

Distr.: Limited
12 March 2002
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



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

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٧٢-١	مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة
٢	٧٢-١	خامسا- الاشهار
٢	٦٨-١	ألف- تعليقات عامة
٢	٨-١	١- مقدمة
٤	٤٦-٩	٢- التسجيل العلني للضمانات غير الحيازية في المنقولات
٤	١٤-٩	(أ) معاملات حق الملكية أم المعاملات الضمانية
٦	١٧-١٥	(ب) الحقوق الضمانية الرضائية أم غير الرضائية
٧	٢١-١٨	(ج) سجل وحيد للرهن أم سجلات متعددة
٨	٢٣-٢٢	(د) الاشعار أم تنظيم المستندات في ملفات



الصفحة	الفقرات	
٨	٢٨-٢٤	(هـ) توقيت التسجيل.....
١٠	٣٧-٢٩	(و) المضمون المطلوب للاشعار المسجل.....
		(ز) ضرورة حماية الأطراف البعيدة التي تنقل إليها موجودات
١٣	٤٠-٣٨	مرهونة.....
١٤	٤٢-٤١	(ح) الروابط مع سجلات الأموال الثابتة.....
		(ط) الروابط بين سجل عام للرهن وسجلات لحقوق ملكية
١٤	٤٣	موجودات محددة.....
١٥	٤٤	(ي) التسجيل الخاص أم الإشهار.....
١٥	٤٦-٤٥	(ك) التسجيل والإنفاذ.....
١٦	٥٨-٤٧	٣- تجريد المدين وآليات التحكم المعادلة.....
١٦	٥٠-٤٧	(أ) تجريد المدين كبديل للتسجيل؟.....
١٧	٥٢-٥١	(ب) نوعية الحيازة.....
١٧	٥٣	(ج) الحيازة الرمزية.....
١٨	٥٨-٥٤	(د) إشعار الطرف الثالث أم التحكم.....
١٩	٦٤-٥٩	٤- آثار الحقوق الضمانية غير المشهورة على الأطراف الثالثة.....
٢٠	٦٨-٦٥	٥- آثار الحقوق الضمانية المشهورة على الأطراف الثالثة.....
٢٢	٧٢-٦٩	باء- الخلاصة والتوصيات.....

خامسا- الإشهار

ألف- تعليقات عامة

١- مقدمة

١- كما سبق توضيحه (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3، الفقرات ١٠ و ١٥-٢٠)، هناك حاجة إلى تيسير منح الحقوق الضمانية غير الحيازية. والضمان غير الحيازي، وإن كان معروفا في الماضي، لم يبدأ ظهوره من جديد إلا في القرن التاسع عشر ولا يزال خاضعا لقيود في بعض الدول، بل يحظره القانون كلية في بعض منها. وجرت العادة على تفسير هذا النهج بالحاجة الملموسة إلى حماية سائر الدائنين من أن يخدعوا بانطباع مضلل بالشراء الزائف ينبع من احتفاظ المدين بالحيازة. غير أن شاغل الشراء الزائف في حد ذاته أصبح سببا مهجورا وغير كاف إلى حد ما. ففي عالم تجاري يحكمه الائتمان يجب أن لا يندesh الأغيار عندما يكتشفون أن موجودات المدين مرهونة كضمان أو أنها خاضعة لحق ملكية سابق لأحد الموردين أو المؤجرين. غير أنه لا يصح بالضرورة أنه يمكن لنظام للمعاملات المضمونة أن

يستغني بسلامة عن أي اقتضاء للاشهار يخص الضمان غير الحيازي. فيتميز نظام للاشهار يكون فعالا ويعتد به بفوائد واضحة من حيث الكفاءة وتجنب المنازعات.

٢- فأولاً، يمكن الاشهار الدائنين المضمونين من التحقق مما إذا كانت الموجودات ذات الصلة سبق لها أن رهنّت كضمان لصالح دائن سابق، كي يتسنى لهم تقدير ترتيبهم في الأولوية ازاء الحقوق الضمانية المنافسة. وفي غيبة الاشهار، يضطر الدائنون المضمونون أن يعتمدوا على تأكيدات المدينين أو أن يجروا استفسارات واقعية واسعة النطاق. ومن شأن ذلك أن يعرقل امكانية حصول المدينين الذين يفتقرون إلى سجل للجدارة الائتمانية على الائتمان اللازم لهم، وأن يقيد التنافس في سوق الائتمان بربط المدينين بالدائنين الذين أقاموا معهم علاقة ثقة.

٣- وثانياً، ثمة حاجة إلى الاشهار للتعامل على نحو واف مع عواقب تصرف المدين غير المصرح به في الموجودات المرهونة. وفي غيبة الاشهار تُرغم النظم القانونية على أن تختار بين حماية الدائنين المضمونين من عواقب سلوك المدينين غير المشروع، أو حماية المحوّل اليهم الأبرياء من خطر امتياز مكتوم لم يكن لهم أي علم به ولا وسيلة للحصول على علم به. ويزيل الاشهار الحاجة إلى التوسط بين هذين النقيضين ويمكن النظم القانونية من المحافظة على ضمانة جميع المعاملات الرضائية في الموجودات المنقولة.

٤- وثالثاً، يقلل الاشهار اللجوء إلى المقاضاة لحل مشاكل الشك في تقديم التاريخ احتيالياً على المستندات الضمانية، وذلك بتوفير آلية موضوعية للتدليل على تاريخ نفاذ الضمان. الا أنه يجب التسليم بأن خطر تقديم التاريخ احتيالياً أقل انتشاراً في سوق ائتمانية تسيطر عليها مؤسسات مالية متخصصة وحساسة من ناحية السمعة. وفضلاً عن ذلك، يمكن معالجة المشكلة بالزام الاتفاق الضماني بأن يفى بشكليات معينة دون الزام اشهار اشعار الحق الضماني أيضاً. غير أن عنصر الاشهار الاضافي يمكن الدائنين غير المضمونين من أن يقدّروا بمزيد من الكفاءة ما إذا كانت هناك أية قيمة متبقية غير مرهونة في موجودات المدين تكفي للوفاء بمطالباتهم هم. وفي غيبة الاشهار يكون مصدر المعلومات الوحيد هو المدين، الذي قد لا يكون مصدراً متعاوناً أو موثقاً به، الأمر الذي يرغم الدائنين على الشروع في اجراءات انفاذية قد يتضح أنها عديمة الجدوى.

٥- وفي سياق الأموال الثابتة، أشبعت إلى حد كبير الحاجة إلى الاشهار بواسطة انشاء سجل علي. فالغرض من الشهر العقاري هو اتاحة العلانية الشاملة للأطراف الثالثة بخصوص الوضع الراهن لحق ملكية مال ثابت معين، بما في ذلك أي رهن منحه المالك المسجل على حق الملكية. وقد أنشأت دول عديدة سجلات مماثلة لعدد محدود من المنقولات المرتفعة

القيمة (مثل السفن والطائرات والبيوت المتحركة وأحيانا السيارات الأخرى). غير أن غالبية أشكال الممتلكات المنقولة يصعب وصفها بدقة كافية أو تكون متحركة أو غير دائمة إلى حد لا يمكن تطبيق نموذج تسجيل حق ملكية الأراضي عمليا. وينطبق ذلك بوجه خاص على الحقوق غير الملموسة وعلى الأموال أو عموميات الموجودات المتداولة، مثل المخزون والمطالبات.

٦- وبغية حل هذه الصعوبات العملية ظهر مفهوم سجل الرهون المحض. فبدلا من تنظيم التسجيلات بالإشارة إلى حق ملكية الموجودات المرهونة، تدوّن القيود ويبحث عنها بالإشارة إلى اسم المانح. وتترك مسألة حق ملكية المانح وما إذا كان الموجود المرهون يوجد بالفعل إلى الرجوع إلى أحداث أو وقائع غير مسجلة.

٧- ويرجع تاريخ فكرة سجل الرهون لضمانات المنقولات إلى أوائل القرن الحادي عشر، وهي مرتبطة تاريخيا بدول القانون العام، إلا أن هذا المفهوم لم يعد يعتبر ظاهرة خاصة بالقانون العام بالتحديد. ويتزايد قبول هذه السجلات كبنية تحتية ضرورية لنظام حديث وشامل للضمان غير الحيادي في كل مكان. ويتجسد هذا التطور في القوانين النموذجية الخاصة بالمصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير ومنظمة الدول الأمريكية التي تحكم المعاملات المضمونة، وكذلك في الاتفاقية بشأن الضمانات الدولية على المعدات المنقولة.

