

Distr.: General
28 September 2007
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الأربعون المستأنفة
فيينا، ١٠-١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٧

المصالح الضمانية

مصطلحات وتوصيات مشروع دليل الأونسيتال التشريعي
بشأن المعاملات المضمونة

مذكّرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة	التوصيات	
٣		المصطلحات
١٦	١	أولاً- الأهداف الرئيسية لقانون فعال وناجع بشأن المعاملات المضمونة
١٧	١٠-٢	ثانياً- نطاق الانطباق والقواعد العامة الأخرى
٢١	١٢-١١	ثالثاً- النهج الأساسية إزاء الضمان
٢٣	٢٨-١٣	رابعاً- إنشاء الحق الضماني (نفاذه بين الطرفين)
٢٣	٢٢-١٣	ألف- توصيات عامة
٢٦	٢٨-٢٣	باء- توصيات تخص الموجودات تحديداً
٢٩	٥٣-٢٩	خامساً- نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة
٣٠	٤٧-٢٩	ألف- توصيات عامة
٣٥	٥٣-٤٨	باء- توصيات تخص الموجودات تحديداً



الصفحة	التوصيات
٣٧	سادسا- نظام السجل ٧٢-٥٤
٤٤	سابعا- أولوية الحق الضماني ١٠٦-٧٣
٤٤	ألف- توصيات عامة ٩٧-٧٣
٥١	باء- توصيات تخص الموجودات تحديدا ١٠٦-٩٨
٥٣	ثامنا- حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزامهما ١١٣-١٠٧
٥٤	ألف- توصيات عامة ١١٠-١٠٧
٥٥	باء- توصيات تخص الموجودات تحديدا ١١٣-١١١
٥٦	تاسعا- حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزامهما ١٢٧-١١٤
٥٧	ألف- حقوق المدين بالمستحق والتزاماته ١٢٠-١١٤
٦٠	باء- حقوق المدين بمقتضى الصك القابل للتداول والتزاماته ١٢١
٦٠	جيم- حقوق المصرف الوديع والتزاماته ١٢٣-١٢٢
	دال- حقوق كفيل/مصدر التعهد المستقل أو المثبت له أو الشخص المسمى فيه والتزاماته ١٢٦-١٢٤
٦٢	هاء- حقوق مُصدر المستند القابل للتداول والتزاماته ١٢٧
٦٢	عاشرا- إنفاذ الحق الضماني ١٧٣-١٢٨
٦٢	ألف- توصيات عامة ١٦٣-١٢٨
٧٣	باء- توصيات تخص الموجودات تحديدا ١٧٣-١٦٤
٧٦	حادي عشر- تمويل الاحتياز ١٩٩-١٧٤
٧٦	الخيار ألف: النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز ١٨٣-١٧٤
٨١	الخيار باء: النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز ١٩٩-١٨٤
٨٩	ثاني عشر- تنازع القوانين ٢٢٤-٢٠٠
٨٩	ألف- توصيات عامة ٢٢٠-٢٠٠
٩٦	باء- توصيات خاصة عندما يكون القانون المنطبق هو قانون دولة متعدّدة الوحدات ... ٢٢٤-٢٢١
٩٧	ثالث عشر- الفترة الانتقالية ٢٣١-٢٢٥
٩٩	رابع عشر- أثر الإعسار في الحق الضماني ٢٣٩-٢٣٢
٩٩	ألف- دليل الأونسيتراي التشريعي لقانون الإعسار: التعاريف والتوصيات ٢٣٩-٢٣٢
١١٨	باء- توصيات إضافية بشأن الإعسار ٢٣٩-٢٣٢

المصطلحات

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تلاحظ أن المصطلحات سترد في الفرع باء من مقدمة النص النهائي للدليل، بينما ستأتي التوصيات بعد التعليق في كل فصل من فصوله. وقد استنسخت المصطلحات في هذه الوثيقة مع التوصيات تيسيرا للرجوع إليها. ولعل اللجنة تود أن تنظر فيما إذا كان ينبغي أيضا أن تستنسخ المصطلحات والتوصيات في تذييل مستقل يُلحق بالدليل في صيغته النهائية.]

١ - يعتمد الدليل مصطلحات للتعبير عن المفاهيم التي يستند إليها نظام فعال للمعاملات المضمونة. والتعابير المستخدمة ليست مستمدة من أي نظام قانوني بعينه. وحتى عندما يبدو التعبير مطابقا لمصطلح مستخدم في قانون وطني معيّن (سواء كان قانون المعاملات المضمونة أم أي قانون آخر)، فهذا لا يعني أن الدليل يرمي إلى اعتماد معنى ذلك المصطلح حسب وروده في ذلك القانون الوطني. بل يقدم الدليل تعاريف تعطي معنى محددا لكل مصطلح رئيسي تيسيرا لدقة التخاطب، بصرف النظر عن أي نظام قانوني وطني معيّن، وتمكيننا لقراء الدليل من فهم توصياته فهما موحدًا، من خلال تزويدهم بمفردات مشتركة وإطار مفاهيمي مشترك.

٢ - وتستخدم بعض التوصيات مصطلحات معرّفة فيها، بينما يرد معنى بعض المصطلحات المعرّفة أدناه مبينًا بمزيد من التفصيل في التوصيات التي تستخدمها أو في فصول محددة من الدليل. ويتوقف نطاق كل توصية ومحتواها على معنى المصطلحات المعرّفة فيها. ومن ثم جاز للمشرعين أن ينظروا في استخدام التعاريف تفاديا لأي تغييرات غير مقصودة من حيث الجوهر، وتعزيزا للتفسير الموحد للتشريعات الجديدة، وتدعيما للتناسق بين قوانين المعاملات المضمونة.

٣ - ولا يقصد بالحرف "أو" أن يكون حصري الدلالة؛ وصيغة المفرد تشمل صيغة الجمع أيضا، والعكس صحيح؛ ولا يُقصد بالعبارتين "تشمل" و"بما في ذلك" وغيرها من العبارات المرادفة أن تشير إلى قائمة شاملة؛ ويدل الفعل "يجوز" على السماح بينما يدل الفعل "ينبغي" على الإيعاز، ويجب أن تُفسّر التعابير "كـ" و"مثل" و"على سبيل المثال" على النحو ذاته الذي تُفسّر به العبارتان "تشمل" و"بما في ذلك". وينبغي تفسير مصطلح "الدائنون" على أنه يشمل الدائنين في الدولة المشترعة والدائنين الأجانب على السواء، ما لم يُذكر خلاف ذلك. وينبغي تفسير الإشارات إلى "الشخص" على أنها تشمل الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين على السواء، ما لم يُذكر خلاف ذلك.

٤ - وقد تختار بعض الدول تنفيذ توصيات الدليل بسن قانون شامل واحد (وهي طريقة يُرجَّح أن تُفضي إلى الاتساق وإلى تجنب أخطاء الإغفال أو سوء الفهم)، فيما قد تسعى دول أخرى إلى تعديل قوانينها بإدراج قواعد مُحدَّدة في مواضع مختلفة. ويشير الدليل إلى كامل مجموعة القواعد الموصى بها، أيا كانت الطريقة المختارة للتنفيذ، بأنها "القانون" أو "هذا القانون".

٥ - ويستخدم الدليل أيضا مصطلح "القانون" في سياقات أخرى مختلفة. وباستثناء الحالات التي يُنص فيها صراحة على خلاف ذلك، وفي كل أجزاء الدليل: (أ) تدل جميع الإشارات إلى القانون على القانون التشريعي وغير التشريعي على السواء؛ (ب) وتدل جميع الإشارات إلى القانون على القانون الداخلي، باستثناء قواعد تنازع القوانين (بغية تجنب الإحالة)؛ (ج) وتدل جميع الإشارات إلى "قانون آخر" على كامل مجموعة قوانين الدولة (سواء أكانت موضوعية أم إجرائية) ما عدا تلك التي تجسّد القانون الذي يحكم المعاملات المضمونة (سواء أكانت موجودة من قبل أم سنّت أم عدّلت مؤخرا عملا بتوصيات الدليل)؛ (د) ولا تدل جميع الإشارات إلى "القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول" على قانون خاص أو مجموعة قواعد قانونية خاصة تُسمى "قانون الصكوك القابلة للتداول" فحسب، بل تشمل أيضا جميع قوانين العقود وسائر القوانين العامة التي قد تسري على المعاملات أو الحالات المتعلقة بصك قابل للتداول (وتنطبق القاعدة ذاتها على عبارات مشابهة)؛ (هـ) وجميع الإشارات إلى "قانون الإعسار" هي شاملة بالمثل، لكنها تدل على القانون الذي قد يكون ساريا بعد بدء إجراءات الإعسار فحسب.

٦ - وتحدد الفقرات الفرعية التالية المصطلحات الرئيسية المستخدمة والمعنى الأساسي الذي أضفي عليها في الدليل. ويحدّد معنى هذه المصطلحات بمزيد من الدقة عندما تستخدم في الفصول اللاحقة. كما تُعرّف تلك الفصول مصطلحات إضافية وتستخدمها (كما في حالة الفصل رابع عشر بشأن أثر الإعسار في الحق الضماني). وينبغي قراءة التعاريف مقترنة بالتوصيات ذات الصلة. وفيما يلي تعريف المصطلحات الرئيسية:

(أ) "الاتفاق الضماني" يعني اتفاقا بين المانح والدائن، أيا كان شكله أو المصطلح المستخدم للتعبير عنه، ينشئ حقا ضمانيا. ورغم أن النقل التام لمستحق لا يضمن الوفاء بالتزام، فإن هذا المصطلح يشمل أيضا، تيسيرا للرجوع إليه، الاتفاق على النقل التام لمستحق⁽¹⁾؛

(1) انظر تعريف "الحق الضماني"، فضلا عن التوصية ٣ والتعليق ذي الصلة.

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

١٠٠ التسوية الصافية لمدفوعات مستحقة بالعمللة ذاتها وفي التاريخ ذاته سواء بالتجديد أو بطريقة أخرى؛

٢٠٠ عند إعسار طرف أو تقصيره على نحو آخر، إنهاء جميع المعاملات التي لم تتم تسويتها بقيم إحلالها أو بقيمها السائدة في السوق، وتحويل تلك المبالغ إلى عملة واحدة ومعاوضتها في دفعة واحدة من جانب طرف إلى الطرف الآخر؛

٣٠٠ مقاصة المبالغ المحسوبة كما ورد في الفقرة الفرعية ٢٠٠ من هذا التعريف في إطار اتفاقين أو أكثر للمعاوضة.⁽²⁾

(ج) "التعهد المستقل" يعني خطاب ائتمان (تجاريا أو ضامنا)، أو تثبيتا لخطاب ائتمان، أو كفالة مستقلة (بما في ذلك الكفالة المستحقة الدفع عند الطلب أو عند أول طلب أو كفالة مصرفية أو كفالة مقابلة)، أو أي تعهد آخر معترف بأنه تعهد مستقل. بمقتضى القانون أو قواعد الممارسة، مثل اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات وقواعد الممارسات الضامنة الدولية والقواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب؛

(د) "إجراءات الإعسار" تعني الإجراءات الجماعية الخاضعة لإشراف محكمة الإعسار، إما بغرض إعادة تنظيم منشأة المدين وإما بغرض تصفيتها؛

(هـ) "الإحالة" تعني إنشاء حق ضماني في مستحق ما يضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر. وبينما لا تضمن الإحالة التي تكون نقلا تاما للمستحق سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، فإن هذا المصطلح، تيسيرا للرجوع إليه، يشمل أيضا النقل التام لمستحق ما؛⁽³⁾

(و) "الإحالة اللاحقة" تعني إحالة يجريها المحال إليه الأول أو أي مُحال إليه آخر.⁽⁴⁾ وفي حالة الإحالة اللاحقة، يكون الشخص الذي يجري تلك الإحالة هو المحيل ويكون الشخص الذي تجرى إليه الإحالة هو المحال إليه؛

(2) انظر الفقرة الفرعية (ل) من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(3) انظر تعريف "الحق الضماني"، فضلا عن التوصية ٣ والتعليق ذي الصلة.

(4) انظر الفقرة الفرعية (ب) من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(ز) "الإخطار بالإحالة" يعني خطاباً مكتوباً يحدد بشكل معقول المستحق المحال وهوية المحال إليه؛⁽⁵⁾

(ح) "الإشعار" يعني خطاباً مكتوباً؛⁽⁶⁾

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود النظر في أن تضيف إلى هذا التعريف صياغة على النحو التالي:

"يقوم الشخص بـ"إشعار" شخص آخر أو "إرسال إشعار" أو "توجيه إشعار" إليه باتخاذ خطوات في حدود المعقول لإخباره، سواء أُخبر هذا الشخص الآخر بالفعل أم لم يخبر. وسيشرح هذا النص المقترح دلالة الإشارات الواردة في النص إلى "الإشعار" أو "إرسال" أو "توجيه" الإشعار".]

(و) "الإقرار"، فيما يتعلق بالحق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل، يعني أن الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى الذي سيسدد أو سيعطي قيمة بطريقة أخرى بناء على المطالبة بالسداد ("السحب") بمقتضى تعهد مستقل قد قام، من جانب واحد أو بالاتفاق، بأحد أمرين:

١٠٠٠ إقرار أو قبول إنشاء حق ضماني (سواء أُسمي إحالة أم غير ذلك) في الحق في تلقي العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل (أيا كان شكل إثبات ذلك الإقرار أو القبول) لصالح الدائن المضمون؛ أو

٢٠٠٠ الالتزام بالسداد إلى الدائن المضمون أو بإعطائه قيمة عند السحب بمقتضى تعهد مستقل؛

(ي) "الالتزام المضمون" يعني التزاماً مضموناً بحق ضماني؛

(ك) "الأولوية" تعني أفضلية حق الشخص على مطالب منافس في الحصول على المنفعة الاقتصادية لحقه الضماني؛

(ل) "الحساب المصرفي" يعني الحساب المحتفظ به لدى مصرف يمكن إيداع أموال فيه. وهذا التعبير يشمل حسابات الشيكات وغيرها من الحسابات الجارية، وكذلك

(5) انظر التوصية ١١٥ بالنسبة لتوقيت نفاذ الإحالة.

(6) بالنسبة للنظرين الإلكترونيين لمصطلحي "كتابة" و"كتابة موقعة"، انظر التوصيتين ٩ و ١٠.

حسابات الادخار وحسابات الإيداع المحددة الأجل، ولكنه لا يشمل الحق المثبت بصك قابل للتداول في مطالبة المصرف بالسداد؛

ويشمل هذا المصطلح الحق في سداد الأموال المحوَّلة إلى المصرف على سبيل الوفاء المرتقب بالتزام سداد أجل كان المصرف قد التزم به، والحق في سداد أموال محولة إلى مصرف بواسطة ضمانة نقدية تؤمّن سداد التزام واقع على كاهل المصرف طالما كان للشخص الذي يحول تلك الأموال حق فيها، إذا كان القانون الوطني يقضي بأن التزام المصرف هو الحساب المصرفي.

(م) "حق الاحتفاظ بالملكية" (مصطلح ينحصر استخدامه في سياق النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز) يعني حق البائع في الموجودات الملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) وفقا لترتيب مع المشتري لا تحوّل بمقتضاه ملكية الموجودات الملموسة (أو لا تحوّل بطريقة لا رجعة فيها) من البائع إلى المشتري إلى أن يُسَدّد الجزء المتبقي من ثمن الشراء؛

(ن) "حق الإيجار التمويلي" (مصطلح لا يستخدم إلا في سياق النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز) يعني حق المؤجر في موجودات ملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) تكون موضع اتفاق تأجيري تنتهي مدته:

١' بأن يصبح المستأجر تلقائيا مالك الموجودات التي هي موضوع الإيجار؛ أو

٢' بأن يكون في إمكان المستأجر أن يحصل على ملكية الموجودات بدفع ما لا يزيد عن سعر رمزي؛ أو

٣' بأن يصبح للموجودات ما لا يزيد عن قيمة متبقية رمزية؛

ويشمل هذا المصطلح اتفاق الإيجار مع خيار الشراء لاحقا، وإن لم يكن يشار إليه بالاسم على أنه إيجار، شريطة أن يستوفي شروط الفقرة الفرعية ١'، أو ٢'، أو ٣'.

(س) "حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل" يعني الحق في تلقي مبلغ مستحق أو كمبيالة مقبولة أو سداد مؤجل أو أي شيء آخر ذي قيمة يتعين، في كل من هذه الحالات، أن يقدمه أو ينفذه الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمّى الذي يعطي قيمة وفاء لسحب بمقتضى تعهد مستقل. ويشمل هذا المصطلح أيضا الحق في تقاضي مبلغ في إطار شراء صك أو مستند قابل للتداول من قبل مصرف قائم بالتداول مقابل تقديم سند يفي بالشروط. ولا يشمل المصطلح:

١٦ الحق في السحب بمقتضى تعهد مستقل، أو

٢٦ ما يُتقاضى عند الوفاء بتعهد مستقل؛

ويختلف الحق الضماني في حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل (باعتباره موجودات مرهونة أصلية) عن الحق الضماني في "عائدات" (وهو مفهوم رئيسي في الدليل) الموجودات المشمولة بالدليل (انظر تعريف مصطلح "العائدات" والتوصية ١٩). ومن ثم فإن ما يُتقاضى نتيجة لتقديم سند يفي بالشروط بموجب تعهد مستقل هو ما يشكل "عائدات" الحق في تقاضي عائدات بمقتضى تعهد مستقل.

(ع) "الحق الضماني" يعني حق ملكية في موجودات منقولة يُنشأ بالاتفاق ويضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، بصرف النظر عما إذا كان الطرفان قد أسماه حقا ضمانيا. وفي سياق النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز، يشمل هذا المصطلح الحقوق الضمانية الاحتيازية والحقوق الضمانية غير الاحتيازية على السواء، ولكنه في سياق النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز، لا يشمل حق الاحتفاظ بالملكية أو الإيجار التمويلي. ورغم أن النقل التام لمستحق لا يضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، فإن مصطلح "الحق الضماني"، تيسيرا للرجوع إليه، يشمل أيضا حق المنقول إليه في النقل التام لمستحق.⁽⁷⁾ ولا يشمل هذا المصطلح الحق الشخصي تجاه كفيل أو شخص آخر مسؤول عن سداد التزام مضمون؛

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

(ص) "حوزة الإعسار" تعني موجودات المدين التي تخضع لإجراءات الإعسار؛

(ق) "الحيازة" (باستثناء الكيفية التي استخدم بها هذا المصطلح في التوصيات ٢٨ و ٥١-٥٣ فيما يتعلق بمصدر المستند القابل للتداول) وهي مصطلح ينحصر معناه في

(7) انظر تعريف "الحق الضماني"، فضلا عن التوصية ٣ والتعليق ذي الصلة.

الحيازة الفعلية لموجودات ملموسة من قبل شخص أو وكيل لذلك الشخص أو موظف لديه، أو من قبل شخص مستقل يقر بأنه يحتفظ بها لصالح ذلك الشخص. وهي لا تشمل الحيازة غير الفعلية الموصوفة بعبارات من قبيل الحيازة الاستدلالية أو الصورية أو المعتبرة أو الرمزية؛

(ر) "الدائن المضمون" يعني الدائن الذي يملك حقا ضمانيا. ورغم أن المحال إليه في عملية النقل التام لمستحق لا يضمن الوفاء بالتزام، فإن هذا المصطلح، تيسيرا للرجوع إليه، يشمل أيضا المحال إليه في عملية النقل التام لمستحق؛⁽⁸⁾

(ش) "الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي" (مصطلح مستخدم في سياق كل من النهجين الوحدوي وغير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز) يعني الدائن المضمون الذي له حق ضماني احتيازي. وهو يشمل في سياق النهج الوحدوي البائع المحتفظ بحق الملكية والمؤجر التمويلي (وهما مصطلحان يستخدمان في سياق النهج غير الوحدوي)؛

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

(ث) "السيطرة" فيما يتعلق بحق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل توجد:

١٠٠ "تلقائيا عند إنشاء الحق الضماني إذا كان الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى هو الدائن المضمون؛ أو

٢٠٠ "إذا قدم الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى إقرارا لصالح الدائن المضمون؛

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

١٠٠ "تلقائيا عند إنشاء حق ضماني، إذا كان المصرف الوديع هو الدائن المضمون؛ أو

٢٠٠ "إذا كان المصرف الوديع قد أبرم اتفاق سيطرة مع المانح والدائن المضمون، مثبت بكتابة موقع عليها⁽⁹⁾ يفيد بأن المصرف الوديع قد وافق على اتباع تعليمات الدائن المضمون فيما يتعلق بتقاضي الأموال المودعة في الحساب المصرفي دون موافقة إضافية من المانح؛ أو

(8) المرجع نفسه.

(9) للاطلاع على معنى مصطلح "كتابة موقعة" في سياق الخطابات الإلكترونية، انظر التوصيتين ٩ و ١٠.

٣٤ إذا كان الدائن المضمون هو صاحب الحساب.

(ذ) "الشخص المُسمّى" يعني مصرفاً أو شخصاً آخر محدّد الهوية في التعهّد المستقل باسمه أو نوعه ("أي مصرف في البلد سين"، مثلاً) بصفته معيّناً لإعطاء قيمة بمقتضى تعهّد مستقل، ويتصرف وفقاً لذلك التعيين، وأي مصرف أو شخص آخر في حال التعهّد المستقل المتيسر بحرية؛

(ض) "الصك القابل للتداول" يعني صكاً يجسّد حقاً في الحصول على السداد، مثل الشيك أو السفتجة (الكمبيالة) أو السند الإذني، وفيه باشتراطات قابلية التداول بمقتضى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول؛

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تنظر في إمكانية إدراج ملاحظة بعد تعريف "الصك القابل للتداول" و "المستند القابل للتداول" على النحو التالي:

"أعد الدليل على ضوء الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول الورقية الشكل، وذلك نظراً لما ينطوي عليه إنشاء نظير إلكتروني للصكوك الورقية القابلة للتداول من صعوبة كبيرة. بيد أنه لا ينبغي أن يفهم من ذلك أن الدليل يثني عن استخدام النظائر الإلكترونية للصكوك الورقية القابلة للتداول أو المستندات الورقية القابلة للتداول. ومن ثم فإن الدولة المشترعة التي تود معالجة هذه المسألة ستحتاج إلى وضع قواعد خاصة (اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لا تعالج موضوع النظير الإلكتروني للصكوك الورقية القابلة للتداول للأسباب ذاتها)."⁽¹⁰⁾

(ظ) "العائدات" تعني كل ما يُتلقى فيما يتعلق بالموجودات المرهونة، بما في ذلك ما يُتلقى نتيجة للبيع أو غيره من أشكال التصرف أو التحصيل، أو تأجير أحد الموجودات المرهونة أو الترخيص باستخدامه، وعائدات العائدات، والثمار المدنية والطبيعية، والأرباح الموزعة والأسهم الموزعة، وعائدات التأمين، والمطالبات الناشئة عن وجود عيوب في أحد الموجودات المرهونة أو تعرضه لتلف أو هلاك؛⁽¹¹⁾

(غ) "العقد الأصلي" يعني، في سياق المستحق المنشأ بعقد، العقد المبرم بين المحيل والمدين بالمستحق والذي ينشأ عنه المستحق؛

(10) انظر منشور الأمم المتحدة رقم المبيع A.07.V.2، المذكرة التفسيرية، الفقرة ٧.

(11) انظر الفقرة الفرعية (ي) من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(أ) "العقد المالي" يعني أي معاملة آنية أو آجلة أو مستقبلية أو تخييرية أو تقايفية تتعلق بأسعار فائدة أو سلع أو عملات أو أسهم أو سندات أو مؤشرات أو أي صك مالي آخر، وأي معاملة إعادة شراء أو معاملة إقراض أوراق مالية، وأي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية، وأي توليفة من المعاملات المذكورة أعلاه؛⁽¹²⁾

والغاية من الإشارة في هذا التعريف إلى "أي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية" أن تشمل المعاملات الجارية في الأسواق المالية بجميع أنواعها. وهذا المصطلح يتسم بالمرونة ويشمل أي معاملة تجرى في الأسواق المالية التي تحدد في إطارها الحقوق في السداد بالإحالة إلى: (أ) فئات الموجودات الأساسية؛ أو (ب) التدابير الكمية للمجازفة الاقتصادية أو المالية أو القيمة المقترنة بواقعة أو حدث طارئ. ومن الأمثلة على ذلك المعاملات التي تحدد بمقتضاها حقوق السداد بالإحالة إلى الإحصاءات المتعلقة بالطقس، أو أسعار الشحن، أو الحقوق في كمية الانبعاثات، أو الإحصاءات الاقتصادية.

(ب ب) "الكتلة أو المنتج" تعني الموجودات الملموسة غير النقود التي تكون مرتبطة أو متحدة ماديا بموجودات ملموسة أخرى إلى حد أنها فقدت هويتها المنفصلة؛

(ج ج) "الكفيل/المصدر" يعني أي مصرف أو شخص آخر يُصدر تعهدًا مستقلًا؛

(د د) "المانح" يعني الشخص الذي ينشئ حقًا ضمانيًا إما لضمان التزامه هو أو التزام شخص آخر.⁽¹³⁾ وفي إطار النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز، يشمل "مانح" الحق الضماني الاحتيازي المشتري من بائع محتفظ بحق الملكية أو المستأجر التمويلي. ورغم أن الحيل في عملية النقل التام لمستحق لا يحيل المستحق ضمانًا للوفاء بالتزام، فإن مصطلح "المانح"، تيسيرا للرجوع إليه، يشمل أيضا الحيل في عملية النقل التام لمستحق؛⁽¹⁴⁾

(ه ه) "المثبت" يعني مصرفا أو شخصا آخر يضيف تعهده المستقل إلى التعهد المستقل الصادر عن الكفيل/المصدر؛

(12) انظر الفقرة الفرعية (ك) من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات؛ وانظر أيضا التعريف ذا الصلة في دليل الأونسيترال للإعسار.

(13) انظر تعريف مصطلح "المدين".

(14) انظر تعريف "الحق الضماني"، فضلا عن التوصية ٣ والتعليق ذي الصلة.

واتساقا مع الفقرة الفرعية (هـ) من المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة⁽¹⁵⁾ (يشار إليها في ما يلي باسم "اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات")، يوفر التثبيت للمستفيد خيار مطالبة المثلث بالسداد وفقا لأحكام وشروط التعهد المستقل المثبت بدلا من مطالبة الكفيل/المصدر؛

(و و) "المحال إليه" يعني الشخص الذي يُحال إليه مستحق؛⁽¹⁶⁾

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

[ملاحظة إلى اللجنة: بما أن مصطلح "محكمة الإعسار" لا يستخدم إلا في تعريف "إجراءات الإعسار" وفي فصل الإعسار، فقد تود اللجنة أن تنظر في حذف تعريف "محكمة الإعسار" وتضمن الفصل رابع عشر بشأن تأثير الإعسار في الحق الضماني شرحا لمعناها.]

(ح ح) "المحيل" يعني الشخص الذي يُحيل مستحقا؛

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

(ي ي) "المدين" يعني الشخص الذي يتعين عليه أداء الالتزام المضمون، وهو يشمل الملتزم الثانوي، مثل كفيل الالتزام المضمون. وقد يكون المدين أو لا يكون هو الشخص الذي ينشئ الحق الضماني (انظر تعريف التعبير "المانح")؛

(ك ك) "المدين بالمستحق" يعني الشخص المسؤول عن سداد المستحق. ويشمل "المدين بالمستحق" الكفيل أو أي شخص آخر مسؤول ثانويا عن سداد المستحق؛⁽¹⁷⁾

والكفيل في إطار كفالة تبعية ليس مدينا بالمستحق الذي كفل سداده فحسب، بل هو مدين أيضا بالمستحق الذي تمثله الكفالة، لأن الكفالة التبعية هي بحد ذاتها مستحق (أي أن هناك مستحقين اثنين)؛

(15) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.97.V.12.

(16) للاطلاع على تعاريف مصطلحات "المحال إليه" و"المحيل" و"الإحالة"، انظر الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.04.V.14؛ ويشار إليها فيما يلي باسم "اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات").

(17) انظر الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(ل ل) "المستحق" يعني حقا في تقاضي التزام نقدي، باستثناء حقوق السداد المثبتة بصك قابل للتداول والحق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل والحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي؛⁽¹⁸⁾

(م م) "المستند القابل للتداول" يعني مستندا يجسد حقا في تسلّم موجودات ملموسة، مثل إيصال المستودع أو سند الشحن، ويفي باشتراطات قابلية التداول. بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول؛

(ن ن) "مصدر" المستند القابل للتداول يعني الشخص المزم بتسليم الموجودات الملموسة المشمولة بالمستند. بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول، سواء أدى ذلك الشخص جميع الالتزامات أم لا؛

(س س) "المطالب المنافس"⁽¹⁹⁾ يعني دائنٌ مانحٍ ينافس دائنا آخر له حق ضماني في موجودات مرهونة للمانح، ويشمل:

١' دائنا مضمونا آخر لديه حق ضماني في نفس الموجودات المرهونة (سواء أكانت موجودات مرهونة أصلية أم عائدات)؛ أو

٢' البائع أو المؤجر التمويلي أو الممول الاحتيازي الآخر للموجودات المرهونة ذاتها الذي احتفظ بحق الملكية، في سياق النهج غير الحدودي إزاء تمويل الاحتياز؛ أو

٣' دائنا آخر للمانح لديه حق في نفس الموجودات المرهونة؛ أو

٤' ممثل الإعسار في حال إعسار المانح؛⁽²⁰⁾ أو

٥' أي شخص يشتري الموجودات المرهونة أو تحال إليه تلك الموجودات (بما في ذلك مستأجرها أو المرخص له باستخدامها).

(18) للاطلاع على تعريف مصطلح "المستحق"، انظر الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات؛ وبالنسبة لاستثناءات الودائع المصرفية وخطابات الاعتماد والصكوك القابلة للتداول، انظر الفقرتين الفرعيتين ٢ (و) و ٢ (ز) والفقرة ٣ تباعا من المادة ٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(19) للاطلاع على تعريف مصطلح "المطالب المنافس"، انظر الفقرة الفرعية (م) من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(20) في الفصل المتعلق بالإعسار، استعمل التعبير "إعسار المدين" لدواعي الاتساق مع المصطلحات المستعملة في دليل الأونسيتال التشريعي لقانون الإعسار. (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10؛ المشار إليه فيما يلي باسم "دليل الأونسيتال للإعسار").

