

Distr.: General
11 May 2007
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



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

المصالح الضمانية
مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة
مذكرة من الأمانة*
إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	٩٩-١	عاشرا- الحقوق اللاحقة للتقشير
٣	٦٩-١	ألف- ملاحظات عامة
٣	٩-١	١- مقدمة
٦	٢٥-١٠	٢- مبادئ الإنفاذ العامة
٦	١٠	(أ) عام
٦	١٣-١١	(ب) اشتراط حدوث تقشير قبل الإنفاذ
٧	١٦-١٤	(ج) الإشراف القضائي على الإنفاذ
٨	١٧	(د) حُسن النية والمعقولية التجارية
٩	١٩-١٨	(هـ) حرية الأطراف في الاتفاق على إجراءات الإنفاذ
١٠	٢٣-٢٠	(و) الإنفاذ القضائي وغير القضائي

* قُدِّمت هذه المذكرة بعد انقضاء أسبوعين على الموعد الأقصى المحدد، وهو ١٠ أسابيع قبل بدء الاجتماع، بسبب الحاجة إلى إتمام المشاورات ووضع التعديلات التي تمخضت عنها في صيغتها النهائية.



الصفحة	الفقرات
١٢	٢٥-٢٤ (ز) نطاق حقوق الدائن المضمون القابلة للإنفاذ
١٣	٤٠-٢٦ -٣ الخطوات الإجرائية السابقة للإنفاذ، وحقوق المانح
١٣	٢٦ (أ) عام
١٣	٣٤-٢٧ (ب) الإشعار باعتزام التصرف خارج نطاق القضاء
١٧	٣٩-٣٥ (ج) تحرير الموجودات المرهونة وإعادة أعمال الالتزام المضمون
١٩	٤٠ (د) التصرف المأذون به الذي يقوم به المانح
١٩	٦٠-٤١ -٤ الإنفاذ غير القضائي لحقوق الدائن المضمون
١٩	٤١ (أ) عام
٢٠	٤٧-٤٢ (ب) إقصاء الموجودات المرهونة من حيازة المانح
٢٣	٥٠-٤٨ (ج) بيع الموجودات المرهونة أو التصرف فيها بطريقة أخرى
٢٤	٥٥-٥١ (د) قبول الموجودات المرهونة وفاء بالالتزام المضمون
٢٦	٥٨-٥٦ (هـ) إدارة المنشأة التجارية وبيعها
٢٧	٦٠-٥٩ (و) الجمع بين سبل الانتصاف
٢٩	٦٩-٦١ -٥ آثار الإنفاذ
٢٩	٦٢-٦١ (أ) المانح والدائن المضمون والأطراف الثالثة
٣٠	٦٥-٦٣ (ب) الأطراف الأخرى
٣١	٦٨-٦٦ (ج) توزيع عائدات التصرف
٣٣	٦٩ (د) انتهاء الحق الضماني
٣٣	٩٩-٧٠ باء- ملاحظات تخص موجودات معينة
٣٣	٧١-٧٠ -١ ملاحظات عامة
٣٤	٧٦-٧٢ -٢ إنفاذ حق ضماني في مستحق
٣٦	٧٩-٧٧ -٣ الإنفاذ في حالة الإحالة التامة للمستحق
٣٧	٨٢-٨٠ -٤ إنفاذ الحق الضماني في صك قابل للتداول
٣٨	٨٦-٨٣ -٥ إنفاذ الحق الضماني في حق الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي
٣٩	٨٨-٨٧ -٦ إنفاذ الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل
٤٠	٩٠-٨٩ -٧ إنفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول
٤١	٩٢-٩١ -٨ إنفاذ الحق الضماني في العائدات
٤٢	٩٤-٩٣ -٩ إنفاذ الحق الضماني في ملحق بممتلكات منقولة أو في كتلة أو منتج
٤٣	٩٩-٩٥ -١٠ التداخل بين نظم الإنفاذ على الممتلكات المنقولة ونظم الإنفاذ على الممتلكات غير المنقولة
٤٥ جيم- التوصيات

عاشرا- الحقوق اللاحقة للتقصير

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- عادة ما تتوقع أطراف أي اتفاق، بعضها من البعض الآخر، أن يؤدي كل طرف جميع التزاماته طوعا، سواء أكانت مستحقة فيما بينها أم لأطراف ثالثة، وسواء أكانت هذه الالتزامات ناشئة تعاقديا أم بفعل القانون. ولا تفكر الأطراف في الإنفاذ القسري عن طريق إجراءات قضائية إلا عندما يتعسر الأداء. وعادة ما تضع الدول بعناية نظم إنفاذ للدعاوى المدنية العادية توازن بين حقوق المدينين والدائنين والأطراف الثالثة. وتشترط هذه النظم في معظم الدول على الدائن الذي يسعى إلى إنفاذ الأداء أن يرفع دعوى قضائية ليحصل على الاعتراف بمطالبته، ثم للحجز على ممتلكات المدين وبيعها تحت إشراف موظف عمومي. ويحصل الدائن بحكم القضاء على سداد مطالباته العالقة إزاء المدين بحكم القضاء من المبلغ المتأني من البيع.

٢- وتكون لكل من طرفي الاتفاق الضماني توقعات مماثلة لتوقعات الطرف الآخر. فعادة ما يفترض الدائن المضمون أن المانح سوف يؤدي التزامه طوعا. وبالمثل يتوقع المانح أن يفني الدائن المضمون بالالتزامات التي تعهد بها. ويرم الاثنان الاتفاق وهما يتوقعان ويعترضان تماما أن يفني كل منهما بالتزاماته تجاه الآخر. غير أن كليهما يدرك أيضا أنه ستكون ثمة أوقات قد يعجزان فيها عن القيام بذلك. فسوف يتخلف الدائن المضمون أحيانا عن سداد مبلغ موعود بسداده، أو عن إعادة الممتلكات إلى المانح عند تحقق شرط متفق عليه لإعادتها. وفي تلك الحالات، ورهنا بطبيعة الاتفاق بينهما، يلجأ المانح عادة إلى المحكمة طالبا الانتصاف. بيد أن المانح هو، في معظم الحالات، الذي يجد نفسه عاجزا عن الأداء على النحو الموعود به (أي أنه لن يسدد القرض وفقا لأحكام الاتفاق). وينشأ التخلف أحيانا لأسباب خارجة عن سيطرة المانح، مثل حدوث كساد اقتصادي في إحدى الصناعات أو حدوث ظروف اقتصادية أكثر عمومية. وقد ينشأ التخلف أحيانا من تقصير دائني المانح أنفسهم. وأحيانا يعجز المانح عن الأداء بسبب تقديرات تجارية خاطئة، أو نتيجة لسوء الإدارة.

٣- وكيفما يكون السبب فمن صالح طرفي الاتفاق الضماني كليهما، ومن صالح الأطراف الثالثة عموما، حتى بعد التخلف عن سداد دفعية واحدة أو أكثر، أن يحاول المانح سداد تلك الدفعيات ومواصلة الأداء الطوعي للالتزام الموعود بأدائه. فإجراءات الإنفاذ

القسري تكون دائما أقل نجاعة من الأداء الطوعي، للأسباب التالية: (أ) أنها مكلفة؛ (ب) أنها تستغرق وقتا طويلا؛ (ج) أن نتيجتها لا تكون دائما يقينية؛ (د) أن العواقب الأطول أجلا على المانحين والأطراف الثالثة تكون مدمرة في كثير من الأحيان. وهذا هو السبب في أن العديد من الدول يشجع أطراف الاتفاق الضماني تشجيعا نشطا على اتخاذ خطوات أثناء فترة سريان الاتفاق من أجل تفادي التخلف عن الأداء، الذي من شأنه أن يؤدي إلى الإنفاذ القسري. وفضلا عن ذلك فهذا هو السبب في أن الدائنين المضمونين كثيرا ما يراقبون أنشطة مانحهم التجارية عن كثب. فهم مثلا يقومون دوريا باستعراض دفاتر الحسابات، وفحص الموجودات المرهونة، والتواصل مع المانحين الذين تظهر عليهم دلائل مصاعب مالية. وعموما يعتمد المانحون الذين يجدون صعوبة في الوفاء بالتزاماتهم إلى التعاون مع دائنيهم المضمونين من أجل التوصل إلى سبل لتفادي وقوع مصاعب على أولئك المانحين أو للتغلب عليها إذا وقعت. وفي بعض الحالات قد يطلب المانح من الدائن المضمون أن يساعده على وضع خطة تجارية جديدة. وفي حالات أخرى قد يحاول المانح وأحد الدائنين، أو المانح ومجموعة دائنيه بكاملها، العمل معا على محاولة تعديل جوانب من اتفاقاتهم.

٤ - وثمة أنواع عديدة من اتفاقات تعديل الديون. فأحيانا يرمي الأطراف ترتيب "صلح واق من الإفلاس" أو ترتيب "إيجاد مخرج" بتمديد فترة السداد أو يعدّل التزام المانح بطريقة أخرى أو يزيد أو ينقص الموجودات المرهونة التي تضمن هذه الالتزامات. وتجري المفاوضات الرامية إلى التوصل إلى اتفاق الصلح الواق في ظل عاملين رئيسيين هما: (أ) حق الدائن المضمون في إنفاذ حقوقه الضمانية في الموجودات المرهونة إذا قصّر المانح في الوفاء بالتزامه المضمون و(ب) إمكانية بدء إجراءات إعسار من جانب المانح أو ضده.

٥ - ومع ذلك فعلى الرغم من أفضل الجهود التي يبذلها المانحون والدائنون المضمونون لتحاشي إجراءات الإنفاذ القسري فإنها تكون في بعض الأحيان لا مفر منها. وعليه فمن المسائل الرئيسية التي تواجه الدول التي تشترع نظما للمعاملات المضمونة البت في الخطوط العريضة لحقوق الدائن بعد التقصير. وتتمثل المسألة، بتحديد أكثر، في ماهية التعديلات، إن وجدت، التي ينبغي أن تدخلها الدول على القواعد العادية المنطبقة على إنفاذ المطالبات عندما تقوم تلك الدول بوضع قواعد تحكم الكيفية التي يمكن بها إنفاذ الحقوق الضمانية في حالة تخلف المانح عن أداء الالتزام الضماني.

٦ - ويرتكز نظام المعاملات المضمونة على حق الدائن المضمون في أن يعوّل على المبلغ الذي يمكن الحصول عليه لدى بيع الموجودات المرهونة للوفاء بالالتزام المضمون. وآليات الإنفاذ التي تتيح للدائنين التنبؤ بدقة بما ينطوي عليه التصرف في الموجودات المضمونة من

وقت وتكلفة وبالعائدات التي يحتمل الحصول عليها من عملية الإنفاذ تأثير كبير على توافر الائتمان وتكلفته. لذلك ينبغي أن يوفر نظام المعاملات المضمونة قواعد إجرائية وموضوعية ناجمة واقتصادية ويمكن التنبؤ بنتائجها لإنفاذ الحق الضماني بعد تقصير المانح. وينبغي، في الوقت نفسه، أن توفر القواعد ضمانات معقولة لصون مصالح المانح والأشخاص الآخرين ذوي المصلحة في الموجودات المرهونة وسائر دائني المانح، لأن الإنفاذ يمس حقوق الأطراف الثالثة مساساً مباشراً.

٧- وتنتفع جميع الأطراف ذات المصلحة من تعظيم المبلغ المتحقق من بيع الموجودات المرهونة. فالدائن المضمون يستفيد من احتمال تقلص أي عجز قد يظل المانح مدينا به كدين غير مضمون بعد استخدام عائدات إنفاذ الالتزام المضمون العالق. وفي الوقت نفسه، يستفيد المانح ودائنوه الآخرون من انخفاض العجز أو زيادة الفائض.

٨- ويبحث هذا الفصل حق الدائن المضمون في إنفاذ حقه الضماني إذا تخلف المانح عن ("قصر المانح في") أداء التزامه الضماني، قبل بدء إجراءات الإعسار أو، بإذن من الهيئة المختصة، أثناء الإعسار (انظر الفصل الحادي عشر). وتناقش في الباب ألف-٢ المبادئ العامة التي يسترشد بها في حالة التقصير وفي الإنفاذ. ويستعرض الباب ألف-٣ الخطوات الإجرائية التي قد يشترط على الدائن المضمون أن يتبعها قبل ممارسة سبل انتصافه، ويبين حقوق المانح اللاحقة التقصير. وتبحث في الباب ٤- سبل التظلم المتاحة عادة للدائنين المضمونين. وتبحث في الباب ألف-٥ آثار الإنفاذ على المانح والدائن المضمون والأطراف الثالثة.

٩- أما إنفاذ الحقوق الضمانية في المستحقات، والصكوك القابلة للتداول، والأموال المودعة في حساب مصرفي، والعائدات بمقتضى تعهد مستقل، فلا يسهل أن تدرج في سياق الإجراءات العامة للإنفاذ على الممتلكات الملموسة (للاطلاع على تعاريف هذه المصطلحات، انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1، المقدمة، الباب باء، المصطلحات وقواعد التفسير). ونتيجة لذلك، توجد لدى العديد من الدول قواعد خاصة تتناول الإنفاذ على الممتلكات الملموسة والمستحقات وحقوق سداد أخرى شتى. وتناقش هذه الأحوال الخاصة في البابين باء-١ وباء-٢ من هذا الفصل. وعلاوة على ذلك، وبما أن الممتلكات الملموسة قد تلحق أحياناً بممتلكات أخرى منقولة أو غير منقولة، أو قد تخلط بغيرها أو تصنع، فيلزم تعديل النظام العام لكي يحكم إنفاذ حالات الإلحاق والمنتجات وكتل المنتجات. وتناقش في الأبواب باء-٦ إلى باء-٩ أنواع التعديلات التي قد يلزم إدخالها

من أجل الإنفاذ الفعال على الملحقات أو المنتجات أو كتل المنتجات. ويختتم الفصل، في الجزء جيم، بسلسلة من التوصيات.

٢ - مبادئ الإنفاذ العامة

(أ) عام

١٠ - من مصلحة الجميع، كما هو مشار إليه في الباب السابق، أن يؤدي المانح التزامه الموعود أداء طوعيا. ولهذا السبب يحاول الدائن المضمون والمانح عادة، عندما لا يكون الأداء متيسرا، إبرام اتفاق يزيل الحاجة إلى بدء إجراءات إنفاذ قسري. ونادرا ما لا يكون المانح مدركا أنه لا يؤدي التزاماته، والأندر من ذلك، إن حدث على الإطلاق، أن يعرف المانح تقصيره، للمرة الأولى، بواسطة إشارة رسمية إلى ذلك من الدائن المضمون. والواقع أنه في الحالة الأخيرة لا تترتب عادة إجراءات إنفاذ، لأن التخلف عن الأداء سيكون راجعا، في جميع الحالات تقريبا، إلى سهو وليس إلى عجز عن السداد أو عدم استعداد له. ومع ذلك يصبح الإنفاذ القسري ضروريا أحيانا. وحينئذ تسترشد الدول بعدد من المبادئ الأساسية في تفصيل حقوق الدائنين المضمونين والمانحين والتزاماتهم اللاحقة للتقصير.

(ب) اشتراط حدوث تقصير قبل الإنفاذ

١١ - يضمن الحق الضماني أداء التزام المانح (أو المدين، عندما يكون المانح طرفا ثالثا) تجاه الدائن المضمون. ولذلك يصبح الحق المضمون قابلا للإنفاذ، في الحالات العادية، حالما يتخلف المانح عن سداد الالتزام المضمون. غير أن هناك عددا من "أحداث التقصير" الأخرى التي تبين عادة في الاتفاق الضماني. ويكفي وقوع أي واحد من هذه الأحداث لتشكيل تقصير، ما لم يتنازل الدائن المضمون، وبذلك يتيح وقوع الحدث الإنفاذ القسري للحق الضماني. وبعبارة أخرى، يحدد اتفاق الطرفين والقانون العام للالتزامات ما إن كان المانح مقصرا ومتى يجوز بدء إجراءات الإنفاذ. ويحدد هذا القانون العام للالتزامات عادة أيضا ما إن كان يجب توجيه إشعار رسمي بالتقصير إلى المدين، وإذا كان الأمر كذلك فماذا سيكون محتوى ذلك الإشعار.

١٢ - وأحيانا يحدث التقصير لا بسبب عدم سداد دفعية بل بسبب قيام دائن آخر بالحجز، بموجب حكم قضائي، على الموجودات المرهونة، أو بسبب سعيه إلى إنفاذ حقه الضماني. وتنص تشريعات دول عديدة على أنه، بعيدا عن أي نص في الاتفاق الضماني، يشكل قيام أي دائن مضمون آخر بالحجز على الموجودات المضمونة تقصيرا. بمقتضى

جميع الاتفاقات الضمانية التي ترهن الممتلكات المحجوز عليها. ويستند مبرر ذلك إلى النجاعة. فبما أن الموجود المرهون هو ضمان السداد للمانح، ينبغي أن يتاح للدائن المضمون، كلما أصبح ذلك الموجود خاضعا لإجراء قضائي، أن يتدخل لحماية حقوقه. وفي هذه الحالات، كثيرا ما يعطي القانون الإجرائي هؤلاء الدائنين الآخرين الحق في الإرغام على التصرف في الموجودات المرهونة. وسيعول الدائن المضمون على هذا القانون الإجرائي نفسه للحصول على قواعد بشأن التدخل في هذه الدعاوى القضائية وإجراءات الإنفاذ القضائية لكي يحمي حقوقه وأولوياته.

