الأمم المتحدة

A/CN.9/637/Add.2

الجمعية العامة

Distr.: General
24 September 2007
Arabic
Original: English

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

المصالح الضمانية

مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة

مذكّرة من الأمانة

إضافة

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
ثامنا- حقوق الأطراف والتزاماتها	١-٨٠	٣
ألف- ملاحظات عامة	١-٦٨	٣
١- مقدمة	١-٧	٣
٢- حرية الأطراف	٨-١٥	٥
(أ) عموما	٨-١٣	٥
(ب) مصدر حقوق الأطراف والتزاماتهم	١٤-١٥	٧
٣- القواعد الإلزامية السابقة للتقصير	١٦-٣٩	٧
(أ) عموما	١٦-٢٣	٧
(ب) واجب الحفاظ على الموجودات المرهونة	٢٤-٣١	١٠
(ج) واجب الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة	٣٢-٣٤	١٢

131107 V.07-87004 (A)

	الفقرات	الصفحة
(د) واجب إعادة الموجودات المرهونة وإنهاء إشعار مسجل	٣٥-٣٩	١٣
٤- القواعد غير الإلزامية السابقة للتقصير	٤٠-٤٦	١٥
٥- قواعد نمطية غر إلزامية سابقة للتقصير.....	٤٧-٦٨	١٧
(أ) عموما	٤٧-٤٩	١٧
(ب) القواعد غير الإلزامية عندما يكون الدائن المضمون هو الحائز	٥٠-٥٨	١٨
(ج) القواعد غير الإلزامية عندما يكون المانح هو الحائز.....	٥٩-٦٥	٢١
(د) القواعد غير الإلزامية بصرف النظر عن الطرف الحائز	٦٦-٦٨	٢٣
باء- تعليقات تخص الموجودات تحديدا	٦٩-٨٠	٢٤
جيم- التوصيات.....		٢٨

ثامنا- حقوق الأطراف والتزاماتها

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

١- كما هو الحال في أي اتفاق آخر، تخضع المسائل مثل تكوين اتفاق ضماني وتفسيره وآثاره والإخلال به وإبطاله لقانون العقود العام. وعلاوة على ذلك، فإن الاتفاق الضماني من حيث إنه يحدد التفاوض بين المانح والمدين المضمون، يخضع عادة لقواعد خاصة تنظم الاتفاقات الضمانية. وهذا يعني عادة، بوجه خاص، أن الاتفاق الضماني يكون نافذ المفعول بين الأطراف حتى وإن لم يكن نافذا تجاه أطراف ثالثة.

٢- ويختلف المضمون الموضوعي لاتفاق ضماني بحسب احتياجات الأطراف ورغباتهم. وتتناول بنود الاتفاقات الضمانية عادة ثلاثة مواضيع رئيسية. فأولا، تدرج بعض الأحكام في الاتفاق لأنها تشكل جزءا من المقتضيات الإلزامية لإنشاء حق ضماني. فعلى سبيل المثال، يمكن أن تندرج القواعد المتعلقة بتحديد الموجودات المرهونة والالتزام المضمون في هذه الفئة (للاطلاع على تعريفات "الموجودات المرهونة" و"الالتزام المضمون"، انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات). وفي الفصل الرابع (إنشاء الحق الضماني (نفاذه بين الأطراف))، يوصي الدليل بأن المتطلبات الرسمية لإنشاء اتفاق ضماني يكون نافذا بين الأطراف ينبغي أن تكون في الحد الأدنى ويسهل الوفاء بها (انظر التوصيات ١٢-١٤).

٣- وثانيا، يتضمّن الاتفاق الضماني المعتاد أيضا عدة شروط تحدد حقوق الأطراف والتزاماتها متى يصبح الاتفاق نافذ المفعول بينها. ويتناول الكثير من تلك الشروط عواقب تقصير المانح أو إخلال الدائن المضمون بالتزام ما. وكثيرا ما تبين بالتفصيل الأحداث التي تشكل تقصيرا من جانب المانح وسبل الانتصاف المتاحة للدائن المضمون لإنفاذ شروط الاتفاق الضماني. والأثر القوي الذي قد يحدثه الإنفاذ على حقوق الأطراف الثالثة دعا عادة الدول إلى أن تحدد بشيء من التفصيل مجموعة من القواعد الإلزامية تحكم التقصير والإنفاذ (انظر الفصل العاشر، الإنفاذ). ويقصد عادة من هذه القواعد الإلزامية أن تحمي حقوق المانحين والأطراف الثالثة. وحيث إنها قواعد إلزامية فهي تعلو بالضرورة على أي شروط للاتفاق الضماني تحدد للمانح حقوقا وسبل انتصاف متضاربة، ما لم يتنازل عنها المانح بعد التقصير (انظر التوصية ١٢٩) أو الدائن المضمون في أي وقت (انظر التوصية ١٣٠). غير أنه في حال عدم وجود تعارض فإن الشروط المبينة في الاتفاق الضماني تحكم العلاقة اللاحقة للتقصير فيما بين الأطراف.

٤- وثالثا، عادة ما تتضمن الاتفاقات الضمانية مجموعة من الأحكام يقصد بها تنظيم جوانب العلاقة بين الأطراف بعد إنشائها ولكن قبل التقصير. فكثيرا ما تستدعي الكفاءة وقابلية التنبؤ بالأمور في المعاملات المضمونة وجود بنود إضافية تفصيلية تنظم الجوانب المستمرة من المعاملة. وهناك دول كثيرة تشجع الأطراف فعليا على صوغ شروط الاتفاق الضماني بحيث تلبي احتياجاتها الخاصة. ومع ذلك، وكما هو الحال في الحقوق والالتزامات اللاحقة للتقصير، تضع نفس تلك الدول أيضا قواعد إلزامية مختلفة تتعلق بالحقوق والالتزامات السابقة للتقصير (خصوصا في الحالات التي قد تتأثر فيها حقوق أطراف ثالثة. مع ذلك، فإن الدول عادة ما تحد قدر الإمكان من تلك القواعد الإلزامية السابقة للتقصير، بغية إعطاء المانحين والدائنين المضمونين أقصى قدر من المرونة لتصميم اتفاقهم وفقا لأغراضهم.

٥- ومع أن الدول تكون عموما راغبة عن فرض قائمة كاملة من القواعد الإلزامية التي تحكم الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير، إلا أنها تهتم بتقديم الإرشاد للمانحين وللدائنين المضمونين. وفي الواقع تسنّ دول كثيرة أعدادا متفاوتة من القواعد غير الإلزامية (أو التكميلية) التي تنطبق، إذا لم تحدد الأطراف خلاف ذلك في اتفاقها الضماني. ولا يتناول هذا الفصل جميع الأوضاع التي قد تودّ فيها الدول أن تصوغ قواعد غير إلزامية من هذا القبيل، بل يقتصر على تقديم قائمة إرشادية وغير حصرية بتلك القواعد التكميلية السابقة للتقصير والتي توجد عموما في التشريعات الوطنية المعاصرة.