(ع ع) "المعاملة المضمونة" تعني معاملة تنشئ حقا ضمانيا. ورغم أن النقل التام لمستحق لا يضمن الوفاء بالتزام، فإن هذا المصطلح يشمل أيضا، تيسيرا للرجوع إليه، النقل التام لمستحق؛⁽²¹⁾

(ف ف) "المعدات" تعني الموجودات الملموسة التي يستخدمها الشخص في تشغيل منشأته؛

(ص ص) "المعرفة" تعني المعرفة الفعلية لا المعرفة القائمة على التأويل؛

(ق ق) "ملحقات الممتلكات غير المنقولة" تعني الموجودات الملموسة التي هي مرتبطة ماديا بممتلكات غير منقولة إلى حد يجعل قانون الدولة التي توجد فيها الممتلكات غير المنقولة يعاملها كممتلكات غير منقولة، رغم أنها لم تفقد هويتها المنفصلة؛

(ر ر) "ملحقات الممتلكات المنقولة" تعني الموجودات الملموسة التي هي مرتبطة ماديا بموجودات ملموسة أخرى ولكنها لم تفقد هويتها المنفصلة؛

(ش ش) "الملكية الفكرية" تعني حقوق التأليف والنشر والعلامات التجارية وبراءات الاختراع وعلامات الخدمة والأسرار التجارية والتصاميم وغيرها من الموجودات التي تعتبر ملكية فكرية بمقتضى القانون الوطني للدولة المشترعة أو بمقتضى اتفاق دولي تكون تلك الدولة طرفا فيه؛

والغاية من تعريف "الملكية الفكرية" أن تكفل اتساق الدليل مع قوانين الملكية الفكرية ومعاهداتها، مع العمل في الوقت ذاته على احترام حق المشرع في الدولة التي تشترع توصيات الدليل في مناسقة التعريف مع قانونه الخاص ومع الالتزامات الدولية.

ويجوز للدولة المشترعة أن تضيف إلى هذه القائمة أنواعا من الملكية الفكرية أو أن تسحبها منها مراعاة للقانون الوطني. والقصد من وراء الإشارة إلى الاتفاقات الدولية هو الإحالة إلى اتفاقات من قبيل الاتفاقية المنشئة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية والاتفاق المتعلق بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية (اتفاق "تريبس").

ومن أجل توضيح أن هذه التعاريف والتوصيات التي تحيل إليها تسري فقط على الموجودات الملموسة (وليس على الموجودات غير الملموسة مثل الملكية الفكرية)، تمت الإشارة

(21) انظر تعريف "الحق الضماني"، فضلا عن التوصية ٣ والتعليق ذي الصلة.

في تعريف مصطلحات "الحق الضماني الاحتيازي" و"حق تمويل الاحتياز" و"حق الاحتفاظ بالملكية" والإيجار التمويلي"، إلى "الموجودات الملموسة".

وفي تعريف مصطلح "المستحق"، حذفت الإشارة إلى "أداء التزامات غير نقدية" توضيحا للفهم القائم وهو أن التعريف والتوصيات المتصلة بالمستحقات تسري فقط على المستحقات، وليس، مثلا، على حقوق المرخص له أو التزامات مانح الرخصة. بمقتضى رخصة تعاقدية للملكية الفكرية.

(ت ت) "الموجودات غير الملموسة" تعني كل أشكال الموجودات المنقولة غير الموجودات الملموسة، وهي تشمل الحقوق غير المادية والمستحقات والحقوق في الحصول على أداء التزامات أخرى غير المستحقات؛

(ث ث) "الموجودات الملموسة" تعني كل شكل من أشكال الموجودات المادية المنقولة. ومن أنواع الموجودات الملموسة المخزون والمعدات والسلع الاستهلاكية والملحقات والصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول والنقود؛

(خ خ) "ممثل الإعسار" يعني الشخص المسؤول أو الهيئة المسؤولة، ويشمل ذلك تعيين أحدهما على أساس مؤقت، التي يؤذن لها في إجراءات الإعسار بإدارة إعادة تنظيم حوزة الإعسار أو تصفيتها؛

(ض ض) "الموجودات المرهونة" تعني الموجودات الملموسة أو غير الملموسة الخاضعة لحق ضماني. ويشمل هذا المصطلح أيضا المستحق الذي يكون خاضعا لنقل تام؛⁽²²⁾

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

(22) المرجع نفسه.

أولاً - الأهداف الرئيسية لقانون فعال وناجع بشأن المعاملات المضمونة*

١ - من أجل توفير إطار سياسي عريض من أجل وضع قانون فعال وناجع بشأن المعاملات المضمونة (يشار إلى "قانون المعاملات المضمونة" فيما يلي باسم "القانون" أو "هذا القانون")، ينبغي أن يهدف القانون إلى ما يلي:

- (أ) ترويج الائتمان المضمون؛
- (ب) السماح باستغلال القيمة الكاملة الكامنة في نطاق واسع من الموجودات لدعم الائتمان في أوسع طائفة ممكنة من المعاملات الائتمانية؛
- (ج) تمكين الأطراف من الحصول على الحقوق الضمانية بطريقة بسيطة وناجعة؛
- (د) الترتيب للمساواة في معاملة مختلف مصادر الائتمان ومختلف أشكال المعاملات المضمونة؛
- (هـ) إقرار صحة الحقوق الضمانية في الموجودات التي تظل في حيازة المانح؛
- (و) تعزيز إمكانية التنبؤ والشفافية فيما يتعلق بالحقوق التي تخدم ضمانية، بالنص على تسجيل إشعار في سجل عام للحقوق الضمانية؛
- (ز) وضع قواعد للأولوية تكون واضحة ويمكن التنبؤ بها؛
- (ح) تيسير إنفاذ حقوق الدائنين بطريقة ناجعة ويمكن التنبؤ بها؛
- (ط) تحقيق التوازن بين مصالح الأشخاص المتأثرين؛
- (ي) الإقرار باستقلالية الأطراف؛
- (ك) الموازنة بين قوانين المعاملات المضمونة، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين.

* يمكن إدراج الأهداف الرئيسية في ديباجة لقانون المعاملات المضمونة أو بيان آخر مصاحب له، كدليل يرشد إلى السياسات التشريعية الأساسية لأخذها بعين الاعتبار في تفسير قانون المعاملات المضمونة وتطبيقه.

ثانياً- نطاق الانطباق والقواعد العامة الأخرى

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بنطاق انطباق القانون هو إرساء نظام شامل ووحيد بشأن المعاملات المضمونة. وتحدد تلك الأحكام الحقوق الضمانية وسائر الحقوق التي يسري عليها القانون.

نطاق الانطباق

٢- رهنا بالتوصيات ٣-٧،⁽²³⁾ ينبغي أن ينطبق القانون على جميع الحقوق في الموجودات المنقولة المنشأة بمقتضى اتفاق يضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، بغض النظر عن شكل المعاملة أو نوع الموجودات المنقولة أو وضع المانح أو الدائن المضمون أو طبيعة الالتزام المضمون. ومن ثم، ينبغي أن ينطبق القانون على ما يلي:

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

(ب) الحقوق الضمانية التي ينشئها أو يكتسبها جميع الأشخاص الاعتباريون والطبيعيون، بمن فيهم المستهلكون، لكن من دون أن يؤثر ذلك في الحقوق المنبثقة من تشريعات حماية المستهلكين؛

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

(د) جميع حقوق الملكية الذي تنشأ تعاقدياً من أجل ضمان السداد أو أي تنفيذ آخر للالتزام، بما في ذلك نقل حق الملكية في الموجودات الملموسة لأغراض ضمانية أو إحالة

(23) حيثما وردت الإحالة في توصية ما إلى توصيات واردة في فصل آخر، يُشار أيضاً إلى رقم الفصل الذي يتضمن تلك التوصيات وموضوعه. وعندما لا ترد أي إحالة من هذا القبيل، فإن التوصيات المشار إليها تكون منضوية تحت نفس الفصل الذي ترد فيه التوصية المشتملة على الإحالة.

المستحقات لأغراض ضمانية، ومختلف أشكال ترتيبات البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية والإيجار التمويلي.

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

النقل التام للمستحقات

٣- ينبغي أن ينطبق القانون على النقل التام للمستحقات، بالرغم من أن هذا النوع من النقل لا يضمن سداد الالتزام أو الوفاء به على نحو آخر. وترتفع هذه التوصية بالاستثناء المنصوص عليه في التوصية ١٦٤ (الفصل عاشر بشأن إنفاذ الحقوق الضمانية).

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تلاحظ أن الدليل يوصي، اتساقا مع النهج المتبع في اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، بأن تنطبق توصياته (باستثناء بعض التوصيات المتعلقة بالإنفاذ) على إحالات المستحقات بجميع أنواعها (عما فيها النقل التام للمستحقات). وسيشرح التعليق أسباب اتباع هذا النهج ويناقش بخاصة الحاجة العملية إلى تطبيق التوصيات المتعلقة بإنشاء الحقوق الحقوق الضمانية على جميع إحالات المستحقات، وكذلك على نفاذها تجاه الأطراف الثالثة وأولويتها.

وسيشرح التعليق أيضا أنه على الرغم من أن الدليل ينطبق على الحقوق الضمانية في النقل التام للمستحقات وكذلك على النقل التام للمستحقات بنفس الطريقة التي ينطبق بها على الحقوق الضمانية، ويستخدم مصطلحات موحدة لوصف النوعين معا من الحقوق، فهو لا يحول النقل التام إلى حقوق ضمانية. فهذه النتيجة (يشار إليها أحيانا بكونها "إعادة توصيف") غير مرغوب فيها بل هي في الواقع تضر بعدد من الممارسات المهمة مثل تحويل المستحقات إلى سندات (الذي يكون عموما خاضعا للقواعد المنطبقة على المعاملات المضمونة، حتى عندما تنطوي على عملية بيع حقيقية).

وفيما يتعلق بالمستحقات فحسب، على النحو المنصوص عليه في التعاريف، فإن الإشارات الواردة في القانون إلى الحقوق الضمانية، كمسألة تعبير وتيسير للصياغة فقط، هي أيضا إشارات إلى حقوق الشخص الذي يحصل على مستحقات بالنقل التام، وأن الإشارات إلى الدائن المضمون هي أيضا إشارات إلى الشخص الذي يحصل على نقل تام، وأن الإشارات إلى المانح هي أيضا إشارات إلى الشخص الذي يجري نقلا تاما، وأن الإشارات إلى الموجودات المرهونة هي أيضا إشارات إلى المستحق الذي يكون موضع نقل تام.

وسيشرح التعليق أيضا أن تناول الدليل للنقل التام للمستحقات علاوة على المعاملات المضمونة، لا يتفادى بحال من الأحوال التمييز بين النقل التام للمستحقات ونقل حق في مستحقات كضمان لالتزام. وفي مقابل ذلك، لا يحكم الدليل بعدم الجدوى على أي تمييز في الشكل أو المصطلح بين المعاملات التي تضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر. ومن ثم، مثلا، فإن إنشاء حق في موجودات منقولة لضمان سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر يدخل في نطاق الدليل، سواء أنشئ الحق في إطار معاملة مسماة بكونها نقلا للموجودات لأغراض الضمان (تعرف أحيانا أيضا بالنقل الائتماني) أو في إطار معاملة أطلق عليها رهينة الوفاء.]

قيود الانطباق

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

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

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

(ج) الأوراق المالية؛

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

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

٥- ولا ينبغي أن ينطبق القانون على الممتلكات غير المنقولة، باستثناء ما تنص عليه التوصيتان ٢٥ و ٤٨ (الفصل رابعا بشأن إنشاء الحق الضماني).

٦- وينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في نوع مستثنى من الموجودات (مثل الممتلكات غير المنقولة) يشمل، بمقتضى قانون آخر، نوعا من العائدات التي

يسري عليها هذا القانون (مثل المستحقات)، فإن هذا القانون ينطبق على الحق الضماني في العائدات ما عدا بقدر انطباق ذلك القانون الآخر على ذلك الحق الضماني.

٧- ولا ينبغي أن يتضمن القانون أي قيود أخرى تفرض على نطاق انطباقه. فإذا وضعت أي قيود أخرى، فينبغي أن تبين في القانون على نحو واضح ومحدد.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تلاحظ أن هذه التوصية كانت تشير في إحدى صيغها السابقة إلى المدفوعات المتعلقة بالشغل (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/JP.29). وقد أعيد صياغتها تفادياً لتشجيع الدولة على زيادة تقييد نطاق انطباق القانون، وكفالة أن يجري تبيان أي قيود إضافية في القانون على نحو واضح وشفاف. ولعل اللجنة تود أن تنظر فيما إذا كانت السياسة العامة التي تنص عليها هذه التوصية متجسدة بصورة أنسب في التعليق.]

استقلالية الأطراف

٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون والمناح أو المدين أن يخرجاً باتفاق بينهما عن أحكامه المتعلقة بحقوق كل منهم والتزاماته أو أن يغيراها باتفاق بينهما، باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٥ (الفصل رابعا المتعلق بإنشاء الحق الضماني)، والتوصيتان ١٠٨-١٠٩ (الفصل ثامنا بشأن حقوق الأطراف والتزاماتها)، والتوصيات ١٢٩-١٣٣ (الفصل عاشرًا بشأن إنفاذ الحق الضماني)، والتوصيات ١٧٤-١٨٣ (الفصل حادي عشر، النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز)، والتوصيات ١٨٤-١٩٩ (الفصل حادي عشر، النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز)، والتوصيات ٢٠٠-٢١٢ و ٢١٤-٢٢٤ (الفصل ثاني عشر بشأن تنازع القوانين). ولا يمس ذلك الاتفاق حقوق أي شخص ليس طرفاً فيه.⁽²⁴⁾

الخطابات الإلكترونية

٩- ينبغي أن ينص هذا القانون على أنه، عندما يشترط أن يكون الخطاب أو العقد في شكل كتابي أو ينص على عواقب لعدم وجود شكل كتابي، يُستوفى ذلك الشرط بخطاب إلكتروني إذا كان من الممكن الإطلاع على المعلومات الواردة فيها بحيث يمكن استخدامها للرجوع إليها في وقت لاحق.

(24) انظر المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

١٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، حيثما يشترط القانون توقيع شخص على خطاب أو عقد أو ينص على عواقب لعدم وجود توقيع، يُستوفى ذلك الشرط فيما يتعلق بالخطاب الإلكتروني في الحالات التالية:

(أ) إذا استُخدمت طريقة لتحديد هوية الطرف وبيان نية ذلك الشخص فيما يتعلق بالمعلومات الواردة في الخطاب الإلكتروني؛ و

(ب) كانت الطريقة:

١٠٠ ' موثوقا بها بالقدر المناسب للغرض الذي من أجله أنشئ الخطاب الإلكتروني أو أرسل، في ضوء كل الظروف، بما فيها أي اتفاق ذي صلة؛ أو

١٠١ ' أثبت أنها أدت في الحقيقة الوظائف المبينة في الفقرة الفرعية (أ) أعلاه،⁽²⁵⁾ إما بذاتها أو مشفوعة بأدلة أخرى.

ثالثاً- النهج الأساسية إزاء الضمان

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بالنهج الأساسية إزاء الضمان هو أن يكفل هذا القانون ما يلي:

(أ) انطباقه على جميع الحقوق المنشأة بالتعاقد في الموجودات المنقولة، التي تضمن سداد الالتزام أو الوفاء به على نحو آخر ("النهج الوظيفي")؛

(ب) تنصيبه على الأسلوب المناسب لتنفيذ النهج الوظيفي بغية كفالة معاملة جميع موفري التمويل وفقاً لقواعد تؤدي إلى نتائج متعادلة من الناحية الوظيفية.

النهج الوظيفي

١١- ينبغي أن يعتمد القانون نهجاً وظيفياً يشمل بمقتضاه جميع الحقوق في الموجودات المنقولة التي يجري إنشاؤها بالاتفاق وتضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، بصرف النظر عن شكل المعاملة أو التعابير الاصطلاحية التي يستخدمها الطرفان (بما في ذلك حقوق المحال إليهم في إطار معاملة نقل حق الملكية في موجودات ملموسة لأغراض الضمان، أو

(25) بالنسبة للتوصيتين ٩ و ١٠، انظر الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

حقوق المحال إليه في إطار معاملة إحالة المستحقات لأغراض الضمان، فضلا عن حقوق البائع أو المؤجر التمويلي في إطار مختلف أشكال معاملات الاحتفاظ بحق الملكية والإيجارات التمويلية، على التوالي). وباستثناء ما يتعلق بتمويل الاحتياز، ينبغي أن ينفذ النهج الوظيفي بطريقة تصنف جميع الحقوق التي تضمن الوفاء بالتزام بكونها حقوقا ضمانية وإخضاعها لمجموعة موحدة من القواعد.

١٢- وفيما يتعلق بتمويل الاحتياز، يجوز تنفيذ النهج الوظيفي بإحدى طريقتين هما:

(أ) إما بطريقة تصنف الحقوق في الموجودات المنقولة التي تضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر بكونها حقوقا ضمانية احتيازية، وتُخضعها لمجموعة موحدة من القواعد ("النهج الودودي إزاء تمويل الاحتياز" أو "النهج الودودي")؛

(ب) وإما بطريقة:

١' تُدخل في عداد الحقوق الضمانية الاحتيازية جميع الحقوق في الموجودات المنقولة التي تضمن سداد التزام أو الوفاء به على نحو آخر، غير حقوق البائع. بمقتضى اتفاق يحتفظ فيه بالملكية والمؤجر. بمقتضى إيجار تمويلي؛

٢' تُدخل في عداد حقوق الملكية حقوق البائع. بمقتضى اتفاق يحتفظ فيه بالملكية والمؤجر. بمقتضى إيجار تمويلي، ولكنها تخضع حقوق الملكية المذكورة لقواعد تفضي إلى نتائج تكون معادلة من الناحية الوظيفية للنتائج المحققة فيما يتعلق بالحقوق الضمانية الاحتيازية، مما يكفل معاملة جميع موفري تمويل الاحتياز على قدم المساواة (يشار إلى النهج الوارد في الفقرة الفرعية (ب) من هذه التوصية بكونه "النهج غير الودودي إزاء تمويل الاحتياز" أو "النهج غير الودودي").

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تلاحظ أن هذه التوصية أعيد صياغتها لتحسد الفهم الذي استقر لدى اللجنة فيما يتعلق بالنهج الوظيفي والطريقة التي يتعين أن ينفذ بها فيما يخص الحقوق الضمانية الاحتيازية (بطريقة وحدوية أو غير وحدوية؛ انظر الفصل حادي عشر بشأن تمويل الاحتياز).]

رابعاً - إنشاء الحق الضماني (نفاذه بين الطرفين)

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بإنشاء الحق الضماني هو تحديد المقتضيات التي يتوجب استيفاؤها لكي يصبح الحق الضماني نافذاً بين الطرفين.

ألف - توصيات عامة*

إنشاء الحق الضماني

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

الحد الأدنى لمتوى اتفاق الضمان

١٤ - ينبغي أن ينص القانون على أن اتفاق الضمان يجب أن يحتوي على ما يلي:

- (أ) أن يجسد عزم الطرفين على إنشاء الحق الضماني؛
- (ب) أن يحدد هوية الدائن المضمون والمانح؛
- (ج) أن يصف الالتزام المضمون؛
- (د) أن يصف الموجودات المرهونة بطريقة تسمح بتعرف هويتها في حدود المعقول.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تلاحظ أن التعليق سيشرح أن الوصف لا يحتاج إلى أن يكون محدداً. إذ يكفي أن يرد وصف عام للموجودات إما بحسب الفئة أم

* تنطبق التوصيات العامة على الحقوق الضمانية في جميع أنواع الموجودات التي يشملها الدليل، بالصيغة المعدلة بالتوصيات التي تخص الموجودات تحديداً.

النوع أم الصنف (مثلاً "مكتب" أو "أثاث" أو "أثاث مكتبي" أو "معدات" أو "جميع الموجودات الحالية أو الآجلة" أو "جميع المخزونات الحالية أو الآجلة").

ولعل اللجنة تود أن تلاحظ أن الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٥٧ تسمح للدائن المضمون، لدواعي السرية، أن يتجنب كشف اسمه في الإشعار الذي يتعين تسجيله. ولعلها تود أيضاً أن تنظر فيما إذا كان يكفي، للأسباب ذاتها، أن يحدد اتفاق الضمان ممثل الدائن المضمون بدلا من الدائن المضمون نفسه.]

شكل الاتفاق الضماني

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

الالتزامات المضمونة بالحق الضماني

١٦- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني يجوز أن يضمن أي نوع من الالتزامات، الحاضر منها والآجل، المحدد منها أو غير القابل للتحديد، المشروط منها أو غير المشروط، الثابت أو المتغير.

الموجودات الخاضعة للحق الضماني

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

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

استمرار الحق الضماني في العائدات

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

العائدات الممزوجة

٢٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه عندما تكون العائدات التي هي في شكل نقود أو في شكل أموال مودعة في حساب مصرفي قد مزجت بموجودات أخرى من نفس النوع بحيث لم تعد العائدات قابلة للتحديد، ينبغي أن يعامل مبلغ العائدات قبل مزجها بالموجودات الأخرى مباشرة باعتباره عائدات قابلة للتحديد بعد المزج. غير أنه إذا كان المبلغ الإجمالي للموجودات أقل من مبلغ العائدات، في أي وقت بعد المزج، فيجب معاملة المبلغ الإجمالي للموجودات في الوقت الذي يكون فيه مبلغها في حده الأدنى، إضافة إلى مبلغ أي عائدات مزجت بالموجودات لاحقاً، باعتباره عائدات قابلة للتحديد.

إنشاء الحق الضماني في ملحق واستمراره فيه

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

استمرار الحق الضماني في كتلة بضاعة أو في منتج

٢٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الذي ينشأ في موجودات ملموسة قبل أن تمزج في كتلة بضاعة أو في منتج يستمر في كتلة البضاعة أو في المنتج. ويقتصر الحق الضماني الذي يستمر في كتلة البضاعة أو في المنتج على قيمة الموجودات قبل أن تصبح جزءاً من كتلة البضاعة أو المنتج مباشرة.

باء- توصيات تخص الموجودات تحديدا

نفاذ الإحالة الإجمالية للمستحقات وإحالة المستحقات الآجلة وأجزاء المستحقات والمصالح غير المجزأة في المستحقات

٢٣- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أن إحالة المستحقات التعاقدية غير المعيّنة تحديدا والمستحقات الآجلة والأجزاء من المستحقات أو المصالح غير المجزأة في المستحقات تكون نافذة بين المحيل والمحال إليه وتجاه المدين بالمستحق، ما دام من الممكن وقت الإحالة أو، في حالة المستحقات الآجلة، عند نشوئها، عزوها إلى الإحالة التي تتصل بها؛

(ب) أن إحالة واحد أو أكثر من المستحقات الآجلة تكون نافذة دون حاجة إلى اتخاذ إجراء جديد لإحالة كل مستحق على حدة، ما لم يتفق على خلاف ذلك.⁽²⁶⁾

نفاذ إحالة المستحقات التي تجري رغم وجود شرط بعدم الإحالة

٢٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

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

(ب) ليس في هذه التوصية ما يمس بأي التزام أو مسؤولية على المحيل من جراء انتهاك الاتفاق المذكور في الفقرة الفرعية (أ) من هذه التوصية، لكن الطرف الآخر في ذلك الاتفاق لا يجوز له أن يُلغى العقد الأصلي أو عقد الإحالة بحجة ذلك الإخلال وحده. ولا يكون أي شخص غير طرف في ذلك الاتفاق مسؤولا لمجرد أنه كان على علم بالاتفاق؛

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

- ١' الناشئة عن عقد أصلي يكون عقداً لتوريد بضائع أو خدمات غير الخدمات المالية أو إيجارها أو عقد تشييد أو عقداً لبيع ممتلكات غير منقولة أو إيجارها؛ أو
- ٢' الناشئة عن عقد أصلي لبيع ممتلكات صناعية أو ممتلكات فكرية أخرى أو معلومات امتلاكية أو إيجارها أو الترخيص باستخدامها؛

(26) بالنسبة للتوصيات ٢٣-٢٥، انظر المواد ٨-١٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

- ٣٤ التي تمثل التزام السداد الخاص بمعاملة تُجرى بواسطة بطاقة ائتمان؛
- ٤٤ التي تستحق للمحيل عند التسوية الصافية للمدفوعات الواجبة السداد عملاً باتفاق معاوضة يشمل أكثر من طرفين.

إنشاء حق ضماني في حق شخصي أو حق ملكية يضمن مستحقاً أو صكاً قابلاً للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر

٢٥- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

- (أ) يتمتع تلقائياً أي دائن مضمون لديه حق ضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر مشمول بهذا القانون بأي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد ذلك المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس أو أدائه على نحو آخر، دون أن يتخذ المانح أو الدائن المضمون أي إجراء آخر؛
- (ب) إذا كان الحق الشخصي أو حق الملكية تعهداً مستقلاً، يمتدّ الحق الضماني تلقائياً إلى الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى التعهد المستقل، ولكن لا يمتد إلى الحق في السحب بموجب ذلك التعهد المستقل؛
- (ج) لا تمس هذه التوصية أي حق في ممتلكات غير منقولة يكون، بموجب قانون آخر، قابلاً للنقل بشكل منفصل عن أحد المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو غير ذلك من الموجودات غير الملموسة التي قد يضمنها؛
- (د) يتمتع أي دائن مضمون لديه حق ضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجودات غير ملموسة أخرى يتناولها هذا القانون بأي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر أو أدائه على نحو آخر، بالرغم من أي اتفاق بين المانح والمدين بالمستحق أو الملتزم بالصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر يحد بأي شكل من الأشكال من حق المانح في إنشاء حق ضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر، أو في أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر أو أدائه على نحو آخر؛
- (هـ) ليس في هذه التوصية ما يمس أي التزام أو مسؤولية على عاتق المانح عن الإخلال بالاتفاق المذكور في الفقرة الفرعية (د) من هذه التوصية، ولكن لا يجوز للطرف الآخر في ذلك الاتفاق أن يلغي العقد الذي ينشأ عنه المستحق أو الصك القابل للتداول أو

الموجود غير الملموس الآخر، أو الاتفاق الضماني المنشئ للحق الضماني الشخصي أو الحق الضماني في الممتلكات بحجة ذلك الإخلال وحده. ولا يكون أي شخص غير طرف في ذلك الاتفاق مسؤولاً بمجرد أنه كان على علم بالاتفاق؛

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

١٠ الناشئة عن عقد أصلي يكون عقداً لتوريد بضائع أو خدمات غير الخدمات المالية أو إيجارها أو عقد تشييد أو عقداً لبيع ممتلكات غير منقولة أو إيجارها؛

١١ الناشئة عن عقد أصلي لبيع ممتلكات صناعية أو ملكية فكرية أخرى أو معلومات امتلاكية أو إيجارها أو الترخيص باستخدامها؛

١٢ التي تمثل التزام السداد الخاص بمعاملة تُجرى بواسطة بطاقة ائتمان؛

١٣ المستحقة للمحيل بعد التسوية الصافية للمدفوعات الواجبة السداد عملاً باتفاق معاوضة يشمل أكثر من طرفين؛

(ز) لا تمس الفقرة الفرعية (أ) من هذه التوصية أي واجبات على المانح تجاه المدين بالمستحق أو الملتزم بالصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر؛

(ح) بقدر ما لا يكون هناك إخلال بالآثار التلقائية المترتبة بمقتضى الفقرة الفرعية (أ) من هذه التوصية وبمقتضى التوصية ٤٩، لا تمس هذه التوصية أي اشتراط يقتضيه قانون آخر ويتصل بشكل أو تسجيل إنشاء حق ضماني في أي موجودات، يضمن سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو موجود غير ملموس آخر غير مشمول بهذا القانون، أو أدائه على نحو آخر.

إنشاء حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

٢٦- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي يكون نافذاً بصرف النظر عن أي اتفاق بين المانح والمصرف الوديع يحد بأي شكل من الأشكال من حق المانح في إنشاء ذلك الحق الضماني. غير أنه ليس على المصرف الوديع واجب أن يعترف بالدائن المضمون، ولا يُفرض على نحو آخر على المصرف الوديع أي التزام فيما يتعلق بالحق الضماني دون موافقة المصرف الوديع (للاطلاع على حقوق

المصرف الوديع والتزاماته، انظر التوصيتين ١٢٢ و ١٢٣ (الفصل تاسعا بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها).

إنشاء الحق الضماني في حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل

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

استمرار الحق الضماني في مستند قابل للتداول في الموجودات الملموسة المشمولة بالمستند القابل للتداول

٢٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في مستند قابل للتداول يستمر في الموجودات الملموسة المشمولة بذلك المستند، شريطة أن يكون المصدر حائزاً للبضائع، بشكل مباشر أو غير مباشر، وقت إنشاء الحق الضماني في المستند.

خامساً- نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة هو وضع أساس لترتيب الأولويات على نحو قابل للتنبؤ به ومنصف وناجع، من خلال:

(أ) اقتضاء التسجيل كشرط سابق لنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، ما عدا عندما تكون الاستثناءات من التسجيل وبدائله مناسبة في ضوء الاعتبارات الموازنة المتعلقة بالسياسات التجارية؛

(ب) إنشاء إطار قانوني لاستحداث نظام سجل عمومي يكون بسيطاً وناجع التكلفة وفعالاً لتسجيل الإشعارات المتعلقة بالحقوق الضمانية، ودعم ذلك النظام.

ألف - توصيات عامة

تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٢٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني لا يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا أنشئ وأُثبتت في تحقيق نفاذه تجاه تلك الأطراف إحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ أو ٣٥.

نفاذ الحق الضماني الذي ليس نافذا تجاه الأطراف الثالثة تجاه المانح

٣٠- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الذي أنشئ يكون نافذا بين المانح والدائن المضمون حتى وإن لم يكن نافذا تجاه الأطراف الثالثة.

استمرار النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بعد نقل الموجود المرهون

٣١- ينبغي أن ينص القانون على أنه، بعد نقل حق غير الحق الضماني في موجود مرهون، يظل الحق الضماني في الموجود المرهون النافذ تجاه الأطراف الثالثة في وقت النقل راهنا للموجود، باستثناء ما تنص عليه التوصيات ٧٦-٧٨ (الفصل سابعاً بشأن أولوية الحق الضماني)، ويظل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٦٢.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تودّ أن تلاحظ أن القصد من وراء التوصيات ٣٦-٣٧ ليس أن تنص على القواعد ذات الصلة بل أن تسرد، تسهيلاً على القارئ، الطرائق المختلفة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وأن تحيل إلى التوصيات التالية التي تنص على القواعد ذات الصلة.]

التسجيل كطريقة عامة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة

٣٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني يكون نافذاً تجاه الأطراف الثالثة إذا سُجِّل إشعار يتعلق بالحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام المشار إليه في التوصيات ٥٤-٧٢ (الفصل سادساً بشأن نظام السجل).

٣٣- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل الإشعار لا ينشئ حقاً ضمانياً وليس ضرورياً لإنشاء حق ضماني.

