

جامعة البحرين

قسم القانون الخاص



كلية الحقوق

التنظيم القانوني لحق الضمان الوارد على الأموال المنقولة (دراسة تحليلية مقارنة)

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة الماجستير
في القانون الخاص (القانون المدني)

إعداد

حسين مهدي علي الجيدوم
20030570

إشراف

د. صلاح محمد أحمد دياب
أستاذ مشارك في القانون الخاص
جامعة البحرين

مملكة البحرين
مارس 2019م

قال تعالى: {وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتِمٌ قَلْبُهُ
وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ}

(سورة البقرة : آية 283)



جامعة البحرين

كلية الحقوق

قسم القانون العام/ الخاص

برنامج الماجستير

نموذج رقم (2)

صفحة الاعتماد من قبل لجنة التحكيم

ناقش الطالب حسين مهدي علي كبيروم رقم جامعي 20030570 الأطروحة
التي استكمل بها متطلبات الحصول على درجة الماجستير في (القانون الخاص) والمعنونة
(النظام القانوني لحق الضمان الوارد على الأموال المنقولة)
(دراسة مقارنة)

وذلك في يوم الخميس الموافق ١٧٥/٤

وتوصي اللجنة بمنحه درجة الماجستير، بتقدير A

(لجنة المناقشة)

التوقيع

الاسم

[Signature]
[Signature]
[Signature]
الختم

د. صلاح محمد أحمد مشرفاً
د. عبد الباق طه عيسى ممتحناً خارجياً
د. صبري محمد خاطر ممتحناً داخلياً



ملخص الأطروحة

تهدف هذه الأطروحة إلى دراسة التنظيم القانوني لحق الضمان الوارد على الأموال المنقولة من خلال استعراض أحكام القسم التاسع الخاص بالمعاملات المضمونة من القانون التجاري الموحد الأمريكي "UCC 9" والقانون النموذجي للأونيسترال وقوانين المعاملات المضمونة الصادرة مؤخراً في كل من مصر وفلسطين والإمارات.

وتعالج الأطروحة حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة والذي يعتبر حقاً عينياً يكفل للدائن الحصول على حقه إذا عجز المدين عن الوفاء به، فيكون للدائن ميزة التقدم في الأولوية عند تراحم الدائنين الآخرين وتتبع تلك الأموال المثقلة بحقه في أي يد كانت لاقتضاء حقه.

وتتناول الأطروحة عقد الضمان، إذ لا يمكن إنشاء حق الضمان بغير عقد بين المدين الضامن والدائن المضمون له، والذي يجب أن يكون موقعاً من المدين، إلا إذا كانت الأموال المثقلة في حيازة الدائن. كما يجب أن يتم وصف الأموال المثقلة في عقد الضمان وصفاً كافياً يمكن من خلاله تحديدها. وحق الضمان يكون نافذاً بين طرفيه بمجرد إبرام عقد الضمان، أما لنفاذه في مواجهة الغير والاحتجاج به على الدائنين الآخرين فإنه يتعين أن يتوافر فيه أحد طرق نفاذ الضمان. وقد تناولت الأطروحة الطرق الأربعة لنفاذ حق الضمان في مواجهة الغير تتمثل في الإشعار عن طريق التسجيل والحيازة والسيطرة والنفاذ التلقائي على السلع الاستهلاكية.

ومن أهم المسائل التي بحثتها الأطروحة موضوع تنظيم الأولوية بسبب إمكانية أن ترد حقوق ضمان لعدة دائنين على ذات الأموال المثقلة، فقد وضعت القوانين قواعد تتناول حقوق الضمان عند تراحم الدائنين، فالدائن الأسبق في نفاذ حق ضمانه، عن طريق تسجيل الإشعار أو عن أي طريق آخر من طرق النفاذ، يكون له الأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين التاليين له زمنياً في نفاذ حقوقهم الضمانية. فالقاعدة العامة في الأولوية تقضي بأن "الأسبق في الوقت هو الأسبق في الحق".

كما تناولت الأطروحة آثار إخلال المدين بالتزامه المضمون، حيث يكون للدائن عند إخلال المدين بالتزامه، الحق في حيازة الأموال المثقلة والتنفيذ عليها عن طريق بيعها أو التصرف فيها

بطريقة أخرى تحقق عائداً أكبر، كما تناولت قواعد توزيع العوائد عند بيع الأموال المثقلة وأوجه التوزيع والتي تشمل سداد مصاريف ونفقات الحياة والبيع وسداد دين الدائن المضمون له. وقد قسمت هذه الأطروحة إلى فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي يتناول مفهوم حق الضمان وأهميته، وفي الفصل الأول تناولت إنشاء حق الضمان، وتناولت في الآخر آثار حق الضمان.

إهداء

إلى زوجتي العزيزة وبناتي الحبيبات... تقديراً لصبرهن ومساندتهن،

حسين

شكر وتقدير

بعد حمد الله والثناء عليه كما ينبغي لجلال عظمته وواسع إحسانه وفضله،
فإن من لا يشكر الناس لا يشكر الله.

يشرفني أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لكل من مد لي يد العون وساهم في
إيصال هذا الجهد لبر الأمان.

والشكر موصول لأساتذتي بكلية الحقوق في جامعة البحرين، وأخص بالشكر
والتقدير أستاذي الدكتور صلاح محمد أحمد دياب لتفضله بقبول الإشراف
على هذه الأطروحة ولما بذله من نصح وإرشاد ومتابعة حثيثة وحرص على
إخراج هذه الأطروحة على أفضل وجه ممكن، فجزاه الله عني خير الجزاء.

ولا يفوتني شكر رؤسائي في العمل لحثهم لي على المضي قدماً، وزملائي
وزميلاتي لما قدموه لي من عون ومؤازرة.

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	صفحة الاعتماد من قبل لجنة التحكيم
ب	ملخص الأطروحة باللغة العربية
د	إهداء
هـ	شكر وتقدير
و	قائمة المحتويات
1	المقدمة
5	مبحث تمهيدي مفهوم حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة وأهميته
8	المطلب الأول: مفهوم حق الضمان وتمييزه عن غيره من صور الضمانات الأخرى
9	الفرع الأول: مفهوم حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة
9	أولاً: تعريف حق الضمان
9	1- تعريف حق الضمان في بعض القوانين النموذجية
13	2- تعريف حق الضمان في القوانين المقارنة
17	ثانياً: أوجه الاعتراض على مصطلح حق الضمان وتقديرها
21	الفرع الثاني: تمييز حق الضمان عن غيره من صور الضمانات

الصفحة	الموضوع
21	أولاً: تمييز حق الضمان عن الرهن التأميني
24	ثانياً: تمييز حق الضمان عن الرهن الحيازي المقرر في القانون المدني
28	المطلب الثاني: أهمية حقوق الضمان الواردة على الأموال المنقولة
29	الفرع الأول: دور حق الضمان في تعزيز الأنشطة الاقتصادية والمعاملات
30	أولاً: أثر حق الضمان على الائتمان
32	ثانياً: أثر حق الضمان على نظام الإفلاس
36	الفرع الثاني: دور حق الضمان في الوفاء بمتطلبات البنك الدولي لجودة بيئة الأعمال
36	أولاً: لمحة موجزة عن تقرير ممارسة أنشطة الأعمال
36	ثانياً: مؤشر الحصول على الائتمان
40	الفصل الأول: إنشاء حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة
43	المبحث الأول: عقد الضمان
46	المطلب الأول: التراضي في عقد الضمان
47	الفرع الأول: خضوع عقد الضمان للقواعد العامة في رضائية العقود
50	الفرع الثاني: اتجاهات القوانين المقارنة في اشتراط الشكلية في عقود الضمان
55	المطلب الثاني: الأموال المثقلة بالضمان (وعاء الضمان)
56	الفرع الأول: الشروط العامة للأموال المثقلة بالضمان

الموضوع	الصفحة
أولاً: حق المدين الضامن في الأموال المثقلة بالضمان	56
ثانياً: وصف الأموال المثقلة بالضمان	58
الفرع الثاني: الأموال التي يجوز ترتيب حق ضمان عليها	62
أولاً: تصنيف الأموال المنقولة التي يرد عليها حق الضمان	62
ثانياً: مدى جواز إنشاء حق ضمان على الأموال المستقبلية	64
ثالثاً: الأموال التي لا يجوز إنشاء حق ضمان عليها	69
المطلب الثالث: الالتزام أو الدين المضمون	73
الفرع الأول: تحديد الالتزام المضمون	74
الفرع الثاني: أنواع الالتزامات التي يجوز ضمانها	78
المبحث الثاني: أحكام عقد الضمان	82
المطلب الأول: آثار عقد الضمان بين المتعاقدين	83
الفرع الأول: واجبات الطرف الحائز للمال المثقل بالضمان	85
أولاً: العناية بالمال المثقل بالضمان	85
ثانياً: الحفاظ على قيمة المال المثقل بالضمان	89
ثالثاً: رد المال المثقل بالضمان وإلغاء الإشعار بالتسجيل	91
الفرع الثاني: حقوق طرفي عقد الضمان	93
أولاً: حقوق الدائن المضمون له	93

الصفحة	الموضوع
94	1- معاينة المال المثقل بالضمان
96	2- استعمال المال المثقل بالضمان
98	3- استرداد نفقات ومصاريف العناية بالمال المثقل بحق الضمان
99	ثانياً: حقوق المدين الضامن
99	1- الحق في استعمال الأموال المثقلة بالضمان واستغلالها
101	2- الحق في الحصول على المعلومات
103	المطلب الثاني: سريان حق الضمان في مواجهة الغير
104	الفرع الأول: طرق نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير بغير طريق الحياة
104	أولاً: تسجيل الإشعار
109	ثانياً: النفاذ التلقائي لحق الضمان
114	الفرع الثاني: نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير بطريق الحياة
114	أولاً: الحياة
121	ثانياً: السيطرة
127	الفصل الثاني: آثار حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة
129	المبحث الأول: أولوية حق الضمان عند تراحم الدائنين
131	المطلب الأول: مفهوم الأولوية على الأموال المثقلة بحق الضمان
133	الفرع الأول: مبدأ الأسبقية في تحديد الأولوية

الصفحة	الموضوع
133	أولاً: مفهوم مبدأ الأسبقية
134	ثانياً: اتجاهات قوانين المعاملات المضمونة في الأخذ بمبدأ الأسبقية
138	ثالثاً: مدى حرية الأطراف في تعديل مبدأ الأسبقية
141	الفرع الثاني: أثر الالتزامات أو الديون الآجلة والأموال المستقبلية على تحديد الأولوية
142	أولاً: حق الأولوية على الالتزامات الآجلة
144	ثانياً: حق الأولوية على الأموال المستقبلية المثقلة بالضمان
147	المطلب الثاني: تطبيقات حق الأولوية في القوانين المقارنة
148	الفرع الأول: حق الأولوية في القانون النموذجي للأونسترال والقانون الموحد الأمريكي
148	أولاً: حق الأولوية في القانون النموذجي للأونسترال
150	ثانياً: حق الأولوية في القانون الموحد الأمريكي "UCC 9"
155	الفرع الثاني: اتجاهات قوانين بعض الدول العربية في تنظيم حق الأولوية
155	أولاً: حق الأولوية في القانون المصري
157	ثانياً: حق الأولوية في القانون الفلسطيني
160	ثالثاً: حق الأولوية في القانون الاتحادي الإماراتي
162	المبحث الثاني: التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان
163	المطلب الأول: حق الدائن المضمون له في التنفيذ على الأموال المثقلة

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: ضوابط التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان	164
أولاً: إخلال المدين بأداء التزامه المضمون	164
ثانياً: التزام الدائن المضمون له بحسن النية عند التنفيذ على الأموال المثقلة	167
ثالثاً: ضرورة إشعار المدين قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ	170
الفرع الثاني: التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان بغير الطريق القضائي	173
أولاً: حق الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ بغير الطريق القضائي	174
1- حيازة الأموال المثقلة بالضمان	175
2- حق التصرف في الأموال المثقلة بالضمان	178
ثانياً: مدى جواز شرط تملك الدائن للأموال المثقلة عند عدم الوفاء	182
1- موقف قوانين المعاملات المدنية في الرهن الحيازي	182
2- موقف قوانين المعاملات المضمونة	183
المطلب الثاني: آثار التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان	187
الفرع الأول: تطهير الأموال المثقلة من حقوق الضمان الواردة عليها	188
أولاً: حقوق الأجنبي مشتري الأموال المثقلة بالضمان	190
ثانياً: أثر مخالفة الدائن المضمون له إجراءات التنفيذ على صحة البيع	191
الفرع الثاني: توزيع العوائد من بيع المال المثقل بالضمان	193
أولاً: موقف القوانين المقارنة من توزيع العوائد	194

الموضوع	الصفحة
1- سداد المصاريف والنفقات	194
2- سداد الديون المضمونة	195
3- إعادة الفائض إلى المدين الضامن	198
ثانياً: طرق توزيع العوائد	199
1- توزيع العوائد عن طريق القضاء	199
2- توزيع العوائد عن طريق الدائن المضمون له	201
ثالثاً: مسؤولية المدين عن العجز في العوائد وسداد مصاريف التنفيذ	203
الخاتمة	205
قائمة المراجع	211
ملخص الأطروحة باللغة الإنجليزية	A

المقدمة

على الرغم من أن القواعد العامة تقضي بأن جميع أموال المدين تعتبر ضماناً عاماً لدائنيه، إلا إن ذلك لا يكفي لكفالة حقوق الدائنين وتوفير الاطمئنان لهم في تقاضي حقوقهم من مدينهم في ميعاد استحقاقها، لذلك قررت التشريعات للدائن حق مطالبة المدين بتقديم ضمانات خاصة من أبرزها الرهن العقاري والرهن الحيازي على المنقول ضماناً للوفاء بالالتزام.

ويعرف القانون البحريني نوعين من الرهون النوع الأول هو الرهن التأميني "الرهن الرسمي" المتعلق برهن العقارات والذي لا ينعقد إلا بورقة رسمية ولا يُشترط أن يحوز الدائن العقار، أما النوع الثاني فهو الرهن الحيازي الذي يشمل -إلى جانب رهن العقار- رهن المنقول ورهن الدين، إذ يفترض الرهن الحيازي أن يسلم المدين للدائن أو لشخص آخر يعينه المتعاقدان شيئاً يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين.

وإذا كان الرهن الحيازي على المنقول أحد الضمانات المقررة وفق القانون المدني في مختلف الدول - ومنها مملكة البحرين - إلا أنه قلَّ ما يجأ الأفراد إلى هذا النوع من الرهون لضمان معاملاتهم، إذا يفضل الأفراد الحصول على الرهون الواردة على الأراضي أو المباني كضمانات لمعاملاتهم بدلاً من الأموال المنقولة مثل المخزون، أو الماشية، أو المحاصيل، أو المعدات، أو الآلات والتي لا تستخدم إلا على نطاق محدود.

ويرجع تقهقر مكانة الرهن الحيازي في الوقت الحالي لأسباب عدة من أبرزها ما يترتب هذا النوع من الرهون من التزامات على الدائن كالمحافظة على الشيء المرهون وإدارته وبذل العناية الواجبة في الإدارة، كما يصعب على المدين من الناحية العملية التخلي عن حيازة بعض الأنواع من أمواله كالأدوات المخصصة للاستخدام في تسيير أعماله التجارية أو التي ترتبط بحرفته ومهنته.

لذلك بدأت العديد من الدول تتجه نحو الأخذ بحق الضمان غير الحيازي على المنقول، فأصدرت قوانين تنظم المعاملات المضمونة أجازت للأفراد إنشاء حق ضمان على أموالهم المنقولة،

أيًا كانت طبيعتها، دون اشتراط التخلي عن حيازتها للدائن، الأمر الذي تطلب استحداث سجل عام أو مركزي لقيد الحقوق المضمونة على الأموال المنقولة أيًا كانت طبيعتها أو طبيعة الالتزام المضمون. كما استحدثت تلك القوانين طرقاً أخرى لنفاذ حق الضمان تُمكن الدائن من استيفاء حقه من ثمن المال المثقل بالضمان بالتقدم على غيره من الدائنين، وفي أي يد كان، دون أن يلزم المدين الضامن بالتخلي عن حيازته. وتتمثل هذه الطرق في النفاذ التلقائي لحق الضمان في مواجهة الغير بمجرد إنشاء حق الضمان دون حاجة إلى إشهاره في السجل العام أو حيازته، بالإضافة إلى استحداث طريق السيطرة الذي يقوم على الحيازة الحكيمة للأموال المثقلة بالحسابات المصرفية. كما أجازت قوانين المعاملات المضمونة إنشاء حق الضمان بالطريقة التقليدية لحق الرهن المتمثلة في نقل الحيازة للدائن أو لشخص ثالث.

وبالتأكيد فإن حقوق الضمان لن تحقق وظيفتها بفاعلية في تعزيز الائتمان، دون وضع قواعد واضحة تنظم الأولوية عند تزامن حق الدائن المضمون له مع حقوق الدائنين المضمونين الآخرين على ذات الأموال المثقلة أو عند تزامن حقه مع حقوق الدائنين الآخرين كأصحاب حقوق الامتياز أو أصحاب حق الحبس أو الدائنين العاديين.

كذلك لن يكون لحق الضمان قيمة حقيقية ما لم يكن بمقدور الدائن التنفيذ على الأموال المثقلة بحقه من خلال آليات تنفيذ تتسم بالكفاءة والفاعلية. ولذلك وضعت قوانين المعاملات المضمونة للدائن آليات تنفيذ على أموال المدين المثقلة بحقه دون اللجوء إلى القضاء أو دون حاجة إلى الحصول على إذنه المسبق.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته

يعد موضوع حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة من الموضوعات الهامة في الدراسات الحديثة، إذ من شأن هذا الحق تعزيز أدوات الثقة والائتمان من خلال تحسين أنظمة الإقراض، وزيادة فرص الأفراد والشركات الصغيرة في الحصول على التمويل عن طريق إنشاء حق ضمان على أموالهم المنقولة من دون نقل حيازتها للدائن.

وعلى الرغم من تنظيم القانون المدني البحريني لحقوق الضمان كالرهن التأميني والرهن الحيازي إلا أنه لم ينظم الصور الأخرى لحقوق الضمان الواردة على الأموال المنقولة كحق الضمان من دون نقل الحيازة للدائن. الأمر الذي يقتضي دراسة نصوص قوانين المعاملات المضمونة المقارنة، بهدف المقارنة بينها ووضعها أمام بصر المشرع البحريني عند سنه لقانون ينظم المعاملات المضمونة.

وبالرغم من صدور قوانين منظمة لحق الضمان غير الحيازي الوارد على الأموال المنقولة في بعض الدول العربية، إلا أنه وفي المقابل لا تزال المكتبة العربية تقتصر إلى البحوث والدراسات القانونية التي تتناول هذا الحق العيني الوارد على الأموال المنقولة ضماناً للوفاء بالدين. لذلك يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على التنظيم القانوني لحق الضمان الوارد على الأموال المنقولة، وطبيعة هذا الحق وآثاره وآليات التنفيذ على الأموال المنقولة في حالة إخلال المدين بالوفاء بالتزامه المضمون. كما تثار العديد من الإشكالات حول مدى حاجة مملكة البحرين إلى تنظيم هذا الموضوع وأي الاتجاهات الحديثة الأنسب التي يتعين على المشرع الأخذ بها عند سنه لقانون المعاملات المضمونة.

نطاق الدراسة

تقتصر هذه الدراسة على تناول حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة من خلال استعراض القانون النموذجي للمعاملات المضمونة الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) في 2017، والقانون الموحد للولايات المتحدة الأمريكية "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة، والقوانين العربية التي نظمت مؤخراً حق الضمان وهي القانون المصري رقم (115) لسنة 2015 في شأن تنظيم الضمانات المنقولة، والقانون الفلسطيني رقم (11) لسنة 2016 بشأن ضمانات الحقوق في المال المنقول، والقانون الإماراتي رقم (20) لسنة 2016 في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين.

منهجية الدراسة

اعتمدت هذه الدراسة أكثر من منهج بحث بحسب ما يحققه المنهج لأغراض هذه الدراسة من فائدة، إذ تم الاستعانة بالمنهج المقارن، بالإضافة إلى المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية وآراء الفقه.

علاوة على ذلك، فقد تم الاستعانة بالمنهج الاستقرائي في بعض مسائل هذه الدراسة من خلال استعراض بعض المسائل القانونية الجزئية المتشابهة للوصول إلى القواسم المشتركة لتلك المسائل. كما قد تطلب البحث الاستعانة بالمنهج الوصفي في أكثر من مسألة تم التطرق إليها كالإشارة إلى تطور الحركة التشريعية لقوانين المعاملات المضمونة أو عند بيان السجل العام لحقوق الضمان والإطار المنظم له.

خطة البحث

تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي، ويتناول المبحث التمهيدي مفهوم حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة وأهميته، أما الفصل الأول فيتناول إنشاء حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة، في حين ينصب الفصل الثاني على آثار حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة. وقد أفرد البحث في نهاياته لخاتمة تناولت أبرز ملامح البحث والاستنتاجات والتوصيات والمقترحات التي تم التوصل إليها.

مبحث تمهيدي

مفهوم حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة وأهميته

مبحث تمهيدي

مفهوم حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة وأهميته

يعتبر حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة للاقتصادات الناشئة أداة هامة لتحسين التسهيلات الائتمانية. فلم يكن هناك حتى بداية التسعينات أي نصوص قانونية تسمح بترتيب ضمان على كافة الأموال المنقولة للحصول على ائتمان من دون اشتراط التخلي عن حيازتها، وكانت الأداة المتاحة هي إما إنشاء رهن حيازي على المنقولات أو رهن تأميني إذا كان المدين يملك أموالاً عقارية¹. مع أن العديد من النظم القانونية اعترفت بحق الضمان غير الحيازي على بعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كالرهن الرسمي على السفن والرهن الرسمي على الطائرات، حيث تبقى تلك المنقولات في حيازة مالكها ويكون للدائن المرتهن حق ضمان عليها يماثل الرهن الرسمي².

وقد بدى واضحاً للاقتصادات الناشئة التي تتجه نحو الأخذ بسياسات اقتصاديات السوق وتنشيط الحركة الاقتصادية فيها، بأنّ تطوير الأعمال الاقتصادية يعتمد اعتماداً وثيقاً على مدى توافر الائتمان³. فالائتمان وسيلة هامة للحصول على التمويل اللازم للمشروعات والمنشآت، ويتم هذا التمويل من خلال منح المدين أجلاً للوفاء به، ويقتضي منح هذا الأجل الثقة وتقديم الضمان الخاص أو التأمينات التي تكفل للدائن حقه⁴. ونظراً لأهمية الائتمان في استقرار المعاملات المالية وعجز صور التأمينات التقليدية عن تغطيته، فقد ظهرت في الحياة العملية ضمانات خاصة بديلة، كتحرير شيكات

¹ Eva-Maria Kieninger, Security Rights in Movable Property in European Private Law, Cambridge University Press, first edition, New York, 2004, P. 98.

² د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 265.

³ Eva-Maria Kieninger, op.cit, P. 99.

⁴ د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 5.

بالمديونية بهدف توفير حماية جنائية للدائن في استيفاء حقه، فانقلب الشيك إلى أداة ائتمان بعدما كان وسيلة وفاء¹.

لذلك بدأ التوجه نحو إعداد قوانين نموذجية للمعاملات المضمونة "Secured Transactions Model Laws" تتناول بالتنظيم حقوق الضمان الواردة على الأموال المنقولة أيًا كان نوعها، مادية كانت أم معنوية، حالة كانت أم مستقبلية، ومن دون حرمان المدين من التخلي عن حيازتها أو الحيلولة دون استخدام المدين لها أو استغلالها أو الحصول على ثمارها. كما بدأت العديد من الدول في إصدار قوانين للمعاملات المضمونة للحد من المخاطر التي يتعرض لها الدائن في حالة عدم سداد الدين، من خلال إتاحة التنفيذ على الأموال المنقولة الوارد عليها الضمان لاسترداد الدائن لدينه بالرغم من عدم حيازته لتلك الأموال.

وتقتضي دراسة حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة تحديد مفهوم هذا الحق وتمييزه عن غيره من صور الضمانات الخاصة الأخرى، وبيان دوره في تعزيز بيئة الأعمال والحصول الائتمان، وذلك على النحو التالي:

¹ المرجع السابق، ص 5 وما بعدها.

المطلب الأول

مفهوم حق الضمان وتمييزه عن غيره من صور الضمانات الأخرى

يتشابه النظام اللاتيني Civil Law مع نظام القانون العام Common Law في التقسيم التقليدي للضمانات الخاصة، حيث يعترف كل منهما بالضمان الحيازي أو الرهن الحيازي بالإضافة إلى الضمان غير الحيازي الوارد على العقارات أو الرهن التأميني أو الرسمي¹.

ونظراً للاعتبارات الاقتصادية المتعلقة بتلبية حاجة مختلف القطاعات في الحصول على الائتمان بتكلفة أقل، فقد اتجهت العديد من الدول سواء تلك التي تنتمي إلى مدرسة القانون اللاتيني أو التي تنتمي إلى مدرسة القانون العام إلى وضع قواعد قانونية تسمح للمدين بإنشاء حق ضمان على كافة أمواله المنقولة من دون اشتراط نقل حيازتها للدائن، وذلك إلى جانب اعترافها بالضمانات الخاصة الأخرى التقليدية أو التأمينات العينية كالرهن التأميني وحق الرهن الحيازي أو حق الامتياز أو غير ذلك من تأمينات.

وقد اختلفت هذه الأنظمة فيما بينها في تحديد مفهوم موحد لحق الضمان الوارد على الأموال المنقولة، الأمر الذي يتطلب لدراسة التنظيم القانوني لحق الضمان الوارد على الأموال المنقولة الوقوف على تحديد مفهوم هذا الحق وبيان مدلوله الاصطلاحي وتمييزه عن غيره من صور الضمانات الأخرى.

¹ Yoram Keinan, The Evolution of Secured Transactions, The World Bank, 2001, P.9.

At available:

<http://documents.worldbank.org/curated/en/564371468780338375/The-evolution-of-secured-transactions>

الفرع الأول

مفهوم حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة

باستقراء القوانين المقارنة نجد أنها اكتفت بوضع تعريف لمصطلح "حق الضمان" للدلالة على الضمان الوارد على الأموال المنقولة الذي يمنح الدائن الحق في استيفاء دينه عند إعسار المدين، دون أن ينص التعريف على التزام المدين بتسليم تلك الأموال إلى الدائن، أو إلى شخص آخر يُتفق عليه، فإذا كان ثمة التزام على المدين بتسليم الأموال المضمونة إلى الدائن أو إلى طرف ثالث فإن هذه الصورة تدخل في دائرة طرق نفاذ حق الضمان.

أولاً: تعريف حق الضمان

تقتضي دراسة حق الضمان على الأموال المنقولة بيان مدلوله من خلال استعراض تعريف مصطلح حق الضمان في بعض القوانين النموذجية، ومن ثم تعريف القوانين الوطنية، وذلك من خلال الآتي:

1- تعريف حق الضمان في بعض القوانين النموذجية

يوجد على الصعيد الدولي عدّة قوانين نموذجية للمعاملات المضمونة، وتتباين تلك القوانين النموذجية في الأغراض المتوخاة من إعدادها إلا أنها مع ذلك تشترك في هدف واحد وهو: تقديم المعونة، والتوجيه لإعداد قوانين وطنية تسمح بترتيب حق ضمان على الأموال المنقولة من دون حرمان المدين من حيابة تلك الأموال واستغلالها¹.

¹ من أبرز القوانين النموذجية بشأن المعاملات المضمونة قانون الأونيسترال لسنة 2017 بشأن المعاملات المضمونة، والقانون النموذجي لمنظمة الدول الأمريكية "OAS" لسنة 2002 بشأن المعاملات المضمونة والذي تكاد فلسفته تكون متطابقة مع القانون الموحد للولايات المتحدة الأمريكية "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة، والقانون النموذجي لمنظمة "OHADA" الأفريقية لسنة 1997 بشأن المعاملات المضمونة، وقانون البنك الأوروبي للإنشاء والتعمير "EDRD" لسنة 1994 بشأن المعاملات المضمونة. أنظر في ذلك:

ومن أحدث القوانين النموذجية الصادرة مؤخراً القانون النموذجي للمعاملات المضمونة لسنة 2017 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونسترال" الذي تطرق إلى تعريف حق الضمان في المادة (2) منه، والتي نصت على أنه:

"أ- حق عيني يرد على أموال منقولة وينشأ بموجب اتفاق وذلك لضمان أداء قيمة الالتزام المضمون أو الوفاء به، من دون اعتبار لتسمية الأطراف لحق الضمان أو نوع الأموال المنقولة أو حالة المدين الضامن أو الدائن المضمون له أو طبيعة الالتزام المضمون.

ب- حق المُحال إليه في حوالة مطلقة لمستحق بموجب اتفاق¹."

ويتبين من التعريف السابق، أنّ حق الضمان ينشأ بموجب اتفاق من دون أن يشترط فيه أي شكلية خاصة كالكتابة، ويرتب حقاً عينياً يخول الدائن سلطة مباشرة على المال المضمون لاستيفاء

Jan-Hendrik Rover, The EBRD's Model Law on Secured Transactions and its Implications for an UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, P. 482 and beyond. This article is the extended version of a paper, which the author gave at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions in Vienna on 3 March 2010. This is available on the link:

<http://109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/XV-2-0479.pdf>

¹ جرى إعداد القانون النموذجي للأونسترال بشأن المعاملات المضمونة باللغة الإنجليزية، وتمت ترجمته إلى اللغة العربية، ويؤخذ على الترجمة العربية عدم دقتها، فمثلاً عرفت المادة (2) من القانون حق الضمان بأنه "حق ملكية في موجود منقول ينشأ باتفاق لضمان سداد قيمة التزام..." والصحيح أن حق الضمان حق عيني وليس حق ملكية. لذلك اعتمدنا في إعداد هذا البحث على القانون النموذجي الوارد باللغة الإنجليزية ما لم يكن النص الوارد في النسخة العربية سليماً من حيث الترجمة.

ويمكن الاطلاع على القانون النموذجي للمعاملات المضمونة على الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونسترال": www.uncitral.org

ولأغراض هذا البحث سوف يشار إليه بالقانون النموذجي للأونسترال بشأن المعاملات المضمونة أو القانون النموذجي للأونسترال.

دينه في حال عدم الوفاء به، ويشمل هذا المصطلح على حد سواء حقوق الضمان الحيازية وحقوق الضمان غير الحيازية¹.

كما يشمل حق الضمان طبقاً لأحكام الفقرة (ب) من المادة السابقة حق المُحال إليه في المستحقات من خلال الحوالة المطلقة أو التامة "outright transfer" وهذا أسلوب تمويلي شائع في قطاع الخدمات المالية، وتعتمد عليه أسواق الأوراق المالية وقوانين التوريق "Securitization Laws"². ويلاحظ على النص أنه استعمل مصطلح "مستحق" كترجمة لمصطلح "receivable" والذي يعني أيضاً "الذمة المدينة" وهو مصطلح مالي مستقر عليه ودائماً ما يستعمل محاسبياً في بيان المركز المالي للدائن عند إعداد القائمة المالية له من حيث الموجودات³. إذ يجوز للمدين أن يرتب حق ضمان على المستحقات من خلال الحوالة المطلقة أو التامة، فإذا كانت له حقوق حالة أو آجلة لدى مدينين آخرين، جاز للمدين الضامن الحصول على تمويل مقابل ترتيب حق ضمان على تلك الحقوق المستحقة له في ذمة المدينين له، الأمر الذي يتطلب أن ينشأ حوالة مطلقة أو تامة على تلك المستحقات إلى المُحال إليه، بحيث يجوز للدائن المضمون له التنفيذ عليها في حالة عدم وفاء المدين الضامن لدينه⁴.

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Terminology and recommendations, United Nations publication printed, Vienna, Austria, 2009, P. xv.

² UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, United Nations publication printed, Vienna, Austria, 2010, P. 16 and 17.

ونظراً إلى أهمية هذا التمويل عن طريق المستحقات في التجارة العابرة للحدود فقد اعتمدت الأمم المتحدة في ديسمبر 2001 اتفاقية لإحالة المستحقات في التجارة الدولية وذلك بغرض إرساء مبادئ واعتماد قواعد بشأن إحالة المستحقات بما يوفر الحماية الكافية لمصالح المدين في إحالة تلك المستحقات ويساعد على الحصول الائتمان بتكلفة أقل ويساهم في تعزيز التجارة الدولية، فضلاً عن معالجة أولويات تزامم الحقوق والمطالبات على تلك المستحقات. يمكن الاطلاع على الاتفاقية ومذكرتها التفسيرية في موقع الأونسيترال على الرابط الآتي:

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables.html

³ تحسين التاجي الفاروقي، قاموس مصطلحات المصارف والمال والاستثمار، الطبعة الثانية، مكتبة لبنان، لبنان، 2015، ص 544.

⁴ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P 15.

وعلى خلاف المسلك الذي ذهب إليه القانون النموذجي للأونيسترال من تخصيص مادة تتناول بالتعريف مدلول المصطلحات المستعملة في ثنايا القانون، فإن القانون النموذجي للمعاملات المضمونة لسنة 1994 الصادر عن البنك الأوروبي للإنشاء والتعمير "EDRD" خلا من وضع تعريفات خاصة للمصطلحات المستعملة في نصوصه بما في ذلك تعريف مصطلح حق الضمان، وذلك لأنه لم يتم إعداده بغية أن يكون أداة لتوحيد النظم المتعلقة بالمعاملات المضمونة، وإنما جاء بغرض دعم الإصلاح القانوني وبالأخص لدول شرق أوروبا¹.

وقد أفرد القانون النموذجي للبنك الأوروبي للإنشاء والتعمير "EDRD" افتتاحية خاصة بعنوان "ملاحظة حول المصطلحات" توضح مبررات عدم تخصيص مادة لبيان مصطلحات القانون، حيث أشارت الافتتاحية إلى أن اختيار المصطلحات في هذا القانون اتسم بالمرونة، وذلك باستخدام مصطلحات لا تؤدي إلى اللبس بسبب ما تحمله من دلالات مختلفة بالنسبة للمحامين من مختلف الولايات القضائية، ومن ثم فإنه ينبغي قراءة المصطلحات الواردة في هذا القانون على نحو عام ودون تحديد دلالتها بمعاني معينة قد تكون اكتسبت في سياق قانون محدد².

¹ يتكون القانون النموذجي للمعاملات المضمونة المعد من قبل البنك الأوروبي للإنشاء والتعمير "EDRD" والصادر في سنة 1994 من خمس وثلاثين مادة موزعة على خمسة أبواب. وقد تناول الباب الأول الأحكام العامة، والباب الثاني إنشاء الضمان، والباب الثالث اشتراك الغير، والباب الرابع النفاذ والانقضاء والباب الخامس التسجيل. والغرض من إعداد القانون النموذجي تحقيق أربعة أهداف رئيسية: الأول أنه يمكن لمختلف الأنظمة القانونية في الاتحاد الأوروبي الاستئناس بأحكام مواده في سياق الإصلاح القانوني لتنظيم القوانين المحلية للمعاملات المضمونة بحيث تكون في وثيقة واحدة، والثاني أن يكون القانون النموذجي مرجعاً للمشرع الوطني لإنشاء نظام قانوني شامل للمعاملات المضمونة مع الأخذ في الاعتبار خلفية الإطار القانوني لكل بلد، والثالث أن يوفر القانون النموذجي التوجيهات المتعلقة بتوقعات المستثمرين الأجانب والمقرضين والمؤسسات التمويلية، نظراً إلى أن الجهة التي تولت إعداده مؤسسة مالية متخصصة، والرابع تحقيق قدر من المواءمة بين التشريعات المنظمة للمعاملات المضمونة لدول الاتحاد الأوروبي. أنظر في ذلك:

Eva-Maria Kieninger, op.cit, P. 98.

² Model Law on Secured Transactions, European Bank for Reconstruction and Development, 2004, P. 8. This available on the European Bank website: www.ebrd.com

ومع ذلك، يذهب الفقه الذي تناول بالشرح والتحليل القانون النموذجي للبنك الأوروبي للإنشاء والتعمير "EDRD" إلى تعريف حق الضمان بأنه عبارة عن حق عيني يرد على الأموال ويكون للدائن بمقتضاه الحق في اتخاذ إجراءات التنفيذ ببيع تلك الأموال من أجل أن يستوفي من ثمنها دينه المضمون¹.

2-تعريف حق الضمان في القوانين المقارنة

لم تقف القوانين المقارنة موقفاً موحداً من تعريف حق الضمان، فعلى الرغم من أن القانون الموحد للولايات المتحدة الأمريكية "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة أفرد أكثر من مادة لتعريف المصطلحات المستعملة في نصوص القانون، إلا أنه لم يضع تعريفاً خاصاً لمصطلح حق الضمان². وتجدر الإشارة إلى أن القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" لم يستعمل مصطلح "حق

¹ Jan-Hendrik Rover, op.cit, P. 496.

² لم تقرد الولايات المتحدة الأمريكية قانوناً خاصاً للمعاملات المضمونة أسوة بالعديد من الدول الأخرى، وإنما خصصت المادة (9) من قانون التجارة الموحد للولايات المتحدة الأمريكية والمعروف بـ "UCC 9" لتتناول أحكام المعاملات المضمونة وهذه المادة تتوزع على سبعة فصول حيث تناول الفصل الأول الأحكام العامة، والفصل الثاني نفاذ اتفاق الضمان، والفصل الثالث الأولوية، والفصل الرابع حقوق الغير، والفصل الخامس الإشعار، والفصل السادس التخلف عن سداد الدين، والفصل السابع أحكام انتقالية، ويتفرع عن المادة (9) (321) بند. للاطلاع على القانون الموحد "UCC 9" أنظر موقع الرسمي لمؤسسة المعلومات القانونية الأمريكية على الرابط التالي:

<https://www.law.cornell.edu/ucc/9>

ونظراً لما يمتاز به القانون الموحد للولايات المتحدة الأمريكية "UCC 9" من بساطة وشمول ووضوح فضلاً عن دوره في تعزيز الائتمان، فقد اعتمدته العديد من الدول عند تنظيمها للمعاملات المضمونة ومن ذلك مثلاً أستراليا ونيوزلندا وكندا باستثناء المقاطعة الكندية كويبك Quebec حيث اعتمدته جزئياً وذلك نظراً إلى أنها تأخذ بالنظام اللاتيني Civil Law على خلاف بقية المقاطعات الكندية التي تنتمي إلى نظام القانون العام Common Law، كذلك تأثرت به العديد من دول أوروبا والتي تنتمي إلى أسرة القانون المدني Civil Law. ولأغراض هذا البحث سوف يشار إليه بالقانون الموحد الأمريكي "UCC 9".

أنظر في ذلك:

Temmu Juutilainen, Secured Credit in Europe, HART Publishing, First Edition, UK, P. 38 and beyond.

Yoram Keinan, op.cit, P. 5.

الضمان "Security Right" وإنما استعمل مصطلحاً مرادفاً له وهو "مصلحة الضمان" "Security Interest".¹

ولم يتناول القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" تعريف حق الضمان، وإنما جاء تعريف هذا المصطلح في المادة "UCC 1" من القانون التجاري الموحد، حيث أوردت المادة (1-201-b-35) تعريفاً لهذا المصطلح بأنه: "حق في أموال منقولة أو في العقارات بالتخصيص يحصل عليه الدائن بموجب اتفاق ضمان لسداد دين أو الوفاء بالتزام...".²

ومن ثم يرد حق الضمان وفقاً للقانون الأمريكي على الأموال المنقولة والعقارات بالتخصيص، ويقصد بالأموال المنقولة جميع الأموال المنقولة باستثناء العقار. كما تعتبر ثمار العقار أموالاً منقولة. وكذلك يدخل في دائرة الأموال المنقولة جميع الأموال المنقولة المادية وغير المادية بما في ذلك حقوق الملكية الفكرية، والمستحقات كالمطالبات المالية تجاه الغير.³ ويشترط لإنشاء حق الضمان أن يكون

¹ لأغراض هذا البحث سوف يستعمل مصطلح "حق الضمان" بدلاً من "مصلحة الضمان" عند تناول أحكام القانون الموحد الأمريكي "UCC 9"، حيث إن لمصطلح "Interest" عدة معاني من أهمها مصلحة وحق. أنظر في ذلك: حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، الطبعة الخامسة، مكتبة لبنان، لبنان، 2008، ص 377. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع البحريني لم يفرق كثيراً بين مصطلحي "الحق" و"المصلحة" حيث استعمل مصطلح "المصلحة" بمعنى الحق ومن ذلك مصلحة الانتفاع في المرسوم بقانون رقم (23) لسنة 2016 في شأن العهد حيث عرف مصلحة الانتفاع بأنها: "جميع الحقوق والمنافع والمزايا، الحالة أو المعلقة على شرط، التي تنشأ لصالح مستفيد أو لغرض خيري أو غير خيري بخصوص أموال العهدة".

كذلك فهناك جانب من الفقه لا يفرق بين الحق والمصلحة، حيث يعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون كالفقيه الألماني إهرنج والفقيه السنهاوري. أنظر في ذلك:

د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ص 524. الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهاوري والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1938، ص 267.

² . للاطلاع على القانون الموحد الأمريكي "UCC1" أنظر الموقع الرسمي لمؤسسة المعلومات القانونية الأمريكية على الرابط التالي:

<https://www.law.cornell.edu/ucc/1>

³ Eva-Maria Kieninger, op.cit, P. 56.

بناءً على اتفاق بين المدين الضامن ودائنه وأن ينص اتفاق الضمان على الالتزام أو الدين المضمون وإن لم يحدد مقداره في الاتفاق¹.

كما يمتد حق الضمان في القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" إلى العقارات بالتخصيص "Fixtures" وهي الأشياء المثبتة في العقار والتي تعتبر جزءاً منه أي: الأموال العقارية بالتخصيص. وقد عرفت المادة (9-102) من القانون الموحد مصطلح العقارات بالتخصيص "Fixtures" بأنها الأشياء التي أصبحت ذات صلة بأموال عقارية معينة، وأن الحقوق التي ترد عليها تنشأ بموجب قانون الملكية العقارية².

وبالعودة إلى القوانين العربية التي نظمت المعاملات المضمونة، نجد أن القانون المصري رقم 115 لسنة 2015 بشأن تنظيم الضمانات المنقولة عرّف بالمادة الأولى منه حق الضمان بأنه: "الحق العيني التبعية الذي يقع على المنقول الضامن بموجب عقد الضمان المبرم بين الدائن والمدين ومقدم الضمان وفاء لالتزام أو دين". ويقصد بمقدم الضمان في القانون المصري مالك المنقول الضامن، سواء كان المدين أو الغير³.

في حين عرف القانون الفلسطيني رقم (11) لسنة 2016 بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة حق الضمان بأنه "حق عيني تبعية ينشأ على مال منقول لضمان الوفاء بالالتزام مالي أو غير مالي سابق على تاريخ إنشائه أو متزامن معه أو لاحق له"⁴.

¹ Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, Problems and Materials on Secured Transactions, Third Edition, American Casebook Series, West Academic Publishing, USA, 2014, P. 89.

² Ricard A. Mann and Barry S. Roberts, Business Law, South-Western Change Learning, Fourteenth Edition, USA, P. 783.

³ منشور في الجريدة الرسمية- العدد 46 مكرر (أ) في 15 نوفمبر 2015، ولأغراض هذا البحث سوف يشار إليه بالقانون المصري أو قانون تنظيم الضمانات المنقولة المصري.

⁴ منشور في الوقائع الفلسطينية العدد 120 في 26 أبريل 2016، ولأغراض هذا البحث سوف يشار إليه بالقانون الفلسطيني أو قانون ضمان الحقوق في الأموال المنقولة الفلسطيني.

أما القانون الاتحادي الإماراتي رقم (20) لسنة 2016 في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين الذي استعمل مصطلح حق الرهن بدلاً من حق الضمان، عرفه بأنه: "حق ضمان يرتب حقاً عينياً تبعياً يرد على مال منقول لضمان الوفاء بالتزام"¹.

ويمكن أن نستخلص من التعريفات السابقة الواردة في القوانين العربية الأمور التالية:

1- أن حق الضمان حق عيني يرد على مال منقول ضماناً لحق شخصي، ويكفل للدائن الحصول على دينه، فيؤمنه من مزاحمة الدائنين الآخرين، ويخوله التقدم في استيفاء حقه على غيره من الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة.

2- أن حق الضمان حق تبعي للدين الذي يضمنه، فلا يقوم هذا الحق إلا بقيام الالتزام المضمون به، فهو يسير مع الدين وجوداً وعدماً. فيفترض لوجود حق الضمان وجود التزام صحيح يضمنه هذا الحق، فإذا شاب الالتزام عيب يؤدي إلى بطلانه أو إبطاله أو نقضه، انقضى الضمان مع انقضاء الالتزام.

3- حدد تعريف حق الضمان في القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة مصدر إنشاء حق الضمان، حيث ينشأ بموجب عقد ضمان يبرم بين الدائن والمدين ومقدم الضمان²، في حين لم تشترط القوانين العربية الأخرى في تعريفها لحق الضمان وجوب أن يكون بناءً على عقد ضمان.

¹ القانون الاتحادي الإماراتي رقم (20) لسنة 2016 في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين الصادر في 12 ديسمبر 2016. ولأغراض هذا البحث سوف يشار إليه بالقانون الإماراتي أو القانون الإماراتي بشأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين.

² عادة ما يكون المدين الضامن والدائن المضمون طرفي عقد الضمان، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع أن يعقد شخص ضماناً لدين على غيره، وهذا ما يسمى بمقدم الضمان أو الكفيل العيني.

ثانياً: أوجه الاعتراض على مصطلح حق الضمان وتقديرها

تتشابه الدول التي تنتمي إلى أسرة القانون اللاتيني "Civil Law" مع الدول التي تنتمي إلى القانون العام "Common Law" في تقسيمها التقليدي للضمانات الخاصة أو التأمينات العينية، حيث تعترف بالرهن الرسمي الوارد على الأموال العقارية والذي لا يشترط فيه الحياة، كما تعترف بالرهن الحيازي على الأموال المنقولة. ومع ذلك، فهي تختلف عنها في المصطلحات المستعملة للدلالة على تلك الحقوق، ففي القانون العام "Common Law" نجد أنه يستعمل مصطلح "Pledge" للدلالة على الرهن الحيازي أو حق الضمان الحيازي الوارد على الأموال المنقولة، كما يستعمل مصطلح "Mortgage" للدلالة على الرهن التأميني أو الرسمي، في حين يستعمل القانون اللاتيني "Civil Law" مصطلح "Droit de gage" للدلالة على الرهن الحيازي، كما يستعمل مصطلح "Droit d'hypothèque" للدلالة على الرهن التأميني أو الرسمي¹.

ونجد أن القوانين المقارنة التي اعترفت بحق الضمان الوارد على المنقول استعملت مصطلح "حق الضمان" للإشارة إلى هذا النوع الخاص من الحقوق، وذلك باستثناء القانون الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين الذي استعمل مصطلح "حق الرهن" مع أنه عرف مدلول هذا المصطلح بأنه حق ضمان².

وقد يثير مصطلح حق الضمان الوارد على المنقول اعتراضاً من عدة أوجه من أبرزها ما يتسم به مصطلح "الضمان" من عمومية حيث يحتمل مدلوله عدة معاني قانونية، وتتعدد استعمالاته في مختلف فروع القانون، ومن ذلك مثلاً استعماله في وصف تغطية الصكوك والأسهم عند إجراء

¹ Yoram Keinan, op.cit, P. 9 and beyond.

² نصت المادة (1) من القانون الإماراتي بشأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين على تعريف حق الرهن بأنه: "حق ضمان يترتب حقاً عينياً تبعياً يرد على مال منقول لضمان الوفاء بالتزام".

الشركات التجارية لعمليات الاكتتاب أو استعماله في بعض الأوراق التجارية كخطاب الضمان، كما يستعمل هذا المصطلح أيضاً لضمان تنفيذ الأوامر القضائية أو وقفها¹.

كما أن هذا المصطلح يخالف المصطلحات المألوفة في النظام القانوني للدول العربية والذي درج على استعمال التأمينات العينية أو الرهن الحيازي أو الرهن التأميني أو الرسمي.

ومردود على هذا الاعتراض، بأن حق الضمان أكثر دقة وأشمل نطاقاً من أي مصطلح آخر كحق الرهن أو الرهن غير الحيازي أو الرهن الطليق، فحق الضمان يشمل بالإضافة إلى الرهن التقليدي والرهن غير الحيازي أو الرهن الطليق صوراً أخرى من الضمانات التي لا يمكن لمصطلح الرهن أن يحتويها كالبيع الائتماني أو حوالة الحق الواردة على سبيل الضمان ونقل سند الملكية على سبيل الضمان.

وعليه تعتبر جميع الصور السابقة حقوق ضمان أياً كانت التسمية التي يطلقها الأطراف ما دامت الغاية منها أن تضمن للدائن استيفاء حقه²، فمثلاً يعترف القانون الموحد الأمريكي "UCC" 9 بحق الضمان على أساس "فحواه ومضمونه" وليس على أساس "شكله أو تسميته"، ومن ثم تخضع تلك الصور من الضمانات كالبيع الائتماني أو البيع مع حق الاحتفاظ بسند الملكية لأحكام قانون المعاملات المضمونة أياً كانت طبيعة الالتزام المضمون³.

وقد أشار القانون النموذجي للأونيسترال عند تعريفه لحق الضمان بأنه لا عبء بتسمية الأطراف لحق الضمان أو حالة المدين الضامن أو الدائن المضمون له أو طبيعة الالتزام المضمون⁴.

¹ P.A.U. Ali, The Law of Secured Finance, Oxford University Press, first edition, New York, 2002, P. 16.

² P.A.U. Ali, op.cit, P. 24.

³ Yoram Keinan, op.cit, P.11.

⁴ عَرَفَ القانون النموذجي للأونيسترال في المادة (2) منه حق الضمان بأنه: "حق الضمان هو حق عيني يرد على أموال منقولة وينشأ بموجب اتفاق وذلك لضمان أداء قيمة الالتزام المضمون أو الوفاء به، من دون اعتبار لتسمية

أما بخصوص ما قد يثيره لفظ "الضمان" من عمومية، فإنه مردود، بأن دلالة الألفاظ القانونية على معناها ناشئة من التعيين أو التخصيص، سواء كان ذلك التعيين أو التخصيص صادراً من المشرع أو من الفقه، باعتبار أن هذا اللفظ له دلالة اصطلاحية. فمصطلح "ضمانات" تعني قانوناً "تأمينات"، وهو أكثر استخداماً عند علماء الاقتصاد، فضمان الشيء معناه تأمين الشيء¹.

وبالرجوع إلى القوانين التي نظمت المعاملات المضمونة نجد أن غالبيتها استعمل مصطلح "حق الضمان" في ثنايا نصوصها كالقانون النموذجي للأونيسترال والقانون النموذجي للبنك الأوروبي بشأن المعاملات المضمونة، والقانون الموحد الأمريكي "UCC 9"، والقانون المصري والقانون الفلسطيني وغير ذلك من القوانين الأخرى التي نظمت المعاملات المضمونة.

كما لا يقدح في استعمال مصطلح الضمان تعدد دلالات مصطلح الضمان واستعماله في أكثر من معنى في اللغة القانونية، ما دام أحد أوجه استعماله هو تخصيص مال من أموال المدين لضمان الوفاء بحق الدائن. ونجد أن الفقه قد درج على استعمال مصطلح الضمان للدلالة على هذا المعنى².

وفي ذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن فكرة الضمان الخاص تتمثل في "تخصيص مال معين، أو أكثر، لوفاء المدين بما يثقله من ديون، إذ بهذا التخصيص يبقى الدائن خطر تصرف مدينه في المال المثقل بالضمان بفضل ميزتي التتبع والتقدم اللتين يمنحهما الضمان أو التأمين الخاص للدائن. وقد بدأت فكرة الضمان الخاص بنقل ملكية مال معين إلى الدائن، وفي تطور لاحق اكتفى بنقل حيازة هذا المال دون ملكيته، ثم أظهر الفكر القانوني ما يغني عن حيازة المال المثقل بالضمان

الأطراف لحق الضمان أو نوع الأموال المنقولة أو حالة المدين الضامن أو الدائن المضمون له أو طبيعة الالتزام المضمون."

¹ د. تامر ريمون فاهيم، ضمانات الائتمان المصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 40.

² درج الفقه على استعمال مصطلح "الضمان" عند تناولهم موضوعات التأمينات العينية، أنظر في ذلك:

د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 7.

د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 17 وما بعدها.

د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 14 وما بعدها.

الخاص أيضاً عن طريق تقرير حق عيني يثقل المال محل الضمان ويسمح للدائن باستيفاء حقه من ثمن هذا المال بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين، وفي أي يد يكون، وبذلك يتحقق الضمان الكافي للدائن¹."

ولنا أن نستخلص مما تقدم أن القوانين المقارنة المنظمة للمعاملات المضمونة قد استقرت على استعمال مصطلح "حق الضمان" للدلالة على الحق العيني الذي يربته المدين على أمواله المنقولة ضماناً للوفاء بدينه، وأن أوجه الاعتراض على استعمال هذا المصطلح مردود عليها. ونرى أفضلية استخدام هذا المصطلح عند سن المشرع البحريني قانوناً للمعاملات المضمونة، خاصة وأن النظام القانوني البحريني استعمله للدلالة على ضمان حق الدائنين في استيفاء حقوقهم عند تخلف المدينين أو إعسارهم².

¹ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية التبعية - التأمينات العينية، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، 1998، ص 6.

² استعمل النظام القانوني البحريني مصطلح "حق الضمان" ومن ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة (110) من قانون مصرف البحرين المركزي الصادر بموجب القانون رقم (64) لسنة 2006 من أنه: "مع مراعاة أحكام الرهن المنصوص عليها في القانون المدني وقانون التجارة، يصدر المصرف المركزي لائحة بتحديد شروط وإجراءات تقديم الضمان عن طريق الرهن أو الضمان التأميني أو الضمان بتحويل الملكية من قبل مقدم الضمان إلى المستفيد منه طبقاً لعقد السوق."

كذلك استعمل قانون إعادة التنظيم والإفلاس البحريني الصادر بالقانون رقم (22) لسنة 2018 مصطلح "حق ضمان" وقد عرفته المادة الأولى بأنه: "حق عيني يرد على أموال منقولة أو عقارية، وينشأ بموجب اتفاق وذلك لضمان أداء الالتزام المضمون أو الوفاء به." ويتبين من التعريف أن حق الضمان في نظام الإفلاس البحريني لا يميز بين حقوق الضمان الواردة الأموال المنقولة أو العقارية.

الفرع الثاني

تمييز حق الضمان عن غيره من صور الضمانات الخاصة

يعتبر حق الضمان حقاً عينياً يرد على الأموال المنقولة وذلك ضماناً للوفاء بالدين، من دون أن يترتب على ذلك حرمان المدين من حيازتها واستخدامها، أو يلزم بنقلها إلى يد الدائن المضمون له¹. ويمتاز حق الضمان بعدة خصائص تكفي لتمييزه عن غيره من الضمانات الخاصة الأخرى، فعدم وروده إلا على الأموال المنقولة يميزه عن الرهن التأميني الذي لا يكون محله إلا الأموال العقارية. كما أن عدم اشتراط الحيابة فيه يجعله أوسع نطاقاً من حق الرهن الحيازي الذي يترتب التزاماً على الراهن بتسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى طرف ثالث لحين الوفاء بالدين.

ومع ذلك، فإن حق الضمان يشترك مع الرهن الحيازي والرهن التأميني في العديد من الخصائص، مما قد يثير بعض اللبس في تمييزه عن هذه الضمانات الخاصة أو التأمينات العينية.

أولاً: تمييز حق الضمان عن الرهن التأميني

يعتبر حق الرهن التأميني من الحقوق العينية التبعية الواردة على الأموال العقارية، ويخول الدائن، أو من يحل محله، الحصول على حقه من قيمة تلك الأموال المرهونة متقدماً على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنيين التالين له في المرتبة². في حين أن حق الضمان، محل الدراسة، لا يرد إلا على الأموال المنقولة ولا يمتد نطاقه إلى العقارات³.

¹ Yoram Keinan, op.cit, P.9.

² د. محي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني - الحقوق العينية، الناشر بدون، بلد النشر بدون، 1977، ص 417.

³ Louise Gullifer and Orkum Akseli, Secured Transactions Law Reform, Hart Publishing Ltd, UK, 2016, P. 129.

ويشترك حق الضمان وحق الرهن التأميني في بعض الخصائص أهمها، هو أن كلا منهما من الحقوق التي لا يشترط لنفاذها أن يسلم المدين الشيء المضمون أو المرهون إلى الدائن أو الشخص المنقق عليه، ومن ثم يبقى العقار المرهون في حيازة المدين الراهن، ويبقى المنقول المضمون في حيازة المدين الضامن، ويكون للمدين في كل من حق الرهن التأميني وحق الضمان الحق في إدارة المال المضمون أو المرهون بحيث يستطيع أن يستغله وأن يقبض ثماره، إذ يظل المدين حائزاً للمال الوارد عليه الحق حتى بعد إنشاء حق الضمان أو حق الرهن التأميني¹.

كذلك، يشترك حق الضمان وحق الرهن التأميني في وجوب تقييد الحق في السجل المعد لذلك من أجل نفاذه في مواجهة الغير²، ومن ثم يجب في الرهن التأميني أن يتم تقييد الرهن في السجل العقاري، كما أن من صور نفاذ حق الضمان تقييده في سجل الحقوق الضمانية المخصص للأموال المنقولة³. كما يتفق حق الضمان مع الرهن التأميني في تحديد مرتبة الدائن وذلك بتطبيق مبدأ الأسبقية "The Principle of first in time"، ولو كان قيد الدائنين تم في يوم واحد⁴.

¹ أنظر في شأن حق الراهن في استعمال العقار المرهون واستغلاله:

د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 98 وما بعدها.

² تعرف قوانين المعاملات المضمونة أكثر من طريقة لنفاذ حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة في مواجهة الغير ولكن أهمها وأبرزها تتمثل في تسجيل الإشعار. أنظر إلى ما تناولناه في المبحث الثاني من الفصل الأول في شأن طرق نفاذ حق الضمان.

³ هناك محاولة في أستراليا بتوحيد نظام التسجيل في الرهن التأميني وحقوق الضمان على أساس هوية المدين بدلاً من نوع المال المضمون وطبيعته. أنظر في ذلك:

Yoram Keinan, op.cit, P.16.

⁴ أنظر في ذلك:

د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 492 وما بعدها.
Saul Levmore and Hideki Kanda, Explaining Creditor Priorities, 80 Virginia Law Review, University of Chicago Law School, Chicago Unbound, 1994, P. 2013.

علاوة على ما تقدم، فإن حق الضمان وإن كان يختلف عن حق الرهن التأميني من حيث المحل، فالأول لا يكون محله إلا أموالاً منقولة، أما الآخر فلا يرد محله إلا على الأموال العقارية. ولكن مع ذلك، فإن نطاق محل كل من حق الرهن التأميني وحق الضمان يمتد إلى الأموال المنقولة ذات الصلة الوثيقة بالعقار والتي ترصد لخدمته، وتصبح عقاراً بالتخصيص. فلذلك تدخل في نطاق الأموال التي يمكن أن يرتب المدين حق ضمان عليها المواشي، وآلات الزراعة التي يُستعان بها على الزراعة، وأثاث المنزل¹. كما يمكن للمدين أن يرتب على تلك الأموال رهناً تأمينياً عليها ما دامت تتبع العقار المرهون ومخصصة لخدمته².

ويتميز حق الضمان عن حق الرهن التأميني في العديد من الأوجه، ويمكن إيجاز أبرز أوجه التمييز في الآتي:

من حيث الوعاء الذي يرد عليه الضمان أو الرهن، فإن وعاء الرهن التأميني يتحدد أساساً على العقارات، كما يمكن أن يمتد الرهن التأميني إلى الأموال ذات الصلة الوثيقة بالعقار المرهون كملحقات العقار التي تعتبر عقاراً³، ومن ثم فإن وعاء الرهن التأميني محدود بالأموال العقارية، أما وعاء حق الضمان غير الحيازي فهو أوسع نطاقاً وأشمل حدوداً، حيث يرد على كافة المنقولات المادية، ما لم يرد نص خاص باستثناءها، ومن ثم يشمل المعدات، والآلات الأوراق المالية، وسندات الملكية، وسندات الشحن، والمخزون، والسلع الاستهلاكية المخصصة لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية، فضلاً عن الأموال العقارية بالتخصيص. كما يرد حق الضمان غير الحيازي على حقوق الملكية الفكرية⁴.

¹ Jane P. Mallor and others, Business Law, McGraw-Hill International Edition, Fifteenth Edition, Singapore, 2013, P. 765 and beyond.

² د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية التبعية -التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 52.

³ المرجع السابق، ص 51.

⁴ Jane P. Mallor and others, op.cit, P. 765 and beyond.

ومن حيث المصدر، فإن كل من حق الضمان غير الحيازي والرهن التأميني لا ينشأ إلا بموجب عقد، إلا أنه يشترط الرسمية في الرهن التأميني لانعقاده، أي لا بد من إفراغه في ورقة رسمية¹. وفي ذلك يختلف عقد الرهن التأميني عن عقد الضمان والذي يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين.

ثانياً: تمييز حق الضمان عن الرهن الحيازي المقرر في القانون المدني

يمثل الرهن الحيازي الطريقة التقليدية لنفاذ حق الضمان على الأموال المنقولة، حيث يشترط في هذه الطريقة لنفاذ الرهن في مواجهة الغير تسليم المال المثقل بالضمان للدائن أو لشخص يتفق عليه، فنقل الحيازة بمثابة الإشهار لحق الضمان ووسيلة لإعلام الغير به². وعلى الرغم من أنَّ حق الرهن الحيازي صورة من حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة، حيث يدخل الرهن الحيازي في دائرة الحقوق العينية التبعية، إلا أن حق الضمان أوسع نطاقاً من الرهن الحيازي المنظم في القانون المدني، ويمكن إبراز أوجه التمييز بين حق الضمان والرهن الحيازي المنظم في القانون المدني في الآتي:

1- من حيث الحيازة، ففي الرهن الحيازي يوجد التزام على الراهن، يتمثل في تسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يتفق عليه لحين سداد الدين³. أما في حق الضمان فإن الحيازة تمثل أحد طرق نفاذ حق الضمان. حيث إنه أمام تطور الفكر القانوني واتجاه مختلف النظم في تعزيز بيئة الأعمال وتوفير التسهيلات الائتمانية، فقد تم استحداث طرقاً أخرى لنفاذ حق الضمان على الأموال المنقولة، بحيث يمكن للدائن استيفاء حقه من ثمن المال المثقل بالضمان بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين، وفي أي يد كان ذلك المال. وتتمثل هذه الطرق في التسجيل والسيطرة والنفاذ التلقائي لحق الضمان، بالإضافة إلى الطريقة التقليدية المتمثلة في نقل الحيازة والتي قررتها أحكام قوانين المعاملات المدنية.

¹ د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 28.

² د. عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، دار النهضة العربية، 1980، القاهرة، ص 206.

³ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 785 وما بعدها.

فحق الضمان يسمح ببقاء المال المثقل به في حيازة المدين الضامن الذي يستطيع أن يستغله فيما أعد له وقبض ثماره، ويكون عليه التزام بالمحافظة عليه، ويكون للدائن المضمون له إذا حل دينه أن ينفذ على المال المثقل بما له من حق أولوية على غيره¹.

