الأمم المتحدة

A/CN.9/631/Add.2

الجمعية العامة

Distr.: General
18 June 2007
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الأربعون
فيينا، ٢٥ حزيران/يونيه - ١٢ تموز/يوليه ٢٠٠٧

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

مذكّرة من الأمانة*

إضافة

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
خامسا- نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة	١-١٣٠	٤
ألف- ملاحظات عامة	١-١٠٥	٤
١- مقدّمة	١-٢٤	٤
(أ) الغرض من شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة	١-٢	٤
(ب) التمييز بين إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة	٣-٥	٤
(ج) معنى "الأطراف الثالثة"	٦-١١	٥
(د) العلاقة بين النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية	١٢-١٤	٨

* تأخّر تقديم هذه الوثيقة تسعة أسابيع عن الموعد المحدّد بعشرة أسابيع قبل بدء الدورة بسبب ضرورة الانتظار إلى حين استكمال المشاورات ووضع الصيغة النهائية للتعديلات اللاحقة.

260607 V.07-84533 (A)

		الفقرات	الصفحة
	(هـ) استعراض طرائق تحقيق إنفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة	١٥-٢١	٩
	(و) مخطط الفصل	٢٢-٢٤	١١
٢-	التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية	٢٥-٤٢	١٢
	(أ) ملاحظات عامة	٢٥-٢٩	١٢
	(ب) التسجيل بمعزل عن إنشاء الحق الضماني	٣٠-٣٢	١٣
	(ج) التسجيل غير الكافي للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة	٣٣-٣٦	١٤
	(د) توسيع نظام السجل ليشمل معاملات أخرى	٣٧-٤٢	١٥
٣-	الحيازة	٤٣-٦١	١٨
	(أ) ملاحظات عامة	٤٣-٤٨	١٨
	(ب) الحيازة الحكمية وعدم كفايتها	٤٩-٥٠	٢٠
	(ج) الحيازة من قبل طرف ثالث	٥١-٥٧	٢١
	(د) عدم انطباق الحيازة على الموجودات غير الملموسة	٥٨	٢٢
	(هـ) مدى كفاية الحيازة لأغراض الإنفاذ	٥٩-٦١	٢٣
٤-	التسجيل في سجل متخصّص أو التأشير على شهادة ملكية	٦٢-٧١	٢٤
	(أ) ملاحظات عامة	٦٢-٦٣	٢٤
	(ب) التسجيل في سجل متخصّص للممتلكات المنقولة	٦٤-٦٨	٢٥
	(ج) التأشير على شهادة الملكية	٦٩-٧١	٢٧
٥-	نفاذ الحق الضماني في العائدات تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة	٧٢-٧٨	٢٨
٦-	نفاذ الحق الضماني في الملحقات تجاه الأطراف الثالثة	٧٩-٨٦	٣١
	(أ) ملاحظات عامة	٧٩-٨٠	٣١
	(ب) الملحقات بالممتلكات المنقولة	٨١-٨٢	٣٢
	(ج) الملحقات بالممتلكات غير المنقولة	٨٣-٨٤	٣٣
	(د) الملحقات بممتلكات منقولة خاضعة لسجل متخصّص	٨٥	٣٤
	(هـ) التنسيق بين السجلات	٨٦	٣٤
٧-	نفاذ الحق الضماني في كتلة بضاعة أو في منتج تلقائيا تجاه أطراف ثالثة	٨٧-٩٤	٣٥

		الفقرات	الصفحة
٨-	استمرار نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة بعد تغيّر موقع الموجودات أو المانح	٩٥-٩٨	٣٨
٩-	استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وانقضاؤه	٩٩-١٠٥	٣٩
باء-	تعليقات تخص الموجودات تحديدا	١٠٦-١٣٠	٤١
١-	نفاذ الحق الضماني في حق ضماني شخصي أو حق ملكية يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجودات غير ملموسة أخرى تجاه الأطراف الثالثة	١٠٦-١١٣	٤١
٢-	نفاذ الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي	١١٤-١٢٠	٤٣
٣-	نفاذ الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة	١٢١-١٢٥	٤٦
٤-	نفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في البضاعة التي يتناولها مستند قابل للتداول تجاه الأطراف الثالثة	١٢٦-١٣٠	٤٢
جيم-	التوصيات		٥٠

خامسا- نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

(أ) الغرض من شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

١- في بعض الدول، يصبح الحق الضماني في الممتلكات المنقولة نافذا بين الطرفين وتجاه الأطراف الثالثة على السواء حالما يبرم الاتفاق الضماني دونما حاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر. وميزة هذا النهج أنه يتَّسم بالبساطة. بيد أنه لا يزود الدائن المضمون المحتمل بوسيلة موثوقة للتحقق مما إذا كانت الموجودات التي هي في حيازة المانح مرهونة أصلا. وبالإضافة إلى ذلك، إذا باع المانح موجودات مرهونة أو أحال حيازتها، دون الحصول على إذن الدائن المضمون، إلى مشتر (وفي بعض الأحيان المرهون له) يشتري (أو يأخذ في حيازته) موجودات دون أن يعلم أنها خاضعة لحق ضماني، قد يجد الدائن المضمون حقه الضماني باطلا. وقد يكون لهذه النتيجة تأثير سلبي على توافر الائتمان وتكلفته.

٢- وبالتالي، يشترط الكثير من الدول اتخاذ خطوة إضافية لكي يصبح الحق الضماني نافذا بالكامل. والهدف من هذه الخطوة الإضافية هو توفير شكل ما من الإشعار العلني بوجود فعلي (أو مجرد وجود محتمل في بعض الحالات) لحق ضماني في موجودات المانح. ومن الأمثلة على تلك الإجراءات نقل حيازة الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون وتسجيل إشعار في سجل عمومي. وتسهم هذه الأنواع من الإجراءات في كفاءة وفعالية نظام الإقراض المضمون بطرق عدة. فهي، أولا، تمكِّن الدائن المضمون من أن يتبيّن قبل اتخاذ أي حق ضماني ما إذا كانت موجودات المانح مرهونة أصلا. وبما أنها، ثانيا، تنبّه دائني المانح وأطرافا ثالثة أخرى إلى وجود حق ضماني، تنتفي الحاجة إلى قواعد خاصة تحمي الأطراف الثالثة من ضرر الحقوق الضمانية "السرية". وهي تتيح، ثالثا، مرجعا زمنيا محددا لترتيب الأولوية بين الدائن المضمون والمُطالِب المنافس (للاطلاع على تعريفي "المُطالِب المُنافس" و"الدائن المضمون"، انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1).

(ب) التمييز بين إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة

٣- من بين الدول التي تشترط هذا الإجراء الإضافي يعتبره بعضها شرطا أساسيا لنفاذ الحق الضماني حتى بين الطرفين. وتتلخص الفكرة هنا بأن لا فائدة من التمييز بين النفاذ فيما بين الطرفين والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، لأن الهدف الرئيسي من اتخاذ الضمان هو الحصول

على حقوق واجبة الإنفاذ تجاه المانح والأطراف الثالثة. وتُشترَط هذه الخطوة الإضافية في دول أخرى لمجرد جعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ويستند هذا النهج إلى الفكرة بأنه لما كان اشتراط اتخاذ خطوة إضافية إنما يهدف أساسا إلى ترتيب أولوية الحقوق بين الدائن المضمون والمُطالِب المنافس فلا داعي لجعل اتخاذها شرطا مسبقا لحق الدائن المضمون في إنفاذ حقوقه بمقتضى الاتفاق الضماني وقانون المعاملات المضمونة تجاه المانح (للاطلاع على تعريف "اتفاق الضمان"، انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1).

٤- ويعتمد العديد من الدول التي حدّثت قانونها للمعاملات المضمونة مؤخرا النهج الثاني. أما في الدول التي لا تميّز بين ما يترتب على حقوق الملكية عموما من آثار على الطرفين وآثار على الأغيار، فإن اعتماد هذا النهج قد يثير بعض الشواغل المفاهيمية. فعلى سبيل المثال، لا تقر معظم الدول بعدم جواز إنشاء الرهن إلاّ بين الطرفين. ومع ذلك، ليس النهج الذي يعتمده الدليل جديدا كليا حتى في هذه الدول. فهو ينقل ببساطة فكرة التوافق المقبولة حاليا كجزء من قانون البيع في معظم الدول، إلى عالم الحقوق الضمانية. علاوة على ذلك، فإن الشواغل بشأن إعادة صياغة اتفاقات "الملكية" على غرار الرهن، لا تنطبق إذا كانت الخطوة الإضافية هي التسجيل، لأن المانح في هذه الحالات يبقى دائما حائزا للموجودات المرهونة. وأخيرا، فإن عدم التمييز بين ما يترتب على حقوق الملكية من آثار على الطرفين وآثار على الأغيار يضيف شرطا شكليا آخر إلى إنشاء الحقوق الضمانية من دون أي مزية تعويضية للمانحين أو الدائنين المضمونين (انظر الفقرات ١٤٣-١٤٧ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1).

٥- وبهدف تعزيز الائتمان المضمون الفعال، يوصي هذا الدليل باعتماد نهج يميز بين الخطوات المطلوبة لإنشاء الحق ضماني (نفاذه بين الطرفين) والخطوات اللازمة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وحالما تُستوفى شروط إنشاء الحق الضماني التي يتناولها الفصل الرابع (انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1) يصبح الحق الضماني نافذا بين المانح والدائن المضمون (انظر التوصية ٣١ في الوثيقة A/CN.9/631). ولكن إذا ما أريد للحق الضماني أن يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة فلا بد من أن تستوفى أيضا شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة التي يتناولها هذا الفصل (انظر التوصية ٣٠ في الوثيقة A/CN.9/631).

(ج) معنى "الأطراف الثالثة"

٦- بينما لا يصعب في العادة تحديد طرفي الاتفاق الضماني (أي المانح والدائن المضمون) فإن تحديد من الذي يعتبر "طرفا ثالثا" أمر أكثر تعقيدا. والواقع أن الدول تتخذ نهوجا تختلف

كثيرا عن بعضها البعض إزاء فئات الأطراف الثالثة التي يكون الحق الضماني تجاهها غير ذي مفعول ما لم تُتخذ الخطوة الإضافية المطلوبة. وفي بعض الدول، لا يصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة، أيا كانت وضعيتها، إلا بعد اتخاذ الخطوة الإضافية. وتعتمد دول أخرى نهجا آخر أكثر تقييدا. فيكون الحق الضماني نافذا حكميا تجاه الأطراف الثالثة حال إنشائه ولكن باستطاعة فئات معينة من المطالبين المنافسين أن تبطله ما لم تُتخذ الخطوة الإضافية المطلوبة ليصبح نافذا بالكامل قبل أن تنشأ حقوقهم (انظر الفقرات ١٤٣-١٤٧ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1).

٧- وفي الدول التي تعتمد هذا النهج الأكثر تقييدا، لا تشترط الخطوة الإضافية إلا للنفاذ تجاه الدائنين المضمونين وتجاه الأشخاص الذين أحيلت إليهم الموجودات المرهونة. أما فيما يتعلق بدائني المانح غير المضمونين وممثل الإعسار، فالحق الضماني يصبح نافذا بالكامل تجاههم حال إنشائه. ويستند التمييز بين هذه الفئات من "الأطراف الثالثة" إلى الفكرة بأن الإشعار بالحق الضماني لا ينبغي أن يكون ذا أهمية إلاّ للدائنين الذين يُفترض أنهم الأشخاص الذين أخذوا حقا ضمانيا أو اشتروا أو أعطوا قيمة بطريقة أخرى اعتمادا منهم على حق ملكية غير مرهون يخص المانح. فعلى سبيل المثال، يفترض أن الدائنين غير المضمونين لا يعتمدون على وجود أو غياب الحقوق الضمانية في موجودات المانح، لأن فعل تقديم الائتمان على أساس غير مضمون يعني ضمنا في حد ذاته قبولا واعيا باحتمال تدني أولويتهم عن أولوية الدائنين المضمونين الذين قد يحصلون لاحقا على حقوق ضمانية في موجودات المانح.

٨- غير أن هناك عدة أسباب قد تجعل من هذا النهج حيال حقوق الدائنين غير المضمونين، والدائنين بحكم القضاء وممثلي الإعسار نهجا غير مناسب تماما لنظام معاملات مضمونة يتسم بالفعالية والكفاءة. فأولا، بينما يستند الدائنون غير المضمونين في قرار الإقراض على الوضع المالي العام للمانح، فإن وجود الحقوق الضمانية أو غيابها قد يكون أحد العوامل التي يستند إليها ذلك التقييم وقد تستند إليه أيضا وكالات الإبلاغ عن الائتمانات التي قد يعتمد الدائنون غير المضمونين على خدماتها. وثانيا، يقلص شرط التسجيل العمومي في الوقت المناسب أو اتخاذ أية خطوة إضافية معادلة من احتمال أن يكون الحق الضماني المزعوم ترتيبا تواطئيا بين مانح معسر ودائن مفضل لإبطال مطالبات الدائنين الآخرين غير المضمونين. ثالثا، يمكِّن ذلك الشرط الدائنين بحكم القضاء من أن يتبيّنوا قبل الشروع في الإجراءات الإنفاذية المكلفة ما إذا كانت موجودات المانح مرهونة أصلا. ويقلّص كذلك تكاليف إجراءات الإعسار إذ يزوّد ممثل الإعسار بوسيلة فعّالة للتأكّد من موجودات المانح المعسر التي يحتمل أن تكون مرهونة. وأخيرا، يشكل الاحتمال في أن يجد

الدائنون المضمونون حقوقهم الضمانية وقد بطلت بفعل إنفاذ قضائي متدخل أو إجراءات إعسار حافزا قويا لهم كي يجعلوا حقوقهم الضمانية نافذة بالكامل في الوقت المناسب.

٩- وفي بعض الدول التي تحمي عموما حقوق الدائنين المضمونين اللاحقين أو المحال إليهم من الحقوق الضمانية التي لم تُجعل نافذة تجاههم من خلال الخطوة الإضافية المطلوبة، يستثنى من هذه الحماية الدائنون المضمونون اللاحقون أو المشترون الذين يحصلون على حقوقهم وهم على علم فعلي بوجود حق ضماني مسبق. ومرة أخرى، هناك أسباب تجعل هذا التحفظ غير مناسب تماما لنظام معاملات مضمونة يتسم بالكفاءة. وأول هذه الأسباب أن أحد الأغراض الرئيسية لنظام فعال هو توفير يقين مسبق (أي قبل إبرام الاتفاق الضماني وتقديم الائتمان) بشأن ترتيب الحقوق المنافسة في الموجودات المرهونة. وقاعدة الأولوية التي تعتمد على التقاضي بأثر رجعي بخصوص وقائع معينة تنافي ذلك الهدف. وثانيها أن مجرد العلم بوجود اتفاق ضماني مسبق لا يعني وجود سوء نية من جانب الدائن المضمون اللاحق. وإذا لم يتخذ الدائن المضمون السابق الخطوات اللازمة لجعل حقه الضماني نافذا بالكامل تجاه الأطراف الثالثة، فمن المعقول أن يفترض الدائن اللاحق أنه وافق ضمنيا على احتمال إنزال مرتبته في الأولوية. وثالثها أن الإقرار بعلم الطرف الآخر والمدى الدقيق لهذا العلم يثير مسائل إثبات صعبة.

١٠- وترفض بعض الدول أيضا توفير الحماية للمتلقي اللاحق للموجودات المرهونة بناء على النظرية القائلة إنه ما بين الدائن المضمون الذي كون قد أعطى، بحكم قيمة لحقه الضماني والمتلقي الذي لم يفعل ذلك، ينبغي حماية الدائن المضمون. وهناك أسباب مماثلة لتلك التي نوقشت في الفقرة السابقة تجعل هذا القيد غير مناسب تماما لنظام معاملات مضمونة يتسم بالكفاءة. فتحديد وضعية من أحيلت إليه الموجودات المرهونة يستدعي تقاضيا بأثر رجعي وهو أمر مناف للأهداف المتمثلة في توفير يقين مسبق 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 غير المرهونة (من خلال إنشاء حق ضماني لصالح دائن آخر، على سبيل المثال).