٨- ويبدأ هذا الفصل ببحث الشروط الأساسية اللازمة لسجل فعال وكفؤ للرهن. ثم ينتقل البحث إلى مسألة ما إذا كان يلزم التسجيل العلني حتى للحقوق الضمانية الحيازية وما إذا كان ينبغي قبول طرائق بديلة للاشهار. ويختتم الفصل ببحث مسألة ما إذا كان ينبغي أن يكون الاشهار شرطا أساسيا لفعالية الضمان بين الطرفين أو تجاه الأطراف الثالثة فقط. وفي حين أن ذلك يستلزم بالضرورة تحليلا أكثر شمولاً لآثار الضمان بالنسبة للأطراف الثالثة، فقد تركت المناقشة المستفيضة للعلاقة بين الاشهار والأولوية للفصل المنفصل الخاص بالأولوية (الفصل السابع).

٢- التسجيل العلني للضمانات غير الحيازية في المنقولات

(أ) معاملات حق الملكية أم المعاملات الضمانية

٩- رغم أن الغرض من سجل الرهون المحض ليس إثبات حق ملكية المانح للموجودات المرهونة، فلا يعني ذلك أنه ينبغي استبعاد جميع المعاملات الخاصة بحق الملكية. وكان الغرض الأساسي من سجلات الرهون الأولى هو إعطاء الدائنين المضمونين وسيلة لتدليل الضمان

علنا من أجل حماية أنفسهم من ادعاءات صادرة من دائنين آخرين بأنهم قدّموا التواريخ احتياليا. وظل ذلك محل تركيز بعض النظم، فأصبحت النتيجة هي أن التسجيل العلني ليس الزاميا الا للحقوق الضمانية المنطوية على موجودات يملكها المدينون بالفعل (مثل الحقوق الضمانية الاعتبارية). وحيث ان الضمان الناجم عن الاحتفاظ بحق الملكية بموجب بيع أو عقد ايجار لا ينطوي في حد ذاته على محاولة لاستخلاص قيمة من مال المانح القائم، لا يكون التسجيل الزاميا.

١٠- أما في التسجيل الأكثر حداثة فلا تكون الحماية من تقديم التاريخ احتياليا الا جانبا عرضيا من وظيفة السجل، حيث ان التركيز الرئيسي هو العلانية الحقيقية. والهدف من ذلك هو زيادة قدرة الأغيار إلى أقصى حد ممكن على معرفة ما إذا كانت الموجودات التي في حيازة المدين والتي يتحكم فيها ملكا للمدين أو إذا كانت خاضعة لحق ملكية لصالح طرف ثالث. ومن أجل ضمان أقصى قدر ممكن من العلانية يجب تسجيل جميع الترتيبات الضمانية، سواء أكانت منشأة في شكل ضمان بالمعنى الضيق أو في شكل تحويل حق الملكية أو الاحتفاظ به، من أجل المحافظة على فعاليتها بالنسبة للأطراف الثالثة.

١١- وفي الواقع تنشأ شواغل مماثلة ازاء الإشهار كلما سمح لشخص أن يظل حائزا لموجودات يمتلكها شخص آخر وأن يتحكم فيها، حتى عندما لا تستخدم الملكية لأغراض ضمان دين. ويؤيد ذلك توسيع نطاق السجل ليشمل جميع المعاملات غير الحيازية التي تكون شائعة بقدر كاف في الممارسة التجارية لكي توجد احتمال الإضرار بالنسبة لأطراف ثالثة، حتى عندما لا تكون وظيفتها هي ضمان الدين. ويتجسد هذا الاتجاه في توسيع نطاق الاتفاقية بشأن الضمانات الدولية على المعدات المنقولة إلى أبعد من الحقوق الضمانية واتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية لصالح البائعين بحيث يشمل ترتيبات ايجار الطائرات، بصرف النظر عما إذا كان عقد الايجار يعمل كضمان أو إذا كان يمثل عقد ايجار فعلي. بمعنى أن دفعات الايجار تعكس بدقة قيمة الطائرة على امتداد المدة المعنية. ويعمل هذا النهج أيضا على تقليل المقاضاة بخصوص الوصف المناسب للمعاملات عند الحدود الاقتصادية الفاصلة بين الضمان والملكية، حيث تكون اتفاقات البيع بالاحتفاظ بحق الملكية ومعاملات التأجير هي مصدر الصعوبات الرئيسي. ولا يمكن استبعاد هذه القضية كلية نظرا إلى أنها ذات صلة على مستوى الانفاذ أيضا. غير أن فرض اقتضاء عام بالإشهار يقلل من احتمال المنازعات.

١٢- ويلزم وجود وسيلة ما لتعيين مدى المعاملات التي يشملها السجل، من أجل تجنب التجاوز التنظيمي. وعندما تعمل معاملة حق الملكية بغرض ضمان دين، يمكن تحقيق ذلك

باستخدام تعريف وظيفي للضمان يشمل أي معاملة، بصرف النظر عن موقع حق الملكية بين الدائن والمدين، تعمل لضمان الوفاء بالتزام.

١٣- وعندما لا تكون المعاملة مضمونة بطبيعتها، حتى من المنظور الوظيفي، كان الاتجاه التشريعي عموماً هو العودة إلى نهج أكثر شكلية. فتحدد المعاملات التي يُرى أنها تمثل مصدر الصعوبة المحتمل الأكثر شيوعاً في البلد المعني بالإشارة إلى تكوينها الرسمي. وفي النظم التي اتبعت هذا النهج تظهر القائمة التوضيحية التالية (بيد أنه لا يلزم بالضرورة أن تدرج كل النظم أنواع المعاملات الأربعة جميعها ضمن نطاقها):

١٠ عقود الإيجار الطويلة الأجل (أي مثلاً التي تتجاوز سنة واحدة) حتى حيث لا تعمل هذه العقود على ضمان ما يعادل قيمة اكتساب السلع المؤجرة؛

٢٤ الشحنات التجارية التي يسلم بموجبها مخزون من البضائع إلى وكيل لإعادة بيعها للجمهور، إلا إذا كان الوكيل معروفا للدائنين بأنه لا يتعامل إلا في المخزون المسلم، أي مثل الدلائل وتجار الأعمال الفنية؛

٣٠ الاحالات القطعية (أي المبيعات) للحسابات المستحقة أو المطالبات؛

٤٠ 'بيع السلع قطعيًا، إذا ظل البائع حائزًا إلى ما بعد فترة معقولة.

١٤- أما صعوبة هذا النهج فهي أنه تاريخي المنحى. وتعيّن أنواع المعاملات التي أثارت صعوبات في الاشهار في الماضي بواسطة بنيتها الاسمية، وقد يأتي المستقبل ببنى معاملاتية جديدة تثير نفس شواغل الاشهار. وبالتالي قد يفضل أن يستخدم بدلا من ذلك مفهوم مشكلي المنحى بحيث يلزم التسجيل في أي موقف يترك فيه شخص حائزا الموجودات منقولة يمتلكها شخص آخر أو متحكما فيها إلى ما بعد فترة تعتبر معقولة ومحددة قانونا.

(ب) الحقوق الضمانية الرضائية أم غير الرضائية

١٥- من حيث المبدأ ينبغي أن يشمل سجل الإشهار البحث لضمان المنقولات جميع الحقوق الضمانية، سواء الناشئ منها بفعل القانون أو بالاتفاق. ورغم الفرق بينها من حيث طريقة إنشائها فهي تثير شواغل مماثلة فيما يتعلق بالإشهار.

١٦ - غير أن الكثير يتوقف على آثار الحق الضماني غير الرضائي المعين بالنسبة للأطراف الثالثة. فإذا كان أساس السياسة العامة للحق الضماني غير الرضائي قويا إلى الحد الذي يلزم منح الدائن أولوية متفوقة على جميع الدائنين الآخرين، سواء كانوا مضمونين أو غير مضمونين، السابقون منهم أو اللاحقون، لا يأتى الأشهار الا بقدر ضئيل من النفع عمليا. أما

إذا كان الترتيب قائما على أساس قاعدة "الأول من حيث الترتيب الزمني" أو إذا كان الحائز حق ضمان غير رضائي حق عام في ملاحقة الموجود المرهون حتى وهو بين أيدي مشترين حسني النية (droit de suite: حق الدائن في ملاحقة أموال مدينة لدى الغير)، فهناك مبررات كثيرة لاختصاص الدائن المضمون غير الرضائي لنفس اطار الإشهار والأولوية المنطبق على الدائنين المضمونين رضائيا.