2- ومن حيث المحل، يجوز في القانون المدني أن يكون محل الرهن الحيازي أموالاً منقولة ويجوز أن تكون أموالاً عقارية، ولا يشترط القيد لنفاذ حق الرهن في مواجهة الغير إلا إذا كان محل الرهن الحيازي عقاراً². في المقابل فإن حق الضمان لا يرد إلا على المنقولات فلا يكون محله عقاراً باستثناء الأموال العقارية بالتخصيص، وهي الأموال المنقولة التي يضعها صاحبها في عقار يملكه، رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله، فلذلك تدخل في نطاق الأموال التي يمكن أن يرتب المدين حق ضمان عليها المواشي وآلات الزراعة التي يستعان بها على الزراعة وأثاث المنزل³.

مع ضرورة الإشارة إلى أن هناك العديد من الأموال المنقولة التي يستعصي نقل حيازتها إلى الدائن المضمون له ومن ذلك الأموال غير المادية والحسابات البنكية⁴، كما أن هناك أحوالاً يصعب فيها من الناحية العملية تخلي المدين عن حيازة بعض الأنواع من أمواله كالمعدات المخصصة استخدامها في تسيير أعماله التجارية، فلا يمكن عملياً أن يتخلى صاحب مخبز أو مطعم عن فرنه إلى الدائن لحين سداد دينه، لأن ذلك قد يؤدي إلى توقف أعماله⁵. حيث يفترض في الرهن

¹ Jane P. Mallor and others, op.cit, P. 769.

² يجب قيد الرهن الحيازي الوارد على العقار تطبيقاً لأحكام المادة (859) من القانون المدني البحريني التي تنص على أنه: "إذا كان المتصرف فيه عقاراً، فلا تنتقل الحقوق العينية أو تنشأ، إلا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري". وأحكام المادة (17) من قانون التسجيل العقاري البحريني الصادر بقانون رقم (13) لسنة 2013 من أنه: "يجب أن تقيد في السجل العقاري جميع التصرفات المنشئة أو المقررة أو الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية أو التي من شأنها زوال أي حق من هذه الحقوق، وكذلك الأحكام القضائية النهائية المثبتة لشيء من ذلك، والإقرارات بالتنازل عن مرتبة قيد الحقوق العينية التبعية."

³ Jane P. Mallor and others, op.cit, P. 765 and beyond.

⁴ James J. White and Rebots S. Summers, Principles of Secured Transactions, Concise Hornbook Series, West Publishing Co, USA, 2007, P. 68 and 69.

⁵ Jane P. Mallor and others, op.cit, P. 772.

الحيازي تسليم المال المرهون إلى الدائن، الأمر الذي يؤدي إلى حرمانه من مزاياه، خاصة إذا كان يرتبط بحرفته ومصدر رزقه، مما يعني حرمانه من استثماره مما قد يضعف كثيراً من قدراته المالية على سداد دينه¹. لذلك فإنه يمكن للمدين إنشاء حق الضمان على تلك الأموال التي يستعصي إنشاء حق رهن حيازي عليها لطبيعتها أو صعوبة التخلي عن حيازتها.

3- ومن حيث طبيعة الالتزام، فالرهن الحيازي عبارة عن عقد يلتزم بموجبه شخص، ضماناً لدين عليه أو على شخص آخر، أن يسلم إلى الدائن أو إلى شخص يتفق عليه، مالا يرتب عليه الراهن للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين سداد الدين. في حين أن حق الضمان يشمل بالإضافة إلى الرهن غير الحيازي على المنقول أو الرهن الطليق صوراً أخرى من الضمانات، من دون اعتبار لطبيعة الالتزام، كالبيع الائتماني أو البيع المشروط والبيع الإيجاري ونقل الملكية على سبيل الضمان².

4- من حيث الآثار، يرتب حق الرهن الحيازي للدائن حق حبس الشيء المرهون حتى يستوفي الدائن المرتهن دينه، ولا يمكن أن يتصور عملياً أن يتعدد الدائنون المرتهنون في حيازة المال المنقول الوارد عليه الرهن، لأن انتقال حيازة المنقول لا يكون إلا لدائن واحد³. ومع ذلك، فإنه من المتصور جداً في حق الرهن أن يكون ثمة تزامن بين الدائن المرتهن الحائز وبين الدائنين العاديين والدائنين الذين لهم حق امتياز مثلاً، إلا إنه من النادر أن ينشأ تزامن بين الدائنين المرتهنيين حيازة، نظراً إلى أن كل دائن في الرهن الحيازي لن يقبل بتقديم ائتمان للمدين دون أن يسلمه الشيء المرهون لحبسه لحين سداد دينه⁴.

1 د. تامر ريمون فهم، المرجع السابق، ص 148.

² Yoram Keinan, op.cit, P.11.

³ Ibid, P.11.

⁴ من المستقر عليه قانوناً أن تسليم الشيء المرهون لا يعتبر ركناً لانعقاد الرهن، بل هو التزام يترتب على الرهن كأثر له في إطار الالتزامات الأخرى التي تتولد عنه على عاتق الراهن. وإن كان من النادر عملياً أن يترتب تزامناً بين الدائنين المرتهنيين في الرهن الحيازي إلا أنه من المتصور أن ينشأ هذا التزام في حالة حيازة شخص المال المرهون بصفته دائناً مرتتهناً ووكيلاً عن الدائن المرتهن الآخر، وهذا الفرض نادر الوقوع عملياً. أنظر في ذلك:

د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 379 وما بعدها.

في المقابل فإن مسائل التزامم والأولوية كثيرة الوقوع ولها أهمية بالغة في إنشاء حق الضمان غير الحيادي نظراً لعدم اشتراط حياة الدائن للمال المنقول الوارد عليه الحق، حيث يمكن أن يتزامم الدائنون على ذات المال المنقول المضمون، سواء كانوا دائنين عاديين أو دائنين ذوي حقوق مضمونة، حيث يمكن للمدين أن يرتب أكثر من حق ضمان على ذات المال المنقول. لذلك فإن مسائل التزامم الدائنين وأولويتهم عند إعسار المدين الضامن من أكثر المسائل صعوبة وتعقيداً في القوانين المنظمة للمعاملات المضمونة¹.

¹ Saul Levmore and Hideki Kanda, op.cit, P. 2013.

المطلب الثاني

أهمية حقوق الضمان الواردة على الأموال المنقولة

تساهم حقوق الضمان الواردة على الأموال المنقولة في رفع مستوى الائتمان، وتحسين القدرة على الاقتراض من خلال تقليل نسبة الفائدة المتحصلة من الإقراض وتحسين شروط الاقتراض¹، وزيادة فرص الأفراد والمؤسسات الصغيرة في الحصول على التمويل من خلال إنشاء حقوق ضمان على أموالهم المنقولة دون نقل حيازتها للدائن².

وتشير مؤسسة التمويل الدولية IFC التابعة للبنك الدولي بأن متوسط نسبة الائتمان في الدول التي نظمت حق الضمان غير الحيازي الوارد على الأموال المنقولة تصل إلى 60% من الناتج المحلي الإجمالي في المقابل يتراوح هذا المتوسط بين 30% و32% في الدول التي لم تنظم تلك الحقوق الضمانية³.

وعلى ذلك، يمكن تناول دور حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة في تعزيز بيئة الأعمال من خلال الفرعين التاليين:

¹ Eva-Maria Kieninger, op.cit, P. 102.

² Frederique Dahan, Research Handbook on Secured Financing in Commercial Transactions, Edward Elgar Publishing, first edition, UK, 2016, P. 26 and 27.

³ برنامج المعاملات المضمونة وسجلات الضمانات المنقولة، المعد من قبل الخدمات الاستشارية لمؤسسة التمويل الدولية IFC التابعة للبنك الدولي، ص 2. المنشور على الموقع الإلكتروني لمؤسسة التمويل الدولية:

www.ifc.org

الفرع الأول

دور حق الضمان في تعزيز الأنشطة الاقتصادية والمعاملات

تعد قوانين المعاملات المضمونة المنظمة لحقوق الضمان ركيزة هامة لكفالة الائتمان وتعزيزه، والمساهمة في نمو الشركات الصغيرة والمتوسطة، وزيادة التبادل التجاري، كما يفيد تنظيم حق الضمان شريحة المستهلكين وذلك لما يحققه هذا التنظيم من مزايا خفض تكلفة الحصول على التمويل بتقليل نسبة الفائدة، وجعل الائتمان أيسر منالاً¹.

وغني عن البيان فإن المنشآت التجارية تحتاج إلى رأسمال يساعدها في النهوض بأعمالها ومباشرة نشاطها الاقتصادي ومنافسة نظرائها في السوق، وأن إتاحة الحصول على الائتمان المضمون يعد من أكثر الوسائل فعالية لتوفير رأس المال، وذلك من خلال استخدام القيمة المتوفرة في أصولها كوسيلة للحد من المخاطر التي قد يتعرض لها الدائن المضمون له في حالة تخلف المدين الضامن عن سداد دينه. إذ من خلال حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة يمكن للدائن المضمون له استرداد أمواله في حال إعسار المدين وعدم الوفاء به، الأمر الذي يساهم في تعزيز الائتمان وخفض تكلفته².

لذلك يحظى وضع الإطار القانوني للمعاملات المضمونة بأهمية بالغة في مختلف الدول لما يحققه من تعزيز للمقدرة التنافسية للدولة، إذ تسمح قوانين المعاملات المضمونة باستخدام شتى أنواع الأصول والأموال المنقولة، الحالة والمستقبلية والمادية والمعنوية، في إنشاء حق ضمان عليها الأمر الذي يؤدي إلى تحسين بيئة الأعمال في إمكانية الحصول على الائتمان³.

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 1.

² Ibid, P. 1 and beyond.

³ Temmu Juutilainen, op.cit, P. 39 and beyond.

ويمكن تناول دور حق الضمان في تعزيز الأنشطة الاقتصادية والمعاملات من خلال بيان أثره على الائتمان وعلى الإطار القانوني المنظم لإعسار المدين أو إفلاسه، وذلك في الآتي:

أولاً: أثر حق الضمان على الائتمان

يعتبر كل وفاء آجل لمبلغ من النقود ائتماناً، لأن الأجل الذي يمنح للمدين يقدم في الأساس على الثقة المتبادلة بينه وبين الدائن¹، ومع ذلك فإن الدائن قد لا يقبل بالثقة المجردة من أي ضمان أو لا يكتفي بما له من ضمان عام على أموال المدين، لذلك وحتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه ويأمن إعساره، فإنه يطلب ضماناً على أموال مدينه يخصص للوفاء بحقه، يكون أداة للثقة والائتمان².

ولقوانين المعاملات المضمونة المنظمة لحق الضمان الوارد على الأموال المنقولة وظيفة اقتصادية، وذلك لما تساهم فيه من تعزيز فرص الحصول على الائتمان، وخفض تكلفته وزيادة مبلغ الائتمان، الأمر الذي يترك ظلالاً إيجابية على الاقتصاد الوطني³، وذلك على خلاف الأنظمة التي ليس لديها مثل تلك القوانين، حيث يقدر الخبراء الاقتصاديون في البنك الدولي بأن غياب تنظيم المعاملات المضمونة الذي يكفل الائتمان التجاري من شأنه أن يؤدي إلى خسارة أكثر من

¹ د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، الجزء الثاني، الطبعة بدون، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 495.

² د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 4 وما بعدها.

³ Boris Kozolchyk, and Dale Beck, The Oas Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis. Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas, Vol. 12, p. 101, 2006; Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 06-39, P. 1.

10% من الناتج المحلي¹. فالائتمان الذي يخلو من حق ضمان يكون أكثر تكلفة من الائتمان المضمون وذلك لارتفاع نسبة الأخطار الائتمانية فيه².

وأمام التطور الذي شهده النظام المصرفي والمعاملات البنكية، فقد تفوقت حقوق الضمان الواردة على الأموال المنقولة على حقوق الضمان الواردة على العقارات، حيث أصبحت الأموال المنقولة والحقوق المالية تمثل أفضل جزء في الأصول لإنشاء حق ضمان عليها والحصول على الائتمان، على خلاف ما كان عليه الوضع في السابق الذي كان يعتمد على الأصول العقارية في ترتيب الضمانات³. لذلك اتجهت العديد من الدول سواء تلك التي تنتمي إلى مدرسة القانون اللاتيني Civil Law أو تلك التي تنتمي إلى مدرسة القانون العام Common Law إلى تنظيم آليات قانونية فعالة لترتيب ضمانات على الأموال المنقولة وذلك لكفالة العلاقة الائتمانية والحصول على تسهيلات ائتمانية مع توفير الحماية اللازمة للدائنين المضمون لهم، على اعتبار أن حق الضمان آلية لتحويل الأخطار الائتمانية من خلال اقتضاء الدين بالتنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان في حالة عدم قيام المدين الضامن بسداده.

وعليه فإن الاعتراف بإنشاء حق الضمان على الأموال المنقولة دون حرمان المدين الضامن من حيازتها أو استغلالها وقبض ثمارها أيّاً كان نوعها من شأنه أن يعزز من الكفاءة الاقتصادية لنظام الضمان الخاص، أو التأمينات العينية⁴، كما من شأن الإطار القانوني الفعال أن يساهم في

¹ Di Bernardo, Mario, A Critical and Comparative Study of the Brazilian Secured Transactions Legal Framework: Legal Restrictions Respecting the Use of Floating Charges and Possible Solutions. (December 16, 2010), P. 2. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1860002> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1860002>

² Buxbaum, Hannah, Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and prospects for Reform, 2013, Areicle by Maurer Faculty, Indiana University Maurere Scholl of Law, P. 5.

³ Di Bernardo, Mario, Ibid, P. 5.

⁴ Eva-Maria Kieninger, op.cit, P. 102.

تتمية المنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة، ويعزز التجارة الدولية من خلال تقديم الائتمان المضمون في المعاملات العابرة للحدود¹، مما يقلل من احتمال عدم الوفاء بالالتزام أو الدين المضمون.

ثانياً: أثر حق الضمان على نظام الإفلاس

تشكل النظم الفعالة للإفلاس ضماناً لحقوق الدائنين وعنصراً هاماً من عناصر الاستقرار المالي²، وتتضمن العديد من قوانين الإفلاس جملة من الضمانات القانونية المناسبة لحماية حقوق الدائنين المضمونين، وذلك حتى لا تؤثر إجراءات الإفلاس على القيمة المالية لحقوقهم الضمانية من خلال تناقص قيمة الأموال المضمونة.

كما تعمل قوانين الإفلاس على الموازنة بين حقوق الضمان وإجراءات الإفلاس، فتنص القوانين على التدابير المتعلقة بوقف إجراءات تنفيذ أصحاب الديون المضمونة على الأموال المثقلة للمدين المفلس، وذلك بغية الحفاظ على أصول المدين المفلس، وكفالة حقوق الدائنين الآخرين وحماية فاعلية إجراءات الإفلاس من خلال اتخاذ الإجراءات المناسب لضائقة المدين المالية.

وحتى لا تضعف قيمة الائتمان فيكون الدائن أقل استعداداً لتقديم التسهيلات الائتمانية للمدين، فإن قوانين الإفلاس تعترف بامتداد حق الضمان على العائدات المرتبة على الأموال المثقلة بضمان، وذلك بغية أن يستفيد الدائن المضمون له مما يرتبه حق الضمان من آثار على تلك الأموال المضمونة عندما يتم التصرف فيها طبقاً لإجراءات الإفلاس³.

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 2 and beyond.

² Principle Guidelines For Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, The World Bank, 2001, P. 1. At available on The World Bank website: www.worldbank.org

³ أنظر في ذلك:

دليل الأونيسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2010، ص 428. Principle Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, op.cit, P.3.

من جهة أخرى، فإن حق الضمان قد يجعل إجراءات الإفلاس أكثر تعقيداً في تحديد القانون الواجب التطبيق على إنشاء حق الضمان أو نفاذه تجاه الغير وذلك عندما تكون بعض أموال المدين المضمونة في أكثر من دولة، أو يتم تحريك إجراءات الإفلاس في دولة ما في حين أن الدائنين المضمون لهم ينتمون إلى دول أخرى¹.

ومن الدارج أن يشتمل قانون الإفلاس على أحكام واضحة وجلية بشأن مدى تأثير إجراءات الإفلاس على حقوق الدائن المضمون له، الأمر الذي يعطي للدائن إمكانية تحديد مقدار المخاطر المتصلة بالإفلاس وإدراج تلك المخاطر في تقييم مسألة إنشاء حق الضمان من عدمه، فالقدرة على التنبؤ مسألة أساسية في العلاقات الائتمانية السليمة²، خاصة وأنه من الممكن أن يؤثر تحريك إجراءات الإفلاس على مرتبة حق الضمان من حيث الأولوية أو النفاذ المنصوص عليه في قانون المعاملات المضمونة³. ويشير دليل الأونيسترال التشريعي لقانون الإعسار إلى أن تطبيق القانون بصورة غير قابلة للتنبؤ قد يؤدي إلى إضعاف ثقة الدائنين في إجراءات الإعسار، وكذلك إلى إضعاف استعدادهم لتقديم الائتمانات حتى قبل اتخاذ إجراءات الإعسار⁴. ويضيف الدليل بأنه: "من شأن

¹ دليل الأونيسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، المرجع السابق، ص 426.

² Principle Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, op.cit, P. 2.

³ يدعو الفقه إلى ضرورة التوفيق بين القواعد المنظمة لحقوق الضمان وقواعد الإفلاس وذلك بسبب العلاقة الوثيقة بين القوانين المنظمة لحقوق الضمان وقانون الإفلاس، مع ذلك، فإنه في بعض الدول يصعب التوفيق بين تلك القواعد ومن ذلك، مثلاً الولايات المتحدة الأمريكية حيث إن كل ولاية تنظم قانونها المتعلق بالمعاملات المضمونة في حين أن قانون الإفلاس يعتبر قانوناً فيدرالياً يسري على كل الولايات.

Buxbaum, Hannah, op.cit, P. 325.

⁴ تم استخدام مفهوم الإفلاس "Bankruptcy" بدلاً من مفهوم الإعسار "Insolvency" في هذا البحث للإشارة إلى النظام الإجرائي المطبق على المدين عند توقفه عن سداد ديونه المستحقة، مع أن العديد من النظم بدأت تستعمل مفهوم "الإعسار" وهذا ما أخذت به المملكة المتحدة والعديد من الدول الأوروبية، كما أخذت بهذا المفهوم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونيسترال" بعدما كانت تستعمل مفهوم "الإفلاس". أما القانون البحريني فقد استعمل كلا المفهومين، حيث استعمل مفهوم "الإفلاس" في قانون إعادة التنظيم والإفلاس والذي يخضع له التجار والشركات

الاعتراف بمختلف الحقوق التي كان يتمتع بها الدائنون إزاء المدين وموجوداته قبل بدء إجراءات الإعسار وإنفاذ تلك الحقوق في إجراءات الإعسار، أن يوفر يقيناً في السوق وأن ييسر تقديم الائتمانات، خصوصاً فيما يتعلق بحقوق الدائنين المضمون لهم وأولوياتهم، وإنه لمن المهم أن تكون هناك قواعد واضحة بشأن ترتيب أولويات مطالبات الدائنين الحالية ومطالباتهم التي تنشأ بعد بدء الإجراءات من أجل تزويد المقرضين بالقدرة على التنبؤ، وضمان الاتساق في تطبيق القواعد، وتعزيز الثقة في الإجراءات وضمان قدرة جميع المشاركين على اتخاذ تدابير مناسبة لتقدير المخاطر¹."

وعليه فإن ثمة مسلك تشريعي في بعض الأنظمة القانونية يستثني الحقوق المضمونة من تطبيق قانون المحكمة المختصة بإجراءات الإفلاس، بحيث يكون القانون الذي يحكم إجراءات الإفلاس المتعلقة بحق الضمان هو القانون الواجب التطبيق على إنشاء هذا الحق وصحته، بمعنى أنه لا يسري على الحقوق المضمونة قانون الدولة التي تقام فيها دعوى الإفلاس، وإنما القانون الواجب التطبيق على حق الضمان، وذلك حتى لا يؤثر تطبيق قانون محكمة الإفلاس على الإطار القانوني المطبق على حقوق الضمان، الأمر الذي قد يترك آثاراً سلبية على استقرار المعاملات المضمونة والتي قد يترتب عليها ارتفاع تكلفة التمويل بسبب سريان الإجراءات القضائية للدولة التي تقام فيها دعوى الإفلاس على حقوق الضمان المحلية، إذ قد تتغير مرتبة الدائن المضمون له وفقاً لقانون تلك الدولة التي تقام فيها دعوى الإفلاس².

التجارية، كما استعمل مفهوم "الإعسار" في المواد من (282-330) من القانون المدني والباب العاشر من قانون المصرف المركزي والذي يخضع له البنوك والمؤسسات المالية. ومع ذلك، لا تزال العديد من النظم القانونية تفرق بين مفهوم الإعسار ومفهوم الإفلاس، فإذا وجد شخص لا يتمتع بصفة التاجر في حالة عجز عن دفع ديونه المستحقة فإنه يعتبر في حالة إعسار، أما الإفلاس فهي وسيلة للتنفيذ على المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية. أنظر في ذلك:

د. محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 121 وما بعدها.

¹ دليل الأونيسترال التشريعي لقانون الإعسار، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2005، ص 16.

² المرجع السابق، ص 90 وما بعدها.

وتعتمد قوانين الإفلاس اتجاهات مختلفة تجاه معاملة أموال المدين المعسر المثقلة بالضمان، فهناك اتجاه يذهب إلى الحد من إنفاذ الحقوق الضمانية من خلال تقييد وسائل الدائنين في اتخاذ إجراءات التنفيذ على تلك الأموال، خاصة إذا كانت تلك الأموال المضمونة تمثل جزءاً أساسياً لاستمرار المدين في أعماله، فمثلاً إذا كان إجراء الإفلاس المتخذ هو إعادة تنظيم المنشأة أو تصفيتها ولكن من خلال بيعها كمنشأة عاملة، فلا يمكن أن يحقق فاعليته والأغراض المتوخاة منه دون الحفاظ على المعدات والآلات المثقلة بحق الضمان ووقف أي إجراءات تنفيذية يمكن للدائن اتخاذها بموجب حقه في الضمان، على اعتبار أن تلك الأموال تمثل عناصر أساسية وترتبط مع بعضها البعض في تحقيق أغراض المنشأة¹.

علاوة على ذلك، يوجد اتجاه تشريعي آخر، يذهب إلى عدم تأثر حقوق الضمان بإجراءات الإفلاس، حيث يجوز لأصحاب حقوق الضمان أن يعضوا في تحصيل حقوقهم من خلال التنفيذ على الأموال المضمونة، مع اعتراف القانون بدائرة ضيقة جداً تحول دون تنفيذ الدائن لحق ضمانه على الأموال المثقلة، وذلك إذا كانت تلك الأموال ذات أهمية بالغة لنجاح إجراءات الإفلاس وفاعليته، كأن تكون ضرورية لاستمرار عمل المنشأة المدينة، على أن يتم توفير حماية خاصة للدائن المضمون له من تناقص قيمة الأموال المثقلة بضمانه بسبب إجراءات الإفلاس. ويحظى الاتجاه الذي يحسن الحقوق الضمانية من امتداد آثار إجراءات الإفلاس إلا في حدود ضيقة بتأييد واسع نظراً لما يحققه من مزايا عدة كتعزيز الائتمان وتحقيق ثقة الدائنين في عدم تأثر حقوقهم عند بدء إجراءات الإفلاس².

¹ المرجع السابق، ص 99.

² كفل قانون إعادة التنظيم والإفلاس البحريني الصادر بالقانون رقم (22) لسنة 2018 حماية خاصة للمطالبة المضمونة أثناء إجراءات الإفلاس، وهذا ما أكدته المادة (83) والتي نصت على أن للدائن المضمون الحق في الحماية من أي نقصان في قيمة المال المثقل بحق ضمان أو أي خسارة قد تلحق بمطالبته. كما قرر القانون بعض التدابير اللازمة لحماية المطالبة المضمونة ومن ذلك مثلاً:

- أ- سداد دفعات على حساب المطالبة المضمونة بما يكفل حماية المطالبة المضمونة.
- ب- منح الدائن المضمون له امتيازات إضافية أو بديلة تكفل المحافظة على قيمة المال المثقل بحق ضمان.
- ج- منح الدائن المضمون له كفالة أو ضمان لحماية مطالبته المضمونة من نقصان قيمتها.
- د- تأمين المحافظة على المال المثقل بحق ضمان.

الفرع الثاني

دور حق الضمان في الوفاء بمتطلبات البنك الدولي لجودة بيئة الأعمال

يصدر البنك الدولي تقريراً سنوياً عن ممارسة أنشطة الأعمال Doing Business يقيس من خلاله الأنظمة التي من شأنها أن تعزز أو تقيّد النشاط التجاري، وأن تدعم تنافسية وجاذبية بيئة الأعمال، وذلك وفق مؤشرات كمية Quantitative Indicators للتشريعات المنظمة للأعمال، وحماية حقوق الملكية ومن خلال مقارنة اقتصادات مائة وتسعين بلد مع بعضها البعض.

أولاً: لمحة موجزة عن تقرير ممارسة أنشطة الأعمال

يتناول تقرير ممارسة أنشطة الأعمال المؤشرات التالية: (1) مؤشر بدء ممارسة الأعمال. (2) مؤشر التعامل مع تصاريح البناء. (3) مؤشر الحصول على الكهرباء. (4) مؤشر تسجيل الملكية. (5) مؤشر الحصول على الائتمان. (6) مؤشر حماية أقلية المساهمين. (7) مؤشر دفع

هـ - إذا كانت قيمة المال المثقل بحق ضمان تجاوز مبلغ المطالبة المضمونة بمقدار واف، يجوز أن تشكل المبالغ الزائدة للمال المثقل بحق ضمان حماية كافية لتلك المطالبة.

كما يجب على أمين التفليسة إذا قدر الإبقاء على المال المثقل بحق ضمان كجزء من أموال التفليسة، أن يتكفل بتوفير حماية لحق الدائن المضمون له الوارد على ذلك المال وأن يقدم طلباً للمحكمة للحصول على موافقتها على الحماية المقترحة. ويتم الموافقة على الطلب إذا كانت التدابير المقترحة من أمين التفليسة كافية لحماية الدائن من نقصان قيمة الضمانة أو أي خسارة قد تلحق بمطالبة الدائن المضمونة وأن منح الحماية للدائن المضمون له يحقق المصلحة الفضلى لأصول التفليسة.

كذلك أجازت المادة (84) من القانون للدائن المضمون له في أي وقت أن يتقدم بطلب الحصول على حماية لمطالبته المضمونة، ويجب نظر الطلب والبت فيه من قبل المحكمة دون تأخير. ويجب على أمين التفليسة أن يثبت للمحكمة عند نظرها للطلب بأن المطالبة المضمونة سوف تحصل على الحماية من أي نقصان في قيمة المال المثقل بحق ضمان أو أي خسارة قد تلحق بمطالبته.

الضرائب. (8) ومؤشر التجارة عبر الحدود. (9) مؤشر إنفاذ العقود. (10) ومؤشر تسوية الإعسار¹.

ويتبع البنك الدولي في حصوله على المعلومات والبيانات المتعلقة بالمؤشرات عدة أساليب للاستقصاء كعمليات المسح والاستبانة وتحليل إجابات الأسئلة الواردة في الاستمارات المخصصة لكل مؤشر والموجهة للجهات الإدارية المختصة في كل بلد والقطاع الخاص ذات الصلة بموضوع المؤشر وبالأخص مكاتب المحاماة، بالإضافة إلى تحليل القوانين الوطنية لكل دولة وإجراءاتها الإدارية، كذلك يتم تقصي المعلومات من خلال الاتصال بالخبراء المختصين في اقتصاد كل دولة أو القيام بزيارات للدول المعنية².

ويهدف التقرير إلى بيان نقاط القوة أو الضعف في اقتصاد الدول الخاضعة للتقييم من قبل البنك الدولي، وتحديد العقبات التي تعترض ممارسة الأعمال التجارية في اقتصاد كل بلد ومصدرها، كما يساهم التقرير في دعم صنّاع السياسات وأصحاب القرار في بناء الإصلاح الاقتصادي وتعزيز المقدرة التنافسية لاقتصاد كل دولة لما يوفره التقرير من مقارنة بين اقتصادها واقتصاد الدول الأخرى وبيان مدى تحسن بيئة الأعمال في تلك المؤشرات من خلال تحديد ترتيب كل دولة في كل مؤشر، ويمكن التعرف على التغييرات التي طرأت على بيئة الأعمال وذلك بمقارنة اقتصاد الدولة مع السنوات السابقة³.

¹ Doing Business 2019, a World Bank Flagship Report, P. 2. This available on: www.doingbusiness.org

² نظراً لأهمية متابعة مؤشرات البنك الدولي والعمل على تحسين ترتيب مملكة البحرين فيها، فقد قام مجلس الوزراء بتكليف مجلس التنمية الاقتصادية بمتابعة تلك المؤشرات. وقد استحدث مجلس التنمية الاقتصادية إدارة متخصصة في هيكله التنظيمي تسمى تعزيز التنافسية تعنى بالمؤشرات الدولية والتي من أهمها مؤشرات البنك الدولي. كما استحدثت إدارة للتنافسية والمؤشرات الاقتصادية بوزارة المالية والاقتصاد الوطني بموجب المرسوم رقم (1) لسنة 2019 بشأن إعادة تنظيم وزارة المالية والاقتصاد الوطني.

³ Doing Business 2019, op.cit, P. 3 and beyond.

وتتسابق الدول في معالجة أوجه القصور في تشريعاتها وأنظمتها بما يتوافق مع متطلبات مؤشرات البنك الدولي الواردة في تقريره السنوي لممارسة أنشطة الأعمال وذلك بغية تحسين ترتيبها في تلك المؤشرات، وبما يعكس تنافسية قطاعاتها الاقتصادية وتوجهها نحو تعزيز بيئة الأعمال القادرة على استقطاب الاستثمارات الأجنبية وثقة أصحاب رؤوس الأموال.

ثانياً: مؤشر الحصول على الائتمان

يضع مؤشر الحصول على الائتمان الإطار اللازم للحصول على التسهيلات الائتمانية وتطوير الضمانات، وذلك من خلال قياس نظام المعلومات الائتمانية وقياس الحقوق القانونية للمقرض والمقترض في قوانين المعاملات المضمونة على الأموال المنقولة¹.

وفيما يتعلق بقياس الحقوق القانونية للمقرض والمقترض في مؤشر الحصول على الائتمان فإن مكونات المؤشر في هذا الجانب تركز على طرفي عقد الضمان (المدين والدائن) والقيود القانونية على استخدام الأموال المنقولة في عملية ترتيب الضمان، وذلك باستخدام سيناريو افتراضي يتمثل في رغبة شركة محلية ذات مسؤولية محدودة في الحصول على ائتمان من خلال تقديم ضمانات على أموالها المنقولة كمعدات وآلاتها ومخزونها وأصولها المستقبلية².

ويتكون مؤشر الحصول على الائتمان فيما يتعلق بالحقوق القانونية للمقرض والمقترض من اثنتي عشرة نقطة، ويشير الحصول على عدد أعلى من النقاط إلى قوة قانون المعاملات المضمونة وسهولة الحصول على الائتمان³.

ويتابع مؤشر الحصول على الائتمان الإصلاحات التشريعية المتعلقة بقوانين المعاملات المضمونة، وذلك بتقييم تلك القوانين والإصلاحات التشريعية للتحقق من مدى توفير تسهيلات ائتمانية

¹ Doing Business 2019, op.cit, P. 94 and beyond.

² Doing Business 2019, op.cit, P. 95 and beyond.

³ Doing Business 2019, Training for Reform, Economy Profile Bahrain, a World Bank Group Flagship Report, page 29 and beyond. This available on: www.doingbusiness.org

للمنشآت الصغيرة والمتوسطة في الحجم، ونطاق الأموال التي يجوز استخدامها كضمان الأرباح والأموال المستقبلية. كذلك يتم تقييم إنشاء سجل لتقييد الحقوق الضمانية، وما إذا كان سجلاً واحداً يشمل كافة الأموال المنقولة، أو ثمة تعدد في السجلات بحسب أنواع الأموال المضمونة.

بالإضافة إلى ذلك يتم تقييم مدى قدرة أصحاب الحقوق المضمونة أو ممثليهم في تسجيل حقوقهم الضمانية إلكترونياً وتعديل التسجيل أو إلغائه، فضلاً عن مدى توفير خاصية البحث الإلكتروني عن الأموال المثقلة أو عن المدين الضامن.

كذلك يتعرض المؤشر إلى تقييم القوانين فيما يخص حقوق الدائنين المضمون لهم عند بدء إجراءات الإعسار ومرتبة حقوقهم تجاه حقوق الدائنين الآخرين، وبالأخص فيما يتعلق بسداد حقوق الدولة كالضرائب أو حقوق العمال. كذلك، يتم تقييم القوانين فيما يخص السماح للدائن المضمون له بالتنفيذ على الأموال المضمونة خارج إطار المحكمة وذلك لتحصيل دينه¹.

¹ Doing Business 2019, op.cit, P. 100 and beyond.

الفصل الأول

إنشاء حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة

الفصل الأول

إنشاء حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة

تقضي القاعدة العامة بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بما عليه من ديون، فإذا كانت أموال المدين كافية للوفاء بديونه، استطاع الدائنون حينها أن يستوفوا كامل حقوقهم، أما إذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء بجميع ديونه، فما من سبيل أمام الدائنين إلا أن يتقاسموا تلك الأموال كل بنسبة حقه، على أساس أن الدائنين في الضمان العام على قدم المساواة¹، مما قد يعرض الدائن إلى الخسارة نتيجة عدم استيفائه كامل دينه.

فقد لا يكتفي الدائن بما له من ضمان عام على أموال المدين، ولا يقبل بالثقة المجردة من أي ضمان، لذلك وحتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه ويأمن إعساره فإنه يطلب ضماناً على أموال مدينه يخصص للوفاء بحقه، ويكون أداة للثقة والائتمان².

ويعطي حق الضمان على الأموال المنقولة حقاً عينياً للدائن، بحيث يستطيع بموجبه أن يتقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن الأموال المثقلة بالضمان إذا عجز المدين عن سداد الدين، فيكون له الحق في التقدم على الدائنين العاديين للمدين وعلى الدائنين المضمومين الذين لهم حق ضمان على ذات الأموال، طالما كان هؤلاء الدائنون متأخرين عنه في المرتبة.

¹ المساواة فيما بين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين، إنما هي مساواة قانونية وليست مساواة فعلية، فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه، كما يكون لباقي الدائنين مشاركته في هذا التنفيذ ومقاسمته على تلك الأموال مقاسمة الغرماء. وإن كانت هذه المساواة مقررة قانوناً إلا أنها تكون غير متيسرة فعلاً، وذلك لأسباب كثيرة من أهمها: أن يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما اتخذ من إجراءات تنفيذ، فإذا علموا فقد تكون إجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية، وإذا كانت إجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بموجبه المشاركة الفعلية إذ قد تكون حقوقهم محل نزاع مع المدين أو غير مستحقة الأداء. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول - نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) - المجلد الثاني - الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 802.

² د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 4 وما بعدها.

وينشأ حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة من عقد بين المدين الضامن والدائن المضمون له، ولا يمتد أثره إلى الغير إلا إذا استوفى شروط صحته ومتطلبات نفاذه.

وعلى ذلك نعرض إنشاء حق الضمان على الأموال المنقولة وآثاره وطرق نفاذه في بحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: عقد الضمان

المبحث الثاني: أحكام عقد الضمان

المبحث الأول

عقد الضمان

ينشأ حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة من عقد بين المدين الضامن والدائن المضمون له، ويسمى هذا العقد بعقد ضمان أو اتفاق ضمان¹. ويجب أن يكون عقد الضمان صحيحاً مستوفياً عناصر صحته، خاصة وأن الغرض الأساسي من إنشاء حقوق الضمان هو أن ينشأ للدائن المضمون له حقاً عينياً يكون أثره غير مقتصر على طرفي العلاقة الضمانية، وإنما يمتد إلى الغير، فيستطيع الدائن المضمون له الاحتجاج به في مواجهة الكافة، إذ من غير ذلك، لن يؤدي حق الضمان غرضه الأساسي في ضمان الوفاء بالدين ومنح الدائن المضمون له الحق في التنفيذ على أموال مدينه المخصصة للوفاء بحقه في حالة إعساره.

¹ تتباين القوانين فيما بينها في تسمية الآلية التي ينشأ من خلالها حق الضمان، فبعض القوانين تسميه اتفاق ضمان "Security Agreement" والبعض الآخر من القوانين يطلق عليه عقد ضمان "Security Contract". ومن تلك القوانين التي تستخدم مصطلح "اتفاق ضمان" القانون النموذجي للمعاملات المضمونة لسنة 2017 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونيسترال"، والقانون النموذجي للمعاملات المضمونة الصادر عن للبنك الأوروبي للإنشاء والتعمير "EDRD"، والقانون الموحد الأمريكي "UCC 9".

في المقابل تستخدم بعض القوانين مصطلح "عقد ضمان" ومن ذلك القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة الصادر بقرار بقانون رقم 115 لسنة 2015، والقانون الفلسطيني رقم (11) لسنة 2016 بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة، أما القانون الاتحادي الإماراتي رقم (20) لسنة 2016 في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين فقد استخدم مصطلح عقد الرهن وهذا يتسق مع مصطلح "حق الرهن" الذي استخدمه للدلالة على حق الضمان الذي يرد على الأموال المنقولة لضمان الوفاء بالتزام. وعلى العموم لا يفرق المشرع البحريني بين العقد والاتفاق، فقد عرفت المادة (29) من القانون المدني العقد بأنه اتفاق، حيث يستخدم مصطلح "العقد" في ثنايا القانون المدني بمعنى الاتفاق، كما يستخدم مصطلح "الاتفاق" بمعنى العقد. أنظر في ذلك:

د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للتزام- مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2009، ص 36 و 37.

ويتعين التمييز بين إنشاء حق الضمان ونفاذه، إذ لا يمكن أن يتصور نفاذ الحق في مواجهة الغير من دون إنشائه إنشاءً صحيحاً على النحو الذي يتطلبه القانون. ومع ذلك فإنه من الممكن أن يستوفي حق الضمان شروط صحة إنشائه إلا أنه لا يكون نافذاً في مواجهة الغير. فحق الضمان يكون نافذاً بين طرفيه بمجرد إبرامهما لعقد الضمان، أما لنفاذ حق الضمان تجاه الغير والاحتجاج به على الدائنين الآخرين للمدين فإنه يتعين أن يتوافر أحد أسباب النفاذ التي يشترطها القانون¹.

ويهمنا في هذا المبحث تسليط الضوء على الأحكام والشروط المتعلقة بإنشاء حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة بين المدين الضامن والدائن المضمون له، بحيث يترتب للدائن حقاً عينياً على المال المتقل بالضمان في مواجهة المدين.

فقوانين المعاملات المضمونة تنص عادة على جملة من الشروط لإنشاء عقد الضمان سواء كان الاتفاق مستقلاً بين الطرفين أو كان اتفاقاً وارداً في عقد التمويل الأساسي وهو المعمول به في الغالب مثل عقد القرض أو عقد البيع الائتماني، ويوجد هناك بعض العقود الواردة على ملكية الأموال المنقولة وتؤدي أغراض الضمان الخاص أو التأميني العيني، ومن ذلك مثلاً الاتفاق المتعلق بحق البائع في الاحتفاظ بسند الملكية، والإيجار التمويلي². وتذهب العديد من قوانين المعاملات المضمونة إلى مد نطاق القواعد التي تطبق على إنشاء حق الضمان على مثل تلك العقود والاتفاقات، ومن تلك القوانين، القانون النموذجي للأونسترال، والقانون الموحد الأمريكي "UCC"⁹، والقانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة والقانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة.

¹ N. Orkun Akseli, International Secured Transactions Law , First Edition, Routledge Taylor and Francis Group, New York, USA, 2011, P. 171 and 172.

² UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 68 and beyond.

ويرتب عقد الضمان أثرين أساسيين، الأول أن يكون العقد نافذاً تجاه المدين في حال عدم سداد الدين بحيث يكون للدائن الحق في المطالبة بالتنفيذ على الأموال المضمونة، والأثر الآخر أن يكون حق الضمان نافذاً على الغير إذا توافر أحد أسباب النفاذ التي حددها القانون¹.

وتتطلب قوانين المعاملات المضمونة لإنشاء عقد الضمان توافر التراضي بين طرفي العلاقة الضمانية وأن يتم تعيين الأموال المضمونة ووصفها وتحديد الالتزام المضمون، ويمكن استعراض تلك الشروط الأساسية في المطالب الثلاثة التالية:

¹ James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 44.

المطلب الأول

التراضي في عقد الضمان

يخضع عقد الضمان من حيث انعقاده وصحته للقواعد العامة التي تحكم كافة العقود طبقاً لأحكام نظرية العقد، فيكفي لإنشائه أن تتوافر شروط الانعقاد والصحة التي تلزم لانعقاد العقد وصحته بوجه عام، كوجود الرضاء وصحته، وأن يستوفي المحل والسبب شرائطهما القانونية. فإذا نشأ عقد الضمان صحيحاً، تولد منه حق الضمان بين المتعاقدين. ولا يقدح في فكرة رضائية عقد الضمان ما نصت عليه بعض قوانين المعاملات المضمنة من أوضاع معينة يتعين مراعاتها لنفاذه في مواجهة الغير أو لإثباته.

الفرع الأول

خضوع عقد الضمان للقواعد العامة في رضائية العقود

يشترط لانعقاد عقد الضمان أن يتوافر التراضي من خلال توافق إرادتي طرفي العقد بقصد إنشاء حق ضمان، ويشترط في التراضي أن يكون موجوداً وأن يكون صحيحاً.

ويشترط لوجود التراضي أن يكون لدى كل من طرفي العقد إرادة يعتد بها القانون، وأن تتطابق الإرادتان، ونظراً إلى أن الإرادة مسألة نفسية فلا بد من التعبير عنها. كما لا بد أن تنصرف الإرادة إلى إنشاء علاقة قانونية¹. ومن ثم يتعين أن يتجه قصد المدين إلى إنشاء ضمان على أمواله المنقولة لصالح الدائن².

ويكون التعبير بأية وسيلة تفصح عن الإرادة، كالكلام أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يمكن التعبير عن الإرادة بصورة غير مباشرة من خلال عمل معين كاتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على المقصود منه³. فالتعبير عن الإرادة في عقود الضمان قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً⁴. ويرى جانب من الفقه أنه من النادر عملياً أن يبرم عقد الضمان شفوياً، وإن كان من المتصور ذلك كأن يُنشئ المدين شفوياً رهناً حيازياً على مجوهراته لضمان التزامه تجاه الدائن المضمون له⁵.

¹ Ewan Mckendrick, Contract Law, eight edition, Palgrave macmillan, UK, 2009. P. 104.

² James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 47.

³ د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 55.

⁴ P.A.U. Ali, op.cit, P. 56.

⁵ James J. White and Rebots S. op.cit, P. 46.

وفي الغالب يكون المدين الضامن والدائن المضمون له طرفي عقد الضمان، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع أن يعقد شخص ضماناً لدين على غيره، وهذا ما يسمى في الفقه بالكفيل العيني¹، حيث من الشائع أن تقوم الشركة الأم بمنح حق ضمان على موجوداتها لضمان التزام في ذمة شركتها التابعة، أو يمنح والدان حق ضمان على أموالهما المنقولة لضمان أداء التزام على ابنهما².

وللشخص أن يتعاقد بنفسه، كما يجوز له أن يتعاقد عن طريق النيابة في التعاقد وذلك بحلول إرادة شخص يسمى النائب، محل إرادة المدين الضامن أو الدائن المضمون له في إبرام عقد الضمان، مع انصراف آثار التصرف إلى الأصل، فيصح إنشاء عقد الضمان بواسطة من ينوب عن أي من أطرافه كالولي أو الوصي أو الوكيل.

ونقتضي صحة التراضي في العقود أن تكون أهلية كل من الطرفين كاملة وإرادتهما خالية من العيوب حتى يكون العقد صحيحاً، وغير قابل للإبطال³. فيجب أن تصدر الإرادة من شخص لديه الأهلية في ترتيب العقد وإنشائه، إذا كان التعاقد لحسابه، أو من شخص له الولاية إذا كان العقد مباشر لحساب المدين، أو الدائن ونياية عن أي منهما.

ولم تنظم قوانين المعاملات المضمونة الأهلية اللازمة لكل من طرفي العقد لمباشرة حق الضمان، على خلاف ما هو دارج في تنظيم الرهن التأميني⁴. غير أنه يمكن القول بأنه إذا كان عقد الضمان لا ينشئ في ذمة الدائن المضمون له أي التزام، فإنه يكفي أن يكون مميزاً، أما إذا أنشأ حق

¹ استقر الفقه على تسمية الراهن غير المدين في الرهن بالكفيل العيني، أنظر في ذلك:

د. محمد لبيب شنب و د. أحمد سعد، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر، 2004، ص 226.

² UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 73.

³ Lee Roach, Business Law, Oxford University Press, 2ND Edition, UK, 2012, P 118.

⁴ نظمت بعض القوانين الأهلية اللازم توافرها في الراهن عند إنشاء حق رهن تأميني فاشتروا أن يكون الراهن أهلاً للتصرف في العقار المملوك له، فالرهن عمل من أعمال التصرف الدائر بين النفع والضرر، ومن ذلك القانون المدني المصري في المادة (1032) وقانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (1401).

الضمان التزامات في ذمته كالتزام الدائن في الرهن الحيازي بالعناية بالأموال المثقلة بالضمان، فإنه يشترط أن يتوافر فيه أهلية مباشرة التصرفات وذلك ببلوغ سن الرشد وإلا كان العقد قابلاً للإبطال.

أما المدين الضامن فيجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف في المال المضمون، فإذا كان المدين هو الضامن كان عقد الضمان بالنسبة له من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، أما إذا كان الضامن شخصاً غير المدين فإما أن يدخل العقد في دائرة الأعمال الضارة ضرراً محضاً، أو يكون دائراً بين النفع والضرر، وذلك بالنظر إلى أنه أنشأ الضمان متبرعاً أو تقاضى عليه مقابلاً. وتجدر الإشارة إلى أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي توصي بأنه لا يجب أن تكون ثمة قيود على أهلية المدينين الضامنين عند إنشاء حق ضمان على الأموال المنقولة إلا إذا كانت قوانين الدولة تنص على تلك القيود عند التصرف في تلك الأموال¹.

ويُقترح على المشرع البحريني إذا ما أراد سن قانون المعاملات المضمونة أن يعتبر إنشاء حق الضمان من أعمال التصرف بالنسبة للمدين الضامن مثله مثل حق الرهن، حيث من المحتمل أن يؤدي هذا الحق إلى بيع المال المضمون واسترداد الدائن دينه من ثمنه، الأمر الذي يستلزم لوقوعه صحيحاً أن تتوافر في المدين الضامن، أو الكفيل العيني الأهلية القانونية للتصرف. أما الدائن المضمون له فيكفي أن يكون مميزاً، إلا إذا كانت الأموال المثقلة في حيازته، فينبغي أن تتوافر فيه أهلية مباشرة التصرفات لما ترتبه الحيازة من التزامات عليه كالعناية بالأموال المثقلة.

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 73.

الفرع الثاني

اتجاهات القوانين المقارنة في اشتراط الشكلية في عقود الضمان

تختلف النظم القانونية فيما بينها في الاشتراطات الشكلية لعقد الضمان النافذ، فبعض هذه النظم لا تشترط الكتابة عند إبرام عقد الضمان، في حين تذهب بعض النظم القانونية إلى عدم الاكتفاء بتراضي طرفي عقد الضمان، بل تستوجب لتمامه وجود نوع من الكتابة. وتتدرج هذه النظم التي تشترط إفراغ عقد الضمان في شكل معين فيما بينها، فالبعض يشترط الكتابة دون اشتراط التوقيع، والبعض الآخر يشترط الكتابة والتوقيع، كما أن بعض النظم يشترط الكتابة المصادق عليها رسمياً، أو أي إجراء يعادل التصديق¹. كما تستوجب بعض النظم القانونية أن يكون العقد موقعاً من المدين فقط، حيث يتم من خلال الكتابة وصف الأموال المضمونة وتحديدها من دون اشتراط توقيع الدائن المضمون له².

ويؤدي شرط الكتابة في العقود بصفة عامة وعقود الضمان بصفة خاصة أغراضاً ووظائف عدة من أهمها قدرة المتعاقدين على إثبات العقد ومن ثم حقوقهم الواردة فيه³، وتنبية المتعاقدين إلى العواقب القانونية المترتبة على إنشاء حق ضمان للغير، فضلاً عن أن الكتابة من شأنها حماية الغير من تقديم الدائن تاريخ إنشاء حق ضمانه على سبيل الغش والاحتيال والحصول على رتبة تسبق الدائنين الآخرين⁴.

وبالرجوع إلى قوانين المعاملات المضمونة نجد أن القانون النموذجي للأونسيترال اشترط الكتابة في اتفاق الضمان إلا أنه أعطى للدولة المشرعة أن تختار بما يتسق مع نظامها الخاص بالعقود في اشتراط الكتابة لإبرام العقد وإنشائه أو لمجرد إثباته. فقد نصت الفقرة (3) من المادة (6) من القانون

¹ Ibid, P 72.

² James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 45.

³ Lee Roach, Business Law, op.cit, P 116.

⁴ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 72.

النموذجي للأونسيترال على أنه: "3- خلافاً لما تنص عليها الفقرة (4)، يجب أن "يبرم" أو "يثبت" اتفاق الضمان كتابياً وموقعاً من مقدم الضمان ويشتمل على ما يلي..."¹.

فيجب في اتفاق الضمان، بموجب القانون النموذجي للأونسيترال، أن يكون مكتوباً وموقعاً على الأقل من المدين الضامن، ولكن لا تشترط الكتابة في اتفاق الضمان إذا كان المال المثقل في حيازة الدائن المضمون له حيث يجوز في هذه الحالة إثبات وجود اتفاق الضمان بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات. وهذا ما أكدته الفقرة (4) من نفس المادة على جواز أن يكون اتفاق الضمان شفويّاً إذا كان المال المثقل في حيازة الدائن المضمون له.

ويشير دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة بأنه يكتفى بالكتابة البسيطة لإنشاء اتفاق الضمان والتي تتضمن على سبيل المثال الأحكام والشروط العامة الواردة في الفاتورة ما دامت تشير بمفردها أو بناء على تصرفات الطرفين الأخرى على نية المدين الضامن إنشاء حق ضمان².

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من أن القانون النموذجي للأونسيترال لا يشترط الكتابة في اتفاق الضمان إذا كانت الأموال المثقلة في حيازة الدائن المضمون له إلا إنه إذا تخطى الدائن عن الحيازة وجب إبرام اتفاق ضمان كتابي وذلك لضمان استمرار حق الضمان ونفاذه في مواجهة الغير³.

أما القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" فقد اشترط لنفاذ حق الضمان في مواجهة الغير أن يكون هناك اتفاق ضمان وأن يكون مصادقاً "Authenticated" من المدين⁴، حيث نصت المادة

¹ استخدم القانون النموذجي للأونسيترال مصطلح "المانح" والذي يقابله باللغة الإنجليزية "Grantor" ويقصد منه المدين الضامن أو الكفيل العيني، ولأغراض هذه الدراسة وبغية تقريب المصطلحات المستخدمة في القوانين المقارنة سوف يستعمل مصطلح مقدم الضمان بدلاً من المانح.

² UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 72.

³ Ibid, P 73.

⁴ Ricard A. Mann and Barry S. Roberts, op.cit, P. 784.

(3-b-203-9) على أن يكون حق الضمان نافذاً تجاه المدين والغير إذا استوفى أحد الشروط التالية:

- أ- مصادقة المدين على اتفاق الضمان الذي يصف الأموال المثقلة، وإذا كان حق الضمان يشمل الأشجار المراد قطعها وجب وصف الأرض المعنية.
- ب- حيازة الدائن للأموال المثقلة بالضمان بموجب القسم (313-9) ووفقاً لاتفاق الضمان بشرط ألا تكون الأموال المثقلة عبارة عن أوراق مالية صدر بشأنها شهادة "Not a Certificated Security".

ويتبين من ذلك، أن القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" لم يقصر نفاذ حق الضمان في مواجهة المدين والغير على الأحوال التي يصدق فيها المدين على اتفاق الضمان، بل أضاف إلى ذلك وسيلة أخرى وهي حيازة الدائن للأموال المثقلة بالضمان. ويرى الفقه بأنه ليس ثمة طريقة معينة لمراعاة شكلية مصادقة المدين "Authenticated" التي يتطلبها القانون الموحد عند إنشاء الضمان، إذ يكفي مثلاً بكتابة المدين، ولو كان على مظروف "Envelope"، بأنه قد منح البنك الدائن حق ضمان على ماشيته مع تذييل الكتابة بتوقيعه¹.

ويمكننا القول، بأن القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" لا يشترط إقرار المدين لاتفاق الضمان وتوقيعه في الأحوال التي يحوز فيها الدائن للأموال المثقلة بالضمان.

أما فيما يتعلق بالقوانين العربية التي نظمت المعاملات المضمونة نجد أنها لم تأخذ موقفاً موحداً في اشتراط أوضاع إبرام عقد الضمان، فالقانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة اشترط في المادة (8) منه لإنشاء حق الضمان ونفاذه بين أطرافه أن يبرم عقد الضمان في شكل محرر عرقي أو رسمي، كما يجوز أن يكون في شكل محرر إلكتروني.

¹ James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 45.

ومن ثم فإن عقد الضمان في القانون المصري لا يتم بمجرد اقتران القبول بالإيجاب، بل يجب أن يدون العقد في محرر، سواء كان عرفياً أو رسمياً أو إلكترونياً، فالكاتبه لازمة لإنشاء حق الضمان ولنفاذه بين أطرافه.

أما القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة فنجد أنه أخذ بالمسلك الذي سار عليه كل من القانون النموذجي للأونسترال والقانون الموحد الأمريكي "UCC 9" واللذين اكتفيا من حيث الأصل العام بأن يكون عقد الضمان مكتوباً وموقعاً على الأقل من المدين¹.

أما القانون الاتحادي الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين، فنجد أن المادة (8) منه قد تناولت بالتنظيم إنشاء حق الرهن من خلال النص على أنه يشترط لإنشاء حق الرهن أن يبرم عقد الرهن خطياً وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون. وقد أوجبت اللائحة التنفيذية للقانون الإماراتي إبرام عقد الرهن خطياً أو إلكترونياً، كما اشترطت الحصول على موافقة الراهن الخطية على إشهار حق الرهن، سواء بالنص صراحة في عقد الرهن أو في أي سند آخر².

ويلاحظ على القانون الإماراتي أنه فوّض اللائحة التنفيذية في تنظيم شرط الكتابة اللازمة لإبرام عقد الرهن وهو مسلك تشريعي محل نظر، لما قد يؤدي إليه من عدم استقرار المعاملات

¹ نصت الفقرة (1) من المادة (4) من القانون الفلسطيني على أنه: "ينشأ حق الضمان على الضمانة ويصبح نافذاً بين أطرافه حال توافر الشروط الآتية: أ- توقيع المدين عقد الضمان. كما نصت المادة (6) من القانون على أنه: "يبرم عقد الضمان خطياً".

² نصت المادة (3) من قرار مجلس الوزراء الإماراتي رقم (5) لسنة 2018 في شأن اللائحة التنفيذية لقانون رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين على أنه:

"1- يجب أن يبرم عقد الرهن خطياً سواء على شكل سند رسمي أو سند عادي.

2- يعتبر عقد الرهن المبرم على شكل رسائل متبادلة بواسطة الفاكس أو البريد الإلكتروني أو أي وسيلة أخرى للاتصال محققاً لشرط الخطية المشار إليه في البند (1) من هذه المادة.

3- يجب الحصول على موافقة الراهن الخطية على الإشهار، بالنص صراحة على ذلك في عقد الرهن أو أي وثيقة تفيد ذلك."

المضمونة وثقة المتعاملين، وكان الأولى أن يتولى المشرع بأداة القانون تنظيم كافة المسائل المتعلقة بالأوضاع الشكلية اللازمة لإبرام عقد الضمان بدلاً من تركها إلى اللائحة التنفيذية.

ونوصي المشرع البحريني عند تنظيمه لقانون المعاملات المضمونة أن يشترط الكتابة مع توقيع المدين والدائن معاً لإنشاء حق الضمان من دون اشتراط أن يبرم في ورقة رسمية، الأمر الذي يساهم في تبسيط إجراءات إنشاء حق الضمان ويوفر ميزة الوقت والتكلفة اللازمين لإنشاء حق الضمان. كما ينبغي ألا يميز المشرع البحريني في اشتراط الكتابة بين إنشاء حق الضمان عن طريق تسجيل الإشعار أو عن طريق الحياة وذلك لما تؤديه الكتابة من وظيفة تنبيه أطراف عقد الضمان من آثار قانونية فضلاً عما تؤديه الكتابة من ميزة إثبات علاقة الضمان.

المطلب الثاني

الأموال المثقلة بالضمان (وعاء الضمان)

لا يرد حق الضمان إلا على الأموال المنقولة فلا يكون محله عقاراً¹، بخلاف الرهن الحيازي المنظم في القانون المدني الذي يجوز أن يكون محله أموالاً منقولة ويجوز أن يكون أموالاً عقارية². ومع ذلك فإن حق الضمان يمكن في بعض قوانين المعاملات المضمونة أن يمتد إلى الأموال العقارية بالتخصيص، والتي هي أموال منقولة يرصدها صاحبها لخدمة العقار يملكه.

ويقتضي تناول عناصر عقد الضمان التطرق إلى محله من خلال استعراض الشروط الواجب توافرها في المال المثقل بحق الضمان ومن ثم بيان الأموال التي يجوز أن تكون محلاً لحق الضمان وذلك من خلال الفرعين التاليين:

¹ Grant Christensen, Cultural Property as a Form of Collateral in a Secured Transactions under the Model Tribal Secured Transactions Act, Brooklyn Law Review, Vol. 80-4, 2015, Available at SSRN:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2492924

² تنص المادة (999) من القانون المدني البحريني على أنه: " لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول أو عقار." كما نص القانون المدني المصري على ذات الحكم في المادة (1097) منه. وقد خلا قانون المعاملات المدنية الإماراتي من نص مماثل إلا أن المادة (1484) من القانون أجازت الرهن العقاري الحيازي شريطة تسجيل العقار المرتهن إلى جانب حيازة الدائن المرتهن له.

أنظر حول مسألة الرهن الحيازي يرد على العقار كما يرد على المنقول:

نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 204.

الفرع الأول

الشروط العامة للأموال المثقلة بالضمان

يشترط في المال وعاء الضمان أن يكون مملوكاً للمدين الضامن أو يكون له حقاً فيه يخوله إنشاء حق ضمان عليه كحق الانتفاع، وأن يتم وصفه على نحو يرفع الجهالة عنه، فإذا أثقل مدين مركبته لضمان دينه وجب أن يبين في عقد الضمان أوصافها الأساسية التي تميزها عن مركباته الأخرى، وإذا أثقل صاحب مصنع آلة ميكانيكية للحصول على ائتمان وجب أن يعيّن نوعها وأوصافها المميزة عن غيرها من الآلات الموجودة في المصنع. ويمكن أن نتناول شروط المال المضمون على النحو التالي:

أولاً: حق المدين الضامن في الأموال المثقلة بالضمان

يجب أن يكون المدين مالكاً للمال حتى يجوز إنتقاله بضمان أو يكون له حقاً فيه يخوله إنشاء حق ضمان عليه، لما قد يربته حق الضمان من آثار نقل ملكية المال المنقل لاستيفاء الدائن المضمون له دينه، فإذا لم يكن المدين الضامن مالكاً للمال أو لديه سلطة عليه فإنه لا يستطيع إنشاء حق ضمان عليه¹.

لذلك نجد أن قوانين المعاملات المضمونة المقارنة تنص صراحة على وجوب أن يكون للمدين الضامن حقاً على المال المنقل بحق ضمان أو لديه صلاحية إنتقاله².

¹ Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, op.cit, 2014, P. 94

² أنظر في ذلك مثلاً:

الفقرة (1) من المادة (6) من القانون النموذجي للأونيسترال بشأن المعاملات المضمونة، والبند (2) (B) 203-9 من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9"، والفقرة (2) من المادة (8) من القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة، والفقرة (2) من المادة (4) من القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة، والفقرة (2) من المادة (8) من القانون الاتحادي الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين.

ويختلف معنى مفهوم "الحق في الأموال المضمونة" باختلاف تلك الأموال محل الضمان، فالمدين قد يكتسب حقوقاً مختلفة على الأموال سواء بموجب عقد بيع أو إيجار أو إعاره أو غير ذلك من طرق اكتساب الحقوق¹.

من ناحية أخرى، فإن القوانين لا تحدد مقدار الحق الذي يجب أن يملكه المدين في الأموال لإنشاء حق ضمان عليها، الأمر الذي يستلزم تحليل علاقة المدين بالأموال لمعرفة ما إذا كان يملك صلاحية إثقالها بحق ضمان من عدمه².

فقد يكون المال المضمون مملوكاً للمدين الضامن بسبب اكتسابه عن طريق الشراء، فيجوز له أن يثقله بضمان للحصول على ائتمان، وقد يكون للمدين حق عيني كحق الانتفاع أو حق إيجار طويل الأمد، فيجوز له أن يرتب ضمان في حدود ذلك الحق ما لم يرد نص يحظر عليه ذلك³.

وجرت العادة أنه لا يكون للمدين حق على الأموال التي يرغب في إنشاء ضمان عليها إلا إذا كانت فعلاً في حيازته أو تحت سيطرته، بمعنى أنه ينبغي أن يستلم المدين الأموال ويحوزها قبل ترتيب حق الضمان، ومثال ذلك، فلا يثبت للمدين حق على الأخشاب قبل قطع الأشجار، أو حق على المعادن قبل استخراجها من باطن الأرض⁴. فإذا لم يكن للمدين حق على الأموال فإنه لا يستطيع أن يرتب ضماناً عليها وذلك تطبيقاً للقاعدة "ليس للمرء أن يعطي ما لا يملك" "One cannot

¹ Ralph C. Anzivino, When Does a Debtor Have Rights in the Collateral under Article 9 of the Uniform Commercial Code?, Volume 61, Marquette Law Review, 23, 1977, P. 27.

² Ibid, P. 52 and 53.

³ من المستقر عليه أن عقود الإيجار طويلة الأمد تدخل في دائرة الحقوق العينية، يقول الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن: "...هناك عقود إيجار مؤبدة أو لمدة طويلة، وهي تعطي المستأجر حقاً عينياً في الشيء المؤجر، فحق المستأجر يشبه من هذا الوجه حق المنتفع... ولا يجوز الخلط بينها وبين عقود الإيجار المعتادة، لأنها عقود طويلة المدة، ولأن الحقوق التي تنشأ عنها حقوق عينية."

راجع مؤلفه، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2011، ص 21 وما بعدها.

⁴ Secured Transactions, CPA, P 84. Available at:

<http://www.hocktraining.com/pdf/sts.pdf>

"give what one does not"¹، ففاقد الشيء لا يعطيه، ومن لا يملك التصرف لا يملك الأمر به.

ثانياً: وصف الأموال المثقلة بالضمان

لم يكن لشرط وصف الأموال المضمونة وصفاً كافياً أهمية عملية في ظل قوانين المعاملات المدنية القديمة المنظمة لعقود الضمان أو الرهن، لأن العقد كان لا ينشأ إلا بالتسليم، ومن ثم يكون من البديهي أن المال يتم تعيينه ووصفه بالتسليم². أما القوانين الحالية، بما في ذلك القوانين المنظمة للرهن الحيازي، فقد اتجهت إلى اعتبار الضمان عقداً رضائياً ينعقد دون تسليم المال المثقل، مما يجعل شرط تعيين الأموال ووصفها له أهمية خاصة.