١١- والمناقشة الواردة أعلاه لمختلف النهج الرامية إلى تحديد ما إذا كانت بعض فئات المطالبين المنافسين ينبغي '١' أن تُنزل أولويتها حتى بالنسبة إلى الحقوق الضمانية التي لم تُجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة، أو '٢' أن تُمنح الأولوية حتى على الحقوق الضمانية التي جُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة في وقت لاحق، تبين أن مثل هذا التمييز مناف عموما للفعالية والشفافية وقابلية التنبؤ في نظام المعاملات المضمونة. ولهذا السبب، يوصي هذا الدليل بالنهج

الأول المبين أعلاه (انظر التوصية ٣٠ في الوثيقة A/CN.9/631). ولا يكون الحق الضماني نافذا تجاه الحقوق التي تكتسبها في تلك الأثناء أطراف ثالثة في الموجودات المرهونة بغض النظر عن نوع المطالب المنافس، إلا بعد استيفاء شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

(د) العلاقة بين النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية

١٢- لا يحدد تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في حد ذاته مسائل الأولوية. غير أنه يفضي إلى بعض النتائج المتعلقة بالأولوية بمعنى أن الحق الضماني الذي لم يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة لا يمكن أن يعلو على حقوق المطالب المنافس على الموجودات المرهونة نفسها. بيد أن ثمة حاجة إلى قواعد إضافية لتقرير الأولوية فيما بين المطالبين المتنافسين الذين حققوا جميعا نفاذ حقوقهم تجاه الأطراف الثالثة. وكما هو موضح بشكل أوفى في الفصل السابع (انظر الفقرات ... من الوثيقة A/CN.9/631/Add.4)، تتوقف الأولوية على طبيعة وحالة الحقوق التي يتنافس معها الحق الضماني. فعلى سبيل المثال، إذا جُعل أكثر من حق ضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة، سيكون من الضروري ترتيب الأولويات فيما بين هذه الحقوق الضمانية المتنافسة.

١٣- وعلاوة على ذلك، فإن مفهوم الأولوية ليس واحدا في جميع الدول. فبعض الدول تتخذ موقفا مفاده أن الأولوية تتعلق فقط بحقوق الدائنين المتنافسين المضمونين وغير المضمونين في موجودات المانح. وتتحدد حقوق المطالبين المنافسين الآخرين مثل المحال إليهم والمستأجرين بالإحالة إلى القواعد التي تحكم خاصية حق الملكية الخاص بالمحيل. ولدى دول أخرى مفهوم عملي أوسع للأولوية. فهي ترى أن كل نزاع بين مطالبين متنافسين هو نزاع على الأولوية. وهذا النهج الخاص بالأولوية شائع حيثما اعتبر نظام المعاملات المضمونة أنه، فيما يتعلق بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، لا ينبغي التمييز بين الفئات المختلفة من المطالبين.

١٤- ويعتمد هذا الدليل المفهوم الأخير للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، لكنه يعتمد أيضا المفهوم الأوسع للأولوية. وبعبارة أخرى، رغم أن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية مفهومان مختلفان، فلأن قواعد الأولوية المختلفة المذكورة في الفصل السابع تنظر إلى الأولوية نظرة نسبية لا بد من مراعاة قواعد الأولوية هذه لدى تقييم درجة الحماية التي يوفرها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو توفرها الطرائق الخاصة بتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ويقر هذا الفصل، على سبيل المثال، بأنه ما إن تستوفى شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، يستمر الحق الضماني في الموجودات حتى لو أصبحت في حيازة محال إليه لاحق (انظر التوصية ٣٢ في الوثيقة A/CN.9/631). بيد أن حق الدائن المضمون في تتبع الموجودات (حق الملاحقة) ليس حقا مطلقا. فبموجب قواعد الأولوية التي يتناولها الفصل السابع، يأخذ مشتري الموجودات

المرهونة الملموسة وحامل المستندات والصكوك القابلة للتداول المحالة في سياق العمل المعتاد للمانح هذه الموجودات والمستندات خالصة من أي حق ضماني بصورة عامة حتى وإن كانت نافذة تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصيات ٨٥-٨٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

(هـ) استعراض طرائق تحقيق إنفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة

١٥- لم تولِ الدول في الماضي اهتماما يذكر لتطوير الطرائق المختلفة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والتوفيق بينها. وترجع قلة الاهتمام هذه إما إلى الحظر العام الذي كان مفروضا على إنشاء الحقوق الضمانية غير الحيازية في الممتلكات المنقولة (الممتلكات المنقولة لا تقبل الرهن) أو إلى عدم قابلية الحقوق الضمانية غير الحيازية في الممتلكات المنقولة للإنفاذ ضد الأطراف الثالثة بوجه عام. وفي هذه الدول، كان الرهن هو أداة الضمان الوحيدة المتاحة، واستخدم تجريد المانح من الحيازة لتفعيل الرهن وكذلك لأداء وظيفة الإشهار اللازم للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ولكن، مع تطور الاقتصادات، باتت حدود هذا الرهن أكثر وضوحا. وبما أن المانح التجاري يرغب عادة في أن يظل حائزا لموجوداته التجارية، كان لا بد من إيجاد بديل ما للحيازة. وهكذا، توصلت الدول إلى استحداث مفهوم تسجيل الحقوق كوسيلة إضافية لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

١٦- وفي العديد من الدول، يمثل التسجيل الطريقة الرئيسية لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ولئن اختلفت أنواع نظم التسجيل باختلاف الدول، فالنهج المألوف هو إنشاء سجل عام للحقوق الضمانية (انظر التوصية ٣٣ في الوثيقة A/CN.9/631). وبالإضافة إلى التسجيل، توجد طرائق بديلة وفقا لطبيعة الموجودات المرهونة (انظر التوصية ٣٥ في الوثيقة A/CN.9/631). فعلى سبيل المثال، تنص جميع الدول تقريبا على استمرار فكرة "الرهن" بمعنى أن الحق الضماني في الممتلكات الملموسة يمكن جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة من خلال نقل حيازة الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون.

١٧- وفي حين أن التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية ونقل الحيازة إلى الدائن المضمون هما أكثر الطرائق شيوعا لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فإنهما لا يمثلان في العادة الطريقتين المستخدمتين حصرا. إذ كثيرا ما تُشترع قواعد "سيطرة" متخصصة لتسري على الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي وفي الحق في العائدات بمقتضى تعهد مستقل (للاطلاع على تعريف هذه المصطلحات، انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). إضافة إلى ذلك، يمكن في معظم الدول أن يُجعل الحق الضماني في ملحق بممتلكات غير منقولة نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل

الممتلكات غير المنقولة. وأخيرا، يمكن في العديد من الدول، بمقتضى قانون آخر، تسجيل الحق الضماني في نوع معين من الممتلكات المنقولة في سجل لحقوق الملكية (كسجل سفينة على سبيل المثال) أو التأشير بشأنه على شهادة ملكية.

١٨- ومن الممكن كذلك، في بعض الدول، تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في مستحق من خلال إخطار المدين المستحق. وفي الممارسة العملية، لا يطالب الدائن المضمون عادة بسداد المبلغ المستحق مباشرة إلى أن يحدث تقصير من جانب المانح. والواقع أنه حتى عندما تحال المستحقات إحالة تامة، كثيرا ما يكون المحال إليه راغبا في ترك مهمة التحصيل للمحيل. وعلى ضوء هذه الاعتبارات العملية، يعامل هذا الدليل المطالبة بالسداد على أنها مجرد أسلوب للتحصيل أو الإنفاذ لا كطريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وبالإضافة إلى ذلك، يوفر التسجيل للدائنين المضمونين وللمحال إليهم وسيلة أكفأ لتقييم المخاطرة المتعلقة بالأولوية منذ بداية المعاملة، وخصوصا حيثما يشمل الحق الضماني أو الإحالة جميع مستحقات المانح الحالية منها والمكتسبة لاحقا. وفيما عدا ذلك، يتعرض هؤلاء لخطر فقدان أولويتهم بسبب التحديد الاعتباطي للوقت الذي يكون قد قام فيه الدائن المضمون أو المحال إليه بتوجيه إخطار إلى المدين بالمبلغ المستحق.

١٩- ورغم المبدأ القائل بوجوب اتخاذ خطوة إضافية لتحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، تنص قوانين بعض الدول على أن الحق الضماني يكون في عدد من الحالات الاستثنائية نافذا بصورة تلقائية تجاه الأطراف الثالثة دونما حاجة إلى قيام الدائن المضمون بالتسجيل أو أخذ الحيازة أو اتخاذ أية خطوة إيجابية أخرى. ولكن، وكقاعدة عامة في معظم الدول، لا يصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا جُعل نافذا تجاه تلك الأطراف بإحدى الطرائق البديلة المشار إليها.

٢٠- وهذه الطرائق البديلة ليست حصرية في معظم الدول. فعلى سبيل المثال، تنص قوانين معظم الدول على أنه حيثما يجوز جعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بنقل الحيازة إلى الدائن المضمون، يجوز أيضا أن يُجعل نافذا بواسطة التسجيل. وعلاوة على ذلك، حتى حينما تكون الموجودات مرهونة باتفاق الضمان ذاته، تنص قوانين معظم الدول على جواز استخدام طرائق مختلفة باختلاف الموجودات (انظر التوصية ٣٧ في الوثيقة A/CN.9/631). وينبع الاستثناء الوحيد من مبدأ عدم الحصرية من الطابع الخاص للمعاملات التي تستند إلى خطابات اعتماد (يستخدم الدليل مصطلح "التعهد المستقل"؛ للاطلاع على التعريف، انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). وعادة ما تنص قوانين الدول على أن الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهّد مستقل لا يمكن جعله نافذا تجاه الأطراف

الثالثة إلا بحصول الدائن المضمون على السيطرة فيما يتعلق بالعائدات (انظر التوصية ٣٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢١- ومع ذلك، قد يكون التسجيل، في الممارسة العملية، الطريقة الحصرية في الكثير من الدول، بمعنى عدم وجود أي طريقة أخرى لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في النوع المعين من الموجودات المرهونة المعنية. وهذا صحيح عموما، بالنسبة للحقوق الضمانية في المستحقات والمخزونات، على سبيل المثال.

(و) مخطط الفصل

٢٢- تتناول الأبواب من ألف-٢ إلى ألف-٤ من هذا الفصل بالتفصيل الطرائق الثلاث الأكثر شيوعا لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (وهي التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية، والحيازة والتسجيل في سجل متخصص). وتنظر الأبواب ألف-٥ إلى ألف-٧ في الحالات التي يظل فيها الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة نافذا في الموجودات غير الخاضعة من الأصل لحق ضماني. ويتناول البابان ألف-٨ وألف-٩ مسائل أخرى تتعلق بالاستمرارية، مثال ذلك عندما يتغير مكان الموجودات أو المانح، أو عندما يحتمل أن يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قد انقضى.

٢٣- أما الجزء باء فهو مخصص للبحث في الطرائق الخاصة بتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، التي تنطبق على أنواع معينة من الموجودات. وينظر الباب باء-١ في الحالات الهامة الخاصة بالحق الضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجودات أخرى غير ملموسة. ويستعرض الباب باء-٢ نفاذ الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة. ويقيِّم الباب باء-٣ سبل تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة عندما يرهن الحق الضماني حق الحصول على العائدات بمقتضى تعهّد مستقل. وأخيرا، يتناول الباب باء-٤ نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في مستند قابل للتداول أو في ممتلكات مشمولة بمستند قابل للتداول.

٢٤- ويتضمّن الجزء جيم سلسلة من التوصيات تتعلق بطرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وما يترتب على ذلك من نتائج.

٢- التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية

(أ) ملاحظات عامة

٢٥- بينما يعتبر التسجيل العمومي طريقة مقبولة على نطاق واسع لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، تختلف نظم التسجيل اختلافا كبيرا. ففي الكثير من الدول، تطورت شروط التسجيل في شكل متزايد على امتداد فترة زمنية طويلة، مما أدى إلى تشكيلة غير منسقة من النظم داخل الدولة الواحدة وقد جرى تنظيمها استنادا إلى معايير متنوعة. وعلى سبيل المثال، قد تكون بعض هذه النظم منظمة بحسب نوع المعاملة (كسجلات الاحتفاظ بحق الملكية وسجلات الشراء التأجيرى 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 (كسجلات المعدات أو الآلات أو المستحقات).

٢٦- وتتخذ الدول أيضا نهوجا مختلفة إزاء الشكليات الواجب اتباعها للتسجيل. فلا تشترط بعض الدول سوى تسجيل إشعار. وتشترط دول أخرى تسجيل ملخص كامل للحقوق الواردة في الاتفاق الضماني. وتشترط دول غيرها تسجيل الوثائق الضمانية كاملة إلى جانب الشهادات الرسمية أو الإقرارات الكتابية التي تشهد على صحة هوية المشاركين وعلى موثوقية توقيعاتهم وأهليتهم القانونية.

٢٧- ومع بداية الجزء الثاني من القرن العشرين، بدأ عدد متزايد من الدول ينشئ سجلات جديدة للحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة أو يعيد تنظيم نظم التسجيل القائمة لديه بخصوص هذه الحقوق أو يستبدلها بقدر كبير. وشملت هذه الإصلاحات تطورين مميزين. ففي المقام الأول، استبدلت الدول النظم القائمة التي كانت مشتتة ومجزأة بسجل مركزي عام يشمل جميع الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة، بصرف النظر عن هوية الأطراف أو طبيعة الموجودات المرهونة أو شكل المعاملة المنشئة للحق الضماني. وبالمثل، اختارت جميع الدول التي أنشأت للمرة الأولى سجلا للحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة سجلا مركزيا عاما. ثانيا، غيّرت الدول 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 عن الحق الضماني الذي يتصل به، بنظام أكثر تعقيدا ينطوي على تسجيل الوثائق 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.

٢٨- وللعديد من الدول، تشكل هذه السمة الثانية من سمات السجلات الحديثة ابتعادا كبيرا عن مفهوم تسجيل الحقوق الضمانية المقبول عموما. وحتى في الدول التي لا يتم فيها تسجيل وثائق كاملة، تتلخص الفكرة في أن السجل يفيد في إعلام الباحثين بوجود حق ضماني ما. والتسجيل يثبت الحق، وبالتالي لا يمكن إجراؤه إلا بعد نشوء الحق. وهذا ما يفسِّر سبب الاعتقاد بأن وصف هذه السجلات الحديثة بأنها تنطوي على التسجيل أمر مربك إن لم يكن غير مترابط منطقيا. فبما أن الدائن المضمون يقوم عادة بتسجيل إشعار بشأن نيته الحصول على حق ضماني فحسب (سواء أكان قد نفّذ هذه النية أم لا)، يفضل العديد من الدول عدم وصف هذه السجلات بنظم تسجيل، بل بنظم "إيداع إشعارات".

٢٩- وبغض النظر عن التسمية المستخدمة لوصف هذه النظم الأحدث لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فمن الواضح أنها تبسّط كثيرا عملية توفير مصدر موثوق للمعلومات عن الحقوق الضمانية المحتملة. ويشكل نظام "إيداع الإشعارات"، عندما يقترن بالتطورات في تكنولوجيا الحاسوب، عملية تسجيل وبحث عالية الكفاءة وفعّالة من حيث التكلفة. ولهذه الأسباب، يوصي الدليل أن تنشئ الدول نظم تسجيل عامة: '١' تكون مركزية وعامة وشاملة لجميع الحقوق الضمانية، و'٢' تتطلب فحسب تسجيل إشعار يبيّن التفاصيل الأساسية للحق الضماني الذي يتصل به أو قد يكون متصلا به. ويؤيد الدليل أيضا الفكرة القائلة بأن تسجيل إشعار بحق ضماني في مثل هذا السجل ينبغي أن يُعتمد كطريقة عامة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٣٣ في الوثيقة A/CN.9/631). ويتناول الفصل السادس من هذا الدليل التصميم والتفاصيل الفنية لمختلف النظم الخاصة بإنشاء هذا السجل (انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.3).

(ب) التسجيل بمعزل عن إنشاء الحق الضماني

٣٠- مثلما ذُكِر في المناقشة السابقة، درجت الدول تقليديا على اتخاذ نهجين مختلفين إزاء العلاقة بين تسجيل الحق الضماني وإنشائه. ففي بعض الدول، لا ينشأ الحق نفسه إلا عند حدوث التسجيل. فيما لا يُشترط التسجيل في دول أخرى إلاّ كخطوة إضافية ضرورية لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ويوصي هذا الدليل باعتماد النهج الثاني (انظر التوصية ٣٠ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣١- وتترتب عدة نتائج هامة على الفكرة القائلة بأن تسجيل إشعار بسيط يحتوي فقط على التفاصيل الأساسية بشأن الحق الضماني أمر لا يعني سوى مسألة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. فالاتفاق الضماني الذي يتعلق به الإشعار لا يسجل. ولا يُبيَّن وجوده أو محتواه لنظام

السجل يتحقق هذا النظام منهما. ويمثل إنشاء الحق الضماني (نفاذه بين الطرفين) وتسجيله فعلين مستقلين تماما: فالتسجيل لا ينشئ الحق الضماني ولا يثبت إنشاءه؛ كما أن التسجيل ليس ضروريا لإنشاء الحق الضماني (انظر التوصية ٣٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣٢- ولا يمكن من خلال البحث في السجل معرفة ما إذا كان الحق الضماني قد بات موجودا فعلا. ويعتمد هذا الوجود على الإثبات (من خلال استعراض الأدلة والوثائق غير الرسمية) بأن الطرفين أبرما اتفاقا ضمانيا يستوفي بعض الشروط الشكلية والأساسية، وأن لدى المانح حقوقا في (أو صلاحية رهن) الموجودات المبينة في الاتفاق الضماني (انظر التوصيات ١٢-١٤ في الوثيقة A/CN.9/631). وبالمثل، يعتمد نطاق الموجودات المرهونة قبل كل شيء على الوصف المبين في الاتفاق الضماني وليس في الإشعار المسجل (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 المسجل إلا إذا كان وصف الموجودات المرهونة المقدّم في الإشعار المسجل أضيق نطاقا من الوصف المقدّم في الاتفاق الضماني.

