

Distr.: Limited
22 July 2003*
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المصالح الضمانية)
الدورة الرابعة
فيينا، ٨-١٢ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٣

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	١٠٣-١	مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة
٣	١٠٣-١	خامسا- الإشهار
٣	٩٦-١	ألف- ملاحظات عامة
٣	٦-١	١- مقدمة
٤	١٦-٧	٢- التجريد من الحيازة
٤	٧	أ- اعتبارات عامة
٤	١٠-٨	ب- حيازة طرف ثالث للموجودات المحملة بأعباء

* تأخر تقديم هذه الوثيقة ثلاثة أسابيع عن الموعد المحدد لتقدمها، وهو عشرة أسابيع قبل بدء الاجتماع، وذلك بسبب الحاجة إلى استكمال المشاورات.

الصفحة	الفقرات	
٥	١١	ج- التجريد الوهمي من الحيازة.....
٥	١٦-١٢	د- الآثار المتعلقة بالأولوية.....
٦	٢٣-١٧	٣- الحصول على التحكم في الالتزامات غير الملموسة.....
٦	١٩-١٧	أ- المستحقات التجارية.....
٧	٢٣-٢٠	ب- حسابات الإيداع.....
٨	٣١-٢٤	٤- طرائق الإشهار المستندة إلى حق الملكية.....
٨	٢٧-٢٤	أ- نظم تسجيل حق الملكية.....
٩	٢٩-٢٨	ب- نظم شهادات حقوق الملكية.....
٩	٣١-٣٠	ج- الحقوق الضمانية في المنقولات ذات الصلة بالأرض.....
١٠	٣٢	٥- تسجيل اتفاق الضمان في مرفق لتسجيل المعاملات المضمونة.....
١٠	٨٣-٣٣	٦- تسجيل إشعار الضمان في مرفق لتسجيل المعاملات المضمونة.....
١٠	٣٧-٣٣	أ- اعتبارات عامة.....
١٢	٤٢-٣٨	ب- الفهرسة بحسب الموجودات أو بحسب مانحي الضمان.....
١٣	٥٣-٤٣	ج- محتويات الإشعار المسجل.....
١٦	٥٥-٥٤	د- امكانية الحصول على معلومات أكثر تفصيلاً.....
١٧	٥٨-٥٦	هـ- مدة التسجيل.....
١٧	٦٧-٥٩	و- المسائل الادارية.....
١٩	٧٣-٦٨	ز- الآثار المتعلقة بالأولوية.....
٢١	٧٥-٧٤	ح- التسجيل والإنفاذ.....
٢٢	٨٣-٧٦	ط- توسيع مرفق التسجيل ليشمل المعاملات غير الضمانية.....
٢٤	٨٥-٨٤	٧- طرائق الإشهار الأخرى.....
٢٤	٩٦-٨٦	٨- نفاذ الحقوق الضمانية غير المشهورة.....
٢٤	٨٧-٨٦	أ- إزاء مانح الضمان.....
٢٥	٩٦-٨٨	ب- إزاء الأطراف الثالثة.....
٢٧	١٠٣-٩٧	باء- الخلاصة والتوصيات.....

خامسا - الإشهار

ألف - ملاحظات عامة

١ - مقدمة

١ - يحتاج الدائن المضمون إلى التأكد من أن حقوقه في الموجودات المحملة بأعباء تنال أسبقية على حقوق الأطراف الثالثة. ومع ذلك، تحتاج الأطراف الثالثة أيضا إلى الحماية من خطر تخفيض رتبة حقوقها بالنسبة لحقوق ضمانية "سرية" (والسرية هنا بمعنى أن مسألة وجود تلك الحقوق "السرية"، أو امكانية وجودها، لا يمكن البت فيها بسهولة بطريقة موضوعية). واشترط إشهار الحقوق الضمانية قبل أن تصبح سارية المفعول ازاء الأطراف الثالثة يوفر وسيلة للتوفيق بين هذين الهدفين.

٢ - ويركز هذا الفصل على طرائق الإشهار الأربع المقبولة على أوسع نطاق. فالطريقة الأولى هي تجريد مانح الضمان من حيازة الموجودات المحملة بأعباء. والطريقة الثانية هي امتداد لفكرة التجريد من الحيازة، وتنطوي على منح الدائن المضمون صلاحية التحكم في قيمة الالتزامات غير الملموسة المستحقة على طرف ثالث لمانح الضمان. والطريقة الثالثة ليست متاحة الا في حالة المنقولات (الممتلكات المنقولة) ذات القيمة العالية التي تكون الدولة قد أنشأت لها سجلا متخصصا لحق الملكية أو نظاما لشهادات حق الملكية.

٣ - وتنطوي الطريقة الرابعة، وهي أشمل طرق الإشهار، على إيداع إشعار بسيط، يحتوي على كمية محدودة من البيانات عن الحق الضماني، في مرفق لتسجيل المعاملات المضمونة. وخلافا لمرفق تسجيل حقوق الملكية، لا يُعنى مرفق تسجيل المعاملات المضمونة بإشهار الحالة الراهنة لحق ملكية موجودات محددة. فنوعية حق ملكية مانح الضمان تتحدد بوقائع ومعاملات غير واردة في السجلات. وبدلا من ذلك، يكون التسجيل شرطا مسبقا لنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة. وعليه فإن عدم وجود الإشهار هو الذي تعول عليه الأطراف الثالثة للبت فيما إن كانت هناك امكانية لأن يكونوا ملزمين بحق ضماني متقدم.

٤ - وعلى الرغم من أن مرفق تسجيل المعاملات المضمونة يعمل على أساس نظرية الإشهار السليبي فإنه يسهم أيضا في الترتيب الإيجابي للأولوية. فمن الواضح إلى أقصى حد أن التسجيل يحدد تاريخا مبرهنا عليه بطريقة موضوعية ويسهل التحقق منه من أجل ترتيب الأولويات فيما بين الدائنين المضمونين وبين الدائن المضمون وسائر الأطراف الثالثة.

٥- ويرتبط موضوع الإشهار برمته ارتباطا لا فكاك منه بموضوع الأولوية. وعلى الرغم من أن الأولوية هي موضوع فصل مستقبل في هذا الدليل (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3) فإن الصلة بين الإشهار والأولوية هي موضوع مستمر في هذا الفصل، وينبغي أن يقرأ الفصلان معا.

٦- وإنشاء مرفق تسجيل المعاملات المضمونة، مثله مثل إنشاء مرفق تسجيل حق الملكية أو نظام شهادات حق الملكية، يتطلب استثمارا حكوميا في البنية التحتية اللازمة، سواء مباشرة أو بالتعاقد مع شريك من القطاع الخاص. وفي غياب ذلك النظام يكون ما للحق الضماني غير الحيازي من نفاذ ازاء الأطراف الثالثة محدودا عادة بقواعد قانونية أو قضائية تهدف إلى حماية الأطراف الثالثة البريئة التي تحصل على حق في الموجودات المحملة بأعباء دون أن تعلم بوجود حق متقدم. ويختتم الفصل بمقارنة نظام الإشهار الشامل المستند إلى مرفق التسجيل بهذا البديل، وبتقديم توصيات تشريعية.

٢- التجريد من الحيازة

أ- اعتبارات عامة

٧- لا يؤدي تجريد مانح الضمان من حيازة الموجودات المحملة بأعباء إلى إشهار إيجابي لوجود الحق الضماني. بيد أن ذلك التجريد يزيل ملكية مانح الضمان الظاهرة، وبذلك يخفض أيضا احتمال التصرف في الموجودات دون إذن بنقل ملكيتها إلى طرف ثالث غير مرتاب. وبما أن التجريد من الحيازة يشير إلى أن مانح الضمان لم يعد لديه حق ملكية غير محمل بأعباء فإنه مقبول تقليديا باعتباره كافيا لإنشاء حق ضماني وجعله نافذا إزاء الأطراف الثالثة (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3، الفقرة ٦٧).

ب- حيازة طرف ثالث للموجودات المحملة بأعباء

٨- لا يلزم أن ينطوي التجريد من الحيازة على حيازة مباشرة من جانب الدائن المضمون. وتكفي حيازة طرف ثالث نيابة عن الدائن المضمون.

٩- وإذا كانت الموجودات المحملة بأعباء مغطاة بمسند حق ملكية (سند شحن أو إيصال مستودع، مثلا) فإن اصدار المسند باسم الدائن المضمون يكفل أن يكون الطرف الثالث (ناقل أو صاحب مستودع، مثلا) حاملا للمسند بالنيابة عن الدائن المضمون لا بالنيابة عن مانح الضمان. وإذا كان مسند الملكية قابلا للتحويل، يكون الناقل أو صاحب المستودع ملزما عادة بتسليم الموجودات الأصلية إلى الحائز الحالي للمسند. ويترتب على ذلك أن

تسليم مستند حق ملكية قابل للتحويل ومظهر تظهيرا سليما يتيح وسيلة بديلة لتجريد مانح الضمان من حيازة الموجودات الأصلية.

١٠- والحيازة من جانب طرف ثالث لا تتطلب دائما إبعاد الموجودات المحملة بأعباء إبعادا ماديا من المباني التابعة لمانح الضمان. ففي ترتيبات الإيداع في الموقع، تتولى شركة استيداع، تتصرف نيابة عن الدائن المضمون، التحكم في مخزونات مانح الضمان، وسائر الموجودات المحملة بأعباء، عن طريق وكيل مقيم في الموقع التابع لمانح الضمان. وتكون الأطراف الثالثة محمية بحكم أن قدرة مانح الضمان على التعامل مع الموجودات المحملة بأعباء تتطلب موافقة وتعاون الوكيل (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1، الفقرة ٧).

ج- التجريد الوهمي من الحيازة

١١- لا يوفر التعهد الورقي من جانب مانح الضمان بأن يجوز الموجودات المحملة بأعباء كوكيل للدائن المضمون أي حماية للأطراف الثالثة من أن تضللها ملكية مانح الضمان التي تبدو غير محملة بأعباء. وينطبق الشيء نفسه على إلزام مانح الضمان بأن يسلم دوريا إلى الدائن المضمون قوائم بالمستحقات التجارية المحملة بأعباء. ومثل هذه الأساليب للتجريد الوهمي من الحيازة تمثل استجابة عملية للطلب على الضمان غير الحيازي في النظم التي يكون فيها رهن الوفاء هو الأداة الضمانية الوحيدة المتاحة رسميا. ومن شأن الاعتراف بالنفذ العام للحقوق الضمانية غير الحيازية، على منوال ما هو متوخى في هذا الدليل (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1، الفقرات ١٥-٢٣)، أن يزيل أي دواعي للجوء إلى رهون الوفاء الوهمية.