الطرائق البديلة عن التسجيل لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والاستثناء منه

٣٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يمكن أيضا جعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق البديلة التالية:

١' في الموجودات الملموسة، بحيازتها من جانب الدائن المضمون، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٧؛

٢' في الموجودات الملموسة المشمولة بمسند قابل للتداول، بحيازة الدائن المضمون للمسند، على النحو المنصوص عليه في التوصيات ٥١-٥٣؛

٣' في الموجودات المنقولة الخاضعة للتسجيل في سجل متخصص أو للتأشير بشأنها على شهادة ملكية، بواسطة ذلك التسجيل أو التأشير، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٨؛

٤' في حق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، بالسيطرة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٩؛

٥' في ملحق بممتلكات غير منقولة، بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٣؛

(ب) يكون الحق الضماني نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة:

١' في العائدات، إذا كان الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية نافذا تجاه الأطراف الثالثة، على النحو المنصوص عليه في التوصيتين ٣٩ و ٤٠؛

٢' في ملحق بممتلكات منقولة، إذا كان الحق الضماني في الموجودات التي تصبح ملحقه نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن تصبح ملحقا، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٢؛

٣' في كتلة بضائع أو منتج، إذا كان الحق الضماني في الموجودات المجهّزة أو المزوجة نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن تصبح جزءا من كتلة البضائع أو المنتج، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٤؛

٤' في الموجودات المنقولة، لدى حدوث تغيير في مكان الموجودات أو المانح ليصبح المكان هو هذه الدولة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٥؛

(ج) يكون الحق الضماني في حق شخصي أو حق ملكية يكفل سداد مستحق أو صك قابل للتداول أو موجود غير ملموس آخر أو الوفاء به على نحو آخر، نافذا تجاه الأطراف الثالثة على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٨.

طريقة تحقيق نفاذ الحق الضماني في الحق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل تجاه الأطراف الثالثة

٣٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٤٨، لا يصبح الحق الضماني في الحق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا بالسيطرة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٥٠.

طرائق مختلفة لنفاذ الحق الضماني في أنواع مختلفة من الموجودات تجاه الأطراف الثالثة

٣٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز استخدام طرائق مختلفة من أجل تحقيق نفاذ الحق الضماني في أنواع مختلفة من الموجودات المرهونة تجاه الأطراف الثالثة، سواء أكانت تلك الموجودات مرهونة عملاً بنفس الاتفاق الضماني أم لا.

نفاذ الحق الضماني في موجودات ملموسة تجاه الأطراف الثالثة بواسطة الحيازة

٣٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز جعل الحق الضماني في الموجودات الملموسة نافذاً تجاه الأطراف الثالثة عن طريق التسجيل على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٢، أو عن طريق حيازة الدائن المضمون لتلك الموجودات.

نفاذ الحق الضماني في موجودات منقولة يوجد بشأنها نظام تسجيل متخصص أو نظام شهادات ملكية تجاه الأطراف الثالثة

٣٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الموجودات المنقولة الخاضع للتسجيل في سجل متخصص أو للتأشير بشأنه على شهادة ملكية بموجب قانون آخر يجوز جعله نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٢، أو بواسطة ما يلي:

(أ) التسجيل في السجل المتخصص؛ أو

(ب) التأشير بشأنه على شهادة الملكية.

نفاذ الحق الضماني في العائدات تلقائياً تجاه الأطراف الثالثة

٣٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجودات مرهونة نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، يكون الحق الضماني في أي عائدات من الموجودات المرهونة (بما فيها أي عائدات من العائدات) نافذاً تجاه الأطراف الثالثة عندما تنشأ العائدات، شريطة أن تكون العائدات موصوفة بطريقة عامة في إشعار مسجل أو أن تكون العائدات مؤلفة من نقود أو مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي.

٤٠- إذا كانت العائدات غير موصوفة في الإشعار المسجل أو لا تتألف من أنواع الموجودات المشار إليها في التوصية ٣٩، يكون الحق الضماني في العائدات نافذاً تجاه الأطراف الثالثة [المدة زمنية وجيزة يجري تحديدها] من الأيام بعد نشوء العائدات وعلى الدوام بعد ذلك، إذا جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرائق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ قبل انقضاء تلك المدة.

نفاذ الحق الضماني في ملحق تلقائياً تجاه الأطراف الثالثة

٤١- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجودات ملموسة نافذاً تجاه الأطراف الثالثة في الوقت الذي تصبح فيه تلك الموجودات ملحقاً، يظل الحق الضماني نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بعد ذلك.

نفاذ الحق الضماني في ملحق يوجد بشأنه نظام تسجيل متخصص أو نظام شهادات ملكية تجاه الأطراف الثالثة

٤٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في ملحق لممتلكات منقولة الخاضع للتسجيل في سجل متخصص أو للتأشير بشأنه على شهادة ملكية بموجب قانون آخر يجوز جعله نافذاً تجاه الأطراف الثالثة تلقائياً على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤١ أو بواسطة ما يلي:

(أ) التسجيل في سجل متخصص؛ أو

(ب) التأشير بشأنه على شهادة الملكية.

٤٣- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في ملحق لممتلكات غير منقولة يجوز جعله نافذاً تجاه الأطراف الثالثة تلقائياً على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤١ أو بواسطة التسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة.

نفاذ الحق الضماني في كتلة بضائع أو منتج تلقائياً تجاه الأطراف الثالثة

٤٤ - ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجودات ملموسة نافذاً تجاه الأطراف الثالثة عندما يصبح جزءاً من كتلة بضائع أو منتج، فإن الحق الضماني الذي يستمر في كتلة البضائع أو المنتج يكون نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٢٢ (الفصل رابعاً بشأن إنشاء الحق الضماني).

استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لدى تغير المكان إلى هذه الدولة

٤٥ - ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في موجود مرهون نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الدولة التي يوجد فيها مكان الموجود المرهون أو مكان المانح (أيهما يحدد القانون المنطبق بمقتضى أحكام تنازع القوانين) وتغير ذلك المكان إلى هذه الدولة، فإن الحق الضماني يظل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون هذه الدولة [المدة زمنية وحيزة يجري تحديدها] من الأيام بعد التغير. وإذا استوفيت مقتضيات قانون هذه الدولة لجعل الحق الضماني نافذاً تجاه الأطراف الثالثة قبل نهاية تلك المدة، فإن الحق الضماني يظل بعد ذلك نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون هذه الدولة. ولأغراض أي قاعدة من قواعد هذه الدولة يكون فيها وقت التسجيل ذا صلة بتحديد الأولوية أو تكون طريقة أخرى لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة ذات صلة بتحديد الأولوية، يكون ذلك الوقت هو الوقت الذي تحقق فيه التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الدولة التي كان يوجد فيها مكان الموجودات المرهونة أو مكان المانح قبل تغير مكان الموجودات المرهونة أو مكان المانح إلى هذه الدولة.

استمرارية نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة لدى تغير طريقة النفاذ

تجاه الأطراف الثالثة

٤٦ - ينبغي أن ينص القانون على أن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة يكون مستمراً رغم حدوث تغيير في الطريقة التي يجعل بها نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، شريطة أن لا يكون هناك وقت يكون فيه الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة.

انقطاع النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أو التسجيل المسبق

٤٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا جُعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة ووجدت لاحقا فترة ليس الحق الضماني نافذا فيها تجاه الأطراف الثالثة، فيجوز أن يعاد إنشاء النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وفي تلك الحالة يبدأ سريان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة من الوقت اللاحق الذي يعاد فيه إنشاؤه. وبالمثل إذا انتهى على النحو المنصوص عليه في التوصية ٦٦ (الفصل سادسا بشأن نظام السجل) تسجيل أجري قبل إنشاء الحق الضماني على النحو المنصوص عليه في التوصية ٦٤ فيجوز أن يعاد إنشاء ذلك التسجيل. وفي تلك الحالة يبدأ سريان التسجيل من الوقت الذي يسجل فيه إشعار جديد بشأن الحق الضماني.

باء- توصيات تخص الموجودات تحديدا

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

٤٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي موجود غير ملموس آخر مشمول بهذا القانون نافذا تجاه الأطراف الثالثة، فإن ذلك النفاذ تجاه الأطراف الثالثة يمتد إلى أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد المستحق أو الصك القابل للتداول أو الموجود غير الملموس الآخر أو الوفاء به على نحو آخر، دون أن يتخذ المانح أو الدائن المضمون إجراء آخر. وإذا كان الحق الشخصي أو حق الملكية تعهدا مستقلا فإن نفاذه تجاه الأطراف الثالثة يمتد تلقائيا إلى الحق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى التعهد المستقل (ولكن، على نحو ما تنص عليه الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ٢٥ من الفصل رابعا بشأن إنشاء الحق الضماني، لا يمتد الحق الضماني إلى الحق في السحب بمقتضى التعهد المستقل). ولا تمس هذه التوصية بحق في ممتلكات غير منقولة يكون، بموجب قانون آخر، قابلا للإحالة على نحو منفصل عن مستحق أو صك قابل للتداول أو موجود غير ملموس آخر قد يضمنه.

نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة

٤٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الحق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل على النحو المنصوص

عليه في التوصية ٣٢ أو بواسطة حصول الدائن المضمون على السيطرة فيما يتعلق بحق تقاضي الأموال المودعة في الحساب المصرفي.

نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل تجاه الأطراف الثالثة

٥٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٤٨، لا يجوز جعل الحق الضماني في الحق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا بواسطة حصول الدائن المضمون على السيطرة فيما يتعلق بالحق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل.

نفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في موجودات مشمولة بمستند قابل للتداول تجاه الأطراف الثالثة

٥١- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في مستند قابل للتداول يجوز جعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٢ أو بواسطة حصول الدائن المضمون على حيازة المستند.

٥٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في مستند قابل للتداول نافذا تجاه الأطراف الثالثة فإن الحق الضماني المقابل له في الموجودات المشمولة بالمستند يكون نافذا أيضا تجاه الأطراف الثالثة. وفي الفترة التي يشمل فيها المستند القابل للتداول موجودات، يجوز جعل الحق الضماني في الموجودات نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة حصول الدائن المضمون على حيازة المستند.

٥٣- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في المستند القابل للتداول الذي جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة حصول الدائن المضمون على حيازة المستند يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة [لمدة زمنية وجيزة يجري تحديدها] من الأيام بعد أن يتم التنازل عن ذلك المستند لصالح المانح أو شخص آخر لغرض بيع الموجودات التي يشملها المستند القابل للتداول أو استبدالها أو تحميلها أو تفريغها أو التعامل بها بطريقة أخرى في نهاية المطاف.

سادسا- نظام السجل

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بنظام السجل هو إنشاء سجل عام للحقوق الضمانية وتنظيم تشغيله. والغرض من نظام السجل هو توفير ما يلي:

(أ) طريقة تمكّن من جعل الحق الضماني الراهن أو الآجل في موجودات راهنة أو آجلة للمانح نافذا تجاه الأطراف الثالثة؛

(ب) نقطة مرجعية ناجعة لقواعد بشأن الأولوية تستند إلى وقت تسجيل إشعار بشأن الحق الضماني؛

(ج) مصدر معلومات موضوعي للأطراف الثالثة التي تتعامل مع موجودات المانح (منهم مثلا الدائنون المضمونون والمشترون المحتملون والدائنون بحكم القضاء وممثل إعسار المانح) بشأن ما إذا كان يجوز رهن الموجودات بواسطة حقّ ضماني.

ولتحقيق هذه الغاية، ينبغي أن يكون نظام السجل مصمما على نحو يكفل بساطة التسجيل وعملية البحث ونجاعتها من حيث الوقت والتكلفة وسهولة استعمالهما وتيسر وصول الناس إليهما.

الإطار التشغيلي لعمليتي التسجيل والبحث

٥٤- ينبغي أن يوفر القانون ما يلي:

(أ) جعل أدلة واضحة ووجيزة ترشد إلى إجراءات التسجيل والبحث متاحة على نطاق واسع وتعميم المعلومات عن وجود السجل ودوره؛

(ب) إنجاز التسجيل بتسجيل إشعار يتضمن المعلومات المنصوص عليها في التوصية ٥٧، وليس باشتراط تقديم أصل الاتفاق الضماني أو نسخة منه أو الإدلاء بمسند آخر؛

(ج) يجب أن يقبل السجل الإشعار الذي تقدمه واسطة اتصال مأذون بها (ورقية أو إلكترونية مثلا) ما لم يكن الإشعار:

١' غير مصحوب بالرسوم المطلوبة؛

٢' لا يوفر وسيلة لتحديد هوية المانح تكفي لإتاحة الفهرسة؛

- ٣٤ لا يوفر بعض المعلومات المتعلقة بأي من البنود الأخرى اللازمة بمقتضى الفقرة ٥٧؛
- (د) لا يجوز للمسجل أن يشترط التحقق من هوية صاحب التسجيل أو من وجود إذن بتسجيل الإشعار أو أن يجري المزيد من الفحص لمحتويات الإشعار؛
- (هـ) جعل القيد في السجل مركزيا ويحتوي على جميع إشعارات الحقوق الضمانية المسجلة بموجب هذا القانون؛
- (و) جعل المعلومات المتوفرة في السجل متاحة للجمهور؛
- (ز) إمكانية إجراء البحث دون أن يحتاج الباحث إلى تبرير أسباب البحث؛
- (ح) فهرسة الإشعارات وتمكين الباحثين من استرجاعها وفقا لاسم المانع أو وفقا لوسيلة أخرى موثوق بها لتحديد هويته؛
- (ط) تحديد رسوم التسجيل، ورسوم البحث إن وجدت، في مستوى لا يفوق المبلغ اللازم لاسترداد التكلفة؛
- (ي) جعل نظام التسجيل إلكترونيا، إن أمكن ذلك. وعلى وجه الخصوص:
- ١٤ تُخزّن الإشعارات في شكل إلكتروني في قاعدة بيانات حاسوبية؛
- ٢٤ تُتاح لأصحاب التسجيل والباحثين إمكانية الوصول الفوري إلى قيود السجل بوسائل إلكترونية أو وسائل مماثلة، من بينها الإنترنت وتبادل البيانات إلكترونيا؛
- ٣٤ يكون النظام مبرمجا بحيث يقلل إلى أدنى حد ممكن من احتمال إدخال معلومات ناقصة أو لا صلة لها بالموضوع؛
- ٤٤ يكون النظام مبرمجا بحيث يسهّل استرجاع المعلومات بسرعة وبالكامل ويقلّل إلى أدنى حد ممكن من العواقب العملية المترتبة على حدوث خطأ بشري.
- (ك) تمكين أصحاب التسجيل من الاختيار من بين طائفة من طرائق الوصول إلى السجل ونقاط الوصول إليه؛
- (ل) أن يعمل السجل على الدوام، إذا كان إلكترونيا، ما عدا في حال الصيانة المقررة، وإذا لم يكن إلكترونيا، ففي مواعيد خدمة منتظمة وثابتة ومتّفقة مع احتياجات مستعمليه المحتملين.

أمن السجل وسلامته

٥٥ - من أجل ضمان أمن قيد السجل وسلامته، ينبغي أن ينص القانون على أن تتوفر في إطاره التشغيلي والقانوني الخصائص التالية:

(أ) على الرغم من أنه يجوز تفويض التشغيل اليومي للسجل إلى سلطة خاصة، تحتفظ الدولة بمسؤولية ضمان تشغيله وفقاً للإطار القانوني السائد؛

(ب) يُطلب تحديد هوية صاحب التسجيل ويُحتفظ بها في السجل؛⁽²⁷⁾

(ج) صاحب التسجيل ملزم بإرسال نسخة من الإشعار إلى المانع المسمى في الإشعار. ولا يجوز أن يؤدي تخلف الدائن المضمون عن الوفاء بهذا الالتزام إلا إلى عقوبات اسمية وإلى أي تعويضات عن أضرار ناتجة من التخلف يمكن إثباتها؛

(د) السجل ملزم بأن يرسل فوراً نسخة من أي تغييرات على الإشعار المسجل إلى الشخص المحدد في الإشعار باعتباره الدائن المضمون؛

(هـ) يمكن لصاحب التسجيل أن يحصل على إثبات للتسجيل حالما تُقيد معلومات التسجيل في حافظة السجل؛

(و) يحتفظ بنسخ متعددة من جميع المعلومات الموجودة في قيود السجل، ويتسنى أن يعاد تكوين جميع قيود السجل في حالة الضياع أو الضرر.

المسؤولية عن الضياع أو الضرر

٥٦ - ينبغي أن ينص القانون على تعيين المسؤولية عن الضياع أو الضرر الناجمين عن خطأ في إدارة نظام التسجيل والبحث أو في تشغيله. وإذا كان النظام مصمماً بحيث يسمح لمستعملي السجل بالتسجيل والبحث مباشرة دون تدخل موظفي السجل فينبغي أن تقتصر مسؤولية السجل عن الضياع أو الضرر على الأعطال اللاحقة بالنظام.

ما ينبغي أن يتضمنه الإشعار

٥٧ - ينبغي أن ينص القانون على أنه لا يلزم أن يوفر في الإشعار سوى المعلومات التالية:

(27) للتحقق من هوية صاحب التسجيل، انظر الفقرة الفرعية (د) من التوصية ٥٤.

(أ) وسيلة تحديد هوية المانح، التي تفي بالمعيار المنصوص عليه في التوصيات من ٥٨ إلى ٦٠، وهوية الدائن المضمون أو ممثله، وعنوان كل منهما؛

(ب) وصف للموجودات المشمولة بالإشعار، يفي بالمعيار المنصوص عليه في التوصية ٦٣؛

(ج) أمد التسجيل وفقا لما تنص عليه التوصية ٦٦؛

(د) بيان بالحد الأقصى للمبلغ النقدي الذي يجوز بشأنه إنفاذ الحق الضماني، إذا رأت الدولة أن ذلك البيان مفيد لتيسير الإقراض التبعي.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تنظر في ثلاث توصيات إضافية (بعنوان الإشعارات الخاطئة، مثلاً) على نحو ما يلي:

"حاء- ينبغي أن ينص القانون على أن الخطأ في وسيلة تحديد هوية أو عنوان الدائن المضمون أو ممثله لا يبطل الإشعار المسجل طالما أنه لم يؤدي إلى تضليل الباحث الحصيف بشكل خطير.

"ذال- ينبغي أن ينص القانون على أن الخطأ في وصف بعض الموجودات المرهونة لا يبطل الإشعار المسجل فيما يتعلق بموجودات أخرى موصوفة وصفا كافيا.

"ضاد- ينبغي أن ينص القانون على أن الخطأ في المعلومات المقدمة في الإشعار فيما يتعلق بمدة التسجيل والمبلغ الأقصى المضمون، إن كان منطبقاً، لا يبطل الإشعار المسجل."

كفاية وسيلة تعريف هوية المانح

٥٨- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل إشعار لا يكون نافذاً إلا إذا بيّن الوسيلة الصحيحة لتعريف هوية المانح أو، في حال عدم صحة بيان تلك الوسيلة، إذا كان بالوسع استرجاع الإشعار بإجراء بحث في قيود السجل وفقاً للوسيلة الصحيحة لتعريف هوية المانح.

٥٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه، عندما يكون المانح شخصاً طبيعياً، تكون وسيلة تعريف هويته، لأغراض التسجيل الفعال، هي اسم المانح كما يظهر على مستند رسمي معين. وعند الاقتضاء، ينبغي اشتراط توفير معلومات إضافية كتاريخ الميلاد أو رقم بطاقة الهوية من أجل الدقة في تحديد هوية المانح.

٦٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، عندما يكون المانح شخصا اعتباريا، تكون وسيلة تحديد هويته، لأغراض التسجيل الفعّال، هي الاسم الذي يظهر على المستند الذي أُسس بمقتضاه.

أثر تغيير وسيلة تعريف هوية المانح على نفاذ التسجيل

٦١- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا تغيّرت، بعد تسجيل إشعار، الوسيلة التي استعملت في ذلك الإشعار لتعريف هوية المانح، ونتيجة لذلك أصبحت الوسيلة غير مستوفية للمعيار المنصوص عليه في التوصيات من ٥٨ إلى ٦٠، حاز للدائن المضمون أن يعدل الإشعار المسجل لكي يوفر الوسيلة الجديدة لتحديد الهوية أمثالا لذلك المعيار. وإذا لم يتم الدائن المضمون بتسجيل التعديل في غضون [تحديد مدة زمنية وجيزة] من الأيام بعد التغيير، يكون الحق الضماني غير نافذ تجاه:

- (أ) أي حق ضماني منافس يسجل بشأنه إشعار أو يُجعل على نحو آخر نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل تسجيل ذلك التعديل؛
- (ب) أي شخص يشتري الموجود المضمون أو يستأجره أو يستصدر ترخيصا باستخدامه قبل تسجيل ذلك التعديل.

أثر نقل الموجود المضمون على نفاذ التسجيل

٦٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا قام المانح، بعد تسجيل الإشعار، بإحالة الموجود المرهون، يجوز للدائن المضمون أن يعدل الإشعار المسجل لكي يوفر وسيلة تحديد هوية المحال إليه. وإذا لم يسجل الدائن المضمون التعديل في غضون [تحديد مدة زمنية وجيزة] من الأيام بعد الإحالة، يكون الحق الضماني غير نافذ تجاه:

- (أ) أي حق ضماني منافس يسجل بشأنه إشعار أو يُجعل على نحو آخر نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل تسجيل ذلك التعديل؛
- (ب) أي شخص يشتري الموجود المرهون أو يستأجره أو يستصدر ترخيصا باستخدامه قبل تسجيل ذلك التعديل.

كفاية وصف الموجودات المشمولة بإشعار

٦٣- ينبغي أن ينص القانون على كفاية وصف الموجودات المرهونة في الإشعار، الذي يكون مستوفيا لمقتضيات الفقرة الفرعية (د) من التوصية ١٤ (الفصل رابعا بشأن إنشاء الحق الضماني).

الوقت الذي يجوز فيه تسجيل الإشعار

٦٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز تسجيل إشعار بشأن حق ضماني قبل إنشاء ذلك الحق أو إبرام اتفاق الضمان أو بعد ذلك.

يكفي إشعار واحد بشأن حقوق ضمانية متعددة ناشئة من اتفاقات متعددة بين الأطراف ذاتها

٦٥- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل إشعار واحد يكفي لتحقيق نفاذ واحد أو أكثر من الحقوق الضمانية الناشئة عن أكثر من اتفاق ضماني واحد بين الأطراف ذاتها تجاه الأطراف الثالثة، سواء كانت الحقوق الضمانية موجودة وقت التسجيل أم أنشئت بعده، وسواء نشأت عن واحد أو أكثر من الاتفاقات الضمانية بين الأطراف ذاتها.

مدة تسجيل الإشعار وتمديداتها

٦٦- ينبغي أن يحدد القانون مدة نفاذ تسجيل الإشعار، أو أن يتيح لصاحب التسجيل تحديد تلك المدة في الإشعار في وقت التسجيل وتمديداتها في أي وقت قبل انقضائها. وفي أي من الحالتين، ينبغي أن يحق للدائن المضمون أن يمدد مدة النفاذ بتقديم إشعار بالتعديل إلى السجل في أي وقت قبل انقضاء نفاذ الإشعار. وإذا حدد القانون وقت نفاذ التسجيل فينبغي أن تكون مدة التمديد الناتجة من تسجيل إشعار التعديل مدة إضافية تساوي المدة الأولية. وإذا سمح القانون لصاحب التسجيل بتحديد مدة نفاذ التسجيل فينبغي أن تكون مدة التمديد هي المدة المحددة في إشعار التعديل.

وقت نفاذ تسجيل الإشعار أو التعديل

٦٧- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل الإشعار أو التعديل يصبح نافذا عندما تُدوّن المعلومات التي يتضمنها الإشعار أو التعديل في قيود السجل بحيث تكون متاحة للباحثين في حافظة السجل.

الإذن بالتسجيل

٦٨- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل الإشعار لا يكون نافذا ما لم يأذن به المانح كتابة. ويمكن إعطاء الإذن قبل التسجيل أو بعده. ويكون اتفاق الضمان المكتوب كافيا لتشكيل إذن بالتسجيل. ولا يتوقف نفاذ التسجيل على هوية صاحب التسجيل.

إلغاء الإشعار أو تعديله

٦٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا لم يكن قد أبرم اتفاق ضماني، أو انقضى الحق الضماني بالسداد الكامل أو بطريقة أخرى، أو كان الإشعار المسجل غير مأذون به من المانح:

(أ) وجب على الدائن المضمون أن يقدم إلى السجل إشعارا بإلغاء أو التعديل، حسب الاقتضاء، بشأن الإشعار المسجل ذي الصلة، في موعد لا يتجاوز [تحديد مدة زمنية وجيزة] من الأيام بعد تلقي الدائن المضمون طلبا كتابيا من المانح؛

(ب) حقّ للمانح أن يسعى إلى إلغاء الإشعار أو تعديله تعديلا ملائما بإجراء قضائي أو إداري مستعجل؛

(ج) حقّ للمانح أن يسعى إلى إلغاء الإشعار أو تعديله تعديلا ملائما، على النحو المنصوص عليه في الفقرة الفرعية (ب)، حتى قبل انقضاء المدة المنصوص عليها في الفقرة الفرعية (أ)، شريطة أن تكون هناك آليات ملائمة لحماية الدائن المضمون.

٧٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحقّ للدائن المضمون أن يقدم إلى السجل، في أي وقت، إشعارا بإلغاء أو التعديل، حسب الاقتضاء، بشأن الإشعار المسجل ذي الصلة.

٧١- ينبغي أن ينص القانون على أنه ينبغي، بعد أن يكون الإشعار المسجل قد انقضى على النحو المنصوص عليه في التوصية ٦٦ أو ألغي على النحو المنصوص عليه في التوصية ٦٩ أو ٧٠، أن تحذف فوراً المعلومات الواردة في الإشعار من قيود السجل، التي يتاح للجمهور

الوصول إليها. إلا أنه ينبغي الإبقاء في المحفوظات على المعلومات الواردة في الإشعار المنقضي أو المُلغى أو المعدل وعلى واقعة الانقضاء أو الإلغاء أو التعديل، كي يتسنى استرجاعها إذا اقتضى الأمر ذلك.

٧٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا أحيل الالتزام المضمون، يجوز تعديل الإشعار بحيث يبين اسم الدائن المضمون الجديد، ولكن الإشعار غير المعدل يظل ساري المفعول.

سابعاً- أولوية الحق الضماني

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بأولوية الحق الضماني هو:

- (أ) توفير قواعد من أجل تحديد أولوية الحق الضماني بطريقة فعالة وقابلة للتنبؤ؛
- (ب) تيسير المعاملات التي يمكن بها للمانح أن ينشئ أكثر من حق ضماني واحد في الموجود ذاته، وتمكينه بذلك من استخدام كامل قيمة موجوداته من أجل الحصول على الائتمان.

ألف- توصيات عامة

الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية في نفس الموجودات المرهونة

٧٣- ينبغي أن ينص القانون على أن تحدد الأولوية بين الحقوق الضمانية المتنافسة على نفس الموجودات المرهونة كما يلي:

- (أ) فيما بين حقوق ضمانية جُعِلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بواسطة تسجيل إشعار، تحدد الأولوية بترتيب التسجيل، دون اعتبار لترتيب إنشاء الحقوق الضمانية؛
- (ب) فيما بين حقوق ضمانية جُعِلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى غير التسجيل، تحدد الأولوية بترتيب النفاذ تجاه الأطراف الثالثة؛
- (ج) فيما بين حق ضماني جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل وحق ضماني جُعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى غير التسجيل، تحدد الأولوية بترتيب التسجيل (دون اعتبار للوقت الذي حدث فيه الإنشاء) أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، أيهما يحدث أولاً.

تخضع هذه التوصية للاستثناءات المنصوص عليها في التوصيات ٧٤ و ٧٥ و ٨٤-١٠٦، فضلاً عن التوصيات ١٧٤-١٨٢ (الفصل حادي عشر، النهج الوجدوي إزاء تمويل الاحتياز).

أولوية الحق الضماني أو غيره من الحقوق المسجلة في سجل متخصص أو المؤشر بشأنها على شهادة ملكية

٧٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في أحد الموجودات الذي جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية، وفق ما تنص عليه التوصية ٣٨ (الفصل خامساً بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، تكون له الأولوية على ما يلي:

(أ) أي حق ضماني في نفس الموجود تمّ بشأنه تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام أو جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة غير التسجيل في سجل متخصص أو التأشير بشأنه على شهادة ملكية، بصرف النظر عن الترتيب؛

(ب) أي حق ضماني سجل لاحقاً في السجل المتخصص أو أُشّر بشأنه على شهادة ملكية.

٧٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا أُحيل موجود مرهون أو استؤجر أو أُصدر بشأن ترخيص وكان الحق الضماني في ذلك الموجود، وقت الإحالة أو الاستئجار أو الترخيص، نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٨ (الفصل خامساً بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، فإن المحال إليه أو المستأجر أو الحاصل على الترخيص يأخذ حقوقه رهناً بالحق الضماني باستثناء ما هو منصوص عليه في التوصيات ٧٦-٧٨. غير أنه إذا لم يكن الحق الضماني قد جعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة التسجيل في سجل متخصص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية فإن المحال إليه أو المستأجر أو الحاصل على الترخيص يأخذ حقوقه خالية من الحق الضماني.

أولوية حقوق المنقول إليهم في الموجود المرهون ومستأجره والمرخص لهم باستخدامه

٧٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا أُحيل موجود مرهون أو استؤجر أو أُصدر بشأنه ترخيص باستخدامه وكان الحق الضماني في ذلك الموجود نافذاً تجاه الأطراف الثالثة وقت النقل

أو الاستئجار أو الترخيص، فإن المنقول إليه أو المستأجر أو الحاصل على الترخيص يأخذ حقوقه رهنا بالحق الضماني، باستثناء ما هو منصوص عليه في التوصيات ٧٥ و ٧٧-٧٩.

٧٧- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) لا يستمر الحق الضماني في الموجودات المرهونة التي يبيعها المانح أو يتصرف فيها على نحو آخر، إذا أذن الدائن المضمون ببيع تلك الموجودات أو التصرف فيها بشكل آخر خالية من الحق الضماني؛

(ب) لا تتأثر بالحق الضماني حقوق مستأجر الموجودات المرهونة أو المرخص له باستخدامها إذا أذن الدائن المضمون للمانح بإيجار الموجودات أو الترخيص باستخدامها دون أن تتأثر بالحق الضماني.

٧٨- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أن مشتري موجودات ملموسة (غير الصك القابل للتداول أو المستند القابل للتداول) في سياق العمل المعتاد للبائع يأخذ ما اشتراه خالصا من الحق الضماني، شريطة ألا يعلم المشتري، وقت البيع، أن الشراء ينتهك حقوق الدائن المضمون. بمقتضى الاتفاق الضماني؛

(ب) لا تتأثر حقوق مستأجر موجودات ملموسة (غير الصك القابل للتداول أو المستند القابل للتداول) استؤجرت في سياق العمل المعتاد للمؤجر بحق ضماني في تلك الموجودات، شريطة ألا يعلم المستأجر، وقت إبرام عقد الاستئجار، أن الاستئجار ينتهك حقوق الدائن المضمون. بمقتضى الاتفاق الضماني؛

(ج) لا تتأثر حقوق من يقبل ترخيصا غير حصري في موجودات غير ملموسة جرى الترخيص بها في سياق العمل المعتاد لمانح الترخيص بحق ضماني في الموجودات، شريطة ألا يعلم المرخص له، وقت إبرام اتفاق الترخيص، أن الترخيص ينتهك حقوق الدائن المضمون. بمقتضى الاتفاق الضماني؛

٧٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه عندما يحصل مشتر على حق في موجودات مرهونة خالية من حق ضماني، فإن أي شخص يحصل لاحقا من البائع على حق في تلك الموجودات يأخذه أيضا خاليا من الحق الضماني. وإذا لم تتأثر حقوق المستأجر أو المرخص له بالحق الضماني، لا تتأثر أيضا حقوق المستأجر من الباطن أو المرخص له من الباطن بذلك الحق الضماني.

