائن المضمون هو صاحب الحساب؛

"السيطرة" فيما يتعلق بحق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل توجد:

(أ) تلقائيا عند إنشاء الحق الضماني إذا كان الكفيل/المُصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى هو الدائن المضمون؛ أو

(ب) إذا قدّم الكفيل/المصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمّى إقرارا لصالح الدائن المضمون؛

"الشخص المُسَمَّى" يعني مصرفا أو شخصا آخر محدّد الهوية في التعهّد المستقل باسمه أو نوعه ("أيُّ مصرف في البلد سين"، مثلا) بصفته مسمّى لإعطاء قيمة بمقتضى تعهّد مستقل، ويتصرف وفقا لذلك المسمّى، ويعني في حال التعهّد المستقل المتاح بدون قيود أي مصرف أو شخص آخر؛

"الصك القابل للتداول" يعني صكا يمثّل حقا في السداد، مثل الشيك أو السفتجة (الكمبيالة) أو السند الإذني، ويستوفي شروط قابلية التداول بمقتضى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول؛[١١]

"العائدات" تعني كل ما يُتلقى فيما يتعلق بالموجودات المرهونة، بما في ذلك ما يُتلقى نتيجة للبيع أو غيره من أشكال التصرف أو التحصيل، أو تأجير أحد الموجودات المرهونة أو الترخيص باستخدامه، وعائدات العائدات، والثمار الطبيعية والمدنية أو الإيرادات، وأرباح الأسهم، والأرباح الموزّعة، وعائدات التأمين، والمطالبات الناشئة عن وجود عيوب في أحد الموجودات المرهونة أو تعرّضه للتلف أو الهلاك؛[١٢]

---

[١٠] انظر مصطلح "الحق الضماني" وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

[١١] أُعدّ هذا *الدليل* على ضوء الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول المتخذة الشكل الورقي، وذلك نظراً لما ينطوي عليه إنشاء معادل إلكتروني للصكوك الورقية القابلة للتداول من صعوبة كبيرة. بيد أنه لا ينبغي أن يُفهم من ذلك أن *الدليل* يثني عن استخدام المعادلات الإلكترونية للصكوك الورقية القابلة للتداول أو المستندات الورقية القابلة للتداول. ومن ثم فإن الدولة المشترعة التي تود معالجة هذه المسألة ستحتاج إلى وضع قواعد خاصة. وللسبب ذاته لا تعالج *اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية* موضوع *المعادل الإلكتروني للصكوك الورقية القابلة للتداول*. (انظر منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.07.V.2، المذكرة التفسيرية، الفقرة ٧).

[١٢] انظر الفقرة الفرعية *(ي)* من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

"العقد الأصلي" يعني، في سياق المستحق المنشأ بالتعاقد، العقد المبرم بين المحيل والمدين بالمستحق وينشأ عنه المستحق؛

"العقد المالي" يعني أي معاملة آنية أو آجلة أو مستقبلية أو تخييرية أو تقايضية تتعلق بأسعار فائدة أو سلع أو عملات أو أسهم أو سندات أو مؤشرات أو أي صك مالي آخر، وأي معاملة إعادة شراء أو معاملة إقراض أوراق مالية، وأي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية، وأي توليفة من المعاملات المذكورة أعلاه؛[١٣]

"الكتلة أو المنتج" تعني الموجودات الملموسة غير النقود التي تكون مرتبطة أو متحدة ماديا بموجودات ملموسة أخرى إلى حد أنها فقدت معه هويتها المستقلة؛

"الكفيل/المُصدر" يعني أي مصرف أو شخص آخر يُصدر تعهّدا مستقلا؛

"المانح" يعني الشخص الذي ينشئ حقا ضمانيا إما لضمان التزامه هو أو التزام شخص آخر[١٤] وفي إطار النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز، يشمل مصطلح "مانح" الحق الضماني الاحتيازي المشتري أو المستأجر التمويلي المحتفظ بحق الملكية. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا المحيل في عملية النقل التام لمستحق رغم أن المحيل في عملية النقل التام لمستحق لا يحيل المستحق ضماناً للوفاء بالتزام؛[١٥]

"المثبِّت" يعني مصرفا أو شخصا آخر يضيف تعهّده المستقل إلى التعهّد المستقل الصادر عن الكفيل/المُصدر؛[١٦]

"المُحال إليه" يعني الشخص الذي يُحال إليه مستحق؛[١٧]

"محكمة الإعسار" تعني السلطة القضائية أو غير القضائية المختصة بمراقبة إجراءات الإعسار أو الإشراف عليها؛

"المحيل" يعني الشخص الذي يُحيل مستحقا؛

"المخزون" يعني الموجودات الملموسة المعدة للبيع أو الإيجار في السياق المعتاد لعمل الشخص وكذلك المواد الخام والمواد غير المكتملة التجهيز (قيد التجهيز)؛

---

[١٣] انظر الفقرة الفرعية *(ك)* من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات؛ وانظر أيضا المصطلح ذا الصلة في دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار ("دليل الأونسيترال للإعسار") (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10). والقصد من الإشارة في هذا المصطلح إلى "أي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية" هو أن تكون جميع أنواع المعاملات التي تُجرى في الأسواق المالية مشمولة بهذا المصطلح. ويتسم هذا المصطلح بالمرونة ويشمل أي معاملة تجرى في الأسواق المالية وتتقرر فيها حقوق السداد بالإحالة إلى: *(أ)* فئات الموجودات الأساسية؛ أو *(ب)* التدابير الكمية للمجازفة الاقتصادية أو المالية أو القيمة المقترنة بواقعة أو حدث طارئ. ومن الأمثلة على ذلك المعاملاتُ التي تتقرر فيها حقوق السداد بالإحالة إلى الإحصاءات المتعلقة بالطقس، أو رسوم الشحن، أو كمية الانبعاثات المسموح بها، أو الإحصاءات الاقتصادية.

[١٤] انظر مصطلح "المدين".

[١٥] انظر مصطلح "الحق الضماني"، وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

[١٦] اتساقا مع الفقرة الفرعية *(هـ)* من المادة ٦ من *اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة* (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.97.V.12)، يوفّر التثبيت للمستفيد خيار مطالبة المثبِّت بالسداد وفقا لأحكام وشروط التعهّد المستقل المثبَّت بدلا من مطالبة الكفيل/المصدر.

[١٧] للاطلاع على تعاريف "المحال إليه" و"المحيل" و"الإحالة"، انظر أيضا الفقرة الفرعية *(أ)* من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

"المدين" يعني الشخص الذي يتعين عليه الوفاء بالتزام مضمون، وهو يشمل الملتزم الثانوي، مثل كفيل الالتزام المضمون. وقد يكون المدين أو لا يكون هو الشخص الذي ينشئ الحق الضماني (انظر مصطلح "المانح" أعلاه)؛

"المدين بالمستحق" يعني الشخص المسؤول عن سداد المستحق، ويشمل الكفيل أو أي شخص آخر مسؤول ثانويا عن سداد المستحق؛[١٨]

"المستحق" يعني حقا في تقاضي التزام نقدي، باستثناء حقوق السداد المثبتة بصك قابل للتداول والحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل والحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي؛[١٩]

"المستند القابل للتداول" يعني مستندا يمثِّل حقا في تسلّم موجودات ملموسة، مثل إيصال المستودع أو سند الشحن، ويستوفي شروط قابلية التداول بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول؛

"مُصدر" المستند القابل للتداول يعني الشخص الملزم بتسليم الموجودات الملموسة المشمولة بهذا المستند بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول، سواء كان أو لم يكن ذلك الشخص قد وافق على الوفاء بجميع الالتزامات الناشئة عن ذلك المستند؛

"المطالب المنافس"[٢٠] يعني دائنا للمانح ينافس دائنا آخر للمانح له حق ضماني في موجودات مرهونة مملوكة للمانح، ويشمل:

(أ) دائنا آخر لديه حق ضماني في نفس الموجودات المرهونة (سواء بوصفها موجودات مرهونة أصلية أو عائدات)؛ أو

(ب) في سياق النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز، البائع أو المؤجر التمويلي للموجودات المرهونة ذاتها الذي احتفظ بحق ملكيتها؛ أو

(ج) دائنا آخر للمانح لديه حق في نفس الموجودات المرهونة؛ أو

(د) ممثل الإعسار في إجراءات إعسار المانح؛[٢١] أو

---

[١٨] انظر أيضا الفقرة الفرعية *(أ)* من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات. والكفيل في إطار كفالة تبعية ليس مدينا فحسب بالمستحق الذي كفل سداده، بل هو مدين أيضا بالمستحق الذي تمثله الكفالة، لأن الكفالة التبعية هي بحد ذاتها مستحق (أي أنّ هناك مستحقين اثنين).

[١٩] انظر الفقرة الفرعية *(أ)* من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات. والجدير بالملاحظة أنّ الاتفاقية لا تنطبق سوى على المستحقات التعاقدية في حين أن *الدليل* ينطبق على المستحقات غير التعاقدية أيضا (انظر الفصل الأول بشأن نطاق الانطباق، الفقرة ٦)؛ وبخصوص استثناء الودائع المصرفية وخطابات الاعتماد والصكوك القابلة للتداول، انظر الفقرتين الفرعيتين ٢ *(و)* و٢ *(ز)* والفقرة ٣ تباعا من المادة ٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

[٢٠] بخصوص مصطلح "المطالب المنافس"، انظر أيضا الفقرة الفرعية *(م)* من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

[٢١] في الفصل المتعلق بأثر الإعسار في الحق الضماني (الفصل الثاني عشر من *الدليل*)، استُعمل التعبير "إعسار المدين" لدواعي الاتساق مع المصطلحات المستعملة في دليل الأونسيترال للإعسار.

(هـ) أي شخص يشتري الموجودات المرهونة أو تُنقل إليه تلك الموجودات (بما في ذلك مستأجرها أو المرخص له باستخدامها)؛

"المعاملة المضمونة" تعني معاملة تنشئ حقا ضمانيا. وتيسيرا للإحالات المرجعية، يشمل هذا المصطلح أيضا النقل التام لمستحق رغم أن النقل التام لمستحق لا يضمن الوفاء بالتزام؛[٢٢]

"المعدّات" تعني الموجودات الملموسة التي يستخدمها الشخص في تشغيل منشأته؛

"المعرفة" تعني المعرفة الفعلية لا المعرفة الاستدلالية؛

"ملحقات الممتلكات غير المنقولة" تعني موجودات ملموسة مرتبطة ماديا بممتلكات غير منقولة إلى حد يجعل قانون الدولة التي توجد فيها الممتلكات غير المنقولة يعاملها كممتلكات غير منقولة، رغم أنها لم تفقد هويتها المستقلة؛

"ملحقات الموجودات المنقولة" تعني موجودات ملموسة مرتبطة ماديا بموجودات ملموسة أخرى ولكنها لم تفقد هويتها المستقلة؛

"الملكية الفكرية" تعني حقوق التأليف والنشر والعلامات التجارية وبراءات الاختراع وعلامات الخدمة والأسرار التجارية والتصاميم وأي موجود آخر يُعتبر ملكية فكرية بمقتضى القانون الوطني للدولة المشترعة أو بمقتضى اتفاق دولي تكون الدولة المشترعة طرفا فيه؛[٢٣]

"ممثل الإعسار" يعني الشخص أو الهيئة، بما في ذلك المعيّن منهما بصفة مؤقتة، المأذون لأي منهما في إجراءات الإعسار أن يدير إعادة تنظيم حوزة الإعسار أو تصفيتها؛

"الموجودات غير الملموسة" تعني كل أنواع الموجودات المنقولة غير الموجودات الملموسة، وهي تشمل الحقوق غير المادية والمستحقات والحقوق في الوفاء بالتزامات أخرى غير المستحقات؛

"الموجودات المرهونة" تعني الموجودات الملموسة أو غير الملموسة الخاضعة لحق ضماني. ويشمل هذا المصطلح أيضا المستحق الذي خضع للنقل التام؛[٢٤]

"الموجودات الملموسة" تعني كل شكل من أشكال الموجودات المادية المنقولة. ومن فئات الموجودات الملموسة المخزون والمعدّات والسلع الاستهلاكية والملحقات والصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول والنقود؛

---

[٢٢] انظر مصطلح "الحق الضماني"، وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

[٢٣] القصد من مصطلح "الملكية الفكرية" هو كفالة اتساق *الدليل* مع قوانين الملكية الفكرية ومعاهداتها، مع إيلاء الاحترام في الوقت ذاته لحق المشرِّعين في الدولة التي تشترع توصيات *الدليل* في مواءمة معنى هذا المصطلح مع قانون تلك الدولة والتزاماتها الدولية. ويجوز للدولة المشترعة أن تضيف إلى هذه القائمة أو تُسقط منها أنواعا من الملكية الفكرية لجعلها ممتثلة للقانون الوطني. والقصد من الإشارة إلى الاتفاقات الدولية هو الإحالة إلى اتفاقات من قبيل الاتفاقية المنشئة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية والاتفاق المتعلق بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية (اتفاق "تريبس"). ومن أجل توضيح أن هذه المصطلحات، والتوصيات التي تشير إليها، تسري فقط على الموجودات الملموسة (وليس على الموجودات غير الملموسة مثل الملكية الفكرية)، أُشير في مصطلحات "الحق الضماني الاحتيازي" و"حق الاحتفاظ بالملكية" و"حق الإيجار التمويلي"، إلى "الموجودات الملموسة". وفي مصطلح "المستحق"، لم يُشر إلى "الوفاء بالالتزامات غير النقدية" توضيحا للفهم بأنّ هذا المصطلح والتوصيات المتصلة بالمستحقات يسريان فقط على المستحقات، وليس، مثلا، على حقوق المرخص له أو التزامات المرخِّص بموجب ترخيص تعاقدي باستغلال ملكية فكرية.

[٢٤] انظر مصطلح "الحق الضماني"، وكذلك التوصية ٣، والتعليق ذا الصلة.

"النقود" تعني العملة التي تأذن أي دولة حاليا باستخدامها كعملة قانونية. وهي لا تشمل الأموال المودعة في حساب مصرفي أو الصكوك القابلة للتداول، من قبيل الشيكات.

الأهداف الرئيسية لقانون فعّال وناجع بشأن المعاملات المضمونة*

١- من أجل توفير إطار سياساتي عريض لقانون فعّال وناجع بشأن المعاملات المضمونة (يُشار إلى "قانون المعاملات المضمونة" فيما يلي بِـ"القانون" أو "هذا القانون")، ينبغي أن يهدف القانون إلى ما يلي:

(أ) ترويج الائتمان المنخفض التكلفة بزيادة إتاحة الائتمان المضمون؛

(ب) السماح للمدينين باستخدام القيمة الكاملة الكامنة في موجوداتهم لدعم الائتمان؛

(ج) تمكين الأطراف من الحصول على الحقوق الضمانية بطريقة بسيطة وناجعة؛

(د) كفالة المساواة في معاملة مختلف مصادر الائتمان ومختلف أشكال المعاملات المضمونة؛

(هـ) إقرار صحة الحقوق الضمانية غير الاحتيازية في الموجودات بجميع أنواعها؛

(و) تعزيز اليقين والشفافية، بالنص على تسجيل إشعار بالحق الضماني في سجل عام للحقوق الضمانية؛

(ز) إرساء قواعد للأولوية تكون واضحة ويمكن التنبؤ بها؛

(ح) تيسير الإنفاذ الفعّال لحقوق الدائن المضمون؛

(ط) السماح للأطراف بأكبر قدر من المرونة في التفاوض على شروط اتفاقهم الضماني؛

(ي) الموازنة بين مصالح جميع الأشخاص المتأثرين بالمعاملة المضمونة؛

(ك) المواءمة بين قوانين المعاملات المضمونة، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين فيما يتصل بالمعاملات المضمونة.

أولا- نطاق الانطباق والنهوج الأساسية إزاء المعاملات المضمونة والمواضيع العامة المشتركة بين جميع فصول *الدليل*

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بنطاق انطباق القانون هو إرساء نظام شامل وحيد بشأن المعاملات المضمونة. وتحدّد هذه الأحكام الحقوق الضمانية وسائر الحقوق التي يسري عليها القانون. والهدف من الأحكام المتعلقة بالنهوج الأساسية إزاء الضمان هو كفالة ما يلي:

(أ) أن ينطبق القانون على جميع الحقوق التي تنشأ تعاقديا في الموجودات المنقولة وتضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر ("النهج الوظيفي")؛

(ب) أن ينص القانون على التنفيذ المناسب للنهج الوظيفي بما يكفل معاملة جميع مقدِّمي الائتمان المضمون وفقا للقواعد التي تؤدي إلى نتائج متكافئة وظيفيا.

---

*يمكن إدراج الأهداف الرئيسية في ديباجة أو بيان آخر مصاحب لقانون المعاملات المضمونة الذي يشترع توصيات الدليل لتوفير إرشادات بشأن السياسات التشريعية الأساسية كي تؤخذ بعين الاعتبار في تفسير قانون المعاملات المضمونة وتطبيقه.

نطاق الانطباق

٢- رهنا بالتوصيات ٣-٧،[٢٥] ينبغي أن ينطبق القانون على جميع الحقوق في الموجودات المنقولة المنشأة بمقتضى اتفاق يضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، بغض النظر عن شكل المعاملة أو نوع الموجودات المنقولة أو وضع المانح أو الدائن المضمون أو طبيعة الالتزام المضمون. ومن ثم، ينبغي أن ينطبق القانون على ما يلي:

(أ) الحقوق الضمانية في جميع أنواع الموجودات المنقولة، ملموسة كانت أم غير ملموسة، حاضرة أم آجلة، بما فيها المخزون والمعدات وسائر الموجودات الملموسة، والمستحقات التعاقدية وغير التعاقدية، والمطالبات التعاقدية غير النقدية، والصكوك القابلة للتداول، والمستندات القابلة للتداول، وحقوق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، وحقوق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل، وحقوق الملكية الفكرية؛

(ب) الحقوق الضمانية التي ينشئها أو يكتسبها جميع الأشخاص الاعتباريين والطبيعيين، بمن فيهم المستهلكون، ولكن من دون أن يؤثّر ذلك في الحقوق المنبثقة من تشريعات حماية المستهلكين؛

(ج) الحقوق الضمانية في جميع أنواع الالتزامات، الحاضرة أو الآجلة، المحدّدة أو القابلة للتحديد، بما فيها الالتزامات المتغيرة والالتزامات المبينة بطريقة عامة؛

(د) جميع حقوق الملكية التي تنشأ تعاقديا من أجل ضمان سداد الالتزام أو الوفاء به على نحو آخر، بما في ذلك نقل حق الملكية في الموجودات الملموسة لأغراض ضمانية، وإحالة المستحقات لأغراض ضمانية، ومختلف أشكال اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية، والإيجار التمويلي.

وينبغي أن ينطبق القانون أيضا على الحقوق الضمانية في عائدات الموجودات المرهونة.

النقل التام للمستحقات

٣- ينبغي أن ينطبق القانون على النقل التام للمستحقات، بالرغم من أن هذا النوع من النقل لا يضمن سداد الالتزام أو الوفاء به على نحو آخر. وترتهن هذه التوصية بالاستثناء المنصوص عليه في التوصية ١٦٧ (الفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني).

قيود نطاق الانطباق

٤- على الرغم من التوصية ٢، لا ينبغي أن ينطبق القانون على ما يلي:

(أ) الطائرات، والمعدات الدارجة على السكك الحديدية، والأجسام الفضائية، والسفن، وكذلك الفئات الأخرى من المعدات المنقولة، ما دامت تلك الموجودات مشمولة بقانون وطني أو اتفاق دولي تكون الدولة التي تسنّ تشريعا يستند إلى هذه التوصيات (ويشار إليها فيما يلي بـ"الدولة" أو "هذه الدولة") طرفا فيه ويتناول ذلك القانون الوطني أو الاتفاق الدولي المسائل التي يشملها هذا القانون؛

(ب) الملكية الفكرية، ما دامت أحكام القانون غير متسقة مع قانون وطني يتعلق بالملكية الفكرية أو اتفاقات دولية تكون الدولة طرفا فيها وتتعلق بالملكية الفكرية؛

[٢٥] حيثما ترد الإحالة في توصية ما إلى توصية واردة في فصل مختلف، تشمل هذه الإحالة رقم وموضوع الفصل الذي ترد فيه تلك التوصية الأخرى. وعندما لا ترد أي إحالة من هذا القبيل، تكون التوصية المشار إليها واردة في نفس الفصل الذي ترد فيه التوصية المشتملة على الإحالة.

(ج) الأوراق المالية؛

(د) حقوق السداد الناشئة بمقتضى عقود مالية تحكمها اتفاقات المعاوضة أو الناجمة عنها، باستثناء المستحقات المتعين تسديدها لدى إنهاء جميع المعاملات العالقة؛

(هـ) حقوق السداد الناشئة بمقتضى معاملات صرف العملات الأجنبية أو الناجمة عنها.

٥- لا ينبغي أن ينطبق القانون على الممتلكات غير المنقولة. ولكنّ التوصيات ٢١ و٢٥ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) و٤٣ و٤٨ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة) و٨٧ و٨٨ (الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني) و١٦٤ و١٦٥ (الفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني) و١٨٤ و١٩٥ و١٩٦ (الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز) قد تؤثر في الممتلكات غير المنقولة.

٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في نوع مستثنى من الموجودات (كالممتلكات غير المنقولة، مثلا) يشمل، بمقتضى قانون آخر، نوعا من العائدات التي يسري عليها هذا القانون (كالمستحقات، مثلا)، فإن هذا القانون ينطبق على الحق الضماني في العائدات ما لم يكن ذلك القانون الآخر منطبقا على ذلك الحق الضماني.

٧- لا ينبغي أن يتضمن القانون أي قيود أخرى على نطاق انطباقه. وإذا وُضعت أي قيود أخرى، ينبغي أن تُبيَّن في القانون على نحو واضح ومحدّد.

النهج الوظيفي

٨- ينبغي أن يعتمد القانون نهجا وظيفيا يشمل بمقتضاه جميع الحقوق في الموجودات المنقولة التي تُنشأ بالاتفاق وتضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، بصرف النظر عن شكل المعاملة أو التعابير الاصطلاحية التي يستخدمها الطرفان (بما في ذلك حقوق المنقول إليهم في إطار معاملة نقل حق الملكية في موجودات ملموسة لأغراض الضمان، وحقوق المحال إليه في إطار معاملة إحالة المستحقات لأغراض الضمان، فضلا عن حقوق البائع أو المؤجر التمويلي في إطار مختلف أشكال اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية والإيجارات التمويلية، على التوالي). وباستثناء ما يتعلق بتمويل الاحتياز، ينبغي أن ينفَّذ النهج الوظيفي بطريقة تصنّف جميع الحقوق التي تضمن الوفاء بالتزام بكونها حقوقا ضمانية وإخضاعها لمجموعة موحّدة من القواعد.

٩- فيما يتعلق بتمويل الاحتياز، يجوز تنفيذ النهج الوظيفي بإحدى طريقتين هما:

(أ) إما بطريقة تصنِّف كحقوق ضمانية احتيازية جميع الحقوق في الموجودات المنقولة التي تضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، وتُخضِعها لمجموعة موحّدة من القواعد ("النهج الوحدوي")؛

(ب) وإما بطريقة تُصنِّف (بموجب النهج المشار إليه بكونه "النهج غير الوحدوي"):

'١' كحقوق ضمانية احتيازية جميع الحقوق في الموجودات المنقولة التي تضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، غير حقوق البائع بمقتضى اتفاق احتفاظ بحق الملكية وحقوق المؤجر بمقتضى إيجار تمويلي؛

'٢' كحقوق ملكية حقوقَ البائع بمقتضى اتفاق احتفاظ بحق الملكية وحقوق المؤجر بمقتضى إيجار تمويلي، ولكنها تخضع حقوق الملكية المذكورة لقواعد تفضي إلى نتائج

تكون معادلة وظيفيا للنتائج المحقّقة فيما يتعلق بالحقوق الضمانية الاحتيازية، بما يكفل معاملة جميع موفّري تمويل الاحتياز على قدم المساواة.

استقلالية الطرفين

١٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، باستثناء ما تنص عليه التوصيتان ١٤ و١٥ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) والتوصيتان ١١١ و١١٢ (الفصل السادس بشأن حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما) والتوصيات ١٣٢-١٣٦ (الفصل الثامن بشأن إنفاذ الحق الضماني) والتوصيات ١٧٨-١٨٦ (الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز، الخيار ألف: النهج الوحدوي) والتوصيات ١٨٧-٢٠٢ (الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز، الخيار باء: النهج غير الوحدوي)، والتوصيات ٢٠٣-٢١٥ و٢١٧-٢٢٧ (الفصل العاشر بشأن تنازع القوانين)، يجوز للدائن المضمون والمانح أو المدين، بالاتفاق بينهما، أن يخرجا عن أحكام هذا القانون المتعلقة بحقوق كل منهما والتزاماته أو أن يغيّراها. ولا يمس ذلك الاتفاق حقوق أي شخص ليس طرفا فيه.[٢٦]

الخطابات الإلكترونية

١١- ينبغي أن ينصّ القانون على أنه، حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا أو يَنصُّ على عواقب لعدم وجود كتابة، يُستوفى ذلك الاشتراط بالخطاب الإلكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسّرا على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا.

١٢- ينبغي أن ينصّ القانون على أنه، حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد ممهورا بتوقيع شخص ما أو ينص على عواقب لعدم وجود توقيع، يُستوفى ذلك الاشتراط فيما يتعلق بالخطاب الإلكتروني إذا:

(أ) استُخدمت طريقة لتعيين هوية الشخص المعني وبيان نية ذلك الشخص فيما يتعلق بالمعلومات الواردة في الخطاب الإلكتروني؛

(ب) وكانت الطريقة المستخدمة إمّا:

'١' موثوقا بها بقدر مناسب للغرض الذي أُنشئ الخطاب الإلكتروني أو أُرسل من أجله، في ضوء كل الملابسات، بما فيها أي اتفاق ذي صلة؛ وإمّا

'٢' قد ثبت فعليا أنها، بحد ذاتها أو مقترنة بأدلة إضافية، أوفت بالوظائف المبينة في الفقرة الفرعية *(أ)* أعلاه.[٢٧]

ثانيا- إنشاء الحق الضماني (نفاذه بين الطرفين)

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بإنشاء الحق الضماني هو تحديد الشروط التي يجب استيفاؤها لكي يصبح الحق الضماني نافذا بين الطرفين.

---

[٢٦] انظر المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

[٢٧] بخصوص التوصيتين ١١ و١٢، انظر الفقرتين ٢ و٣ من المادة ٩ من *اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية*.

ألف- توصيات عامة*

إنشاء الحق الضماني

١٣- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الموجودات يُنشأ باتفاق يُبرم بين المانح والدائن المضمون. وفي حالة الموجودات التي تكون للمانح، وقت إبرام الاتفاق، حقوق فيها أو صلاحية رهنها، ينشأ الحق الضماني في تلك الموجودات في ذلك الوقت. أما في حالة الموجودات التي يحصل المانح، بعد ذلك الوقت، على حقوق فيها أو على صلاحية رهنها، فينشأ الحق الضماني في تلك الموجودات عندما يحصل المانح على حقوق فيها أو على صلاحية رهنها.

الحد الأدنى لمحتوى الاتفاق الضماني

١٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الاتفاق الضماني يجب أن:

(أ) يُبيِّن نيّة الطرفين إنشاء الحق الضماني؛

(ب) يحدد هويتي الدائن المضمون والمانح؛

(ج) يصف الالتزام المضمون؛

(د) يصف الموجودات المرهونة على نحو يسمح في حدود المعقول بالتعرّف عليها؛

(هـ) يُبيِّن الحد الأقصى للمبلغ النقدي الذي يمكن إنفاذ الحق الضماني من أجله، إذا رأت الدولة أنّ تبيانه مفيد من أجل تيسير الإقراض التبعي.

شكل الاتفاق الضماني

١٥- ينبغي أن ينص القانون على أن الاتفاق الضماني يجوز أن يكون شفويا إذا كان مشفوعا بحيازة الدائن المضمون للموجودات المرهونة. وبخلاف ذلك، يجب أن يبرم الاتفاق أو يثبت بكتابة تبين، بذاتها أو على ضوء مسار التصرفات بين الطرفين، نيّة المانح إنشاء حق ضماني.

الالتزامات التي يجوز أن تُضمَن بحق ضماني

١٦- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني يجوز أن يضمن أي نوع من الالتزامات، الحاضر منها والآجل، المحدَّد منها والقابل للتحديد، المشروط منها وغير المشروط، الثابت والمتغير.

الموجودات التي يجوز أن تخضع لحق ضماني

١٧- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني يجوز أن يشمل أي نوع من الموجودات، بما في ذلك أجزاء الموجودات والحقوق غير المجزَّأة في الموجودات. ويجوز أن يشمل الحق الضماني الموجودات التي ربما لا تكون وقت إبرام الاتفاق الضماني قد نشأت بعدُ، أو ربما لا يكون المانح قد امتلكها بعد أو لم تكن

---

* تنطبق هذه التوصيات العامة على الحقوق الضمانية في جميع أنواع الموجودات التي يشملها *الدليل*، بالصيغة المعدلة بالتوصيات التي تخص موجودات معينة.

قد آلت إليه صلاحية رهنها بعد. ويجوز أيضا أن يشمل جميع موجودات المانح. وينبغي الحد من أي استثناءات من هذه القواعد وأن تبيّن في القانون بطريقة واضحة ومحدّدة.

١٨- ينبغي أن ينص القانون على أنّ هذا القانون، باستثناء ما تنص عليه التوصيات٢٣-٢٥، لا يُلغِي أحكام أي قانون آخر تحد من إنشاء أو إنفاذ الحق الضماني في أنواع محددة من الموجودات، أو من إمكانية نقلها.

امتداد الحق الضماني إلى العائدات

١٩- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في الموجودات المرهونة يشمل عائداتها القابلة للتحديد (بما في ذلك عائدات العائدات)، ما لم يتفق الطرفان في الاتفاق الضماني على خلاف ذلك.

العائدات الممزوجة

٢٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه عندما تكون العائدات التي هي في شكل نقود أو في شكل أموال مودعة في حساب مصرفي قد مُزجت بموجودات أخرى من نفس النوع بحيث لم تعد هذه العائدات قابلة للتحديد، ينبغي مع ذلك أن يعامل مبلغ العائدات قبل مزجها بالموجودات الأخرى مباشرة باعتباره عائدات قابلة للتحديد بعد المزج. غير أنه إذا كان المبلغ الإجمالي للموجودات أقل من مبلغ العائدات، في أي وقت بعد المزج، فيجب معاملة المبلغ الإجمالي للموجودات في الوقت الذي يكون فيه مبلغها في حده الأدنى، إضافة إلى مبلغ أي عائدات مُزجت بالموجودات لاحقا، باعتباره عائدات قابلة للتحديد.

إنشاء الحق الضماني في ملحق واستمراره فيه

٢١- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز إنشاء حق ضماني في الموجودات الملموسة التي تكون ملحقا وقت إنشاء الحق الضماني أو أن يستمر في الموجودات الملموسة التي تصبح ملحقا فيما بعد. ويجوز إنشاء حق ضماني في ملحق بممتلكات غير منقولة بموجب هذا القانون أو بموجب القانون الذي يحكم الممتلكات غير المنقولة.

امتداد الحق الضماني إلى الكتلة أو المنتج

٢٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الذي ينشأ في موجودات ملموسة قبل أن تُمزج في كتلة أو في منتج يمتد إلى هذه الكتلة أو هذا المنتج. ويقتصر المبلغ المضمون بالحق الضماني الذي يمتد إلى الكتلة أو المنتج على قيمة الموجودات المرهونة قبل أن تصبح جزءا من الكتلة أو المنتج مباشرة.