١٣- وعادة ما تنص تشريعات الدول على أنه يجوز للدائن المضمون ذي الأولوية، إذا اختار ذلك، أن يستعيز بإجراءات الإنفاذ الخاصة به عن إجراءات الإنفاذ الخاصة بأي دائن مضمون ذي أولوية أدنى درجة. وتنشأ هذه القاعدة لأن الدائنين المضمونين الاثنين سينفذان حقوقا متماثلة في ظل نفس النظام الضماني ولذلك ينبغي أن تكون أولوية كل منهما هي التي تحدد حقوقهما في الإنفاذ. ومقارنة بذلك، لا يجوز للدائن المضمون، في بعض الدول، أن يتدخل لإنفاذ حقوقه بموجب الاتفاق الضماني بعد أن يبدأ إنفاذ المطالبة المحكوم بها. ويتبع هذا النهج عادة في الدول التي يزيل فيها البيع القضائي جميع الحقوق، بما فيها الحقوق الضمانية، من الممتلكات المباعة. والافتراض هو أنه بما أن البيع القضائي يتيح للمشتري أن يحصل على حق ملكية نظيفا فإنه سيحقق أعلى قيمة عند الإنفاذ (انظر الفقرات ٢٠-٢٣ أدناه). بيد أنه في دول أخرى تكون فيها للدائن المضمون حقوق في بعض أو كل الممتلكات التي حجز عليها الدائن المحكوم له، يتاح للدائن المضمون أن ينهي الحجز وينفذ حقوقه الضمانية بأي وسيلة متاحة له. ويوجد هذا النهج عادة في الدول التي لا يزيل فيها البيع القضائي التنفيذي العادي الحقوق الضمانية. والافتراض هو أنه بما أن الحقوق الضمانية لن تزال فإن احتمال الحصول على سعر أعلى لدى التصرف يكون أكبر عندما تؤدي عملية الإنفاذ إلى حصول المشتري على أنظف حق ملكية ممكن (انظر الفقرتين ٦١-٦٢ أدناه).

(ج) الإشراف القضائي على الإنفاذ

١٤- بصفة عامة، عندما يكون المانح مقصرا وتكون محاولات إيجاد صلح واق بشأن الالتزامات قد فشلت، يقتنع الطرفان كلاهما بالحاجة إلى الإنفاذ القسري على الموجودات المرهونة. بيد أنه في بعض الحالات يطعن المانحون في إدعاء الدائن المضمون بأنهم مقصرون أو في حسابه للمبلغ المستحق نتيجة للتقصير. وكمسألة سياسات عمومية، تنص تشريعات

الدول دون استثناء على أن المانحين يحق لهم دائما أن يطلبوا من المحاكم تأكيد ممارسة حقوق الدائن الإنفاذية أو رفضها أو تعديلها أو التحكم فيها على نحو آخر.

١٥- وليس الغرض من ذلك إثقال كاهل الدائنين المضمونين بإجراءات قضائية غير ضرورية، بل تمكين المانحين والأطراف الأخرى ذات المصلحة من ضمان احترام الإجراءات الإلزامية اللاحقة للتقصير (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤١). وتبعاً لذلك يعتمد العديد من الدول، من أجل ضمان إمكان معالجة طعون المانح بطريقة ناجعة من حيث الوقت والتكلفة، إلى الاستعاضة في هذه الحالات عن القواعد العادية للإجراءات المدنية بإجراءات قضائية معجلة (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٣٧). فمثلاً قد لا يتاح للمانحين وسائر الأطراف الأخرى ذات المصلحة سوى وقت محدود لرفع دعوى أو إثارة دفع. وتسمح دول أخرى للمانحين بأن يعترضوا على الدائن المضمون بشأن هذه المسائل حتى بعد أن يكون الإنفاذ قد بدأ، أو في وقت توزيع عائدات الإنفاذ، أو عندما يسعى الدائن المضمون إلى تحصيل أي مبلغ ناقص. وتسمح دول غير هذه وتلك للمانحين بالحصول ليس فقط على تعويضات عن الأضرار بل أيضاً تعويضات جزائية إذا ثبت أن الدائن المضمون لم يكن له حق في الإنفاذ أو قام بالإنفاذ على أساس مبلغ أكبر من المبلغ المستحق له فعلاً.

١٦- وعلاوة على ذلك، وبما أن جميع هذه الطعون ستؤخر الإنفاذ وتزيد التكاليف، تدرج دول عديدة ضمانات في صلب الإجراءات لكي تثبط المانحين عن تقديم مطالبات لا أساس لها. ومن هذه الضمانات آليات إجرائية مثل إضافة تكاليف الإجراءات إلى الالتزام المضمون إذا لم تنجح الدعوى، أو اقتضاء تقديم إفادات خطية مشفوعة باليمين من المانحين ومحاميهم كشرط لبدء هذه الإجراءات. وتسمح بعض الدول أيضاً للدائنين المضمونين بالسعي إلى الحصول على تعويضات عن الضرر من المانحين الذين يرفعون دعاوى غير مقنعة أو لا يمثلون لالتزاماتهم، وبإضافة هذه التعويضات إلى الالتزام المضمون. ويوصي هذا الدليل بأن تكون التعويضات العادية عن الضرر متاحة إذا لم يمثل المانح لأي من التزاماته اللاحقة للتقصير (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٣٣؛ وتنطبق نفس القاعدة على الدائن المضمون).

(د) حسن النية والمعقولة التجارية

١٧- تترتب على إنفاذ الحق الضماني عواقب خطيرة على المانحين والمدينين وسائر الأطراف الثالثة ذات المصلحة. ولهذا السبب يضع العديد من النظم على عاتق الدائنين المضمونين، كالتزام عام وذي أولوية، واجبا محدداً بأن يتصرفوا بحسن نية ويتبعوا معايير

معقولة تجارياً لدى إنفاذ حقوقهم. وبسبب أهمية هذا الالتزام، تنص تشريعات هذه الدول أيضاً على أنه لا يجوز في أي وقت للدائن المضمون والمأنح استبعاده أو تغييره (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصيتين ١٢٨ و ١٢٩). وفضلاً عن ذلك يكون الدائن المضمون الذي لا يمثل للالتزامات الإنفاذية المفروضة عليه مسؤولاً تجاه الأشخاص المتضررين من ذلك التقصير عن أي أضرار تنجم عنه. وعلى سبيل المثال، إذا لم يتصرف الدائن المضمون بطريقة معقولة تجارياً لدى التصرف في الموجودات المرهونة وأدى ذلك بالدائن المضمون إلى أن يحصل من التصرف في الموجودات المرهونة مبلغاً أقل مما كان سيحصله لو أنه تصرف بطريقة معقولة تجارياً، يكون على الدائن المضمون دفع تعويض عن الضرر يساوي ذلك الفرق إلى أي شخص متضرر (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٣٣).

(هـ) حرية الأطراف في الاتفاق على إجراءات الإنفاذ

١٨ - بصفة عامة، تفرض الدول على أطراف الاتفاق الضماني قليلاً جداً من الالتزامات اللاحقة للتقصير (انظر الفصل الثامن، حقوق الأطراف والتزاماتها). وعليه فمن المسائل الرئيسية في سياق الإنفاذ اللاحق للتقصير ما إن كان ينبغي أن تسود في ذلك السياق سياسة مماثلة. والمسألة، بعبارة أخرى، هي إلى أي مدى ينبغي السماح للدائن المضمون والمأنح بتعديل الإطار القانوني الخاص المنطبق عليهما فيما يتعلق بإنفاذ الحقوق الضمانية أو السماح لهما بتعديل الحقوق التعاقدية لكل منهما المبينة في الاتفاق الضماني. وتعتبر بعض الدول إجراءات الإنفاذ جزءاً من القانون الإلزامي الذي لا يجوز للأطراف تعديله باتفاق. وفي دول أخرى يسمح للأطراف بتعديل الإطار القانوني للإنفاذ ما دام هذا التعديل لا يمس السياسات العمومية أو الأولوية أو حقوق الأطراف الثالثة (وخصوصاً في حالة الإعسار). وفي دول أخرى غير هذه وتلك ينصبّ التركيز على آليات الإنفاذ الفعالة التي لا يكون فيها الإنفاذ القضائي هو الإجراء الوحيد أو الرئيسي. ومن ثم فحتى إن وجدت حدود للمدى الذي إليه يجوز للدائن المضمون والمأنح أن يتفقا على تعديل الإطار القانوني في اتفاقهما الضماني (لأن حرية تغيير الالتزام الإنفاذي قد تكون موضع إساءة استعمال في وقت إبرام الاتفاق الضماني) فإن هذه الدول تسمح لهما بالتنازل عن حقوقهما المنصوص عليهما في الاتفاق الضماني أو تعديلها بعد وقوع التقصير.

١٩ - ومع ذلك تفرض الدول التي تسمح للأطراف بأن يتنازلا باتفاق بينهم عن حقوقهم القانونية أو التعاقدية اللاحقة للتقصير عدداً من القيود على قدرة الأطراف على فعل ذلك. فهي مثلاً ودون استثناء لا تسمح بإسقاط التزام الدائن بأن يتصرف بحسن نية وبطريقة

معقولة تجاريا (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٢٩). وفيما يتعلق بالالتزامات الأخرى، تميز دول عديدة بين حقوق المانح وحقوق الدائن المضمون. وفي بعض الدول لا يجوز للمانح أن يتنازل عن التزامات الدائن المضمون اللاحقة للتقصير أو أن يوافق على تغييرها إلا بعد أن يقع التقصير. وكثيرا ما يتيح السماح بالتنازل بعد التقصير توصيل المانح والدائن المضمون، بطريقة غير تخصمية، إلى "ترتيب مخرج" للتصرف في الموجودات المرهونة بطريقة تؤدي إلى تعظيم القيمة التي يمكن تحصيلها لفائدة الدائن المضمون والمانح وسائر دائني المانح (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٣٠). وتسمح هذه الدول نفسها عادة للدائن المضمون بأن يتنازل عن التزامات المانح في أي وقت (إما قبل التقصير أو بعده) على أساس الافتراض بأنه لا يوجد سوى احتمال قليل لأن يفرض المانح أحكاما تعسفية عند تقديم القرض (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٣١).

(و) الإنفاذ القضائي وغير القضائي

٢٠- تشترط معظم الدول، كمبدأ عام من مبادئ قانون العلاقات بين الدائن والمدين، أن يكون إنفاذ المطالبات بإجراءات قضائية. فيجب على الدائنين رفع دعاوى على المدينين والتحصل على حكم قضائي ثم اللجوء إلى موظفين عموميين آخرين أو سلطات عمومية أخرى (مثل مأموري الإجراءات أو الموثقين العموميين أو الشرطة) لإنفاذ الحكم القضائي. ومن أجل حماية المانح والأطراف الأخرى التي لها حقوق في الموجودات المرهونة، تفرض بعض الدول التزاما مماثلا على الدائنين المضمونين، فتشترط عليهم أن يلجأوا إلى المحاكم أو السلطات الحكومية الأخرى حصرا لإنفاذ حقهم الضماني. غير أن احتمال أن ينتج عن الإجراءات القضائية أكبر مبلغ ممكن لدى التصرف في الممتلكات التي يجري بيعها كثيرا ما يكون أقل، لأن تلك الإجراءات يمكن أن تكون بطيئة ومكلفة. وفضلا عن ذلك، يكون للإجراءات غير المتسمة بالكفاءة تأثير سلبي على توافر الائتمان وتكلفته، لأن النفقات التي ينطوي عليها الإنفاذ تضاف إلى تكلفة المعاملة التمويلية.

٢١- ومن أجل تيسير الائتمان المضمون، لا يشترط بعض الدول سوى حد أدنى من التدخل المسبق من جانب موظفين مثل القضاة أو مأموري الإجراءات أو الشرطة في عملية الإنفاذ. فقد يشترط، مثلا، أن يتقدم الدائن المضمون بطلب إلى المحكمة لإصدار أمر برد الملكية، وتصدر المحكمة ذلك الأمر دون جلسة سماع. وفي حالات أخرى يجوز للدائن المضمون، فور حيازته للموجود، أن يبيعه مباشرة دون تدخل المحكمة، بشرط أن يستأجر مأمور إجراءات معتمدا لكي يدير العملية وفقا للإجراءات المنصوص عليها. ومبرر اتباع نهج

أقل رسمية هو أن تكليف الدائن المضمون أو طرف ثالث موثوق به بالسيطرة على الموجودات والتصرف فيها يكون غالباً أكثر مرونة وسرعة وأقل تكلفة من أي عملية تتحكم فيها الدولة. ويمكن للنظام المصمّم تصميمًا سليماً أن يوفر الحماية للمانح وللأشخاص الآخرين الذين لهم مصلحة في تعظيم المبلغ الذي سيُجنى من التصرف في الموجودات المرهونة، مع إتاحة نظام ناجع، في الوقت ذاته، لتسييل الموجودات المرهونة. وفي كثير من الأحيان يكون العلم بأن التدخل القضائي سهل المتال كافياً لإيجاد حوافز على التصرف على نحو تعاوني ومعقول، بما يزيل الحاجة إلى اللجوء الفعلي إلى المحاكم.

٢٢- وفي بعض الدول لا يشترط على الدائن المضمون أن يلجأ إلى المحاكم أو السلطات الحكومية الأخرى لأي غرض إنفاذي، بل يحق له أن يلجأ إلى الإجراءات غير القضائية حصراً. وتفرض هذه الدول عادة، في هذه الحالات، عدداً من القواعد الإلزامية التي تتعلق، مثلاً، بالإشعار بالتقصير أو الإشعار باعتزام التصرف، والالتزام بالتصرف بحسن نية وبطريقة معقولة تجارياً، والالتزام بتقديم بيان إلى المانح عن عائدات التصرف. وفضلاً عن ذلك، لا تسمح هذه القواعد للدائن المضمون بالتحصل خارج نطاق القضاء على حيازة الموجودات المرهونة إذا كان من شأن هذا الإنفاذ أن يؤدي إلى إخلال بالنظام العمومي. وغرض هذه الشروط وأثرها هو توفير المرونة في الطرائق المستخدمة للتصرف في الموجودات المرهونة، بغية تحقيق عملية إنفاذ ناجعة اقتصادياً، وفي الوقت نفسه حماية المانح والجهات الأخرى ذات المصلحة من التصرفات التي يقوم بها الدائن المضمون وتكون، في السياق التجاري، غير معقولة. ويوصي هذا الدليل، من أجل تحقيق أكبر قدر ممكن من المرونة في الإنفاذ، وبالتالي الحصول على أعلى سعر ممكن عند التصرف، بأن يتاح للدائنين خيار اتباع الأسلوب القضائي أو غير القضائي لدى إنفاذ حقوقهم الضمانية (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٣٦). وعلى أية حال فالسبيل إلى المحاكم متاح، في الدول التي تسمح بالإنفاذ غير القضائي، لضمان الاعتراف بالمطالبات والدفع المشروعة للمانح والأطراف الأخرى التي لها حقوق في الموجودات المرهونة وحماية تلك المطالبات والدفع (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤١).

٢٣- وحتى في الدول التي يسمح فيها للدائن المضمون بأن يتصرف دون تدخل رسمي، يحق له عادة إنفاذ حقه الضماني عن طريق المحاكم. وعلاوة على ذلك فيما أن الحق الضماني يمنح من أجل تعزيز احتمال حصول الدائن على سداد الالتزام المضمون، لا ينبغي أن يحول إنفاذ الحق الضماني بعد التقصير دون محاولة الدائن إنفاذ الالتزام الضماني عن طريق الإجراءات القضائية العادية (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٣٩). ويوجد عدد من

الأسباب التي قد تجعل الدائن المضمون يختار أيا من هذين الخيارين بدلا من الإنفاذ غير القضائي. فقد يرغب الدائن المضمون في تجنّب خطر تعرّض تصرفاته للطعن بعد اتخاذها، أو قد يخلص إلى أنه سيكون عليه، على أية حال، رفع دعوى لتحصيل قيمة عجز متوقع. ويشجع العديد من الدول بالفعل الدائنين المضمونين على اللجوء إلى المحاكم، وذلك بالنص في تشريعاتها على إجراءات إنفاذ أقل تكلفة وأكثر سرعة. فمثلا قد تسمح بالإنفاذ عن طريق إجراءات لا تنطوي إلا على تقديم إثبات خطي مشفوع باليمين. وقد تنص تشريعاتها أيضا على أنه يجب عقد الجلسة والفصل في الطعون وإصدار قرار في غضون فترة زمنية قصيرة جدا (٧٢ ساعة مثلا). وتذهب بعض الدول إلى أبعد من ذلك فتسمح للدائن المضمون الذي حصل على حكم قضائي بأن يتصرف في الموجودات المضمونة دون أن يتعين عليه اللجوء إلى إجراءات الحجز والبيع الرسمية. وأخيرا، تنص تشريعات معظم الدول على أن سبل الانتصاف هذه يمكن الجمع بينها (جمعية). فيجوز للدائن المضمون الذي يختار السعي إلى الحصول على انتصاف قضائي أن يغير رأيه فيسعى لاحقا إلى الحصول على انتصاف غير قضائي لإنفاذ حقه الضماني، ما دامت ممارسة حق ما لا تجعل ممارسة حق آخر مستحيلة (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٣٨).