أولوية المطالبات ذات الأفضلية

٨٠- ينبغي أن يحد القانون، من حيث النوع والمقدار، من المطالبات ذات الأفضلية التي تنشأ من أعمال قانون وتكون لها أولوية على الحقوق الضمانية، وإذا ما وجدت هذه المطالبات ذات الأفضلية فينبغي وصفها في القانون بطريقة واضحة ومحددة.

أولوية حقوق الدائنين بحكم القضاء

٨١- ينبغي أن ينص القانون على أن للحق الضماني الأولوية على حقوق الدائن غير المضمون، ما لم يكن الدائن غير المضمون قد حصل، بمقتضى قانون آخر، على حكم أو أمر قضائي مؤقت إزاء المانح واتخذ الإجراءات اللازمة للحصول على حقوق في موجودات المانح بسبب ذلك الحكم أو الأمر القضائي المؤقت قبل أن يُجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وتنسحب أولوية الحق الضماني على الائتمان الذي يقدمه الدائن المضمون:

(أ) قبل انقضاء [تحديد مدة زمنية وجيزة] من الأيام بعد أن يكون الدائن غير المضمون قد أشعر الدائن المضمون بأنه اتخذ الخطوات اللازمة للحصول على حقوق في الموجود المرهون؛ أو

(ب) عملاً بالتزام غير قابل للإلغاء (بمبلغ محدد أو مبلغ يحدد عملاً بصيغة محددة) من الدائن المضمون بأن يقدم الائتمان، إذا تم الالتزام قبل أن يكون الدائن غير المضمون قد أشعر الدائن المضمون بأنه اتخذ الخطوات اللازمة للحصول على حقوق في الموجود المرهون. تخضع هذه التوصية للاستثناء الوارد في التوصية ١٧٩ (الفصل حادي عشر، النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز).

أولوية حقوق الأشخاص الذين يقدمون خدمات تتعلق بموجود مرهون

٨٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان قانون آخر يعطي الدائن الذي قدم خدمات تتعلق بموجود مضمون (بإصلاحه أو تخزينه أو نقله مثلاً) حقوقاً معادلة للحقوق الضمانية، فإن تلك الحقوق تقتصر على الموجودات التي في حوزة ذلك الدائن، في حدود القيمة المعقولة للخدمات المقدمة، وتكون لتلك الحقوق أولوية على الحقوق الضمانية القائمة من قبل في الموجود وجعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بواسطة إحدى الطرق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ (الفصل خامساً بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة).

أولوية حق المورد في الاسترداد

٨٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان قانون آخر ينص على أن لمورد الموجودات الملموسة حق استردادها فيكون الحق في الاسترداد أدنى مرتبة من الحق الضماني الذي جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن يمارس المورد حقه.

أولوية الحق الضماني في ملحقات الممتلكات غير المنقولة

٨٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني أو أي حق آخر (مثل حق أحد المشترين أو المستأجرين) في ملحقات الممتلكات غير المنقولة الذي يُنشأ ويُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون الممتلكات غير المنقولة، على النحو المنصوص عليه في التوصيتين ٢١ و ٤٣ (الفصل رابعا بشأن إنشاء الحق الضماني)، تكون له الأولوية على أي حق ضماني في تلك الملحقات يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الطرق المشار إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ (الفصل خامسا بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة).

٨٥- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الموجودات الملموسة التي تكون ملحقات بممتلكات غير منقولة في الوقت الذي يُجعل فيه ذلك الحق نافذا تجاه الأطراف الثالثة، أو التي تصبح بعد ذلك ملحقات بممتلكات غير منقولة ويُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٣ (الفصل خامسا بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، تكون له الأولوية على أي حق ضماني أو أي حق آخر (مثل حق أحد المشترين أو المؤجرين) في الممتلكات غير المنقولة ذات الصلة يُسجل لاحقا في سجل الممتلكات غير المنقولة.

أولوية الحق الضماني في ملحقات الموجودات المنقولة

٨٦- تكون للحق الضماني أو أي حق آخر (مثل حق أحد المشترين أو المستأجرين) في ملحقات بممتلكات منقولة الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل متخصص أو بالتأشير بشأنه على شهادة ملكية بمقتضى التوصية ٤٢ (الفصل خامسا بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، أولوية على أي حق ضماني أو أي حق آخر في الممتلكات المنقولة ذات الصلة يُسجل لاحقا في السجل المتخصص أو يؤشر بشأنه على شهادة الملكية.

أولوية الحق الضماني في كتلة بضاعة أو في منتج

٨٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا ظل حقان ضمانيان اثنان أو أكثر في نفس الموجودات الملموسة قائمين في كتلة بضاعة أو منتج، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٢٢ (الفصل رابعا بشأن إنشاء الحق الضماني)، فإن تلك الحقوق الضمانية تحتفظ بنفس ما كان للحقوق الضمانية في الموجودات من أولوية فيما بينها مباشرة قبل أن تصبح الموجودات الملموسة جزءا من كتلة البضاعة أو المنتج.

٨٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا ظلت حقوق ضمانية في موجودات ملموسة منفصلة قائمة في نفس كتلة البضاعة أو المنتج وكان كل واحد من تلك الحقوق الضمانية نافذا تجاه أطراف ثالثة، كان من حق الدائنين المضمونين أن ينالوا حصة من القيمة المتجمعة القصوى لحقوقهم الضمانية في كتلة البضاعة أو المنتج وفقا لنسبة قيمة الحق الضماني لكل منهم. ولأغراض هذه الصيغة، تكون القيمة القصوى للحق الضماني هي الأقل من القيمة المنصوص عليها في التوصية ٢٢ (الفصل رابعا بشأن إنشاء الحق الضماني) ومبلغ الالتزامات المضمونة.

٨٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الاحتيازي في الموجودات الملموسة المنفصلة الذي يظل قائما في كتلة البضاعة أو المنتج ويكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة تكون له الأولوية على أي حق ضماني منحه نفس المانح في كتلة البضاعة أو المنتج.

عدم جدوى العلم بوجود حق ضماني

٩٠- ينبغي أن ينص القانون على أن علم أحد المطالبين المنازعين بوجود حق ضماني لا يؤثر في الأولوية.⁽²⁸⁾

إنزال مرتبة الحق

٩١- ينبغي أن ينص القانون على أن مطالبا منافسا له الحق في الأولوية يجوز له في أي وقت أن يتزل مرتبة أولويته بقرار انفرادي أو باتفاق لصالح أي مطالب منافس آخر سواء في الحال أم في المستقبل.

(28) فيما يتعلق بأثر العلم بأن معاملة ما تنتهك حقوق الدائن المضمون، انظر التوصية ٧٨ والفقرة الفرعية (ب) من التوصية ٩٩، والتوصيتين ١٠٢ و ١٠٣.

أثر استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في الأولوية

٩٢- ينبغي أن ينص القانون على أن أولوية الحق الضماني، لأغراض التوصية ٧٣، لا تتأثر بتغير الطريقة التي يجعل بها نافذا تجاه الأطراف الثالثة، شريطة ألا تكون هناك فترة يكون فيها الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة.

٩٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني مشمولا بإشعار مسجل أو جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة ثم كانت هناك لاحقا فترة لم يكن فيها ذلك الحق لا مشمولا بإشعار مسجل ولا نافذا تجاه الأطراف الثالثة، فإن أولوية الحق الضماني تبدأ في أبكر وقت بعد ذلك عندما يصبح الحق الضماني إما مشمولا بإشعار مسجل وإما نافذا تجاه الأطراف الثالثة.

أولوية الحقوق الضمانية التي تضمن الالتزامات الحالية والآجلة

٩٤- ينبغي أن ينص القانون على أن أولوية الحق الضماني، رهنا بالتوصية ٨١، تمتد إلى جميع الالتزامات المضمونة، بصرف النظر عن الوقت الذي تُتكد فيه.

نطاق الأولوية

٩٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا قامت دولة بتنفيذ الفقرة الفرعية (د) من التوصية ٥٧ (الفصل سادسا بشأن نظام السجل)، فإن أولوية الحق الضماني تنحصر في المبلغ الأقصى المبين في الإشعار المسجل.

تطبيق قواعد الأولوية على الحق الضماني في الموجودات المحتازة لاحقا

٩٦- ينبغي أن ينص القانون على أن أولوية الحق الضماني، لأغراض الفقرتين الفرعيتين (أ) و(ج) من التوصية ٧٣، تمتد لتشمل جميع الموجودات المرهونة المشمولة بالإشعار المسجل، بغض الطرف عما إذا كان المانح قد احتازها أو عما إذا وجدت قبل التسجيل أو بعده أو عند حصوله.

تطبيق قواعد الأولوية في الحق الضماني في العائدات

٩٧- ينبغي أن ينص القانون على أن وقت نفاذ الحق الضماني في موجودات مرهونة تجاه الأطراف الثالثة أو وقت تسجيل إشعار بشأنه يكون أيضا، لأغراض التوصية ٧٣، هو وقت نفاذ الحق الضماني في عائداته أو وقت تسجيله.

باء- توصيات تخص الموجودات تحديدا

أولوية الحق الضماني في صك قابل للتداول

٩٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة الصك، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣٧ (الفصل خامسا بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، تكون له الأولوية على الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بأي طريقة أخرى.

٩٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الصك القابل للتداول الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة غير حيازة الصك يكون أدنى مرتبة من حقوق الدائن المضمون أو المشتري أو المحال إليه الآخر (في اتفاق) الذي:

(أ) يكون مؤهلا كحائز متمتع بالحماية بموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول؛ أو

(ب) يحتاز الصك القابل للتداول ويقدم قيمة بحسن نية ودون أن يعلم أن الإحالة تنتهك ما للدائن المضمون من حقوق بمقتضى الاتفاق الضماني.

أولوية الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

١٠٠- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٤٩ (الفصل خامسا بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، تكون له أولوية على الحق الضماني المنافس الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بأي طريقة أخرى. وإذا أبرم المصرف الوديع اتفاقات سيطرة مع أكثر من دائن مضمون واحد، حُدّدت الأولوية، فيما بين أولئك الدائنين المضمونين، وفقا للترتيب الذي أبرمت به اتفاقات السيطرة. وإذا كان المصرف الوديع هو الدائن المضمون، كانت لحقه الضماني أولوية على أي حق ضماني آخر (بما في ذلك الحق الضماني الذي جُعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة

بواسطة اتفاق سيطرة مبرم مع المصرف الوديع، حتى إذا كان الحق الضماني للمصرف الوديع متأخراً زمنياً) باستثناء الحق الضماني للدائن المضمون الذي اكتسب السيطرة بأن أصبح صاحب الحساب.

١٠١- ينبغي أن ينص القانون على أن أي حق للمصرف الوديع، قائم بمقتضى قانون آخر، في أن يقوم بمقاصة الالتزامات المستحقة له على المانح من حق المانح في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، تكون له أولوية على الحق الضماني لأي دائن مضمون غير الدائن المضمون الذي حصل على السيطرة بأن أصبح صاحب الحساب.

١٠٢- في حال نقل للأموال من حساب مصرفي يقوم به المانح، ينبغي أن ينص القانون على أن من تنقل إليه الأموال يأخذها خالية من أي حق ضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في الحساب المصرفي، ما لم يكن المنقول إليه على علم بأن الإحالة تنتهك ما للدائن المضمون من حقوق بمقتضى الاتفاق الضماني. ولا تؤثر هذه التوصية سلباً في حقوق من تنقل إليهم أموال من حسابات مصرفية بموجب قانون آخر.

أولوية الحق الضماني في النقود

١٠٣- ينبغي أن ينص القانون على أن من يحصل على حيازة نقود خاضعة لحق ضماني يأخذ تلك النقود خالصة من الحق الضماني ما لم يكن ذلك الشخص على علم بأن النقل ينتهك ما للدائن المضمون من حقوق بمقتضى الاتفاق الضماني. ولا تؤثر هذه التوصية سلباً في حقوق حائزي النقود بموجب قانون آخر.

أولوية الحق الضماني في حق تقاضي عائدات متأية بمقتضى تعهد مستقل

١٠٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في حق تقاضي عائدات متأية بمقتضى تعهد مستقل الذي أصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بواسطة السيطرة تكون له الأولوية على الحق الضماني الذي جعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة عملاً بأحكام التوصية ٤٨ (الفصل خامساً بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة). فإذا تحققت السيطرة بالاعتراف وأصدر شخص ما اعترافات غير متسقة لصالح أكثر من دائن مضمون واحد، حددت الأولوية فيما بين أولئك الدائنين المضمونين وفقاً للترتيب الذي صدرت به تلك الاعترافات.

أولوية الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو موجودات ملموسة مشمولة بمستند قابل للتداول

١٠٥- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في المستند القابل للتداول وفي الموجودات الملموسة التي يشملها يكون أدنى مرتبة من أي حقوق ذات درجة أعلى، يحصل عليها شخص نقل إليه المستند بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول.

١٠٦- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في موجودات ملموسة الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بحيازة مستند قابل للتداول تكون له أولوية على أي حق ضماني منافس جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى. وهذه القاعدة لا تنطبق على الحق الضماني في موجودات غير المخزون إذا كان الحق الضماني لدائن مضمون ليس بحوزته المستند القابل للتداول، قد جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل الأسبق مما يلي:

(أ) الوقت الذي يصبح فيه الموجود مشمولاً بمستند قابل للتداول؛

(ب) الوقت الذي يبرم فيه اتفاق بين المانح والدائن المضمون الذي يكون بحوزته المستند القابل للتداول، ينص على أن يكون الموجود مشمولاً بمستند نقل، شريطة أن يصبح الموجود مشمولاً بذلك المستند في غضون [تحديد مدة زمنية وجيزة] من الأيام من تاريخ الاتفاق.

ثامناً- حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بحقوق الطرفين والتزاماتهما هو تعزيز فعالية المعاملات المضمونة وخفض تكاليف المعاملات واحتمالات النزاع بواسطة:

(أ) توفير قواعد إلزامية تتعلق بحقوق الطرف الذي يكون بحوزته المرهون والتزاماته؛

(ب) توفير قواعد غير إلزامية تتعلق بحقوق الطرفين والتزاماتهما التي تسري في الحالات التي لا يكون فيها الطرفان قد تطرقا إلى تلك المسائل في اتفاقهما؛

(ج) توفير قواعد غير إلزامية توفر أداة للمساعدة في الصياغة أو تكون بمثابة قائمة حصرية بالمسائل التي قد يود الطرفان أن يتطرقا إليها في اتفاقهما.

ألف - توصيات عامة

حقوق الطرفين في الاتفاق الضماني والتزاماتهما⁽²⁹⁾

١٠٧- ينبغي أن ينص القانون على أن الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين تقرر بما يلي:

(أ) الشروط والأحكام التي يتضمنها ذلك الاتفاق، بما فيها أي قواعد أو شروط عامة مشار إليها فيه؛

(ب) أي عرف اتفقا على اتباعه؛

(ج) أي ممارسات أرسياها فيما بينهما، ما لم يتفقا على خلاف ذلك.

الأحكام الإلزامية

١٠٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الطرف الذي يكون بحوزته الموجود المرهون يجب عليه أن يتخذ إجراءات معقولة للمحافظة على الموجود وقيمه.

١٠٩- يجب على الدائن المضمون أن يرد الموجود المرهون الذي يكون بحوزته إذا كان الحق الضماني قد بطل بالسداد التام أو بطريقة أخرى.⁽³⁰⁾

القواعد غير الإلزامية

١١٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه ما لم يُتفق على غير ذلك، يكون للدائن المضمون الحق فيما يلي:

(أ) استرداد النفقات المعقولة التي تكبدها للحفاظ على الموجودات المرهونة التي تكون في حوزته؛

(ب) استخدام الموجودات المرهونة التي تكون في حوزته استخداما معقولا واستعمال الأرباح المتأتية منها من أجل سداد الالتزام المضمون؛

(ج) فحص الموجودات المرهونة التي تكون في حوزة المانح.

(29) بالنسبة للتوصية ١٠٧، انظر المادة ١١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(30) بالنسبة لواجب الدائن المضمون المتمثل في إلغاء الإشعار المسجل، انظر التوصية ٦٩، الفصل سادسا بشأن نظام السجل.

باء- توصيات تخص الموجودات تحديدا

إقرارات المحيل⁽³¹⁾

١١١- فيما يتعلق بإحالة مستحق تعاقدى، ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، يقر المحيل في وقت إبرام عقد الإحالة بما يلي:

١- أن للمحيل الحق في إحالة المستحق؛

٢- أن المحيل لم يسبق له أن أحال المستحق إلى محال إليه آخر؛

٣- أنه ليس للمدين بالمستحق، ولن تكون له، أي دفع أو حقوق مقاصة؛

(ب) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، لا يقر المحيل بأن لدى المدين بالمستحق، أو ستكون لديه، القدرة المالية على السداد.

الحق في إشعار المدين بالمستحق

١١٢- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، يجوز للمحيل أو للمحال إليه أو لكليهما أن يرسل إلى المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة وتعليمة سداد، أما بعد إرسال ذلك الإشعار فلا يجوز لأحد غير المحال إليه أن يرسل تلك التعليمة؛

(ب) ليس من شأن إرسال إشعار بالإحالة أو تعليمة سداد على نحو يخل بأي اتفاق مشار إليه في الفقرة الفرعية (أ) من هذه التوصية أن يجعلهما فاقدي المفعول لأغراض التوصية ١١٧ (الفصل تاسعا بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها) بسبب ذلك الإخلال. غير أنه ليس في هذه التوصية ما يعكس بأي التزام أو مسؤولية تقع على الطرف المخل بذلك الاتفاق إزاء ما ينشأ عن ذلك الإخلال من أضرار.

الحق في السداد

١١٣- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(31) بالنسبة للتوصيات ١١١-١١٣، انظر المواد ١٢-١٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(أ) فيما بين الحيل والمحال إليه، ما لم يُتفق على خلاف ذلك، وسواء أُرسل إشعار بالإحالة أم لم يرسل:

١٠ إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى المحال إليه، كان للمحال إليه الحق في أن يحتفظ بالعائدات والموجودات الملموسة المعادة فيما يتعلق بالمستحق المحال؛

١١ إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى الحيل، كان للمحال إليه الحق في تقاضي العائدات وكذلك في الموجودات الملموسة المعادة إلى الحيل فيما يتعلق بالمستحق المحال؛

١٢ إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى شخص آخر كانت للمحال إليه أولوية عليه، كان للمحال إليه الحق في تقاضي العائدات وكذلك في الموجودات الملموسة المعادة إلى ذلك الشخص فيما يتعلق بالمستحق المحال؛

(ب) لا يجوز للمحال إليه أن يحتفظ بأكثر من قيمة حقه في المستحق.

تاسعا- حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بحقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها هو تعزيز كفاءة المعاملات المضمونة كلما كانت الموجودات المرهونة التزاما بالسداد أو أداء بطريقة أخرى يُستحق للمانح من طرف ثالث من خلال ما يلي:

(أ) توفير قواعد تتعلق بحقوق الأطراف والتزاماتها في إحالة المستحقات وحماية المدين. بمستحق؛

(ب) توفير قواعد لضمان اتساق قانون المعاملات المضمونة مع القوانين الأخرى المتعلقة بالحقوق والالتزامات الناشئة بموجب صكوك قابلة للتداول ومستندات قابلة للتداول؛

(ج) توفير قواعد لضمان اتساق نظام المعاملات المضمونة مع القوانين الأخرى التي تحكم حقوق والتزامات المصارف الوديعة، وكفيل/مصدر التعهد أو المُثبت له أو الشخص المسمى فيه بموجب تعهد مستقل.

ألف - حقوق المدينين بالمستحق والتزاماته⁽³²⁾

حماية المدينين بالمستحق

١١٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك، لا تؤثر الإحالة على حقوق المدينين بالمستحق والتزاماته، بما فيها شروط السداد الواردة في العقد الأصلي، دون موافقة المدينين بالمستحق؛

(ب) يجوز في تعليمة السداد تغيير الشخص أو العنوان أو الحساب المطلوب من المدينين بالمستحق أن يسدد إليه، ولكن لا يجوز أن تُغيّر فيها:

١- عملة السداد المحددة في العقد الأصلي؛ أو

٢- الدولة المحددة في العقد الأصلي لإجراء السداد فيها إلى دولة غير الدولة التي يقع فيها مقر المدينين بالمستحق.

الإشعار بالإحالة

١١٥- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يصبح الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد نافذ المفعول عندما يتسلمهما المدينين بالمستحق، إذا كانا موجهين بلغة يتوقع منها على نحو معقول أن تُعلم المدينين بالمستحق بمحتواهما. ويكفي أن يُوجّه الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد بلغة العقد الأصلي؛

(ب) يجوز أن يتعلق الإشعار بالإحالة أو أن تتعلق تعليمة السداد بمستحقات تنشأ بعد الإشعار؛

(ج) يمثل الإشعار بإحالة لاحقة إشعاراً بجميع الإحالات السابقة.

إبراء ذمة المدينين بالمستحق بالسداد

١١٦- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(32) بالنسبة للتوصيات ١١٥-١٢٠، انظر المواد ١٦-٢١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

(أ) يحق للمدين بالمستحق، إلى حين تسلمه إشعارا بالإحالة، أن تُبرأ ذمته بالسداد وفقا للعقد الأصلي؛

(ب) بعد تسلم المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة، ورهنا بأحكام الفقرات الفرعية من (ج) إلى (ح) من هذه التوصية، لا تُبرأ ذمته إلا بالسداد إلى المحال إليه، أو بالسداد وفقا لأي تعليمة مغايرة ترد في إشعار الإحالة أو تصدر لاحقا عن المحال إليه ويتسلمها المدين بالمستحق كتابة؛

(ج) إذا تسلم المدين بالمستحق أكثر من تعليمة سداد تتعلق بإحالة واحدة للمستحق ذاته صادرة عن المحيل ذاته، أُبرئت ذمته بالسداد وفقا لآخر تعليمة سداد يتسلمها من المحال إليه قبل السداد؛

(د) إذا تسلم المدين بالمستحق إشعارا بأكثر من إحالة واحدة للمستحق ذاته صادرة عن المحيل ذاته، أُبرئت ذمته بالسداد وفقا لأول إشعار يتسلمه؛

(هـ) إذا تسلم المدين بالمستحق إشعارا يتعلق بإحالة لاحقة واحدة أو أكثر، أُبرئت ذمته بالسداد وفقا للإشعار المتعلق بآخر تلك الإحالات اللاحقة؛

(و) إذا تسلم المدين بالمستحق إشعارا بإحالة جزء من مستحق واحد أو أكثر أو بإحالة مصلحة غير مجزأة في مستحق واحد أو أكثر، تُبرأ ذمته بالسداد وفقا للإشعار أو وفقا لهذه التوصية وكأنه لم يتسلم الإشعار. وإذا قام المدين بالمستحق بالسداد وفقا للإشعار، فلا تُبرأ ذمته إلا بمقدار ما سدّده من ذلك الجزء أو تلك المصلحة غير المجزأة؛

(ز) إذا تسلم المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة من المحال إليه، حق له أن يطلب من المحال إليه أن يقدم، في غضون فترة زمنية معقولة، دليلا كافيا يثبت تنفيذ الإحالة من المحيل الأول إلى المحال إليه الأول وأي إحالة وسيطة، وما لم يفعل المحال إليه ذلك، تُبرأ ذمة المدين بالمستحق بالسداد وفقا لهذه التوصية وكأنه لم يتسلم الإشعار من المحال إليه. والدليل الكافي على الإحالة يشمل، على سبيل المثال لا الحصر، أي كتابة صادرة عن المحيل تُبين أن الإحالة قد تمت؛

(ح) لا تمس هذه التوصية بأي سبب آخر يسوّغ إبراء ذمة المدين بالمستحق بالسداد إلى الشخص الذي يستحق السداد أو إلى هيئة مختصة قضائية أو هيئة مختصة أخرى أو إلى صندوق إيداع عمومي.

دفع المدين بالمستحق وحقوقه في المقاصة

١١٧- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) عندما يطالب المحال إليه المدين بالمستحق بسداد المستحق المحال، يجوز للمدين بالمستحق أن يتمسك تجاه المحال إليه بكل ما ينشأ عن العقد الأصلي، أو أي عقد آخر كان يشكل جزءاً من المعاملة ذاتها، من دفع وحقوق مقاصة يمكن للمدين بالمستحق أن يتمسك بها وكأن تلك الإحالة لم تُجر وكانت تلك المطالبة صادرة عن المحيل؛

(ب) يجوز للمدين بالمستحق أن يتمسك تجاه المحال إليه بأي حق مقاصة آخر، شريطة أن يكون ذلك الحق متاحاً للمدين بالمستحق وقت تسلمه الإشعار بالإحالة؛

(ج) على الرغم من أحكام الفقرتين الفرعيتين (أ) و(ب) من هذه التوصية، لا تكون الدفع وحقوق المقاصة التي يجوز للمدين بالمستحق أن يتمسك بها تجاه المحيل، وفقاً للفقرة الفرعية (ب) من التوصية ٢٤ أو الفقرة الفرعية (هـ) من التوصية ٢٥ (الفصل رابعا بشأن إنشاء الحق الضماني)، بحجة الإخلال بأي اتفاق يقيد بأي شكل من الأشكال حق المحيل في إجراء الإحالة، متاحة للمدين بالمستحق تجاه المحال إليه.

الاتفاق على عدم إثارة دفع أو حقوق في المقاصة

١١٨- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يجوز للمدين بالمستحق أن يتفق مع المحيل، بكتابة موقعة من المدين بالمستحق، على ألا يثير تجاه المحال إليه الدفع وحقوق المقاصة التي يمكنه أن يثيرها عملاً بأحكام التوصية ١١٧. ويمنع ذلك الاتفاق المدين بالمستحق من إثارة تلك الدفع وحقوق المقاصة تجاه المحال إليه؛

(ب) لا يجوز للمدين بالمستحق أن يتنازل عن الدفع:

١' الناشئة عن أفعال تدليس من جانب المحال إليه؛ أو

٢' المستندة إلى عدم أهلية المدين بالمستحق؛

(ج) لا يجوز تعديل ذلك الاتفاق إلا باتفاق مكتوب يوقع عليه المدين بالمستحق. وتحدد الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ١١٩ مفعول ذلك التعديل تجاه المحال إليه.

تعديل العقد الأصلي

١١٩- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أي اتفاق يُبرم بين المحيل والمدين بالمستحق، قبل الإشعار بالإحالة، وبمس حقوق المحال إليه يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه ويُكسب المحال إليه حقوقاً مقابلة؛

(ب) أي اتفاق يُبرم بين المحيل والمدين بالمستحق، بعد الإشعار بالإحالة، وبمس حقوق المحال إليه لا يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه إلا:

١' إذا قبل به المحال إليه؛ أو

٢' إذا لم يكن المستحق بكامله قد اكتسب بالتنفيذ، وكان التعديل منصوصاً عليه في العقد الأصلي أو كان من شأن أي محال إليه متعلّق، في سياق العقد الأصلي، أن يقبل التعديل؛

(ج) لا تفس الفقرتان الفرعيتان (أ) و(ب) من هذه التوصية أي حق للمحيل أو للمحال إليه ناشئ عن الإخلال باتفاق مبرم بينهما.

استرداد المبالغ المسدّدة

١٢٠- ينبغي أن ينص القانون على أن تقصير المحيل في تنفيذ العقد الأصلي لا يعطي المدين بالمستحق الحق في أن يسترد من المحال إليه أي مبلغ يكون قد سدّده المدين بالمستحق إلى المحيل أو المحال إليه.

باء- حقوق المدين بمقتضى الصك القابل للتداول والتزاماته

١٢١- ينبغي أن ينص القانون على أن حقوق الدائن المضمون في الصك القابل للتداول تخضع، تجاه شخص مدين بمقتضى ذلك الصك، للقانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول.

جيم- حقوق المصرف الوديع والتزاماته

١٢٢- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أن إنشاء حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي لا يمس بحقوق المصرف الوديع والتزاماته بدون موافقته؛

(ب) أن أي حقوق في المقاصة قد تكون، بموجب قوانين أخرى، للمصرف الوديع لا تُمس بسبب أي حق ضماني قد يكون للمصرف الوديع في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي.

١٢٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه لا يلزم المصرف الوديع بأن:

(أ) يسدّد لأي شخص غير الشخص الذي له سيطرة على الأموال المودعة في حساب مصرفي؛ أو

(ب) يستجيب لطلبات الحصول على معلومات عما إذا كان يوجد اتفاق سيطرة أو حق ضماني لصالحه هو وعما إذا كان المانع يحتفظ بحق التصرف في الأموال المودعة في الحساب. أو

(ج) يُبرم اتفاق سيطرة.

دال- حقوق كفيل/مُصدر التعهّد المستقل أو المُثبت له أو الشخص المسمّى فيه والتزاماته

١٢٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أن حق الدائن المضمون في حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل يخضع لما يكفله القانون والممارسة اللذان يحكمان التعهّدات المستقلة من حقوق للكفيل/المصدر أو المُثبت أو الشخص المسمّى وأي مستفيد آخر ذكر اسمه في التعهّد أو أحيل إليه الحق في السحب؛

(ب) أن حقوق المحال إليه المستهدف بالتعهّد المستقل لا تتأثر بالحق الضماني في حق الحصول على العائدات بمقتضى التعهّد المستقل، الذي يُتحصّل عليه من المحيل أو من أي محيل سابق؛

(ج) أن الحقوق المستقلة التي يتمتع بها الكفيل/المصدر أو المُثبت أو الشخص المسمّى أو من يحال إليه تعهّد مستقل لا تتضرر بسبب أي حقوق ضمانية قد تكون له في حق الحصول على العائدات بمقتضى التعهّد المستقل.

١٢٥- ينبغي أن ينص القانون على أن الكفيل/المصدر أو المُثبت أو الشخص المسمّى ليس ملزماً بالسداد لأي شخص غير المُثبت أو الشخص المسمّى أو المستفيد المسمّى أو المحال إليه المعترف به المستهدف بالتعهّد المستقل أو شخص معترف به يحال إليه حق الحصول على العائدات بمقتضى تعهّد مستقل.

١٢٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا حصل الدائن المضمون على السيطرة بأن أصبح شخصا معترفا به كمحال إليه فيما يتعلق بتلك العائدات بمقتضى تعهد مستقل، كان من حقه إنفاذ الإقرار تجاه الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى الذي قام بالإقرار.

هاء- حقوق مُصدر المستند القابل للتداول والتزاماته

١٢٧- ينبغي أن ينص القانون على أن حقوق الدائن المضمون في مستند قابل للتداول تخضع، تجاه المصدر أو أي شخص آخر مدين بمقتضى المستند القابل للتداول، للقانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول.