باء- توصيات تخص موجودات معينة

نفاذ الإحالة الإجمالية للمستحقات وإحالة مستحق آجل أو جزء من مستحق أو مصلحة غير مجزأة فيه

٢٣- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أن تكون إحالة مستحقات تعاقدية غير معيّنة تحديدا أو مستحق آجل أو جزء من مستحق أو مصلحة غير مجزّأة فيه، نافذة بين المحيل والمحال إليه وتجاه المدين بالمستحق ما دام

من الممكن وقت الإحالة أو وقت نشوء المستحق، في حالة المستحقات الآجلة، عزوه إلى الإحالة التي يتصل بها؛

(ب) أن تكون إحالة مستحق آجل واحد أو أكثر نافذة دون حاجة إلى عملية نقل جديدة لإحالة كل مستحق، ما لم يُتّفق على خلاف ذلك.[٢٨]

نفاذ إحالة أي مستحق تُجرى رغم وجود شرط بعدم الإحالة

٢٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) تكون إحالة المستحق نافذة بين المحيل والمحال إليه وتجاه المدين بالمستحق بصرف النظر عن أي اتفاق بين المحيل الأول أو أي محيل لاحق والمدين بالمستحق أو أي محال إليه لاحق يُقيِّد بأي شكل من الأشكال حق المحيل في إحالة مستحقاته؛

(ب) ليس في هذه التوصية ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على عاتق المحيل لإخلاله بالاتفاق المذكور في الفقرة الفرعية *(أ)* من هذه التوصية، ولكن لا يجوز للطرف الآخر في ذلك الاتفاق أن يُلغي العقد الأصلي أو عقد الإحالة بحجة ذلك الإخلال وحده. ولا يكون أي شخص غير طرف في ذلك الاتفاق مسؤولا لمجرد أنه كان على علم بالاتفاق؛

(ج) لا تنطبق هذه التوصية إلا على إحالات المستحقات:

'١' الناشئة عن عقد أصلي يكون عقداً لتوريد أو تأجير بضائع أو خدمات غير الخدمات المالية أو عقدَ تشييد أو عقداً لبيع أو تأجير ممتلكات غير منقولة؛ أو

'٢' الناشئة عن عقد أصلي لبيع أو تأجير ممتلكات صناعية أو ممتلكات فكرية أخرى أو معلومات امتلاكية أو الترخيص باستخدامها؛ أو

'٣' التي تمثل التزاما بالسداد على معاملة أُجريت باستخدام بطاقة ائتمان؛ أو

'٤' التي تستحق للمحيل عند التسوية الصافية للمدفوعات الواجبة السداد عملا باتفاق معاوضة يشمل أكثر من طرفين.

إنشاء حق ضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن مستحقا أو صكا قابلا للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر

٢٥- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يتمتع تلقائيا أي دائن مضمون لديه حق ضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر مشمول بهذا القانون بأي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد ذلك المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس أو الوفاء به على نحو آخر، دون أن يتّخذ المانح أو الدائن المضمون أي إجراء آخر؛

(ب) إذا كان الحق الشخصي أو حق الملكية تعهّدا مستقلا، يمتدّ الحق الضماني تلقائيا إلى الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهّد المستقل، ولكن لا يمتد إلى الحق في السحب بموجب ذلك التعهّد المستقل؛

(ج) لا تمس هذه التوصية بأي حق في ممتلكات غير منقولة يكون، بموجب قانون آخر، قابلا للنقل بشكل منفصل عن أحد المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو غير ذلك من الموجودات غير الملموسة التي قد يضمنها؛

[٢٨] بخصوص التوصيات ٢٣-٢٥، انظر المواد ٨-١٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(د) يتمتع أي دائن مضمون لديه حق ضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجودات غير ملموسة أخرى يتناولها هذا القانون بأي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر أو أداءه على نحو آخر، بصرف النظر عن أي اتفاق بين المانح والمدين بالمستحق أو الملتزم بالصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر يقيِّد بأي شكل من الأشكال حق المانح في إنشاء حق ضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر، أو في أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر أو أداءه على نحو آخر؛

(هـ) ليس في هذه التوصية ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على عاتق المانح لإخلاله بالاتفاق المذكور في الفقرة الفرعية *(د)* من هذه التوصية، ولكن لا يجوز للطرف الآخر في ذلك الاتفاق أن يلغي العقد الذي ينشأ عنه المستحق أو الصك القابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر، أو الاتفاق الضماني المنشئ للحق الضماني الشخصي أو الحق الضماني في الممتلكات بحجة ذلك الإخلال وحده. ولا يكون أي شخص غير طرف في ذلك الاتفاق مسؤولا لمجرد أنه كان على علم بالاتفاق؛

(و) لا تسري الفقرتان الفرعيتان *(د)* و*(هـ)* من هذه التوصية إلا على الحقوق الضمانية في المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو الموجودات غير الملموسة الأخرى:

'١' الناشئة عن عقد أصلي يكون عقداً لتوريد أو تأجير بضائع أو خدمات غير الخدمات المالية أو عقدَ تشييد أو عقداً لبيع أو تأجير ممتلكات غير منقولة؛ أو

'٢' الناشئة عن عقد أصلي لبيع أو تأجير ممتلكات صناعية أو ملكية فكرية أخرى أو معلومات امتلاكية أو الترخيص باستخدامها؛ أو

'٣' التي تمثل التزاما بالسداد على معاملة أجريت باستخدام بطاقة ائتمان؛ أو

'٤' التي تستحق للمحيل عند التسوية الصافية للمدفوعات الواجبة السداد عملا باتفاق معاوضة يشمل أكثر من طرفين؛

(ز) لا تمس الفقرة الفرعية *(أ)* من هذه التوصية بأي واجبات على المانح تجاه المدين بالمستحق أو الملتزم بالصك القابل للتداول أو بأي موجود غير ملموس آخر؛

(ح) ما لم يَنَل ذلك من الآثار التلقائية المنصوص عليها في الفقرة الفرعية *(أ)* من هذه التوصية وفي التوصية ٤٨، لا تمس هذه التوصية بأي اشتراط يقتضيه قانون آخر ويتصل بشكل أو بتسجيل إنشاء حق ضماني في أي موجودات، يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو موجود غير ملموس آخر غير مشمول بهذا القانون، أو الوفاء به على نحو آخر.

إنشاء حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

٢٦- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي يكون نافذا بصرف النظر عن أي اتفاق بين المانح والمصرف الوديع يقيّد بأي شكل من الأشكال حق المانح في إنشاء ذلك الحق الضماني. غير أنه ليس على المصرف الوديع أي واجب بالاعتراف بالدائن المضمون، ولا يُفرض عليه بخلاف ذلك وبدون موافقته أي التزام فيما يتعلق بالحق الضماني.[٢٩]

[٢٩] بخصوص حقوق المصرف الوديع وواجباته، انظر التوصيتين ١٢٥ و١٢٦ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها).

إنشاء حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل

٢٧- ينبغي أن ينص القانون على جواز قيام المستفيد من تعهد مستقل بإنشاء حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهد المستقل، حتى وإن لم يكن الحق في السحب بمقتضى التعهّد المستقل في حدّ ذاته قابلا للنقل بمقتضى القانون والممارسة اللذين يحكمان التعهّدات المستقلة. وليس إنشاء حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل نقلا للحق في السحب بمقتضى تعهد مستقل.

امتداد الحق الضماني في مستند قابل للتداول إلى الموجودات الملموسة المشمولة بالمستند القابل للتداول

٢٨- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في مستند قابل للتداول يمتد إلى الموجودات الملموسة المشمولة بذلك المستند، شريطة أن يكون المُصدر حائزا للبضائع، بشكل مباشر أو غير مباشر، وقت إنشاء الحق الضماني في المستند.

ثالثا- نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة هو وضع أساس لترتيب الأولويات على نحو قابل للتنبؤ به ومنصف وناجع، من خلال:

(أ) اقتضاء التسجيل كشرط مسبق لنفاذ الحقّ الضماني تجاه الأطراف الثالثة، ما لم تكن الاستثناءات من التسجيل وبدائله مناسبة في ضوء الاعتبارات المقابلة المتعلقة بالسياسات التجارية؛

(ب) إنشاء إطار قانوني لاستحداث نظام سجل عمومي يكون بسيطا وناجع التكلفة وفعّالا لتسجيل الإشعارات المتعلّقة بالحقوق الضمانية، ودعم ذلك النظام.

ألف- توصيات عامة

تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٢٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحقّ الضماني لا يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا أُنشئ واتُبعت في تحقيق نفاذه تجاه تلك الأطراف إحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ أو ٣٥.

نفاذ الحق الضماني تجاه المانح عندما لا يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة

٣٠- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الذي أُنشئ يكون نافذا بين المانح والدائن المضمون حتى وإن لم يكن نافذا تجاه الأطراف الثالثة.

استمرار النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بعد نقل الموجود المرهون

٣١- ينبغي أن ينص القانون على أنه، بعد نقل حق غير الحق الضماني في موجود مرهون، يظل الحق الضماني في الموجود المرهون النافذ تجاه الأطراف الثالثة وقت النقل راهنا للموجود، باستثناء ما تنص عليه التوصيات ٧٩-٨٢ (الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني)، ويظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٦٢.

التسجيل كطريقة عامة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٣٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة إذا سُجِّل إشعار بخصوصه في سجل الحقوق الضمانية العام المشار إليه في التوصيات ٥٤-٧٥ (الفصل الرابع بشأن نظام السجل).

٣٣- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل الإشعار لا ينشئ حقا ضمانيا وليس ضروريا لإنشاء حق ضماني.

الطرائق البديلة عن التسجيل لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والاستثناءات منه

٣٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يمكن جعل الحق الضماني أيضا نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق البديلة التالية:

'١' في الموجودات الملموسة، بحيازتها من جانب الدائن المضمون، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٧؛

'٢' في الموجودات المنقولة، التي تكون الحقوق فيها خاضعة لنظام تسجيل متخصّص أو نظام شهادات ملكية، بالتسجيل في السجل المتخصص أو بالتأشير بشأنه على شهادة الملكية، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٨؛

'٣' في ملحق بموجودات منقولة، تكون الحقوق فيه خاضعة لنظام تسجيل متخصص أو نظام شهادات ملكية، بالتسجيل في السجل المتخصص أو بالتأشير بشأنه على شهادة الملكية، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٢؛

'٤' في ملحق بممتلكات غير منقولة، بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٣؛

'٥' في حقٍّ في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، بالسيطرة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٩؛

'٦' في الموجودات الملموسة المشمولة بمستند قابل للتداول، بحيازة الدائن المضمون للمستند، على النحو المنصوص عليه في التوصيات ٥١-٥٣؛

(ب) يكون الحق الضماني نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة:

'١' في العائدات، إذا كان الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية نافذا تجاه الأطراف الثالثة، على النحو المنصوص عليه في التوصيتين ٣٩ و٤٠؛

'٢' في ملحق بموجودات منقولة، إذا كان الحق الضماني في الموجودات التي تصبح ملحقة نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن تصبح ملحقا، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤١؛

'٣' في كتلة أو منتَج، إذا كان الحق الضماني في الموجودات المجهَّزة أو الممزوجة نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبلَ أن تصبح جزءا من الكتلة أو المنتج، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٤؛

'٤' في الموجودات المنقولة، لدى حدوث تغيير في مكان الموجودات أو المانح ليصبح المكان هو هذه الدولة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٥؛

(ج) يكون الحق الضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو موجود غير ملموس آخر أو الوفاء به على نحو آخر، نافذا تجاه الأطراف الثالثة على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٨.

طريقة تحقيق نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة

٣٥- ينبغي أن ينص القانون على أنّه، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٤٨، لا يصبح الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا بالسيطرة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٥٠.

اختلاف طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة باختلاف أنواع الموجودات

٣٦- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يجوز استخدام طرائق مختلفة من أجل تحقيق نفاذ الحق الضماني في أنواع مختلفة من الموجودات المرهونة تجاه الأطراف الثالثة، سواء أكانت أم لم تكن تلك الموجودات مرهونة عملا بنفس الاتفاق الضماني.

نفاذ الحق الضماني في الموجودات الملموسة تجاه الأطراف الثالثة بواسطة الحيازة

٣٧- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يجوز جعل الحق الضماني في الموجودات الملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة عن طريق التسجيل على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٢، أو عن طريق حيازة الدائن المضمون لتلك الموجودات.

نفاذ الحق الضماني في موجودات منقولة تخضع الحقوق فيها لنظام تسجيل متخصّص أو نظام شهادات ملكية تجاه الأطراف الثالثة

٣٨- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في موجودات منقولة تكون الحقوق فيها خاضعة للتسجيل في سجل متخصّص أو للتأشير بشأنها على شهادة ملكية بموجب قانون آخر، يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٢، أو بواسطة ما يلي:

(أ) التسجيل في السجل المتخصّص؛ أو

(ب) التأشير بشأنه على شهادة الملكية.

نفاذ الحق الضماني في العائدات تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة

٣٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجودات مرهونة نافذا تجاه الأطراف الثالثة، يكون الحق الضماني في أي عائدات من هذه الموجودات المرهونة (بما فيها أي عائدات من

العائدات) نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا عندما تنشأ العائدات، شريطة أن تكون العائدات موصوفة بطريقة عامة في إشعار مسجّل أو أن تكون العائدات مؤلّفة من نقود أو مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي.

٤٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا كانت العائدات غير موصوفة في الإشعار المسجل وفقا لما تنص عليه التوصية ٣٩ ولم تكن مؤلفة من نقود أو مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، ظلّ الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة [لمدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد نشوء العائدات. أما إذا جُعل الحق الضماني في مثل هذه العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ قبل انقضاء تلك المدة، ظلّ الحق الضماني في هذه العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة بعد ذلك دون اتخاذ أي إجراء إضافي.

نفاذ الحق الضماني في ملحق تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة

٤١- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجودات ملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة في الوقت الذي تصبح فيه تلك الموجودات ملحقا، يظل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بعد ذلك.

نفاذ الحق الضماني في ملحق يخضع الحق الضماني فيه لنظام تسجيل متخصّص ونظام شهادات ملكية تجاه الأطراف الثالثة

٤٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في ملحق بموجودات منقولة يكون الحق الضماني فيه خاضعا للتسجيل في سجل متخصص أو للتأشير بشأنه على شهادة ملكية بموجب قانون آخر، يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤١ أو بواسطة ما يلي:

(أ) التسجيل في السجل المتخصّص؛ أو

(ب) التأشير بشأنه على شهادة الملكية.

نفاذ الحق الضماني في ملحق بممتلكات غير منقولة تجاه الأطراف الثالثة

٤٣- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في ملحق بممتلكات غير منقولة يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤١ أو بواسطة التسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة.

نفاذ الحق الضماني في كتلة أو مُنتج تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة

٤٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجودات ملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة عندما يصبح جزءا من كتلة أو مُنتج، فإن الحق الضماني الذي يمتد إلى الكتلة أو المنتج، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٢٢ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني)، يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة دون اتخاذ أي إجراء إضافي.

استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لدى انتقال المكان إلى هذه الدولة

٤٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجود مرهون نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الدولة التي يوجد فيها مكان الموجود المرهون أو مكان المانح (أيهما يحدّده القانون

المنطبق بمقتضى أحكام تنازع القوانين) وانتقل ذلك المكان إلى هذه الدولة، فإن الحق الضماني يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون هذه الدولة [لمدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد الانتقال. وإذا استوفيت مقتضيات قانون هذه الدولة لجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل نهاية تلك المدة، فإن الحق الضماني يظل بعد ذلك نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون هذه الدولة. ولأغراض أي قاعدة من قواعد هذه الدولة يكون فيها وقت التسجيل أو غيره من طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أمرا يعتدّ به في تحديد الأولوية، يكون ذلك الوقت هو الوقت الذي تحقّق فيه التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الدولة التي كان يوجد فيها مكان الموجودات المرهونة أو مكان المانح قبل انتقال مكانهما إلى هذه الدولة.

استمرارية نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة لدى تغير طريقة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٤٦- ينبغي أن ينص القانون على أن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة يكون مستمرا بصرف النظر عن تغيير الطريقة التي يُجعل بها نافذا تجاه الأطراف الثالثة، شريطة ألا تكون هناك أي فترة يكون فيها الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة.

انقطاع النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو انقضاء صلاحية التسجيل المسبق

٤٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا جُعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة ووجدت لاحقا فترة لا يكون الحق الضماني نافذا فيها تجاه الأطراف الثالثة، جاز إعادة إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وفي تلك الحالة يبدأ سريان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة من وقت إعادة إنشائه. وبالمثل، إذا انقضت على النحو المنصوص عليه في التوصية ٦٩ (الفصل الرابع بشأن نظام السجل) صلاحية تسجيل أُجري قبل إنشاء الحق الضماني على النحو المنصوص عليه في التوصية ٦٧، جاز إعادة إنشاء ذلك التسجيل. وفي تلك الحالة يبدأ سريان التسجيل من الوقت الذي يُسجل فيه الإشعار الجديد بشأن الحق الضماني.

باء- توصيات تخص موجودات معيّنة

نفاذ الحق الضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر تجاه الأطراف الثالثة

٤٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر مشمول بهذا القانون نافذا تجاه الأطراف الثالثة، فإن ذلك النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يمتد إلى أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر أو الوفاء به على نحو آخر، دون أن يتخذ المانح أو الدائن المضمون إجراء آخر. وإذا كان الحق الشخصي أو حق الملكية تعهّدا مستقلا فإن نفاذه تجاه الأطراف الثالثة يمتد تلقائيا إلى الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهد المستقل (ولكن، وفق ما تنص عليه الفقرة الفرعية *(ب)* من التوصية ٢٥ في الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني، لا يمتد الحق الضماني إلى الحق في السحب بمقتضى التعهّد المستقل). ولا تمس هذه التوصية بحق في ممتلكات غير منقولة يكون، بموجب قانون آخر، قابلا للنقل على نحو منفصل عن مستحق أو صك قابل للتداول أو موجود غير ملموس آخر قد يضمنه.

نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة

٤٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٢ أو بواسطة حصول الدائن المضمون على السيطرة فيما يتعلق بحق تقاضي الأموال المودعة في الحساب المصرفي.

نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة

٥٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٤٨، لا يجوز جعل الحق الضماني في الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا بواسطة حصول الدائن المضمون على السيطرة فيما يتعلق بالحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهّد المستقل.

نفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول تجاه الأطراف الثالثة

٥١- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في مستند قابل للتداول، يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٢ أو بحيازة الدائن المضمون هذا المستند.

٥٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في مستند قابل للتداول نافذا تجاه الأطراف الثالثة فإن الحق الضماني المقابل له في الموجودات المشمولة بهذا المستند يكون نافذا أيضا تجاه الأطراف الثالثة. وفي الفترة التي يشمل فيها مستند قابل للتداول موجودات، يجوز جعل الحق الضماني في هذه الموجودات نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة الدائن المضمون هذا المستند.

٥٣- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في مستند قابل للتداول الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة الدائن المضمون هذا المستند يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة [لمدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد أن يتم التنازل عن ذلك المستند لصالح المانح أو شخص آخر لغرض بيع الموجودات المشمولة بالمستند القابل للتداول أو استبدالها أو تحميلها على وسيلة نقل أو إنزالها منها أو التصرف فيها بطريقة أخرى في نهاية المطاف.

رابعا- نظام السجل

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بنظام السجل هو إنشاء سجل عام للحقوق الضمانية وتنظيم تشغيله. والغرض من نظام السجل هو توفير ما يلي:

(أ) طريقة تمكّن من جعل الحق الضماني الحاضر أو الآجل في أي من موجودات المانح الحاضرة أو الآجلة نافذا تجاه الأطراف الثالثة؛

(ب) نقطة مرجعية ناجعة لقواعد بشأن الأولوية تستند إلى وقت تسجيل إشعار بشأن الحق الضماني؛

(ج) مصدر معلومات موضوعي للأطراف الثالثة التي تتعامل مع موجودات المانح (منهم مثلا الدائنون المضمونون والمشترون المحتملون والدائنون بحكم القضاء وممثل إعسار المانح) بشأن ما إذا كان يجوز رهن الموجودات بواسطة حقّ ضماني.

ولتحقيق هذا الغرض، ينبغي أن يكون نظام السجل مصمّما على نحو يكفل بساطة عمليتي التسجيل والبحث ونجاعتهما من حيث الوقت والتكلفة وسهولة استعمالهما وتيسّر وصول الناس إليهما.

الإطار التشغيلي لعمليتي التسجيل والبحث

٥٤- ينبغي أن يكفل القانون ما يلي:

(أ) أن تتاح على نطاق واسع أدلة لإجراءات التسجيل والبحث تتسم بالوضوح والإيجاز وأن تعمَّم معلومات عن وجود هذا السجل وعن دوره تعميما واسعا؛

(ب) أن يتم التسجيل بتسجيل إشعار يتضمّن المعلومات المنصوص عليها في التوصية ٥٧، وليس باشتراط تقديم النسخة الأصلية أو صورة من الاتفاق الضماني أو من مستند آخر؛

(ج) أن يقبل السجل أي إشعار يقدّم بوسيلة اتصال مأذون بها (ورقية أو إلكترونية مثلا) ما لم يكن الإشعار:

'١' غير مصحوب بالرسوم المطلوبة؛ أو

'٢' لا يوفر محدِّدا لهوية المانح يكفي للتمكين من الفهرسة؛ أو

'٣' لا يوفر بعض المعلومات المتعلقة بأي من البنود الأخرى اللازمة بمقتضى الفقرة ٥٧؛

(د) ألا يشترط المسجّل التحقّق من هوية صاحب التسجيل أو من وجود إذن بتسجيل الإشعار أو أن يجري المزيد من الفحص لمحتويات الإشعار؛

(هـ) أن يكون القيد في السجل مركزيا ويحتوي على جميع الإشعارات بالحقوق الضمانية المسجّلة بموجب هذا القانون؛

(و) أن تكون المعلومات المدوّنة في السجل متاحة للجمهور؛

(ز) أن يتسنّى البحث في السجل دون أن يحتاج الباحث إلى تبرير أسباب البحث؛

(ح) أن تكون الإشعارات مفهرسة ويكون باستطاعة الباحثين استرجاعها وفقا لمحدِّد هوية المانح؛

(ط) أن تحدَّد رسوم التسجيل، ورسوم البحث إن وجدت، بمبلغ لا يزيد عن اللازم للسماح باسترداد التكلفة؛

(ي) أن يكون نظام التسجيل إلكترونيا، إن أمكن ذلك. وعلى وجه الخصوص:

'١' أن تُخزَّن الإشعارات في شكل إلكتروني في قاعدة بيانات حاسوبية؛

'٢' أن تُتاح لأصحاب التسجيل والباحثين إمكانية الوصول الفوري إلى قيود السجل بوسائل إلكترونية أو وسائل مماثلة، من بينها الإنترنت وتبادل البيانات إلكترونيا؛

'٣' أن يكون النظام مُبرمجا بحيث يقلِّل ما أمكن من احتمال إدخال معلومات ناقصة أو لا صلة لها بالموضوع؛

'٤' أن يكون النظام مُبرمجا بحيث يسهِّل استرجاع المعلومات بسرعة وبالكامل ويقلِّل ما أمكن من العواقب العملية المترتبة على حدوث خطأ بشري؛

(ك) أن يكون باستطاعة أصحاب التسجيل الاختيار من بين طائفة من طرائق الوصول إلى السجل ونقاط الوصول إليه؛

(ل) أن يعمل السجل دون توقُّف، إذا كان إلكترونيا، باستثناء توقُّفه لغرض الصيانة المقرّرة، وأن يعمل، إذا لم يكن إلكترونيا، في مواعيد خدمة منتظمة وثابتة ومتّفقة مع احتياجات مستعمليه المحتملين.

أمن السِجل وسلامته

٥٥- من أجل ضمان أمن السجل وسلامته، ينبغي أن ينص القانون على أن تتوفّر في إطاره التشغيلي والقانوني الخصائص التالية:

(أ) على الرغم من جواز إسناد مهمة التشغيل اليومي للسجل إلى هيئة تابعة للقطاع الخاص، تحتفظ الدولة بمسؤولية ضمان تشغيله وفقا للإطار القانوني الذي يحكمه؛

(ب) أن تكون بيانات هوية صاحب التسجيل مطلوبة ومحتفظا بها في السجل؛[٣٠]

(ج) أن يكون صاحب التسجيل ملزما بإرسال نسخة من الإشعار إلى المانح المسمى في الإشعار. ولا يجوز أن يؤدي تخلف الدائن المضمون عن الوفاء بهذا الالتزام إلا إلى عقوبات رمزية وإلى أي تعويضات عن أضرار ناتجة من هذا التخلف يمكن إثباتها؛

(د) أن يكون السجل ملزما بأن يرسل فورا نسخة من أي تعديلات تُدخل على إشعار مسجل إلى الشخص المحدّد في الإشعار على أنه الدائن المضمون؛

(هـ) أن يكون باستطاعة صاحب التسجيل الحصول على إثبات للتسجيل حالما تُقيَّد معلومات التسجيل في حافظة السجل؛

(و) أن يُحتفظ بنسخ متعدّدة من جميع المعلومات الموجودة في قيود السجل وتتسنى إمكانية إعادة تكوين جميع قيود السجل في حالة الضياع أو الضرر.

المسؤولية عن الضياع أو الضرر

٥٦- ينبغي أن ينصّ القانون على تعيين المسؤولية عن الضياع أو الضرر الناجم عن خطأ في إدارة نظام التسجيل والبحث أو في تشغيله. وإذا كان النظام مصمّما بحيث يسمح لمستعملي السجل بالتسجيل والبحث مباشرة دون تدخل موظفي السِجل فينبغي أن تقتصر مسؤولية السجلّ عن الضياع أو الضرر على الأعطال التي تُصيب النظام.

ما ينبغي أن يتضمّنه الإشعار

٥٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه لا يلزم أن يتضمّن الإشعار سوى المعلومات التالية:

(أ) محدِّد هوية المانح، الذي يفي بالمعيار المنصوص عليه في التوصيات من ٥٨-٦٠، وهوية الدائن المضمون أو ممثله، وعنوان كلّ منهما؛

[٣٠] فيما يتعلق بالتحقّق من هوية صاحب التسجيل، انظر الفقرة الفرعية *(د)* من التوصية ٥٤.

(ب) وصف للموجودات المشمولة بالإشعار، يفي بالمعيار المنصوص عليه في التوصية ٦٣؛

(ج) مدة نفاذ التسجيل وفقا لما تنص عليه التوصية ٦٩؛

(د) بيان الحد الأقصى للمبلغ النقدي الذي يجوز بشأنه إنفاذ الحق الضماني، إذا رأت الدولة أنّ بيانه في الإشعار مفيد لتيسير الإقراض التبعي.

كفاية محدِّد هوية المانح

٥٨- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل الإشعار لا يكون نافذا ما لم يتضمّن المحدِّد الصحيح لهوية المانح أو، في حال عدم صحة البيان، ما لم يكن بالوسع استرجاع الإشعار بإجراء بحث في قيود السجل باستخدام المحدِّد الصحيح لهوية المانح.

٥٩- ينبغي أن ينصّ القانون على أنّه، عندما يكون المانح شخصا طبيعيا، يكون محدِّد هويته، لأغراض التسجيل الفعّال، هو اسمه كما يظهر في مستند رسمي معيّن. وعند الاقتضاء، ينبغي اشتراط توفير معلومات إضافية، كتاريخ الميلاد أو رقم بطاقة الهوية، من أجل الدقة في تحديد هوية المانح.

٦٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، عندما يكون المانح شخصا اعتباريا، يكون محدِّد هويته، لأغراض التسجيل الفعّال، هو الاسم الذي يظهر في المستند الذي تأسس بمقتضاه.

أثر تغيير محدِّد هوية المانح على نفاذ التسجيل

٦١- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا تغيّر محدِّد هوية المانح بعد تسجيل الإشعار، ونتيجة لذلك أصبح محدِّد هويته المبيّن في الإشعار غير مستوف للمعيار المنصوص عليه في التوصيات ٥٨-٦٠، جاز للدائن المضمون أن يعدّل الإشعار المسجّل لكي يبيّن محدِّد الهوية الجديد امتثالا لذلك المعيار. وإذا لم يقم الدائن المضمون بتسجيل التعديل في غضون [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد التغيير، كان الحق الضماني فاقد النفاذ تجاه:

(أ) أي حق ضماني منافس سُجّل بشأنه إشعار أو جُعل بشكل آخر نافذا تجاه الأطراف الثالثة بعد تغيير محدِّد هوية المانح ولكن قبل تسجيل ذلك التعديل؛

(ب) أي شخص يشتري الموجود المضمون أو يستأجره أو يستصدر ترخيصا باستخدامه، بعد تغيير محدِّد هوية المانح ولكن قبل تسجيل ذلك التعديل.

أثر نقل الموجود المرهون على نفاذ التسجيل

٦٢- ينبغي أن يعالج القانون أثر نقل موجود مرهون على نفاذ التسجيل.

كفاية وصف الموجودات المشمولة بإشعار

٦٣- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أيّ وصف للموجودات المرهونة في الإشعار يستوفي شروط الفقرة الفرعية *(د)* من التوصية ١٤ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) يكون وصفا كافيا.

عواقب عدم صحة البيان أو عدم كفاية الوصف

٦٤- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أي بيان غير صحيح مُقدّم من صاحب تسجيل المحدِّد لهوية الدائن المضمون أو ممثله أو عنوانهما وأي وصف لموجودات مرهونة لا يستوفي شروط التوصية ٦٣ لا يجعل الإشعار المسجّل فاقد النفاذ إلا إذا أدى إلى تضليل أي باحث معقول تضليلا خطيرا.

٦٥- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أي وصف لموجودات مرهونة معيّنة لا يستوفي شروط التوصية ٦٣ لا يجعل الإشعار المسجّل فاقد النفاذ فيما يتعلق بموجودات أخرى موصوفة وصفا كافيا.

٦٦- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أيّ بيان غير صحيح في الإشعار بشأن مدة نفاذ التسجيل والمبلغ الأقصى المضمون، إن وُجد، لا يجعل الإشعار المسجّل فاقد النفاذ. وينبغي حماية الأطراف الثالثة التي استندت إلى مثل هذه البيانات غير الصحيحة.

الوقت الذي يجوز فيه تسجيل الإشعار

٦٧- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يجوز تسجيل إشعار بشأن حق ضماني قبل أو بعد:

(أ) إنشاء الحق الضماني؛ أو

(ب) إبرام الاتفاق الضماني.

يكفي إشعار واحد بشأن حقوق ضمانية متعددة ناشئة من اتفاقات متعددة بين الأطراف ذاتها

٦٨- ينبغي أن ينصّ القانون على أنّ تسجيل إشعار واحد يكفي لتحقيق نفاذ واحد أو أكثر من الحقوق الضمانية الناشئة عن أكثر من اتفاق ضماني واحد بين الأطراف ذاتها تجاه الأطراف الثالثة، سواء كانت الحقوق الضمانية موجودة وقتَ التسجيل أو أنشئت بعده، وسواء نشأت عن واحد أو أكثر من الاتفاقات الضمانية بين الأطراف ذاتها.