(ز) نطاق حقوق الدائن المضمون القابلة للإنفاذ

٢٤- يجوز للدائن العام الذي يحصل على حكم قضائي أن ينفذ الحكم القضائي على كل ممتلكات المدين التي يسمح القانون الإجرائي بالحجز عليها. ويشمل ذلك عادة حقوق الملكية التي للمدين أيا كان نوعها. وإذا لم يكن للمدين سوى حق محدود في الممتلكات فلا يجوز الحجز إلا على ذلك الجزء المحدود (حق انتفاع مثلا) وبيعه. وبالمثل فإذا كان حق المدين في الممتلكات محدودا بأجل أو بشرط فسيكون الإنفاذ على الممتلكات محدودا على النحو نفسه. ولا يجوز أن يحصل المشتري في البيع القضائي على الممتلكات إلا خاضعة لنفس الأجل أو الشرط. وخلافا لحالة الإنفاذ العادي للأحكام القضائية، يخضع إنفاذ الحقوق الضمانية لقيد إضافي هام. فلا يجوز للدائن المضمون أن يتخذ إجراءات إلا على الممتلكات المرهونة فعلا لكفالة حقه الضماني وليس على حوزة المانح بكاملها (يجوز بالطبع للدائن المضمون أن يتخذ، بصفته دائنا غير مضمون، إجراءات على المانح بشأن المطالبات التي تتجاوز مبلغ الالتزام المضمون). وفي إطار هذا القيد العام، تنطبق على إنفاذ الحق الضماني مبادئ مماثلة للمبادئ التي تحكم الإنفاذ عموما. فلا يجوز للدائن المضمون أن ينفذ الحق الضماني إلا على الحقوق المعينة التي يمتلكها المانح فعليا في الموجودات المرهونة. فمثلا إذا

كانت قدرة المانح على بيع الموجود المرهون أو التصرف فيه بطريقة أخرى أو تأجيله أو الترخيص به محدودة فلا يجوز أن يتجاوز الإنفاذ من جانب الدائن المضمون تلك القيود. ويعني ذلك أنه إذا كان المانح حائزاً لموجودات خاضعة لرخصة علامة تجارية فلن يشمل الحق الضماني إلا ما للمانح من حق خاضع للأحكام القابلة للإنفاذ الواردة في ترخيص العلامة التجارية، ولن يعطي الحق الضماني الدائن المضمون أي حق عام بأن يستخدم العلامة التجارية أو يتصرف فيها.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تنظر في إمكان تعديل ترتيب التوصيات ١٢٨-١٤١ لكي يتبع على نحو أوثق الشرح الوارد في هذه التعليقات].

٣- الخطوات الإجرائية السابقة للإنفاذ، وحقوق المانح

(أ) عام

٢٦- يتعين على الدول أن تضع آليات إجرائية لتيسير الإنفاذ الفعال والناجع من جانب الدائن المضمون، وحماية حقوق المانح والأطراف الثالثة التي لها حقوق في الموجودات المرهونة، دون اعتبار لما إن كان الدائن المضمون: (أ) يجب عليه أن يحصل على حكم قضائي بالطريقة العادية وأن يستعين بموظف عمومي للحجز على الموجودات المرهونة وبيعها في مزاد علني؛ أم (ب) يمكنه الحصول على انتصاف قضائي معجل للاعتراف بتقصير المدين، ثم يمكنه المضي فوراً إلى الاستعانة بموظف للحجز على الموجودات المرهونة وبيعها؛ أم (ج) يحق له إنفاذ حقوقه دون إجراءات قضائية. والمقصود من هذه الآليات الإجرائية هو كفالة توازن بين الحقوق المتنافسة بعد التقصير ولكن قبل ممارسة سبل انتصاف الدائن المضمون ممارسة فعلية. ولهذا السبب تنص تشريعات الدول عادة على أن هذه الآليات الإجرائية تنطبق دون اعتبار لسبيل الانتصاف المعين الذي يختاره الدائن المضمون. ويعني هذا أنها تنطبق سواء أكان الدائن المضمون: (أ) يحجز على الموجودات المرهونة وبيعها بصفة خصوصية ويحتاز عائداً البيع لسداد الالتزام العالق؛ أم (ب) يقبل الموجود المرهون سداداً للالتزام المضمون؛ أم (ج) يحتاز منشأة ويقوم بتشغيلها لسداد الالتزام المضمون.

(ب) الإشعار باعتزام التصرف خارج نطاق القضاء

٢٧- حيثما يختار الدائن المضمون إنفاذ الاتفاق الضماني عن طريق رفع دعوى عادية أمام المحاكم على المانح بشأن الالتزام المضمون، تنطبق القواعد العادية للإجراءات المدنية (بما فيها القواعد المتعلقة بالإشعار بالتقصير وإتاحة الفرصة للجلسة للنظر في الدعوى على أساس

الموضوع) على الدعوى القضائية نفسها وعلى إجراءات الإنفاذ اللاحقة للحكم. بيد أنه عادة لا تنطبق هذه القواعد مباشرة إلا على الإجراءات الرسمية للمحاكم. وهذا هو السبب في أن الدول التي تسمح بالإنفاذ غير القضائي تشترع عادة قواعد منفصلة تحكم الإنفاذ غير القضائي. وترمي هذه القواعد إلى ضمان الحماية الكافية لحقوق الأطراف المتأثرين وفي الوقت نفسه توفير الحد الأقصى من المرونة في إجراءات الإنفاذ. وتشترط الدول دائما أن يوجه الدائنون المضمونون إشعارا باعترامهم بالتصرف في الموجودات المرهونة إلى جميع الأشخاص الذين قد يتأثرون بهذا التصرف (كالمدين والطرف الثالث المانح وأي شخص ذي حقوق في الموجودات المرهونة).

٢٨- وتضع الحاجة المسلم بما إلى توجيه الإشعار بالتصرف غير القضائي أمام الدول خيارا أساسيا في مجال السياسات. ففي بعض الدول يجب على الدائن المضمون أن يوجه إشعارا مسبقا، حتى قبل أن يسعى إلى الحصول على حيازة الموجودات المرهونة، باعترامه ممارسة الإنفاذ غير القضائي. أي أن الدائن يجب أن يوجه إلى المانح (وعادة إلى الأطراف الثالثة التي لها حقوق في الموجودات المرهونة) إشعارا خطيا يحدد التقصير، والموجودات المرهونة، واعتزام الدائن أن يطلب احتياز الموجودات، والمهلة التي يجب خلالها على المانح إما أن يعالج التقصير أو أن يسلم الموجودات (عادة ما تكون ١٥-٢٠ يوما)، ويحدد في كثير من الأحيان أيضا سبيل الانتصاف المعين الذي يعتزم الدائن اتباعه في التصرف في الموجودات. وفي دول أخرى يؤخر توقيت الإشعار، ويكون مضمونه الموضوعي أقل تفصيلا في كثير من الأحيان. فمثلا لا يشترط على الدائن المضمون، في هذه الدول، أن يقدم إشعارا مسبقا باعترامه تولي الحيازة بل يحق له الاحتياز المباشر للموجودات المرهونة في نفس الوقت الذي يوجه فيه إلى المانح إشعارا رسميا بالتقصير. غير أنه عادة لا يجوز للدائن المضمون، بعد الاحتياز، أن يتصرف في الموجودات دون أن يوجه إلى المانح والأطراف الثالثة ذات المصلحة إشعارا مسبقا (عادة ما يكون ١٥-٢٠ يوما) بأسلوب وطريقة التصرف الذي يعتزم القيام به إذا تخلف المانح عن معالجة التقصير في غضون ذلك.

٢٩- وثمة مزايا ومثالب لهذين النهجين كليهما. فالميزة الرئيسية للنظام الذي يشترط توجيه إشعار مسبق باعترام الدائن المضمون أن ينفذ وأن يحتاز الموجودات المرهونة هي أنه ينبه المانح والمدين إلى الحاجة إلى حماية حقوقهما في الموجودات المرهونة (يكون الدائن مدركا لتقصيره دائما ولكن الطرف الثالث المانح قد لا يكون مدركا لتقصيره). وقد تنطوي تلك الحماية، مثلا، على الطعن في الإنفاذ أو معالجة تقصير المدين أو التماس مشترين محتملين للموجودات المرهونة. أما الإشعار الموجه إلى الأطراف الأخرى ذات

المصلحة فيتيح لأولئك الأطراف إمكانية رصد الإنفاذ اللاحق من جانب الدائن المضمون، والطعن في الإنفاذ، أو معالجة التقصير إذا كان ذلك من مصلحتهم، والمشاركة في إجراءات التنفيذ أو تولي زمامها إذا كانوا دائنين مضمونين تتمتع حقوقهم بالأولوية (وكان المانح مقصراً نحوهم أيضاً). أما مساوئ هذا النوع من الإشعار فتشمل تكلفته، وأن الدائن المضمون قد يتعين عليه أن يختار علاجاً قبل أن يفحص الموجودات المرهونة فحصاً دقيقاً، وأنه يعطي المانح غير المتعاون فرصة لنقل الموجودات المرهونة بعيداً عن متناول الدائن، وإمكان تسابق الدائنين الآخرين إلى تأكيد مطالباتهم على منشأة المانح وعرقلة إجراءات التصرف. فضلاً عن ذلك فما لم تكن المقتضيات الشكلية والموضوعية المتعلقة بالإشعارات واضحة وبسيطة فسيكون هناك احتمال عدم الامتثال "التقني"، الذي يؤدي عندئذ إلى التقاضي وما ينطوي عليه التقاضي من تكلفة وتأخير.

٣٠ - ومزية النظام الذي لا يشترط سوى توجيه إشعار بالتصرف القضائي في الموجودات المرهونة هي أنه يحفظ حق الدائن المضمون في احتياز الموجودات المرهونة دون تأخير لا ضرورة له، مع حماية مصالح المانح والأطراف الثالثة التي لها حقوق في الموجودات المرهونة في الفترة السابقة للتصرف. والمثلية هي أن الإشعار بالإنفاذ غير القضائي يوجه إلى المانح بعد أن يحتاز الدائن المضمون الموجودات المرهونة (يسبب هذا النهج المشاكل المذكورة في الفقرة السابقة).

٣١ - وأياً كان النهج الذي يؤخذ به، يجب على الدول أن تقرر أيضاً ما هي الإشعارات الأخرى التي قد يشترط توجيهها عندما يسعى الدائن المضمون إلى إنفاذ حقه الضماني خارج إطار القضاء. فالعديد من الدول التي تشترط الإشعار المسبق باعتزام التصرف في الموجودات المرهونة لا تشترط أيضاً توجيه إشعار منفصل بالتقصير أو إشعار لاحق بالإنفاذ غير القضائي. والافتراض هو أن إشعاراً واحداً يكفي لجميع الأغراض. وبعض الدول الأخرى التي تسمح بأن يوجه الإشعار بشأن طريقة الإنفاذ غير القضائي المحددة بعد أن يحصل الدائن على حيازة الموجودات المرهونة تشترط رغم ذلك أن يوجه قبل الاحتياز إشعار رسمي بشأن التقصير. وبما أن غرض ومحتوى الإشعار السابق للاحتياز بشأن اعتزام الإنفاذ والإشعار اللاحق للاحتياز بشأن الإنفاذ غير القضائي يتداخلان إلى حد بعيد فإن أي دولة تختار الإشعار الأول منهما لا تختار الثاني. ومن أجل الموازنة بين مصالح جميع الأطراف، يوصي هذا الدليل بأن يجوز للدائن المضمون أن يحتاز الموجودات المرهونة دون تقديم طلب إلى المحكمة، شريطة أن يكون المانح قد وافق في الاتفاق الضماني على الإنفاذ غير القضائي وأن لا يعترض عندما يسعى الدائن المضمون إلى الحصول على الحيازة وأن يكون الدائن المضمون

قد وجه إلى المانح إشعارا بالتقصير وباعتزامه السعي إلى الحصول على الحيازة خارج نطاق القضاء (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤٣).

٣٢- وكما في الحالات الأخرى التي قد يشترط فيها توجيه إشعار، تحدد الدول عادة بعناية كبيرة الحد الأدنى لمحتوى الإشعار، والطريقة التي يوجه بها، والأشخاص الذين يجب أن يوجه إليهم، علاوة على توقيته. ويميّز العديد من الدول بين الإشعار الموجه إلى المدين، والإشعار الموجه إلى المانح عندما لا يكون المانح هو المدين، والإشعار الموجه إلى الدائنين الآخرين، والإشعار الموجه إلى السلطات العامة أو إلى عامة الجمهور. ومسألة ما إن كان ينبغي أن يشترط على الدائن المضمون أن يوجه إشعارا كتابيا مسبقاً إلى آخرين علاوة على المدين والمانح وسائر الدائنين المضمونين المعروف وجودهم (أي الدائنين المضمونين الآخرين الذين سجلوا إشعاراً بمصالحهم أو الذين قاموا بطريقة أخرى بإشعار الدائن المضمون الذي يعتزم التصرف في الموجودات المرهونة) هي مسألة تتوقف على المقارنة بين التكلفة والفائدة. وتقضي تشريعات بعض الدول بأنه لا يلزم توجيه الإشعار إلا إلى المانح وإلى الدائنين المضمونين الآخرين الذين سجلوا حقوقهم، ولكن تشترط أن يسجل الإشعار بعد ذلك وأن يكون على المسجل من ثم أن يرسل الإشعار إلى جميع من لهم حقوق مسجلة في الموجودات المرهونة.

٣٣- وتتبع الدول أيضاً نهجاً متباينة إزاء الحد الأدنى لمحتوى الإشعار. وكما في حالة اتخاذ القرار المتعلق بتوقيت الإشعار والجهات التي تتلقاه، يلزم لاتخاذ القرار المتعلق بالمعلومات التي تدرج في الإشعار أن تجري الدول مقارنة بين التكلفة والمنفعة. فمثلاً قد تشترط الدول إدراج حساب الدائن المضمون للمبلغ المستحق نتيجة للتقصير. وقد تشترط كذلك إخطار المدين أو المانح بالخطوات التي يتعين عليهما اتخاذها لتسديد الالتزام المضمون سداداً كاملاً، أو لمعالجة التقصير في حال وجود حق المعالجة. وفضلاً عن ذلك تنص تشريعات بعض الدول على أن الإشعار الموجه إلى الأطراف الأخرى ذات المصلحة لا يلزم أن يكون مستفيضاً أو دقيق التحديد بقدر الإشعار الموجه إلى المدين والمانح. وفي حالة وجوب توجيه الإشعار قبل الاحتياز، تضع الدول أيضاً على عاتق الدائنين المضمونين، في كثير من الأحيان، عبء معلومات أكبر. ومقارنة بذلك، في حالة وجوب تقديم الإشعار بعد الاحتياز، كثيراً ما لا يشترط على الدائن المضمون سوى أن يقدم معلومات أساسية عن تاريخ التصرف المعتزم ووقته ومكانه ونوعه والمهلة التي يجوز خلالها للمانح أو أي طرف آخر ذي مصلحة أن يطعن في التصرف المعتزم أو أن يعالج التقصير.

٣٤- وتوجد نهج شتى لتحقيق التوازن السليم بين الحاجة إلى ضمان أن ينقل الإشعار إلى الأطراف ذوي المصلحة معلومات تكفي لتمكينهم من التوصل إلى رأي مستنير بشأن أفضل السبل لحماية حقوقهم، من ناحية، والحاجة إلى تحقيق الإنفاذ السريع والمنخفض التكلفة، من الناحية الأخرى. وتضع بعض الدول عبئا ثقيلا على عاتق الدائنين المضمونين، بشأن توقيت الإشعار وكذلك بشأن محتواه. ولا تفرض دول أخرى سوى حد أدنى من المتطلبات. ويوصي هذا الدليل بأن يوجه الإشعار عادة قبل أن يشرع الدائن المضمون في الإنفاذ (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤٥)، وبأن تقضي القواعد بأن يوجه الإشعار في الوقت المناسب وبطريقة ناجعة ويمكن التعويل عليها (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤٦)، ولكن يتيح للدول المرونة في البت في الطريقة المعينة لتوجيه الإشعار ومحتواه المحدد (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤٧).

(ج) تحرير الموجودات المرهونة وإعادة إعمال الالتزام المضمون

٣٥- بعد تلقي الإشعار بالتقصير، كثيرا ما يحاول المدين والطرف الثالث المانح والأطراف الثالثة ذات المصلحة إعادة تمويل الالتزام المضمون أو معالجة التقصير المزعوم بطريقة أخرى. وفي هذه الحالات، يجب على الدول أن تقرر ما هي الحقوق التي يجوز لهذه الأطراف المختلفة أن تمارسها، وما هو الإطار الزمني الذي يجوز لها أن تمارسها فيه. وعادة ما يعطى للمانحين والأطراف الثالثة نوعان من الحقوق: تحرير الموجودات المرهونة، وإعادة إعمال الالتزام المضمون.

٣٦- وينتهي التحرير المعاملة المضمونة، لأن التزام المانح يكون قد سدد بالكامل. وبما أن هدف إجراءات الإنفاذ هو تمكين الدائنين من سداد الالتزام فإن الدول تمارس عادة مرونة بالغة بشأن الأطراف الذين يحق لهم سداد الالتزام المضمون. فمثلا تسمح معظم الدول للمانح المقصّر، عند سداد المبلغ المتبقي من الالتزام المضمون، بما في ذلك الفوائد وتكاليف الإنفاذ المتكبدة حتى وقت السداد، أن يسعى إلى التحصل على تحرير الموجودات المرهونة قبل أن يتصرف فيها الدائن المضمون تصرفا نهائيا. وتسمح الدول عادة أيضا لأي طرف ثالث ذي مصلحة (مثل الدائن ذي الأولوية الأدنى مرتبة من أولوية الدائن المنفذ، أو المشتري الذي يحصل على الموجودات خاضعة للحق الضماني) بممارسة حق السداد إذا لم يمارسه المانح.

٣٧- وفضلا عن ذلك، تتخذ الدول عادة موقفا مرنا فيما يتعلق بالوقت الذي يجوز السداد فيه. فمصلحة الدائن المضمون هي في أن يتم السداد إليه. وطالما حدث هذا السداد للمبلغ الأصلي والفوائد وتكاليف الإنفاذ المتكبدة قبل أن تتضرر أي حقوق لأطراف ثالثة

فلا يوجد سبب للإصرار على التصرف في الموجود المضمون. وهذا يعني أنه أيا كان من يمارس هذا الحق فإنه يجوز له أن يفعل ذلك إلى حين: '١' التصرف في الموجود المرهون أو اكتمال التحصيل من جانب الدائن المضمون بعد التصرف في الموجود المرهون، أو '٢' إبرام الدائن المضمون التزاما بأن يتصرف في الموجود المرهون، أو '٣' قبول الدائن المضمون بالموجود المرهون على سبيل الوفاء كلياً أو جزئياً بالالتزام المضمون، أيها كان أبكر. وإلى أن يقع أحد هذه الأحداث، يجوز أن يعاد سداد الالتزام المضمون سداداً كاملاً وتحرير الموجودات المرهونة. ولنفس الأسباب (تسليماً بأن المصلحة الرئيسية للدائن هي في تلقي السداد وأن المصلحة الرئيسية للمانح هي في أن لا يفقد ممتلكاته)، يوصي هذا الدليل بأن يكون السداد المفضي إلى تحرير الموجودات المرهونة مسموحاً به إلى أن يتم التحصيل على حقوق الأطراف الثالثة أو أن يكون الدائن المضمون قد قبل بالموجود المرهون وفاء للالتزام المضمون (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤٠).