(ج) التسجيل غير الكافي للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٣٣- من النتائج الهامة لنظام لـ"إيداع الإشعارات" من النوع الذي يوصي به هذا الدليل أن التسجيل لا يكفل الوجود الفعلي للحق الضماني. وبعبارة أخرى، لا يثبت "إشعار" التسجيل وجود الحق الضماني، وهو أمر يختلف عن النُهج التقليدية للتسجيل في الكثير من الدول. ويعني ذلك أن التسجيل لا يؤدي بحد ذاته إلى نفاذ الحق المبين في الإشعار تجاه الأطراف الثالثة. فلا تُكتسب هذه الوضعية إلا إذا استوفيت أيضا شروط إنشاء الحق الضماني (انظر التوصية ٣٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣٤- ويترتب على هذا النهج إزاء التسجيل أثران اثنان يزيدان من مرونة نظام المعاملات المضمونة وفعاليته. أولا، رغم أن إنشاء الحق شرط أساسي للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فلا حاجة لأن يسبق التسجيل. وكما يتضح من الفصل السادس (انظر الفقرات ٧٣-٧٥ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.3)، يجوز تسجيل الإشعار بالحق الضماني إما قبل إبرام الاتفاق الضماني وأما بعده. ثانيا، مع أن الحق الضماني الذي يشمل الموجودات المكتسبة لاحقا (أي المكتسبة عقب إنشاء الحق الضماني) لا ينشأ فيما يتعلق بتلك الموجودات إلا عند اكتسابها، فمن الممكن تسجيل إشعار يصفها على أنها موجودات مرهونة على سبيل الاحتمال.

٣٥- وبينما لا تترتب في الغالب عواقب كبيرة على الاختلاف في ترتيب هاتين الخطوتين نحو تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (أي إنشاء الحق الضماني والتسجيل)، فذلك لا يصح دائما. إن زمن الإنشاء هام إذا اكتسب طرف ثالث الحقوق في الموجودات المبينة في إشعار مسجل (على سبيل الهبة أو عن طريق البيع أو نتيجة إجراءات الإعسار أو الإنفاذ بحكم القضاء) بعد حصول التسجيل. وإذا استوفيت كذلك شروط الإنشاء قبل اكتساب طرف ثالث حقوقا في الموجودات المرهونة، يصبح الحق الضماني نافذا تجاه هذا الطرف الثالث وتتحدد أولويته وفقا للقواعد المبينة في الفصل السابع (انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.4). 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 وأخذ علما بالإشعار الذي أودعه الدائن المضمون. وما لم يحصل الإنشاء والتسجيل، لا يتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

٣٦- وهناك استثناء واحد ها من المبدأ القائل بأن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يبدأ من وقت استيفاء الشرطين، وليس بالضرورة من وقت التسجيل. فكقاعدة عامة، على سبيل تعزيز اليقين والشفافية بين الدائنين المضمونين، جُعلت الأولولية بين الحقوق الضمانية المتنافسة النافذة تجاه الأطراف الثالثة بفعل التسجيل، متوقفة على الترتيب الذي جاء فيه التسجيل وليس على زمن الإنشاء (انظر التوصية ٧٨ في الوثيقة A/CN.9/631). 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، تكون الأولوية للذي سبق الآخر في التسجيل.

(د) توسيع نظام السجل ليشمل معاملات أخرى

٣٧- إن إنشاء نظام سجل عام وشامل للحقوق الضمانية من النوع المطروح في هذا الدليل أمر يمكِّن المتقصِّين من اكتشاف أي رهون يحتمل أن تكون موجودات المانح خاضعة لها واتخاذ الخطوات اللازمة لحماية حقوقهم. وقد قامت غالبية الدول التي اعتمدت هذه الأنواع من السجلات بتوسيع نطاقها أيضا. أي أن هذه الدول استنتجت أنه رغم كون الهدف الرئيسي من هذا السجل هو استخدامه كمستودع للمعلومات المتعلقة بالحقوق الضمانية المحتملة، فمن الممكن استخدامه أيضا لتسجيل المعلومات المتعلقة بأنواع أخرى من الحقوق غير الحيازية في الممتلكات المنقولة. وقد تم توسيع هذه السجلات لتشمل تسجيل

طائفة واسعة ومتنوعة من الإشعارات التي تشير إلى وجود حق غير حيازي أو إلى احتمال وجود حق آخر في موجودات غير ملموسة لصالح طرف ثالث.

٣٨- وليست فكرة استخدام سجل للحقوق الضمانية لأغراض أخرى بالجديدة. فكثير من الدول التي أنشأت سجلات متخصصة لتسجيل الرهن أو الرهن غير الحيازي أو الرهن العقاري أو الإحالة بضمان مطالبات الدفع (كالحق في مدفوعات تأمينية أو في مستحقات تجارية على سبيل المثال)، تجيز قوانينها أيضا (بل تشترط في بعض الحالات) تسجيل الإحالة التامة للمطالبة الفردية بالدفع، أو فئة كاملة من مطالبات الدفع في السجل المتخصص بنفس الطريقة كما لو كان حقا ضمانيا. وعادة ما يكون التسجيل في الدول التي اعتمدت سجلات شاملة للحقوق الضمانية إلزاميا، بمعنى أنه في حال عدم التسجيل أو عدم اتخاذ خطوة أخرى لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، لا يكون الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة (وبعبارة أخرى، إن التسجيل غير إلزامي بمعنى أن عدم التسجيل لا يؤثر على نفاذ الحق الضماني بين الطرفين). ويخضع أي شخص تحال إليه المستحقات إحالة تامة لنفس شروط التسجيل لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ولنفس قواعد الأولوية التي تنطبق على صاحب الحق الضماني في المستحقات. ومبرر ذلك أنه لا يوجد اختلاف عملي يذكر من منظور حقوق الأطراف الثالثة بين الإحالة التامة والإحالة الضمانية وأنه ينبغي بالتالي أن تكون القواعد المتعلقة بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، في كلا النوعين من المعاملات، واحدة. وهذا هو النهج الذي يوصي به هذا الدليل (انظر التوصية ٣٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣٩- وعموما، لم تسعَ الدول إلى إلزام أصحاب الممتلكات المنقولة بتسجيل ملكيتهم. وبالتالي، بينما يعمد العديد من الدول مثلا إما إلى اشتراط تسجيل إيجارات الممتلكات غير المنقولة وإما إلى التمكين من تسجيلها، لا ينتقل بهذه الفكرة إلى الممتلكات المنقولة سوى قلة منها. وبرغم ذلك، تعمد الدول التي أنشأت سجلا عاما للحقوق الضمانية، إلى جعل التسجيل في هذا السجل أيضا شرطا للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة في المعاملات التي يوجد فيها فصل بين المالك والشخص الذي يحوز لفترة من الزمن بندا من الممتلكات المنقولة ويبدو أنه يستعمله كما لو كان مالكا له. وتشمل الحالتان الأكثر شيوعا الإيجارات الصحيحة لمدة طويلة (لسنة أو أكثر مثلا) والشحنات التجارية التي يكون فيها المرسل إليه حائزا للمخزون بوصفه وكيل بيع لحساب المالك. وتخضع حقوق المؤجر والمرسل تجاه الأطراف الثالثة في الدول التي تعتمد هذا النهج، لنفس قواعد الأولوية وقواعد النفاذ تجاه الأطراف الثالثة التي تنطبق على صاحب الحق الضماني الاحتيازي. ومبرر هذا النهج أن الأطراف الثالثة المعنية بالموجودات التجارية الخاصة بالمستأجر أو المرسل إليه لا تملك في حال عدم التسجيل،

الوسائل الموضوعية لمعرفة ما إذا كانت هذه الموجودات مملوكة للمستأجر أو المرسل إليه أو للمؤجر أو المرسِل.

٤٠- وعلى الصعيد الدولي، يتجسد توسيع شروط التسجيل المتعلقة بالحقوق الضمانية لتشمل الإيجارات الصحيحة في اتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة، إذ توسع هذه الاتفاقية نطاق السجل الدولي المطروح فيها ليتعدى الحقوق الضمانية والإيجارات التمويلية إلى ترتيبات الإيجار.

٤١- وتعرف دول عديدة منذ أمد طويل مفهوم الرهن القضائي الذي يمكن بموجبه للدائن بحكم القضاء أن يسجل مبلغ من المال الحكم الصادر لصالحه تجاه الممتلكات غير المنقولة لمدين بحكم القضاء ويحصل بالتالي على حق ضماني في تلك الممتلكات غير المنقولة. ومع تطور مفهوم الحق الضماني غير الحيازي القابل للتسجيل في الممتلكات المنقولة، شرعت بعض الدول في السماح بتسجيل الأحكام الصادرة تجاه الممتلكات المنقولة. وتميل الدول التي اعتمدت سجلا عاما للحقوق الضمانية إلى النص في قوانينها على تسجيل إشعار بالحكم الصادر مفهرس وفقا لهوية المدين بحكم القضاء. وفي الدول التي تعتمد هذا النهج، ينشئ التسجيل معادلا للحق الضماني في الممتلكات المنقولة للمدين بحكم القضاء لصالح الدائن بحكم القضاء. ويمكن لهذا النهج أن يعزز بصورة غير مباشرة الوفاء الطوعي الفوري بالديون المحكوم بتسديدها، لأن الأطراف الثالثة لن تكون راغبة في شراء حق ضماني في الموجودات المرهونة أو أخذ مثله حتى يسدد الدائن بحكم القضاء الدين المحكوم بتسديده وينهي التسجيل.

٤٢- وفي الدول التي تعتمد هذا النهج، يحق عادة لممثل إعسار المدين بحكم القضاء أن يتمتع بالميزة النقدية التي تصاحب أولوية الدائن بحكم القضاء المسجل، وذلك لصالح جميع الدائنين غير المضمونين (رهنا في بعض الأحيان بامتياز خاص لصالح الدائن بحكم القضاء المسجل بتعويضه عن المصاريف والجهود). والغرض من هذه القاعدة هو ضمان عدم تعارض حقوق الدائن بحكم القضاء المسجل مع سياسات الإعسار التي تقضي المساواة في المعاملة بين دائني المدين غير المضمونين. ولا يقدّم الدليل توصية بشأن هذه النقطة، لأنها مسألة من اختصاص قانون غير قانون المعاملات المضمونة (فيما يتعلق بالأولوية بين الدائن المضمون والدائن بحكم القضاء، انظر التوصية ٩٠ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣- الحيازة

(أ) ملاحظات عامة

٤٣- في كل الدول تقريبا، 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 النظرية القائلة بأنّ نقل الحيازة دليل على موافقة المانح الضمنية على الحق الضماني وعلى نطاق الموجودات المرهونة به. ومن حيث النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فرغم أن نقل الحيازة ليس إشهارا إيجابيا بوجود حق ضماني (أي أنه لا يعني بالضرورة، على سبيل المثال، أن الشخص المتمتع بالحيازة هو طرف مرهون له وليس طرفا مستأجرا أو مقترضا أو مجرد وديع)، فهو يزيل احتمال أن تؤدي الحيازة المنقولة إلى المانح إلى تضليل الأطراف الثالثة فتعتقد أن المانح يتمتع بحق ملكية غير مرهون في هذه الممتلكات.

٤٤- ولئن كانت الحيازة أحيانا كثيرة فيما مضى الوسيلة الوحيدة لتنبيه الأطراف الثالثة إلى وجود حق ضماني، فقد أنشأت دول عديدة أيضا خلال القرن العشرين سجلات متخصصة لفئات معينة من الممتلكات المنقولة. فقد أنشأت بعض الدول مثلا سجلات للرهون غير الحيازية للمعدات التجارية أو الصناعية. بيد أن وجود سجل للرهون التجارية غير الحيازية لم يكن مصحوبا بحظر عام للرهن "الحقيقي" لهذا النوع من الموجودات. ونتيجة لذلك، كان من الوارد أحيانا كثيرة أن تكون نفس الموجودات مرهونة بحقين متنافسين، حق حيازي وحق ضماني مسجّل. ويمكن أن ترد نتيجة مماثلة في الدول التي أنشأت سجلات عامة للحقوق الضمانية. ويعتبر تسجيل إشعار في نظام للسجلات الخاصة بالحقوق الضمانية وسيلة بديلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تتواجد جنبا إلى جنب مع النظم التسجيلية المتخصصة أو تجريد المانح من الحيازة.

٤٥- وليست فكرة اعتماد النهج الذي يتوخى تواجد هاتين الوسيلتين معا لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أمرا مسلّما به بلا جدال. وتساق حجتان متداخلتان لإلغاء الحيازة كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة حيثما يوجد سجل عام للحقوق الضمانية. والحجة الأولى هي أنّ الحيازة تنال من موثوقية السجل كمصدر شامل للمعلومات المتعلقة باحتمال وجود حقوق ضمانية في موجودات المانح. فالدائنون المضمونون أو المشترون المحتملون لا يستطيعون التعويل على بحث سلبي للسجل للاستنتاج بأن الموجودات المعنية ليست مرهونة، بل لا بد لهم أيضا من التحقق من أنّ الموجودات هي في حيازة المانح. أما

الحجة الثانية فتتعلق بصعوبة إقامة الدليل. فبينما يتيح السجل مدوّنة عمومية موثوقة للوقت الذي يعتد به في تقرير الأولوية بين الحق الضماني وحق أي مطالب منافس، تتطلب الحيازة أدلة قد يكون مطعونا فيها لتقرير الوقت الذي حدث فيه الانتقال المادي الفعلي للحيازة.

٤٦- ورغم هذه الشواغل، فإن الدول التي أنشأت سجلات عامة للحقوق الضمانية تحتفظ أيضا بلا استثناء بنقل الحيازة كوسيلة بديلة لا تقل شرعية عن هذه السجلات لتحقيق نفاذ الحق الضماني في الممتلكات الملموسة تجاه الأطراف الثالثة. وأسباب ذلك عدة. فكفاية الحيازة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أمر راسخ في الممارسة التجارية. يضاف 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 وما يصاحبها من أولوية. أما فيما يتعلق بالتعدّي على شمولية هذا السجل، فإن الدائن المضمون والمشتري المحتملين يحتاجان عادة أن يتحققا من الوجود الفعلي للموجودات المعنية، ولهذا الغرض يتعين عليهما عادة التحقق من استمرار حيازة المانح لها. ومن المستبعد كذلك أن تسبب المشاكل الاستدلالية المتصلة بوقت نقل الحيازة أي صعوبات في الممارسة العملية. ولا ريب في أنّ أي دائن مضمون متعقّل سيريد التأكد، لأجل مصلحته الذاتية، من أنّ الوقت الذي حصل فيه على الحيازة موثّق كما يجب.

٤٧- والدول التي تعتمد وسيلتي التسجيل والحيازة من قبل الدائن لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تأخذ أيضا بالمبدأ القائل بأن هاتين الوسيلتين تؤديان، باستثناء حالات محدودة جدا، إلى نتيجتين متطابقتين تماما (سواء من حيث الوقت الذي يصبح فيه الحق الضماني نافذا بالفعل تجاه الأطراف الثالثة أو من حيث النتائج الخاصة بالأولوية المقترنة بهذه الخطوات الإضافية). ومع ذلك، ليست هاتان الوسيلتان لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة متساويتين من الناحية العملية. أولا، إن نقل الحيازة ليس وسيلة متاحة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ما لم تكن الموجودات المعنية قابلة فعليا للحيازة (أي موجودات مادية ملموسة). ثانيا، لا يصلح نقل الحيازة ما لم يكن المانح على استعداد للتخلي عن مواصلة استخدام الموجودات المرهونة والتمتع بها. فلا يمكن نقل الحيازة إذا كان المانح بحاجة إلى الاحتفاظ بالموجودات المرهونة لتقديم خدماته أو منتجاته أو لكي تدر له الدخل بشكل آخر.