وقد درجت قوانين المعاملات المضمونة المقارنة على استعمال مصطلح "وصف المال المثقل" "Description of the Collateral" بدلاً من استعمال مصطلح "تعيين المال المرهون" "Identify Collateral"، ويرجع ذلك إلى أن حق الضمان لا يرد إلا على الأموال المنقولة، وهذا النوع من الأموال تدخل فيه المثليات والتي لا يمكن تحديدها إلا بنوعها ومقدارها. كذلك يمكن أن يرد حق الضمان على بعض صور الأموال المستقبلية، مما يجعل اشتراط التعيين الدقيق تعقيداً على الأطراف في إنشاء حق ضمان على أموالهم المنقولة.

ونظراً للطبيعة الخاصة للمحل الذي يرد عليه حق الضمان فقد خصص كل من القانون النموذجي للأونيسترال والقانون الموحد الأمريكي "UCC 9" مادة خاصة تنظم شرط وصف الأموال المضمونة. فقد اشترطت المادة (9) من القانون النموذجي والمادة (9-108) من القانون الموحد الأمريكي وجوب وصف الأموال المضمونة على نحو كاف "Sufficiency of Description"، ويستوفى شرط الوصف الكاف إذا أمكن على نحو معقول تحديد الأموال المضمونة.

كما استعرض القانون الموحد الأمريكي في البند (ب) من المادة (9-108) منه بعض الأمثلة على طرق الوصف المعقول للأموال المضمونة، ومن ذلك وضع قائمة محددة للأموال المضمونة أو

¹ James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 44.

² د. سليمان مرقس، التأمينات في التقنين المدني الجديد، المطبعة العالمية، القاهرة، 1951، ص 334.

تحديد فئاتها أو أنواعها أو مقدارها وكميتها أو بأي صيغة أو إجراء لتخصيصها أو حسابها أو أي طريقة أخرى يمكن من خلالها تحديد الأموال المضمونة.

كما أجاز كلا القانونين وصف الأموال المضمونة بعبارة عامة عندما لا يكون تحديدها أمراً عملياً أو ممكناً، وذلك بالنص على وصف الأموال بعبارة "جميع أموال المدين المنقولة" أو "جميع أموال المدين من نوع ما". وعليه فإنه يجوز للمدين أن يرتب ضماناً على جميع مخزونه دون حاجة إلى وصفه وصفاً دقيقاً، باعتبار أن المخزون من الأموال العائمة وليست الثابتة، أي من المفترض أن تتغير بالزيادة أو النقصان¹.

وبالعودة إلى قوانين المعاملات المضمونة العربية نجد أن تنظيمها لشرط وصف الأموال المضمونة جاء مقتضياً جداً، ويمكن استعراض موقف تلك القوانين من هذه المسألة على النحو التالي:

1- نصت المادة (8) من القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة على أنه "يجب أن تتضمن شروط عقد الضمان على الأقل ما يلي: 1- وصفاً عاماً أو خاصاً للمنقول الضامن، على أن يكون الوصف محدداً، إذا كانت الضمانة أشياء استعمالية مخصصة لأغراض شخصية أو منزلية." ويؤخذ على صياغة هذا النص أن الالتزام بوصف الأموال المثقلة ورد بشكل تخيري، فإما أن يكون وصفاً عاماً أو خاصاً بحسب اختيار طرفي عقد الضمان، وذلك باستثناء الأموال المخصصة لأغراض شخصية أو منزلية التي يشترط وصفها وصفاً محدداً. وكان الأولى أن يضع المشرع المصري ضابطاً في وصف الضمانة بأن يكون الوصف كافياً لتحديدتها سواء كان الوصف عاماً أو خاصاً بحيث يمنع من المغالطة فيها واستبدال غيرها بها أسوة بالاتجاه الذي أخذ به القانون النموذجي للأونسترال والقانون الموحد الأمريكي.

2- أخذ القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المضمونة بالمسلك الذي أخذ به القانون المصري، حيث نصت المادة (7) من القانون الفلسطيني على أنه: "يجب أن يتضمن عقد الضمان وصفاً عاماً أو محدداً للضمانة، كما يجب أن يتضمن عقد الضمان الذي موضوعه بضائع

¹ Cynthia Grant, Description of the Collateral Under Revised Article 9, Volume 4, DePaul Business and Commercial Law Journal, Issue 2 Winter 2006, P. 241.

المستهلك وصفاً محدداً لها." ويقصد من مفهوم "بضائع المستهلك" الأشياء المخصصة لأغراض شخصية أو منزلية والتي يتحقق الانتفاع منها باستعمالها بشكل متكرر مع بقاء عينها¹. كما تناولت اللائحة التنفيذية للقانون الفلسطيني شرط وصف الأموال المثقلة حيث اشترط أن يتضمن عقد الضمان وصفاً كافياً للضمانة سواء كان محدداً أو عاماً. واعتبرت اللائحة الوصف كافياً إذا أشار لفئة واحدة أو صنف واحد من الأموال المنقولة مثل عبارة "كافة المعدات" أو "كافة الأموال المنقولة"².

3- نصت الفقرة (3) من المادة (8) من القانون الإماراتي على أنه يشترط لإنشاء حق الرهن وفق أحكام هذا القانون ما يأتي: "3- أن يشتمل عقد الرهن وصفاً لمحل الرهن، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون درجة ونوع الوصف، سواء كان وصفاً عاماً أو خاصاً، وذلك حسب طبيعة المال ووفقاً للعرف الجاري وما جرى عليها التعامل في محل الرهن". ويؤخذ على ترك القانون تنظيم شرط وصف الأموال المضمونة إلى اللائحة التنفيذية أنه بالرغم من نفاذ القانون إلا أنه لا يمكن لأطراف عقد الضمان معرفة درجة ونوع الوصف المطلوب لإنشاء حق ضمان على أموالهم المنقولة، مما جعل القانون موقوفاً برمته لحين صدور اللائحة التنفيذية والتي صدرت بعد أكثر من سنة من صدور القانون³.

¹ أنظر المادة (1) من القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة.

² المادة (4) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (5) لسنة 2016 بنظام ضمان الحقوق في المال المنقول.

³ صدر القانون الإماراتي في 12 ديسمبر 2016 وقد نص في المادة (47) على نفاذه بعد تسعين يوماً من تاريخ نشره، أي سيكون نفاذه في مارس 2017، في حين صدرت اللائحة التنفيذية للقانون في 1 مارس 2018، مما يعني أن العديد من نصوص القانون والتي منها شروط وصف محل الضمان ظلت موقوفة ولا يمكن تطبيقها إلا بعد صدور اللائحة التنفيذية.

ويرى جانب من الفقه الإماراتي عدم جواز أن تتضمن اللائحة التنفيذية للقانون أحكاماً إضافية، حيث يرى بأن اللوائح التنفيذية عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تتضمن بحكم عملها مهمة تنفيذ القوانين، فالقانون يتضمن عادة الأحكام العامة للتشريع تاركاً التفاصيل والجزئيات للسلطة التنفيذية. وأن مجلس الوزراء في دولة الإمارات يستمد حقه في إصدار اللوائح التنفيذية من الفقرة (5) من المادة (60) من الدستور، وأن سلطة مجلس الوزراء في إصدار اللوائح التنفيذية ليست مطلقة وإنما هناك قيوداً أوردها النص الدستوري المشار إليه، فالمجلس يضع اللوائح التنفيذية للقوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو الإعفاء من تنفيذها. فالفقرة (5) من المادة (60) من الدستور توجي بعدم جواز أن تزيد اللائحة التنفيذية على ما جاء في القانون، حيث توجب ألا تتضمن اللائحة حكماً يترتب عليه تعديل أو تعطيل

كما أن ترك هذه المسألة إلى اللائحة التنفيذية قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات المضمونة وثقة المتعاملين، حيث يمكن بقرار إداري تعديل شروط وصف الأموال المضمونة زيادة أو نقصاناً الأمر الذي قد يترتب عليه إمكان تعرض عقود الضمان إلى شائبة البطلان أو إلى تصحيح العقود الباطلة.

وقد نظمت المادة (4) من قرار مجلس الوزراء الإماراتي رقم (5) لسنة 2014 في شأن اللائحة التنفيذية للقانون وصف محل الرهن حيث اشترطت أن يكون الوصف لمحل الرهن كافياً، ويكون الوصف كافياً إذا تضمن:

- 1- تحديد الكمية أو القطعة أو النوع أو الفئة أو الصنف في وصف محل الرهن على نحو يبين ماهيته.
- 2- عبارة تفيد إنشاء حق رهن على كامل الأموال المنقولة العائدة للراهن الحالية أو المستقبلية أو كامل أمواله باستثناء أموال منقولة محددة.
- 3- عبارة تفيد إنشاء حق رهن على فئة محددة أو نوع محدد مثل عبارة "كافة المعدات" أو "كافة الذمم المالية الحالية أو المستقبلية".
- 4- إذا كان محل الرهن أشياء مخصصة للأغراض الشخصية أو المنزلية واستخدمت كمحل لرهن تمويل شرائها، فيجب أن يتضمن عقد الرهن وصفاً تفصيلياً لما يميزها عن مثيلاتها.
- 5- إذا كان محل الرهن التزاماً مالياً جاز وصفه بتحديد سقفه.

ويُقترح على المشرع البحريني عند تنظيمه لشرط وصف الأموال المضمونة عدم التشدد في اشتراط تعيين الأموال المثقلة لما لهذا التشدد من خطورة في الحد من تقديم الائتمان في الأحوال التي

أحكام القانون أو الإعفاء من تنفيذه، ولا شك أن إضافة أحكام جديدة إلى الأحكام الواردة في القانون تعتبر بمثابة تعديل له.

أنظر في ذلك:

د. عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي في الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، مطبعة القاهرة الجديدة، القاهرة، 1978، ص 239 وما بعدها.

يصعب من الوجهة العملية تعيين الأموال المنقولة، وبالأخص عندما يرد حق الضمان على الأموال المستقبلية أو المثليات مثلاً، لذلك يمكن للمشرع أن يشترط وصف المال المثقل على نحو يمكن لجميع الأطراف ذات المصلحة من التعرف عليه وتمييزه. ويمكن استعمال قيد "الوصف الكافي" الذي قرره القانون النموذجي للأونيسترال والقانون الموحد الأمريكي للوفاء بشرط وصف الأموال المضمونة. كما يمكن السماح للمدين من تحديد الأموال المثقلة باستعمال وصف عام إذا كان حق الضمان يرد على جميع أمواله المنقولة أو مخزونه كاملاً.

الفرع الثاني

الأموال التي يجوز ترتيب حق ضمان عليها

الأصل العام أن حق الضمان يقع على كافة الأموال المنقولة أيّاً كانت طبيعتها، والمنقول بالطبيعة هو كل شيء لا تتوافر له صفة العقار¹، وتنقسم الأموال المنقولة التي يرد عليها حق الضمان إلى منقولات مادية ومعنوية، كما يمكن تقسيمها من حيث أغراضها إلى أموال ذات طبيعة تجارية وأموال استهلاكية، حيث أفردت قوانين المعاملات المضمونة أحكاماً خاصة إلى الأموال الاستهلاكية. كما تناولت تلك القوانين مسألة مدى صحة حق الضمان على الأموال المستقبلية التي لم يكتسبها المدين بعد.

أولاً: تصنيف الأموال المنقولة التي يرد عليها حق الضمان

تنقسم الأموال المضمونة التي يجوز للمدين أن يرتب حق ضمان عليها من حيث طبيعتها إلى طائفتين: الأولى المنقولات المادية والتي يمكن نقلها من مستقرها من دون تلف أو تغيير في هيئتها، ومن أمثلتها الحيوانات والملابس والكتب والأثاث والبضائع والمركبات وغيرها من الأشياء التي لا تقع

¹ د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، المرجع السابق، ص 524.

تحت حصر¹. والطائفة الأخرى الأشياء المعنوية والتي ليس لها وجود مادي، فلا يصدق عليها وصف المنقول المادي، كما لا يصدق عليها وصف العقار، إذ لا يتصور بالنسبة إليها الاستقرار بحيز والثبات فيه، ومن أمثلتها براءات الاختراع والأسماء التجارية والعلامات التجارية وغير ذلك².

كذلك، تنقسم الأموال المنقولة التي يرد عليها حق ضمان من حيث أغراضها إلى طائفتين، الأولى أموال ذات طبيعة تجارية والتي تكون ذات صلة بالعمل التجاري أو التي تعتبر ضمن أدوات التعامل في التجارة أو لا تدخل ضمن دائرة السلع المستخدمة لأغراض شخصية أو منزلية، ومن أمثلتها المخزون والمعدات والأوراق التجارية والمالية والمنتجات الزراعية³. والطائفة الأخرى الأموال الاستهلاكية "Household Goods" أو السلع الاستهلاكية "Consumer Goods" وهي السلع والمنتجات التي يملكها المدين المستهلك، ويعتزم استخدامها لأغراضه الشخصية أو العائلية أو المنزلية، كالأثاث والأجهزة الكهربائية في المنزل⁴.

وتكمن أهمية التفرقة بين الأموال المنقولة من حيث أغراضها في أن العديد من قوانين المعاملات المضمونة لا تسمح بإنشاء حق ضمان على الأشياء الاستهلاكية التي يستخدمها المدين تلبية لمتطلباته الشخصية أو العائلية ما لم يكن ترتيب حق الضمان عليها بغرض تمويل شرائها⁵.

¹ د. خليل محمد مصطفى، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2014، ص 503.

² د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، المرجع السابق، ص 524.

³ إلى جانب التقسيم الذي أشرنا إليه، توجد تقسيمات أخرى إلى الأموال المضمونة منها الأموال المادية والأموال غير المادية والأموال شبه المادية والتي من أمثلتها الحسابات البنكية ومطالبات الأضرار التجارية والإيداع ومستندات الملكية والأصول المالية والصكوك، أنظر في ذلك:

Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, op.cit P. 61.

⁴ James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 61.

⁵ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 79.

كما تذهب بعض القوانين إلى جعل حقوق الضمان الواردة على السلع الاستهلاكية نافذة في مواجهة الغير من وقت إنشائها، دون الحاجة لأي إجراء إضافي كالتيقيد في السجل المخصص لتقيد حقوق الضمان¹.

ثانياً: مدى جواز إنشاء حق ضمان على الأموال المستقبلية

الأصل العام أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل تطبيقاً لأحكام المادة (104) من القانون المدني البحريني التي نصت صراحةً على جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً²، والتعامل في الشيء المستقبل كثير الوقوع في الحياة العملية، كأن يبيع صاحب مصنع قدراً من منتجاته قبل أن ينتهي من صنعها، أو يبيع مزارع محصولاته قبل ظهورها، أو يبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يبدأ³. ومع ذلك فإن المشرع قد يتجه إلى تحريم بعض الصور الخاصة في التعامل في الشيء المستقبل لاعتبارات يقدرها، ومن ذلك مثلاً اعتبار رهن المال المستقبل باطل في كل من الرهن التأميني والرهن الحيازي⁴.

وعلى خلاف ما هو مقرر في قوانين المعاملات المدنية المنظمة للرهن التأميني والرهن الحيازي، فقد أجازت قوانين المعاملات المضمونة إبرام عقد ضمان على أموال مستقبلية لم تنشأ بعد

¹ للمزيد من التفاصيل حول موقف قوانين المعاملات المضمونة من إنشاء حق ضمان على الأموال الاستهلاكية أنظر إلى ما أشرنا إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل حول النفاذ التلقائي لعقد الضمان كأحد الطرق لنفاذ حق الضمان في مواجهة الغير.

² يقابل هذا النص في القانون المدني المصري المادة (131) منه والقانون المدني الفلسطيني (134)، أما قانون المعاملات المدنية الإماراتي فقد أباح التعامل في الأشياء المستقبلية شريطة إذا امتنع الغرر، حيث تنص المادة (202) من القانون على أنه: "يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبل إذا انتفى الغرر".

³ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) - المجلد الأول - المرجع السابق، ص 411.

⁴ د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 265. وينتقد الفقه موقف المشرع المتشدد من رهن الأموال المستقبلية في الرهن الحيازي، يقول الدكتور سليمان مرقس: "وكان رهن الأموال المستقبلية في ظل التقنين الملغي رهناً حيازياً يعتبر باطلاً لعدم إمكان تسليمها وقت الرهن، أما وقد استغنى التقنين الجديد عن التسليم في انعقاد هذا الرهن، فيمكن القول بأن سبب بطلان رهن المال المستقبل رهناً حيازياً قد زال". د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 336.

أو لم تدخل في حيازة المدين أو ملكيته¹. ولا شك أن السماح بإنشاء حق ضمان على الأموال المستقبلية له أهمية عملية في تعزيز الائتمان، لا سيما في إطار معاملات القروض المضمونة بمجموعة من الأموال ذات الطبيعة الخاصة كالمخزون المعد بطبيعته للبيع والاستبدال.

وقد يرى البعض وجوب حظر إنشاء حق الضمان على الأموال المستقبلية استناداً على مفاهيم تتصل بحق الملكية كقاعدة "ما لا يوجد لا يمكن أن ينقل أو يرهن"، اعتبارات عملية من أهمها أن السماح بتصرفات واسعة النطاق في الأموال المستقبلية قد يؤدي من دون قصد إلى ظاهرة الإفراط في المديونية، كما يضعف مركز الدائنين العاديين في استيفاء ديونهم. ويواجه هذا الاتجاه انتقادات واسعة من أهمها أنه لا ينبغي التذرع بمفاهيم تتصل بحق الملكية لوضع عقبات أمام تلبية الحاجة العملية في استخدام الأموال المستقبلية كضمان للحصول على ائتمان، كما أن المدينين يستطيعون حماية مصالحهم دون الحاجة إلى التذرع بمفاهيم تتصل بحق الملكية، خاصة وأن منحهم حق ترتيب ضمان على أموالهم المستقبلية يعزز من أعمالهم التجارية².

ونجد أن القوانين المقارنة لم تقف موقفاً موحداً في تقرير مدى جواز ترتيب حق ضمان على الأموال المستقبلية، فالقانون النموذجي للأونيسترال للمعاملات المضمونة أجاز صراحة في الفقرة (2) من المادة (4) منه على ترتيب حق ضمان على المال المستقبلي، غير أن حق الضمان الوارد على ذلك المال لا ينشأ إلا بعد أن يكتسب المدين الضامن حقاً في ذلك المال أو الصلاحية في إنقاله بحق رهن.

أما القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" فقد اشترط في المادة (3-203-b-9) لنفاذ عقد الضمان "2- أن يكون للمدين الحق على الأموال المضمونة أو صلاحية إحالة الحقوق إلى الدائن المضمون له". إلا أنه أجاز أن يكون محل اتفاق الضمان مالياً مستقبلاً "after-acquired property"، فقد نصت الفقرة (أ) من المادة (9-204) من القانون الموحد الأمريكي على أنه: "استثناءً من أحكام الفقرة (ب)، يجوز أن ينشأ اتفاق الضمان أو أن يوفر حق ضمان على الأموال

¹ Frederique Dahan, op.cit, P.37 .

² دليل الأونيسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، المرجع السابق، ص 78.

المستقبلية." ويقصد بالمال المستقبلي المال الذي ليس ملكاً للمدين ولم يكتسب حقاً عليه بعد، ولكن يمكن أن يكتسب حقاً عليه في المستقبل¹.

أما القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة فقد عرف المنقول المستقبلي بأنه: "المنقول المادي المتوقع وجوده مستقبلاً في ملكية المدين أو مقدم الضمان طبقاً للمجرى العادي للأمر". ويلاحظ على التعريف أنه حصر الأموال المستقبلية التي يجوز أن تكون محلاً لعقد الضمان في نطاق الأموال المادية دون الأموال المعنوية، كما أن عبارة "طبقاً للمجرى العادي للأمر" تتصف بالغموض والمرونة، وأن تقدير ضابط المجرى العادي للأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، ولا يمكن وضع معيار ثابت في تحديده لأنه ضابط نسبي يختلف باختلاف الظروف وطبيعة المنقول محل الضمان مما قد يجعل القاضي مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، كما قد تختلف الأحكام فيما بينها باختلاف القضاة في تقدير هذا الضابط².

وعلى خلاف ما ذهب إليه القانون النموذجي للأونسترال الذي لم يستثن أي صور من الأموال المستقبلية التي يجوز ترتيب حق ضمان عليها، فقد أخرج المشرع المصري بعض الأموال المستقبلية من نطاق القانون، كالأموال المستقبلية الناتجة عن الميراث أو الوصية أو المعاشات أو وثائق التأمين على الحياة أو مستحقات التعويض أو النفقة أو الأجور أو الرواتب.

ولا يخلو موقف المشرع المصري من مراعاة الاعتبارات الخاصة لبعض الصور من الأموال المستقبلية التي لا يجوز أن يرد عليها حق ضمان، كالأموال المستقبلية التي تكتسب بالميراث أو الوصية لما في ذلك التعامل من مخالفة للنظام العام، ولما يحمله من معنى المضاربة على حياة صاحب

¹ Ricard A. Mann and Barry S. Roberts, op.cit, P. 784.

² على الرغم من أن نشاط القاضي التقديري قد أصبح من المسلمات المفترضة في مجال العمل القضائي، حيث اعترف به المشرع والقضاء والفقه إلى أنه مع ذلك، لا يزال هناك اتجاه يرفض وجود سلطة تقديرية للقاضي المدني ويرى ضرورة استبعاد مسألة تمتع القاضي بسلطة تقديرية في إطار مباشرته لنشاطه القضائي الذي حدد نطاقه المشرع بنصوص قاطعة.

أنظر في ذلك:

د. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني - ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 23 وما بعدها.

التركة¹. وإن كان حظر ترتيب حق ضمان على التركة المستقبلية تريد لحكم تقضي به القواعد العامة²، إلا أن وجود نص خاص في القانون جاء بمثابة عناية المشرع بالأمر أو إيضاح في مقام قد يؤدي عدم الإيضاح إلى غموض وليس في الأفهام.

أما القانون الفلسطيني رقم (11) لسنة 2016 بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة فقد عرف الضمانة في المادة (1) منه بأنها: "المال المنقول الحالي أو المستقبلي الذي يوضع ضماناً للالتزام بموجب عقد الضمان". ومن ثم فإن القانون الفلسطيني أجاز للمدين ترتيب حق ضمان على الأموال المستقبلية، كما لم يقصر القانون الأموال المستقبلية على الأموال المادية كما اتجه إلى ذلك القانون المصري.

ومع ذلك فإن حق الضمان الوارد على الأموال المستقبلية لا ينشأ ولا ينفذ بين أطرافه إلا إذا اكتسب المدين حقاً على تلك الأموال، وهذا ما أشارت إليه الفقرة (2) من المادة (4) من القانون الفلسطيني من أنه لا ينشأ حق الضمان إلا إذا كان للمدين حق في إنشائه على الضمانة.

ويلاحظ على القانون الفلسطيني أنه خلا من تقييد حرية المدينين الضامنين في ترتيب حقوق ضمان على بعض صور من الأموال المستقبلية. وكان يستحسن أن ينظم المشرع الفلسطيني بعض القواعد التي تمنع طرفي عقد الضمان من ترتيب حق ضمان على بعض الأموال المستقبلية كالتعامل في التركة المستقبلية. ومع ذلك فإن القواعد العامة تحظر التعامل في التركة المستقبلية، ومن ثم لا يجوز ترتيب حق ضمان على التركة المستقبلية في القانون الفلسطيني³.

أما القانون الاتحادي الإماراتي رقم (20) لسنة 2016 في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين، فنجد أنه استثنى في المادة (4) منه الحقوق المستقبلية المتولدة عن الميراث أو الوصية من نطاق القانون. وبالتالي وإعمالاً لمفهوم المخالفة، يجوز ترتيب حق ضمان على مال منقول مستقبلي

¹ د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 127.

² نصت الفقرة الثانية من المادة (131) من القانون المدني المصري: "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون."

³ أنظر المادة (134) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

إذا لم يكن ميراثاً أو وصية¹. كما نصت الفقرة (3) من المادة (20) من القانون على أنه: "يجوز إشهار قبول الأطراف المبدئي لإنشاء حق الرهن على محل رهن قائم أو مستقبلي، ويشترط في هذه الحالة أن يقوم الأطراف بإبرام عقد الرهن وإشهاره خلال خمسة أيام من تاريخ حياة الراهن أو المضمون عنه لمحل الرهن، ويجوز لهم تمديد هذه المهلة بما لا يجاوز ثلاثين يوماً".

الأمر الذي يتبين معه، أن إنشاء حق الضمان على مال مستقبل لا يكون إلا بموجب عقد ابتدائي، ويتعين على الأطراف إبرام العقد النهائي عند حياة المدين الراهن أو المضمون عنه ذلك المال خلال المدة المشار إليها في النص السابق.

ويُقترح على المشرع البحريني عند سنه قانون المعاملات المضمونة الأخذ بالاتجاه الذي يعترف بحقوق الضمان الناشئة على الأموال المستقبلية، وهو اتجاه يتسق أصلاً مع القانون المدني الذي أجاز التعاقد على محل مستقبل، كما أن التعامل في الأموال المستقبلية كثير الوقوع في الحياة العملية. كذلك يُقترح أن ينظم المشرع البحريني بنص صريح بعض الأموال المستقبلية التي لا يجوز إنشاء حق ضمان عليها كإنشاء حق ضمان على التركات المستقبلية ولو كان برضاء صاحبها، كما يمكن أن يشمل الحظر بعض الأموال المستقبلية الناتجة مثلاً عن عوائد وثيقة التأمين على الحياة أو أجور العمال أو معاشاتهم وذلك خوفاً من المضاربة على حياة المؤمن عليه أو حقوق العمال.

¹ من المستقر عليه فقهاً أنه يجب الاحتياط والحذر في الاستدلال بمفهوم المخالفة والذي يثبت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه، وألا يلجأ إليه إلا إذا كانت دلالة النص على نقيض الحكم في الحالة المسكوت عنها قوية جداً، وذلك نظراً لما ينطوي عليه هذا الطريق من خطورة قد تؤدي إلى الخطأ. وتظهر خطورة الاستنتاج بمفهوم المخالفة في الحالات التي يكون الحكم الذي يقرره النص وارداً على سبيل المثال لا الحصر، أو يكون الحكم مقررراً لحكمة خاصة لا يتوافر عكسها في المفهوم المخالف.

أنظر في ذلك:

- د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، المرجع السابق، ص 305.
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون، الجزء الأول، جامعة الكويت، الكويت، 1996، ص 415 وما بعدها.

ثالثاً: الأموال التي لا يجوز إنشاء حق ضمان عليها

قررت قوانين المعاملات المضمونة مبدأ قابلية جميع الأموال المنقولة لترتيب ضمان عليها، ويهدف هذا المبدأ العام في تحديد دائرة الأموال التي تصلح أن تكون محلاً لحق الضمان إلى تسهيل حصول المدينين الضامنين على تسهيلات ائتمانية¹. ومع ذلك، فقد درجت القوانين على استبعاد بعض الأموال من نطاق تطبيق هذا المبدأ وذلك لاعتبارات مختلفة، من أهمها طبيعة المال المنقول أو بالنظر إلى الغرض الذي خصص له كأموال الوقف المنقولة، حيث إن ترتيب حق ضمان عليها يتنافى مع مبدأ حظر التصرف فيها، وقد يكون الاستبعاد مبنياً على اعتبارات ترجع إلى النظام العام.

كما تباينت القوانين في تحديد الأموال التي لا يجوز ترتيب حق ضمان عليها تبايناً واسعاً، فنجد أن القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" جاء على النقيض مما ذهبت إليه قوانين المعاملات المضمونة، فقد خلا من أي نص يشير إلى الأموال المنقولة التي لا تصلح أن تكون محلاً لحق الضمان².

وبالعودة إلى القوانين المقارنة الأخرى، فقد حدد القانون النموذجي للأونيسترال بعض الأموال المنقولة التي لا يجوز ترتيب حق ضمان على أي منها:

1- المعاملات المالية ذات الطبيعة المصرفية كخطابات الائتمان والوفاء بحقوق ناشئة عن عقود مالية تحكمها اتفاقات مقاصة، ويرجع استبعاد هذه المعاملات إلى وجود ممارسات تمويلية متخصصة

¹ دليل الأونيسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، المرجع السابق، ص 32.

² بالرغم من أن القانون الموحد للولايات المتحدة "UCC 9" لم يرد فيه نص على الأموال التي تستبعد من نطاق القانون، إلا أن المادة (9-311-a) نصت على أنه لا تخضع الأموال المنقولة إلى إيداع الإشعار في السجل أو إلى النفاذ في الحالات التالية:

1- الأموال التي تخضع إلى قانون أو لائحة أو اتفاقية للولايات المتحدة تتطلب للحصول على أولوية في حق الضمان.

2- المركبات التي تخضع إلى قانون سيارات شيروكي الوطنية "Cherokee Nation Motor Vehicle Code".

3- إذا نص قانون شهادة الملكية في ولاية أخرى على وجوب أن يكون حق الضمان مبنياً في الشهادة كشرط أو نتيجة لحصول حق ضمان على الأولوية على حقوق الدائن المضمون له.

تحكمها، وأن تناولها في القانون النموذجي بالتنظيم ينطوي على تعقيد غير مبرر، لما تنبئه من مسائل مختلفة ولما تتطلبه من وضع قواعد خاصة لها.

2- الملكية الفكرية في الحدود التي لا تتسق مع أحكام قوانين الملكية الفكرية النافذة في الدولة.

3- أي أنواع من الأموال التي تحددها الدولة المشرعة مثل الأموال الخاضعة لنظم متخصصة لتسجيل المعاملات المضمونة أو لقانون آخر، متى كان القانون الآخر يحكم المسائل التي يتناولها هذا القانون، ومن أبرز أنواع تلك الأموال التي جرت بعض الدول على وضع قواعد خاصة في شأن ترتيب حق ضمان عليها: السفن والطائرات ومعدات الطائرات.

4- عوائد الأموال المثقلة إذا كانت هذه العوائد عبارة عن أي من أنواع الأموال التي لا تسري عليها أحكام هذا القانون، حيث يمتد الاستثناء أيضاً إلى العوائد الناشئة عن تلك الأموال التي لا يجوز ترتيب حق ضمان عليها¹.

أما قوانين المعاملات المضمونة العربية فقد عدت الأموال المنقولة التي لا يجوز إنشاء حق ضمان عليها إلا أن موقفها لم يكن موحداً في بيان دائرة الأموال المستثناة، وهذه الأموال هي:

1- الأموال المنقولة المملوكة للدولة أو لهيئات وجهات الوقف²، وعلة استثناء الأموال المملوكة للدولة أو لهيئات وجهات الوقف تتمثل في أن تلك الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها من قبل دائني الشخص العام، فلا يجوز للشخص الاعتباري العام أن يرتب أي تصرف عليها يتنافى مع طبيعتها³، كترتيب حق ضمان عليها. وهذا الاستثناء ترديد للقواعد العامة التي تقضي بعد جواز ترتيب ضمان على أموال لا يجوز إجراء حجز عليها⁴.

¹ أنظر الفقرتين (3) و(4) من المادة (1) من القانون النموذجي للأونسترال.

² نصت على هذا الاستثناء المادة (3) من القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة والمادة (4) من القانون الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين.

³ د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، الأموال العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 560.

⁴ د. عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات العربية، القاهرة، 1954، ص 225.

2- الأموال المملوكة للسفارات الأجنبية والهيئات الدبلوماسية والمنظمات الدولية¹، حيث تمتد الحصانة الدبلوماسية إلى جميع الأشياء المتعلقة بالبعثة الدبلوماسية، فلا يجوز التعرض لمنقولاتها وسياراتها وحقائبها، وتجد هذه الحصانة صداها في المادة (30) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 والتي نصت على حرمة الأشياء المتعلقة بالمبعوث الدبلوماسي من أموال ومستندات ومراسلات².

3- الامتيازات والتراخيص الإدارية³، حيث إن التزام المتعاقد مع الإدارة أو المرخص له التزام شخصي بالتنفيذ، فلا يجوز أن يحل غيره محله. فالإدارة تراعي اعتبارات خاصة في المتعاقد معها، كالكفاية المالية والمقدرة الفنية وحسن السمعة، ولذلك يكون للاعتبار الشخصي أهمية خاصة في تنفيذ العقد فيلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته شخصياً⁴.

4- استثناء المنقولات التي تملكها البنوك من جواز إنشاء حق ضمان عليها، ولعل العلة في ذلك ترجع إلى خضوع البنوك إلى قواعد خاصة عند إعسارها قد لا تتفق وتلك القواعد المقررة في قانون تنظيم الضمانات المنقولة لصالح الدائن المضمون له. ومع ذلك فقد أجاز القانون المصري إنشاء حق ضمان على المعدات المملوكة للبنوك إذا قام الدائن المضمون له بتمويل شرائها.

5- بعض المعاملات المالية ذات الطبيعة المصرفية أو التجارية الخاصة ببيع المستحقات والتي تكون جزءاً من بيع المشروع التجاري أو حوالة الحق لغايات تحصيل الديون أو وضع مستحقات المؤمن له أو المستفيد بموجب عقد التأمين ضماناً للحقوق⁵.

¹ نصت على هذا الاستثناء المادة (3) من القانون المصري والمادة (4) من القانون الإماراتي.

² د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 432.

³ نصت على هذا الاستثناء المادة (3) من القانون المصري.

⁴ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 39.

⁵ أنظر المادة (2) القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في المال المنقول والمادة (4) من القانون الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين.

6- النفقة والأجور والرواتب والتعويضات العمالية¹، ومبررات استثناء تلك الأموال أنها غير قابلة لأن تكون محلاً للحالة، ومن ثم لا يصح التنازل عنها أو حجزها تطبيقاً للقاعدة القانونية ما لا يجوز حوالته لا يجوز التنفيذ عليه².

وفي ضوء ما تقدم، نقترح على المشرع البحريني عند تنظيمه لنطاق القانون تحديد بعض الأموال المنقولة المستثناة من أحكامه، مراعاة لبعض الاعتبارات الخاصة في تقرير عدم صلاحية تلك الأموال لأن تكون محلاً لحق الضمان كالأموال التي لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها من قبل الدائنين أو حوالتها مثل الأموال المنقولة العامة أو الخاصة المملوكة للدولة أو لأي شخص اعتباري عام أو النفقة أو الأجور أو التعويضات العمالية. كذلك يُقترح على المشرع البحريني أن يستثني بعض المنقولات التي أفردت قوانين المملكة تنظيمها خاصاً لها عند إنشاء حق ضمان عليها كالسفن والطائرات ومعدات الطائرات³.

¹ أنظر المادة (2) القانون الفلسطيني والمادة (4) من القانون الإماراتي. وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفلسطيني اكتفى باستثناء "تحويل المطالبات العمالية بالتعويض".

² أنظر في ذلك:

د. محمد كامل مرسي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثانية، مطبعة الرغائب، مصر، 1930، ص 141.

د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 764.

د. محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 538.

³ نصت المادة (50) من قانون الطيران المدني البحريني رقم (14) لسنة 2013 على عدم جواز إنشاء حق ضمان على الطائرة دون موافقة شئون الطيران وتقييد حق الضمان في السجل الوطني المخصص لتسجيل الطائرات: "لا يكون التصرف القانوني في أية طائرة مسجلة في السجل الوطني للطائرات، سواء بالبيع أو الإيجار أو الرهن أو بأي تصرف قانوني آخر، نافذاً إلا بعد موافقة شئون الطيران المدني وقيده في السجل الوطني". كذلك اشترطت المادتين (2) و(3) من قانون تسجيل السفن وتحديد شروط السلامة الصادر بالمرسوم بقانون رقم (14) لسنة 1978 بوجوب تسجيل أي حقوق عينية تترتب على السفن في سجل السفن الذي تملكه إدارة الموانئ.

المطلب الثالث

الالتزام أو الدين المضمون

حق الضمان حق تبعية للالتزام الذي يضمنه هذا الحق، فلا يقوم حق الضمان إلا بقيام الالتزام المضمون، فهو يسير مع الالتزام وجوداً وعدماً. فيفترض لقيام عقد الضمان وجود التزام صحيح على المدين يضمنه حق الضمان، فإذا كان الالتزام مستوفياً شرائط صحته صح الضمان، وإذا انقضى الالتزام بأي طريقة من طرق الانقضاء انقضى تبعاً له الضمان.

وقد نصت بعض قوانين المعاملات المضمونة صراحةً على أن حق الضمان حق تبعية، وذلك عند تعريفها لمصطلح حق الضمان ومن ذلك القانون النموذجي للأونسترال والقانون المصري والقانون الفلسطيني والقانون الإماراتي. كما أشار دليل الأونسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة صراحةً إلى أن حقوق الضمان تابعة للالتزام المضمون، مما يعني أن صحة عقد الضمان تتوقف على صحة الاتفاق المنشئ للالتزام المضمون¹.

ويثير وجوب تحديد الالتزام المضمون في عقد الضمان، مسألة مدى صحة أن يكون الالتزام المضمون التزاماً مؤجلاً كالتمويل المستقبلي أو أن يكون عبارة عن تقديم تسهيلات ائتمانية متجددة أو على دفعات أو إنشاء اعتماد مفتوح. لذلك يقتضي تحديد الالتزام المضمون كشرط لإنشاء عقد الضمان أن نتناول المسائل التالية:

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 74.

الفرع الأول

تحديد الالتزام المضمون

تشتت بعض قوانين المعاملات المضمونة وجوب تحديد الالتزام المضمون في عقد الضمان أو أن يكون الالتزام قابلاً للتحديد، فنجد أن المادة (6) من القانون النموذجي للأونيسترال بشأن المعاملات المضمونة نصت على أنه: "3- ... يجب أن "يبرم" أو "يثبت" اتفاق الضمان كتابياً وموقعاً من مقدم الضمان ويشتمل على ما يلي:

أ- بيانات الدائن المضمون له ومقدم الضمان.

ب- وصف الالتزامات المضمونة وفقاً لأحكام المادة (9).

ج- وصف المال المثقل وفقاً للمادة (9).

د- الحد الأقصى لمبلغ الضمان الذي يجوز إنفاذ حق الضمان بشأنه.

ولم تشترط المادة (9) من القانون النموذجي للأونيسترال تحديد الالتزامات المضمونة في عقد الضمان وإنما اكتفت بوصفها، دون أن تشترط وصفها وصفاً دقيقاً وإنما وضعت معياراً لصحة وصف الالتزامات بأن يمكن على نحو معقول من تحديدها، كما أجازت إنشاء حق الضمان على كل الالتزامات التي تثبت في ذمة المدين. تنص الفقرة (1) من المادة (9) من القانون النموذجي على أنه: " يجب أن يشتمل اتفاق الضمان على وصف الأموال المثقلة والالتزامات المضمونة بما يمكن على نحو معقول من تحديدها". كما نصت الفقرة (3) من ذات المادة على أنه: "يعتبر وصف الالتزامات المضمونة الذي يبين أن حق الضمان يضمن جميع الالتزامات المستحقة للدائن المضمون له في أي وقت من الأوقات موفياً بالمعيار الوارد في الفقرة (1)".

ويمكن أن نستخلص من تنظيم القانون النموذجي للأونيسترال لشرط تحديد الالتزام المضمون عدّة مسائل، نوجزها في الآتي:

1- وجوب وصف الالتزام المضمون بعبارة محددة على نحو يتيح تحديدها بشكل معقول وذلك من خلال تحديد مقدار الدين وفوائده مثلاً، خاصة وأن وصف الالتزام وتحديده يكون عادة في

مصلحة المدين، لأنه سيكون محمياً من فرط المديونية أو يكون بإمكانه الحصول على ائتمان مضمون إضافي على ذات الأموال المثقلة بضمان إذا كان الالتزام المقابل أقل من قيمة تلك الأموال¹.

2- من المستقر عليه في القواعد التشريعية المنظمة للرهن الحيازي عدم جواز عقد الرهن الحيازي لضمان كل الديون التي تثبت في ذمة المدين، سواء في مدة معينة أو من دون تحديد مدة، ما دامت الديون نفسها لم تعين كل دين على حدة من ناحية المقدار والمصدر، فإذا كان الدين ديناً احتمالياً كان تحديد مقداره في العقد بتحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين، كما يجب أن يحدد مصدر الالتزام المضمون هل هو عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب². وعلى خلاف ذلك، فإن القانون النموذجي للأونسترال أجاز أن ينص اتفاق الضمان على وصف الالتزام المضمون بأن يشتمل على جميع الالتزامات الحالية والمستقبلية من أي نوع والتي قد تنشأ في ذمة المدين لصالح الدائن³.

3- يقضي البند (د) من الفقرة (3) من المادة (6) من القانون النموذجي بوجوب وضع حد أقصى لمبلغ الضمان الذي يجوز إنفاذ حق الضمان في حدوده، ويستهدف هذا القيد مواجهة الالتزامات التي لا يمكن تحديدها تحديداً دقيقاً كالتسهيلات الائتمانية المستقبلية والديون الاحتمالية.

ولم يتعرض القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة إلى مسألة وجوب تحديد الالتزام المضمون وإنما اكتفى فقط عند تناول شروط نفاذ حق الضمان في مواجهة المدين أو الغير بالنص على أن يؤدي الدائن المقابل للالتزام المضمون، حيث نصت المادة (b-203-9) على أنه: "... يكون حق الضمان نافذاً تجاه المدين والغير فيما يتعلق بالضمانات، فقط إذا: 1- تم أداء مقابل الالتزام المضمون."

¹ Ibid, P 75.

² د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 775 وما بعدها.

³ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 75.

ويعتبر شرط قيام الدائن بأداء المقابل للالتزام المضمون شرط لازم لإنشاء حق الضمان، ويعتبر أداء الدائن للالتزام المضمون تطبيقاً لشرط المقابل "Consideration" في نظرية العقود في نظام القانون العام Common Law¹.

ومع أن القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" لم يشترط صراحة تحديد الالتزام المضمون إلا أن تعريف حق الضمان يقتضي أن يحدد اتفاق الضمان الالتزام المضمون، فقد تناولت المادة 1- (201-b-35) من القانون التجاري الموحد "UCC1" تعريف حق الضمان بأنه "حق في أموال منقولة أو عقارات بالتخصيص يحصل عليه الدائن بموجب اتفاق ضمان لاستيفاء دينه أو الوفاء بالتزام...".² وهذا ما جعل الفقه يذهب إلى وجوب أن ينص اتفاق الضمان على الالتزام المضمون وإن لم يحدد مقداره في الاتفاق³.

وقد سائر القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة موقف القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" في عدم اشتراط تحديد الالتزامات المضمونة في عقد الضمان والاكتفاء بأن يؤدي الدائن مقابل الالتزام المضمون كشرط لإنشاء حق الضمان ونفاذه، حيث ينص البند (ب) من الفقرة (1) من المادة (4) من القانون على أنه ينشأ حق الضمان على الضمانة ويصبح نافذاً بين أطرافه حال توافر الشروط الآتية: "ب- قيام المضمون له بأداء مقابل الدين أو الالتزام بذلك." ومؤدى ظاهر

¹ Eva-Maria Kieninger, op.cit, P. 98.

يعتبر شرط المقابل "Consideration" أحد شروط صحة العقود في نظام القانون العام Common Law والذي قد يرادفه على نحو التقريب ركن السبب في العقود عند مدرسة القانون اللاتيني Civil Law. أنظر في شرط المقابل "Consideration" في العقود:

- Ewan Mckendrick, op.cit. P. 104.

ويذهب الفقه إلى أن الالتزام المضمون هو سبب الضمان، فالضامن أو الراهن لا يتقل أمواله بضمان على سبيل التبرع، بل رغبة في الحصول على تمويل أو قرض والذي يعتبر سبباً لحق الضمان. أنظر في ذلك:

د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 93 وما بعدها.

² لم تتناول المادة (9 UCC) من القانون التجاري الموحد تعريف حق الضمان إنما تناولت تعريف هذا المصطلح المادة (1 UCC) من القانون، أنظر ما سبق أشرنا إليه في المبحث التمهيدي حول تعريف حق الضمان في القوانين المقارنة.

³ Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, op.cit, P. 89.

النص أنه لا يشترط تحديد الالتزام المضمون لإنشاء حق ضمان وإنما يكفي أن يؤدي الدائن المضمون له مقابل الالتزام المضمون أو أن يلتزم بأدائه.

كذلك قرر القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة صراحة وجوب أداء مقابل الالتزام المضمون المتفق عليه. فقد نصت الفقرة (3) من المادة (8) من القانون المصري على أنه يشترط لإنشاء حق ضمان ونفاذه بين أطرافه: "أن يلتزم الدائن بمنح التمويل المتفق عليه أو أداء المقابل لإنشاء حق الضمان". ومقتضى ذلك أنه يجب على طرفي علاقة الضمان تحديد الالتزام المضمون. ويلاحظ على النص استعمال عبارة "المتفق عليه" دون أن يشترط أن يكون الاتفاق على أداء التمويل في عقد الضمان أو في غيره.

أما القانون الإماراتي فقد نص على وجوب أن يتضمن عقد الرهن بيان الالتزام المضمون، حيث نص على وجوب أن يقوم المرتهن بأداء المقابل المتفق عليه في عقد الرهن أو الالتزام بأدائه لإنشاء حق الضمان¹.

ويتبين من كل ما تقدم، أن بعض قوانين المعاملات المضمونة لم تشترط تحديد الالتزام المضمون في عقد الضمان، وإنما اكتفت بوجوب أداء الالتزام المقابل. ومع ذلك، فقد عرفت تلك القوانين حق الضمان بأنه حق تابع للالتزام المضمون، ومن ثم لا بد من وجود الالتزام المضمون لقيام حق الضمان، فهو يسير مع حق الضمان وجوداً وعدماً. كما أنه لا يمكن أن ينشأ الالتزام المضمون دون قيام الدائن بأداء المقابل لهذا الالتزام والذي اشترطته صراحة بعض القوانين كالقانون الموحد الأمريكي والقانون الفلسطيني والقانون المصري.

وفي رأينا أن بعض القوانين لم تشترط تحديد الالتزامات المضمونة نظراً إلى جواز أن يكون الالتزام المضمون التزاماً مؤجلاً أو ديناً مستقبلاً أو التزاماً احتمالياً أو تسهيلات ائتمانية متجددة، فهذه الالتزامات والديون يصعب تحديدها أو لا تحمل في ذاتها قدراً من التحديد، ولكن وُضعت قاعدة لتحديدها بتحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين عند تسجيل الإشعار.

¹ أنظر البند (6) من المادة (8) من القانون الإماراتي.

ويُقترح على المشرع البحريني عند تنظيمه للبيانات التي يجب أن يشتمل عليها عقد الضمان أن يفرض على طرفي العقد بتحديد الالتزامات المضمونة في العقد أو وصفها على نحو يمكن من تحديدها، نظراً لتعذر تحديد بعض الالتزامات المالية خاصة المؤجلة أو المستقبلية. كما يُقترح أن يشتمل عقد الضمان على الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الالتزام المضمون في حالة صعوبة تحديد الالتزام المضمون.

الفرع الثاني

أنواع الالتزامات التي يجوز ضمانها

القاعدة العامة التي يمكن أن تطبق على كافة صور الضمانات أو التأمينات أن كل التزام صحيح يمكن منح حق ضمان بشأنه، سواء كان التزاماً بأداء عمل أو امتناع عن عمل، وسواء كان بسيطاً أو كان موصوفاً، وسواء كان حالاً أو مستقبلاً، وسواء كان مصدره تصرفاً قانونياً أو واقعة أو نص مقرر بموجب القانون¹. وغني عن البيان أن عدم تحديد أنواع معينة من الالتزامات التي يجوز ضمانها يساهم في زيادة فرص الحصول على التمويل المضمون، ويحسن من القدرة على الاقتراض والحصول على الائتمان مع انخفاض تكلفته².

ومن الصعوبة من الوجهة القانونية أو الاقتصادية تحديد الالتزامات التي يجوز منح حق ضمان بشأنها أو إنشاء قائمة حصرية بالالتزامات التي يمكن ضمانها، خاصة أمام الوتيرة المتزايدة لإنشاء أنواع جديدة من الالتزامات المضمونة³.

ونجد أن القانون النموذجي للأونسيترال بشأن المعاملات المضمونة تناول في المادة (7) منه جواز إنشاء عقد ضمان لضمان التزامات بسيطة أو موصوفة⁴، حيث تنص هذه المادة على أنه:

¹ د. أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 89.

² Frederique Dahan, op.cit, P. 26 and 27.

³ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 74.

⁴ الالتزام البسيط هو الذي ينشأ بمجرد تحقق سببه والذي يكون له محل واحد، إلا أن الالتزام الموصوف قد يرد عليه وصف يعدل في آثاره، فقد لا يكون الالتزام منجزاً، وإنما يعلق وجوده أو زواله على أمر غير محقق، وقد يتراخى تنفيذه

"يجوز أن يضمن حق الضمان التزام واحد أو أكثر من أي نوع من الالتزامات، ويجوز أن يكون الالتزام قائماً أو مستقبلاً، محدداً أو قابل للتحديد، مشروطاً أو غير مشروط، ثابتاً أو متغيراً." ومؤدى النص السابق، أنه يجوز ضمان الالتزامات المتعددة والآجلة والمشروطة والمتغيرة.

ويحسن أن نشير إلى أن قوانين المعاملات المضمونة العربية وإن لم تنص صراحة على جواز ضمان الالتزامات الموصوفة إلا أن عدم النص لا يعني الحظر، وإنما تطبق القواعد العامة التي تخضع لها الالتزامات، والتي تقرر من حيث الأصل جواز أن يلحق الالتزام أوصاف متنوعة في أي من عناصره.

وهذا الاتجاه في التفسير يتسق مع حكمة التشريع والمصلحة التي قصد تحقيقها¹، وهي المساهمة في رفع مستوى الائتمان وتحسين القدرة على الاقتراض من خلال تقليل نسبة الفائدة المتحصلة من الاقتراض وتحسين شروط الاقتراض²، وزيادة فرص الأفراد والشركات الصغيرة في الحصول على التمويل، من خلال إنشاء حق ضمان على أموالهم المنقولة حتى من دون نقل حيازتها للدائن³. كما يمكن القياس على جواز الرهن التأميني أو الحيازي ضماناً لالتزام معلق على شرط أو التزام مستقبلي، وذلك لتوافق العلة في الحكمين المنطوق به والمسكوت عنه.

إلى أجل، وفي هذه الحالة يكون الالتزام معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، كما أن محل الالتزام قد يتعدد، كما في الالتزام التخيري أو الالتزام البدلي، وغير ذلك من أوصاف قد تلحق بالالتزام. أنظر في ذلك:

- د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 3 وما بعدها.

- د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 530 وما بعدها.

¹ من أبرز طرق تفسير القوانين حكمة التشريع، ويراد منها الباعث على وضع الأحكام التي يتضمنها التشريع، فهي الغاية المقصودة من الحكم، أي المصلحة التي قصد المشرع تحقيقها أو المفسدة التي قصد دفعها، وكثيراً ما يفيد الوقوف على هذه الغاية في كشف مدلول النصوص القانونية إذا لم تكن ألفاظها واضحة الدلالة. أنظر في ذلك:

د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، المرجع السابق، ص 285.

² Eva-Maria Kieninger, op.cit, P. 102.

³ Ibid, P. 7.

وعليه فإن الالتزام المعلق على شرط فاسخ يمكن أن ينشأ بشأنه حق ضمانى، لأن الالتزام موجود وإن ارتبط مصيره بتحقق الشرط أو تخلفه، فإذا ظل الشرط متخلفاً استمر الضمان قائماً وصحيحاً، وإذا تحقق انقضى الضمان واعتبر كأن لم يكن. أما الالتزام المعلق على شرط واقف فيدخل في صور الالتزامات المستقبلية¹. ومن ثم لا يشترط في الالتزام المضمون أن يكون منجزاً، وإنما يجوز أن يكون مشروطاً²، فيصح العقد الوارد على ضمان التزام معلق على شرط، سواء كان الشرط واقعاً أو فاسخاً، وفي جميع الحالات يتوقف مصير الضمان على مصير الالتزام المضمون المعلق على شرط³.

ومراعاة للمعاملات التمويلية المعاصرة وتطور صور تقديم المؤسسات المالية منتجات ائتمانية لعملائها، فقد أجازت قوانين المعاملات المضمونة إنشاء عقد لضمان التزامات مستقبلية كالتسهيلات التمويلية المتجددة "Revolving Loan Facility"، كما أن حق الضمان لا ينفذ إلا إذا صار الالتزام المضمون حالاً وقام الدائن المضمون له بأداء مقابل الالتزام المضمون⁴.

ومن أبرز الالتزامات المستقبلية الاعتمادات المصرفية بمختلف صورها والتي بمقتضاها يتعهد البنك بأن يضع تحت تصرف المستفيد أداة من أدوات الائتمان في حدود مبلغ نقدي معين⁵. ويستخدم العميل الاعتماد بحسب حاجته إليه، فله مطلق الحرية في استخدام الاعتماد دون أن يلزمه البنك أو يرجع عليه بشيء إذا لم يستخدم الاعتماد⁶. وعليه فإنه إذا التزم البنك بفتح اعتماد للمدين، فإن حق الضمان لا يمكن إنفاذه بمجرد إبرام عقد ضمان أو فتح اعتماد، وإنما ينبغي أن ينشأ الالتزام المضمون باستخدام المدين الاعتماد بالفعل⁷.

¹ د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 89.

² P.A.U. Ali, op.cit, P. 70.

³ د. جلال محمد إبراهيم، الحقوق العينية التبعية، مطبعة الإسراء، مصر، السنة بدون، ص 108.

⁴ P.A.U. Ali, 2, P 71.

⁵ د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 532 وما بعدها.

⁶ المرجع السابق، ص 557.

⁷ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 75.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" قد نظم في جملة من أحكامه التمويل المستقبلي "Future Advance"، والذي يفترض في هذا النوع من التمويل أن المدين أنشأ عقد ضمان للحصول على قرض بمبلغ معين، إلا أنه بعد فترة قام بالحصول على قرض جديد أو قرض إضافي قبل أن يسدد قرضه السابق¹، الأمر الذي يثير مسألة ما إذا كان ثمة حاجة إلى إنشاء عقد ضمان جديد للتمويل المستقبلي. تقرر المادة (9-204-c) من القانون الموحد "UCC 9" أنه يجوز أن ينص اتفاق الضمان على التمويل المستقبلي "Future Advance" من دون أن يشترط إنشاء عقد ضمان جديد لكل قرض جديد أو إضافي، حيث إن هذا النوع من القروض مألوف في المعاملات المالية، وأن اشتراط عقد جديد لكل قرض إضافي يعتبر إرهاقاً وتعقيداً على طرفي العلاقة الضمانية². من ناحية أخرى، يتعين أن نسترعي النظر إلى أن مرتبة الدائن المضمون له في الالتزام المستقبلي تتحدد من وقت قيد حق الضمان لا من وقت نفاذ الحق³.

¹ Ricard A. Mann and Barry S. Roberts, op.cit, P. 786.

² Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, op.cit, P. 90.

³ P.A.U. Ali, op.cit, P. 71.

المبحث الثاني

أحكام عقد الضمان

عندما ينشأ عقد الضمان فإنه يترتب للدائن حق عيني على المال المثقل بالضمان في مواجهة المدين، كما يستطيع الدائن الاحتجاج بحق ضمانه في مواجهة الدائنين الآخرين للمدين، في حالة عجز الأخير عن سداد دينه، إذا توافرت أحد أسباب النفاذ التي يشترطها القانون. فحق الضمان يكون نافذاً بين طرفيه بمجرد إبرامهما لعقد الضمان، أما لنفاذه تجاه الغير والاحتجاج به على الدائنين الآخرين للمدين فإنه يتعين أن يتوافر فيه أحد أسباب النفاذ في مواجهة الغير.

وتنظم قوانين المعاملات المضمونة آثار عقد الضمان فيما بين المتعاقدين، كما تنظم طرق نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير والتي تتلخص في تسجيل حق الضمان أو السيطرة أو الحيازة، كما يمكن في أحوال معينة أن ينفذ حق الضمان تلقائياً من دون أن يتطلب القانون اتخاذ أي إجراء خاص من قبل الدائن المضمون له. لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول سوف نتناول فيه آثار عقد الضمان بين المتعاقدين، وأما المطلب الثاني سوف نعرض فيه وسائل نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

آثار عقد الضمان بين المتعاقدين

يترتب على عقد الضمان آثار فيما بين طرفي العقد، المدين الضامن والدائن المضمون له، وهذه الآثار تترتب على العقد بمجرد إنشائه صحيحاً. كما يترتب على عقد الضمان آثار في مواجهة الغير إذا تحققت فيه أحد أسباب النفاذ التي تتمثل في التسجيل أو الحيازة أو السيطرة أو النفاذ التلقائي. وتتعترف قوانين المعاملات المضمونة بمبدأ حرية طرفي عقد الضمان في ترتيب آثار العقد، فيتمتع كل من الدائن المضمون له والمدين الضامن بالحرية في تحديد حقوقهما والتزاماتهما تجاه بعضهما البعض، على نحو يوسع من نطاق إمكانية حصول المدين على الائتمان.

ومع ذلك، فإن مبدأ حرية طرفي عقد الضمان في تحديد آثار العقد ليس مطلقاً، فقد رسمت قوانين المعاملات المضمونة بعض الحدود لآثار عقد الضمان، فقررت لطرفي عقد الضمان حقوقاً وأوجبت عليهما التزامات لا يجوز لهما مخالفتها في عقدهما. كما توجد العديد من الالتزامات المفروضة على طرفي عقد الضمان بموجب المبادئ الواردة في نظرية العقد في قوانين المعاملات المدنية كحماية الطرف الضعيف إذا تم إنشاء عقد الضمان عن طريق الإذعان، أو بموجب قوانين حماية المستهلك إذا كان محل عقد الضمان سلعاً استهلاكية¹.

وقد أخذ قانون النموذجي للأونسيترال بشأن المعاملات المضمونة بمبدأ حرية الطرفين في تشكيل اتفاقهما، حيث نصت المادة (3) منه على أنه:

"1- باستثناء أحكام المواد (4) و(6) و(9) و(53) و(54) والفقرة (3) من المادة (72) والمواد من (85) إلى و(107)، يجوز الاتفاق على استبعاد أي من أحكام هذا القانون أو العمل بما هو مغاير لها.

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 238 and 239.

2- لا يخل الاتفاق المشار إليه في الفقرة (1) من هذه المادة بحقوق أو التزامات أي شخص لا يكون طرفاً فيه.

3- لا تخل أحكام هذا القانون بالحق في الاتفاق على اللجوء إلى الوسائل البديلة لحسم المنازعات بما في ذلك التحكيم والوساطة والتوفيق وحسم المنازعات باستخدام شبكة الأنترنت¹.

ويتبين من الفقرة (1) من النص السابق أن لطرفي عقد الضمان الحرية في تنظيم حقوقهما والتزاماتهما باستثناء المسائل المتعلقة بالمعايير العامة للسلوك والاشتراطات المتعلقة بإنشاء عقد الضمان ووصف الأموال المثقلة بالضمان والالتزام المضمون والتزام الطرف الحائز ببذل العناية بالمال المثقل بالضمان والتزام رده وكيفية ممارسة الدائن لحقوقه اللاحقة للإخلال بالإضافة إلى المسائل المتعلقة بتنزع القوانين والتي تخرج عن دائرة سلطان إرادة الأطراف.

ويمكن استعراض أبرز الحقوق والالتزامات المتقابلة لأطراف عقد الضمان الواردة في قوانين المعاملات المضمونة، من خلال الفرعين التاليين:

¹ من قوانين المعاملات المضمونة العربية التي نصت على حرية الأطراف في تنظيم حقوقهما والتزاماتهما القانون المصري، حيث نصت المادة (8) على أنه: "ولأطراف عقد الضمان وضع الشروط التجارية التي يرونها مناسبة للتعاقد بما في ذلك ما يلي:

1- التزام المدين أو الحائز بالقيام بجميع التدابير والإجراءات اللازمة للمحافظة على المنقول الضامن وصيانته أو رعايته.

2- التزام المدين باستعمال وصيانة وإصلاح المنقولات الضامنة، بما يتفق مع الأغراض التي أعدت لها ووفقاً للأصول الفنية المتعارف عليها والتعليمات المتعاقد عليها بشأن المواصفات الفنية الواجب مراعاتها.

3- التزام المدين بإخطار الدائن بما يطرأ على المنقول الضامن من عوارض تمنع الانتفاع به كلياً أو جزئياً.

4- مدى سلطة الدائن في القيام بمتابعة التزام المدين باستخدام المنقول الضامن في الغرض المخصص له وبالحفاظ عليه وصيانته.

5- أولوية بيع المنقولات الضامنة في حالة عدم وفاء المدين بالتزاماته.

الفرع الأول

واجبات الطرف الحائز للمال المثقل بالضمان

ترتبط الواجبات المقررة في قوانين المعاملات المضمونة بشرط الحياة، فيكون المدين حائزاً في حالتي نفاذ حق الضمان عن طريق تسجيل الإشعار أو عن طريق النفاذ التلقائي، كما قد يكون الدائن حائزاً في حالة تسلمه للمال المثقل وحيازته.

ويلتزم الطرف الحائز بالعناية بالمال المثقل بالضمان والحفاظ على قيمته ورده. وعلى ذلك يمكن تناول واجبات الطرف الحائز للمال المثقل بالضمان والذي قد يكون المدين أو الدائن أو شخص ثالث -العدل- بحسب الأحوال من خلال الآتي:

أولاً: العناية بالمال المثقل بالضمان

على حائز المال المثقل بالضمان واجب العناية بذلك المال، سواء كان الحائز المدين الضامن أو الدائن المضمون له أو العدل¹. فعلى الحائز التزام بحفظ المال المثقل وصيانته بما في ذلك اتخاذ التدابير المعقولة للحفاظ عليه من الهلاك أو التلف².

وتختلف طبيعة هذا الالتزام باختلاف المال المثقل بالضمان، فقد يتطلب الحفاظ على المال المثقل توفير درجة حرارة معينة، مثلاً، إذا كان المال المضمون مواداً غذائية قابلة للتلف مثلاً، أو

¹ اعترض الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري على استعمال لفظ "العدل" في مناقشات لجنة القانون المدني، حيث يرى السنهوري بأن تعبير "العدل" وإن كان اصطلاحاً شرعي إلا أنه يعطي فكرة عن شروط يجب توافرها فيمن يودع عنده المال المضمون، وهذا خلاف المطلوب حيث إن الغرض هو أن يحوز المال شخص آخر غير الدائن، وقد قررت اللجنة استبدال لفظ "أجنبي" بلفظ "العدل".

أنظر في ذلك:

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، الجزء السابع، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، ص 184.

² Spyridon V Bazinas and N Orkun Akseli, International and Comparative Secured Transactions Law, First Edition, Bloomsbury Publishing Plc, UK, 2017, P. 124.

اتخاذ الاحتياطات اللازمة للمال المثقل إذا كان سهل الانكسار كالزجاج أو سريع الاشتعال كالقحم أو الخشب.