مدة نفاذ تسجيل الإشعار وتمديدها

٦٩- ينبغي أن يحدّد القانون مدة نفاذ تسجيل الإشعار، أو يسمح لصاحب التسجيل بأن يحدّد تلك المدّة في الإشعار وقت التسجيل وأن يمدّدها في أي وقت قبل انقضائها. وفي أي الحالتين، ينبغي أن يحق للدائن المضمون أن يمدّد مدة نفاذ التسجيل بتقديم إشعار بالتعديل إلى السجل في أي وقت قبل انقضاء نفاذ الإشعار. وإذا حدّد القانون مدة نفاذ التسجيل فينبغي أن تكون مدة التمديد الناتجة من تسجيل الإشعار بالتعديل مدة إضافية تساوي المدة الأولية. وإذا سمح القانون لصاحب التسجيل بتحديد مدة نفاذ التسجيل فينبغي أن تكون مدة التمديد هي المدة المحددة في الإشعار بالتعديل.

وقت نفاذ تسجيل الإشعار أو التعديل

٧٠- ينبغي أن ينصّ القانون على أنّ تسجيل الإشعار أو التعديل يصبح نافذا عندما تُدوَّن المعلومات التي يتضمّنها الإشعار أو التعديل في قيود السجل بحيث تكون متاحة للباحثين في حافظة السجل.

الإذن بالتسجيل

٧١- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل الإشعار لا يكون نافذا ما لم يأذن به المانح كتابة. ويمكن إعطاء الإذن قبل التسجيل أو بعده. ويكون اتفاق الضمان المكتوب كافيا لتشكيل إذن بالتسجيل. ولا يتوقّف نفاذ التسجيل على هوية صاحب التسجيل.

إلغاء الإشعار أو تعديله

٧٢- ينبغي أن ينص القانون على أنّه، إذا لم يكن قد أبرم اتفاق ضماني، أو انقضى الحق الضماني بالسداد الكامل أو بطريقة أخرى، أو كان الإشعار المسجّل غير مأذون به من المانح:

(أ) وجب على الدائن المضمون أن يقدّم إلى السجل إشعارا بالإلغاء أو التعديل، حسب الاقتضاء، بشأن الإشعار المسجل ذي الصلة، في موعد لا يتجاوز [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد تلقي الدائن المضمون طلبا كتابيا من المانح؛

(ب) حقَّ للمانح أن يسعى إلى إلغاء الإشعار أو تعديله تعديلا ملائما بإجراء قضائي أو إداري مستعجل؛

(ج) حقَّ للمانح أن يسعى إلى إلغاء الإشعار أو تعديله تعديلا ملائما، وفقا لما تنص عليه الفقرة الفرعية *(ب)*، حتى قبل انقضاء المدة المنصوص عليها في الفقرة الفرعية *(أ)*، شريطة وجود آليات مناسبة لحماية الدائن المضمون.

٧٣- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يحقّ للدائن المضمون أن يقدّم إلى السجل، في أي وقت، إشعارا بالإلغاء أو التعديل، حسب الاقتضاء، بشأن الإشعار المسجّل ذي الصلة.

٧٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه ينبغي، بعد أن يكون الإشعار المسجل قد انقضى على النحو المنصوص عليه في التوصية ٦٩ أو أُلغي على النحو المنصوص عليه في التوصية ٧٢ أو ٧٣، أن تزال على الفور من قيود السجل التي يتاح للجمهور الوصول إليها كل المعلومات الواردة في الإشعار. ولكن ينبغي الإبقاء في المحفوظات على المعلومات الواردة في الإشعار المنقضي أو الملغى أو المعدل وعلى واقعة الانقضاء أو الإلغاء أو التعديل، كي يتسنى استرجاعها إذا اقتضى الأمر ذلك.

٧٥- ينبغي أن ينصّ القانون على أنّه، إذا أُحيل الالتزام المضمون، جاز تعديل الإشعار بحيث يبيّن اسم الدائن المضمون الجديد. ومع ذلك، يظلّ الإشعار غير المعدّل على هذا النحو ساري المفعول.

خامسا- أولوية الحق الضماني

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بأولوية الحق الضماني هو:

(أ) توفير قواعد من أجل تحديد أولوية الحق الضماني، مقارنة بحقوق المطالبين المنافسين، بطريقة فعّالة ومنصفة وقابلة للتنبؤ؛

(ب) تيسير المعاملات التي يمكن للمانح أن ينشئ بها أكثر من حق ضماني واحد في الموجود ذاته، وتمكينه بذلك من استخدام كامل قيمة موجوداته من أجل الحصول على الائتمان.

ألف- توصيات عامة

الأولوية بين الحقوق الضمانية الممنوحة من نفس المانح في نفس الموجودات المرهونة

٧٦- ينبغي أن ينص القانون على أن تُحدَّد الأولوية بين الحقوق الضمانية المتنافسة الممنوحة من نفس المانح في نفس الموجودات المرهونة، وفقا لما يلي:

(أ) بين الحقوق الضمانية التي جُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار، تحدد الأولوية بترتيب التسجيل، دون اعتبار لترتيب إنشاء الحقوق الضمانية؛

(ب) بين الحقوق الضمانية التي جُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى غير التسجيل، تحدد الأولوية بترتيب النفاذ تجاه الأطراف الثالثة؛

(ج) بين الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل والحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى غير التسجيل، تحدد الأولوية (دون اعتبار للوقت الذي حدث فيه الإنشاء) بترتيب التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، أيهما حدث أولا.

تخضع هذه التوصية للقواعد المنصوص عليها في التوصيات ٧٧ و٧٨ و٨٧-١٠٩، فضلا عن التوصيات ١٧٨-١٨٥ (الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز، الخيار ألف: النهج الوحدوي).

أولوية الحق الضماني المسجّل في سجِّل متخصّص أو المؤشر بشأنه على شهادة ملكية

٧٧- ينبغي أن ينص القانون على أن الحقّ الضماني في موجود ما، الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصّص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية، وفق ما تنص عليه التوصية ٣٨ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، تكون له الأولوية على ما يلي:

(أ) أي حق ضماني في نفس الموجود سُجِّل بشأنه إشعار في سجلّ الحقوق الضمانية العام أو جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة غير التسجيل في سجلّ متخصّص أو التأشير بشأنه على شهادة ملكية، بصرف النظر عن الترتيب؛

(ب) أي حق ضماني في نفس الموجود سُجِّل لاحقا في السجل المتخصّص أو أُشِّر بشأنه على شهادة ملكية.

٧٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا نُقل موجود مرهون أو أُجِّر أو رُخِّص باستخدامه وكان الحق الضماني في ذلك الموجود، وقتَ النقل أو التأجير أو الترخيص، نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصّص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٨ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، فإن المنقول إليه أو المستأجر أو المرخَّص له يأخذ حقوقه رهنا بالحق الضماني باستثناء ما هو منصوص عليه في التوصيات ٨٠-٨٢. بيد أنه إذا لم يكن الحق الضماني قد جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصّص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية فإن المنقول إليه أو المستأجر أو المرخَّص له يأخذ حقوقه خالية من الحق الضماني.

أولوية حقوق المنقول إليهم في الموجود المرهون ومستأجريه والمرخّص لهم باستخدامه

٧٩- ينبغي أن ينصّ القانون على أنه إذا نُقل موجود مرهون أو أُجِّر أو رُخِّص باستخدامه وكان الحق الضماني في ذلك الموجود نافذا تجاه الأطراف الثالثة وقتَ النقل أو التأجير أو الترخيص، فإن المنقول إليه أو المستأجر أو المرخَّص له يأخذ حقوقه رهنا بالحق الضماني، باستثناء ما هو منصوص عليه في التوصيات ٧٨ و٨٠-٨٢.

٨٠- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) لا يستمر الحق الضماني في الموجودات المرهونة التي يبيعها المانح أو يتصرّف فيها على نحو آخر، إذا أذن الدائن المضمون ببيع تلك الموجودات أو التصرّف فيها بشكل آخر خالية من الحق الضماني؛

(ب) لا تتأثر بالحق الضماني حقوق مستأجر الموجودات المرهونة أو المرخص له باستخدامها إذا أذن الدائن المضمون للمانح بتأجير الموجودات أو الترخيص باستخدامها دون أن تتأثر بالحق الضماني.

٨١- ينبغي أن ينص القانون على أنّ:

(أ) مشتري الموجودات الملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) في سياق العمل المعتاد للبائع يأخذ ما اشتراه خالصا من الحق الضماني، شريطة ألا يكون المشتري على علم، وقتَ البيع، بأنّ هذا البيع ينتهك حقوق الدائن المضمون بمقتضى الاتفاق الضماني؛

(ب) حقوق مستأجر الموجودات الملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) المستأجَرة في سياق العمل المعتاد للمؤجر لا تتأثر بأي حق ضماني في تلك الموجودات، شريطة ألا يكون المستأجر على علم، وقتَ إبرام عقد الإيجار، بأن هذا الإيجار ينتهك حقوق الدائن المضمون بمقتضى الاتفاق الضماني؛

(ج) حقوق من يقبل ترخيصا غير حصري في موجودات غير ملموسة جرى الترخيص بها في سياق العمل المعتاد لمانح الترخيص لا تتأثر بأي حق ضماني في هذه الموجودات، شريطة ألا يكون المرخَّص له على علم، وقتَ إبرام اتفاق الترخيص، بأن هذا الترخيص ينتهك حقوق الدائن المضمون بمقتضى الاتفاق الضماني.

٨٢- ينبغي أن ينصّ القانون على أنّه عندما يحصل منقول إليه على حق في موجودات مرهونة خالية من حق ضماني، فإنّ أي شخص يحصل لاحقا من المنقول إليه على حق في تلك الموجودات يأخذ حقه أيضا خاليا من الحق الضماني. وإذا لم تتأثر حقوق المستأجر أو المرخص له بالحق الضماني، لا تتأثر أيضا حقوق المستأجر من الباطن أو المرخص له من الباطن بذلك الحق الضماني.

أولوية المطالبات ذات الأفضلية

٨٣- ينبغي أن يحدّ القانون، من حيث النوع والمقدار، من المطالبات ذات الأفضلية التي تنشأ بإعمال القانون وتكون لها أولوية على الحقوق الضمانية، وإذا وجدت هذه المطالبات ذات الأفضلية فينبغي وصفها في القانون بطريقة واضحة ومحدّدة.

أولوية حقوق الدائنين بحكم القضاء

٨٤- ينبغي أن ينص القانون على أنّ للحق الضماني الأولوية على حقوق الدائن غير المضمون، ما لم يكن الدائن غير المضمون قد حصل، بمقتضى قانون آخر، على حكم أو أمر قضائي مؤقت ضد المانح واتخذ الخطوات اللازمة للحصول على حقوق في الموجودات المرهونة متذرعا بذلك الحكم أو الأمر القضائي المؤقت قبل أن يُجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وتنسحب أولوية الحق الضماني على الائتمان الذي يقدمه الدائن المضمون:

(أ) قبل انقضاء [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد أن يكون الدائن غير المضمون قد أشعر الدائنَ المضمونَ بأنه اتخذ الخطوات اللازمة للحصول على حقوق في الموجود المرهون؛ أو

(ب) عملا بالتزام غير قابل للإلغاء (بمبلغ محدّد أو مبلغ يحدّد عملا بصيغة محدّدة) من الدائن المضمون بأن يقدم الائتمان، إذا عُقد هذا الالتزام قبل أن يكون الدائن غير المضمون قد أشعر الدائن المضمون بأنه اتخذ الخطوات اللازمة للحصول على حقوق في الموجود المرهون.

تخضع هذه التوصية للاستثناء الوارد في التوصية ١٨٣ (الفصل التاسع بشأن تمويل الاحتياز، الخيار ألف: النهج الوحدوي).

أولوية حقوق الأشخاص الذين يقدِّمون خدمات تتعلق بموجود مرهون

٨٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان قانون آخر يعطي الدائن الذي قدم خدمات تتعلق بموجود مضمون (بإصلاحه أو تخزينه أو نقله مثلا) حقوقا معادلة للحقوق الضمانية، فإنّ تلك الحقوق تقتصر على الموجودات التي في حوزة ذلك الدائن، في حدود القيمة المعقولة للخدمات المقدّمة، وتكون لتلك الحقوق أولوية على الحقوق الضمانية القائمة من قبل في الموجود وجُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة).

أولوية حق المورّد في الاسترداد

٨٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان قانون آخر ينص على أن لمورّد الموجودات الملموسة حق استردادها، يكون هذا الحق في الاسترداد أدنى مرتبةً من الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن يمارس المورِّد حقه.

أولوية الحق الضماني في ملحقات الممتلكات غير المنقولة

٨٧- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني أو أي حق آخر (مثل حق أحد المشترين أو المستأجرين) في ملحقات الممتلكات غير المنقولة الذي يُنشأ ويُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى

قانون الممتلكات غير المنقولة، على النحو المنصوص عليه في التوصيتين ٢١ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) و٤٣ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة) تكون له الأولوية على أي حق ضماني في تلك الملحقات يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة).

٨٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الموجودات الملموسة التي تكون ملحقة بممتلكات غير منقولة وقت جعل هذا الحق نافذا تجاه الأطراف الثالثة، أو التي تصبح بعد ذلك ملحقة بممتلكات غير منقولة، إذا جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٣ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، كان له الأولوية على أي حق ضماني أو أي حق آخر (مثل حق أحد المشترين أو المستأجرين) في الممتلكات غير المنقولة ذات الصلة يُسجّل لاحقا في سجل الممتلكات غير المنقولة.

أولوية الحق الضماني في ملحقات الموجودات المنقولة

٨٩- الحق الضماني أو أي حق آخر (كحق المشتري أو المستأجر) في ملحقات بموجودات منقولة إذا جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل متخصص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية بمقتضى التوصية ٤٢ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، كانت له أولوية على أي حق ضماني أو أي حق آخر في الموجودات المنقولة ذات الصلة يُسجّل لاحقا في السجل المتخصص أو يؤشر بشأنه على شهادة الملكية.

أولوية الحق الضماني في كتلة أو منتج

٩٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا ظل حقان ضمانيان اثنان أو أكثر في نفس الموجودات الملموسة قائمين في كتلة أو منتج، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٢٢ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني)، فإن تلك الحقوق الضمانية تحتفظ بنفس ما كان للحقوق الضمانية في الموجودات من أولوية فيما بينها مباشرة قبل أن تصبح الموجودات الملموسة جزءا من كتلة البضاعة أو المنتج.

٩١- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا ظلّت أي حقوق ضمانية في موجودات ملموسة منفصلة قائمة في نفس الكتلة أو المنتج وكان كل واحد من تلك الحقوق الضمانية نافذا تجاه الأطراف الثالثة، كان من حق الدائنين المضمونين أن ينالوا حصة من القيمة الإجمالية القصوى لحقوقهم الضمانية في الكتلة أو المنتج وفقا لنسبة قيمة الحق الضماني لكل منهم. ولأغراض هذه الصيغة، تكون القيمة القصوى للحق الضماني هي الأقل من بين القيمة المنصوص عليها في التوصية ٢٢ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) ومبلغ الالتزام المضمون.

٩٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الاحتيازي في موجودات ملموسة منفصلة الذي يظل قائما في الكتلة أو المنتج ويكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة تكون له الأولوية على أي حق ضماني منحه نفس المانح في الكتلة أو المنتج.

عدم الاعتداد بالعلم بوجود حق ضماني

٩٣- ينبغي أن ينص القانون على أن علم أحد المطالبين المنافسين بوجود حق ضماني، لا يؤثر في الأولـوية.[٣١]

إنزال مرتبة الحق

٩٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز لأي مطالب منافس يتمتع بحق الأولوية أن يُنـزل مرتبة أولويته في أي وقت، بقرار انفرادي أو بالاتفاق، لصالح أي مطالب منافس آخر في الحاضر أو المستقبل.

أثر استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة على الأولوية

٩٥- ينبغي أن ينص القانون على أن أولوية الحق الضماني، لأغراض التوصية ٧٦، لا تتأثّر بتغيّر الطريقة التي يُجعل بها نافذا تجاه الأطراف الثالثة، شريطة ألا تكون هناك أي فترة يكون فيها الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة.

٩٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني مشمولا بإشعار مسجّل أو جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة ثم كانت هناك لاحقا فترة لم يكن فيها ذلك الحق لا مشمولا بإشعار مسجّل ولا نافذا تجاه الأطراف الثالثة، فإن أولوية الحق الضماني تبدأ في أبكر وقت بعد ذلك عندما يصبح الحق الضماني إما مشمولا بإشعار مسجّل وإما نافذا تجاه الأطراف الثالثة.

أولوية الحقوق الضمانية التي تضمن الالتزامات القائمة والآجلة

٩٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصية ٨٤، تمتد أولوية الحق الضماني إلى جميع الالتزامات المضمونة، بصرف النظر عن الوقت الذي تُعقد فيه هذه الالتزامات.

نطاق الأولوية

٩٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا قامت دولة بتنفيذ الفقرة الفرعية (د) من التوصية ٥٧ (الفصل الرابع بشأن نظام السجل)، فإن أولوية الحق الضماني تنحصر في المبلغ الأقصى المبين في الإشعار المسجّل.

تطبيق قواعد الأولوية على الحق الضماني في موجودات آجلة

٩٩- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أولوية الحق الضماني، لأغراض الفقرتين الفرعيتين *(أ)* و*(ج)* من التوصية ٧٦، تمتد لتشمل جميع الموجودات المرهونة المشمولة بالإشعار المسجّل، بغض النظر عما إذا كان المانح قد احتازها أو عما إذا وجدت قبل التسجيل أو بعده أو عند حصوله.

[٣١] فيما يتعلق بأثر العلم بأنّ معاملة ما تنتهك حقوق دائن مضمون، انظر التوصية ٨١ والفقرة الفرعية *(ب)* من التوصية ١٠٢، والتوصيتين ١٠٥ و١٠٦.

تطبيق قواعد الأولوية على الحق الضماني في العائدات

١٠٠- ينبغي أن ينص القانون على أن وقت نفاذ الحق الضماني في موجودات مرهونة تجاه الأطراف الثالثة أو وقت تسجيل إشعار بشأنه، يكون أيضا، لأغراض التوصية ٧٦، هو وقت نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في عائداته أو وقت تسجيله.

باء- توصيات تخص موجودات معينة

أولوية الحق الضماني في صك قابل للتداول

١٠١- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة الصك، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٧ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، تكون له الأولوية على الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بأي طريقة أخرى.

١٠٢- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة غير حيازة الصك يكون أدنى مرتبة من حقوق الدائن المضمون أو المشتري أو المنقول إليه الآخر (بالاتفاق) الذي:

(أ) يكون مؤهّلا كحائز متمتع بالحماية بموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول؛ أو

(ب) يحتاز الصكَّ القابل للتداول ويقدّم قيمة بحسن نيّة ودون أن يعلم أن النقل ينتهك ما للدائن المضمون من حقوق بمقتضى الاتفاق الضماني.

أولوية الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

١٠٣- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٩ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، تكون له أولوية على الحق الضماني المنافس الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بأي طريقة أخرى. وإذا أبرم المصرف الوديع اتفاقات سيطرة مع أكثر من دائن مضمون واحد، حُدِّدت الأولوية، فيما بين أولئك الدائنين المضمونين، وفقا للترتيب الذي أبرمت به اتفاقات السيطرة. وإذا كان المصرف الوديع هو الدائن المضمون، كانت لحقه الضماني أولوية على أي حق ضماني آخر؟(بما في ذلك الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب اتفاق سيطرة مُبرم مع المصرف الوديع، حتى إذا كان الحق الضماني للمصرف الوديع متأخرا زمنيا) باستثناء الحق الضماني للدائن المضمون الذي اكتسب السيطرة بأن أصبح صاحب الحساب.

١٠٤- ينبغي أن ينص القانون على أن أي حق للمصرف الوديع، قائم بمقتضى قانون آخر، في أن يقوم بمقاصة الالتزامات المستحقة له على المانح من حق المانح في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، تكون له أولوية على الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في الحساب المصرفي باستثناء الحق الضماني لدائن مضمون حصل على السيطرة بأن أصبح صاحب الحساب.

١٠٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه في حال قيام المانح بنقل أموال من حساب مصرفي، يأخذ المنقول إليه هذه الأموال خالية من أي حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في هذا الحساب المصرفي، ما لم يكن المنقول إليه على علم بأن هذا النقل ينتهك ما للدائن المضمون من حقوق بمقتضى الاتفاق الضماني. ولا تؤثر هذه التوصية سلبا في حقوق من تُنقَل إليهم أموال من حسابات مصرفية بموجب قانون آخر.

أولوية الحق الضماني في النقود

١٠٦- ينبغي أن ينص القانون على أن من يحصل على حيازة نقود خاضعة لحق ضماني يأخذ تلك النقود خالصة من الحق الضماني، ما لم يكن ذلك الشخص على علم بأنّ هذا النقل ينتهك ما للدائن المضمون من حقوق بمقتضى الاتفاق الضماني. ولا تؤثر هذه التوصية سلبا في حقوق حائزي النقود بموجب قانون آخر.

أولوية الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل

١٠٧- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة السيطرة تكون له الأولوية على الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة عملا بالتوصية ٤٨ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة). وإذا تحققت السيطرة بالإقرار وصدرت إقرارات متضاربة عن شخص ما لأكثر من دائن مضمون واحد، حُددت الأولوية فيما بين أولئك الدائنين المضمونين وفقا للترتيب الذي صدرت به تلك الإقرارات.

أولوية الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول

١٠٨- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في مستند قابل للتداول وفي الموجودات الملموسة المشمولة به يكون أدنى مرتبة من أي حقوق متفوقة يحصُل عليها بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول شخص نُقل إليه هذا المستند.

١٠٩- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحق الضماني في موجودات ملموسة الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة مستند قابل للتداول، تكون له أولوية على أي حق ضماني منافس جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى. ولا تنطبق هذه القاعدة على الحق الضماني في موجودات من غير المخزون إذا كان الحق الضماني للدائن المضمون غير الحائز للمستند القابل للتداول قد جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل الأسبق من بين الموعدين التاليين:

(أ) الموعد الذي أصبح فيه الموجود مشمولا بالمستند القابل للتداول؛

(ب) الموعد الذي أُبرم فيه اتفاق بين المانح والدائن المضمون حائز المستند القابل للتداول ينص على أن يكون الموجود مشمولا بمستند قابل للتداول، شريطة أن يكون الموجود قد أصبح مشمولا بذلك المستند في غضون [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام من تاريخ الاتفاق.

سادسا- حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بحقوق الطرفين والتزاماتهما هو تعزيز فعالية المعاملات المضمونة والحدّ من تكاليف المعاملات ومن احتمالات النزاع، بواسطة:

(أ) توفير قواعد إلزامية تتعلق بحقوق الطرف حائز الموجودات المرهونة والتزاماته؛

(ب) توفير قواعد غير إلزامية تتعلق بحقوق الطرفين والتزاماتهما تسري في الحالات التي لا يكون فيها الطرفان قد تطرّقا إلى تلك المسائل في اتفاقهما؛

(ج) توفير قواعد غير إلزامية لتكون بمثابة مُعين على الصياغة أو بمثابة قائمة مرجعية بالمسائل التي قد يود الطرفان تناولها في اتفاقهما.

ألف- توصيات عامة

حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما[٣٢]

١١٠- ينبغي أن ينص القانون على أنّ الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين في الاتفاق الضماني تتقرّر بما يلي:

(أ) الشروط والأحكام التي يتضمّنها ذلك الاتفاق، بما في ذلك أي قواعد أو شروط عامة مشار إليها فيه؛

(ب) أي عرف اتفقا على اتباعه؛

(ج) أي ممارسات أرسياها فيما بينهما، ما لم يتفقا على خلاف ذلك.

القواعد الإلزامية

١١١- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على الطرف حائز الموجود المرهون أن يتخذ خطوات معقولة للمحافظة على هذا الموجود وعلى قيمته.

١١٢- يجب على الدائن المضمون أن يرد الموجود المرهون الذي يكون بحوزته إذا كان الحق الضماني، بعد إنهاء جميع الالتزامات بتقديم قروض ائتمانية، قد استوفي بالسداد التام أو بطريقة أخرى.[٣٣]

القواعد غير الإلزامية

١١٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه ما لم يُتفق على خلاف ذلك، يكون للدائن المضمون الحق فيما يلي:

(أ) استرداد النفقات المعقولة التي تكبّدها للحفاظ على الموجودات المرهونة التي تكون في حوزته؛

---

[٣٢] بخصوص التوصية ١١٠، انظر المادة ١١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

[٣٣] بخصوص واجب الدائن المضمون بإلغاء الإشعار المسجّل، انظر التوصية ٧٢، الفصل الرابع بشأن نظام السجل.

(ب) استخدام الموجودات المرهونة التي تكون في حوزته استخداما معقولا واستعمال الإيرادات المتأتية منها في سداد الالتزام المضمون؛

(ج) تفقّد الموجودات المرهونة التي تكون في حوزة المانح.

باء- توصيات تخص موجودات معينة

إقرارات المحيل[٣٤]

١١٤- فيما يتعلق بإحالة مستحق تعاقدي، ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، يُقرّ المحيل وقت إبرام عقد الإحالة بما يلي:

'١' أنّ للمحيل الحق في إحالة المستحق؛

'٢' أنّ المحيل لم يسبق له أن أحال المستحق إلى محال إليه آخر؛

'٣' أنه ليس للمدين بالمستحق، ولن تكون له، أي دفوع أو حقوق مقاصة؛

(ب) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، لا يقرّ المحيل بأنّ لدى المدين بالمستحق، أو ستكون لديه، القدرة المالية على السداد.

الحق في إشعار المدين بالمستحق

١١٥- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، يجوز للمحيل أو للمحال إليه أو لكليهما أن يرسل إلى المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة وتعليمة سداد، أما بعد إرسال ذلك الإشعار فلا يجوز لأحد غير المحال إليه أن يرسل تلك التعليمة؛

(ب) الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد المرسلان على نحو يخل بأي اتفاق مُشار إليه في الفقرة الفرعية *(أ)* من هذه التوصية لا يكونان، لأغراض التوصية ١٢٠ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، فاقدي المفعول بسبب ذلك الإخلال. غير أنه ليس في هذه التوصية ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على الطرف المخل بذلك الاتفاق بخصوص ما يترتب على ذلك الإخلال من أضرار.

الحق في السداد

١١٦- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) بين المحيل والمحال إليه، ما لم يُتفق على خلاف ذلك وسواء أُرسل إشعار بالإحالة أولم يُرسل:

'١' إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى المحال إليه، كان للمحال إليه الحق في أن يحتفظ بالعائدات والموجودات الملموسة المعادة فيما يتعلق بالمستحق المحال؛

[٣٤] بخصوص التوصيات ١١٤-١١٦، انظر المواد ١٢-١٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

'٢' إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى المحيل، كان للمحال إليه الحق في تقاضي العائدات وكذلك في الموجودات الملموسة المعادة إلى المحيل فيما يتعلق بالمستحق المحال؛

'٣' إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى شخص آخر للمحال إليه أولوية عليه، كان للمحال إليه الحق في تقاضي العائدات وكذلك في الموجودات الملموسة المعادة إلى ذلك الشخص فيما يتعلق بالمستحق المحال؛

(ب) لا يجوز للمحال إليه أن يحتفظ بأكثر من قيمة حقه في المستحق.

سابعا- حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بحقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها هو تعزيز كفاءة المعاملات المضمونة، عندما تكون الموجودات المرهونة التزاما بالسداد أو واجبا آخر يستحق على طرف ثالث الوفاء به لصالح المانح، من خلال ما يلي:

(أ) توفير قواعد تتعلق بحقوق الأطراف والتزاماتها في إحالة أي مستحق وحماية المدين بذلك المستحق؛

(ب) توفير قواعد لضمان اتساق قانون المعاملات المضمونة مع القوانين الأخرى المتعلقة بالحقوق والالتزامات الناشئة بموجب الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول؛

(ج) توفير قواعد لضمان اتساق نظام المعاملات المضمونة مع القوانين الأخرى التي تحكم حقوق والتزامات المصارف الوديعة، وحقوق والتزامات كفيل/مُصدر التعهّد المستقل أو المُثبِّت له أو الشخص المسمى فيه.

ألف- حقوق المدين بالمستحق والتزاماته[٣٥]

حماية المدين بالمستحق

١١٧- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك، لا تؤثر الإحالة على حقوق المدين بالمستحق والتزاماته، بما فيها شروط السداد الواردة في العقد الأصلي، بدون موافقة المدين بالمستحق؛

(ب) يجوز في تعليمة السداد تغيير الشخص أو العنوان أو الحساب المطلوب من المدين بالمستحق أن يسدّد إليه، ولكن لا يجوز أن تُغيَّر فيها:

'١' عملة السداد المحدّدة في العقد الأصلي؛ أو

'٢' الدولة المحددة في العقد الأصلي لإجراء السداد فيها إلى دولة غير الدولة التي يقع فيها مقر المدين بالمستحق.

[٣٥] بخصوص التوصيات ١١٧-١٢٣، انظر المواد ١٥-٢١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

الإشعار بالإحالة

١١٨- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يصبح الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد نافذي المفعول عندما يتسلمهما المدين بالمستحق، إذا كانا موجّهين بلغة يتوقّع منها على نحو معقول أن تُعلِم المدين بالمستحق بمحتواهما. ويكفي أن يُوجَّه الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد بلغة العقد الأصلي؛

(ب) يجوز أن يتعلق الإشعار بالإحالة أو أن تتعلق تعليمة السداد بمستحقات تنشأ بعد الإشعار؛

(ج) يشكّل الإشعار بإحالة لاحقة إشعارا بجميع الإحالات السابقة.

إبراء ذمة المدين بالمستحق بالسداد

١١٩- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يحق للمدين بالمستحق، إلى حين تسلّمه إشعارا بالإحالة، أن تُبرأ ذمته بالسداد وفقا للعقد الأصلي؛

(ب) بعد تسلّم المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة، ورهنا بأحكام الفقرات الفرعية من *(ج)* إلى *(ح)* من هذه التوصية، لا تُبرأ ذمته إلا بالسداد إلى المحال إليه، أو بالسداد وفقا لأي تعليمة مغايرة ترد في إشعار الإحالة أو تصدر لاحقا عن المحال إليه ويتسلمها المدين بالمستحق كتابةً؛

(ج) إذا تسلّم المدين بالمستحق أكثر من تعليمة سداد تتعلق بإحالة واحدة للمستحق ذاته صادرة عن المحيل ذاته، أُبرئت ذمته بالسداد وفقا لآخر تعليمة سداد يتسلمها من المُحال إليه قبل السداد؛

(د) إذا تسلّم المدين بالمستحق إشعارا بأكثر من إحالة واحدة للمستحق ذاته صادرة عن المحيل ذاته، أُبرئت ذمته بالسداد وفقا لأول إشعار يتسلمه؛

(هـ) إذا تسلّم المدين بالمستحق إشعارا يتعلق بإحالة لاحقة واحدة أو أكثر، أُبرئت ذمته بالسداد وفقا للإشعار المتعلق بآخر تلك الإحالات اللاحقة؛

(و) إذا تسلّم المدين بالمستحق إشعارا بإحالة جزء من مستحق واحد أو أكثر أو بإحالة مصلحة غير مجزأة في مستحق واحد أو أكثر، أُبرئت ذمته بالسداد وفقا للإشعار أو وفقا لهذه التوصية وكأنه لم يتسلّم الإشعار. وإذا قام المدين بالمستحق بالسداد وفقا للإشعار، فلا تبرأ ذمته إلا بمقدار ما سَدّده من ذلك الجزء أو تلك المصلحة غير المجزأة؛

(ز) إذا تسلّم المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة من المحال إليه، حق له أن يطلب من المحال إليه أن يقدّم، في غضون فترة زمنية معقولة، دليلا كافيا يثبت تنفيذ الإحالة من المحيل الأول إلى المحال إليه الأول وأي إحالة وسيطة، وما لم يفعل المحال إليه ذلك، تُبرأ ذمة المدين بالمستحق بالسداد وفقا لهذه

التوصية وكأنه لم يتسلّم الإشعار من المحال إليه. والدليل الكافي على الإحالة يشمل، على سبيل المثال لا الحصر، أي كتابة صادرة عن المحيل تُبيّن أنّ الإحالة قد تمّت؛

(ح) لا تمس هذه التوصية بأي سبب آخر يسوِّغ إبراء ذمة المدين بالمستحق بالسداد إلى الشخص الذي يستحق السداد أو إلى هيئة مختصة قضائية أو هيئة مختصة أخرى أو إلى صندوق إيداع عمومي.