٣٨- وتختلف إعادة إعمال الالتزام المضمون اختلافاً تاماً عن تحرير الموجودات المرهونة، وعادة ما يكون محاطاً بقيود أشد. فإعادة إعمال الالتزام المضمون تعني معالجة التقصير المعين (مثلاً سداد أي أقساط لم تسدد والفوائد المستحقة وتكاليف الإنفاذ التي تكبدت بالفعل)، ولكن ليس له فيما عدا ذلك أي تأثير سواء على استمرار واجب المانح أن يؤدي الالتزام أو على الحق الضماني. ويبقى الالتزام المعاد إعماله قابلاً للإنفاذ وفقاً للأحكام التي اتفق عليها الطرفان، ويظل مضموناً بالموجودات المرهونة.

٣٩- وتتخذ الدول نهجاً متبايناً تماماً إزاء الحق في إعادة الإعمال. فالبعض منها لا تنص تشريعاً على حق إعادة إعمال ولكن تسمح للأطراف بأن ينص اتفاقها الضماني على ذلك الحق. ومقارنة بذلك، تنص تشريعات العديد من الدول على هذا الحق ولكنها تقصر ممارسته على المانح. وأخيراً، يسمح بعض الدول لأي طرف ذي مصلحة بأن يعالج التقصير ويعيد إعمال الالتزام المضمون. وحيثما تكون إعادة إعمال الحق مسموحاً بها، يجوز للأطراف المأذون لهم بممارسته أن يمارسوه حتى نفس الوقت الذي يجوز فيه للأطراف المأذون لها بتحرير الموجودات المرهونة بأن تمارس حق التحرير. وبما أن إعادة الإعمال تحفظ الالتزام المضمون بدلاً من أن تنهيه فيمكن أن يقع المانح في التقصير مرة أخرى لاحقاً. وللحيلولة دون حدوث سلسلة من حالات التقصير وإعادة الإعمال الاستراتيجية، تعين الدول في كثير من الأحيان حداً لعدد المرات التي يجوز فيها أن يعاد إعمال الالتزام المضمون بعد التقصير.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعل اللجنة تود أن تنظر في إضافة توصية بشأن حق المانح في معالجة التقصير وإعادة إعمال الالتزام المضمون.]

(د) التصرف المأذون به الذي يقوم به المانح

٤٠- عقب التقصير، يكون الدائن المضمون مهتما بالحصول على أعلى سعر ممكن للموجودات المرهونة. وكثيرا ما يكون المانح أدرى من الدائن المضمون بحال سوق هذه الموجودات. ولهذا السبب يسمح الدائنون المضمونون للمانح، في أحيان كثيرة، بالتصرف في الموجودات المرهونة، حتى بعد بدء الإنفاذ. وفي معظم هذه الحالات يتفق الأطراف على أن أي مبلغ يتحصل عليه من التصرف يدفع للدائن المضمون بنفس الطريقة التي يدفع بها إذا كان الدفع ناتجا من دعوى إنفاذ. ولهذه الترتيبات عواقب على الأطراف الثالثة التي قد يكون لها أيضا حق في الموجودات المرهونة أو حق في عائدات التصرف في تلك الموجودات. ولهذا السبب تنص تشريعات بعض الدول صراحة على أنه عندما يكون دائن مضمون قد شرع في الإنفاذ ويعطي المانح وقتا محدودا بعد التقصير للتصرف في الموجودات المرهونة، تعامل عائدات البيع، لجميع الأغراض، كأنها نشأت نتيجة لتصرف إنفاذي. وتمضي بعض الدول إلى أبعد من ذلك فتحظر على الدائن المضمون أن يحاول، خلال فترة زمنية وجيزة بعد التقصير، الترتيب للتصرف في الموجودات المرهونة. وتسعى دول أخرى إلى تحقيق هدف التحصل على أقصى مبلغ عند التصرف، بتوفير حوافز للمانح للفت نظر الدائن المضمون إلى المشترين المحتملين. والغرض، على أية حال، هو تشكيل نظام الإنفاذ بحيث يعطي المانح حافزا على التعاون مع الدائن المضمون على التصرف في الموجودات المرهونة مقابل أعلى سعر ممكن.

٤- الإنفاذ غير القضائي لحقوق الدائن المضمون

(أ) عام

٤١- في الحالات التي يختار فيها الدائن المضمون إنفاذ الاتفاق الضماني قضائيا، بعد الحصول على حكم قضائي، تنطبق القواعد العادية للإجراءات المدنية المتعلقة بعملية الإنفاذ بعد الحكم القضائي. وعادة يعني ذلك أن احتياز الموجودات المرهونة وعرضها للبيع يقوم به موظفون عموميون أو سلطات عمومية (مثل مأموري الإجراءات أو مفوضي إنفاذ القوانين أو الموثقين العموميين أو الشرطة). وتلزم عمليات مختلفة قليلا عندما يكون الدائن المضمون قد اتخذ الخطوات اللازمة لبدء إجراءات الإنفاذ ويختار ممارسة حقوقه خارج نطاق القضاء. فبما أنه لا يشارك في الإنفاذ أي موظف عمومي، سيرغب الدائن المضمون عادة في أن يحتاز الموجودات المرهونة أو يسيطر عليها بنفسه لكي يمضي في الإنفاذ، ويتعين عليه ذلك عادة. وقد اتخذت الدول نهجا سياساتية شتى إزاء حق الدائن المضمون في احتياز الموجودات

المرهونة والسيطرة عليها (خلافًا لإحالة الموجودات المرهونة إلى مأمور إجراءات) وكذلك، إذا كان مسموحًا للدائن بأن يحتاز احتيازًا مباشرًا، إزاء الآليات الإجرائية التي يجب اتباعها في القيام بذلك.

(ب) إقصاء الموجودات المرهونة من حيازة المانح

٤٢- قبل التقصير، يكون المانح عادة حائزًا للموجودات المرهونة. غير أنه في بعض الأحيان يكون المانح قد أحال الحيازة إلى الدائن المضمون، إما في وقت جعل الاتفاق الضماني نافذًا بينهما، (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤) أو بعد ذلك كوسيلة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ٣٨) أو استجابة لطلب لاحق من الدائن، قبل التقصير، بأن يسيطر على الموجودات. وفي مناسبات أخرى، يمكن أن تكون الموجودات المرهونة في حيازة، أو تحت سيطرة، طرف ثالث يتصرف نيابة عن الدائن المضمون أو تحت توجيهه. وفي هاتين الحالتين كليهما، لا يشترط العديد من الدول على الدائن المضمون اتخاذ أي خطوات أخرى لكي يبدأ الإنفاذ. أي أنه لا يتعين على الدائن أن يوجه إلى المانح إشعارًا رسميًا بالتقصير، بل لا يتعين عليه سوى أن يوجه إشعارًا بالتصرف المعتزم بعد أن يكون قد حدد سبيل الانتصاف الذي يعتزم اتباعه. ومقارنة بذلك، تشترط بعض الدول على الدائن الحائز أن يبلغ المانح بالتقصير وبأنه يحتفظ الآن بالموجودات المرهونة استعدادًا للإنفاذ. وتعتبر هذه الدول عادةً أيضًا أنه، عند التقصير، ينتهي أي اتفاق يجوز فيه للدائن الحائز أن يستخدم الموجودات المرهونة.

٤٣- وحيث لا يكون الدائن حائزًا، يجب عليه أن يتخذ خطوات نشطة لاسترداد الموجودات المرهونة من المانح أو لإبلاغ طرف ثالث يحتفظ بالموجودات نيابة عن المانح بأن الحق الضماني أصبح قابلاً للإنفاذ. وعموماً تقضي تشريعات الدول التي تسمح بالإنفاذ غير القضائي بأن للدائن المضمون، فور تقصير المانح، حقًا تلقائيًا في حيازة الموجود المرهون. أي أنها لا تشترط أن توضع الموجودات، إلى حين الإنفاذ غير القضائي، تحت سيطرة موظف عمومي. والافتراض هو أن المرونة في الإنفاذ والحفاظ على الموجودات بتكلفة أقل بانتظار التصرف فيها سيتحققان إذا كان بوسع الدائن المضمون أن يتخذ القرارات بشأن الجهة التي ينبغي أن تكون لديها الحيازة والسيطرة بعد التقصير. وتستند إلى هذا المبرر أيضًا التوصية في هذا الدليل بأن يكون لدى الدائن المضمون حق تلقائي في الحيازة عند التقصير (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤٢).

٤٤ - ويقترن بحق الدائن المضمون في الحيازة حقه في البت في الطريقة المحددة التي ينبغي أن تمارس بها تلك الحيازة. فالدائنون المضمونون يقومون فعلا، في بعض الحالات، باحتياز الموجودات المضمونة التي يتخذون إجراءات بشأنها احتيازا شخصيا. بيد أنهم في كثير من الحالات لا يحتازون الموجودات. فقد يعمد الدائنون المضمونون مثلا إلى وضع الموجودات في يد محكمة أو في يد موظف تعينه الدولة أو المحكمة. والأكثر شيوعا من ذلك هو أنهم يجعلون الموجودات يعهد بها إلى طرف ثالث وديع يعينونه، أو (خصوصا إذا كان الأمر يتعلق بعملية تصنيعية) يعينون مديرا لدخول مرافق المانح لكي يسيطر على الموجودات المرهونة. وحيث تكون الموجودات في يد طرف ثالث لا يتصرف نيابة عن الدائنين المضمونين ولكن سبق إعلامه بالاتفاق الضماني، قد لا يفعل الدائنون المضمونون سوى توجيه إشعار بأن الاتفاق أصبح قابلا للإنفاذ وأن المانح لم تعد لديه حقوق الاحتفاظ بحيازة الموجودات المرهونة أو السيطرة عليها أو التصرف فيها.

٤٥ - وعادة ما تعتبر الدول تولي الحيازة خطوة هامة في عملية الإنفاذ، وتفرض متطلبات إجرائية محددة على الدائنين الذين يطالبون بالحيازة. أي أنه على الرغم من أن الدائن المضمون قد يكون لديه حق تلقائي في الحيازة فإن طريقة توليها تخضع للتقنين. وعموما تتبع الدول أحد ثلاثة نهج في وضع الآليات الإجرائية التي يجوز بها للدائنين المضمونين غير الحائزين أن يُقصوا الموجودات المرهونة من سيطرة المانح. ففي بعض الدول لا يجوز للدائن المضمون أن يحصل على الحيازة إلا عن طريق أمر محكمة، سواء بعد اتخاذ إجراءات من جانب واحد أو بعد نظر المحكمة في الدعوى، وهذا الأخير هو الأشيع. وفي دول أخرى لا يشترط أمر قضائي بل يجب أن يكون المانح قد أذن للدائن، في الاتفاق الضماني، بأن يحصل على الحيازة خارج إطار القضاء ويجب أن يوجه الدائن إلى المانح إشعارا مسبقا (مدته ١٠ أيام إلى ٢٠ يوما عادة) باعتزامه المطالبة بالحيازة واعتزامه أن ينفذ. وأخيرا، يحق للدائن، في بعض الدول، أن يطالب بالحيازة وأن يتولاها دون أي لجوء إلى محكمة ودون حاجة إلى توجيه إشعار مسبق إلى المانح باعتزام الدائن أن يفعل ذلك، شريطة أن يكون المانح قد أذن للدائن، في الاتفاق الضماني، بأن يفعل ذلك. بيد أنه حتى في هذه الدول ليس للدائن حق مطلق في تولي الحيازة خارج إطار القضاء. فهناك دائما إمكان أن يسيء الدائن استعمال حقوقه، بتهديد المانح أو بالترويع أو بالإخلال بالسلام أو بالمطالبة بالموجودات المرهونة استنادا إلى ادعاءات كاذبة. لذلك يجعل معظم هذه الدول أي تصرف من جانب الدائن بهدف الحصول على الحيازة مشروطا بأن يتجنب الدائن الإخلال بالنظام العام. فإذا أبدى المانح مقاومة، لزم الحصول على أمر قضائي بالاحتياز. وعادة تعتمد الدول التي تسمح

للدائن بالاحتياز غير القضائي لدى توجيه إشعار مسبق قبل ١٠ أيام أو ٢٠ يوما هذا النهج أيضا بشأن الاحتياز، فتشترط الحصول على أمر قضائي إذا وجد احتمال حدوث إخلال بالسلام عند سعي الدائن إلى الاحتياز بعد انقضاء المهلة.

٤٦- وفي الدول التي تفرض على الدائنين توجيه إشعار كشرط مسبق للحصول على الحيابة، يوجد دائما احتمال أن يسعى المانح المقصر عندئذ إلى إخفاء الموجودات المرهونة أو نقلها قبل أن يتمكن الدائن المضمون من السيطرة عليها. ويمكن أيضا أن يساء استعمال الموجودات، أو أن تتبدد إذا لم توفر لها الرعاية الكافية، أو، رهنا بأحوال السوق، أن تتدهور قيمتها سريعا. وللحيلولة دون تحقق هذه الإمكانيات، تنص تشريعات معظم الدول على أنه يجوز للدائنين المضمونين أن يتحصلوا على أمر انتصاف معجل من محكمة أو من سلطة مختصة أخرى. وفضلا عن ذلك ففي الحالة الخاصة التي توشك فيها قيمة الموجودات المرهونة على التدهور السريع، وسواء أكان يشترط على الدائنين المضمونين توجيه إشعار مسبق باعترامهم الإنفاذ أم لم يكن يشترط ذلك، يسمح العديد من الدول للمحكمة بأن تأمر بالبيع الفوري لهذه الموجودات السريعة التلف.

٤٧- ويتوقف القرار بشأن الشكليات اللازمة لحصول الدائن المضمون على الحيابة على التوازن الذي تقيمه الدول بين حماية حقوق المانحين وكفاءة الإنفاذ من أجل خفض التكاليف. ويتوقف القرار أيضا على الحكم التقديري بشأن الاحتمال العملي للتعسف من جانب الدائنين المضمونين أو السلوك غير السليم من جانب المانحين الخائزين. ويوصي هذا الدليل، من أجل تخفيض تكلفة الإنفاذ والتقليل إلى الحد الأدنى من احتمالات إساءة استعمال الموجودات أو تدهور قيمتها، بأن يؤذن للدائن المضمون بتولي الحيابة خارج إطار القضاء، ولكن فقط إذا كان المانح قد أذن بذلك في الاتفاق الضماني، وكان قد وجه إلى المانح إشعار باعترام تولي الحيابة، ولم يعترض المانح عند السعي إلى الحصول على الحيابة (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤٣). وعلاوة على ذلك يوصي هذا الدليل، من أجل تعظيم القيمة المتأتمية من الإنفاذ حيث تكون الموجودات سريعة التلف أو يحتمل أن تتدهور قيمتها سريعا أثناء الفترة بين توجيه الإشعار والوقت الذي يجوز فيه للدائن أن يحصل فعليا على حيابة الموجودات، بأن لا يلزم، ما دام المانح قد أذن في الاتفاق الضماني بالاحتياز غير القضائي ولم يعترض المانح عند السعي الفعلي إلى الاحتياز، توجيه إشعار باعترام الدائن أن يتولي الحيابة وأن يتصرف في الموجودات (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤٥).

(ج) بيع الموجودات المرهونة أو التصرف فيها بطريقة أخرى

٤٨- بما أن الحق الضماني يخول للدائن المضمون أن يحصل على قيمة من بيع الموجودات المرهونة واستخدام تلك القيمة في سداد الالتزام المضمون فإن الدول تقنن عادة ببعض التفاصيل الاجراءات التي يجوز بها للدائن المضمون أن يضع يده على تلك الموجودات ويتصرف فيها. وتتراوح الاشتراطات في النظم القانونية القائمة بين نظم أقل اتساما بالطابع الرسمي ونظم أكثر اتساما به. فمثلا تشترط بعض الدول أن يخضع التصرف لنفس الإجراءات العمومية المتبعة في إنفاذ الأحكام القضائية، حتى عندما يكون مسموحا بالإنفاد غير القضائي. وتشترط دول أخرى أن يحصل الدائنون المضمونون، قبل المضي قدما، على موافقة قضائية على طريقة التصرف المقترحة. وتسمح دول غير هذه وتلك للدائن المضمون بالتحكم في التصرف ولكن تفرض إجراءات موحدة للقيام بذلك (مثلا القواعد المتعلقة بالمزادات العلنية أو التماس العطاءات). وأحيانا تلزم الدول فعلا الدائن المضمون بالحصول على موافقة المانح على طريقة التصرف. وأخيرا، تمنح بعض الدول الدائن المضمون حرية واسعة وأحادية الجانب فيما يتعلق بطريقة التصرف، ولكن تُخضع هذا التصرف لمعايير السلوك العامة (مثل حسن النية والمعقولة التجارية)، التي يؤدي انتهاكها إلى مسؤولية الدائن عن دفع تعويض عن الأضرار.