وقد نصت المادة (53) من القانون النموذجي للأونيسترال بشأن المعاملات المضمونة على التزام الحائز بالعناية بالمال المثقل بحق الضمان، حيث نصت على أنه: " يجب على المدين الضامن أو الدائن المضمون له الحائز للمال المثقل أن يبذل قدرًا معقولاً من العناية للمحافظة عليه." ويتبين من النص السابق، أنه لم يفرق في معيار العناية المطلوبة في المحافظة على الأموال المثقلة بضمان سواء كان الحائز هو المدين أو كان الحائز هو الدائن أو شخص ثالث، وأن العناية المطلوبة للوفاء بهذا الواجب هي العناية المعقولة "Reasonable Care" بالأموال المثقلة، ويراعى في تحديد العناية المعقولة طبيعة الأموال المثقلة بالضمان، فتستلزم بعض الأموال عناية معينة تختلف عن الأموال الأخرى، فالعناية المطلوبة للمحافظة على معادن ثمينة كالذهب تختلف تماماً عن العناية المطلوبة للمحافظة على الحيوانات إذا كانت محللاً لحق ضمان¹.

وقد جاء القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة قريباً من القانون النموذجي للأونيسترال في تقرير واجب العناية بالمال المثقل، إلا أنه قصر حدود هذا الواجب على الدائن المضمون له إذا كان المال في حيازته، حيث نصت المادة (9-207-a) على أنه: "ما لم ينص على خلاف ذلك في الفقرة الفرعية (د)، يجب على الدائن المضمون له الحائز أن يبذل العناية المعقولة في المحافظة على الأموال المثقلة وصيانتها. وتشمل العناية المعقولة في حالة السند الذي يثبت التزاماً نقدياً أو حق ضمان "Chattel Paper" أو الصك²، اتخاذ الخطوات اللازمة لحفظ الحقوق تجاه الأطراف السابقة ما لم يتفق على خلاف ذلك."

ومفاد النص أنه إذا تسلم الدائن المضمون له المال المثقل بضمانه، فإنه يلتزم بالمحافظة عليه وصيانتها، فإذا كان المال المثقل سنداً أو صكاً قابلاً للتداول وجب عليه المحافظة على ذلك السند أو الصك، بما في ذلك القيام بالأعمال اللازمة لحفظ وصون حقوق المدين الضامن تجاه الأطراف السابقين

¹ Ibid, P. 124.

² تناولت المادة (9-102) تعريف مصطلح "Chattel Paper" بأنها سجل أو سجلات تثبت التزاماً مالياً أو حقاً ضمانياً في سلع معينة، أو حقاً ضمانياً في سلع أو برامج إلكترونية معينة.

الملزمين بموجب السند أو الصك، كالمطالبة بالوفاء به عند الاستحقاق، وأن يقوم بما يلزم من إجراءات قانونية عند عدم السداد، وإذا كان السند أو الصك محدد المدة، وجب على الدائن المطالبة بالوفاء به قبل انقضاء المدة.

وينتقد الفقه عبارة " اتخاذ الخطوات اللازمة لحفظ الحقوق تجاه الأطراف السابقة" الواردة في النص السابق، وذلك لغموض مدلولها وصعوبة تحديد معناها، وما إذا كانت حدود الرعاية المعقولة تقف عند حفظ حقوق المدين الضامن تجاه الأطراف الأخرى أم أن حدودها تشمل واجبات أخرى¹.

أما القوانين العربية التي تناولت بالتنظيم المعاملات المضمونة، فقد تباين موقفها في تنظيم واجب العناية بالمال الوارد عليه حق الضمان. فلم يتعرض القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة لتنظيم هذه المسألة في أحكامه، ومن ثم فإن الواجب متروك لما يُتفق عليه في عقد الضمان وللقواعد العامة. وكان يستحسن أن يتطرق المشرع الفلسطيني لهذا الواجب خاصة وأنه نظم في القانون الحيازة وتسجيل الإشعار والنفذ التلقائي، ومن ثم فإن الحائز يختلف باختلاف طرق نفاذ حق الضمان، فكان لا بد أن يفرض واجب العناية على الدائن المضمون له إذا كان حائزاً للمال المثقل أسوة بالرهن الحيازي في القانون المدني الذي يفرض على الدائن المرتهن العناية بالمال المرهون، كما لا بد أن يفرض هذا الالتزام على المدين الضامن عند حيازته للمال المثقل في حالتي إنشاء حق الضمان عن طريق تسجيل الإشعار أو النفاذ التلقائي.

أما القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة فقد ورد واجب العناية فيه مقصوراً على المدين أو مقدم الضمان دون الدائن المضمون له، حيث نصت المادة (10) منه: "يعتبر المنقول أمانة في يد المدين أو مقدم الضمان بموجب عقد الضمان، لحين انقضائه وعليه بذل عناية الرجل المعتاد في الحفاظ عليه وصيانته بما يتناسب مع طبيعته."

¹ Gerald J. Hoenig, Duty of a Pledgee Under Section 9-207, Boston College Law Review, Volume 10, Issue 2 Number 2, 1969, P. 302.

ومن المنطقي أن يقصر القانون المصري واجب العناية على المدين الضامن لأن القانون لم ينظم سوى حق الضمان عن طريق تسجيل الإشعار، أما إذا كانت الأموال المثقلة في حيازة الدائنين فتسري عليها أحكام المادة (1103) من القانون المدني التي عالجت التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون¹.

ويلاحظ أن معيار التزام المدين بحفظ الشيء وصيانتته في قانون تنظيم الضمانات المنقولة المصري يتشابه مع التزام الدائن المرتهن في القانون المدني المصري وهو بذل عناية الشخص المعتاد. فيكفي أن يبذل المدين أو مقدم الضمان في حفظ المنقول وصيانتته ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، فالتزامه التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة. وأن مضمون هذا الالتزام يختلف باختلاف الأحوال والظروف، وبحسب ما إذا كان المال المثقل منقولاً مادياً أو منقولاً معنوياً².

أما القانون الاتحادي الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين فقد نصت المادة (9) منه على واجب الحفاظ على حق الرهن: "على حائز محل الرهن بذل عناية الشخص المعتاد في حفظه بما يتناسب مع طبيعته ما لم يكن هناك اتفاق على بذل عناية خاصة³".

ومعيار العناية في الحفظ المطلوبة في القانون الاتحادي يتشابه مع القانون المصري وهو عناية الرجل العادي. ويعتبر هذا المعيار معياراً موضوعياً مجرداً مناطه المؤلف من عناية الغالبية

¹ تنص المادة (1103) من القانون المدني المصري على أنه: "إذا تسلم الدائن الشيء المرهون، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانتته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه".

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 330 وما بعدها.

³ يقصد بالحائز الوارد في نص المادة (9) من القانون الاتحادي المدين أو العدل وليس الدائن المرتهن، وذلك لأن المادة (2) من القانون نصت على أنه "لا تسري أحكام هذا القانون على حق الرهن الذي ينشأ بطريق الحيازة وحدها، وتطبق عليه أحكام القوانين السارية المنظمة لحق الرهن على المنقولات". ومن ثم، فإن كان الحائز للمنقولات المرهونة هو الدائن فإنه تطبق عليه أحكام المادة (1472) من القانون الاتحادي للمعاملات المضمونة والتي تنص على أنه: "على المرتهن أن يحفظ المرهون حيازياً بنفسه أو بأمينه وأن يعنى به عناية الرجل العادي، وهو مسئول عن هلاكه أو تعييبه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب لا يد له فيه".

العظمى من الناس في شئونهم الخاصة، يستوي في ذلك الحائز الملتزم بالحفظ المتشدد والحريص في شؤنه الخاصة أو المتساهل المهمل فيها¹.

وفي رأينا، أنه بالرغم من أن معيار التزام المدين بالعناية في القانون المصري والإماراتي هو عناية الرجل المعتاد، وهو عبارة عن الحد الأدنى من واجب العناية الذي لا يجوز لطرفي عقد الضمان النزول عن هذا الحد، إلا أنه يوجد ما يمنع طرفي عقد الضمان من تشديد هذا الالتزام كاشتراط عناية الرجل الحريص.

ويمكن أن نقترح على المشرع البحريني عند تنظيمه لواجب العناية بالمال المثقل أن يضع قاعدة تفرض على الطرف الحائز واجب اتخاذ تدابير معقولة من أجل الحفاظ على الأموال المثقلة. كما نقترح ضرورة أن يتقاضي المشرع تقرير عبء لا لزم له على الحائز في العناية المطلوبة، لذلك من الأنسب الأخذ بمسلك القانون المصري والإماراتي في تحديد معيار العناية، بحيث يكون معيار التزام الحائز بحفظ تلك الأموال وصيانتها هو معيار عناية الشخص المعتاد، ما لم يتفق الأطراف على تشديد هذا الالتزام.

ثانياً: الحفاظ على قيمة المال المثقل بالضمان

يعتبر التزام الحائز بالمحافظة على قيمة الأموال المثقلة بالضمان عبئاً مرهقاً على الحائز، إذ ليس كافياً المحافظة المادية على الأموال لأداء هذا الالتزام وإنما يتعين اتخاذ التدابير اللازمة لحماية قيمة تلك الأموال والحيلولة دون نقصان قيمتها.

وقد أوصى دليل الأونيسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة بأن ينص القانون على التزام الطرف الحائز أن يتخذ خطوات معقولة للمحافظة على قيمة الأموال المثقلة بالضمان².

¹ د. محمد المرسي زهرة، ضمانات الائتمان العينية، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 1997، ص 841 وما بعدها.

² Recommendation 111, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 275.

كذلك أجاز القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" للدائن المضمون له استعمال الأموال المثقلة بحقه إذا كانت في حيازته بغرض المحافظة عليها وعلى قيمتها. تنص المادة ((4) (b) (207-9) على أنه: "يجوز للدائن المضمون له استعمال أو إدارة الأموال المثقلة: أ- لأغراض المحافظة على الأموال المثقلة أو على قيمتها."

والملاحظ أن القوانين العربية في المعاملات المضمونة لم تشترط واجب المحافظة على قيمة الأموال المثقلة على الطرف الحائز للأموال المثقلة بالضمان، وإن كان يجوز للأطراف الاتفاق على هذا الشرط في عقد الضمان بموجب مبدأ حرية الأطراف في ترتيب آثار العقد.

ونجد أن قانون الإفلاس وإعادة التنظيم البحريني الصادر بالقانون رقم (22) لسنة 2018 فرض التزاماً على أمين التفليسة أو المدين، في حالة استمراره في إدارة أعماله وتسيير منشأته، بالمحافظة على قيمة الأموال المثقلة بالضمان واتخاذ الخطوات المعقولة للحفاظ على قيمتها. تنص الفقرة (أ) من المادة (83) من القانون على أنه: "يكون للدائن المضمون الحق في الحماية من أي نقصان في قيمة المال المثقل بحق ضمان أو أية خسارة قد تلحق بمطالبته."

ومن ثم إذا قدر أمين التفليسة الإبقاء على المال المثقل بحق ضمان كجزء من أموال التفليسة، وجب عليه، بصفته نائباً عن المدين المفلس وحائزاً للمال المثقل، توفير حماية لحق الدائن المضمون له. وقد كفل قانون الإفلاس وإعادة التنظيم البحريني للدائن المضمون له الحق في أن يتقدم إلى المحكمة، في أي وقت، بطلب الحصول على حماية لمطالبته المضمونة، ويجب على المحكمة نظر الطلب والبت فيه دون تأخير. كما يجب على أمين التفليسة أن يثبت للمحكمة عند نظرها للطلب المقدم من الدائن المضمون له بأن المطالبة المضمونة سوف تحصل على الحماية من تناقص قيمتها¹.

وتأخذ حماية قيمة الأموال المثقلة بالضمان عدة صور وفقاً لقانون الإفلاس وإعادة التنظيم البحريني ومن ذلك: سداد دفعات على حساب المطالبة المضمونة، أو منح الدائن المضمون له امتيازات إضافية أو بديلة تكفل المحافظة على قيمة المثقل بحق ضمانه أو منحه كفالة أو ضماناً لحمايته من نقصان قيمة المال المثقل أو تأمين المحافظة على المال المثقل. وإذا كانت قيمة المال المثقل بحق

¹ أنظر المادة (84) من قانون الإفلاس وإعادة التنظيم البحريني.

الضمان تجاوز مبلغ المطالبة المضمونة بمقدار واف، فإنه يجوز أن يعتبر المبلغ الزائد للمال المثقل حماية كافية لمطالبة الدائن المضمون له ¹.

وإذا كان قانون إعادة التنظيم والإفلاس البحريني قد فرض التزاماً على المدين وأمين التفليسة بالمحافظة على قيمة الأموال المثقلة، فإن مبرر هذا الالتزام هو عدم إمكانية الدائن المضمون له في التنفيذ على الأموال المثقلة لاستيفاء حقه بسبب وقف إجراءات التنفيذ على أصول التفليسة أثناء إجراءات الإفلاس، الأمر الذي تطلب من المشرع البحريني أن يقرر حماية خاصة للدائن المضمون من خلال اشتراط المحافظة على قيمة الأموال المثقلة. لذلك، نصي المشرع البحريني عند تنظيمه لقانون المعاملات المضمونة ألا يتقيد بالاعتبارات التي تم مراعاتها في قانون إعادة التنظيم والإفلاس أو باتجاه قانون النموذجي للأونيسترال والقانون الموحد الأمريكي، وأن يأخذ بالاتجاه الذي سلكته قوانين المعاملات المضمونة العربية في عدم اشتراط واجب المحافظة على قيمة الأموال المثقلة على الطرف الحائز، على أن يترك لطرفي عقد الضمان الحق في الاتفاق على هذا الالتزام، خاصة وأنه يصعب اعتماد معيار موضوعي مجرد لواجب الحفاظ على قيمة الأموال المثقلة.

ثالثاً: رد المال المثقل بالضمان وإلغاء الإشعار بالتسجيل

يقع على الدائن المضمون له الحائز للمال المثقل بحق ضمانه رد المال بمجرد استيفاء حقه وانقضاء الالتزام المضمون. فحق الدائن المضمون له في حيازة المال المثقل وحبسه يرتبط ببقاء الالتزام المضمون، فإذا انقضى الالتزام المضمون لأي سبب من أسباب الانقضاء انقضى حق الدائن في حيازة المال المثقل بحق ضمانه، فلا يعد هناك ما يبرر استمرار حبس المال وحيازته.

فإذا كان انقضاء حق الضمان بسبب وفاء المدين الضامن بالدين الذي في ذمته، فإنه يتعين أن يكون هذا الوفاء كاملاً لأصل الالتزام المضمون وملحقاته، فإذا تبقى جزء من الدين ولو كان يسيراً، فلا يلزم الدائن المضمون له برد المال المثقل بحقه ².

¹ أنظر المادة (83) من قانون الإفلاس وإعادة التنظيم البحريني.

² د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية التبعية - التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 246.

تنص المادة (53) من القانون النموذجي للأونسيترال بشأن المعاملات المضمونة على أنه:
"عند انقضاء حق الضمان الوارد على مال مثقل، يجب على الدائن المضمون الحائز إعادة المال
للمدين الضامن أو تسليمه للشخص الذي يحدده المدين."

ومقتضى هذا النص أنه يجب على الدائن المضمون له إعادة الأموال المثقلة بحقه بمجرد
سداد المدين الضامن الالتزام المضمون بالكامل. ويقتضي هذا الالتزام، أيضاً، اتخاذ الدائن المضمون
له الخطوات اللازمة لتمكين المدين من التمتع بحقه في تلك الأموال دون أي عوائق ناشئة عن وجود
حق ضمان في وقت سابق¹.

أما فيما يتعلق بموقف القوانين العربية من التزام الدائن الحائز برد المال المثقل عند الوفاء
بالالتزام المضمون، فإن قوانين المعاملات المضمونة في كل من مصر وفلسطين والإمارات لم تتطرق
إلى هذه المسألة، وإنما ورد تنظيم هذا الالتزام في أحكام الرهن الحيازي المنظم في قوانين المعاملات
المدنية².

ومع ذلك فقد فرضت قوانين المعاملات المضمونة العربية على الدائن المضمون له التزاماً
بإنهاء تسجيل الإشعار عند وفاء المدين بالتزامه المضمون، لكيلا يلتبس على الغير وجود حق ضمان
على تلك الأموال بالرغم من أنه لم يعد قائماً بعد وفاء المدين بدينه. فإذا أخل الدائن عن أداء هذا
الالتزام خلال المدة المنصوص عليها، جاز للمدين المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا
الإخلال³.

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 245.

² أنظر في ذلك المادة (1107) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه: "يرد الدائن الشيء المرهون إلى
الراهن بعد أن يستوفي كامل حقه، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصرفات وتعويضات." ويقابل هذا النص في قانون
المعاملات المدنية الإماراتي المادة (1477) والمادة (1254) من القانون المدني الفلسطيني.

³ أنظر المادة (14) من القانون المصري تنظيم الضمانات المنقولة، والفقرتين (2) و(3) من المادة (30) من القانون
الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في المال المنقول، والمادة (16) من القانون الاتحادي الإماراتي بشأن رهن الأموال
المنقولة ضماناً لدين.

ونظراً إلى أن الغرض من إنشاء حق الضمان هو تمكين الدائن من استيفاء حقه من الأموال المثقلة، لذلك يتعين على المشرع البحريني يفرض على الدائن واجب إلغاء تسجيل الإشعار عند الوفاء بدينه وإلا جاز مطالبة بالتعويض عند الإخلال بهذا الواجب. كما يُقترح على المشرع البحريني وضع آلية تعطي المدين الحق في إلغاء التسجيل عند تراخي الدائن في مدة تتجاوز المألوف عن أداء هذا الواجب.

الفرع الثاني

حقوق طرفي عقد الضمان

يترتب على إنشاء حق الضمان اكتساب طرفي العلاقة، الدائن المضمون له والمدين الضامن، حقوقاً متبادلة، فبمجرد انعقاد عقد الضمان صحيحاً تنشأ هذه الحقوق حتى لو لم يكن نافذاً تجاه الغير. فيكون للدائن المضمون له الحق في معاينة المال المثقل بحق ضمانه إذا كان في حيازة المدين الضامن، كما يجوز له استعمال المال المثقل إذا كان في حيازته واسترداد النفقات المعقولة التي تكبدها للحفاظ على المال المثقل بحقه. كما يكون للمدين الحق في الحصول على المعلومات حول الالتزامات المضمونة والأموال المثقلة بالضمان. لذلك سوف نتناول حقوق طرفي عقد الضمان من خلال الآتي:

أولاً: حقوق الدائن المضمون له

تتمثل الحقوق الأساسية للدائن المضمون له في معاينة المال المثقل بحق ضمانه، وحقه في استعمال المال المثقل، واسترداد النفقات التي تكبدها للمحافظة عليه. ويمكن تناول هذه الحقوق على النحو التالي:

1- معايينة المال المثقل بالضمان

قرر القانون النموذجي للأونيسترال بشأن المعاملات المضمونة للدائن المضمون له الحق في معايينة المال المثقل بضمانه، حيث نصت الفقرة (2) من المادة (55) من القانون على أنه: "يكون للدائن المضمون له غير الحائز معايينة المال المثقل الذي يحوزه مقدم الضمان¹". وعليه فإن المدين الضامن يعتبر مخرلاً بالتزامه بالمحافظة على الأموال المثقلة بضمان إذا لم يمكن الدائن المضمون له من معايينة تلك الأموال بدعوى أن هناك استحالة مؤقتة أو أن من شأن المعايينة أن تلحق بمصالحه ضرر، أو أن الوقت غير مناسب للمعايينة وغير ذلك من أذار². وتجدر الإشارة، إلى أنه جرت عادة الأطراف الحريصة على وضع شروط خاصة في عقد الضمان حول حق معايينة الأموال المثقلة، أو إلزام الضامن بإخطار الدائن المضمون له عن أي أضرار أو تلف يلحق بالأموال المثقلة.

فالالتزام بإبلاغ الدائن عن أي تعرض مادي أو قانوني للالتزام عقدي، يجوز النص عليه في العقد، أما منع تعرض الغير للأموال المثقلة فهو التزام قانوني³. وهذا ما أشار إليه القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة من أن لأطراف عقد الضمان وضع الشروط التجارية التي يرونها مناسبة للتعاقد بما في ذلك التزام المدين بإخطار الدائن بما يطرأ على المنقول الضامن من عوارض تمنع الانتفاع به كلياً أو جزئياً⁴.

¹ يؤخذ على النسخة العربية من القانون النموذجي للأونيسترال عدم دقة الترجمة للنص الإنجليزي، فمثلاً تم استعمال لفظ "يتفقد" الذي يقابله مصطلح "inspect" في النص الوارد باللغة الإنجليزية ومعناه في اللغة القانونية المعايينة، كما أن مصطلح "asset" ورد مفرداً ويعني مال أو موجود إلا أن النسخة العربية استعملت صيغة الجمع بدل المفرد. كما أن مصطلح "encumbered" معناه مثقل أو مرهون، إلا أن كلمة المال المثقل أنسب من استعمال كلمة المال المرهون في القانون النموذجي الذي درج على استعمال مصطلح الضمان وليس الرهن في كافة نصوصه. أنظر في ذلك: حارث سليمان الفاروقي، المرجع السابق، 2008، ص 247 و 358 و 372.

² Spyridon V Bazinas and N Orkun Akseli, op.cit, P. 129.

³ د. جاسم علي سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 364 و 365 وما بعدها.

⁴ أنظر البند (3) من الفقرة الثانية من المادة (8) من القانون المصري.

من ناحية أخرى، فإن حق معاينة الأموال المثقلة مصدره القانون وتحديدًا أحكام الفقرة (2) من المادة (55) من القانون النموذجي المشار إليها أعلاه، إلا أن هذا الحق ليس من النظام العام، فيجوز للأطراف التنازل عنه في عقد الضمان وذلك بمقتضى أحكام الفقرة (1) من المادة (3) من القانون التي حددت المواد التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعادها أو العمل بما هو مغاير لها، حيث لا يدخل حق المعاينة الوارد في المادة (55) ضمن المواد التي لا يجوز الخروج عليها في القانون النموذجي.

وقد تناولت المادة (19) من القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة حق الدائن المضمون له في معاينة الأموال المثقلة بضمانه، حيث للدائن أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة المختصة معاينة المنقول والعقار الذي يوجد فيه ومحل عمل مقدم الضمان ودفاتره وسجلاته أثناء نفاذ حق الضمان للتحقق من عدم التصرف في المنقول أو القيام بأي عمل من شأنه الانقاص من حقوق الدائن.

كما قررت المادة أنه إذا تبين من نتيجة المعاينة أن المدين تصرف في المنقول أو ثبت وجود إهمال جسيم في صيانته أو العناية به طبقاً لما ورد بعقد الضمان فلقاضي الأمور المستعجلة بناء على طلب الدائن إلزام المدين ومقدم المنقول بإصلاح المنقول الضامن وصيانته أو تقديم تأمينات بديلة أو إضافية أو اعتبار أجل الدين حالاً.

ويؤخذ على المادة (19) من القانون المصري أنها اعتبرت تصرف المدين في المنقول إخلالاً بالتزامه بحيث يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يلزمه بتقديم تأمينات بديلة أو اعتبار الدين حالاً دون حاجة للحصول على حكم قضائي في ذلك، وهذا الحكم يغير حكم المادة (17) من القانون التي قررت للمدين حق التصرف في المنقول محملاً بحق الضمان دون أن يحول ذلك بين الدائن وحقه في

تتبعه في أي يد كانت والتنفيذ عليه لاستيفاء حقه¹، كما أنه لا يستقيم اعتبار المدين مَخْلًا بالتزامه إذا كان حق الضمان وراداً على مخزون يتضمن سلعاً معدة للبيع في السياق المعتاد لأعمال المدين². ويستحسن بالمشرع البحريني عند تنظيمه قانون المعاملات المضمونة أن يكفل للدائن حق معاينة الأموال المثقلة بضمانه والتحقق من سلامتها أو استخدامها فيما أعدت له في جميع الأوقات المناسبة، مع جواز إثارة مسؤولية المدين الضامن بما في ذلك اعتبار أجل الدين حالاً إذا تبين أنه تجاوز حدود الاستخدام العادي لتلك الأموال.

2- استعمال المال المثقل بالضمان

اتجهت بعض قوانين المعاملات المضمونة إلى تقرير حق الدائن الحائز في استعمال الأموال المثقلة بحق ضمانه بطريقة معقولة وعلى نحو يتسق مع طبيعتها والغرض منها، على أن تستعمل غلتها وريعها في الوفاء بقيمة الالتزام المضمون.

فقد أجاز القانون النموذجي للأونيسترال للدائن المضمون له استعمال الأموال المضمونة إذا كانت في حيازته. حيث نص البند (ب) من الفقرة (1) من المادة (55) من القانون النموذجي على أنه: "يحق للدائن المضمون الحائز للمال المثقل: ب- أن يستعمل المال استعمالاً معقولاً وأن يستخدم العوائد التي تنتج عنها في سداد قيمة الالتزام المضمون."

ويرى جانب من الفقه أن الأصل العام في قوانين المعاملات المضمونة أن للدائن الحق في التنفيذ على الأموال المثقلة بضمانه لاسترداد دينه، وليس له الحق في استعمالها، وإذا كان لا بد من

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة (17) من القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة على أنه: "يجوز للمدين بيع المنقول أو تأجيره إلى شخص آخر محملاً بحق الضمان ويكون المدين الأصلي ضامناً للمشتري أو المستأجر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الضمان. وللدائنين المشهرة حقوقهم المضمونة في السجل أن يتتبعوا المنقول في أية يد كانت ولهم أن يستوفوا حقوقهم قبل الدائنين العاديين بحسب مرتبة كل منهم."

² Munyabarenzy Faustin, The incidence of security interest in movable property, LAP LAMBERT Academic Publishing, Germany, 2013, P. 23.

تقرير هذا الحق فإنه يمكن صياغته على نحو النفي بأنه لا يجوز للدائن استعمال الأموال المثقلة بضمان ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك¹.

أما القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة فقد أجاز للدائن المضمون له الحائز حق استعمال الأموال المثقلة وإدارتها وذلك بغرض المحافظة على الأموال المثقلة بحق ضمانه أو على قيمتها وبالطريقة والحدود التي يرسمها له المدين الضامن أو على النحو الذي يبينه قرار من المحكمة المختصة. ومن ثم ليس للدائن المضمون له أن يغير من طريقة استعمال المال المثقل بحق ضمانه أو إدارته إلا برضاء المدين الضامن أو بموجب قرار قضائي، ويكون بقصد المحافظة عليه أو على قيمته². أما بخصوص العوائد المترتبة الناتجة عن إدارة واستعمال الأموال المثقلة التي يحوزها الدائن المضمون له فقد أجاز القانون الأمريكي للدائن استخدام العوائد التي تنتج عن الأموال المثقلة في سداد الالتزام المضمون أو أن يحتفظ بالعوائد باعتبارها ضماناً إضافية³.

أما فيما يتعلق بموقف القوانين العربية من حق الدائن المضمون له في استعمال وإدارة المال المثقل، فنجد أنها لم تتطرق إلى هذه المسألة، وذلك بسبب أن أحكام الرهن الحيازي الواردة في قوانين

¹ نصت الفقرة (3) من المادة (33) من القانون النموذجي لمنظمة الدول الأمريكية "OAS" بشأن المعاملات المضمونة لسنة 2002 من أنه: "الدائن الحائز للأموال المثقلة بضمان: 3- يجوز له استخدام الأموال المثقلة بضمان فقط إذا نص في عقد الضمان¹". ومؤدى ذلك أن النص لا يعطي للدائن الحق في استعمال الأموال المثقلة بضمان إلا إذا تم الاتفاق على ذلك في عقد الضمان.

Spyridon V Bazinas and N Orkun Akseli, op.cit, P. 129.

² نصت المادة ((4) (b) 207-9) من القانون الموحد الأمريكي على أنه: "يجوز للدائن المضمون له استعمال أو إدارة الأموال المثقلة:

أ- لأغراض المحافظة على الأموال المثقلة أو على قيمتها.

ب- على النحو الذي سمح به بموجب قرار محكمة مختصة قضائياً.

ج- بالطريقة وبالقدر الذي يوافق عليه المدين وذلك باستثناء حالة السلع الاستهلاكية."

³ قررت المادة ((1,2) (c) 207-9) من القانون الأمريكي بأنه يجوز للدائن المضمون:

"1- أن يحتفظ، كضمانة إضافية، بالعوائد المتحصلة من الأموال المثقلة باستثناء المبالغ النقدية.

2- أن يرصد المبالغ النقدية، المتحصلة من الأموال المثقلة، لتسوية الالتزام المضمون ما لم يتم إحالتها إلى

المدين."

المعاملات المدنية، والتي لا زالت نافذة على الرغم من صدور قوانين المعاملات المضمونة، قد تناولت حق الدائن في الانتفاع بالشيء المرهون.

فقد نصت قوانين المعاملات المدنية في كل من مصر وفلسطين والإمارات على عدم جواز أن ينتفع الدائن بالشيء المرهون دون مقابل، وأن ما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخضم من المبلغ المضمون بالرهن، ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين¹.

ومع أن الأصل في الغلة الناتجة من المرهون أن تكون ملك الراهن، إلا أن المرتهن لا يلتزم بإعطائها إياه، ولكنه يصبح مديناً له بقيمتها. وبالتالي تتوافر في المرتهن صفة الدائن والمدين، فهو من جانب دائن بالالتزام المضمون ومن جانب آخر مدين بقيمة ما أفاده من الشيء المرهون. وتحصل المقاصة بين الدينين فتخصم قيمة الغلة من قيمة الالتزام المضمون من دون اشتراط أن يكون الدينان مستحقين الأداء².

3- استرداد نفقات ومصاريف العناية بالمال المثقل بحق الضمان

قد يترتب على أداء الدائن المضمون له لالتزامه بالمحافظة على المال المثقل بحق ضمانه نفقات ومصروفات تقتضيها أعمال المحافظة والصيانة، وقد قررت قوانين المعاملات المضمونة للدائن الحق في الرجوع بهذه النفقات والمصاريف على المدين.

تنص الفقرة (1) من المادة (55) من القانون النموذجي للأونسيترال على أن للدائن المضمون له الحائز للمال المثقل الحق في استرداد المصاريف المعقولة، التي تكبدها في الحفاظ على المال. كما تناولت المادة (9-607-d) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" حق الدائن في استرداد النفقات المعقولة التي تكبدها للمحافظة على الأموال المثقلة بحق ضمانه والتي تشمل تكاليف التأمين وسداد الضرائب والرسوم ونفقات الحفظ والصيانة، وتعتبر هذه النفقات مضمونة بالمال المثقل.

¹ أنظر في ذلك المادة (1009) من القانون المدني البحريني والمادة (1104) من القانون المدني المصري والمادة (1251) من القانون المدني الفلسطيني والمادة (1474) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

² د. محمد لبيب شنب و د. أحمد سعد، المرجع السابق، ص 226.

وبالتأكيد فإن شرط المصاريف المعقولة المنصوص عليه في القانون النموذجي والقانون الأمريكي شرط موضوعي يخضع لتقدير المحكمة.

علاوة على ذلك قررت قوانين المعاملات المدنية العربية للدائن المرتهن الحق في استرداد النفقات التي تكبدها للمحافظة على الشيء المرهون وصيانته، كمصروفات تجديد القيد وقطع مدة التقادم ونحو ذلك¹.

من ذلك ما نصت عليه المادة (1107) من القانون المدني المصري من أنه: "يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفي كامل حقه، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات"².

ويستحسن بالمشعر البحريني عند سنه لقانون المعاملات المضمونة أن يتناول حق استرداد الدائن نفقات ومصاريف عنايته بالمال المثقل إذا كان في حيازته، ويُقترح، أيضاً، إضافة شرط المعقولة عند المطالبة بنفقات ومصاريف العناية والتي قد تختلف باختلاف طبيعة المنقول المثقل بالضمان.

ثانياً: حقوق المدين الضامن

يكون للمدين الضامن الحق في استعمال الأموال المثقلة بالضمان واستغلالها إذا كانت في حيازته، كما يكون له الحق في الحصول من الدائن المضمون له على معلومات عن الالتزام أو الدين المضمون أو عن الأموال المثقلة بالضمان. ويمكن تناول حقوق المدين الضامن على النحو الآتي:

1- الحق في استعمال الأموال المثقلة بالضمان واستغلالها

يكون للمدين الضامن إذا كان حائزاً للأموال المثقلة الحق في استعمال أمواله كما كان يستعملها قبل إنشاء حق الضمان، فإذا كان المال المثقل بالضمان سيارة استمر في استعمالها وقيادتها كما كان الأمر قبل حق الضمان. ولا يقيد من سلطة المدين الضامن في استعمال المال المثقل إلا واجب العناية

¹ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 812.

² يقابل هذا النص في قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة (1477) والمادة (1254) من القانون المدني الفلسطيني.

مراعاة لحق الدائن المضمون له، فيجب على المدين الضامن الحائز التزام حفظ المال وصيانته بما في ذلك اتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليه من الهلاك أو التلف¹.

كما للمدين الضامن الحق في إدارة أمواله المثقلة بالضمان واستغلالها وأن يقبض العوائد المترتبة على هذا الاستغلال، فالمدين لا يزال مالكا للمال المثقل وحائزا له حتى بعد إنشاء حق الضمان، ومن ثم يكون من حقه أن يستولي على ثمار تلك الأموال. فإذا أنشأ تاجر على معداته وأدواته المخصصة لممارسة تجارته حق ضمان عن طريق تسجيل إشعار، كان له الاستمرار في استغلال تلك المعدات والأدوات في عمله التجاري كما كان يستغلها قبل إنشاء حق الضمان. ويبقى المدين الضامن ملتزماً بواجب المحافظة على المال المثقل وصيانته. ولا يختلف الأمر إذا كان حق الضمان قد نشأ بسبب تمويل المدين لشراء معدات وأدوات لممارسة تجارته، إذ تبقى المعدات والأدوات ملكاً للمدين، ويجوز استعمالها واستغلالها في عمله التجاري وذلك بحسب طبيعة تلك المعدات والأدوات.

وإذا كان لا يجوز للمدين الضامن الحائز، من حيث الأصل، التصرف في الأموال المثقلة بدون إذن الدائن المضمون له، فإذا صدر تصرف من الدائن في المال المثقل فإن هذا التصرف لا يمس بحق الدائن المضمون له ولا يؤثر فيه. فالمشتري يأخذ تلك الأموال في هذا الفرض غير خالصة بحق الضمان. ومع ذلك، يجوز للمدين الضامن أن يتصرف في الأموال المثقلة خالصة من حقوق الضمان إذا كانت تلك الأموال تباع في السياق المعتاد لأعماله².

وهذا ما أكدته مثلاً المادة (9-320-a) من القانون الموحد الأمريكي من أن المنقول الذي يتم شراؤه في السياق المعتاد لأعمال المدين يكون خالياً من أي حق ضمان عليه، ولو كان حق الضمان نافذاً في مواجهة الغير وكان المشتري يعلم بوجود حق الضمان³. وقد أكد القانون الفلسطيني، أيضاً، على عدم امتداد حق الضمان على الأموال المثقلة التي يتصرف بها المدين بموافقة الدائن المضمون له أو كان التصرف في سياق أعمال المدين المعتادة، فقد نصت الفقرة (2) من المادة (14)

¹ أنظر إلى ما سلف بيانه من الفرع الأول من هذا المطلب الخاص بواجبات الطرف الحائز للمال المثقل بالضمان.

² UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 252.

³ أنظر إلى ما سوف نتناوله عند التطرق إلى تطبيقات حق الأولوية في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

من القانون على أنه: "تؤول الضمانة لمشتريها أو لمستأجرها أو لأي شخص آخر يكتسب حقاً عليها خالية من حق الضمان النافذ في مواجهة الغير إذا وافق المضمون له على ذلك أو إذا تم التصرف في الضمانة ضمن الأعمال المعتادة للمدين." فلو أنشأت شركة لتأجير السيارات حق ضمان على أسطول سيارتها المعدة للتأجير، وقامت ببيع بعض سياراتها وتأجير البعض الآخر، فإن حق الدائن المضمون له يكون نافذاً في مواجهة مشتري السيارات وغير نافذ في مواجهة مستأجرها لأن حق المستأجرين نشأ في السياق المعتاد لأعمال المدين، أما بيع الشركة المدينة لسيارتها فلا يمس بحق الدائن المضمون له لأن هذا التصرف لا يدخل في دائرة أعمالها المعتادة.

ويؤخذ على القانون المصري أنه لم يفرق في التصرف في الأموال المثقلة بالضمان بين الأعمال المعتادة والأعمال غير المعتادة، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (17) منه: "ويجوز للمدين بيع المنقول أو تأجيره إلى شخص آخر محملاً بحق الضمان ويكون المدين الأصلي ضامناً للمشتري أو المستأجر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الضمان." ومؤدى ذلك، أن حق الدائن المضمون له يكون نافذاً في مواجهة مشتري الأموال المثقلة أو مستأجرها ولو كان ذلك في السياق الأعمال المعتادة للمدين، الأمر الذي يمس بحقوق حسن النية الذي اشترى أو استأجر تلك الأموال ضمن سياق أعمال المدين. فلو أنشأ تاجر تجزئة حق ضمان على سلعه المعروضة للبيع في متجره، فإن حق المشتري على تلك السلع ينبغي أن يكون غير محملاً بحق الضمان، والقول بخلاف ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إرهاب المتعاملين بوجوب الرجوع إلى سجل الإشعار والتحقق من عدم وجود حق ضمان عند إجراء أي معاملة ولو في السياق المعتاد. لذلك، يستحسن أن يميز المشرع المصري بين تصرف المدين بالمال المثقل في السياق المعتاد لأعماله وفي غير السياق المعتاد لأعماله وأثره على نفاذ حق الضمان.

2- الحق في الحصول على المعلومات

حرص القانون النموذجي للأونيسترال على إقرار حق المدين في الحصول من الدائن المضمون له على معلومات عن الالتزام المضمون والأموال المثقلة بالضمان وذلك بغية تمكينه من الحصول على ائتمان آخر من خلال تقديم تلك المعلومات لدائنيه¹. فقد نصت المادة (56) من القانون النموذجي

¹ Spyridon V Bazinas and N Orkun Akseli, op.cit, P. 131.

على أنه يجوز للمدين الضامن أن يطلب من الدائن المضمون له تقديم بيان بالالتزام الذي يكون مضموناً في وقت الطلب، أو وصفاً للأموال التي تكون حينها مثقلة بالضمان. ويشترط أن يكون الطلب المقدم من المدين مكتوباً. ويكون للمدين الحق في أن يجاب طلبه مرة واحدة دون مقابل خلال مدة تحددها الدولة المشترعة، وللدائن المضمون له أن يشترط سداد مقابل لقاء إجابة كل طلب إضافي على ألا يجاوز مبلغ معين تحدده الدولة المشترعة.

وتبرز أهمية هذا الحق في الأحوال التي يطلب طرف ثالث تلك المعلومات قبل الموافقة على تمويل المدين، إذ تعد هذه المعلومات ضرورية للمدين للحصول على ائتمان مضمون جديد على ذات الأموال المنقطة¹.

ويشير الدليل التشريعي للقانون النموذجي بشأن المعاملات المضمونة بأن على الدائن توفير المعلومات التي يطلبها المدين خلال مدة قصيرة على سبيل المثال خلال سبعة أيام إلى أربعة عشر يوماً من تاريخ تسلمه طلباً كتابياً من المدين².

ومع ذلك يجب على المدين الضامن أن يمارس حقه بحسن نية وبطريقة معقولة تجارياً طبقاً للالتزام المنصوص عليه في المادة (4) من القانون النموذجي³، أن يتجنب تكرار طلب المعلومات على نحو لا لزوم له، كما يجب على الدائن المضمون له مراعاة التزام حسن النية والطريقة المعقولة تجارياً أيضاً عند توفير المعلومات إلى المدين، فمثلاً عليه أن يقدم المعلومات بطريقة يمكن فهمها بسهولة ويسر⁴.

¹ Model Law on Secured Transactions– Guide to Enactment, op.cit, P. 116.

² Ibid, P. 116.

³ تنص المادة (4) من القانون النموذجي للمعاملات المضمونة لسنة 2017 المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونسترال" على أنه: "يجب على كل شخص مباشرة حقوقه والوفاء بالتزاماته المقررة وفقاً لأحكام هذا القانون بمراعاة مقتضيات حسن النية وعلى نحو تجاري معقول".

⁴ Model Law on Secured Transactions– Guide to Enactment, op.cit, P. 116.

المطلب الثاني

سريان حق الضمان في مواجهة الغير

درجت النظم التقليدية على الاعتراف بنفاذ حق الضمان على الأموال المنقولة في مواجهة الغير من خلال اشتراط تسليم المال المثقل بالضمان ونقل حيازته للدائن أو لشخص يتفق عليه، فنقل الحيازة يمثل آلية نفاذ حق الضمان أو الرهن في مواجهة الغير، فما دامت الحيازة انتقلت من المدين الضامن إلى الدائن المضمون له أو إلى شخص ثالث، فإن ذلك يعتبر بمثابة إعلان للغير بوجود حق ضمان على المال المثقل والذي لم يعد مالاً حراً خالياً من حقوق الغير عليه، فلا يطمئن إلى التعامل في تلك الأموال، طالما أنها خرجت من حيازة المدين الضامن¹.

ولكن النظم القانونية الحديثة استحدثت طرقاً أخرى لنفاذ حق الضمان بحيث يمكن للدائن استيفاء حقه من ثمن المال المثقل بالضمان بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين، وفي أي يد كان، من دون أن يلزم المدين الضامن بالتخلي عن حيازته. وتتمثل هذه الطرق في التسجيل والنفاذ التلقائي، بالإضافة إلى استحداث طريق السيطرة الذي يقوم على الحيازة الحكومية للأموال المثقلة كالحسابات المصرفية، كما أجازت قوانين المعاملات المضمونة الطريقة التقليدية للنفاذ المتمثلة في نقل حيازة المال المثقل للدائن أو لشخص ثالث.

ويمكن تناول طرق نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول طرق نفاذ حق الضمان من دون اشتراط الحيازة، والفرع الآخر نفاذ حق الضمان عن طريق الحيازة.

¹ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 789.

الفرع الأول

طرق نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير بغير طريق الحيازة

يكون حق الضمان نافذاً في مواجهة الغير من دون الحاجة إلى تسليم الأموال المثقلة إلى الدائن ونقل حيازتها إليه، وذلك إذا اتخذ طريق تسجيل الإشعار، أو كان حق الضمان وارداً على سلع استهلاكية حيث لا يشترط في هذه الحالة قيام طرفي عقد الضمان بأي إجراء لنفاذ حق الضمان، فالنفاذ يكون تلقائياً. لذلك يقتضي تناول طرق النفاذ من دون نقل حيازة الأموال المثقلة إلى الدائن المضمون له أو إلى شخص ثالث أن نتعرض إلى طريق تسجيل الإشعار ومن ثم طريق النفاذ التلقائي.

أولاً: تسجيل الإشعار

اعتمدت العديد من النظم سجلات متخصصة لترتيب حقوق ضمان على أنواع معينة من الأموال المنقولة من دون أن تنقل حيازتها وذلك لأهميتها الخاصة، ومن ذلك رهن السفن والطائرات والمركبات، حيث تبقى تلك الأموال المرهونة في حيازة مالكيها من دون أن تنتقل إلى حيازة الدائن المضمون له، على أن يتم قيد حق الضمان في تلك السجلات المتخصصة¹. ويهمننا في هذه الدراسة تسليط الضوء على السجل العام أو السجل المركزي للحقوق المضمونة على الأموال المنقولة أياً كانت طبيعتها أو طبيعة الالتزام المضمون أو أطرافه، دون

¹ نصت المادة (50) من قانون الطيران المدني البحريني رقم (14) لسنة 2013 على عدم جواز إنشاء حق ضمان على الطائرة دون موافقة شؤون الطيران وتقييد حق الضمان في السجل الوطني المخصص لتسجيل الطائرات. كذلك اشترطت المادتين (2) و(3) من قانون تسجيل السفن وتحديد شروط السلامة الصادر بالمرسوم بقانون رقم (14) لسنة 1978 بوجود تسجيل أي حقوق عينية تترتب على السفن في سجل السفن الذي تمسكه إدارة الموانئ.

التطرق إلى السجلات المتخصصة لرهن بعض المنقولات الخاصة التي عادة ما يكون إنشاؤها بقانون خاص¹.

وتقوم فكرة التسجيل بطريق الإشعار على الاختصار على عدد ضئيل من التفاصيل المتعلقة بحق الضمان دون إجراءات أو مستندات معقدة أو اشتراط توثيقها أو التصديق على صحتها، فلا يسجل عقد الضمان المنشئ للحق في نظام التسجيل بطريق الإشعار، كما لا يعنى هذا النظام بالتثبت من وجوده أو محتواه. لذلك يوصف هذا النوع من السجلات بأنه سجل يقوم على الإشعار خلافاً للسجلات التقليدية التي تقوم على المستندات².

وتوفر السجلات التقليدية سواء المتعلقة بالأموال المنقولة أو العقارية لذوي الشأن قرينة قانونية لإثبات وجود الحق العيني على تلك الأموال ونطاق هذا الحق³، أما نظام التسجيل بطريق الإشعار فإنه يقتصر على توفير إشعار بأن الدائن المضمون له قد يكون لديه حق ضمان على الأموال المذكورة في الإشعار. ومن ثم فإنه لا يمكن معرفة دخول حق الضمان حيز الوجود بالفعل من عدمه في نظام التسجيل بطريق الإشعار.

كما يمكن أن يعتمد في بيان حدود الأموال المضمونة على الوصف المبين في عقد الضمان وليس في الإشعار المسجل، إذا كان وصف الأموال المضمونة في عقد الضمان أضيق نطاقاً من الوصف المقدم في الإشعار المسجل فإن العبرة بالوصف الوارد في العقد وليس في الإشعار⁴.

ويتميز نظام التسجيل بطريق الإشعار بأن كلفة تسجيل الإشعارات قليلة مقارنة بالسجلات التقليدية، فلا يتطلب تقديم مستندات كاتفاق الضمان⁵، الأمر الذي يساهم في تخفيف العبء

¹ ينبغي للمشرع كفاءة التنسيق بين حقوق الضمان الخاضعة لسجلات متخصصة وحقوق الضمان الخاضعة لسجل عام سواء فيما يتعلق بمدى نفاذ حقوق الضمان ورتبتها والمعلومات المقيدة في تلك السجلات وغير ذلك من أوجه التنسيق. أنظر في ذلك:

دليل الأونسترال المتعلق بإنشاء وتشغيل سجل للحقوق الضمانية، منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2014 ص 24 و25.

² Frederique Dahan, op.cit, P. 41.

³ د. حسن عبد الباسط جمعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام سجل عيني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 13 وما بعدها.

⁴ دليل الأونسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، المرجع السابق، ص 111 و112.

⁵ Temmu Juutilainen, op.cit, P. 41.

على الإدارة المعنية بالسجل في صون وحماية الوثائق والمستندات، أو التحقق من صحتها، كما يقلل من احتمال وقوع الخطأ في التسجيل، وبالأخص في الأحوال التي لم تقدم كافة المعلومات اللازم توفيرها، كذلك يمتاز التسجيل بطريق الإشعار بتعزيز الخصوصية والسرية فيما بين المدين الضامن والدائن المضمون له، إذ يقتصر هذا النظام على توفير المعلومات اللازمة للغير عن احتمال وجود حق الضمان ووصف تلك الأموال¹.

وقد أولت قوانين المعاملات المضمونة اهتماماً بالغاً في تنظيم هذا النوع من طرق نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، فنجد أن القانون النموذجي للمعاملات المضمونة لسنة 2017 قد أفرد الفصل الرابع لتنظيم السجل بطريق الإشعار. ومع أن القانون خلا من النص صراحة على الأخذ بالسجل الإلكتروني إلا أن توصية دليل المعاملات المضمونة أشارت إلى أهمية الأخذ بالنظام الإلكتروني للتسجيل بحيث يمكن لذوي الشأن تقديم إشعارات وطلبات بحث إلكترونية بدلاً من الطريقة الورقية، ومن ثم فلا حاجة إلى قيام موظفي السجل بإدخال المعلومات الواردة في الإشعار أو طلبات البحث الورقي في قيود السجل².

وقد اشترط الفصل الرابع من القانون النموذجي لنفاذ تسجيل الإشعار أو تعديله وجوب الحصول على إذن المدين الضامن أو مقدم الضمان كتابة، ويعد اتفاق الضمان الكتابي بمثابة الإذن بتسجيل الإشعار.

كما يجوز أن يتعلق إشعار واحد بعدة حقوق ضمان أنشأها المدين الضامن لصالح الدائن المضمون له بموجب اتفاق ضمان واحد أو أكثر. كذلك أجاز القانون تسجيل الإشعار قبل إنشاء حق الضمان أو قبل إبرام اتفاق الضمان المتعلق بالإشعار. ويكون تقديم الإشعار لمكتب التسجيل من خلال استخدام أنموذج الإشعار الذي يعده مكتب التسجيل لهذا الغرض. ويجب أن يتضمن الإشعار الابتدائي المعلومات المتعلقة بهوية المدين الضامن وعنوانه وهوية وعنوان الدائن المضمون له، أو ممثله، ووصف الأموال المثقلة، وبيان الحد الأقصى للمبلغ الذي يجوز الإنفاذ بشأنه استناداً لحق الضمان³.

¹ دليل الأونسترال المتعلق بإنشاء وتشغيل سجل للحقوق الضمانية، المرجع السابق، ص 23.

² المرجع نفسه، ص 31 وما بعدها.

³ Frederique Dahan, op.cit, P. 42 and beyond.

كما تناول القانون وقت نفاذ تسجيل الإشعار، حيث يكون تسجيل الإشعار نافذاً ابتداء من التاريخ والوقت الذي تم فيه إدخال المعلومات الواردة في الإشعار في السجل بحيث تصبح متاحة للباحثين في السجل العمومي. كذلك نظم القانون تعديل الإشعار أو إلغائه، فأجاز للشخص المحدد في الإشعار المسجل على أنه الدائن المضمون له تسجيل إشعار تعديل أو إشعار إلغاء، كما يجب أن يدخل في إشعار التعديل رقم تسجيل الإشعار الابتدائي والمعلومات المطلوب تعديلها أو إضافتها. ويكون تسجيل إشعار الإلغاء نافذاً ابتداء من التاريخ والوقت الذي أصبحت فيه المعلومات الواردة في الإشعار ذي الصلة متاحة للباحثين في السجل العمومي¹.

أما القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة فقد استخدم مصطلح "Notice Filing" للدلالة على التسجيل بطريق الإشعار، كما اكتفى بالحد الأدنى من المعلومات والبيانات المطلوبة إيداعها في السجل العام "Public Filing"، وذلك من خلال تقديم بيان بالتمويل "Financing Statement"². ويستخدم بيان التمويل كإشعار للكافة بأن الدائن يدعي بأن له حق ضمان على أموال المدين³.

وقد حددت المادة (9-502) شروط كفاية البيان بالتمويل وذلك إذا تضمن اسم المدين واسم الدائن المضمون له أو ممثله وتحديد الأموال المثقلة، أما إذا تضمن بيان التمويل أموالاً منقولة يمكن أن تصبح أموالاً عقارية بالتخصيص فإنه يتعين وصف نوع تلك الأموال والإشعار عنها وتسجيلها في السجل العقاري في الولاية ذات الصلة⁴.

ويجوز طبقاً لأحكام الفقرة (د) من المادة (9-502) الإشعار عن بيان التمويل قبل إنشاء حق الضمان أو إبرام اتفاق الضمان، كما أن المادة (9-515) حددت مدة نفاذ الإشعار والتي تصل إلى خمس سنوات من يوم الإشعار، كما يجوز تجديدها للاحتفاظ بالأولوية على الدائنين الآخرين عن طريق تقديم إشعار آخر⁵.

¹ أنظر الفصل الرابع من القانون النموذجي للأونسترال بشأن المعاملات المضمونة.

² Eva-Maria Kieninger, op.cit, P. 76.

³ Jane P. Mallor and others, op.cit, P. 769.

⁴ Ibid, P. 769.

⁵ Eva-Maria Kieninger, op.cit, P. 77.

أما قوانين المعاملات المضمونة العربية فنجد أنها تناولت تنظيم التسجيل بطريق الإشعار للأموال المنقولة المثقلة بضمان، ويمكن استعراض ملامح نظام التسجيل بطريق الإشعار في كل من مصر وفلسطين والإمارات في الآتي:

أ- إنشاء سجل إلكتروني: نص كل من القانون المصري والقانون الفلسطيني على إنشاء سجل إلكتروني عام لشهر حقوق الضمان وأي تعديل أو شطب عليها، في حين أن القانون الإماراتي فوّض في المادة (6) منه مجلس الوزراء في إنشاء سجل لإشهار حقوق الضمان دون أن يحدد طبيعة هذا السجل، وأناط القانون باللائحة التنفيذية تنظيم عمل السجل والإجراءات المتبعة بشأن القيد فيه والرسوم المقررة لاستخدامه¹.

ب- إجراءات تسجيل الإشعار: قرر القانون المصري بعض القواعد لشهر حق الضمان بالسجل، فقد نصت المادة (6) منه على أن يتم شهر حق الضمان المقرر على المنقول بالقيد في السجل من خلال قيام الدائن باستيفاء النموذج الإلكتروني، وكافة المعلومات الأساسية التي يتضمنها عقد الضمان وبالأخص وصف المنقول الضامن وصفاً عاماً أو خاصاً، وبيان أطراف عقد الضمان وصفاتهم بالنسبة للمنقول الضامن ومدة الضمان.

أما القانون الفلسطيني فقد أولى عناية في تنظيم إجراءات التسجيل، حيث اشترطت المادة (26) منه ضرورة استيفاء الإشعار البيانات المتعلقة بهوية المدين واسم وعنوان الدائن المضمون له ووصف الأموال المضمونة ومدة سريان الإشعار. وإذا كان الأصل وجوب الحصول على موافقة المدين لتسجيل الإشعار إلا أن القانون اعتبر توقيعه على عقد الضمان بمثابة الموافقة على التسجيل.

أما القانون الإماراتي فقد نظم في المادة (12) منه إجراءات التسجيل بالإشعار من خلال تعبئة النموذج المعد لذلك في السجل، على أن يتضمن الإشعار المعلومات الأساسية التي يجب أن يشتمل عليها عقد الضمان ووفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية للقانون.

ج- إنهاء تسجيل الإشعار: تقضي المادة (14) من القانون المصري بأنه لا يجوز شطب إشهار حق الضمان إلا بمقتضى حكم قضائي أو بطلب من الدائن مرفقاً به اتفاق الطرفين. كما ألزم

¹ نظمت اللائحة التنفيذية للقانون الإماراتي الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2018 السجل الإلكتروني المخصص لإشهار الحقوق على الأموال المنقولة، كما صدر في مارس 2018 قراراً وزارياً رقم (42) لسنة 2018 ينظم سجل الحقوق على الأموال المنقولة.

القانون الدائن في حال انقضاء حق الضمان قبل انتهاء المدة المحددة للشهر في السجل بإلغاء الإشهار خلال عشرة أيام من تاريخ الانقضاء، وإلا جاز لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإلغاء القيد خلال يومي عمل من تقديم الطلب إليه بالإلغاء.

أما القانون الفلسطيني فقد تناولت المادة (30) منه تنظيم المسائل المتعلقة بإنهاء تسجيل الإشعار، حيث يجوز إنهاء سريان الإشعار بتسجيل إشعار إنهاء يشتمل على تحديد رقم تسجيل الإشعار وموافقة الدائن المضمون له على إشعار الإنهاء، على أن يقوم الدائن بتسجيل الإشعار بالإنهاء خلال عشرين يوماً من تاريخ تسلمه طلباً خطياً من المدين وذلك في حالتي قيامه بتسديد الالتزام المضمون أو عدم موافقته على تسجيل الإشعار.

أما القانون الإماراتي فقد تعرضت المادة (16) منه إلى حالات انقضاء أثر الإشهار والتي تتمثل في: (1) اتفاق الأطراف على شطب الإشهار من السجل. (2) تنفيذ الالتزام المضمون قبل انتهاء المدة المحددة. (3) عدم استكمال إنشاء حق الرهن المبدئي. (4) عدم تنفيذ المرتهن التزاماته بعد الإشهار. (5) صدور قرار من المحكمة بشطب الإشهار. ويتعين على المرتهن إلغاء الإشهار خلال خمسة أيام عمل من تحقق أي من حالات انقضاء الشهر.

ويتفق كل من القانون المصري والقانون الفلسطيني والقانون الإماراتي على مسئولية الدائن المضمون له عن تعويض المدين عن الأضرار الناتجة عن عدم تسجيل الإشعار بالإنهاء. بناء على ما تقدم، نقترح على المشرع البحريني عند تنظيمه لقانون المعاملات المضمونة أن يستحدث سجلاً إلكترونياً تمسكه إحدى الجهات العامة تقيد فيه إشعارات تسجيل حقوق الضمان وإشعارات التعديل والإلغاء، وأن تحدد البيانات الواجب توافرها في الإشعارات، وأن يتاح للكافة البحث فيه والحصول على مستخرجات منه.

ثانياً: النفاذ التلقائي لحق الضمان

على الرغم من أن العديد من الدول اعتمدت طريق تسجيل الإشعار لنفاذ حق الضمان، فأنشأت سجلاً عاماً للحقوق المضمونة على الأموال المنقولة، إلا أنه ومع ذلك قررت بعض تلك الدول طريق النفاذ التلقائي لحق الضمان على أنواع معينة من الأموال المنقولة كالسلع الاستهلاكية "consumer goods" كالقانون الموحد الأمريكي للمعاملات المضمونة والقانون الكندي والأسترالي والفلسطيني، حيث لا يشترط لنفاذ حق الضمان الوارد على السلع الاستهلاكية تسجيل

الإشعار عنها في السجل المخصص لذلك، فهذا الطريق لنفاذ حق الضمان في مواجهة الغير ينشأ بمجرد إنشاء حق الضمان¹. ويقصد بالسلع الاستهلاكية السلع والمنتجات التي يملكها المدين المستهلك، ويعتزم استخدامها لأغراضه الشخصية أو العائلية أو المنزلية، كالأثاث والأجهزة الكهربائية في المنزل².

فإذا استوفي إنشاء حق الضمان كافة عناصر صحته، فإن حق الضمان يكون نافذاً في مواجهة الغير دون ثمة حاجة لأي إجراء إضافي لنفاذ الحق. ولكن تجدر الإشارة إلى أن هذا الطريق لنفاذ حق الضمان تجاه الغير قد يكون محدوداً ومؤقتاً في بعض أنواع معينة من الأموال المنقولة كالأوراق المالية والصكوك، حيث يكون حق الضمان نافذاً بمجرد إنشائه ولمدة لا تتجاوز عشرين يوماً³.

ويرجع اتجاه بعض قوانين المعاملات المضمونة إلى الأخذ بهذه الآلية لنفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، بالرغم من افتقارها لتحقيق علم الكافة بوجود حق ضمان على تلك الأموال، إلى الرغبة في التخفيف على المستهلك من تحمل تكاليف القيد في سجل الحقوق المضمونة والتي تعتبر في السياق المعتاد للمعاملات الاستهلاكية، ولتلافي إغراق السجل العام بقيد آلاف من حقوق الضمان الواردة على سلع استهلاكية، والتي لن يبحث عنها في السجل إلا عدد قليل للتحقق من عدم إنقالها بحق ضمان، كما أنه يندر إنقال السلع الاستهلاكية بضمان آخر إلا في بعض الأموال المحدودة كالسيارات والمراكب البحرية المخصصة للاستعمال الشخصي⁴.

ويطلق على هذا النوع من العلاقة الضمانية في بعض قوانين المعاملات المضمونة "الضمان الوارد على تمويل شراء السلع الاستهلاكية" "Purchase Money Security Interest" "in Consumer Goods"⁵.

¹ Temmu Juutilainen, op.cit, P. 41.

² James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 61.

³ Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, op.cit, P. 266 and beyond.

⁴ Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, op.cit, P. 261.

⁵ يعترف القانون الفرنسي الذي ينتمي إلى مدرسة Civil Law والنظام القانون العام Common Law بفكرة الضمان الوارد على تمويل شراء السلع "Purchase Money Security Interest" والذي يتمثل في حق البائع بالمطالبة المتعلقة ببيع بضاعة دون أن يتسلم كامل ثمنها من المشتري. أنظر في ذلك:

ومن أبرز تطبيقات النفاذ التلقائي لحق الضمان بيع سلع إلى المستهلك مع تقسيط الثمن أو إعطاء قرض للمدين لشراء سلع استهلاكية، فهذا البائع أو الدائن المقرض يحصل على حق ضمان نافذ على تلك السلع بمجرد إنشاء عقد الضمان عليها دون ثمة حاجة لتسجيل إشعار في السجل.

وقد أطلق القانون النموذجي للأونسترال على هذا النوع من النفاذ التلقائي مصطلح "حق الضمان الاحتيازي" "Acquisition security right"¹. فقد نصت المادة (24) من القانون النموذجي على أنه: "يكون حق الضمان الاحتيازي في السلع الاستهلاكية التي يقل ثمنها احتيازها عن (مبلغ تحده الدولة المشترعة) نافذاً تجاه الأطراف الثالثة حال إنشائه دونما حاجة إلى أي إجراء إضافي".

ويقصد بحق الضمان الاحتيازي في القانون النموذجي أن المدين الضامن يظل حائزاً للسلع الاستهلاكية التي اشتراها عن طريق الائتمان، ويكون للدائن حق ضمان على تلك السلع مقابل الائتمان الذي قدمه للمدين. حيث لا يجب على البائع أو الدائن مقدم الائتمان اتباع أي طريق من طرق نفاذ حق الضمان تجاه الغير، فالمعاملات الواردة على السلع الاستهلاكية تكون نافذة تجاه الغير في الوقت الذي تصبح فيه نافذة تجاه طرفي العلاقة الضمانية. مع التأكيد على أن سريان النفاذ التلقائي في مواجهة الغير لا يكون إلا على السلع التي يتم شراؤها لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية، فلو اشترى تاجر التجزئة سلعاً استهلاكية من تاجر الجملة عن طريق الائتمان

Harry R. Sachse, Purchase Money Security Interests in Common Law and the French System of Civil Law, McGill Law Journal, McGill University, Vol. 15, P. 14 and beyond.

¹ دليل الأونسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، المرجع السابق، ص 319.

ويشير مصطلح "حق الضمان الاحتيازي" الوارد في النسخة العربية من القانون النموذجي الصادر عن الأونسترال لبساً حول معناه، خاصة وأنه يقابل المصطلح الوارد بالنسخة الإنجليزية "Acquisition Security Right" ومحل اللبس أن مصطلح "الاحتياز" معناه "possession" أما مصطلح "Acquisition" فله معاني عدة منها الاكتساب أو التملك أو الامتلاك أو إحراز شيء أو الحصول عليه. وليس لعبارة "Acquisition Security Right" مرادف قانوني دقيق في القوانين العربية.

حارث سليمان الفاروقي، المرجع السابق، ص 12.

بغرض بيعها، فإن حق الضمان لا يكون نافذاً تلقائياً وإنما يشترط تسجيله باعتبار أن تلك السلع تعتبر مخزوناً وليس سلعاً استهلاكية¹.

كذلك تعتبر السلع الاستهلاكية من أبرز تطبيقات طريق النفاذ التلقائي في القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة، حيث عرفت المادة ((23)(a)(9-102)) من القانون الموحد الأمريكي السلع الاستهلاكية بأنها السلع التي يتم استخدامها أو شراؤها بصفة أساسية لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية.

وطبقاً لأحكام المادتين ((b)(9-310) و ((1-309-9)) من القانون الموحد الأمريكي فإنه لا يشترط التسجيل عن طريق الإشعار إذا كان حق الضمان وراداً على سلع استهلاكية من دون أن يحدد القانون مبلغاً معيناً لقيمة تلك السلع على خلاف ما ذهب إليه القانون النموذجي للأونيسترال في المادة (24) منه الذي أعطى للدول الذي تتبنى القانون حرية تحديد قيمة السلع الاستهلاكية لنفاذ حق الضمان الوارد عليها تلقائياً من دون اشتراط تسجيلها.