دفوع المدين بالمستحق وحقوقه في المقاصة

١٢٠- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) عندما يطالب المحال إليه المدين بالمستحق بسداد المستحق المحال، يجوز للمدين بالمستحق أن يثير تجاه المحال إليه كل ما ينشأ عن العقد الأصلي، أو أي عقد آخر كان يشكل جزءا من المعاملة ذاتها، من دفوع وحقوق مقاصة يمكن للمدين بالمستحق أن يثيرها وكأن تلك الإحالة لم تُجر وكانت تلك المطالبة صادرة عن المحيل؛

(ب) يجوز للمدين بالمستحق أن يثير تجاه المحال إليه أي حق مقاصة آخر، شريطة أن يكون ذلك الحق متاحا للمدين بالمستحق وقت تسلّمه الإشعار بالإحالة؛

(ج) على الرغم من أحكام الفقرتين الفرعيتين *(أ)* و*(ب)* من هذه التوصية، لا يكون متاحا للمدين بالمستحق تجاه المحال إليه أي من الدفوع وحقوق المقاصة التي يجوز للمدين بالمستحق أن يثيرها تجاه المحيل وفقا للفقرة الفرعية *(ب)* من التوصية ٢٤ أو الفقرة الفرعية *(هـ)* من التوصية ٢٥ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني)، بحجة الإخلال بأي اتفاق يقيّد بأي شكل من الأشكال حق المحيل في إجراء الإحالة.

الاتفاق على عدم إثارة دفوع أو حقوق في المقاصة

١٢١- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يجوز للمدين بالمستحق أن يتفق مع المحيل، بكتابة موقَّعة من المدين بالمستحق، على ألا يثير تجاه المحال إليه الدفوع وحقوق المقاصة التي يمكنه أن يثيرها عملا بأحكام التوصية ١٢٠. ويمنع ذلك الاتفاق المدين بالمستحق من إثارة تلك الدفوع وحقوق المقاصة تجاه المحال إليه؛

(ب) لا يجوز للمدين بالمستحق أن يتنازل عن الدفوع:

'١' الناشئة عن أفعال احتيالية صادرة عن المحال إليه؛ أو

'٢' المستندة إلى عدم أهلية المدين بالمستحق؛

(ج) لا يجوز تعديل ذلك الاتفاق إلا باتفاق مكتوب يوقّع عليه المدين بالمستحق. وتحدّد الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ١٢٢ مفعول ذلك التعديل تجاه المحال إليه.

تعديل العقد الأصلي

١٢٢- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أي اتفاق يُبرم بين المحيل والمدين بالمستحق، قبل الإشعار بالإحالة، ويمس حقوق المحال إليه يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه ويُكسِب المحال إليه حقوقا مقابلة؛

(ب) أي اتفاق يُبرم بين المحيل والمدين بالمستحق، بعد الإشعار بالإحالة، ويمس حقوق المحال إليه لا يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه إلا:

'١' إذا قبل به المحال إليه؛ أو

'٢' إذا لم يكن المستحق بكامله قد اكتُسب بالتنفيذ، وكان التعديل منصوصا عليه في العقد الأصلي أو كان من شأن أي محال إليه متعقِّل، في سياق العقد الأصلي، أن يقبل التعديل؛

(ج) لا تمس الفقرتان الفرعيتان *(أ)* و*(ب)* من هذه التوصية بأي حق للمحيل أو للمحال إليه ناشئ عن الإخلال باتفاق مبرم بينهما.

استرداد المبالغ المسدّدة

١٢٣- ينبغي أن ينص القانون على أن تقصير المحيل في تنفيذ العقد الأصلي لا يعطي المدين بالمستحق الحق في أن يسترد من المحال إليه أي مبلغ يكون قد سدّده المدين بالمستحق إلى المحيل أو المحال إليه.

باء- حقوق المدين بمقتضى صك قابل للتداول والتزاماته

١٢٤- ينبغي أن ينص القانون على أن حقوق الدائن المضمون بمقتضى صك قابل للتداول تخضع، تجاه شخص مدين بمقتضى ذلك الصك، للقانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول.

جيم- حقوق المصرف الوديع والتزاماته

١٢٥- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) لا يمس إنشاء حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي بحقوق المصرف الوديع والتزاماته بدون موافقته؛

(ب) لا ينال مما قد يكون للمصرف الوديع من حقوق في المقاصة بموجب قوانين أخرى أيُّ حق ضماني قد يكون لذلك المصرف في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي.

١٢٦- ينبغي أن ينص القانون على أنّ المصرف الوديع غير ملزَم بأن:

(أ) يسدّد لأي شخص غير الشخص الذي له سيطرة على الأموال المودعة في حساب مصرفي؛ أو

(ب) يستجيب لطلبات الحصول على معلومات عمّا إذا كان يوجد اتفاق سيطرة أو حق ضماني لصالحه هو وعمّا إذا كان المانح يحتفظ بحق التصرف في الأموال المودعة في الحساب؛ أو

(ج) يدخل في اتفاق سيطرة.

دال- حقوق والتزامات كفيل/مُصدر التعهّد المستقل أو المُثبِّت له أو الشخص المسمّى فيه

١٢٧- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يخضع حق الدائن المضمون في حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل لما يكفله القانون والممارسة اللذان يحكمان التعهّدات المستقلة من حقوق للكفيل/ المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمّى وأي مستفيد آخر مسمّى في التعهّد أو نُقل إليه الحق في السحب؛

(ب) لا تتأثر حقوق المنقول إليه تعهّد مستقل بالحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى ذلك التعهّد المستقل، المنشأ من قِبل الناقل أو من قِبل أي ناقل سابق؛

(ج) الحقوق المستقلة التي يتمتع بها كفيل/مُصدر التعهّد المستقل أو المُثبِّت له أو الشخص المسمى فيه أو من نُقل إليه التعهّد المستقل لا تتأثر سلبا بأي حقوق ضمانية قد تكون له في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهّد المستقل.

١٢٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمى ليس ملزما بالسداد لأي شخص غير المُثبِّت أو الشخص المسمّى أو المستفيد المسمّى أو الشخص المعترَف بنقل التعهّد المستقل إليه أو الشخص المعترَف بإحالة حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل إليه.

١٢٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا حصل الدائن المضمون على السيطرة بالإقرار بإحالة العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل إليه، كان من حقه إنفاذ هذا الإقرار تجاه الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمّى الذي صدر عنه هذا الإقرار.

هاء- حقوق مُصدر المستند القابل للتداول والتزاماته

١٣٠- ينبغي أن ينص القانون على أن حقوق الدائن المضمون بمقتضى مستند قابل للتداول تخضع، تجاه المُصدر أو أي شخص آخر مدين بمقتضى المستند القابل للتداول، للقانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول.

ثامنا- إنفاذ الحق الضماني

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بإنفاذ الحق الضماني هو النص على ما يلي:

(أ) توفير طرائق واضحة وبسيطة وناجعة لإنفاذ الحقوق الضمانية، بعد تقصير المدين؛

(ب) توفير طرائق تستهدف تعظيم المبلغ الصافي الذي يُجنى من الموجودات المرهونة، لصالح المانح أو المدين أو أي شخص آخر يتعيّن عليه سداد الالتزام المضمون، والدائن المضمون، والدائنين الآخرين الذين لهم حق في الموجودات المرهونة؛

(ج) توفير طرائق قضائية سريعة، وكذلك، رهنا بتوافر ضمانات مناسبة، طرائق غير قضائية، من أجل تمكين الدائن المضمون من ممارسة حقوقه.

ألف- توصيات عامة

المعيار العام للسلوك في سياق الإنفاذ

١٣١- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على أي شخص أن يتصرّف بنيّة حسنة وبطريقة معقولة تجاريا لدى إنفاذ حقوقه والوفاء بالتزاماته بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ.

حدود استقلالية الطرفين

١٣٢- ينبغي أن ينص القانون على أن المعيار العام للسلوك المنصوص عليه في التوصية ١٣١ لا يمكن التنازل عنه انفراديا أو تغييره بالاتفاق في أي وقت.

١٣٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصية ١٣٢، يجوز للمانح ولأي شخص آخر يتعين عليه سداد الالتزام المضمون أو الوفاء به بأي شكل آخر أن يتنازل انفراديا عن أي حق من حقوقه بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ أو أن يُغيّر تلك الحقوق بالاتفاق، ولكن لا يجوز له ذلك إلا بعد التقصير.

١٣٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصية ١٣٢، يجوز للدائن المضمون أن يتنازل انفراديا عن أي حق من حقوقه بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ أو أن يغير تلك الحقوق بالاتفاق.

١٣٥- ينبغي أن ينص القانون على أن تغيير الحقوق بالاتفاق لا يجوز أن يؤثِّر سلبا في حقوق أي شخص ليس طرفا فيه. ويتحمّل عبء الإثبات أي شخص يطعن في نفاذ ذلك الاتفاق بحجة أنه يتضارب مع التوصية ١٣٢ أو ١٣٣ أو ١٣٤.

المسؤولية

١٣٦- ينبغي أن ينص القانون على أن أي شخص لا يفي بالتزاماته بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ يكون مسؤولا عن دفع تعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم وفائه بتلك الالتزامات.

الانتصاف القضائي وغير القضائي في حال عدم الامتثال

١٣٧- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يحقّ للمدين أو المانح أو أي شخص آخر ذي مصلحة (كالدائن المضمون الذي تقل مرتبته في الأولويه عن مرتبة الأولوية التي يتمتع بها الدائن المضمون المنفِذ أو أي كفيل أو أي شريك في ملكية الموجودات المرهونة، على سبيل المثال) أن يقدّم في أي وقت إلى محكمة أو إلى سلطة أخرى طلبا للانتصاف من الدائن المضمون الذي لم يمتثل لالتزاماته بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ.

الإجراءات القضائية المعجّلة

١٣٨- ينبغي أن ينص القانون على إمكانية اتخاذ إجراءات قضائية معجّلة مراعاةً للحالات التي يتقدّم فيها الدائن المضمون أو المانح أو أي شخص آخر يستحق عليه الوفاء بالالتزام المضمون أو يدّعي أن له حقا في موجودات مرهونة، إلى محكمة أو أي سلطة أخرى بطلب يتعلق بممارسة الحقوق اللاحقة للتقصير.

حقوق المانح اللاحقة للتقصير

١٣٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحقّ للمانح، بعد التقصير، أن يمارس واحدا أو أكثر من الحقوق التالية:

(أ) سداد الالتزام المضمون سدادا كاملا والحصول على تحرير كل الموجودات المرهونة من الحق الضماني، وفقا لما تنص عليه التوصية ١٤٠؛

(ب) التقدّم إلى محكمة أو سلطة أخرى بطلب للانتصاف إذا كان الدائن المضمون لا يمتثل لالتزاماته بمقتضى أحكام هذا القانون، وفقا لما تنص عليه التوصية ١٣٧؛

(ج) عرض اقتراح على الدائن المضمون، أو رفض اقتراح الدائن المضمون، بأن يحصل الدائن المضمون على أحد الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون، وفقا لما تنص عليه التوصيتان ١٥٨ و١٥٩؛

(د) ممارسة أي حق آخر منصوص عليه في الاتفاق الضماني أو في أي قانون.

انتهاء الحق الضماني بعد الوفاء الكلي بالالتزام المضمون

١٤٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للمدين أو المانح أو أي شخص آخر ذي مصلحة (كالدائن المضمون الذي تقلّ أولوية حقه الضماني عن أولوية الحق الضماني الذي يتمتع به الدائن المضمون المنفِذ، أو أي كفيل، أو أي شريك في ملكية الموجودات المرهونة، على سبيل المثال) أن يفي بالالتزام المضمون وفاء كاملا، بما في ذلك سداد تكاليف الإنفاذ المتكبدة حتى تاريخ الوفاء الكامل. ويجوز ممارسة هذا الحق إلى حين تصرّف الدائن المضمون في الموجودات المرهونة أو احتيازه إياها أو تحصيله قيمتها أو إبرامه اتفاقا يخوله التصرّف فيها، أيّ هذه الأحداث جاء أولا. وإذا أُنهيت جميع التزامات تقديم قروض ائتمانية، ينتهي الحقُّ الضماني في جميع الموجودات المرهونة بالوفاء الكامل بالالتزام المضمون، رهنا بأية حقوق في الحلول لصالح الشخص الذي يفي بالالتزام المضمون.

حقوق الدائن المضمون اللاحقة للتقصير

١٤١- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، أن يمارس واحدا أو أكثر من الحقوق التالية فيما يتعلق بالموجودات المرهونة:

(أ) الحصول على حيازة الموجودات المرهونة الملموسة، وفقا لما تنص عليه التوصيتان ١٤٦ و١٤٧؛

(ب) بيع الموجودات المرهونة أو التصرّف فيها على نحو آخر أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها، وفقا لما تنص عليه التوصيتان ١٤٨-١٥٥؛

(ج) الاقتراح بأن يحتاز الدائن المضمون الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون، وفقا لما تنص عليه التوصيات ١٥٦-١٥٨؛

(د) إنفاذ حقه الضماني في ملحقات، على النحو المنصوص عليه في التوصيتين ١٦٥ و١٦٦؛

(هـ) تحصيل قيمة الحق الضماني في الموجودات المرهونة التي تكون في شكل مستحَق أو صك قابل للتداول أو حق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو حق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل أو إنفاذ ذلك الحق الضماني بطريقة أخرى، على النحو المنصوص عليه في التوصيات ١٦٧-١٧٦؛

(و) إنفاذ الحقوق بمقتضى مستند قابل للتداول، على النحو المنصوص عليه في التوصية ١٧٧؛

(ز) ممارسة أي حق آخر منصوص عليه في الاتفاق الضماني (باستثناء ما يتعارض مع أحكام هذا القانون) أو في أي قانون آخر.

الطرائق القضائية وغير القضائية لممارسة الحقوق اللاحقة للتقصير

١٤٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون أن يمارس، بعد التقصير، حقوقه المنصوص عليها في التوصية ١٤١ إما بتقديم طلب إلى محكمة أو سلطة أخرى وإما بدون تقديم طلب إلى محكمة أو سلطة أخرى. وتخضع ممارسة الدائن المضمون حقوقه خارج نطاق القضاء للمعيار العام للسلوك المنصوص عليه في التوصية ١٣١ وللشروط المنصوص عليها في التوصيات ١٤٧-١٥٥ فيما يتعلق بالحصول على حيازة موجود مرهون والتصرف فيه خارج نطاق القضاء.

الحقوق التراكمية اللاحقة للتقصير

١٤٣- ينبغي أن ينص القانون على أن ممارسة أحد الحقوق اللاحقة للتقصير لا تحول دون ممارسة حق آخر، ما لم تكن ممارسة أحد الحقوق قد جعلت من المستحيل ممارسة حق آخر.

الحقوق اللاحقة للتقصير فيما يتعلق بالالتزام المضمون

١٤٤- ينبغي أن ينص القانون على أن ممارسة حق لاحق للتقصير فيما يتعلق بموجودات مرهونة لا تحول دون ممارسة حق لاحق للتقصير فيما يتعلق بالالتزام المضمون بتلك الموجودات، والعكس بالعكس.

حق *الدائن المضمون ذي المرتبة الأعلى في تولي الإنفاذ*

١٤٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون الذي تفوق أولوية حقه الضماني أولوية الحق الضماني الذي يتمتع به الدائن المضمون المنفِذ أو الدائن بحكم القضاء المنفِذ، عندما يكون الدائن المضمون قد بدأ الإنفاذ باتخاذه أيا من الإجراءات المبيّنة في الأحكام المتعلقة بالإنفاذ أو يكون الدائن بحكم القضاء قد اتخذ الخطوات المشار إليها في التوصية ٨٤ (الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني)، أن يتولى عملية الإنفاذ في أيّ وقت قبل التصرّف في الموجودات المرهونة أو احتيازها أو تحصيل قيمتها أو إبرام الدائن المضمون المنفذ اتفاقا يخوّله التصرّف فيها، أي هذه الأحداث جاء أولا. ويشمل الحق في عملية الإنفاذ الحق في الإنفاذ بأي طريقة متاحة بمقتضى توصيات هذا الفصل.

حق *الدائن المضمون في احتياز الموجودات المرهونة*

١٤٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، احتياز الموجودات الملموسة المرهونة .

الحصول خارج نطاق القضاء على حيازة الموجودات المرهونة

١٤٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه لا يحق للدائن المضمون أن يختار الحصول على حيازة موجودات ملموسة مرهونة دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى إلا إذا:

(أ) وافق المانح في الاتفاق الضماني على أن يحصل الدائن المضمون على الحيازة دون أن يلجأ إلى محكمة أو سلطة أخرى؛

(ب) وجّه الدائن المضمون إلى المانح وأي شخص حائز للموجودات المرهونة إشعارا بالتقصير وباعتزام الدائن المضمون أن يحصل على الحيازة دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى؛

(ج) لم يعترض المانح أو أي شخص حائز للموجودات المرهونة وقت سعي الدائن المضمون إلى الحصول على حيازتها.

التصرف خارج نطاق القضاء في الموجودات المرهونة

١٤٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، أن يبيع الموجودات المرهونة أو يتصرّف فيها على نحو آخر أو يؤجّرها أو يرخّص باستخدامها، بقدر حقوق المانح في هذه الموجودات، دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى. ورهنا بمعيار السلوك المنصوص عليه في التوصية ١٣١، يجوز للدائن المضمون الذي يختار ممارسة هذا الحق أن يختار طريقة التصرّف أو الإيجار أو الترخيص وأسلوبه وتوقيته ومكانه وسائر جوانبه.

الإشعار المسبق بالتصرّف في الموجودات المرهونة خارج نطاق القضاء

١٤٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على الدائن المضمون، بعد التقصير، أن يوجّه إشعارا باعتزامه بيع الموجودات المرهونة أو التصرّف فيها على نحو آخر أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها دون تقديم طلب إلى محكمة أو سلطة أخرى. ولا يلزم توجيه الإشعار إذا كانت الموجودات المرهونة قابلة للتلف، أو قد تتدنى قيمتها سريعا، أو كانت من نوع يُباع في سوق معترف بها.

١٥٠- ينبغي أن ينص القانون على قواعد تكفل أن يكون بالوسع توجيه الإشعار المشار إليه في التوصية ١٤٩ بطريقة ناجعة وموثوقة ومناسبة التوقيت، بغية حماية المانح أو الأطراف الأخرى ذات المصلحة، وفي الوقت نفسه تجنّب أن يكون هناك أثر سلبي على سبل انتصاف الدائن المضمون وصافي القيمة التسييليّة المحتملة للموجودات المرهونة.

١٥١- فيما يتعلق بالإشعار المشار إليه في التوصية ١٤٩، ينبغي:

(أ) أن ينص القانون على وجوب توجيه إشعار إلى كل من:

'١' المانح والمدين وأي شخص آخر يتعين عليه الوفاء بالالتزام المضمون؛

'٢' أي شخص له حقوق في الموجودات المرهونة يبلغ الدائنَ المضمون بتلك الحقوق كتابة قبل أكثر من [يحدّد عدد من الأيام] من إرسال الدائن المضمون الإشعار إلى المانح؛

'٣' أي دائن مضمون آخر قام، قبل أكثر من [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام من إرسال الإشعار إلى المانح، بتسجيل إشعار فيما يتعلق بحق ضماني في الموجودات المرهونة، مفهرس تحت مُحدِّد هوية المانح؛

'٤' أي دائن مضمون آخر كان حائزا للموجودات المرهونة في الوقت الذي احتاز فيه الدائن المضمون المنفِذ هذه الموجودات؛

(ب) أن يبيّن القانون الطريقة التي يجب اتباعها في توجيه الإشعار وتوقيته والحد الأدنى لمحتوياته، بما في ذلك ما إذا كان يجب أن يتضمّن الإشعار بيانا محاسبيا بالمبلغ المستحق حينئذ وإشارة إلى حق المدين أو المانح في الحصول على تحرير الموجودات المرهونة من الحق الضماني على النحو المنصوص عليه في التوصية ١٤٠؛

(ج) أن ينص القانون على أن يكون الإشعار محررا بلغة يُتوقع على نحو معقول أن تُعلِم متلقّيه بمحتوياته. ويكفي أن يكون الإشعار الموجّه إلى المانح محررا بلغة الاتفاق الضماني الجاري إنفاذه.

توزيع عائدات التصرّف في الموجودات المرهونة

١٥٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على الدائن المضمون المنفِذ، في حالة التصرّف في الموجودات المرهونة خارج نطاق القضاء، أن يستخدم صافي العائدات المتأتية من هذا الإنفاذ (بعد خصم تكاليفه) في استيفاء الالتزام المضمون. وباستثناء ما هو منصوص عليه في التوصية ١٥٣، يجب على الدائن المضمون المنفِذ أن يدفع أي فائض يتبقى بعد ذلك الاستخدام إلى أي مطالب منافس ذي أولوية أدنى كان قد وَجَّه إلى الدائن المضمون المنفِذ، قبل أي توزيع للفائض، إشعارا بمطالبته، في حدود مبلغ تلك المطالبة. ويجب أن يُرَدّ إلى المانح أي رصيد يتبقى بعد ذلك.

١٥٣- ينبغي أن ينص القانون أيضا على أنه، في حالة التصرّف في موجودات مرهونة خارج نطاق القضاء، وسواء أكان أم لم يكن هناك نزاع بشأن حق أي مطالب منافس أو بشأن أولوية السداد، يجوز للدائن المضمون المنفِذ، وفقا للقواعد الإجرائية المنطبقة عموما، أن يدفع الفائض إلى سلطة قضائية مختصة أو سلطة مختصة أخرى أو إلى صندوق إيداع عمومي لتوزيعه. وينبغي أن يوزَّع الفائض وفقا لأحكام هذا القانون المتعلقة بالأولوية.

١٥٤- ينبغي أن ينص القانون على أن توزيع العائدات الناشئة عن تصرّف قضائي أو عن عملية إنفاذ أخرى مُدارة رسميا يتعيّن أن يجري عملا بالقواعد العامة التي تحكم إجراءات التنفيذ في الدولة ، ولكن وفق أحكام هذا القانون المتعلقة بالأولوية.

١٥٥- ينبغي أن ينص القانون على أن يظل المدين وأي شخص آخر يستحق عليه سداد الالتزام المضمون مسؤولا عن أي نقص يتعين سداده بعد استخدام صافي عائدات الإنفاذ في استيفاء الالتزام المضمون.

احتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون

١٥٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون، بعد التقصير، أن يقترح كتابة أن يحتاز واحدا أو أكثر من الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون.

١٥٧- فيما يتعلق بالاقتراح المشار إليه في التوصية ١٥٦، ينبغي:

(أ) أن ينص القانون على أن الاقتراح يجب أن يرسَل إلى كل من:

'١' المانح والمدين وأي شخص آخر يتعين عليه سداد الالتزام المضمون أو الوفاء به على نحو آخر (كالكفيل مثلا)؛

'٢' أي شخص له حقوق في الموجودات المرهونة قام، قبل أكثر من [يُحدّد عدد من الأيام] من إرسال الدائن المضمون اقتراحه إلى المانح، بإبلاغ الدائن المضمون كتابة بتلك الحقوق؛

'٣' أي دائن مضمون آخر قام، قبل أكثر من [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام من إرسال الاقتراح إلى المانح، بتسجيل إشعار بشأن حق ضماني في الموجودات المرهونة، مفهرس تحت مُحدِّد هوية المانح؛

'٤' أي دائن مضمون آخر كان حائزا للموجودات المرهونة وقت احتياز الدائن المضمون لها؛

(ب) أن ينص القانون على أن الاقتراح يجب أن يحدِّد المبلغ المستحق حتى تاريخ إرسال الاقتراح ومبلغ الالتزام المقترح استيفاؤه باحتياز الموجودات المرهونة.

١٥٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون أن يحتاز الموجودات المرهونة، وفقا لما تنص عليه التوصية ١٥٦، ما لم يتلقّ اعتراضا كتابيا من أي شخص يحق له تسلُّم اقتراح بموجب التوصية ١٥٧ في غضون [مدة زمنية قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام، بعد إرسال الاقتراح. وفي حالة الاقتراح باحتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الجزئي بالالتزام المضمون، تلزم موافقة إيجابية من كل شخص وُجِّه إليه الاقتراح.

١٥٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للمانح أن يقدّم اقتراحا مثل الاقتراح المشار إليه في التوصية ١٥٦، وإذا قبِله الدائن المضمون وجب عليه التصرّف وفقا لما تنص عليه التوصيتان ١٥٧ و١٥٨.

الحقوق المكتسبة من خلال تصرّف قضائي

١٦٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا تصرّف الدائن المضمون في الموجودات المرهونة من خلال إجراء قضائي أو إجراء إداري رسمي آخر، حُدِّدت الحقوق التي يكتسبها المنقول إليه بمقتضى القواعد العامة التي تحكم إجراءات التنفيذ لدى الدولة.

الحقوق المكتسبة من خلال تصرّف خارج نطاق القضاء

١٦١- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا باع الدائن المضمون الموجودات المرهونة أو تصرف فيها على نحو آخر دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى، وفقا للقانون، فإن أي شخص يحصل على حق المانح في الموجودات يأخذ الموجودات رهنا بالحقوق التي لها أولوية على الحق الضماني الذي يمتلكه الدائن المضمون المنفِذ، ولكن خالية من حقوق الدائن المضمون المنفِذ وأي مطالِب منافس تكون لحقه أولوية أدنى من أولوية حق الدائن المضمون المنفِذ. وتنطبق القاعدة ذاتها على الحقوق في الموجودات المرهونة التي يكتسبها الدائن المضمون الذي احتاز هذه الموجودات على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون.

١٦٢- ينبغي أن ينصّ القانون على أنه، إذا أجّر الدائن المضمون الموجودات المرهونة أو رخَّص باستخدامها دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى، وفقا لهذا القانون، حَقَّ للمستأجر أو المرخَّص له أن يستفيد من الإيجار أو الترخيص خلال فترة الإيجار أو الترخيص، باستثناء الحقوق التي لها أولوية على الحق الذي يمتلكه الدائن المضمون المنفِذ.

١٦٣- ينبغي أن ينصّ القانون على أنه، إذا قام الدائن المضمون، على نحو لا يتفق مع التوصيات الواردة في هذا الفصل، ببيع الموجودات المرهونة أو التصرّف فيها على نحو آخر أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها، فإن محتاز الموجودات المرهونة أو مستأجرها أو المرخَّص له باستخدامها الحسنَ النية يحصل على الحقوق أو المزايا المبيّنة في التوصيتين ١٦١ و١٦٢.

التداخل بين نظم الإنفاذ الخاصة بالممتلكات المنقولة وغير المنقولة

١٦٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يجوز للدائن المضمون أن يختار إنفاذ الحق الضماني في ملحقات الممتلكات غير المنقولة وفقا للتوصيات الواردة في هذا الفصل أو للقانون الذي يحكم إنفاذ الرهون على الممتلكات غير المنقولة؛

(ب) إذا كان الالتزام مضمونا بموجودات منقولة وبممتلكات غير منقولة تخص المانح، جاز للدائن المضمون أن يختار إنفاذ:

'١' الحق الضماني في الموجودات المنقولة بمقتضى أحكام إنفاذ الحق الضماني في الموجودات المنقولة والرهن على الممتلكات غير المنقولة بمقتضى القانون الذي يحكم إنفاذ الرهون على الممتلكات غير المنقولة؛ أو

'٢' كلا الحقين بمقتضى القانون الذي يحكم إنفاذ الرهون على الممتلكات غير المنقولة.

إنفاذ الحق الضماني في الملحقات

١٦٥- ينبغي أن ينص القانون على أن الدائن المضمون الذي له حق ضماني في ملحق بممتلكات غير منقولة لا يحق له أن ينفِذ حقه الضماني إلا إذا كانت له أولوية على حقوق منافسة في الممتلكات غير المنقولة. ويحق للدائن الذي له حق منافس في الممتلكات غير المنقولة ولكن له أولوية أدنى مرتبة أن يسدّد كامل مبلغ الالتزام المكفول بالحق الضماني للدائن المضمون المنفذ في الملحق. ويكون الدائن المضمون المنفذ مسؤولا عن أي ضرر يلحق بالممتلكات غير المنقولة جراء عملية الإزالة، عدا ما يطرأ على تلك الممتلكات من نقص في القيمة لسبب وحيد يعزى إلى زوال الملحق.

١٦٦- ينبغي أن ينص القانون على أن الدائن المضمون الذي له حق ضماني في ملحق بموجودات منقولة يحق له أن ينفذ حقه الضماني في ذلك الملحق. ويحق للدائن الذي له أولوية أعلى مرتبة أن يتولى السيطرة على عملية الإنفاذ، وفقا لما تنص عليه التوصية ١٤٥. ويحق للدائن الذي له أولوية أدنى مرتبة أن يسدّد كامل مبلغ الالتزام المكفول بالحق الضماني الذي يمتلكه الدائن المضمون المنفذ في الملحق. ويكون الدائن المضمون المنفذ مسؤولا عن أي ضرر يلحق بالموجودات المنقولة جراء عملية الإزالة، عدا ما يطرأ عليها من نقص في القيمة لسبب وحيد يعزى إلى زوال الملحق.

باء- توصيات تخص موجودات معينة

انطباق الفصل المتعلق بالإنفاذ على النقل التام للمستحق

١٦٧- ينبغي أن ينص القانون على أنّ التوصيات الواردة في هذا الفصل لا تنطبق على تحصيل مستحق يحال بواسطة نقل تام أو على إنفاذه على نحو آخر، باستثناء:

(أ) التوصيتين ١٣١ و١٣٢ في حالة النقل التام مع الحق في الرجوع؛

(ب) التوصيتين ١٦٨ و١٦٩.

إنفاذ الحق الضماني في المستحقات

١٦٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه في حالة المستحق المحال بنقل تام، يحق للمحال إليه، رهنا بالتوصيات ١١٧-١٢٣ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، أن يُحَصِّل المستحق أو ينفذه بطريقة أخرى. أما في حالة المستحق المحال بطريقة أخرى غير النقل التام، فيحق للمحال إليه، رهنا بالتوصيات ١١٧-١٢٣، أن يُحَصِّل المستحق أو ينفذه بطريقة أخرى بعد التقصير، أو قبله ولكن بموافقة المحيل.

١٦٩- ينبغي أن ينص القانون على أنّ حق المحال إليه في تحصيل مستحق أو إنفاذه بطريقة أخرى يتضمّن الحق في أن يحصِّل أو أن ينفذ بأي طريقة أخرى أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن تسديد ذلك المستحق.

إنفاذ الحق الضماني في الصك القابل للتداول

١٧٠- ينبغي أن ينص القانون على أن للدائن المضمون الحق بعد التقصير، أو قبل التقصير ولكن بموافقة المانح، ورهنا بالتوصية ١٢٤ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، في أن يحصّل الصك القابل للتداول الذي هو الموجود المرهون أو يُنفذه بطريقة أخرى تجاه الشخص المدين بمقتضى ذلك الصك.