٤٩- وفي معظم الأحوال تكون الضمانات الإجرائية التي تتحكم بها الدول في تصرفات الدائنين المضمونين متعلقة بتفاصيل الإشعار الذي يجب أن يوجه إلى المانح وإلى الأطراف الثالثة التي لها حق في الموجودات المرهونة. ومن حيث المبدأ، ينبغي أن تكون أنواع التفاصيل المشترطة متطابقة سواء أكانت الدول تعتمد نهج الإشعار السابق للاحتياز أم نهج الإشعار اللاحق للاحتياز. وعليه فمثلا تشترط الدول في كثير من الأحيان أن يبين الدائنون طريقة الإعلان عن التصرف المعترزم، وتاريخ البيع وزمانه ومكانه، وما إن كان البيع سيكون بالمزاد العلني أم بواسطة العطاءات، وما إن كانت الموجودات ستباع كلا على حدة أم بالدفعة أم مجتمعة، وما إن كان التصرف يشمل الإيجارات أو التراخيص أو الأذون ذات الصلة عند الاقتضاء. وينبغي أن يكون الهدف هو تعظيم المبلغ المحقق من الموجودات المرهونة، مع عدم الإضرار بما للمانح والأشخاص الآخرين من مطالب ودفع مشروع. وهذا يوضح السبب في أنه حتى الدول التي تشترط عموما توجيه إشعارات تفصيلية لا تشترط توجيه تلك الإشعارات إذا كانت الموجودات المرهونة ستباع في سوق عمومية معترف بها. ففي تلك الحالات تحدد السوق قيمة الموجودات، ولا يوجد سعر أعلى يحقق باتباع طريقة بيع أخرى وتوجيه إشعار بها (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٤٥).

٥٠- وبما أن التصرف غير القضائي في الموجودات المرهونة يكون نهائيا مثله مثل البيع تحت إشراف المحكمة فإن معظم الدول تفرض قواعد مفصلة نسبيا بشأن محتويات الإشعار وبشأن الزمن الذي يجب أن ينقضي قبل جواز القيام بالبيع، وليس ذلك وحسب، بل تسمح أيضا للأطراف ذات المصلحة بأن تعترض على توقيت التصرف المعتمد وطريقته. وعادة تتاح إجراءات معجلة خاصة لكي يتسنى سماع الاعتراضات والبت فيها على جناح السرعة (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصيتين ١٣٧ و ١٤١). وبصفة عامة تكون تكلفة الإنفاذ على أدائها والإنفاذ على أسرعه والعائدات المتلقاة على أعلاها حيث يتاح للدائن المنفذ أكبر قدر من المرونة بشأن توقيت التصرف وطريقته. ولهذه الأسباب يوصي هذا الدليل بإتاحة المرونة للدائنين المضمونين وبأن لا يشترط أن يدرج في الإشعار سوى الحد الأدنى الأساسي من التفاصيل اللازم لتنبيه الأطراف ذات المصلحة إلى الإنفاذ وإلى الحاجة إلى حماية مصالحهم إذا رغبوا في ذلك (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصيتين ١٤٦ و ١٤٧).

(د) قبول الموجودات المرهونة وفاء بالالتزام المضمون

٥١- المبرر الذي يستند إليه إنشاء الحق الضماني هو تمكين الدائن المضمون من الحصول على قيمة الموجود المرهون واستخدام المبلغ المتحصل عليه لسداد التزام المانح. ولهذا السبب يكون الملاذ الوحيد المتاح للدائن عند التقصير، في العديد من الدول، هو وضع يده على الموجودات المرهونة وبيعها. وفي معظم الدول التي تقيد الملاذات غير القضائية المتاحة للدائن على هذا النحو ينطبق هذا القيد حتى عندما يكون الدائن حائزا بالفعل، بمقتضى اتفاق رهن، على الموجودات المرهونة. أي أنه في هذه الدول لا يمكن للطرفين أن يتفقا مقدما على أنه يجوز للدائن المضمون، إذا قصر المانح، أن يحتفظ بالموجودات المرهونة للوفاء بالالتزام المضمون. وبالمثل لا يجوز للدائن المضمون، في العديد من هذه الدول، أن يستولي، على سبيل الانتصاف، بعد وقوع التقصير، على الموجودات المرهونة. وفضلا عن ذلك فحتى إذا اتفق المانح والدائن المضمون، بعد التقصير، على أنه يجوز للدائن المضمون أن يحتفظ بالموجودات المرهونة، تعتبر هذه الترتيبات في نفس هذه الدول سدادا تعاقديا، وليس لها تأثير على حقوق أي طرف آخر ذي حق في الموجودات المرهونة.

٥٢- ومقارنة بذلك، يحق للدائن المضمون، في العديد من الدول، أن يعرض على المانح استعداده للقبول بالموجودات المرهونة على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون. وحيث يُجعل هذا السبيل للانتصاف عن طريق الإنفاذ متاحا للدائنين المضمونين، تنص تشريعات الدول عادة على أن أي اتفاق يقضي بانتقال ملكية الموجودات المرهونة إلى الدائن

المضمون انتقالاتا تلقائيا عند التقصير يكون غير قابل للإنفاذ إذا أبرم قبل التقصير. غير أن الاتفاق يكون قابلا للإنفاذ إذا أبرم بعد التقصير ووفقا لإجراءات الإنفاذ المعينة التي يقصد منها منع التعسف من جانب الدائن. وتنص تشريعات هذه الدول أيضا عادة على أن أي اتفاقات خصوصية غير رسمية ترم بين المانحين والدائنين المضمونين بعد التقصير تكون قابلة للإنفاذ ولكن فقط باعتبارها سبلا تعاقدية للانتصاف عن طريق السداد ليس لها تأثير على الأطراف الثالثة التي لها حقوق في الموجودات المرهونة.

٥٣- وإذا أجازت الدول صراحة للدائن المضمون أن يأخذ، على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون، بعد التقصير، الموجودات المرهونة، شريطة أن يكون قد اتبع الخطوات الإجرائية الواجبة، فلا يعني ذلك أنه يتعين على المانح القبول بالعرض المقدم من الدائن المضمون، بل يجوز أن يرفض المانح هذا العرض، فيكون على الدائن المضمون عندئذ اللجوء إلى أحد سبل الانتصاف الأخرى المتاحة لديه. ومزية السماح بهذه الأنواع من الاتفاقات اللاحقة للتقصير هي أنها كثيرا ما يمكن أن تؤدي إلى الإنفاذ بتكلفة أقل وسرعة أكبر. أما جانبها السلبي فهو وجود احتمال أن يساء استعمالها من جانب الدائن المضمون، وذلك في الحالات التالية: (أ) إذا كانت الموجودات المضمونة أكبر قيمة من الالتزام المضمون؛ أو (ب) إذا كانت لدى الدائن المضمون، حتى في الحالة اللاحقة للتقصير، سلطة غير عادية على المانح؛ أو (ج) إذا توصل الدائن المضمون والمانح إلى ترتيب ينال بطريقة غير معقولة من حقوق أطراف ثالثة لها حق في الموجودات المرهونة.

٥٤- وللوقاية من احتمال سلوك الدائن المضمون والمانح سلوكا ينطوي على إساءة استعمال الحق أو على التواطؤ، لا تكتفي بعض الدول بطلب موافقة المانح على القبول من جانب الدائن المضمون بل تشترط أيضا إرسال إشعار إلى الأطراف الثالثة التي لها حقوق في الموجودات المرهونة. ويكون لهذه الأطراف الثالثة، بالتالي، حق الاعتراض على الاتفاق المقترح، ويجوز لها أن تلزم الدائن المضمون بإنفاذ الحق الضماني عن طريق البيع. وإضافة إلى ذلك، تشترط بعض الدول موافقة المحكمة في ظروف معينة، كالحالة التي يكون فيها المانح قد سدّد جانبا كبيرا من الالتزام المضمون وتكون قيمة الموجودات المرهونة أكبر كثيرا من الالتزام غير المسدّد. وأخيرا، تشترط بعض الدول أن يكون على الدائن المضمون الذي يعترف بالقبول، على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون، بالموجودات المرهونة، أن يقدم قبل المضي قدما تقييما رسميا ومستقلا لقيمة الموجودات المرهونة.

٥٥- وما إذا كان ينبغي أن تفرض الدول أي من هذه الشروط أو كلها، لا سيما شرط التدخل القضائي المسبق، هو أمر يتوقف على تقييمها لتكاليف كل شرط من هذه الشروط

وفوائده. وتماشيا مع الهدف العام المتمثل في تعظيم المرونة من أجل الحصول عند الإنفاذ على أكبر قيمة ممكنة للموجودات المرهونة، يوصي هذا الدليل بأن يجوز للدائن المضمون أو للمانح أن يقترح على الآخر أخذ هذه الموجودات على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون (انظر التوصيتين ١٤٨ و ١٥١ في الوثيقة A/CN.9/631). وبالمثل يوصي هذا الدليل، من أجل كفالة فهم جميع الأطراف كامل الآثار المترتبة على هذا الاقتراح، بإرسال إشعار مناسب إلى المانح والأطراف الثالثة يبيّن نية الدائن المضمون أن يقبل بالموجودات على سبيل السداد، وبألا يقتصر هذا الإشعار على بيان الموجودات التي ستؤخذ على سبيل الوفاء، بل أن يبيّن أيضا المبلغ المستحق وقت إرسال الإشعار، والمبلغ المقترح الوفاء به بالقبول من ذلك الالتزام، ومهلة قصيرة نسبيا يعتبر الاقتراح مقبولا عند انقضائها (انظر التوصية ١٤٩ في الوثيقة A/CN.9/631). والافتراض هو أن إلزام الدائن المضمون بأن يبيّن تقييمه الخاص للموجودات المرهونة يمثل آلية لتوفير المعلومات ذات الصلة للأطراف المهتمة أكثر فعالية وأقل تكلفة من آلية النص على إجراء تقييم مستقل. ويفترض أيضا أن المانح أو الأطراف الثالثة سيكونون في وضع يمكنهم من تقييم مدى معقولية اقتراح الدائن المضمون ما أن يصبحوا ملمين بذلك الاقتراح. وهذا هو السبب الذي حدا بهذا الدليل إلى التوصية أيضا بأن يكون للمانح، أو الأطراف الثالثة التي تعترض على الاقتراح، الحق في أن تلزم الدائن المضمون بأن يتخلى عن هذا الملاذ وأن ينتقل عوضا عن ذلك إلى البيع على سبيل التصرف (انظر التوصية ١٥٠ في الوثيقة A/CN.9/631).

(هـ) إدارة المنشأة التجارية وبيعها

٥٦- يكون للدائن المضمون، في العديد من الظروف، حق ضماني ليس فقط في موجودات معينة من موجودات المانح بل في معظم موجودات المنشأة أو في كلها. وفي هذه الحالات، كثيرا ما يمكن الحصول على أعلى قيمة في الإنفاذ إذا بيعت المنشأة كمنشأة عاملة. وللتمكن من القيام بذلك بطريقة ناجعة، يجب عادة أن يكون بوسع الدائنين المضمونين أن يتصرفوا في كل هذه الموجودات، بما في ذلك الممتلكات غير المنقولة. يضاف إلى ذلك أن تشريعات الدول كثيرا ما تنص في حالات كهذه على إجراءات إشعار خاصة لهذا البيع وتنظم بمزيد من الدقة الظروف التي يجوز فيها بيع المنشأة كمنشأة عاملة.

٥٧- ومن ناحية أخرى، لا يكون في مصلحة المانح أو الدائن المضمون، في العديد من الحالات التي يصبح فيها الإنفاذ ضروريا، أن يتصرف على الفور في جميع موجودات المنشأة، سواء بالبيع بحسب الفئة (كالمخزون والمعدات والتراخيص، على سبيل المثال) أم ببيع المنشأة

ككل. ولهذا السبب يسمح العديد من الدول للدائنين المضمونين بتولي حيازة عمليات المنشأة وإدارة المنشأة لفترة معينة بعد التقصير. وكثيرا ما تقضي تشريعات هذه الدول بأن يبيّن إشعار الإنفاذ، بشكل محدد، أنه عندما يتولى الدائن المضمون حيازة الموجودات المرهونة ستكون نيته تصفية المنشأة تدريجيا. وهذا الأمر هام بصورة خاصة للدائنين الآخرين الذين قد لا يعلمون، لولا ذلك، بأنّ التصفية جارية. وتفرض بعض الدول أيضا إجراءات خاصة بشأن تعيين مدير، وبشأن تشغيل المنشأة، وبشأن تنبيه الموردين إلى حقوق الدائن المضمون، وبشأن إعلام الزبائن بأنّ ما يبدو وكأنه بيع في سياق العمل العادي للمنشأة إنما هو في الواقع جزء من عملية إنفاذ.

٥٨- وبعد تصفية المخزون فعليا، ينتقل الدائن المضمون، في العادة، إلى ممارسة سبيل آخر من سبل الانتصاف المتاحة لديه. وفي هذه الحالات، تفرض معظم الدول على الدائن المضمون أن يرسل إشعارا إضافيا إلى المانح وغيره من الأطراف التي لديها حق في الموجودات المتبقية (تكون في معظم الأحيان معدات وإيجارات وتراخيص وبقايا من المخزون) يفيدهم فيه بأنه يزعم ممارسة سبيل آخر من سبل الانتصاف المتاحة لديه (كأن يقبل بالموجودات على سبيل الوفاء، أو أن يبيعها، وهذا الأخير هو الأشيع). وفور إرسال إشعار من هذا القبيل تسري إجراءات الإنفاذ العادية الواجبة التطبيق على هذا الملاذ.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تنظر في إضافة توصية بشأن حق الدائن المضمون في تولى إدارة المنشأة وبيع الموجودات في سياق تصفيته تلك المنشأة.]

(و) الجمع بين سبل الانتصاف

٥٩- يحدث أحيانا أن يضطر الدائن المضمون، لكي يتصرّف تماما في كل الموجودات المرهونة، إلى ممارسة أكثر من سبيل واحد من سبل الانتصاف. ومثلما ذكر آنفا، يحدث ذلك عادة عندما يصفّي الدائن المضمون المنشأة. ولكن ذلك قد يحدث مثلا لأنّ البيع قد يكون أكثر الوسائل فعالية لإنفاذ الحق الضماني في المخزون، أو لأنّ قبول الدائن المضمون للموجودات على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون قد يكون أكثر الوسائل فعالية لإنفاذ الحق الضماني في المعدات. وقد توجد أيضا بين الحين والآخر حالات يعتقد فيها الدائن المضمون أنّ سبيلا واحدا للانتصاف هو الحل الأمثل، ليكتشف بعد ذلك أنّ ثمة سبيلا آخر يأتي بقيمة أعلى عند التصرف. وهذا ما حدا بمعظم الدول إلى النص في تشريعاتها على أن تكون سبل انتصاف الدائن المضمون جمعية (يمكن الجمع بينها). أي أنه يجوز أن يكون لدى الدائن المنفذ خيار انتقاء حق الرجوع الذي يريد ممارسته، وليس ذلك فحسب، بل يجوز له أيضا ممارسة

سبل انتصاف مختلفة إما بالتزامن أو واحدا تلو الآخر. بل قد يجوز له أن يمارس في آن واحد سبل انتصاف قضائية وغير قضائية على السواء. ولن يعجز الدائن المضمون عن الجمع بين سبل الانتصاف إلا إذا كانت ممارسة سبل واحد من هذه السبل (كإعادة احتياز الموجودات المرهونة والتصرف فيها) تجعل من المستحيل ممارسة سبل آخر منها (كقبول الموجودات المرهونة على سبل الوفاء بالالتزام المضمون). وهنا أيضا، يعتمد الدليل سياسة أن تعظيم المرونة في الإنفاذ يحتمل أن يكفل الحصول على أكبر قيمة للموجودات المرهونة، فيوصي بالسماح للدائنين المضمونين بالجمع بين سبل الانتصاف القضائية وغير القضائية المتاحة لهم (انظر التوصية ١٣٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦٠- والغرض من منح الحق الضماني هو تعزيز احتمال حصول الدائن على سداد الالتزام المضمون. والقصد من سبل الانتصاف الإنفاذية المختلفة اللاحقة للتقصير، لا سيما سبل الانتصاف غير القضائية، المتاحة للدائن المضمون، هو تحقيق هذا الهدف. ولا يسمح بعض الدول للدائنين المضمونين بالجمع بين سبل انتصافهم المتعلقة بالموجودات المرهونة وسبل انتصافهم المتعلقة بالالتزامات المضمونة. والافتراض هو أن سبل الانتصاف غير القضائية هذه إنما هي خدمة مقدّمة إلى الدائن المضمون، وأن من الواجب بالتالي إلزام هذا الدائن بأن يختار إما إنفاذ الحق الضماني، أو إقامة دعوى قضائية لإنفاذ الالتزام المضمون. وتسمح دول أخرى للدائن المضمون بالجمع بين سبل انتصافه القضائية وحقه في إنفاذ الالتزام كمسألة من مسائل قانون العقود. وتسمح هذه الدول، فضلا عن ذلك، باتخاذ هذين النوعين من الإجراءات بالتزامن أو واحدا تلو الآخر، أيّا كان ترتيبهما. ومن شأن إلزام الدائن المضمون بأن يختار في بداية الإنفاذ واحدا دون الآخر من هذين النوعين من الإجراءات أن يعقّد عملية الإنفاذ ويزيد من تكلفتها، لأن ذلك يتطلب من الدائن أن يقرّر ما إذا كان من المرجح أن يؤدي اختياره إلى عجز مالي. فإذا توصل إلى ذلك الاستنتاج يكون مجبرا على ألا يقيم دعوى لإنفاذ الالتزام وتأكيد أولويته إلا عند البيع القضائي على سبل الإنفاذ. وهذه العملية أقل سرعة وأكثر تكلفة وتأتي عادة بقيمة أقل في وقت البيع. ولتعظيم قيمة الإنفاذ، يوصي هذا الدليل بالسماح للدائنين المضمونين بالجمع بين إجراءات لإنفاذ الحق الضماني خارج نطاق القضاء وإجراءات لإنفاذ الالتزام المضمون من خلال دعوى قضائية، وذلك دائما رهنا بآلا يكون بوسع الدائن المضمون أن يطالب بأكثر مما هو مستحق له (انظر التوصية ١٣٩ في الوثيقة A/CN.9/631).