٤٨- ولهذين السببين، ما إن يصبح نظام شامل وفعال لتسجيل الإشعارات متاحا، تميل الغالبية العظمى من الدائنين المضمونين نحو إيثار التسجيل على الحيازة كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. والاستثناءان الرئيسيان يخصان المعاملات على وجه التحديد وينطويان عادة على تمويل قصير الأجل. وهكذا على سبيل المثال، عندما تأتي الحيازة بميزة الأولوية،

كما في حالة الصكوك والمستندات القابلة للتداول، يأخذ الدائنون المضمونون الحيازة حتى لو كانوا أنفسهم أو أي طرف آخر قد سجّلوا حقا ضمانيا (انظر التوصيتين ٩٩ و١٠٧ في الوثيقة A/CN.9/631). وإضافة إلى ذلك، إذا كان الدائن المضمون يزاول مهنة أخذ حقوق ضمانية حيازية (كحالة المسترهِنين)، فمن النادر أن يعمد أيضا إلى تسجيل حقه الضماني. وعلما بأنّ الرهن الحيازي معروف حق المعرفة ومفهوم حق الفهم في معظم الدول وبأنّ من الممكن تحقيق الكفاءة في السماح بالحيازة كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وبأن الضرر بسلامة السجل ليس بالكبير، يأخذ هذا الدليل بموقف الدول التي أنشأت سجلا عاما للحقوق الضمانية ويؤيد تسجيل الإشعار ونقل الحيازة إلى الدائن المضمون كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٣٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

(ب) الحيازة الحكمية وعدم كفايتها

٤٩- رغم أنّ الرهن نشأ في النقل الفعلي لبند محدد من الممتلكات الملموسة من المانح (الراهن) إلى الدائن المضمون (المرهون له)، فبمرور الوقت، عمدت الدول أحيانا إلى تلطيف القواعد بشأن ما يمكن أن يشكّل الحيازة من قبل الدائن. وفي بعض الدول، أصبحت الحيازة الحكمية (كالاتفاق على تعيين المانح وكيلا للدائن المضمون، على سبيل المثال) مقبولة الآن كوسيلة كافية لنفاذ الحيازة والحق الضماني في الممتلكات الملموسة تجاه الأطراف الثالثة. ومن الجائز في دول أخرى أن تكون الحيازة رمزية، كأن يلصق المانح تنبيها على شيء أو على باب مؤسسة يقول فيه إنّ هذا الشيء أو محتويات هذه المؤسسة مرهونة للدائن المضمون. وكانت هذه التطورات تأتي في العادة نتيجة غياب آلية أعم لإنشاء رهن غير حيازي (أو حق ضماني) في الممتلكات المنقولة. ومع ذلك، تشترط بعض الدول التي لا تسمح اليوم بالحقوق الضمانية غير الحيازية بأن تكون الحيازة من قبل الدائن حيازة حقيقية: أي علنية، متواصلة، سلمية ولا لبس فيها (للاطلاع على مناقشة الحيازة كشرط لإنشاء الحق الضماني الحيازي، انظر الفقرة ... من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1).

٥٠- وكل الدول تقريبا التي أنشأت سجلا عاما للحقوق الضمانية والتي لا تزال تسمح بالحيازة من قبل الدائن كوسيلة لإشعار الأطراف الثالثة، تعتمد هذا النهج المتشدد إزاء الحيازة. فتقتضي الحيازة من قبل الدائن أن يتخلى المانح فعليا عن سيطرته المادية على الموجودات المرهونة، لأنّ استمرار الحيازة من قبل المانح أو أي شخص له صلة وثيقة بالمانح، لا يعطي إشارة كافية للأطراف الثالثة بأنّ حق الملكية الخاص بالمانح قد يكون مرهونا. أي، بما أنّ وجود سجل للحقوق المضمونة أمر يمكّن من إنشاء الضمان مع احتفاظ المدين

بالحيازة، فلا داعي للتساهل في مفهوم الحيازة لتيسير إنشاء الحقوق الضمانية. وهذا هو أيضا النهج الذي يوصي به الدليل ويتماشى مع المنطق الذي يرتكز عليه (للاطلاع على تعريف الحيازة، انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1).

(ج) الحيازة من قبل طرف ثالث

٥١- من المسلّم به عموما، بصرف النظر عما إذا كانت أي دولة قد أنشأت سجلا عاما للحقوق الضمانية أم لم تنشئ، أنّ الحيازة لا يتعيّن أن تكون حيازة مباشرة من قبل الدائن المضمون، بل يكفي أن تكون من قبل وكيل أو ممثل للدائن المضمون لتعتبر حيازة من قبل الدائن المضمون، شريطة ألاّ يستنتج أي شخص محايد من النظارة أنّ الموجودات المرهونة لا تزال في حيازة المانح. وتوجد وسائل مختلفة لجعل الحيازة من قبل أطراف ثالثة نافذة المفعول.

٥٢- ففي بعض الحالات، لا يكون لدى الدائن المضمون لا القدرة على حماية الموجودات المرهونة حماية صحيحة ولا الخبرة الفنية اللازمة لذلك. وعادة ما يحدث هنا أن يأخذ أو يتسلّم وديع يعمل لحساب الدائن المضمون الحيازة باسم الدائن المضمون. وهناك حالات أخرى قد تكون فيها الموجودات المرهونة في عهدة طرف ثالث وقت إنشاء الحق الضماني. فعلى سبيل المثال، قد تكون هذه الموجودات ألماسا أو ذهبا أو مجوهرات أو معادن أخرى نفيسة مودعة في عهدة شركة ضمان. وفي هذه الحالات، لا بد من إعلام الوديع بأنّ المانح قد رهن هذه الممتلكات وأنّ من غير الجائز له أن يسلّمها للمانح حتى يتلقى إشعارا من الدائن المضمون.

٥٣- والشائع أكثر أن تنشأ عهدة الطرف الثالث القائمة لأنّ طرفا ثالثا شاحنا أو متعهد مستودع يحتفظ بالموجودات المرهونة. وهنا، يمكن أن يحدث شكل من أشكال النفاذ تجاه طرف ثالث من خلال الحيازة عندما يصدر هذا الطرف الثالث إيصالا باسم الدائن المضمون أو يوافق على الاحتفاظ بالموجودات المرهونة نيابة عن الدائن المضمون. وفي هذه الحالة، تُثبت تصرفات هذا الطرف الثالث أنه يتولى الحيازة نيابة عن الدائن المضمون.

٥٤- ومن ناحية أخرى، إذا كان مستند الملكية صادرا في شكل قابل للتداول، فإن ذلك يعني أن الشاحن أو متعهد المستودع ملزم بتسليم الموجودات المبينة في المستند إلى الشخص الحائز له في الوقت الراهن. وبالتالي، يتيح تسليم الدائن المضمون هذا المستند مع أي تظهير ضروري وسيلة مضمونة لتحقيق نفاذ الحق الضماني في الموجودات المبينة فيه تجاه أي طرف ثالث.

٥٥- وجرى التوسع في بعض البلدان في فكرة الحيازة من قبل طرف ثالث يكون وديعا أو متعهد مستودع لتشمل وضع ترتيبات مخصصة بين الأطراف. أي أنه لا يلزم في هذه الدول أن تقتضي إحالة الحيازة إلى وكيل الدائن المضمون نقل الموجودات المرهونة نقلا فعليا من أرض المانح. ففي ترتيبات "التخزين في المستودعات الميدانية"، على سبيل المثال، يأخذ ممثل للدائن المضمون (عادة ما يكون من موظفي المانح) الموجودات المرهونة في عهدته على أرض المانح (وذلك، على سبيل المثال، بوضعها في مخزن مُقفَل لا أحد يحمل مفتاحه سوى الممثل). ولا يفرج عن أي موجودات مخزونة في" المستودع الميداني" لتسليمها إلى المانح إلاّ بموافقة الدائن المضمون.

٥٦- وتنتشر ترتيبات التخزين في المستودعات الميدانية على الأكثر في الدول التي يكون فيها الرهن الحيازي هو الشكل الوحيد المتاح للضمان بالممتلكات المنقولة. ومع ذلك، قد يرغب الدائن المضمون، حتى في الدول التي تتيح البديل في شكل السجل العمومي، في أن يخزن في المستودعات الميدانية كوسيلة عملية للمراقبة. ولكنه عادة ما يقوم أيضا بتسجيل إشعار بحقه الضماني للتأكد من وجود يقين قاطع من حيث النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ولتفادي خطر الطعن في هذا الترتيب بحجة أنه ينطوي على حيازة حكمية لا على حيازة فعلية.

٥٧- وفي الدول التي تأخذ بوسيلة الحيازة من قبل الدائن لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، تشكل إمكانية ممارسة هذه الوسيلة من خلال عهدة الوكيل أو الممثل سمة هامة من سمات النظم العصرية للحقوق الضمانية. فهي تزيد الحقوق الضمانية الحيازية كفاءة وفعالية مع الحد من تكلفتها بالسماح للدائنين بنقل مسؤولية العهدة إلى الخبراء. لهذه الأسباب، يتوقع هذا الدليل أن يكون بالإمكان إنفاذ الحيازة من قبل الدائن عن طريق عهدة الطرف الثالث (انظر تعريف "الحيازة" في الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1).

(د) عدم انطباق الحيازة على الموجودات غير الملموسة

٥٨- تنبع فكرة الحيازة كوسيلة ممكنة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة من فكرة الشفافية في العهدة المادية للموجودات. وهذا هو السبب الذي جعل في الماضي ويجعل اليوم الدول التي تأذن بالضمان من خلال اتفاقات الرهن تشترط أن تكون الموجودات المرهونة ممتلكات 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 بالحيازة. ولا يمكن أن تشكّل حيازة الدائن وسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ما لم تُجعل المستحقات

ممتلكات مادية في صك قابل للتداول. فشهادة الإيداع أو أي صك إيداع آخر يقتصر على إثبات الدين ولا يكون قابلا للتداول، لا يمكن أن يكون موضع "حيازة". وبالمثل، إذا سعى المانح إلى إنشاء حق ضماني في إيجار قطعة من المعدات، لا يمكنه أن يحقق نفاذ هذا الحق تجاه الأطراف الثالثة بتسليم الدائن المضمون إما المعدات (التي لا يملكها) وإما عقد الإيجار.

(هـ) مدى كفاية الحيازة لأغراض الإنفاذ

٥٩- لن يسعى كل الدائنين المضمونين على الفور إلى تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة. وقد يمتنعون لأي سبب من الأسباب عن تسجيل إشعار في السجل العام للحقوق الضمانية وعن الاضطلاع بحيازة الموجودات المرهونة. وفي الدول التي تعتبر الرهن عقدا خاصا بالممتلكات، يعني غياب حيازة الدائن أن الرهن لم يقم قط. ويجوز في دول أخرى، هي في الغالب الدول التي اعتمدت سجلا عاما للحقوق الضمانية ولكنها تقضي أيضا باضطلاع الدائن بالحيازة كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، أن يقام الرهن بين الطرفين حتى بدون حيازة الدائن. وفي هذه الحالات يكون من الضروري تقرير الشروط التي تشكّل بموجبها حيازة الدائن الفعلية اللاحقة وسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

٦٠- وهناك 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 تسليم كلا الطرفين بأنّ حقوق الدائن المضمون ستحمى بهذه الطريقة. وينطوي الاستيلاء لأغراض الإنفاذ عادة على أخذ الموجودات المرهونة اضطراريا من المانح نتيجة تقصيره. يضاف 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 لم يسجله كما يجب. وتوجد مخاوف، في سياق المنافسة مع ممثل إعسار المانح على وجه الخصوص، من أن يكون الاعتراف بالاستيلاء كتصرف كاف للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة بمثابة المكافأة للسلوك غير الحكيم وأن يشجع على التسرع في الإجراء الإنفاذي ويقترن بمسائل صعبة تتعلق بإثبات ما إذا كان الاستيلاء قد حدث قبل بدء إجراءات الإعسار أم بعدها.

٦١- وهناك في المقابل دول أخرى لا يعتبر فيها دافع الحيازة لدى الدائن ولا سياقها أمرا هاما لتقرير عواقبها. 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 حيازة الموجودات تؤدي وظيفة كفالة عدم تضرر الأطراف الثالثة من 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. وبما أنّ السياق الرئيسي الذي تنشأ فيه هذه المسألة المتعلقة بالسياسة العامة ينطوي على التنافس بين الدائن المضمون وممثل إعسار المانح، فلا يتضمن هذا الدليل توصية في هذا الصدد، بل يعطي الأسبقية لنظام الإعسار في الدولة المعنية.

٤- التسجيل في سجل متخصص أو التأشير على شهادة الملكية

(أ) ملاحظات عامة

٦٢- في النهجين الرئيسيين لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (أي التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية وحيازة الدائن)، يُفترض مسبقا أنّ الهدف الرئيسي هو تنبيه الأطراف الثالثة إلى احتمال وجود حق ضماني. وحتى في الدول التي أنشأت حتى الآن سجلات مجزّأة، أي سجلات يركّز فيها الهيكل التنظيمي على نوع المعاملة (كسجلات الاحتفاظ بحق الملكية أو سجلات الرهون، مثلا) أو على وضعية المانح (كسجلات الشركات، مثلا) أو هوية المانح (كالمصارف، مثلا)، أو نوع الموجودات المرهونة (كسجلات المعدات أو المستحقات، مثلا)، يركّز السجل على الحقوق الضمانية. ولا تفتح هذه السجلات إلاّ على سبيل الاستثناء لغير تسجيل الحقوق الضمانية أو لغير ما يقصد له أن يكون حقوقا ضمانية (كالإحالات التامة للمستحقات، والإيجارات الطويلة الأمد، والشحنات التجارية).

٦٣- ومع ذلك، درج العديد من الدول على استخدام أشكال أخرى لإشهار الحقوق. فقد ينشأ أحيانا سجل متخصص للموجودات تحديدا لتسجيل المعاملات المتصلة بذلك النوع من الموجودات. والنموذج المثالي لهذا النوع من السجلات هو السجل العادي للحقوق في الممتلكات غير المنقولة، الذي كثيرا ما يمكن أن تسجل فيه حقوق الملكية والرهونات العادية والرهونات العمومية، بل وحتى التحذيرات الرسمية من مقاضاة وشيكة. وتنشئ الدول أيضا نظما تحدَّد فيها أنواع معينة من الممتلكات المنقولة بشهادة ملكية يمكن أن تذكر فيها مباشرة مختلف المعاملات المتصلة بتلك الممتلكات. والسمتان المشتركتان بين هذين النهجين في إشهار الحقوق هما '١' عدم إنشاء الآلية المعنية إلاّ فيما يتعلّق بموجودات معيّنة محددة، و'٢' من الممكن تسجيل جميع أنواع الحقوق (وليس الحقوق الضمانية فحسب) وإشهارها. وقد ثبتت فائدة هذه الآليات عبر الزمن بحيث أنها كثيرا ما تستخدم، حتى في الدول التي أنشأت

سجلات عامة للحقوق الضمانية، كوسائل بديلة للتسجيل وحيازة الدائن لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

(ب) التسجيل في سجل متخصص للممتلكات المنقولة

٦٤- يمكن، مثلما سبقت الملاحظة، أن يكون السجل العام للحقوق الضمانية الذي يجوز أن يسجل فيه الطرفان إشعارا بشأن حق ضماني محتمل أو قائم، طريقة فعالة لتنبيه الأطراف الثالثة إلى ضرورة التحقق بتأن من وضعية حقوق المانح في الممتلكات المنقولة التي يعتزم التعامل بها. ومع ذلك، يمكن أحيانا أن يكون السجل المتخصص في موجودات معينة فعالا بنفس القدر من الناحية العملية مع تأديته في الوقت نفسه وظائف هامة أوسع لا يمكن أن يؤديها سجل عام للحقوق الضمانية. فسجلات السفن والطائرات، على سبيل المثال، حالتان معترف بهما على نطاق واسع، إذ يعمل السجل المتخصص على تبديد الشواغل التنظيمية الدولية المتعلقة بالسلامة والشواغل الوطنية المتعلقة بأمن الدولة بالإضافة إلى تيسير المعاملات التجارية.