١٧١- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الدائن المضمون في تحصيل صك قابل للتداول أو إنفاذه بطريقة أخرى يشمل الحق في أن يحصِّل أو أن ينفذ بطريقة أخرى أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد ذلك الصك القابل للتداول.

توزيع عائدات التصرّف عندما يكون الموجود المرهون مستحقا أو صكا قابلا للتداول أو مطالبة أخرى

١٧٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على الدائن المضمون المنفذ، في حالة تحصيل مستحق أو صك قابل للتداول أو إنفاذه بطريقة أخرى، أو إنفاذ مطالبة، أن يستخدمَ صافي العائدات المتأتية من هذا الإنفاذ (بعد خصم تكاليفه) في استيفاء الالتزام المضمون. ويجب على الدائن المضمون المنفذ أن يدفع أي فائض يتبقى بعد ذلك الاستخدام إلى أي مطالب منافس ذي أولوية أدنى كان قد وَجَّهَ إلى الدائن المضمون، قبل أي توزيع للفائض، إشعارا بمطالبته، وذلك بمقدار تلك المطالبة. ويجب أن يُرَدّ إلى المانح أي رصيد يتبقى بعد ذلك.

إنفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

١٧٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون الذي له حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي أن يقوم، بعد التقصير، أو قبل التقصير ولكن بموافقة المانح، ورهنا بالتوصيتين ١٢٥ و١٢٦ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، بتحصيل تلك الأموال أو بإنفاذ حقه في تقاضيها بطريقة أخرى.

١٧٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون الذي يتولى السيطرة، رهنا بالتوصيتين ١٢٥ و١٢٦ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، أن يُنفذ حقه الضماني دون الحاجة إلى اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى.

١٧٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصيتين ١٢٥ و١٢٦ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، لا يحق للدائن المضمون الذي لا يتولى السيطرة أن يحصّل قيمة الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو يُنفذ هذا الحق بطريقة أخرى تجاه المصرف الوديع إلا بأمر من المحكمة، ما لم يوافق المصرف الوديع على خلاف ذلك.

إنفاذ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل

١٧٦- ينبغي أن ينص القانون على أنّه يحق للدائن المضمون الذي له حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل، بعد التقصير، أو قبله ولكن بموافقة المانح، ورهنا بالتوصيات ١٢٧-١٢٩ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، أن يحصِّل العائدات المتأتية بمقتضى ذلك التعهّد المستقل أو أن يُنفذ حقه في حق تقاضيها بطريقة أخرى.

إنفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول

١٧٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، أو قبله ولكن بموافقة المانح، ورهنا بالتوصية ١٣٠ (الفصل السابع بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، أن ينفذ أي حق ضماني في مستند قابل للتداول أو موجودات ملموسة مشمولة بذلك المستند.

تاسعا- تمويل الاحتياز

الخيار ألف: النهج الوحدوي*

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بالحقوق الضمانية الاحتيازية هو:

(أ) لاعتراف بأهمية تمويل الاحتياز بصفته مصدر ائتمان ميسور، وتسهيل استخدامه، وخصوصا من أجل المنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة؛

* يجوز للدولة أن تعتمد الخيار ألف (النهج الوحدوي)، أيّ التوصيات ١٧٨-١٨٦، أو الخيار باء (النهج غير الوحدوي)، أيّ التوصيات ١٨٧-٢٠٢. والتوصيات الواردة في الفصول الأخرى تنطبق عموما على تمويل الاحتياز ما لم تكن معدّلة بتوصيات هذا الفصل.

(ب) كفالة معاملة جميع مموّلي الاحتياز معاملة متساوية؛

(ج) تيسير المعاملات المضمونة عموما بتحقيق الشفافية فيما يتعلق بتمويل الاحتياز.

معادلة الحق الضماني الاحتيازي بالحق الضماني

١٧٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الاحتيازي هو حق ضماني. وبالتالي فإن جميع التوصيات التي تحكم الحقوق الضمانية، بما فيها التوصيات المتعلقة بإنشاء الحق الضماني، ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة (باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٧٩)، وتسجيله وإنفاذه والقانون المنطبق عليه، تنطبق على الحقوق الضمانية الاحتيازية. كما تنطبق عليها التوصيات المتعلقة بالأولوية (باستثناء ما تنص عليه التوصيات ١٨٠-١٨٥).

نفاذ الحق الضماني الاحتيازي في السلع الاستهلاكية تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

١٧٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الاحتيازي في السلع الاستهلاكية يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة حال إنشائه وتصبح له أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي المنافس الذي ينشئه المانح، باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٨١.

أولوية الحق الضماني الاحتيازي في الموجودات الملموسة

١٨٠- باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٨١، ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف*

(أ) للحق الضماني الاحتيازي في موجودات ملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي المنافس الذي أنشأه المانح (حتى وإن سُجّل إشعار بشأن ذلك الحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام قبل تسجيل إشعار بشأن الحق الضماني الاحتيازي)، شريطة:

'١' أن يكون الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي محتفظا بحيازة الموجودات؛ أو

'٢' أن يُسجَّل إشعار بشأن الحق الضماني الاحتيازي في سجل الحقوق الضمانية العام في موعد لا يتجاوز [تُحدّد مدة زمنية قصيرة تكون ٢٠ أو ٣٠ يوما مثلا] بعد حصول المانح على حيازة الموجودات؛

(ب) للحق الضماني الاحتيازي في المخزون أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي المنافس الذي أنشأه المانح (حتى وإن أصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن يصبح الحق الضماني الاحتيازي نافذا تجاه الأطراف الثالثة)، شريطة:

'١' أن يكون الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي محتفظا بحيازة المخزون؛ أو

* يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ١٨٠.

'٢' أن يكون قد حصل ما يلي قبل تسليم المخزون إلى المانح:

أ- سُجِّل إشعار بشأن الحق الضماني الاحتيازي في سجل الحقوق الضمانية العام؛

ب- وجّه الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي إلى الدائن المضمون بحق ضماني غير احتيازي سابق التسجيل أنشأه المانح في مخزون من النوع نفسه، إشعارا بأنه يمتلك أو يعتزم أن يمتلك حقا ضمانيا احتيازيا. وينبغي أن يتضمّن الإشعار وصفا كافيا للمخزون يمكّن الدائن المضمون بحق ضماني غير احتيازي من تبيُّن طبيعة المخزون الخاضع للحق الضماني الاحتيازي؛

(ج) يجوز أن يشمل الإشعار، المرسل عملا بالفقرة الفرعية *(ب)* '٢' ب- من هذه التوصية، الحقوق الضمانية الاحتيازية بموجب معاملات متعددة بين الأطراف ذاتها دونما حاجة إلى تحديد كل معاملة على حدة. ولكنّ هذا الإشعار ليس كافيا إلاّ فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة التي يحصل المانح على حيازتها في غضون مدة [تُحدَّد هذه المدة بخمس سنوات مثلا] بعد توجيه الإشعار.

البديل باء

للحق الضماني الاحتيازي في موجودات ملموسة غير السلع الاستهلاكية أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي المنافس الذي أنشأه المانح (حتى وإن سُجّل إشعار بذلك الحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام قبل تسجيل إشعار بالحق الضماني الاحتيازي)، شريطة:

(أ) أن يكون الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي محتفظا بحيازة الموجودات؛ أو

(ب) أن يُسجَّل إشعار يتعلق بالحق الضماني الاحتيازي في سجل الحقوق الضمانية العام في موعد لا يتجاوز [تُحدّد مدة زمنية قصيرة تكون ٢٠ أو ٣٠ يوما مثلا] بعد حصول المانح على حيازة الموجودات.

أولوية الحق الضماني المسجّل في سجِل متخصّص أو المؤشر بشأنه على شهادة الملكية

١٨١- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أولوية الحق الضماني الاحتيازي بمقتضى التوصية ١٧٩ أو ١٨٠ لا تتقدّم على أولوية الحق الضماني أو أي حق آخر مسجل في سجل متخصص أو مؤشر بشأنه على شهادة ملكية على النحو المنصوص عليه في التوصيتين ٧٧ و٧٨ (الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني).

الأولوية بين الحقوق الضمانية الاحتيازية المتنافسة

١٨٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الأولوية بين الحقوق الضمانية الاحتيازية المتنافسة تتحدد وفقا للقواعد العامة للأولوية المنطبقة على الحقوق الضمانية غير الاحتيازية إلا إذا كان أحد الحقوق الضمانية الاحتيازية حقا ضمانيا احتيازيا لمورِّد جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة في غضون المدة المحدّدة في التوصية ١٨٠، وفي تلك الحالة، تكون للحق الضماني الاحتيازي الذي يمتلكه المورّد أولوية على جميع الحقوق الضمانية الاحتيازية المنافسة.

أولوية الحق الضماني الاحتيازي على حق الدائن بحكم القضاء

١٨٣- ينبغي أن ينص القانون على أن يكون للحق الضماني الاحتيازي الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة في غضون المدة المحدّدة في التوصية ١٨٠ أولوية على حقوق الدائن غير المضمون التي تكون لها بخلاف ذلك الأولوية وفقا لما تنص عليه التوصية ٨٤ (الفصل الخامس بشأن أولوية الحق الضماني).

أولوية الحق الضماني الاحتيازي في ملحق بممتلكات غير منقولة على رهن سابق التسجيل على هذه الممتلكات غير المنقولة

١٨٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الاحتيازي في موجود ملموس يصبح ملحقا بممتلكات غير منقولة، تكون له أولوية على الحقوق القائمة للأطراف الثالثة في الممتلكات غير المنقولة (بخلاف الرهن الضامن لقرض يموِّل بناء تلك الممتلكات غير المنقولة)، شريطة تسجيل إشعار بذلك الحق الضماني الاحتيازي في سجل الممتلكات غير المنقولة في موعد لا يتجاوز [تُحدَّد مدة زمنية قصيرة تكون ٢٠ أو ٣٠ يوما مثلا] من الأيام بعد أن يصبح الموجود ملحقا.

أولوية الحق الضماني الاحتيازي في عائدات الموجودات الملموسة

١٨٥- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف*

(أ) للحق الضماني الاحتيازي في عائدات الموجودات الملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية نفس أولوية الحق الضماني الاحتيازي في تلك الموجودات؛

(ب) للحق الضماني في عائدات المخزون نفس أولوية الحق الضماني الاحتيازي في ذلك المخزون، ما لم تكن تلك العائدات في شكل مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو حقوق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل. لكنّ هذه الأولوية مشروطة بقيام الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي بإشعار الدائنين المضمونين بأنه سجَّل، قبل نشوء العائدات، إشعارا يتعلق بحق ضماني في موجودات من نفس نوع العائدات.

البديل باء

إذا كان الحق الضماني الاحتيازي في موجودات ملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة، كان للحق الضماني في العائدات أولوية الحق الضماني غير الاحتيازي.

معادلة الحق الضماني الاحتيازي بالحق الضماني في إجراءات الإعسار

١٨٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه، في حال إجراءات الإعسار المتعلقة بالمدين، تنطبق على الحقوق الضمانية الاحتيازية نفس الأحكام المنطبقة على الحقوق الضمانية.

---

* يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف من التوصية ١٨٥، إذا اعتمدت البديل ألف من التوصية ١٨٠، أو البديل باء من التوصية ١٨٥، إذا اعتمدت البديل باء من التوصية ١٨٠.

الخيار باء: النهج غير الوحدوي*

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بتمويل الاحتياز، بما فيها الحقوق الضمانية الاحتيازية وحقوق الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي هو:

(أ) الاعتراف بأهمية تمويل الاحتياز بصفته مصدر ائتمان ميسور، وتسهيل استخدامه، وخصوصا من أجل المنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة؛

(ب) كفالة معاملة جميع مموّلي الاحتياز معاملة متساوية؛

(ج) تيسير المعاملات المضمونة عموما بتحقيق الشفافية فيما يتعلق بتمويل الاحتياز.

طرائق تمويل الاحتياز

١٨٧- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) نظام الحقوق الضمانية الاحتيازية في سياق النهج غير الوحدوي مطابق للنظام المعتمد في سياق النهج الوحدوي؛

(ب) يجوز لكل الدائنين، المورّدين منهم والمقرضين، اكتساب حق ضماني احتيازي وفقا للنظام الذي يحكم الحقوق الضمانية الاحتيازية؛

(ج) تمويل الاحتياز القائم على حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي يجوز توفيره وفقا للتوصية ١٨٨؛

(د) يجوز للمقرض أن يستفيد من حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي عن طريق الإحالة أو الحلول.

معادلة حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي بالحق الضماني الاحتيازي

١٨٨- ينبغي أن ينص القانون على أن القواعد التي تحكم تمويل الاحتياز تحقّق نتائج اقتصادية متعادلة وظيفيا بغض النظر عما إذا كان حق الدائن هو حق احتفاظ بالملكية أو حق إيجار تمويلي أو حقا ضمانيا احتيازيا.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي

١٨٩- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة لا يكون نافذا ما لم يُعقد اتفاق البيع أو الإيجار أو يُثبت كتابة بحيث تبيّن الكتابة، مقترنة بمجرى التصرّفات بين الطرفين، نية البائع أو المؤجر الاحتفاظ بالملكية. ويجب أن تكون هذه الكتابة موجودة في وقت لا يتأخر عن وقت حصول المشتري أو المستأجر على حيازة الموجودات.

*يجوز للدولة أن تعتمد الخيار ألف (النهج الوحدوي)، أي التوصيات ١٧٨-١٨٦، أو الخيار باء (النهج غير الوحدوي)، أي التوصيات ١٨٧-٢٠٢.

حق المشتري أو المستأجر في إنشاء حق ضماني

١٩٠- ينبغي أن ينص القانون على أن من الجائز للمشتري أو المستأجر أن ينشئ حقا ضمانيا في موجودات ملموسة تكون موضوع حق احتفاظ بملكية أو حق إيجار تمويلي. وأكبر مبلغ يمكن تسييله في إطار هذا الحق الضماني هو قيمة الموجود الزائدة عن المبلغ المستحق للبائع أو المؤجر التمويلي.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في السلع الاستهلاكية تجاه الأطراف الثالثة

١٩١- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في السلع الاستهلاكية يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة فور إتمام البيع أو التأجير شريطة أن يُثبَت هذا الحق وفقا للتوصية ١٨٩.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة تجاه الأطراف الثالثة

١٩٢- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف*

(أ) لا يكون حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا:

'١' احتفظ البائع أو المؤجِّر بحيازة الموجودات؛ أو

'٢' سُجِّل إشعار يتعلق بذلك الحق في سجل الحقوق الضمانية العام في موعد لا يتجاوز [تُحدَّد مدة زمنية قصيرة تكون ٢٠ أو ٣٠ يوما مثلا] بعد حصول المشتري أو المستأجر على حيازة الموجودات؛

(ب) لا يكون حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في المخزون نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا:

'١' احتفظ البائع أو المؤجِّر بحيازة المخزون؛ أو

'٢' حصل ما يلي قبل تسليم المخزون إلى المشتري أو المستأجر:

أ- سُجِّل إشعار يتعلق بذلك الحق في سجل الحقوق الضمانية العام؛

ب- وُجِّه إلى الدائن المضمون الذي له حق ضماني غير احتيازي سابق التسجيل كان قد أنشأه المشتري أو المستأجر في مخزون من نفس النوع، إشعار مكتوب بأنَّ البائع أو المؤجِّر ينوي المطالبة بحق الاحتفاظ بالملكية أو بحق الإيجار التمويلي. وينبغي أن يتضمَّن هذا الإشعار وصفا كافيا للمخزون يمكِّن الدائن المضمون من تبيُّن طبيعة المخزون الخاضع لحق الاحتفاظ بالملكية أو لحق الإيجار التمويلي؛

(ج) يجوز أن يشمل الإشعار المرسَل عملا بالفقرة الفرعية *(ب)* '٢' ب- من هذه التوصية حقوق الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي بمقتضى معاملات متعددة بين الطرفين نفسيهما دون

* يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ١٩٢.

الحاجة إلى تحديد كل معاملة على حدة. ولا يكون الإشعار نافذا إلا على الحقوق في الموجودات الملموسة التي يحتازها المشتري أو المستأجر في غضون مدة [تُحدَّد هذه المدة بخمس سنوات مثلا] بعد توجيه الإشعار.

البديل باء

لا يكون حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في الموجودات الملموسة غير السلع الاستهلاكية نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا:

(أ) احتفظ البائع أو المؤجِّر بحيازة الموجودات؛ أو

(ب) سُجِّل إشعار بشأن ذلك الحق في سجل الحقوق الضمانية العام في موعد لا يتجاوز [تُحدَّد مدة زمنية قصيرة، تكون ٢٠ أو٣٠ يوما مثلا] بعد حصول المشتري أو المستأجر على حيازة الموجودات.

وتنطبق القاعدة في هذه التوصية أيضا على الحق الضماني الاحتيازي في موجودات ملموسة غير السلع الاستهلاكية.

تسجيل واحد يكفي

١٩٣- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل إشعار واحد في سجل الحقوق الضمانية العام يكفي لتحقيق نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في إطار معاملات متعددة بين الأطراف ذاتها، سواء أُبرمت قبل التسجيل أو بعده، تتعلق بموجودات ملموسة تندرج ضمن الوصف الوارد في الإشعار. وتنطبق الأحكام المتعلقة بنظام السجل، مع إجراء التعديلات الملائمة فيما يخص المصطلحات، على تسجيل حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي.

أثر عدم تحقيق نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي تجاه الأطراف الثالثة

١٩٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة، تؤول ملكية الموجودات تجاه الأطراف الثالثة إلى المشتري أو المستأجر، ويكون للبائع أو المؤجِّر حق ضماني في الموجودات رهنا بالتوصيات المنطبقة على الحقوق الضمانية.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في ملحقات الممتلكات غير المنقولة تجاه الأطراف الثالثة

١٩٥- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة تصبح ملحقة بممتلكات غير منقولة لا يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة التي لها حقوق في الممتلكات غير المنقولة مسجَّلة في سجل الممتلكات غير المنقولة، إلا إذا سُجِّل ذلك الحق في سجل الممتلكات غير المنقولة في موعد لا يتجاوز [تُحدَّد مدة زمنية قصيرة تكون ٢٠ أو ٣٠ يوما، مثلا] بعد أن تصبح الموجودات ملحقات.

١٩٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا لم يُسجل البائع أو المؤجر في غضون المدة الزمنية المنصوص عليها في التوصية ١٩٥ إشعارا بحقه في الاحتفاظ بالملكية أو حقه في الإيجار التمويلي في موجودات

ملموسة أصبحت ملحقة بممتلكات غير منقولة، اعتُبر حق البائع في الاحتفاظ بالملكية أو حق المؤجر في الإيجار التمويلي حقا ضمانيا.

وجود حق ضماني في عائدات موجودات ملموسة خاضعة لحق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي

١٩٧- ينبغي أن ينص القانون على أن البائع أو المؤجر الذي له حق احتفاظ بالملكية أو حق إيجار تمويلي في موجودات ملموسة، يكون له حق ضماني في عائدات هذه الموجودات.

نفاذ الحق الضماني في عائدات الموجودات الملموسة الخاضعة لحق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي تجاه الأطراف الثالثة

١٩٨- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) لا يكون الحق الضماني في العائدات المشار إليها في التوصية ١٩٧ نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا كانت هذه العائدات موصوفة وصفا عاما في الإشعار المسجَّل الذي جُعل بمقتضاه حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي نافذا تجاه الأطراف الثالثة، أو كانت هذه العائدات نقودا أو مستحقات أو صكوكا قابلة للتداول أو حقوقا في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي؛

(ب) إذا لم تكن العائدات موصوفة وصفا عاما في الإشعار المسجَّل أو لم تكن من أنواع الموجودات المشار إليها في الفقرة الفرعية *(أ)* من هذه التوصية، كان الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة لمدة [تحدَّد مدة زمنية قصيرة] من الأيام بعد نشوء العائدات. ويستمر نفاذ هذا الحق الضماني بعد ذلك، إذا جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة) قبل انقضاء تلك المدة.

أولوية الحق الضماني في عائدات الموجودات الملموسة

١٩٩- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف*

(أ) إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي نافذا تجاه الأطراف الثالثة، كان للحق الضماني في العائدات المشار إليها في التوصية ١٩٧ أولوية على حق ضماني آخر في الموجودات ذاتها؛

(ب) إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي نافذا تجاه الأطراف الثالثة، كان للحق الضماني في عائدات المخزونات، المشار إليه في التوصية ١٩٧، نفس أولوية حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في ذلك المخزون، ما لم تكن العائدات في شكل مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو حقوق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل. لكنّ هذه الأولوية مشروطة بأن يُخطِر البائعُ أو المؤجِّرُ الدائنين المضمونين الذين سجلوا إشعارا بشأن حق ضماني في موجودات من نفس نوع هذه العائدات قبل نشوء العائدات هذه.

* يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف من التوصية ١٩٩ إذا اعتمدت البديل ألف من التوصية ١٩٢، أو البديل باء من التوصية ١٩٩ إذا اعتمدت البديل باء من التوصية ١٩٢.

البديل باء

إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، كان للحق الضماني في العائدات، المشار إليه في التوصية ١٩٧، أولوية الحق الضماني غير الاحتيازي، متى كان الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة على النحو المنصوص عليه في التوصية ١٩٨. وتنطبق هذه القاعدة أيضا على عائدات الموجودات الملموسة الخاضعة لحق ضماني احتيازي.

إنفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي

٢٠٠- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ينبغي أن تتناول قواعد إنفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة بعد التقصير، ما يلي:

'١' الطريقة التي يمكن أن يحصل بها البائع أو المؤجر على حيازة الموجودات؛

'٢' ما إن كان مطلوبا من البائع أو المؤجر أن يتصرف في الموجودات، وإذا كان الأمر كذلك، فكيف؛

'٣' ما إن كان يجوز للبائع أو المؤجر أن يحتفظ بأي فائض؛

'٤' ما إن كان للبائع أو المؤجر حق مطالبة المشتري أو المستأجر بسداد أي عجز.

(ب) النظام المنطبق على إنفاذ الحق الضماني بعد التقصير ينطبق على إنفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي بعد التقصير، ما لم يتعارض ذلك مع ضرورة الحفاظ على اتساق النظام المنطبق على البيع والتأجير.

القانون المنطبق على حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي

٢٠١- ينبغي أن ينص القانون على أنّ أحكام تنازع القوانين المنطبقة على الحقوق الضمانية تنطبق أيضا على حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي.

حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في إجراءات الإعسار

٢٠٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه في حالة إجراءات الإعسار المتعلقة بالمدين:

البديل ألف*

تكون الأحكام المنطبقة على الحقوق الضمانية منطبقة أيضا على حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي.

البديل باء

تكون أحكام قانون الدولة المشترعة المنطبقة على حقوق ملكية الأطراف الثالثة منطبقة أيضا على حقوق الاحتفاظ بالملكية وحقوق الإيجار التمويلي.

* يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ٢٠٢.

عاشرا- تنازع القوانين*

الغرض

الغرض من أحكام تنازع القوانين هو تحديد القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته؛ وحقوق والتزامات المانح والدائن المضمون والأطراف الثالثة قبل التقصير وبعده.[٣٦]

ألف- توصيات عامة

القانون المنطبق على الحق الضماني في الموجودات الملموسة

٢٠٣- ينبغي أن ينص القانون[٣٧] على أن القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في موجودات ملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته هو قانون الدولة التي يقع فيها مكان هذه الموجودات، باستثناء ما تنص عليه التوصيات ٢٠٤-٢٠٧ و٢١١.

٢٠٤- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح هو القانون المنطبق على المسائل المذكورة في التوصية ٢٠٣ فيما يتعلق بالحق الضماني في موجودات ملموسة من النوع الذي يُستخدم عادة في أكثر من دولة.

٢٠٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجودات ملموسة خاضعا للتسجيل في سجل متخصص أو للتأشير بشأنه في شهادة ملكية، كان القانون المنطبق على المسائل المذكورة في التوصية ٢٠٣ هو قانون الدولة التي يُحتفظ بالسجل أو تُصدر شهادة الملكية تحت سلطتها.

٢٠٦- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون الواجب التطبيق على أولوية الحق الضماني في الموجودات الملموسة، الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة مستند قابل للتداول، على حق ضماني منافس جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى، هو قانون الدولة التي يقع فيها مكان المستند.

القانون المنطبق على الحق الضماني في الموجودات الملموسة العابرة أو المراد تصديرها

٢٠٧- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الموجودات الملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) العابرة أو المراد تصديرها من الدولة التي تكون موجودة فيها وقت إنشاء الحق الضماني يجوز إنشاؤه وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون الدولة التي يقع فيها مكان الموجودات وقت الإنشاء على النحو المنصوص عليه في التوصية ٢٠٣ أو بمقتضى قانون دولة المقصد النهائي للموجودات، شريطة أن تصل تلك الموجودات إلى تلك الدولة في غضون [مدة قصيرة يتعيّن تحديدها] من الأيام بعد إنشاء الحق الضماني.

---

*أُعدّت التوصيات المتعلقة بتنازع القوانين بالتعاون الوثيق مع المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

[٣٦] مسائل تنازع القوانين المتعلقة بتمويل الاحتياز يتناولها الفصل التاسع، بينما يتناول هذا الفصل والفصل الثاني عشر مسائل تنازع القوانين المتعلقة بالإعسار.

[٣٧] "القانون" في هذا الفصل يعني قانون المعاملات المضمونة أو أي قانون آخر يجوز للدولة أن تدرج فيه أحكام تنازع القوانين.

القانون المنطبق على الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة

٢٠٨- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح يحكم إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته.

القانون المنطبق على الحق الضماني في المستحقات الناشئة من بيع ممتلكات غير منقولة أو تأجيرها أو معاملة مضمونة باتفاق ضماني تتصل بممتلكات غير منقولة

٢٠٩- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الدولة التي يقع فيها مقر المحيل يحكم إنشاء الحق الضماني في مستحق ناشئ من بيع أو تأجير ممتلكات غير منقولة أو من معاملة مضمونة باتفاق ضماني تتصل بممتلكات غير منقولة ونفاذ ذلك الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. أمّا التنازع على الأولوية المتعلّق بحقوق مطالب منافس مسجّلة في سجل الممتلكات غير المنقولة فيحكمه قانون الدولة التي يُحتفظ بالسجل تحت سلطتها. ولا تنطبق القاعدة الواردة في الجملة السابقة إلا إذا كان يُعتدّ بالتسجيل، بموجب ذلك القانون، في تقرير أولوية الحق الضماني في المستحق.

القانون المنطبق على الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

٢١٠- ينبغي أن ينص القانون على أن مسائل إنشاء الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، ونفاذ ذلك الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، وأولويته وإنفاذه، علاوة على حقوق المصرف الوديع وواجباته فيما يتعلق بذلك الحق الضماني، يحكمها:

البديل ألف*

قانونُ الدولة التي يوجد فيها مكان عمل المصرف الذي يحتفظ بالحساب المصرفي. وإذا كانت للمصرف أماكن عمل في أكثر من دولة واحدة، اعتُدّ بالمكان الذي يوجد فيه الفرع المحتفظ بالحساب.

البديل باء

قانونُ الدولة التي ذُكر صراحة في اتفاق الحساب أنها الدولة التي يحكم قانونها ذلك الاتفاق، أو قانونٌ آخر إذا كان اتفاق الحساب ينص صراحة على انطباق ذلك القانون الآخر على جميع تلك المسائل. بيد أن قانون الدولة الذي يتقرَّر وفقا للجملة السابقة لا ينطبق إلا إذا كان لدى المصرف الوديع، وقت إبرام اتفاق الحساب، مكتب في تلك الدولة يزاول نشاطا منتظما في مجال حفظ الحسابات المصرفية. وإذا لم يتقرر القانون المنطبق وفقا للجملتين السابقتين، وجب تقريره وفق القواعد الاحتياطية التي تستند إلى المادة ٥ من اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط.[٣٨]

وتخضع هذه التوصية للاستثناء المنصوص عليه في التوصية ٢١١.

---

*يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ٢١٠.

[٣٨] الدولة التي تعتمد البديل باء من التوصية ٢١٠ لا بد لها من أن تعتمد كذلك التوصيتين ٢٢٦ و٢٢٧.

القانون المنطبق على نفاذ الحق الضماني في أنواع محدَّدة من الموجودات تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل

٢١١- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كانت الدولة التي يقع فيها مقر المانح تعترف بالتسجيل كطريقة لتحقيق نفاذ الحق الضماني في صك قابل للتداول أو حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة، كان قانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح هو القانون المنطبق على مسألة البت في ما إذا كان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قد تحقّق بواسطة التسجيل بمقتضى قوانين تلك الدولة.

القانون المنطبق على الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل

٢١٢- ينبغي أن ينص القانون على أنَّ قانون الدولة المحددة في التعهّد المستقل الصادر عن الكفيل/ المُصدر أو المثبِّت أو الشخص المسمى يحكم ما يلي:

(أ) حقوقَ وواجبات الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمّى الذي تلقى طلبا بالإقرار أو قام، أو قد يقوم، بالسداد أو بإعطاء قيمة بطريقة أخرى بمقتضى تعهّد مستقل؛

(ب) الحقَّ في إنفاذ حق ضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الكفيل/ المُصدر أو المُثبِّت أو الشخص المسمّى؛

(ج) نفاذَ الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة وأولويتَه، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٢١٣.

٢١٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا لم يحدَّد القانون الواجب التطبيق في التعهّد المستقل الصادر عن الكفيل/ المُصدر أو المثبِّت، كان القانونُ الذي يحكم المسائل المشار إليها في التوصية ٢١٢ هو قانون الدولة التي يقع فيها فرع الكفيل/المُصدر أو المُثبِّت أو مكتبه المذكور في التعهّد المستقل. غير أنه في حالة الشخص المسمّى يكون القانونُ الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يقع فيها فرع الشخص المسمّى أو مكتبه الذي يسدّد أو يعطي قيمة بطريقة أخرى بمقتضى التعهّد المستقل.

٢١٤- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون الذي يحكم إنشاء الحق الضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو مطالبة أخرى، مكفولة السداد أو الأداء بطريقة أخرى بموجب تعهّد مستقل، ونفاذ ذلك الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، هو أيضا القانون المنطبق على مسألة ما إذا كان الحق الضماني في حق تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهّد المستقل ينشأ ويصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا وفقا لما تنص عليه التوصيتان ٢٥ (الفصل الثاني بشأن إنشاء الحق الضماني) و٤٨ (الفصل الثالث بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة).

القانون المنطبق على الحق الضماني في العائدات

٢١٥- ينبغي أن ينص القانون على أنّ:

(أ) القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات هو القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية التي تأتت منها العائدات؛

(ب) القانون المنطبق على أولوية الحق الضماني في العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة هو القانون المنطبق على أولوية الحق الضماني في موجودات من نفس نوع العائدات ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة.

القانون المنطبق على حقوق المانح والدائن المضمون والتزاماتهما

٢١٦- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون المنطبق على حقوق المانح والدائن المضمون والتزاماتهما المتبادلة الناشئة عن الاتفاق الضماني، هو القانون الذي اختاراه، وإذا لم يختارا أي قانون كان القانون المنطبق هو القانون الذي يحكم الاتفاق الضماني.