١٧- يسمح عدد متزايد من نظم التسجيل للدائنين المحكوم لهم (أي الدائنون الذين أقرت مطالبتهم في حكم صادر من محكمة) بتسجيل اعلان الحكم في سجل ضمان المنقولات، حيث ينشئ التسجيل ما يعادل حقا ضمانيا عاما ازاء موجودات المدين المحكوم عليه. وهذا النهج يشجع بطريقة غير مباشرة سرعة استيفاء الدين المحكوم به دون التكاليف والأعباء المترتبة على ضرورة متابعة اجراءات تنفيذ الحكم. وما ان يشهر الحكم حتى يرغم المدين المحكوم عليه عمليا على أن يفي بالدين وأن ينهي التسجيل كي يتمكن من بيع موجوداته أو استخدامها كضمان لدين آخر.

(ج) سجل وحيد للرهن أم سجلات متعددة

١٨- نتيجة للتطور غير الموحد للضمان غير الحيازي، توجد عادة في نظم التسجيل غير المصلحة سجلات منفصلة حسب نوع الموجودات (مثل الديون الدفترية) أو وضع المانع (مثل الشركات) أو الطبيعة الرسمية لوسيلة الضمان (مثل الرهن العقاري والحقوق الضمانية والاحالات) أو حتى وضع الدائن المضمون (مثل المصارف).

١٩- وطالما كان التسجيل يركز على الحماية من تقديم التاريخ احتياليا لم تكن لطبيعة سجلات الرهن اللامركزية والكثيرة التداخل أهمية كبيرة. ولكن مع التحول الحديث في التركيز إلى زيادة الإشهار إلى أقصى حد ممكن، يقلل وجود سجلات متعددة متداخلة من وظيفة الاشهار كما يؤدي إلى عدم يقين في تحديد أولوية الحقوق الضمانية المتنافسة التي منحها المدين ذاته في الموجودات ذاتها ولكن قيدت في سجلات مختلفة، وكذلك آثار هذه الحقوق الضمانية بالنسبة لأطراف ثالثة.

٢٠- وبالتالي توجد النظم الأكثر حداثة سجلا مركزيا لجميع الحقوق الضمانية والمعاملات المتشابهة. ويمكن ذلك بدوره التسجيل من اتاحة صيغة افتراضية مشتركة لترتيب المصالح وفقا لقاعدة بسيطة، هي "أول من سجل" (بيد أن اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية والترتيبات المشابهة لها وظيفيا تمنح عادة حماية خاصة من تبعات هذه القاعدة).

٢١- وقد ساعدت التطورات الحاصلة في تكنولوجيا الحاسوب بدرجة كبيرة الاتجاه إلى المركزية. فتمكّن الحوسبة قيد جميع التسجيلات، بصرف النظر عن طبيعة الموجودات أو وضع الأطراف، في قاعدة بيانات وحيدة، بينما تتيح في الوقت نفسه نقاطاً متعددة للمسجلين والباحثين على السواء للوصول إلى قاعدة البيانات.

(د) الاشعار أم تنظيم المستندات في ملفات

٢٢- كانت النظم المبكرة تميل إلى فرض شروط شاقة بعض الشيء للتسجيل، نظراً إلى أن الغرض الأساسي منها كان توفير إثبات مجرد ضد تقديم التاريخ احتيالياً. فكان يلزم إيداع نسخة فعلية من الترتيب الضماني، مشفوعاً أحياناً باقرارات بحسن النية (بالنسبة إلى حقوق الدائنين الأخرى) والتنفيذ. وفرض هذا النهج مستوى مرهقاً من التكاليف على المعاملات وكذلك خطراً على الدائنين المضمونين، كما أوجد عدم يقين مما إذا كان التسجيل ينشئ الإشهار حيال الأغيار بالنسبة لجميع محتويات المستندات المودعة أم لشروط ضرورية معينة فقط.

٢٣- أما نظم التسجيل الحديثة فقد بسّطت عملية التسجيل جذرياً. فبدلاً من وجوب إيداع المستندات الضمانية الفعلية أصبح كل ما يلزم هو إشعار بسيط يعرض المعلومات الأساسية اللازمة لتنبيه الأطراف الثالثة بخصوص طبيعة الضمان ونطاقه. ويتسم إيداع الإشعارات بالمزايا التالية مقارنة بإيداع المستندات.

١' تقليل أعباء الإدارة والمحفوظات في السجل؛

٢' تقليل تكاليف المعاملات بالنسبة للدائنين المضمونين مع تقليل مقابل له في احتمالات الخطأ؛

٣' زيادة سرية شؤون المدين؛

٤' زيادة مرونة التفاوض على شروط الاتفاق الضماني والاتفاق عليها؛

٥' زيادة اليقين وتحسين العلانية بالنسبة للأطراف الثالثة لدى البحث في السجل.

(هـ) توقيت التسجيل

٢٤- في نظام إيداع الإشعارات لا يلزم، من الناحية العملية، أن يكون الاتفاق الضماني قد أبرم بالفعل كي يتم التسجيل. أما مسألة ما إذا كان ينبغي السماح بالتسجيل المسبق

كمسألة سياسة عامة فهي أكثر إثارة للجدل. وتسمح بعض النظم بذلك، وفي نظم أخرى يلزم أن يوجد أولاً اتفاق ضماني رسمي، إلا أنه لا يلزم أن تكون أي أموال قد دفعت بعد. وهناك مزايا ومساوئ في كل من النهجين.

٢٥- وعلى افتراض أن الأولوية فيما بين الدائنين المضمونين مرتبة حسب وقت التسجيل، يمكن التسجيل المسبق الدائن المضمون من أن يثبت أولويته في الترتيب دون الحاجة إلى مراجعة تسجيلات أخرى قبل أن يدفع أموالاً بالفعل. ويتجنب ذلك أيضاً احتمال إبطال الضمان أو فقدان الأولوية في الحالات التي يكون فيها الاتفاق الضماني الأساسي ناقصاً اجرائياً وقت التسجيل ولكن صحّح في وقت لاحق دون إضرار متدخل بأغيار.

٢٦- ومن ناحية أخرى، يعقد التسجيل المسبق وظيفة ترتيب الأولوية التي يؤديها التسجيل حيال فئات معينة من حقوق الأطراف الثالثة تؤول بعد اتمام الايداع ولكن قبل أن ينفذ الاتفاق الضماني بالفعل كي ينشئ الضمان. ولا توجد أية صعوبة حيال الحقوق الأخرى القابلة للتسجيل إذ يمكن ترتيب الأولوية حسب ترتيب التسجيل، حيث يرجع كل حق ضماني إلى وقت التسجيل لهذا الغرض. ولكن حيثما تباع الموجودات إلى مشتر أو حيثما يعين مدير اجراءات اعسار، تلزم بيئة واقعية غير مسجلة للوقوف على ما إذا كانت هذه الحقوق قد آلت قبل انشاء الضمان فعلاً أو بعد انشائه. غير أن عبء البينة نفسه ينشأ حتى في نظام لا يميز التسجيل المسبق. وحيث ان مصدر الضمان هو الاتفاق - لا التسجيل في حد ذاته - لا تزال هناك ضرورة لاثبات مستقل للاتفاق الضماني. ورغم أن ذلك ينقص من قيمة التسجيل كآلية لتجنب تقديم التاريخ احتياليا فهو تابع ضروري لمفهوم ايداع الاشعارات.

٢٧- كما يزيد التسجيل المسبق احتمال التسجيلات الزور في حالات تقطع فيها المفاوضات ولا يمنح أي ضمان قط. ويمكن تقليل هذا الاحتمال بالنص على اجراء مستعجل لاجبار الابراء، وهو اجراء يلزم على أية حال في الحالات التي يكون فيها قد تم الوفاء بالالتزام المضمون. وتحاول بعض النظم أن تطبق حلاً وسطاً، حيث يمكن التسجيل مسبقاً شريطة أن يتم ذلك في غضون فترة محددة من الزمن (مثل ٣٠ يوماً) قبل تنفيذ الاتفاق. وتؤدي فترة سماح من هذا النوع إلى مفاومة الاستفسار الاثباتي خارج السجل، إلا أنه يمكن النظر فيها في المعاملات الاستهلاكية حيث قد لا يكون لدى المانح ما يلزم من علم أو فطنة للاستفادة من اجراء قانوني لبراء الذمة.