٦٥- ولهذه الأسباب، تسلّم دول عديدة بأنّ التسجيل في سجل متخصص موجود من قبل بموجب قانون آخر قد يشكّل وسيلة بديلة لتحقيق نفاذ الحقوق الضمانية في الموجودات المشمولة بهذا النظام تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٣٩ في الوثيقة A/CN.9/631). وعادة ما تمتنع قوانين المعاملات المضمونة عن تناول لوجستيات التسجيل في سجل متخصص في حقوق الملكية، لأنّ هذه مسألة متروكة للقانون المتخصص الذي يحكم ذلك النظام. وكثيرا ما يقضي النظام المعمول به، على غرار العديد من سجلات الحقوق الضمانية التي ظهرت في القرنين التاسع عشر والعشرين، بتسجيل المستندات الضمانية أو بتسجيل ملخّص لتلك المستندات موثّق من المسجّل. وينبغي أن ينطبق المسوِّغ المنطقي لاعتماد نهج "إيداع الإشعارات" في حالة السجل العام للحقوق الضمانية على هذه السجلات المتخصصة في الموجودات أيضا. وبالتالي، بإمكان الدول التي لديها سجلات من هذا القبيل أن تنظر فيما إذا كان ينبغي لها أن تعتمد نظاما للإشعار على سبيل الإصلاح التكميلي بهدف تحسين فعالية السجل.

٦٦- ويمكن مبدئيا إتاحة إمكانية تسجيل الإشعار بالحق الضماني حتى في نظم التسجيل التي تعمل أولا وقبل كل شيء كسجلات لحقوق الملكية. ففي حالة نقل الملكية، تتطلب هذه السجلات عادة دليلا على التوثيق الأصلي لنقل الملكية، لأن تسجيل نقل غير مأذون به قد يضرّ بدائن مضمون أو مشتر يكون معتمدا على البيانات المدونة في سجل الملكية. ولكن

لا حاجة لهذا القدر من الأدلة فيما يتعلّق بالحقوق الضمانية، لأنّ أي بحث في السجلات يسفر عن وجود حق ضماني عندما لا يوجد في الواقع مثله أمر ليس له تأثير ضار بحد ذاته. فبإمكان المشترين والدائنين المضمونين المحتملين أن يحموا أنفسهم برفض الشراء أو الإقراض إلاّ بشروط تأخذ في الاعتبار الحق الضماني المسجّل، وتكون نتيجة ذلك أن يتخذ المانح الإجراء اللازم لكي يشطب من السجل '١' أي تسجيل غير مأذون به، أو '٢' أي تسجيل باق بعد سداد الالتزام المضمون، أو '٣' أي تسجيل لم ينفّذ بصدده قط أي اتفاق ضماني.

٦٧- ولا بد للدول التي لديها سجلات متخصصة من أن تقرر ما إذا كان التسجيل في السجل المتخصص سيكون الوسيلة الحصرية لتحقيق نفاذ الحقوق الضمانية في الموجودات المشمولة به تجاه الأطراف الثالثة. وبعض الدول يتخذ هذا الموقف، فلا يجوز فيها المطالبة بأي حقوق في الموجودات في مواجهة أطراف ثالثة إذا لم يدوّن إشعار بهذه الحقوق في السجل المتخصص. وتتخذ دول أخرى موقفا أقل تشددا، فتسمح بطرائق بديلة لنفاذ الحقوق الضمانية في الموجودات المشمولة بالسجل المتخصص تجاه الأطراف الثالثة. والمسوّغ المنطقي في هذه الدول هو أنه باستثناء المطالبين المنافسين الذين يُتوخى حماية حقوقهم بالنظام المتخصص في حقوق الملكية والذين اعتمدوا على هذا السجل وتضرروا من ذلك، لا يوجد أي سبب ينفي إمكانية تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في مواجهة كل المطالبين الآخرين بطرائق أخرى متاحة عموما. وبناء على ذلك، ينبغي أن يُسمح للدائن المضمون أيضا أن يجعل حقه الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيله في السجل العام للحقوق الضمانية أو بنقل حيازة الموجودات المرهونة.

٦٨- ومن المهم توخي الوضوح بشأن نطاق الاستثناء المحدد فيما يتعلّق بالاعتماد الضار الفعلي. فالفكرة هي أنه على الرغم من نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، فإذا تحقق نفاذه بإحدى هذه الطرائق الأخرى أتت مرتبته في الأولوية دون مرتبة الدائنين المضمونين المنافسين والمشترين الذين يسجلون حقوقهم في السجل المتخصص. وهذا التدني في المرتبة يأتي بصرف النظر عن وقت التسجيل في السجلين المعنيين. ويمكّن هذا النهج الدائن المضمون الذي يأخذ حقا ضمانيا في كل موجودات المانح المنقولة، أو في فئات عامة منها، من حماية نفسه من ممثل إعسار المانح أو الدائنين بحكم القضاء، بإدراج تسجيل واحد في السجل العام للحقوق المضمونة. ولا يكون التسجيل في السجل المتخصص ضروريا إذا استنتج الدائن المضمون أنّ خطورة منح ضمان بدون إذن لدائن مضمون منافس أو البيع لمشتر يسجّل في سجل متخصص هي عالية بقدر كاف لتبرير تحمّل عبء إدراج تسجيل إضافي في السجل المتخصص. ونظرا لعدد هذه السجلات المتخصصة المحدود وأنواع الموجودات المشمولة بها،

فلن يؤدي إنشاء حق متفوق في الأولوية للذين يستخدمون السجل المتخصص إلى النيل كثيرا من كفاءة السجل العام للحقوق الضمانية ولا من سلامته. ولهذه الأسباب يوصي الدليل بأن يكون من الجائز، حتى في الحالات التي يوجد فيها سجلات متخصصة، تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بطرائق بديلة كالتسجيل في السجل العام أو الحيازة من قبل الدائن، رهنا بحماية مركز الأولوية المتفوقة للمسجلين في السجلات المتخصصة (انظر التوصيات ٣٩ و٨٣ و٨٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

(ج) التأشير على شهادة الملكية

٦٩- على الرغم من أنّ لدى معظم الدول نظما لتسجيل ملكية المركبات الآلية وما يشابهها من الموجودات ولنقل ملكيتها، فعادة ما لا تعامل هذه النظم التسجيلية باعتبارها تثبت صحة الملكية لأغراض المعاملات التجارية، وهي لهذا السبب ليست مفتوحة للجمهور لكي يبحث فيها. بل إنّ الغرض منها هو في المقام الأول غرض تنظيمي يتمثل في تمكين السلطات من اقتفاء أثر الملكية في حالة وقوع حادث أو الإخلال بالمعايير الجنائية أو معايير السلامة ومن توزيع المسؤوليات والالتزامات المتعلقة بالتأمين الإلزامي.

٧٠- وعادة ما تزود هذه النظم المالك بشهادة تسجيل، ويقترن بيع المركبة دائما بالتخلي عن الشهادة القديمة للسلطة التنظيمية المناسبة وإصدار شهادة جديدة باسم المالك الجديد. وفي بعض الدول، ولا سيما التي لم تنشئ سجلا عاما للحقوق المضمونة، تستخدم شهادة تسجيل الملكية كأساس لإشهار الحقوق الضمانية في الموجودات المبينة في شهادة التسجيل. وفي هذه الدول، يعتبر التأشير بشأن الحق الضماني على وجه الشهادة كافيا لنفاذ الحق الضماني المبيّن تجاه الأطراف الثالثة.

٧١- وفي الدول التي أصبحت تعتمد هذا النوع من نظم التأشير على الشهادات وقد ثبتت جدواه على ما يبدو في الممارسة العملية، قد لا يكون ثمة سبب يذكر لإلغائه عند إقامة نظام حديث للحقوق الضمانية. ومع ذلك، سيكون من الضروري معالجة العلاقة المتبادلة بين النظام القائم وطرائق الإنفاذ الأخرى تجاه الأطراف الثالثة المسموح باستخدامها في أي نظام جديد. وعادة ما يكون التأشير على شهادة الملكية طريقة كافية لتحقيق نفاذ الحق الضماني في موجودات ملموسة خاضعة لهذا النظام تجاه الأطراف الثالثة. ويمثل التسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية والحيازة من قبل الدائن طريقتين أخريين. ولكن لو استخدمت أي هاتين الطريقتين تدنّت مرتبة الحق الضماني الذي تتصلان به عن حقوق أي مشتر أو دائن مضمون منافس يكون قد اعتمد على نظام التأشير على الشهادة. 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. والدليل يوصي بهذا النهج (انظر التوصيات ٣٩ و٨٣ و٨٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

٥- نفاذ الحق الضماني في العائدات تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة

٧٢- إنه لمن صميم طبيعة الممتلكات المنقولة أن يكون من الجائز بيعها وإعادة بيعها خلال الفترة التي يظل فيها الائتمان المضمون غير مسدد، ولكن ليس مقصَّرا في سداده. وعادة ما يسفر بيع الموجودات المضمونة أو التصرف فيها بطريقة أخرى عن عائدات (للاطلاع على تعريف "العائدات"، انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1)، سواء في شكل نقود، أو مستندات قابلة للتداول، أو مستحقات، أو ممتلكات أخرى يتم تلقيها على سبيل المقايضة، أو خليط ما من كل هذه الأشكال. وفي العديد من الدول، ينشأ الحق الضماني في أي عائدات (بما في ذلك عائدات العائدات) مستمدة من الموجودات المرهونة أصلا نشوءا تلقائيا بمجرد نشوء هذه العائدات شريطة أن تظل قابلة للتحديد. وهذا هو النهج الموصى به في هذا الدليل (انظر التوصية ١٨ في الوثيقة A/CN.9/631). ولكن ليست هذه هي المسألة الوحيدة التي تحتاج إلى معالجة. فمن الضروري أيضا البت فيما إذا كان ينبغي للدائن المضمون أن يسجل أو يتخذ أي خطوة أخرى لجعل الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة.

٧٣- ورغم أن الإشعارات المسجلة في سجل عام للحقوق الضمانية منظمة ومفهرسة بحسب هوية المانح، فلا بدّ من أن يتضمن الإشعار المسجل وصفا للموجودات المرهونة (انظر التوصيتين ٥٨ و٦٤ في الوثيقة A/CN.9/631). وبالتالي، من الضروري أن تُميّز أولا الحالة التي جُعل فيها الحق الضماني في الموجودات المرهونة أصلا نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل وأن تكون العائدات من النوع المندرج ضمن الوصف المبين في الإشعار المسجّل. وعلى سبيل المثال، إذا كان الإشعار المسجّل يصف الموجودات المرهونة بأنها "كل الممتلكات الملموسة الحالية والمكتسبة لاحقا" وباع المانح جرّارة زراعية ثم استخدم العائدات لشراء بخت شراعي، فإن الوصف الوارد في الإشعار المسجّل يشمل هذه العائدات كموجودات مرهونة أصلية في شكل ممتلكات ملموسة مكتسبة لاحقا. وبما أنّ من الجائز القيام بعملية التسجيل قبل إنشاء الحق الضماني، فالتسجيل الأصلي كاف من حيث المبدأ لإعطاء الحق الضماني الذي ينشأ لاحقا في العائدات عند ظهورها قوة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ومعظم 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 هذا الدليل (انظر التوصية ٤٠ في الوثيقة A/CN.9/631).

٧٤- وتنشأ مسائل أصعب عندما يُجعل الحق الضماني في الموجودات المرهونة أصلا نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإشعار لا يشير الوصف فيه إلى الموجودات المتلقاة كعائدات أو بطريقة تكون غير كافية إذا كانت العائدات موجودات مرهونة أصلا. ففي المثال الآنف الذكر، إذا ما أخذنا الحالة الأولى، إذا وصف الإشعار المسجّل الموجودات المرهونة أصلا بأنها "كل المعدات الزراعية الحالية والمكتسبة لاحقا"، لن يكون هذا الوصف شاملا لليخت الشراعي. أما في الحالة الثانية، فإذا كانت الموجودات المرهونة أصلا تمثل حقا في الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي جُعِل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة، وسحب المانح أموالا دون إذن من أجل شراء يخت شراعي، فإن طريقة تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة المستخدمة من أجل الموجودات المرهونة أصلا لن تكون كافية من أجل العائدات.

٧٥- 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، لأنّ الأطراف الثالثة لن تنبّه إلى احتمال وجود حق ضماني في العائدات. ومع ذلك، إنّ الشاري المحتمل ليخت شراعي من المانح لن يفهم بالضرورة أنّ الإشعار المسجّل الذي يشير إلى حق ضماني في معدات زراعية يشمل أيضا اليخت الشراعي باعتباره عائدات. ومن ناحية أخرى، إنّ مطالبة الدائن المضمون باتخاذ خطوات فورية لجعل الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة قد يفرض عبء رصد مفرطا ويشكّل خطرا على الأولوية. وتكون العائدات قد أتت أحيانا كثيرة نتيجة تعامل المانح بدون إذن بالموجودات المرهونة أصلا. وفي هذه الحالات، عادة ما لا يأخذ الدائن المضمون علما بهذا التصرف غير المأذون إلا بعد وقوعه. وإذا كان هذا التصرف غير مأذون 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 المحال إليه، وقد يكون مبلغ العائدات المتقاضاة في بعض الحالات أكبر في الواقع من قيمة الموجودات حين يصبح إنفاذ الحق الضماني ضروريا.

٧٦- وسعيا إلى تحقيق توازن معقول بين هذه السياسات المتنافسة، تعمد معظم الدول التي تنص قوانينها على حق الدائن تلقائيا في العائدات القابلة للتحديد إلى معاملة الحق الضماني في العائدات التي لا تكون مشمولة بالوصف الأولي للموجودات المرهونة باعتباره نافذ المفعول

تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة إما بصفة دائمة وإما لفترة مؤقتة فحسب. ويتوقف مدى النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ومدته في هذه الدول على طبيعة الموجودات المرهونة أصلا وطبيعة العائدات.

٧٧- ويُعطى النفاذ الدائم تجاه الأطراف الثالثة للحق في العائدات التي تكون في شكل نقود أو مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي (للاطلاع على تعاريف هذه المصطلحات، انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631). ويستند هذا النهج إلى الفكرة القائلة بأنّ غياب أي إجراء مستقل للإنفاذ تجاه الأطراف الثالثة في هذه الأنواع من العائدات لا يشكّل أي خطر ذي شأن في حدوث اعتماد ضار بالنسبة للأطراف الثالثة. وفي حالة النقود والصكوك القابلة للتداول يُعزى السبب في ذلك إلى أنّ المحال إليهم أو الدائنين المضمونين اللاحقين الذين يأخذون الحيازة إنما يأخذونها عادة خالصة من أي حق ضماني على أي حال (انظر التوصيتين ٩٩ و١٠٤ في الوثيقة A/CN.9/631). وبما أنّ المانح يستمد النقود والصكوك القابلة للتداول عادة من تحصيل المستحقات (عائدات العائدات)، فمن المنافي للمنطق والمصلحة أن يُمتنع عن مدّ النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة إلى العائدات الأصلية، أي المستحقات. وعادة ما تضاف النقود والصكوك القابلة للتداول التي يتم تحصيلها من المستحقات بعد ذلك إلى الحساب المصرفي للمانح (عائدات عائدات العائدات). ومن تحال إليه أموال من ذلك الحساب يأخذها عموما خالصة من أي حق ضماني، وبالتالي لا يؤدي غياب الإشهار إلى الانتقاص من حقوقه (انظر التوصية ١٠٣ في الوثيقة A/CN.9/631). أما الدائنون المضمونون والمحال إليهم الذين يأخذون ضمانا بحق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي، فيوصي الدليل بإعطاء الأولوية للدائن المضمون الذي يحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة ولحق المصرف الوديع في المقاصة (انظر التوصيتين ١٠١ و١٠٢ في الوثيقة A/CN.9/631). وبناء على ذلك، وبالنسبة لهذه الأنواع من الموجودات، يجب الافتراض بأنّ المطالبين المنافسين يعلمون أن أولويتهم معرّضة للتدني على أي حال ما لم يحموا أنفسهم بالأخذ بزمام السيطرة على الحساب. ونظرا لهذه الاعتبارات، لكي يتسنى تحقيق الترابط في النظام الذي يحكم العائدات التي تكون في شكل نقود أو مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي، تقضي معظم الدول بأن يكون النفاذ الدائم تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا في هذه الموجودات. وهذه هي أيضا النتيجة الموصى بها في هذا الدليل (انظر التوصية ٤٠ في الوثيقة A/CN.9/631).