كما يعرف القانون الموحد الأمريكي النفاذ التلقائي المؤقت إذا كان حق الضمان وراداً على الأوراق المالية والصكوك والسندات القابلة للتداول حيث يكون حق الضمان نافذاً على أساس مؤقت تجاه الغير من دون الحاجة إلى تسجيل إشعار عنها أو حيازتها²، وذلك خلال عشرين يوماً من إنشاء اتفاق الضمان عليها. ويتعين خلال هذه المدة تسجيل إشعار عنها أو حيازتها، لتكون نافذة في مواجهة الغير من تاريخ إنشاء حق الضمان وليس من تاريخ التسجيل أو الحيازة³.

¹ يقصد بالسلع الاستهلاكية في القانون النموذجي للأونيسترال السلع التي يستخدمها المدين الضامن أو يعتزم استخدامها لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية. ومقتضى أن يكون استخدام السلع المشتراة عن طريق الائتمان لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية أن يكون المدين شخصاً طبيعياً، وهذا المسلك أخذ به القانون المصري لحماية المستهلك رقم (67) لسنة 2006 حيث عرف المستهلك بأنه "الشخص الذي يقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية..". وإن كان النص خلا صراحة من عبارة "الشخص الطبيعي" إلا أن مفاده يقتضي اقتصار مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي.

في حين أخذ القانون البحريني رقم (35) لسنة 2012 لحماية المستهلك بالمعيار الموسع في تحديد الشخص المستهلك، حيث عرف المستهلك بأنه الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري، وهو اتجاه محل نظر، إذ إن الغرض من قوانين حماية المستهلك توفير الحماية للشخص الطبيعي وليس للشخص الاعتباري.

² الفقرات (e) و (f) و (g) من المادة (9-312) من القانون الموحد الأمريكي.

³ Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, op.cit, P. 266 and beyond.

أما قوانين المعاملات المضمونة للدول العربية، فلم تقف موقفاً موحداً بالنسبة إلى الاعتراف بطريق النفاذ التلقائي، فنجد أن القانون المصري والقانون الإماراتي لم يأخذا بهذا النوع من طرق النفاذ. ومع ذلك يمكن أن يحصل بائع المنقول على حماية محدودة إذا أخل المشتري بالتزامه بدفع ثمنه، حيث يثبت له بموجب أحكام القانون المدني امتياز عما يستحق له من ثمن المنقول وملحقاته، ولكن يشترط لنفاذ الامتياز أن يحتفظ المبيع بذاتيته وألا يخل ذلك بالحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية¹. وقد كان الأولى بالمشروع المصري والإماراتي تنظيم طريق النفاذ التلقائي لحق الضمان الوارد على السلع الاستهلاكية استجابة للحاجة العملية في توفير الحماية للدائن عند تقديم ائتمان للمدين لشراء سلع استهلاكية، وتعزيز قدرة المدين الذي لا تتوفر لديه السيوالة اللازمة لشرائها في الحصول عليها عن طريق الائتمان.

وعلى خلاف الموقف الذي انتهجه كل من القانون المصري والقانون الإماراتي بشأن طريق النفاذ التلقائي، فقد أخذ القانون الفلسطيني بالنفاذ التلقائي، حيث نصت المادة (9) منه: "يصبح حق الضمان في الضمانة نافذاً في مواجهة الغير بإحدى الوسائل الآتية: 3- النفاذ التلقائي دون اتخاذ أي إجراء آخر إذا كان حق الضمان منشأً على بضائع المستهلك." ومن ثم لا يشترط وفقاً للقانون الفلسطيني تسجيل الإشعار أو حيازة الضمانة إذا كان حق الضمان وارداً على بضائع استهلاكية. ويقصد بالبضائع الاستهلاكية طبقاً للمادة (1) من القانون الأشياء المخصصة لأغراض شخصية أو منزلية، والتي يتحقق الانتفاع منها باستعمالها بشكل متكرر مع بقاء عينها.

ويُقترح على المشرع البحريني تنظيم طريق النفاذ التلقائي على السلع الاستهلاكية دونما حاجة إلى تسجيلها أو حيازتها، الأمر الذي يساهم في تعزيز الجدارة والسمعة الائتمانية للمشتري، خاصة وأن نظام الامتياز مقرر للبائع دون المقرض، كما أنه محدود في احتفاظ المنقول بذاتيته

¹ نصت المادة (1050) من القانون المدني البحريني والمادة (1145) من القانون المدني المصري والمادة (1424) من القانون الإماراتي للمعاملات المدنية على امتياز بائع المنقول. وللمزيد من التفاصيل حول حدود امتياز بائع المنقول أنظر في ذلك:

د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 990 وما بعدها.

د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 553 وما بعدها.

د. محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص 992 وما بعدها.

وعدم المساس بحقوق الغير التي اكتسبها عن حسن نية. ونظراً لخلو هذا الطريق من وسيلة لإعلام الغير، فإنه يمكن للمشرع وضع مبلغ أقصى لقيمة السلع الاستهلاكية بحيث لا يجوز ترتيب حق ضمان عليها عن طريق النفاذ التلقائي إذا تجاوزت قيمتها ذلك المبلغ.

الفرع الثاني

نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير بطريق الحيازة

تعترف قوانين المعاملات المضمونة بالصورة التقليدية لنفاذ حق الضمان قبل الغير والتي تتمثل في نقل حيازة الأموال المثقلة إلى الدائن المضمون له أو إلى شخص ثالث، ويعتبر نقل الحيازة التزاماً على المدين يجب عليه الوفاء به بعدما كان النقل ركناً في العقد كما هو مسلك التقنين المدني المصري القديم¹. كما أنشأت بعض القوانين طريق الحيازة الحكومية المتمثل بالسيطرة على بعض الأموال المنقولة التي لا يتصور إمكانية حيازتها مادياً كالحسابات البنكية.

لذلك تقتضي دراسة نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير بطريق الحيازة أن تناول طريق الحيازة ومن ثم طريق السيطرة.

أولاً: الحيازة

على الرغم من اعتراف العديد من النظم القانونية بطريقة التسجيل من خلال الإشعار لنفاذ حق الضمان على الأموال المنقولة في مواجهة الغير، إلا أنها مع ذلك أجازت الطريقة التقليدية لنفاذ حق الضمان والتي تتمثل في حيازة الدائن، أو شخص يتفق عليه، للمال المتقل بالضمان. فنقل الحيازة بمثابة شهر حق الضمان ووسيلة لإعلام الغير به²، وكما يحقق نظام التسجيل بطريق الإشعار فائدة إعلام الغير بوجود حق ضمان على أموال المدين أو بعضها،

¹ د. بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 109 وما بعدها.

² د. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 206.

فإن الحيازة تحقق أيضاً فائدة للغير بإعلامهم بوجود حق ضمان فيكون هذا الحق نافذاً في مواجهتهم.

فإذا لم تتحقق أي من طرق النفاذ الأخرى ولم يتم نقل حيازة الأموال المثقلة إلى الدائن المضمون له، فلا ينفذ حق الضمان في مواجهة الغير، وإن كان حق الضمان ينشأ فيما بين المتعاقدين وتترتب عليه جميع آثاره فيما بينهما، بمجرد إبرام عقد الضمان، إلا أنه لا يمكن للدائن المضمون له الاحتجاج بحقه على الغير. وبالتالي فإن الدائن المضمون له لا يتمتع عند حلول دينه واتخاذ إجراءات التنفيذ على المال المثقل بميزة التقدم وميزة التتبع، طالما لم يكن حائزاً للمال المثقل¹.

ولما كان الغرض من حيازة المال المضمون إعلام الغير بالضمان الذي يتقل المال، لذا فإنه يتعين أن تكون هذه الحيازة ظاهرة ومستمرة حتى انقضاء الالتزام المضمون.

أما من حيث الحيازة الظاهرة، فيجب أن تكون حيازة المال المضمون ظاهرة بوجود علامات تدل على الحيازة من دون لبس أو غموض، حيث ينبغي أن يتخلّى المدين الضامن عن المال المثقل تماماً بما يرفع أي ريب حول انتقال الحيازة إلى الدائن المضمون له. ومن ثم لا ينفذ حق الضمان في مواجهة الغير في حالة بقاء المال المثقل في يد المدين الضامن ولو على سبيل الإيجار أو العارية أو النيابة عن الدائن المضمون له في الحيازة².

كما يجب أن تكون الحيازة مستمرة، بحيث يحتفظ الدائن المضمون له بحيازة المال المثقل حتى انقضاء الضمان، فلا ينبغي أن يعود المال المثقل إلى المدين الضامن وإلا انقضى حق الضمان، ما لم يثبت الدائن أن عودة المال المثقل كان بسبب لا يقصد به انقضاء حق الضمان،

¹ ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بأن "الحيازة ضرورية لنفاذ الرهن في حق الغير، وبأن الحبس ثابت للدائن المرتهن حتى يستوفي الدين".

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 193.

أنظر كذلك: د. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 205 و 206.

² د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 425.

كل هذا دون إخلال بحقوق الغير، حيث لا يكون الضمان نافذاً على الغير في فترة حياة المدين للمال المثلث¹.

وتجدر الإشارة إلى أن التسجيل بطريق الإشعار يختلف عن الحياة من حيث نطاقه، فهناك العديد من الأموال المنقولة التي لا يمكن نقل حيازتها إلى الدائن المضمون له ومن ذلك الأموال غير المادية²، أو يصعب من الناحية العملية تخلي المدين عن حياة بعض الأنواع من أمواله، كالمعدات المخصصة للاستخدام في تسيير أعماله التجارية، حيث لا يمكن عملياً أن يتخلى مالك صالة رياضية عن أجهزته ومعداته إلى الدائن لحين سداد دينه، لأن ذلك قد يؤدي إلى توقف أعماله.

فالحياة تفرض على المدين تسليم المال المضمون إلى الدائن، الأمر الذي يؤدي إلى حرمانه من مزاياه، خاصة إذا كان يرتبط المال بحرفته ومصدر رزقه، كما قد يضعف من قدراته المالية في سداد دينه³.

ومع ذلك فإن الحياة تمثل الوسيلة الأنسب لإنفاذ حق الضمان على بعض الأموال المنقولة ومن ذلك السندات القابلة للتداول "Negotiable Instrument" كالشيكات أو الكمبيالات أو سندات لأمر⁴.

وتطبيقاً لما تقدم، فقد نص القانون النموذجي للأونسترال بشأن المعاملات المضمونة على طريق الحياة لتحقيق النفاذ في مواجهة الغير، إذ تنص الفقرة (2) من المادة (18) منه على أنه: "يكون حق الضمان الوارد على مال مادي نافذاً في مواجهة الغير إذا كان المال في حياة الدائن المضمون." فالنص يقرر الحياة كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الغير، إلا أنه يستبعد

¹ ينبغي الإشارة أن استمرار الحياة لا يتعارض مع حق الدائن المضمون له في تسليم المال المثلث للغير على سبيل الحياة العارضة، فقد يقتضي استغلال المال أو صيانته أن يسلمه إلى شخص آخر دون أن يؤثر ذلك على نفاذ حق الضمان في حق الغير ما دام المال المثلث لا يعود إلى حياة المدين الضامن. أنظر في ذلك:

المرجع نفسه، ص 425 و 426.

² James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 68 and 69.

³ د. تامر ريمون فهم، المرجع السابق، ص 148.

⁴ Jane P. Mallor and others, op.cit, P. 772.

الأموال غير المادية لاستحالة حيازتها بخلاف الأموال المادية¹. ويلاحظ على النص أنه قصر حيازة المال المثقل على الدائن المضمون له بالرغم من أنه يمكن أن يتولى الحيازة شخص آخر يتفق عليه الطرفان. ومع ذلك، نجد أن القانون النموذجي أجاز للعدل حيازة المال المضمون نيابة عن الدائن المضمون له²، بحيث يnaud بشخص يتفق عليه حيازة المال المضمون، خاصة في الأحوال التي يفتقر الدائن المضمون له إلى القدرة على توفير حماية مناسبة للأموال المضمونة وبالأخص إذا كانت أموالاً نفيسة كالذهب أو الألماس أو المعادن النفيسة الأخرى.

وتجدر الإشارة إلى أنه طبقاً لأحكام الفقرة (4) من المادة (6) من القانون النموذجي فإنه لا يشترط الكتابة في اتفاق الضمان إذا كان المال المثقل في حيازة الدائن المضمون له، فيجوز في هذه الحالة إثبات وجود اتفاق الضمان بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات. وهذا بخلاف الأصل العام في القانون الذي يشترط أن يكون اتفاق الضمان مكتوباً وموقعاً على الأقل من المدين³.

أما القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة، فقد أجاز في المادة (9-313) طريق الحيازة والتي تعادل أثرها مع طريق التسجيل بطريق الإشعار في النفاذ في مواجهة الغير⁴. وطبقاً لأحكام الفقرة (أ) من المادة (9-313) من القانون الموحد فإن بعض الأموال المنقولة المادية لا يمكن إنشاء حق ضمان عليها إلا عن طريق الحيازة كالسندات القابلة للتداول "Negotiable Documents" والسندات التي تثبت التزاماً نقدياً أو حق ضمان "Chattel Paper"⁵.

¹ دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، المرجع السابق، ص 117.

² عرف المادة (2) من القانون النموذجي للأونسيترال مصطلح "الحيازة Possession" بأنها "الحيازة الفعلية لمال مادي من قبل شخص، أو ممثل له، أو من قبل طرف مستقل يقر بأنه يحتفظ بتلك الأموال لصالح ذلك الشخص".

³ أنظر إلى ما سبق أشرنا إليه في المبحث الأول من الفصل الأول حول اتجاهات القوانين المقارنة في اشتراط الشكلية في عقود الضمان.

⁴ David P. Twomey and others, Anderson's Business Law and the Legal Environment, THOMSON South-Western, 19TH Edition, USA, 2005, P. 685.

⁵ Ricard A. Mann and Barry S. Roberts, op.cit, P. 789.

وإذا كان الأصل أن تنتقل حيازة الأموال المثقلة من المدين الضامن إلى الدائن المضمون له إلا أن القانون الموحد أجاز أن تتم الحيازة من قبل طرف ثالث، كما أن نفاذ حق الضمان يكون من وقت انتقال حيازة الأموال المثقلة إلى الدائن المضمون له على أن يستمر في الاحتفاظ بتلك الأموال¹.

وبالرجوع إلى القوانين العربية، نجد أن المشرع المصري قد استبعد الرهن الحيازي من قانون تنظيم الضمانات المنقولة، وكذلك فعل المشرع الإماراتي عند تحديد نطاق تطبيق قانون رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين، حيث أخضع الرهون الحيازية إلى أحكام القوانين السارية المنظمة لحق الرهن على المنقولات². ومن ثم فإن تنظيم الحيازة لنفاذ حق الضمان على الغير يخضع لأحكام القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي. وهذا خلاف ما ذهب إليه القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة، فقد نص في المادة (9) الخاصة بتحديد وسائل نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير على وسيلة حيازة الضمانة. تنص المادة على أنه: "يصبح حق الضمان في الضمانة نافذاً في مواجهة الغير بإحدى الوسائل الآتية:

1- تسجيل الإشعار.

2- حيازة الضمانة بشكل مباشر أو غير مباشر.

3- النفاذ التلقائي ..."

ويقصد بالحيازة المباشرة نقل حيازة المال المثقل من المدين إلى الدائن المضمون له أما الحيازة غير المباشرة فتشمل حيازة وكيل الدائن المضمون له أو ممثل عنه، وهي حيازة تعادل حيازة الدائن شريطة ألا يثور لبس حول تلك الحيازة فيعتقد الشخص الأجنبي أن الضمانة لا تزال في حيازة المدين الضامن.

¹ أنظر في ذلك الفقرتين (ج) و(د) من المادة (9-313) من القانون الموحد الأمريكي.

² أنظر في ذلك المادة (1) من القانون المصري بشأن قانون تنظيم الضمانات المنقولة والمادة (2) من القانون الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين.

ومن المستقر قانوناً في مصر والإمارات أن الحق العيني في الرهن لا ينفذ في مواجهة الغير إلا بانتقال حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى المرتهن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان¹. وانتقال الحيازة يتحقق بتنفيذ الراهن التزامه بالتسليم وهو من آثار الرهن في العلاقة بين الراهن والمرتهن، ويمنح انتقال الحيازة إلى المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون، فيكون صاحب حق في الضمان وصاحب حق في الحبس، ووجود الحقين معاً يتيح له مباشرة الأفضلية والتتبع على الشيء المرهون اقتضاء لحقه. وانتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن ينبغي أن يكون مستمراً ودائماً، حيث إن عودة الشيء المرهون إلى الراهن بصفة أخرى كمستأجر مثلاً، قد يؤدي إلى الإضرار بحقوق الغير الذي يتعامل مع الراهن على أساس أن الشيء الذي في حيازته خال من الحقوق التي عليه².

وقد قررت المادة (38) من القانون الفلسطيني للدائن المضمون له حيازة الضمانة دون حاجة إلى اللجوء إلى الإجراءات القضائية شريطة أن يكون المدين قد وافق في عقد الضمان أو في اتفاق مستقل على ذلك، ولو أدى ذلك إلى فصل الضمانة عن المال غير المنقول الملحقة به كأن تكون الضمانة عقاراً بالتخصيص. وقد قيدت المادة حق الدائن المضمون له في الحيازة بعدم الإخلال بالأمن القانوني، ويقصد بالإخلال بالأمن القانوني الدخول إلى موقع المدين دون إذن واستخدام العنف أو التهديد، والدخول بدون موظف رسمي للحيازة أو مواجهة الضامن. وإذا كانت حيازة الضمانة قد تؤدي إلى الإخلال بالأمن، فإن للدائن المضمون له أن يطلب من قاضي التنفيذ

¹ بخلاف القانون المدني المصري، فإن الحيازة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي تلعب دوراً مزدوجاً، فهي تعتبر شرطاً للزوم عقد الرهن، إذ بدون قبض يبقى الرهن الحيازي غير لازم، فيجوز للراهن الرجوع عنه في أي وقت طالما لم يتم القبض. من ناحية أخرى، فإن الحيازة تعتبر شرط لنفاذ الرهن في مواجهة الغير. إذ بالحيازة تتحقق علانية الرهن وشهره، وبالتالي يمكن الاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير. في حين أن القانون المدني المصري لا يتطلب حيازة المال المرهون إلا كشرط للاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير. أنظر في ذلك:

د. محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص 791.

² أنظر في ذلك:

- د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 351 وما بعدها.

- د. محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1997، ص 376 وما بعدها.

- د. محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص 763 وما بعدها.

إصدار أمر مستعجل بالسماح له بحيازة الضمانة على أن يتضمن الطلب عقد الضمان وإقرار بوجود حالة إخلال. فإذا وجد قاضي التنفيذ إخلالاً بنقل الحيازة إلى الدائن المضمون له، وجب عليه أن يصدر قراراً بتمكين المضمون له من حيازة الضمانة وفصلها عن العقار الملحقة به إذا كانت عقاراً بالتخصيص أو عن المال المنقول الملحقة به، حسب مقتضى الحال.

ونجد من كل ما تقدم، أن القوانين المقارنة أجازت نفاذ حق الضمان عن طريق حيازة الدائن للمال المثقل بالضمان، حيث يشترط في هذه الطريقة تسليم المال المثقل بالضمان ونقل حيازته للدائن أو لشخص يتفق عليه، ويمثل نقل الحيازة وسيلة لإعلام الغير به. وعلى خلاف اتجاه المشرع المصري والإماراتي اللذين تركا تنظيم الحيازة كوسيلة للنفاذ في مواجهة الغير إلى القانون المدني، فإن المشرع الفلسطيني قد نظم الحيازة في ثنايا قانون ضمان الحقوق في المال المنقول.

ونقترح على المشرع البحريني عند تنظيمه لقانون المعاملات المضمونة أن يتطرق بالتنظيم لطريق الحيازة كأحد طرق نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، بدلاً من أن يكون تنظيم طرق نفاذ حق الضمان على المنقولات في أكثر من وثيقة قانونية، الأمر الذي يسهل على المتعاملين التعرف على حكم القانون بدلاً من تشتت الأحكام في أكثر من وثيقة. كما أنه يتعين أن ينظم قانون المعاملات المضمونة أحكاماً خاصة عن الأولوية عند تراحم الدائنين وعن التنفيذ على الأموال المثقلة والتي من أهم صورها حق الدائن في التنفيذ المباشر بغير الطريق القضائي، وهي أحكام تختلف عن التنظيم الوارد في القانون المدني. لذلك من الأنسب ألا يكون هناك نظامين في تحديد أولوية الدائنين أو التنفيذ على الأموال المثقلة، وأن يتم تنظيم طريق الحيازة في قانون المعاملات المضمونة.

ثانياً: السيطرة

تعتبر السيطرة مفهوماً رئيسياً في قوانين المعاملات المضمونة، فبالرغم من أن تسجيل الإشعار هو الطريق الأكثر شيوعاً لنفاذ حق الضمان، إلا أن هذا الطريق غير مناسب عند التعامل في بعض الأنواع من الأموال كالحسابات المصرفية والأوراق المالية لغرض الاستثمار¹.

لذلك نصت بعض القوانين على طريق السيطرة لنفاذ حق الضمان في مواجهة الغير والذي يقوم على الحيابة الحكمية لبعض الأموال، فمثلاً للدائن المضمون له سيطرة على الأموال المودعة في حساب مصرفي، إذا التزم المصرف المودع لديه الأموال، بموجب اتفاق السيطرة بأن لا يتصرف في الأموال المودعة في حساب المدين المصرفي إلا بتوجيه من الدائن المضمون له². وتعاذل السيطرة من حيث نفاذها في مواجهة الغير طريق الحيابة، لما تؤديه من وظيفة إعلام الغير بوجود حق ضمان³.

ولم تأخذ قوانين المعاملات المضمونة في كل من مصر وفلسطين والإمارات العربية المتحدة بالسيطرة كأحد وسائل نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، ولعل ذلك يرجع إلى أن هذا النوع من طرق النفاذ يرد على أموال ذات طبيعة مصرفية واستثمارية، الأمر الذي قد يستلزم وضع تنظيم خاص للرهونات المصرفية يتولى مسائل السيطرة بدلاً من تنظيم عام تسري قواعده على الأموال المنقولة بصفة عامة، لما للرهونات المصرفية من طبيعة خاصة حيث تدخل في دائرة الرهونات التجارية، كما تمس مخاطرها الائتمان المصرفي في البلد⁴. ومع ذلك فإن تلك الدول

¹ Louise Gullifer and Orkum Akseli, op.cit, P. 218 .

² Louise Gullifer and Orkum Akseli, op.cit, P. 92 and 93 .

³ Bruce Whittaker, Review of the Personal Property Securities Act 2009, P. 130, Available at:

<https://www.ag.gov.au/Consultations/Documents/PPSReview/ReviewofthePersonalPropertySecuritiesAct2009FinalReport.pdf>

⁴ يرى البعض أنه لا يمكن فصل ضمانات الائتمان المصرفي في القانون التجاري عن الضمانات الواردة في القانون المدني، نظراً لاختلاطها بها حيث إن القواعد والأحكام العامة للضمانات مقررة في القانون المدني، غير أن القانون التجاري أورد بعض القواعد لهذه الضمانات والتي تتشابه في بعض أحكامها مع أحكام الضمانات في القانون المدني. ومع ذلك تتميز القواعد الواردة في القانون التجاري ببعض الخصوصية التي تتشابه وتتناسب مع مبادئ القانون التجاري.

أنظر في ذلك:

تعرف بعض صور ضمانات الائتمان المصرفي كرهن الودائع النقدية لصالح البنك والذي يعتبر رهناً حيازياً وارداً على منقول، حيث تخصص تلك الودائع لضمان المديونية المستحقة على العميل لدائنه المرتهن (البنك)، إلا أنه لا بد من استبعاد المال المضمون من حسابات العميل وعدم السماح للعميل بصفته مديناً مرتهنناً بالتصرف فيه، حيث يخرج هذا المال من تصرف العميل تماماً، ولا يجوز المطالبة به إلا بعد انتهاء الرهن. ويكون ترتيب رهن الودائع النقدية بتسليم المال وتوقيع المدين على عقد الرهن الذي ينص صراحة على تجميد المال وتخصيصه لصالح البنك بصفته دائناً مرتهنناً¹.

وعلى خلاف المسلك الذي انتهجته القوانين العربية، نظم كل من القانون النموذجي للأونيسترال بشأن المعاملات المضمونة والقانون الموحد الأمريكي "UCC 9" مفهوم السيطرة كأحد طرق نفاذ حق الضمان على بعض الأموال غير المادية.

فقد اعترف القانون النموذجي للأونيسترال بمفهوم السيطرة فيما يتعلق بحق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي، حيث تنص المادة (25) على أنه: "يجوز أيضاً جعل حق الضمان، الوارد على الحق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، نافذاً في مواجهة الغير من خلال أي مما يلي:

أ- إنشاء حق ضمان لصالح مؤسسة تقبل الودائع يكون لديها الحساب المصرفي.

ب- إبرام اتفاق سيطرة.

ج- أن يصبح الدائن المضمون صاحب الحساب."

ومقتضى النص أن المدين يستطيع أن يقدم الأموال المودعة في حسابه المصرفي باعتبارها ضماناً للحصول على ائتمان، مع أن الأموال التي يرد عليها الضمان ليست في الواقع الحساب المصرفي ذاته، وإنما حق المدين الضامن في مطالبة المصرف بأداء التزامه بسداد قيمة الأموال المودعة في الحساب المصرفي للمدين².

فإذا كان الدائن المضمون له هو المصرف المودع لديه تكون السيطرة والنفاذ تجاه الغير تلقائية، وهذه السيطرة تقارب فكرة المقاصة وما تمثله من ضمان للدين إذا كان كل من الطرفين

د. تامر ريمون فهم، المرجع السابق، ص 57 و58.

¹ المرجع السابق، ص 265 وما بعدها.

² UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 137.

دائماً ومديناً للآخر¹، حيث تسمح السيطرة للمصرف المودع لديه بأن يستوفي من الأموال المودعة في الحساب المصرفي لعميله المبالغ التي يكون العميل مديناً بها للمصرف نتيجة دفع ائتمان له. أما إذا كان الدائن المضمون له غير المصرف المودع لديه، فإن السيطرة تتحقق في هذه الحالة من خلال اتفاق كتابي بين المدين الضامن والدائن المضمون له والمصرف، يوافق بموجبه المصرف على اتباع التعليمات الصادرة من الدائن بشأن تقاضي أموال مودعة في الحساب المصرفي دون الحاجة لموافقة المدين الضامن².

وعادة لا يؤدي اتفاق السيطرة إلى تجميد الأموال المودعة في الحساب المصرفي ما لم ينص الاتفاق على خلاف ذلك، حيث يكون للمدين الضامن الحق في الوصول إلى أمواله المودعة في حسابه المصرفي إلا إذا أصدر الدائن المضمون له تعليمات إلى المصرف بمنع المدين من الوصول إلى أمواله بسبب إخلاله بواجباته³. ومن الوجهة العملية، فإن حدود السيطرة تختلف من اتفاق إلى آخر، ففي بعض الأحيان، يمكن أن تكون السيطرة مطلقة بحيث يمنع المدين الضامن من أي تصرف في الأموال المودعة في حسابه المصرفي، وفي أحيان أخرى، قد يكون للمدين الحق في القيام بتصرفات في حدود لا تتجاوز مبالغ معينة أو عند حدوث سبب محدد⁴.

كذلك اعترف القانون النموذجي للأونيسترال بمفهوم السيطرة فيما يتعلق بالأوراق المالية

غير المودعة لدى وسيط ولم يصدر بشأنها شهادة "Uncertificated Non-intermediated"

¹ من المستقر عليه فقهاً أن المقاصة ليست أداة وفاء فقط وإنما تعتبر أيضاً أداة ضمان لما تقدمه للدائن من ضمان لدينه، أما من حيث أنها أداة وفاء فذلك لأنها من أسباب انقضاء الالتزام عند تقابل دينين تتوافر فيهما شروط معينة بأن يكون كل من الدينين نقوداً أو مثليات متحدة وخالياً من النزاع ومستحق الأداء، فكل من الدينين في هذه الحالة يقاس وفاءً بالدين الآخر. أما من حيث أن المقاصة أداة ضمان فإن من يتمسك بها يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين، فهو، وإن كان دائناً عادياً، إلا أنه بأداة المقاصة في حكم الدائن المضمون له أو الدائن الذي له حق امتياز، فالدين الذي في ذمته في حكم المال المضمون المخصص للوفاء بحقه.

أنظر في ذلك:

د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 837 وما بعدها.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، الجزء الثالث، مطبعة أحمد مخيمر، مصر، ص 274.

² أنظر تعريف مصطلح "اتفاق السيطرة بالنسبة لحقوق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي" الوارد في المادة (2) من القانون النموذجي للأونيسترال.

³ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 138.

⁴ Ibid, P. 50.

Securities" ¹. حيث يجوز ترتيب حق ضمان على الأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط ولم يصدر بشأنها شهادة "Uncertificated Non-intermediated Securities" وذلك من خلال إبرام اتفاق كتابي بين المُصدِّر المدين الضامن والدائن المضمون له بحيث يوافق بموجبه المُصدِّر على اتباع التعليمات الصادرة بشأن الأوراق المالية من الدائن المضمون دون الحاجة لموافقة المدين الضامن ².

كذلك أخذ القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بالسيطرة كإحدى طرق نفاذ حق الضمان، كما تعتبر الوسيلة الوحيدة لنفاذ حق الضمان إذا كان وارداً على الممتلكات الاستثمارية "Investment Property" مثل الأسهم والسندات وحسابات الوساطة وغير ذلك من أدوات

¹ يقصد بالأوراق المالية غير المودعة لدى وسيط ولم يصدر بشأنها شهادة "Uncertificated Non-intermediated Securities" الأوراق المالية التي لم تودع في حساب مالي Securities Account لدى وسيط للأوراق المالية أو تسحب منه وغير ممثلة بشهادة. أنظر في ذلك المادة (2) من القانون النموذجي الخاصة بالتعريف.

حيث كان في السابق يتم التعامل بالأوراق المالية في شكل شهادات تصدر مباشرة إلى المستثمر. ومع مرور الوقت، صارت حياة الأوراق المالية من خلال وسطاء ماليين والتي أصبحت ممارسة عامة أو على الأقل في الأوراق المالية المعدة للبيع أو التداول في أسواق رأس المال. ومع ذلك فإنه في بعض الأحيان، يكون الوسيط مسجلاً في سجلات المصدر بصفته حامل الورقة المالية والمحافظ على حساب المستثمر الذي تقيد فيه الأوراق المالية، وسواء صدرت شهادة من المصدر إلى الوسيط أم لا فإن المستثمر نفسه لا يحمل أي شهادة من تلك الأوراق المالية. أنظر في ذلك:

Michel Deschamps, The Best Rules for Non-Intermediated Securities, Oxford Legal Research Library, A summary of the book is available at:

<http://olrl.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780199677863.001.0001/law-9780199677863-chapter-1>

² تقضي المادة (27) من القانون النموذجي للأونيسترال بأنه: "يجوز جعل حق الضمان، الوارد على أوراق مالية غير مودعة لدى وسيط ولم يصدر بشأنها شهادة، نافذاً في مواجهة الغير من خلال أي مما يلي:

أ- إدراج اسم الدائن المضمون على أنه حامل للأوراق المالية في الدفاتر التي يمسكها المُصدِّر، أو أي شخص آخر نيابة عنه، لأغراض تسجيل اسم حامل الأوراق المالية.
ب- إبرام اتفاق سيطرة."

استثمارية، كما يمكن عن طريق السيطرة إنفاذ حق الضمان على السندات الإلكترونية التي تثبت التزاماً نقدياً أو حق ضمان "Electronic Chattel Paper"¹.

وقد تناول القانون الموحد "UCC 9" تحديد نطاق السيطرة والأموال التي يمكن إنفاذ حق الضمان عليها من خلال السيطرة، ويمكن استعراضها بإيجاز على النحو التالي:

1- السيطرة على حساب الإيداع "Control of Deposit Account":

تنص المادة (9-104) من القانون الموحد "UCC 9" على أن يجوز أن يكون للدائن المضمون له سيطرة على حساب الإيداع من خلال أي من الطرق التالية:

- 1- إذا كان الدائن المضمون له هو البنك الذي فيه حساب الإيداع.
- 2- إذا وافق كل من المدين والدائن المضمون له والبنك في سجل مصادق عليه بأن يلتزم البنك بالتعليمات الصادرة من الدائن المضمون له في التصرف في الأموال المودعة من دون حاجة إلى موافقة مسبقة من المدين.

- 3- إذا أصبح البنك هو الدائن المضمون له صاحب حساب الإيداع.
- ويمكن للدائن المضمون له إنفاذ حق ضمانه عن طريق السيطرة بأي من الطرق المنصوص عليها في النص السابق، وإن كان الطريق الأول هو الطريق الأكثر شيوعاً في السيطرة على حساب الإيداع، عندما يكون البنك المودع لديه هو نفسه الدائن المضمون له².

2- السيطرة على السندات الإلكترونية "Control of Electronic Chattel Paper":

أجازت المادة (9-105) من القانون الموحد "UCC 9" إنفاذ حق الضمان عن طريق السيطرة على السندات الإلكترونية التي تثبت التزاماً نقدياً أو حق ضمان "Electronic Chattel Paper" إذا كانت تلك السندات في شكل سجلات إلكترونية منشأة أو مخزنة أو تمت حوالتها من خلال طرق تكفل الثقة في صحة محتواها، ومن هذه الطرق: (1) تحديد الدائن المضمون له بصفته المُحال إليه في النسخة الموثقة من ذلك السجل. (2) وجود النسخة الموثقة عند الدائن المضمون له أو الأمين المعين للحفاظ عليها. (3) أي تعديل أو إضافة تغير المُحال إليه في النسخة الموثقة لا تتم إلا من خلال مشاركة الدائن المضمون له فيها. (4) أي تعديلات على النسخة الموثقة يمكن التعرف على أنه مصرح بها من عدمه.

¹ Eva-Maria Kieninger, op.cit, P. 70.

² James J. White and Roberts S. Summers, op.cit, P. 74.

وينتقد البعض أحكام المادة (9-105) من القانون الموحد "UCC9" حيث لم تعالج بالتنظيم محتوى السندات الإلكترونية "Electronic Chattel Paper" وما إذا كانت تستوفي المتطلبات القانونية لنفاذها من عدمه¹.

3- السيطرة على الأموال الاستثمارية "Control of Investment Property" وحقوق

سندات الاعتماد "Control of Letter-of-Credit Right"

اعتمدت المادتان (9-106) و(9-107) طريق السيطرة على بعض الموجودات المتداولة في القطاع المصرفي، حيث تعتبر السيطرة الوسيلة الوحيدة لنفاذ حق الضمان إذا كان وارداً على الأموال الاستثمارية "Investment Property" مثل الأسهم والسندات وحسابات الوساطة وغير ذلك من أدوات استثمارية، أو كان حق الضمان وارداً على حقوق سندات الاعتماد "Control of Letter-of-Credit Right"².

وتعتبر الأموال المودعة في الحسابات المصرفية من الأموال التي يمكن للمدين أن يقدمها ضماناً للحصول على ائتمان من دون أن يؤدي هذا الضمان إلى تجميد حساب المدين لحين الوفاء بالدين، بخلاف الرهن الحيازي للحسابات المصرفية الذي يؤدي إلى تجميد الحساب المصرفي المرهون. لذلك نقترح على المشرع البحريني الأخذ بمفهوم السيطرة لتحقيق النفاذ في مواجهة الغير، خاصة وأنه يصعب إنشاء حق ضمان على الحسابات المصرفية عن طريق تسجيل الإشعار أو عن طريق الرهن الحيازي في الأحوال الذي لا يكون فيه البنك الذي يوجد فيه الحساب المصرفي هو الدائن المضمون له.

¹ Matrias Hellendorff and Mike Jerbic, Framework for Control over Electronic Chattel Paper- Compliance with UCC 9-105, Published in The Business Lawyer, Volume 61, No. 2, February 2006, P. 730.

² James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 76 and beyond.

الفصل الثاني

آثار حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة

الفصل الثاني

آثار حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة

لا يمكن أن يحقق نظام المعاملات المضمونة وظيفته بفاعلية في تعزيز الائتمان، من دون وضع قواعد واضحة لآثار حق الضمان تجعل جميع الأطراف على درجة معقولة من العلم بمرتبة الدائن المضمون له عند تزامم حقه مع حقوق الآخرين على أموال المدين المثقلة بضمانه. وتحرص قوانين المعاملات المضمونة على وضع قواعد واضحة تنظم الأولوية عند تزامم حق الدائن المضمون له مع حقوق الدائنين المضمونين الآخرين على ذات الأموال المثقلة أو عند تزامم حقه مع حقوق الدائنين الآخرين كأصحاب حق الامتياز أو أصحاب حق الحبس أو الدائنين العاديين.

كذلك لن يكون لحق الضمان قيمة حقيقية ما لم يكن بمقدور الدائن التنفيذ على الأموال المثقلة بحقه من خلال آليات تنفيذ تتسم بالكفاءة والفاعلية. وتكفل قوانين المعاملات المضمونة للدائن التنفيذ على أموال المدين المثقلة بحقه من غير اللجوء إلى القضاء أو دون حاجة إلى إشرافه على إجراءات التنفيذ أو حتى الحصول على إذنه المسبق.

وعلى ذلك نعرض لدراسة هذا الفصل في بحثين الأول نتناول فيه إلى أولوية حق الضمان عند تزامم حقوق الدائنين، والآخر نتناول فيه حق الدائن في التنفيذ على الأموال المثقلة بحقه عند إخلال المدين بالوفاء بالتزامه المضمون.

المبحث الأول

أولوية حق الضمان عند تراحم الدائنين

ينشأ حق الأولوية بسبب تراحم أكثر من دائن على الأموال المثقلة، فيكون لكل دائن حق على تلك الأموال حسب مرتبة كل واحد منهم. فقد يوجد دائنون لهم حق ضمان، كما قد يوجد أصحاب حقوق امتياز على تلك الأموال المثقلة أو دائنون لهم الحق في حبسها أو دائنون عاديون. وتعتبر مسائل التراحم والأولوية كثيرة الوقوع ولها أهمية بالغة في إنشاء حق الضمان نظراً لعدم اشتراط حياة الدائن للمال المنقول الوارد عليه الحق، حيث يمكن أن يتراحم الدائنون على ذات المال المثقل بالضمان، سواء كانوا دائنين عاديين أو دائنين لديهم حق ضمان، كما يمكن للمدين أن يرتب أكثر من حق ضمان على ذات المال المنقول.

كذلك قد يتراحم الدائنون على المال المثقل بحقهم على الرغم من اختلاف المدين الذي أنشأ ذلك الحق، فقد يرتب المدين حق ضمان على أي من أمواله المنقولة، ومن ثم ينشأ حق عيني عليها لشخص آخر، فيقوم صاحب الحق العيني بترتيب حق ضمان على حقه لشخص ثالث. ففي هذه الحالة، نجد أن هناك تراحماً بين الدائنين على ذات المال بالرغم من اختلاف المدينين الذين أنشأوا حق الضمان. لذلك فإن مسائل تراحم الدائنين وأولويتهم عند إفسار المدين الضامن أو إخلاله بأداء التزامه المضمون من أكثر المسائل صعوبة وتعقيداً في القوانين المنظمة للمعاملات المضمونة.

وتكفل الأولوية للدائن المضمون له حق التقدم على جميع الدائنين العاديين، بل على جميع الدائنين التاليين له في المرتبة، أما الدائنون المتقدمون عليه في المرتبة، فإن الدائن المضمون له يتأخر في تقاضي حقه على تلك الأموال أمام من يحظى بأفضلية عليه.

ويختلف منهج قوانين المعاملات المضمونة في تنظيم قواعد الأولوية والاعتبارات التي تهدف إلى مراعاتها كتعزيز الائتمان وتوفير حماية لبعض الأنواع من المطالبات المضمونة وغير ذلك من الأسس والاتجاهات التي تحدد قواعد الأولوية.

وفي ضوء ذلك، تتحدد دراستنا لهذا المبحث من خلال التعرض إلى مفهوم الأولوية على الأموال المنقولة، ومن ثم استعراض تطبيقات الأولوية في القوانين المقارنة، وذلك من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول

مفهوم الأولوية على الأموال المثقلة بالضمان

تحرص قوانين المعاملات المضمونة على وضع قواعد واضحة عند تنظيم الأولوية، وذلك لصلتها الوثيقة بالائتمان وتعزيز أدوات الثقة في المعاملات، حيث تكفل قواعد الأولوية التيسير على الدائنين في معرفة مرتبتهم عند تراحمهم، فيمكن للدائن أن يتحقق من مرتبته مسبقاً عند تراحم الدائنين قبل الموافقة على منح المدين ائتماناً، فيكون على دراية بدرجة المخاطرة التي تتضمنها عملية الائتمان والتي يتعين أخذها في الاعتبار لحماية حقه في مواجهة الدائنين المزاحمين عند إعسار المدين.

وتأخذ معظم قوانين المعاملات المضمونة في تحديد الأولوية بين الدائنين الذين تتراحم حقوقهم بمبدأ الأسبقية "The Principle Of First In Time" والذي يرجع أصوله إلى القانون الروماني¹. فيستعمل الدائن المضمون له حق الأولوية ضد دائني المدين الآخرين إذا كان حق ضمانه متقدماً عليهم، سواء كانوا دائنين عاديين أو دائنين لديهم حق ضمان أو أصحاب حقوق امتياز أو حقوق عينية.

وتعتبر الأولوية سلطة ملازمة لحقوق الضمان التي هي صورة من صور الحقوق العينية التبعية، حيث إن حق الضمان يخول الدائن أن يستوفي دينه من المال المثقل بحقه، مفضلاً على سائر الدائنين الآخرين للمدين². ومن ثم فإن فكرة الأولوية تكفل للدائن المضمون له تحقيق الغاية من إنشاء الضمان، فهي توفر حماية له من خطر إعسار المدين، وتجنبه الخضوع لقاعدة المساواة بين الدائنين في تحصيل ديونهم والتي تقوم على أساس حصول كل دائن على نصيب من أموال المدين بنسبة قيمة دينه.

¹ Yoram Keinan, op. cit, P. 19.

² د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار المعارف، مصر، 1956، ص 477.

ولما كانت قوانين المعاملات المضمونة تعترف بحق الضمان الوارد على الالتزامات الآجلة والأموال المستقبلية، فقد تطلب مراعاة طبيعة هذه الالتزامات والأموال عند تنظيم الأولوية.

وتقتضي دراسة مفهوم الأولوية على الأموال المثقلة تناول مبدأ الأسبقية، ثم التعرض إلى تأثير الالتزامات الآجلة والأموال المستقبلية على تحديد الأولوية، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

مبدأ الأسبقية في تحديد الأولوية

يترتب على الأولوية أن يحتل الدائن المضمون له مركزاً مميزاً يستطيع من خلاله أن يتقدم به على غيره من الدائنين في تقاضي دينه. وتتحدد الأولوية بالمرتبة التي يكفلها نفاذ حق ضمانه في مواجهة الغير.

وقد وضعت قوانين المعاملات المضمونة مبدأً عاماً يحكم التزام على الأولوية، فقررت أن العبرة في تحديد الأولوية يكون بالأسبقية، وهو صدى لأصل قديم يجعل العبرة في المفاضلة بين الحقوق بالأسبقية في التاريخ¹. كما أخذت به قوانين المعاملات المدنية التي نظمت الحقوق العينية التبعية، ففي الرهن التأميني أصبحت الأسبقية في قيد الرهن أساس التفضيل، وفي الرهن الحيازي فإن وقت انتقال الحيازة يحدد مرتبة الدائن المرتهن حيازياً.

أولاً: مفهوم مبدأ الأسبقية

استحدث القانون الروماني "Roman Law" مبدأ الأسبقية لتحديد الأولوية عند التزام الدائنين، فسمح بترتيب أكثر من حق ضمان على نفس المال المثقل. وأعطى للدائن الذي له أسبقية زمنية على غيره من الدائنين الحق في بيع الأموال المثقلة واستيفاء حقه متقدماً على الدائنين المتأخرين عنه في المرتبة². كما ساد هذا المبدأ في الأنظمة القانونية المعاصرة من خلال القانون التجاري³.

¹ المرجع نفسه، ص 270.

² ومع ذلك، فقد وجهت للقانون الروماني سهام النقد لعدم اتساق أحكامه في شأن ترتيب أولوية بعض الدائنين، حيث كانت قواعد الأولوية تقتصر إلى الوضوح فيما إذا كان لبعض الدائنين أولوية على الآخرين من عدمه. أنظر في ذلك:

Roger J. Goebel, *Reconstructing the Roman Law of Real Security*, New York University, P. 60 and beyond. This article was submitted in partial fulfillment of the requirements for the LL.M. At available:

<https://pdfs.semanticscholar.org/43f9/c307628580e551c53d9caae104881bef78a2.pdf>

³ Dan Coenen and others, *Priority Rules of Article Nine*, Cornell Law Review Journal, Volume 62, Issue 5 June 1977, Cornell University Law, P. 837.

ويكفل مبدأ الأسبقية للدائن المضمون له الحق في اقتضاء دينه من عوائد بيع الأموال المثقلة متقدماً على من يزاحمه من دائني المدين التاليين له في المرتبة، فيستطيع الدائن المضمون له إقصاء أي دائن آخر عن مزاحمته ما دام حق ضمانه نافذاً في مواجهة الغير قبل ترتيب الدائنين الآخرين حقوقاً على تلك الأموال.

وقد أخذت قوانين المعاملات المضمونة بمبدأ الأسبقية كقاعدة عامة في تحديد الأولوية مع تقرير أحكام خاصة لمرتبة بعض الدائنين، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لمطالبتهم المضمونة. وتتفق تلك القوانين على أن إعمال مبدأ الأسبقية يتطلب أولاً نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، إذ يمكن أن يستوفي حق الضمان شروط صحة إنشائه إلا أنه لا يكون نافذاً في مواجهة الغير إلا إذا توافر أحد أسباب النفاذ التي يشترطها القانون.

ويقوم أساس مبدأ الأسبقية على العنصر الزمني المرتبط بتاريخ النفاذ في تحديد الأولوية ومرتبة الدائنين عند تزاحمهم، فمرتبة الدائن المضمون له تتحدد وفقاً لتاريخ نفاذ عقد الضمان في مواجهة الغير بصرف النظر عن تاريخ إبرامه، ومن ثم فإن الدائن الأسبق في نفاذ حق ضمانه، عن طريق تسجيل الإشعار أو عن أي طريق آخر من طرق النفاذ، تكون له الأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين التاليين له زمنياً في نفاذ حقوقهم الضمانية¹. فالأسبقية لا تتحدد بتاريخ إنشاء حق الضمان، وإنما يحددها نفاذ الحق في مواجهة الغير عن طريق التسجيل أو أي طريق آخر من طرق النفاذ.

ومع ذلك فإن مبدأ الأسبقية تتحدد بتاريخ إنشاء حق الضمان في أحوال النفاذ التلقائي، فقد يكون حق الضمان نافذاً في مواجهة الغير بمجرد إنشائه دونما حاجة إلى تسجيله أو حيازته أو السيطرة عليه، ومن أبرز تطبيقات النفاذ التلقائي لحق الضمان بيع السلع الاستهلاكية على المستهلك، فالبائع يحصل على حق ضمان نافذ على تلك السلع بمجرد إنشاء عقد الضمان عليها دون ثمة حاجة لتسجيل إشعار في السجل².

ومن ثم تتحدد أسبقيته على الدائنين الآخرين من تاريخ إنشاء حق الضمان، ويطلق على هذا النوع من العلاقة الضمانية في بعض قوانين المعاملات المضمونة "الضمان الوارد على تمويل

¹ N. Orkun Akseli, op.cit, P. 207.

² Theodore Eisenberg, Debtor-Creditor Law, Volume 2B, LexisNexis Group, San Francisco, 2005, P. 24-125 and beyond.

شراء السلع الاستهلاكية "Purchase Money Security Interest in Consumer Goods"¹.

ثانياً: اتجاهات قوانين المعاملات المضمونة في الأخذ بمبدأ الأسبقية

أخذ القانون النموذجي للأونسترال بشأن المعاملات المضمونة بمبدأ الأسبقية باعتبارها قاعدة عامة تحكم حقوق الدائنين عند تزامهم². ويقضي القانون النموذجي للأونسترال أنه إذا كان هناك تزام على أموال مثقلة وكان نفاذ حقوق الضمان جميعها من خلال التسجيل بطريق الإشعار، فإن الأولوية تكون للدائن الأسبق في تسجيل حقه حتى لو كان حقه نشأ متأخراً مقارنة بالدائنين الآخرين. فإذا كان التزام بين الدائنين بطريق آخر غير تسجيل الإشعار كالحيازة مثلاً فإن الأولوية تكون للدائن الذي له أسبقية في نفاذ حقه في مواجهة الغير.

أما إذا كان التزام بين الدائنين النافذ حقهم في مواجهة بعضهم البعض ولكن بأكثر من طريق من طرق النفاذ، كدائن له حق ضمان نافذ عن طريق تسجيل الإشعار ودائن آخر له حق ضمان عن طريق الحيازة ودائن حقه نافذ عن طريق النفاذ التلقائي فإن الأولوية تحدد بحسب أسبقية التسجيل أو طريقة النفاذ الأخرى في مواجهة الغير³.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ الأسبقية يظل مطبقاً حتى لو اختلف المدينون الذين أنشأوا حق الضمان، وهذا ما أكدته المادة (30) من القانون النموذجي من أنه في حالة تزام حقوق

¹ أنظر ما سلف بيانه في المبحث الثاني من الفصل الأول بخصوص طرق نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير.
² تنص المادة (29) من القانون النموذجي للأونسترال على أنه: "مع مراعاة أحكام المواد (33) و(39) و(41) و(42) و(43)، تحدد الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية المتنافسة التي أنشأها مقدم الضمان نفسه في الموجودات المرهونة نفسها وفقاً للقواعد التالية:

أ- فيما بين الحقوق الضمانية التي جُعِلت نافذة تجاه الغير بتسجيل إشعار في السجل، تُحدد الأولوية وفقاً لترتيب التسجيل، دون اعتبار لترتيب إنشاء الحقوق الضمانية.

ب- فيما بين الحقوق الضمانية التي جُعِلت نافذة تجاه الغير بطريقة أخرى غير تسجيل إشعار في السجل، تُحدد الأولوية وفقاً لترتيب النفاذ تجاه الغير.

ج- فيما بين حق الضمان الذي جعل نافذاً في مواجهة الغير من خلال تسجيل إشعار لدى مكتب التسجيل وحق الضمان الذي جعل نافذاً في مواجهة الغير من خلال أي طريقة أخرى خلافاً لتسجيل إشعار بشأنه لدى مكتب التسجيل، تكون الأولوية بحسب ترتيب التسجيل أو النفاذ في مواجهة الغير أيهما أسبق."

³ Model Law on Secured Transactions– Guide to Enactment, op.cit, P. 87 and beyond.

الضمان المنشأة على ذات المال المثقل من قبل مدينين مختلفين فإن الأولوية تحدد وفقاً لمبدأ الأسبقية. فمثلاً لو أنشأ المدين على منقولاته حق ضمان ثم بعد ذلك رتب حقاً عينياً عليها لشخص آخر، فقام صاحب الحق العيني بترتيب حق ضمان على حقه، فإنه في هذه الحالة تحسب مرتبة الدائنين على المال بحسب أسبقيتهم بالرغم من أن حقوقهم أنشأت من قبل مدينين مختلفين¹. كذلك عالج القانون النموذجي مسألة تغيير طريقة نفاذ حق الضمان، حيث كفلت المادة (31) الحماية لمرتبة الدائن المضمون له بعدم المساس بها في حالات تغيير طريقة النفاذ، فلو كان للدائن المضمون له حق ضمان عن طريق حيازة الأموال المثقلة، فقام لاحقاً بتسجيل إشعار بحقه قبل تسليم المدين المنقولات المثقلة، فإنه مرتبة الدائن لا تتأثر في هذا الفرض ما دام لم يحدث انقطاع في نفاذ حقه، حيث يظل الدائن محتفظاً بمرتبه التي حصل عليها أول مرة عن طريق الحيازة².

وما دامت قوانين المعاملات المضمونة العربية اعترفت بأكثر من طريق لإنشاء حق الضمان على الأموال المنقولة أو على الأقل اعترفت بالحيازة وتسجيل الإشعار كطريقتين للنفاذ، فإنه كان يستحسن أن تقرر استمرار حق ضمان الدائن تجاه الغير عند حدوث أي تغيير في طريقة النفاذ مع احتفاظ الدائن بمرتبة أولويته، شريطة ألا تكون هناك فترة زمنية ينقطع فيه نفاذ حق الضمان أثناء تغيير طريقة النفاذ.

كما تبني القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" مبدأ الأسبقية كقاعدة عامة عند تراحم حقوق الضمان على نفس الأموال المثقلة³. فرتبة حق الضمان في سلم الأولويات تحدد في القانون الأمريكي من تاريخ تسجيل الإشعار أو من تاريخ نفاذ الحق بأي من طرق النفاذ أيهما أسبق⁴، فإذا قدم بنك قرضاً لأحد عملائه مقابل إنشاء حق ضمان على بضاعته في المخازن، وبعد شهر قام العميل بالاقتراض من بنك آخر ورتب حق ضمان على نفس البضاعة، فقام البنك الأخير

¹ Ibid, P. 90.

² Ibid, P. 91.

³ نصت المادة (9-322-a-1) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" على أنه: "باستثناء ما ينص عليه هذا الفصل، يتم تحديد الأولوية عند تراحم حقوق الضمان أو الامتيازات الزراعية على نفس الأموال المثقلة وفقاً للقواعد التالية: 1- تحدد رتبة أولوية حقوق الضمان والامتيازات الزراعية النافذة عند تراحمها من وقت تسجيل الإشعار أو نفاذه في مواجهة الغير.."

⁴ Temmu Juutilainen, op.cit, P. 42.

بتسجيل ضمانه عن طريق الإشعار. ففي هذا الفرض تكون الأولوية للبنك الثاني النافذ حقه عن طريق تسجيل الإشعار بالرغم من أن حق البنك الأول سابق في نشأته على حق البنك الآخر، إلا أن حقه لم يكن نافذاً في مواجهة الغير.

أما القانون المصري، فقد نص في المادة (4) من قانون الإصدار على أنه: "يجوز للدائنين شهر الحقوق المنشأة لصالحهم على المنقولات قبل العمل بأحكام هذا القانون، وذلك بالتتابع الإجراءات الواردة بالقانون المرافق. وفي حالة شهر أي من الحقوق المشار إليها في الفقرة السابقة، تحدد أولوية ذلك الحق من تاريخ نفاذه في مواجهة الغير وفقاً للقانون الذي نشأ بموجبه أو من تاريخ شهره بالسجل أيهما أسبق."

ولما كان الغير لا يعلم أو قد لا يعلم بوجود حق ضمان على المنقولات قبل التعامل فيها، فإن القانون المصري حدد طريقة الإعلام بوجود حق الضمان من خلال الشهر في سجل إشهار الضمانات المنقولة. ويترتب على نظام الشهر تحديد أسبقية الدائنين عند تزامنهم، فيحق للدائن الذي أشهر حق ضمانه أن يواجه به الغير، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (11) من القانون على أنه: "يترتب على الشهر بالسجل وفقاً لأحكام المادة (6) من هذا القانون نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير."

فإذا كان للغير حق على نفس المنقولات فإن تحديد أولوياتهم تكون بحسب مرتبة كل منهم في السجل. فالأسبقية في الشهر تحدد الأولوية، ومن كان أسبق في شهر حقه قدم على المتأخر.

كذلك أخذ القانون الفلسطيني بمبدأ الأسبقية كقاعدة عامة في تحديد الأولوية، حيث إن ترتيب الدائنين المضمون لهم يكون بحسب مرتبتهم التي تحدد على أساس تاريخ وقت تسجيل الإشعار أو تاريخ نفاذ الحق. فالقانون الفلسطيني، كما أشرنا سابقاً، يأخذ بأكثر من طريق لنفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، فعلاوة على تسجيل الإشعار فإنه يجوز أن يكون حق الضمان نافذاً من خلال الحياة أو من خلال النفاذ التلقائي إذا كان حق الضمان وارد على بضائع المستهلك¹.

¹ نصت المادة (15) من القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في المال المنقول على أنه: "1- مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا القرار بقانون، إذا تعددت الضمانات النافذة تجاه الغير أو حقوق الامتياز على ذات

ومن ثم فإن الأسبقية في القانون الفلسطيني تتحدد بتاريخ ووقت التسجيل، فإذا سجل أكثر من دائن حقه في يوم واحد بطريق الإشعار فإن الأسبقية تتحدد بوقت تسجيل الإشعار، فالدائن الذي يسبق الآخر في التسجيل يتقدم عليه ولو تم تسجيل حقهما في يوم واحد، حيث تحسب الأولوية بتاريخ ووقت نفاذ الحق في مواجهة الغير.

كذلك اعتمد القانون الاتحادي مبدأ الأسبقية كأساس عام، حيث تحدد مراتب الحقوق المتزاحمة حسب ترتيبها في السجل، فمن كان أسبق في شهر حقه كان هو الأسبق مرتبة عند التزاحم¹.

ثالثاً: مدى حرية الأطراف في تعديل مبدأ الأسبقية

أجازت العديد من قوانين المعاملات المضمونة فكرة تعديل مبدأ الأسبقية من خلال تنازل الدائن المضمون له عن مرتبته إلى دائن آخر تال له في المرتبة، فيأخذ كل منهما مرتبة الآخر. فإذا كان الدائن يحتل المرتبة الأولى في سلم الأولوية وتنازل عن مرتبته إلى الدائن الذي يحتل المرتبة الثالثة، فإن الدائن ذو المرتبة الثالثة يصبح الدائن الأول، ويحل الدائن الأول محل الدائن ذي المرتبة الثالثة.

فقد قرر القانون النموذجي للأونيسترال فكرة التنازل عن مرتبة الأولوية، على أن يكون التنازل عن مرتبة حق الضمان في حدود حق الدائن المتنازل، فإذا كان هناك فرق بين دين المتنازل ودين المتنازل إليه، فإن المتنازل إليه لن يستفيد من تعديل مرتبته إلا في حدود دين المتنازل². ولا توجد صعوبة في المسألة إذا كان دين المتنازل مساوياً لدين المتنازل له، حيث سيرتفع المتنازل

الضمانة، فتتحدد الأولوية على أساس تاريخ ووقت تسجيل الإشعار، أو تاريخ النفاذ في مواجهة الغير بأي وسيلة أخرى منصوص عليها في هذا القرار بقانون.

2- تحدد الأولوية وفقاً لتاريخ نشر الحقوق وتاريخ نفاذها ووقته، حسب مقتضى الحال على أن تقدم الحقوق النافذة على غير النافذة، شريطة ألا يكون انقطاع في النفاذ.

¹ نصت المادة (17) من القانون الاتحادي الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين على أنه: "1- يترتب على إشهار حق الرهن أولوية المرتهن في التقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقوقه من محل الرهن وتحدد تلك الأولوية بناء على تاريخ ووقت إشهار حق الرهن."

² نصت المادة (43) من القانون النموذجي للأونيسترال على أنه: "1- يجوز للشخص أن ينزل في أي وقت مرتبة أولوية حقوقه بمقتضى هذا القانون لصالح أي مطالب منافس حالي أو لاحق. ولا يلزم أن يكون المستفيد طرفاً في ذلك التنازل. 2- لا يمس التنازل بحقوق أي مطالبين منافسين غير الشخص الذي أنزلت مرتبة أولويته والشخص المستفيد من ذلك التنازل."

له بجميع دينه إلى مرتبة المتنازل. أما إذا كان الدينان غير متساويين، فإن المتنازل له يرتفع في سلم الأولوية إلى مرتبة المتنازل في حدود دين المتنازل. كذلك يشترط ألا يترتب على التنازل عن مرتبة حق الضمان ضرراً بحقوق أي دائن مزاحم ليس طرفاً في الاتفاق. ويأخذ التنازل عن المرتبة صيغة اتفاق بين الطرفين الدائن المتنازل والدائن المستفيد أو المتنازل إليه، كما يمكن أن ينفرد الدائن المتنازل بإجراء التنازل بإرادته المنفردة باعتبار أنه ينشئ للمستفيد المتنازل إليه حقاً له خالياً من أي التزام¹.

كذلك نص القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" على حرية الأطراف في التنازل عن مرتبة حقهم². فيمكن للأطراف أن يبرموا عقد تنازل عن مرتبة حق الضمان إذا كان حقهم على ذات الأموال المثقلة، ويخضع العقد من حيث صحته وقابليته للتنفيذ إلى القواعد العامة المنظمة للعقود³. كما نظم كل من القانون المصري والقانون الإماراتي فكرة التنازل عن حق الضمان، حيث يكون التنازل في حدود الالتزام المضمون للدائن المتنازل، فإذا كان دين الدائن المتنازل له أكبر من دين الدائن المتنازل، فإنه المتنازل له لا يرتفع إلى مرتبة الدائن المتنازل إلا في حدود دين الأخير.

كذلك يشترط لنفاذ التنازل في مواجهة المدين أو الغير أن يتم إشهار التنازل، إلا أن القانون المصري اشترط لنفاذ التنازل أيضاً إخطار المدين أو مقدم الضمان به⁴. ونرى أن مسلك المشرع المصري في اشتراط الإخطار لنفاذ التنازل لا يخلو من تشدد ولا يستقيم مع بيئة الأعمال في

¹ Model Law on Secured Transactions– Guide to Enactment, op.cit, P. 104.

² نصت المادة (9-339) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" على أنه: "لا تحول هذه المادة دون التنازل عن مرتبة الحق بموجب اتفاق من قبل شخص له الأولوية".

³ Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, op.cit, P. 317.

⁴ نصت المادة (12) من القانون المصري على أنه: "يجوز للدائن أن يتنازل عن حق الضمان المشهر إلى شخص آخر ويسري هذا التنازل في حق الغير من تاريخ إشهاره بالسجل. ولا يسري هذا التنازل في حق المدين ومقدم الضمان إلا من تاريخ إخطارهما به وفقاً للطريقة المحددة في عقد الضمان. كما يجوز للدائن التنازل كتابة عن مرتبة الأولوية لحق الضمان المقرر وفقاً لأحكام هذا القانون في حدود الدين المضمون بهذا الحق. ويكون هذا التنازل نافذاً في مواجهة الغير من تاريخ إشهار هذا التنازل بالسجل".

كذلك نصت المادة (24) من القانون الإماراتي على أنه: "1- للمرتين التنازل خطياً عن مرتبة الأولوية المقررة له وفقاً لأحكام هذا القانون، شريطة أن يتم التنازل في حدود حقه المضمون. 2- يجب إشهار التنازل عن المرتبة في السجل حتى يترتب آثاره".

الحصول على التسهيلات الائتمانية، فتنازل الدائن المضمون له عن مرتبته لغيره من الدائنين أمر شائع في قطاع الأعمال، فكان الأولى كفالة حرية الدائنين في التنازل عن مرتبتهم مع الاكتفاء بشرط إشهار هذا التنازل في السجل، خاصة وأنه لن يترتب على هذا التنازل أي ضرر على المدين الضامن أو الدائنين المضمونين الآخرين باعتبار أن التنازل في حدود دين الدائن المتنازل. وقد سائر القانون الفلسطيني القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" فيما يتعلق بإنزال مرتبة الحق حيث جاء حكم التنازل موجزاً، فقد نصت المادة (23) من القانون على أنه: "للمضمون له أن يتنازل عن مرتبة الأولوية المقررة لحق الضمان الممنوح له بموجب أحكام هذا القرار." ومع ذلك، فإنه لا يشترط لنفاذ التنازل في القانون الفلسطيني أن يكون في صيغة اتفاق، فيمكن للدائن المضمون له أن يتنازل بإرادته المنفردة عن مرتبته في حدود دينه، كما يمكن أن يكون التنازل في صورة عقد مبرم بين الطرفين¹.