٢٨- وتتصل قضية التسجيل المسبق، ضمن أمور أخرى، بقضية أي المعلومات يجب أن يتضمنها اشعار الضمان المسجل. فكلما زادت تفاصيل المعلومات المطلوبة كانت هناك مبررات أكثر قوة لوجوب اتفاق ضماني سابق، وقلّت القيمة العملية للتسجيل المسبق.

(و) المضمون المطلوب للاشعار المسجل

٢٩- كي يكون لاشعار الضمان الحد الأدنى من القيمة الإشهارية يجب أن يبين هوية المانح والدائن المضمون وأن يصف الموجودات المرهونة. ونظرا إلى أن اسم المانح هو معيار البحث الرئيسي توضع عادة قواعد لتحديد الاسم القانوني الصحيح لأغراض التسجيل والبحث. وبالنسبة للمانحين الأفراد تطلب أحيانا معلومات إضافية، مثل تاريخ الميلاد، بهدف ابقاء نتائج البحث ضمن حدود سهولة التناول. وبالنسبة للمنشآت المانحة، تربط أحيانا قاعدة بيانات السجل بسجل أسماء الأعمال التجارية التي تحتفظ به الدولة المعنية، بغية تيسير دقة القيد.

٣٠- وتتطلب سجلات حق الملكية عادة تعيين الموجودات المرهونة على وجه التحديد وقيّد الضمان ويجري البحث عنه بالاشارة إلى الموجود المعين. وفي سجل الرهون، يزيل تسجيل اسم المانح الحاجة إلى وصف مفرد لكل بند على حدة، وبالتالي يطلق مجال الضمان الذي يمكن اشهاره بكفاءة. فيكفي قيد واحد لاشهار الضمان في كل من الموجودات الحالية والمكتسبة فيما بعد، وفي الأموال المتداولة أو عموميات الموجودات (مثل "المطالبات كافة" أو "مخزون البضائع كله"). وفي تلك الحالات يعود الأثر بالنسبة للأطراف الثالثة إلى وقت التسجيل لا الوقت الذي اكتسب فيه المدين بالفعل حقوقا في الموجود المعين. ويسمح هذا النظام باحداث الإشهار حيال قاعدة موجودات المدين بأسرها (مثل "جميع المنقولات الحالية والمكتسبة فيما بعد").

٣١- وهذه الحقوق الضمانية العريضة القاعدة جدلية، ويرجع ذلك، ضمن أسباب أخرى، إلى شواغل ازاء الاحتكار الحالي الذي يكتسبه الدائن المسجل أولا على امكانية حصول المدين على تمويل مضمون. ومن الأسباب الأخرى أن ضمان جميع الموجودات له القدرة المحتملة على تقليل مجموع الموجودات غير المرهونة المتاحة للتوزيع على التنفيذ ودائي الإعسار أو حتى على إزالتها كلية. وينبغي لنظام للمعاملات المضمونة أن يراعي شواغل السياسة العامة هذه. ولكنه ينبغي أن لا تستخدم كمبرر لفرض حدود تعسفية على نطاق الموجودات التي يمكن اشهارها بفعالية بواسطة وصف نوعي أو فوق نوعي في اشعار ضمان مسجل. وربما كان الأفضل أن تعالج هذه الشواغل من خلال صوغ قواعد موضوعية

للأولوية الفائقة يكون الغرض منها هو الحفاظ على امكانية وصول المدين إلى مصادر أكثر تخصصاً للتمويل الآجل أو لحماية فئات من الدائنين غير المضمونين غير الحصينين بشكل خاص. ويتناول الفصل السابع الحاجة إلى قواعد من هذا النوع للأولوية الفائقة (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7، الفقرات ٣٣-٣٧). وفي سياق التمويل الاستهلاكي قد يلزم تكملة هذه الحلول بأشكال من الحظر القطعي على منح الضمان في الموجودات الاستهلاكية المكتسبة فيما بعد، وهي نقطة تناولها بالفعل الفصل الرابع (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4، الفقرات ٢٢-٢٣ و ٥٥).

٣٢ - وحتى في النظم القانونية التي تسمح بالوصف النوعي وفوق النوعي تتبع نهج مختلفة ازاء ما هو الذي يشكل وصفاً كافياً. ففي بعض النظم لا يطلب من الطرف المسجل أن يشير إلى الطبيعة النوعية للموجودات المرهونة (سلع، مثلاً)، حتى إذا كان الحق الضماني قاصراً بالفعل على بند معين (مثل سيارة واحدة). وفي نظم قانونية أخرى، يلزم أن يكون الوصف مطابقاً للنطاق الفعلي للموجودات التي سوف يشملها القيد.

٣٣ - ولكل نهج مزاياه ومساوئه. فيخفف الوصف الأقل دقة عبء القيد على الدائنين ويقلل من احتمال الخطأ في الوصف. كما يسمح للدائن المضمون والمدين بأن يعدلا اتفاقهما الضماني لاضافة موجودات جديدة ضمن نفس الفئة النوعية دون الحاجة إلى تسجيل جديد.

٣٤ - ولكن من ناحية أخرى، تكون القيمة الإشهارية لذلك النظام محدودة بالنسبة للأطراف الثالثة. فلأجل التحقق من نطاق الضمان على وجه الدقة، يجب عليهم أن يحصلوا على تأكيدات من الدائن المضمون مباشرة أو عن طريق المدين. وعلاوة على ذلك، حتى إذا كان الاتفاق الضماني القائم يغطي نطاقاً أصغر من الموجودات، سوف يحتاج الدائنون المضمونون المنافسون الذين يحصلون على ضمان في أي من الموجودات ضمن حدود الوصف المسجل إلى الحصول على تنازل عن الأولوية من الدائن المسجل أولاً. وحيث أن ترتيب الأولوية فيما بين الدائنين المضمونين يرجع إلى التسجيل الأصلي، يلزم الحصول على تنازل صريح لأجل حماية الدائن المضمون من خطر قيام المانح في وقت لاحق بتوسيع قاعدة الموجودات المرهونة بضمان في إطار اتفاق في المستقبل.

٣٥ - وتتبع نهج مختلفة أيضاً ازاء مسألة ما إذا كان ينبغي للاشعار أن يحدد القيمة التي منح عليها الضمان. فلأجل التوفيق بين ممارسات التمويل والالتزامات غير المحددة (مثل ممارسات القروض المتجددة)، لا يقتضي أي من النظم الحديثة أن يحدد الاشعار المسجل القيمة الفعلية للالتزام المضمون. غير أن بعض النظم تقتضي أن تدون قيمة قصوى (للاطلاع على مناقشة حول شروط المبالغ القصوى في الاتفاق الضماني، انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2،

الفقرتان ١٣ و ١٦). والغرض الرئيسي من هذا الاقتضاء هو تيسير قدرة المانح على الحصول على "تمويل من المرتبة الثانية" من دائنين مضمونين آخرين باستخدام القيمة المتبقية في الموجودات المرهونة بالضمان المسجل أولاً. وما لا يوجد مثل هذا الاقتضاء، يجب أن يحصل الدائن المضمون التالي على تنازل صريح عن الأولوية من الدائن المسجل أولاً، والا، حيث أن الأولوية تبدأ من وقت التسجيل يكون الدائن المسجل ثانياً أدنى مرتبة إزاء أي دفعات لاحقة من جانب الدائن المسجل أولاً. وفي الواقع، إذا سمح النظام بتسجيل واحد لاشهار الضمان بموجب اتفاقات لاحقة بين نفس الأطراف، ينشأ هذا الاحتمال حتى إذا لم يكن الاتفاق الضماني القائم يتوقع في الوقت الراهن أي دفعات أخرى في المستقبل.