٧٨- وتسري مجموعة مختلفة من السياسات على الأنواع الأخرى من العائدات. فمن الوارد أن يكون التصرف الذي نتجت عنه العائدات قد تم بدون إذن وأن لا يأخذ الدائن

علما على وجه السرعة بهذا التصرف. لذا، يكون من المعقول النص على نفاذ الحق الضماني تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة. ولكن العائدات التي تتخذ شكل الموجودات الملموسة تبدو للأطراف الثالثة، على خلاف النقود والعائدات المشابهة للنقود، وكأنها ممتلكات المانح. لذا، عندما لا تندرج هذه العائدات ضمن الوصف الأولي، من السهل أن يؤدي ذلك إلى تضليل الأطراف الثالثة. لهذا السبب، ومنعا للنيل بلا مبرر من حقوق الأطراف الثالثة، تقضي معظم الدول بألاّ يظل النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة ساريا إلاّ لمدة وجيزة بعد نشوء العائدات. ولكي يحقق الدائن المضمون النفاذ الدائم تجاه الأطراف الثالثة، لا بد له من أن يسجّل إشعارا أو يتخذ خطوات إيجابية أخرى لجعل حقه الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل انقضاء تلك المدة. ومن الواضح أنّ هذه المدة المؤقتة يجب أن تكون 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. ويبدو أنّ الحلّ الوسط الذي تراه معظم الدول مقبولا هو مدة تتراوح ما بين عشرين وثلاثين يوما. ويأخذ هذا الدليل بمنطق النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة لمدة وجيزة مؤقتة يجب أن يقوم الدائن المضمون خلالها بتعديل وصف الموجودات المضمونة بحيث يشمل العائدات من نوع مختلف عن الموجودات المرهونة بداية (انظر التوصية ٤١ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦- نفاذ الحق الضماني في الملحقات تجاه الأطراف الثالثة

(أ) ملاحظات عامة

٧٩- من الجائز أن تكون الموجودات المرهونة بحق ضماني جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة ملحقة بممتلكات أخرى (سواء منقولة أو غير منقولة) أو أن تصبح كذلك. وعلى سبيل المثال، يمكن لأطر العجلات الخاضعة لحق ضماني أن تصبح فيما بعد ملحقة بشاحنة، أو لمرجل تدفئة خاضع لحق ضماني أن يصبح فيما بعد ملحقا بمبنى. ويؤدي الإلحاق في بعض الدول إلى وضع نهاية للحق الضماني. ويستند هذا النهج إلى شواغل من منطلق السياسة العامة تتعلق بحماية مركز المشترين وغيرهم من الأطراف الثالثة الذين يكتسبون فيما بعد حقوقا في الممتلكات التي ألحقت بها الموجودات المرهونة. وفي دول أخرى، لا يُنهي سوى الإلحاق بممتلكات غير منقولة الحق الضماني القائم في ممتلكات منقولة تصبح ملحقة. والسياسة العامة في هذه الدول هي منع الانتزاع اللاحق وما يترتب عليه من تدهور في حالة

الممتلكات غير المنقولة، مع الحفاظ في الوقت نفسه على أولوية حقوق أي دائن أخذ ضمانا بالممتلكات غير المنقولة قبل الإلحاق.

٨٠- أما الدول التي اعتمدت نظام تسجيل شامل للممتلكات المنقولة، فتبدّد هذه الشواغل الخاصة بالسياسة العامة بشكل مباشر بقدر أكبر، وذلك بمحاولة تحقيق التوازن بين الحقوق المتنافسة. وقد أُعدّت معظم النظم بحيث تسمح ببقاء الحق الضماني بعد الإلحاق، 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 يعتمده هذا الدليل. وهكذا، يؤكد الفصل السادس (انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1) جواز إنشاء الحق الضماني في الممتلكات الملموسة التي تكون ملحقا قائما أو تصبح ملحقا فيما بعد، وذلك بقدر قيمة هذه الممتلكات وقت إلحاقها (انظر التوصية ٢٢ في الوثيقة A/CN.9/631). ويتناول هذا الفصل مسألة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، بينما يعالج الفصل السابع مسألة الأولوية (A/CN.9/631/Add.4).

(ب) الملحقات بالممتلكات المنقولة

٨١- إذا كانت الممتلكات الملموسة الخاضعة لحق ضماني ملحقة بممتلكات ملموسة أخرى (أي بمنقولات أخرى)، سرت عليها شروط النفاذ العامة تجاه الأطراف الثالثة. والملحقات ليست منتقاة دون غيرها لتتلقى معاملة خاصة. وبالتالي، إذا جُعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل قبل الإلحاق، ظلّ نافذا بعد الإلحاق دونما حاجة إلى أي خطوات أخرى (انظر التوصية ٤٢ في الوثيقة A/CN.9/631). وذلك لأنه، على خلاف الحالة التي تحلّ فيها العائدات محلّ الموجودات المرهونة أصلا، تحتفظ الملحقات بهويتها المتميّزة بعد إلحاقها بممتلكات أخرى. وبالتالي، من المعقول الافتراض بأنّ الطرف الثالث الذي يبحث في السجل عن الحقوق الضمانية في الممتلكات التي أُلحق بها الملحق (سيارة مثلا)، سيدرك أنّ الإشعار المسجل الذي يصف الملحق (أطر لعجلات السيارة مثلا) قد يشير إلى أطر العجلات المركّبة على السيارة المهتم بها هذا الطرف الثالث.

٨٢- ومن الناحية النظرية، يظل الحق الضماني في ملحق نافذا أيضا تجاه الأطراف الثالثة إذا جُعل نافذا قبل الإلحاق بنقل الحيازة إلى الدائن المضمون أو إلى طرف ثالث وكيل للدائن وليس بالتسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام. 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، إذا كانت الممتلكات المنقولة التي أُلحق بها الملحق في حيازة الدائن المضمون أيضا، أو إذا كانت تلك الممتلكات في حيازة وكيل الدائن أو ممثله، كان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة محفوظا (ولكنّ ذلك لن يكون الحالة الاعتيادية).

(ج) الملحقات بالممتلكات غير المنقولة

٨٣- إذا كانت الموجودات المرهونة ملحقة بممتلكات غير منقولة، كانت الاعتبارات من حيث 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 هذا الدليل بإنشاء الحق الضماني في الملحق بممتلكات غير منقولة وفقا للمبادئ المفصّلة في هذا الدليل أو وفقا للنظام الذي يحكم الحقوق في الممتلكات غير المنقولة. وتماشيا مع هذه الفكرة، يمكن جعل الحق الضماني المنشأ على هذا النحو نافذا تجاه الأطراف الثالثة إما بالتسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام وإما بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة (انظر التوصية ٤٣ في الوثيقة A/CN.9/631). ولكن إذا أنشئ الحق الضماني بموجب النظام الذي يحكم الممتلكات المنقولة وكانت شروط إنشائه غير كافية لإنشائه بموجب النظام الذي يحكم الممتلكات غير المنقولة، تعيّن تعديل القواعد التي تحكم سجل الممتلكات غير المنقولة للسماح رغم ذلك بتسجيل الحق الضماني في الملحق. وعلاوة على ذلك، إنّ لاختيار الطريقة تبعات من حيث الأولوية. فالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة ضروري لتحقيق الحماية القصوى تجاه الأطراف الثالثة. والدائن المضمون أو المشتري الذي يسجل في سجل الممتلكات غير المنقولة تكون له أولوية على الدائن المضمون الذي يعتمد على التسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام (انظر التوصية ٩٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

٨٤- وقاعدة الأولوية الخاصة هذه ضرورية للحفاظ على موثوقية سجل الممتلكات غير المنقولة وعلى سلامته. ولا يمكن العمل بهذه القاعدة ما لم يكن من الممكن القيام بتسجيل الحق الضماني في ملحق بسهولة وفعالية في سجل الممتلكات غير المنقولة. وقد تشترط النظم القائمة لسجلات الممتلكات غير المنقولة تقديم مستندات ضمانية كاملة أو تفرض شكليات أخرى لتسجيل الحقوق الضمانية. وإذا كانت هذه هي الحالة، فقد تكون قوانين تسجيل الأراضي بحاجة إلى تنقيح للتصريح بتسجيل إشعار بالحق الضماني. وإلاّ جاز أن يحجم

الدائنون المضمونون، نظرا للتكلفة والنفقات التي تقتضيها حماية مركزهم في الأولوية بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، عن الانخراط في التمويل المضمون بالملحقات بممتلكات غير منقولة.

(د) الملحقات بممتلكات منقولة خاضعة لسجل متخصص

٨٥- من الشائع في الدول التي لديها سجلات متخصصة لحقوق الملكية أن تشمل أنواع الممتلكات الخاضعة للتسجيل في هذه السجلات ممتلكات عادة ما تكون ممتلكات أخرى ملموسة ملحقة بها (كالسفن والطائرات ومركبات الطرق). ورغبة منها في حماية سلامة السجل الخاص، تعمد هذه الدول عادة إلى تطويع النهج المتبع إزاء الحق الضماني في ممتلكات ملموسة ملحقة بممتلكات غير منقولة لحالة الملحقات بممتلكات ملموسة خاضعة لسجل متخصص في حقوق الملكية أو لنظام شهادات الملكية. ويمكن جعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة إما بالتسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام أو بأخذ الدائن الحيازة (وإن كان من النادر أن يحدث ذلك، مثلما ذُكِر أعلاه)، وإما بالتسجيل في السجل المتخصص أو بالتأشير على شهادة الملكية (انظر التوصية ٤٣ في الوثيقة A/CN.9/631). وعلى غرار حالة الملحقات بممتلكات غير منقولة، لا بد من التسجيل في سجل متخصص أو التأشير على شهادة الملكية لتحقيق الحماية القصوى تجاه الأطراف الثالثة. ويكون للدائن المضمون أو المشتري الذي يعتمد على نظام السجل المتخصص أولوية على الدائن المضمون الذي يحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق الأخرى (انظر التوصية ٩٣ في الوثيقة A/CN.9/631). وتيسيرا للاستفادة بذلك النظام، قد يكون من الضروري تعديل القانون الذي يحكمه لضمان تمكّن الدائن المضمون من تسجيل إشعار بسيط بالحق الضماني في الملحق أو التأشير بشأنه بصورة مستقلة على شهادة الملكية، كيفما اتفق الحال.

(هـ) التنسيق بين السجلات

٨٦- عندما تعتمد الدول الموقف القائل بإمكانية تحقيق نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة بأكثر من طريقة، يقتضي منها ذلك أن تقرر ما إذا كانت كل هذه الطرائق تسفر عن نتائج متطابقة أو ما إذا كان من الجائز أن تسفر طريقة أو أخرى عن نتائج متفوقة. ومثلما لوحظ، للحفاظ على سلامة السجلات عدا سجل الحقوق الضمانية العام (سجل الممتلكات غير المنقولة أو سجل الملكية المتخصص)، يُعطِي التسجيل في هذه السجلات الدائن المضمون حماية قصوى للأولوية التي يتمتع بها. ولهذا السبب، يكون دائما في مصلحة الدائن الذي

سجّل في السجل العام للحقوق المضمونة أن يسجّل أيضا إشعارا في السجل المتخصص. وعوضا عن الاشتراط على الدائن المضمون بأن يقوم بنفسه بإجراء تسجيل مستقل في سجل الممتلكات غير المنقولة أو في سجل الممتلكات المنقولة المتخصص، يوجد لدى بعض الدول نظام للتسجيل تحال بموجبه تلقائيا للتسجيل في السجل الآخر كل الحقوق الضمانية في الملحقات التي يتم تسجيلها في السجل العام للحقوق الضمانية. ولكن بما أنّ التسجيلات في نظام سجل الممتلكات غير المنقولة وفي سجلات الممتلكات المنقولة المتخصصة مفهرسة بحسب الموجودات وليس بحسب المانح، يتعيّن على المسجّل في سجل الحقوق الضمانية العام أن يزوّد السجل بالوصف المنطبق على الموجودات المعنية وأن يبيّن بعبارات صريحة أنّ أي إشعار يشير إلى "كل الملموسات" يشمل الملحقات الموصوفة تحديدا.

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

٨٧- يوصي هذا الدليل، للأسباب المبيّنة في الفصل الرابع (انظر الفقرات ... من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1)، بأن يستمر تلقائيا الحق الضماني في موجودات ملموسة تعالج أو تمزج في وقت لاحق في المنتج النهائي أو كتلة البضاعة الممزوجة (انظر التوصية ٢٣ في الوثيقة A/CN.9/631). غير أن تلك التوصية لا تتناول مسألة ما إذا كان الحق الضماني في المنتج النهائي أو في كتلة البضاعة نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ومع افتراض أن الحق الضماني في عنصر الموجودات 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 على أنه نافذ تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة.

٨٨- وفي الحالة الأكثر شيوعا يُجعل الحق الضماني في الموجودات المرهون أصلا نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في السجل العام للحقوق الضمانية (حيث إن هذه هي الطريقة الوحيدة المتاحة عمليا للمخزون الذي يكون في شكل مواد خام). 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 أصلا أو مزجها.

٨٩- وكما ذكر سابقا، في حين أن الإشعارات المسجلة في سجل عام للحقوق الضمانية تنظَّم بحسب هوية المانح، يجب أن يورد الإشعار المسجَّل وصفا للموجودات المرهونة (انظر التوصيتين ٥٨ و٦٤ في الوثيقة A/CN.9/631). ومثل حالة نفاذ الحقوق الضمانية في عائدات التصرّف في موجودات مرهونة تجاه الأطراف الثالثة، يجب التمييز على أساس الأسلوب الذي

توصف به الموجودات المرهونة أصلا. فلننظر أولا إلى الوضع الذي يصف فيه الإشعار المسجَّل الموجودات المرهونة بأسلوب يشمل كلاً من الموجودات المرهونة أصلا والمنتج أو الكتلة التي آلت إليها. فمثلا، قد يصف إشعار مسجَّل الموجودات المرهونة أنها "قمح من نوع ودرجة س ص ع"، ثم يمزج قمح المانح فيما بعد بقمح من نفس هذا النوع وهذه الدرجة. وبالمثل، قد يؤخذ حق ضماني في راتينج يحوَّل فيما بعد إلى ألواح رقائقية بينما يسجِّل الدائن المضمون إشعارا يصف الموجودات المرهونة بأنها "مواد خام ومخزون تام الصنع". وفي كلتا الحالتين، ينبَّه الطرف الثالث المتقصي 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 على أنه يكفي لمنح النفاذ تجاه الأطراف الثالثة للحق الضماني المستمر في المنتج أو في الكتلة. وتسلك معظم الدول التي اعتمدت نظاما عاما للحقوق الضمانية هذا النهج للنفاذ تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة في هذه الأنواع من الحالات.

٩٠- وتنشأ شواغل أكثر صعوبة تتعلق بالسياسة العامة متى يصف الإشعار المسجَّل الموجودات المرهونة بعبارات تشمل العنصر فحسب ولا تشمل الكتلة الممزوجة ولا المنتج التام الصنع. فمثلا، ربما سجَّل الدائن المضمون إشعارا يصف الموجودات المرهونة بأنها "قمح من نوع أو درجة س ص ع "، ثم يمزج ذلك القمح، بصورة يتعذّر معها استرداده، بكمية تفوق كميته بكثير من القمح من "نوع أو درجة أ ب ج". وقد لا يستطيع طرف ثالث يبحث في السجل أن يتبيّن مدى حقوق الدائن في الكتلة الممزوجة. وينشأ وضع أكثر تعقيدا حتى من ذلك إذا سجل الدائن المضمون إشعارا يصف الموجودات المرهونة بأنها "راتينج" ثم حوّل الراتينج فيما بعد إلى ألواح رقائقية. وفي هذا الحالة قد لا يفهم طرف ثالث مستقل 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 الراتينج يمتد ليشمل أيضا الألواح الرقائقية المصنوعة من الراتينج.

٩١- وهذا الوضع الثاني بصورة خاصة يثير اعتبارات متعارضة تتعلق بالسياسة العامة. فقد يضعف 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 السجّل إلى وجود الحق الضماني. ومن ناحية أخرى، قد يثني إلزام الدائن المضمون بأن يدرج أيضا وصفا للمنتج أو الكتلة الناتجة في إشعاره المسجل عن التمويل بضمان المواد الخام المملوكة للمانح، أو قد يؤدي إلى تسجيل إشعارات ترد فيها أوصاف تكون عامة أكثر مما ينبغي (كما في المثال أعلاه، حيث يشير

الإشعار إلى "مخزون" رغم أن الحق الضماني يقتصر على الراتينج)، على حساب إمكانية وصول المانح إلى ائتمان مضمون من مصادر أخرى.

٩٢- 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؛ وسيحظي المشترون اللاحقون بالحماية عموما حيث إن المنتج التام الصنع أو الكتلة الممزوجة يشكّلان عادة مخزونا يباع في سياق عمل المانح المعتاد، وعلى كل حال يحصّل المشتري في سياق العمل المعتاد على ما يشتريه خالصا من أي حق ضماني.