ويُقترح على المشرع البحريني أن يكفل للدائن المضمون له حرية التنازل عن مرتبته شريطة أن يكون التنازل في حدود الدين، فلا يستفيد المتنازل له من تعديل مرتبته إلى في حدود دين المتنازل، على أن يتشترط لصحة التنازل ألا يترتب عليه أي ضرر بحقوق دائن مزاحم آخر. كما يمكن للمدين تقييد حرية الدائن المضمون له في التنازل عن طريق النص على ذلك في عقد

¹ القاعدة العامة أنه لا يمكن النزول عن مرتبة حق الضمان إلا برضاء الدائن الذي له أسبقية، إلا أن قانون إعادة التنظيم والإفلاس البحريني رقم (22) لسنة 2018 أجاز للمحكمة، عندما لا يوافق الدائن المضمون له على التنازل عن مرتبة ضمانه القائم، أن تأذن بإنشاء حق ضمان يكون له الأولوية على حقوق الضمان القائمة وذلك بغرض الحفاظ على نشاط المدين المعسر ومواصلة عمله في فترة إعادة تنظيمه، وقد اشترطت المادة (80) من القانون ثلاثة شروط لتعديل مرتبة الدائن المضمون له بقرار من المحكمة بالرغم من عدم موافقته على التعديل، وهي:

- 1- إتاحة فرصة سماع الرأي للدائن المضمون القائم.
- 2- إثبات المدين أو أمين التفليسة عدم القدرة على الحصول على تمويل بأي طريقة أخرى.
- 3- توفير حماية لمطالبة الدائن المضمون القائم، كسداد دفعات على حساب المطالبة أو منح الدائن المضمون له امتيازات إضافية أو بديلة أو منح الدائن المضمون كفالة أو ضمان لحماية مطالبته المضمونة وإذا كانت قيمة المال المثقل بحق ضمان تجاوز مبلغ المطالبة المضمونة بمقدار واف، يجوز أن تشكل المبالغ الزائدة للمال المثقل بحق ضمان حماية كافية لتلك المطالبة.

الضمان. وفي رأينا أن الأخذ بهذا المقترح ليس إلا ترديداً للقواعد العامة في جواز أن يحيل الدائن حقه في ذمة مدينه إلى شخص آخر دون حاجة إلى رضا المدين¹.

الفرع الثاني

أثر الالتزامات أو الديون الآجلة والأموال المستقبلية على تحديد الأولوية

تهدف قوانين المعاملات المضمونة إلى توسعة نطاق أدوات الضمان بغية تعزيز الحصول على الائتمان، فقد أجازت إنشاء حق الضمان لضمان الالتزامات أو الديون الآجلة، كالتمويل المستقبلي، أو تقديم تسهيلات ائتمانية متجددة أو على دفعات، أو إنشاء اعتماد مفتوح. كما اعترفت هذه القوانين، أيضاً، بحق الضمان الذي يرد على أموال مستقبلية لم تنشأ بعد أو لم تدخل في حيازة المدين أو ملكيته.

ونظراً للطبيعة الخاصة للالتزامات أو الديون الآجلة والأموال المستقبلية، فقد استلزم ذلك أن يضع المشرع قواعد خاصة تتعلق بتحديد مرتبة الدائن في سلم الأولوية عند تراحم حقوق الدائنين المضمون لهم إذا كان الالتزام المضمون أجلاً أو كان محل حق الضمان مالاً مستقبلاً.

وعلى ذلك يمكن تناول مدى تأثير الالتزامات أو الديون الآجلة والأموال المستقبلية على تحديد الأولوية من خلال الآتي:

¹ نصت المادة (287) من القانون المدني على أنه: "يجوز للدائن أن يحيل حقه في ذمة مدينه إلى شخص آخر ، إلا إذا منع ذلك نص في القانون ، أو اتفاق المتعاقدين ، أو طبيعة الالتزام ، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين"

أولاً: حق الأولوية على الالتزامات أو الديون الآجلة

أجازت قوانين المعاملات المضمونة إنشاء حق ضمان لضمان الالتزامات أو الديون الآجلة كالتسهيلات التمويلية المتجددة "Revolving Loan Facility" وذلك مسايرة من المشرع للمعاملات التمويلية المعاصرة بما ييسر على المؤسسات المالية تقديم أدواتها الائتمانية¹. ومن صور الالتزامات والديون الآجلة الاعتمادات المصرفية والتي بمقتضاها يتعهد البنك أن يضع تحت تصرف المستفيد أداة من أدوات الائتمان في حدود مبلغ نقدي معين، وللعميل مطلق الحرية في استخدام الاعتماد بحسب حاجته إليه، دون أن يلزمه البنك أو يرجع عليه بشيء إذا لم يستخدم الاعتماد².

فإذا التزم البنك بفتح اعتماد للمدين، فإن حق الضمان لا يمكن إنفاذه بمجرد إبرام عقد الضمان أو فتح الاعتماد، وإنما ينبغي أن ينشأ الالتزام المضمون باستخدام المدين الاعتماد بالفعل³، ولكن تبقى مسألة تحديد الأولوية محل تساؤل، فهل تتحدد مرتبة الدائن من وقت إبرام عقد الضمان أم من وقت استخدام المدين للاعتماد.

ويفترض في هذا النوع من التمويل أن المدين أنشأ عقد ضمان للحصول على قرض بمبلغ معين، إلا أنه بعد فترة حصل على قرض جديد أو قرض إضافي قبل أن يسدد قرضه السابق، الأمر الذي يثير مسألة ما إذا كان ثمة حاجة إلى إنشاء عقد ضمان جديد إلى التمويل الإضافي. وما إذا كانت الأولوية تنشأ من وقت إبرام عقد الضمان بصرف النظر عن استعمال التاجر للاعتماد الائتماني.

وقد أخذ القانون النموذجي للأونيسترال بحق الدائن المضمون له في التمسك بأولوية حقه بالنسبة لدينه الآجل، إلا أن حقه ليس مطلقاً وإنما مقيد بالحالة التي يكون فيها حق ضمانه في مواجهة دائن حصل على حكم قضائي ضد المدين واتخذ خطوات تنفيذ الحكم على الأموال المثقلة⁴.

¹ أنظر ما سلف بيانه حول الالتزام المضمون في المبحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث.

² د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 532 وما بعدها.

³ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 75.

⁴ تنص الفقرة (1) من المادة (44) من القانون النموذجي للأونيسترال على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة (37) من هذا القانون، تمتد أولوية حق الضمان لجميع الالتزامات المضمونة بما في ذلك الالتزامات التي تم تحملها بعد أن أصبح حق الضمان نافذاً في مواجهة الغير."

كذلك أيضاً نص القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" في المادة (9-323) على أن مرتبة الدائن المضمون له في التمويل الآجل "Future Advance" تتحدد من وقت تسجيل الإشعار أو بأي طريقة لنفاذ حق الضمان في مواجهة الغير لا من وقت استخدام المدين للمال¹. وبالتأكيد فإن من شأن هذا المسلك في تحديد الأولوية لصالح للالتزامات والديون الآجلة أن يحقق اطمئناناً للدائن المضمون له وقت تعهده بتقديم الائتمان، بحيث إن أولوية حقه لن تقتصر على الدفعة الائتمانية التي يقدمها وقت إبرام عقد الضمان، وإنما سوف تمتد أولويته إلى الدفعات اللاحقة.

وعلى خلاف ما تناوله القانون النموذجي للأونيسترال والقانون الموحد الأمريكي، لم تحدد قوانين المعاملات المضمونة العربية أولوية حق الضمان في الالتزامات الآجلة. وكان جديراً بها أن تتناول هذه المسألة لأهميتها وأن تحدد أولوية الدائن من وقت نفاذ حق ضمانه بصرف النظر عن سداد مقابل الالتزام المضمون، الأمر الذي يقلل من تكلفة الضمان ويعزز من فاعليته، حيث لا يحتاج الدائن المضمون له إلى تحديد أولويته في كل دفعة يقدمها للمدين الضامن من خلال إبرام اتفاق ضمان جديد وتحميل الدائن عبء التحقق في كل مرة من وجود أي مزاحمة الدائنين في سجل الضمان، الأمر الذي يساهم في تحقيق اطمئنان للدائن عند منحه ائتمان للمدين بأن أولويته لن تقتصر على الائتمان الذي قدمه وقت إبرام عقد الضمان، وإنما سوف تشمل التسهيلات الائتمانية الآجلة باعتبارها تدخل في ضمان المعاملة المضمونة.

ويُقترح على المشرع البحريني أن يتناول أولوية حق الضمان في الالتزامات أو الديون الآجلة عند تنظيمه لقانون المعاملات المضمونة على أن تتحدد مرتبة الدائن المضمون له في التمويل من وقت نفاذ حق ضمانه في مواجهة الغير وليس من وقت أداء الالتزام أو سداد الدين.

Model Law on Secured Transactions– Guide to Enactment, op.cit, P. 105.

¹ P.A.U. Ali, op.cit, P. 158.

ثانياً: حق الأولوية على الأموال المستقبلية المثقلة بالضمان

تُقرر القوانين التي نظمت الرهن التقليدي بشقيه التأميني أو الحيازي بطلان رهن المال المستقبل، وعلة بطلان هذا النوع من الرهن بطلاناً مطلقاً ترجع إلى مخالفة مبدأ التخصيص، والذي يتطلب تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً، فضلاً عن الرغبة في توفير حماية للمدين الراهن من أن يقدم على رهن ما يستجد له من مال مستقبلي¹.

غير أن قوانين المعاملات المضمونة قد هجرت هذا التوجه في تقييد حرية المدين في ترتيب حق ضمان على أمواله المستقبلية، وهذا ما أكدته بعض القوانين في تعريف الضمانة بأنها مال منقول حالي أو مستقبلي². ويجد هذا النوع من حقوق الضمان صدقاً واسعاً في التطبيق العملي، فالمدين الضامن قد ينشئ حق ضمان على أموال قد تدخل في حيازته مستقبلاً كالمخزون والمستحقات أو المنتجات المراد صنعها مستقبلاً. فإذا كان المدين يستطيع وصف تلك الأموال المستقبلية فإنه يجوز له ترتيب حق ضمان عليها بالرغم من أنها لم تدخل في ذمته بعد³.

وقد سبق وأن أشرنا إلى أن قوانين المعاملات المضمونة المقارنة قد درجت على استعمال مصطلح "وصف المال المضمون" "Description of the Collateral" بخلاف ما ذهبت إليه قوانين المعاملات المدنية التي استعملت مصطلح "تعيين المال المضمون" عند تنظيمها للرهن التأميني أو الحيازي، ويرجع استخدام مصطلح "وصف المال المضمون" إلى أن حق الضمان قد يرد على بعض صور الأموال المستقبلية مما يجعل اشتراط التعيين الدقيق تعقيداً على الأطراف في إنشاء حق ضمان على أموالهم المنقولة⁴.

ويثور التساؤل حول تحديد تاريخ الأولوية في حقوق الضمان على الأموال المستقبلية التي يرد عليها حق الضمان، وما إذا كانت المرتبة تحدد من تاريخ إنشاء حق الضمان أو من تاريخ اكتساب المدين حقاً على تلك الأموال المستقبلية ودخولها في حيازته.

¹ د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 308 وما بعدها.

² أنظر على سبيل المثال إلى تعريف المنقول في القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة وتعريف الضمانة في القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في المال المنقول.

³ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 222.

⁴ أنظر إلى ما أشرنا إليه في شأن وصف الأموال المثقلة في المبحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث.

نصت الفقرة (2) من المادة (44) من القانون النموذجي للأونسيترال على أنه: "تشمل أولوية حق الضمان جميع الموجودات المثقلة الموصوفة في الإشعار المسجل في السجل، سواء اكتسبها مقدم الضمان أو نشأت قبل وقت التسجيل أو بعده." ومؤدى النص أن مرتبة الدائن المضمون له في الأموال المستقبلية تحدد من تاريخ تسجيل حقه بالإشعار بصرف النظر عن تاريخ اكتساب المدين حقاً عليها أو حيازتها.

كذلك ذهب القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" في المادة (9-204) منه إلى جواز إنشاء حق ضمان على الأموال المستقبلية أو التي يمكن حيازتها مستقبلاً "After-Acquired Property" وأن الأولوية ترجع إلى تاريخ نفاذ حق الضمان عن طريق تسجيل الإشعار أو عن أي طريق نفاذ آخر¹.

وعلى خلاف ما ذهب إليه القانون الاتحادي الإماراتي الذي لم يتطرق إلى جواز إنشاء حق ضمان على الأموال المستقبلية، فإن كل من القانون المصري والفلسطيني أجاز ترتيب المدين حق ضمان على أمواله المستقبلية وذلك من خلال تعريفهما لمصطلح المنقول أو الضمانة². ومع ذلك، لم يرد في القانون المصري أو الفلسطيني أي إشارة إلى تحديد تاريخ أولوية الدائن المضمون له الذي له حق ضمان على منقول مستقبلي.

ونرى أنه لعدم وجود أي حكم خاص في القانونين المصري والفلسطيني يتعلق بتحديد تاريخ أولوية الدائن المضمون له فإنه ينبغي تطبيق مبدأ الأسبقية الذي يقضي بأن العبرة في تحديد الأولوية يكون بالأسبقية في شهر حق ضمانه، وهو ما قد يشجع الدائنين في منح ائتمان للمدين لمعرفة المسبقة بمرتبتهم التي لا تتأثر بتاريخ اكتساب المدين حقه على تلك الأموال.

ويُقترح على المشرع البحريني عند سنه قانون المعاملات المضمونة أن يفرد أحكاماً تنظم حق الأولوية على الأموال المستقبلية، على أن تحدد مرتبة الدائن المضمون له من تاريخ تسجيل

¹ James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 157 and 158.

² عرف القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة المنقول الذي يرد عليه حق الضمان بأنه: "كل منقول مادي قائم أو مستقبلي أو منقول معنوي قائم مملوك للمدين أو مقدم الضمان أو الدائن يكون ضماناً للالتزام أو دين أو تمويل أو تسهيل ائتماني وفقاً للضوابط التي تضعها اللائحة التنفيذية..." كما عرف القانون أيضاً المنقول المستقبلي بأنه: "المنقول المادي المتوقع وجوده مستقبلاً في ملكية المدين أو مقدم الضمان طبقاً للمجرى العادي للأمر". كما عرف القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة الضمانة بأنها: "المال المنقول الحالي أو المستقبلي الذي يوضع ضماناً للالتزام بموجب عقد الضمان".

الإشعار وليس من تاريخ اكتساب المدين حقاً عليها أو حيازتها، وذلك تلبية للحاجة العملية في استخدام الأموال المستقبلية كضمان للحصول على الائتمان. كما أن الاعتراف بالأولوية من تاريخ إنشاء حق الضمان سيكون له مردود إيجابي على الائتمان، فالبנק ستكون مستعدة لتقديم ائتمان مضمون على الأموال المستقبلية إذا كانت قادرة على معرفة مرتبتها من تاريخ إنشاء حق الضمان وليس من تاريخ اكتساب المدين حقاً عليها.

المطلب الثاني

تطبيقات حق الأولوية في القوانين المقارنة

على الرغم من أن قوانين المعاملات المضمونة قد أرست مبدأ الأسبقية في تحديد الأولوية "First in time, first in right"، إلا أنها لم تجعل هذا المبدأ قاعدة مطلقة في تحديد مرتبة الدائنين عند تزامهم. فقد أوردت القوانين استثناءات على هذا المبدأ وذلك لاعتبارات تتعلق بطبيعة الأموال المثقلة بالضمان أو طريقة نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير. فقد يتعارض حق ضمان نافذ عن طريق تسجيل الإشعار وله أسبقية زمنية مع حق آخر نافذ بغير طريق التسجيل كالنفاذ التلقائي أو السيطرة أو الحيازة، ومع ذلك فإن القانون يمنح الأولوية للدائن الذي كان نفاذ حقه متأخراً عن حق الدائن عن طريق تسجيل الإشعار وذلك مراعاة لاعتبارات خاصة تقتضي عدم الأخذ بمبدأ الأسبقية.

لذلك يتعين أن نتناول تطبيقات حق الأولوية في القوانين المقارنة، واستعراض القواعد الخاصة التي تنظم حق الأولوية في تلك القوانين عند تزامن الحقوق على الأموال المثقلة من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

حق الأولوية في القانون النموذجي للأونسيترال والقانون الموحد الأمريكي

على الرغم من أن القانون النموذجي للأونسيترال والقانون الموحد الأمريكي اعتمدا مبدأ الأسبقية في تحديد الأولوية إلا أنهما خرجا في بعض الحالات على هذا المبدأ لأسباب تتعلق بطبيعة الأموال المثقلة أو لاعتبارات تتعلق باختلاف طرق نفاذ حق الضمان عليها. ويمكن تناول تطبيقات حق الأولوية في هذين القانونين من خلال الآتي:

أولاً: حق الأولوية في القانون النموذجي للأونسيترال

وضع القانون النموذجي للأونسيترال بشأن المعاملات المضمونة بعض القواعد الخاصة المتعلقة بالأولوية لحالات وأنواع معينة من الأموال التي يرد عليها حق الضمان، ومن ذلك:

1- الصكوك القابلة للتداول

يمكن للمدين أن يرتب حق ضمان على الصك القابل للتداول عن طريق نقل حيازته للدائن أو عن طريق تسجيل إشعار. ومن ثم قد يترتب لأكثر من دائن حقوق ضمان نافذة على ذات الصك القابل للتداول بطرق مختلفة من طرق النفاذ.

ويقصد بالصك القابل للتداول "Transferable Instrument" أي صك يمثل حقاً في سداد التزام أو الوفاء به، بما في ذلك الشيك أو الكمبيالة أو السند لأمر، ويكون مستوفياً للاشتراطات المقررة بموجب القانون لاعتباره قابلاً للتداول¹.

وقد خرج القانون النموذجي عن قاعدة الأسبقية في تحديد الأولوية عند تنظيمه لأولوية حق الدائن المضمون له الحائز على الصك والذي تكون له الأولوية على غيره من الدائنين النافذ حقهم عن طريق تسجيل الإشعار، بصرف النظر عن وقت التسجيل². ويرجع أساس هذا المسلك التشريعي الذي انتهجه القانون النموذجي إلى الحفاظ على قاعدة قابلية هذه الصكوك إلى التداول

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Terminology and recommendations, op.cit, P. x.

² المادة (46) من القانون النموذجي للأونسيترال.

وحماية مبدأ التداول قدر الإمكان، لذلك فإن الأولوية تكون للدائن المضمون له الحائز، وله أن يستوفي دينه من تلك الصكوك ولو كان للدائن الآخر أسبقية في نفاذ حقه بطريق تسجيل الإشعار¹.

2- الحق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي

تناول القانون النموذجي للأونسيترال قواعد خاصة تتعلق بأولوية حقوق الضمان الواردة على الحق في تقاضي أموال نقدية مودعة في حساب مصرفي، حيث قررت المادة (47) من القانون بأن الأولوية عند تراحم حقوق الضمان تعتمد على الطريقة التي يكون الحق نافذاً بها تجاه الغير. فإذا كان للدائنين المتزاحمين حق ضمان نافذ عن طريق السيطرة، فإن الأولوية تكون وفقاً لمبدأ الأسبقية². أما إذا تراحم حق دائن نافذ ضمانه عن طريق السيطرة مع حق دائن نافذ من خلال أي طريق آخر كطريق تسجيل الإشعار في السجل، فإن الأولوية تكون للدائن الأول حتى لو كان للدائن الثاني أسبقية زمنية في نفاذ حقه³.

ومع ذلك، فإنه إذا كان حق الضمان الوارد على حق تقاضي أموال نقدية مودعة في حساب مصرفي لدى مؤسسة مالية فإن الأولوية تكون لتلك المؤسسة ولو كان حق ضمان الدائنين الآخرين نافذاً في مواجهة الغير عن طريق السيطرة، وذلك مراعاة لحق المقاصة المقرر للمؤسسة المالية. أما إذا كان النزاع على الأولوية بين المؤسسة المالية المودع لديها الأموال النقدية وبين الدائن المضمون له الذي أصبح صاحب الحساب المصرفي، فإن الأولوية تكون للدائن المضمون له الذي أصبح عميلاً للمؤسسة المالية بانتقال الحساب المصرفي له على اعتبار أن المؤسسة تنازلت عن أولويتها بقبول الدائن المضمون المزاحم لها عميلاً لديها وانتقال الحساب المصرفي إليه⁴.

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 225.

² Spyridon V Bazinas and N Orkun Akseli, op.cit, P 70.

³ Model Law on Secured Transactions– Guide to Enactment, op.cit, P.107.

⁴ من الصور غير الشائعة لنفاذ حق الضمان عن طريق السيطرة نقل الحساب المصرفي إلى الدائن المضمون له والذي يتطلب بالإضافة إلى رضا المدين الضامن إذن البنك، وفي هذه الحالة يكون الدائن هو صاحب الحساب المصرفي. ومع ذلك يقع على الدائن التزام بنقل الحساب إلى المدين الضامن عند الوفاء بدينه المضمون. أنظر في ذلك:

- Model Law on Secured Transactions– Guide to Enactment, op.cit, P.107 and 108.
- Spyridon V Bazinas and N Orkun Akseli, op.cit, P 70 and 71.

3-النقود

نظراً للطبيعة الخاصة للنقود وعدم الحد من قابليتها للتداول، فقد خرج القانون النموذجي للأونيسترال على قاعدة الأسبقية عندما قرر مبدأ انتقال النقود خالية من أي حقوق ضمان عليها، حيث نصت المادة (48) من القانون على أن حائز النقود يكتسب حقوقه عليها خالية من أي حق ضمان وارد عليها إلا إذا كان الحائز على علم عند تسلمه الحياة بأن النقل يخل بحقوق الدائن المضمون له.

4-السندات القابلة للتداول والأموال العينية محل السندات القابلة للتداول

يعرّف القانون النموذجي السند القابل للتداول "Transferable Document" بأنه سند يمثل حقاً في استلام أموال عينية ويكون قابلاً للتداول بموجب القانون، ومن ذلك مثلاً إيصالات المخازن أو المستودعات وسندات الشحن¹.

ويقضي القانون النموذجي بأنه عند تزامن حقوق الضمان على السند القابل للتداول أو على الأموال التي يشملها السند، فإن الأولوية تكون للحائز ولو كان للدائنين الآخرين أسبقية في إنشاء حقوقهم المضمونة، وذلك بغية الحفاظ على قابلية هذا النوع من السندات للتداول في إطار القانون الذي يحكمه².

ثانياً: حق الأولوية في القانون الموحد الأمريكي "UCC 9"

اتخذ القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة مبدأ الأسبقية كقاعدة عامة في تحديد الأولوية عند تزامن الدائنين على ذات المال المثقل بحقوق ضمانهم، فمن كان لحق ضمانه أسبقية في النفاذ في مواجهة الغير، كانت له الأولوية على غيره من الدائنين المضمون لهم وحق التقدم في استيفاء حقه من ذلك المال المثقل بالضمان.

ومع ذلك، فقد اتجه القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" إلى تقرير بعض الاستثناءات على القاعدة العامة للأولوية مراعاة إلى اعتبارات مختلفة، ومن تلك الاستثناءات:

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Terminology and recommendations, op.cit, P. xii.

² أنظر المادة (49) من القانون النموذجي للأونيسترال.

1- حق الضمان الناشئ عن طريق تمويل شراء مخزون

تكفلت المادة (9-324-b) من القانون الموحد الأمريكي بتقرير أولوية حق الضمان الناشئ عن طريق تمويل شراء مخزون "Purchase Money Security Interest in Inventory" على أي حق ضمان وارد على ذات المخزون شريطة أن يحوز المدين المخزون، وأن يقوم الدائن الممول لشراء المخزون بإشعار الدائن الذي له أسبقية قبل أن يستلم المدين المخزون¹. فلنفترض مثلاً أن المدين أنشأ حق ضمان على مخزونه الحالي وما يدخل في حيازته مستقبلاً من أشياء في مخزونه مقابل الحصول من البنك على تمويل، وقام البنك بتسجيل إشعار لضمان نفاذ حقه في مواجهة الغير. وبعد ذلك حصل المدين على بضائع لغرض بيعها في السياق المعتاد لنشاطه التجاري من تاجر جملة والذي احتفظ لنفسه بحق ضمان على تلك البضائع بصفتها مخزوناً حتى يسدد المدين ثمنها. ففي هذا الفرض يكون لتاجر الجملة أولوية على البنك على اعتبار أن حق ضمانه نشأ عن طريق تمويل المخزون، ولكن بشرط أن يستلم المدين تلك البضائع منه وأن يقوم تاجر الجملة بإرسال إشعار إلى البنك يبين فيه وصف المخزون المثقل بحق ضمانه².

2- حق الضمان الناشئ عن طريق تمويل شراء منقول لا يعد مخزوناً

من الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة في تحديد الأولوية حق الضمان الناشئ عن طريق تمويل شراء منقولات لا تعتبر مخزوناً "Purchase Money Security Interest Non-Inventory Collateral" فيكون للدائن الذي له حق ضمان ناشئ عن طريق تمويله شراء منقولات لا تدخل ضمن المخزون أولوية في استيفاء حقه على تلك المنقولات على غيره من الدائنين المزاحمين أيّاً كانت مرتبتهم في نفاذ حقوقهم الضمانية³.

فإذا كان هناك دائن لديه حق ضمان على معدات المدين الحالية والمستقبلية، وقام بنك بتمويل المدين لشراء المعدات واحتفظ البنك بحق ضمان عليها لحين سداد ثمنها. فإذا قام البنك بتسجيل إشعار وقت شراء المدين لتلك المعدات أو خلال عشرين يوماً من شرائها، فإن الأولوية تكون للبنك على تلك المعدات حتى لو كان لدى الدائن الآخر حق ضمان نافذ في مواجهة الغير

¹ David P. Twomey and others, op. cit, P. 694.

² Jane P. Mallor and others, op.cit, P. 775 and 776.

³ المادة (9-324-a) من القانون الموحد الأمريكي بشأن المعاملات المضمونة.

وله الأسبقية الزمنية على حق البنك. ففي هذا الفرض لا تكون العبرة في تحديد الأولوية بالأسبقية في نفاذ الحق.

3-المشتري في السياق المعتاد للأعمال

أوردت المادة (9-320-a) من القانون الموحد الأمريكي استثناءً آخرًا على مبدأ الأسبقية في تحديد الأولوية، فالمنقول الذي يتم شراؤه في السياق المعتاد لأعمال المدين يكون خالياً من أي حق ضمان عليه، ولو كان حق الضمان نافذاً في مواجهة الغير وكان المشتري يعلم بوجود حق الضمان¹.

ومثال ذلك، بأن يعطي بنك قرضاً لتاجر التجزئة لشراء أثاث بغرض بيعها، وحتى يستطيع البنك أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه التاجر، فقد يحصل على ضمان نافذ في مواجهة الغير على الأثاث من خلال تسجيل إشعار. بعد ذلك، عمد تاجر التجزئة إلى بيع قطعة من الأثاث المثقل بحق الضمان إلى أحد عملائه. ففي هذا الفرض فإن قطعة الأثاث تنتقل إلى العميل خالية من حق ضمان البنك بالرغم من أن تاجر التجزئة يعتبر مخلاً باتفاق الضمان المبرم مع البنك. كما لا يستطيع البنك الاحتجاج بحق ضمانه بأن العميل كان يعلم بأن الأثاث مثقل بضمانه، ما دام العميل اشترى قطعة الأثاث في إطار السياق المعتاد لأعمال تاجر التجزئة. ويرجع الفقه العلة من هذا الاستثناء على مبدأ الأسبقية بأن ذلك يعد حماية للنشاط التجاري، فالمشتري سوف يعزف عن شراء منقول إذا كان للدائن المضمون له حق الإنفاذ عليه لاستيفاء حقه منه، كما أن للدائن المضمون له أن يستوفي حقه من عوائد بيع ذلك المنقول المثقل².

¹ Theodore Eisenberg, op. cit, P. 24-176.

تجدر الإشارة إلى أن المادة (9-320-a) من القانون الموحد الأمريكي بشأن المعاملات المضمونة قد استثنت من حكمها شراء المنتجات الزراعية، فلا يستطيع المشتري لتلك المنتجات في سياق المعتاد للأعمال الحصول عليها خالية من حق الضمان. ومع ذلك، فإن المشتري يحصل على المنتجات الزراعية خالية من حق الضمان بموجب المادة (1324) من قانون الأمن الغذائي الصادر في سنة 1985. أنظر في ذلك المرجع السابق، ص 25-177.

² Jane P. Mallor and others, op.cit, P. 778.

4- حق الامتياز الحيازي الذي مصدره القانون

نصت المادة (9-333) على أولوية حقوق الامتياز الحيازية التي يكون مصدرها القانون "Possessory liens arising by operation of law" مثل امتياز الحرفيين أو الميكانيكيين، فلو أخذ مدين مركبته المثقلة بحق ضمان إلى ميكانيكي لتصليحها، فإن للميكانيكي حق امتياز على المركبة، فله أن يحبسها لحين استيفاء حقه منها. فإذا عجز المدين عن سداد دينه للدائن المضمون له وللميكانيكي، وتم بيع السيارة، فإن للميكانيكي الأولوية في استيفاء حقه من عوائد تلك السيارة قبل الدائن المضمون له¹.

5- العقارات بالتخصيص

تعتبر الأموال العقارية بالتخصيص أموالاً منقولة يضعها صاحبها في عقار يملكه، رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله، بحيث ترتبط تلك المنقولات بالعقار ارتباطاً لا انفكاك منه بحيث يمثلان كلاهما وحدة اقتصادية لا تتجزأ². فلذلك تدخل في نطاق الأموال التي يمكن أن يرتب المدين حق ضمان عليها المواشي التي تخدم العقار وآلات الزراعة التي يستعين بها على الزراعة.

وقد أشرنا سابقاً إلى أن حق الضمان في القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" يمتد إلى العقارات بالتخصيص "Fixtures" وهي الأشياء المثبتة في العقار والتي تعتبر جزءاً منه. وقد عرفت المادة (9-102) من القانون الموحد مصطلح العقارات بالتخصيص بأنها الأشياء التي أصبحت ذات صلة بأموال عقارية معينة وأن الحق فيها ينشأ بموجب قانون الملكية العقارية³.

فإذا أصبحت المنقولات المثقلة بحق الضمان جزءاً من عقار فإنها تكون خاضعة لقانون الملكية العقارية باعتبارها عقاراً بالتخصيص. وعليه فإن الأمر لا يخلو من صعوبات في تحديد

¹ Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, op.cit, P. 328.

² د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، 29 وما بعدها.

³ أنظر إلى ما سلف بيان في المبحث التمهيدي حول تعريف حق الضمان في القوانين المقارنة.

الأولوية على تلك المنقولات بين الدائن المضمون له الذي له حق ضمان على تلك المنقولات والدائن الذي له حق رهن تأميني وفقاً لقانون الملكية العقارية.

وطبقاً لأحكام الفقرة (c) من المادة (9-334) من القانون الموحد الأمريكي فإنه في حالة تزامن حق ضمان على تلك الأموال مع حق مرتهن أو مالك العقار غير المدين فإن الأولوية تكون للمرتهن أو مالك العقار. ومع ذلك، فقد قررت الفقرة (d) من المادة (9-334) من القانون أولوية حق الدائن المضمون له على العقار بالتخصيص بالرغم من تزامن حق المرتهن أو مالك العقار في الحالات التالية:

- 1- إذا كان حق الضمان ناشئاً عن طريق تمويل شراء المنقولات التي أصبحت عقاراً بالتخصيص.
- 2- إذا نشأ حق الدائن المضمون قبل أن تصبح المنقولات المثقلة بالضمان عقاراً بالتخصيص.
- 3- إذا أصبح حق الضمان نافذاً على المنقولات من خلال تسجيل إشعار قبل أن تصبح عقاراً بالتخصيص أو خلال عشرين يوماً من جعلها منقولات مخصصة لخدمة عقار¹.

كذلك أضافت الفقرات (e) و(f) و(g) و(h) من ذات المادة السابقة استثناءً آخر على حق الضمان الوارد على العقار بالتخصيص وتزاحمه مع الحقوق الأخرى الخاضعة لأحكام قانون الملكية العقارية، حيث نصت على أولوية حق الدائن المضمون له الذي يكون له حق نافذ على العقارات بالتخصيص بشرط:

- 1- أن تكون تلك الأموال المثقلة قابلة للنقل أو الاستبدال بسهولة كأثاث المكتب وأجهزته أو أجهزة المنزل من السلع الاستهلاكية.
- 2- أن يكون حق الضمان نافذاً على المنقولات قبل جعلها مخصصة لخدمة عقار².

¹ Theodore Eisenberg, op. cit, P. 24-230.

² James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 171 and beyond.

الفرع الثاني

اتجاهات قوانين بعض الدول العربية في تنظيم حق الأولوية

بعدما فرغنا من تناول بعض التطبيقات الخاصة لمبدأ الأولوية في كل من القانون النموذجي للأونيسترال والقانون الموحد الأمريكي (UCC9)، يتعين أن نتطرق إلى اتجاهات قوانين المعاملات المضمونة للدول العربية في الخروج على مبدأ الأسبقية الذي قرره كقاعدة عامة في تحديد الأولوية عند تزامم حقوق الضمان مع بعضها البعض أو مع غيرها من الحقوق، وذلك من خلال الآتي:

أولاً: حق الأولوية في القانون المصري

جاءت الأحكام المتعلقة بالأولوية في القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة مقتضبة جداً حيث لم يفرد فصلاً خاصاً لتنظيم مسائل الأولوية أسوة بقوانين المعاملات المضمونة المقارنة بما في ذلك القوانين العربية الأخرى. ومع أن القانون أخذ بالقاعدة العامة في تحديد الأولوية من خلال تقرير مبدأ الأسبقية عند تزامم الحقوق إلا أن القانون أورد استثناءات محدودة على القاعدة العامة تتمثل في الآتي:

1- العقار بالتخصيص

تناول القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة أولوية العقار بالتخصيص في المادة (15) من القانون، حيث نصت على أنه: "إذا أصبح المنقول الضامن عقاراً بالتخصيص يستمر نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، ويتقدم ذلك الحق على الحقوق العينية الأخرى الواقعة على العقار بشرط التأشير بتسجيل حق الضمان في صحيفة العقار بالشهر العقاري إذا كان العقار مسجلاً. ويجوز إنشاء حق ضمان على العقار بالتخصيص وفقاً لأحكام هذا القانون وتحدد مرتبة حق الضمان في هذه الحالة من تاريخ شهره في السجل وتسجيله في صحيفة العقار قبل توثيق أي حقوق على العقار."

ومؤدى ذلك، أن القانون المصري يميز بين فرضين:

(الفرض الأول) أن يكون المال المثقل بحق الضمان منقولاً وأصبح بعد ذلك عقاراً بالتخصيص، ففي هذا الفرض يستمر نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، وتكون له الأولوية على غيره من الحقوق العينية واردة على العقار شريطة أن يتم قيده في صحيفة العقار وفقاً لقانون الشهر العقاري.

(الفرض الآخر) أن يكون حق الضمان وارداً على عقار بالتخصيص. ففي هذا الفرض تكون أولوية الدائن المضمون له الذي أنشأ حق ضمانه بموجب أحكام هذا القانون من تاريخ قيده في سجل إشهار الضمانات المنقولة وتسجيله في صحيفة العقار قبل توثيق أي حقوق أخرى على العقار إذا كان العقار مسجلاً. أما إذا كان العقار غير مسجل، ففي هذه الحالة تحدد مرتبة الأولوية لحق الضمان على العقار بالتخصيص من تاريخ إشهاره في السجل¹.

ويتبين من ذلك أيضاً، أنه يتعين في كلا الفرضيين السابقين تقييد حق الضمان في صحيفة العقار حتى يستطيع الدائن المضمون له الاحتجاج بحقه في مواجهة أصحاب الحقوق العينية الأخرى على العقار.

2- تمويل شراء منقولات إضافية

تناولت المادة (16) من القانون المصري حق الضمان في تمويل شراء منقولات إضافية، وكفلت للممول بالشراء الأولوية على غيره من الدائنين المضمون لهم في استيفاء حقه على أي من المنقولات الإضافية، حيث نصت على أنه: "وفي حالة حصول المدين على تمويل لشراء منقولات إضافية تشكل جزءاً من منقولات سبق إنشاء حقوق أخرى عليها، يكون لممول شراء هذه المنقولات الإضافية أولوية في استيفاء حقوقه منها بشرط شهرها في السجل خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام عمل من تاريخ حيازتها، وفي جميع الأحوال يتم إخطار الدائنين الآخرين المشهرة حقوقهم على المنقولات، وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية."

وتطبيقاً لهذا النص أكدت اللائحة التنفيذية للقانون على أنه إذا حصل المدين على تمويل لشراء منقولات هي في حقيقتها تشكل جزءاً من منقولات سبق إنشاء حقوق ضمان عليها، فإنه يكون للممول أولوية عند تراحم الحقوق على تلك المنقولات شريطة الآتي:

¹ المادة (32) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري تنظيم الضمانات المنقولة الصادرة بموجب قرار وزير الاستثمار رقم (108) لسنة 2016.

1- أن يقوم الممول بالشراء باستيفاء إجراءات الإشهار بالسجل خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أيام عمل من تاريخ حيازتها.

2- أن يقوم الممول بالشراء بإخطار الدائنين المزاحمين الآخرين المقيدة حقوقهم على المنقول في سجل إشهار الضمانات المنقولة وذلك وفقاً لبيانات الاتصال الخاصة بهم والمقيدة في السجل¹.

3- المنقولات المثلية والمنقولات الداخلة ضمن مكونات إنتاج سلعة أو منتج

نظراً للطبيعة الخاصة لبعض المنقولات وأثرها على استمرار نفاذ حق الضمان وكيفية تحديد نسبة حقوق الدائنين المزاحمين فقد تناول القانون المصري بالتنظيم المنقولات المثلية إذا اختلطت بمثيلاتها والمنقولات الداخلة ضمن مكونات إنتاج سلعة أو منتج. وقد رتب القانون في حالة إنشاء حق ضمان على تلك المنقولات واختلاطها بمنقولات أخرى الآثار الآتية:

1- يظل حق الضمان مستمراً في نفاذه حتى لو اختلطت تلك المنقولات المثقلة بالضمان بمنقولات مثيلة أخرى.

2- تتساوى في المرتبة حقوق الضمان على جميع المنقولات المثلية المختلطة شريطة نفاذها في مواجهة الغير.

3- يتحدد حق كل دائن بنسبة دينه المضمون لإجمالي المنقولات المختلطة اعتباراً من تاريخ الاختلاط².

ثانياً: حق الأولوية في القانون الفلسطيني

بالرغم من أن القانون الفلسطيني أرسى مبدأ الأسبقية كقاعدة عامة في تحديد الأولوية عند تراحم الدائنين³، إلا أن القانون نص على بعض الاستثناءات على مبدأ الأسبقية مراعاة لطبيعة بعض الأموال، ويمكن تناول القواعد الخاصة المتعلقة بالأولوية لأنواع معينة من المنقولات في القانون الفلسطيني من خلال الآتي:

¹ المادة (33) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري.

² المادة (15) من قانون تنظيم الضمانات المنقولة.

³ المادة (15) من القانون الفلسطيني رقم (11) لسنة 2016 بشأن ضمان الحقوق في المال المنقول.

1- أولوية حق الضمان العائد لمشتري الصك أو المستند

يكون لمشتري الصك أو المستند الأولوية على حق الضمان الوارد عليهما شريطة أن يقوم المشتري بأداء مقابل الشراء في سياق أعماله المعتادة وأن يحوز الصك أو المستند¹. وقد عرف القانون الفلسطيني مصطلح "المستند" بأنه السند الخطي القابل للتحويل عن طريق التسليم أو التظهير الذي يثبت استحقاق مبلغ من المال كالأوراق التجارية وشهادات الإيداع البنكية. في حين أغفل تعريف مصطلح "الصك"، وكان الأولى أن يضع المشرع تعريفاً للصك لدفع أي غموض أو لبس في تحديد مدلول هذا المصطلح وبالأخص بين المتعاملين بهذا القانون. ومادام أن المستند يرد على المبالغ النقدية والأوراق التجارية وشهادات الإيداع البنكية وفقاً لتعريف القانون، فإنه يمكن اعتبار الصك شهادة ترد على حقوق وأموال غير نقدية ويجوز تداولها بالتظهير إذا كانت لأمر الدائن أو لحاملها بالتسليم كالصكوك الواردة على بضائع في المخازن. ومع ذلك فإن القانون الفلسطيني اتجه للتخفيف من الاستثناء على مبدأ الأسبقية في الأولوية، عندما نص ذيل المادة (16) من القانون على استمرار أولوية الدائن المضمون له على حق مشتري الصك أو المستند إذا ورد في التصرف شرط صريح بإحالة حقوق المضمون له في الصك أو المستند.

2- أولوية حق الضمان المنشأ لتمويل الشراء

أورد القانون الفلسطيني بعض الاستثناءات على أولوية حقوق ضمان الدائنين على بعض المنقولات إذا كانت تتزاحم مع حق ضمان منشأ لتمويل شراء تلك المنقولات²، ومن هذه الاستثناءات: أ- **تزامم حقوق الضمان على المعدات**: تكون الأولوية عند تزامم حقوق الضمان الواردة على المعدات لحق الضمان المنشأ لتمويل شرائها بشرط نفاذه في مواجهة الغير قبل حيازتها من المدين أو خلال عشرة أيام من تاريخ تلك الحيازة.

ب- **تزامم الحقوق على البضائع**: تكون الأولوية لحق الضمان المنشأ لتمويل شراء البضائع على حقوق المشتريين أو المستأجرين أو أصحاب حقوق الامتياز عليها التي تنشأ خلال الفترة الواقعة

¹ المادة (16) من القانون الفلسطيني.

² المادة (17) من القانون الفلسطيني.

بين إنشاء حق الضمان وتسجيل الإشعار . ويشترط لحصول حق الضمان المنشأ لتمويل الشراء على الأولوية أن يتم تسجيل الإشعار خلال عشرة أيام من تاريخ حياة المدين الضامن للبضائع.

ج- **تزامم الحقوق على المخزون والمواشي:** يكون لحق الضمان المنشأ لتمويل شراء المخزون أو المواشي الأولوية على غيره من الحقوق إذا تم تسجيل الإشعار خلال عشرة أيام من تاريخ حيازتها مع إشعار أصحاب الحقوق النافذة عليها خطياً. كما تكون الأولوية عند تزامم الحقوق على المواشي لحق الضمان المنشأ لتمويل شراء الأعلاف والأدوية البيطرية لها باستثناء حق الضمان النافذ في مواجهة الغير المنشأ لتمويل شراء تلك المواشي.

3- أولوية حق الضمان على العقار بالتخصيص

أفرد القانون الفلسطيني حكمين لحق الضمان الوارد على العقار بالتخصيص، الحكم الأول إذا نشأ حق الضمان على منقول وأصبح فيما بعد عقاراً بالتخصيص، فيستمر نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير ويتقدم على الحقوق العينية الأخرى الواقعة على العقار، بشرط تسجيل حق الضمان في صحيفة العقار. والحكم الآخر إذا نشأ حق الضمان على عقار بالتخصيص، فلا تكون لحق الضمان أولوية على الحقوق العينية الأخرى الواردة على العقار إلا إذا تم تسجيل إشعار في سجل المنقولات وتسجيل الإشعار في صحيفة العقار قبل توثيق أي حقوق أخرى على ذلك العقار¹.

4- أولوية حق الضمان على الضمانة الملحقة بمال منقول

إذا تم إلحاق المال المثقل بالضمان بمال منقول آخر، فإن حق الضمان النافذ في مواجهة الغير يظل نافذاً على الرغم من اختلاط المال المثقل بغيره من الأموال ولكن بشرط قابلية المال المثقل للانفصال عن غيره من الأموال².

5- أولوية حق الضمان على المحاصيل الزراعية

¹ المادة (18) من القانون الفلسطيني.

² المادة (19) من القانون الفلسطيني.

تكون الأولوية لحق الضمان الوارد على المحاصيل الزراعية عند تزامنها مع حقوق مالك الأرض الزراعية وحقوق الدائن المرتهن للأرض شريطة أن يكون المدين حائزاً بصفة مشروعة لتلك الأرض الزراعية. كما تكون الأولوية لحق الضمان المقرر للمحاصيل الزراعية على أي حقوق ضمان أخرى إذا كان مُنشأ لتمويل نفقات بذرها وسمادها وتخصيبها وزراعتها وحصدها¹.

ثالثاً: حق الأولوية في القانون الاتحادي الإماراتي

أعطى القانون الإماراتي حقوق الضمان الواردة على أنواع معينة من الأموال أولوية على غيرها من الحقوق بصرف النظر عن مبدأ الأسبقية، ومن أبرز تلك الحقوق ما يلي:

1- أولوية حق الرهن على العقار بالتخصيص

أجاز القانون الإماراتي إنشاء حق الرهن على العقارات بالتخصيص، وقد ميز بين صورتين في ترتيب أولوية حق الضمان أسوة بما ذهب إليه كل من القانون المصري والقانون الفلسطيني. الصورة الأولى أن يكون حق الرهن وراداً على منقول أصبح بعد ذلك عقاراً بالتخصيص، ففي هذه الصورة يستمر نفاذ حق الرهن في مواجهة الغير على ذلك المال، وتكون له الأولوية على غيره من الرهون الواردة على العقار الذي وضع فيه المنقول رصداً لخدمته، سواء كانت تلك الرهون سابقة أو لاحقة لحق الرهن على ذلك المنقول، شريطة إشهار حق الرهن على ذلك المال في السجل الإلكتروني المخصص لإشهار الحقوق على الأموال المنقولة بالإضافة إلى تسجيله في السجل العقاري.

والصورة الأخرى أن يكون حق الرهن وراداً على عقار بالتخصيص. ففي هذا الحالة تكون أولوية حق الدائن المرتهن على أي حق آخر إذا تم إشهار حق الرهن في السجل الإلكتروني وتسجيله في السجل العقاري قبل تاريخ توثيق أي قيد آخر على ذلك العقار، فإذا كانت هناك حقوق مسجلة في السجل العقاري سابقة على حق المرتهن الوارد على العقار بالتخصيص، فلا تكون له الأولوية إلا إذا حصل على موافقة خطية من المرتهنين أصحاب الحقوق على ذلك العقار².

¹ المادة (20) من القانون الفلسطيني.

² المادة (20) من القانون الإماراتي رقم (20) لسنة 2016 في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين.

2- الأولوية على البضائع وممتلكات المحل التجاري

أفرد القانون الإماراتي حكماً خاصاً لتنظيم الأولوية على البضائع وممتلكات المحل التجاري، حيث تكون الأولوية عند تزامم الحقوق لحق الرهن الذي ينشأ على العناصر المادية والمعنوية للمحل التجاري بقصد تمويلها شريطة إشهار حق الرهن قبل نشوء أي حق آخر عليها¹. ويلاحظ على هذا الحكم الذي خصصت المادة (21) من القانون لتنظيمه، أنه لم يخرج عن القاعدة العامة في تحديد الأسبقية عند تزامم الدائنين الواردة في القانون الاتحادي، فالعبرة في المفاضلة بين الحقوق بالأسبقية في التاريخ.

3- الأولوية على المحاصيل الزراعية والحيوانات

تكون الأولوية لحق الرهن الوارد على المحاصيل الزراعية في العقار على حقوق مالك العقار أو أي حقوق رهن أخرى مترتبة على ذلك العقار، إذا كان حق الرهن ناشئاً لشراء وبذر وزراعة وتسميد المحاصيل الزراعية ورعايتها وحصادها وكان العقار في حيازة الراهن بصفة مشروعة. كما تكون الأولوية لحق الرهن لتمويل شراء الأعلاف والأدوية البيطرية للحيوانات على أي حق رهن آخر باستثناء حق الرهن المنشأ لتمويل شراء تلك الحيوانات².

من كل ما تقدم، يُقترح على المشرع البحريني عند تنظيمه لقانون المعاملات المضمونة أن يجمع في تحديد الأولوية بين مبدئين، الأول تحدد الأولوية على أساس زمني والذي يقوم على مبدأ الأسبقية كقاعدة عامة في تحديد الأولوية عند تزامم الدائنين، فمرتبة الدائن المضمون تحدد وفقاً لتاريخ نفاذ حقه في مواجهة الغير بصرف النظر عن تاريخ إبرام عقد الضمان. أما المبدأ الثاني فتحدد الأولوية بالرجوع إلى اعتبارات خاصة يستلزم من المشرع النص عليها بقواعد صريحة وواضحة حتى لا يفقد نظام المعاملات المضمونة فاعليته، فيمكن أن يستند المشرع في تحديد الأولوية على أساس حماية التداول كإنشاء حق ضمان على النقود أو الأوراق التجارية، أو حماية الائتمان والتي من أبرز صورها إنشاء حق ضمان للدائن على منقولات بسبب تمويل المدين لشراء منقولات، أو لطبيعة تلك الأموال كإنشاء حق الضمان على العقارات بالتخصيص، أو غير ذلك من الاعتبارات التي يستلزم مراعاتها عند تحديد الأولوية.

¹ المادة (21) من القانون الإماراتي.

² المادة (22) من القانون الإماراتي.

المبحث الثاني

التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان

إذا اكتسب الدائن حق ضمان على أموال المدين، فإن له أن يستوفي دينه من المقابل النقدي لتلك لأموال المثقلة بحقه إذا ما أخل المدين بالوفاء بالتزامه المضمون. وإذا كان من المفترض أن يؤدي المدين قيمة التزامه المضمون أو الوفاء به طواعية، إلا أنه إذا امتنع عن التنفيذ اختياراً، كان للدائن المضمون له التنفيذ على الأموال المثقلة بضمانه جبراً لاستيفاء دينه لعدم الوفاء به اختياراً.

وغني عن البيان، أن التنفيذ الاختياري للالتزام المضمون أكثر فاعلية وأقل كلفة من الالتجاء إلى الإجراءات القسرية لإجبار المدين الضامن على تنفيذ التزامه، والتي قد تؤدي إلى تعكير صفو العلاقة بين طرفي عقد الضمان، فضلاً عما تقضي إليه إجراءات البيع الجبري من تأخير أو إرجاء وصولاً لاستيفاء الدائن جميع حقوقه. لذلك يحاول طرفاً عقد الضمان إدراج بعض الشروط في عقدهم بغرض تنظيم عملية إنفاذ حق الضمان في حال إخلال المدين الضامن بالتزامه المضمون أو عجزه عن أدائه.

وقد أفردت قوانين المعاملات المضمونة نصوصاً تنظم مبادئ تنفيذ الدائن المضمون له على الأموال المثقلة عند إخلال المدين الضامن بالتزاماته، وذلك نظراً لتأثير عملية التنفيذ على الأموال المضمونة على الائتمان والثقة بالمعاملات. كما عمدت على تنظيم بعض الإجراءات القضائية ذات الطبيعة العاجلة لضمان سلامة إنفاذ حق الضمان وسرعته وكفالة إجراء البيع بطريقة تؤدي إلى الحصول على أنسب الأثمان.

وتقتضي دراسة التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان أن نتناول أولاً طرق التنفيذ على الأموال المثقلة ومن ثم نتعرض إلى آثار التنفيذ، وذلك من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول

حق الدائن المضمون له في التنفيذ على الأموال المثقلة

من المستقر عليه قانوناً أنه يجوز للدائن المضمون له التنفيذ على جميع أموال المدين بما له من حق الضمان العام وذلك بصفته دائناً عادياً، إلا أنه لا يكون له حق التقدم على سائر الدائنين العاديين. كما للدائن المضمون له الحق في التنفيذ على الأموال المثقلة بضمانه بصفته صاحب حق عيني تبقي يتمثل في حق الضمان، فله أن يستوفي حقه من ثمن تلك الأموال وذلك بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين المضمون لهم التاليين له في المرتبة.

وقد درجت قوانين المعاملات المدنية التي تناولت بالتنظيم التأمينات التقليدية بشقيها الرهن التأميني والرهن الحيازي على إلزام الدائن المرتهن إذا ما أرد أن يستعمل حقه في التنفيذ على المال المرهون أن يتبع في ذلك الإجراءات المقررة في قانون المرافعات، فيبيع المال بالمزاد العلني تحت إشراف المحكمة المختصة. ويجوز له في هذه الحالة أن يدخل في المزاد وأن يشتري المال المرهون كأى شخص آخر مشارك في المزاد¹.

وبالرجوع إلى قوانين المعاملات المضمونة نجد أنها وضعت بعض الضوابط التي يتعين على الدائن المضمون له مراعاتها عند التنفيذ على المال المثقل بضمانه، سواء عند اتباع الإجراءات القضائية المقررة للبيع الجبري للمنقولات أو عند التنفيذ المباشر باتباع إجراءات من خارج نطاق القضاء.

ويقتضي تناول حق الدائن المضمون له في التنفيذ على الأموال المثقلة التطرق إلى الضوابط الواجب مراعاتها عند التنفيذ على الأموال المثقلة بضمان ومن ثم التطرق إلى آلية التنفيذ، وذلك على النحو التالي:

¹ د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 398 و399.

الفرع الأول

ضوابط التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان

تفرض قوانين المعاملات المضمونة جملة من الضوابط التي يتعين مراعاتها عند التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان والتي تتمثل في اشتراط إخلال المدين الضامن بأداء التزامه المضمون أو الوفاء به، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين الضامن بتنفيذ التزامه ناشئاً عن عمد أو عن إهمال.

ونظراً إلى العواقب التي يترتبها التنفيذ على الأموال المثقلة والتي قد لا تقتصر آثارها على طرفي العلاقة الضمانية وإنما قد تمتد إلى الغير، وبالأخص الدائنين المضمونين الآخرين، فقد اتجهت بعض القوانين إلى فرض التزام على الدائن المضمون له بوجوب أن يتصرف بحسن نية وبطريقة معقولة تجارياً، كما يجب إعدار المدين عند التنفيذ على الأموال المثقلة بطريق الإيجار. ويمكن استعراض ضوابط التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان على النحو التالي:

أولاً: إخلال المدين بأداء التزامه المضمون

يوفر حق الضمان للدائن المضمون له الاطمئنان باستيفاء حقه من المدين الضامن إذا ما أخل الأخير بالوفاء بالتزامه، إلا أن إخلال المدين الضامن لا يقتصر على عدم الوفاء بالتزامه المضمون في ميعاد استحقاقه، فقد يتخذ الإخلال صوراً عدة تكون في الغالب محددة بموجب عقد الضمان¹، بحيث يكون للدائن الحق في التنفيذ على الأموال المثقلة بضمانه بمجرد وقوعها،

¹ أكدت محكمة التمييز البحرينية على حق الدائن المرتهن في اتخاذ إجراءات الحراسة القضائية على المال المرهون في حالة إخلال المدين الراهن بالتزاماته المنصوص عليها في عقد الرهن، تقول المحكمة: " يحق للطرف الأول وضع المحل التجاري تحت الحراسة في حالة إخفاق الطاعنة في أداء أي من الالتزامات المضمونة لأي سبب من الأسباب، وكان ما خلص إليه الحكم على هذا النحو سائغ من أصل ثابت بالأوراق، فإن النعي عليه في هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً حول سلطة محكمة الموضوع في تقدير أدله الدعوى لا يجوز إثارتها لدى محكمة التمييز".

ومن ذلك مثلاً قيام دائن آخر بالتنفيذ على الأموال المثقلة عن طريق القضاء، فيكون للدائن المضمون له الحق في حماية حق ضمانه وأولويته عن طريق إنفاذه¹.

ولم تعنِ قوانين المعاملات المضمونة بتحديد مفهوم الإخلال، وإنما تركت تحديده لأطراف عقد الضمان، حيث يختلف نطاق الإخلال من عقد لآخر، فإذا كان حق الضمان وارداً على حسابات بنكية، فإنه عادة ما ينص في عقد الضمان على أن المدين الضامن يعتبر مخلاً بالتزامه بمجرد تعرضه لصعوبات مالية أو عند إعساره، أما إذا كان حق الضمان وارداً على سلع، فإنه من الشائع أن يتضمن بند الإخلال في العقد على أحكام تتعلق بخسارة السلع أو تلفها أو إتلافها عمداً².

وقد أفرد القانون النموذجي للأونيسترال الفصل السابع منه لتنظيم تنفيذ حق الضمان "Enforcement of a security right"، فقد نص في المادة (72) منه على أنه: "بعد حدوث الإخلال، يحق لمقدم الضمان والدائن المضمون له أن يمارسا: أ- أي حق تقضي به أحكام هذا القانون. ب- أي حق آخر منصوص عليه في اتفاق الضمان أو في أي قانون آخر متى كان لا يتعارض مع أحكام هذا القانون".

ومفاد ذلك، أن تنفيذ الدائن المضمون له على أموال المدين أو ممارسة حقه في الإنفاذ لا يكون إلا إذا أخل المدين الضامن بالتزاماته، فالإخلال شرط أولي لممارسة الدائن المضمون له حقوقه في التنفيذ على الأموال المثقلة³. ويحدد اتفاق الضمان أحوال إخلال المدين بالتزامه، وآثار

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P 278.

² James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 207.

³ أخذ القانون النموذجي للمعاملات المضمونة لسنة 2017 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونيسترال" في المادة (3) منه بمبدأ استقلال طرفي اتفاق الضمان في تحديد حقوقهما والتزاماتهما "Party autonomy" بما في ذلك حريتهما في تحديد شروط آثار تقصير المدين الضامن أو إخلاله، كما أكدت التوصية رقم (10) من دليل الأونيسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة بأنه يجوز للدائن والمدين في غير القواعد الإلزامية الاتفاق على تحديد التزاماتهما وحقوقهما.

أنظر إلى ما أشرنا إليه في المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا البحث حول مبدأ استقلال طرفي عقد الضمان في ترتيب آثار العقد.

هذا الإخلال وما إذا كان يمكن للمدين الضامن أن يتولى تسوية الإخلال. ويعتبر المدين مَخْلاً بالتزامه إذا لم يف بالتزامه المضمون، فيجوز للدائن أن ينفذ حقه على الأموال المثقلة¹.

أما القانون الموحد الأمريكي "UCC 9"، فقد خصص الباب السادس منه إلى للإخلال وإنفاذ حق الضمان "Default and Enforcement of Security Interest"، وقد نصت المادة (9-601-a) على أنه للدائن عدة وسائل لإنفاذ حق ضمانه عند إخلال المدين، من تلك الوسائل الحصول على حيازة الأموال المضمونة "Repossess the Collateral" وإنهاء ترتيبات الضمان "Foreclosure" وبيع الأموال المضمونة².

كذلك تناولت قوانين المعاملات المضمونة العربية شرط إخلال المدين الضامن بالتزاماته المترتبة عليه بموجب عقد الضمان للتنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان، فحق الضمان يصبح قابلاً للتنفيذ في حال عدم قيام المدين الضامن بتنفيذ التزاماته أو سداد الدين المضمون، بحيث يكون للدائن حق حيازة الأموال المثقلة بضمانه واتخاذ إجراءات البيع³.

¹ المصالح الضمانية، مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال)، الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)، الدورة العاشرة، نيويورك، مايو 2006، ص 5. أنظر الرابط الآتي:

<http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission/sessions/40th.html>

² لا يوجد في الفقه العربي مرادف لمصطلح "Foreclosure" والذي يقصد به إنهاء الدائن المضمون له لترتيبات حق الضمان لإخلال المدين بالتزامه بالوفاء بالدين المضمون. ويذهب حارث سليمان الفاروقي في معجمه القانوني إلى أن مصطلح "Foreclosure" يعني غلق الرهن، أي أنه إذا قصر المدين الراهن في الوفاء بما عليه عند حلول الأجل أو عجز عن دفع الفوائد المستحقة أو أخل بشروط الدين، كان للدائن المرتهن أن يستصدر من المحكمة أمراً يسمى "Foreclosure" يحرم به المدين الراهن من حق افتكاك الرهن ويؤول إلى الدائن المال المرهون وفاء لحقه أيلولة خالصة. على أن المحكمة لا تجيب الدائن المرتهن إلى طلب الغلق إلا بعد أن تصدر أمراً يسمى "Decree nisi" ويظل سارياً مدة ستة أشهر، ثم تأمر بإجراء حساب يبين تفاصيل ما يطلب من المدين فيما يتعلق بالمال المرهون، فإذا لم يؤد المدين ما عليه خلال ستة الأشهر التالية لصدر "Decree nisi" أصدرت المحكمة "Foreclosure" أمر غلق الرهن وكان أمرها قطعياً.

حارث سليمان الفاروقي، المرجع السابق، ص 298.

³ نصت المادة (22) من القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة على أنه: "إذا تضمن عقد الضمان أن يكون للدائن في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته أو بسداد الدين المضمون أو الأقساط في المواعيد ووفقاً للشروط المتفق عليها في العقد أن يبيع المنقول، فلا يجوز للدائن البدء في إجراءات البيع إلا بعد مضي خمسة أيام من تكليف المدين بالوفاء بموجب كتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول... وفي حال إذا لم يتضمن عقد

ثانياً: التزام الدائن المضمون له بحسن النية عند التنفيذ على الأموال المثقلة

يترتب على تنفيذ الدائن حقه على الأموال المثقلة آثاراً تتعدى نطاقها طرفي عقد الضمان، حيث لا يقتصر أثر التنفيذ على الدائن المضمون له والمدين الضامن، بل ينصرف كذلك إلى الغير بما في ذلك الدائنين العاديين للمدين والدائنين الذين لهم حق ضمان على تلك الأموال المنفذ عليها.

لذلك حرصت بعض قوانين المعاملات المضمونة على إلزام الدائن المضمون له بنهج يتعين أن يسلكه عند اتخاذ إجراءات التنفيذ على الأموال المثقلة بضمانه، حتى لا يضر منه المدين أو الدائنون الآخرون، أو تجنب هذا الضرر أو التقليل منه إلى أدنى حد ممكن. هذا الالتزام يتمثل في أن يتصرف الدائن بحسن نية وبطريقة معقولة تجارياً "Commercially reasonable"، حيث يجب أن يراعى هذا الالتزام في كافة إجراءات بيع الأموال المثقلة بضمانه أو التصرف فيها بما في ذلك طريقة البيع والوقت والمكان الذي يجري فيه البيع¹.

وقد عرفت المادة (9-102-a-43) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" مبدأ حسن النية بأنه: "الصدق في الواقع ومراعاة المعايير المعقولة تجارياً في التعامل العادل." وبالتأكيد فإن مبدأ حسن النية واجب يتعين مراعاته في الواجبات والحقوق المنصوص عليها في قانون المعاملات المضمونة. وقد أشارت إحدى المحاكم الأمريكية في حكمها إلى أن التصرف بطريقة معقولة تجارية

الضمان ذلك، كان للدائن بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تكليف المدين بالوفاء أن يطلب بعريضة تقدم إلى القاضي المختص بالمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدين الأمر ببيع المنقول كله أو بعضه..." كما نصت الفقرة (1) من المادة (36) من القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة على أنه: "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، يصبح حق الضمان قابلاً للتنفيذ في حال إخلال المدين بأي من التزاماته بموجب عقد الضمان..." كذلك نصت المادة (27) من القانون الاتحادي الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين على أنه: "في حال إخلال الراهن أو المضمون عنه بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد الرهن أو إذا لم يتم تنفيذ ذلك الاتفاق لأي سبب آخر، للمرتهن إخطار الراهن والمضمون عنه خطياً لتمكينه من وضع يده على محل الرهن والتنفيذ عليه وفصله عن أي مال آخر ملحق به وبيعه بسعر السوق..."