٣٦- ولكل نهج مزاياه ومساوئه. فما لا يلزم أن يحدد الإشعار أية قيمة قصوى يكون للدائن المضمون المسجل أولاً وللمانح مرونة كاملة لزيادة التسهيلات الائتمانية أو حتى للدخول في ترتيبات ائتمانية جديدة تماماً، دون التعرض لخطر فقدان الأولوية ودون تكاليف إضافية للمعاملة على مستوى التسجيل. ومن ناحية أخرى، تقل قدرة المانح على منح ضمان مقابل القيمة المتبقية للموجودات المرهونة إلا إذا قبل الدائن المسجل أولاً أن يتنازل عن الأولوية. ويكون للمدين عادة في سوق ائتمانية تنافسية مساندة مالية كافية ليسهل له الحصول على تنازل. إلا أنه قد يتعذر الحصول على تنازل بشروط معقولة إذا كان بالاتفاق الضماني شرط جزائي خاص بالفائدة المفقودة. وفي الوقت نفسه تكون الحماية التي يتيحها اقتضاء المبلغ الأقصى خادعة إذا سجلت بصورة منتظمة تقديرات مضخمة إلى حد كبير. ولا يحتمل أن يكون ذلك مشكلة عندما يتمتع المدين بقدرة كافية على المساومة، ولكن في هذه الحالة قد لا تكون الحماية لازمة أصلاً. وفي حالات أخرى قد يلزم إدخال إجراء يسمح للمانح، على الأقل في المعاملات الاستهلاكية، أن يشترط تخفيض المبلغ المسجل حيثما لا يعبر عن الالتزام الإقراضي الفعلي للدائن المضمون بموجب أي اتفاق قائم بينهما.

٣٧- ويفرض النهجان كلاهما عبئاً استفسارياً إضافياً على الباحثين، إذ يجب الاتصال مباشرة بالأطراف للتحقق من وضع الحسابات الفعلي. ويصح ذلك حتى إذا لزم إشهار القيمة القصوى، حيث أن هذا المبلغ لا يعبر عن الالتزام المضمون الفعلي المستحق في أي وقت معين، وإنما لا يعبر إلا عن القيمة القصوى التي يحق للدائن المضمون استخلاصها من الموجودات المرهونة بحكم ضمانه.

(ز) ضرورة حماية الأطراف البعيدة التي تنقل إليها موجودات مرهونة

٣٨- يعطي عموماً الضمان المادي للدائن المضمون الحق في أن يلاحق الموجود المضمون حتى من يوجد بين يديه، أياً كان، وإلا كانت لمانح الضمان سلطة من جانب واحد لإنهاء الضمان. بيد أنه قد يلزم تقييد حق الملاحقة العادي الذي يتمتع به الدائن المضمون، وذلك في سياق سجل الرهون المفهرس حسب المانحين. وفي الحالات التي كانت فيها الموجودات المرهونة موضع عمليات نقل متعاقبة غير مصرح بها لا يمكن للمشتريين أو للدائنين المضمونين أن يحموا أنفسهم بإجراء بحث على أساس اسم الحائز الحالي، نظراً إلى أن البحث لن يكشف إلا عن مصلحة ضمانية منحها صاحب حق ملكية سابق.

٣٩- ويمكن أن تتخذ حلول هذه المشكلة أشكالاً مختلفة وفقاً لكيفية رغبة النظام القانوني المعني في أن يوجد توازن بين المحافظة على الضمان وصون موثوقية السجل. وكحد أدنى، ينبغي إلزام الدائنين المضمونين بأن يعدّلوا تسجيلاتهم لتعيين المنقول إليه الموجودات المرهونة كمانح إضافي، تحت طائلة التبعية لمصالح اكتسبت في الموجود المعني بعد أن يكتشف الدائن المضمون النقل. وقد ترغب بعض النظم القانونية في أن تذهب إلى أبعد من ذلك وأن تحمي جميع الأطراف الثالثة، أو على الأقل فئات الأطراف الثالثة غير الحصينة بشكل خاص، حتى عندما لا يكون للدائن المضمون علم بتصرف المدين غير المصرّح به.

٤٠- ويمكن تخفيف مشكلة الطرف الثالث البعيد إلى حد كبير باشتراط تعيين الموجودات بالتحديد لأجل الإشهار الفعال حيال المشتريين والدائنين المضمونين المنافسين في حالة الموجودات المرتفعة القيمة بشكل خاص التي توجد لها أرقام مميزة يعتد بها، مثل السيارات والزوارق والبيوت المتنقلة والمقطورات والطائرات، إلى آخره. ورغم أن ذلك يقلل قدرة الدائنين المضمونين على إشهار الضمان في الموجودات المكتسبة فيما بعد، لا يكون تعيين الموجودات بالتحديد ضرورياً من الناحية العملية إلا بالنسبة للأصول الرأسمالية المستخدمة في أعمال المانح والأصول الاستهلاكية المستخدمة لأغراض شخصية. وفي حالة المخزون تختصر المشكلة على الحالات التي يكتسب فيها تاجر سلع مستعملة موجودات خاضعة لضمان منحه البائع ثم يعيد بيعه للجمهور. وينبغي النظر في توسيع نطاق الحماية التي توفر لمشتري الموجودات المنقولة في سياق الأعمال التجارية الاعتيادية، لأجل حماية المنقول إليهم تلك الموجودات. وتعالج هذه المسائل بمزيد من الاستفاضة في الفصل السابع (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7، الفقرة ٣٠).

(ح) الروابط مع سجلات الأموال الثابتة

٤١ - القوانين الحديثة التي تحكم المعاملات المضمونة تسمح عموماً بمنح حق ضماني في الأموال المنقولة المثبتة، أي الأموال المنقولة المقرر تثبيتها بالأرض دون أن تفقد هويتها المنفصلة (مثل أتون) وكذلك الأموال الثابتة التي يمكن تحريكها، أي الأموال الثابتة المقرر أن تصبح منقولة (مثل المحاصيل النامية). ويخضع الحق الضماني لنفس اقتضاءات الإشهار التي تنطبق على سائر فئات المنقولات، باسئراط واحد. فكي يصبح إشعار الضمان نافذ المفعول حيال أشخاص يطالبون بحق في الأرض التي تربط أو تثبت بها المنقولات يجب أن يكون الإشعار عادة مقيداً في الشهر العقاري أيضاً، لأجل المحافظة على وظيفة الإشهار الشاملة التي يؤديها سجل الأموال الثابتة.

٤٢ - ويثير إنشاء سجل شامل للمنقولات المرهونة مسألة ما إذا كان يمكن تنسيق الإشهار حيث يغطي الاتفاق الضماني أموالاً ثابتة ومنقولاتها. ويبدو أنه ليس ثمة أي نظام قانوني يفعل ذلك، فسجلات الشهر العقاري تنظم أساساً بالإشارة إلى الموجود المحدد ووظيفتها هي أن تكون سجلات لحق الملكية إضافة إلى الرهون. وفي حدود وجود فهرس إضافي بأسماء الملاك أيضاً، يمكن إنشاء نظام مشترك للقيء في سجل، إلا أن ذلك سوف يستلزم قدراً كبيراً من التنسيق في الأسلوب المصطلح عليه لقيء الأسماء المستخدم في النظامين. وفضلاً عن ذلك، تقتضي عادة الحاجة إلى المحافظة على سلامة سجل الشهر العقاري أن يسجل الضمان بالإشارة إلى المال الثابت المعين وليس فقط اسم المانع. وهذا ضروري حيث أنه ليست هناك حاجة عادة في سجل لحقوق الملكية على مستوى الإشهار إلى الانشغال بالتمييز بين الضمان البحث والضمان الناشئ من نقل حق الملكية أو حجزه لصالح المدين المضمون. فيتحقق الإشهار الوافي بصرف النظر عما إذا كان الدائن مبيناً في السجل بصفته مالكا أو حائزاً لرهن على حق ملكية المالك المسجل. ولا يصبح التمييز بين الملكية والضمان هاماً إلا على مستوى الإنفاذ.

(ط) الروابط بين سجل عام للرهون وسجلات لحقوق ملكية موجودات محددة

٤٣ - يمكن أن توجد اعتبارات مماثلة صعوبات في تنسيق أو دمج التسجيلات بين سجل لرهون المنقولات وسجلات لحقوق ملكية موجودات محددة مثل السفن والطائرات والسيارات والملكية الفكرية. وفي حالة الأشياء الملموسة، يمكن تخفيف هذه الصعوبات في حدود أن سجل الرهون يوجد ضمناً قدرة إضافية على إجراء عمليات البحث بالإشارة إلى أدلة رقمية للموجودات. أما بالنسبة للممتلكات الفكرية فتكون العقوبات أكثر ضخامة لأنه

لا يمكن وضع نظام مساو لتعيين هوية الموجودات ولأن سجلات الملكية الفكرية ليست مصممة أساساً لغرض تيسير المعاملات التجارية. وأياً كان النهج المتبع يلزم لقانون يحكم المعاملات المضمونة عموماً أن ينشئ الحد الذي يغني عنده القيد في سجل الموجودات محددة عن القيد في سجل المنقولات العام وأن ينسق الأولويات فيما بين النظم المختلفة. وهذا أمر بالغ الأهمية بشكل خاص بالنسبة للضمان في الملكية الفكرية ومدفوعات التراخيص والإتاوات المتصلة بالملكية الفكرية، نظراً لتزايد الأهمية الاقتصادية لهذا النوع من الملكية.