٥ - آثار الإنفاذ

(أ) المانح والدائن المضمون والأطراف الثالثة

٦١- بغية جعل نظام الإنفاذ سريعا بقدر الإمكان، تشترع الدول عادة قواعد مفصلة تقرّر أثر الإنفاذ على العلاقة بين المانح والدائن المضمون، وحقوق الأطراف التي قد تشتري الموجودات المرهونة في بيع إنفاذي، وحقوق الدائنين الآخرين في تلقي العائدات المتأتية من بيع الموجودات المرهونة. والهدف الرئيسي من الإجراء الإنفاذي هو بالطبع جني قيمة لصالح الدائن المضمون يمكن استخدامها للوفاء بالالتزام المضمون غير المسدد. وفي أكثر الحالات شيوعا، يحصل الدائن المضمون على هذه القيمة ببيع الموجودات المرهونة وأخذ حصة هذا البيع. وإذا كان هناك فائض فيجب على الدائن المضمون أن يعيد هذا الفائض إلى المانح أو إلى أي شخص آخر له الحق فيه. وفضلا عن ذلك فمثلا ذكر للتو، فيما يتعلق بحالة العجز المالي، تنص تشريعات معظم الدول على أن يحتفظ الدائن المضمون بحق تعاقد عادي في أن يقيم على المانح دعوى بخصوص هذا العجز المالي، وذلك بصفته دائنا غير مضمون. وترد أدناه (في الفقرتين ٦٧ و ٦٨) مناقشة لتفاصيل الطريقة التي يتم بها عادة تخصيص عائدات التوزيع في هذه الحالات.

٦٢- غير أن الدائن المضمون يأخذ أحيانا، على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون، الموجودات المرهونة، مثلما لوحظ آنفا. ولا تعتمد كل الدول قواعد متطابقة لتنظيم آثار حق هذا الملاك بعينه. وعادة ما تجيز الدول للدائن الذي يأخذ الموجودات على سبيل الوفاء أن يحتفظ بها، حتى إذا كانت قيمة هذه الموجودات تفوق مبلغ الالتزام المضمون الذي ما زال مستحقا. أي أنه يجوز للدائن المضمون أن يحتفظ بالفائض، على خلاف حالة البيع. وفي الوقت نفسه، تقضي تشريعات العديد من هذه الدول ألا يكون للدائن المضمون الذي يقبل بالموجودات على سبيل الوفاء بالالتزام أي حق في الرجوع على المانح لسداد العجز المالي، إذ يُعتبر قبوله هذا سدادا كاملا ويُنهى بالتالي الالتزام المضمون. ولكن في المقابل، تجيز دول أخرى للدائنين الذين أخذوا، على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون، موجودات مرهونة، أن يطالبوا المانح بسداد العجز المالي. وفي هذه الحالات، يصبح من الضروري بالطبع تحديد قيمة الموجودات المأخوذة على سبيل الوفاء، لكي يتسنى حساب مبلغ العجز المالي. وتلزم بعض الدول الدائن المضمون بتقديم حساب مستقل لقيمة هذه الموجودات المأخوذة، بينما تكتفي دول أخرى بإلزام الدائن المضمون ببيان القيمة التي ينسبها إلى هذه الموجودات. ومثلما لوحظ، يجوز في أي الحالتين للمانح أو أي دائن آخر إلزام الدائن المضمون ببيع الموجودات عوضا عن ذلك. وللأسباب التي سبق ذكرها (انظر الفقرة ٥٥ أعلاه)، يوصي هذا الدليل

بالسماح للدائنين المضمونين بأن يأخذوا الموجودات على سبيل الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام المضمون، شريطة أن يبينوا القيمة التي ينسبونها إلى هذه الموجودات في الإشعار المرسل إلى المانح والأطراف الثالثة (انظر التوصية ١٤٩ في الوثيقة A/CN.9/631).

(ب) الأطراف الأخرى

٦٣- عندما يقوم دائن مضمون بإنفاذ حقه الضماني عن طريق بيع الموجودات المرهونة، توجد فئوج مختلفة لتحديد آثار هذا البيع على الأطراف الثالثة. ففي بعض الدول، يؤدي البيع (حتى وإن كان بيعاً خارج نطاق القضاء) إلى إنهاء جميع الحقوق الضمانية في الموجودات المرهونة. وفي هذه الحالات يخسر، حتى الدائنون المضمونون المتفوقون في الأولوية على الدائن المضمون المنفذ، حقهم الضماني، ولا يكون لديهم سوى حق ادعائي في العائدات مكافئ في الأولوية. وتحصل الأطراف التي تشتري الموجودات على حق خالص، ويفترض أن تكون على استعداد لدفع ثمن إضافي للحصول على ذلك الحق الخالص. وفي دول أخرى، لا يُسقط البيع من قبل الدائن (سواء البيع الذي يديره موظف قضائي أو البيع الخصوصي من جانب الدائن) سوى الحقوق الأدنى مرتبة من حقوق الدائن المضمون المنفذ، ويحتفظ الدائن المضمون ذو المرتبة الأعلى في الأولوية بحقه الضماني في الموجودات المرهونة. ولا يحصل المشترون في عملية البيع على حق خالص، وبالتالي ينقصون المبلغ الذي يعرضونه مقابل الموجودات الجاري بيعها. والافتراض هنا هو أن الدائن المضمون ذو المرتبة العليا يتولى عادة عملية الإنفاذ (ما يؤدي إلى سقوط جميع الحقوق الضمانية)، أو يقوم دائن مضمون أدنى مرتبة باتخاذ ما يلزم من ترتيبات لتنحية الدائن الأعلى مرتبة عن طريق سداد مستحقاته، بغية الحصول على حق خالص. وفي حين يؤدي أي من هذين النهجين عادة إلى نشوء حق خالص، فإن النهج الثاني يؤدي إلى تعظيم المرونة المتاحة للدائن المنفذ والمشتري للتوصل إلى ترتيب بديل في حالة عدم تمكن المشتري من تمويل التكلفة الكاملة للموجودات المرهونة واستعداده لشرائها بسعر مخفض لأنها خاضعة لحق ضماني أعلى مرتبة. ومن أجل تعظيم المرونة والفعالية في الإنفاذ، يوصي هذا الدليل باعتماد النهج الثاني (انظر التوصية ١٥٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦٤- وفيما يتعلق بالحالات التي يأخذ فيها الدائن المضمون الموجودات المرهونة، على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون، تنص تشريعات الدول عادة على أن يأخذ الدائن المضمون الموجودات كما لو كانت ملكيتها منقولة من خلال بيع إنفاذي. وفي حين أنه يمكن أن تنص تشريعات الدول على أن مفعول القبول على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون هو إنهاء جميع

الحقوق، فإن هذا سيحدد دائما بالدائنين المضمونين المتفوقين في الأولوية على الدائن المضمون المنفذ إلى تولي عملية الإنفاذ. ولذلك تقضي تشريعات معظم الدول بأن تنقرر حقوق الدائنين المضمونين الآخرين وفقا لأولويتهم مقارنة بأولوية الدائن المنفذ. وهكذا، على سبيل المثال، إذا كانت الدولة تسمح للدائن المضمون بأن يأخذ الموجودات المرهونة على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون، فسوف يحتاز ذلك الدائن الموجودات رهنا بحقوق الدائنين المضمونين المتفوقين عليه في الأولوية. والعكس بالعكس، فإذا كان هناك دائنون مضمونون أدنى مرتبة على سبيل الأولوية، فإن حقوقهم تسقط عادة عندما يقبل الموجودات المرهونة دائن مضمون يفوقهم في الأولوية. وللأسباب ذاتها التي تنطبق على سبيل الانتصاف المتمثل في البيع غير القضائي، يوصي هذا الدليل بأن الدائن المضمون الذي يقبل بالموجودات على سبيل الوفاء يأخذها خالية من الحقوق الضمانية الأدنى في الأولوية، ولكن رهنا بحقوق الدائنين المضمونين التي لها أولوية أعلى (انظر التوصية ١٥٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦٥- وكثيرا ما يرغب الدائن المضمون ذو الأولوية الأعلى في تولي عملية إنفاذ يكون قد استهلها دائن آخر (سواء كان ذلك في إطار إجراءات لإنفاذ حكم قضائي أم في إطار إنفاذ يقوم به دائن آخر يمارس حقا ضمانيا). وعادة ما تنص تشريعات الدول على حق تولي عملية الإنفاذ من الدائنين المضمونين القائمين بالإنفاذ في إطار قانون المعاملات المضمونة، ولكن بعض الدول لا تسمح للدائنين المضمونين بالمضي في الإنفاذ غير القضائي بعد أن يقوم دائن محكوم له (سواء أكان دائنا غير مضمون أم دائنا مضمونا قد يكون اتخذ أيضا إجراءات إنفاذ قضائية) بوضع يده على الموجودات المرهونة. وحيثما يُعطى حق تولي الإنفاذ للدائن المضمون في مواجهة الإنفاذ من قبل الدائن المحكوم له، كثيرا ما تلزم الدول الدائن المضمون بأن يمارس حقه هذا في أوانه المناسب (أي قبل بدء المزاو العلني) وأن يسدد للدائن المحكوم له نفقات الإنفاذ التي تكبدها حتى تلك اللحظة. ولتعظيم الكفاءة في إنفاذ الحقوق الضمانية، يوصي هذا الدليل بأن يكون للدائن المضمون الذي يتمتع بأولوية تفوق الأولوية التي يتمتع بها الدائن المضمون المنفذ الحق في تولي الإنفاذ سواء في مواجهة الدائنين المضمونين الآخرين الذين يقومون بالإنفاذ خارج نطاق القضاء أو في مواجهة الدائنين المحكوم لهم (انظر التوصية ١٥٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

(ج) توزيع عائدات التصرف

٦٦- يتمثل أحد المعالم الهامة لقانون المعاملات المضمونة في أنه يعطّل القواعد العادية لتوزيع عائدات التصرف المنطبقة بين الدائنين غير المضمونين المحكوم لهم. فالغرض من الضمان هو،

على أية حال، الحصول على أولوية في توزيع هذه العائدات. فإذا تم إنفاذ الحق الضماني قضائياً أو إذا لم يقيم الدائن المضمون بتولي عملية إنفاذ أقامها دائن محكوم له، تودع العائدات في عهدة سلطة عامة ريثما يجري توزيعها على الأطراف صاحبة الحق فيها. وعندما يقضي النظام بإنهاء الحقوق، يكون أكثر أشكال التوزيع شيوعاً هو دفع تكاليف الإنفاذ المعقولة أولاً ثم سداد الالتزامات المضمونة بحسب ترتيب أولويتها. وتنص تشريعات دول عديدة أيضاً على سداد مطالبات قانونية معينة، بعد تكاليف الإنفاذ ولكن بأولوية على الدائنين المضمونين. وإذا كانت عملية الإنفاذ العادية لا تشتمل على إنهاء الحقوق فلن يتلقى الدائنون المضمونون أي مدفوعات، ولكن سيكون باستطاعتهم تأكيد حقوقهم الضمانية إزاء المشتري.

٦٧- وحيثما يقوم الدائن المضمون بالإنفاذ عن طريق البيع خارج نطاق القضاء، تتيح الدول عادة في قانونها الخاص بالمعاملات المضمونة سلسلة من القواعد المتعلقة بعائدات البيع. وكثيراً ما تكون هناك قواعد خاصة تتناول طريقة حيازة الدائن المضمون هذه العائدات ريثما يجري توزيعها. وعادة ما تحدد هذه القواعد أيضاً ما إذا كان، ومتى يكون، الدائن المضمون مسؤولاً عن توزيع العائدات على بعض الدائنين الآخرين أو جميعهم (كالدائنين المضمونين أصحاب الحقوق الضمانية في الموجودات المرهونة الذين تقل أولويتهم عن أولوية الدائن المضمون المنفذ، أو توزيعها على الدائنين المضمونين المتمتعين بأولوية أعلى وعلى المطالبين المتمتعين بأولوية قانونية إذا كان نظام الإنفاذ ينص على إنهاء الحقوق). وكثيراً ما لا يحتاج الدائن المضمون إلى أخذ هذه الحقوق الأخرى في اعتباره إلا إذا كانت مسجلة أو جعلت بطريقة أخرى نافذة تجاه الأطراف الثالثة، أو إذا كان قد أُشعر بها صراحة (كحالة المطالبات ذات الأولوية القانونية التي لا يلزم تسجيلها). وتنص تشريعات الدول أيضاً دائماً على أن يُحال إلى المانح أي فائض يتبقى من العائدات بعد الوفاء بما يحق لجميع الدائنين من مدفوعات (انظر التوصية ١٥٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦٨- ولا يسدد الالتزام المضمون إلا بقدر العائدات المتأتية من بيع الموجودات المرهونة. وعادة ما يحق للدائن المضمون، بعدئذ، استرداد مبلغ العجز المالي من المانح. وما لم يكن المانح قد أنشأ لصالح الدائن حقاً ضمانياً في موجودات أخرى، يكون الحق الادعائي للدائن في هذا العجز حقاً غير مضمون. وبصرف النظر عما إذا كان هناك عجز أو فائض، تنص تشريعات بعض الدول على أنه عندما يشتري الدائن المضمون الموجودات المرهونة في بيع إنفاذي ثم يبيعها لاحقاً بربح فإن ما يتلقاه من البيع، فوق المبلغ الذي دفعه وتكاليف البيع الإضافي، يعتبر أنه تلقاه على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون. بيد أنه، على وجه العموم، ما لم

يكن بالإمكان إثبات أن البيع الأول كان غير معقول تجارياً، تعتبر الدول أن المبلغ المتأقي هو القيمة النهائية المتلقاة لدى التصرف في الموجودات المرهونة.

(د) انتهاء الحق الضماني

٦٩- تنص قوانين المعاملات المضمونة عادة على انتهاء الحق الضماني عقب الإنفاذ. وهذا يعني أنه، فور حدوث البيع أو القبول على سبيل الوفاء، وفقاً لإجراءات الإنفاذ الواجبة، لا يمكن عادة أن يعاد فتح باب البيع. ويصبح البيع نهائياً ما لم يتسن إثبات وجود احتيال أو سوء نية أو تواطؤ بين البائع والشاري. وعادة ما تكون آثار الإنفاذ على الأطراف الأخرى واحدة في حالة قبول الدائن المضمون بالموجودات المرهونة، كوفاء بالالتزام المضمون، أو بيعها لطرف ثالث يحصل عليها في بيع إنفاذي. وينتهي الحق الضماني في الموجودات المرهونة، كما تنتهي حقوق المانح وحقوق أي دائن مضمون أو شخص آخر تكون لحقوقه في الموجودات أولوية أدنى. وفي الدول التي يؤدي فيها البيع إلى إنهاء كامل للحقوق في الموجودات المرهونة، يحصل المشتري أو الدائن الذي يأخذ الموجودات المرهونة، كوفاء بالالتزام المضمون، على حق خالص. ولكن ينص القانون في أغلب الأحيان على استمرار ما لأشخاص آخرين معينين من حقوق في الموجودات المرهونة (لا سيما الدائنون المضمونون المتفوقون في الأولوية على الدائن المضمون المنفذ) رغم التصرف في الموجودات في الإجراءات الإنفاذي.

باء- ملاحظات تخص موجودات معينة

١- ملاحظات عامة

٧٠- ينبغي بوجه عام أن تنطبق المبادئ الأساسية التي تحكم إنفاذ الحقوق الضمانية التي استعرضت على التوأيا كان نوع الموجودات المرهونة. ومع ذلك، فهي تستهدف بصورة أساسية أنواعاً معينة من الممتلكات الملموسة، كالمخزون والمعدات والسلع الاستهلاكية. ولهذا السبب لا تنطبق هذه القواعد بسهولة على إنفاذ الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة، كالمستحقات وحقوق سداد متنوعة (كحقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي) والعائدات بمقتضى تعهد مستقل، ولا على الحقوق في السداد الناشئة من صكوك قابلة للتداول أو حقوق الحيابة الناشئة من مستند قابل للتداول (للاطلاع على تعاريف هذه المصطلحات، انظر الباب باء المعنون "المصطلحات وقواعد التفسير" في مقدمة الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). ونتيجة لذلك، سنّت دول عديدة قواعد خاصة تنظم الإنفاذ فيما يتعلق بهذه الأنواع من الموجودات المرهونة، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بالحقوق

في السداد. ومن ضمن ما تشمله هذه القواعد أحكام تعطي الدائن المضمون الحق في التحصيل من الشخص الملتزم بمقتضى المستحق أو السند القابل للتداول، وتشترط على ذلك الشخص تسديد أي مبالغ مستحقة عليه إلى الدائن المضمون سدادا مباشرا. وإضافة إلى ذلك، يجب في العديد من هذه الحالات أن يساير قانون المعاملات المضمونة القانون المتخصص والممارسات التجارية التي تحكم الحسابات المصرفية والصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول والتعهدات المستقلة، وأن يعطيها الأسبقية عليه إلى حد ما.

٧١- ومثلما ذكر سابقا فإن المبادئ الأساسية الواردة في الباب ألف من هذا الفصل تستهدف بوجه عام الموجودات المرهونة بوصفها ممتلكات ملموسة تُقتنى وتُستخدم وتُباع كأغراض مستقلة. ومع ذلك، فكثيرا ما تكون الممتلكات الملموسة ملحقة بممتلكات أخرى منقولة أو غير منقولة، أو تكون ممزوجة مع غيرها في كتلة، أو محوطة صناعيا إلى منتجات. وهذه الأنواع من المعاملات تتطلب من الدول تعديل النظام العام ليحكم إنفاذ الحقوق الضمانية المتنافسة في الملحقات والمنتجات المصنوعة. ويصحّ هذا على وجه الخصوص عندما تكون الممتلكات الملموسة ملحقة بممتلكات غير منقولة، أو مفصولة عن ممتلكات غير منقولة. فعلى سبيل المثال، قد تكون هناك نزاعات على الأولوية بين دائنين يقومون بإنفاذ رهن عقاري على أرض ودائنين لديهم حق ضماني في ملحقات تلك الأرض. وتُبحث فيما يلي تبعا أكثر هذه الحالات المختلفة شيوعا وكذلك النهج المختلفة التي يمكن أن تأخذ بها الدول لكفالة إنفاذ الحقوق الضمانية المتنافسة إنفاذا فعالا.