عاشرا- إنفاذ الحق الضماني

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بإنفاذ الحق الضماني هو النص على ما يلي:

(أ) توفير أساليب واضحة وبسيطة وناجعة لإنفاذ الحقوق الضمانية، بعد تقصير المدين؛

(ب) توفير أساليب ترمي إلى أن تزيد إلى الحد الأقصى المبلغ الصافي الذي يحقق من الموجودات المرهونة لصالح المانح أو المدين أو أي شخص آخر يتعين عليه سداد الالتزام المضمون، والدائن المضمون، والدائنين الآخرين الذين لهم حق في الموجودات المرهونة؛

(ج) توفير أساليب قضائية سريعة، وكذلك، رهنا بتوافر ضمانات مناسبة، طرائق غير قضائية، من أجل تمكين الدائن المضمون من ممارسة حقوقه.

ألف- توصيات عامة

المعيار العام للسلوك في سياق الإنفاذ

١٢٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على أي شخص أن يتصرف بنية حسنة وبطريقة معقولة تجاريا لدى إنفاذ حقوقه وأداء التزاماته بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ.

حدود استقلالية الأطراف

١٢٩- ينبغي أن ينص القانون على أن المعيار العام للسلوك المنصوص عليه في التوصية ١٢٨ لا يمكن التنازل عنه من جانب واحد أو تغييره بالاتفاق في أي وقت.

١٣٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصية ١٢٩، يجوز للمانح وأي شخص آخر يتعين عليه السداد أو أي أداء آخر للالتزام المضمون أن يتنازل من جانب واحد عن أي حق من حقوقه بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ أو أن يغير تلك الحقوق بالاتفاق، ولكن لا يجوز له ذلك إلا بعد التقصير.

١٣١- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصية ١٢٩، يجوز للدائن المضمون أن يتنازل من جانب واحد عن أي حق من حقوقه بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ أو أن يغير تلك الحقوق بالاتفاق.

١٣٢- ينبغي أن ينص القانون على أن تغيير الحقوق بالاتفاق لا يمكن أن يؤثر تأثيراً ضاراً بحقوق أي شخص ليس طرفاً في الاتفاق. وعلى أي شخص يطعن في نفاذ الاتفاق على أساس أنه يتضارب مع التوصية ١٢٩ أو ١٣٠ أو ١٣١ عبء الإثبات.

المسؤولية

١٣٣- ينبغي أن ينص القانون على أن أي شخص لا يفي بالتزاماته بمقتضى الأحكام المتعلقة بالإنفاذ يكون مسؤولاً عن دفع تعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم وفائه بتلك الالتزامات.

الانتصاف القضائي وغير القضائي في حال عدم الامتثال

١٣٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للمدين أو المانح أو أي شخص آخر ذي مصلحة (كالدائن المضمون الذي له أولوية أدنى مرتبة من أولوية الدائن المضمون الذي يسعى إلى الإنفاذ أو الكفيل أو الشريك في ملكية الموجودات المرهونة) في أي وقت أن يقدم إلى محكمة أو إلى سلطة أخرى طلباً للانتصاف من الدائن المضمون الذي لم يمتثل لالتزاماته بمقتضى الأحكام المتعلقة بإنفاذ الحق الضماني.

الإجراءات القضائية المعجلة

١٣٥- ينبغي أن ينص القانون على إجراءات قضائية معجلة مراعاةً للحالات التي يقوم فيها الدائن المضمون أو المانح أو أي شخص آخر يتعين عليه أداء الالتزام المضمون أو يدعي أن له حقاً في الموجودات المرهونة، باللجوء إلى محكمة أو أي سلطة أخرى فيما يتعلق بممارسة حقوق ما بعد التقصير.

حقوق المانح المترتبة على التقصير

١٣٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحقّ للمانح، بعد التقصير، أن يمارس واحداً أو أكثر من الحقوق التالية:

- (أ) سداد الالتزام المضمون سداداً كاملاً والحصول على تحرير كل الموجودات المرهونة من الحق الضماني، وفقاً لما تنص عليه التوصية ١٣٧؛
- (ب) التقدم إلى محكمة أو سلطة أخرى بطلب للانتصاف إذا كان الدائن المضمون لا يمثل لالتزاماته بمقتضى أحكام هذا القانون، وفقاً لما تنص عليه التوصية ١٣٤؛
- (ج) [عرض اقتراح على الدائن المضمون، أو] رفض اقتراح الدائن المضمون،] بأن يحصل الدائن المضمون على أحد الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون، وفقاً لما تنص عليه التوصية ١٥٦؛
- (د) ممارسة أي حق آخر منصوص عليه في الاتفاق الضماني أو في أي قانون.

إبطال الحق الضماني بعد الوفاء الكلي بالالتزام المضمون

١٣٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للمدين أو المانح أو أي شخص آخر ذي مصلحة (مثل أي دائن مضمون تقلّ أولوية حقه الضماني عن أولوية الحق الضماني الذي يتمتع به الدائن المضمون المنفذ، أو أي كفيل، أو أي شريك في ملكية الموجودات المرهونة) أن يسدّد الالتزام المضمون سداداً كاملاً، بما في ذلك سداد تكاليف الإنفاذ إلى حين السداد الكامل. ويجوز ممارسة هذا الحق إلى حين تصرف الدائن المضمون في الموجودات المرهونة أو قبولها أو تحصيل قيمتها [أو إبرام الدائن المضمون اتفاقاً يخوله التصرف في الموجودات المرهونة]. وإذا انتهت جميع الالتزامات بشأن تقديم الائتمان، أٌبطل السداد الكامل للالتزام المضمون الحقّ الضماني في جميع الموجودات المرهونة، رهناً بأية حقوق للحلول لصالح الشخص الذي يفى بالالتزام المضمون.

[ملاحظة إلى اللجنة: ربما تود اللجنة أن تلاحظ أن القصد من النص الوارد بين معقوفتين في هذه التوصية هو أن يجسّد الممارسة الشائعة المتمثلة في إبرام الدائن المضمون عقدا للتصرف في الموجودات المرهونة قبل حدوث التصرف الفعلي.]

حقوق الدائن المضمون المترتبة على التقصير

١٣٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، أن يمارس واحدا أو أكثر من الحقوق التالية فيما يتعلق بالموجودات المرهونة:

(أ) الحصول على حيازة الموجودات المرهونة الملموسة، وفقا لما تنص عليه التوصيتان ١٤٣ و ١٤٤؛

(ب) بيع الموجودات المرهونة أو التصرف فيها على نحو آخر أو إيجارها أو الترخيص باستخدامها، وفقا لما تنص عليه التوصيتان ١٤٥ و ١٤٦؛

(ج) عرض اقتراح بأن يحوز الدائن المضمون الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون، وفقا لما تنص عليه التوصيات ١٥٣-١٥٥؛

(د) إنفاذ حقه الضماني في ملحقات، على النحو المنصوص عليه في التوصيتين ١٦٢ و ١٦٣؛

(هـ) تحصيل حق ضماني في الموجودات المرهونة التي هي في شكل مستحق أو صك قابل للتداول أو حق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو حق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهّد مستقل أو إنفاذ ذلك الحق الضماني بطريقة أخرى، على النحو المنصوص عليه في التوصيات ١٦٤-١٧٢؛

(و) إنفاذ الحقوق بمقتضى مستند قابل للتداول، على النحو المنصوص عليه في التوصية ١٧٣؛

(ز) ممارسة أي حق آخر منصوص عليه في الاتفاق الضماني (باستثناء ما يتعارض مع أحكام هذا القانون) أو في أي قانون آخر.

الأساليب القضائية وغير القضائية لممارسة الحقوق المترتبة على التقصير

١٣٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون أن يمارس، بعد التقصير، حقوقه المنصوص عليها في التوصية ١٣٨ بتقديم طلب إلى محكمة أو سلطة أخرى، أو دون

تقديم طلب إلى محكمة أو سلطة أخرى. وممارسة الدائن المضمون لحقوقه خارج نطاق القضاء رهن بالمعيار العام للسلوك المنصوص عليه في التوصية ١٢٨ والمقتضيات المنصوص عليها في التوصيات من ١٤٤ إلى ١٤٨ فيما يتعلق بالحصول على حيازة موجود مرهون والتصرف فيه خارج نطاق القضاء.

الحقوق التراكمية المترتبة على التقصير

١٤٠- ينبغي أن ينص القانون على أن ممارسة حق مترتب على التقصير لا تحول دون ممارسة حق ثان، ما لم تكن ممارسة حق واحد قد جعلت من المستحيل ممارسة حق ثان.

الحقوق المترتبة على التقصير المتعلقة بالالتزام المضمون

١٤١- ينبغي أن ينص القانون على أن ممارسة حق مترتب على التقصير يتعلق بالموجودات المرهونة لا تمنع من ممارسة حق ناجم عن التقصير فيما يتعلق بالالتزام المضمون بتلك الموجودات والعكس بالعكس.

حق الدائن المضمون ذي المرتبة الأعلى في تولي الإنفاذ

١٤٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون الذي تفوق أولوية حقه الضماني أولوية الحق الضماني الذي يتمتع به الدائن المضمون المنفذ أو الدائن بحكم القضاء المنفذ، عندما يكون الدائن المضمون قد بدأ الإنفاذ، باتخاذ أي من الإجراءات المبينة في التوصيات المتعلقة بالإنفاذ أو عندما يتخذ الدائن بحكم القضاء الخطوات المشار إليها في التوصية ٨١ (الفصل سابعاً بشأن أولوية الحق الضماني)، أن يتولى السيطرة على عملية الإنفاذ في أي وقت قبل التصرف في الموجودات المرهونة أو حيازتها أو [تحصيل قيمتها] بصفة نهائية [أو إبرام الدائن المضمون لاتفاق من أجل التصرف في الموجودات المرهونة]. ويشمل الحق في تولي السيطرة حق الإنفاذ بأي طريقة أخرى متاحة بمقتضى توصيات هذا الفصل.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تودّ أن تحذف النص الأول الوارد بين معقوفتين إذا قرّرت اعتماد التوصية الجديدة الواردة في الملاحظة الواردة بعد التوصية ١٦٤. ويُقصد من النص الوارد بين المجموعة الثانية من المعقوفات أن يجعل هذه التوصية متوافقة مع النص الوارد بين معقوفتين في التوصية ١٣٧.]

حق الدائن المضمون في حيازة موجودات مرهونة

١٤٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، حيازة الموجودات المرهونة الملموسة.

الحصول على حيازة الموجودات المرهونة خارج نطاق القضاء

١٤٤- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون أن يختار الحصول على حيازة الموجودات الملموسة المرهونة دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى في الحالات التالية فقط:

- (أ) إذا وافق المانح في الاتفاق الضماني على أن يحصل الدائن المضمون على الحيازة دون أن يلجأ إلى محكمة أو سلطة أخرى؛ و
- (ب) إذا وجه الدائن المضمون إلى المانح وأي شخص حائز للموجودات المرهونة إشعاراً بالتقصير وبعثاً الدائن المضمون أن يحصل على الحيازة دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى؛ و
- (ج) إذا لم يعترض المانح في وقت سعي الدائن المضمون إلى الحصول على حيازة الموجودات المرهونة.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تنظر في ما إذا كان ينبغي أن تشير الفقرة الفرعية (ج) أيضاً إلى الشخص الحائز للموجودات المرهونة، لا إلى المانح فحسب.

ولعلّ اللجنة تود أيضاً أن تنظر في ما إذا كان لا يلزم استيفاء مقتضيات الفقرات الفرعية (أ) و(ب) و(ج) من هذه التوصية إذا صدرت عن المانح وأي شخص حائز آخر موافقة مؤكّدة عندما يسعى الدائن المضمون إلى الحصول على حيازة الموجودات المرهونة. ويمكن بلوغ هذه النتيجة بإضافة جملة منفصلة تتضمن نصاً على غرار ما يلي:

"لا يلزم استيفاء مقتضيات الفقرات الفرعية (أ) و(ب) و(ج) من هذه التوصية، إذا أبدى المانح وأي شخص آخر حائز للموجودات المرهونة، موافقة مؤكّدة، عندما يسعى الدائن المضمون إلى الحصول على حيازة الموجودات المرهونة."

التصرف في الموجودات المرهونة خارج نطاق القضاء

١٤٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، أن يبيع الموجودات المرهونة أو يتصرف فيها على نحو آخر أو يؤجرها أو يرخص باستخدامها، بقدر حقوق الضامن في الموجودات المرهونة، دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى. ورهنا بمعيار السلوك المنصوص عليه في التوصية ١٢٨، يجوز للدائن المضمون الذي يختار ممارسة هذا الحق أن يختار أسلوب التصرف أو الإيجار أو الترخيص وطريقته وتوقيته ومكانه وسائر جوانبه.

الإشعار المسبق بالتصرف في الموجودات المرهونة خارج نطاق القضاء

١٤٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على الدائن المضمون، بعد التقصير، أن يوجه إشعاراً باعتزامه بيع الموجودات المرهونة أو التصرف فيها على نحو آخر أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها دون تقديم طلب إلى محكمة أو سلطة أخرى. ولا يلزم توجيه الإشعار إذا كانت الموجودات المرهونة قابلة للتلف، أو قد تتدن قيمتها سريعاً، أو كانت من نوع يباع في سوق معترف بها.

١٤٧- ينبغي أن ينص القانون على قواعد تكفل أن يكون بالوسع توجيه الإشعار المشار إليه في التوصية ١٤٦ بطريقة ناجعة ويمكن التعويل عليها وفي الوقت المناسب، بغية حماية المانح أو الأطراف الأخرى ذات المصلحة، وفي الوقت نفسه تجنب أن يكون هناك أثر سلبي على سبل انتصاف الدائن المضمون وصافي القيمة التسييلية المحتملة للموجودات المرهونة.

١٤٨- بشأن الإشعار المشار إليه في التوصية ١٤٦، ينبغي:

(أ) أن ينص القانون على وجوب توجيه إشعار إلى كل من:

١' المانح والمدين وأي شخص آخر يتعين عليه أداء الالتزام المضمون؛

٢' أي شخص له حقوق في الموجودات المرهونة يبلغ الدائن المضمون بتلك الحقوق كتابة قبل أكثر من [تحدد] يوماً من إرسال الدائن المضمون ذلك الإشعار إلى المانح؛

٣' أي دائن مضمون آخر قام، قبل أكثر من [تحدد] يوماً من إرسال الإشعار إلى المانح، بتسجيل إشعار فيما يتعلق بحق ضمان في الموجودات المرهونة، مفهرس تحت تعريف هوية المانح؛

٤٠ أي دائن مضمون آخر كان حائزاً للموجودات المرهونة في الوقت الذي احتاز فيه الدائن المضمون المنفذ الموجودات؛

(ب) أن يبيّن القانون الطريقة التي يجب اتباعها في توجيه الإشعار وتوقيته والحد الأدنى لمحتوياته، بما في ذلك ما إذا كان يجب أن يتضمن الإشعار بياناً محاسبياً بالمبلغ المستحق حينئذ وإشارة إلى حق المدين أو المانح في الحصول على تحرير الموجودات المرهونة من الحق الضماني على النحو المنصوص عليه في التوصية ١٣٧؛

(ج) أن ينص القانون على أن يكون الإشعار مصوغاً بلغة يتوقع على نحو معقول أن تُعلم متلقيه بمحتوياته.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تنظر في ما إذا كان ينبغي للفقرة الفرعية (ج) أن تصاغ على نحو ما يلي:

"يكفي أن يكون الإشعار بلغة الاتفاق الضماني قيد الإنفاذ".

ومن شأن إضافة هذا النص أن تجعل الفقرة الفرعية (ج) متوافقة مع الفقرة ١ من المادة ١٦، من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، التي تستند إليها الفقرة الفرعية (ج). وبذلك تكون النتيجة أنه يكفي أن يكون الإشعار بلغة الاتفاق الضماني المعني إذا كانت مقررات متلقي الإشعار موجودة في بلدان مختلفة.]

توزيع عائدات التصرف في الموجودات المرهونة

١٤٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على الدائن المضمون المنفذ، في حالة التصرف في الموجودات المرهونة [أو تحصيل مستحق أو صك قابل للتداول أو أي التزام آخر] خارج نطاق القضاء، أن يستخدم صافي العائدات المتأتبة من إنفاذه (بعد خصم تكاليف الإنفاذ) في سداد الالتزام المضمون. وباستثناء ما هو منصوص عليه في التوصية ١٥٠، يجب على الدائن المضمون المنفذ أن يدفع أي فائض يتبقى بعد ذلك الاستخدام إلى أي مطالب منافس ذي أولوية أدنى كان قد وَجَّهَ إلى الدائن المضمون المنفذ، قبل أي توزيع للفائض، إشعاراً بمطالبته، في حدود مبلغ تلك المطالبة. ويجب أن يُردّ إلى المانح أي رصيد يتبقى بعد ذلك.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تستعيض عن النص الوارد بين معقوفتين في هذه التوصية بتوصية جديدة ترد في الملاحظة الواردة بعد التوصية ١٦٤.]

١٥٠- ينبغي أن ينص القانون أيضا على أنه، في حالة التصرف في موجودات مرهونة خارج نطاق القضاء، وسواء أكان أم لم يكن هناك نزاع بشأن استحقاق أي مطالب منافس أو بشأن أولوية السداد، يجوز للدائن المضمون المنفذ، وفقا للقواعد الإجرائية المنطبقة عموما، أن يدفع الفائض إلى سلطة قضائية مختصة أو سلطة مختصة أخرى أو إلى صندوق إيداع عمومي لتوزيعه. وينبغي أن يوزع الفائض وفقا لأحكام هذا القانون المتعلقة بالأولوية.

١٥١- ينبغي أن ينص القانون على أن توزيع العائدات الناشئة عن تصرف قضائي أو عن عملية إنفاذ أخرى مُدارة رسميا يتعين أن يجري عملا بالقواعد العامة السارية في الدولة بشأن إجراءات التنفيذ، على أن يتم ذلك وفقا لأحكام هذا القانون المتعلقة بالأولوية.

١٥٢- ينبغي أن ينص القانون على أن يظل المدين وأي شخص آخر يتعين عليه سداد الالتزام المضمون مسؤولا عن أي نقص يتعين سداده بعد استخدام صافي عائدات الإنفاذ في سداد الالتزام المضمون [ما لم يُتفق على خلاف ذلك].

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود حذف النص الوارد بين معقوفتين لأن التوصيتين ٨ و ١٣٠ تنصان على استقلالية الأطراف. فإذا احتفظ بالنص الوارد بين معقوفتين، قد يلزم إضافته في جميع التوصيات الخاضعة لاستقلالية الأطراف من أجل تفادي أي أثر سلبي فيما يتعلق بتطبيق مبدأ استقلالية الأطراف].

احتياز الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون

١٥٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون، بعد التقصير، أن يقترح كتابة أن يحوز واحدا أو أكثر من الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكامل أو الجزئي بالالتزام المضمون.

١٥٤- بشأن الاقتراح المشار إليه في التوصية ١٥٣، ينبغي:

(أ) أن ينص القانون على أن الاقتراح يجب أن يرسل إلى كل من:

١' المانح والمدين وأي شخص آخر يتعين عليه سداد الالتزام المضمون أو الوفاء به على نحو آخر (مثل الكفيل)؛ و

٢' أي شخص له حقوق في الموجودات المرهونة قام، قبل أكثر من [تحدد] يوما من إرسال الدائن المضمون اقتراحه إلى المانح، بإبلاغ الدائن المضمون كتابة بتلك الحقوق؛ و

٣٠ أي دائن مضمون آخر قام، قبل أكثر من [تحدد] يوما من إرسال الاقتراح إلى المانح، بتسجيل إشعار فيما يتعلق بحق ضماني في الموجودات المرهونة المفهرسة بحسب تعريف هوية المانح؛ و

٤٠ أي دائن مضمون آخر كان حائزا للموجودات المرهونة في وقت احتياز الدائن المضمون لها؛

(ب) أن ينص القانون على أن الاقتراح يجب أن يحدد المبلغ المستحق في تاريخ إرسال الاقتراح ومبلغ الالتزام الذي يقترح الوفاء به باحتياز الموجودات المرهونة.

١٥٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون أن يحوز الموجودات المرهونة حسبما تنص التوصية ١٥٣ إلا إذا تلقى الدائن المضمون اعتراضا كتابيا من أي شخص يحق له تسلم الاقتراح. بموجب التوصية ١٥٤ في غضون [تمديد مدة زمنية قصيرة] يوما، بعد إرسال الاقتراح. وفي حالة أي اقتراح باحتياز الموجودات المرهونة على سبيل السداد الجزئي، تلزم موافقة إيجابية من أي شخص وُجّه إليه الاقتراح.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أن اتساق هذه التوصية مع التوصيات السابقة قد تحقق بالإشارة إلى الدائن المضمون "المتلقي" لاعتراض كتابي.]

١٥٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للمانح أن يقدم اقتراحا مثل الاقتراح المشار إليه في التوصية ١٥٣، وإذا قبله الدائن المضمون فيجب على الدائن المضمون أن يمضي قُدما وفقا لما هو منصوص عليه في التوصيتين ١٥٤ و ١٥٥.

الحقوق المكتسبة من خلال تصرف قضائي

١٥٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا تصرف الدائن المضمون في الموجودات المرهونة من خلال إجراء قضائي أو إجراء إداري رسمي آخر، حُدّدت الحقوق التي يكتسبها المنقول إليه بمقتضى القواعد العامة التي تحكم إجراءات التنفيذ لدى الدولة.

الحقوق المكتسبة من خلال تصرف غير قضائي

١٥٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا باع الدائن المضمون الموجودات المرهونة أو تصرف فيها على نحو آخر دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى، وفقا لهذا القانون، فإن أي شخص يحصل على حق المانح في الموجودات يأخذ الموجودات رهنا بالحقوق التي لها

أولوية على الحق الضماني الذي يتمتع به الدائن المضمون المنفذ، ولكن خالية من حقوق الدائن المضمون المنفذ وأي مطالب منافس تكون لحقه أولوية أدنى من أولوية حق الدائن المضمون المنفذ. وتنطبق القاعدة ذاتها على الحقوق في الموجودات المرهونة التي يكتسبها الدائن المضمون الذي حاز هذه الموجودات على سبيل الوفاء الكامل أو الجزئي بالالتزام المضمون.

١٥٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا أجّر الدائن المضمون الموجودات المرهونة أو رخص باستخدامها دون اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى، وفقا لهذا القانون، حقّ للمستأجر أو المرخص له أن يستفيد من الإيجار أو الترخيص خلال فترة الإيجار أو الترخيص، باستثناء الحقوق التي لها أولوية على الحق الذي يتمتع به الدائن المضمون المنفذ.

١٦٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا قام الدائن المضمون، على نحو لا يتفق مع التوصيات الواردة في هذا الفصل، ببيع الموجودات المرهونة أو التصرف فيها على نحو آخر أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها، فإن حائز الموجودات المرهونة أو مستأجرها أو المرخص له فيها الحسنُ النية يحصل على الحقوق أو المزايا المبينة في التوصيتين ١٥٨ و ١٥٩.

التداخل بين نُظم الإنفاذ الخاصة بالملكات المنقولة وغير المنقولة

١٦١- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يجوز للدائن المضمون أن يختار إنفاذ الحق الضماني في ملحقات الممتلكات غير المنقولة وفقا للتوصيات الواردة في هذا الفصل أو للقانون الذي يحكم إنفاذ الرهونات على الممتلكات غير المنقولة؛

(ب) إذا كان الالتزام مكفولا بممتلكات منقولة وممتلكات غير منقولة تخص المانح، جاز للدائن المضمون أن يختار إنفاذ:

١' الحق الضماني في الممتلكات المنقولة بمقتضى أحكام إنفاذ الحق الضماني في الموجودات المنقولة والرهن على الممتلكات غير المنقولة بمقتضى القانون الذي يحكم إنفاذ الرهونات على الممتلكات غير المنقولة؛ أو

٢' كلا الحقيقتين بمقتضى القانون الذي يحكم إنفاذ الرهونات على الممتلكات غير المنقولة.

إنفاذ الحق الضماني في الملحقات

١٦٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الدائن المضمون الذي له حق ضماني في ملحقات الممتلكات غير المنقولة لا يحق له أن ينفذ حقه الضماني إلا إذا كانت له أولوية على حقوق منافسة في الممتلكات غير المنقولة. ويحق للدائن الذي له حق منافس في الممتلكات غير المنقولة ولكن له أولوية أدنى مرتبة أن يسدّد كامل مبلغ الالتزام المكفول بالحق الضماني للدائن المضمون المنفذ في الملحقات. ويكون الدائن المضمون المنفذ مسؤولاً عن أي ضرر يلحق بالممتلكات غير المنقولة من جراء عملية الإزالة، عدا ما يطرأ على تلك الممتلكات من نقص في القيمة لسبب وحيد يعزى إلى زوال الملحقات.

١٦٣- [ينبغي أن ينص القانون على أن الدائن المضمون الذي له حق ضماني في ملحقات الموجودات المنقولة يحق له أن ينفذ حقه الضماني في تلك الملحقات. ويحق للدائن الذي له أولوية أعلى مرتبة أن يتولى السيطرة على عملية الإنفاذ، حسبما هو منصوص عليه في التوصية ١٤٢. ويحق للدائن الذي له أولوية أدنى مرتبة أن يسدّد كامل مبلغ الالتزام المكفول بالحق الضماني الذي يتمتع به الدائن المضمون المنفذ في الملحقات. ويكون الدائن المضمون المنفذ مسؤولاً عن أي ضرر يلحق بالموجودات المنقولة من جراء الإزالة، عدا ما يطرأ عليها من نقص في القيمة لسبب وحيد يعزى إلى زوال الملحقات.]

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تنظر في هذه التوصية التي أضيفت لتتناول مسألة إنفاذ الحق الضماني في ملحقات الممتلكات المنقولة وتوافق عليها.]

باء- توصيات تخص الموجودات تحديداً

انطباق الفصل المتعلق بالإنفاذ على النقل التام للمستحقات

١٦٤- ينبغي أن ينص القانون على أن التوصيات الواردة في هذا الفصل لا تنطبق على تحصيل مستحق يحال بواسطة نقل تام أو على إنفاذه على نحو آخر، باستثناء:

(أ) التوصية ١٢٨ في حالة النقل التام مع الحق في الرجوع؛

(ب) التوصيتين ١٦٥ و ١٦٦.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تستعيض عن النص الوارد بين معقوفتين في التوصية ١٤٢ بالنص التالي:

"ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على الدائن المضمون المنفذ، في حالة تحصيل مستحق أو صك قابل للتداول أو إنفاذ أي التزام آخر أو إنفاذ مطالبة، أن يستخدم صافي العائدات المتأتية من إنفاذه (بعد خصم تكاليف الإنفاذ) في سداد الالتزام المضمون. ويجب على الدائن المضمون المنفذ أن يدفع أي فائض يتبقى بعد ذلك الاستخدام إلى أي مطالب منافس كان قد وَجَّهَ إليه، قبل أي توزيع للفائض، إشعاراً بمطالبته، ضمن حدود تلك المطالبة. ويجب أن يُردَّ إلى المانح أي رصيد يتبقى بعد ذلك.

والغاية من الجملة الثانية من هذا النص أن توفرَّ بعض الحماية للدائن المضمون الذي يتمتع بوضعية أولوية أعلى من أولوية الدائن المضمون المنفذ ("الدائن المضمون الأقدم"). وينبغي التمييز بين تحصيل المستحقات من جانب دائن مضمون يتمتع بحقوق ضمانية أدنى مرتبة وبين تصرف دائن مضمون أقل مرتبة في الموجودات المرهونة. والدائن المضمون الأقدم محمي لأن الحق الضماني في الموجودات المتصرف فيها يستمر (انظر التوصية ١٥٨).

إنفاذ الحق الضماني في المستحقات

١٦٥- ينبغي أن ينص القانون على حق المحال إليه في تحصيل المستحق أو إنفاذه بطريقة أخرى، في حالة نقل ذلك المستحق بواسطة نقل تام، رهنا بالتوصيات ١١٤ إلى ١٢٠ (الفصل تاسعا بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها). وفي حالة إحالة مستحق على سبيل الضمان، يحق للمحال إليه، رهنا بالتوصيات من ١١٤ إلى ١٢٠، أن يُحصِّل المستحق أو ينفذه بطريقة أخرى بعد التقصير، أو قبله بموافقة المحيل.

١٦٦- ينبغي أن ينص القانون على أن حق المحال إليه في تحصيل المستحق أو إنفاذه بطريقة أخرى يتضمن الحق في أن يحصل أو أن ينفذ بأي طريقة أخرى أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن تسديد المستحق.

إنفاذ الحق الضماني في الصك القابل للتداول

١٦٧- ينبغي أن ينص القانون على أن للدائن المضمون الحق بعد التقصير، أو قبل التقصير بموافقة المانح، ورهنا بالتوصية ١٢١ (الفصل تاسعا بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، في أن يحصل الصك القابل للتداول الذي هو أحد الموجودات المرهونة أو ينفذه بطريقة أخرى تجاه الشخص المدين بمقتضى ذلك الصك.

١٦٨- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الدائن المضمون في تحصيل صك قابل للتداول أو إنفاذه بطريقة أخرى يشمل الحق في أن يحصل أو أن ينفذ بطريقة أخرى أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن سداد الصك القابل للتداول.

إنفاذ الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

١٦٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون الذي له حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي أن يحصل، بعد التقصير، أو قبل التقصير، بموافقة المانح، ورهنا بالتوصيتين ١٢٢ و ١٢٣ (الفصل تاسعا بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، الأموال أو أن يُنفذ حقه في تقاضيها بطريقة أخرى.

١٧٠- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون الذي يتولى السيطرة، رهنا بالتوصيتين ١٢٢ و ١٢٣ (الفصل تاسعا بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، أن يُنفذ حقه الضماني دون الحاجة إلى اللجوء إلى محكمة أو سلطة أخرى.

١٧١- ينبغي أن ينص القانون على أنه، رهنا بالتوصيتين ١٢٢ و ١٢٣ (الفصل تاسعا بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، لا يحق للدائن المضمون الذي لا يتولى السيطرة أن يحصل الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو يُنفذ هذا الحق بطريقة أخرى إلا عملاً بأمر من محكمة، ما لم يوافق المصرف الوديع على خلاف ذلك.

إنفاذ الحق الضماني في حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل

١٧٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون الذي له حق ضماني في حق تقاضي العائدات بمقتضى تعهد مستقل، بعد التقصير، أو قبله بموافقة المانح، ورهنا بالتوصيات ١٢٤ إلى ١٢٦ (الفصل تاسعا بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)، أن يحصل العائدات أو يُنفذ حقه في حق تقاضيها بطريقة أخرى بمقتضى التعهد المستقل.

إنفاذ الحق الضماني في المستند القابل للتداول أو في الموجودات المملوكة المشمولة بالمستند القابل للتداول

١٧٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، أو قبله بموافقة المانح، ورهنا بالتوصية ١٢٧ (الفصل تاسعا بشأن حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها)،

أن ينفذ الحق الضماني في المستند القابل للتداول أو الموجودات الملموسة المشمولة بهذا المستند.