(ي) التسجيل الخاص أم الإشهار

٤٤ - تتحاشى بعض النظم سجلاً عمومياً للرهنون في حد ذاته وتفضل بدلاً منه مواقع أكثر حصراً للإشعار، أي مثلاً قيد الإشعار في دفاتر المدين الخاصة، أو في دفاتر أحد الموتقين العامين أو أحد موظفي المحكمة، أو بيان شفوي، أو الإعلانات في الصحف. ورغم أن بعض مواقع الإشعار هذه تعالج بقدر كاف الشواغل المتعلقة بتقديم التاريخ احتيالياً، فهي تفتقر إلى صفة الدوام وسهولة الوصول العام إليها اللازمين لضمان الإشهار الحقيقي وإنشاء أولوية حيال الأغيار، فإذا أنشئ سجل شامل للرهنون يمكن إهمالها دون أي ضرر.

(ك) التسجيل والإنفاذ

٤٥ - يلزم الدائن المضمون في بعض النظم القانونية بأن يسجل حقه الضماني قبل أن يحق له أن يشرع في إنفاذ سبل الانتصاف حيال الموجودات المرهونة، غير أن التسجيل ليس شرطاً مسبقاً للإنفاذ في نظم قانونية أخرى. وتتوقف مسألة أي النهجين ينبغي اتباعه، ضمن أمور أخرى، على من الذي يحمل مسؤولية إخطار الأغيار ذوي حق مسجل في الموجودات المضمونة بخصوص الشروع في دعوى الإنفاذ. فإذا فرض هذا العبء على الدائن المضمون مباشرة قد لا يلزم تسجيل حق الدائن المنفذ نفسه. أما إذا كان العبء على المسجل أو غيره من الموظفين العموميين، يلزم التسجيل لأجل إبلاغ الموظف المعني بخصوص الحاجة إلى إرسال إخطارات إلى سائر المطالبين المسجلين. وفي الواقع، يلزم الإشهار بالتسجيل قبل الإنفاذ في النظم القانونية التي تتبع النهج الأخير، حتى في حالة إشهار الحق الضماني أصلاً من خلال تجريد المدين.

٤٦ - وقد يعمل أيضاً تسجيل دعوى الإنفاذ المعتمدة مسبقاً على تخفيف عبء الاستفسار للدائنين المتنافسين، المضمونين وغير المضمونين على السواء، الذين يفكرون في الشروع في دعوى إنفاذ. وخلافاً لذلك، يتعين عليهم أن يواصلوا الاستفسار من جميع الدائنين

المضمونين لأجل معرفة ما إذا كان إجراء الإنفاذ قد بدأ. وفي حين أن هناك في الواقع حاجة عمليا إلى مستوى ما من الاتصال فيما بين الدائنين لأجل ضمان التنسيق الواقي، يمكن التسجيل على الأقل الدائنين الآخرين من تركيز جهودهم الاستفسارية.

٣- تجريد المدين وآليات التحكم المعادلة

(أ) تجريد المدين كبديل للتسجيل؟

٤٧- تعفى عادة الحقوق الضمانية الحيازية من التسجيل، إلا ربما عند مستوى الإنفاذ. فيرى أن التجريد يكفي لتناول المصادر الرئيسية للضرر المحتمل بالنسبة للأطراف الثالثة، فيزال مظهر الشراء الزائف ويصبح تصرف المدين دون تصريح حيال الأطراف الثالثة غير ممكن.

٤٨- غير أن التجريد، مقارنة بالتسجيل العمومي، أقل إرضاء في حل مشكلة تقديم التاريخ احتياليا في الحالات التي يكون فيها التاريخ الذي تمت فيه الحيازة هاما، أي مثلا بالنسبة للمعاملات التي حدثت خلال فترة مشتبته فيها قبل إعسار المانح أو حيث يصبح رهن الوفاء الحيازي متنافسا مع حق ضمان غير حيازي. وهذا هو السبب الذي جعل بعض النظم القانونية تفرض اقتضاءات رسمية إضافية الغرض منها هو إنشاء تاريخ مؤكد لرهن الوفاء الحيازية. أما التسجيل، فيعالج نفس هذا الشاغل المتعلق بتقديم التاريخ احتياليا في حالة الإعسار، فهو يقدم على الأقل قرينة استدلالية قوية.

٤٩- ويقلل استثناء الحقوق الضمانية الحيازية أيضا قيمة السجل الإشهارية ويعقد ترتيب الأولويات، فلا تستطيع الأطراف الثالثة، بما في ذلك الدائنون المضمونون المحتملون، أن يعتمدوا كلية على بحث في السجل، وإنما يتعين عليهم أن يجروا مزيدا من الاستفسارات للتأكد من أن الموجودات التي يؤخذ بها ضمان لا تزال في حيازة المدين وتحت سيطرته. وهذا جزء عادي من عملية تقدير المخاطرة، نظرا إلى أن سجل الرهن أقل جدارة بالثقة بطبيعته من سجل وضع لكي يسجل حقوق الملكية وكذلك الرهن على حق الملكية. وحتى إذا لزم إشهار الحقوق الضمانية الحيازية يظل الدائنون المضمونون يواجهون خطر بيع المدين الموجودات المرهونة بضمان بيعا قطعيا أو أن دائنا له حق التنفيذ قد أوقع عليها حجزا. ولكن هذا الخطر الأخير يقل كثيرا في النظم التي تقتضي إشهار قرارات المحاكم

بتسجيلها. وكلما كان النظام أكثر شمولاً تقوى مبررات وجوب تسجيل حتى الحقوق الضمانية الحيازية.

٥٠- وإذا سمح بأن تحل حيازة المدين الموجود المرهون محل التسجيل تثار مسألة ما إذا كان يستطيع الدائن المضمون أن ينزل عن الحيازة بأن يسجل إشعاراً بالضمان، مع السماح لتاريخ سريان الضمان بأن يرجع إلى تاريخ الحيازة الأصلي. وليس هناك ما يثير الاعتراض على ذلك من حيث المبدأ، بشرط أن لا يكون هناك فاصل في استمرارية الإشهار، ومع ذلك تكون النتيجة تقليلاً إضافياً من مكانة السجل.

(ب) نوعية الحيازة

٥١- على افتراض الاحتفاظ بالحيازة كبديل للتسجيل، ينبغي تعريف المفهوم على نحو يحمي من الأضرار بالأطراف الثالثة. فينبغي التخلص من أساليب الملكية التقديرية الوهمية البحتة، مثل احتفاظ المدين بالحيازة بموجب اتفاق على التملك كأمين أو وكيل للمدين.

٥٢- ومع ذلك ينبغي أن لا تبعد الحقوق الضمانية الحيازية لمجرد أن الموجودات تظل في مقر المدين، كما في حالة الموجودات المخزونة في غرفة ينفرد الدائن المضمون وحده بسبل الوصول إليها، أو ترتيبات للخزن من النوع الذي سبق وصفه في هذا الدليل (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3، الفقرتان ٦ و ٧). وبشرط استمرار سيطرة الدائن المضمون وانفراده بها، تكون السياسة الضمنية لحماية الأطراف الثالثة مستوفاة. ونشأ الكثير من هذه الأساليب استجابة لعدم قدرة الدائنين المضمونين عبر التاريخ على أخذ حق ضماني غير حيازي فعال. وإذا أتيح بديل التسجيل العمومي على نطاق واسع سيقبل بطبيعة الأمر انتشار مثل هذه الترتيبات.