٦- ويركّز البحث التالي على ثلاث مسائل تتعلق بالسياسات العامة. وتتعلق المسألة الأولى، التي تُبحث في الباب ألف-٢، بمبدأ استقلالية الأطراف وإلى أي مدى ينبغي أن تكون للأطراف حرية تشكيل شروط اتفاقها الضماني (مع افتراض أن الاتفاق يفي بالمقتضيات الموضوعية والشكلية لإنشاء حق ضماني). وتتعلق المسألة الثانية، وتُدرس في الباب ألف-٣، بالقواعد الإلزامية التي ينبغي أن تحكم حقوق والتزامات المانحين والدائنين المضمونين السابقة للتقصير. وتتعلق المسألة الثالثة، التي يتناولها البابان ألف-٤ وألف-٥، بنوع القواعد غير الإلزامية التي يمكن إدراجها في التشريعات العصرية التي تحكم المعاملات المضمونة.

٧- ويبحث الباب باء من هذا الفصل مختلف القواعد الإلزامية وغير الإلزامية التي تتناول الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير فيما يتعلق بأنواع معينة من الموجودات والمعاملات وينتهي الفصل بمجموعة من التوصيات في الباب جيم.

٢- حرية الأطراف

(أ) عموما

٨- يعلن الدليل في الفصل الثاني (نطاق الانطباق والقواعد العامة الأخرى) مبدأ حرية الأطراف كإحدى دعامات نهجه الأساسي (انظر التوصية ٨). ويشكل هذا المبدأ في معظم الدول جزءا من قانون العقود العام وهو إنما ينطبق على قانون المعاملات المضمونة لأن الاتفاق الضماني عقدٌ. والفكرة المركزية هي أنه ما لم تنص الدولة على خلاف ذلك ينبغي أن يتمتع الدائن المضمون والمانح بحرية تصميم اتفاقهما الضماني كما يحلو لهما. وفي حين أن حرية الأطراف تعطي مقدّمي الائتمان سلطة كبيرة في تقرير مضمون الاتفاق الضماني، فالمتوقع هو أن السماح للدائن المضمون والمانح بتشكيل معاملتهما وتخصيص الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير حسبما يناسب أهدافهما على أفضل وجه يسمح عادة للمانحين بتوسيع نطاق إمكانية الحصول على ائتمان مضمون.

٩- ومبدأ حرية الأطراف له بُعدان متميزان عند تطبيقه على الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير. ويستهدف الأول الدول؛ فبينما ينبغي أن تكون للدول حرية سنّ قواعد إلزامية تحكم السمات الأساسية للعلاقة المستمرة بين الأطراف، ينبغي أن يكون عدد تلك القواعد محدودا وأن يكون نطاقها مبينا بوضوح. وأما البعد الثاني فموجَّه نحو الآثار التي يسعى المانح والدائن المضمون إلى تحقيقها عن طريق اتفاقهما. فأي شروط تخرج عن قواعد غير إلزامية أو تعدّلها أو تطرق مسائل لم تتناولها القواعد التكميلية لدولة من الدول، لا تقيد غير أطراف ذلك الاتفاق نفسها كما أنها لا تؤثر في حقوق الأطراف الثالثة إلا في الحدود التي تنص عليها المبادئ العامة لقانون العقود.

١٠- ويمكن أن توجد قيود تشريعية على حرية الأطراف في شكل قواعد إلزامية في كل من قانون المعاملات المضمونة وقوانين أخرى. فمثلا، تفرض دول كثيرة ضوابط رقابية واسعة النطاق على المعاملات الاستهلاكية، وكثيرا ما تقيد بشدة قدرة الدائنين المضمونين والمانحين على تصميم نظام خاص بهم للحقوق والالتزامات السابقة للتقصير. ويمكن أن يضرب لذلك مثلا بقاعدة تمنع الدائنين المضمونين من تقييد حق المانحين الاستهلاكيين من بيع الموجودات المرهونة أو التصرف فيها. وبالمثل تقيد دول كثيرة حرية الأطراف عندما يتعلق الأمر بـ"ممتلكات عائلية" أو "ممتلكات مشتركة". ويمكن أن يضرب لذلك مثلا بقاعدة تمنع الدائنين المضمونين من تقييد استخدامات المانحين لتلك "الممتلكات العائلية" (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية (ب)).

١١- وإضافة إلى تلك القواعد الإلزامية التي تحكم مانحين معينين وموجودات معينة، من الشائع أن تفرض الدول قواعد إلزامية مختلفة أكثر عمومية. وتوجد تلك القواعد عادة ضمن التشريع الذي ينشئ نظام المعاملات المضمونة. وكما لوحظ، فهي تتعلق في الغالب بالتقصير والإنفاذ (فعلى سبيل المثال، لا يمكن التنازل عن المعيار العام للسلوك في حالة الإنفاذ من جانب واحد أو تغييره بالاتفاق، انظر التوصية ١٢٨). ولكن يتعلق البعض منها أيضا بالحقوق والالتزامات السابقة للتقصير (على سبيل المثال، يتعين على الطرف الحائز الاعتناء على نحو معقول بالموجودات المرهونة، وعليه كذلك إعادتها وإنهاء أي إشعار مسجَّل حالما يسدّد الالتزام المضمون بالكامل؛ انظر التوصية ١٠٧). وتبحث هذه الأنواع الأخيرة من القواعد الإلزامية في الباب التالي من هذا الفصل.

١٢- ونظرا إلى أن حرية الأطراف هي المبدأ الأساسي، فعادة ما يصوغ الدائن المضمون والمانح وبالتفصيل في الاتفاق الضماني عددا من العناصر الهيكلية لاتفاقهما. وكثيرا ما ينص المانح والدائن المضمون على ستة على الأقل من الجوانب السابقة للتقصير في الاتفاق، هي:

(أ) الموجودات المطلوب رهنها والشروط التي يمكن أن ترهن بها فيما بعد موجودات لم تكن مرهونة أصلا؛

(ب) الالتزام المطلوب ضمانه بموجب الاتفاق (بما في ذلك الالتزامات المقبلة)؛

(ج) ما يمكن أن يفعله المانح بالموجودات المرهونة وما لا يمكن أن يفعله بها (بما في ذلك الحق في استخدام الموجودات والعائدات المتأتية منها، وتغييرها وجني ثمارها والتصرف فيها)؛

(د) الوقت الذي يستطيع فيه الدائن أن يحصل على حيازة الموجودات المرهونة قبل التقصير وكيفية الحصول عليها، وحقوق وواجبات الدائن فيما يتعلق بالموجودات المرهونة التي في حوزته؛

(هـ) سلسلة من الإقرارات والتعهدات المقدّمة والالتزامات التي يأخذها المانح على عاتقه؛

(و) الأحداث التي تسبِّب التقصير (من جانب المانح أساسا ولكن من جانب الدائن المضمون أيضا) بمقتضى الاتفاق.