القانون المنطبق على حقوق والتزامات الأطراف الثالثة المدينة والدائنين المضمونين

٢١٧- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون المنطبق على المستحق أو الصك القابل للتداول أو المستند القابل للتداول هو أيضا القانون المنطبق على:

(أ) العلاقة بين المدين بالمستحق والمحال إليه المستحق، والعلاقة بين المدين بمقتضى صك قابل للتداول وحائز حق ضماني في ذلك الصك؛

(ب) الشروط الواجب توافرها ليتسنى التذرع بإحالة المستحق أو بحق ضماني في الصك القابل للتداول أو بحق ضماني في المستند القابل للتداول تجاه المدين بالمستحق أو المدين بمقتضى الصك القابل للتداول أو مُصدِر المستند القابل للتداول (بما في ذلك ما إذا كان يجوز للمدين بالمستحق أو المدين بمقتضى الصك القابل للتداول أو مُصدر المستند القابل للتداول أن يتمسك باتفاق مانع للإحالة)؛

(ج) مسألة ما إذا كانت التزامات المدين بالمستحق أو المدين بمقتضى الصك القابل للتداول أو مصدر المستند القابل للتداول قد استوفيت.

القانون المنطبق على إنفاذ الحق الضماني

٢١٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصية ٢٢٣، يكون القانون المنطبق على المسائل التي تتصل بإنفاذ الحق الضماني:

(أ) في الموجودات الملموسة، هو قانون الدولة التي يحدث فيها الإنفاذ؛

(ب) في الممتلكات غير الملموسة، هو القانون المنطبق على أولوية الحق الضماني.

معنى "مقر" المانح

٢١٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه، لأغراض أحكام تنازع القوانين، يكون مقر المانح واقعا في الدولة التي يوجد فيها مكان عمله. وإذا كان للمانح مكان عمل في أكثر من دولة، كان مكان عمله هو المكان الذي تزاوَل فيه إدارته المركزية. وإذا لم يكن للمانح مكان عمل اعتُدّ بمكان إقامته المعتاد.

الوقت الذي يعتد به لتحديد المكان أو المقر

٢٢٠- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) باستثناء ما تنص عليه الفقرة الفرعية *(ب)* من هذه التوصية، يُقصد بالإشارات إلى مكان الموجودات أو مكان المانح في أحكام تنازع القوانين، فيما يخص مسائل الإنشاء، مكان أي منهما وقت الإنشاء المفترض للحق الضماني، ويقصد بها فيما يخص مسائل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، مكان أي منهما وقت نشوء المسألة؛

(ب) إذا كانت حقوق جميع المطالِبين المنافسين في الموجودات المرهونة قد أنشئت وجُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل تغيير مكان الموجودات أو مكان المانح، فإن الإشارات الواردة في أحكام تنازع القوانين إلى مكان الموجودات أو مكان المانح يقصد بها، فيما يخص مسألتي النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، مكان أي منهما قبل ذلك التغيير.

استبعاد الإحالة إلى قانون آخر

٢٢١- ينبغي أن ينص القانون على أن الإحالة في أحكام تنازع القوانين إلى "قانون" دولة أخرى بوصفه القانون المنطبق على مسألة ما، إنما يقصد بها القانون النافذ في تلك الدولة بخلاف أحكامها المتعلقة بتنازع القوانين.

السياسة العامة والقواعد الملزمة دوليا

٢٢٢- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) لا يجوز للمحكمة أن ترفض تطبيق القانون الذي يقرَّر بمقتضى أحكام تنازع القوانين إلا إذا كانت نتائج تطبيقه تتعارض تعارضا صارخا مع السياسة العامة للمحكمة؛

(ب) لا تحول أحكام تنازع القوانين دون تطبيق أحكام قانون مكان التقاضي التي يجب، بصرف النظر عن أحكام تنازع القوانين، أن تطبَّق حتى على الحالات الدولية؛

(ج) لا تسمح القواعد الواردة في الفقرتين الفرعيتين *(أ)* و*(ب)* من هذه التوصية بتطبيق أحكام قانون مكان التقاضي على نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وأولويته.

تأثير بدء إجراءات الإعسار على القانون المنطبق على الحقوق الضمانية

٢٢٣- ينبغي أن ينص القانون على ألا تُستبعد، عند البدء بإجراءات الإعسار، أحكام تنازع القوانين التي تحدد القانون الواجب تطبيقه على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وإنفاذه (وفي سياق النهج غير الوحدوي، حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي). غير أن هذا الحكم ينبغي أن يكون مرهونا بما يترتب في هذه المسائل من آثار نتيجة تطبيق قانون الإعسار في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون محكمة الإعسار) على مسائل من قبيل الإبطال، أو معاملة الدائنين المضمونين، أو تحديد مراتب المطالبات، أو توزيع العائدات.[٣٩]

[٣٩] انظر التوصية ٣١ من دليل الأونسيترال للإعسار.

باء- توصيات خاصة عندما يكون القانون المنطبق هو قانون دولة متعددة الوحدات

٢٢٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه في الحالات التي يكون فيها القانون المنطبق على مسألة ما هو قانون دولة متعددة الوحدات، رهنا بالتوصية ٢٢٥، تكون الإشارات إلى قانون دولة متعددة الوحدات إشارات إلى قانون الوحدة الإقليمية ذات الصلة (التي تتقرر استنادا إلى مقر المانح أو مكان الموجودات المرهونة وإلا فبمقتضى أحكام تنازع القوانين) وإلى قانون الدولة المتعددة الوحدات ذاته، ما دام معمولا به في تلك الوحدة.

٢٢٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه، في إطار أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين، إذا كان القانون الساري في دولة متعددة الوحدات أو في إحدى وحداتها الإقليمية هو القانون المنطبق، تُحدِّد الأحكام الداخلية لتنازع القوانين السارية في تلك الدولة المتعددة الوحدات أو في الوحدة الإقليمية ما إذا كان يتعيَّن تطبيق الأحكام الموضوعية من قانون الدولة المتعددة الوحدات أو من قانون وحدة إقليمية معينة من تلك الدولة.

٢٢٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان صاحب الحساب والمصرف الوديع قد اختارا قانون وحدة إقليمية معينة من دولة متعددة الوحدات ليكون القانون المنطبق على اتفاق الحساب:

(أ) كانت الإشارتان إلى "الدولة" في الجملة الأولى من التوصية ٢١٠ (البديل باء) إشارتين إلى تلك الوحدة الإقليمية؛

(ب) كانت الإشارتان إلى "الدولة" و"تلك الدولة" في الجملة الثانية من التوصية ٢١٠ (البديل باء) إشارتين إلى الدولة المتعددة الوحدات ذاتها.

٢٢٧- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الوحدة الإقليمية هو القانون المنطبق إذا:

(أ) كان القانون المسمّى، بمقتضى التوصيتين ٢١٠ (البديل باء) و٢٢٦، هو قانون وحدة إقليمية من دولة متعددة الوحدات؛

(ب) كان قانون تلك الدولة يقضي بألا ينطبق قانون الوحدة الإقليمية إلا إذا كان للمصرف الوديع مكتب داخل تلك الوحدة الإقليمية يفي بالشرط المنصوص عليه في الجملة الثانية من التوصية ٢١٠ (البديل باء)؛

(ج) كان الحكم المذكور في الفقرة الفرعية *(ب)* من هذه التوصية ساريا وقت إنشاء الحق الضماني في الحساب المصرفي.[٤٠]

حادي عشر- الفترة الانتقالية

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بالفترة الانتقالية هو تحقيق انتقال منصف وفعّال إلى هذا القانون من النظام الذي يكون ساريا قبل تاريخ نفاذه.

تاريخ النفاذ

٢٢٨- ينبغي أن يحدّد القانون إما تاريخا لاحقا لاشتراعه يبدأ اعتبارا منه نفاذه ("تاريخ النفاذ") وإما آلية يمكن بواسطتها تحديد تاريخ النفاذ. ويطبق القانون، اعتبارا من تاريخ نفاذه، على جميع المعاملات المندرجة ضمن نطاق انطباقه، سواء أكانت تلك المعاملات قد أُبرمت قبل ذلك التاريخ أم بعده، فيما عدا الحالات المنصوص عليها في التوصيات ٢٢٩-٢٣٤.

[٤٠] لا تحتاج إلى اعتماد التوصيتين ٢٢٦ و٢٢٧ سوى الدولة التي تعتمد البديل باء من التوصية ٢١٠.

عدم انطباق القانون على الدعاوى المستهلة قبل تاريخ بدء النفاذ

٢٢٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه لا ينطبق على أي مسألة تكون موضوع تقاض أو موضوع إجراءات بديلة ملزمة لتسوية النزاعات استهلت قبل تاريخ بدء نفاذه. وإذا بدأ إنفاذ حق ضماني قبل تاريخ بدء نفاذ هذا القانون، جاز الاستمرار في إنفاذ الحق الضماني بمقتضى القانون الساري قبل ذلك التاريخ ("القانون السابق").

إنشاء الحق الضماني

٢٣٠- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون السابق يحدد ما إذا كان الحق الضماني قد أنشئ قبل تاريخ بدء نفاذ هذا القانون.

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة

٢٣١- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى القانون السابق يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلى أقرب الأجلين التاليين:

(أ) الوقت الذي ينقضي فيه نفاذه تجاه الأطراف الثالثة بموجب القانون السابق؛

(ب) انقضاء مدة [تحدد المدة] شهور على تاريخ بدء نفاذ هذا القانون ("الفترة الانتقالية").

وإذا استوفيت شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى هذا القانون قبل توقّف النفاذ بمقتضى الجملة السابقة، استمر نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة.

أولوية الحق الضماني

٢٣٢- رهنا بأحكام التوصيتين ٢٣٣ و٢٣٤، ينبغي أن ينص القانون على أنه يحكم أولوية الحق الضماني. ويكون الوقت الذي يصبح فيه الحق الضماني المشار إليه في التوصية ٢٣١ نافذا تجاه الأطراف الثالثة أو يصبح موضوع إشعار مسجَّل بموجب القانون السابق هو الوقت الذي يجب الاعتداد به في تحديد أولوية ذلك الحق.

٢٣٣- ينبغي أن ينص القانون على أن أولوية الحق الضماني يقرّرها القانون السابق، إذا:

(أ) كان الحق الضماني وحقوق جميع المطالبين المنافسين قد أنشئت قبل تاريخ بدء نفاذ هذا القانون؛

(ب) لم تتغير وضعية أولوية أي من هذه الحقوق منذ تاريخ بدء نفاذ هذا القانون.

٢٣٤- ينبغي أن ينص القانون على أن وضعية أولوية الحق الضماني تكون قد تغيرت إذا:

(أ) كان الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة في تاريخ بدء نفاذ هذا القانون وفقا للتوصية ٢٣١ ثم لم يعد نافذا تجاهها في وقت لاحق؛ أو

(ب) لم يكن الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة في تاريخ بدء نفاذ هذا القانون ثم أصبح نافذا تجاهها في وقت لاحق.

ثاني عشر- أثر الإعسار في الحق الضماني

الغرض

الغرض من التوصيات الواردة في هذا الفصل هو تناول أثر الإعسار في الحقوق الضمانية بطريقة شاملة تتسق مع دليل الأونسيترال للإعسار. ومن ثم أدرجت في هذا الفصل، من دليل الأونسيترال لقانون الإعسار، التوصيات الأساسية التي تتعلق تحديدا بالحقوق الضمانية. ولكن للاستفادة من مناقشة أوفى لأثر إجراءات الإعسار في الحقوق الضمانية، ينبغي أن يُقرأ هذا الفصل بالاقتران بكلتا التعليقات والتوصيات الواردة في دليل الأونسيترال للإعسار. ويتضمّن هذا الفصل أيضا مناقشة لبعض التوصيات الإضافية التي توضّح مسائل تطرّق إليها دليل الأونسيترال للإعسار ولكنها لم تكن موضوع توصيات في ذلك الدليل.

ألف- دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار:[٤١]

المصطلحات والتوصيات

١- المصطلحات

١٢- *(ب)* "موجودات المدين": هي ممتلكات المدين وحقوقه ومصالحه، بما فيها الحقوق والمصالح في الممتلكات، سواء أكانت في حوزة المدين أم لم تكن، وملموسة أم غير ملموسة، وقابلة أم غير قابلة للنقل، بما في ذلك مصالح المدين في الموجودات المرهونة أو في الموجودات التي يملكها طرف ثالث؛

١٢- *(ص)* "العقد المالي": هو أي معاملة آنية أو آجلة أو مستقبلية أو تخييرية أو تقايضية تتعلق بأسعار فائدة أو سلع أو عملات أو أسهم أو سندات أو مؤشرات أو أي صك مالي آخر، وأي معاملة إعادة شراء أو معاملة إقراض أوراق مالية، وأي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية، وأي توليفة من المعاملات المذكورة أعلاه؛

١٢- *(خ)* "قانون محكمة الإعسار": هو قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار؛

١٢- *(ذ)* "قانون موقع المال": هو قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات؛

١٢- *(ض)* "المعاوضة": هي مقاصة التزامات نقدية أو غير نقدية بموجب عقود مالية؛

١٢- *(أ أ)* "اتفاق المعاوضة": هو شكل من أشكال العقود المالية بين طرفين أو أكثر ينص على واحد أو أكثر مما يلي:

'١' التسوية الصافية لمدفوعات مستحقة بالعملة ذاتها وفي التاريخ ذاته سواء بالحلول أو بطريقة أخرى؛ أو

[٤١] منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10.

'٢' عند إعسار طرف ما أو تقصيره بأي نحو آخر، إنهاء جميع المعاملات المعلقة بقيمتها الإبدالية أو بقيمتها السوقية المنصفة، وتحويل تلك المبالغ إلى عملة واحدة ومعاوضتها إلى مبلغ واحد يدفعه طرف إلى آخر؛ أو

'٣' مقاصة المبالغ المحسوبة على النحو المبيّن في الفقرة الفرعية '٢' من هذا التعريف في إطار اتفاقَي معاوضة أو أكثر؛[٤٢]

١٢- *(د د)* "الطرف ذو المصلحة": هو أي طرف تتأثر حقوقه أو التزاماته أو مصالحه بإجراءات الإعسار أو بأمور معيَّنة في إجراءات الإعسار، بمن في ذلك المدين أو ممثل الإعسار أو الدائن أو حائز الأسهم أو لجنة الدائنين أو سلطة حكومية أو أي شخص آخر يتأثر على هذا النحو. ولا يُقصَد أن يشمل هذا التعريف الأشخاص الذين لهم مصالح بعيدة الصلة أو متفرقة تتأثر بإجراءات الإعسار؛

١٢- *(و و)* "الأفضلية": هي معاملة تؤدي إلى حصول دائن على مزية أو سداد غير عادي؛

١٢- *(ز ز)* "الأولوية": هي الحق في أن تتقدّم مطالبة على غيرها عندما ينشأ ذلك الحق بإعمال القانون؛

١٢- *(ح ح)* "المطالبة ذات الأولوية": هي المطالبة التي تسدد قبل السداد للدائنين العامين غير المضمونين؛

١٢- *(ط ط)* "حماية القيمة": هي التدابير التي تستهدف الحفاظ على القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة والموجودات المملوكة للأطراف الثالثة أثناء إجراءات الإعسار (يشار إليها في بعض الولايات القضائية بعبارة "الحماية الوافية"). ويمكن توفير الحماية بواسطة دفعات نقدية، أو بتوفير مصالح ضمانية على موجودات بديلة أو إضافية، أو بوسائل أخرى تحدّدها المحكمة لتوفير الحماية اللازمة؛

١٢- *(ع ع)* "المصلحة الضمانية": هي حق في موجودات لضمان سداد التزام أو أكثر أو الوفاء به على نحو آخر؛

٢- *التوصيات*

الأهداف الرئيسية لقانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار

١- من أجل إرساء وتطوير قانون فعّال بشأن الإعسار، ينبغي أخذ الأهداف الرئيسية التالية في الاعتبار:

(أ) توفير اليقين في السوق تعزيزا لاستقرار الاقتصاد ونموه؛

(ب) زيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد؛

(ج) إيجاد توازن بين التصفية وإعادة التنظيم؛

(د) ضمان معاملة متكافئة للدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة؛

(هـ) توفير حل لمشكلة الإعسار يتسم بالآنية والنّجاعة والنّزاهة؛

(و) الحفاظ على حوزة الإعسار لإتاحة توزيع متكافئ على الدائنين؛

[٤٢] الفقرة الفرعية *(ل)* من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(ز) ضمان وجود قانون إعسار يتّسم بالشّفافية وقابليّة التّنبؤ ويتضمّن حوافز على جمع المعلومات وتوزيعها؛

(ح) الاعتراف بحقوق الدائنين الحاليين وإرساء قواعد واضحة بشأن ترتيب المطالبات ذات الأولوية.

٤- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار أنّه، عندما تكون المصلحة الضمانية نافذة وقابلة للإنفاذ بموجب قانون غير قانون الإعسار، يُعتَرف بنفاذها وقابليتها للإنفاذ في إجراءات الإعسار.

٧- بغية صوغ قانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار، ينبغي النظر في السمات المشتركة التالية:

(أ)-(د) ...

(هـ) حماية حوزة الإعسار من تصرفات الدائنين والمدين ذاته وممثل الإعسار، والطريقة التي تُصان بها القيمة الاقتصادية للمصلحة الضمانية أثناء إجراءات الإعسار، عندما تسري تدابير الحماية على الدائنين المضمونين؛

(و)-(ص) ...

القانون المنطبق على صحة الحقوق والمطالبات وسريانها

٣٠- ينبغي تعيين القانون المنطبق على تحديد صحة وسريان الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار، وذلك بموجب قواعد القانون الدولي الخاص للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار.

القانون المنطبق في إجراءات الإعسار: قانون محكمة الإعسار

٣١- ينبغي أن يطبَّق قانون الإعسار للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون محكمة الإعسار) على كل جوانب بدء تلك الإجراءات وتسييرها وإدارتها واختتامها، وعلى آثار تلك الإجراءات. وهذه الجوانب يمكن أن تشمل، على سبيل المثال، ما يلي:

(أ)-(ط) ...

(ي) معاملة الدائنين المضمونين؛

(ك)-(ن) ...

(س) ترتيب المطالبات؛

(ع)-(ق) ...

الاستثناءات من تطبيق قانون إجراءات الإعسار

...

٣٤- ينبغي أن يكون عدد أي استثناءات تضاف إلى التوصيتين ٣٢ و٣٣ محدودا، كما ينبغي تبيانها أو ذكرها بوضوح في قانون الإعسار.

الموجودات التي تشكِّل حوزة الإعسار

٣٥- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنَّ الحوزة ينبغي أن تشمل ما يلي:

(أ) موجودات المدين،[٤٣] بما فيها مصالح المدين في الموجودات المرهونة وفي الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة؛

(ب) الموجودات المكتسَبة بعد بدء إجراءات الإعسار؛

(ج) ...

التدابير المؤقتة[٤٤]

٣٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة أن تمنح إعفاء ذا طابع مؤقت، بناء على طلب المدين أو الدائنين أو الأطراف الثالثة، عندما تكون هناك حاجة إلى الإعفاء من أجل حماية وصون قيمة موجودات المدين[٤٥] أو مصالح الدائنين في الفترة الفاصلة بين تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار وبدء الإجراءات،[٤٦] بما في ذلك:

(أ) وقف الحجز على موجودات المدين، بما في ذلك الإجراءات المتخذة لجعل المصالح الضمانية نافذة على الأطراف الثالثة وإنفاذ المصالح الضمانية؛

(ب)-(د) ...

تعويض الخسارة في سياق التدابير المؤقتة

٤٠- يجوز أن يوفّر قانون الإعسار للمحكمة الصلاحية من أجل:

(أ) مطالبة مقدِّم الطلب الخاص بالتدابير المؤقتة بأن يوفّر التعويض عن الخسارة، وأن يدفع التكاليف أو الرسوم إذا اقتضى الأمر؛ أو

(ب) فرض جزاءات في سياق الطلب الخاص بالتدابير المؤقتة.

توازن الحقوق بين المدين وممثل الإعسار

٤١- ينبغي أن يحدّد القانون بوضوح توازن الحقوق والالتزامات بين المدين وأي ممثل للإعسار يُعَّين كتدبير مؤقت. ففي الفترة الفاصلة بين تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار وبدء تلك الإجراءات، يحق للمدين أن يواصل تشغيل منشأته ويستخدم الموجودات ويتصرف فيها في سياق العمل المعتاد، باستثناء ما تفرضه المحكمة من تقييدات.

---

[٤٣] ستُقرَّر ملكية الموجودات بالإشارة إلى القانون المنطبق ذي الصلة، حيث يرد تعريف واسع للتعبير "الموجودات" يشمل ممتلكات المدين وحقوقه ومصلحته، بما في ذلك حقوق المدين ومصالحه في الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة.

[٤٤] هذه المواد تتبع المواد المناظرة لها في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، انظر المادة ١٩ (انظر المرفق الثالث من دليل الأونسيترال للإعسار).

[٤٥] يقصد بالإشارة إلى الموجودات في الفقرات من *(أ)* إلى *(ج)* أن تكون قاصرة على الموجودات التي من شأنها أن تمثل جزءا من حوزة الإعسار حالما تبدأ الإجراءات.

[٤٦] ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار وقت نفاذ أمر متعلق بالتدابير المؤقتة؛ كأن ينص مثلا، عند إصدار الأمر، على أن يكون ذلك الأمر نافذا اعتبارا من الساعة الأولى من يوم إصداره، أو أي وقت محدّد آخر (انظر الفقرة ٤٤ من دليل الأونسيترال للإعسار).

الإشعار

٤٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، ما لم تقرر المحكمة الحدّ من ضرورة الإشعار أو الاستغناء عنه، يجب توجيه إشعار مناسب إلى الأطراف المتأثرة ذات المصلحة بما يلي:

(أ) طلب لتنفيذ التدابير المؤقتة أو أمر من المحكمة بتنفيذها (بما في ذلك طلب بشأن استعراضها وتعديلها أو إنهائها)؛

(ب) أمر من المحكمة باتخاذ تدابير إضافية تنطبق عند البدء ما لم تقرر المحكمة الحد من ضرورة الإشعار أو الاستغناء عنه.

التدابير المؤقتة بناء على طلب من طرف واحد

٤٣- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال عدم توجيه إشعار إلى المدين أو طرف آخر ذي مصلحة ومتأثر بتدبير مؤقت بالطلب الخاص بالتدبير المؤقت، يحق للمدين أو للطرف الآخر ذي المصلحة المتأثر بالتدابير المؤقتة، أن يُسمَع رأيه بسرعة،[٤٧] فيما إذا كان ينبغي استمرار التدبير الانتصافي.

تعديل التدابير المؤقتة أو إنهاؤها

٤٤- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة، بمبادرتها أو بناء على طلب من ممثل الإعسار أو المدين أو الدائن أو أي شخص آخر متأثر بالتدابير المؤقتة، أن تستعرض تلك التدابير وتعدِّلها أو تُنهيها.

إنهاء التدابير المؤقتة

٤٥- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ التدابير المؤقتة تنتهي عندما:

(أ) يُرفض طلب مقدَّم بشأن البدء؛

(ب) يُطعن بنجاح في أمر باتخاذ تدابير مؤقتة بمقتضى التوصية ٤٣؛

(ج) تُصبح التدابير المنطبقة عند البدء نافذة، ما لم تقرر المحكمة استمرار نفاذ التدابير المؤقتة.

التدابير المنطبقة عند البدء

٤٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عند بدء إجراءات الإعسار:[٤٨]

(أ) يطبَّق الوقف على بدء أو مواصلة الدعاوى الفردية أو الإجراءات[٤٩] المتعلقة بموجودات المدين وحقوقه أو واجباته أو التزاماته المالية؛

---

[٤٧] ينبغي لأي أجل مسمّى ضمن القانون أن يكون قصيرا لمنع حدوث خسارة في قيمة منشأة المدين.

[٤٨] ستكون هذه التدابير نافذة بوجه عام وقت صدور الأمر بالبدء.

[٤٩] انظر المادة ٢٠ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر الفصل الثالث من دليل الأونسيترال للإعسار). ويقصد بالدعاوى الفردية المشار إليها في الفقرة الفرعية *(أ)* من التوصية ٤٦ أن تشمل أيضا الدعاوى المعروضة على هيئة تحكيم. غير أنه قد لا يتسنى دائما تنفيذ الوقف التلقائي لإجراءات التحكيم، كما هو الحال عندما لا يجري التحكيم داخل الدولة بل في مكان أجنبي.

(ب) يطبَّق الوقف على الإجراءات المتخذة من أجل جعل المصالح الضمانية نافذة على الأطراف الثالثة وإنفاذ المصالح الضمانية؛[٥٠]

(ج) يطبَّق الوقف على التنفيذ أو غيره من أشكال الإنفاذ الذي يستهدف موجودات الحوزة؛

(د) يعلَّق حق الطرف المقابل في إنهاء أي عقد مع المدين؛[٥١]

(هـ) يعلَّق الحق في إحالة أيّ من موجودات الحوزة أو رهنها أو التصرف فيها على نحو آخر.[٥٢]

مدة التدابير المنطبقة آليا عند البدء

٤٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ التدابير المنطبقة آليا عند بدء إجراءات الإعسار تظل نافذة طوال تلك الإجراءات إلى أن:

(أ) تمنح المحكمة إعفاء من التدابير؛[٥٣]

(ب) تصبح خطة إعادة التنظيم نافذة في إجراءات إعادة التنظيم؛[٥٤]

(ج) تنقضي،[٥٥] فيما يتعلق بالدائنين المضمونين، في إجراءات التصفية، فترة زمنية ثابتة محدّدة في القانون، ما لم تقرر المحكمة تمديدها لفترة إضافية عند إثبات:

'١' أنّ التمديد ضروري لزيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد لصالح الدائنين؛

'٢' أنّ الدائن المضمون سيحظى بحماية من تناقص قيمة الموجودات المرهونة التي له فيها مصلحة ضمانية.

الحماية من تناقص قيمة الموجودات المرهونة

٥٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يحق للدائن المضمون، عندما يقدّم طلبا إلى المحكمة، أن تمنحه حماية قيمة الموجودات التي له فيها مصلحة ضمانية. ويجوز للمحكمة أن تمنح تدابير حماية مناسبة يمكن أن تشتمل على ما يلي:

(أ) سداد مدفوعات نقدية من الحوزة؛ أو

(ب) تقديم مصالح ضمانية إضافية؛ أو

(ج) استخدام أي وسيلة أخرى تقرِّرها المحكمة.

---

[٥٠] إذا كان قانون غير قانون الإعسار يسمح بجعل تلك المصالح الضمانية نافذة في فترات زمنية محدّدة، فمن المستصوب أن يعترف قانون الإعسار بتلك الفترات الزمنية وأن يسمح بجعل المصلحة نافذة عندما يحدث بدء إجراءات الإعسار قبل انقضاء أجل الفترة الزمنية المحدّدة. وعندما لا يتضمّن قانون غير قانون الإعسار تلك الفترات الزمنية، أُعمل الوقف المنطبق عند بدء الإجراءات للحيلولة دون جعل المصلحة الضمانية نافذة. (للاطلاع على مزيد من المناقشة، انظر الفقرة ٣٢ من دليل الأونسيترال للإعسار، وكذلك *دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة*).

[٥١] انظر الفقرات ١١٤-١١٩ من دليل الأونسيترال للإعسار. ولا يقصد بهذه التوصية استبعاد إنهاء عقد ما إذا كان ذلك العقد ينص على تاريخ للإنهاء واقع بعد بدء إجراءات الإعسار.

[٥٢] تقييد الحق في إحالة موجودات الحوزة أو رهنها أو التصرف فيها بطريقة أخرى يجوز أن يخضع لاستثناء في تلك الحالات المسموح فيها للمدين بمواصلة أعمال منشأته، ويستطيع المدين إحالة الموجودات أو رهنها أو التصرف فيها بطريقة أخرى في سياق العمل المعتاد.

[٥٣] ينبغي منح الإعفاء استنادا إلى الأسس المذكورة في التوصية ٥١ من دليل الأونسيترال للإعسار.

[٥٤] يمكن أن تصبح الخطة نافذة عند موافقة الدائنين عليها أو بعد إقرار المحكمة، حسب اشتراطات قانون الإعسار (انظر الفقرة ٥٤ والفقرات التي تليها من الفصل الرابع من دليل الأونسيترال للإعسار).

[٥٥] المقصود هو أن ينطبق الوقف على الدائنين المضمونين لفترة زمنية قصيرة فقط، كأن تتراوح مثلا ما بين ٣٠ و٦٠ يوما، وأن يبيّن قانون الإعسار بوضوح مدّة الانطباق.

الإعفاء من التدابير المنطبقة عند البدء

٥١- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للدائن المضمون أن يطلب إلى المحكمة أن تمنحه إعفاء من التدابير المنطبقة عند بدء إجراءات الإعسار استنادا إلى أسس يمكن أن تشتمل على ما يلي:

(أ) أنّ الموجودات المرهونة ليست ضرورية لإعادة تنظيم أو عملية بيع محتملة لمنشأة المدين؛

(ب) أن قيمة الموجودات المرهونة آخذة في التناقص نتيجة لبدء إجراءات الإعسار، وأنّ الدائن المضمون لا يحظى بحماية من تناقص القيمة؛

(ج) أنه لم تتم، في إجراءات إعادة التنظيم، الموافقة على خطة في غضون أي حدود زمنية منطبقة.

صلاحية استخدام موجودات الحوزة والتصرّف فيها

٥٢- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار بما يلي:

(أ) استخدام موجودات الحوزة (بما فيها الموجودات المرهونة) والتصرف فيها ضمن سياق العمل المعتاد، باستثناء العائدات النقدية؛

(ب) استخدام موجودات الحوزة (بما فيها الموجودات المرهونة) والتصرف فيها خارج سياق العمل المعتاد، رهنا باشتراطات التوصيتين ٥٥ و٥٨.

زيادة رهن الموجودات المرهونة

٥٣- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز زيادة رهن الموجودات المرهونة، مع مراعاة الاشتراطات الواردة في التوصيات ٦٥-٦٧.

استخدام الموجودات المملوكة لطرف ثالث

٥٤- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يستخدم موجودات مملوكة لطرف ثالث وفي حيازة المدين، شريطة استيفاء شروط محدّدة، منها ما يلي:

(أ) أن تُحمى مصالح الطرف الثالث من تناقص قيمة الموجودات؛

(ب) أن تُدفع التكاليف المتكبَّدة بمقتضى العقد والمترتبة على استمرار أداء العقد واستخدام الموجودات بصفتها نفقات إدارية.

القدرة على بيع موجودات الحوزة خالصة وخالية من التزامات الرهن والمصالح الأخرى

٥٨- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار ببيع موجودات مرهونة أو خاضعة لمصلحةٍ أخرى خالصةً وخاليةً من ذلك الرهن والمصلحة الأخرى، خارج سياق العمل المعتاد، شريطة ما يلي:

(أ) أن يُشعِر ممثلُ الإعسار أصحاب الرهن أو المصالح الأخرى بالبيع المقترح؛

(ب) أن تتاح لأصحاب الرهن الفرصة لأن يُسمَعوا من المحكمة عندما يكون لديهم اعتراض على البيع المقترح؛

(ج) ألاّ يكون قد مُنح إعفاء من الوقف؛

(د) أن تُصان أولوية المصالح في عائدات بيع الموجودات.

استخدام العائدات النقدية

٥٩- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار أن يستخدم العائدات النقدية وأن يتصرف فيها إذا:

(أ) وافق الدائن المضمون الذي له مصلحة ضمانية في تلك العائدات النقدية على استخدامها أو التصرف فيها؛ أو

(ب) أُشعر الدائن المضمون بذلك الاستخدام أو التصرف المقترح وأُتيحت له فرصة لأن يُسمَع من المحكمة؛

(ج) حُميت مصالح الدائن المضمون من الانتقاص من قيمة العائدات النقدية.