(ج) الحيازة الرمزية

٥٣- ينبغي أيضاً أن تظل الحيازة الرمزية متاحة حيثما تحظى الدلائل أو المستندات ذات الصلة بقبول في الممارسة التجارية عامة بوصفها الوسيلة الوحيدة أو الأكثر جدارة بالثقة لنقل الموجودات أو القيمة التي تمثلها أو رهنها. ومن بين الأساليب التي توضح ذلك تسليم شهادات الأسهم والورقات القابلة للتداول ومستندات حق الملكية مثل وثائق الشحن أو إيصالات المخازن، مع ما يلزم من تظهير. وقد أنشأت بعض النظم القانونية نظماً لشهادات حق ملكية للسيارات تمكّن الدائنين المضمونين من إشهار الحقوق الضمانية على نحو واف بتملك شهادة حق الملكية. وإذا كانت هذه الممارسة راسخة وتعمل جيداً ينبغي الاحتفاظ

بأشكال الملكية هذه أيضا. ومن ناحية أخرى، ينبغي عموما أن لا يكون تسليم قوائم بمستحقات تجارية عادية صالحا لهذا الغرض، إذ لا يكفي مدى قبولها للتداول في الممارسة التجارية لتوفير ما يلزم من حماية للأغيار من خطر التصرف المنافس من جانب المدين (إلا أنه قد تكون هناك استثناءات محدودة). ويكون تثبيت صفيحة معدنية أو ما شابه ذلك من إشعار مادي على الموجود المرهون أكثر إشكالية نظرا لاحتمالات إساءة الاستخدام. ومن ناحية أخرى يتوقف الكثير على الممارسات التجارية المحلية، فقد تجعل طبيعة الموجود والإشعار اللازم هذا الشكل من الحيازة الرمزية كافيا.

(د) إشعار الطرف الثالث أم التحكم

٥٤- ظهر التسليم عامة بإمكانية رهن السلع بواسطة تسليم مستند حق الملكية، مثل وثائق الشحن أو إيصالات المخازن، لأن الطرف الثالث هو الذي يتحكم في السلع. ويلزم الناقل أو الخازن - حسب الحال - قانونا بأن يسلّم حيازة الموجود الأساسي إلى الشخص الحائز للمستند. ويوضح ذلك الفكرة الأكثر شيوعا بأنه يمكن تحقيق التجريد الفعلي من الملكية عن طريق الغير. وعلاوة على ذلك، لا يقتصر هذا الأسلوب على حيازة الأشياء الملموسة، فيمكن مثلا تحقيق التجريد الفعلي من التحكم في أوراق مالية استثمارية معتمدة بقيد اسم الدائن المضمون في دفاتر مُصدر الضمان أو بواسطة تأشير في دفاتر دار مقاصة.

٥٥- وتشكل فكرة مماثلة أساس قاعدة في بعض النظم يمكن بموجبها رهن المستحقات بإشعار المدين على المستحقات. وحيث أن الإشعار يلزم حساب المدين بأن يسدد المستحق المضمون للشخص الذي يقدم الإشعار فهو ينقل بالفعل الحق في القيمة النقدية للمستحق من المانح إلى الدائن المضمون الذي قدم الإشعار.

٥٦- وفي سياق التمويل بالمستحقات التجارية يشكل إشعار المدين آلية إلزام حساب المدين. إلا أن النظم القانونية التي تستخدم سجلا عموميا لضمانات المنقولات قد نبذت غالبا الإشعار كطريقة للإشهار حيال أطراف ثالثة أخرى أو كوسيلة لإنشاء الأولوية. وبدلا من ذلك، تحدد أولوية الحقوق في السداد بين الدائنين المضمونين والحال إليهم وفقا لترتيب التسجيل. ويمكن هذه القاعدة الدائنين المضمونين والحال إليهم من تقدير قيمة المستحقات الحالية والاعتماد عليها بمزيد من الدقة، كما تيسر التمويل بالحسابات المستحقة غير الإشعارية حيال مجموع مطالبات المانح الحالية والمقبلة.

٥٧- ولكن قد يكون دور ما لإشعار الأطراف الثالثة أو تحكمهم كوسيلة للإشهار ممكنا أو حتى مفضلا بالنسبة لبعض المدفوعات غير الملموسة المرتفعة القيمة، مثل المدفوعات

الواجبة السداد بموجب وثيقة تأمين أو خطاب اعتماد أو حتى بالاتصال بضمان ممنوح في حسابات مصرفية أو حسابات استثمارية أو أوراق مالية مودعة لدى وسيط. ومن ناحية أخرى، لا يوجد توافق واضح في الآراء عن كيفية حل مسائل مثل: المدى الذي ينبغي أن يكون إليه التحكم هو آلية الإشهار الوحيدة مع إبعاد التسجيل؛ وما إذا كان ينبغي أن تكون موافقة الطرف الثالث شرطاً مسبقاً للإشهار الفعال؛ والأولوية النسبية، وخصوصاً في حالة الضمان الممنوح في ممتلكات استثمارية يحوزها وسيط، في الحالات التي يكون فيها الطرف الثالث المتحكم قد أخذ ضماناً في الموجود نفسه أو أعاد رهن هذا الموجود لضمان دينه الخاص.

٥٨- أما إذا كان ينبغي أن يكون تجريد المدين من الملكية بديلاً للتسجيل فمسألة مفتوحة. وعلى افتراض أن الحقوق الضمانية الحيازية لا يلزم إشهارها بالتسجيل، ينبغي تعريف مفهوم تجريد المدين من الملكية بطريقة تحد من قدرة المانح على إنشاء مطالبات منافسة في الموجودات المرهونة لصالح أطراف ثالثة. وفي حين أن هذا الاختبار الوظيفي يكون من شأنه أن يستبعد أشكال الحيازة الوهمية البحتة، فهو يحرر أيضاً فكرة التجريد إلى ما بعد تسليم الموجودات المرهونة في هيئتها المادية كي تشمل الحيازة التقديرية عن طريق أموال مستندية غير ملموسة ولموسة وحيازات الأطراف الثالثة من موجودات ملموسة وغير ملموسة لصالح الدائن المضمون.

٤- آثار الحقوق الضمانية غير المشهورة على الأطراف الثالثة

٥٩- تختلف النظم إزاء ما إذا كان الإشهار لازماً لإنشاء الضمان حتى بين الأطراف المباشرة، أو فقط لأغراض الفعالية حيال الأطراف الثالثة. وفي حين أن الإشهار يعنى أساساً بفكرة إخطار الأطراف الثالثة، قد يكون النهج الأخير أكثر جاذبية، إلا أن هناك بعض الاعتبارات في هذا الصدد.

٦٠- فأولاً، يكون التجريد ضرورياً لإنشاء الرهن الحيازي التقليدي. وفي النظم القانونية التي يكون فيها الرهن الحيازي هو الشكل النموذجي للضمان في المنقولات، يعتبر التسجيل العمومي للضمان غير الحيازي بديلاً للتسليم في هيئة مادية، وهو خطوة إنشائية منطقياً.

٦١- وثانياً، لا يألف الكثير من النظم القانونية فكرة نسبية حق الملكية، أي فكرة إمكانية إنشاء حقوق ملكية لشخص واحد (المانح، في هذه الحالة) ولكن ليس لآخرين (الأطراف الثالثة المطالبة بالمنافسة، في هذه الحالة)، أي أنه إما يوجد حق ملكية تام أو لا يوجد.

٦٢- ولا يمكن تجاهل هذه الشواغل المفاهيمية في دليل تشريعي للمعاملات المضمونة يقصد منه أن يلائم مختلف الثقافات القانونية. غير أن الشواغل إزاء كيفية صوغ اقتضاء الإشهار (أي كقاعدة إنشائية أو إمكانية مقابلة الأطراف الثالثة) جدلية إلى حد أن النتيجة واحدة في النهجين، ولا يصبح الفرق ذا معنى إلا إذا أريد إعطاء قدر من أثر الطرف الثالث لحق ضماني غير مشهر. وتتبع مختلف النظم سياسات مختلفة إزاء هذه النقطة.

٦٣- وفي بعض النظم يكون الإشهار أو تجريد المدين من الملكية كبديل للإشهار شرطاً أساسياً مطلقاً للفعالية حيال الأطراف الثالثة. فلا يمكن إنشاء ضمان حيال أطراف ثالثة إلا إذا وعندما يسجل أو يتم تجريد المدين من الملكية. وتبدأ نظم أخرى بالافتراض المضاد، فيفترض أن الضمان يصبح نافذاً حالماً ينشأ الاتفاق، وقد يكون ذلك رهناً بحد أدنى معين من الاقتضاءات الكتابية. ويستتبع ذلك أن الأطراف الثالثة لا تكون محمية من ضمان غير مشهور إلا إذا تمكنوا من الإشارة إلى مصدر صريح للحماية القضائية أو التشريعية.