١٣- وينبغي أن تُدرس مختلف القواعد الإلزامية وغير الإلزامية المبينة أدناه في ظل هذه الخلفية من حرية الأطراف ونطاقها المعتاد حسبما يرد في الاتفاق الضماني.

(ب) مصدر حقوق الأطراف والتزاماتهم

١٤- كما سبقت الإشارة إلى ذلك، تتعلق معظم القواعد الإلزامية وغير الإلزامية المتصلة بحقوق الأطراف والتزاماتها بالأسلوب الذي توزّع به امتيازات الملكية ومسؤولياتها بين المانح والدائن المضمون. والموقف الذي تتخذه معظم الدول، تمشيا مع مبدأ حرية الأطراف مع مراعاة أي قيود مناسبة (انظر الفقرات من ٩ إلى ١١ أعلاه)، هو أنه ينبغي للأطراف ذاتها أن تحدد حقوقها والتزاماتها السابقة للتقصير. ومن ثَم فمن الأهمية بمكان تحديد مصدر هذه الحقوق والالتزامات.

١٥- وتحدد هذه الحقوق والالتزامات مبدئيا بالشروط والأحكام المحدَّدة التي تدرجها الأطراف في اتفاقها. وقد يشمل ذلك أيضا أي شروط عامة تدرجها الأطراف في اتفاقها بالإحالة. وعلاوة على ذلك، ينص القانون الوطني لمعظم الدول على أنه نظرا إلى أن الاتفاق الضماني قد يشير إلى علاقة مستمرة بين الأطراف شائعة في صناعة أو مجال معين، فينبغي أن تكون الأطراف ملزَمة بأي أعراف اتفقت عليها. وأخيرا، ينبغي أن تكون الأطراف مُلزَمة لدى تنفيذ اتفاقها بأي ممارسات أقرتها لنفسها، ما لم تتفق على خلاف ذلك. ويتبنّى الدليل فكرة أن الاتفاق بين الأطراف هو المصدر الأساسي لحقوقها والتزاماتها المتبادلة، إلى جانب أي أعراف تكون قد اتفقت عليها وكذلك، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ممارساتها الراسخة بينها (انظر التوصية ١٠٦).

٣- القواعد الإلزامية السابقة للتقصير

(أ) عموما

١٦- يمكن أن توجد قواعد إلزامية تتعلق بحقوق الأطراف والتزاماتها قبل التقصير في كل من قانون المعاملات المضمونة وفي قوانين أخرى. وتندرج تلك القواعد عموما ضمن ثلاثة أنواع عامة. وأحد أنواع هذه القواعد، التي تسنّها الدول عادة في مجال تشريعات حماية المستهلك أو الممتلكات العائلية، له نطاق وانطباق خاصان للغاية. ويدرك الدليل الأهمية التي قد تعلّقها الدول على هذه الأمور (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية (ب)). غير أنه ينبغي للدول، بغية تحقيق أقصى فائدة اقتصادية من نظام للمعاملات المضمونة، أن تحدد بوضوح نطاق تلك القيود على حرية الأطراف في تصميم الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير وفقا لاحتياجاتها ورغباتها.

١٧- وتركز قواعد إلزامية أخرى تحكم ما قبل التقصير على المضمون الموضوعي الذي يمكن للأطراف إدراجه في اتفاقها. وتوضع تلك القواعد عادة كقيود عامة على حقوق الدائنين المضمونين وتنطبق سواء كان المانح مستهلكا أم منشأة. ويمكن أن تتباين كثيرا من دولة إلى أخرى. فبعض الدول، مثلا، تفرد حيزا للدائنين غير المضمونين في سياق الإعسار، وهو يغلب أن يكون مقيدا تماما. وبعض الدول لا تسمح للدائنين بأن يقيدوا حق المانح في استخدام الموجودات المرهونة أو تغييرها ما دام الاستخدام أو التغيير الذي يجري القيام به يتسق مع طبيعة تلك الموجودات والغرض منها. ولا تسمح بعض الدول للدائنين المضمونين باستخدام الثمار والعائدات المتأتية من الموجودات المرهونة في حوزتها أو استعمالها مقابل الالتزام المضمون.

١٨- والموقف الذي يتخذه الدليل، نظرا للأهمية التي يعلقها على مبدأ حرية الأطراف، هو أنه لا ينبغي للدول عموما أن تسنّ قواعد إلزامية لما قبل التقصير تقيّد عدد الالتزامات التي يجوز أن يطلبها الدائنون المضمونون والمانحون من بعضهم أو طبيعة تلك الالتزامات. ومع ذلك، كثيرا ما تكون الشواغل السالفة الذكر حقيقية، وقد تشعر الدول - حسب الطبيعة الخاصة لاقتصادها الوطني أو المنشأة التجارية المانحة للحق الضماني - بالحاجة إلى زيادة تشديد الضوابط الرقابية المفروضة على العلاقة السابقة للتقصير بين الدائنين المضمونين والمانحين. أما إذا فعلت ذلك، فينبغي لتلك القواعد الإلزامية: (أ) أن يعرب عنها بأسلوب واضح؛ (ب) وأن تصاغ بعبارات دقيقة وتقييدية لا عبارات مفتوحة؛ (ج) وأن تستند، على غرار ما يشابهها من قواعد في السياق اللاحق للتقصير، إلى أسس معترف بها من السياسة العامة (النظام العام) مثل حسن النية والإنصاف في المعاملة والتصرفات المعقولة تجاريا (انظر التوصيتين ١٢٧ و١٢٨).

١٩- ويهدف نوع ثالث من القواعد الإلزامية السابقة للتقصير إلى ضمان عدم تشويه الأغراض الأساسية لنظام المعاملات المضمونة. وعادة ما تصدر الدول قواعد إلزامية من هذا النوع لفرض حد أدنى من الواجبات على الطرف الذي يحوز الموجودات المرهونة أو يسيطر عليها. فمثلا، لمّا كان الغرض من الضمان هو منح الدائن أولوية في حق تقاضي المال المتأتي من بيع الموجودات المرهونة، عند التقصير، فيتفق مع هذا الغرض أن يُلزم المانحون بعدم تبديد الموجودات المرهونة أو بعدم السماح بتدهورها على نحو آخر يتجاوز ما يمكن توقعه من الاستخدام العادي، وبالتالي الحفاظ على القيمة الاقتصادية للموجودات لصالح الدائنين المضمونين.