حادي عشر - تمويل الاحتياز

الخيار ألف - النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز*

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بالحقوق الضمانية الاحتيازية هو:

- (أ) الاعتراف بأهمية تمويل الاحتياز بصفته مصدر ائتمان ميسور، وتسهيل استخدامه، ولا سيما بالنسبة إلى المنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة؛
- (ب) النص على معاملة متساوية لجميع ممّولي الاحتياز؛
- (ج) تيسير المعاملات المضمونة عموماً بتحقيق الشفافية فيما يتعلق بتمويل الاحتياز.

معادلة الحق الضماني الاحتيازي بالحق الضماني

١٧٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الاحتيازي هو حق ضماني. وبالتالي فإن جميع التوصيات التي تحكم الحقوق الضمانية، بما فيها التوصيات المتعلقة بإنشاء الحق الضماني، ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة (باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٧٥)، وتسجيله وإنفاذه والقانون المنطبق عليه، تنطبق على الحقوق الضمانية الاحتيازية. كما تنطبق عليها التوصيات المتعلقة بالأولوية (باستثناء ما تنص عليه التوصيات ١٧٦-١٨٢).

نفاذ الحق الضماني الاحتيازي في السلع الاستهلاكية تجاه الأطراف الثالثة وأولويته

١٧٥- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الاحتيازي في السلع الاستهلاكية يصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة حال إنشائه وتصبح له أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي المنازع الذي ينشئه المانح، باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٧٧.

* يجوز للدولة أن تعتمد الخيار ألف (النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز)، أي التوصيات ١٧٤-١٨٣، أو الخيار ب (النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز)، أي التوصيات ١٨٤-١٩٩. وتنطبق التوصيات الواردة في فصول أخرى عموماً إلا في حدود التعديلات التي ترد في توصيات هذا الفصل.

أولوية الحق الضماني الاحتيازي في الموجودات الملموسة

١٧٦- باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٧٧، ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف**

(أ) للحق الضماني الاحتيازي في موجودات ملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي المنافس الذي أنشأه المانح (حتى إذا سُجِّل إشعار فيما يتعلق بذلك الحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام قبل تسجيل إشعار فيما يتعلق بالحق الضماني الاحتيازي)، شريطة ما يلي:

١٠- أن يقوم الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي بالاحتفاظ بحيازة الموجودات؛ أو

٢٠- يُسجَّل إشعار يتعلق بالحق الضماني الاحتيازي في سجل الحقوق الضمانية العام في موعد أقصاه [تحدد فترة زمنية قصيرة تتراوح بين ٢٠ و ٣٠ يوما مثلاً] بعد حصول المانح على حيازة الموجودات؛

(ب) للحق الضماني الاحتيازي في المخزون أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي المنازع الذي أنشأه المانح (حتى إذا أصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن يصبح الحق الضماني الاحتيازي نافذا تجاه الأطراف الثالثة)، شريطة ما يلي:

١٠- أن يقوم الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي بالاحتفاظ بحيازة المخزون؛ أو

٢٠- أن يسبق تسليم المخزونات إلى المانح ما يلي:

أ- يُسجَّل إشعار يتعلق بالحق الضماني الاحتيازي في سجل الحقوق الضمانية العام؛ و

ب- يوجَّه إلى الدائن المضمون بحق ضماني غير احتيازي سابق التسجيل أنشأه المانح في مخزون من النوع نفسه إشعار من الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي بأن الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي يمتلك أو

** يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ١٧٦

يعتزم أن يمتلك حقا ضمانيا احتيازيا. وينبغي أن يتضمن الإشعار وصفا للمخزون بالقدر الذي يكفي لتعريف الدائن المضمون بحق ضمان غير احتيازي بالمخزون الذي هو موضوع الحق الضماني الاحتيازي؛

(ج) يجوز أن يغطي الإشعار، المرسل عملا بالفقرة الفرعية (ب) '٢٤' ب- من هذه التوصية الحقوق الضمانية الاحتيازية بموجب معاملات متعددة بين الأطراف ذاتها دونما حاجة إلى التعريف بكل معاملة. بيد أن الإشعار ينبغي أن يكون كافيا فقط بالنسبة إلى الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة التي يحصل المانح على حيازتها في غضون فترة زمنية [تُحدّد مدة مقدارها خمس سنوات مثلا] بعد توجيه الإشعار.

البديل باء

للحق الضماني الاحتيازي في موجودات ملموسة غير السلع الاستهلاكية أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي المنافس الذي أنشأه المانح (حتى إذا سُجِّل إشعار بذلك الحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام قبل تسجيل إشعار بالحق الضماني الاحتيازي)، شريطة ما يلي:

(أ) أن يحتفظ الدائن المضمون بحق ضمان احتيازي بحيازة الموجودات؛ أو
(ب) أن يُسجَّل إشعار يتعلق بالحق الضماني الاحتيازي في سجل الحقوق الضمانية العام في موعد أقصاه [تحدد فترة زمنية قصيرة تتراوح بين ٢٠ و ٣٠ يوما مثلا] بعد حصول المانح على حيازة الموجودات.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أن البديل ألف يميز بين الموجودات الملموسة غير المخزون وبين المخزون بينما لا يميز البديل باء بينهما. قد أتيح هذان البديلان تنفيذا لقرار اللجنة بجعل الصيغ الواردة في التوصية ١٨٩ متشابهة بغية تحقيق التكافؤ الوظيفي للنهجين الوحدوي وغير الوحدوي (انظر الوثيقة *A/62/17 (Part I)*، الفقرة ٦٣). ونظرا لأن حقوق الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي تكون في العادة حقوقا غير حيازية (وعلى أية حال، تظل التوصيات العامة بشأن النفاذ تجاه الأطراف الثالثة الذي يتم الحصول عليه عن طريق الحيازة، منطبقة)، لعلّ اللجنة تود النظر فيما إذا كانت الفقرتان الفرعيتان (أ) '١' و (ب) '١' من البديل ألف والفقرة الفرعية (أ) من البديل باء لازمتين. ويثار نفس السؤال فيما يتعلق بالتوصية ١٨٩ أدناه.]

أولوية الحق الضماني المسجل في سجل متخصص أو المؤشر بشأنه على شهادة ملكية

١٧٧- ينبغي أن ينص القانون على أن أولوية الحق الضماني الاحتيازي، بمقتضى التوصية ١٧٦، لا تبطل أولوية الحق الضماني أو أي حق آخر مسجل في سجل خاص أو مؤشر بشأنه على شهادة ملكية بمقتضى التوصية ٧٤ (الفصل سابعاً بشأن أولوية الحق الضماني).

الأولوية بين حقوق ضمانية احتيازية متنافسة

١٧٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الأولوية بين الحقوق الضمانية الاحتيازية المتنافسة تتحدد وفقاً للقواعد العامة للأولوية المنطبقة على الحقوق الضمانية غير الاحتيازية إلا إذا كان أحد الحقوق الضمانية الاحتيازية هو حق ضماني احتيازي لمورد، جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة في غضون الفترة المحددة في التوصية ١٧٦، وفي تلك الحالة، تكون للحق الضماني الاحتيازي للمورد أولوية على جميع الحقوق الضمانية الاحتيازية المنافسة.

أولوية الحق الضماني الاحتيازي على حق الدائن بحكم القضاء

١٧٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الاحتيازي الذي جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة أثناء الفترة المحددة في التوصية ١٧٦ أولوية تكون له على حقوق الدائن غير المضمون التي ستكون لها فيما عدا ذلك الأولوية بموجب التوصية ٨١ (الفصل سابعاً بشأن أولوية الحق الضماني).

أولوية الحق الضماني الاحتيازي في ملحقات الممتلكات غير المنقولة

على رهن سابق التسجيل في الممتلكات غير المنقولة

١٨٠- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الاحتيازي في الممتلكات الملموسة التي سوف تصبح ملحقات لممتلكات غير منقولة، تكون له أولوية على الحقوق القائمة للأطراف الثالثة في الممتلكات غير المنقولة (بخلاف الرهن الضامن لقرض يمول بناء تلك الممتلكات غير المنقولة)، شريطة تسجيل إشعار بذلك الحق الضماني الاحتيازي في سجل الممتلكات غير المنقولة في أجل أقصاه [تحدد فترة زمنية قصيرة تتراوح بين ٢٠ و ٣٠ يوماً مثلاً] يوماً من بعد ما تصبح الموجودات ملحقات.

أولوية الحق الضماني الاحتيازي في عائدات الموجودات الملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية

١٨١- ينبغي أن ينص القانون على أن للحق الضماني الاحتيازي في عائدات الموجودات الملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية نفس الأولوية التي يتمتع بها الحق الضماني الاحتيازي في تلك الموجودات.

أولوية الحق الضماني في عائدات المخزون

١٨٢- ينبغي أن ينص القانون على أن للحق الضماني في عائدات المخزون الأولوية ذاتها التي يتمتع بها الحق الضماني الاحتيازي في ذلك المخزون، إلا حيثما تكون تلك العائدات في شكل مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي أو حقوق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل. لكن هذه الأولوية مشروطة بقيام الدائن المضمون بحق ضماني احتيازي بإخطار الدائنين المضمونين، بأنه سجل، قبل نشوء العائدات، إشعاراً فيما يتعلق بالحق الضماني في الموجودات من نوع العائدات ذاتها.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أنه يمكن إضافة بديل لهذه التوصية هنا (بعنوان "أولوية الحق الضماني الاحتيازي في عائدات الموجودات الملموسة") ليوّازي التوصية المقترحة في ملاحظة التوصية ١٩٦، التي لا تميز بين المخزون والموجودات الملموسة غير المخزون، وذلك على غرار ما يلي:

"ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في العائدات تكون له أولوية الحق الضماني غير الاحتيازي إذا كان حق ضماني احتيازي في موجودات ملموسة نافذاً تجاه الأطراف الثالثة."

معادلة الحق الضماني الاحتيازي بالحق الضماني في إجراءات الإعسار

١٨٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه، في حال إجراءات الإعسار فيما يتعلق بالمدين، فإن الأحكام المنطبقة على الحقوق الضمانية تنطبق أيضاً على الحقوق الضمانية الاحتياطية.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أن هذه التوصية نُقلت من الفصل رابع عشر بشأن أثر الإعسار في الحق الضماني لتجنب الإيحاء بأن وصف الحقوق الضمانية الاحتياطية بأنها حقوق ضمانية مسألة تتعلق بقانون الإعسار (وهو إيحاء من شأنه أن يكون

غير متسق مع دليل الأونسيترال للإعسار؛ انظر، مثلاً، الحاشية ٦ للتوصية ٣٥ من دليل الأونسيترال للإعسار). ولعلّ اللجنة تود أن تنظر في حذف هذه التوصية وإضافة كلمة 'إعسار' إلى التوصية ١٧٤ بشأن معادلة الحق الضماني الاحتيازي بالحق الضماني. ونتيجة لذلك تنطبق، التوصيات المتعلقة بالحق الضماني على الحقوق الضمانية الاحتيازية في نطاق الإعسار أو خارج نطاقه (ستقتصر التعديلات على التوصيات المتعلقة بأولوية الحقوق الضمانية الاحتيازية).

الخيار بـ- النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز*

الغرض (النهج غير الوحدوي)

الغرض من الأحكام المتعلقة بتمويل الاحتياز، بما فيها الحقوق الضمانية الاحتيازية وحقوق الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي هو كما يلي:

- (أ) الاعتراف بأهمية تمويل الاحتياز بصفته مصدر ائتمان ميسور، وتسهيل استخدامه، ولا سيما بالنسبة إلى المنشآت الصغيرة والمتوسطة؛
- (ب) معاملة جميع ممّولي الاحتياز معاملة متساوية؛
- (ج) تيسير المعاملات المضمونة عموماً بتحقيق الشفافية فيما يتعلق بتمويل الاحتياز.

وسائل تمويل الاحتياز

١٨٤- ينبغي أن ينص القانون على:

- (أ) أن نظام الحقوق الضمانية الاحتيازية في سياق النهج غير الوحدوي مطابق للنظام المعتمد في سياق النهج الوحدوي؛
- (ب) أنه يجوز لكل الدائنين، الموردين منهم والمقرضين، اكتساب حق ضماني احتيازي وفقاً للنظام الذي يحكم الحقوق الضمانية الاحتيازية؛
- (ج) أنه يجوز توفير تمويل الاحتياز القائم على حقوق الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي وفقاً للتوصية ١٨٥؛

* يجوز للدولة أن تعتمد الخيار ألف (النهج الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز)، أي التوصيات ١٧٤-١٨٣، أو الخيار بـ (النهج غير الوحدوي إزاء تمويل الاحتياز)، أي التوصيات ١٨٤-١٩٩.

(د) أنه يجوز للمقرض أن يستفيد من حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي عن الطريق الإحالة أو الحلول.

معادلة الاحتفاظ بحق الملكية وحق الإيجار التمويلي بالحق الضماني الاحتيازي

١٨٥- ينبغي أن ينص القانون على أن القواعد التي تحكم تمويل الاحتياز تحقق نتائج اقتصادية متعادلة وظيفيا بغض النظر عما إذا كان حق الدائن حقا بالاحتفاظ بالملكية أو حقا بالإيجار التمويلي أو حقا ضمانيا احتيازيا.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي

١٨٦- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في الموجودات الملموسة لا يكون نافذا إلا إذا أبرم اتفاق البيع أو التأجير أو أثبت بشكل مكتوب طالما كانت الكتابة، مقترنة بمجرى التصرفات بين الطرفين، تدل على نية البائع أو المؤجر الاحتفاظ بالملكية. ويجب أن يوجد الشكل المكتوب قبل وقت حصول المشتري أو المستأجر على حيازة الموجودات.

حق المشتري أو المستأجر في إنشاء حق ضماني

١٨٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه من الجائز للمشتري أو المستأجر أن ينشئ حقا ضمانيا في الموجودات الملموسة التي هي موضوع حق احتفاظ بملكية أو حق إيجار تمويلي. ولا يكون الحق الضماني راهنا للموجودات، إلا بمقدار قيمة الموجودات الزائدة عن المبلغ المستحق للبائع أو المؤجر التمويلي.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في السلع الاستهلاكية تجاه الأطراف الثالثة

١٨٨- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في السلع الاستهلاكية يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة فور إبرام البيع أو التأجير شريطة أن يُثبت الحق وفقا للتوصية ١٨٦.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية في موجودات ملموسة تجاه الأطراف الثالثة

١٨٩- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

البديل ألف*

(أ) لا يكون حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا:

١٠٠ احتفظ البائع أو المؤجر بحيازة الموجودات؛ أو

٢٠٠ سُجِّل إشعار فيما يتعلق بذلك الحق في سجل الحقوق الضمانية العام في أجل أقصاه [تُحدّد فترةً زمنية قصيرة تتراوح بين ٢٠ و ٣٠ يوما مثلاً] يوما بعد حصول المشتري أو المستأجر على حيازة الموجودات؛

(ب) لا يكون حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في المخزون نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا:

١٠٠ احتفظ البائع أو المؤجر بحيازة المخزون؛ أو

٢٠٠ حصل ما يلي قبل تسلّم المشتري أو المستأجر المخزون:

أ- سُجِّل إشعار فيما يتعلق بذلك الحق في سجل الحقوق الضمانية العام؛

ب- وُجِّه إلى الدائن المضمون الذي له حق ضماني غير احتيازي سابق التسجيل كان قد أنشأه المشتري أو المستأجر في مخزون من نفس النوع، إشعار مكتوب بأن البائع أو المؤجر ينوي المطالبة بحق الاحتفاظ بالملكية أو بحق الإيجار التمويلي. وينبغي أن يتضمّن الإشعار وصفا كافيا للمخزون يمكّن الدائن المضمون من تحديد طبيعة المخزون الخاضع لحق الاحتفاظ بالملكية أو لحق الإيجار التمويلي؛

(ج) ويجوز أن يغطى إشعار مرسل عملا بالفقرة الفرعية (ب) ٢٠٠ ب- من هذه التوصية حقوق الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي بمقتضى معاملات متعددة بين الطرفين نفسيهما دون الحاجة إلى تحديد كل معاملة على حدة. ولا يكون الإشعار نافذا إلا بالنسبة للحقوق في الموجودات الملموسة التي يحتازها

* يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ١٨٩.

المشتري أو المستأجر في غضون فترة [تُحدّد مدة زمنية مقدارها خمس سنوات، مثلاً] سنة بعد توجيه الإشعار.

البديل باء

لا يكون حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في الموجودات الملموسة غير السلع الاستهلاكية نافذاً تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا:

(أ) احتفظ البائع أو المؤجّر بحيازة الموجودات؛ أو

(ب) سُجِّل إشعار بشأن ذلك الحق في سجل الحقوق الضمانية العام في أجل أقصاه [تُحدّد فترة زمنية قصيرة، تتراوح بين ٢٠ و ٣٠ يوماً مثلاً] يوماً بعد حصول المشتري أو المستأجر على حيازة الموجودات.

وتنطبق القاعدة في هذه التوصية أيضاً على الحق الضماني الاحتيازي في موجودات ملموسة غير السلع الاستهلاكية.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أن البديل ألف لهذه التوصية يميز بين المخزون والموجودات الملموسة غير المخزون، بينما لا يميز البديل باء بينهما.]

تسجيل واحد يكفي

١٩٠- ينبغي أن ينص القانون على أن تسجيل إشعار واحد في سجل الحقوق الضمانية العام يكفي لتحقيق نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في إطار المعاملات المتعددة بين الأطراف ذاتها، سواء أبرمت قبل التسجيل أو بعده، والتي تشمل تلك الموجودات الملموسة التي تندرج ضمن الوصف الوارد في الإشعار. وتنطبق الأحكام المتعلقة بنظام السجل، مع إجراء التغييرات الملائمة فيما يخص المصطلحات، على تسجيل حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي.

أثر عدم تحقيق نفاذ مفعول حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي تجاه الأطراف الثالثة

١٩١- ينبغي أن ينص القانون على أنه، إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة، تؤوّل ملكية الموجودات تجاه الأطراف الثالثة إلى

المشتري أو المستأجر، ويكون للبائع أو المؤجر حق ضماني في الموجودات رهنا بالتوصيات المنطبقة على الحقوق الضمانية.

نفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في ملحقات الممتلكات غير المنقولة تجاه الأطراف الثالثة

١٩٢- ينبغي أن ينص القانون على أن حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في الموجودات الملموسة التي تصبح ملحقات لممتلكات غير منقولة لا يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة التي لها حقوق في ممتلكات غير منقولة مسجلة في سجل الممتلكات غير المنقولة، إلا إذا كان ذلك الحق مسجلاً في سجل الممتلكات غير المنقولة في أجل أقصاه [تُحدّد فترة زمنية قصيرة تتراوح بين ٢٠ و ٣٠ يوماً، مثلاً] يوماً بعد أن تصبح الموجودات ملحقات.

وجود حق ضماني في عائدات موجودات ملموسة خاضعة لحق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي

١٩٣- ينبغي أن ينص القانون على أن للبائع أو المؤجر الذي له حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة حقا ضمانيا في عائدات هذه الموجودات.

نفاذ الحق الضماني في عائدات الموجودات الملموسة الخاضعة لحق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي تجاه الأطراف الثالثة

١٩٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) لا يكون الحق الضماني في العائدات المشار إليها في التوصية ١٩٣ نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا إذا كانت العائدات موصوفة وصفا عاما في الإشعار المسجل الذي جعل بمقتضاه حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي نافذا تجاه الأطراف الثالثة، أو إذا كانت العائدات عبارة عن نقود أو مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي؛

(ب) إذا لم تكن العائدات موصوفة وصفا عاما في الإشعار المسجل أو إذا كانت لا تشمل أنواع الموجودات المشار إليها في الفقرة الفرعية (أ) من هذه التوصية، يكون الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة لمدة [تُحدّد مدة زمنية قصيرة] يوماً بعد نشوء العائدات، ويظل كذلك بعدها، إذا جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بإحدى الوسائل المشار

إليها في التوصية ٣٢ أو ٣٤ (الفصل خامسا بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة) قبل انقضاء تلك المدة.

أولوية الحق الضماني في عائدات الموجودات الملموسة غير المخزون أو السلع الاستهلاكية

١٩٥- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي نافذا تجاه الأطراف الثالثة، يكون للحق الضماني في العائدات المشار إليها في التوصية ١٩٣ الأولوية على حق ضماني آخر في الموجودات ذاتها.

أولوية الحق الضماني في عائدات المخزون

١٩٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي نافذا تجاه الأطراف الثالثة، يكون للحق الضماني في عائدات المخزون المشار إليها في التوصية ١٩٣ نفس أولوية حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في ذلك المخزون، إلا حيثما تكون العائدات في شكل مستحقات أو صكوك قابلة للتداول أو حقوق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي أو حقوق في تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل. لكن هذه الأولوية مشروطة بأن يُخطر البائع أو المؤجر الدائنين المضمونين الذين سجلوا إشعارا فيما يتعلق بالحق الضماني في موجودات من نفس نوع العائدات التي كانت موجودة قبل نشوء العائدات.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تستذكر أنها قرّرت، في دورتها الأربعين (الجزء الأول)، إعداد بديل ثان فيما يتعلق بنفاذ حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي تجاه الأطراف الثالثة، لا يميز بين المخزون والموجودات غير المخزون فيما يتعلق بالموجودات المرهونة الأصلية (انظر *A/62/17 (Part I)*، الفقرات ٦٣ و ٨٩ و ٩٠). ويرد هذان البيدلان في التوصية ١٨٩.

ولعلّ اللجنة تود أن تنظر في ما إذا كان ينبغي، من أجل تحقيق التوازن مع بديلي التوصية ١٨٩، إتاحة بديل للتوصيتين ١٩٥ و ١٩٦ (بعنوان "أولوية الحق الضماني في عائدات الموجودات الملموسة") على غرار ما يلي:

"ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في الموجودات الملموسة نافذاً تجاه الأطراف الثالثة، يكون للحق

الضمان في العائدات المشار إليها في التوصية ١٩٣ أولوية الحق الضماني غير الاحتيازي، إذا كان الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى التوصية ١٩٤.

"ينبغي أن ينص القانون على أن القاعدة الواردة في التوصية السابقة تنطبق أيضا على عائدات الموجودات الملموسة الخاضعة لحق ضماني احتيازي."

ولعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أن هاتين التوصيتين تنصان على أن للحق الضماني في عائدات الموجودات التي كانت خاضعة لحق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي أولوية على الحق الضماني غير الاحتيازي (أولوية غير فائقة). والقصد من وراء هذا النهج الذي يتماشى مع التوصية ١٩٦، تجنب حدوث أثر سلبي على تمويل المستحقات، وتمويل المخزون، وهو يتسق مع النهج المتبع في معظم الولايات القضائية التي يستعمل فيها الاحتفاظ بحق الملكية.]

إنفاذ حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي

١٩٧- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ينبغي أن تتناول قواعد الإنفاذ الواقع بعد التقصير لحق الاحتفاظ بالملكية أو لحق الإيجار التمويلي في موجودات ملموسة ما يلي:

- ١' الطريقة التي يمكن بها للبائع أو المؤجر أن يحصل على حيازة الموجودات؛
- ٢' ما إن كان المطلوب من البائع أو المؤجر أن يتصرف في الموجودات، وإذا كان الأمر كذلك، فكيف؛
- ٣' ما إن كان يجوز للبائع أو المؤجر أن يحتفظ بأي فائض؛
- ٤' ما إن كان للبائع أو المؤجر مطالبة تجاه المشتري أو المستأجر فيما يتعلق بأي عيب.

(ب) يسري النظام المنطبق على الإنفاذ الواقع بعد التقصير لحق ضماني على الإنفاذ الواقع بعد التقصير لحق الاحتفاظ بالملكية أو لحق الإيجار التمويلي إلى المدى اللازم للحفاظ على اتساق النظام المنطبق على البيع والتأجير.

حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي في إجراءات الإعسار

١٩٨- في حالة إجراءات الإعسار، ينبغي أن ينص القانون على ما يلي، فيما يتعلق بالمدين:

البديل ألف*

تنطبق الأحكام المنطبقة على الحقوق الضمانية أيضا على حقوق الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي.

البديل باء

تنطبق أحكام قانون الدولة المشترعة المنطبقة على حقوق ملكية الأطراف الثالثة أيضا على حقوق الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أن هذه التوصية نُقلت من الفصل رابع عشر بشأن أثر الإعسار في الحق الضماني لتجنب الإيحاء بأن توصيف الحقوق الضمانية الاحتيازية بأنها حقوق ضمانية أو حقوق ملكية هو مسألة تتعلق بقانون الإعسار (وهو إيحاء من شأنه ألا يتماشى مع دليل الأونسيترال للإعسار؛ انظر، على سبيل المثال، الحاشية ٦ من التوصية ٣٥ من دليل الأونسيترال للإعسار).

ولعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أيضا أن التعليق سيوضح أن هذا التوصيف هو مسألة تتعلق بقانون المعاملات المضمونة أو بقانون الملكية العام. كما سيوضح التعليق أن قانون الإعسار يحيل إلى قانون المعاملات المضمونة فيما يتعلق بهذه الأمور. وسيوضح التعليق كذلك أن الحق الضماني الاحتيازي ينبغي أن يُعامل على أنه حق ضماني في سياق النهجين الوجدوي وغير الوجدوي كليهما.

وسيوضح تعليق الفصل رابع عشر بشأن أثر الإعسار في الحق الضماني أنه، بمقتضى دليل الأونسيترال للإعسار، إذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي حقا ضمانيا، بموجب قانون غير قانون الإعسار، تنطبق توصيات دليل الأونسيترال للإعسار التي تتناول الحقوق الضمانية. وإذا كان حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي حق ملكية، بموجب قانون غير قانون الإعسار، تنطبق توصيات دليل الأونسيترال للإعسار التي تتناول الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة.]

* يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ١٩٨.

القانون المنطبق على حق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي

١٩٩- ينبغي أن ينص القانون على أن الأحكام المتعلقة بتنازع القوانين المنطبقة على الحقوق الضمانية تنطبق أيضا على حقوق الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي.

ثاني عشر- تنازع القوانين*

الغرض

الغرض من قواعد تنازع القوانين هو تحديد القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته؛ وحقوق والتزامات المانح والدائن المضمون والأطراف الثالثة قبل التقصير وبعده.⁽³³⁾

ألف- توصيات عامة

القانون المنطبق على الحق الضماني في الموجودات الملموسة

٢٠٠- ينبغي أن ينص القانون⁽³⁴⁾ على أن القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في الموجودات الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته هو قانون الدولة التي يقع فيها مكان الموجودات، باستثناء ما تنص عليه التوصيات ٢٠١-٢٠٤ و٢٠٨.

٢٠١- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح هو التعاون المنطبق على المسائل المشار إليها في التوصية ١٩٨ فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في موجودات ملموسة من النوع الذي يُستخدم عادة في أكثر من دولة.

٢٠٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كانت الموجودات الملموسة خاضعة للتسجيل في سجل متخصص أو للتأشير بشأنها في شهادة ملكية تنص على تسجيل الحق الضماني أو التأشير بشأنه، يكون القانون المنطبق على المسائل المشار إليها في التوصية ٢٠٠ هو قانون الدولة التي يقع تحت سلطتها الاحتفاظ بالسجل أو إصدار شهادة الملكية.

* أُعدت التوصيات المتعلقة بتنازع القوانين بتعاون وثيق مع المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

(33) جرى تناول مسائل تنازع القوانين المتعلقة بتمويل الاحتياز والإعسار في الفصلين حادي عشر ورابع عشر.

(34) يعني تعبير "قانون" في هذا الفصل قانون المعاملات المضمونة أو أي قانون آخر يجوز للدولة أن تدرج فيه أحكام تنازع القوانين.

٢٠٣- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون الواجب التطبيق على أولوية الحق الضماني في الموجودات الملموسة، الذي جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمحاذاة مستند قابل للتداول، على حق ضماني منازع جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى، هو قانون الدولة التي يقع فيها المستند.

القانون المنطبق على الحق الضماني في الموجودات الملموسة العابرة أو المراد تصديرها

٢٠٤- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الموجودات الملموسة (غير الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) العابرة أو المراد تصديرها من الدولة التي تكون موجودة فيها وقت إنشاء الحق الضماني يجوز إنشاؤه وجعله نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى قانون دولة المكان الأول للموجودات على النحو المنصوص عليه في التوصية ٢٠٠ أو بمقتضى قانون دولة المقصد النهائي للموجودات، شريطة أن تصل تلك الموجودات إلى تلك الدولة في غضون [تحدد مدة قصيرة] أيام من بعد إنشاء الحق الضماني.

القانون المنطبق على الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة

٢٠٥- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الدولة التي يقع فيها مقر المانع يحكم إنشاء الحق الضماني في الموجودات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته.

القانون المنطبق على المستحقات الناشئة من بيع ممتلكات غير منقولة أو تأجيرها أو اتفاق ضماني بشأنها

٢٠٦- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الدولة التي يقع فيها مقر الخيل يحكم إنشاء الحق الضماني في مستحق ناشئ من بيع ممتلكات غير منقولة أو تأجيرها أو إبرام اتفاق ضماني بشأنها ونفاذ ذلك الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وأولويته. أما تنازع الأولوية بشأن حقوق مطالب منافس منازع مسجل في سجل الممتلكات غير المنقولة فيحكمه قانون الدولة التي يحتفظ بالسجل تحت سلطتها. ولا تنطبق القاعدة الواردة في الجملة السابقة إلا إذا كان التسجيل يتصل، بموجب ذلك القانون، بأولوية الحق الضماني في المستحق.

القانون المنطبق على الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

٢٠٧- ينبغي أن ينص القانون على أن مسائل إنشاء الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، ونفاذ ذلك الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، وأولويته، علاوة على حقوق المصرف الوديع وواجباته فيما يتعلق بذلك الحق الضماني، يحكمها

البديل ألف*

قانون الدولة التي يوجد فيها مكان عمل المصرف الذي يحتفظ بالحساب المصرفي. وإذا كانت للمصرف أماكن عمل في أكثر من دولة واحدة، يُرجع إلى المكان الذي يوجد فيه الفرع الذي يحتفظ بالحساب.

البديل باء

قانون الدولة التي ذكر صراحة في اتفاق الحساب أنها الدولة التي يحكم قانونها ذلك الاتفاق، أو قانون آخر إذا كان اتفاق الحساب ينص صراحة على انطباق ذلك القانون الآخر على جميع تلك المسائل. بيد أن قانون الدولة الذي يقرّر بمقتضى الجملة السابقة لا ينطبق إلا إذا كان لدى المصرف الوديع، وقت إبرام اتفاق الحساب، مكتب في تلك الدولة يزاول نشاطاً منتظماً في مجال حفظ الحسابات المصرفية. وإذا لم يُحدّد القانون المنطبق بمقتضى الجملتين السابقتين، حُدّد القانون المنطبق بمقتضى القواعد الاحتياطية التي تستند إلى المادة ٥ من اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط.⁽³⁵⁾

تخضع هذه التوصية للاستثناء المنصوص عليه في التوصية ٢٠٨.