د- الآثار المتعلقة بالأولوية

١٢- حتى في النظم القانونية التي يوجد فيها مرفق تسجيل للمعاملات المضمونة، يمكن أحيانا أن يشكل تجريد مانح الضمان من الحيازة طريقة فائقة للإشهار. فمثلا، في معظم الولايات القضائية، إذا كانت الموجودات المحملة بأعباء مغطاة بمسند حق ملكية قابل للتحويل، ينال الدائن المضمون (أو المشتري) الحائز على المسند الأولوية عادة على الدائن المضمون الذي يقوم بالإشهار عن طريق تسجيل إشعار بشأن حقه الضماني (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3، الفقرة ١٣). وهذه القاعدة تتفادى المساس بالقبول الواسع النطاق لمستندات حق الملكية القابلة للتداول باعتبارها الأداة الرئيسية لإحالة حقوق امتلاك الموجودات الأصلية خلال الفترة التي تكون فيها مغطاة بالمسند.

١٣- وفي أحوال أخرى قد لا يكون التجريد من الحيازة أكثر طرائق الإشهار مؤاتاة. فإذا كانت الموجودات المحملة بأعباء مسجلة في مرفق متخصص لتسجيل حقوق الملكية (انظر الجزء ألف-٤)، يمكن أن تستوجب الحاجة إلى الحفاظ على سلامة وموثوقية السجل العمومي إعطاء الأسبقية للدائنين المضمونين (والمشترين) الذين يشهرون حقوقهم عن طريق التسجيل.

١٤- وإذا حدث، بدلا من ذلك، أن أشهر حق ضماني منافس بتسجيله في مرفق عام لتسجيل المعاملات المضمونة (انظر الجزء ألف-٥)، فتوجد استجابتان ممكنتان. فيمكن ترتيب الأولوية ترتيبا زمنيا وفقا للترتيب الذي تم به التجريد من الحيازة والتسجيل. وبدلا من ذلك يمكن إعطاء الأفضلية للحقوق الضمانية المسجلة، دون اعتبار لما إن كان التجريد من الحيازة قد حدث قبل التسجيل أو بعده.

١٥- ويخفف النهج الأول التكاليف والمخاطرة على أصحاب محلات الإقراض مقابل رهن وغيرهم من الدائنين الذين يعتمدون بصفة روتينية على الضمان الحيازي. ومن الناحية الأخرى فإن النهج الثاني يتفادى إي إغراء للدائنين المضمونين الحيازيين بأن يقوموا، على سبيل الاحتيال، بادراج تاريخ متقدم للوقت الذي حدث فيه التجريد من الحيازة. كما انه يزيد إلى الحد الأقصى من قيمة سجل المعاملات من حيث ترتيب الأولوية، وذلك بإزالة احتمال الإثبات غير الوارد في السجلات للتوقيت الدقيق للتجريد من الحيازة.

١٦- وإذا أخذ بالنهج الأول، تكون هناك مسألة أخرى هي ما إن كانت الأولوية تبدأ من لحظة التجريد من الحيازة حتى وإن قام الدائن المضمون بالإشهار أولا عن طريق التجريد من الحيازة ثم قام بالتسجيل لاحقا وأخلى سبيل الموجودات لصالح مانح الضمان. وإذا حدث ذلك فإن الدائن المضمون المسجل الثاني سيحصل في النهاية على الأولوية الأولى. ومن الناحية الأخرى كان بوسع الدائن المضمون المسجل الأول أن يحمي نفسه بالتحقق من أن مانح الضمان كان، في الوقت الذي تحصل فيه ذلك الدائن المضمون على حقه الضماني، حائزا للموجودات المحملة بأعباء.

٣- الحصول على التحكم في الالتزامات غير الملموسة

أ- المستحقات التجارية

١٧- في النظم القانونية التي تجيز قابلية شهادات الضمان (للأسهم أو السندات) للتداول، يؤدي تسليم الشهادة، مع أي تظهير لازم، إلى إحالة منفعة الالتزامات المستحقة للمصدر إلى

الدائن المضمون. وبهذه الصفة يكون تسليم شهادات الضمان متكافئا وظيفيا للتجريد من الحيازة من خلال وساطة طرف ثالث. ويمكن تحقيق النتيجة نفسها، بالنسبة للأوراق المالية التي صدرت بها شهادات ويحتفظ بها لدى وكالة مقاصة، بإدراج اسم الدائن المضمون في دفاتر وكالة المقاصة، وبالنسبة للأوراق المالية التي لم تصدر بها شهادات، بتسجيل اسم الدائن المضمون في دفاتر المصدر. وفي حالة الممتلكات الاستثمارية المحازة حيازة غير مباشرة، يمكن أن يحال التحكم في الالتزامات المستحقة على السمسار، أو على أي وسيط آخر، إما يجعل حساب الاستثمار باسم الدائن المضمون أو بالتحصل على موافقة الوسيط على تلبية أوامر الدائن المضمون.

١٨- ولا يتناول هذا الدليل المسائل المتعلقة بالحقوق الضمانية في الممتلكات الاستثمارية. ومع ذلك فإن فكرة التحكم كطريقة للإشهار مكافئة للتجريد من الحيازة يمكن أن تنطبق على أنواع أخرى من الالتزامات غير المموسة المستحقة على طرف ثالث لمانح الضمان. فممنح ضمان في مستحق تجاري عادي أو مطالبة نقدية أخرى، مثلا، يجعل من حق الدائن المضمون، في حالة تقصير المدين، أن يطالب بالسداد من الشخص الذي عليه الالتزام الخاضع لشروط اتفاق الضمان. وبذلك تؤدي المطالبة بالسداد إلى إحالة التحكم العملي في المطالبة النقدية إلى الدائن المضمون. ولهذا السبب يمكن أن تعتبر المطالبة بالسداد طريقة كافية للإشهار مكافئة لإحالة التحكم في الممتلكات الاستثمارية.

١٩- غير أن الدائن المضمون لا يطالب عادة بالسداد المباشر إلى أن يحدث تقصير من جانب مانح الضمان. وحتى عندما تباع المطالبات النقدية بيعا تاما فإن الحال إليه سيرغب، في كثير من الأحيان، في أن يترك للمحيل القيام بالتحصيل. وعلى ضوء هذه الاعتبارات العملية فقد يكون الأفضل أن تعامل المطالبة بالسداد كمجرد أسلوب للتحصيل أو الإنفاذ وليس كطريقة للإشهار الأول. ويكون ذلك ملائما بصفة خاصة عندما يكون خيار إيداع إشعار في مرفق تسجيل للمعاملات المضمونة متاحا للدائنين المضمونين وكذلك للمحال اليهم. ويتيح الإشهار بالتسجيل وسيلة أكفأ لتقييم المخاطرة المتعلقة بالأولوية في بداية المعاملة، وخصوصا حينما يغطي الضمان مستحقات مانح الضمان الحالية والتي يتحصّل عليها لاحقا.

ب- حسابات الإيداع

٢٠- قياسا على طريقة الإشهار المستعملة للممتلكات الاستثمارية المحازة حيازة غير مباشرة، يمكن تحقيق التحكم في حساب الإيداع الذي يحتفظ به مانح الضمان لدى مؤسسة

مالية أو شركة تأمين يجعل الحساب باسم الدائن المضمون أو بالحصول على موافقة المؤسسة الوديعة على تلبية أوامر الدائن المضمون.

٢١- ويمكن أن تكون المؤسسة الوديعة نفسها مستحقة لأموال نقدية من مانح الضمان. وبدلاً من القيام بالعملية المفتعلة المتمثلة في اشتراط احالة التحكم احالة فعلية، يمكن أن يكون الأبسط هو معاملة المؤسسة الوديعة التي تأخذ ضماناً في حسابات الإيداع الخاصة بالعمل باعتبار أنها تملك تحكماً تلقائياً بحكم وضعيتها.

٢٢- ومسألة ما إن كان الدائن المضمون الذي يشهر منح الضمان في حساب الإيداع عن طريق التحكم ينبغي أن ينال الأولوية على الدائن المضمون الذي يشهر عن طريق التسجيل هي مسألة غير محسومة. فالقياس على الممتلكات الاستثمارية يوحي بأن الإجابة ينبغي أن تكون بالإيجاب. أما القياس على إحالة المطالبات النقدية فيوحي بالعكس.

٢٣- وإذا أُخذ بالنهج الأول فستكون هناك مسألة أخرى هي ما إن كانت المؤسسة الوديعة التي تأخذ ضماناً في حسابات عملائها ينبغي أن تنال الأولوية على الحقوق الضمانية الأخرى التي تشهر عن طريق التحكم. وعادة ما تكون حقوق المقاصة التي للمؤسسة كافية لحماية مطالباتها المقابلة قبل استهلال اجراءات الإنفاذ من جانب الدائن المضمون المنافس، دون أن يتوقف ذلك على وضعية المؤسسة من حيث الأولوية، أيا كانت تلك الوضعية، كدائن مضمون.

٤- طرائق الإشهار المستندة إلى حق الملكية

أ- نظم تسجيل حق الملكية

٢٤- لا يكون استخدام أسلوب التجريد من الحيازة وأساليب التحكم المكافئة له متاحاً إلا إذا كان مانح الضمان على استعداد للتخلي عن استمرار استعمال الموجودات المحملة بأعباء والاستمتاع بها. ولا يمكن استخدام هذه الأساليب لإشهار حقوق ضمانية في موجودات يحتاج مانح الضمان إلى الاحتفاظ بتحكمه فيها من أجل تقديم خدماته أو إنتاج منتجاته أو لإدراج ربح بطريقة أخرى.

٢٥- وبالنسبة لفئات محدودة من الموجودات المنقولة ذات القيمة العالية، يمكن أن تكون الدولة قد اعتمدت مرفقا متخصصا لتسجيل حقوق الملكية مماثلاً لمرفق تسجيل حقوق ملكية الأراضي. وحيثما يوجد مرفق تسجيل لحقوق الملكية فإنه يتيح طريقة مريحة لإشهار حقوق الضمان غير الحيازية في تلك الموجودات ذات القيمة العالية. والسفن، والطائرات،

والسيارات السكنية، وحقوق الملكية الفكرية (ولا سيما البراءات والعلامات التجارية)، هي أشيع الأمثلة التي تصادف للموجودات التي توجد مرافق تسجيل لحقوق ملكيتها.

٢٦- وعموما ينال الحق الضماني (أو البيع) الذي يشهر بالتسجيل في مرفق تسجيل لحقوق الملكية أولوية على الحق الضماني الذي يشهر بالتجريد من الحياة أو بتسجيل إشعار بالضمان في مرفق عام لتسجيل المعاملات المضمونة. وتكفل هذه القاعدة أن يكون بوسع من يشتركون الموجودات المحملة بأعباء أن يعولوا بكامل الثقة على سجلات مرفق تسجيل حقوق الملكية في تقييم نوعية حق الملكية الذي يحصلون عليه.