٩٣- وفي دول أخرى، يعامل الحق الضماني على أنه ليس نافذا تلقائيا إلا تجاه دائنين مضمونين آخرين وإذا كانت المنافسة مع شخص ليس دائنا مضمونا آخر (كمشتر أو دائن بحكم القضاء أو ممثل إعسار، في غير سياق العمل المعتاد) 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 النظرية الذاهبة إلى أنه، على خلاف دائني المانح المضمونين، من الأرجح أن تضلّل هذه الفئات الأخرى من الأطراف الثالثة المطالبة، بالوصف الوارد في إشعار مسجّل ويشير إلى المواد الخام ولا يشير إلى المنتج التام الصنع الذي دمجت فيه.

٩٤- ويوصي الدليل بأول النهجين اللذين وصفا بإيجاز أعلاه. أي أن الدليل يوصي بأن تعتمد الدول قاعدة يكون مفادها أنه إذا كان الحق الضماني في عنصر الموجودات نافذا تجاه الأطراف الثالثة، كان الحق الضماني في المنتج المصنوع منه نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة، دون حاجة إلى أن يتخذ الدائن المضمون أي خطوات أخرى (انظر التوصية ٤٥ في الوثيقة A/CN.9/631). ويستند هذا الاختيار إلى اعتبارين اثنين. أولا، من المستبعد جدا عمليا أن يباع منتج تام الصنع أو كتلة بضاعة ممزوجة إلى مشتر في غير سياق العمل المعتاد، حيث إن تلك الموجودات غالبا ما تشكِّل جزءا من مخزون المانح. وثانيا، لا يلجأ الدائنون غير المضمونين عموما إلى مخزون المانح لغرض استيفاء الأحكام الصادرة لصالحهم، حيث إنه من الأرجح أن يكون المانح في وضع يسمح له بسداد مطالباتهم إذا استطاع أن يواصل بيع مخزونه في سياق العمل المعتاد.

٨- استمرار نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة بعد تغيّر موقع الموجودات أو المانح

٩٥- تغيير الموقع شيء ملازم لطبيعة الممتلكات المنقولة والأشخاص. إذ تنتقل الممتلكات أو ينتقل الأشخاص أحيانا إلى موقع مختلف داخل الدولة ذاتها، وأحيانا إلى موقع في دولة أخرى. وعندما يتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية تتصل معايير البحث في السجل باسم المانح. وبالتالي لا ينال تغيير الموقع المادي داخل الدولة الواحدة من قدرة المتقصي على تبيُّن ما إذا كان حق ضماني قد أنشئ، وينبغي بالتالي ألا يؤثر هذا التغيير في استمرار نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة. ولكن ليست هذه هي الحال متى انتقلت الموجودات أو انتقل المانح من دولة إلى أخرى.

٩٦- فكما وضِّح في الفصل الثالث عشر (انظر الفقرات ٢٦-٢٧ و٣٥-٤٠ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.10)، يحدد القانون الواجب التطبيق على نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة بحسب الموقع الحالي إما للموجودات المرهونة وإما للمانح، وفقا لطبيعة الموجودات المرهونة (انظر التوصيتين ٢٠٢ و٢٠٤ في الوثيقة A/CN.9/631). ويستند هذا النهج إلى النظرية القائلة إنه لا يمكن التوقع من الأطراف الثالثة التي تتعامل مع الموجودات المرهونة عقب تغيير الموقع أن تجري بحثا تاريخيا موسّعا لمعرفة ما إذا كانت الموجودات المرهونة خضعت في السابق لقانون مختلف. بيد أن هذا النهج يجلب مخاطر كبرى للدائنين المضمونين. فينتهي النفاذ تجاه الأطراف الثالثة حالما يتغيّر موقع الموجودات ما لم يُجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الموقع الجديد. وفي حين أن الدائن المضمون يستطيع أن يحمي نفسه إذا كان لديه علم مسبق بتغيير الموقع، فليست هذه هي الحال في الأوضاع العادية.

٩٧- وسعيا إلى تحقيق توازن في هذا الوضع بين الحقوق المتنافسة للدائنين المضمونين والأطراف الثالثة، توفّر بعض الدول فترة من النفاذ التلقائي المؤقت تجاه الأطراف الثالثة عقب تغيير موقع الموجودات داخل حدودها أو انتقال موقع المانح إليها. وبموجب ذلك النهج يعامل الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الموقع السابق على أنه نافذ تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الدولة التي ينتقل إليها المانح أو الموجودات، لفترة قصيرة بعد الانتقال. وإذا جُعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة وفقا لقانون الموقع الجديد للمانح أو الموجودات قبل انقضاء هذه الفترة يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة التي تكتسب حقوقا في الموجودات المرهونة بعد تغيير الموقع، حتى إذا اكتسبت تلك الحقوق قبل أن يجعل الحق الضماني القائم سابقا نافذا تجاه الأطراف الثالثة

بموجب قانون الموقع الجديد. وإذا لم يتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وفقا لقانون الموقع الجديد للمانح أو الموجودات قبل انقضاء هذه الفترة، كان الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة التي اكتسبت حقوقا خلال هذه الفترة القصيرة.

٩٨- ويسلك الدليل هذا النهج (انظر التوصية ٤٦ في الوثيقة A/CN.9/631) الذي يقدّم توازنا معقولا بين مراعاة حقوق الدائنين المضمونين والأطراف الثالثة التي تتعامل مع المانح أو الموجودات عقب تغيير الموقع. فمن ناحية، يُعطى الدائن المضمون فترة معقولة من الزمن لاتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية حقوقه. ومن ناحية أخرى تمكّن فترة زمنية محدّدة الطرف الثالث الذي يكتسب حقوقا في الموجودات المرهونة عقب تغيير الموقع من اتخاذ تدابير وقائية فعّالة مثل الامتناع عن الإقراض أو عن منح ائتمان أو عن دفع ثمن الشراء إلى حين انقضاء الفترة القصيرة للنفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة، حيث إن الطرف الثالث يستطيع أن يعتمد على أخذ هذه الموجودات خالصة من أي حق ضماني أجنبي لم يجعل نافذا بطريقة أخرى تجاه الأطراف الثالثة قبل انقضاء تلك الفترة.

٩- استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وانقضاؤه

٩٩- مثلما ذكر من قبل، معظم الدول التي اعتمدت نظاما عاما لتسجيل الحقوق الضمانية كطريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تسمح أيضا بطرائق بديلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (كحيازة الدائن، وتنفيذ اتفاق للسيطرة على أموال مودعة في حساب مصرفي، والتسجيل في سجل متخصِّص، والتأشير على سند الملكية). وكثيرا ما يستطيع الدائن المضمون أن يحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة باستخدام أكثر من طريقة في الوقت ذاته. وعلاوة على ذلك، من 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 السجل العام للحقوق الضمانية فيما بعد). وتقضي معظم تلك الدول بأن تحفظ استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، رغم حدوث تغيير في طريقة تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، شريطة أن لا يكون هناك وقت لا يكون الحق الضماني نافذا فيه تجاه الأطراف الثالثة بموجب طريقة واحدة أو أكثر. وهذا هو النهج الموصى به في هذا الدليل (انظر التوصية ٤٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٠٠- وعلى العكس من ذلك، يمكن أن تكون هناك حالات ينقضي فيها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. فلننظر إلى الحالة التي لم تعد تنطبق فيها شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بموجب إحدى الطرائق ولم يحقق الدائن المضمون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى

مباحة قبل موعد الانقضاء (أي قد ينقضي التسجيل مثلا أو يلغى أو قد يتخلى الدائن المضمون عن حيازة الموجودات المرهونة أو قد تصبح الظروف التي أدت إلى النفاذ تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة غير قائمة و لم يتخذ الدائن المضمون خطوات لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة باستخدام طريقة أخرى). وفي هذا الحالة ينقضي النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ويتعين إعادة إنشائه بعد انقضائه. وتسلك الدول نهوجا مختلفة إزاء مفعول الانقضاء وإعادة الإنشاء.

١٠١- فترى بعض الدول أن الانقضاء ينهي حتما استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، وأنه لا يمكن لأي إعادة إنشاء أن تحدث مفعولا إلا اعتبارا من تلك اللحظة. والسياسة العامة المتّبعة هنا هي تجنّب إلزام المطالبين المنافسين بأن يلاحقوا القيد في السجل للوقوف على ما إذا وجد حق ضماني في أي وقت مضى. وتنص دول أخرى على فترة سماح يجوز أن يعاد خلالها إنشاء التسجيل المنقضي. وفي تلك الدول، إذا أعيد إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة خلال مهلة قصيرة يعتبر أنه كان مستمرا وتبقى الأولوية الأصلية للدائن المضمون، باستثناء ما هو تجاه مطالبين منافسين اكتسبوا حقوقا في الموجودات المرهونة خلال فترة الانقضاء. 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.

١٠٢- ولدى اتخاذ قرار بشأن النهج الذي ينبغي اتباعه من بين تلك النهوج، 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 حدوث الانقضاء وقبل إعادة إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. فحيث إن الحق الضماني لم يكن نافذا تجاه الأطراف الثالثة في الوقت المعني، تأخذ تلك الأطراف الثالثة المتدخلة الموجودات المرهونة خالصة من الحق الضماني. ويؤدي أي من النهجين إلى هذه النتيجة.

١٠٣- والمثل الثاني المثير للقلق ينشأ متى كان لحق دائن مضمون أولوية على حق دائن مضمون منافس قبل حدوث الانقضاء. وكقاعدة عامة، تتوقف الأولوية بين الدائنين المضمونين المتنافسين، على الترتيب الذي جاء فيه التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٧٨ في الوثيقة A/CN.9/631). وبحسب أحد النهوج، 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 النهج الآخر، يعاد إنشاء الأولوية اعتبارا من

الوقت الأصلي تجاه جميع الدائنين المضمونين الذين سجّلوا حقوقهم أو جعلوها نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل فترة الانقضاء، ولكن ليس تجاه دائنين مضمونين سجّلوا حقهم الضماني أو جعلوه نافذا تجاه الأطراف الثالثة أثناء فترة الانقضاء.

١٠٤- وتشير المناقشة الواردة في الفقرة السابقة إلى التسجيل باعتباره أمرا منفصلا عن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. والسبب هو أن التسجيل، على خلال الأساليب الأخرى للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، يجوز أن يسبق إنشاء الحق الضماني. وبينما لا يمكن أن يصبح الحق الضماني المسجّل نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلى حين استيفاء شروط الإنشاء أيضا، فهو يتقدم على الحقوق الضمانية المنافسة من وقت التسجيل، لا من وقت الإنشاء اللاحق. ونتيجة لذلك، تنطبق الاعتبارات قيد النظر المتعلقة بالسياسات العامة كذلك على الحالات التي يسجّل فيها إشعار قبل إنشاء الحق الضماني وينقضي قبل إنشاء الحق الضماني، ويجوز أن يعاد إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

١٠٥- وهناك كما لوحظ أسباب وجيهة لكلا النهجين من منطلق السياسة العامة. ومع ذلك، نظرا إلى أن أداء السجل العام للحقوق الضمانية بفعالية وكفاءة يتوقف على ثقة المسجّلين والمتقصين في سلامته، يوصي هذا الدليل باعتماد أول البديلين. فإذا انقضى التسجيل أو إذا انقضى النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لأن إحدى طرائق تحقيقه لم تعد سارية قبل إحلال طريقة أخرى محلها، جاز إعادة إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، ولكنه لا يصبح ساريا إلا اعتبارا من ذلك الوقت (انظر التوصية ٤٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

باء- تعليقات تخص الموجودات تحديدا

١- نفاذ الحق الضماني في حق ضماني شخصي أو حق ملكية يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجودات غير ملموسة أخرى تجاه الأطراف الثالثة

١٠٦- يجري أحيانا كثيرة جدا ضمان المستحقات والصكوك القابلة للتداول وغير ذلك من الموجودات غير الملموسة بحق شخصي أو بحق ملكية (كالضمان الشخصي أو الحق الضماني). فقد يكون لدى مانح يعمل مثلا في مجال بيع السلع بالدفع الآجل حق ضماني في هذه السلع لضمان التزامات المشتري بالسداد. ومتى كان المانح هو نفسه المقرض قد تكون التزامات زبائنه للسداد مسنودة بضمان شخصي من طرف ثالث.

١٠٧- والحقوق الضمانية التبعية، سواء كانت حقوقا شخصية أو حقوقا في الملكية تترتب تلقائيا في معظم الدول على الالتزام الذي تضمن سداده. أي أنه إذا قام دائن لمستحق أو حائز

لصك قابل للتداول مسنود بحق ضماني واحد أو أكثر بإحالة ذلك المستحق أو الصك القابل للتداول إلى طرف ثالث، استفاد الطرف الثالث المحال إليه أيضا من تلك الحقوق الضمانية.

١٠٨- والفكرة القائلة بأن الحقوق الضمانية التبعية تترتب على الالتزام الرئيسي (المستحق أو الصك القابل للتداول) تنطبق أيضا عموما على أي حقوق ضمانية قد تؤخذ في المستحق أو الصك القابل للتداول. فمثلا، لأن الحقوق التبعية تترتب تلقائيا على الالتزام الرئيسي، إذا كان الحق الضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول قد جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة ينبغي أن يمتد هذا الحق ليشمل تلقائيا أي حقوق تبعية دون إلزام المانح أو الدائن المضمون باتخاذ أي إجراء آخر. وتنبع هذه النتيجة من المبادئ العامة لقانون الالتزامات في معظم الدول، وهي النهج الموصى به في هذا الدليل (انظر التوصية ٤٩ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٠٩- ولكن توجد اعتبارات إضافية تتعلق بالسياسة العامة إذا كان الحق الشخصي أو حق الملكية الذي يضمن الالتزام الرئيسي تعهدا مستقلا، وتسلك النظم القانونية نهوجا متباينة في هذه الحالة.

١١٠- وفي بعض النظم لا تترتب هذه الحقوق على الالتزام بالسداد الذي تضمنه إلا إذا كانت قابلة للنقل ونفِّذ نقلها بإجراء قضائي منفصل. ويستند هذا النهج إلى الافتراض بأن 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، يترتب حتى الضمان المستقل وحقوق أخرى تلقائيا على الالتزام بالسداد الذي تضمنه دون إجراء جديد. ويستند هذا النهج إلى الافتراض بأن الدائن المضمون يطلب عادة من المانح أن يحيل جميع الحقوق التي تضمن مستحق المانح وبأن تبسيط الوصول إلى تلك النتيجة يحد من الوقت والتكلفة فيكون له بالتالي أثر مفيد على توافر الائتمان وعلى تكلفته.

١١١- ويستند هذا النهج الثاني أيضا إلى الافتراض بأنه يمكن حماية حقوق الأطراف الثالثة المانحة للحقوق 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 (أي الحق في الحصول على السداد؛ انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1) ولكنه لا يشمل الحق في السحب إذ إنه حق مستقل (التوصية ٢٦، الفقرة الفرعية (ب)). ونظرا لهذه الحماية التي يتلقاها المانح بمقتضى تعهد مستقل، لا يوجد سبب لعدم مد نفاذ حقوق الدائن المضمون تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا

ليشمل ما قد يطالب به من حقوق فيما يتعلق بالتعهد المستقل. وهذا النهج الثاني هو النهج المتبع في هذا الدليل (انظر التوصية ٤٩ في الوثيقة A/CN.9/631).

١١٢- وتثير حالة الرهن العقاري المستقل أو الرهن غير الحيازي على ممتلكات غير منقولة مسائل أخرى على صعيد السياسة العامة. ففي كثير من الدول يستطيع الدائن المضمون الذي جَعَل ضمانه في مستحق نافذا تجاه الأطراف الثالثة أن يستفيد تلقائيا من أي رهن عقاري عادي أو رهن غير حيازي على ممتلكات غير منقولة يضمن سداد هذا المستحق. وفي بعض الدول يقضي قانون الممتلكات غير المنقولة بأن يُعطى مانح الرهن العقاري إشعارا بالحق الضماني. ويوصي الدليل بمد النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا (انظر التوصية ٤٩ في الوثيقة A/CN.9/631)، إلا أنه يسلّم بأن ثمة سياسات عامة مخالفة غالبة فيما يتعلق بالقانون العقاري قد تدعو بعض الدول إلى اتباع النهج الثاني.