٢٠- والمقصود من القواعد التي تقضي بأن يعتني المانح، وكذلك الدائن المضمون عندما يكون حائزا، على نحو معقول بالموجودات المرهونة وبصورة عامة القواعد الموجّهة صوب الحفاظ على الموجودات المرهونة، هو تشجيع سلوك يتسم بالمسؤولية من جانب أطراف الاتفاق الضماني. غير أن تلك الأنواع من القواعد الإلزامية ليست متماثلة المفعول مع قواعد حماية المستهلك أو القواعد الإلزامية التي تنص على المضمون الموضوعي للاتفاق الضماني. وهذه الأنواع الأخيرة من القواعد الإلزامية منشئة للحق الضماني ذاته ولا يمكن التنازل عنها وقت التفاوض بشأن الاتفاق أو بعد ذلك.

٢١- وبالمثل، لا يجوز للأطراف الخروج، باتفاق بينها، عن القواعد الإلزامية التي تنص على حقوقها والتزاماتها العامة السابقة للتقصير. فمثلا، لا تسمح الدول للأطراف عادة أن تتحلَّل تعاقديا من واجبها المتعلق بالعناية على نحو معقول بالموجودات المرهونة. غير أن ذلك لا يمنع دائما الأطراف من إبداء الذمَّة عن إخلال بالواجب بعد الفعل. وتنص دول كثيرة على أنه يجوز للدائن المضمون أن يبرئ المانح في وقت لاحق من التزاماته السابقة للتقصير (بما في ذلك الالتزامات التي تفرضها القواعد الإلزامية) أو أن يتنازل عن أي إخلال من جانب المانح. وعلى العكس من ذلك، نظرا للعلاقة التفاعلية المعتادة بين الدائن المضمون والمانح، يتخذ كثير من تلك الدول ذاتها موقفا مفاده أنه لا ينبغي السماح للمانح بأن يعفوَ الدائن المضمون من أي واجبات سابقة للتقصير تفرضها عليه قواعد إلزامية.

٢٢- وتهدف القواعد الإلزامية لما قبل التقصير الموصى بها في الدليل إلى تحقيق أهداف لسياسات عامة تتفق مع ما وصف بأنه المبادئ الجوهرية لنظام للمعاملات المضمونة يتسم بالكفاءة والفعالية (انظر التوصية ١). وهي تنص على حقوق وواجبات سابقة للتقصير: (أ) تشجع الأطراف الحائزة على أن تحافظ على الموجودات المرهونة ؛ (ب) وتضمن أن يسترد المانح استخدام الموجودات التي كانت مرهونة والتمتع بها بالكامل، حالما يسدّد الالتزام.

٢٣- يبحث الفصل الحادي عشر (تمويل الاحتياز) من الدليل مسألة أن بعض الدول قد تختار أن تبقى معاملات الاحتفاظ بحق الملكية والتأجير التمويلي كأساليب مستقلة لتمويل الاحتياز. وفي تلك الأوضاع لا يكون حق البائع أو المؤجّر حقا ضمانيا وإنما يتضمن حق البائع في تأكيد ملكيته للموجودات - في حالة البيع - إلى حين تسديد سعر الشراء بالكامل، وفي حالة التأجير التمويلي طيلة مدة المعاملة (للاطلاع على تعريف المصطلحات "الحق الضماني" و"الحق الضماني الاحتيازي" و"حق الاحتفاظ بالملكية" و"حق التأجير التمويلي"، انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات). ولهذا السبب، وحتى إذا كانت الأهداف

الاقتصادية الأساسية لهذه المعاملات مطابقة لتلك المتعلقة بالحق الضماني الاحتيازي العادي، يتعين أن تصاغ القواعد الإلزامية التي تحكم حقوق الأطراف والتزاماتها السابقة للتقصير (البائع الذي يحتفظ بالملكية والمشتري الذي لديه الحيازة ولكن ليس لديه إلا توقع الملكية؛ والمؤجر الذي هو المالك والمستأجر الذي لا يكاد يتمتع إلا بحق الحيازة والتصرف) بأسلوب مختلف اختلافا طفيفا. وتبحث هذه التعديلات الضرورية في الفصل الحادي عشر، الباب ألف-٨.

(ب) واجب الحفاظ على الموجودات المرهونة

٢٤- الموجودات المرهونة هي إحدى الضمانات الرئيسية المتاحة للدائن لسداد الالتزام المضمون. وهي أيضا من الموجودات التي يتوقع المانح عادة استخدامها ويعتزم مواصلة ذلك دون قيود ما أن يسدّد القرض أو الائتمان. ولهذه الأسباب تكون لكل من الدائنين المضمونين والمانحين مصلحة في الحفاظ على الموجودات المرهونة.

٢٥- وغالبا ما يكون الشخص الحائز للموجودات المرهونة في أفضل وضع لكفالة المحافظة عليها. ويفسر ذلك لماذا تفرض الدول عادة واجب العناية المعقولة بالموجودات المرهونة على ذلك الطرف. وكحالة استثنائية فقط، تكاد تتعلق دائما بموجودات غير ملموسة، قد يكون شخص ليس حائزا نظريا في وضع أمثل للعناية بالموجودات المرهونة. ونظرا لهدف كفالة توزيع عادل لمسؤولية العناية بالموجودات المرهونة وتشجيع الأطراف على الحفاظ عليها، لا يهم كثيرا إذا كان الحائز هو المانح أم الدائن المضمون، فينبغي أن تكون الواجبات الإلزامية المفروضة على الشخص الحائز والتي تقتضي منه المحافظة على الموجودات المرهونة متطابقة في الحالتين.

٢٦- وقد يتباين كثيرا المضمون المحدد لذلك الواجب، وفقا لطبيعة الموجودات المرهونة. ففي حالة الموجودات الملموسة يشير الواجب أولا إلى الحفاظ على الموجودات ماديا (للاطلاع على تعريف مصطلحي "الموجودات الملموسة" و"الموجودات غير الملموسة" انظر، المقدّمة، الباب باء، المصطلحات). وعندما يتعلق الأمر بموجودات ملموسة غير حية، يشمل ذلك عادة واجب الحفاظ على هذه الموجودات في حالة جيدة وعدم استخدامها لغرض غير الغرض الذي يكون عاديا في الظروف المعينة. فمثلا، إذا كان الموجود المرهون هو آلة، يجب ألا تترك معرضة للمطر. وفضلا عن ذلك، يجب على الطرف الذي يحوزها ويستخدمها أن يقوم بأعمال الصيانة المعتادة. ومع ذلك، إذا كان الرهن، مثلا، على سيارة ركوب، لا

يستطيع الحائز المأذون له باستخدامها أن يستخدم تلك المركبة كشاحنة خفيفة لأغراض تجارية.