٢٧- ويمكن أيضا تبديد هذا الشاغل بتوفير نقطة نفاذ مشتركة إلى سجلات مرفق تسجيل حقوق الملكية ومرفق تسجيل المعاملات المضمونة، بغية التمكين من التسجيل والبحث بالتزامن في النظامين كليهما. والتطورات في تكنولوجيا الحواسيب تجعل ذلك ممكنا من الناحية التقنية. غير أن هناك تحديات ستواجه في التصميم والتنفيذ. فنظم مرافق تسجيل حقوق الملكية تعتمد عموما على الفهرسة على أساس الموجودات، بينما تنظم المعاملات المضمونة عموما بالرجوع إلى هوية مانح الضمان. وعليه سيلزم، للتمكين من البحث المتزامن، أن يشترط على النظامين كليهما أن ينفذا نفس القواعد لتحديد هوية مانح الضمان، وأن يرمج مرفق تسجيل حقوق الملكية بحيث يتيح البحث المستند إلى هوية مانح الضمان.

ب- نظم شهادات حقوق الملكية

٢٨- نظم شهادات حقوق الملكية هي طريقة بديلة تستخدمها بعض الدول لإشهار احتياز وإحالة حق الملكية في الموجودات المنقولة (كالسيارات مثلا). وتشهر الحقوق الضمانية بوضع تأشيرة على الشهادة.

٢٩- والحق الضماني الذي يشهر بوضع تأشيرة على شهادة حق الملكية ينال عادة الأولوية على الحق الضماني الذي يشهر بأي طريقة أخرى. وهذه القاعدة ضرورية لتمكين المشترين من التعويل على شهادة حق الملكية في تقييم نوعية حق ملكية البائع.

ج- الحقوق الضمانية في المنقولات ذات الصلة بالأرض

٣٠- تتعزز المرونة التمويلية إذا كان نظام الضمان في المنقولات متاحا للدائنين المضمونين الذين يأخذون ضمانا في ممتلكات منقولة مثبتة (مثل موقد سيجري تثبيته على الأرض) أو في ممتلكات غير منقولة محرّكة (مثل المحاصيل النامية المقرر قطعها من الأرض). ومن شأن ذلك

أن يسمح لمناح الضمان بأن يحصل على تمويل دون أن يضطر إلى أخذ رهن عقاري تام، وبالتالي أكثر تكلفة، لممتلكات غير منقولة.

٣١- وفي إطار هذا النهج، يمكن تطبيق قواعد الإشهار العامة بشرط واحد. فسيكون من المستصوب أن يشترط إجراء تسجيل متزامن لإشعار بالضمان في مرفق تسجيل حقوق ملكية الممتلكات غير المنقولة، بغية التزام الأطراف الثالثة التي تحصل لاحقاً على حق مسجل في الأرض التي تكون المنقولات ملحقة بها أو مثبتة بها، وأن تطبق على هذه العلاقات قواعد الأولوية المنطبقة على الممتلكات غير المنقولة. ومن شأن هذه القواعد أن تحافظ على سلامة وموثوقية سجل حقوق ملكية الأرض.

٥- تسجيل اتفاق الضمان في مرفق لتسجيل المعاملات المضمونة

٣٢- ثمة طريقة أخرى للإشهار هي تسجيل اتفاق الضمان في مرفق لتسجيل المعاملات المضمونة. فكما في حالة التسجيل في مرافق تسجيل حقوق الملكية، تقدم المستندات إلى المسجل، الذي يتحقق منها ثم يصدر شهادة تسجيل تشكل دليلاً قاطعاً على وجود الحق المسجل. وكثيراً ما يسلّم بأن شهادة الدليل القاطع هذه هي المزية الرئيسية للتسجيل بالمستندات. غير أن الغرض المتمثل في إثبات الأولوية لصاحب التسجيل مع حماية مصالح الأطراف الثالثة في الوقت نفسه يمكن أن يتحقق بطريقة أكثر كفاءة من حيث التكلفة ومن حيث الوقت وتلبي احتياجات المعاملات العصرية على نحو أفضل ولا تؤدي إلى إفشاء بيانات حسّاسة تتعلق بالمعاملة (انظر ألف-٥).

٦- تسجيل إشعار الضمان في مرفق لتسجيل المعاملات المضمونة

أ- اعتبارات عامة

٣٣- تنطوي طريقة خامسة للإشهار على إيداع الإشهار بالحق الضماني لدى مرفق تسجيل عمومي ينشأ لهذا الغرض. وخلافاً لطرائق الإشهار الثلاث التي سبق بحثها، يتيح إيداع الإشهار وسيلة عامة لإجراء الإشعار، أياً كانت طبيعة الموجود المحمل بأعباء. وهو يساهم، بصفته هذه، في كفاءة ترتيب الأولويات وفي التمكين من تسوية التنافس فيما بين الدائنين المضمونين وبين الدائن المضمون والأطراف الثالثة الأخرى عن طريق الرجوع إلى وقت التسجيل.

٣٤- ويختلف مرفق تسجيل المعاملات المضمونة المستند إلى الإشعارات اختلافاً كبيراً عن مرفق تسجيل حقوق الملكية أو مرفق تسجيل المعاملات المضمونة القائم على إيداع

المستندات. فمرفق تسجيل حقوق الملكية أو مرفق التسجيل بإيداع المستندات يؤدي وظيفة مصدر قطعي للمعلومات الايجابية عن الحالة الراهنة لحق ملكية موجودات محددة. ومن أجل حماية سلامة سجل حقوق الملكية، يشترط عموماً على صاحب التسجيل أن يودع الوثائق الفعلية الخاصة بنقل حق الملكية أو أن يقدمها إلى المسجل لفحصها.

٣٥- وعلى خلاف ذلك، فإن مرفق تسجيل المعاملات المضمونة المستند إلى إيداع الإشعارات يعمل على أساس نظرية الإشهار السليبي. ولا يوفر التسجيل دليلاً إيجابياً على وجود الحق الضماني، بل هو يوفر تحذيراً للأطراف الثالثة بشأن امكانية وجود حق ضماني، بحيث يتسنى للأطراف الثالثة أن تتخذ المزيد من الخطوات لحماية حقوقها (انظر الفقرة ٥٤) ويشكل شرطاً مسبقاً لنفاذ الحق الضماني إزاء الأطراف الثالثة. وعملياً يكون عدم وجود التسجيلات هو الذي تعتمد عليه الأطراف الثالثة في استنتاج أنه لا ضرورة لأن تقلق بشأن أي حقوق ضمانية متقدمة منحها الشخص الذي تتعامل معه. ويترتب على ذلك أنه لا توجد حاجة إلى أن يشترط على الدائنين المضمونين أن يسجلوا اتفاق الضمان أو أن يبرهنوا بطريقة أخرى على وجوده. وتكون الأطراف الثالثة محمية حماية كافية بتسجيل إشعار بسيط يحدد هوية الأطراف ويصف الموجودات المحملة بأعباء. ومن وجهة نظر مانح الضمان، يمكن تحقيق الحماية من التسجيلات غير المأذون بها بواسطة قواعد مرفق التسجيل التي تشترط إبلاغ مانح الضمان المسمى بأي تسجيل، وبوضع اجراءات ادارية مستعجلة لتيسير إزالة التسجيلات غير المأذون بها.

٣٦- ويؤدي إيداع الإشعارات إلى تبسيط كبير لعملية التسجيل، ويقلل إلى الحد الأدنى من عبء الادارة والأرشفة الواقع على عاتق نظام مرفق التسجيل. كما انه يعزز المرونة أثناء فترة التمويل. وما لم تتأثر التفاصيل الوقائية المدرجة في الإشعار المسجل، لا يوجد سبب لعدم قبول إشعار وحيد باعتباره كافياً لإشهار اتفاقات ضمان متتالية بين الأطراف.

٣٧- وقد اجتذبت فكرة مرفق تسجيل المعاملات المضمونة المستند إلى الإشعارات تأييداً دولياً كبيراً. ووضعت نظم نموذجية من جانب كل من المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير (المبادئ العامة لقانون عصري للمعاملات المضمونة لعام ١٩٩٧)؛ والقانون النموذجي للمعاملات المضمونة لعام ١٩٩٤)، ومنظمة الدول الأمريكية (القانون النموذجي للمعاملات المضمونة للبلدان الأمريكية لعام ٢٠٠٢)، ومصرف التنمية الآسيوي (اصلاح القوانين والسياسات في مصرف التنمية الآسيوي: دليل مرافق تسجيل الممتلكات المنقولة، كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٢). وتنص اتفاقية المصالح الدولية في المعدات المتنقلة لعام ٢٠٠١، وبروتوكول الطائرات المتعلق بها، على نظام أولويات دولي يستند إلى نظام إيداع للمصالح

التي تنشأ في الطائرات بموجب اتفاقات الضمان واتفاقات الإيجار واتفاقات البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية. كما ان اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات تتيح إيداع الإشعارات باعتباره أحد النظم الاختيارية للأولوية، المدرجة في مرفق تلك الاتفاقية.

ب- الفهرسة بحسب الموجودات أو بحسب مانحي الضمان

٣٨- يجب أن يفهرس الإشعار بالضمان وفقاً للمعايير المقررة، لكي يتسنى استرجاعه بكفاءة. وعموماً تفهرس الإشعارات في مرفق تسجيل المعاملات المضمونة بالرجوع إلى هوية مانح الضمان. ولا تتسنى الفهرسة بحسب الموجودات إلا بالنسبة للموجودات التي لها رقم متسلسل أو وسيلة أخرى تقرر موضوعياً للتعرف على كل من الموجودات على حدة. وحتى في هذه الحالة يمكن أن تكون قيمة كل مفردة على حدة في إطار فئة عامة (جميع المنقولات الملموسة، مثلاً) أقل من أن تبرر التكلفة التي ينطوي عليها تتبع عمليات التسجيل لكل مفردة على حدة. وعلاوة على ذلك فإن الفهرسة بحسب الموجودات لا تتسع لتسجيل إشعار يشمل الضمان في الأصول التي يتحصّل عليها لاحقاً أو الصناديق المتجدّدة للموجودات، مثل المخزونات والمستحقات.

٣٩- وتؤدي الفهرسة بحسب مانحي الضمان إلى تحرير عملية التسجيل تحريراً كبيراً. فيمكن للدائنين المضمونين أن يشهروا حقاً ضمانياً في جميع ممتلكات مانح الضمان المنقولة الراهنة والتي يتحصّل عليها لاحقاً، أو في فئة عامة، عن طريق تسجيل وحيد وغير متكرر. ولا يحتاجون إلى القلق بشأن تحديد السجل كلما حصل مانح الضمان على مفردة جديدة في إطار الفئة العامة المبينة في الإشعار.