القانون المنطبق على نفاذ الحق الضماني في أنواع محدّدة من الموجودات تجاه الأطراف

الثالثة بواسطة التسجيل

٢٠٨- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كانت الدولة التي يقع فيها مقر المانح تعترف بالتسجيل كطريقة لتحقيق نفاذ الحق الضماني في صك قابل للتداول أو حق تقاضي الأموال

* يجوز للدولة أن تعتمد البديل ألف أو البديل باء من التوصية ٢٠٧.

(35) ينبغي للدولة التي تعتمد البديل باء أن تعتمد كذلك التوصيتين ٢٢٣ و ٢٢٤.

المودعة في حساب مصرفي تجاه الأطراف الثالثة، كان قانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح هو القانون المنطبق على مسألة ما إذا كان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قد تحقق بواسطة التسجيل. بمقتضى قوانين تلك الدولة.

القانون المنطبق على الحق الضماني في حق تقاضي عائدات متأتية بمقتضى تعهد مستقل

٢٠٩- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الدولة المحددة في التعهد المستقل الصادر عن الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى يحكم ما يلي:

(أ) حقوق وواجبات الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى الذي تلقى طلبا بالإقرار أو قام، أو قد يقوم، بالسداد أو بإعطاء قيمة بطريقة أخرى. بمقتضى تعهد مستقل؛

(ب) الحق في إنفاذ حق ضماني في حق تقاضي عائدات متأتية. بمقتضى تعهد مستقل تجاه الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى؛

(ج) نفاذ الحق الضماني في حق تقاضي عائدات متأتية. بمقتضى تعهد مستقل تجاه الأطراف الثالثة وأولويته، باستثناء ما تنص عليه التوصية ٢٠٩.

٢١٠- إذا لم يحدد القانون الواجب التطبيق في التعهد المستقل الصادر عن الكفيل/المصدر أو المثبت، كان القانون الذي يحكم المسائل المشار إليها في التوصية ٢٠٩ هو قانون الدولة التي يقع فيها فرع الكفيل/المصدر أو المثبت أو مكتبه المذكور في التعهد المستقل. غير أنه في حالة الشخص المسمى يكون القانون المنطبق هو قانون الدولة التي يقع فيها فرع أو مكتب الشخص المسمى الذي قام، أو قد يقوم، بالسداد أو بإعطاء قيمة بطريقة أخرى. بمقتضى التعهد المستقل.

٢١١- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون الذي يحكم إنشاء حق ضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو مطالبة أخرى، يكفل التعهد المستقل سداؤه أو أدائه بطريقة أخرى، وجعل ذلك الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة، هو أيضا القانون المنطبق على مسألة ما إذا كان إنشاء الحق الضماني في حق تقاضي عائدات متأتية. بمقتضى التعهد المستقل وجعله نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة حسبما هو متوخى في التوصيتين ٢٥ و ٤٨ (الفصل رابعا بشأن إنشاء الحق الضماني).

القانون المنطبق على الحق الضماني في العائدات

٢١٢- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

- (أ) أن القانون المنطبق على إنشاء حق ضماني في العائدات هو القانون المنطبق على إنشاء الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية التي تأتت منها العائدات؛
- (ب) أن القانون المنطبق على نفاذ الحق الضماني في العائدات تجاه الأطراف الثالثة وأولويته هو القانون المنطبق على نفاذ الحق الضماني في الموجودات التي هي من نفس نوع العائدات تجاه الأطراف الثالثة وأولويته.

القانون المنطبق على حقوق المانح والدائن المضمون والتزاماتهما

٢١٣- ينبغي أن ينص القانون على أن حقوق المانح والدائن المضمون والتزاماتهما المتبادلة الناشئة عن الاتفاق الضماني، يحكمها القانون الذي اختاره، وفي حال عدم اختيارهما أي قانون فيحكمها القانون الذي يحكم الاتفاق الضماني.

القانون المنطبق على حقوق الأطراف الثالثة المدينة والدائنين المضمونين والتزاماتهم

٢١٤- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون المنطبق على المستحق أو الصك القابل للتداول أو المستند القابل للتداول هو أيضا القانون المنطبق على:

- (أ) العلاقة بين المدين بالمستحق ومن يحال إليه المستحق، أو بين المدين بمقتضى الصك القابل للتداول وحائز حق ضماني في ذلك الصك، أو بين مصدر المستند القابل للتداول وحائز حق ضماني في ذلك المستند؛

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تحذف الإشارة إلى القانون المنطبق على العلاقة بين مصدر المستند القابل للتداول وحائز حق ضماني في ذلك المستند. ذلك أن النص في قانون المعاملات المضمونة على أن هذه العلاقة تخضع لقانون الدولة الذي يحكم المستند القابل للتداول قد يؤدي إلى التنافر مع النهج المتبعة حاليا في قوانين النقل في مختلف الدول. وقد يكون من الأفضل ترك المسألة لقوانين أخرى.]

- (ب) الشروط الواجب توافرها ليتسنى الاستظهار بإحالة المستحق أو حق ضماني في الصك القابل للتداول أو في المستند القابل للتداول تجاه المدين بالمستحق أو المدين بمقتضى الصك القابل للتداول أو مصدر المستند القابل للتداول (بما في ذلك ما إذا كان يجوز للمدين

بالمستحق أو المدين بمقتضى الصك القابل للتداول أو مُصدر المستند القابل للتداول أن يتمسك باتفاق مانع للإحالة؛

(ج) مسألة الوفاء بالتزامات المدين بالمستحق أو المدين بمقتضى الصك القابل للتداول أو مصدر المستند القابل للتداول.

القانون المنطبق على إنفاذ الحق الضماني

٢١٥- رهنا بالتوصية ٢٢٠، ينبغي أن ينص القانون على أن القانون الذي يسري على المسائل التي تمس إنفاذ الحق الضماني:

- (أ) في الموجودات الملموسة، هو قانون الدولة التي يحدث فيها الإنفاذ؛
- (ب) في الممتلكات غير الملموسة، هو قانون الدولة التي يحكم قانونها أولوية الحق الضماني.

معنى "مقر" المانح

٢١٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه، لأغراض أحكام تنازع القوانين، يكون مقر المانح واقعاً في الدولة التي يوجد فيها مكان عمله. وإذا كان للمانح مكان عمل في أكثر من دولة، كان مكان عمله هو المكان الذي تزاوّل فيه إدارته المركزية. وإذا لم يكن للمانح مكان عمل أُخذ بمكان إقامته المعتاد.

الوقت المناسب لتحديد المكان أو المقر

٢١٧- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

- (أ) باستثناء ما تنص عليه الفقرة الفرعية (ب) من هذه التوصية، يقصد بالإشارات إلى مكان الموجودات أو إلى مقر المانح في أحكام تنازع القوانين، فيما يخص مسائل الإنشاء، المكان القائم في وقت الإنشاء المفترض للحق الضماني، وفيما يخص مسائل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، المكان القائم وقت نشوء المسألة؛

(ب) إذا كانت حقوق جميع المطالبين المنافسين في الموجودات المرهونة قد أنشئت وجعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل حدوث تغير في مكان الموجودات أو في مقر المانح، فإن الإشارات الواردة في أحكام تنازع القوانين إلى مكان الموجودات أو إلى مقر المانح

يقصد بها، فيما يخص مسألتي النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والأولوية، المكان أو المقر قبل حدوث ذلك التغير.

استبعاد الإحالة إلى قانون آخر

٢١٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الإشارة في أحكام تنازع القوانين إلى "قانون" دولة أخرى بكونه القانون الذي يحكم مسألة ما، إنما يقصد بها القانون النافذ في تلك الدولة غير أحكامها المتعلقة بتنازع القوانين.

السياسة العامة والقواعد الإلزامية دولياً

٢١٩- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أنه لا يجوز للمحكمة أن ترفض تطبيق القانون الذي يقرّر بمقتضى أحكام تنازع القوانين إلا إذا كانت نتائج تطبيقه تتعارض تعارضاً صارخاً مع السياسة العامة للمحكمة؛

(ب) لا تمنع أحكام تنازع القوانين تطبيق أحكام قانون مكان التقاضي التي يجب تطبيقها، بصرف النظر عن أحكام تنازع القوانين، حتى على الحالات الدولية؛

(ج) أن القواعد الواردة في الفقرتين الفرعيتين (أ) و(ب) من هذه التوصية لا تسمح بتطبيق أحكام قانون مكان التقاضي على نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وأولويته.

تأثير بدء إجراءات الإعسار على القانون المنطبق على الحقوق الضمانية

٢٢٠- ينبغي أن ينص القانون على ألا تُستبعد، عند البدء بإجراءات الإعسار، أحكام تنازع القوانين التي تحدد القانون الواجب تطبيقه على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته وإنفاذه (وفي سياق النهج غير الوحدوي، حق الاحتفاظ بالملكية وحق الإيجار التمويلي). غير أن هذا الحكم لا ينبغي أن يخضع للآثار التي تترتب على هذه المسائل نتيجة تطبيق قانون الإعسار في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار على مسائل من قبيل الإبطال، أو معاملة الدائنين المضمونين، أو تحديد مراتب المطالبات أو توزيع العائدات.⁽³⁶⁾

(36) انظر التوصية ٣١ من دليل الأونسيرال التشريعي لقانون الإعسار.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أن هذه التوصية نُقلت إلى الفصل رابع عشر بشأن أثر الإعسار في الحق الضماني ونُفِحت لتجنب أي تنافر مع دليل الأونسيترال للإعسار، الذي يتناول القانون الواجب تطبيقه لتحديد صحة ونفاذ الحقوق والمطالبات، لكن ليس مع القانون المنطبق على قواعد الأولوية العامة أو على إنفاذ الحق الضماني. وسوف يوضح التعليق أن الجملة الأولى من هذه التوصية تتضمن قاعدة مقبولة بوجه عام من قواعد تنازع القوانين، تتماشى مع دليل الأونسيترال للإعسار فيما تحافظ الجملة الثانية على تطبيق قانون دولة الإعسار.⁽³⁷⁾ وفي هذا السياق، سوف يشير التعليق إلى التعليق على الفصل رابع عشر بشأن أثر الإعسار في الحقوق الضمانية والذي يوضح توصيات دليل الأونسيترال للإعسار بشأن تنازع القوانين.]

باء- توصيات خاصة عندما يكون القانون المنطبق هو قانون دولة متعددة الوحدات

٢٢١- ينبغي أن ينص القانون على أنه في الحالات التي تقضي بأن يكون القانون المنطبق على مسألة ما، رهنا بالتوصية ٢٢٢، هو قانون دولة متعددة الوحدات، تكون الإشارات إلى قانون الدولة متعددة الوحدات إشارات إلى قانون الوحدة الإقليمية ذات الصلة (حسبما تتقرر استنادا إلى مقر المانح أو مكان الموجودات المرهونة أو بمقتضى أحكام تنازع القوانين خلافا لذلك) وإلى قانون الدولة متعددة الوحدات ذاته، ما دام معمولاً به في تلك الوحدة.

٢٢٢- ينبغي أن ينص القانون على أنه، في إطار أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين، إذا كان القانون الساري في دولة متعددة الوحدات أو في إحدى وحداتها الإقليمية هو القانون المنطبق، تُحدّد الأحكام الداخلية لتنازع القوانين السارية في تلك الدولة متعددة الوحدات أو الوحدة الإقليمية ما إذا كان يتعين تطبيق الأحكام الموضوعية لقانون الدولة متعددة الوحدات أو لقانون تلك الوحدة الإقليمية.

٢٢٣- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان صاحب الحساب والمصرف الوديع قد اختارا قانون وحدة إقليمية معينة من دولة متعددة الوحدات ليكون القانون المنطبق على اتفاق الحساب:

(37) انظر دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الثاني، الفقرة ٨٨، والتوصية ٣٤، التي تنص على إمكان إدخال استثناءات إضافية على ذلك المبدأ شريطة أن تكون مبينة بوضوح ومشار إليها في قانون الإعسار.

- (أ) كانت الإشارات إلى "الدولة" في الجملة الأولى من التوصية ٢٠٧ (البديل باء) إشارات إلى تلك الوحدة الإقليمية؛
- (ب) كانت الإشارات إلى "تلك الدولة" في الجملة الثانية من التوصية ٢٠٧ (البديل باء) إشارات إلى الدولة المتعددة الوحدات ذاتها.
- ٢٢٤- ينبغي أن ينص القانون على أن قانون الوحدة الإقليمية ينطبق إذا:
- (أ) كانت التوصيتان ٢٠٧ (البديل باء) و ٢٢٣ تقضيان بأن يكون القانون المسمى هو قانون وحدة إقليمية من دولة متعددة الوحدات؛ و
- (ب) كان قانون تلك الدولة يقضي بالألا ينطبق قانون الوحدة الإقليمية إلا إذا كان للمصرف الوديع مكتب داخل تلك الوحدة الإقليمية يفى بالشرط المنصوص عليه في الجملة الثانية من التوصية ٢٠٧ (البديل باء)؛ و
- (ج) كان الحكم المذكور في الفقرة الفرعية (ب) من هذه التوصية ساريا وقت إنشاء الحق الضماني في الحساب المصرفي.⁽³⁸⁾

ثالث عشر - الفترة الانتقالية

الغرض

الغرض من الأحكام المتعلقة بالفترة الانتقالية هو تحقيق انتقال منصف وفعل إلى هذا القانون من النظام الذي يكون ساريا قبل تاريخ نفاذه.

تاريخ النفاذ

٢٢٥- ينبغي أن يحدّد القانون إما تاريخا لاحقا لاشتراكه يبدأ اعتبارا منه نفاذه ("تاريخ النفاذ") أو آلية يمكن بواسطتها تحديد تاريخ النفاذ. ويصبح القانون، اعتبارا من تاريخ نفاذه، واجب التطبيق على جميع المعاملات المدرجة ضمن نطاق انطباقه، أكانت تلك المعاملات قد أبرمت قبل ذلك التاريخ أو بعده، فيما عدا الحالات المبيّنة أدنا.

(38) لا تحتاج إلى اعتماد التوصيتين ٢٢٣ و ٢٢٤ إلا الدولة التي تعتمد التوصية ٢٠٧ (البديل باء).

عدم قابلية تطبيق القانون على الدعاوى المقدمة قبل تاريخ النفاذ

٢٢٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه لا ينطبق على أي مسألة تكون موضوع تقاض أو موضوع إجراءات بديلة ملزمة بشأن حل المنازعات استهلكت قبل تاريخ النفاذ. وإذا بدأ إنفاذ الحق الضماني قبل تاريخ النفاذ، يجوز أن يستمر الإنفاذ بمقتضى القانون الساري قبل تاريخ النفاذ ("القانون السابق").

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تنظر في ما إذا كان الشروع قبل تاريخ إنفاذ القانون الجديد في سبيل من سبل الانتصاف اللاحقة للتقصير ينبغي أن يفضي إلى تطبيق القانون السابق للإنفاذ بكامله. وفي هذه الحالة، يكون استعمال كلمة "يجب" أنسب من استعمال كلمة "يجوز".]

إنشاء الحق الضماني

٢٢٧- ينبغي أن ينص القانون على أن القانون السابق يحدد ما إذا كان الحق الضماني قد أنشئ قبل تاريخ النفاذ.

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة

٢٢٨- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى القانون السابق يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلى أقرب أجلين:

- (أ) الوقت الذي ينقضي فيه نفاذه تجاه الأطراف الثالثة بموجب القانون السابق؛
- (ب) انقضاء فترة قدرها [تحدد مدة زمنية] شهرا بعد تاريخ النفاذ ("الفترة الانتقالية").

وإذا استوفيت شروط النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى هذا القانون قبل توقف النفاذ بمقتضى الجملة السابقة، استمر نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة.

أولوية الحق الضماني

٢٢٩- رهنا بأحكام التوصيتين ٢٣٠ و ٢٣١، ينبغي أن ينص القانون على أنه يحكم أولوية الحق الضماني. ويكون الوقت الذي يصبح فيه الحق الضماني المشار إليه في التوصية ٢٢٨

نافذا تجاه الأطراف الثالثة أو يصبح موضوع إشعار مسجل بموجب القانون السابق هو الوقت المستخدم لتحديد أولوية ذلك الحق.

٢٣٠- ينبغي أن ينص القانون على أن أولوية الحق الضماني يقرّها القانون السابق، إذا:

(أ) كان الحق الضماني وحقوق المطالبين المنافسين قد أنشئت قبل تاريخ النفاذ؛

(ب) لم تتغير حالة أولوية أي من هذه الحقوق منذ تاريخ النفاذ.

٢٣١- ينبغي أن ينص القانون على أن حالة الحق الضماني تكون قد تغيرت إذا:

(أ) كان الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة في تاريخ النفاذ وفقا للتوصية

٢٢٨ ثم لم يعد كذلك في وقت لاحق؛ أو

(ب) لم يكن الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة في تاريخ النفاذ ثم أصبح

نافذا تجاهها في وقت لاحق.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تنظر في ما إذا كان ينبغي حذف هذه التوصية لأنها قد لا توضّح بما فيه الكفاية معنى كلمة "حالة" بل وقد تكون مضللة. وقد يكون إدخال كلمة "أولوية" قبل كلمة "حالة" في هذه التوصية كافيا لمعالجة هذه المسألة، ويمكن للتعليق أن يتناولها بمزيد من التفصيل.]

رابع عشر - أثر الإعسار في الحق الضماني

ألف - دليل الأونسيتال التشريعي لقانون الإعسار: ⁽³⁹⁾ التعاريف والتوصيات

التعاريف

١٢- (ب) "موجودات المدين": هي ممتلكات المدين وحقوقه ومصالحه، بما فيها الحقوق والمصالح في الممتلكات، سواء أكانت في حوزة المدين أم لم تكن، وملموسة أم غير ملموسة، وقابلة أم غير قابلة للنقل، بما في ذلك مصالح المدين في الموجودات المرهونة أو في الموجودات التي يملكها طرف ثالث؛

١٢- (ص) "العقد المالي": هو أي معاملة آنية أو آجلة أو مستقبلية أو تخريرية أو تقايضية تتعلق بأسعار فائدة أو سلع أو عملات أو أسهم أو سندات أو مؤشرات أو أي صك مالي

(39) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10.

آخر، وأي معاملة إعادة شراء أو معاملة إقراض أوراق مالية، وأي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية، وأي مجموعة من المعاملات المذكورة أعلاه؛

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تنظر في ما إذا كان تعريفاً مصطلحي "العقد المالي" و"اتفاق المعاوضة" (المستمدان من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، المادة ٥، الفقرتان الفرعيتان (ك) و(ل) والمستنسخان في دليل المعاملات المضمونة) ينبغي استنساخهما هنا أيضاً.]

- ١٢ - (خ) "قانون دولة الإعسار": هو قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار؛
- ١٢ - (ذ) "قانون دولة الموجودات": هو قانون الدولة التي توجد فيها الموجودات؛
- ١٢ - (ض) "المعاوضة": هي مقاصة التزامات نقدية أو غير نقدية في إطار عقد مالي؛
- ١٢ - (أ أ) "اتفاق المعاوضة": هو شكل من أشكال العقد المالي بين طرفين أو أكثر ينص على واحد أو أكثر مما يلي:

١٤ "التسوية الصافية لمدفوعات مستحقة بالعملة ذاتها وفي التاريخ ذاته سواء عن طريق الحلول أو بطريقة أخرى؛ أو

٢٤ "عند إعسار طرف ما أو تقصيره على أي نحو آخر، إنهاء جميع المعاملات المعلقة بقيمة إبدائها أو بقيمتها السوقية المنصفة، وتحويل تلك المبالغ إلى عملة واحدة، ومعاوضتها بدفعة واحدة من طرف إلى آخر؛ أو

٣٤ "مقاصة المبالغ المحسوبة على النحو المبين في الفقرة الفرعية ٢٤ من هذا التعريف في إطار اتفاقي معاوضة أو أكثر؛⁽⁴⁰⁾

- ١٢ - (د د) "الطرف ذو المصلحة": هو أي طرف تتأثر حقوقه أو التزاماته أو مصالحه بإجراءات الإعسار أو بأمور معينة في إجراءات الإعسار، بمن في ذلك المدين أو ممثل الإعسار أو الدائن أو حائز الأسهم أو لجنة الدائنين أو سلطة حكومية أو أي شخص آخر يتأثر على هذا النحو. ولا يُقصد أن يعتبر الأشخاص الذين لهم مصالح بعيدة الصلة أو متفرقة تتأثر بإجراءات الإعسار أطرافاً ذوي مصلحة؛

(40) اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.04.V.14)، المادة ٥، الفقرة الفرعية (١).

- ١٢- (و و) "الأفضلية": هي معاملة تؤدي إلى حصول دائن على مزية أو سداد غير عادي؛
- ١٢- (ز ز) "الأولوية": هي حق مطالبة في أن تتقدم على مطالبة أخرى حيثما ينشأ ذلك الحق بإعمال القانون؛
- ١٢- (ح ح) "المطالبة ذات الأولوية": هي مطالبة تسدّد قبل السداد للدائنين غير المضمونين العامين؛
- ١٢- (ط ط) "حماية القيمة": هي تدابير تستهدف الحفاظ على القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة وموجودات الأطراف الثالثة أثناء إجراءات الإعسار (ويشار إليها في بعض الولايات القضائية بعبارة "حماية وافية"). وقد توفّر الحماية بواسطة دفعات نقدية، أو بتوفير مصالح ضمانية في موجودات بديلة أو إضافية، أو بوسائل أخرى تحددها المحكمة لتوفير الحماية اللازمة؛
- ١٢- (ع ع) "المصلحة الضمانية": هي حق في موجودات لضمان سداد التزام أو أكثر أو الوفاء به على نحو آخر.

التوصيات

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أنه، بغية ضمان استنساخ جميع توصيات دليل الأونسيتال للإعسار ذات الصلة في هذا الفصل، أدرجت أدناه التوصيات (٣٤)، (٤٠-٤٥)، (٦٣)، (٧٣)، (٧٩)، (٨١)، (٨٥)، (٨٧)، (٩٢)، (١٤٦)، (١٤٩) و١٧٨ من دليل الأونسيتال للإعسار.

الأهداف الرئيسية لقانون فعال وكفؤ بشأن الإعسار

(١) من أجل إرساء وتطوير قانون فعال بشأن الإعسار، ينبغي أخذ الأهداف الرئيسية التالية في الاعتبار:

- (أ) توفير اليقين في السوق تعزيزاً لاستقرار الاقتصاد ونموه؛
- (ب) زيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد؛
- (ج) إيجاد توازن بين التصفية وإعادة التنظيم؛
- (د) ضمان معاملة متكافئة للدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة؛

- (هـ) توفير حل لمشكلة الإعسار يتسم بالآنية والنجاعة والنزاهة؛
- (و) الحفاظ على حوزة الإعسار لإتاحة توزيع متكافئ على الدائنين؛
- (ز) ضمان وجود قانون إعسار يتسم بالشفافية وقابلية التنبؤ ويتضمن حوافز على جمع المعلومات وتوزيعها؛
- (ح) الاعتراف بحقوق الدائنين الحاليين وإرساء قواعد واضحة بشأن ترتيب المطالبات ذات الأولوية.
- (٤) ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار أنّه، عندما تكون المصلحة الضمانية نافذة وقابلة للإنفاذ بموجب قانون غير قانون الإعسار، يُعترف بنفاذها وقابليتها للإنفاذ في إجراءات الإعسار.
- (٧) بغية صوغ قانون فعال وناجع بشأن الإعسار، ينبغي النظر في السمات المشتركة التالية:
- (أ)-(د) ...
- (هـ) حماية حوزة الإعسار من تصرفات الدائنين والمدين ذاته وممثل الإعسار، والطريقة التي تُصان بها القيمة الاقتصادية للمصلحة الضمانية أثناء إجراءات الإعسار، عندما تسري تدابير الحماية على الدائنين المضمونين؛
- (و)-(ص) ...

القانون المنطبق على صحة الحقوق والمطالبات وسريتها

- (٣٠) ينبغي تعيين القانون المنطبق على تحديد صحة وسريان الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار بموجب قواعد القانون الدولي الخاص للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار.

القانون المنطبق في إجراءات الإعسار: قانون دولة محكمة الإعسار

- (٣١) ينبغي أن يطبّق قانون الإعسار للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون دولة محكمة الإعسار) على كل جوانب بدء تلك الإجراءات وتسييرها وإدارتها واختتامها، وعلى آثار تلك الإجراءات. وهذه الجوانب يمكن أن تشمل، على سبيل المثال، ما يلي:
- (أ)-(ط) ...

- (ي) معاملة الدائنين المضمونين؛

(ك)-(ن)...

(س) ترتيب المطالبات؛

(ع)-(ق)...

الاستثناءات من تطبيق قانون إجراءات الإعسار

...

(٣٤) ينبغي أن يكون عدد أي استثناءات تضاف إلى التوصيتين ٣٢ و ٣٣ محدوداً، كما ينبغي تبيانها أو ذكرها بوضوح في قانون الإعسار.

الموجودات التي تشكّل حوزة الإعسار

(٣٥) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الحوزة ينبغي أن تشمل ما يلي:

(أ) موجودات المدين،⁽⁴¹⁾ بما فيها مصالح المدين في الموجودات المرهونة وفي الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة؛

(ب) الموجودات المكتسبة بعد بدء إجراءات الإعسار؛

(ج)...

التدابير المؤقتة⁽⁴²⁾

(٣٩) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة أن تمنح إعفاء ذا طابع مؤقت، بناء على طلب المدين أو الدائنين أو الأطراف الثالثة، عندما تكون هناك حاجة إلى الإعفاء من

(41) تحدد ملكية الموجودات بالرجوع إلى القانون المنطبق ذي الصلة، حيث تعرّف عبارة "موجودات" تعريفاً واسعاً لتشمل ممتلكات المدين وحقوقه ومصالحه، بما فيها حقوق المدين ومصالحه في الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة.

(42) تتبع هذه المواد المواد المناظرة لها من قانون الأونسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، انظر المادة ١٩ (انظر المرفق الثالث لدليل الأونسيتال لقانون الإعسار).

أجل حماية وصون قيمة موجودات المدين⁽⁴³⁾ أو مصالح الدائنين في الفترة الفاصلة بين تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار وبدء الإجراءات،⁽⁴⁴⁾ بما في ذلك:

(أ) وقف الحجز على موجودات المدين، بما في ذلك الإجراءات المتخذة لجعل المصالح الضمانية نافذة على الأطراف الثالثة وإنفاذ المصالح الضمانية؛
(ب) - (د) ...

تعويض الخسارة في سياق التدابير المؤقتة

(٤٠) يجوز أن يوفر قانون الإعسار للمحكمة الصلاحية من أجل:

(أ) مطالبة مقدّم الطلب الخاص بالتدابير المؤقتة بأن يوفر التعويض عن الخسارة، وأن يدفع التكاليف أو الرسوم إذا اقتضى الأمر؛ أو
(ب) فرض جزاءات في سياق الطلب الخاص بالتدابير المؤقتة.

توازن الحقوق بين المدين وممثل الإعسار

(٤١) ينبغي أن يحدّد القانون بوضوح توازن الحقوق والالتزامات بين المدين وأي ممثل للإعسار يُعيّن كتدبير مؤقت. ففي الفترة الفاصلة بين تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار وبدء تلك الإجراءات، يحق للمدين أن يواصل تشغيل منشأته ويستخدم الموجودات ويتصرف فيها في سياق العمل المعتاد، باستثناء ما تفرضه المحكمة من قيود.

الإشعار

(٤٢) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، ما لم تقرّر المحكمة الحدّ من ضرورة الإشعار أو الاستغناء عنه، يجب توجيه إشعار مناسب إلى الأطراف المتأثرة ذات المصلحة بما يلي:
(أ) طلب لتنفيذ التدابير المؤقتة أو أمر من المحكمة بتنفيذها، بما في ذلك طلب بشأن استعراضها وتعديلها أو إنهاؤها؛

(43) الإشارة إلى الموجودات في الفقرات (أ) - (ج) مقصود بها أن تقتصر على الموجودات التي ستكون جزءاً من حوزة الإعسار عند بدء الإجراءات.

(44) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار وقت نفاذ الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة، أي وقت صدور الأمر مثلاً، بأثر رجعي من بداية اليوم الذي يصدر فيه الأمر أو وقت محدد آخر (انظر الفقرة ٤٤ من دليل الأونسيتال لقانون الإعسار).

(ب) أمر من المحكمة باتخاذ تدابير إضافية تنطبق على البدء، ما لم تقرر المحكمة الحد من ضرورة الإشعار أو الاستغناء عنه.

التدابير المؤقتة بناء على طلب من طرف واحد

(٤٣) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه في حال عدم توجيه إشعار إلى المدين أو طرف آخر ذي مصلحة ومتأثر بتدبير مؤقت بالطلب الخاص بالتدبير المؤقت، يحق للمدين أو للطرف الآخر ذي المصلحة المتأثر بالتدابير المؤقتة، أن يُسمَعَ رأيه بسرعة،⁽⁴⁵⁾ فيما إذا كان ينبغي استمرار التدبير الانتصافي.

تعديل التدابير المؤقتة أو إنهاؤها

(٤٤) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة، بمبادرتها أو بناء على طلب من ممثل الإعسار أو المدين أو الدائن أو أي شخص آخر متأثر بالتدابير المؤقتة، أن تستعرض تلك التدابير وتعديلها أو تُلغى.

إنهاء التدابير المؤقتة

(٤٥) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أن التدابير المؤقتة تنتهي عندما:

- (أ) يُرفض طلب مقدّم بشأن البدء؛
- (ب) يُطعن بنجاح في أمر باتخاذ تدابير مؤقتة. بمقتضى التوصية ٤٣؛
- (ج) تُصبح التدابير المنطبقة عند البدء نافذة، ما لم تقرر المحكمة استمرار نفاذ التدابير المؤقتة.

التدابير المنطبقة عند البدء

(٤٦) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عند بدء إجراءات الإعسار:⁽⁴⁶⁾

- (أ) يطبّق الوقف على بدء أو مواصلة الدعاوى أو الإجراءات⁽⁴⁷⁾ المتعلقة بموجودات المدين وحقوقه أو واجباته أو التزاماته المالية؛

(45) تكون هذه التدابير عموماً نافذة من وقت صدور أمر البدء

(46) تكون هذه التدابير عموماً نافذة من وقت صدور أمر البدء.

- (ب) يطبّق الوقف على الإجراءات المتخذة من أجل جعل المصالح الضمانية نافذة على الأطراف الثالثة وإنفاذ المصالح الضمانية؛⁽⁴⁸⁾
- (ج) يطبّق الوقف على التنفيذ أو غيره من أشكال الإنفاذ الذي يستهدف موجودات الحوزة؛
- (د) يعلّق حق الطرف المقابل في إنهاء أي عقد مع المدين؛⁽⁴⁹⁾
- (هـ) يعلّق الحق في إحالة أيّ من موجودات الحوزة أو رهنها أو التصرف فيها على نحو آخر.⁽⁵⁰⁾

مدة التدابير المنطبقة آليا عند بدء الإجراءات

- (٤٩) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ التدابير المنطبقة آليا عند بدء إجراءات الإعسار تظل نافذة طوال تلك الإجراءات إلى أن:
- (أ) تمنح المحكمة إعفاء من التدابير؛⁽⁵¹⁾
- (ب) تصبح خطة إعادة التنظيم نافذة في إجراءات إعادة التنظيم؛⁽⁵²⁾ أو

(47) انظر قانون الأونسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، المادة ٢٠ (انظر المرفق الثالث لدليل الأونسيتال لقانون الإعسار). والمقصود من الإجراءات الفردية المشار إليها في الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٤٦ هو أن تشمل أيضا الإجراءات التي تتخذ أمام هيئة تحكيم. بيد أنه قد لا يتسنى دائما تنفيذ الوقف التلقائي لإجراءات التحكيم، وذلك مثلا حيثما لا يجري التحكيم في الدولة بل في مكان أجنبي.