٢٧- وعندما تكون الموجودات المرهونة مخزونات قد يتطلب واجب الحفاظ عليها اتخاذ إجراءات أخرى أكثر تكلفة من جانب الحائز. فالمخزونات، بخلاف المعدات، غالبا ما تكون معروضة وتسهل سرقتها - ولذا يجب على المانح (وهو الطرف الذي يرجح أن يكون هو الحائز) توفير الأمن الكافي لتلافي "تقلص المخزون"، ويجب عليه عرض المخزونات بطريقة سليمة لتجنب الكسر أو تخزينها وقايةً لها من التدهور. فمثلا، إذا كانت المخزونات تتألف من معدات إلكترونية باهظة الثمن أو آنية زجاجية سهلة الانكسار بشكل خاص، قد يلزم حفظها في صناديق مقفلة؛ وإذا كانت المخزونات تتألف من أغذية قابلة للتلف، يتعين على الحائز تخزين الموجودات المرهونة في وحدات مثلجة.

٢٨- وفي حالة الموجودات الملموسة الحية، مثل الحيوانات، ينبغي أن يكون الواجب مماثلا. فلا يكفي الحفاظ على الحيوان حيًّا، بل يجب أن يضمن الشخص الحائز أن يحصل الحيوان على التغذية السليمة وأن يحافظ عليه بصحة جيدة (أي أن يحصل الحيوان، مثلا، على رعاية بيطرية ملائمة). وعندما يحتاج الحيوان إلى خدمات خاصة للحفاظ عليه في صحة جيدة (أي مثلا التمرين المناسب لجواد السباق والحلب بانتظام للبقرة)، يمتد واجب العناية ليشمل توفير تلك الخدمات. وأخيرا، ومثل الوضع بالنسبة للمعدات، يعني الواجب أيضا أنه لا يمكن استخدام الحيوان لأغراض غير عادية. وعلى ذلك، لا يمكن استخدام الثور الفحل الذي تكمن قيمته في "رسوم الاستيلاد" كدابَّة حمْلٍ.

٢٩- وإذا كانت الموجودات المرهونة تتألف من حق في دفع مال متجسّد في صك قابل للتداول، يشمل الواجب بالضرورة الحفاظ على المستند ماديا. غير أن الواجب في تلك الحالة يشمل اتخاذ الخطوات اللازمة لحفظ أو صون حقوق المانح تجاه أطراف سابقة ملزمة بموجب الصك القابل للتداول (مثل تقديم الصك والاحتجاج عليه إذا نص القانون على ذلك وتقديم إخطار بعدم الدفع). وقد يتعين أيضا على الشخص الذي يحوز صكا قابلا للتداول أن يجتنب فقدان حقوق تتعلق بالصك نفسه تجاه أطراف سابقين، وذلك باتخاذ خطوات تجاه من تقع عليهم مسؤولية ثانوية بموجب الصك (مثل الكفلاء). وعندما تكون الموجودات المضمونة مستندا قابلا للتداول يجب أيضا أن يحافظ الشخص الحائز على المستند ماديا. وعلاوة على ذلك، إذا كان المستند محدد الأجل يجب أن يقدّمه الشخص الحائز له قبل انقضاء المدة للمطالبة بالحيازة المادية على الموجودات المشمولة بالمستند.

٣٠- وعندما تكون الموجودات المرهونة غير ملموسة، يكون من الصعوبة بمكان تحديد واجب العناية المعقولة بالإشارة إلى الشخص الحائز. فكثيرا ما تكون الموجودات غير الملموسة مجرد حق تعاقدي في تحصيل مدفوعات. وتبحث طبيعة واجب الحفاظ في تلك الحالات في الباب باء أدناه. وعندما تكون الموجودات المرهونة حقا في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، أو ممتلكات فكرية، أو حقا في تحصيل عائدات بمقتضى تعهد مستقل، تنص الدول عادة على مختلف حقوق أطراف المعاملة والتزاماتها في تشريع خاص ينظم ذلك الشكل من الموجودات على وجه التحديد.

٣١- ولدى تحديد مدى التزام الشخص الحائز بالحفاظ على الموجودات المرهونة، تُجري الدول تقديرا من حيث التكاليف والفوائد لأفضل السبل الكفيلة بتحقيق توزيع عادل للمسؤولية عن الحفاظ على هذه الموجودات. والمسألة الرئيسية على مستوى السياسة العامة هي تجنب إلقاء عبء لا لزوم له على الحائز، ولا سيما عندما يكون الحائز هو الدائن المضمون وليس المانح. وتمشيا مع الاعتبارات المذكورة أعلاه يوصي الدليل الدول بأن تسنّ قاعدة عامة إلزامية لما قبل التقصير تفرض على الأطراف الحائزة واجب الاعتناء على نحو معقول بالحفاظ على الموجودات المرهونة (انظر التوصية ١٠٧).

(ج) واجب الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة

٣٢- في كثير من الحالات، يكفي الحفاظ على الموجودات المرهونة ماديا لصون قيمتها أيضا. غير أنه يلزم أحيانا اتخاذ تدابير إضافية. وتُبحث الحالة الخاصة المتعلقة بالموجودات غير الملموسة في الباب ألف-٥ أدناه. أما فيما يتعلق بالموجودات الملموسة، فإن الدول تميز عادة بين التزامات المانحين والتزامات الدائنين المضمونين. ولما كانت الموجودات المرهونة هي ضمانة سداد للدائنين المضمونين، يُطلب أحيانا إلى المانحين اتخاذ إجراءات إيجابية لصون قيمة الموجودات المرهونة زيادة على الالتزام بالحفاظ على الموجودات ماديا. فمثلا، قد يطلب إلى المانحين إجراء تحسينات على الحواسيب أو إعادة المعدات إلى بائع لتقديم خدمات بمقتضى طلب سحب. ومرة أخرى، يجب على الدول لدى تحديد نطاق هذا الالتزام الملقى على عاتق المانحين تقدير الفوائد مقابل الأعباء التي تفرضها.

٣٣- ونادرا ما تفرض الدول على الدائنين المضمونين أي التزام يتعلق بالحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة. والسبب في ذلك هو أنه إذا كان فرض التزام يقتضي من الدائنين المضمونين تحمُّل مسؤولية مُرهقة عن مراقبة الموجودات المرهونة عن كثب، فإن الموجودات ستفقد ببساطة قيمتها كضمان على حساب المانحين. فمثلا، لا ينبغي أن يُطلب إلى الدائنين

المضمونين اتخاذ أي تدابير للحفاظ على القيمة السوقية لعلامة تجارية، أو القيام بتحليل استثماري للحفاظ على قيمة حافظة أسهم. وعلى كل حال، فإن احتفاظ الموجودات المرهونة بقيمتها يظل دائما من مصلحة المانحين بحيث تنص الأطراف عادة على أنه يجوز للمانحين أن يبيِّنوا للدائنين المضمونين الحائزين الخطوات المراد اتخاذها للحفاظ على قيمة تلك الموجودات. وأيُّ مال يُنفق في ذلك فعادةً ما يسدده المانح مقدَّما أو يضاف إلى الالتزام المضمون.