٤٠- وللفهرسة بحسب مانحي الضمان عيب واحد. فإذا أصبحت الموجودات المحمّلة بأعباء موضوع عمليات إحالة متكررة غير مأذون بها فإن الدائنين المضمونين والبائعين المحتملين لا يستطيعون حماية أنفسهم بإجراء بحث بحسب اسم المالك الظاهر المباشر. فبما أن النظام مفهرس بحسب مانح الضمان فإن البحث لنا يكشف الحق الضماني الذي يمنحه سلف كان له حق الملكية.

٤١- ويمكن أن يتمثل حل جزئي لهذه المشكلة في اشتراط الفهرسة بحسب الموجودات للموجودات العالية القيمة بوجه خاص التي توجد وسائل رقمية موثوقة للتعرف عليها، مثل السيارات الطرقية والقوارب والسيارات السكنية والمقطورات والطائرات وما إليها. وعلى الرغم من أن التعرف على الموجودات كلاً على حدة يؤدي إلى الحد من القدرة على استعمال إشعار وحيد لإشهار الضمان في الأصول التي يتحصّل عليها لاحقاً فإنه لا يلزم

عمليا الا في حالة الموجودات الرأسمالية المستخدمة في أعمال مانح الضمان (وموجودات المستهلكين المستخدمة للأغراض الشخصية، إذا كان السجل يتناول هذه الموجودات). وفي حالات احتفاظ مانح الضمان بالموجودات كمخزونات، سيحصل من يشتري في السياق العادي للأعمال على السلعة خالصة من الحق الضماني، على أية حال.

٤٢- ويتمثل نهج بديل أو مكمل في أن يشترط على الدائنين المضمونين الذين تصل إلى علمهم إحالة من جانب مانح الضمان أن يضيفوا المحال اليه كمانح ضمان اضافي في الإشعار المسجل، بغية تفادي تخفيض الرتبة إزاء الأطراف الثالثة المطالبة المتخللة. وبدلا من ذلك، يمكن بسط الحماية لجميع المشتريين المتخللين، أو حتى جميع الأطراف الثالثة المتخللة، حتى عندما لا يكون للدائن المضمون علم بالتصرف غير المأذون به الذي قام به المدين (انظر أيضا الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3، الفقرة ٤٠).

ج- محتويات الإشعار المسجل

١٦- تحديد هوية مانح الضمان

٤٣- بما أن هوية مانح الضمان هي الوسيلة المعتادة لاسترجاع إشعارات الضمان فإن طالبي التسجيل والباحثين يحتاجون إلى إرشادات بشأن الطريقة الصحيحة لتحديد الهوية. وأكثر المعايير شيوعا هي اسم مانح الضمان وعنوانه.

٤٤- وفي حالة الشركات المانحة للضمان، والشخصيات الاعتبارية الأخرى، يمكن عادة التحقق من الاسم الصحيح بالرجوع إلى السجل العمومي للشركات والهيئات التجارية الذي يحتفظ به معظم الدول. وإذا كانت المعلومات الواردة في هذا السجل وفي مرفق تسجيل المعاملات المضمونة مخزنة في شكل الكتروني فقد يتسنى توفير مدخل شبكي للسجلين كليهما، بغية تبسيط عملية التحقق.

٤٥- والتحقق من الاسم الصحيح لمانحي الضمان الأفراد أصعب قليلا. فقد تكون هناك أوجه تضارب بين الاسم الشائع لمانح الضمان والاسم الرسمي الذي سمي به لدى ميلاده، أو بين الأسماء التي تظهر على وثائق شتى من وثائق اثبات الهوية. وقد تكون حدثت تغييرات في الأسماء بعد الميلاد نتيجة لاختيار متعمد أو نتيجة لتغير في الحالة الزوجية. ومن شأن تقديم توجيهات تشريعية صريحة للتعامل مع هذه المستجدات المختلفة أن يكفل أن يعمل أصحاب التسجيلات والباحثون وفقا لنفس المعايير. فمثلا يمكن أن تنص اللوائح أو القواعد الادارية على نظام تسلسلي للمصادر الرسمية، يبدأ بالاسم الذي يظهر في شهادة ميلاد مانح الضمان،

ثم يشير إلى المصادر الأخرى (مثل جواز السفر أو رخصة القيادة) في الحالات التي لا يوجد فيها سجل رسمي للميلاد أو لا يمكن الحصول عليه.

٤٦- وفي حالة تشارك أكثر من مانح ضمان واحد في نفس الاسم، كثيراً ما يؤدي إيراد عنوان مانح الضمان إلى تسوية مسألة الهوية بالنسبة للباحثين. وفي الدول التي يتشارك فيها أفراد كثيرون في نفس الاسم، قد يكون من المفيد اشتراط إيراد معلومات تكميلية، مثل تاريخ ميلاد مانح الضمان. وإذا اعتمدت الدولة وسيلة رقمية لتحديد الهوية لمواطنيها فيمكن أيضاً استخدامها، رهنا بشواغل سرية الخصوصيات، ورهنا بالنص على وسيلة بديلة لتحديد هوية مانحي الضمان غير المواطنين.

٤٧- وتأثير حدوث خطأ في اسم مانح الضمان على صحة الإشعار من الناحية القانونية يتوقف على المنطق التنظيمي المستخدم في نظام مرفق التسجيل المعين. فمثلاً ترمج بعض السجلات الالكترونية بحيث لا تكشف سوى حالات التطابق التام بين الاسم الذي يدخله الباحث والأسماء التي تظهر في قاعدة البيانات. وفي مثل ذلك النظام سيؤدي أي خطأ إلى إبطال التسجيل، لأنه يجعل الإشعار غير قابل للاسترجاع من جانب الباحثين الذين يستخدمون الاسم الصحيح لمانح الضمان. أما في نظم أخرى فقد يتسنى استرجاع حالات التطابق غير التام أيضاً، وفي تلك الحالة يمكن جداً أن تظهر البيانات المسجلة لدى القيام ببحث باستخدام الوسيلة الصحيحة لتحديد الهوية رغم الخطأ في المعلومات المدخلة. ويتوقف ما إن كان الخطأ يبطل التسجيل رغم ذلك على الحالة المعينة. وهناك معيار مرن مفيد وهو عدم معاملة الخطأ باعتباره خطأ حاسماً إلا إذا كان من شأن المعلومات التي تظهر في الإشعار أن تضلل الباحث العاقل.

٢٤ تحديد هوية الدائن المضمون

٤٨- ان ادراج اسم وعنوان الدائن المضمون أو ممثل الدائن المضمون في الإشعار المسجل يجعل بوسع الأطراف الثالثة أن تتصل بالدائن المضمون عند الاقتضاء ويكفل أن يكون الشخص الذي يطالب لاحقاً بالاستفادة من الأولوية استناداً إلى الإشعار هو الشخص الذي يحق له ذلك. ويمكن أن تطبق على الدائنين المضمونين أيضاً القواعد المستخدمة لتحديد الاسم الصحيح لمانح الضمان. غير أن اسم الدائن المضمون ليس من معايير الفهرسة. ونتيجة لذلك لا تشكل أخطاء التسجيل نفس الخطر المتمثل في تضليل الأطراف الثالثة الباحثة والذي يؤدي إلى إبطال الإشعار.

٣٤ وصف الموجودات المحمّلة بأعباء

٤٩- لا توجد ضرورة مطلقة لاشتراط أن يشتمل الإشعار بالحق الضماني على وصف للموجودات المحمّلة بأعباء. غير أن من شأن عدم وجود وصف أن يعرقل قدرة مانح الضمان على أن يبيع الأصول التي تبقى غير محمّلة بأعباء أو أن يعطي ضمانا فيها. فالمشترون والدائنون المضمونون المحتملون سيشرطون وجود شكل من أشكال الحماية (مثلا مخالصة من الدائن المضمون) قبل الدخول في معاملات تتعلق بأي من موجودات مانح الضمان. ومن شأن عدم وجود وصف أيضا أن يقلل من قيمة الإشعار لمديري الإعسار وللدائنين الحاصلين على حكم تنفيذ.

٥٠- ولهذا الأسباب يشترط عادة ادراج وصف للموجودات المحمّلة بأعباء. وفي النظام المفهرس بحسب مانحي الضمان، لا توجد حاجة إلى اشتراط ادراج وصف محدد لكل بند على حدة. ويكفي وصف عام (مثلا جميع الموجودات غير الملموسة، أو جميع المستحقات) أو حتى وصف فائق العمومية (مثلا جميع المنقولات الحالية والتي يتحصل عليها لاحقا) لتلبية احتياجات الباحثين من حيث المعلومات. والواقع أن الوصف العام ضروري للتأكد من كفاءة إشهار الحق الضماني الممنوح في الموجودات التي يتحصل عليها لاحقا، وفي الصناديق المتجددة أو الفئات العامة من الموجودات، (مثلا "جميع المطالبات" أو "جميع المخزونات").

٥١- وثمة سؤال أصعب هو ما إن كان لا يلزم أن يشير الإشعار سوى إلى الطابع العام للموجودات المحمّلة بأعباء (مثلا المنقولات الملموسة)، حتى إذا كان الحق الضماني مقتصرًا في الواقع على مفردة بعينها (مثلا سيارة واحدة)، أم ينبغي أن يشترط أن يكون الوصف متوافقًا مع النطاق الفعلي للموجودات التي تتناولها المستندات الخلفية الخاصة بالضمان.

٥٢- فالنهج الأول يبسط عملية التسجيل ويخفض احتمال حدوث خطأ في الوصف. كما انه يتيح للأطراف تعديل اتفاق الضمان المبرم بينهم باضافة موجودات جديدة في اطار نفس الفئة العامة دون حاجة إلى اجراء تسجيل جديد. ومن الناحية الأخرى يمكن أن يؤدي هذا النهج إلى تعقيد امكانية حصول مانح الضمان على تمويل مقابل الجزء غير المحمّل بأعباء من الموجودات الموصوفة. وبما أن الأولوية تبدأ من وقت التسجيل فإن المشتريين والدائنين المضمونين اللاحقين سيشرطون تنازلا أو إبراء ذمة صريحين بغية حماية أنفسهم من خطر أن يعتمد مانح الضمان، لاحقا، إلى توسيع النطاق الفعلي للموجودات التي تناوّلها اتفاق الضمان الأول.