¹ John P. McChey, Commercial Reasonableness in the Disposition of Collateral: Proceed With Care, Commercial and Business Litigation Journal, summer 2002, P. 2.

يعني أن يكون التصرف بحسن نية ووفقاً للممارسات التجارية المقبولة عموماً والتي توفر لجميع الأطراف معاملة مضمونة¹.

كذلك، نصت المادة (9-610-b) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" على أنه: "يجب أن يكون التصرف على نحو تجاري معقول في كل جانب من جوانب التصرف في الأموال المثقلة ويشمل ذلك طريقة التصرف وأسلوبه ووقته ومكانه والشروط الأخرى. وإذا كان بطريقة معقولة تجارياً، فإن للدائن أن يتصرف في الأموال المثقلة من خلال مزاد عام أو خاص..". كما تناولت المادة (9-627-b) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" طرق تحديد معيار "المعقولة التجارية"، حيث نصت المادة على أنه: " يكون التصرف في الأموال المثقلة تم بطريقة معقولة تجارياً إذا كان التصرف جاء:

- 1- بالطريقة المعتادة في أي مزاد معترف به.
- 2- بالسعر المتداول في سوق معترف به في وقت التصرف.
- 3- وفقاً للممارسات المعقولة تجارياً بين المتعاملين في نوع تلك الأموال التي تخضع للتصرف."

ويستخلص من ذلك، أن الدائن يكون مستوفياً للمعقولة التجارية في تصرفه في الأموال المثقلة إذا راعى الشروط السابقة، ولو لم يحقق التصرف السعر الأفضل لتلك الأموال. وهذا ما أكدته المادة (9-627-a) من أنه لا يعد التصرف في المال المثقل غير ممثّل لشرط المعقولة التجارية لمجرد أنه كان بالإمكان الحصول على سعر أفضل فيما لو أُجري في وقت آخر أو مكان آخر أو من خلال طريقة أخرى.

وتجدر الإشارة إلى أن حق التصرف بطريقة معقولة تجارياً من الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها قبل إجراء التصرف، أما إذا وقع التصرف بالمخالفة لشرط المعقولة التجارية، فيجوز للمدين الضامن التنازل عن شرط المعقولة أو تسويته بالاتفاق مع الدائن².

¹ Ibid, P. 5.

² أنظر المادة (9-602-7) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9".

من ناحية أخرى، نجد أن القانون النموذجي للأونسيترال نص في المادة (4) منه على أنه: "يجب على كل شخص أن يمارس حقوقه ويؤدي التزاماته بمقتضى هذا القانون بنية حسنة وعلى نحو معقول تجارياً." وقد نصت توصيات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) أرقام (131) و(132) و(136) بشأن المعاملات المضمونة على هذا المعيار عند تنفيذ الدائن على الأموال المتقلة وأنه لا يمكن التنازل عنه أو تغييره أو استبعاده قبل وقوع الإخلال بهذا المعيار. وأن الدائن المضمون له الذي لا يفي بالتزامه في تنفيذ حقه على نحو يتسق مع حسن النية والتصرف بطريقة معقولة تجارياً يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار المترتبة على هذا الإخلال. فإذا تصرف الدائن المضمون له في الأموال المتقلة من دون الامتثال لهذا المعيار، وأدى هذا التصرف إلى الحصول على مبلغ أقل مما كان يمكن الحصول عليه لو أجرى التصرف بطريقة معقولة تجارياً، وجب على الدائن دفع تعويض يساوي الفارق بين المبلغين إلى المضرور¹.

وبالعودة إلى قوانين المعاملات المضمونة العربية، نجد أنها لم تتعرض صراحة إلى وضع معيار حسن النية أو شرط التصرف بطريقة معقولة تجارياً عند تنفيذ الدائن على أموال المدين المتقلة بحقه، إلا أنه يمكن الرجوع إلى القواعد العامة لنظرية الالتزامات وتطبيقها للوصول إلى هذه النتيجة، حيث تشترط القواعد العامة وجوب مراعاة حسن النية عند تنفيذ الالتزامات وواجب الدائن في عدم التعسف في استعمال حقوقه والذي قد يتجلى في صورة خروج الدائن على مقتضيات الثقة المتبادلة والتعاون والتنسيق المتبادلين بين طرفي العقد لتحقيق الغرض المتوخى من التعاقد². ومع ذلك، فقد قرر القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة واجب العناية على الدائن المضمون له، حيث نصت المادة (40) منه على أنه: "1- يترتب على الدائن المضمون له عند بيع الضمانة أن يبذل في ذلك العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة.

2- لا يعتبر بيع الضمانة مخالفاً لأحكام هذه المادة إذا تم بغبن يسير بعد بذل العناية المطلوبة." ومؤدى النص أن على الدائن المضمون له بذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة عند التنفيذ على الأموال المتقلة بحق ضمانه على ألا تنزل تلك العناية عن عناية الرجل المعتاد. ويرى البعض بأنه لا يوجد ثمة فارق بين حكم وجوب تنفيذ العقد بحسن نية وعناية الشخص

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 278 and 279.

² د. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، مطبعة اليرموك، العراق، 1974، ص 182 وما بعدها.

المعتاد، فالرجل المعتاد هو رجل حسن النية، وأن معيار حسن النية هو نفسه معيار الرجل المعتاد¹. ونتفق مع هذا الرأي بأن الرجل المعتاد هو رجل حسن النية، إذا لا يمكن اعتبار الشخص سيء النية في تنفيذ التزامه بأنه رجل معتاد.

ثالثاً: ضرورة إشعار المدين قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ

تقضي القواعد العامة بوجوب قيام الدائن بإعذار المدين ومطالبته بتنفيذ التزامه وذلك عن طريق إشعاره بذلك، فحلول أجل الدين أو الالتزام لا يكفي لجعل المدين مخلاً بالوفاء بالتزامه، بل لا بد من إشعاره. فقد يحل أجل الدين، ومع ذلك يسكت الدائن عن مطالبة المدين بالتنفيذ، فيحمل ذلك السكوت محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من مد الأجل ما دام يستطيع الانتظار دون ضرر يلحقه من ذلك. فإعذار المدين بمثابة وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه². وقد نقلت قوانين المعاملات المضمونة فكرة الإشعار إلى نصوصها، فأوجبت على الدائن المضمون له، إذا ما أرد التنفيذ على الأموال المثقلة بضمانه، أن يوجه إشعاراً مسبقاً إلى المدين وإلى الدائنين الذين لهم حقوق على تلك الأموال³. ويمكن استعراض أبرز القواعد المنظمة للإشعار من خلال الآتي:

¹ المرجع نفسه، ص 274 وما بعدها.

² د. عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 830.

³ فرض المشرع البحريني على الدائن المرتتهن ضرورة إشعار المدين قبل التنفيذ على المال المرهون، وقد قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأنه: " وحيث إن المشرع البحريني وحرصاً منه على حماية حقوق الدائنين المرتتهنين رهناً تجارياً وضمان استيفاء حقوقهم لدى مدينهم فقد رسم لهم إجراءات بسيطة وميسرة للتنفيذ على المال المرهون فنص في المادة (144) من قانون التجارة على أنه إذا لم يدفع الدين المضمون بالرهن في ميعاد استحقاقه كان للدائن المرتتهن بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ التبنيه على المدين بالوفاء أن يطلب بعريضة تقدم إلى رئيس المحكمة الكبرى المدنية أو من يندبه من وكلاء المحكمة لهذا الشأن الأمر ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه. ولا يجوز تنفيذ الأمر الصادر ببيع الشيء المرهون إلا بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ إبلاغه إلى المدين أو الكفيل العيني إن وجد وأجاز لمن صدر ضده الأمر بالتظلم منه خلال خمسة أيام من إعلانه به، ويكون الحكم في التظلم غير قابل لأي طعن."

حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم 544 لسنة 2008، جلسة 29 يونيو 2009.

1- شكل الإشعار

أوجب القانون النموذجي للأونسيترال وجوب أن يكون الإشعار محرراً بعبارة واضحة يمكن للمتلقي فهمها، كما اشترط أن يكون مكتوباً باللغة المستخدمة في عقد الضمان¹. أما القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" فقد أوجب أن يكون الإشعار مقبولاً ومصادقاً بشأن التصرف في الأموال المثقلة بالضمان². أما القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة فقد ألزم الدائن قبل البدء في إجراءات التنفيذ بإشعار المدين بالوفاء بموجب كتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول³. من ناحية أخرى نجد أن القانون الفلسطيني والقانون الإماراتي لم يشترطاً شكلاً معيناً للإشعار سوى أن يكون مكتوباً. مع أن المادة (41) من القانون الفلسطيني لم تنص صراحة على وجوب أن يكون الإخطار مكتوباً إلا أن مؤداها الضمني يقضي بأن يكون الإخطار مكتوباً حيث اشترطت المادة عدة بيانات ومعلومات ينبغي أن يحتويها الإخطار، الأمر الذي يستلزم أن يكون الإخطار مكتوباً.

2- محتوى الإشعار

حددت بعض قوانين المعاملات المضمونة البيانات التي يتعين أن يشتمل عليها الإشعار، ومن ذلك وصف الأموال المثقلة بحق الضمان التي تخضع للتنفيذ، وتحديد طريقة التصرف في تلك

¹ تنص الفقرتان (6) و(7) من القانون النموذجي للأونسيترال على أنه: "6- يجب أن يكون الإشعار المشار إليه في الفقرة (4) مصوغاً بعبارة يتوقع على نحو معقول أن تُعلم متلقيها بمحتوياته. 7- يكفي أن يكون الإشعار الموجه إلى مقدم الضمان المشار إليه في الفقرة (4) مكتوباً بلغة الاتفاق الضماني".

² نصت المادة (b-611-9) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" على أن: "الإشعار المطلوب للتصرف، باستثناء ما هو منصوص عليه في الفقرة الفرعية (د)، يجب على الطرف المضمون له الذي يتصرف في الأموال المثقلة بموجب القسم (9-610) أن يرسل إلى الأشخاص المحددين في الفقرة الفرعية (ج) إشعاراً معقولاً ومصادقاً بشأن التصرف".

³ تنص المادة (22) من القانون المصري على أنه: "إذا تضمن عقد الضمان أن يكون للدائن في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته أو بسداد الدين المضمون أو الأقساط في المواعيد ووفقاً للشروط المتفق عليها في العقد أن يبيع المنقول، فلا يجوز للدائن البدء في إجراءات البيع إلا بعد مضي خمسة أيام من تكليف المدين بالوفاء بموجب كتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، وكذلك إخطار الدائنين المشهورة حقوقهم المضمونة على المنقول بذلك وفقاً للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية".

الأموال، وتحديد المبلغ المطلوب للوفاء بالالتزام المضمون بما في ذلك الرسوم ومصاريف التنفيذ والفائدة، وتحديد تاريخ ومكان إجراء التصرف في الأموال المثقلة¹.

3- الحالات التي لا يشترط فيها الإشعار

هناك حالات لا ضرورة فيها للإشعار، ويعتبر مجرد حلول الالتزام المضمون إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه وإلا جاز للدائن المضمون له أن يتخذ إجراءات التنفيذ. وهذه الحالات ترجع إلى طبيعة الأموال المثقلة بالضمان، فقد استثنى كل من القانون النموذجي للأونيسترال والقانون الموحد الأمريكي والقانون الفلسطيني من الأحكام المتعلقة بالإشعار الأموال المثقلة سريعة التلف أو المعرضة لنقصان سريع في قيمتها أو التي تباع عادة في سوق مخصص لبيع مثيلاتها².

4- ميعاد الإشعار

اعتبرت المادة (9-612) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" أن تحديد المدة المعقولة لميعاد الإشعار من مسائل الواقع، إلا أنه في المعاملات غير المتعلقة بالمستهلك فإن عشرة أيام أو أكثر تعتبر ميعاداً معقولاً³. كذلك حددت المادة (41) من القانون الفلسطيني والمادة (27) من القانون الإماراتي عشرة أيام كميعاد للإشعار، في حين قررت المادة (22) من القانون المصري خمسة أيام لإشعار المدين بالوفاء قبل اتخاذ إجراءات البيع⁴.

¹ John P. McChey, Commentary on the Enforcement of Security Interest Under UCC Revised Article 9, Presented to the New York State Association of Supreme Court Justices by Designation, New York, P. 16 and 17.

أنظر مثلاً الفقرة (5) من المادة (78) من القانون النموذجي للأونيسترال والمادة (1-613-9) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" والفقرة (2) من المادة (41) من القانون الفلسطيني. أما القانون الإماراتي فلم يحدد البيانات التي يتعين أن يشتملها الإشعار، ومع ذلك فقد نصت الفقرة (4) من المادة (33) على وجوب قيام الدائن الذي حصل على إذن من المحكمة ببيع محل الرهن أن يشهر قرار المحكمة في السجل الإلكتروني المخصص لإشهار الحقوق على الأموال المنقولة وأن يتضمن الإشهار اسم المرتهن وعنوانه واسم الراهن والمضمون عنه وعنوان كل منهما ووصف محل الرهن المطلوب بيعه وطريقة البيع.

² أنظر الفقرة (8) من المادة (78) من القانون النموذجي للأونيسترال والمادة (d-611-9) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" والفقرة (3) من المادة (41) من القانون الفلسطيني.

³ John P. McChey, op. cit, P. 17.

⁴ لم يحدد القانون النموذجي للمعاملات المضمونة ميعاداً لتوجيه الإشعار وإنما تركت الفقرة (5) من المادة (78) منه تحديد الميعاد إلى الدولة المنظمة للمعاملات المضمونة على أن تكون مدة قصيرة.

الفرع الثاني

التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان بغير الطريق القضائي

أشرنا فيما سبق إلى أن قوانين المعاملات المضمونة وسعت من دائرة سلطان إرادة طرفي عقد الضمان في ترتيب آثار العقد، فيتمتع كل من الدائن المضمون له والمدين الضامن بحرية في تحديد حقوقهما والتزاماتهما تجاه بعضهما البعض فضلاً عن إمكانية الاتفاق على إجراءات التنفيذ على نحو يوسع من نطاق إمكانية حصول المدين على الائتمان¹.

وقد درجت قوانين المعاملات المدنية المنظمة لصور التأمينات العينية التقليدية على اشتراط حصول الدائن المرتهن على إذن من القاضي لبيع الشيء المرهون، والذي ينفرد ببيان الطريقة التي تتبع لإتمام البيع². كما اعتبرت شرط تملك الشيء المرهون عند عدم الوفاء باطلاً سواء تعلق الأمر برهن رسمي أو رهن حيازي.

¹ يذهب الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن حدود مبدأ سلطان الإرادة في الحقوق الشخصية أوسع مجالاً من الحقوق العينية، وأن هذه الحقوق الأخيرة-أي الحقوق العينية- وإن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً فيها، ثم أن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً، بل أن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها. ولا ريب في أن هذا القول أضحى في الوقت الراهن محل نظر إذا أطلق على كافة الحقوق العينية بشقيها الأصلي والتبعي، حيث لم تعد إرادة الأطراف محصورة في دائرة ضيقة في المعاملات المضمونة الحديثة، فقوانين المعاملات المضمونة تعترف بمبدأ حرية الطرفين في إنشاء حق الضمان وترتيب أسس العلاقة فيما بينهما وآثارها. أنظر في ذلك:

د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 109 و 110.

كذلك، أنظر في مدى حرية طرفي عقد الضمان في تنظيم حقوقهما والتزاماتهما وآثار حق الضمان: Spyridon V Bazinas and N Orkun Akseli, op.cit, P 59.

² د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 478 وما بعدها.

مع التأكيد على أنه وإن كان شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء شرط باطل، إلا أن حكمة التحريم تنتفي إذا تم الاتفاق على التملك بعد حلول أجل الوفاء بالدين. وهذا ما أكدته المادة (964) من القانون المدني البحريني والتي نصت على أنه: " يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون بالدين أو بأي ثمن كان أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى

وعلى خلاف ذلك، فقد ذهبت قوانين المعاملات المضمونة الحديثة إلى تقرير حق الدائن المضمون له في التنفيذ المباشر على الأموال المثقلة بضمانه بغير الطريق القضائي إذا عجز المدين الضامن عن الوفاء بدينه في موعد استحقاقه، فيكون له حق استرداد الأموال المثقلة من المدين وحيازتها، فضلاً عن حقه في بيعها أو التصرف فيها من دون اتباع الإجراءات القضائية المتعلقة بالبيع الجبري لاستيفاء حقه من ثمنها. كما لم تقف قوانين المعاملات المضمونة موقفاً موحداً حول مدى بطلان شرط تملك المال المضمون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به. ويمكن تناول هذه المسائل على النحو التالي:

أولاً: حق الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ بغير الطريق القضائي

تكفل قوانين المعاملات المضمونة حماية الدائن في استيفاء حقه من الأموال المثقلة بالضمان من خلال تقرير حقه في طلب حيازتها، تمهيداً لاتخاذ إجراءات بيعها أو التصرف فيها من دون التقيد بالإجراءات القضائية التي رسمها قانون المرافعات المدنية والتجارية في بيع المنقولات¹. فللدائن الحرية في اختيار الطريق القضائي الذي قد يكون مكلفاً ويستغرق وقتاً طويلاً، أو اختيار التنفيذ المباشر من خلال اعتماد الدائن المضمون له على نفسه في إنفاذ حق ضمانه من دون اللجوء إلى القضاء، على أن يراعي إشعار المدين وذوي الشأن وأن يتصرف بحسن النية وبطريقة معقولة تجارياً، وذلك على النحو الذي سبق بيانه في المطلب الأول. ويمكن استعراض نطاق حق الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ بغير الطريق القضائي من خلال تسليط الضوء على حيازة الأموال المثقلة بضمانه والتصرف فيها وذلك من خلال الآتي:

ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن. ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه.

¹ ذهبت محكمة التمييز إلى جواز الاتفاق على بيع المال المرهون دون حاجة إلى وضع الصيغة التنفيذية على العقد وإنما يمكن اتخاذ إجراءات التنفيذ على المال المرهون عن طريق محكمة التنفيذ، حيث أشارت في أحد أحكامها إلى أن: "اتفاق الطرفين على إعطاء المطعون ضده الأول الحق في بيع العقار المرهون استيفاء لحقه الناشئ عن عقد فتح الاعتماد الرسمي دون حاجة إلى وضع الصيغة التنفيذية على هذا العقد واتخاذ إجراءات التنفيذ به جبراً عن طريق محكمة التنفيذ هو اتفاق صحيح ليس فيه ما يخالف قواعد النظام العام ولا يمنعه التشريع البحريني".

حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم 102 لسنة 1994، جلسة 30 أكتوبر 1994.

1- حيازة الأموال المثقلة بالضمان

يكون للدائن المضمون له، عند إخلال المدين الضامن بالوفاء بالتزامه، أن يتخذ الإجراءات اللازمة لنقل حيازة الأموال المثقلة بالضمان إليه أو إلى طرف ثالث دون حاجة لاتخاذ الطريق القضائي لنقل الحيازة. فإذا كان الدائن حائزاً لتلك الأموال كان له مباشرة التصرف في تلك الأموال لاستيفاء حقه منها، أما إذا كانت الأموال في حيازة المدين كان له أن يتخذ خطوات لتجريد المدين من حيازته.

وتتشرط قوانين المعاملات المضمونة عدة شروط يتعين على الدائن المضمون له مراعاتها، وأهمها أن يخطر المدين بوضع المال المثقل بالضمان تحت تصرفه، وألا ينتزع الدائن المضمون له الحيازة من المدين عنوة فيخل بذلك بالسلام أو الأمان "Breach of the Peace"¹.

وقد تعرض القانون النموذجي للأونيسترال بشأن المعاملات المضمونة في المادة (77) منه إلى الشروط التي يتعين على الدائن المضمون له مراعاتها للحصول على حيازة الأموال المثقلة بضمانه عند إخلال المدين بالتزامه المضمون ودون اللجوء إلى المحكمة، وتتمثل هذه الشروط في:

- 1- الحصول على موافقة المدين الضامن كتابياً على حيازة المال المثقل دون اللجوء للمحكمة.
- 2- قيام الدائن المضمون له كتابة بإخطار المدين الضامن أو أي شخص آخر يكون حائزاً للمال المثقل بحدوث الإخلال وبعزمه على حيازة ذلك المال، ما لم يكن المال المثقل من النوع القابل للتلف أو الهلاك أو النقص في القيمة بسرعة.

¹ David P. Twomey and others, op. cit, P. 697.

يعرف الفقه العربي قيد الإخلال بالسلام أو الأمان عند انتزاع حيازة المال ولو كانت الحيازة لدى غير المالك، يقول الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري في حديثه عن حماية القانون للحيازة في ذاتها: "أن الحائز هو الذي يسيطر سيطرة فعلية على المال الذي يقع في حيازته، فيجب لاعتبارات تتعلق بالأمان العام أن تبقى له هذه السيطرة، فلا يعتدي أحد عليها ولو كان هو المالك للمال. وعلى المالك أن يلجأ إلى الطرق التي رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز، فالقانون يحمي الحيازة كما يحمي الملكية، وقد جعل لحماية كل من الحيازة والملكية طرقها الخاصة. ولا يجوز للمالك أن ينتزع ماله من الحائز عنوة وقهراً، فينتصف لنفسه بنفسه، ويعكر صفو السلام والأمان العام، بل يجب عليه، إذا لم يرد الحائز له ماله طوعاً، أن يسترده عن طريق القضاء وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون في ذلك."

د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع- المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 790.

3- ألا يعترض الشخص الذي يكون حائزاً للمال المثقل على هذا الإجراء وقت سعي الدائن المضمون له أو محاولته الحصول على حيازته.

ويمكن أن نستخلص من الشروط السابقة أنه يجب على الدائن للحصول على حيازة الأموال المثقلة بغير الطريق القضائي أن يحصل على إذن المدين كتابياً لحيازة الأموال المثقلة بضمانه وأن يوجه إلى المدين إشعاراً مسبقاً. كما أن حق الدائن ليس مطلقاً في الحصول على حيازة الأموال المثقلة خارج نطاق القضاء، فإذا أبدى المدين الضامن مقاومة، وجب على الدائن الحصول على أمر قضائي، فعلى الدائن واجب عدم القيام بأي عمل للحصول على الحيازة، من شأنه الإخلال بالنظام العام¹.

أما القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة فقد أجاز للدائن المضمون له حيازة الأموال المثقلة دون التقيد بالإجراءات القضائية، ولكن بشرطين حددتهما المادة (9-909-a) وهما: وقوع إخلال من المدين الضامن، وألا تؤدي حيازة الأموال المثقلة إلى الإخلال بالسلام "Breach of Peace".

ولم يحدد القانون الموحد الأمريكي مفهوم الإخلال بالسلام أو خرقه، ولكن هناك العديد من التطبيقات القضائية التي تبين ماهية هذا المفهوم كعدم إمكان دخول الدائن منزل المدين أو كراجة من دون إذنه، أو عدم جواز مواجهة مقاومة المدين المادية لتسلم الأموال المثقلة². وقد تناول القانون الفلسطيني حق الدائن في حيازة الأموال المثقلة وتجريد المدين منها، إذ قرر للدائن المضمون له عند إخلال المدين حق حيازة الأموال المثقلة، ما لم ينص عقد الضمان على خلاف ذلك³.

كما اقتبس القانون الفلسطيني فكرة الإخلال بالسلام أو الأمن "Breach of the Peace" من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" وجعلها قيداً على حرية الدائن المضمون له في تجريد المدين من حيازة الأموال المثقلة عند الإخلال. فقد نصت الفقرتين (1) و(2) من المادة (38) من القانون على أنه: "1- على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، يجوز للدائن المضمون له حيازة

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 292.

² James J. White and Rebots S. Summers, op.cit, P. 219.

³ نص البند (أ) من الفقرة (2) من القانون الفلسطيني بأن للدائن المضمون له عند الإخلال: "حق حيازة الضمانة بشكل مباشر أو غير مباشر، ما لم يمنع عقد الضمان المضمون له من ممارسة هذا الحق".

الضمانة وفصلها عن المال غير المنقول الملحقة به إذا كانت الضمانة عقاراً بالتخصيص، أو عن المال المنقول الملحقة به، حسب مقتضى الحال، دون الحاجة إلى اللجوء لإجراءات قضائية، شريطة أن يكون المدين قد وافق في عقد الضمان أو وثيقة مستقلة على السماح للمضمون له بذلك وألا تخل تلك الحيابة بالأمن. 2- لغايات هذه المادة تعني عبارة الإخلال بالأمن الدخول إلى موقع المدين دون إذن واستخدام العنف أو التهديد، والدخول بدون موظف رسمي للحيابة أو مواجهة الضامن".

ويستخلص من المادة السابقة أن حق الدائن في تجريد المدين من حيابة الأموال المثقلة بضمانه من دون اللجوء إلى القضاء يشترط فيه موافقة المدين الكتابية على ذلك، وألا تخل عملية تجريد المدين من ماله بالأمن.

أما القانون الاتحادي الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين فقد أخذ باتجاه وجوب أن يسلك الدائن المرتهن الطريق القضائي لوضع اليد على محل الرهن والتنفيذ عليه، فلا يجوز الحصول على حيابة الأموال المرهونة إلا بقرار من قرار من قاضي الأمور المستعجلة¹. وفي رأينا أن الغرض من اشتراط الحصول على إذن القاضي لحيابة الأموال المرهونة ليس زيادة أعباء الدائنين في إلزامهم باتخاذ سبيل الإجراءات القضائية التي تتسم بالبطء والتكلفة، وإنما الرغبة في ضمان احترام إجراءات التنفيذ على الأموال المثقلة عند إخلال المدين بالتزامه المضمون من خلال إجراءات قضائية معجلة تعطي قاضي الأمور المستعجلة سلطة الرقابة على حيابة الدائن للأموال المثقلة أو التنفيذ عليها. ومع ذلك، كان الأولى بالمشرع الإماراتي صياغة الحظر الوارد في النص السابق على نحو لا يحرم طرفي عقد الضمان في الاتفاق على حيابة الأموال من غير الحصول على إذن القاضي، خاصة إذا لم يكن هناك ثمة ممانعة من المدين على نقل حيابة الأموال المثقلة إلى الدائن.

¹ أنظر المادة (29) من القانون الإماراتي.

كما أجاز القانون الإماراتي للدائن حيازة بعض الأموال مباشرة دون اللجوء إلى الإجراءات القضائية إذا كان محل الرهن حسابات بنكية دائنة أو سندات أو وثائق خطية قابلة لنقل الملكية عن طريق التسليم أو التظهير أو أوراقاً قابلة للتظهير أو التسليم وتتعلق ببضائع¹. ومن ثم فإن للدائن المضمون له الخيار فيما أن يحوز بنفسه الأموال المثقلة بحقه أو أن يلجأ إلى القضاء لاتخاذ إجراءات الحيازة والتنفيذ، فله حرية اتباع أي إجراءات يراها أكثر ملائمة شريطة أن يتعلق حق الضمان بحسابات مصرفية أو سندات أو وثائق خطية. ومع ذلك، نرى أنه لا يجوز للدائن اتخاذ الإجراءات معاً بالتزامن، لما قد يترتب على ذلك من تعقيد لعملية الحيازة ويزيد من تكلفتها، خاصة وأن نفقات الحيازة يجوز تحصيلها من عوائد بيع الأموال المثقلة.

ومع ذلك فإنه يؤخذ على القانون الإماراتي عدم تنظيمه للضوابط التي يتعين مراعاتها عند قيام للدائن بحيازة الأموال المثقلة دون اللجوء إلى الإجراءات القضائية كضرورة إشعار المدين قبل اتخاذ إجراءات الحيازة.

وعلى خلاف ما ذهب إليه القوانين السابقة فإن القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة لم يتطرق إلى حق الدائن في حيازة الأموال عند إخلال المدين في الوفاء بالتزامه المضمون، على الرغم من أنه تناول حق الدائن في بيع المنقولات المضمونة من غير الطريق القضائي.

2- حق التصرف في الأموال المثقلة بالضمان

من المستقر عليه قانوناً أن الدائن المضمون له لا يستطيع إنفاذ حقه إلا في حدود ما للمدين الضامن فعلياً من حقوق في تلك الأموال المثقلة بالضمان، فإذا كان للمدين حقاً عينياً كحق الانتفاع أو حق إيجار طويل الأمد، فلا يجوز للدائن التنفيذ بحقه على تلك الأموال إلا في حدود حق الانتفاع أو حق الإيجار.

وتعترف العديد من قوانين المعاملات المضمونة للدائن المضمون له بالحقوق على قيمة التزامه المضمون من خلال بيع الأموال المثقلة بضمانه أو التصرف فيها دون حاجة إلى طرق

¹ نصت الفقرة (4) من المادة (28) من القانون الإماراتي على أنه: "يتم تنفيذ حق الرهن في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة من خلال قيام المرتهن بإخطار الراهن والمضمون عنه والبنك الذي يحتفظ بالحساب محل الرهن أو حامل السندات أو الوثائق محل الرهن وذلك لنقل الحساب إلى الحساب البنكي الخاص بالمرتهن أو لتمكينه من حيازة الحساب أو السندات أو الوثائق حسب الأحوال".

باب القضاء للحصول على إذنه، مع اختلاف فيما بين تلك القوانين في حدود الشروط التي يتعين على الدائن مراعاتها.

فقد نظمت المادة (78) من القانون النموذجي للأونيسترال والقسم السادس من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" حق الدائن المضمون له في التصرف في الأموال المثقلة بعد إخلال المدين بالتزامه، ويمكن بيان أهم ملامح هذا الحق من خلال الآتي:

1- للدائن المضمون له حق بيع الأموال المثقلة بضمانه أو التصرف فيها أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها دون حاجة إلى تقديم طلب إلى المحكمة للحصول على موافقتها.

2- إذا قرر الدائن المضمون له مباشرة حقه دون اللجوء للمحكمة، فإن له اختيار أسلوب ووقت ومكان بيع المال المثقل أو التصرف فيه بأي نحو آخر أو إيجاره أو الترخيص باستخدامه وسائر الجوانب الأخرى ذات الصلة.

3- إذا قرر الدائن المضمون له مباشرة حقه دون اللجوء للمحكمة وجب عليه تقديم إخطار كتابي بعزمه القيام بذلك إلى كل من: (1) المدين الضامن أو الكفيل العيني. (2) أي شخص له حق على المال المثقل وقام بإبلاغ الدائن المضمون له كتابة بحقه في المال المثقل. (3) أي دائن مضمون له آخر قام بتسجيل إشعار بحق ضمانه. (4) أي دائن مضمون له آخر كان حائزاً للمال المثقل عند تسلم حيازته من قبل الدائن الذي يباشر التنفيذ.

4- يجب أن يشتمل الإخطار على وصف المال المثقل وبيان المبلغ المستحق وقت إرسال الإخطار للوفاء بالالتزام المضمون، بما في ذلك الفوائد ومصاريف التنفيذ المعقولة، بالإضافة إلى بيان التاريخ الذي سوف يتم بعده بيع المال المثقل أو التصرف فيه على أي نحو آخر أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامه. وفي حالة التصرف من خلال مزاد عام، بيان وقت ومكان ذلك المزاد والطريقة التي سوف تتبع في إتمام التصرف المزمع¹.

وبالعودة إلى قوانين المعاملات المضمونة العربية، نجد أن القانون المصري أجاز للدائن المضمون له بيع الأموال المثقلة لاستيفاء حقه من ثمنها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، حيث نصت الفقرة الرابعة من (22) من القانون المصري على أنه: "ويجوز للدائن بيع المنقول دون اتباع الإجراءات والمدد الواردة بالفقرتين السابقتين في حالة عدم وجود حقوق مضمونة لدائنين

¹ Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, op.cit, P. 160 and beyond.

آخرين على ذات المنقول وموافقة المدين على المبيع، على أن يبذل في ذلك العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، وكذلك في الحالات الأخرى التي تحددها اللائحة التنفيذية وفقاً للضوابط التي تضعها في هذا الشأن."

ومن أبرز الحالات التي يجوز فيها للدائن بيع الأموال المثقلة بحقه دون اتباع الإجراءات القضائية وهي:

1- عدم وجود حقوق ضمان لدائنين آخرين على ذات المنقول المثقل وموافقة المدين على البيع.
2- الحالات التي تقل فيها المدة المقررة لصلاحية المنقول المثقل بالضمان عن مجموع المدة اللازمة لتكليف المدين بالوفاء وإخطار الدائنين الآخرين المشهرة حقوقهم على هذا المنقول. وفي هذه الحالة يشترط قيام الدائن بإخطار مقدم الضمان والدائنين الآخرين بوقت البيع ومكانه ومقدار الدين الذي يجرى البيع لسداده بموجب خطاب مسجل بعلم الوصول قبل البدء في البيع بيوم عمل على الأقل.

3- الحالات التي تقل فيها القيمة التقديرية للمنقول المثقل بالضمان عن عشرة آلاف جنيه، ويشترط في هذه الحالة قيام الدائن بإخطار مقدم الضمان والدائنين الآخرين¹.
ويؤخذ على القانون المصري أنه أخذ بموقف متشدد من عدم جواز قيام الدائن بالتنفيذ على الأموال المثقلة في الأحوال التي يكون فيها ثمة حقوق ضمان لدائنين آخرين على تلك الأموال. إذ يمكن معالجة هذه المسألة من خلال تقرير مبدأ حق الدائن المضمون له الذي يتمتع بأولوية تفوق أولوية الدائنين الآخرين في أن يتولى التنفيذ على الأموال المثقلة، وهو مسلك شائع في قوانين المعاملات المضمونة².

كذلك أجاز القانون الفلسطيني للدائن المضمون له بيع الأموال المثقلة لاستيفاء حقه من ثمنها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، فقد وضعت الفقرة (4) من المادة (38) ثلاثة شروط لحق الدائن في حيازة الأموال المثقلة، حيث نصت على أنه: "للمضمون له التنفيذ على الضمانة بوضع اليد عليها وحيازتها وفصلها عن أي مال آخر، وبيعها دون اللجوء إلى أي إجراءات قضائية في حال تحقق ما يلي:

¹ أنظر المادة (33) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري الصادرة بقرار وزير الاستثمار رقم (108) لسنة 2016.

² UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 285 and 286.

أ- الموافقة الخطية للمدين ومالك العقار الذي توجد به الضمانة أو الدائن المرتهن لذلك العقار، ولا يعتد بهذه الموافقة إذا لم ترد في اتفاق خاص ضمن عقد الضمان أو ضمن وثيقة منفصلة.

ب- ألا تكون الضمانة مثقلة بأي حق ضمان أو حق امتياز آخر.

ج- إلا يكون المدين خاضعاً لإجراءات تصفية أو إفلاس أو ما في حكمهما وفقاً للقوانين النافذة." ويواجه هذا النص بعض الفروض التي قد تعترض الدائن في ممارسة حقه في وضع اليد على الأموال المثقلة بضمانه، وتحول بين حقه في حيازتها، الأولى تتعلق بالحصول على الموافقة الخطية من المدين أو صاحب العقار الذي توجد فيه تلك الأموال، والثانية تتعلق بحالات التزام على الأموال من قبل الدائنين المضمونين أو أصحاب الامتياز، والثالثة إذا تجرد المدين من أمواله بسبب إجراءات الإفلاس أو إعادة التنظيم أو الإعسار، بحيث أصبحت الأموال المثقلة تدخل في أصول التقلية، ففي هذه الفروض لا يمكن للدائن المضمون له وضع اليد على الأموال المثقلة وحيازتها.

وعلى خلاف المسلك الذي انتهجه كل من القانون المصري والقانون الفلسطيني، فإن المشرع الإماراتي اشترط في المادة (33) من القانون وجوب حصول الدائن المرتهن على إذن المحكمة قبل المبادرة في بيع محل الرهن¹.

من كل ما تقدم عرضه، نقترح على المشرع البحريني عند سنه قانون المعاملات المضمونة أن ينظم حق الدائن المضمون له في التنفيذ على الأموال المثقلة بغير الطريق القضائي لتلافي حالات التأخير والتكلفة الذي تتسم به إجراءات التنفيذ القضائية في مملكة البحرين، والتي تؤخذ في اعتبار مؤسسات التمويل عند تقديم تسهيلات ائتمانية أو تقدير تكلفتها. ولضمان حسن تطبيق إجراءات التنفيذ بغير الطريق القضائي، فإنه يمكن للمشرع البحريني أن يضع بعض القواعد الملزمة التي يجب على الدائن المضمون له مراعاتها كإشعار المدين قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ والتزام الدائن بحسن النية والتصرف بطريقة معقولة تجارياً عند التنفيذ على الأموال المثقلة وألا تخل إجراءات الدائن لحيازة الأموال بالنظام العام.

¹ أجاز القانون المدني البحريني في الرهن الحيازي للدائن المرتهن بيع الشيء المرهون أو تملكه بعد الحصول على إذن القاضي. تنص المادة (1024) على أنه: "يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو يسره في السوق...".

ثانياً: مدى جواز شرط تملك الدائن للأموال المثقلة عند عدم الوفاء

حرصت القوانين المنظمة لحقوق الضمان الواردة على المنقول بما في ذلك القوانين المنظمة للرهن الحيازي على تناول شرط تملك الدائن المضمون له للمال المثقل بالضمان عند عدم الوفاء، لما لهذا الشرط من تأثير إيجابي في حصول المدين على الائتمان، فضلاً عن رغبة المشرع في حماية المدين الذي قد تدفعه الحاجة إلى الاستدانة إلى قبول هذا الشرط.

1- موقف قوانين المعاملات المدنية في الرهن الحيازي

يعتبر شرط تملك المنقول المرهون عند عدم الوفاء في الرهن الحيازي باطل في قوانين المعاملات المدنية¹. فليس للدائن المرتهن حق تملك المال المرهون بمجرد عدم الوفاء بالدين عند حلول أجله²، فإذا اتفق الدائن المرتهن مع المدين على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن الحق في تملك المال المرهون حيازة بثمن هو الدين المستحق أو بأي ثمن آخر أكبر أو أقل من الدين المستحق، فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام. وعلة ذلك، أن موقف الراهن يكون عادة ضعيفاً مقارنة بالدائن المرتهن الذي يستطيع أن يفرض عليه هذا الشرط³.

ومع ذلك فإن حكمة بطلان الشرط تنتفي إذا تم الاتفاق على التملك بعد حلول أجل الوفاء بالدين. كما أن رهن المنقولات ينفرد بحكم خاص، حيث يجوز أن يملك الدائن المرتهن المنقول المرهون حتى ولو لم يحصل على رضا الراهن، وذلك إذا لجأ إلى القاضي يستأذنه في تملك المنقول المرهون نظير الدين المستحق على المدين، على أن يصدر القاضي أمره بعد الاستعانة بأهل الخبرة لتقويم المنقول المرهون⁴.

¹ المادة (1108) من القانون المدني المصري والمادة (1256) من القانون المدني الفلسطيني والمادة (1480) من القانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة (1012) من القانون المدني البحريني.

² مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 1108.

³ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 839.

⁴ د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 480 وما بعدها.

كذلك أنظر: المادة (1121) من القانون المدني المصري والمادة (1266) من القانون المدني الفلسطيني والمادة (1489) من القانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة (1024) من القانون المدني البحريني.

2-موقف قوانين المعاملات المضمونة

أجازت العديد من قوانين المعاملات المضمونة للدائن المضمون له أن يتفق مع المدين على تملك الأموال المثقلة كلها أو بعضها للوفاء بالالتزام المضمون، شريطة أن يحدث الاتفاق بعد إخلال المدين بالتزامه بسداد الدين في موعد استحقاقه.

فالمادة (80) من القانون النموذجي للأونسيترال تقضي بأن للدائن المضمون له بعد الإخلال أن يعرض كتابة تملك أي من الأموال المثقلة باعتباره عوضاً عن الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون.

على أنه يجب على الدائن المضمون له إرسال العرض بتملك المال المثقل إلى كل من المدين الضامن، وأي شخص له حق على المال المثقل تسلم منه الدائن المضمون له إشعاراً بذلك خلال مدة قصيرة تحددها الدولة المشترعة، وأي دائن مضمون آخر قام بتسجيل إشعار أو كان حائزاً للمال المثقل.

فالغرض من إرسال عرض تملك المال المثقل تلافي احتمال أن يتواطأ الدائن المضمون له مع المدين الضامن، لذلك فإنه لا يكفي أن يرسل الدائن العرض إلى المدين وحده، وإنما يتعين إرساله للدائنين الآخرين الذين لهم حقوق على الأموال المثقلة¹.

ويتم تملك المال المثقل من قبل الدائن المضمون له الذي قدم عرضاً لتملك ذلك المال كعوض عن الوفاء بكامل الالتزام المضمون، وذلك ما لم يتسلم اعتراضاً مكتوباً على ذلك من قبل أي من الأشخاص الذين لهم حق تسلم العرض، فإذا كان تملك المال المثقل كعوض عن الوفاء الجزئي بالالتزام المضمون، فإنه يشترط تسلم الدائن موافقة مكتوبة من كافة الأشخاص الذين لهم الحق في تسلم العرض.

ويؤخذ على تنظيم القانون النموذجي للأونسيترال لإجراءات تملك الدائن المضمون له للأموال المثقلة عند عدم الوفاء أنه لم يشترط على الدائن بالحصول على تثمين مستقل لقيمة تلك الأموال المراد تملكها، وأن يرفق هذا التثمين في إشعار العرض المقدم إلى المدين والدائنين الآخرين، ليتسنى لهم اتخاذ قرار مستتير بالموافقة أو الاعتراض على عرض التملك، خاصة مع احتمال

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, op.cit, P. 296.

إساءة استعمال هذا الحق في الأحوال الذي تكون قيمة الأموال المثقلة تزيد على قيمة دين الدائن المضمون له.

من جهة أخرى، ذهب القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة في المادة (9-610-c) إلى جواز شراء الأموال المثقلة من قبل الدائن المضمون له إذا تم إجراء الشراء بالأموال المثقلة عن طريق مزاد عام، أو إذا تم إجراء الشراء من خلال مزاد خاص بشرط أن تكون نوعية الأموال المثقلة من الأشياء التي يتم بيعها عادة في سوق معترف به أو يخضع الشراء على نطاق واسع لعروض أسعار نمطية¹.

كما أجاز القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" طريقاً آخرًا يسمح فيه للدائن المضمون له أن يكتسب من خلاله الأموال المثقلة بحقه دون حاجة إلى بيعها ويسمى بإنهاء ترتيبات الضمان أو غلق الضمان "Strict Foreclosure"، حيث يجوز للدائن بموجب أحكام المادة (9-620) من القانون أن يملك الأموال المثقلة بعد تخلف المدين عن الوفاء بدينه في ميعاد استحقاقه، وذلك من خلال قبول تلك الأموال كعوض عن الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون. ويجب على الدائن المضمون له أن يرسل عرضه إلى المدين الضامن والذي يجب عليه الموافقة عليه. ويفرق القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بين حالتين: الحالة الأولى ما إذا كان عرض تملك الأموال المثقلة كعوض عن الوفاء الكلي بالالتزام المضمون فأن موافقة المدين تكون مفترضة بمجرد عدم اعتراضه خلال عشرين يوماً، والحالة الأخرى إذا كان العرض عوضاً عن الوفاء الجزئي بالالتزام المضمون فإنه يشترط أن يكون التعبير عن موافقة المدين بواسطة موافقة مصدقة منه "Authenticated Record"². ومع ذلك فإنه طبقاً لأحكام المادة (9-602-10) من القانون الموحد الأمريكي فإن أي محاولة للدائن للحصول على موافقة المدين مسبقاً بتملك الأموال المثقلة قبل وقوع الإخلال كالنص على هذا الشرط في اتفاق الضمان فإنه لا يكون نافذاً.

ويمكن أن نستخلص من ذلك، أن أي اتفاق بين الدائن المضمون له والمدين على انتقال ملكية الأموال المثقلة لا يكون صحيحاً إذا كان قبل إخلال المدين بالتزامه بالوفاء بالالتزام المضمون، وذلك لقيام شبهة التعسف من قبل الدائن المضمون له.

¹ Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck, op.cit, P. 177.

² Richard A. Mann and Barry S. Roberts, Business Law, South-Western Cengage Learning, Fourteen Edition, USA, 2009, P. 769.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الأمريكي قد خصص للسلع الاستهلاكية consumer "goods" المتقلة بحق ضمان بعض الأحكام الخاصة في المادة (620-9) من القانون، ومن ذلك عدم جواز تملك السلع الاستهلاكية كعوض عن الوفاء الجزئي بالالتزام المضمون إذا سدد المدين ما يقارب 60% أو أكثر من قيمة التزامه المضمون، إذ لا يجوز للدائن المضمون له في هذه الحالة تملك السلع الاستهلاكية وإنما يحق له التصرف فيها ببيعها خلال 90 يوماً من حيازتها¹. وهو اتجاه جدير بالمشرع البحريني الأخذ به عند تنظيمه لقانون المعاملات المضمونة لما يتسم به من حماية للمستهلك الذي يكون عادة في موقف أضعف من الدائن المضمون له.

وعلى خلاف القانون المصري الذي لم يتعرض إلى مدى جواز تملك الدائن للأموال المتقلة عند عدم الوفاء بدينه وقت استحقاقه، فقد أخذ كل من المشرع الفلسطيني والمشرع الإماراتي بفكرة حق الدائن في تقديم عرض لتملك الأموال المتقلة بالضمان، إذ أجازت المادة (45) من القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة للدائن المضمون له خلال سريان حق الضمان أو عند استحقاق الدين المضمون أن يعرض على المدين تملك الأموال المتقلة كلياً أو جزئياً كمقابل للوفاء بحقوقه المضمونة. وفي حال موافقة المدين الضامن على العرض، وجب تبليغ أي دائن صاحب حق نافذ وأي شخص قام بإخطار الدائن المضمون له بوجود حق له على تلك الأموال. ويحق لهؤلاء الأشخاص الاعتراض أمام قاضي التنفيذ على تملك الضمانة خلال خمسة أيام من إخطارهم بالعرض المقدم من الدائن المضمون له، الأمر الذي يوقف التنفيذ على الأموال المتقلة. أما إذا لم يقدم أي اعتراض على عرض الدائن، فيجوز له في هذه الحالة تملك الأموال المتقلة كلياً أو جزئياً كعوض عن الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون.

كذلك، نظمت المادة (26) من القانون الاتحادي الإماراتي حق عرض تملك محل الرهن، إذ أجازت للدائن المرتهن خلال نفاذ حق الرهن أو عند استحقاق الدين المضمون، أن يتفق مع المدين الراهن على تملك الرهن له كلياً أو جزئياً وذلك لاستيفاء حقوقه. فلا يجوز الاتفاق على تملك الدائن للأموال المتقلة قبل تخلف المدين عن سداد الدين.

فإذا كان على محل الرهن حقوق أخرى تم إشهارها في السجل، فعلى المرتهن إشهار عرض التملك في السجل للحصول على الموافقة الخطية من أصحاب الحقوق النافذة على محل

¹ David P. Twomey and others, op. cit, P. 698.

الرهن، وللمرتهن الذي يعرض التملك أن يقوم بتطهير حق الرهن من خلال تسديد ما للآخرين من حقوق على محل الرهن.

ويحق لأي شخص له حقوق على محل الرهن الاعتراض لدى المحكمة على تملك المرتهن لمحل الرهن وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ إشهار العرض، وتفصل المحكمة في الاعتراض خلال عشرة أيام من تاريخ تقديمه ويعتبر قرارها نهائياً وغير قابل للطعن. فإذا قررت المحكمة قبول الاعتراض على طلب التملك، فإنه يتم التنفيذ على محل الرهن من خلال اتباع إجراءات البيع المنصوص عليها في المادة (33) والتي سبق الإشارة إليها. أما إذا لم يقدم اعتراض على طلب التملك أو رفضت المحكمة الاعتراض المقدم ضد الطلب، فإن محل الرهن يكون مملوكاً للدائن المرتهن كلياً أو جزئياً استيفاء لحقوقه.

وغني عن البيان، فإن أخذ القانون الفلسطيني والإماراتي بفكرة جواز الاتفاق على تملك الدائن المضمون له للأموال المثقلة بعد إخلال المدين بالتزامه بسداد الدين في موعد استحقاقه من شأنها أن تؤدي إلى التنفيذ بتكلفة أقل من حيث النفقات أو الوقت، ومع ذلك فإنه كان على المشرع الفلسطيني والإماراتي وضع بعض الضوابط الموضوعية التي تحول دون إساءة استعمال هذا الخيار من قبل الدائن، ومنها ألا تكون قيمة الأموال المثقلة تزيد على قيمة الدين المضمون في حالة الوفاء الكلي، وألا يكون للدائن سلطة على المدين تؤثر على إرادته، وألا يمس الاتفاق بين الدائن والمدين بحقوق الغير في الأموال المثقلة.

وإذا كان الغرض من إنشاء حق الضمان هو تمكين الدائن المضمون من استيفاء حقه من الأموال المثقلة، إلا أنه ينبغي من المشرع البحريني ألا يجعل طريق الحجز على الأموال وبيعها هو الطريق الوحيد المتاح للدائن المضمون له، وإنه ينبغي تنظيم مسألة عرض الدائن على المدين تملك الأموال المثقلة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون، على أن ينص صراحة على عدم صحة أي اتفاق يقضي بتملك الدائن للأموال المثقلة بحقه مباشرة عند إخلال المدين بالوفاء بالالتزام المضمون إلا إذا كان الاتفاق قد أبرم بعد وقوع الإخلال، لما تمتاز به هذه الطريقة من سرعة في التنفيذ وانخفاض في تكلفة إجراءات الحجز والبيع. ولتلافي أي إساءة في استعمال خيار تملك الدائن للأموال المنقولة، ينبغي ألا يكتفى باشتراط موافقة المدين على تملك الدائن الأموال المثقلة، وإنما ينبغي إلزام الدائن بتوجيه إشعار للدائنين الآخرين الذين لهم حق على تلك الأموال، وأن يكون لهم حق الاعتراض على اتفاق الدائن والمدين على تملك الأخير لتلك الأموال.

المطلب الثاني

آثار التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان

يؤدي قيام الدائن المضمون له ببيع الأموال المثقلة بحقه، سواء باتباع الإجراءات القضائية أو بيعها مباشرة بغير الطريق القضائي، إلى تطهير تلك الأموال من حقوق الضمان الواردة عليها. فيتخلص المال المنقول من جميع حقوق الضمان التي تثقله حتى لو لم يحصل أصحابها على شيء من ثمنه لعدم كفاية قيمته للوفاء بجميع الديون. ويكون على المدين الضامن مسؤولية شخصية في الوفاء بالحقوق المتبقية للدائنين بعد بيع الأموال المثقلة بضماناتهم، إذ في هذه الحالة ينقضي حق الضمان بصفة أصلية دون أن ينقضي الدين المضمون¹.

كما يعتبر توزيع عوائد بيع الأموال المثقلة بالإجراء الأخير الذي يصبو إليه الدائن المضمون له من وراء التنفيذ على تلك الأموال، فالغاية من التنفيذ ليس نزع تلك الأموال من يد المدين الضامن وإنما استيفاء الدائن دينه من تلك الأموال من خلال تحويل تلك الأموال إلى عوائد نقدية تمكنه من اقتضاء حقه منها.

ويقتضي تناول آثار التنفيذ أن نتعرض إلى تطهير الأموال المثقلة من كافة حقوق الضمان ومن ثم إلى توزيع العوائد من بيع المال المثقل من خلال الفرعين التاليين:

¹ Jane P. Mallor and others, op.cit, P. 782.

الفرع الأول

تطهير الأموال المثقلة من حقوق الضمان الواردة عليها

تنص قوانين المعاملات المضمونة عادة على انتهاء حق الضمان عند بيع الدائن الأموال المثقلة¹، ولا تختلف هذه القاعدة في قوانين المعاملات المضمونة عما هو مقرر في قوانين المعاملات المدنية المنظمة للرهن الحيازي التي تقضي بأن قيام الدائن ذي المرتبة الأسبق ببيع الشيء المرهون متبعاً للإجراءات القانونية، يؤدي إلى انقضاء الرهون الأخرى على نفس المنقول، وينتقل المنقول إلى المشتري مطهراً من كل حقوق الضمان، ولا يكون للدائنين المرتبتهين إلا الرجوع على الثمن المدفوع وذلك وفقاً لمرتبتهم².

وقد جرت قوانين المعاملات المضمونة على منح الدائن المضمون له الذي يتمتع بأولوية تفوق الأولوية التي يتمتع بها الدائن المنفذ على الأموال المثقلة الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ بدلاً من الدائن المنفذ، وذلك بغرض تعزيز كفاءة إنفاذ حقوق الضمان على الأموال المثقلة³. فحق الدائن المضمون له ذو المرتبة الأعلى يظل مستمراً على الأموال التي تم بيعها من قبل دائن أدنى مرتبة منه، ومن ثم لا يحصل المشتري لهذا المال على حقه خالصاً من حق الدائن ذي المرتبة الأعلى، وإنما تنقضي حقوق ضمان الدائن المنفذ والدائنين التاليين له في المرتبة⁴. لذلك فإنه عادة

¹ تنص المادة (22) من القانون المصري على أنه: "يترتب على بيع المنقول الضامن في هذه الحالة تطهير المنقول من كافة الديون وتنقل حقوق الدائنين إلى الثمن".

ويقابل هذا النص في القانون الفلسطيني الفقرة (3) من المادة (43) والتي تنص على أنه: "ينتج عن بيع الضمانة وفقاً لأحكام القانون تطهيرها من كافة الحقوق، وتنقل الحقوق للعوائد." وفي القانون الإماراتي المادة (34) التي تنص على أنه: يترتب على بيع محل الرهن وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون تطهيره من حقوق الرهن وتنقل هذه الحقوق إلى العوائد وحصيلة التنفيذ".

كذلك، نصت المادة (9-617-a) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" على أنه يترتب على تصرف الدائن المضمون له بالأموال المثقلة بعد الإخلال إلى تطهيرها من حقوق الضمان.

² د. محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 639 و640.

³ أنظر المادة (81) من قانون النموذجي للأونيسترال بشأن المعاملات المضمونة والمادة (9-617-a-3) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9".

⁴ Spyridon V Bazinas and N Orkun Akseli, op.cit, P. 73.

يكون الدائن ذو المرتبة الأعلى هو الذي يتولى التنفيذ على الأموال المثقلة بحقه أو يقوم الدائن ذو المرتبة الأدنى باتخاذ الترتيبات اللازمة لحماية حق الدائن الذي يفوقه مرتبة كسداد دينه بهدف الحصول على ملكية تلك الأموال خالصة، أو بيعها دون أن تكون مثقلة بحق ضمان عليها¹.

وينشأ من بيع الأموال المثقلة بالضمان حقوق للمشتري على تلك الأموال، فيكتسب ملكيتها سواء تم البيع عن طريق القضاء من خلال إجراءات البيع الإجباري أو تم البيع بغير الطريق القضائي. وإن كان الغالب أن يقوم الدائن المضمون له ببيع الأموال المثقلة عند استحقاق دينه، إلا أن قوانين المعاملات المضمونة تقرر للدائن أيضاً حق تأجيرها أو الترخيص باستغلالها أو استخدامها على أن يتم استخدام أجرة التأجير أو الترخيص بالاستغلال أو الاستخدام في استيفاء دينه. كما لا تميز القوانين بين آثار بيع الأموال المثقلة أو تأجيرها أو الترخيص باستغلالها بأحكام خاصة، حيث يكتسب الحائز تلك الأموال خالية من حقوق الضمان².

ويقتضي تناول تطهير الأموال المثقلة وتحريرها من حقوق الضمان الواردة عليها أن نتناول آثار ذلك التطهير من خلال التعرض إلى حقوق مشتري تلك الأموال وموقف قوانين المعاملات المضمونة من عدم التزام الدائن المضمون له بالإجراءات اللازمة للتنفيذ على الأموال المثقلة وأثر ذلك على صحة البيع.

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions op.cit, P. 300.

² نصت المادة (78) من قانون النموذجي للأونيسترال والمادة (9-610-a) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" على أن للدائن المضمون له حق بيع الأموال المثقلة بضمانه أو التصرف فيها على نحو آخر أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها. وقد كانت المادة (9-504-4) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" قبل تعديلها تستعمل لفظ "المشتري Purchaser" ولكن بعد التعديلات التي أدخلت على القانون في 1999 تم استعمال لفظ "المُحال إليه Transferee" ليتسق هذا اللفظ مع الخيارات الممنوحة للدائن في بيع الأموال المثقلة بضمانه أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها.

كما تنص الفقرة (1) من المادة (39) من القانون الفلسطيني صراحة على حق الدائن المضمون له في تأجير الأموال المثقلة بضمانه أو الترخيص باستخدامها، وقد تناولت الفقرة (3) من ذات المادة طلب وقف الإجراءات نصت صراحة على أنه: "يشترط لإصدار أمر قضائي بتعليق إجراءات بيع الضامنة أو تأجيرها أو السماح للغير باستغلالها أو التصرف فيها أن يقدم طالب الوقف تأميناً نقدياً أو كفالة مصرفية مساوية لقيمة الالتزامات المضمونة بالضمانة أو قيمتها أو أيهما أعلى".

أولاً: حقوق الأجنبي مشتري الأموال المثقلة بالضمان

يؤدي بيع الدائن المضمون له للأموال المثقلة انتقال ملكيتها إلى المشتري سواء باتباع إجراءات عامة في البيع أو إجراءات خاصة خارج نطاق القضاء. ويقتصر انتقال الملكية على ما كان محلاً لحق الضمان، أما ما عدا ذلك من أموال المدين فإن ملكيتها لا تنتقل إلى المشتري، باعتبار أن ليس للدائن الحق في التنفيذ عليها لأنه ليس له حق ضمان عليها.

ويكتسب المشتري جميع الحقوق التي للمدين على الأموال المثقلة، كما يكتسب المشتري الأموال خالية من حق ضمان الدائن وما ينفرع عنه من حقوق أثناء التنفيذ عليها كالحق في حبسها أو حيازتها، فضلاً عن أن المشتري يأخذ تلك الأموال محررة من أي حق ضمان أو امتياز عليها لأي دائن صاحب مرتبة أدنى من مرتبة حق الدائن المضمون له الذي قام بالتنفيذ¹. فإذا كان طالب التنفيذ دائناً أسبق في المرتبة، فإن المشتري يستلم الأموال مطهرة ليس فقط من حق هذا الدائن، بل أيضاً من حق الدائنين التاليين له في المرتبة. وعلة ذلك، أن حق الدائن المتأخر لا يجوز الاحتجاج به في مواجهة الدائن المتقدم عليه، ولما كان المشتري يعتبر خلفاً للدائن طالب التنفيذ، فلا يجوز للمشتري الاحتجاج بحقه على الدائنين المتقدمين بما لا يجوز لطالب التنفيذ أصلاً الاحتجاج به عليهم².

وبالتأكيد فإن انتقال ملكية الأموال خالصة للمشتري مما يثقلها من حقوق ضمان سابقة وعدم قدرة الدائنين على الاحتجاج بحقوقهم الضمانية في مواجهته من شأنه كفالة إمكانية بيع الأموال المثقلة لاستيفاء الدين من ثمنها وسهولة العثور على مشتري لتلك الأموال، وبيعها بأعلى ثمن ممكن، إذ لا يمكن للمشتري أن يعرض ثمناً يساوي قيمة تلك الأموال وملكيتها مهددة أصلاً بالزوال وخطر النزاع.

¹ Timothy R. Zinnecker, The Default Provision of Revised Article 9 of the Uniform Commercial Code: Part 2, The Business Lawyer, Campbell University School of Law, Vol. 54, August 1999, P 1750.

² د. عبد فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 563 و564.

ويترفع عن نقل ملكية الأموال مطهرة من الحقوق التي تثقلها التزام على الدائن المضمون له بتسليم تلك الأموال إلى المشتري، والتزامه بالمحافظة على تلك الأموال إلى حين تسليمها إلى المشتري وذلك تطبيقاً لأحكام القانون المدني الذي ينص على أن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم¹. فإذا هلك المال المتقل قبل تسليمه إلى المشتري كانت تبعة الهلاك على الدائن المضمون له الحائز لذلك المال وقت البيع، فتبعة الهلاك تدور مع التسليم لا مع نقل الملكية².

ثانياً: أثر مخالفة الدائن المضمون له إجراءات التنفيذ على صحة البيع

تطرق بعض قوانين المعاملات المضمونة لآثار عدم التزام الدائن المضمون له بالإجراءات اللازمة للتنفيذ على الأموال المنقولة، وما إذا كان يحق للدائنين الآخرين أو المدين الضامن طلب إبطال البيع إذا شاب إجراءات التنفيذ أو البيع مخالفات قانونية.

فقد نصت الفقرة (5) من المادة (81) من القانون النموذجي للأونيسترال على أنه: "إذا باع الدائن المضمون له الأموال المنقولة أو تصرف فيها على نحو آخر أو أجبرها أو رخص باستخدامها على نحو يخالف أحكام هذا الفصل، اكتسب المشتري أو المنقول إليه الآخر أو المستأجر أو المرخص له الحقوق أو المنافع المبينة في الفقرتين (1) و(2) شريطة ألا يكون على علم بوقوع مخالفة لأحكام هذا الفصل تمثل إخلالاً جوهرياً بحقوق مقدم الضمان أو حقوق شخص آخر³."

¹ أنظر المادة (206) من القانون المدني المصري والتي يقابلها المادة (209) من القانون المدني البحريني.
² وتفرق أحكام الرهن الحيازي في تحديد تبعة هلاك الشيء المرهون، فإذا كان الهلاك بخطأ الراهن كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يحصل ضماناً كافياً أو يسقط أجل الدين فيصبح الدين حالاً، أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن، فلا يحق له الحصول على ضمان آخر، بل يجب عليه تعويض المدين عما أتلّفه بخطئه، أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي، كان الراهن الخيار بين إسقاط أجل الدين ودفعه فوراً أو تقديم ضمانه كافية بدلاً من الضمانة التي هلك.

د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 804 و805.
³ يؤخذ على النسخة العربية من القانون النموذجي للأونيسترال بشأن المعاملات المضمونة عدم دقتها في استعمال مصطلح "الموجودات المرهونة" كترجمة لعبارة "encumbered asset" والصحيح الأموال المثقلة لتتسق مع مجمل نصوص القانون التي لم تستعمل مصطلح الرهن.

ومفاد ذلك، أنه لا ينتج عن تصرف الدائن المضمون له ببيع الأموال المثقلة أو تأجيرها أو الترخيص باستخدامها بطلان التصرف حتى لو شابه مخالفات للإجراءات المنصوص عليها في القانون، فيظل المشتري أو من آل إليه حقاً على المال متمتعاً بملكيته أو بالحقوق التي آلت إليه ما دام لم يكن على علم بمخالفة الدائن المضمون له أو لم يترتب على المخالفة ضرر جسيم بحقوق المدين الضامن أو حقوق شخص آخر.

كما جاء القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بشأن المعاملات المضمونة صريحاً في حماية المشتري حسن النية، حيث نصت المادة (9-617-b) على أن يحصل المُحال إليه الذي يتصرف بحسن نية على الأموال خالية من الحقوق المنصوص عليها في الفقرة (أ) ولو كان الدائن المضمون له مَخْلأً بالتزامه بهذه المادة أو لمتطلبات أي إجراء قضائي.