الموجودات المُرهِقة

٦٢- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بأن يقرّر كيفية معالجة أي موجودات مُرهقة للحوزة. وعلى وجه التحديد، يجوز أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بالتنازل عن الموجودات المُرهقة بعد إشعار الدائنين وإتاحة الفرصة لهم للاعتراض على الإجراء المقترح، باستثناء أنه يجوز لقانون الإعسار، عندما تتجاوز المطالبة المضمونة قيمة الموجودات المرهونة ولا تكون الموجودات لازمة لإعادة تنظيم المنشأة أو لبيعها كمنشأة عاملة، أن يسمح لممثل الإعسار بالتنازل عن الموجودات للدائن المضمون دون إشعار الدائنين الآخرين.

اجتذاب التمويل اللاحق لبدء الإجراءات والإذن به

٦٣- ينبغي أن ييسر قانون الإعسار لممثل الإعسار الحصول على تمويل لاحق لبدء الإجراءات وأن يوفّر له حوافز للحصول على ذلك التمويل عندما يقرّر ممثل الإعسار أنّ ذلك ضروري لاستمرار تشغيل منشأة المدين أو لكفالة ديمومتها أو للمحافظة على قيمة موجودات الحوزة أو تحسينها. ويجوز أن يشترط قانون الإعسار أن تأذن المحكمة بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات أو أن يقبل الدائنون ذلك.

منح ضمانة بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٦٥- ينبغي أن يتيح قانون الإعسار منح مصلحة ضمانية بشأن سداد التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، تشمل منح مصلحة ضمانية على الموجودات غير المرهونة، بما فيها الموجودات المكتسبة فيما بعد، أو مصلحة ضمانية صغرى أو أدنى مرتبة من حيث الأولوية على موجودات الحوزة المرهونة من قبل.

٦٦- ينبغي أن يبيّن القانون[٥٦] أنّ المصلحة الضمانية التي تُمنح بشأن موجودات الحوزة من أجل تأمين التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، ليست لها أولوية تسبق أي مصلحة ضمانية قائمة بشأن الموجودات ذاتها ما لم يحصل ممثل الإعسار على موافقة الدائنين المضمونين القائمين أو يتّبع العملية الإجرائية الواردة في التوصية ٦٧.

٦٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة، عندما لا يوافق الدائن المضمون القائم، أن تأذن بإنشاء مصلحة ضمانية لها أولوية على المصالح الضمانية القائمة من قبل، شريطة استيفاء شروط معيّنة، منها:

(أ) أن يكون الدائن المضمون القائم قد أتيحت له الفرصة لأن تسمعه المحكمة؛

(ب) أن يكون بإمكان المدين أن يُثبت عدم قدرته على الحصول على التمويل بأي طريقة أخرى؛

(ج) أن تُحمى مصالح الدائن المضمون القائم.[٥٧]

أثر التحويل في التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٦٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عندما تحوَّل إجراءات إعادة التنظيم إلى تصفية، ينبغي مواصلة الاعتراف في التصفية بأيّ أولوية أُسندت إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في إعادة التنظيم.[٥٨]

شروط الإنهاء الآلي أو التعجيل

٧٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أن أيّ شرط في العقد يقضي بإنهاء العقد آليا أو تعجيله لا يجوز إنفاذه على ممثل الإعسار ولا على المدين عند وقوع أي من الأحداث التالية:

(أ) تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار أو بدء الإجراءات فعلا؛

(ب) تعيين ممثل للإعسار.[٥٩]

٧١- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار العقود المستثناة من إعمال التوصية ٧٠، ومنها مثلا العقود المالية أو الخاضعة لقواعد خاصة، كعقود العمل.

المواصلة أو الرفض

٧٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يقرّر مواصلة أداء عقد هو على علم بأنّ مواصلته ستكون نافعة لحوزة الإعسار.[٦٠] وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار:

---

[٥٦] يجوز أن ترد هذه القاعدة في قانون غير قانون الإعسار، عندئذ ينبغي أن يذكر قانون الإعسار وجود هذا الحكم.

[٥٧] انظر الفقرات ٦٣-٦٩ من دليل الأونسيترال للإعسار.

[٥٨] قد لا يُعترف بالضرورة بترتيب الأولوية ذاته. فمثلا، يمكن أن تأتي مرتبة التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من حيث الأولوية بعد مرتبة المطالبات الادارية المتعلقة بتكاليف التصفية.

[٥٩] لا تنطبق هذه التوصية إلا على العقود التي يمكن فيها تجاوز تلك الشروط (انظر التعليق الوارد في الفقرات ١٤٣-١٤٥ من دليل الأونسيترال للإعسار، بشأن الاستثناءات). وهي لا يُقصد بها أن تكون حصرية، وإنما يُقصد بها إرساء حد أدنى: فالمحكمة ينبغي أن تكون قادرة على فحص الشروط التعاقدية الأخرى التي سيكون لها أثر إنهاء عقد ما عند وقوع أحداث مماثلة.

(أ) أنّ الحق في المواصلة ينطبق على العقد بمجمله؛

(ب) أنّ المواصلة تعني أنّ جميع شروط العقد واجبة الإنفاذ.

٧٣- يجوز أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بأن يقرر رفض عقد ما،[٦١] وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الحق في الرفض ينطبق على العقد بمجمله.

مواصلة العقود في حال إخلال المدين بها

٧٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال إخلال المدين بعقد ما، يستطيع ممثل الإعسار أداء ذلك العقد، شريطة أن يعالَج الإخلال، وأن يعاد الطرف المقابل غير المخلّ بالعقد إلى الوضع الاقتصادي الذي كان يتمتع به إلى حد كبير، وأن تكون الحوزة قادرة على الأداء بموجب العقد الذي يتواصل أداؤه.

الأداء قبل مواصلة العقد أو رفضه

٨٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يقبل أو يشترط أداء الطرف المقابل في عقد قبل مواصلة العقد أو رفضه. وينبغي أن تكون مطالبات الطرف المقابل الناشئة عن الأداء الذي قبله أو اشترطه ممثل الإعسار قبل مواصلة العقد أو رفضه واجبة السداد بصفتها نفقة إدارية:

(أ) إذا أدّى الطرف المقابل العقد، وجب أن تكون النفقات الإدارية هي السعر التعاقدي للأداء؛ أو

(ب) إذا استخدم ممثل الإعسار موجودات مملوكة لطرف ثالث وفي حيازة المدين وخاضعة لشروط العقد، وجب أن يُحمى ذلك الطرف من تناقص قيمة تلك الموجودات وأن تكون له مطالبة إدارية وفقا للفقرة الفرعية *(أ)*.

التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الإخلال في وقت لاحق بعقد متواصل أداؤه

٨١- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال اتخاذ قرار بمواصلة أداء عقد ما، ينبغي دفع التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بذلك العقد لاحقا بصفتها نفقات إدارية.

التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الرفض

٨٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ أيّ أضرار ناجمة عن رفض عقد سابق لبدء الإجراءات ستقرَّر وفقا للقانون المنطبق وينبغي معاملتها بصفتها مطالبة عادية غير مضمونة. ويجوز أن يحدّ قانون الإعسار من المطالبات المتعلقة برفض عقد طويل الأمد.

---

[٦٠] إذا كان الوقف الآلي عند بدء إجراءات الإعسار يعمل على منع إنهاء العقود المبرمة مع المدين (وفقا لشرط ينص على الإنهاء الآلي)، فينبغي أن تبقى كل العقود قائمة لتمكين ممثل الإعسار من النظر في إمكانية مواصلتها، ما لم يتضمّن العقد تاريخا للإنهاء يتصادف وقوعه بعد بدء إجراءات الإعسار.

[٦١] يتبع بعض الولايات القضائية نهجا بديلا عن منح صلاحية رفض العقود، فتنص على أنّ أداء العقد يتوقف بكل بساطة ما لم يقرر ممثل الإعسار مواصلة أدائه.

إحالة العقود

٨٣- يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أنّ بإمكان ممثل الإعسار أن يقرّر إحالة عقد ما، بالرغم من القيود الواردة فيه، شريطة أن تعود الإحالة بالنفع على الحوزة.

٨٤- عندما يعترض الطرف المقابل على إحالة عقد ما، يجوز أن يسمح قانون الإعسار للمحكمة بأن توافق بالرغم من ذلك على الإحالة، شريطة:

(أ) أن يواصل ممثل الإعسار العقد؛

(ب) أن يكون المحال إليه قادرا على أداء الالتزامات التعاقدية التي تحال إليه؛

(ج) ألاّ تتسبب الإحالة في غبن كبير للطرف المقابل؛

(د) أن يعالَج إخلال المدين بشروط العقد قبل الإحالة.

٨٥- يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عندما يحال العقد، يحلّ المحال إليه محلّ المدين بصفته الطرف المتعاقد اعتبارا من تاريخ الإحالة ولا تتحمل الحوزة أي مسؤولية إضافية بموجب العقد.

المعاملات القابلة للإبطال[٦٢]

٨٧- ينبغي أن يتضمّن قانون الإعسار أحكاما تنطبق بأثر رجعي ويكون الغرض منها هو إبطال معاملات شملت المدين أو موجودات الحوزة وترتَّب عليها إمّا إنقاص قيمة الحوزة أو إبطال مبدأ معاملة الدائنين معاملة عادلة؛ وينبغي أن يحدّد قانون الإعسار أنواع المعاملات التالية بصفتها قابلة للإبطال:

(أ) المعاملات التي يُقصد بها الاحتيال على الدائنين أو تأخيرهم أو عرقلة قدرتهم على تحصيل المطالبات عندما يكون الغرض منها وضع الموجودات بعيدا عن متناول الدائنين أو الدائنين المحتملين أو الإضرار بمصالح الدائنين بطريقة أخرى؛

(ب) المعاملات التي تكون فيها الإحالة التي يقوم بها المدين بشأن مصلحة في الممتلكات أو الالتزام الذي يتحمّله عبارة عن هدية أو مقابل قيمة إسمية أو قيمة أقل من القيمة المكافئة أو قيمة غير كافية، وتكون قد تمت عندما كان المدين معسرا أو أصبح معسرا نتيجة لها (المعاملات المنقوصة القيمة)؛

(ج) المعاملات التي شملت دائنين وحصل فيها أحدهم على أكثر من نصيبه النسبي من موجودات المدين، أو على منفعة إضافية، وتمت عندما كان المدين معسرا (المعاملات التفضيلية).

---

[٦٢] القصد من استعمال كلمة "المعاملة" في هذا الباب هو الإشارة بوجه عام إلى الطائفة الواسعة من الصكوك القانونية التي يمكن بواسطتها التصرف في الموجودات أو تحمّل التزامات، بما في ذلك عن طريق الإحالة أو السداد أو منح مصلحة ضمانية أو كفالة أو قرض أو تنازل أو عن طريق إجراء يرمي إلى إنفاذ مصلحة ضمانية إزاء أطراف ثالثة، وهي قد تشمل مجموعة مركّبة من المعاملات.

إبطال المصالح الضمانية

٨٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ المصلحة الضمانية يجوز أن تخضع لأحكام الإبطال المنصوص عليها في قانون الإعسار على الأسس ذاتها السارية على المعاملات الأخرى، بالرغم من كونها سارية وواجبة النفاذ بموجب قانون غير قانون الإعسار.

المعاملات المعفاة من دعاوى الإبطال

٩٢- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار المعاملات التي هي معفاة من الإبطال، بما فيها العقود المالية.

العقود المالية والمعاوضة

١٠٣- حالما تُنهَى عقود المدين المالية، ينبغي أن يسمح قانون الإعسار للأطراف المقابلة بإنفاذ مصالحها الضمانية وتطبيقها على الإلتزامات الناشئة عن العقود المالية. وينبغي إعفاء العقود المالية من أي وقف منطبق بمقتضى قانون الإعسار على إنفاذ المصلحة الضمانية.

مشاركة الدائنين

١٢٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الدائنين، المضمونين وغير المضمونين على السواء، يحق لهم أن يشاركوا في إجراءات الإعسار، وأن يبيّن ما يمكن أن تنطوي عليه تلك المشاركة من حيث المهام التي يمكن أداؤها.

حق الطرف ذي المصلحة في أن تُسمع دعواه وفي أن يلتمس إعادة النظر

١٣٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ للطرف ذي المصلحة الحق في أن تُسمع دعواه بشأن أيّ مسألة في إجراءات الإعسار تمس حقوقه أو التزاماته أو مصالحه. فعلى سبيل المثال، ينبغي أن يحق للطرف ذي المصلحة:

(أ) أن يعترض على أيّ فعل يتطلب موافقة المحكمة؛

(ب) أن يلتمس إعادة نظر المحكمة في أيّ فعل لم تُشتَرَط ولم تُلتَمَس موافقة المحكمة عليه؛

(ج) أن يلتمس أيّ إعفاء متاح له في إجراءات الإعسار.

الحق في الاستئناف[٦٣]

١٣٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للطرف ذي المصلحة أن يستأنف بشأن أي أمر صادر عن المحكمة في إجراءات الإعسار إذا كان ذلك الأمر يمس حقوقه أو التزاماته أو مصالحه.

---

[٦٣] وفقا للأهداف الأساسية، ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنّ أحكام الاستئناف في إجراءات الإعسار لا ينبغي أن يكون لها أثر معلق ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك، بغية ضمان إمكانية معالجة الإعسار وحله على نحو منتظم وسريع وفعّال دون تعطيل لا داعي له. وينبغي أن تكون الحدود الزمنية للاستئناف متوافقة عموما مع القانون المعمول به، لكنها ينبغي أن تكون أقصر في الإعسار من أجل تفادي تعطيل إجراءات الإعسار.

خطة إعادة التنظيم

آليات التصويت

١٤٥- ينبغي أن يضع قانون الإعسار آلية للتصويت بشأن الموافقة على الخطة. وينبغي أن تتناول هذه الآلية تحديد الدائنين وحائزي الأسهم الذين يحق لهم التصويت على الخطة؛ والطريقة التي سيجرى بها التصويت، إمّا في اجتماع يعقد لذلك الغرض وإمّا عن طريق البريد أو بوسائل أخرى، بما فيها الوسائل الإلكترونية والتصويت بالوكالة؛ وما إذا كان ينبغي أن يصوت الدائنون وحائزو الأسهم في فئات حسب حقوقهم الخاصة أم لا.

١٤٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الدائن أو حائز الأسهم الذي عُدّلت حقوقه أو تأثرت بمقتضى الخطة لا يكون ملزما بأحكامها ما لم تتح لذلك الدائن أو حائز الأسهم فرصة للتصويت بشأن الموافقة على الخطة.

١٤٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه ليس لأي دائن أو حائز أسهم أو فئة من الدائنين أو من حائزي الأسهم الحقّ في التصويت بشأن الموافقة على الخطة، عندما تنص تلك الخطة على أنّ حقوق ذلك الدائن أو حائز الأسهم أو تلك الفئة من الدائنين أو من حائزي الأسهم لم تُعدّل أو تتأثر بالخطة.

١٤٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الدائنين الذين يحق لهم التصويت بشأن الموافقة على الخطة ينبغي تصنيفهم على حدة بحسب حقوقهم وأنّ كل فئة منهم ينبغي أن تصوّت على انفراد.

١٤٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه ينبغي إتاحة المعاملة ذاتها لكل الدائنين وحائزي الأسهم المنتمين إلى الفئة ذاتها.

موافقة الفئات

١٥٠- عندما يجري التصويت بشأن الموافقة على خطة بالرجوع إلى الفئات، ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار كيف سيعامَل التصويت المتحقق في كل فئة لأغراض الموافقة على الخطة. ويمكن اتّباع نهُج مختلفة، منها اشتراط موافقة كل الفئات أو موافقة أغلبية محددة من الفئات، ولكن يجب أن توافق على الخطة فئةٌ واحدة على الأقل من الدائنين الذين عُدّلت أو تأثرت حقوقهم بمقتضى الخطة.

١٥١- عندما لا يشترط قانون الإعسار موافقة كل الفئات على الخطة، ينبغي أن يتناول قانون الإعسار كيفية معاملة الفئات التي لا تصوّت تأييدا للخطة التي هي بخلاف ذلك تحظى بموافقة الفئات المطلوبة. وينبغي أن تكون تلك المعاملة متسقة مع الأسس المبيّنة في التوصية ١٥٢.

إقرار الخطة الموافق عليها

١٥٢- عندما يشترط قانون الإعسار إقرار المحكمة للخطة الموافق عليها، ينبغي أن يشترط قانون الإعسار على المحكمة أن تقرّ الخطة إذا استوفت الشروط التالية:

(أ) تم الحصول على الموافقات المطلوبة وجرت عملية الموافقة على نحو سليم؛

(ب) سيحصل الدائنون بمقتضى الخطة على قدر يساوي على الأقل ما كانوا سيحصلون عليه في التصفية، ما لم يوافقوا تحديدا على تلقي معاملة أقل؛

(ج) لا تتضمّن الخطة أحكاما مخالفة للقانون؛

(د) ستُسدّد المطالبات والنفقات الإدارية بالكامل، باستثناء الحالات التي يوافق فيها صاحب المطالبة أو المبلغ المنفق على الحصول على معاملة مختلفة؛

(هـ) باستثناء الحالات التي توافق فيها فئات الدائنين المتأثرة بالخطة على خلاف ذلك، إذا صوتت فئة من فئات الدائنين بعدم الموافقة على الخطة، وجب أن تتلقى تلك الفئة بمقتضى الخطة اعترافا كاملا بمرتبتها بموجب قانون الإعسار وأن يراعى ذلك الترتيب عند التوزيع على تلك الفئة بمقتضى الخطة.

الطعون في الموافقة (عندما لا يكون الإقرار لازما)

١٥٣- عندما تصبح الخطة ملزمة لدى موافقة الدائنين عليها، دون اشتراط إقرارها من قِبل المحكمة، ينبغي أن يأذن قانون الإعسار للأطراف ذات المصلحة، بما فيها المدين، أن تطعن في الموافقة على الخطة. وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار المعايير التي يمكن الاستناد إليها في تقييم الطعن، وينبغي أن تشمل هذه المعايير ما يلي:

(أ) ما إذا كانت الأسس المبينة في التوصية ١٥٢ قد استوفيت؛

(ب) الاحتيال، وفي تلك الحالة ينبغي أن تنطبق شروط التوصية ١٥٤.

المطالبات المضمونة

١٧٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار ما إذا كان يشترط على الدائنين المضمونين أن يقدّموا مطالبات.

المطالبات غير المصفاة

١٧٨- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار بقبول المطالبات غير المصفاة مؤقتا، ريثما يحدّد ممثل الإعسار مقدار المطالبة.

تحديد قيمة المطالبات المضمونة

١٧٩- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه يجوز لممثل الإعسار أن يحدّد الجزء المضمون من مطالبة الدائن المضمون والجزء غير المضمون من تلك المطالبة بواسطة تحديد قيمة الموجودات المرهونة.

المطالبات المضمونة

١٨٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ المطالبة المضمونة ينبغي أن تسدد من الموجودات المرهونة في إجراءات التصفية أو بموجب خطة لإعادة التنظيم، رهنا بسداد أي مطالبات أعلى أولوية من المطالبة المضمونة، إن وجدت. وينبغي التقليل إلى أدنى حد من المطالبات التي هي أعلى أولوية من المطالبات المضمونة وذكرها بوضوح في قانون الإعسار. وعندما تكون قيمة الموجودات المرهونة غير كافية لسداد مطالبة الدائن المضمون، يجوز للدائن المضمون أن يشارك بصفة دائن عادي غير مضمون.

باء- توصيات إضافية بشأن الإعسار

الموجودات المحتازة بعد بدء إجراءات الإعسار

٢٣٥- باستثناء ما تنص عليه التوصية ٢٣٦، ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أن موجودات الحوزة التي تُحتاز بعد بدء إجراءات الإعسار لا تخضع لأي حق ضماني أنشأه المدين قبل بدء تلك الإجراءات.

٢٣٦- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أن موجودات الحوزة التي تُحتاز بعد بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بالمدين تخضع لأي حق ضماني أنشأه المدين قبل بدء إجراءات الإعسار إذا كانت الموجودات عائدات (نقدية أو غير نقدية) لموجودات مرهونة كانت موجودات يملكها المدين قبل بدء الإجراءات.

شروط الانتهاء التلقائي في إجراءات الإعسار

٢٣٧- إذا كان قانون الإعسار ينص على أن الشرط الوارد في العقد والذي يقضي بالانتهاء التلقائي لأي التزام بمقتضى العقد أو بتعجيل استحقاق أي التزام بمقتضى العقد عند بدء إجراءات الإعسار أو عند وقوع حدث آخر متصل بالإعسار هو شرط غير قابل للإنفاذ تجاه ممثل الإعسار أو المدين، فينبغي أن ينص قانون الإعسار أيضا على أن هذا الحُكم لا يحول دون إنفاذ الشرط الوارد في العقد والذي يُعفي الدائن من التزام تقديم قرض أو تقديم ائتمان أو غير ذلك من التسهيلات المالية لصالح لمدين، أو يلغي ذلك الشرط.

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في إجراءات الإعسار

٢٣٨- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه إذا كان الحق الضماني نافذا تجاه أطراف ثالثة عند بدء إجراءات الإعسار جاز اتخاذ تدابير بعد بدء تلك الإجراءات من أجل مواصلة نفاذ ذلك الحق تجاه الأطراف الثالثة، أو استبقاء نفاذه أو الحفاظ على نفاذه إلى الحد المسموح به بموجب قانون المعاملات المضمونة وبالطريقة المسموح بها بموجبه.

أولوية الحق الضماني في إجراءات الإعسار

٢٣٩- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه إذا كان الحق الضماني يستحق الأولوية بموجب قانون غير قانون الإعسار ظلت تلك الأولوية سارية دون انتقاص في إجراءات الإعسار، إلا إذا نالت مطالبة أخرى الأولوية بموجب قانون الإعسار. وينبغي أن تكون هذه الاستثناءات في الحد الأدنى وأن ينص عليها قانون الإعسار بوضوح. وهذه التوصية خاضعة للتوصية ١٨٨ من دليل الأونسيترال التشريعي للإعسار.

أثر اتفاق إنزال مرتبة الأولوية في إجراءات الإعسار

٢٤٠- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه إذا أنزل حائز الحق الضماني في موجودات حوزة الإعسار مرتبته في الأولوية من تلقاء نفسه أو بالاتفاق لصالح أي مُطالِبين منافسين موجودين حاليا أو سيوجدون

مستقبلا، كان هذا الإنزال ملزما في إجراءات الإعسار فيما يتعلق بالمدين بنفس مدى نفاذه بموجب قانون غير قانون الإعسار.

التكاليف والنفقات المترتبة على الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة في إجراءات الإعسار

٢٤١- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه يحقّ لممثل الإعسار أن يسترد من قيمة الموجودات المرهونة، على أساس الأولوية الأولى، التكاليف والنفقات المعقولة التي يتحمَّلها ممثل الإعسار في الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة أو استبقائها أو زيادتها لصالح الدائن المضمون.

تقدير قيمة الموجودات المرهونة في إجراءات إعادة التنظيم

٢٤٢- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه ينبغي، لدى تقدير قيمة تصفية الموجودات المرهونة في إجراءات إعادة التنظيم، أن يولى الاعتبار لاستخدامات تلك الموجودات والغرض من تقدير تلك القيمة. ويجوز الاستناد في تقدير قيمة تصفية تلك الموجودات إلى قيمتها بصفتها جزءا من منشأة عاملة.

المرفق الثاني

قرار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وقرار الجمعية العامة ١٢١/٦٣

ألف- قرار اللجنة

١- اعتمدت اللجنة في جلستها ٨٦٤ المعقودة في ١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٧ القرار التالي:

إن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

إذ تُدرك ما لنظم المعاملات المضمونة الفعّالة التي تشجّع تيسير الحصول على الائتمان المضمون من أهمية لدى جميع البلدان،

وإذ تُدرك أيضا أن تيسير الحصول على الائتمان المضمون يُرجّح أن يساعد جميع البلدان، ولا سيما البلدان النامية والبلدان التي تمر اقتصاداتها بمرحلة انتقالية، في تنميتها الاقتصادية وفي مكافحة الفقر،

وإذ تلاحظ أن زيادة سبل الحصول على الائتمان المضمون استنادا إلى نظم حديثة ومنسّقة للمعاملات المضمونة سينشط بوضوح حركة البضائع والخدمات عبر الحدود الوطنية،

وإذ تلاحظ أيضا أن تنمية التجارة الدولية على أساس المساواة والمنافع المتبادلة عنصر هام في تعزيز العلاقات الودية بين الدول،

وإذ تلاحظ كذلك أهمية تحقيق التوازن بين مصالح جميع أصحاب المصلحة، ومن بينهم مانحو الحقوق الضمانية، والدائنون المضمونون وغير المضمونين، والبائعون الذين يحتفظون بالملكية، والمؤجِّرون التمويليون، والدائنون المميزون، وممثل الإعسار في سياق إعسار المانح،

وإذ تأخذ في الحسبان الحاجة إلى الإصلاح في ميدان قوانين المعاملات المضمونة على الصعيدين الوطني والدولي، التي يشهد عليها العديد من الجهود الجارية لإصلاح القوانين الوطنية والأعمال التي تضطلع بها المنظمات الدولية، مثل المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، ومنظمة الدول الأمريكية، والتي تضطلع بها المؤسسات المالية الدولية، مثل البنك الدولي، وصندوق النقد الدولي، والمصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير، ومصرف التنمية الآسيوي، ومصرف التنمية للبلدان الأمريكية،

وإذ تعرب عن تقديرها للمنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية الدولية العاملة في ميدان إصلاح قانون المعاملات المضمونة على مشاركتها في وضع مشروع دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة وعلى ما قدّمته من دعم في ذلك الصدد،

وإذ تعرب أيضا عن تقديرها لكاثرين سابو، رئيسة الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية) والرئيسة بالإنابة في الدورة الأربعين المستأنفة للجنة، وكذلك للأمانة، على مساهمتهما الخاصة في وضع مشروع دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة،

وإذ تلاحظ مع الارتياح، أن مشروع دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة يتسق مع دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار فيما يتعلق بمعاملة الحقوق الضمانية في إجراءات الإعسار،

١- *تعتمد* دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، المؤلف من النص الوارد في الوثائق A/CN.9/631/Add.1 إلى Add.3 وA/CN.9/637/Add.1 إلى Add.8، مع التعديلات التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الأربعين، وتأذن للأمانة بتحرير نص الدليل ووضع صيغته النهائية وفقا لمداولات اللجنة في تلك الدورة؛

٢- *تطلب* إلى الأمين العام أن ينشر نص دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة على نطاق واسع، وأن يحيله إلى الحكومات والهيئات الأخرى المهتمة، مثل المؤسسات المالية وغرف التجارة على الصعيدين الوطني والدولي؛

٣- *توصي* بأن تستخدم جميع الدول دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة لتقييم الكفاءة الاقتصادية لنظمها الخاصة بالمعاملات المضمونة، وأن تنظر في الدليل على نحو إيجابي عند تنقيح أو اعتماد تشريعات ذات صلة بالمعاملات المضمونة، وتدعو الدول التي استخدمت الدليل التشريعي إلى أن تُبلغ اللجنة بذلك.

باء- قرار الجمعية العامة ١٢١/٦٣

٢- اعتمدت الجمعية العامة في جلستها العامة ٦٧، في ١١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٨، بناء على تقرير اللجنة السادسة (A/63/438)، القرار التالي:

الدليل التشريعي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن المعاملات المضمونة

إن الجمعية العامة،

إذ تدرك ما لنظم المعاملات المضمونة الفعّالة التي تشجّع تيسير الحصول على الائتمان المضمون من أهمية لدى جميع البلدان،

وإذ تدرك أيضا أن تيسير الحصول على الائتمان المضمون يرجح أن يساعد جميع البلدان، ولا سيما البلدان النامية والبلدان التي تمر اقتصاداتها بمرحلة انتقالية، في تنميتها الاقتصادية وفي مكافحة الفقر،

وإذ تشدّد على أنه من المتوقع أن يؤدي وجود نظم حديثة ومنسقة للمعاملات المضمونة تحقق التوازن بين مصالح جميع أصحاب المصلحة (بمن فيهم مانحو الحقوق الضمانية والدائنون المضمونون وغير المضمونين والبائعون الذين يحتفظون بالملكية والمؤجرون التمويليون والدائنون المميزون وممثل الإعسار في سياق إعسار المانح) إلى التيسير الواضح لإمكانية الحصول على الائتمان المضمون، مما يشجع حركة البضائع والخدمات عبر الحدود الوطنية،

وإذ تلاحظ أن تنمية التجارة الدولية على أساس المساواة والمنافع المتبادلة عنصر مهم لتعزيز العلاقات الودية بين الدول،

وإذ تأخذ في اعتبارها الحاجة إلى الإصلاح في ميدان قوانين المعاملات المضمونة على الصعيدين الوطني والدولي، التي تشهد عليها الجهود العديدة الجارية لإصلاح القوانين الوطنية والأعمال التي تضطلع بها المنظمات الدولية، مثل مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ومنظمة الدول الأمريكية والتي تضطلع بها المؤسسات المالية الدولية، مثل مصرف التنمية الآسيوي والمصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير ومصرف التنمية للبلدان الأمريكية وصندوق النقد الدولي والبنك الدولي،

وإذ تعرب عن تقديرها للمنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية الدولية العاملة في ميدان إصلاح قانون المعاملات المضمونة لمشاركتها في وضع الدليل التشريعي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن المعاملات المضمونة ولما قدّمته من دعم في هذا الصدد،

١- تعرب عن تقديرها للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لإتمامها واعتمادها الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة؛[١]

٢- *تطلب* إلى الأمين العام أن ينشر نص الدليل التشريعي على نطاق واسع، عن طريق إحالته إلى الحكومات والهيئات المهتمة الأخرى، مثل المؤسسات المالية وغرف التجارة على الصعيدين الوطني والدولي؛

٣- توصي جميع الدول بأن تنظر إيجابيا في الدليل التشريعي عند تنقيح أو اعتماد تشريعات ذات صلة بالمعاملات المضمونة، وتدعو الدول التي استخدمت الدليل التشريعي إلى أن تبلغ اللجنة بذلك؛

٤- توصي أيضا جميع الدول بأن تواصل النظر في الانضمام إلى اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية،[٢] التي ترد مبادئها أيضا في الدليل التشريعي.

---

[١] انظر *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والستون، الملحق رقم ١٧* (A/62/17)، الجزء الثاني، الفقرة ١٠٠.

[٢] القرار ٨١/٥٦، المرفق.