٣٤- ونظرا إلى أن الأطراف تنص عادة في اتفاقها الضماني على واجبات إضافية تهدف إلى الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة، لا تسن الدول عادة قاعدة إلزامية تفرض مباشرة هذا الواجب على المانحين أو الدائنين المضمونين. ومسايرةً لهذا الاتجاه العام، لا يوصي الدليل الدول بأن تسن قاعدة إلزامية لما قبل التقصير توجب على الأطراف الحائزة الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة قبل التقصير.

(د) واجب إعادة الموجودات المرهونة وإنهاء إشعار مسجل

٣٥- الغرض الرئيسي من الحق الضماني هو تحسين احتمال الوفاء بالالتزام المضمون إما بحث المانح على تسديد الالتزام المضمون أو باحتساب قيمة الموجودات المرهونة على الالتزام المضمون. والحق الضماني ليس وسيلة لانتزاع قيمة إضافية من المانح أو إحالة مقنَّعة للموجودات المرهونة إلى الدائن. وحالما يتم الوفاء بالالتزام المضمون ينتهي الحق الضماني، من الناحية القانونية، ويحق للمانح حيازة الملكية غير المرهونة للموجودات التي سبق رهنها والتمتع الكامل بها. ولتنفيذ حقوق المانح، تسنّ معظم الدول قواعد إلزامية لتنظيم واجبات الدائن المضمون حالما يسدّد الالتزام المضمون بالكامل وتنهى كل التعهّدات الائتمانية. وتلك الواجبات من نوعين. فبعض الواجبات تتعلق بإعادة الموجودات المرهونة إلى المانح، في الحالات التي يكون فيها الدائن المضمون حائزا للموجودات وقت الوفاء بالالتزام المضمون؛ وتتعلق واجبات أخرى باتخاذ خطوات لتمكين المانح من التمتع بحقوقه في الموجودات المرهونة دون أي مانع ناشئ عن وجود الرهن سابقا.

٣٦- ويبحث الدليل جواز أن يجعل الدائنون المضمونون، في معظم الحالات، حقوقهم نافذة تجاه أطراف ثالثة باحتياز الموجودات المضمونة (انظر التوصية ٣٦). وإضافة إلى ذلك، حتى عندما يحقق الدائنون النفاذ تجاه أطراف ثالثة بتسجيل إشعار لا بالاحتياز، فنظرا لمبدأ حرية الأطراف يجوز مع ذلك أن يوافق المانحون على السماح لدائنين مضمونين باحتياز الموجودات المضمونة. ويمكن إبداء هذا السماح إما وقت إنشاء الحق الضماني، أو في وقت

ما لاحق لذلك. وفي هذه الحالة الأخيرة، لا يشترط حتى أن يكون المانح مقصرا بمقتضى الاتفاق الضماني. وتستند حيازة الدائن المضمون إلى الاتفاق المبرم بين الأطراف وتتعلق بأهداف ذلك الاتفاق، بصرف النظر عن الطريقة التي تنشأ بها هذه الحيازة.

٣٧- ونظرا إلى أن الهدف من الحق الضماني هو كفالة أداء الالتزام، فينبغي أن يستطيع المانح، حالما يتم ذلك الأداء، أن يسترد إما حيازة الموجودات المرهونة أو إمكانية الوصول إليها دون عائق، أو كليهما. وهذا ما يفسّر الواجب الرسمي الذي تفرضه دول كثيرة على الدائنين المضمونين لإعادة الموجودات المرهونة إلى المانح عند سداد الالتزام المضمون بالكامل وإنهاء جميع التعهدات الائتمانية. وفي هذه الدول، يقع العبء على عاتق الدائن لتسليم الموجودات المرهونة، لا على المانح ليطالب باستردادها أو ليأخذها. وفي دول أخرى، لا يقع على الدائن المضمون التزام بالتسليم، وإنما عليه أن يسمح للمانح بالمطالبة بالموجودات المرهونة التي سبق رهنها. وعندما تكون موجودات ملموسة في يد طرف ثالث كان في الأصل حائزا لها لحساب المانح، ولكنه أصبح عقب إنشاء الحق الضماني حائزا بالنيابة عن الدائن المضمون، توجب كثير من الدول على الدائن المضمون أن يبين للشخص الحائز أن الالتزام المضمون قد سدد وأن الحائز أصبح من جديد حائزا بصفة حصرية لحساب المانح. وينشأ واجب مماثل في كثير من الدول متى أبرم الدائن المضمون وإحدى المؤسسات المتلقية للودائع اتفاق سيطرة (للاطلاع على تعريف مصطلح "السيطرة"، انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات). ففي هذه الدول، يُلزم الدائن المضمون عادة بالتحديد بإبلاغ الوديع بأن اتفاق السيطرة لم يعد ساريا. والمقصود من كل هذه المقتضيات المختلفة هو تنفيذ حق المانح في التمتع باستخدام الموجودات المرهونة دون عائق حالما يسدَّد الالتزام المضمون بالكامل وتنهى جميع التعهدات الائتمانية.

٣٨- وترى بعض الدول أنه يجب أن يتخذ الدائن أيضا خطوات إيجابية لكفالة أن يوضع المانح في نفس الوضع الذي كان يحتله قبل إنشاء الحق الضماني. وفي حالة الموجودات غير الملموسة يستلزم ذلك إرسال إشعار إلى أي طرف ثالث ملتزم (مثل المدين بالمستحق) يفيد بأن الالتزام المضمون قد سدّد بالكامل وبأنه يحق للمانح من جديد أن يتلقى السداد عن الالتزام. وعموما، تلزم بعض الدول الدائنين المضمونين بالإفراج عن الموجودات المرهونة من الحق الضماني وفي حال تحقيق النفاذ تجاه طرف ثالث بواسطة تسجيل، باتخاذ خطوات لإلغاء نفاذ الإشعار المتعلق بذلك الحق الضماني من السجل ذي الصلة. فمثلا، عندما لا تشطب المواد المسجلة تلقائيا من السجل، تفرض كثير من الدول على الدائن بعد فترة وجيزة نسبيا من الزمن واجب المطالبة بإلغاء التسجيل. وبالمثل، عندما يكون الحق الضماني موضوع

إشعار على سند ملكية، تلزم بعض الدول الدائن المضمون باتخاذ خطوات لكفالة شطب ذلك الإشعار من سند الملكية. والعامل المشترك بين تلك المقتضيات هو أنه ينبغي للدائن المضمون أن يتخذ خطوات لإزالة أي أدلة رسمية تثبت حقه السابق يكون من شأنها أن تجعل أطرافا ثالثة تعتقد احتمال بقاء موجودات المانح خاضعةً لحقه الضماني.