ومقتضى ذلك أنه لا تتأثر حقوق المشتري حسن النية بعدم امتثال الدائن المضمون له لأحكام القانون أو لإجراءات البيع القضائية إذا كان حسن النية. وفي هذه الحالة، يكون للمدين والدائنين المضمونين الآخرين الحصول على التعويض المناسب عن انتهاك الدائن المنفذ للإجراءات الواجب مراعاتها¹. أما إذا كان المشتري يعلم بمخالفات الدائن أو كان متواطئاً معه، فيجوز للمدين الضامن أو الدائنين الآخرين طلب إبطال البيع على أساس أن المشتري يفقر إلى حسن النية². وتجدر الإشارة إلى أنه لا يعد انتهاكاً لمبدأ حسن النية مجرد معرفة المشتري بوجود تزام بين حقوق الدائنين المضمونين على الأموال المثقلة إذا كانت حقوقهم أدنى مرتبة من حق الدائن الذي يتولى التنفيذ على الأموال³.

وقد عمد القانون المصري على التأكيد في المادة (23) منه على أنه: "يكون الدائن مسؤولاً عن تعويض مقدم الضمان والمدين وأي من أصحاب الحقوق الأخرى على المال الضامن بحسب الأحوال عن الأضرار الناتجة عن مخالفته لإجراءات التنفيذ المنصوص عليها في هذا القانون ولأحتة التنفيذية". ويستفاد من هذا النص أنه يمكن إثارة مسؤولية الدائن لجبر الأضرار المترتبة على مخالفته لإجراءات التنفيذ دون أن يكون للمضمررين من الدائنين أو المدين أو أصحاب

¹ Theodore Eisenberg, op. cit, P. 24-205.

² Timothy R. Zinnecker, op. cit, P 1750 and beyond.

³ Ibid, P 1752.

الحقوق على المال المثقل طلب إبطال إجراءات التنفيذ، ويكون تعويضهم من خلال إلزام الدائن باستكمال الثمن إلى أن يصل قيمته الحقيقية وقت البيع.

ومع ذلك إذا كان ثمة توافق بين الدائن المضمون له الذي يتولى التنفيذ على الأموال المثقلة والمشتري، فإنه يجوز وفقاً للقواعد العامة التمسك ببطلان إجراءات التنفيذ لإخلال الدائن والمشتري بحسن النية وارتكابهما الغش.

الفرع الثاني

توزيع العوائد من بيع المال المثقل بالضمان

تختلف قواعد التوزيع في قوانين المعاملات المضمونة عن القواعد المتبعة في توزيع حصيلة التنفيذ الجبري على أموال المدين في الضمان العام، حيث يتم توزيع عوائد التنفيذ الجبري في الديون العادية عن طريق التقسيم بالمحاسبة، أي تقسيم عوائد التنفيذ بين الدائنين قسمة غرماء، فيأخذ كل دائن نصيبه من هذه العوائد حسب نسبة دينه إلى مجموع الديون، بغير أولوية لدائن على آخر، ومن ثم فإن الدائن لا يستوفي إلا جزء من حقه، فلا يتقدم دائن على آخر، فالدائنون متساوون في الاستفادة من أموال المدين، فيشترك جميعهم في تحمل خسارة بعض ديونهم بنفس النسبة¹. أما قواعد التوزيع في قوانين المعاملات المضمونة فإنها تقوم على فكرة ترتيب الديون من حيث الأولوية، فتوزع عوائد التنفيذ على الأموال المثقلة حسب مراتب ديون الدائنين في سلم الأولويات. فإذا كان هناك دائنون لديهم حق ضمان ودائنون عاديون، أخذ الدائنون أصحاب الضمان حقوقهم أولاً وبحسب ترتيب أولوياتهم عند تراحمهم.

ويشير توزيع العوائد من بيع الأموال المثقلة بالضمان بعض المسائل القانونية خاصة في حال تعدد الدائنين المضمون لهم وعدم كفاية حصيلة التنفيذ للوفاء بكامل حقوقهم. وعلى ذلك، يمكن تناول توزيع العوائد من خلال بحث موقف القوانين المقارنة من قواعد وإجراءات التوزيع ومسئولية المدين عن العجز في العوائد.

¹ د. محمد لبيب شنب و د. أحمد سعد، المرجع السابق، ص 7 و 8.

أولاً: موقف القوانين المقارنة من توزيع العوائد

تناولت قوانين المعاملات المضمونة بالتنظيم توزيع عوائد بيع الأموال المثقلة بالضمان على الدائنين وذلك حسب أولوياتهم، كما نظمت أوجه التوزيع فشملت بذلك مصاريف التنفيذ على الأموال المثقلة والنفقات التي تحملها الدائن المضمون له كأتعاب المحامين، فضلاً عن سداد ديون الدائنين المضمون لهم على الأموال المثقلة. وعلى ذلك سنتناول موقف قوانين المعاملات المضمونة من توزيع العوائد من خلال تناول أوجه التوزيع بحسب ترتيب أولوياتها:

1- سداد المصاريف والنفقات

تخصص عوائد بيع الأموال المثقلة بالضمان لسداد المصاريف التي تكبدها الدائن المضمون له لحيازة تلك الأموال أو الحجز عليها أو لإجراء البيع وغير ذلك من المصاريف والنفقات.

وقد تركت الفقرة (1) من المادة (79) من القانون النموذجي للأونيسترال للدولة أن تحدد كيفية توزيع عوائد بيع الأموال المثقلة أو التصرف فيها إذا كان الدائن المضمون له قرر إجراء البيع أو التصرف عن طريق المحكمة أو السلطة المختصة التي تحددها الدولة. فإذا قرر الدائن مباشرة البيع من غير اللجوء إلى المحكمة أو السلطة المختصة، فللدائن طبقاً لأحكام الفقرة (ب) من المادة (79) من القانون خصم مصاريف التنفيذ المعقولة. أما القانون الموحد الأمريكي "UCC" "9 بشأن المعاملات المضمونة فقد نصت المادة (1-615-a-9) منه بأن للدائن المضمون له أن يسدد من العوائد النقدية المترتبة على التصرف في الأموال المثقلة المصاريف المعقولة عن إعادة حيازة أو حجز أو إجراء التصرف، فضلاً عن أتعاب المحاماة المعقولة والمصاريف القانونية التي تحملها الدائن المضمون له وذلك بالحد المنصوص عليه في الاتفاق.

وقد وضع كل من قانون النموذجي للأونيسترال والقانون الموحد الأمريكي "UCC 9" ضابطاً مرناً لتقدير المصاريف والنفقات، وذلك بالنص على سداد التكاليف المعقولة "Reasonable Expenses" بما في ذلك أتعاب المحاماة المعقولة¹. وتقدير المصاريف

¹ تتجه بعض الدول في تقدير أتعاب المحاماة على أساس الأتعاب المعقولة أو الأتعاب الفعلية، حيث لا يمكن الاعتماد على اتفاق المحامي والموكل في تحديد أتعاب المحاماة، لأنه قد يكون الاتفاق صورياً أو قد يدفع البعض أتعاباً لمحامين كبار في قضايا تافهة لا تحتاج إلى هذه الأتعاب، طالما أن الخصم الآخر هو الذي سيدفع تلك الأتعاب المبالغ فيها أو الصورية.

والنفقات ليس متروكاً لتقدير الدائن المضمون له لما لهذا التقدير من آثار سلبية على استيفاء الدائنين لحقوقهم من عوائد بيع الأموال المثقلة.

وقد نص البندان (1) و(2) من المادة (25) من القانون المصري على ترتيب توزيع حصيلة بيع المنقول الضامن والعوائد الناتجة عنه وذلك وفقاً للتالي:

"1- نفقات إصلاح المنقول وصيانته وإعداده للبيع. 2- رسوم ونفقات التنفيذ على المنقول."

ويقابل هذا النص البندين (أ) و(ب) من الفقرة (1) من المادة (43) من القانون الفلسطيني والبندين (أ) و(ب) من الفقرة (3) من المادة (37) من القانون الاتحادي الإماراتي¹. ومقتضى ذلك فإن للدائن المضمون له صاحب طلب التنفيذ الحق في استرداد ما دفعه من مبالغ للمحافظة على الأموال المثقلة بحقه حتى تبقى صالحة لبيعها، فضلاً عن استرداد تحمله من نفقات ورسوم مستحقة للدولة، كالرسوم القضائية التي دفعت لحيازة تلك الأموال، أو لإجراء التنفيذ عليها، بما في ذلك أتعاب الخبراء الذين تم الاستعانة بهم لبيع تلك الأموال.

ويؤخذ على قوانين المعاملات المضمونة العربية أنها لم تضع ضابطاً لتقدير المصاريف والنفقات التي تكبدها الدائن، خاصة وأن الدائن يتمتع بسلطة تقديرية واسعة عند إجراء الحجز أو التنفيذ، لذلك كان الأولى وضع ضابط موضوعي يكفل عدم إساءة الدائن في تقدير نفقاته ومصاريفه التي تحملها، ويُقترح وضع ضابط المعقولة للمصاريف والنفقات كقيد يرد على تقديرها أسوة بما ذهب إليه كل من القانون النموذجي للأونيسترال والقانون الموحد الأمريكي.

د. عزمي عبد الفتاح عطية، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي- قانون القضاء المدني الكويتي، الكتاب الثاني، الطبعة الرابعة، الناشر مؤسسة دار الكتب، الكويت، 2017، ص 543 و544.

¹ ينص البندان (أ) و(ب) من الفقرة (1) من المادة (43) من القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة على أنه: "1- إذا كانت عوائد الضمانة لا تكفي لتسديد كافة الحقوق المترتبة عليها، فتوزع وفقاً للترتيب الآتي:

1- نفقات حيازة الضمانة وإصلاحها وتحسينها وإعدادها للبيع.

2- رسوم التنفيذ على الضمانة."

كما ينص البندان (أ) و(ب) من الفقرة (3) من المادة (37) من القانون الاتحادي الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين على أنه: "يتم توزيع عوائد محل الرهن وحصيلة التنفيذ عليه وفق الترتيب الآتي:

أ- نفقات حفظ وإصلاح محل الرهن وإعداده للبيع وأية رسوم تدفع لترخيصه أو المحافظة عليه واستخدامه وفق أحكام القانون.

ب- رسوم التنفيذ على محل الرهن ونفقاته ويشمل الرسوم القضائية."

2- سداد الديون المضمونة

بعد سداد المصاريف والنفقات من عوائد بيع الأموال المثقلة فإن للدائن طالب التنفيذ استيفاء دينه المضمون من تلك العوائد. وهذا ما قرره كل من البند (أ) من الفقرة (1) من المادة (79) من القانون النموذجي للأونيسترال والمادة (2-615-a-9) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بأن يكون للدائن المضمون له الذي قام بالتنفيذ الحصول على عوائد التصرف في الأموال المثقلة للوفاء بالالتزام المضمون.

فإذا كانت للدائن ديون متعددة تجاه المدين، وكانت جميع تلك الديون مضمونة، فإن للدائن الحق في الحصول على عوائد بيع الأموال المثقلة وفاء بديونه المضمونة. أما إذا كانت للدائن المضمون له ديوناً أخرى غير مضمونة، فليس له أن يستوفي تلك الديون غير المضمونة من تلك العوائد¹.

فإذا كان هناك فائض في عوائد بيع الأموال المثقلة فيجب أن توزع العوائد على الدائنين بحسب أولوياتهم، فيجب سداد الفائض من العوائد إلى الدائن المضمون له الذي يأتي بعد الدائن طالب التنفيذ في المرتبة على أن يقوم بإخطاره بدينه قبل توزيع الفائض تطبيقاً لأحكام البند (ب) من الفقرة (1) من المادة (79) من قانون النموذجي للأونيسترال والمادة (3-615-a-9) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9"². ومع ذلك فإن القانون الموحد الأمريكي وضع أصحاب الامتياز مع الدائنين المضمونين الآخرين في مرتبة واحدة في الحصول على فائض العوائد المتبقية من بيع الأموال المثقلة وذلك حسب أولوياتهم، وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة (9-615-a-3) من القانون الموحد³.

¹ Timothy R. Zinnecker, op. cit, P. 1738.

² تجدر الإشارة إلى كل من القانون النموذجي للأونيسترال والقانون الموحد الأمريكي "UCC 9" أخذ بالاتجاه الذي يلزم فيه الدائن المضمون له إذا قام بالتنفيذ على الأموال المثقلة بحقه من غير الطريق القضائي أن يتولى توزيع العوائد على الدائنين الآخرين بعد استيفاء حقه من تلك العوائد، وهذا خلاف ما قرره القوانين العربية التي ألزمت الدائن بإيداع العوائد وحصيلة التنفيذ في خزانة المحكمة. أنظر إلى ما سوف نتناوله لاحقاً حول إجراءات توزيع العوائد.

³ Timothy R. Zinnecker, op. cit, P. 1739.

أما القانون المصري فقد رتب توزيع العوائد وفق التالي: أولاً: سداد مستحقات أصحاب حقوق الضمان المشهورة على المنقول حسب أولوياتها وفقاً لأحكام هذا القانون. وثانياً: سداد مستحقات أصحاب الامتياز وغير من الحقوق المقررة وفقاً لأولوياتها طبقاً للقوانين المنظمة لها¹. أما وفقاً للقانون الاتحادي الإماراتي فيتم توزيع عوائد محل الرهن وحصيلة التنفيذ وفق الترتيب التالي: أولاً: حقوق المرتهنين حسب أولوياتهم المحددة في هذا القانون. وثانياً: يوزع المتبقي من حصيلة التنفيذ حسب الأولويات المحددة في القوانين السارية في الدولة².

ومؤدى موقف المشرع المصري والإماراتي أن توزيع عوائد الناتجة عن بيع المنقول الضامن يسدد به مستحقات أصحاب حقوق الضمان حسب مراتب ديونهم، وذلك على خلاف التوزيع الذي يتم بين الدائنين العاديين بحيث يحصل كل دائن على نصيبه من العوائد حسب نسبة دينه إلى مجموع الديون، بغير أولوية لدائن على آخر. وما يبقى من عوائد بعد سداد ديون أصحاب حقوق الضمان فإنه يتم توزيعها على أصحاب الامتياز وفقاً لأولوياتها أيضاً. ومن ثم فإن مرتبة أصحاب الامتياز تأتي متأخرة بعد أصحاب الحقوق المضمونة.

وفي رأينا أن موقف كل من القانون المصري والإماراتي من جعل مرتبة أصحاب الحقوق الممتازة متأخرة عن مرتبة الدائنين المضمون لهم محل نظر لافتقاره للعدالة في بعض صور التزام بين الحقوق الممتازة والحقوق المضمونة، إذ قد ينشأ حقاً ممتازاً لدائن قبل حق الضمان ومع ذلك فإن مرتبة الحق الممتاز تكون متأخرة عن مرتبة الدائن المضمون له طبقاً للقانون المصري والإماراتي. مع أن بعض الحقوق الممتازة سببها اعتبارات إنسانية كامتياز أجور العمال أو مبنية على فكرة الرهن الضمني كامتياز صاحب الفندق على أمتعة النزلاء. لذلك من الأنسب أن يكون مبدأ الأسبقية هو المعيار في تحديد الأولوية عند تزامن الحقوق الممتازة مع الحقوق المضمونة.

ومسايرة للقانون الموحد الأمريكي "UCC 9" في مساواة أصحاب الامتياز مع الدائنين المضمون لهم في استيفاء حقهم من فائض العوائد المتحصلة من بيع الأموال المثقلة، فقد وضع القانون الفلسطيني أصحاب حقوق الضمان حقوق الامتياز في فئة واحد في الحصول على الفائض من عوائد الأموال المثقلة وذلك وفقاً لمرتبتها في الأولويات³، فإذا كان حق الدائن المضمون له

¹ أنظر الفقرتين (3) و(4) من المادة (25) من القانون المصري.

² أنظر البندين (ج) و(د) من الفقرة (3) من المادة (37) من القانون الإماراتي.

³ الفقرة (ج) من المادة (43) من القانون الفلسطيني.

متأخراً عن حق صاحب الامتياز، فإنه لا يستوفي دينه إلا بعد أن يستوفي صاحب الامتياز دينه من فائض العوائد. ويُقترح على المشرع البحريني عند تنظيمه لقانون المعاملات المضمونة ألا يميز في تحديد الأولوية بين أصحاب الحقوق المضمونة وأصحاب الحقوق الممتازة في سداد ديونهم، بحيث توزع عوائد المال المثقل على هؤلاء الدائنين بحسب أولوياتهم. فإذا كانت الأولوية لصاحب الحق الممتاز، فإنه لا يسدد دين الدائن المضمون له إلا بعد سداد دين صاحب الحق الممتاز.

3-إعادة الفائض إلى المدين الضامن

إذا كانت عوائد الأموال المثقلة بالضمان كافية لسداد المصاريف والنفقات واستيفاء حق الدائن المضمون له طالب التنفيذ وسداد حقوق الدائنين المضمونين حسب أولوياتهم، فإن على الدائن المضمون له أن يرد الفائض من تلك العوائد إلى المدين الضامن. وهذا ما أكدته قوانين المعاملات المضمونة، حيث نص البند (ب) من الفقرة (2) من المادة (79) من قانون النموذجي للأونيسترال على أن يرد أي فائض يبقى إلى المدين الضامن. ويقابل هذا النص في القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بشأن المادة (1-615-d-9) التي نصت على أنه يستحق المدين الضامن أي فائض للعوائد بعد سداد المصاريف والديون التي تثقل الأموال المضمونة¹.

انفرد القانون الموحد الأمريكي بحكم لا نظير له في القوانين المقارنة محل الدراسة يتعلق بالحالات التي لا يجب¹ من أنه: "إذا (9-615-e) على الدائن المضمون له إعادة فائض العوائد إلى المدين الضامن. فقد نصت المادة Chattel كانت المعاملة الأساسية عبارة عن بيع حسابات بنكية، أو سندات تثبت التزاماً نقدياً أو حق ضمان أو السندات لأمر، فإن: "Payment Intangible" أو المدفوعات عن الأشياء غير المادية "Paper

1- المدين لا يستحق أي فائض من العوائد.

2- الملتزم غير مسئول عن أي نقص في العوائد."

ويرجع عدم إلزام الدائن المضمون له في رد الفائض من العوائد المتأتية من تلك الأموال إلى أن الدائن يعتبر في هذا النوع من المعاملات المضمونة مشترياً لتلك الأموال ما لم ينص اتفاق الضمان على خلاف ذلك.

Timothy R. Zinnecker, op. cit, P. 1741.

واتساقاً مع ما ذهب إليه كل من القانون النموذجي للأونسيترال والقانون الموحد الأمريكي "UCC 9" فقد نصت صراحة قوانين المعاملات المضمونة العربية على إعادة أي فائض من العوائد المتأتية عن بيع الأموال المثقلة إلى المدين أو مقدم الضمان¹.

ثانياً: طرق توزيع العوائد

تختلف اتجاهات قوانين المعاملات المضمونة في معالجتها لطرق توزيع العوائد، وما إذا كان يتعين على الدائن المضمون له أن يسلك الطريق القضائي لتوزيع حصيلة العوائد الناتجة عن بيع الأموال المثقلة، أم يكون للدائن الخيار في أن يودع العوائد خزانة المحكمة، تمهيداً لتوزيعها حسب الأولويات المنصوص عليها في القانون، أو أن يتولى مسؤولية التوزيع على الدائنين الآخرين الذي لهم حق ضمان على الأموال المباعة وتقل مرتبتهم عن مرتبته في سلم الأولوية.

1- توزيع العوائد عن طريق القضاء

لا يشترط كل من القانون النموذجي للأونسيترال والقانون الموحد الأمريكي "UCC 9" لجوء الدائن المضمون له وجوب اللجوء إلى المحكمة أو السلطة المختصة لتوزيع فائض العوائد، وإنما ترك كل من القانونين للدائن أحقية اختيار الإجراءات القضائية في توزيع فائض العوائد أو توزيعها دون اتباع الإجراءات القضائية.

فقد ترك القانون النموذجي للأونسيترال للدولة التي تتجه إلى وضع قانون خاص للمعاملات المضمونة تحديد الجهة أو السلطة القضائية التي تتولى توزيع العوائد². فالدائن المضمون له سواء تولى بنفسه زمام التنفيذ على الأموال المثقلة، أو أنه سلك طريق القضاء للحجز عليها وبيعها، يلتزم بأن يودع العوائد الناتجة عن بيع الأموال لدى خزانة المحكمة المختصة

¹ نص ذيل المادة (25) من القانون المصري على أنه: "وترد للمدين أو مقدم الضمان بحسب الأحوال أي فوائض من حصيلة بيع المنقول تزيد على الوفاء بما في ورد بالفقرة السابقة." كذلك نصت الفقرة (2) من المادة (43) من القانون الفلسطيني على أنه: "يلتزم المضمون له بإعادة أي فائض من العوائد المتأتية عن بيع الضمانة للمدين." كما نصت الفقرة (5) من المادة (37) من القانون الإماراتي على أنه: "يرد فائض العوائد وحصيلة التنفيذ للراهن."

² نص البند (ج) من الفقرة (2) من المادة (79) من القانون النموذجي للأونسيترال على أنه: "سواء أكان هناك تنازع بشأن أحقية أي مطالب أو أولويته بمقتضى هذا القانون أم لم يكن، جاز للدائن المضمون له المنفذ أن يدفع الفائض إلى (سلطة قضائية مختصة أو سلطة مختصة أخرى أو صندوق إيداع عمومي حسبما تحدده الدولة المشترعة) لكي يوزع وفقاً لأحكام هذا القانون المتعلقة بالأولوية."

أو السلطة التي تحددها الدولة المشترعة على أن يوزع الفائض وفقاً لأحكام قانون المعاملات المضمونة المتعلقة بالأولوية¹.

أما القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" فإنه بالرغم من أن المادة (9-615) المتعلقة بتوزيع العوائد الناتجة عن التصرف في الأموال المثقلة لم تنص صراحة على حق الدائن المضمون له في اللجوء إلى المحكمة لإيداع فائض العوائد، إلا أن الفقه يرى أن للدائن الخيار حالة وجود فائض في العوائد أن يوزعها بنفسه أو يودعها في خزنة المحكمة وذلك ليتجنب مغبة المسؤولية عن قيامه بتوزيع تلك العوائد على الدائنين المضمونين الآخرين².

أما القانون المصري فلم يعط للدائن المضمون له الحق في أن يتولى مبادرة إجراء التوزيع مباشرة، وإنما عمد القانون إلى إلزامه بإيداع العوائد خزينة المحكمة وذلك لإجراء التوزيع، حيث نصت المادة (22) من القانون على أنه: "وتحدد اللائحة التنفيذية إجراءات إيداع حصيلة البيع خزينة المحكمة المختصة، وإعداد قائمة بترتيب الدائنين المستحقين ومواعيد وأولوية توزيع حصيلة البيع".

ويجب في حالة بيع المال المثقل من قبل الدائن أن تودع حصيلة البيع خزنة المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدين وأن يسلم قلم كتاب المحكمة بياناً بالحقوق على المنقول المثقل المشهورة في السجل³. ويأمر القاضي المختص بإعداد قائمة توزيع مؤقتة للعوائد وحصيلة التنفيذ وفقاً للأولويات المحددة في القانون، وتبليغها لطالب التنفيذ وأصحاب الحقوق الأخرى المشهورة في السجل. كما يصدر القاضي القائمة النهائية للتوزيع بعد الفصل في اعتراضات أصحاب الحقوق على القائمة المؤقتة. وتتولى إدارة التنفيذ توزيع العوائد وحصيلة التنفيذ⁴.

أما القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال، فيؤخذ عليه أنه لم يتعرض إلى مسألة الجهة التي تتولى توزيع الفائض من عوائد الأموال المثقلة، حيث لم يلزم الدائن بوجوب إيداع تلك العوائد خزنة المحكمة أو أن يتولى بنفسه إجراء التوزيع على الدائنين.

¹ Recommendation No. 153, UNICTRAL Legislative Guide on Secured Transactions—Terminology and Recommendation, op.cit, P. 59.

² Timothy R. Zinnecker, op. cit, P. 1741.

³ أنظر المادة (40) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة.

⁴ أنظر المادة (41) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة.

أما القانون الاتحادي الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين، فقد تعرض إلى توزيع العوائد، وكلف محكمة الاستئناف اختصاص إجراء التوزيع على الدائنين حسب أولوياتهم. فيجب على الدائن المرتهن الذي قام بالتنفيذ على محل الرهن أن يودع العوائد وحصيلة التنفيذ في خزانة المحكمة التي تم البيع في دائرة اختصاصها، وذلك في ميعاد لا يتجاوز يومي عمل. وعلى المحكمة التي تم البيع في دائرة اختصاصها إعداد قائمة مؤقتة للعوائد وحصيلة التنفيذ وفقاً للأولويات المحددة في أحكام القانون، وتبليغ لطالب التنفيذ وأصحاب الحقوق الأخرى على محل الرهن، وللمحكمة أن تصدر أمراً لأي منهم بتقديم ما يثبت حقه. ويقوم قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة التي تم البيع في دائرة اختصاصها، بإجراء التوزيع النهائي للعوائد وحصيلة التنفيذ، وذلك خلال خمسة أيام عمل من تاريخ قرار المحكمة بالتوزيع. وتعتبر قرارات قاضي الأمور المستعجلة نهائية ولا تقبل الطعن بأي شكل من أشكال الطعن¹.

2- توزيع العوائد عن طريق الدائن المضمون له

اتجه القانون النموذجي للأونيسترال والقانون الموحد الأمريكي "UCC 9" إلى منح الدائن المضمون له مهمة توزيع فائض العوائد على الدائنين الآخرين الذين في مرتبة أدنى وذلك بحسب ترتيب أولوياتهم. فالبند (ب) من الفقرة (2) من المادة (79) من القانون النموذجي للأونيسترال ينص على أنه: "وجب على الدائن المضمون المنفذ، باستثناء ما هو منصوص عليه في الفقرة (2-ج) أن يدفع أي فائض متبق إلى أي مطالب مزاحم ذي مرتبة أدنى يكون قد وجه إلى الدائن المضمون المنفذ إشعاراً بمطالبته قبل توزيع للفائض، وذلك في حدود مقدار تلك المطالبة، وأن يرد أي رصيد يتبقى بعد ذلك إلى مقدم الضمان."

ومفاد ذلك أن على الدائن المضمون له بعد سداد تحصيل تكاليف النفقات والمصاريف التي تكبدها للتنفيذ على الأموال المثقلة وبيعها واستيفاء حقه من تلك العوائد، أن يقوم بتوزيع الفائض منها على الدائنين المضمونين المزاحمين الذين تقل أولويتهم عن أولويته، وذلك إذا قاموا بإشعاره قبل توزيع الفائض²، وذلك ما لم يقرر إيداع العوائد في خزانة المحكمة أو الجهة المختصة

¹ أنظر المادتين (36) و(37) من القانون الاتحادي الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين.

² Recommendation No. 152, UNICTRAL Legislative Guide on Secured Transactions—Terminology and Recommendation, op.cit, P. 59.

التي تحددها الدولة المشترعة طبقاً لأحكام البند (ج) من الفقرة (2) من المادة خاصة في الأحوال التي يكون هناك نزاعاً حول أولويات الدائنين. وفي كثير من الأحيان، لا يحتاج الدائن المضمون له أن يأخذ في اعتباره مطالبات الدائنين الآخرين إلا إذا كانت أولويتهم ثابتة قانوناً من خلال تسجيلها أو نفاذها في مواجهة الغير بموجب أي طريقة من طرق النفاذ مع إشعاره بذلك.¹ كذلك ذهب القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" إلى إلزام الدائن المضمون له بسداد أي فائض من العوائد النقدية إلى أصحاب حقوق الضمان أو الامتياز ذوي المرتبة الأدنى، شريطة أن يتلقى الدائن طلب مصادق "Authenticate Demand" مقدم من أصحاب الحقوق أو الامتياز قبل أن يكمل الدائن توزيع العوائد.²

ويشترط لتوزيع الدائن المضمون له العوائد على الدائنين الآخرين ثلاثة شروط: الشرط الأول: أن يرد الالتزام المضمون على الأموال المثقلة المنفذ عليها، فإذا كان الالتزام المضمون يرد على أموال أخرى، فلا يمكن لصاحب حق الضمان أو الامتياز المطالبة بسداد الدين من فائض العوائد.

الشرط الثاني: يجب أن يكون حق الضمان متأخراً عن حق الدائن المنفذ، فإذا كان له الأولوية أو كانت رتبته متساوية مع رتبة الدائن المنفذ فلا يستحق الحصول من فائض العوائد، لأن حقه مقدم على الدائن المنفذ أو مساوياً له، فلا يحق للدائن المنفذ استيفاء حقه قبل الوفاء بحق الدائن الذي له أولوية على حقه.

الشرط الثالث: أن يتلقى الدائن المضمون له طلباً مصادقاً من الدائن صاحب المرتبة الأدنى قبل توزيع العوائد.³

¹ Ibid, P. 294.

² تنص المادة (9-615-a-3) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بأنه على الدائن سداد العوائد النقدية من التصرف، وذلك حسب الترتيب التالي: 3- سداد الالتزامات المضمونة لأي حق ضمان أو امتياز برتبة أدنى على الأموال المثقلة إذا: أ- استلم الطرف المضمون له من صاحب حق الضمان أو الامتياز ذي الرتبة الأدنى طلب مصادق قبل الانتهاء من توزيع العوائد.

³ Timothy R. Zinnecker, op. cit, P. 1739.

وقد أعفى المادة (9-615-g) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" الدائن المضمون له ذي المرتبة الأدنى من إرجاع العوائد النقدية من بيع الأموال المثقلة التي استلمها بوجه خاطئ أثناء إجراء التوزيع إذا كان حسن النية ولا يعلم انتهاكه لأولوية رتبة دائن مضمون آخر. كذلك أكدت المادة (9-615-b) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" بأنه بناء على طلب الدائن المضمون له المنفذ، على صاحب حق الضمان أو الامتياز ذات المرتبة الأدنى أن يقدم دليلاً معقولاً على حقه أو امتيازاه في وقت معقول. فإذا لم يقدم الدليل المعقول، فلا يلزم الدائن المضمون المنفذ الامتثال إلى الطلب المصادق من صاحب الحق أو الامتياز.

وفي رأينا أن هناك خطورة من قيام الدائن المضمون له بمهمة توزيع فائض العوائد على الدائنين المضمون لهم، لذلك نقترح على المشرع البحريني أن يلزم الدائن الذي قام بالتنفيذ على الأموال المثقلة بإيداع العوائد في خزانة المحكمة، وأن تتولى المحكمة عملية التوزيع بحسب أولويات الدائنين المضمون له وأصحاب حقوق الامتياز على تلك الأموال، الأمر الذي يساهم في تلافي إثارة مسؤولية الدائن المضمون عن أي خطأ في التوزيع.

ثالثاً: مسؤولية المدين عن العجز في العوائد وسداد مصاريف التنفيذ

لا يثير التوزيع أي مشاكل إذا كانت حصيلة العوائد كافية للوفاء بحقوق الدائنين والمصاريف والنفقات التي تكبدها الدائن طالب التنفيذ على الأموال المثقلة بحقه، فإذا بقي شيء من العوائد وجب ردها إلى المدين الضامن. ولكن في كثير من الأحيان، لا تكفي العوائد لسداد حقوق الدائنين المضمون لهم، وإن كانت كافية مثلاً لسداد المصاريف والنفقات وحقوق الدائن المضمون له المنفذ على الأموال.

وقد اتفقت كلمة قوانين المعاملات المضمونة أنه في حال عدم كفاية العوائد في الوفاء بديون الدائنين المضمونين فإن حقوق الضمانية ينقضي دون أن ينقضي الدين.

فقد نصت الفقرة (3) من المادة (79) من القانون النموذجي للأونيسترال والمادة (9-615-d-2) من القانون الموحد الأمريكي "UCC 9" على أنه يظل المدين مسؤولاً عن أي عجز ويتعين عليه سداؤه بعد استخدام صافي عوائد التنفيذ في الوفاء بالالتزام المضمون.

ومن ثم فإن الدائنين يتقاضون حقوقهم بحسب مراتبهم من عوائد الأموال المثقلة المنفذ عليها، فإذا لم يبق من تلك العوائد شيء لدائن مضمون متأخر في المرتبة، فإن حق ضمانه وإن

انقضى إلا أن دينه يبقى ديناً شخصياً، ولا ينقضي كما انقضى حق الضمان، فيجوز له الرجوع على المدين الضامن للوفاء بدينه.

وهذا ما أخذت به قوانين المعاملات المضمونة العربية أيضاً، فقد أكد القانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة في المادة (25) منه على أنه: "وفي حالة عدم كفاية حصيلة بيع المنقول الضامن للوفاء بحقوق الدائنين أو بعضهم، فيكون لكل دائن مطالبة المدين بالباقي من قيمة الدين وعوائده وفقاً للقواعد العامة في استثناء الديون".

كما نصت الفقرة (2) من المادة (43) من القانون الفلسطيني بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة على أنه: "يلتزم المضمون له بإعادة أي فائض من العوائد المتأتية عن بيع الضمانة للمدين، ويبقى المدين مسؤولاً عن أي نقص، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك". كما عمد القانون الاتحادي الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين على التأكيد على زوال حق الرهن عند عدم كفاية العوائد دون أن ينقضي الدين، حيث نصت الفقرة (4) من المادة (37) من القانون على أنه: "إذا كانت عوائد محل الرهن وحصيلة التنفيذ لا تكفي لتسديد الالتزامات المترتبة عليه يبقى المضمون عنه مسؤولاً تجاه المرتهن عن أي نقص من قيمة الدين، وفي هذه الحالة يعتبر النقص ديناً عادياً".

فالنصوص السابقة تفترض أن الدائنين المضمون لهم الذين لم تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من عوائد بيع الأموال المثقلة بحقوقهم فإن حقوقهم الضمانية يكون قد انقضى، ولكن الدين يبقى ديناً شخصياً بالرغم من زوال حق الضمان وعدم أخذ الدائن شيئاً من حق ضمانه.

الخاتمة

بحثنا في هذه الأطروحة حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة والذي يعتبر حقاً عينياً يرد على الأموال المنقولة وذلك ضماناً للوفاء بالدين، من دون أن يترتب على ذلك حرمان المدين من حيازتها واستخدامها، أو يلزم بنقلها إلى يد الدائن المضمون له.

وقد استعرض المبحث التمهيدي من هذه الأطروحة مفهوم حق الضمان وتمييزه عن غيره من صور الضمانات الأخرى، كما تناول أهمية حق الضمان في تعزيز الأنشطة الاقتصادية ودور تنظيمها في الوفاء بمتطلبات البنك الدولي لجودة بيئة الأعمال.

وقد خصص الفصل الأول من هذه الأطروحة لتناول إنشاء حق الضمان الوارد على الأموال المنقولة وآثار إنشائه وطرق نفاذه في مواجهة الغير، فقد تم تسليط الضوء على الأحكام والشروط المتعلقة بإنشاء حق الضمان، لذلك كان يتعين بيان التمييز بين إنشاء حق الضمان ونفاذه، إذ لا يمكن أن يتصور نفاذ الحق في مواجهة الغير من دون إنشائه إنشاءً صحيحاً. ومع ذلك فإنه من الممكن أن يستوفي حق الضمان شروط صحة إنشائه إلا أنه لا يكون نافذاً في مواجهة الغير. فحق الضمان يكون نافذاً بين طرفيه بمجرد إبرامهما لعقد الضمان، أما نفاذ حق الضمان تجاه الغير والاحتجاج به على الدائنين الآخرين للمدين فإنه يتعين أن يتوافر أحد أسباب النفاذ التي يشترطها القانون.

لذلك تم التعرض إلى طرق نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، حيث يكون حق الضمان نافذاً في مواجهة الغير من دون الحاجة إلى تسليم المدين الأموال المثقلة إلى الدائن ونقل حيازتها إليه، إذا اتخذ طريق تسجيل الإشعار، أو كان حق الضمان وارداً على سلع استهلاكية، فلا يشترط في هذه الحالة قيام طرفي عقد الضمان بأي إجراء لنفاذ حق الضمان.

كما تطرق البحث إلى الصورة التقليدية لنفاذ حق الضمان قبل الغير والتي تتمثل في نقل حيازة الأموال المثقلة إلى الدائن المضمون له أو إلى شخص ثالث. بالإضافة إلى تناول طريق الحيازة الحكمية المتمثل بالسيطرة على بعض الأموال المنقولة التي لا يتصور إمكانية حيازتها مادياً كالحسابات البنكية.

أما الفصل الثاني فقد خُصص لآثار حق الضمان، من خلال تقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول منه تناول أولوية حق الضمان عند تراحم الدائنين، حيث تعتبر مسائل التراحم والأولوية كثيرة الوقوع ولها أهمية بالغة في إنشاء حق الضمان نظراً لعدم اشتراط حيازة الدائن للمال المنقول الوارد عليه الحق، حيث يمكن أن يتراحم الدائنون على ذات المال المنقول المضمون.

أما المبحث الثاني فقد عالج التنفيذ على الأموال المثقلة بالضمان عند إخلال المدين، حيث تركت قوانين المعاملات المضمونة إلى الدائن المضمون له استيفاء حقه من المال المثقل بضمانه، وذلك إما باتباع الإجراءات القضائية المقررة أو من خلال التنفيذ المباشر باتباع إجراءات من خارج نطاق القضاء دون إلزامه بتتبع خطى قانون المرافعات في إجراء البيع الجبري للمنقولات. كما تم التطرق لآثار التنفيذ من خلال التعرض إلى تطهير الأموال المثقلة من كافة حقوق الضمان وتوزيع العوائد من بيعها.

أولاً: النتائج

تتلخص أهم النتائج التي تم التوصل إليها من هذا البحث في الآتي:

- 1- استقرار القوانين الحديثة التي نظمت المعاملات المضمونة على مصطلح "حق الضمان" للدلالة على الحق العيني الذي يترتب على أمواله المنقولة ضماناً للوفاء بدينه.
- 2- تشترط قوانين المعاملات المضمونة الشكلية في عقد الضمان، فيجب أن يكون عقد الضمان مكتوباً وموقعاً من المدين. ومع ذلك، فقد ذهب كل من القانون النموذجي للأونيسترال والقانون الموحد الأمريكي إلى جواز إنشاء عقد الضمان شفوياً إذا كان المال المثقل بحيازة الدائن المضمون له، وهو ما يتسق مع مسلك قوانين المعاملات المدينة التي نظمت أحكام الرهن الحيازي.

- 3- درجت قوانين المعاملات المضمونة على استعمال مصطلح "وصف المال المثقل" "Description of the Collateral" بدلاً من استعمال مصطلح "تعيين المال المرهون"، ويرجع ذلك إلى أن حق الضمان لا يرد إلا على الأموال المنقولة، وهذا النوع من الأموال تدخل فيه المثليات والتي لا يمكن تحديدها إلا بنوعها ومقدارها. كذلك يمكن أن يرد حق

الضمان على بعض صور الأموال المستقبلية، مما يجعل اشتراط التعيين الدقيق تعقيداً على الأطراف في إنشاء حق ضمان على أموالهم المنقولة.

4- استحدثت النظم القانونية طرقاً لنفاذ حق الضمان في مواجهة الغير بحيث يمكن للدائن استيفاء حقه من ثمن المال المثقل بالضمان بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين، وفي أي يد كان، من دون أن يلزم المدين الضامن بالتخلي عن حيازته وتتمثل في تسجيل الإشعار والنفاذ التلقائي، بالإضافة إلى استحداث طريق السيطرة الذي يقوم على الحيازة الحكومية للأموال المثقلة كالحسابات المصرفية، كما أجازت قوانين المعاملات المضمونة إنشاء حق الضمان بالطريقة التقليدية لحق الرهن المتمثلة في نقل الحيازة للدائن أو لشخص ثالث. وقد تفاوتت قوانين المعاملات المضمونة العربية في الأخذ بهذه الطرق، ففي حين أخذت فلسطين بطريق تسجيل الإشعار والنفاذ التلقائي والحيازة، فإن مصر والإمارات لم ينظما سوى طريق تسجيل الإشعار، أما الحيازة فقد ترك تنظيمها إلى القانون المدني.

5- لا يرد طريق النفاذ التلقائي إلا على تمويل شراء السلع الاستهلاكية، فلا يشترط لنفاذ حق الضمان الوارد على تلك السلع تسجيل إشعار بشأنها في السجل المخصص لذلك. فحق الضمان يكون نافذاً في مواجهة الغير دون ثمة حاجة لأي إجراء إضافي لنفاذ هذا الحق.

6- على الرغم من أن قوانين المعاملات المضمونة قد أرست مبدأ الأسبقية في تحديد الأولوية "First in time, first in right"، إلا أنها لم تجعل هذا المبدأ قاعدة مطلقة في تحديد مرتبة الدائنين عند تزامهم.

7- تركت قوانين المعاملات المضمونة للدائن المضمون له استيفاء حقه من المال المثقل بضمانه، وذلك إما باتباع الإجراءات القضائية المقررة أو من خلال التنفيذ المباشر باتباع إجراءات من خارج نطاق القضاء دون إلزامه بتتبع خطى الأحكام القانونية المنظمة لإجراء البيع الجبري للمنقولات.

8- لا يشترط كل من القانون النموذجي للأونسترال والقانون الموحد الأمريكي "UCC 9" على الدائن المضمون له وجوب اللجوء إلى المحكمة أو السلطة المختصة لتوزيع فائض العوائد من بيع الأموال المثقلة على الدائنين المزاممين له كل بحسب مرتبته، وإنما ترك للدائن أحقية اختيار الإجراءات القضائية في توزيع فائض العوائد أو توزيعها دون اتباع الإجراءات القضائية.

ثانياً: التوصيات

يمكن أن نخلص في خاتمة هذا البحث إلى عدة توصيات ومقترحات:

1- دعوة المشرع البحريني إلى وضع نظام شامل وموحد للمعاملات المضمونة من خلال إصدار قانون يطبق على جميع حقوق الضمان الواردة على الأموال المثقلة والتي تنشأ تعاقدياً. ولتحقيق هذه التوصية يُقترح أن يسري القانون من حيث الأصل على جميع الأموال المنقولة أيا كان نوعها مع استثناء بعض الأموال التي لا تصلح أن تكون محلاً لحق الضمان. وأن ينظم طرق نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير والتي تتمثل بالتسجيل والنفاذ التلقائي والسيطرة والحيازة. كما يتعين استحداث سجل إلكتروني عام لحقوق الضمان الواردة على الأموال المنقولة كوسيلة لإشهار الغير وإعلامهم، على أن يصمم نظام السجل على نحو يكفل تسجيل الإشعار والبحث عن وجود حقوق ضمان بسهولة ويسر. وأن يضع القانون قواعد واضحة لترتيب الأولويات عند تزامن الحقوق على أن يجعل مبدأ الأسبقية القاعدة العامة عند التزاحم. كذلك ينبغي أن ينظم القانون طرق التنفيذ على الأموال المثقلة عند إخلال المدين بالوفاء بالتزاماته وقواعد واضحة لتوزيع العوائد من بيع تلك الأموال. ويمكن أن نتطرق إلى عدد من المقترحات المحددة لتفعيل هذه التوصية:

أ- يوصى المشرع البحريني أن يشترط الكتابة لعقد الضمان مع توقيع المدين والدائن، على ألا يميز المشرع في اشتراط الكتابة بين إنشاء حق الضمان عن طريق تسجيل الإشعار أو عن طريق الحيازة وذلك لما تؤديه الكتابة من وظيفة تنبيه أطراف عقد الضمان من آثار قانونية فضلاً عما تؤديه الكتابة من ميزة إثبات علاقة الضمان.

ب- يُقترح على المشرع البحريني عند تنظيمه لشرط وصف الأموال المضمونة عدم التشدد في اشتراط تعيين الأموال المثقلة لما لهذا التشدد من خطورة في الحد من تقديم الائتمان في الأحوال التي يصعب من الوجهة العملية تعيين الأموال المنقولة، كما يتعين السماح للمدين من تحديد الأموال المثقلة باستعمال وصف عام إذا كان حق الضمان يرد على جميع أمواله المنقولة أو مخزونه كاملاً.

ج- يُقترح على المشرع البحريني تحديد بعض الأموال المنقولة المستثناة من أحكامه، مراعاة لبعض الاعتبارات الخاصة في تقرير عدم صلاحية تلك الأموال لأن تكون محلاً لحق الضمان كالأموال التي لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها من قبل الدائنين أو حوالتها مثل الأموال المنقولة العامة أو الخاصة المملوكة للدولة أو لأي شخص اعتباري عام. كذلك يُقترح أن يستثني بعض المنقولات التي أفردت قوانين المملكة تنظيمًا خاصاً لها عند إنشاء حق ضمان عليها كالسفن والطائرات ومعدات الطائرات.

د- يوصى المشرع البحريني عند تنظيمه لواجب العناية بالمال المنقل أن يضع قاعدة تفرض على الطرف الحائز واجب اتخاذ تدابير معقولة من أجل الحفاظ على الأموال المثقلة. وأن يكون معيار التزام الحائز بحفظ تلك الأموال وصيانتها هو معيار عناية الشخص المعتاد، ما لم يتفق الأطراف على تشديد هذا الالتزام.

هـ- يوصى المشرع البحريني أن يكفل للدائن حق معاينة الأموال المثقلة بضمانه والتحقق من سلامتها أو استخدامها فيما أعدت له في جميع الأوقات المناسبة، مع جواز إثارة مسؤولية المدين الضامن بما في ذلك اعتبار أجل الدين حالاً إذا تبين أنه تجاوز حدود الاستخدام العادي لتلك الأموال.

و- يقترح على المشرع البحريني تنظيم طريق النفاذ التلقائي على السلع الاستهلاكية دونما حاجة إلى تسجيلها أو حيازتها. ونظراً لخلو هذا الطريق من وسيلة لإعلام الغير، فإنه يمكن للمشرع وضع مبلغ أقصى لقيمة السلع الاستهلاكية بحيث لا يجوز ترتيب حق ضمان عليها عن طريق النفاذ التلقائي إذا تجاوزت قيمتها ذلك المبلغ.

ز- يقترح على المشرع البحريني عند تنظيمه لقانون المعاملات المضمونة أن يتطرق بالتنظيم لطريق الحيازة كأحد طرق نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، بدل من أن يكون تنظيم طرق نفاذ حق الضمان على المنقولات في أكثر من وثيقة قانونية، الأمر الذي يسهل على المتعاملين في التعرف على حكم القانون بدلاً من تشتت الأحكام في أكثر من وثيقة.

ح- يُقترح على المشرع البحريني الأخذ بمفهوم السيطرة لتحقيق النفاذ في مواجهة الغير، خاصة وأنه يصعب إنشاء حق ضمان على الحسابات المصرفية عن طريق تسجيل الإشعار أو عن طريق الرهن الحيازي في الأحوال الذي لا يكون فيه البنك هو الدائن المضمون له.

ط- يوصى المشرع البحريني أن ينظم حق الدائن المضمون له في التنفيذ على الأموال المثقلة
بغير الطريق القضائي لتلافي حالات التأخير والتكلفة الذي تتسم به إجراءات التنفيذ
القضائية في مملكة البحرين.

ي- يُقترح على المشرع البحريني عند تنظيمه لقانون المعاملات المضمونة ألا يميز في تحديد
الأولوية بين أصحاب الحقوق المضمونة وأصحاب الحقوق الممتازة في سداد ديونهم،
بحيث توزع عوائد المال المثقل على هؤلاء الدائنين بحسب أولوياتهم. فإذا كانت الأولوية
لصاحب الحق الممتاز، فإنه لا يسدد دين الدائن المضمون له إلا بعد سداد دين صاحب
الحق الممتاز.

2- نقترح على المشرع المصري والإماراتي إضافة طريق النفاذ التلقائي على تمويل شراء السلع
الاستهلاكية كأحد طرق النفاذ في مواجهة الغير.

3- نقترح على لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونسيترال" إعادة النظر في الترجمة
العربية للقانون النموذجي للأونسيترال بشأن المعاملات المضمونة والتحقق من اتفاق نصوصها
مع النسخة الواردة باللغة الإنجليزية.

تم بحمد الله وعونه،،

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب العامة

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل:
- الحقوق العينية التبعية - التأمينات العينية، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، 1998.
- نظرية القانون، الجزء الأول، جامعة الكويت، الكويت، 1996.
- د. أحمد سلامة:
- التأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
- د. أنور سلطان:
- الموجز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- تحسين التاجي الفاروقي:
- قاموس مصطلحات المصارف والمال والاستثمار، الطبعة الثانية، مكتبة لبنان، لبنان، 2015.
- د. جلال محمد إبراهيم:
- الحقوق العينية التبعية، مطبعة الإسراء، مصر.
- حارث سليمان الفاروقي:
- المعجم القانوني، الطبعة الخامسة، مكتبة لبنان، لبنان، 2008.
- د. خليل محمد مصطفى:
- المدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2014.
- د. سليمان الطماوي:
- الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.

- د. سليمان مرقس:
التأمينات في التقنين المدني الجديد، المطبعة العالمية، القاهرة، 1951.
- د. سمير عبد السيد تناغو:
التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- د. شمس الدين الوكيل:
نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار المعارف، مصر، 1956.
- د. صبري حمد خاطر:
النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2009.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري و د.أحمد حشمت أبو ستيت:
أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1938.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري:
نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول- نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، الجزء الأول- المجلدان الأول والثاني- الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.

- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2011.
- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع- المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- د. عبد الفتاح عبد الباقي:
الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات العربية، القاهرة، 1954.
- د. عبد المنعم فرج الصده:
- أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت.
- مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- د. عبد الناصر توفيق العطار:
التأمينات العينية، دار النهضة العربية، 1980، القاهرة.
- د. عبد الودود يحي:
الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- د. عبد فتحي والي:
التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- د. عزمي عبد الفتاح عطية:
الوسيط في قانون المرافعات الكويتي- قانون القضاء المدني الكويتي، الكتاب الثاني، الطبعة الرابعة، الناشر مؤسسة دار الكتب، الكويت، 2017.
- د. علي صادق أبو هيف:
القانون الدولي العام، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

- د. محمد حسين عبد العال:
الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة البحرين، البحرين
2008.
- د. محمد حسين منصور:
النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001.
- د. محمد كامل مرسى:
التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثانية، مطبعة الرغائب، مصر، 1930.
- د. محمد لبيب شنب و د. أحمد سعد:
الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر، 2004.
- د. محمد المرسى زهرة:
ضمانات الائتمان العينية، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة،
الإمارات، 1997.
- د. محمود جمال الدين:
التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1997.
- د. محمود سمير الشرقاوي:
القانون التجاري، الجزء الثاني، الطبعة بدون، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة،
1984.
- د. محي الدين إسماعيل علم الدين:
أصول القانون المدني - الحقوق العينية، الناشر جامعة محمد الخامس، المغرب، 1977.
- د. نبيل إبراهيم سعد:
التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.

ثانياً: الكتب المتخصصة

- د. حسن عبد الباسط جميعي:
تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام سجل عيني، دار النهضة العربية، القاهرة،
1999.
- د. علي جمال الدين عوض:
عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة،
2008.

ثالثاً: الرسائل العلمية

- د. إبراهيم عبد العزيز شيجا:
الأموال العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- د. أحمد محمود سعد:
مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني - ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها، رسالة دكتوراه،
الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- د. بيان يوسف رجب:
ور الحياة في الرهن الحيازي، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2010.
- د. تامر ريمون فهم:
ضمانات الائتمان المصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- د. جاسم علي سالم ناصر:
ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، دار النهضة
العربية، القاهرة، 1990.
- د. عادل الطبطبائي:
النظام الاتحادي في الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الطبعة
الأولى، مطبعة القاهرة الجديدة، القاهرة، 1978.

- د. عبد الجبار ناجي الملا صالح:

مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، مطبعة اليرموك، العراق، 1974.

رابعاً: القوانين والتشريعات

- قوانين المعاملات المضمونة

- قانون تنظيم الضمانات المنقولة المصري المنشور في الجريدة الرسمية- العدد 46 مكرر (أ) في 15 نوفمبر 2015.

- اللائحة التنفيذية للقانون المصري بشأن تنظيم الضمانات المنقولة الصادرة بموجب قرار وزير الاستثمار رقم (108) لسنة 2016.

- قانون ضمان الحقوق في الأموال المنقولة الفلسطيني المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 120 في 26 أبريل 2016.

- قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (5) لسنة 2016 بنظام ضمان الحقوق في المال المنقول.

- القانون الاتحادي الإماراتي رقم (20) لسنة 2016 في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين الصادر في 12 ديسمبر 2016.

- القانون النموذجي للأونيسترال لسنة 2017 بشأن المعاملات المضمونة.

- اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي الإماراتي في شأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2018.

- قرار وزاري رقم (42) لسنة 2018 بشأن سجل الحقوق على الأموال المنقولة الإماراتي.

- قوانين المعاملات المدنية

- القانون المدني المصري الصادر بالقانون رقم (131) لسنة 1948.

- قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1958.

- القانون المدني البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001 .

- القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

- قوانين وتشريعات أخرى

- القانون المصري لحماية المستهلك رقم (67) لسنة 2006.
- اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية لسنة 2001.
- القانون البحريني رقم (35) لسنة 2012 لحماية المستهلك.
- قانون الإفلاس وإعادة التنظيم البحريني الصادر بالقانون رقم (22) لسنة 2018.

خامساً: الأحكام القضائية

- حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم 544 لسنة 2008، جلسة 29 يونيو 2009.
- حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم 368 لسنة 2004، جلسة 4 يوليو 2005.
- حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم 102 لسنة 1994، جلسة 30 أكتوبر 1994.

سادساً: المراجع الأخرى

- دليل الأونيسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2010.
- دليل الأونيسترال التشريعي لقانون الإعسار، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2005.
- دليل الأونيسترال المتعلق بإنشاء وتشغيل سجل للحقوق الضمانية، منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2014.
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، الجزء الثالث، مطبعة أحمد مخيمر، مصر.
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، الجزء السابع، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر.

سابعاً: المواقع الإلكترونية

- برنامج المعاملات المضمونة وسجلات الضمانات المنقولة، المعد من قبل الخدمات الاستشارية لمؤسسة التمويل الدولية IFC التابعة للبنك الدولي. المنشور على الموقع الإلكتروني لمؤسسة التمويل الدولية:

www.ifc.org

- المصالح الضمانية، مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال)، الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)، الدورة العاشرة، نيويورك، مايو 2006، ص 5. أنظر الرابط الآتي:

<http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission/sessions/40th.html>

المراجع باللغة الإنجليزية

أولاً: المراجع العامة

- **David P. Twomey and others:**
Anderson's Business Law and the Legal Environment, THOMSON South-Western, 19TH Edition, USA, 2005.
- **Eva-Maria Kieninger:**
Security Rights in Movable Property in European Private Law, Cambridge University Press, first edition, New York, 2004.
- **Ewan Mckendrick:**
Contract Law, eight edition, Palgrave macmillan, UK, 2009.
- **James J. White and Rebots S. Summers:**

Principles of Secured Transactions, Concise Hornbook Series, West Publishing Co, USA, 2007.

– **Jane P. Mallor and others:**

Business Law, McGraw–Hill International Edition, Fifteenth Edition, Singapore, 2013.

– **Lee Roach:**

Business Law, Oxford University Press, 2ND Edition, UK, 2012.

– **Louise Gullifer and Orkum Akseli:**

Secured Transactions Law Reform, Hart Publishing Ltd, UK, 2016.

– **Richard A. Mann and Barry S. Roberts:**

Business Law, South–Western Change Learning, Fourteenth Edition, USA.

– **Temmu Juutilainen:**

Secured Credit in Europe, HART Publishing, First Edition, UK.

ثانياً: المراجع المتخصصة

– **Frederique Dahan:**

Research Handbook on Secured Financing in Commercial Transactions, Edward Elgar Publishing, first edition, UK, 2016.

– **Linda J. Rusch and Stephen L. Sepinuck:**

Problems and Materials on Secured Transactions, Third Edition, American Casebook Series, West Academic Publishing, USA, 2014.

– **Munyabarenzy Faustin:**

The incidence of security interest in movable property, LAP LAMBERT Academic Publishing, Germany, 2013.

- **N. Orkun Akseli:**
International Secured Transactions Law , First Edition, Routledge Taylor and Francis Group, New York, USA, 2011.
- **P.A.U. Ali:**
The Law of Secured Finance, Oxford University Press, first edition, New York, 2002.
- **Spyridon V Bazinas and N Orkun Akseli:**
International and Comparative Secured Transactions Law, First Edition, Bloomsbury Publishing Plc, UK, 2017.
- **Theodore Eisenberg:**
Debtor–Creditor Law, Volume 2B, LexisNexis Group, San Francisco, 2005.
- **Timothy R. Zinnecker:**
The Default Provision of Revised Article 9 of the Uniform Commercial Code: Part 2, The Business Lawyer, Campbell University School of Law, Vol. 54, August 1999.

ثالثاً: المقالات والبحوث والدوريات

- **Boris Kozolchyk and Dale Beck:**
The Oas Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis. Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas, Vol. 12.

- **Buxbaum Hannah:**
Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and prospects for Reform, 2013, Article by Maurer Faculty, Indiana University Maurer School of Law.
- **Cynthia Grant:**
Description of the Collateral Under Revised Article 9, Volume 4, DePaul Business and Commercial Law Journal, Issue 2 Winter 2006.
- **Dan Coenen and others:**
Priority Rules of Article Nine, Cornell Law Review Journal, Volume 62, Issue 5 June 1977, Cornell University Law.
- **Gerald J. Hoenig.**
Duty of a Pledgee Under Section 9–207, Boston College Law Review, Volume 10, Issue 2 Number 2, 1969.
- **Harry R. Sachse**
Purchase Money Security Interests in Common Law and the French System of Civil Law, McGill Law Journal, McGill University, Vol. 15.
- **John P. McChesney, Esq.**
Commentary on the Enforcement of Security Interest Under UCC Revised Article 9, Presented to the New York State Association of Supreme Court Justices by Designation, New York.
- **Mattias Hellendorff and Mike Jerbic:**
Framework for Control over Electronic Chattel Paper– Compliance with UCC 9–105, Published in The Business Lawyer, Volume 61, No.2 , February 2006.
- **Ralph C. Anzivino:**

When Does a Debtor Have Rights in the Collateral under Article 9 of the Uniform Commercial Code?, Volume 61, Marquette Law Review, 1977.

– **Saul Levmore and Hideki Kanda:**

Explaining Creditor Priorities, 80 Virginia Law Review, University of Chicago Law School, Chicago Unbound, 1994.

رابعاً: القوانين والتشريعات

- UNICTRAL, Model Law on Secured Transactions.
- Uniform Commercial Code, U.C.C. Article 1– General Provisions.
- Uniform Commercial Code, U.C.C. Article 9– Secured Transactions (2010).
- The European Bank's Model Law on Secured Transactions.
- The OAS Model Law on Secured Transactions.
- The OHADA Uniform Law on Security Interests.

خامساً: المراجع الأخرى

- Model Law on Secured Transactions– Guide to Enactment, United Nations publication printed, Vienna, Austria, 2017.
- UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Terminology and recommendations, United Nations publication printed, Vienna, Austria, 2009.
- UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, United Nations publication printed, Vienna, Austria, 2010.

سادساً: المواقع الإلكترونية

- Bruce Whittaker, Review of the Personal Property Securities Act 2009. Available at:
<https://www.ag.gov.au/Consultations/Documents/PPSReview/ReviewofthePersonalPropertySecuritiesAct2009FinalReport.pdf>
- Di Bernardo, Mario, A Critical and Comparative Study of the Brazilian Secured Transactions Legal Framework: Legal Restrictions Respecting the Use of Floating Charges and Possible Solutions. (December 16, 2010). Available at SSRN:
<https://ssrn.com/abstract=1860002> or
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1860002>
- Doing Business 2019, a World Bank Flagship Report. This available on: www.doingbusiness.org
- Doing Business 2019, Training for Reform, Economy Profile Bahrain, a World Bank Group Flagship Report, page 29 and beyond. This available on:
www.doingbusiness.org
- Grant Christensen, Cultural Property as a Form of Collateral in a Secured Transactions under the Model Tribal Secured Transactions Act, Brooklyn Law Review, Vol. 80-4, 2015, Available at SSRN:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2492924
- Jan-Hendrik Rover, The EBRD's Model Law on Secured Transactions and its Implications for an UNCITRAL Model Law on Secured Transactions. This is available on the link:
<http://109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/XV-2-0479.pdf>

- Principle Guidelines For Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, The World Bank, 2001. At available on The World Bank website: www.worldbank.org
- Michel Deschamps, The Best Rules for Non-Intermediated Securities, Oxford Legal Research Library, A summary of the book is available at:
<http://olrl.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780199677863.001.0001/law-9780199677863-chapter-1>
- Roger J. Goebel, Reconstructing the Roman Law of Real Security, New York University. This article was submitted in partial fulfillment of the requirements for the LL.M. At available:
<https://pdfs.semanticscholar.org/43f9/c307628580e551c53d9cae104881bef78a2.pdf>
- UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions in Vienna on 3 March 2010. This is available on the link:
<http://109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/XV-2-0479.pdf>
- Yoram Keinan, The Evolution of Secured Transactions, The World Bank, 2001. At available:
http://documents.worldbank.org/curated/en/564371468780338375/310436360_20050276035800/additional/wdr27827.pdf

The thesis also addresses the rights of the secured creditor upon the debtor's default in performing the secured obligation as in such event the secured creditor has a right of possession of the encumbered asset and to pursue enforcement measures on the asset through sale or dispose of it in any other manner that yields the greatest return. The thesis also addresses the rules related to the distribution of the proceeds.

The thesis includes two chapters preceded by an introductory section which addressed the concept of security right over movable assets and its importance. The first chapter addresses the creation of a security right over movable assets while the second chapter addresses the effects of the security right.

Abstract

This thesis aims to study security rights in movable property by examining Article 9 of the United States' Unified Commercial Code, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions and the recently enacted laws on Secured Transactions of Egypt, Palestine and UAE.

The Thesis addresses security rights, which is consider a property right, over movable assets. This security right secures the right of the creditor in the event of the debtor's default whereby if there are competing claims over the same encumbered asset the secured creditor enjoys priority in enforcing his right in the asset over unsecured creditors and other secured creditors with a security right that follow his security right in the order of priority .

The Thesis addresses the security agreement as a security right may not be created without a security agreement, which must be signed by the debtor, except where the encumbered asset is in the possession of the secured creditor. The encumbered asset must be reasonably described in the security agreement so as to allow its identification.

A security right is effective against the debtor and creditor as soon as a security agreement between them is concluded. However, for the effectiveness of the security right against third parties, one of the method specified for this purpose must be satisfied. This thesis addressed four methods for achieving effectiveness of a security right against third parties. These include the registration of a notice, possession, control and automatic effectiveness in the case of consumer goods.

One of the important legal issues discussed in this thesis is the rules governing priority where there are multiple security rights of creditors over the same encumbered asset. Legislation on Secured Transactions include rules that address the order of priority where there are creditors with competing security rights. A creditor with a security right that was made effective against third parties through registration of a notice, or any of the other method of achieving effectiveness against third parties, has priority in enforcing his security right over other creditors who follow him in order in making their security right effective against third party. The general priority rule is "First in time, first in right".

UNIVERSITY OF BAHRAIN

College of Law



Department of Private Law

**Legal Regulation
of the Security Rights over Movable Property
“Comparative Analytical Study”**

**A Thesis Submitted as Partial Fulfillment of the Requirements
for (Master) Degree in (Civil Law)**

Submitted By
Hussain Mahdi Ali Al Gidoom
20030570

Supervised by
Dr. Salah Mohamed Ahmed Diab
Associate Professor of Civil Law
University of Bahrain

Kingdom of Bahrain

March, 2019