الفهرس

الاتفاق الضماني

الإحالات الإجمالية ثانيا ١٠٣–١٠٥

الالتزام المضمون ثانيا ٣٨–٤٨

التعهد المستقل ثانيا ١٢٦–١٢٧

الحساب المصرفي ثانيا ١٢٣–١٢٥

الحق الضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن مستحقاً ثانيا ١١١–١٢٢

شروط عدم الإحالة ثانيا ١٠٦–١١٠

الشكل ثانيا ٣٠–٣٤

الطرفان ثانيا ٣٤–٣٧

العائدات ثانيا ٧٢–٨٥

العائدات الممزوجة ثانيا ٨٦–٨٩

العناصر الأساسية ثانيا ٢٦–٢٩

القانون المنطبق عاشرا ٦١

الكتلة أو المنتج ثانيا ١٠٠–١٠١

المستندات القابلة للتداول ثانيا ١٢٨

الملحقات ثانيا ٩٦–٩٩

الموجودات الخاضعة لاتفاق ضماني ثانيا ٤٩–٧١

الموجودات الممزوجة في كتلة أو منتج ثانيا ٩٠–٩٥

وقت النفاذ ثانيا ٢٤–٢٥

آثار الإعسار

انظر *الإعسار*

انظر *تنازع القوانين*

الاحتفاظ بالملكية

انظر *تمويل الاحتياز*

استقلالية الطرفين

انظر *إنفاذ الحق الضماني*

انظر *حقوق طرفي الاتفاق الضماني والتزاماتهما*

انظر *نطاق الانطباق*

الإعسار

إجراءات إعادة التنظيم ثاني عشر ٤٧-٥٣
إجراءات إعادة التنظيم المعجلة ثاني عشر ٥٤-٥٥
إجراءات الإبطال ثاني عشر ٤٣-٤٤
استخدام الموجودات والتصرّف فيها ثاني عشر ٣٥-٣٦
ترتيب المطالبات المضمونة ثاني عشر ٥٩-٦٣
تمويل الاحتياز ثاني عشر ٦٤-٦٦
التمويل اللاحق لبدء الإجراءات ثاني عشر ٣٧-٣٨
تنازع القوانين عاشرا ٨٠-٨٢
الدائنون المضمونون ثاني عشر ٤٥-٤٦
العقود ثاني عشر ٣٩-٤٢
القانون المنطبق في إجراءات الإعسار ثاني عشر ١٤-١٧
قانون محكمة الإعسار ثاني عشر ١٥-١٧
مبادئ عامة بشأن الحقوق الضمانية ثاني عشر ١٣
المستحقات الخاضعة لعملية نقل تام قبل بدء الإجراءات ثاني عشر ٦٧
المصطلحات ثاني عشر ٧-١٢
المطالبات المضمونة ثاني عشر ٥٦-٥٨
الموجودات ثاني عشر ١٨-٢٥
الموجودات المرهونة ثاني عشر ١٨-٣٦
الوقف ثاني عشر ٢٦-٣٤

إنشاء الحق الضماني

التعهد المستقل ثانيا ١٢٦-١٢٧
التلف (المسؤولية) ثانيا ٧١
الحساب المصرفي ثانيا ١٢٣-١٢٥
الخسارة (المسؤولية) ثانيا ٧١
الرهون الثابتة والعائمة ثانيا ٦٧
رهون المنشآت ثانيا ٦٤-٦٦
شرط عدم الإحالة ثانيا ١٠٦-١١٠
الصك القابل للتداول ثانيا ١١١-١٢٢
العائدات (الحق الضماني) ثانيا ٧٢-٨٥
العناصر الأساسية ثانيا ٢٦-٢٩
الكتلة (الحق الضماني) ثانيا ١٠٠-١٠٢
مسؤولية الدائن المضمون ثانيا ٧١
المستحق ثانيا ١٠٣-١٠٥
ثانيا ١١١-١٢٢

المستند القابل للتداول ثانيا ١٢٨
المغالاة في الضمان الاحتياطي ثانيا ٦٨-٦٩
الملحق ثانيا ٩٦-٩٨
المنتج ثانيا ١٠٠-١٠٢
الموجودات ثانيا ٤٩-٥٠
الموجودات الآجلة ثانيا ٥١-٥٥
الموجودات (المانح) ثانيا ٦١-٧٠
الموجودات المرهونة (مسؤولية الدائن المضمون) ثانيا ٧١
الموجودات الملموسة ثانيا ٨٦-٩٥، ١٢٨
الموجودات الممزوجة ثانيا ٨٦-٩٥
الموجودات غير الملموسة ثانيا ١١١-١٢٢
الآثار ثامنا ٧٤-٨١
إدارة المنشأة وبيعها ثامنا ٧١-٧٣
استخدام عائدات التصرف ثامنا ٦٠-٦٤
الإشراف القضائي ثامنا ١٨-٢٠
الإشعار باعتزام الإنفاذ خارج نطاق القضاء ثامنا ٣٨-٤٣
الإشعار بالتصرف (الشكل والمحتوى) ثامنا ٤٤-٤٧
انتهاء الحق الضماني بعد الوفاء الكلي ثامنا ٢٢-٢٦
إنفاذ الحق الضماني في العائدات ثامنا ٨٢-٨٤
الإنفاذ القضائي ثامنا ١٨-٢٠، ٢٩-٣٣، ٧٤-٧٦
الإنفاذ خارج نطاق القضاء ثامنا ٢٩-٣٣، ٧٤-٨٠
بيع الموجودات المرهونة أو التصرف فيها ثامنا ٥٧-٥٩
التداخل بين الممتلكات المنقولة وغير المنقولة ثامنا ٨٥-٨٩
التعهد المستقل ثامنا ١٠٩-١١٠
التقصير ثامنا ١١-١٤
حرية الطرفين ثامنا ١٦-١٧
حرية الطرفين في الاتفاق على إجراءات الإنفاذ ثامنا ١٦-١٧
الحساب المصرفي ثامنا ١٠٥-١٠٨
حسن النية والمعقولية التجارية ثامنا ١٥

الحق الضماني الاحتيازي

الحقوق التراكمية اللاحقة للتقصير ثامنا ٣٤-٣٥
الخطوات الإجرائية السابقة للتقصير ثامنا ٣٧-٤٨
الصفة النهائية ثامنا ٨١
الصكوك القابلة للتداول ثامنا ١٠٢-١٠٤
عائدات البيع أو التصرف بطريقة أخرى ثامنا ٦٠-٦٤

العائدات (الحق الضماني) ثامنا ٨٢-٨٤
الكتلة أو المنتج ثامنا ٩٠-٩٢
المانح (التصرف المأذون به) ثامنا ٤٨
المانح (الحقوق) ثامنا ٣٧-٤٨
مبادئ عامة ثامنا ١٠-٣٦
المستحق ثامنا ٩٤-٩٨
المستحق (النقل التام) ثامنا ٩٩-١٠١
المستندات القابلة للتداول ثامنا ١١١-١١٢
المعقولية التجارية ثامنا ١٥
الملحق ثامنا ٩٠-٩٢
المنتج ثامنا ٩٠-٩٢
المنشأة التجارية (إدارتها وبيعها) ثامنا ٧١-٧٣
الموجودات المرهونة (الاحتياز) ثامنا ٦٥-٧٠
الموجودات المرهونة (الإقصاء من حيازة المانح) ثامنا ٥١-٥٦
الموجودات المرهونة (البيع أو التصرف بطريقة أخرى) ثامنا ٥٧-٥٩
الموجودات المنقولة ثامنا ٩٠-٩٢
نظم الإنفاذ ثامنا ٨٥-٨٩

الأوراق المالية

نطاق الانطباق أولا ٣٧-٣٨

أولوية الحق الضماني

اتفاقات السيطرة خامسا ٥٨
استمرار النفاذ تجاه الأطراف الثالثة خامسا ١٣٢-١٣٤
أسس تحديد الأولوية خامسا ٢٧-٤١
الأشخاص الذين يقدمون خدمات تتعلق بالموجودات المرهونة خامسا ١٠٣-١٠٦
الالتزامات المشروطة والآجلة خامسا ١٣٥-١٤٠
إنزال المرتبة خامسا ١٢٨-١٣١
أنواع التنافس على الأولوية خامسا ١٠-١٤
التعهد المستقل خامسا ١٦٥-١٦٦
الحساب المصرفي خامسا ١٥٧-١٦٣
الحق الضماني في العائدات خامسا ١٤٤-١٥٠
حق المورد في الاسترداد خامسا ١٠٧-١٠٩
الدائنون (المضمونون وغير المضمونين) خامسا ٤٣-٤٤
الدائنون بحكم القضاء خامسا ٩٤-١٠٢
السجل المتخصص خامسا ٥٦-٥٧
السياسات خامسا ٢٩-٣٢

شهادة الملكية خامسا ٥٦-٥٧
الصكوك القابلة للتداول خامسا ١٥٤-١٥٦
طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة خامسا ٣٣-٤١
العلم (عدم الاعتداد به) خامسا ١٢٥-١٢٧
قاعدة الأسبق زمنيا خامسا ٤٥-٥٤
قاعدة الأسبق زمنيا (الاستثناءات) خامسا ٥٥-٥٩
الكتلة خامسا ١١٧-١٢٤
المُرخّص لهم خامسا ٨٠-٨٣
المستأجرون خامسا ٧٧-٧٩
المستندات القابلة للتداول خامسا ١٦٧-١٦٩
المطالبات التفضيلية خامسا ٩٠-٩٣
المطالبون المتنافسون (قواعد تحديد الأولوية) خامسا ٤٢-١٢٤
المفهوم خامسا ١-٩
ملاحظات تخص موجودات معينة خامسا ١٥١-١٦٩
الملحقات خامسا ١١٠-١١٦
المنتج خامسا ١١٧-١٢٤
المنقول إليه النائي والمستأجر النائي والمرخص له النائي خامسا ٨٤-٨٨
المنقول إليهم خامسا ٦٠-٧٦
الموجودات الآجلة خامسا ١٤١-١٤٣
الموجودات المرهونة خامسا ٤٥-٥٩
الموجودات الممزوجة خامسا ١١٧-١٢٤
الموهوب لهم خامسا ٨٩
النطاق والتفسير خامسا ١٢٥-١٥٠
النقود خامسا ١٦٤
نهج التقييد الزمني خامسا ٧٦-٨٩
نهج حسن النية خامسا ٧٤-٧٥
نهج سياق العمل المعتاد خامسا ٦٧-٧٣
النهوج إزاء قواعد الأولوية خامسا ٢٠-٢٦

التضخم

الأثر على الأولوية خامسا ١٢٤

التعهد

انظر *التعهد المستقل*

التعهد المستقل

الأطراف الثالثة المدينة سابعا ٢، ٤، ٧-٨، ٣٨-٤٢

الإقرار	المقدمة ٢٠
إنشاء الحق الضماني	المقدمة ٢٠
إنفاذ الحق الضماني	ثامنا ١٠٩-١١٠
أولوية الحق الضماني	١٦٥-١٦٦
تنازع القوانين	تاسعا ٥٢-٥٣، ٦٢-٦٣
حقوق تقاضي العائدات	المقدمة ٢٠
حقوق طرفي الاتفاق الضماني	سادسا ٣٠، ٧٠-٧١
السيطرة	المقدمة ٢٠
عمليات النقل التام	أولا ٢٦-٢٧
المثبّت	المقدمة ٢٠
المستحق	المقدمة ٢٠
المُصدر/الكفيل	المقدمة ٢٠
الموجودات المشمولة	أولا ٦
نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة	ثالثا ١٣٢-١٣٤
التكنولوجيا الإلكترونية	
نطاق الانطباق	أولا ١١٩-١٢٢
نظام السجل	رابعا ٤٣
تمويل الاحتياز	
الائتمان الاحتيازي المضمون وغير المضمون	تاسعا ١٤-١٩
الاحتفاظ بالملكية	تاسعا ٢٠-٢٩
الاختيارات السياساتية الرئيسية	تاسعا ٦٠-٩٥
الإعسار	تاسعا ٢٠٦-٢١٣
إنشاء الحق الضماني	تاسعا ٨٥-٩٥
الإنفاذ	تاسعا ١٨٨-١٩٦
الأولوية	تاسعا ١١٦-١٨٢
الإيجار	تاسعا ٣٠-٣٥
البائعون (الحقوق الضمانية)	تاسعا ٣٦-٣٩
التزامات الطرفين	تاسعا ١٨٣-١٨٧
التسجيل	تاسعا ١٠٨-١١٥
التعادل الوظيفي	تاسعا ٦٧-٧٣
التعادل الوظيفي (النهجان الوحدوي وغير الوحدوي إزاءه)	تاسعا ٧٤-٨٤
تمويل الاحتياز المقدم من البائع (النهوج المؤيدة له)	تاسعا ٤٦-٥١ تاسعا ٥٢-٥٥
تمويل الاحتياز بواسطة المقرضين	تاسعا ٤٠-٤٣
تنازع القوانين	تاسعا ١٩٧-٢٠٠

الحق الضماني في "ثمن الشراء" تاسعا ٥٦–٥٩
الخلفية التجارية تاسعا ١٣–٤٣
الدائنون بحكم القضاء (الأولوية) تاسعا ١٤٥–١٤٨
السلع الاستهلاكية (الاستثناء من التسجيل) تاسعا ١١٢–١١٥
السلع الاستهلاكية (الأولوية) تاسعا ١٢٥–١٢٨
العائدات (الأولوية) تاسعا ١٥٨–١٧٢
الفترة الانتقالية تاسعا ٢٠١–٢٠٥
المخزون (الأولوية) تاسعا ١٣٣–١٣
تاسعا ١٦٦–١٧٢
المصطلحات تاسعا ٦–١٢
معاملات التمويل الاحتيازي المتعددة تاسعا ١٤٠–١٤٤
مقدمو التمويل (مرتبة الأولوية) تاسعا ١١٧–١٢٤
الملحقات بالموجودات المنقولة (الأولوية) تاسعا ١٤٩–١٥٣
الملحقات بالموجودات غير المنقولة (الأولوية) تاسعا ١٥٤–١٥٧
الممتلكات غير المنقولة (الأولية) تاسعا ١٥٤–١٥٧
الممولون المتنافسون تاسعا ١٧٣–١٧٨
المنتجات (الأولوية) تاسعا ١٤٩–١٥٣
المهلة تاسعا ١٠٨–١١١
الموجودات الملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية تاسعا ١٢٩–١٣٢
الموجودات المملوسة تاسعا ١٦١–١٦٥
تاسعا ٤٤–٥٩
الموجودات المنقولة (الأولوية) تاسعا ١٤٩–١٥٣
النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تاسعا ٩٦–١٠٧
النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تاسعا ٩٦–١١٥

تنازع القوانين

إجراءات الإعسار عاشرا ٨٠–٨٢
استثناءات من قاعدة قانون مقر المانح عاشرا ٤٨–٥٤
استثناءات من قاعدة قانون موقع المال عاشرا ٣٥–٣٨
الأطراف الثالثة المدينة عاشرا ٦٢–٦٣
إنشاء الحق الضماني عاشرا ١٥–٢٧
إنفاذ الحق الضماني عاشرا ٦٤–٧٢
الأولوية عاشرا ١٥–٢٧
البضائع العابرة عاشرا ٣١–٣٣
البضائع المصدّرة عاشرا ٣١–٣٣
حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها عاشرا ٦٢–٦٣

حقوق الطرفين والتزاماتهما عاشرا ٦١

الدول المتعددة الوحدات عاشرا ٨٣-٨٧

السياسات العامة عاشرا ٧٩

الصكوك القابلة للتداول عاشرا ٣٤

العائدات عاشرا ٥٥-٦٠

العائدات المتصلة بالممتلكات المنقولة عاشرا ٥٤

الغرض عاشرا ١-٨

قانون محكمة الإعسار عاشرا ٨٠-٨٢

قانون مكان الموجودات عاشرا ٢٩-٣٠

قانون موقع المال عاشرا ٢٩-٣٠

القواعد المُلزمة دوليا عاشرا ٧٩

مقر المانح عاشرا ٣٩-٤٧

المكان أو المقر عاشرا ٧٣-٧٨

الموجودات الملموسة عاشرا ٢٨-٣٨

الموجودات غير الملموسة عاشرا ٣٩-٥٤

النطاق عاشرا ٩-١٣

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة عاشرا ١٥-٢٧

الوثائق القابلة للتداول عاشرا ٢٨-٣٣

الثمار (الطبيعية والمدنية أو الإيرادات)

انظر *العائدات*

حسن النية

إنفاذ الحق الضماني ثامنا ١٥

الحساب المصرفي (الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي)

إنشاء الحق الضماني ثانيا ١٢٣-١٢٥

إنفاذ الحق الضماني ثامنا ١٠٤-١٠٧

أولوية الحق الضماني خامسا ١٥٧-١٦٣

تنازع القوانين عاشرا ٤٨-٥١

حقوق المصرف والتزاماته سابعا ٣٢-٣٧

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة ثالثا ١٣٨-١٤٨

حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها

استرداد المبالغ المسددة سابعا ٢٥-٢٦

تعديل العقد الأصلي سابعا ٢٣-٢٤

حق الدائن المضمون في إشعار الأطراف الثالثة المدينة سابعا ١٦

المدين بالمستحق (إبراء الذمة بالسداد) سابعا ١٧-٢٠

المدين بالمستحق (الالتزامات) سابعا ٩-١١
المدين بالمستحق (الحماية) سابعا ١٢-١٦
المدين بالمستحق (الدفوع وحقوق المقاصة) سابعا ٢١-٢٢
المدين بمقتضى صك قابل للتداول سابعا ٢٧-٣١
مُصدر المستند القابل للتداول أو مدين آخر بمقتضاه سابعا ٤٣-٤٤
المُصدر/الكفيل سابعا ٣٨-٤٢
المصرف الوديع سابعا ٣٢-٣٧
مفعول الحق الضماني سابعا ٧-٤٤

حقوق طرفي الاتفاق الضماني والتزاماتهما

استقلالية الطرفين سادسا ٨-١٥
إقرارات المُحيل سادسا ٧٣
انظر *حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها*
الحق في الحصول على سداد المستحق سادسا ٧٦-٨٠
الدائن المضمون (القواعد غير الإلزامية) سادسا ٥٠-٥٨
القواعد الإلزامية السابقة للتقصير سادسا ١٦-٣٩
القواعد غير الإلزامية السابقة للتقصير سادسا ٤٠-٦٨
المانح (القواعد غير الإلزامية) سادسا ٥٩-٦٥
مصدر الحقوق والالتزامات سادسا ١٤-١٥
الموجودات المرهونة (واجب إعادتها) سادسا ٣٥-٣٩
الموجودات المرهونة (واجب الحفاظ على قيمتها) سادسا ٣٢-٣٤
الموجودات المرهونة (واجب المحافظة عليها) سادسا ٢٤-٣١

الدائن المضمون

إنشاء الحق الضماني ثانيا ٣٤-٣٧
حقوق طرفي الاتفاق الضماني والتزاماتهما (القواعد غير الإلزامية) سادسا ٥٠-٥٨
نطاق الانطباق أولا ١٠-١١
نظام السجل (البحث بالإشارة) رابعا ٢٩-٣٠
نظام السجل (الحق في الحصول على نسخة من الإشعار) رابعا ٥٢
نظام السجل (تحديد الهوية) رابعا ٨١

الدائنون

انظر *أولوية الحق الضماني (المضمون وغير المضمون)*

رهن الوفاء

انظر *نطاق الانطباق*

الرهون الثابتة والعائمة

إنشاء الحق الضماني ثانيا ٦١-٧٨

رهون المنشآت

إنشاء الحق الضماني في (الرهون الثابتة والعائمة) ثانيا ٦١-٧٨

الصك القابل للتداول

إنشاء الحق الضماني ثانيا ١١١-١٢٢

إنفاذ الحق الضماني ثامنا ١٠٢-١٦٤

تنازع القوانين عاشرا ٣٤

الموجودات المشمولة أولا ٥

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة ثالثا ١٢٨-١٣١
ثالثا ١٥٤-١٥٨

العقود المالية

نطاق الانطباق أولا ٣٩

الفترة الانتقالية

الإنفاذ حادي عشر ٢٧-٣٣

تاريخ نفاذ القانون الجديد حادي عشر ٤-٦

تنازع الأولوية حادي عشر ٢٣-٢٦

حقوق الأطراف الثالثة السابقة لتاريخ النفاذ حادي عشر ٢٠-٢٢

حقوق الطرفين السابقة لتاريخ النفاذ حادي عشر ١٧-١٩

النزاعات المعروضة على المحاكم أو هيئات التحكيم حادي عشر ١٥-١٦

النهج العام حادي عشر ٧-١٢

قانون محكمة الإعسار

انظر *الإعسار*

انظر *تنازع القوانين*

قانون موقع الموجودات أو قانون موقع المال

انظر *تنازع القوانين*

الكتلة

إنشاء الحق الضماني ثانيا ١٠٠-١٠٢

إنفاذ الحق الضماني ثامنا ٩٠-٩٢

أولوية الحق الضماني خامسا ١١٧-١٢٤

النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ثالثا ١٠٨-١١٦

المانح

إنشاء الحق الضماني ثانيا ٣٤-٣٧

انظر *نظام السجل*

حقوق طرفي الاتفاق الضماني والتزاماتهما (القواعد غير الإلزامية) سادسا ٥٩-٦٥

نطاق الانطباق أولا ١٠-١١

المدين

إبراء الذمة بالسداد سابعا ١٧–٢٠

الالتزامات سابعا ٩–١١

إنشاء الحق الضماني ثانيا ٣٤–٣٧

الحماية سابعا ١٢–١٦

الدفوع وحقوق المقاصة سابعا ٢١–٢٢

نطاق الانطباق أولا ١٠–١١

المسؤولية

الإخلال بمعيار السلوك في سياق الإنفاذ ثامنا ١٥

الخسارة أو التلف اللذان تسببهما الموجودات المرهونة ثانيا ٧١

المستحق

الإعسار (في حالة النقل التام) ثاني عشر ٦٧

إنشاء الحق الضماني ثانيا ١١١–١٢٢

إنفاذ الحق الضماني ثامنا ٩٤–٩٨

إنفاذ الحق الضماني (النقل التام) ثامنا ٩٩–١٠١

شرط عدم الإحالة ثانيا ١٠٦–١١٠

نطاق الانطباق (عمليات النقل التام) أولا ٢٥–٣١

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة ثالثا ١٢٨–١٣١

المستند القابل للتداول

إنشاء الحق الضماني ثانيا ١٢٨

إنفاذ الحق الضماني ثامنا ١١١–١١٢

أولوية الحق الضماني خامسا ١٦٧–١٦٩

تنازع القوانين عاشرا ٢٨–٣٣

رهن الوفاء أولا ٦٠

المستندات القابلة للتداول الإلكترونية الشكل أولا ١١٩–١٢٢

الموجودات المشمولة أولا ٦

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة ثالثا ١٥٤–١٥٨

المعقولية التجارية

إنفاذ الحق الضماني ثامنا ١٥

الملحقات

إنشاء الحق الضماني ثانيا ٩٦–٩٩

الإنفاذ ثامنا ٩٠–٩٢

الأولوية خامسا ١١٠–١١٦

تمويل الاحتياز (الأولوية) تاسعا ١٤٩–١٥٧

تنازع القوانين	عاشرا ٢٨-٣٨
المتلكات غير المنقولة	أولا ٤٠-٤٢
نفاذ الحق الضماني	ثالثا ٩٧-١٠٧
الملكية الفكرية	
إنشاء الحق الضماني	ثانيا ٧٩
تنازع القوانين	عاشرا ٢٣
نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة	ثالثا ٦٨، ٧٦-٧٧
أولوية الحق الضماني	رابعا ٨٣
حقوق الطرفين	سادسا ٣٠
نطاق الانطباق	أولا ٣٣-٣٦
الممتلكات غير المنقولة	
الإنفاذ	ثامنا ٨٥-٨٩
أولوية الحق الضماني المسجل في سجل متخصص	خامسا ٥٦-٥٧
المستحقات المتصلة بالممتلكات غير المنقولة	عاشرا ٥٤
المستحقات المضمونة برهن ممتلكات غير منقولة	ثانيا ١١١-١٢٢ ثالثا ١٣٥-١٣٧
الملحقات بالممتلكات غير المنقولة	ثانيا ٩٦-٩٩ ثالثا ١٠٢-١٠٤ خامسا ١١١-١١٤ تاسعا ١٥٤-١٥٧
نطاق الانطباق	أولا ٤٠-٤٢
نفاذ الحق الضماني بالتسجيل في سجل متخصص	ثالثا ٦٧-٨٢
المنتج	
انظر *الكتلة*	
الموجودات الآجلة	
الأجسام الفضائية	أولا ٣٢
الاحتفاظ بالملكية	أولا ٩٢-١٠٠
استثناءات أخرى لنطاق الانطباق	أولا ٤٤
استقلالية الطرفين	أولا ١١٥-١١٩
الأطراف	أولا ١٠-١١
الالتزامات	أولا ١٢
الأوراق المالية	أولا ٣٧-٣٨
الحقوق الضمانية	أولا ١٣-١٥
رهن الوفاء	أولا ٥١-٥٩
السفن	أولا ٣٢

العائدات أولا ١٦-٢٤

عائدات أنواع الموجودات المستبعدة أولا ٤٣

عمليات النقل التام للمستحقات أولا ٢٥-٣١

المعاملات المضمونة (النهج الوظيفي) أولا ١٠١-١٠٩

المعاملات المضمونة (النهوج الأساسية) أولا ٤٥-١١٢

المعدات الدارجة على السكك الحديدية أولا ٣٢

الملكية الفكرية أولا ٣٣-٣٦

الممتلكات غير المنقولة أولا ٤٠-٤٢

الموجودات الملموسة أولا ٥٠-٧٧

الموجودات غير الملموسة أولا ٧٨-٨٤

نقل الملكية أولا ٨٦-٩١

الموجودات المرهونة

إنشاء الحق الضماني (مسؤولية الدائن المضمون) ثانيا ٧١

إنفاذ الحق الضماني (الاحتياز) ثامنا ٦٥-٧٠

(الإقصاء من حيازة المانح) ثامنا ٥١-٥٦

الإعسار ثاني عشر ١٨-٣٦

إنفاذ الحق الضماني (البيع أو التصرف على نحو آخر) ثامنا ٥٧-٥٩

أولوية الحق الضماني (الأشخاص الذين يقدمون خدمات) خامسا ١٠٣-١٠٦

أولوية الحق الضماني (المنقول إليهم والمستأجرون والمرخص لهم) خامسا ٦٠-٨٣

حقوق طرفي الاتفاق الضماني والتزاماتهما(واجب الحفاظ على القيمة، واجب المحافظة، واجب الإعادة) رابعا ٢٤-٣٩

نظام السجل (أثر النقل) رابعا ٧٨-٨٠

الموجودات الملموسة

إنشاء الحق الضماني ثانيا ٨٦-٩٥، ١٢٨

تمويل الاحتياز تاسعا ١٢٩-١٣٢
تاسعا ١٦١-١٦٥
تاسعا٤٤-٥٩

تنازع القوانين عاشرا ٢٨-٣٨

نطاق الانطباق أولا ٥٠-٧٧

الموجودات غير الملموسة

الأطراف الثالثة المدينة *(انظر حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)*

إنشاء الحق الضماني ثانيا ١٠٣-١٢٧

أولوية الحق الضماني خامسا ١٥٤-١٦٣
خامسا ١٦٥-١٦٦

تنازع القوانين عاشرا ٣٩-٥٤

حقوق الطرفين والتزاماتهما سادسا ٧٣-٨٠

نطاق الانطباق أولا ٧٨-٨٤

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة ثالثا ١٣٨-١٤٨

نطاق الانطباق

التكنولوجيا الإلكترونية المعاصرة (الاستخدام) أولا ١١٩-١٢٢

الطائرات أولا ٣٢

العقود المالية أولا ٣٩

معاملات العملات الأجنبية أولا ٣٩

الموجودات أولا ٥-٩

نظام السجل

الاطلاع على مستندات الضمان غير المحفوظة في السجل العمومي رابعا ١٨-١٩

التسجيل المسبق رابعا ٩٨-١٠١

التعديل رابعا ١٠٧-١١٦

الإذن بالتسجيل رابعا ١٠٦

الإلغاء رابعا ١٠٧-١١٦

قيد السجل المركزي رابعا ٢١-٢٤

التأكيد رابعا ٥٣

سلامة البيانات رابعا ٥٤

وصف الموجودات المرهونة رابعا ٨٢-٨٦

التمييز بين الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين رابعا ٧٣-٧٤

المدة رابعا ٨٧-٩١

التكنولوجيا الإلكترونية رابعا ٤٣

الموجودات المرهونة (أثر النقل) رابعا ٧٨-٨٠

أحقية البحث رابعا ٢٧-٢٨

الخطأ رابعا ٦٦-٦٧

التمديد رابعا ٨٧-٩١

الرسوم رابعا ٣٧

المانح (المقارنة بفهرسة الموجودات) رابعا ٣١-٣٦

المانح (الحق في الحصول على نسخة من الإشعار المسجل) رابعا ٤٩-٥١

المانح (المعلومات الخاصة به) رابعا ٦٦-٨٠

المانح (الحماية) رابعا ٢٠

المانح (البحث بالإشارة إليه) رابعا ٢٩-٣٠

أثر تغيير محددة هوية المانح رابعا ٧٥-٧٧

محدد الهوية (الأشخاص الاعتباريين) رابعا ٧٢

محدد الهوية (الأشخاص الطبيعيين) رابعا ٦٨-٧١

محدد الهوية (الدائن المضمون) رابعا ٨١
سلامة البيانات رابعا ٤٧-٥٤
اللغة رابعا ٤٤-٤٦
المبلغ الأقصى رابعا ٩٢-٩٧
طريقة الوصول رابعا ٣٨-٤١
الحقوق الضمانية المتعددة (تسجيل واحد لها) رابعا ٩٨-١٠١
الإشعار بالتسجيل (المفهوم) رابعا ١٠-١٤
الشروط المسبقة للتسجيل رابعا ١٥-١٧
الاطلاع العام رابعا ٢٥-٢٦
قيد الهوية رابعا ٤٨
المحتوى المطلوب رابعا ٦٥
المسؤولية (عن الخسارة أو التلف) رابعا ٥٥-٦٤
النطاق رابعا ١-٢
الدائن المضمون (الحق في الحصول على نسخة من التغييرات في السجل) رابعا ٥٢
الدائن المضمون (البحث بالإشارة إليه) رابعا ٢٩-٣٠
الأمن رابعا ٤٧-٥٤
ساعات الخدمة رابعا ٤٢
السجلات المتخصصة رابعا ١١٧
مسؤولية الدولة رابعا ٤٧
انظر *النفاذ تجاه الأطراف الثالثة*
وقت النفاذ رابعا ١٠٢-١٠٥

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة
الاستمرار ثالثا ١١٧-١٢٧
الأطراف الثالثة (المعنى) ثالثا ٩-١٥
الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة ثالثا ٦-٨
التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية ثالثا ٢٩-٤٦
التسجيل في سجل متخصص ثالثا ٦٧-٨٦
التعهد المستقل ثالثا ١٣٢-١٣٤، ١٤٩-١٥٣
الحساب المصرفي ثالثا ١٣٨-١٤٨
الحقوق الشخصية أو حقوق الملكية التي تضمن سداد مستحق ثالثا ١٢٨-١٣٧
الحيازة ثالثا ٤٧-٦٦
رهن الممتلكات غير المنقولة ثالثا ١٣٥-١٣٧
شهادة الملكية ثالثا ٨٣-٨٦
انظر *نظام السجل*

الصكوك القابلة للتداول ثالثا ١٢٨-١٣١، ١٥٤-١٥٨
طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ثالثا ١٩-٢٨
العائدات ثالثا ٨٧-٩٦
العلاقة بين النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية ثالثا ١٥-١٨
الكتلة أو المنتج ثالثا ١١٧-١١٩
المسائل السياساتية ثالثا ٥
المستحق ثالثا ١٢٨-١٣١
المستندات القابلة للتداول ثالثا ١٥٤-١٥٨
الملحقات ثالثا ٩٧-١٠٧
الموجودات غير الملموسة ١٤٩-١٥٣
موقع الموجودات أو المانح ثالثا ١١٧-١١٩
النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية ثالثا ١٥-١٨

النقود

أولوية الحق الضماني خامسا ١٦٤

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

USD 85
ISBN 978-92-1-633056-9

منشورات الأمم المتحدة
طُبع في النمسا
رقم المبيع: A.09.V.12

V.09-82668—October 2010—525