٤٤ القيمة القصوى للالتزام المضمون

٥٣- وثمة سؤال آخر هو ما إن كان ينبغي أن تكشف في الإشعار القيمة النقدية للالتزام المضمون. ولا يستصوب اشتراط بيان القيمة الفعلية أو المعترمة، لأن من شأن ذلك أن يعرقل مرونة خط الائتمان والتمويل بالأقساط. غير أنه يمكن أن يشترط على الدائنين المضمونين تحديد المبلغ الأقصى الذي سيضمنه الحق الضماني. ومن شأن هذا النهج أن ييسر قدرة مانح الضمان على استعمال القيمة المتبقية للموجودات الخاضعة لحق ضماني واسع على الحصول على المزيد من التمويل من دائنين مضمونين آخرين. ومن الناحية الأخرى فإن أول دائن مضمون يأخذ حقا ضمانيا عاما في موجودات مانح الضمان يكون عادة أرخص مصادر الائتمان وأقربها منالا. وفضلا عن ذلك فإن فائدة فرض هذا الشرط ستضيع إذا كانت تدرج دائما تقديرات مبالغ فيها.

د- إمكانية الحصول على معلومات أكثر تفصيلا

٥٤- يمكن عموما للمشتريين وللدائنين المضمونين المحتملين أن يعالجوا خطر فقدان الأولوية الذي يشكّله الإشعار المسجّل دون أن يحتاجوا إلى اجراء المزيد من التحريات. فيمكنهم أن يرفضوا القيام بالمزيد من المعاملات مع مانح الضمان، أو أن يتحصلوا من الدائن المضمون المسجّل على مخالصة أو اتفاق تنازل عن الأولوية، أو أن يشترطوا على مانح الضمان أن يستصدر مخالصة من التسجيل (في الحالات التي لا يمثل فيها التسجيل رهن وفاء أو التي يكون فيها دائن مضمون جديد على استعداد لتسليف أموال تكفي للسداد الدائن المضمون المسجّل المتقدّم).

٥٥- أما الأطراف الثالثة التي هي في وضعية دائنين غير مضمونين أو ممثلي إعسار، وكذلك المشاركون في ملكية الموجودات المحمّلة بأعباء، فهم في وضعية مختلفة إلى حد ما. فهؤلاء لهم بالفعل مطالبة قائمة أو ممكنة على الموجودات المحمّلة بأعباء. غير أن قيمة تلك المطالبة لا يمكن تقديرها إلا بالحصول على أدلة غير واردة في السجلات حول اتفاق الضمان وحول المقدار الحالي للالتزام القائم. وبما أن مانح الحق الضماني قد لا يكون مصدرا موثوقا به أو متعاوننا لهذه المعلومات فقد يكون من المستصوب فرض التزام قانوني على الدائنين المضمونين بأن يردّوا مباشرة، في غضون وقت معقول، على الطلب المقدّم من الأطراف الثالثة، ذات المصلحة المشروعة، للحصول على المزيد من التفاصيل.

هـ - مدة التسجيل

٥٦- يمكن أن تتفاوت مدة علاقات التمويل المضمون تفاوتاً كبيراً. ويمكن توفير المرونة اللازمة بإحدى طريقتين. فالأولى هي السماح لأصحاب التسجيل بأن يختاروا بأنفسهم مدة التسجيل التي يرغبون فيها، مع إتاحة الحق لهم لإيداع تجديدات. والثانية هي تقرير مدة محددة عامة (خمسة سنوات مثلاً)، مع الحق في إيداع التجديدات أيضاً.

٥٧- وفي التمويل المتوسط الأجل والطويل الأجل، يقلل النهج الأول من تعرض الدائنين المضمونين لخطر فقدان أولويتهم بسبب تخلفهم عن التجديد في الوقت الملائم. وفي الترتيبات القصيرة الأجل، يخفض النهج الثاني تعرض مانحي الضمان لخطر أن يسجل الدائنون المضمونون لفترة مبالغ في طولها نتيجة لإفراط في الحذر.

٥٨- ومن الضروري، أيما كان النهج المتبع، أن يتأكد مانح الضمان المحتمل من أن الإشعارات تحذف من السجل في غضون فترة معقولة بعد الوفاء بالالتزام المضمون. ومن الحلول الممكنة فرض عقوبة مالية على الدائنين المضمونين الذين يتخلفون عن تسجيل مخالصة في الوقت الملائم، مع استحداث إجراءات إدارية مستعجلة لإرغام الدائنين المضمونين على تسجيل المخالصة إذا تخلف عن الاستجابة لطلب، له ما يبرره، بأن يفعل ذلك مقدم من مانح الضمان. وقد يكون من المستصوب، كحافز إضافي للتصرف في الوقت الملائم، إعطاء الدائنين المضمونين الحق في تسجيل المخالصة مجاناً.

و- المسائل الإدارية

١٤٠٦ الاعتبارات التكنولوجية

٥٩- إذا كانت سجلات مرفق التسجيل منظمة على أساس المنطقة أو الدائرة، تلزم قواعد معقدة لتحديد مكان التسجيل السليم ومعالجة نتائج تغيير مكان الموجودات أو مكان مانح الضمان. ومن الناحية الأخرى فإن وجود مرفق تسجيل وطني وحيد يسبب أوجه التماثل في إمكانية الوصول إلى مرفق التسجيل. وتحل حوسبة قاعدة بيانات مرفق التسجيل هذه المشكلة بالتمكين من إدخال جميع التسجيلات في سجل مركزي وحيد، مع السماح في الوقت نفسه بالتسجيل والبحث عن بعد.

٦٠- وتستطيع قاعدة البيانات الإلكترونية أن تدعم نظام تسجيل إلكتروني خالص، متاح فيه للزبائن إمكانية النفاذ الحاسوبي المباشر إلى قاعدة البيانات الإلكترونية من أجل التسجيل والبحث. ويخفض ذلك كثيراً تكاليف تشغيل النظام وصيانته. كما أنه يعزز كفاءة عملية

التسجيل، وذلك بوضع التحكم المباشر في توقيت إدخال البيانات في أيدي الطرف الذي يقوم بالتسجيل، وبإزالة أي فجوات زمنية بين تقديم الإشعار والإدخال الفعلي للمعلومات الواردة في الإشعار في قاعدة البيانات. ولعل أهم شيء هو أن النظام الإلكتروني الخالص يضع كل المسؤولية عن إدخال البيانات الصحيحة على عاتق صاحب التسجيل وعلى عاتق الباحثين، وبذلك يقلل إلى الحد الأدنى من التكاليف الموظفية والتشغيلية.

٦١- ويتوقف المدى الأمثل للحوسبة، في نهاية المطاف، على مستوى الإلمام بالتعامل مع الحاسوب لدى مجموع زبائن مرفق التسجيل، وعلى موثوقية البنية التحتية الراهنة للاتصالات، وعلى اجراء تقييم لما إن كانت الإيرادات المتوقعة ستكفي لاسترداد التكاليف الرأسمالية الأولية للإنشاءات في غضون مدة معقولة. والهدف العام هو جعل عملية التسجيل والبحث بسيطة وشفافة ويسهل النفاذ إليها إلى أقصى حد ممكن في سياق الدولية المعنية.

٢٤٠ المسؤولية عن أخطاء النظام

٦٢- إذا كان النظام نظاما الكترونيا خالصا فلا يوجد احتمال خطأ بشري من جانب مكتب التسجيل، سواء في مرحلة التسجيل أو في مرحلة البحث. وتلقى المسؤولية على عاتق أصحاب التسجيلات والباحثين. أما خطر حدوث عطل في النظام فيمكن عادة تخفيف عواقبه بإرسال إشعار فوري إلى الزبائن وتمديد أي فترات زمنية قد تكون انقضت أثناء فترة العطل. وإذا كان موظفو مرفق التسجيل هم الذين يقومون بإدخال البيانات وبعمليات البحث، يوجد خطر الخطأ البشري في نقل البيانات واستردادها، على الرغم من أن هذا الخطر أيضا يمكن تخفيفه باعتماد عمليات الكترونية للمراجعة التدقيقية وبالتأكد من إعادة نسخة من بيانات التسجيل أو نتيجة البحث إلى الزبون دون تأخير.

٦٣- وأيا كان تصميم النظام، يلزم اعطاء ارشادات بشأن المسؤولية وحدود المسؤولية عن خطأ موظفي أو نظام مرفق التسجيل. ويتمثل أحد الحلول الوسط الممكنة في تخصيص جزء من إيرادات مرفق التسجيل لصندوق تعويضات الزامي وفرض حد أقصى لكمية التعويض عن أي حادثة وحيدة.

٦٤- وبافتراض اتاحة تقديم المطالبة بالتعويض، يلزم المزيد من الارشادات بشأن الجهة التي يقع عليها خطر الخطأ، وذلك بين أصحاب التسجيلات والأطراف الثالثة الباحثة. وفي تسوية هذه المسألة، يمكن أن تنص القواعد، مثلا، على أن خطأ الفهرسة من جانب موظفي مرفق التسجيل لا يخل بالوضعية المشهورة للحق الضماني ما عدا ازاء الدائنين المضمونين أو المشتريين

الذين يستطيعون أن يثبتوا اثباتا قاطعا أنهم قاموا بالبحث وعانوا من أضرار فعلية نتيجة لتصرفهم تصرفا ضارا بهم بناء على معلومات مضللة واردة في السجل.

٤٤٠ رسوم التسجيل

٦٥- رسوم التسجيل والبحث العالية الهادفة إلى جني الإيرادات وليس إلى دعم تكلفة النظام تكون بمثابة ضريبة على المعاملات المضمونة، يتحملها في نهاية المطاف مانحو الضمان. ولتشجيع الحصول على الائتمان المضمون بتكلفة معقولة، يكون من الأمور الحاسمة الأهمية لنجاح النظام تحديد الرسوم عند مستوى اسمي يشجع على استخدام النظام، ويمكن النظام رغم ذلك من استرداد رأسماله وتكاليفه التشغيلية في غضون وقت معقول.

٥٤٠ شواغل حصانة الخصوصيات والسرية

٦٦- يؤدي نظام التسجيل المستند إلى الإشعارات إلى تعزيز سرية العلاقة بين مانح الضمان والدائن المضمون، وذلك بالحد من مستوى التفاصيل التي تظهر في السجل العمومي عن العلاقة بين الطرفين.

٦٧- ويثير موضوع السرية مسألة ما إن كان ينبغي ترتيب النظام بحيث ييسر البحث بالاستناد إلى اسم الدائن المضمون فضلا عن اسم مانح الضمان. وفي حين أن كمية ومحتوى الإشعارات التي تودعها مؤسسة مالية معينة أو هيئة دائنة أخرى هي مسألة لا علاقة لها بالرسالة القانونية لمرق التسجيل فإن هذا النوع من المعلومات يمكن أن تكون له قيمة سوقية كمصدر لقوائم العملاء لجهة منافسة، أو للشركات التي تسعى إلى تسويق منتجات مالية أو منتجات أخرى ذات صلة. وعلى الرغم من أن الإيرادات الإضافية الناتجة ستكون مغرية فإن استرداد ويبيع هذا النوع من المعلومات الكبيرة الحجم يرجح أن يضر بالثقة في النظام ويمكن جدا أن ينتهك قوانين حصانة الخصوصيات.