(48) إذا كان قانون غير قانون الإعسار يسمح بجعل تلك المصالح الضمانية نافذة في غضون فترات زمنية محددة، فمن المستصوب أن يعترف قانون الإعسار بتلك الفترات وأن يسمح بجعل المصالح الضمانية نافذة حيثما يجري بدء إجراءات الإعسار قبل انقضاء الفترة الزمنية المحددة. وحيثما لا يشتمل قانون غير قانون الإعسار على تلك الفترات الزمنية، فسيؤدي الوقف المنطبق على بدء الإجراءات إلى منع نفاذ المصلحة الضمانية. (للاطلاع على المزيد من المناقشة، انظر الفقرة ٣٢ من دليل الأونسيتال لقانون الإعسار، ودليل الأونسيتال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة).

(49) انظر الفقرات ١١٤-١١٩ من دليل الأونسيتال لقانون الإعسار. ولا يقصد بهذه التوصية أن تستبعد إنهاء العقد إذا كان العقد ينص على تاريخ إنهاء يتصادف أنه يقع بعد بدء إجراءات الإعسار.

(50) يجوز أن يكون القيد المفروض على الحق في إحالة موجودات الحوزة أو رهنها أو التصرف فيها على نحو آخر خاضعا لاستثناء في الحالات التي يؤذن فيها بأن يواصل المدين تشغيل المنشأة ويكون بوسع المدين أن يحيل الموجودات أو رهنها أو يتصرف فيها على نحو آخر في سياق العمل المعتاد.

(51) ينبغي أن يمنح الإعفاء للأسباب الواردة في التوصية ٥١ من دليل الأونسيتال لقانون الإعسار.

(ج) تنقضي،⁽⁵³⁾ فيما يتعلق بالدائنين المضمونين، في إجراءات التصفية، فترة زمنية ثابتة محدّدة في القانون، ما لم تقرّر المحكمة تمديدتها لفترة إضافية عند إثبات:

١' أنّ التمديد ضروري لزيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد لصالح الدائنين؛

٢' أنّ الدائن المضمون سيحظى بحماية من تناقص قيمة الموجودات المرهونة التي له فيها مصلحة ضمانية.

الحماية من تناقص قيمة الموجودات المرهونة

(٥٠) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يحق للدائن المضمون، عندما يقدّم طلباً إلى المحكمة، أن تمنحه حماية قيمة الموجودات التي له فيها مصلحة ضمانية. ويجوز للمحكمة أن تمنح تدابير حماية مناسبة يمكن أن تشمل على ما يلي:

- (أ) سداد مدفوعات نقدية من الحوزة؛ أو
- (ب) تقديم مصالح ضمانية إضافية؛ أو
- (ج) استخدام أي وسيلة أخرى تقرّها المحكمة.

الإعفاء من التدابير المنطبقة عند البدء

(٥١) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للدائن المضمون أن يطلب إلى المحكمة أن تمنحه إعفاء من التدابير المنطبقة عند بدء إجراءات الإعسار استناداً إلى أسس يمكن أن تشمل على ما يلي:

- (أ) أنّ الموجودات المرهونة ليست ضرورية لإعادة تنظيم أو عملية بيع محتملة لمنشأة المدين؛
- (ب) أنّ قيمة الموجودات المرهونة آخذة في التناقص نتيجة لبدء إجراءات الإعسار، وأنّ الدائن المضمون لا يحظى بحماية من تناقص القيمة؛

(52) يمكن أن تصبح الخطة نافذة عند موافقة الدائنين عليها أو بعد تأكيدها من جانب المحكمة، رهناً بمقتضيات قانون الإعسار (انظر دليل الأونسيتال لقانون الإعسار، الفصل الرابع، الفقرة ٥٤ وما بعدها).

(53) المقصود هو أن لا ينطبق الوقف على الدائنين المضمونين إلا لفترة قصيرة من الزمن، مثل ما بين ٣٠ يوماً و ٦٠ يوماً، وأن ينص قانون الإعسار على فترة التطبيق نصاً واضحاً.

(ج) أنه لم تتم، في إجراءات إعادة التنظيم، الموافقة على خطة في غضون أي حدود زمنية منطوقة.

صلاحية استخدام موجودات الحوزة والتصرف فيها

(٥٢) ينبغي أن يسمح قانون الإعسار بما يلي:

(أ) استخدام موجودات الحوزة (عما فيها الموجودات المرهونة) والتصرف فيها ضمن سياق العمل المعتاد، باستثناء العائدات النقدية؛

(ب) استخدام موجودات الحوزة (عما فيها الموجودات المرهونة) والتصرف فيها خارج سياق العمل المعتاد، رهنا باشتراطات التوصيتين ٥٥ و ٥٨.

زيادة رهن الموجودات المرهونة

(٥٣) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز زيادة رهن الموجودات المرهونة، مع مراعاة الاشتراطات الواردة في التوصيات ٦٥-٦٧.

استخدام الموجودات المملوكة لطرف ثالث

(٥٤) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يستخدم موجودات مملوكة لطرف ثالث وفي حيازة المدين، شريطة استيفاء شروط محدّدة، منها ما يلي:

(أ) أن تُحمى مصالح الطرف الثالث من تناقص قيمة الموجودات؛

(ب) أن تُدفع التكاليف المتكبّدة بمقتضى العقد والمرتبة على استمرار أداء العقد واستخدام الموجودات بصفتها نفقات إدارية.

القدرة على بيع موجودات الحوزة خالصة وخالية من التزامات الرهن والمصالح الأخرى

(٥٨) ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار ببيع موجودات مرهونة أو خاضعة لمصلحة أخرى خالصة وخالية من ذلك الرهن والمصلحة الأخرى، خارج سياق العمل المعتاد، شريطة ما يلي:

(أ) أن يُشعر ممثل الإعسار أصحاب الرهن أو المصالح الأخرى بالبيع المقترح؛

(ب) أن تتاح لأصحاب الرهن الفرصة لأن يُسمَعوا من المحكمة عندما يكون لديهم اعتراض على البيع المقترح؛

- (ج) ألا يكون قد مُنح إعفاء من الوقف؛
 (د) أن تُصان أولوية المصالح في عائدات بيع الموجودات.

استخدام العائدات النقدية

- (٥٩) ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار أن يستخدم العائدات النقدية وأن يتصرف فيها إذا:
 (أ) وافق الدائن المضمون الذي له مصلحة ضمانية في تلك العائدات النقدية على استخدامها أو التصرف فيها؛ أو
 (ب) أُشعر الدائن المضمون بذلك الاستخدام أو التصرف المقترح وأُتيحت له فرصة لأن يُسمع من المحكمة؛
 (ج) حُميت مصالح الدائن المضمون من الانتقاص من قيمة العائدات النقدية.

الموجودات المرهقة

- (٦٢) ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بأن يقرّر كيفية معالجة أي موجودات مرهقة للحوزة. وعلى وجه التحديد، يجوز أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بالتنازل عن الموجودات المرهقة بعد إشعار الدائنين وإتاحة الفرصة لهم للاعتراض على الإجراء المقترح، باستثناء أنه يجوز لقانون الإعسار، عندما تتجاوز المطالبة المضمونة قيمة الموجودات المرهونة ولا تكون الموجودات لازمة لإعادة تنظيم المنشأة أو لبيعها كمنشأة عاملة، أن يسمح لممثل الإعسار بالتنازل عن الموجودات للدائن المضمون دون إشعار الدائنين الآخرين.

اجتذاب التمويل اللاحق لبدء الإجراءات والإذن به

- (٦٣) ينبغي أن ييسر قانون الإعسار لممثل الإعسار الحصول على تمويل لاحق لبدء الإجراءات وأن يوفر له حوافز للحصول على ذلك التمويل عندما يقرّر ممثل الإعسار أن ذلك ضروري لاستمرار تشغيل منشأة المدين أو لكفالة ديمومتها أو للمحافظة على قيمة موجودات الحوزة أو تحسينها. ويجوز أن يشترط قانون الإعسار أن تأذن المحكمة بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات أو أن يقبل الدائنون ذلك.

منح ضمانات بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

(٦٥) ينبغي أن يتيح قانون الإعسار منح مصلحة ضمانات بشأن سداد التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، تشمل منح مصلحة ضمانات على الموجودات غير المرهونة، بما فيها الموجودات المكتسبة فيما بعد، أو مصلحة ضمانات صغرى أو أدنى مرتبة من حيث الأولوية على موجودات الحوزة المرهونة من قبل.

(٦٦) ينبغي أن يبيّن القانون⁽⁵⁴⁾ أن المصلحة الضمانية التي تُمنح بشأن موجودات الحوزة من أجل تأمين التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، ليست لها أولوية تسبق أي مصلحة ضمانات قائمة بشأن الموجودات ذاتها ما لم يحصل ممثل الإعسار على موافقة الدائنين المضمونين القائمين أو يتبع العملية الإجرائية الواردة في التوصية ٦٧.

(٦٧) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة، عندما لا يوافق الدائن المضمون القائم، أن تأذن بإنشاء مصلحة ضمانات لها أولوية على المصالح الضمانية القائمة من قبل، شريطة استيفاء شروط معينة، منها:

- (أ) أن يكون الدائن المضمون القائم قد أُتيحت له الفرصة لأن تسمعه المحكمة؛
- (ب) أن يكون بإمكان المدين أن يُثبت عدم قدرته على الحصول على التمويل بأي طريقة أخرى؛
- (ج) أن تُحمى مصالح الدائن المضمون القائم.⁽⁵⁵⁾

أثر التحويل في التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

(٦٨) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عندما تحوّل إجراءات إعادة التنظيم إلى تصفية، ينبغي مواصلة الاعتراف في التصفية بأيّ أولوية أُسندت إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في إعادة التنظيم.⁽⁵⁶⁾

(54) يمكن أن تكون هذه القاعدة واردة في قانون غير قانون الإعسار، وفي تلك الحالة ينبغي أن يشير قانون الإعسار إلى وجود الحكم المعني.

(55) انظر الفقرات ٦٣-٦٩ من دليل الأونسيتال لقانون الإعسار.

(56) قد لا يلزم بالضرورة الاعتراف بنفس ترتيب الأولوية. فمثلاً قد يأتي التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في مرتبة أولوية بعد مرتبة المطالبات الإدارية المتصلة بتكاليف التصفية.

شروط الإنهاء الآلي والتعجيل

(٧٠) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أن أيّ شرط في العقد يقضي بإنهاء العقد آليا أو تعجيله لا يجوز إنفاذه على مثل الإعسار ولا على المدين عند وقوع أي من الأحداث التالية:

(أ) تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار أو بدء الإجراءات فعلا؛

(ب) تعيين ممثل للإعسار.⁽⁵⁷⁾

(٧١) ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار العقود المستثناة من أعمال التوصية ٧٠، ومنها مثلا العقود المالية أو الخاضعة لقواعد خاصة، كعقود العمل.

مواصلة العقد أو رفضه

(٧٢) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يقرّر مواصلة أداء عقد هو على علم بأنّ مواصلته ستكون نافعة لحوزة الإعسار.⁽⁵⁸⁾ وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار:

(أ) أن الحق في المواصلة ينطبق على العقد بمجمله؛

(ب) أن المواصلة تعني أنّ جميع شروط العقد واجبة الإنفاذ.

(٧٣) يجوز أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بأن يقرر رفض عقد ما.⁽⁵⁹⁾ وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الحق في الرفض ينطبق على العقد بمجمله.

مواصلة العقود في حال إخلال المدين بها

(٧٩) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال إخلال المدين بعقد ما، يستطيع ممثل الإعسار أداء ذلك العقد، شريطة أن يعالج الإخلال، وأن يعاد الطرف المقابل غير المخلّ

(57) لن تنطبق هذه التوصية إلا على العقود التي يمكن فيها تجاوز تلك الشروط (انظر التعليق الوارد من دليل الأونسيترال لقانون الإعسار، الفقرات ١٤٣-١٤٥، بشأن الاستثناءات) وليس المقصود منها أن تكون حصرية، بل أن تقرّر حدا أدنى، فينبغي أن يكون بوسع المحكمة أن تبحث الشروط التعاقدية الأخرى التي سيكون من شأنها إنهاء العقد عند وقوع أحداث مماثلة.

(58) ينبغي أن تظل جميع العقود سارية لكي تتيح لممثل الإعسار أن ينظر في إمكانية الاستمرار، ما لم يكن العقد محتويا على تاريخ انتهاء يتصادف أن يقع بعد بدء إجراءات الإعسار، وذلك بشرط أن يكون الوقف التلقائي لبدء الإجراءات منطبقا بحيث يمنع أن تنتهي (عملا بشرط إنهاء تلقائي) العقود المبرمة مع المدين.

(59) يتبع بعض الولايات القضائية نهجا بديلا من منح صلاحية رفض العقود، فتتص على أن العقد يتوقف ما لم يقرّر ممثل الإعسار مواصلة.

بالعقد إلى الوضع الاقتصادي الذي كان يتمتع به إلى حد كبير، وأن تكون الحوزة قادرة على الأداء بموجب العقد الذي يتواصل أدائه.

الأداء قبل مواصلة العقد أو رفضه

(٨٠) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يقبل أو يشترط أداء الطرف المقابل في عقد قبل مواصلة العقد أو رفضه. وينبغي أن تكون مطالبات الطرف المقابل الناشئة عن الأداء الذي قبله أو اشترطه ممثل الإعسار قبل مواصلة العقد أو رفضه واجبة السداد بصفتها نفقة إدارية:

(أ) إذا أدّى الطرف المقابل العقد، وجب أن تكون النفقات الإدارية هي السعر التعاقدي للأداء؛ أو

(ب) إذا استخدم ممثل الإعسار موجودات مملوكة لطرف ثالث وفي حيازة المدين وخاضعة لشروط العقد، وجب أن يُحمى ذلك الطرف من تناقص قيمة تلك الموجودات وأن تكون له مطالبة إدارية وفقا للفقرة الفرعية (أ).

التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الإخلال في وقت لاحق بعقد متواصل أدائه

(٨١) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال اتخاذ قرار بمواصلة أداء عقد ما، ينبغي دفع التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بذلك العقد لاحقا بصفتها نفقات إدارية.

التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الرفض

(٨٢) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أن أيّ أضرار ناجمة عن رفض عقد سابق لبدء الإجراءات ستقرّر وفقا للقانون المنطبق وينبغي معاملتها بصفتها مطالبة عادية غير مضمونة. ويجوز أن يحدّ قانون الإعسار من المطالبات المتعلقة برفض عقد طويل الأمد.

إحالة العقود

(٨٣) يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أن بإمكان ممثل الإعسار أن يقرّر إحالة عقد ما، بالرغم من القيود الواردة فيه، شريطة أن تعود الإحالة بالنفع على الحوزة.

(٨٤) عندما يعترض الطرف المقابل على إحالة عقد ما، يجوز أن يسمح قانون الإعسار للمحكمة بأن توافق بالرغم من ذلك على الإحالة، شريطة:

- (أ) أن يواصل ممثل الإعسار العقد؛
- (ب) أن يكون الحال إليه قادرا على أداء الالتزامات التعاقدية التي تحال إليه؛
- (ج) ألاّ تتسبب الإحالة في غبن كبير للطرف المقابل؛
- (د) أن يعالج إخلال المدين بشروط العقد قبل الإحالة.
- (٨٥) يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عندما يحال العقد، يحلّ الحال إليه محلّ المدين بصفته الطرف المتعاقد اعتبارا من تاريخ الإحالة ولا تتحمل الحوزة أي مسؤولية إضافية بموجب العقد.

المعاملات القابلة للإبطال⁽⁶⁰⁾

(٨٧) ينبغي أن يتضمّن قانون الإعسار أحكاما تنطبق بأثر رجعي ويكون الغرض منها هو إبطال معاملات شملت المدين أو موجودات الحوزة وترتب عليها إمّا إنقاص قيمة الحوزة أو إبطال مبدأ معاملة الدائنين معاملة عادلة؛ وينبغي أن يحدّد قانون الإعسار أنواع المعاملات التالية بصفتها قابلة للإبطال:

- (أ) المعاملات التي يُقصد بها الاحتيال على الدائنين أو تأخيرهم أو عرقلة قدرتهم على تحصيل المطالبات عندما يكون الغرض منها وضع الموجودات بعيدا عن متناول الدائنين أو الدائنين المحتملين أو الإضرار بمصالح الدائنين بطريقة أخرى؛
- (ب) المعاملات التي تكون فيها الإحالة التي يقوم بها المدين بشأن مصلحة في الممتلكات أو الالتزام الذي يتحمّله عبارة عن هدية أو مقابل قيمة اسمية أو قيمة أقل من القيمة المكافئة أو قيمة غير كافية، وتكون قد تمت عندما كان المدين معسرا أو أصبح معسرا نتيجة لها (المعاملات المنقوصة القيمة)؛
- (ج) المعاملات التي شملت دائنين وحصل فيها أحدهم على أكثر من نصيبه النسبي من موجودات المدين، أو على منفعة إضافية، وتمت عندما كان المدين معسرا (المعاملات التفضيلية).

(60) القصد من استعمال كلمة "المعاملة" في هذا الباب هو الإشارة بوجه عام إلى الطائفة الواسعة من المراسيم القانونية التي يمكن بواسطتها التصرف في الموجودات أو تحمّل التزامات، بما في ذلك عن طريق الإحالة أو السداد أو منح مصلحة ضمانية أو كفالة أو قرض أو تنازل أو عن طريق إجراء يرمي إلى إنفاذ مصلحة ضمانية إزاء أطراف ثالثة، وهي قد تشمل سلسلة معاملات مركّبة.

إبطال المصالح الضمانية

(٨٨) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أن المصلحة الضمانية يجوز أن تخضع لأحكام الإبطال المنصوص عليها في قانون الإعسار على الأسس ذاتها السارية على المعاملات الأخرى، بالرغم من كونها سارية وواجبة النفاذ بموجب قانون غير قانون الإعسار.

المعاملات المعفاة من دعاوى الإبطال

(٩٢) ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار المعاملات التي هي معفاة من الإبطال، بما فيها العقود المالية.

العقود المالية

(١٠٣) حالما تُنهي عقود المدين المالية، ينبغي أن يسمح قانون الإعسار للأطراف المقابلة بإنفاذ مصالحها الضمانية وتطبيقها على الالتزامات الناشئة عن العقود المالية. وينبغي إعفاء العقود المالية من أي وقف منطبق بمقتضى قانون الإعسار على إنفاذ المصلحة الضمانية.

مشاركة الدائنين

(١٢٦) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الدائنين، المضمونين وغير المضمونين على السواء، يحق لهم أن يشاركوا في إجراءات الإعسار، وأن يبيّن ما يمكن أن تنطوي عليه تلك المشاركة من حيث المهام التي يمكن أدائها.

حق الطرف ذي المصلحة في أن تُسمع دعواه وفي أن يلتزم إعادة النظر

(١٣٧) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ للطرف ذي المصلحة الحق في أن تُسمع دعواه بشأن أيّ مسألة في إجراءات الإعسار تمس حقوقه أو التزاماته أو مصالحه. فعلى سبيل المثال، ينبغي أن يحق للطرف ذي المصلحة:

(أ) أن يعترض على أيّ فعل يتطلب موافقة المحكمة؛

(ب) أن يلتزم إعادة نظر المحكمة في أيّ فعل لم تُشترط ولم تُلتزم موافقة المحكمة عليه؛

(ج) أن يلتزم أيّ إعفاء متاح له في إجراءات الإعسار.

الحق في الاستئناف⁽⁶¹⁾

(١٣٨) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للطرف ذي المصلحة أن يستأنف بشأن أي أمر صادر عن المحكمة في إجراءات الإعسار إذا كان ذلك الأمر يمس حقوقه أو التزاماته أو مصالحه.

آليات التصويت

(١٤٥) ينبغي أن يضع قانون الإعسار آلية للتصويت بشأن الموافقة على الخطة. وينبغي أن تتناول هذه الآلية تحديد الدائنين وحائزي الأسهم الذين يحق لهم التصويت على الخطة؛ والطريقة التي سيجرى بها التصويت، إمّا في اجتماع يعقد لذلك الغرض وإمّا عن طريق البريد أو بوسائل أخرى، بما فيها الوسائل الإلكترونية والتصويت بالوكالة؛ وما إذا كان ينبغي أن يصوّت الدائنون وحائزو الأسهم في فئات حسب حقوقهم الخاصة أم لا.

(١٤٦) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أن الدائن أو حائز الأسهم الذي عدّلت حقوقه أو تأثرت بمقتضى الخطة لا يكون ملزماً بأحكامها ما لم تنح لذلك الدائن أو حائز الأسهم فرصة للتصويت بشأن الموافقة على الخطة.

(١٤٧) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه ليس لأي دائن أو حائز أسهم أو فئة من الدائنين أو من حائزي الأسهم الحق في التصويت بشأن الموافقة على الخطة، عندما تنص تلك الخطة على أن حقوق ذلك الدائن أو حائز الأسهم أو تلك الفئة من الدائنين أو من حائزي الأسهم لم تُعدّل أو تتأثر بالخطة.

(١٤٨) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أن الدائنين الذين يحق لهم التصويت بشأن الموافقة على الخطة ينبغي تصنيفهم على حدة بحسب حقوقهم وأنّ كل فئة منهم ينبغي أن تصوّت على انفراد.

(١٤٩) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه ينبغي إتاحة المعاملة ذاتها لكل الدائنين وحائزي الأسهم المنتمين إلى الفئة ذاتها.

(61) وفقاً للأهداف الرئيسية، ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أن الاستئنافات في إجراءات الإعسار لا ينبغي أن يكون لها أثر تعليقي ما لم تقرّر المحكمة غير ذلك، وذلك لضمان أن يكون بالوسع معالجة الإعسار وتسويته بطريقة نظامية وسريعة وناجعة دون أن يقع مزيد من الاضطراب. وينبغي أن تكون الحدود الزمنية لتقديم الاستئنافات موافقة للقانون المنطبق عموماً، ولكن يلزم في حالة الإعسار أن تكون أقصر مما هي عليه في الحالات الأخرى، بغية تفادي تعطيل إجراءات الإعسار.

خطة إعادة التنظيم

موافقة الفئات

(١٥٠) عندما يجري التصويت بشأن الموافقة على خطة بالرجوع إلى الفئات، ينبغي أن يبين قانون الإعسار كيف سيعامل التصويت المتحقق في كل فئة لأغراض الموافقة على الخطة. ويمكن اتباع نهج مختلفة، منها اشتراط موافقة كل الفئات أو موافقة أغلبية محددة من الفئات، ولكن يجب أن توافق على الخطة فئة واحدة على الأقل من الدائنين الذين عُدلت أو تأثرت حقوقهم بمقتضى الخطة.

(١٥١) عندما لا يشترط قانون الإعسار موافقة كل الفئات على الخطة، ينبغي أن يتناول قانون الإعسار كيفية معاملة الفئات التي لا تصوت تأييدا للخطة التي هي بخلاف ذلك تحظى بموافقة الفئات المطلوبة. وينبغي أن تكون تلك المعاملة متسقة مع الأسس المبينة في التوصية ١٥٢.

إقرار الخطة الموافق عليها

(١٥٢) عندما يشترط قانون الإعسار إقرار المحكمة للخطة الموافق عليها، ينبغي أن يشترط قانون الإعسار على المحكمة أن تقرّ الخطة إذا استوفت الشروط التالية:

- (أ) تم الحصول على الموافقات المطلوبة وجرّت عملية الموافقة على نحو سليم؛
- (ب) سيحصل الدائنون بمقتضى الخطة على قدر يساوي على الأقل ما كانوا سيحصلون عليه في التصفية، ما لم يوافقوا تحديدا على تلقي معاملة أقل؛
- (ج) لا تتضمن الخطة أحكاما مخالفة للقانون؛
- (د) تُسَدّد المطالبات والنفقات الإدارية بالكامل، باستثناء الحالات التي يوافق فيها صاحب المطالبة أو المبلغ المنفق على الحصول على معاملة مختلفة؛
- (هـ) باستثناء الحالات التي توافق فيها فئات الدائنين المتأثرة بالخطة على خلاف ذلك، إذا صوتت فئة من فئات الدائنين بعدم الموافقة على الخطة، وجب أن تتلقى تلك الفئة بمقتضى الخطة اعترافا كاملا بمرتبها بموجب قانون الإعسار وأن يراعى ذلك الترتيب عند التوزيع على تلك الفئة بمقتضى الخطة.

الطعون في الموافقة (عندما لا يكون الإقرار لازماً)

(١٥٣) عندما تصبح الخطة ملزمة لدى موافقة الدائنين عليها، دون اشتراط إقرارها من قبل المحكمة، ينبغي أن يأذن قانون الإعسار للأطراف ذات المصلحة، بما فيها المدين، أن تطعن في الموافقة على الخطة. وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار المعايير التي يمكن الاستناد إليها في تقييم الطعن، وينبغي أن تشمل هذه المعايير ما يلي:

(أ) ما إذا كانت الأسس المبينة في التوصية ١٥٢ قد استوفيت؛

(ب) الاحتيال، وفي تلك الحالة ينبغي أن تنطبق شروط التوصية ١٥٤.

المطالبات المضمونة

(١٧٢) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار ما إذا كان يشترط على الدائنين المضمونين أن يقدموا مطالبات.

المطالبات غير المصفاة

(١٧٨) ينبغي أن يسمح قانون الإعسار بقبول المطالبات غير المصفاة مؤقتاً، ريثما يحدّد ممثل الإعسار مقدار المطالبة.

تحديد قيمة المطالبات المضمونة

(١٨٠) ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه يجوز لممثل الإعسار أن يحدّد الجزء المضمون من مطالبة الدائن المضمون والجزء غير المضمون من تلك المطالبة بواسطة تحديد قيمة الموجودات المرهونة.

المطالبات المضمونة

(١٨٨) ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أن المطالبة المضمونة ينبغي أن تسدّد من الموجودات المرهونة في إجراءات التصفية أو بموجب خطة لإعادة التنظيم، رهناً بسداد أي مطالبات أعلى أولوية من المطالبة المضمونة، إن وجدت. وينبغي التقليل إلى أدنى حد من المطالبات التي هي أعلى أولوية من المطالبات المضمونة وذكرها بوضوح في قانون الإعسار. وعندما تكون قيمة الموجودات المرهونة غير كافية لسداد مطالبة الدائن المضمون، يجوز للدائن المضمون أن يشارك بصفة دائن عادي غير مضمون.

باء- توصيات إضافية بشأن الإعسار

الموجودات المحتازة بعد بدء إجراءات الإعسار

٢٣٢- باستثناء ما تنص عليه التوصية ٢٣٣، ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أن موجودات الحوزة التي تحاز بعد بدء إجراءات الإعسار لا تخضع لأي حق ضماني أنشأه المدين قبل بدء تلك الإجراءات.

٢٣٣- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أن موجودات الحوزة التي تحاز بعد بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بالمدين تخضع لأي حق ضماني أنشأه المدين قبل بدء إجراءات الإعسار إذا كانت الموجودات عائدات (نقدية أو غير نقدية) لموجودات مرهونة كانت موجودات يملكها المدين قبل بدء الإجراءات.

شروط الإنهاء التلقائي في إجراءات الإعسار

٢٣٤- إذا كان قانون الإعسار ينص على أن الشرط الوارد في العقد والذي يقضي بالإنهاء التلقائي لأي التزام بمقتضى العقد أو بتعجيل استحقاق أي التزام بمقتضى العقد عند بدء إجراءات الإعسار أو عند وقوع حدث آخر متصل بالإعسار هو شرط غير قابل للإنفاذ على ممثل الإعسار أو على المدين، فينبغي أن ينص قانون الإعسار أيضا على أن هذا الحكم لا يحول دون إنفاذ الشرط الوارد في العقد والذي يعفي الدائن من التزام تقديم قرض أو تقديم ائتمان أو غير ذلك من التسهيلات المالية لصالح لمدين، أو يلغي ذلك الشرط.

نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في إجراءات الإعسار

٢٣٥- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه إذا كان الحق الضماني نافذا تجاه أطراف ثالثة عند بدء إجراءات الإعسار جاز اتخاذ تدابير بعد بدء تلك الإجراءات من أجل مواصلة نفاذ ذلك الحق تجاه الأطراف الثالثة؛ أو استبقاء نفاذه أو الحفاظ على نفاذه إلى الحد المسموح به بموجب قانون المعاملات المضمونة وبالطريقة المسموح بها بموجبه.

أولوية الحق الضماني في إجراءات الإعسار

٢٣٦- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه إذا كان الحق الضماني يستحق الأولوية بموجب قانون غير قانون الإعسار ظلت تلك الأولوية سارية دون انتقاص في إجراءات الإعسار، إلا إذا نالت مطالبة أخرى الأولوية بموجب قانون الإعسار. وينبغي أن تكون هذه

الاستثناءات في الحد الأدنى وأن ينص عليها قانون الإعسار بوضوح. وهذه التوصية خاضعة للتوصية ١٨٨ من دليل الأونسيتال التشريعي لقانون الإعسار.

أثر اتفاق تخفيض مرتبة الأولوية في إجراءات الإعسار

٢٣٧- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه عندما يُخفض حائز الحق الضماني في موجودات حوزة الإعسار مرتبة أولويته من جانب واحد أو بالاتفاق لصالح أي مُطالبين منافسين موجودين حالياً أو سيوجدون مستقبلاً، فإن هذا التخفيض يُعدّ ملزماً في إجراءات الإعسار فيما يتعلق بالمدين بقدر ما يكون فيه هذا التخفيض نافذ المفعول. بموجب قانون غير الإعسار.

التكاليف والنفقات المترتبة على الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة في إجراءات الإعسار

٢٣٨- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه يحقّ لممثل الإعسار أن يسترد من قيمة الموجودات المرهونة، على أساس الأولوية الأولى، التكاليف والنفقات المعقولة التي يتحملها ممثل الإعسار في الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة أو استبقائها أو زيادتها لصالح الدائن المضمون.

تقدير قيمة الموجودات المرهونة في إجراءات إعادة التنظيم

٢٣٩- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على ضرورة إيلاء الاعتبار، لدى تقدير قيمة تصفية الموجودات المرهونة في إجراءات إعادة التنظيم، لاستخدام تلك الموجودات والغرض من تقدير تلك القيمة. ويجوز الاستناد في تقدير قيمة تصفية تلك الموجودات إلى قيمتها بصفقتها جزءاً من منشأة عاملة.