٢- إنفاذ حق ضماني في مستحق

٧٢- عندما يؤخذ حق ضماني في مستحق، تكون الموجودات المرهونة هي حق المانح في الحصول على السداد من المدين بالمستحق (للاطلاع على تعاريف المصطلحات "المستحق" و"الإحالة" و"الحيل" و"الحال إليه" و"المدين بالمستحق"، انظر الباب باء المعنون "المصطلحات وقواعد التفسير" في مقدمة الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). وفي حين أن من الممكن نظريا مطالبة الحال إليه بإنفاذ الإحالة بوضع يده على المستحق وإما بيعه أو الاحتفاظ به على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون، فسيكون هذا أسلوبا مضنيا وغير كفء للحصول على القيمة الاقتصادية للموجودات. وهذا هو السبب في أن معظم الدول التي تميز للدائنين أن يأخذوا ضمانا في المستحقات وغيرها من المطالبات تجعل بوسع الحال إليه تحصيل المدفوعات مباشرة من المدين بالمستحق فور أن يصبح الحيل مقصرا. وهناك شاغلان رئيسيان، أولهما أن الحيل

يعلم أنّ المحال إليه يقوم بالإفاد (إما بعد التقصير، أو، بالاتفاق مع المانح، قبل التقصير)؛ وثانيهما أنّ المدين بالمستحق يعلم أنّ عليه أن يسدد عقب ذلك ما يستحق عليه إلى المحال إليه.

٧٣- ويناقش هذا الدليل، في الفصل الثامن منه، المعنون "حقوق الأطراف والتزاماتها"، العلاقة بين الحيل والمحال إليه والمدين بالمستحق. وتشمل المسائل المتناولة بالمناقشة، على سبيل المثال، حق المحال إليه في إبلاغ المدين بالمستحق بأن يسدد مباشرة إلى المحال إليه عقب تقصير الحيل (انظر التوصيات ١١٠ إلى ١١٣ في الوثيقة A/CN.9/631). وينص الدليل أيضا، في الفصل التاسع منه، المعنون "حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها"، على حماية المدين بالمستحق من الاضطراب إلى السداد مرتين بموجب الإشعار وتعليمة السداد الموجهين من المحال إليه أو الحيل (انظر التوصيات ١١٤ إلى ١٢٠ في الوثيقة A/CN.9/631).

٧٤- ويتخذ العديد من الدول الموقف الذي مفاده أنّ الحق بالإفاد الرئسي للمحال إليه هو تحصيل المستحق وحسب. وعلى افتراض أنّ المحال إليه قد اتبع الخطوات المطلوبة لجعل حقوقه نافذة تجاه المدين بالمستحق فإنه سيحصل المستحق فحسب وسيستخدم حصيلته لخفض التزام الحيل. ومبرر ذلك هو أنّ حقوق الحيل والأطراف الثالثة ستُحمى. محض استخدام المبلغ المحصل استخداما عاديا في خفض الالتزام المضمون. وبما يتسق مع النهج التي تتبعه هذه الدول، يوصي هذا الدليل بعدم ضرورة اتخاذ أي خطوات إضافية لتحقيق الإفاد (انظر التوصية ١٦٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

٧٥- ومع ذلك، قد توجد حالات يكون فيها المحال إليه راغبا في حيازة كلّ القيمة الحالية للمستحق الذي قد يكون موزعا على أقساط تستحق خلال عدة أشهر. وقد يقوم بالتالي، بعد إشعار المدين بالمستحق بأنه سيحصل الحساب، ببيع المستحق أو إحالته إلى شخص ثالث. ولحماية حقوق الحيل في هذه الحالات، تنص تشريعات دول عديدة على عدم جواز احتفاظ المحال إليه بأي زيادة، وهو موقف يعتمد هذا الدليل ليس فقط فيما يتعلق بهذه التصرفات في المستحقات بل أيضا فيما يتعلق بالتحصيل العادي للمستحقات (انظر الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ١١٣ في الوثيقة A/CN.9/631). وإضافة إلى ذلك، يجب أن يعمل المحال إليه بطريقة معقولة تجاريا لدى التصرف في المستحق (انظر التوصية ١٢٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

٧٦- وفي بعض الحالات، سيكون المستحق نفسه مضمونا بحق آخر ما من الحقوق الشخصية أو حقوق الملكية (كالضمان الشخصي من طرف ثالث أو الحق الضماني في ممتلكات منقولة مملوكة للمدين بالمستحق، على سبيل المثال). وتنص تشريعات العديد من

الدول على أن للمحال إليه حقا تلقائيا في إنفاذ هذه الحقوق الأخرى إذا قصر المدين بالمستحق في سداد المستحق عند استحقاق سداد. وهذه نتيجة عادية للحق الضماني (الفرع يتبع الأصل) ويعتمد هذا الدليل توصية مماثلة بشأن ضمانات التزام الأطراف الثالثة المدينة بالسداد (انظر التوصية ١٦٤ في الوثيقة A/CN.9/631). وتنطبق هذه القاعدة أيضا على العائدات بمقتضى تعهد مستقل (انظر الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ٢٦، والتوصيات ٤٩ و ١٠٥ و ١٢٤ و ١٦٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣- الإنفاذ في حالة الإحالة التامة للمستحق

٧٧- ينطبق هذا الدليل على الإحالات التامة للمستحقات مثلما ينطبق على الحقوق الضمانية في المستحقات (انظر التوصية ٣ في الوثيقة A/CN.9/631). بيد أنه، في الإحالة التامة، يكون المحيل قد أحال بوجه عام كل حقوقه في المستحق. وعليه لا يكون للمحيل أي حق مستمر في المستحق ولا مصلحة في تسهيل المستحق (تحصيله عادة). وبناء عليه، لا ينطبق هذا الفصل المتعلق بالإنفاذ على الإحالة التامة إلا عندما يكون للمحال إليه حق رجوع ما على المحيل لعدم تحصيل المستحقات. أي أن المحيل لن يهتم بوسيلة تحصيل المستحقات أو التصرف فيها بخلاف ذلك ما لم يصبح مسؤولا في نهاية المطاف تجاه المحال إليه (انظر التوصية ١٦٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

٧٨- وحق الرجوع على المحيل لعدم تحصيل المستحقات التي كانت موضع إحالة تامة ينشأ عادة عندما يكون المحيل قد كفل سداد المدين بالمستحقات بعض قيمة هذه المستحقات أو كل قيمتها. وقد ينشأ حق الرجوع أيضا من ترتيبات أخرى معادلة وظيفيا، كأن (أ) يوافق المحيل على إعادة شراء المستحق المباع إلى المحال إليه إذا تخلف المدين بالمستحق عن السداد؛ أو (ب) لا يوافق المحيل سوى على سداد أي عجز ينشأ بين سعر الشراء في بيع المستحقات بالجملة والتحصيلات الفعلية لتلك المستحقات.

٧٩- ولا يشير حق الرجوع على المحيل لعدم التحصيل، وفقا لاستخدامه هنا، سوى إلى عدم التحصيل بسبب تخلف المدين بالمستحق عن السداد لأسباب ائتمانية (كعجزه المالي عن السداد). وبناء عليه، لا يُعدّ من باب عدم التحصيل تخلف المدين بالمستحق عن دفع ثمن ممتلكات ملموسة أو خدمات بسبب رداءة نوعيتها أو عدم امتثال المحيل للمواصفات التي حددها لهذه الممتلكات أو الخدمات. ولكن إذا كان عدم السداد عائدا إلى أسباب ائتمانية، فتنطبق عندئذ القواعد العادية لتحصيل المستحقات وإنفاذ الضمان (انظر التوصيتين ١٦٣ و ١٦٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

٤ - إنفاذ الحق الضماني في صك قابل للتداول

٨٠ - من الممكن في العديد من الدول الحصول على حق ضماني في مستحق قابل للتداول (للاطلاع على تعريف "الصك القابل للتداول"، انظر الباب باء المعنون "المصطلحات وقواعد التفسير"، في مقدمة الوثيقة A/CN.9/631/Add.1) سواء بالاحتياز أو باتباع خطوات أخرى لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصيتين ٣٣ و ٣٨ في الوثيقة A/CN.9/631). وبصفة عامة، حتى في حالة وجود حق ضماني في الصك، تعطي الدول الأسبقية للقانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول في تقرير حقوق الأشخاص الملزمين. بمقتضى الصك القابل للتداول وغيرهم من الأشخاص الذين يطالبون بحقوق في الصك القابل للتداول (انظر التوصية ١٢١ في الوثيقة A/CN.9/631). ويمكن أن تشمل هذه الحقوق، على سبيل المثال: (أ) حق الشخص الملزم بموجب الصك القابل للتداول في رفض السداد لأي شخص غير حامل ذلك الصك أو شخص آخر يحق له إنفاذ الصك. بموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول؛ و(ب) حق الشخص الملزم بمقتضى الصك في إثارة دفع معيّنة تجاه ذلك الالتزام.

٨١ - وعندما يؤخذ ضمان في صك قابل للتداول يصبح الدائنون المضمونون حائزين لهذا الصك أو متحكمين فيه. وعند تقصير المانع، يسمح العديد من الدول للدائن المضمون بتحصيل حقه الضماني في الصك أو إنفاذه بوسيلة أخرى. وقد يشمل ذلك، على سبيل المثال، إبرازه للسداد، أو حتى بيعه لطرف ثالث واستخدام العائدات لسداد التزام المانع إذا حدث تقصير قبل موعد الاستحقاق. ومبرر ذلك هو أن قابلية الصك للتداول تتضرر إذا اضطرت الدائن المضمون إلى القيام بالإجراءات اللازمة لممارسته إما حق الرجوع المتمثل في البيع أو أخذ الصك كوفاء بالالتزام المضمون. وتماشيا مع هذه الممارسات، لا يوصي هذا الدليل بفرض أي إجراءات أخرى لاحقة للتقصير على الدائنين المضمونين المنفذين (انظر التوصية ١٦٥ في الوثيقة A/CN.9/631).

٨٢ - ومثلما هو الحال مع المستحقات، يمكن أن يكون الصك القابل للتداول مضمونا في حد ذاته بحق آخر من الحقوق الشخصية أو حقوق الملكية (مثلا ضمان شخصي من طرف ثالث أو حق ضماني في ممتلكات منقولة مملوكة للمدين بالمستحق). وتنص تشريعات العديد من الدول على أن للدائن المضمون حقا تلقائيا في إنفاذ هذه الحقوق الأخرى في حال امتناع الشخص الملزم بمقتضى الصك القابل للتداول عن السداد عند إبراز الصك. ويوصي هذا الدليل باتباع هذا النهج إزاء إنفاذ الضمانات المتعلقة بسداد الصك القابل للتداول (انظر التوصية ١٦٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٥ - إنفاذ الحق الضماني في حق الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي

٨٣- تتوخى تشريعات العديد من الدول إمكانية إنشاء حق ضماني في حق الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي (للاطلاع على تعريف هذا المصطلح وغيره من المصطلحات ذات الصلة، انظر الباب باء المعنون "المصطلحات وقواعد التفسير" في مقدمة الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). ففي اتفاق الحساب المصرفي، يعتبر المصرف عادة مدينا للمودع وملزما بأن يدفع له عند الطلب كل المبلغ المودع أو جزءاً منه. ولأن قانون الأعمال المصرفية مرتبط ارتباطاً وثيقاً بممارسات تجارية هامة في الدول، يوصي هذا الدليل بإعطاء الأسبقية لقانون الأعمال المصرفية، كما ينص على ضمانات إضافية للمصارف التي يكون المودعون لديها قد مُنحوا حقوقاً ضمانية في حقوقهم في الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي (انظر التوصيات ٣٣ و ٥٠ و ١٠١ و ١٠٢ و ١٢٢ و ١٢٣ في الوثيقة A/CN.9/631). وعلى سبيل المثال، حتى إذا كان المودع قد أبرم اتفاقاً ضمانياً مع دائن، فإن المصرف الوديع: (أ) تكون له نفس الحقوق والالتزامات في علاقته مع المودع؛ (ب) وتكون له نفس الحقوق في المقاصة؛ (ج) ولا يكون ملزماً بالدفع لأي شخص عدا الشخص المسيطر على الحساب؛ (د) ولا يكون ملزماً بالاستجابة لأي طلبات للحصول على معلومات (انظر التوصيتين ١٢٢ و ١٢٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

٨٤- وتنص تشريعات العديد من الدول على أنه، إذا كانت الموجودات المرهونة هي حق في الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي، فيجوز للدائن المضمون أن يحصل هذه الأموال أو أن يُنفذ بطريقة أخرى حقه في الحصول على سدادها بعد التقصير، أو حتى قبله إذا اتفق على ذلك مع المانح. ويحدث الإنفاذ عادة بأن يقدم الدائن المضمون طلباً إلى المصرف بأن يحيل الأموال إلى حسابه، أو أن يحصل بوسيلة أخرى المبالغ المودعة في الحساب. ومبرر هذه القاعدة هو أن الموجودات المرهونة هي الحق في الحصول على سداد الأموال المودعة في الحساب المصرفي وأن إلزام الدائن المضمون بأن ينفذ بتولي الحيازة واتباع الخطوات المنطبقة على بيع الموجودات المرهونة أو بأخذ تلك الموجودات على سبيل الوفاء بالالتزام المضمون سيكون أمراً لا يتسم بالكفاءة. وتماشياً مع هدف تعزيز المرونة والكفاءة في الإنفاذ، يوصي هذا الدليل بالسماح للدائنين الذين يقومون بإنفاذ حق ضماني في حق الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي أن يفعلوا ذلك بتحصيل الأموال المودعة في ذلك الحساب (انظر التوصية ١٦٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

٨٥- وتشترط الدول في بعض الأحيان على الدائن المضمون أن يحصل على أمر قضائي قبل إنفاذ الحق الضماني في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي.

وهذا الاشتراط مفهوم في الحالات التي يكون فيها الدائن المضمون قد حصل على النفاذ تجاه الأطراف الثالثة من خلال التسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام. ولكن إذا كان المصرف على علم بوجود الحق الضماني بسبب دخول المصرف في اتفاق سيطرة مع الدائن المضمون فسيكون اشتراط الأمر القضائي إجراء شكلياً لا داعي له. ولهذا السبب يوصي هذا الدليل بأنه في حال الدخول في اتفاق سيطرة لا يلزم الحصول على أمر قضائي لكي يبدأ الدائن المضمون في الإنفاذ (انظر التوصية ١٦٨ في الوثيقة A/CN.9/631). والعكس بالعكس، ففي حال عدم الدخول في اتفاق من هذا القبيل، يوصي هذا الدليل باشتراط الحصول على أمر قضائي، ما لم يوافق المصرف موافقة محددة على قيام الدائن المضمون بالتحصيل (انظر التوصية ١٦٩ في الوثيقة A/CN.9/631).

٨٦- وفي العديد من الحالات، يكون الدائن المضمون هو في الواقع المصرف الوديع ذاته. وهنا لا يعود هناك لزوم لعملية الإنفاذ الرسمية المنطوية على القيام بفعل محدد لتحصيل الأموال واحتيازها لسداد الالتزام المضمون. فلدى التقصير، يقوم المصرف الوديع، في العادة، متصرفاً بوصفه دائناً مضموناً، بتنفيذ حقه في المقاصة، فيستخدم الأموال الموجودة في الحساب استخدماً مباشراً لسداد الالتزام المضمون محلّ التقصير. وتماشياً مع هذه الممارسة، يوصي هذا الدليل بالأثر يتأثر إنفاذ حقوق المصرف الوديع في المقاصة بأي حقوق ضمانية قد تكون لدى المصرف في حق الحصول على سداد الأموال المودعة في ذلك الحساب (انظر التوصية ٢٧ والفقرة الفرعية (ب) من التوصية ١٢٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦- إنفاذ الحق الضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل

٨٧- تسمح بعض الدول اليوم للأشخاص الذين لديهم حق المطالبة بالسداد ("السحب") بمقتضى تعهد مستقل بأن يمنحوا ضماناً في عائدات ذلك الحق (للاطلاع على تعريف هذا المصطلح وغيره من المصطلحات ذات الصلة، انظر الباب باء المعنون "المصطلحات وقواعد التفسير" في مقدمة الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). ويوصي هذا الدليل بجواز إنشاء حق ضماني في هذه العائدات، رهناً بمجموعة من القواعد التي تحكم الالتزامات بين الكفيل/المصدر، أو المثبت، أو الشخص المسمى والدائن المضمون (انظر التوصيات ٢٦ و ٢٨ و ٤٩ و ٥١ في الوثيقة A/CN.9/631). ولأن القانون والممارسات التجارية اللذين يحكمان التعهدات المستقلة متخصصان إلى حد بعيد، يوصي هذا الدليل باعتماد عدد من القواعد التي يقصد بها أن تكون انعكاساً للقانون والممارسة القائمين (انظر التوصيات ١٢٤-١٢٦ في الوثيقة A/CN.9/631). وبالتالي، عندما ينشأ الحق الضماني تلقائياً، على سبيل المثال، لا ينبغي

أن يكون من الضروري أن يقوم المانح بعملية إحالة مستقلة لكي ينفذ الدائن المضمون حقا ضمانيا في حق الحصول على العائدات بمقتضى تعهد مستقل.