ز- الآثار المتعلقة بالأولوية

١٦٠ التسجيل المسبق

٦٨- يؤدي انشاء مرفق لتسجيل المعاملات المضمونة إلى امكانية أن تسوّى، وفقا لقاعدة عامة مفادها أن الأولوية لمن يسجل أولا، حالات التنافس بين الحقوق المضمونة المسجلة في نفس الأصل المحمل بأعباء. ويتناول الاستثناءات من هذه القاعدة العامة تفصيلا الفصل

الخاص بالأولوية (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3، الفقرات ١٢-١٧). غير أن هناك مسألة ذات صلة بموضوع هذه المرحلة، وهي ما إن كان ينبغي أن يسمح للدائن المضمون بأن يودع إشعارا بالضمان قبل إبرام اتفاق الصك فعلا (وهذا مفهوم يشابه مفهوم التأشير المسبق بالرهن العقاري في مرفق تسجيل الأراضي).

٦٩- فالإيداع المسبق يمكن الدائن المضمون من إثبات رتبته إزاء الدائنين المضمونين الآخرين دون أن يتعين عليه أن يتحقق من وجود إشعارات مودعة أخرى قبل أن يقرض الأموال. ويؤدي الإيداع المسبق أيضا إلى تفادي التعرض لخطر إبطال التسجيل في الحالات التي فيها اتفاق الضمان الأصلي معييا من الناحية التقنية في وقت التسجيل ولكن يعالج العيب لاحقا، أو حيثما تكون هناك أوجه عدم يقين وقائية بشأن التوقيت الدقيق الذي أبرم فيه اتفاق الضمان.

٧٠- ومن منظور مانح الضمان، يمكن ضمان حماية كافية من خطر عدم التوصل في النهاية إلى اتفاق ضمان من خلال نفس التدابير المستخدمة في حالة التسجيلات غير المأذون بها (أي باشرط إبلاغ مانح الضمان المسمى بأي تسجيل يحدث، وبوضع اجراءات ادارية مستعجلة لتمكين مانح الضمان من إرغام الدائن المضمون على اصدار مخالفة إذا تخلف عن التصرف في غضون وقت معقول).

٢٤ القيود على الأولوية

٧١- أشير في أجزاء سابقة من هذا الفصل إلى أن التسجيل قد لا يكون دائما الطريقة المثلى للإشهار، من منظور الأولوية، وذلك مثلا حيثما تكون الأصول المحملة بأعباء مؤلفة من ممتلكات استثمارية أشهرت عن طريق التحكم، أو حيثما تكون تلك الأصول خاضعة لمرفق تسجيل لحقوق الملكية أو لنظام لشهادات حقوق الملكية (انظر الفقرات ١٧-١٩ و٢٦-٣٣).

٧٢- وعلاوة على ذلك ففي حين أن التسجيل قد يكون شرطا مسبقا لنفاذ الحق الضماني فإن الحق الضماني المسجل لا يكون بالضرورة نافذا إزاء جميع فئات الأطراف الثالثة. فمشتري المخزونات التي تباع في السياق العادي لأعمال البائع، مثلا، يتسلم مشترواته عادة خالية من أي حق ضماني منحه البائع. وبالمثل فإن وجود حق ضماني لا يخل عادة بالحقوق التي يحصل عليها مستأجر أو صاحب رخصة لاستعمال الموجودات المحملة بأعباء والخاضعة لحق ضماني مسجل. وأخيرا فإن الأطراف الثالثة التي تحصل، مقابل قيمة، وفي السياق

العادي للأعمال، على حيازة موجودات نقدية أو قابلة للتداول تكون عادة محمية من أي حق ضماني مسجّل متقدّم.

٧٣- وتعالج هذه القواعد بالتفصيل في الفصل الخاص بالأولوية (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3، الفقرات ٣٤-٤٣). والنقطة الهامة لأغراض هذا الفصل هي أن تسجيل الإشعار بالضمان لا يعرقل حرية الأطراف الثالثة في مزاوله معاملات تجارية مع مانح الضمان تجري في السياق العادل للأعمال وتتعلق بالموجودات المحمّلة بأعباء، دون أي قلق بشأن الاضطرار إلى البحث في مرفق تسجيل المعاملات المضمونة، بل دون أن تكون ملزمة بأي حق ضماني مسجّل قد تكون على علم به.

ح- التسجيل والإنفاذ

٧٤- في بعض النظم القانونية، يشترط على الدائن المضمون أن يسجّل إشعارا بالتخلف والإنفاذ قبل أن يحق له أن يمارس سبل الانتصاف الإنفاذية المتاحة له تجاه الموجودات المحمّلة بأعباء. وفي نظم قانونية أخرى، لا يعد التسجيل شرطا مسبقا للإنفاذ. ومسألة النهج الذي ينبغي اتخاذه تتوقف جزئيا على تحديد من تقع عليه المسؤولية عن إشعار الأطراف الثالثة، التي لها مصلحة مسجّلة في الموجودات المحمّلة بأعباء، باستهلال اجراءات الإنفاذ. وإذا كان هذا العبء مفروضا مباشرة على الدائن المضمون فقد لا تكون هناك حاجة إلى التسجيل. وإذا كان العبء مفروضا، بدلا من ذلك، على المسجّل أو على موظف عمومي آخر فستكون هناك عندئذ حاجة إلى التسجيل لكي يكون الموظف المعني ملزما بأن يرسل إشعارا إلى أصحاب المطالبات المسجلين الآخرين.

٧٥- وقد يساعد التسجيل المسبق لاجراءات الإنفاذ المعتمدة على تخفيض عبء التحري الواقع على عاتق الدائنين المتنافسين، المضمونين وغير المضمونين على السواء، الذين يفكرون في استهلال اجراءات انفاذ. وبغير ذلك سيتعين عليهم اجراء المزيد من التحري عن جميع الدائنين المضمونين المسجلين، بغية البت في ما إن كان أي من أولئك الدائنين قد استهمل بالفعل اجراءات انفاذ. وفي حين أنه يلزم دائما في الممارسة العملية مستوى ما من الاتصالات بين الدائنين بغية ضمان التنسيق الكافي فإن التسجيل من شأنه، على الأقل، أن يمكّن الدائنين من تركيز مجال جهود التحري التي يقومون بها (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5، الفقرات ...).

ط - توسيع مرفق التسجيل ليشمل المعاملات غير الضمانية

١٦٠ حق الملكية والوسائل المماثلة

٧٦- يمكن أحيانا منح الحق الضماني بوسيلة احالة حق الملكية إلى الدائن المضمون. بموجب "بيع" أو "استئمان"، على أساس الفهم بأن حق الملكية يجب أن يعاد لدى الوفاء بالتزام ائتماني مستحق على المشتري أو المستفيد (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1، الفقرات ٢٩-٤٥). وبما أن مبررات اشتراط الإشهار تنطبق أيا كان شكل المعاملة فإن النظم القانونية المشتملة على قوانين عصرية وشاملة للمعاملات المضمونة تعتمد نهجا واسعا يشمل كل المعاملات التي تؤدي وظيفة ضمان الالتزام المستحق للدائن.

٧٧- غير أن المعاملات المضمونة ليست المعاملات الوحيدة التي تسبب المشاكل المتعلقة بالإشهار. فوجود أي حق امتلاكي يشكل مخاطرة للأطراف الثالثة التي تتعامل مع المالك الظاهر، فضلا عن ذلك فإن هذه الحقوق الأخرى يمكن، إذا كانت غير مشهورة، أن تخفض وضعية الحق الضماني من حيث الأولوية.

٧٨- وتمثل إحدى وسائل تخفيف هذه المشاكل في توسيع نطاق نفس اشتراط الإشهار المنطبق على الحقوق الضمانية ليشمل كل ما يرجح أن يسبب شواغل هامة متعلقة بالإشهار من معاملات تجارية في المنقولات. ومن الناحية العملية، ينطوي ذلك على جعل تسجيل إشعار في مرفق تسجيل المعاملات المضمونة شرطا مسبقا لنفاذ المعاملة ازاء الأطراف الثالثة.

٧٩- وأوضح فئات المعاملات الشائعة التي قد تستحق أن يشملها ذلك هي المعاملات التالية:

- بيع موجودات ملموسة رهنا بالاحتفاظ بحق الملكية ضمانا لثمن الشراء؛
- تأجير موجودات ملموسة لمدة طويلة (سنة مثلا)؛
- إحالة مطالبات نقدية إحالة تامة؛
- بيع موجودات ملموسة مقابل عمولة؛
- الحق الضماني غير الرضائي في موجودات منقولة الناشئ عن أعمال القانون.

٨٠- ومسألة ما إن كان ينبغي أن تنطبق على هذه المعاملات أيضا قواعد الأولوية المنطبقة على الحقوق الضمانية المسجلة هي مسألة أكثر تعقيدا. ولقاعدة الأولوية لمن يسجل أولا فائدة واضحة حيثما ينشأ تنافس بين إحالة مطالبات وحق ضماني ممنوح في نفس المطالبات.

بيد أنه في حالة الإيجار، أو البيع مقابل عمولة، أو البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية، يجب تعديل ترتيب الأولوية الزمني من أجل الحفاظ على حق الملكية الذي للمؤجر، أو البائع، أو البائع مقابل عمولة، إزاء الحقوق الضمانية المسجلة المتقدمة، ربما رهنا باشتراط أن يجري التسجيل في غضون مدة زمنية ثابتة بعد المعاملة. ويتناول هذه التفاصيل الفصل الخامس الخاص بالأولوية (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3، الفقرات ٢١-٣٣).

٨١- وتوسيع نطاق قواعد الإشهار والأولوية المنطبقة على المعاملات المضمونة لتشمل المعاملات التجارية الأخرى يتجلى على الصعيد الدولي في اتفاقيتين. فالأولى هي اتفاقية المصالح الدولية في المعدات المتنقلة، التي توسع نطاق مرفق التسجيل الدولي الذي تتوخاه تلك الاتفاقية إلى غير الرهون، ليشمل أيضا اتفاقات الاحتفاظ بحق الملكية لصالح البائعين وترتيبات تأجير الطائرات. والثانية هي اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، التي بموجبها تنطبق قواعد اختيار القانون الذي يحكم مسائل الإشهار والأولوية على كل من الإحالة التامة للمستحقات ومنح الضمان في المستحقات.