١١٣- وفي بعض الدول، يمكن نقل الحقوق الضمانية في الممتلكات غير المنقولة بمعزل عن الالتزام الرئيسي الذي تضمنه تلك الحقوق. والدول التي تسمح بإنشاء هذه الأنواع من الرهون العقارية المستقلة تفعل ذلك أساسا لتيسير ضمان الرهون العقارية ونقلها. ونظرا إلى أن ممارسات التمويل المتخصّصة المتصلة بالرهون العقارية المستقلة عادة ما تكون مبيّنة بدقة في القانون العقاري للدولة، يوصي هذا الدليل بأن لا ينطبق مدّ النفاذ تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة ليشمل الحقوق التي تضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول متى كان الحق المعني رهنا عقاريا مستقلا (انظر التوصية ٤٩ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢- نفاذ الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي

١١٤- إن الأموال المودعة في حساب مصرفي هي من الموجودات المتزايدة الأهمية التي يستطيع المانحون أن يقدّموها كضمانة لقرض أو ائتمان. والموجودات التي يؤخذ بها الضمان ليست في الواقع الحساب المصرفي ذاته وإنما حق المانح في الحصول على سداد الأموال المودعة في الحساب المصرفي (للاطلاع على تعريف هذه العبارة انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). وتسلك الدول نهوجا مختلفة إزاء شروط نفاذ الحق الضماني في هذا النوع من الموجودات تجاه الأطراف الثالثة. وتكتفي معظم الدول من بين التي لم تنشئ سجلا شاملا للحقوق الضمانية بتطبيق القواعد العامة لتحقيق نفاذ الحقوق الضمانية في المستحقات تجاه الأطراف الثالثة. ويعني ذلك عادة تسجيل إشعار في سجل خاص مكرّس لإحالة الحقوق الضمانية في المستحقات أو لإنشائها، إلا أنه قد يقتضي أحيانا أن يقدّم الدائن المضمون إشعارا كتابيا بالحق الضماني إلى صاحب الحساب. ويتخذ العديد من الدول التي

أنشأت سجلا شاملا للحقوق الضمانية نهجا مماثلا كذلك، أي اعتبار المصرف الطرف المدين بالمستحق. ونظرا إلى أن الأموال الموجودة في الحساب المصرفي ليست صنفا يمكن تعيين هويته، لا يستطيع الدائن المضمون أن يأخذها في حيازته بنفسه ولا أن يعيّن المصرف وكيلا له. وبالتالي يكون التسجيل في السجل العام للحقوق الضمانية هو الطريقة الوحيدة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

١١٥- وقد ابتكرت مؤخرا دول أخرى لديها سجلات عامة للحقوق الضمانية مجموعة متخصّصة من قواعد النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تستند إلى افتراض "السيطرة" فيما يتعلق بالحساب (للاطلاع على تعريف "السيطرة" انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). 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 كعميل المصرف في الحساب. ولئن كانت هذه الطريقة تنشئ المعادل الوظيفي للرهن الحيازي التقليدي فإنها ليست عملية بالنسبة لحساب شيكات المانح وحساباته الجارية الأخرى التي يحتاج إلى أن يستخدمها دون قيد في سياق عمله المعتاد. والبديل الآخر، "اتفاق السيطرة"، هو بالتالي الطريقة الأكثر استخداما في الممارسة العملية. وتتحقق السيطرة من خلال اتفاق بين المانح والدائن المضمون والمصرف. وكما هي الحال بالنسبة لسيطرة المصرف الوديع تلقائيا، لا يشترط بالضرورة أن يؤدي اتفاق السيطرة إلى تجميد الأموال. فتتحقق السيطرة (ومن ثم النفاذ تجاه الأطراف الثالثة) حتى إذا ظلت للمانح حرية السحب من الحساب إلى أن يُخطر بخلاف ذلك.

١١٦- وبموجب كلا النهجين العامين (أي معاملة الحق في سداد الحساب كمستحق لا يمكن تحقيق نفاذ الحق الضماني بشأنه تجاه الأطراف الثالثة إلا من خلال التسجيل في السجل العام للحقوق الضمانية، أو السماح بتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بواسطة اتفاق سيطرة دون حاجة إلى التسجيل)، يأخذ من تحال إليه أموال من حساب مصرفي بموجب إحالة يجريها المانح في سياق العمل المعتاد الأموال خالصة من الحق الضماني (انظر التوصية ١٠٣ في الوثيقة A/CN.9/631). وبخلاف ذلك، تترتب على هذين النهجين عواقب مختلفة للغاية بالنسبة للأولوية. ففي النهج الأول تتوقف الأولوية عموما على الترتيب الذي سُجلت به الحقوق الضمانية. ولا يتمتع المصرف الوديع بأي وضع ذي أولوية بصفته دائنا مضمونا (إلا أنه يتمتع عادة بحق بموجب قوانين أخرى بأن يجري مقاصة بين أي مطالبات تكون لديه حيال المانح وأي 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 كعميل المصرف في الحساب (انظر التوصية ١٠١ في الوثيقة A/CN.9/631).

١١٧- ويكفل النهج الأول الشفافية بواسطة التسجيل العلني ويسمح للمانح بأن ينشئ حقا ضمانيا دون موافقة المصرف الوديع. والنهج الثاني أكثر تماشيا مع الممارسة المصرفية. فالسيطرة التلقائية لصالح المصرف الوديع تماثل قانون المقاصة، الذي يسمح للمصرف الوديع بأن يستوفي من الأموال المقيّدة لحساب عميله ومستحقة بالتالي للمانح أي مبالغ يكون العميل مدينا بها للمصرف نتيجة منح ائتمان لهذا العميل. إلا أن حق المصرف في المقاصة بالنسبة لقروض آجلة عادة ما يبطل حالما يتلقى إشعارا بإنشاء حق ضماني (أو إحالة) لصالح طرف ثالث. وقد يوجد ذلك صعوبات أمام المصارف وعملائها التجاريين الذين كثيرا ما يجب أن يكونوا في وضع يسمح لهم بالتصرف بكل سرعة في معاملات تمويلية ذات صلة بحسابات مصرفية. فقد تؤدي ضرورة التأكد من عدم تلقي أي إشعار بإحالة إلى طرف ثالث أو بحق ضماني قبل التصرّف على أساس تعليمات العميل إلى النيل من كفاءة تلك المعاملات. كما أن عدم اليقين بشأن وقت تلقي الإشعار بالتحديد وتوفير المصرف الائتمان 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.

١١٨- والنهج الذي يسمح بتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بواسطة "السيطرة" فيما يتعلق بالحساب ليست له أي آثار سلبية 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. وفي بيئة مصرفية تنافسية لا تمتنع المصارف بلا 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.

١١٩- أما عن نقص الشفافية الملازم لمفهوم السيطرة فهو لا يضع الأطراف الثالثة في وضع أسوأ من الذي كانوا فيه. فكما لوحظ سابقا، يكون عموما للمصرف الوديع بموجب قوانين أخرى حق إجراء مقاصة لأي التزامات يدين المانح بها للمصرف بأفضلية على حقوق دائني المانح المضمونين منهم وغير المضمونين. وحيث إن 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 يحصّلون عموما على هذه الأموال خالصة من الضمان في كلا النهجين، كما لوحظ سابقا.

١٢٠- والدول التي اعتمدت مفهوم "السيطرة" كطريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لا تجعل منها الطريقة الوحيدة. وبعبارة أخرى، يمكن تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في تلك الدول إما بالتسجيل أو بالسيطرة. ولكن هناك، كما لوحظ، حوافز قوية للدائن المضمون لأن يحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة. فالدائن المضمون ذو السيطرة له أولوية على أي دائن مضمون يكتفي بالتسجيل، بصرف النظر عن الترتيب الذي حدث به كل من السيطرة والتسجيل (انظر التوصية ١٠١ في الوثيقة A/CN.9/631). ومع ذلك يكفل التسجيل أن يكون الحق الضماني نافذا تجاه دائني المانح المحكوم لهم ومدير إعساره حيث إن الأولوية الممنوحة للدائن المضمون ذي السيطرة لا يمكن المطالبة بها إلا تجاه دائنين مضمونين آخرين، لا تجاه جميع المطالبين المنافسين (انظر التوصية ١٠١ في الوثيقة A/CN.9/631). ولأن النهج الثاني أكثر تماشيا مع الممارسات المصرفية والتوقعات العادية للمصارف وعملائها التجاريين، يوصي هذا الدليل، إضافة إلى التسجيل في السجل العام للحقوق الضمانية، بأن تقبل "السيطرة" كطريقة مميزة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة على حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي (انظر التوصية ٥٠ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣- نفاذ الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة

١٢١- مثلما هو موضح في الفصل الرابع (انظر الفقرات ... من الوثيقةA/CN.9/631/ Add.1)، يجوز في دول كثيرة إنشاء حق ضماني في العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل (للاطلاع على تعريف هذه العبارة انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1)، ولكن ليس في حق السحب بمقتضى تعهّد مستقل (انظر التوصية ٢٨ في الوثيقة A/CN.9/631). ومن ناحية أخرى، لا تسمح بعض الدول بإنشاء حق ضماني حتى في العائدات بمقتضى تعهّد مستقل. بيد أنه حتى عند الدول التي تتخذ الموقف الموصى به في هذا الدليل، تدعو الطبيعة الخاصة للموجودات المعنية الدول إلى اتباع سياسات مختلفة إزاء طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

١٢٢- ففي بعض الدول، يجوز جعل هذا الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بأكثر من طريقة واحدة. فعلى سبيل المثال، رغم أنه يستحيل على الدائن المضمون أن يأخذ

الموجودات (العائدات بمقتضى تعهّد مستقل) في حيازته لأنها لا يمكن أن توجد في شكل ملموس حتى يتم سدادها، يجوز للدائن المضمون أن يسجل إشعارا بها في السجل العام للحقوق الضمانية. ويجوز، من ناحية أخرى، في الدول التي تعترف بفكرة "السيطرة" (للاطلاع على تعريف "السيطرة" فيما يتعلق بالحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهّد مستقل، انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1)، أن يحصل الدائن المضمون على السيطرة تلقائيا أو أن يبرم اتفاق سيطرة، حسب الظروف.

١٢٣- و"السيطرة" في دول أخرى هي الطريقة الوحيدة المعترف بها لتحقيق نفاذ الحق الضماني في حق في العائدات بمقتضى تعهّد مستقل تجاه الأطراف الثالثة. فالسيطرة، ومن ثم النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، توجد تلقائيا إذا كان الدائن المضمون هو المصدر أو شخصا مسمّى آخر (للاطلاع على تعاريف هذه العبارات، انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). وإذا كان الدائن المضمون طرفا ثالثا، تستلزم السيطرة أن يعترف المصدر أو شخص مسمّى آخر بأحقية الدائن المضمون في تلقي 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 المصدر على أن يسدّد أي عائدات مسحوبة على نحو سليم إلى الدائن المضمون. وموافقة المصدر ضرورية لأن المصدر يحتاج إلى الاطمئنان بأن العرض قد قُدِّم على نحو سليم وبأن المستفيد قد وافق على حق الدائن المضمون في أن يتلقى العائدات. وإلا فقد يجد نفسه مسؤولا تجاه المستفيد عن الإخلال بأحكام وشروط التعهّد بسداد العائدات إلى دائن مضمون ليس له حق الحصول على سدادها.

١٢٤- وكما لوحظ، إن طبيعة الحق في العائدات بمقتضى تعهّد مستقل، بحد ذاتها، تجعل تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بحيازة العائدات أمرا غير عملي. بيد أن الدائن المضمون يمكنه أن يأخذ الصك ذاته في حيازته. وفي حين أن حيازة التعهّد المستقل لا تحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فالحيازة تعطي قدرا عمليا من الحماية للدائن المضمون متى قضت شروط التعهّد المستقل بتقديم التعهّد المستقل ماديا إلى المصدر لأجل إجراء السحب. ولّما 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 يحقق السيطرة قبل التنازل عن حيازة الصك.

١٢٥- وللممارسات المميزة المتبعة في صناعة خطابات الاعتماد والتعهّدات المستقلة صلة هامة بالأسلوب الذي يمكن أن ينشأ به حق ضماني في حقوق ناشئة من تعهّد مستقل والحقوق بعينها التي يمكن أن يؤخذ على أساسها الضمان (انظر التوصية ٢٨ في الوثيقة

A/CN.9/631). وتقتضي هذه الممارسات المميزة ذاتها إيلاء عناية خاصة للطرائق التي يمكن بها تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، وخصوصا النفاذ تجاه المصدر والشخص المسمَّى. ولأجل حماية المُصدر من احتمال المسؤولية عن السداد لدائن مضمون إذا لم يكن التقديم قد أجري حسب الأصول أو إذا كانت شروط الاتفاق الضماني تجرد الدائن المضمون من حق المطالبة بالسداد حالما يجرى السحب حسب الأصول، يوصي هذا الدليل بأن تكون السيطرة هي الطريقة الوحيدة التي يستطيع بها الدائن المضمون أن يحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٥١ في الوثيقة A/CN.9/631).

٤- نفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في البضائع المشمولة بمستند قابل للتداول تجاه الأطراف الثالثة

١٢٦- إن الخاصية الأساسية للمستند القابل للتداول (كسند الشحن مثلا) هي أنه يمثل البضاعة المشمولة به (للاطلاع على تعريف "المستند القابل للتداول"، انظر الفقرة ١٩ من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). ولأنه قابل للتداول فهو يتميّز بطابع الأشياء الملموسة، ما يسمح لحامله بالمطالبة بحيازة الحقوق التي يمثلها. وعموما ما يعامل تسليم المستند القابل للتداول المظهّر حسب الأصول على أنه نافذ لنقل الحقوق في البضاعة التي يمثلها المستند. ولذلك عادة ما يمتد الحق الضماني في مستند قابل للتداول أيضا في معظم الدول إلى البضاعة المشمولة بهذا المستند، وإذا كان الحق الضماني في المستند القابل للتداول نافذا يكون الحق الضماني في البضاعة المشمولة بالمستند نافذا أيضا (انظر التوصية ٥٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٢٧- 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: '١' بالتسجيل في السجل العام للحقوق الضمانية؛ أو '٢' بنقل حيازة المستند إلى الدائن المضمون ما دامت البضاعة مشمولة بالمستند (انظر التوصية ٥٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٢٨- وفي حين أن التسجيل والحيازة وسيلتان بديلتان لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة فهما لا يؤديان إلى عواقب مماثلة. ففي معظم الدول، يكون للدائن المضمون الذي يأخذ المستند في حيازته أثناء الفترة التي تكون فيها البضاعة مشمولة به أولوية على المطالبين المنافسين مثل المشترين أو غيرهم من الأطراف المحال إليهم، والدائنين المضمونين، بمن فيهم الدائنون المضمونون الذين ربما حققوا النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في وقت سابق في السجل العام للحقوق الضمانية. ويراعي هذا النهج ويؤيد ضرورة الحفاظ على

طابع القابلية للتداول التي يتميّز بها المستند في الممارسة التجارية، وهو لهذا السبب النهج الموصى به في هذا الدليل (انظر التوصية ١٠٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٢٩- وفي الواقع قد يضطر الدائن المضمون إلى أن يتخلى عن حيازة المستند لتمكين المانح من التعامل بالبضاعة في سياق عمله. ويؤدي ذلك عادة إلى انقضاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، إلاّ إذا كان الدائن المضمون قد حقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل أيضا. بيد أنه في كثير من الدول يستطيع الدائن الذي لم يسجِّل إشعارا بحقه الضماني أن يستفيد مع ذلك من فترة مؤقتة من النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة (مدة خمسة عشر يوما أو عشرين يوما على سبيل المثال) عقب التخلي عن حيازة المستند، لتمكين المانح من بيع البضاعة المشمولة بالمستند القابل للتداول أو إبدالها أو تحميلها أو تفريغها أو التعامل بها بطريقة أخرى. وهذا النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة ليس معلقا على شرط تحقيق الدائن المضمون مرة أخرى النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قبل انتهاء الفترة. ويعني ذلك أن الحق الضماني نافذ تجاه حقوق الأطراف الثالثة التي تنشأ أثناء الفترة المؤقتة حتى إذا لم يُجعل الحق الضماني نافذا بطريقة أخرى تجاه الأطراف الثالثة قبل انتهاء الفترة القصيرة. ويراعي هذا النهج الطابع القصير الأمد عادة للمعاملات التمويلية القائمة على بضاعة يمثلها مستند قابل للتداول، والتي تنطوي عادة على تمويل بموجب 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 (انظر التوصية ٥٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٣٠- ولكن تجدر الملاحظة أنه 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 باتفاق شفوي ونقل الحيازة 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.

[ملحوظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود النظر في تنقيح التوصية ١٤ للتوضيح بأنه إذا تخلّى الدائن المضمون عن حيازة موجودات مرهونة أنشئ فيها حق ضماني باتفاق شفوي ونقل الحيازة، من الضروري أن يكون هناك اتفاق مكتوب لكي يستمر وجود الحق الضماني.]

جيم- التوصيات

[ملحوظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود الملاحظة أن التوصيات لم تستنسخ هنا نظرا إلى أن الوثيقة *A/CN.9/631* تتضمّن مجموعة موحّدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة. ومتى وضعت التوصيات في صيغتها النهائية فستُستنسخ في نهاية كل فصل.]