٨٨- والممارسة العامة التي تتبعها الدول هي السماح للدائن المضمون الذي يكون حقه الضماني هو حق في العائدات بمقتضى تعهد مستقل بأن يحصل هذه العائدات أو ينفذ بطريقة أخرى حقه في الحصول على سدادها بعد التقصير، أو حتى قبله في حال الاتفاق على ذلك مع المانح. غير أن الإنفاذ لا يسمح للدائن المضمون بأن يطالب بالسداد من الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى (انظر التوصية ٢٨ في الوثيقة A/CN.9/631). بل إن الإنفاذ يحدث عادة عندما يقوم الدائن المضمون بإبلاغ الكفيل/المصدر أو المثبت أو شخصا آخر مسمى بأن من حقه أن تُسدّد له أي عائدات كانت تستحق لولا ذلك للمانح. والأساس المنطقي لهذا النهج هو أن الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص الآخر المسمى لا يمكن أن يكون ملزما تجاه أي شخص سوى المستفيد، ولا يجوز إلا للمستفيد أن يطلب سداد التعهد المستقل. ويتبع هذا الدليل الممارسة المتصلة بالتعهد المستقل، ويوصي بقصر إنفاذ الحق الضماني على تحصيل العائدات بعد أن تكون قد سُدّدت (انظر التوصية ١٧٠ في الوثيقة A/CN.9/631).

٧- إنفاذ الحق الضماني في مستند قابل للتداول

٨٩- يميز العديد من الدول للمانحين أن ينشئوا ضمانا في مستند قابل للتداول (للاطلاع على تعريف هذا المصطلح وغيره من المصطلحات ذات الصلة، انظر الباب باء المعنون "المصطلحات وقواعد التفسير" في مقدمة الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). ويوصي هذا الدليل بممارسة مماثلة (انظر الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٢، والتوصية ٢٩، في الوثيقة A/CN.9/631). والمستند القابل للتداول نفسه يمثل الممتلكات الملموسة المبيّنة فيه، ويسمح لحامله بالمطالبة بتلك الممتلكات من مُصدر المستند. وينفّذ الدائنون المضمونون حقهم الضماني عادة بتقديم المستند إلى المصدر ومطالبته بالممتلكات. ولكن قد تنطبق قواعد خاصة لحفظ حقوق أشخاص معينين بموجب القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول، ويعطي هذا الدليل الأسبقية لهذه القواعد الخاصة (انظر التوصية ١٢٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

٩٠- ومع ذلك، يحدث الإنفاذ بين المانح والدائن المضمون عندما يقدم الدائن المضمون المستند إلى المصدر. وعند هذه النقطة، سيكون الدائن المضمون حائزا للممتلكات الملموسة، ويكون إنفاذ الحق الضماني عندئذ خاضعا للمبادئ العادية الموصى بها لإنفاذ الحق الضماني في المستندات القابلة للتداول أو في البضائع المشمولة بها (انظر التوصية ١٧١ في الوثيقة

(A/CN.9/631). وتبعاً للاتفاق بين الطرفين، يجوز للدائن المضمون أن يتصرف في المستند عند التقصير، أو قبله بإذن من المانح. ويجب أن يتم ذلك بأسلوب معقول تجارياً وأن يستخدم الثمن الذي يتم الحصول عليه من بيع المستند في سداد الالتزام المضمون.

٨- إنفاذ الحق الضماني في العائدات

٩١- في السياق المعتاد لعمل المنشأة، يراد للممتلكات الملموسة، كالمخزون، أن تباع. وعلى أي حال، إذا باع المانح الموجودات المرهونة (لا سيما بإذن من الدائن المضمون، وفي هذه الحالة لا يستمر الحق الضماني في الموجودات المرهونة؛ انظر الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٨٦ في الوثيقة (A/CN.9/631)، تأخذ عائدات هذا البيع مكان الموجودات المرهونة (للاطلاع على تعريف "العائدات"، انظر الباب باء المعنون "المصطلحات وقواعد التفسير" في مقدمة الوثيقة (A/CN.9/631/Add.1). وتبعاً لذلك، تنص تشريعات العديد من الدول على أن الحق الضماني في الممتلكات الملموسة ينتقل تلقائياً إلى عائدات التصرف فيها. أمّا الدول الأخرى، فلا تنص تشريعاتها على ذلك، أو تقضي بأن يبين الاتفاق الضماني صراحة العائدات التي ستكون مشمولة بالضمان. ويوصي هذا الدليل بأن يكون للدائنين المضمونين الحق في المطالبة بحقوقهم الضماني في عائدات الموجودات المرهونة وعائدات العائدات (انظر التوصيتين ٤٠ و ٤١ في الوثيقة (A/CN.9/631). وإضافة إلى ذلك، وعلى خلاف تشريعات العديد من الدول التي تقصر مفهوم العائدات على الممتلكات البديلة (replacement property)، يعتبر هذا الدليل أن العائدات تشمل أي شيء يُستلم بفضل الموجودات المرهونة، وأي ثمار وإيرادات تدرّها، والزيادة الطبيعية في الحيوانات أو الزرع.

٩٢- وعادة لا تشترع الدول قواعد مستقلة لتنظيم إنفاذ الحقوق الضمانية في العائدات. أي أن الإنفاذ في العائدات يتبع أي نوع من العمليات يكون لازماً لإنفاذ الحق الضماني على ذلك النوع من الموجودات (كالممتلكات الملموسة، والمستحقات، والسندات القابلة للتداول، وحقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في حساب مصرفي، وما إلى ذلك). وسينشأ الكثير من البلبلة إذا كان بوسع الدائنين المضمونين إنفاذ الحقوق الضمانية في العائدات وفقاً للقواعد التي تحكم الإنفاذ في الموجودات المرهونة في البداية في حين يتعيّن على الدائنين الآخرين الساعين إلى إنفاذ حقوق ضمانية على تلك العائدات بوصفها موجودات مرهونة في البداية أن يتبعوا قواعد تنطبق على ذلك النوع من الموجودات تحديداً. ويوصي هذا الدليل ضمناً بأن تنطبق قواعد الإنفاذ العامة على إنفاذ الحقوق الضمانية في العائدات أيضاً، ما لم تكن هذه العائدات

مستحقات أو موجودات أخرى محددة كذلك المذكورة في الفقرات السابقة. وفي هذه الحالة، تنطبق توصيات الإنفاذ المستعرضة على التو الخاصة بالموجودات تحديدا.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تنظر في إضافة توصية تتناول تحديدا الإنفاذ في العائدات وتذكر صراحة أنه عندما تكون الإيرادات من فئة خاصة من الموجودات (كالمستحقات) فينبغي أن يتبع الإنفاذ القواعد الواجبة التطبيق على تلك الفئة من الموجودات.]

٩- إنفاذ الحق الضماني في ملحق بممتلكات منقولة أو في كتلة أو منتج

٩٣- يكون مصير العديد من أنواع الممتلكات الملموسة التي ينشأ فيها حق ضماني إما إلحاقها بممتلكات ملموسة أخرى أو تحويلها صناعيا إلى منتج أو مزجها مع ممتلكات ملموسة أخرى. وتعالج تشريعات العديد من الدول الحقوق الضمانية في هذه الحالات بقواعد تقرر ما إذا كانت ملكية الملحق أو المنتج المصنوع أو الممتلكات المزوجة قد انتقلت إلى طرف ثالث. ويوصي هذا الدليل بأن الحقوق الضمانية النافذة تجاه الأطراف الثالثة عموما ينبغي أن تستمر في الممتلكات التي أصبحت ملحقة بممتلكات أخرى والممتلكات التي حوّلت إلى منتجات مصنّعة والممتلكات المزوجة (انظر الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ٣٥، والتوصيات ٤٠-٤٥، في الوثيقة A/CN.9/631). وعندما تجيز الدول استمرار نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في بنود الممتلكات الملموسة التي تكون هي ملحقات أو منتجات مصنّعة أو ممتلكات مزوجة فإنها عادة ما تطبق القواعد العامة أيضا على الإنفاذ على هذا النوع من الممتلكات (كمحركات السيارات، والمنتجات المصنوعة من الألياف الزجاجية، والمخزون المزوج من الملابس، والحبوب في صومعة، والزيت في صهريج، على سبيل المثال). والافتراض هو أنه ستنشأ بلبلة لا داعي لها إذا اشترع نظام للإنفاذ غير النظام المنطبق بوجه عام. ويعتمد الدليل ضمنا قاعدة مماثلة بشأن الإنفاذ على ما يكون نافذا تجاه الأطراف الثالثة من حقوق ضمانية في الملحقات.

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تنظر في إضافة توصية تتناول تحديدا إنفاذ الحقوق الضمانية في الملحقات.]

٩٤- وفي حالات الإلحاق والتحويل الصناعي والمزج، عادة ما يكون لأكثر من دائن مضمون واحد حقوق ضمانية في الممتلكات. وإذا كان من السهل فصل الموجودات المرهونة فينبغي أن يكون باستطاعة الدائن المضمون الذي لديه حق ضماني قابل للإنفاذ على جزء

فقط من هذه الممتلكات أن يفصل الجزء الذي لديه فيه حق ضماني وأن يتصرف في ذلك الجزء، على أن يفعل ذلك بطريقة معقولة تجارياً. أما إذا لم يكن من السهل فصل الموجودات المرهونة، فقد يتعيّن بيع الموجودات برمتها، ويتحدد عندئذ بالتوصيات المتعلقة بالأولوية ما قد يكون للدائنين المضمونين المتنافسين من حقوق في الممتلكات التي يكون هذا الملحق ملحقا بها (انظر التوصية ٩٥ في الوثيقة A/CN.9/631). وبالمثل، إذا لم يكن من السهل عزل حصة نسبية من موجودات ممزوجة من أجل بيع هذه الحصة على حدة، فقد يتعيّن بيع كل الكتلة أو المنتج، ويتحدد عندئذ بالتوصيات المتعلقة بالأولوية ما قد يكون للدائنين المضمونين المتنافسين من حقوق في الأجزاء الأخرى من الممتلكات الممزوجة (انظر التوصيات ٩٦-٩٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تنظر في إضافة توصية تتناول تحديداً كيفية إنفاذ الحقوق الضمانية في الملحقات والممتلكات الممزوجة تبعاً لإمكانية الفصل بينها.]

١٠ - التداخل بين نظم الإنفاذ على الممتلكات المنقولة ونظم الإنفاذ على الممتلكات غير المنقولة

٩٥ - كثيراً ما يتغيّر بمرور الوقت توصيف الممتلكات الملموسة على أنها منقولة، أو غير منقولة عندما تتحول الممتلكات المنقولة إلى ممتلكات غير منقولة. فعلى سبيل المثال، قد تصبح مواد البناء مدمجة تماماً في مبنى أو قد تزرع الشجيرات والأشجار والبذور ويستخدم السماد في التربة فتتحول بذلك إلى ممتلكات غير منقولة. وقد تكون الممتلكات المنقولة ملحقات في بعض الأحيان وغير مدمجة بصورة كاملة في الممتلكات غير المنقولة (كالمصعد، أو الفرن، أو الخزانة المنضدية الملحقة، أو خزانة العرض الزجاجية الملحقة، على سبيل المثال). وفي كل هذه الحالات، قد يكون الحق الضماني في الممتلكات المنقولة قد جعل نافذاً تجاه الأطراف الثالثة قبل الإلحاق بالممتلكات غير المنقولة أو الإدماج فيها. وقد تنشأ أيضاً الحالة العكسية. فقد يسعى الدائن إلى الحصول على حق ضماني في ممتلكات هي غير منقولة في الوقت الراهن، ولكن من المقرر لها أن تصبح منقولة (كالخاويل، ومنتجات المناجم والمحاجر، والمنتجات الهيدروكربونية).

٩٦ - وقد سنّت الدول قواعد عديدة مختلفة لتنظيم هذه الفرضيات المختلفة. وأحد الشواغل الرئيسية هو إقرار حقوق الدائنين الذين يسعون إلى إنفاذ الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة حيثما يوجد إمكان أن تتداخل نظم الإنفاذ على الممتلكات غير المنقولة مع نظم الإنفاذ على الممتلكات المنقولة. وغالباً ما تعتمد نظم الإنفاذ هذه على التوصيف المعطى للممتلكات المعنية. وهكذا، على سبيل المثال، تجيز دول عديدة إنشاء الحق الضماني

موجب قوانين المعاملات المضمونة (المنطبقة على الممتلكات المنقولة) في الممتلكات المنقولة المقرر لها، وإن كانت جزءاً من ممتلكات غير منقولة، أن تصبح منقولة، ولكن تلك الدول ترجئ النفاذ إلى أن يتم الفصل. فلا يمكن إنفاذ الحق الضماني حتى تصبح الممتلكات منقولة، ولا يمكن إنفاذ رهن ممتلكات غير منقولة على ممتلكات أصبحت منقولة. وبينما لا يقدم هذا الدليل أي توصية محددة بشأن هذه المسألة، لأن نظام الإنفاذ يفترض مسبقاً أن الممتلكات الملموسة توجد في شكل ممتلكات منقولة مستقلة، فهذه النتيجة تتبع ضمناً.

٩٧- وتنشأ مسائل إنفاذية أكثر صعوبة عندما تكون الممتلكات الملموسة ملحقة بممتلكات غير منقولة أو مدججة فيها. ويميز العديد من الدول بين مواد البناء، والممتلكات الأخرى التي تفقد هويتها عندما تدمج في ممتلكات غير منقولة (كالأسمدة)، والبذور، والملحقات التي تحتفظ بهويتها كممتلكات منقولة. وتنص تشريعات بعض الدول على أن الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة التي تفقد هويتها لا يمكن الحفاظ عليها ما لم تُجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة، أما الحقوق الضمانية في الملحقات التي تكون قد جُعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل الإلحاق فتحفظ بنفاذها دون تسجيل آخر. وفي هذه الدول، يخضع الإنفاذ في النوع الأول من الممتلكات دائماً للقواعد المتعلقة بالإنفاذ في الممتلكات غير المنقولة. وفيما يتعلق بالممتلكات المنقولة التي تصبح ملحقات، تسنّ هذه الدول عادة قواعد خاصة تنظّم ليس فقط حفظ حقوق الدائن المضمون بل أيضاً حفظ حقوق الدائنين الذين لهم حقوق في الممتلكات غير المنقولة.

٩٨- وتتبع التوصيات الواردة في هذا الدليل النمط العام الذي اعتمده العديد من الدول لحسم النزاعات بين الدائنين ذوي الحقوق المتنافسة في الملحقات. فعندما تفقد الممتلكات الملموسة هويتها باندماجها في ممتلكات غير منقولة، يسقط أي حق ضماني في الممتلكات المنقولة. ولكن عندما تصبح الممتلكات المنقولة ملحقات، يستمر الحق الضماني ويحتفظ تلقائياً بنفاذه تجاه الأطراف الثالثة. ويمكن للدائن المضمون أن يكفل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أيضاً بتسجيل الحق الضماني في سجل الممتلكات غير المنقولة (انظر التوصيات ٣٥ و ٤٢ و ٤٣ في الوثيقة A/CN.9/631). ومن ثم تتوقف حقوق الدائن المضمون الإنفاذية في الملحق، وإزاء الدائنين المضمونين الذين قد تكون لهم حقوق ضمانية في الممتلكات غير المنقولة، على الأولوية النسبية للحقوق المتنافسة (انظر التوصيتين ٩٣ و ٩٤ في الوثيقة A/CN.9/631). وإذا كانت الأولوية للدائن المضمون ذي الحق في الملحق، فيجوز له فصل هذه الممتلكات وإنفاذ حقه الضماني بوصفه حقا ضمانيا في ممتلكات منقولة، رهنا بحق الدائن المضمون أو طرف آخر ذي مصلحة يدفع قيمة الملحق. ولكن إذا كان فصل الملحق

بممتلكات غير منقولة (كفصل مصعد عن مبنى) يُلحق ضرراً بالمبنى (ليس بخفض قيمته)، فيكون على الدائن المضمون المنفذ أن يعوّض الأشخاص الذين لهم حقوق في الممتلكات غير المنقولة. وإذا كانت الأولوية لدائن آخر له حق ضماني في الممتلكات غير المنقولة، لا يكون باستطاعة الدائن المضمون إنفاذ حقوقه إلا بموجب النظام الذي يحكم الحقوق الضمانية في الممتلكات غير المنقولة، شريطة أن يكون قد احتفظ بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة (انظر الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ١٦١، والتوصية ١٧٢، في الوثيقة A/CN.9/631).

٩٩ - ويزداد إنفاذ الحقوق الضمانية في الملحقات بالممتلكات غير المنقولة تعقداً عندما يكون الدائن المضمون قد أخذ رهناً في الممتلكات غير المنقولة وحققاً ضمانيًا في الممتلكات المنقولة التي أصبحت ملحقة بالممتلكات غير المنقولة. ويتيح معظم الدول للدائن في هذه الحالات إنفاذ الضمان بطرائق شتى. فيجوز للدائن إنفاذ الحق الضماني في الملحق وإنفاذ الرهن على بقية الممتلكات غير المنقولة. ويجوز للدائن المضمون، بدلاً من ذلك، إنفاذ الرهن على الممتلكات المرهونة برمتها، مما فيها الملحق. ويتعين في الحالة الأولى أن تكون للدائن المضمون أولوية على جميع الحقوق في الممتلكات غير المنقولة (انظر التوصية ١٧٢ في الوثيقة A/CN.9/631). أما في الحالة الثانية فتتقرر حقوق الدائن بموجب نظام الأولوية الذي يحكم الممتلكات غير المنقولة (انظر الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ١٦١ في الوثيقة A/CN.9/631).

جيم - التوصيات

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أن توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة لم تستنسخ هنا، لأنّ الوثيقة A/CN.9/631 تتضمن مجموعة موحدة منها. ولكن بعد أن توضع التوصيات في صيغتها النهائية فسوف تستنسخ في نهاية كل فصل.]