٢٤٠ الدائنون المحكوم لهم

٨٢- يمكن أن يكون الدائن المحكوم له مأذونا له بأن يسجل إشعارا بالحكم في مرفق تسجيل المعاملات المضمونة، ويؤدي التسجيل تلقائيا إلى انشاء أولوية مكافئة لحق ضمان عام إزاء منقولات المدين المحكوم عليه. وقد يؤدي هذا النهج، بطريقة غير مباشرة، إلى تشجيع الوفاء الطوعي الفوري بالديون المحكوم بها، لأن أثر ذلك الوفاء سيكون منع المدين المحكوم عليه من أن يبيع أو أن يعطي حقا ضمانيا لأطراف ثالثة دون أن يكون قد سدّد أولا الدين المحكوم به وألغى التسجيل.

٨٣- وإذا اعتمد هذا النهج فمن الضروري التأكد من أن حق الدائن المحكوم له لا يتضارب مع سياسات الإعسار التي تقضي بالمساواة في المعاملة بين دائني مانح الضمان غير المضمونين. ويمكن أن يسوّى ذلك بواسطة قاعدة ينال بموجبها ممثل الإعسار، تلقائيا، الحق في الحصول على أي حق محكوم به موجود من قبل لصالح جميع الدائنين (ربما رهنا بمزية خاصة لصالح الدائن المحكوم له المسجل، لتعويضه عن نفقات وجهود التسجيل؛ انظر أيضا الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3، الفقرات ٤٤-٤٩).

٧- طرائق الإشهار الأخرى

٨٤- تستعيز بعض النظم القانونية عن مرفق التسجيل العمومي بجهات أكثر محدودية للإشعار (مثلا ادراج إشعار في دفاتر مانح الضمان نفسه، أو في دفاتر موثق عقود أو موظف محكمة، أو في صحف في منطقة مانح الضمان، أو في جريدة حكومية ما). وعلى الرغم من أن جهات معينة من جهات الإشعار هذه تعالج معالجة كافية الشواغل المتعلقة بادراج تاريخ متقدم على سبيل الاحتيال فإنها، مقارنة بالمرفق الشامل لتسجيل المعاملات المضمونة، تفتقر إلى الديمومة وسهولة النفاذ العمومي إليها اللازمتين لحماية الأطراف الثالثة حماية كافية.

٨٥- ويشترط بعض النظم القانونية أن يتخذ الإشهار شكل تثبيت لوحة، أو تثبيت شكل مادي آخر من أشكال الإشعار، على الموجود المحمل بأعباء. وموثوقية آلية الإشهار هذه محدودة، بالنظر إلى امكانية أن يسيء مانح الضمان استخدامها. غير أنه، في بعض الأسواق، يمكن أن يؤدي الطابع المتخصص للموجود، والعرف الصناعي، إلى جعل هذا الشكل من أشكال الحياة الرمزية مقبولا (مثلا وسم الماشية).

٨- نفاذ الحقوق الضمانية غير المشهورة

أ- إزاء مانح الضمان

٨٦- يتعلق الإشهار بما للحقوق الضمانية من آثار على الأطراف الثالثة. ويبدو أنه يترتب على ذلك أن الإشهار ليس ضروريا لتشكيل حق ضماني نافذ بين الدائن المضمون ومانح الضمان.

٨٧- والعلاقة بين الإشهار وإنشاء الحق الضماني ليست ذات أهمية عملية، على أية حال، بالنسبة لمعظم المسائل المتعلقة بالأطراف المباشرين. فالدائن المضمون ينال حقوقا ضمانية في الموجودات المعنية من لحظة إبرام اتفاق الضمان. وما دام مانح الضمان هو الطرف الآخر الوحيد المعني، فلا يهم ما إن كانت حقوق الدائن المضمون توصف بأنها ذات طابع امتلاكي أم شخصي.

ب- إزاء الأطراف الثالثة

٤١٦ اعتبارات عامة

٨٨- هناك ثلاث استجابات ممكنة لتحديد ما للحق الضماني غير المشهر من نفاذ إزاء الأطراف الثالثة. فالاستجابة الأولى هي معاملة الحقوق الضمانية باعتبارها نافذة فور إنشائها، رهنا بحماية خاصة لفئات محددة من الأطراف الثالثة، منها مثلا من يعتمدون على ملكية مانح الضمان الظاهرة بما يعود عليهم بالضرر. والاستجابة الثانية هي جعل الإشهار شرطا مسبقا مطلقا لنفاذ الحقوق الضمانية إزاء الأطراف الثالثة. والاستجابة الثالثة هي عدم اشتراط الإشهار الا إزاء فئات محددة من حقوق الأطراف الثالثة.

٨٩- وعلى ضوء تنوع الاستجابات الممكنة، قد يكون الأفيد هو بحث مسألة نفاذ الحق الضماني غير المشهر فيما يتعلق بكل على حدة من الفئات الرئيسية لأصحاب المطالبات المنافسين.

٤٢٠ الدائون المضمونون المنافسون

٩٠- إذا سمح للحقوق الضمانية غير الحيازية بأن تكون نافذة المفعول، دون إشهار، إزاء الدائنين المضمونين المنافسين، فستتخفف إلى الحد الأدنى التكاليف المباشرة للمعاملات المضمونة، ولا تكون هناك حاجة إلى الاستثمار في إنشاء مرفق عام لتسجيل المعاملات المضمونة. ومن الناحية الأخرى فإن الإشهار يمكن جميع الدائنين المضمونين المحتملين من تقييم مخاطرتهم المتعلقة بالأولوية تقييما دقيقا. وفي غياب الإشهار، يجب عليهم أن يعتمدوا على تأكيدات مانح الضمان وعلى تحرياتهم وتصوراتهم الخاصة. ويمكن أن يؤدي عبء التحري الاضافي هذا إلى اعاقا امكانية حصول المقترضين المحتملين على الائتمان ما لم يكن لهم سجل ائتماني راسخ، وإلى الحد من التنافس في سوق الائتمان.

٩١- وإذا اشترط الإشهار فتكون هناك مسألة أخرى هي ما إن كان العلم الفعلي يعوّض عن عدم الإشهار. فإذا كان الحال كذلك فسيعلو الحق الضماني غير المشهر على الحق الضماني المشهر الذي يحصل عليه مع العلم بوجود حق ضماني متقدم غير مشهر. وهذا يمكن أن يقوّض اليقين وامكانية التنبؤ الناشئين عن وجود قاعدة إشهار عامة ووجود قاعدة الأولوية لمن يسجل أولا في سياق الحقوق الضمانية المتنافسة التي تشهل بتسجيل إشعار في مرفق لتسجيل المعاملات المضمونة. وعلاوة على ذلك فإنه لا يوجد إجحاف أو سوء نية

متأصلان في اشتراط أن يتحمل الدائن الأول من حيث التوقيت عواقب تخلفه عن اجراء الإشعار في الوقت الملائم.

٣٤ من تحال اليهم الموجودات المحمّلة بأعباء

٩٢- بحكم الطابع الامتلاكي للحقوق الضمانية، يفترض أن يكون من حق الدائن المضمون أن يلاحق ("droit de suite") الموجودات التي ذهبت إلى طرف ثالث مشتر حصل على حق الملكية بموجب بيع غير مأذون به قام به مانح الضمان. وفي حالة عدم اشتراط الإشهار، يجب أن يوازن بين المحافظة على حق الدائن المضمون في ملاحقة الموجودات، من ناحية، والحاجة إلى حماية عنصر اليقين في بيوع المنقولات، من الناحية الأخرى. وقد يتطلب ذلك وجود قاعدة تحمي حق الملكية الذي يحصل عليه المشترون الذين يأخذون مشترواتهم دون علم فعلي أو افتراضي بوجود حق ضماني غير مشهر. ويؤدي وجود شرط الإشهار إلى عدم الحاجة إلى الاختيار بين هذين المبدئين الهامين. وبوسع المشتري أن يحموا أنفسهم قبل الشراء بالتحقق من حيابة مانح الضمان للموجودات المحمّلة بأعباء أو تحكمه في تلك الموجودات، وباجراء بحث في مرفق تسجيل المعاملات المضمونة أو مرفق تسجيل حقوق الملكية، بحسب الاقتضاء (ويمكن إعفاء من يشتركون في السياق العادي للأعمال، أو المشتري بحسن نية، وربما سائر المشتريين في عمليات الشراء غير المعقدة، من واجب التسجيل أو البحث؛ انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3، الفقرات ٣٤-٤٣).

٩٣- وهناك مسألة أخرى هي ما إن كان الحق الضماني غير المشهر ينبغي أن يكون نافذا إزاء المشتري الذي يحصل على موجود محمّل بأعباء مع علمه الفعلي بالحق الضماني. وتتطلب قواعد الأولوية التي تتوقف على العلم الفعلي القيام بالتحري الوقائي بشأن حالة ذهنية ذاتية، وهذا صعب بوجه خاص في سياق الشركات والشخصيات الاعتبارية الأخرى. ومن هذه الناحية، تعرقل تلك القواعد تسوية النزاعات. ويمكن أن يتمثل حل وسط في معاملة الحق الضماني غير المشهر باعتباره غير نافذ الا ازاء المشتريين الذين يحصلون على حق ملكية الموجودات غير المحمّلة بأعباء وعلى حيابة تلك الموجودات أيضا. وسيكون ذلك بمثابة معاملة حيابة المشتري باعتبارها عملا إشهاريا وقائيا.

٤٤ الموهوب لهم

٩٤- تختلف وضعية من توهب له الموجودات المحمّلة بأعباء بعض الاختلاف عن وضعية المشتري أو أي شخص آخر تحال اليه الموجودات مقابل قيمة. فيما أن الموهوب له لم يدفع

أي قيمة، لا يوجد دليل موضوعي على تعويل ضار على ملكية مانح الضمان التي تبدو غير محملة بأعباء. ولهذا السبب فقد لا يكون هناك ضير في أن يشترط على الموهوب له أن يحترم منح الضمان المتقدم، دون اعتبار للإشهار. وفي مقابل ذلك، يجب على المرء أن يوازن الاحتياج إلى موارد إضافية خاصة بتسوية النزاعات الذي ينطوي عليه تحديد وضعية المحال إليه ومعالجة التعقيدات التي يمكن أن تنشأ من حدوث تغير، بعد الهدية، في وضعية الموهوب له.

٥٥ مملو الإعسار

٩٥- في غياب اشتراط الإشهار، يكون الحق الضماني نافذا عادة إزاء ممثل إعسار مانح الضمان أو إزاء الدائنين المحكوم لهم، شريطة أن يكون الحق الضماني قد منح قبل استهلاك إجراءات الإعسار (أو قبل ابتداء سريان أي فترة مشبوهة سابقة للإعسار). ويبرر ذلك أحيانا على أساس أن الدائنين غير المضمونين لم يعولوا، في تقديم الائتمان، على ملكية مانح الضمان، غير المحملة بأعباء. وحتى إذا كانوا قد فعلوا ذلك فإن مجرد عملية تقديم الائتمان دون أخذ ضمان تعني ضمنا قبول التعرض لخطر تخفيض الرتبة إزاء مطالبات الدائنين المضمونين اللاحقين.