٦٤- والاتجاه التشريعي الحديث في البلدان التي يوجد لديها سجل شامل حقاً للرهون يفضل رفض أو تحديد آثار الضمان غير المشهور على الأطراف الثالثة حيال غالبية فئات مصالح الأطراف الثالثة. وتقتصر الاستثناءات على المنقول إليهم موجودات الذين لم يقدموا قيمة وربما المشترين في سياق الأعمال التجارية العادية الذين يتلقون وهم على علم فعلاً بحق ضماني غير مشهور، إلا أن هذا الاستثناء الأخير قد يكون أكثر إثارة للجدل (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7، الفقرة ٣٢). والشروط القائمة على علم فعلي تقتضي بحثاً خاصاً بوقائع معينة وتقلل من كفاءة القواعد التشريعية إذ إنها تشجع التقاضي. ولا ريب في أنه ينبغي ألا يسمح للعلم الفعلي أن يغلب الأولوية التي حصل عليها بترتيب التسجيل أو بتجريد المدين في منافسة بين دائنين مضمونين. والسماح بذلك يقوض يقين قاعدة الأولوية وإمكانية التنبؤ. وليس هناك أي إجحاف بجائز الحق غير المشهور في هذا النهج، فكان في وسع الدائن المنافس في أي وقت أن يحمي نفسه بالتملك أو بالتسجيل في وقت مناسب. ولذلك لا يوجد سوء نية ضمناً في أن يتمسك الدائن المضمون بالأولوية رغم العلم فعلاً. وإذا اقتضى هذا النظام التسجيل أو الحيازة لأغراض الأولوية، ينبغي أن يحق للدائن المضمون أن يعتمد عن ثقة على تخلف الدائن الآخر عن الامتثال بتقدير وضعه هو في الأولوية.

٥- آثار الحقوق الضمانية المشهورة على الأطراف الثالثة

٦٥- إذا جعل التسجيل أو تجريد المدين من الملكية شرطاً مسبقاً لفعالية جميع الحقوق الضمانية، يوفر ذلك صيغة مشتركة ليس فقط لتحديد النقطة التي يصبح عندها الحق

الضمان نافذا حيال الأطراف الثالثة الذين يكتسبون مصلحة متدخلة في الموجودات المضمونة، وإنما للفصل في منازعات الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية المتنافسة.

٦٦- بيد أنه ينبغي أيضا لنظام المعاملات المضمونة أن يضمن عدم التعارض على نحو غير ملائم مع سلامة معاملات السوق العادية في المنقولات. وقد يلزم ذلك صوغ استثناءات لآثار الأولوية المترتبة على الإشهار لأجل حماية المنقول إليهم موجودات مضمونة الذين يكتسبون مصلحتهم من خلال السياق العادي لأعمال المانح، وكذلك الحائزين والمنقول إليهم الحائزين (بما في ذلك المطالبين المنافسين بضمان) لأموال وموجودات قابلة للتداول رهنا بحق ضامني مسجل.

٦٧- وإضافة إلى ذلك، قد لا تكون النظم القانونية مستعدة لفرض عبء البحث ومخاطر التخلف عن البحث على محال إليهم غير محنكين نسبيا، حتى عندما يكتسبون مصلحتهم في سياق معاملة تجارية غير عادية. وقد يستلزم ذلك استثناءات أخرى في حالة المنقول إليهم الذين يكتسبون موجودات مضمونة لأغراض غير تجارية أو حيثما تنطوي المعاملة على موجود منخفض القيمة نسبيا أو معاملة منخفضة المبلغ. ومن ناحية أخرى، كلما اتسعت فئة المنقول إليهم الذين يسمح لهم بأن يتلقوا دون ضمان مسجل قلت مبررات فرض عبء التسجيل على الدائن المضمون في بادئ الأمر. وعلى ذلك قد يلزم النظر أيضا في إعفاء الدائنين المضمونين من أي اقتضاء بالإشهار حيث لا يكون لهم الحق في تعقب الموجودات حتى المنقول إليهم الأبرياء. ويجب الموازنة بين هذا النهج وقيمة استمرار إلزام الإشهار حيال دائني الإعسار والدائنين المنفذين.

٦٨- وأخيرا، قد يلزم استثناء الدائنين المضمونين مؤقتا من عبء إجراء الإشهار أو الحفاظ عليه مراعاة لوقائع معينة في السوق. فمثلا، يستحسن إعطاء الدائنين المضمونين مع الاحتفاظ بحق الملكية "فترة سماح" لإجراء الإشهار لأجل تيسير التمويل في الحال في قطاعي المبيعات والإيجار. وبالمثل، في حين أنه ينبغي، من حيث المبدأ، أن تكون الحقوق الضمانية في العائدات خاضعة لنفس اقتضاءات الإشهار المنطبقة على الحقوق الضمانية في موجودات من نفس النوع، قد يلزم منح فترة سماح لإجراء الإشهار لأجل إعطاء الدائن المضمون فرصة كافية للتحقق من وجود العائدات وطبيعتها. وإضافة إلى ذلك ينبغي السماح للدائنين المضمونين الذين قاموا بالإشهار بواسطة تجريد المدين من الملكية، حيثما يتطلب السياق التجاري ذلك، بالإفراج عن الموجودات المضمونة للمانح لفترة محدودة من الزمن دون أن يفقدوا ترتيبهم في الأولوية (مثلا، لتمكين المدين من استلام الموجودات المرهونة المثلثة بمستند حق ملكية، لأغراض البيع مثلا أو إعادة الشحن).

باء - الخلاصة والتوصيات

٦٩- ينبغي للحقوق الضمانية أن تكون علنية، من حيث المبدأ، سواء كان ذلك بواسطة الحيازة أو التحكم أو بواسطة التسجيل. وقد يتسنى وضع حل وسط يكون الإشهار بموجبه ضروريا كقاعدة عامة، رهنا باستثناءات محدودة جدا فقط.

٧٠- يمكن أن يكون الإشهار اقتضاء انشائها لحق ضماني فعال أو مجرد شرطا مسبقا لفعالية هذا الحق حيال فئات معينة من الأغيار. ويتناول الفصل التاسع المسألة المتصلة بذلك وهي ما إذا كان ينبغي للإشهار أن يكون شرطا مسبقا لممارسة إجراءات الرجوع حيال الموجودات المرهونة.

٧١- أما مسألة ما إذا كان ينبغي أن يكون تجريد المدين من الملكية بديلا للتسجيل فمسألة مفتوحة. فإن لم يلزم إشهار الحقوق الضمانية الحيازية بواسطة التسجيل، يمكن تعريف مفهوم تجريد المدين من الملكية بأسلوب يحد من قدرة المانح على إنشاء مطالبات منافسة في الموجودات المرهونة لصالح أغيار.

٧٢- كقاعدة عامة، ينبغي ترتيب أثر أولوية الحقوق الضمانية حيال المطالبين المنافسين وفقا للتاريخ الذي تم فيه فعلا التسجيل أو تجريد المدين من الملكية من جانب الدائن المضمون، بصرف النظر عن وجود أو عدم وجود علم فعلي بأي مطالبة منافسة، طالما لا تكون هناك فترة فاصلة يكون فيها الحق الضماني غير مشهور. وقد تلزم استثناءات واشتراطات لهذه القاعدة لأجل مراعاة اعتبارات الإنصاف والممارسة التجارية (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7، الفقرات ١٩-٣٢).

[ملحوظة للفريق العامل: قد يود الفريق العامل أن ينظر في مفهوم سجل رهون شامل لإشهار إشعارات الضمان وسائر الحقوق غير الحيازية في المنقولات، وإنشاء أولوية هذه الحقوق وفعاليتها حيال الأغيار. وينبغي لهذا السجل، كي يحقق أكبر قيمة إشهارية، أن يكون مركزي التصميم وشامل النطاق، بحيث يغطي جميع المعاملات غير الحيازية الهامة في المنقولات، سواء أكانت رضائية أم غير رضائية، وسواء كانت مستندة إلى حق ملكية أو ضمان.

وإضافة إلى ذلك، قد يود الفريق العامل أن ينظر في ما إذا كان ينبغي للإشعار أن يتضمن إشارة إلى هوية المانح والدائن المضمون ووصفا معقولا للموجودات المرهونة.

وفضلاً عن ذلك، قد يود الفريق العامل أيضاً أن ينظر في ما إذا كان ينبغي للإشعار أن يحدد حداً أقصى للالتزام المضمون الذي يخصه الإشعار وما إذا كان ينبغي لنظام القيد أن يسمح بقيد إشعار قبل إتمام الترتيب الضماني وأن يشمل جميع أنواع المانحين.]