٣٩- والقاعدة الإلزامية الموصى بها في الدليل لتحكم العلاقة بين الأطراف حالما يسدَّد الالتزام المضمون تجسّد الاعتبارات السالفة الذكر بشكل عام. وهدفها الأساسي هو التأكد من أن يسترد المانح استخدام الموجودات التي كانت مرهونة والتمتع بها بالكامل وأن يستطيع أن يتعامل بها فعلا في معاملات تشمل أطرافا ثالثة دون أي عائق ناشئ عن حق ضماني لم يعد قائما (انظر التوصيتين ٦٨ و١٠٨).

٤- القواعد غير الإلزامية السابقة للتقصير

٤٠- إضافة إلى القواعد الإلزامية المختلفة التي تحكم حقوق والتزامات الأطراف قبل التقصير، وضعت معظم الدول قوائم متفاوتة الطول من القواعد غير الإلزامية التي تعالج مسائل أخرى تتعلق بالتقصير. وتتباين العبارات المستخدمة لتعيين هذه القواعد غير الإلزامية من دولة إلى أخرى "رهنا باتفاق مخالف لذلك بين الأطراف" (مثل *jus dispositivum* (القانون الخاضع لتصرفات الأطراف)، *lois supplétives* (القوانين التكميلية)، *normas supletorias* (القواعد التكميلية)، suppletive rules (قواعد تكميلية)، default rules (قواعد القصور)). غير أن سمتها المشتركة هي أنه يقصد منها أن تنطبق تلقائيا بوصفها شروطا إضافية للاتفاق الضماني، ما لم يكن هناك ما يثبت أن الأطراف كانت تعتزم استبعادها أو تغييرها.

٤١- وتُعرض أسس منطقية مختلفة تتعلق بالسياسات العامة تأييدا لفكرة القواعد غير الإلزامية. فتستخدم بعض الدول القواعد غير الإلزامية لحماية الأطراف الضعيفة، انطلاقا من فكرة أنها توفّر أساسا يمكن أن يستند إليه الطرف القوي لمحاولة التفاوض على حكم تعاقدي بديل. وتعتبرها دول أخرى مجرد قواعد تجسّد شروط اتفاق كانت الأطراف ستتوصل إليها لو وجهت انتباهها لنقاط محددة. والموقف الذي يتخذه الدليل هو أن المبرّر الحقيقي للقواعد غير الإلزامية يكمن في أنه يمكن استخدامها لترويج أهداف لسياسات تتفق مع منطق نظام للمعاملات المضمونة. ولا يصعب العثور على أمثلة على قواعد غير إلزامية أساسها راسخ في هذا الأساس المنطقي. فينص القانون في دول كثيرة على أنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك يودع المانح أي عائدات تأمينية متأتية عن هلاك أو تلف الموجودات المضمونة

في حساب إيداع يسيطر عليه الدائن المضمون. وأيضا، ينص القانون في كثير من الدول على أنه، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز أن يحتجز الدائن المضمون إيرادات الموجودات المرهونة طوال مدة الاتفاق الضماني باعتبارها موجودات مرهونة إضافية، كي يتسنى في حال التقصير تخصيص تلك الإيرادات لسداد الالتزام المضمون. ونظرا لهذا الهدف العام، هناك أربعة أسباب على الأقل لأن تقرّر الدول وضع مجموعة شاملة من القواعد غير الإلزامية.

٤٢- أولا، تساعد مجموعة كاملة من القواعد غير الإلزامية على خفض تكاليف المعاملات، إذ تغني الطرفين عن الحاجة إلى التفاوض على أحكام جديدة تتناولها تلك القواعد بالفعل بصورة وافية وإلى صوغ تلك الأحكام، وذلك بتوزيع الحقوق والالتزامات بين الدائن المضمون والمانح بالأسلوب الذي يرجح أن يتفقا عليه أنفسهما، بالنظر إلى الأغراض الأساسية لنظام المعاملات المضمونة. وهنا تؤدي القواعد غير الإلزامية دور شروط ضمنية أو شروط قصور (أي الشروط التي تنطبق عند عدم وجود اتفاق على خلاف ذلك) يعتبر أنها تشكل جزءا من ذلك الاتفاق، ما لم يعرب عن نية مخالفة في الاتفاق الضماني. ويمكن أن تكون من أمثلة تلك الشروط الضمنية قاعدة تسمح للدائن المضمون حائز الموجودات المرهونة بأن يحصِّل أي إيرادات تدرها تلك الموجودات وبأن يخصصها مباشرة لسداد الالتزام المضمون.

٤٣- وثانيا، لا يملك حتى أكثر الأطراف علما وخبرة قدرة لا تخطئ على التنبؤ بالمستقبل. ومهما بلغت دقة صوغ الاتفاق لا مفر من أن تكون هناك ظروف غير متوقعة. وعادة ما تضع الدول قواعد تكييفية أساسية لأجل تفادي الحاجة إلى قرارات قضائية أو تحكيمية لسد تلك الثغرات في الاتفاق عندما تظهر ولتقليل عدد النزاعات المحتملة. وتوجّه تلك القواعد غير الإلزامية الأطراف إلى مبادئ قانونية أخرى أعم يمكن استخدامها للاسترشاد بها في حل مشاكل غير متوقعة. ومن الأمثلة على ذلك قاعدة تنص على أن مانح الحق الضماني يظل حائزا للحق الموضوعي (سواء كان الملكية أم حقا أدنى في الممتلكات أم حقا شخصيا) الذي استخدم كضمان. وعلى ذلك يمكن للأطراف لدى تناول أي حدث معين غير متوقع أن تنطلق من مبدأ أن ممارسة أي حق غير مخصص بالتحديد للدائن المضمون تظل مخوّلة للمانح.

٤٤- ثالثا، يزيد وضع حقوق الأطراف والتزاماتها السابقة للتقصير في صيغة تشريعية شاملة نسبيا من الفعالية وإمكانية التنبؤ، وذلك بتوجيه انتباه الأطراف إلى مسائل ينبغي لها أن تنظر فيها لدى التفاوض بشأن اتفاقها. ويمكن أن تكون مجموعة من القواعد التكميلية

التي يجوز لها أن تختار عدم قبولها نموذجا يستعان به للصياغة، إذ تعرض قائمة مرجعية من النقاط التي يمكن تناولها وقت وضع الاتفاق الضماني في صيغته النهائية. وحتى عندما تقرّر الأطراف أن تعدِّل القواعد غير الإلزامية المذكورة، سعيا إلى تحقيق أغراضها على نحو أفضل، يضمن الانتباه إليها النظر في تلك المسائل وعدم تركها جنبا عن غير قصد.