٩٦- ومن الناحية الأخرى فإن اشتراط أن يجري الإشهار قبل استهلاك إجراءات الإعسار يوفر حماية من خطر تقديم تاريخ صكوك الضمان تقدما احتياليا. والأهم من ذلك هو أنه يخفض تكلفة الإعسار، بإعطاء ممثل الإعسار وسيلة فعالة للتعرف على الحقوق الضمانية التي يمكن أن يفترض أنها نافذة (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6، الفقرة ٢). وخارج نطاق إجراءات الإعسار الرسمية، يؤدي الإشهار، بالمثل، إلى تمكين الدائنين المحكوم لهم من أن يتبينوا، قبل استهلاك إجراءات تنفيذ مكلفة، ما إن كانت موجودات المدين محملة بضمان بالفعل (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6، الصفحة ٤٩).

باء- الخلاصة والتوصيات

٩٧- إن تجريد مانح الضمان من حيازة الموجودات المحملة بأعباء هو الطريقة التقليدية لإشهار منح الحق الضماني في الموجودات المنقولة. وعلى الرغم من أن التجريد من الحيازة لا يدل بصورة إيجابية على أن الموجودات التي يجرد من حيازتها مانح الضمان خاضعة لحق ضماني فإنه ينبه الأطراف الثالثة إلى احتمال أن يكون مانح الضمان لم يعد صاحب حق ملكية غير محمل بأعباء. غير أنه لتحقيق هذه النتيجة يجب أن يكون التجريد من الحيازة

حقيقيا، وليس وهميا. وإذا احتفظ مانح الضمان بالملكية الظاهرة فلا تكون الأطراف الثالثة محمية.

٩٨- ولا يتسنى التجريد المادي من الحيازة حيثما تكون الموجودات المحملة بأعباء مؤلفة من التزامات غير ملموسة مستحقة على طرف ثالث لمانح الضمان. غير أنه يمكن الحصول على المكافئ الوظيفي للتجريد من الحيازة بأن يحال إلى الدائن المضمون التحكم المشروع في التزام الأداء المستحق على الطرف الثالث. فمثلا يمكن أن يحال التحكم في حساب الإيداع المحتفظ به لدى مؤسسة مالية أو شركة تأمين يجعل الحساب باسم الدائن المضمون أو بالحصول على موافقة المؤسسة الودیعة على تلبية التوجيهات الصادرة من الدائن المضمون.

٩٩- وبالنسبة للمطالبات النقدية، يمكن عموما للدائن المضمون أن يحصل على التحكم المشروع بأن يوجّه إلى الطرف الثالث الملتمزم بالمطالبة إشعار بأن يسدّد مباشرة إلى الدائن المضمون. ومع ذلك فقد لا يكون من المستصوب الاعتراف بهذا العمل باعتباره عملا إشعاريا كافيا. فمثل هذه القاعدة من شأنها أن تتطلب من الدائنين المضمونين المحتملين والمحال اليهم المحتملين وسائر الأطراف الثالثة أن يتحرّوا، من أجل تقييم مخاطرتهم المتعلقة بالأولوية، عما إن كان هناك دائن مضمون متقدم وجّه إشعارا. ومن شأن عبء التحري هذا أن يعرقل التمويل المضمون المستند إلى الصندوق العام لأموال مانح الضمان، المشتمل على المستحقات التجارية الرهنة والتي يتحصل عليها لاحقا.

١٠٠- ولا يتسنى التجريد المادي من الحيازة أو إحالة التحكم إذا كان مانح الضمان بحاجة إلى الاحتفاظ، في سياق أعماله، باستعمال الموجودات المحملة بأعباء. وقد أنشأت دول عديدة نظما متخصصة لشهادات حقوق الملكية أو مرافق متخصصة لتسجيل حقوق الملكية لفئات محدودة من الموجودات العالية القيمة، مثل السيارات الطرقية والسفن والطائرات والبراءات. وتتيح هذه النظم والمرافق، حيثما وجدت، طريقة بديلة مقبولة للإشهار، لأن الأطراف الثالثة التي تتعامل مع مانح الضمان تستطيع أن تحمي نفسها بإجراء بحث في مرفق تسجيل حقوق الملكية أو بفحص التأشيرات المدرجة في شهادة حق الملكية.

١٠١- وطرائق الإشهار المستندة إلى حق الملكية أو إلى الموجودات لا تصلح عمليا في حالة الحقوق الضمانية في الصناديق العامة المؤلفة من الموجودات الرهنة والتي يحصل عليها لاحقا، مثل المخزونات أو مثل الحقوق في موجودات معينة، التي لا يكون تعقب حق الملكية مجديا من الناحية الاقتصادية في حالتها. والحل المجدي الوحيد للإشهار في هذه الحالة هو إنشاء مرفق لتسجيل المعاملات المضمونة يمكن أن يودع فيه إشعار بالحق الضماني عن طريق الإشارة إلى اسم مانح الحق الضماني.

١٠٢- وفي غياب مرفق شامل لتسجيل المعاملات المضمونة، لا جدوى لاشتراط الإشهار كشرط مسبق لنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة. وبافتراض الوفاء بقواعد الملكية اللازمة لتشكيل حق ضماني نافذ، فإن تقييم حقوق الدائن المضمون ازاء الأطراف الثالثة سيتم، بدلا من ذلك، بالرجوع إلى قواعد الأولوية المستندة إلى مسألة سياساتية هي ماهية فئات الأطراف الثالثة ذات المطالبات التي ينبغي أن تأخذ مطالباتها خالية من أي حق ضماني لا تكون على علم به أو لا توجد لديها وسيلة للعلم به.

١٠٣- ونتيجة لذلك، ينبغي للدول المهتمة باستحداث مرفق شامل لتسجيل المعاملات المضمونة بهدف تطوير أسواق مالية تنافسية أن تنشئ مرفقا شاملا لتسجيل المعاملات المضمونة يقوم بإشهار إشعارات الحقوق الضمانية بغية تمكين الدائنين المضمونين المحتملين والأطراف الثالثة من تقييم مخاطرتهم المتعلقة بالأولوية بقدر أكبر من اليقين وامكانية التنبؤ. وفي تلك الحالة، ينبغي أن تتناول قواعد الأولوية عددا من المسائل، منها ما يلي:

(أ) ما إن كان التسجيل يمنح أولوية فائقة في التنافس مع حق ضماني منافس تم إشهاره عن طريق التجريد من الحيازة أو عن طريق التحكم؛

(ب) ما إن كان الإشهار عن طريق التجريد من الحيازة أو عن طريق التحكم يمنح أولوية فائقة ازاء المشتريين والدائنين المضمونين المنافسين فيما يتعلق ببعض فئات الموجودات المحملة بأعباء، مثل الصكوك القابلة للتداول - عملا على الحفاظ على قابليتها للتداول؛

(ج) إذا كانت الموجودات المحملة بأعباء مشمولة بمرفق متخصص لتسجيل حقوق الملكية أو بتأشيرة على شهادة حق ملكية، ما إن كانت الحقوق الضمانية المنافسة وسائر حقوق الأطراف الثالثة التي تشهر عن طريق هذه النظم تعلق على الحق الضماني الذي يشهر بالتجريد من الحيازة أو بالتسجيل في مرفق عام لتسجيل المعاملات المضمونة؛

(د) في حالة مرفق التسجيل المفهرس بحسب مانح الضمان، ما هي أنسب الوسائل للتصدي لشواغل الإشهار المعينة التي يواجهها من تحال اليه عن بعد موجودات هي موضوع إشعار مسجل، أي المحال اليه الذي يحصل على الموجودات المحملة بأعباء من خليفة في حق الملكية لمانح الضمان. وإذا كان الدائن المضمون لم يعدل الإشعار ليضيف اسم المحال اليه، تنشأ مسألة ما إن كان ينبغي أن يكون الحق الضماني نافذا رغم ذلك ازاء محال اليه ليس لديه علم فعلي بالإحالة. والمسألة، بدلا من ذلك، هي ما إن كان التسجيل المحدد المستند إلى الموجودات ينبغي أن يكون شرطا مسبقا لنفاذ الحق الضماني، ازاء الأطراف

الثالثة، في الموجودات المحمّلة بأعباء التي تكون لها قيمة عالية نسبيا والتي توجد سوق نشطة لإعادة بيعها (مثل السيارات والقوارب البخارية والسيارات السكنية)؛

(هـ) ماهية المقتضيات اللازمة للإشعار المسجّل النافذ قانونا. وعلى وجه الخصوص: ماذا يشكّل تحديدا كافيا لهوية مانح الضمان ووصفا كافيا للموجودات المحمّلة بأعباء؛ وما إن كان ينبغي أن تحدد في الإشعار المسجّل القيمة القصوى للالتزام الذي يمكن أن يضمن بالموجودات المحمّلة بأعباء؛ وما إن كانت مدة السريان الفعلي للتسجيل ينبغي، رهنا بالتحديد في الوقت الملائم، أن تحدد بالرجوع إلى المدة التي اختيرت في الإشعار المسجّل أم بالرجوع إلى مدة محددة مقررة بالقانون؛ وما إن كان مسموحا بالتسجيل قبل الإبرام الفعلي لأي اتفاق ضمان؛ وما إن كان التسجيل الواحد يمكن أن يشهر الضمان الممنوح بموجب اتفاقات ضمان متتالية مبرمة بين نفس الأطراف وتتناول نفس الموجودات؛

(و) ما هي الأساليب المتاحة لحماية مانح الضمان من التسجيلات غير المأذون بها أو الخاطئة؛

(ز) ما إن كان يحق لفئات معيّنة من الأطراف الثالثة أن تطالب بالحصول على المزيد من المعلومات عن الوضعية الراهنة لترتيب التمويل وعلى التفاصيل الخاصة به من الدائن المضمون مباشرة، وأهم هذه الفئات هي المشاركون في الملكية والدائنون غير المضمونين المحكوم لهم وممثل إعسار المانح؛

(ح) ما هي السياسة المثلى بشأن مسائل التصميم والتشغيل، ولا سيما تقرير رسوم التسجيل والبحث ومدى حوسبة النظام؛

(ط) ما إن كان التسجيل شرطا مسبقا لتكون المعاملات غير الاحتيازية الأخرى في الموجودات المنقولة نافذة ازاء الأطراف الثالثة على الرغم من أن تلك الموجودات لا تضمن أداء الالتزام، مثلا الإيجار الطويل الأجل للموجودات المنقولة، أو البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية إلى حين سداد الثمن، أو إحالة المطالبات غير الملموسة إحالة تامة.

—