٤٥- وأخيرا، تمكّن القواعد غير الإلزامية مبدأ حرية الأطراف من أن يعمل بأقصى قدر من الكفاءة. وتتضح هذه الفائدة بصورة خاصة في المعاملات الطويلة الأجل التي لا تستطيع الأطراف أن تتنبأ فيها بكل الاحتمالات. وتيسِّر تلك القواعد المرونة وتخفّض تكاليف الامتثال. فمثلا، كل ما تفعله معاملة الاتفاق على أنه كامل في حد ذاته وإلزام الأطراف بوضع كل التنقيحات والتعديلات اللاحقة لذلك الاتفاق في شكل رسمي هو فرض تكاليف إضافية للمعاملة على المانح. ونظرا إلى أن هذه القواعد ليست إلزامية، ففي مقدور الأطراف دائما استبعاد تطبيقها بحكم تعاقدي محدد مثل بند ينص على اشتمال وثيقة مكتوبة على اتفاق الأطراف برمته وعدم السماح بإجراء تغييرات شفوية.

٤٦- وتعترف نظم قانونية وطنية كثيرة على نطاق واسع بميزات السماح للأطراف بتحديد علاقتها بمساعدة مجموعة كاملة من القواعد غير الإلزامية (مثل المواد ٢٧٣٦-٢٧٤٢ من القانون المدني في كيبيك، كندا، والمواد ٩-٢٠٧ إلى ٩-٢١٠ من القانون التجاري الموحّد في الولايات المتحدة)، كما تعترف بها منظمات تروج بقوانين نموذجية إقليمية (مثل المادة ١٥ من قانون المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير بشأن المعاملات المضمونة، والمادة ٣٣ من القانون النموذجي لمنظمة الدول الأمريكية بشأن المعاملات المضمونة)، واتفاقيات دولية تتناول البيع الدولي (مثل المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع)،[1] أو جانبا من جوانب المعاملات المضمونة في الممتلكات المنقولة (مثل الفقرة ١ من المادة ١١ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، والمادة ١٥ من اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بشأن الضمانات الدولية على المعدات المنقولة).

٥- قواعد نمطية غير إلزامية سابقة للتقصير

(أ) عموما

٤٧- لا يتناول هذا الفصل جميع الأوضاع التي قد تودّ الدول أن تضع فيها قواعد غير إلزامية. فهو لا يتناول، مثلا، أي قواعد غير إلزامية يمكن وضعها فيما يتعلق بالشروط

(1) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.95.V.12.

الإضافية التي تكمل الشروط اللازمة لوجود حق ضماني (مثل االمضمون المحتمل للاتفاق الضماني الذي يتجاوز الحد الأدنى اللازم لإنشائه). والقواعد غير الإلزامية في هذا السياق تؤدي وظيفة مختلفة، ولذلك تحكم اعتبارات سياساتية مختلفة استصوابها ونطاقها ومضمونها. وعلاوة على ذلك، وللسبب ذاته، فهو لا يتناول قواعد غير إلزامية يقصد منها أن تحكم حقوق الأطراف والتزاماتها اللاحقة للتقصير. ويتناول تلك القواعد غير الإلزامية الفصل العاشر (الإنفاذ).

٤٨- والقواعد غير الإلزامية التي تبحث في هذا الباب هي القواعد التي تحكم حقوق الأطراف والتزاماتها السابقة للتقصير. ولكن نظرا إلى أن القواعد غير الإلزامية عادة ما تجسد احتياجات دول معينة وأعرافها وسياساتها تتباين هيئتها إلى حد كبير للغاية. ومع ذلك هناك مجموعة أساسية من القواعد غير الإلزامية توجد عادة في التشريعات الوطنية المعاصرة. وتنقسم عادة إلى نوعين عامين هما: القواعد التي تؤدي دورا متمّما لقواعد إلزامية تتناول حقوق الدائنين المضمونين الذين يحوزون موجودات مرهونة وواجباتهم؛ والقواعد التي تُفصِّل الحقوق التي يحتفظ بها المانح بصرف النظر عن الطرف الذي له الحيازة.

٤٩- والمقصود من تلك القواعد غير الإلزامية، مثل القواعد الإلزامية، هو أن تشجع سلوكا يتسم بالمسؤولية من جانب الذين يسيطرون على الموجودات المرهونة وتوجد في حوزتهم. ومن ثم تنظمها الدول في أغلب الأحيان وفقا لما إذا كان الدائن المضمون أو المانح هو حائز الموجودات المرهونة. غير أنه يُقصد من بعض القواعد غير الإلزامية السابقة للتقصير أن تنطبق بصرف النظر عما إذا كان الحائز هو الدائن المضمون أو المانح. وتبحث هذه الأوضاع الثلاثة تباعا.

(ب) القواعد غير الإلزامية عندما يكون الدائن المضمون هو الحائز

٥٠- سبق ذكر أن معظم الدول لديها قواعد إلزامية تقضي بأن يعتني الدائن الحائز على نحو معقول بالموجودات المرهونة التي في حوزته، وبأن يحفظها ويصونها. وعندما يكون للدائن المضمون الحق في استخدام الموجودات المرهونة، عادة ما يكون ملزما أيضا بالقيام بجميع الإصلاحات اللازمة للحفاظ عليها في حالة عمل جيدة. وقد سبق بحث المضمون الأساسي لتلك القواعد الإلزامية. وإضافة إلى ذلك، تسنّ بعض الدول مجموعة من القواعد غير الإلزامية تنص على التزامات أخرى على الدائن تتعلق بالعناية بالموجودات المرهونة التي في حوزته، بالأخص في الحالات التي تولِّد فيها الموجودات المرهونة ثمارا مدنية وطبيعية أو

تكون موجودات تدر دخلا بصورة أخرى. وتتناول الفقرات التالية أعم القواعد غير الإلزامية من هذا النوع.

٥١- أما عن الالتزام الأساسي بالعناية والحفظ، فتقضي دول كثيرة بالتحديد بأن يبقي الدائن المضمون على الموجودات الملموسة المرهونة في وضع يمكن معه التعرُّف عليها بوضوح. وإذا كانت هذه الموجودات من المتماثلات وتكون مختلطة بموجودات أخرى من نفس النوع، يتحول ذلك الواجب إلى التزام بالحفاظ على كمية كافية من الموجودات من نفس نوعية الموجودات المرهونة أصلا. وإضافة إلى ذلك عندما يستلزم الصون عملا يتجاوز قدرة الدائن الشخصية، كثيرا ما تقضي الدول بأن يخطر الدائن المانح، وإذا لزم ذلك، بأن يسمح للمانح بأن يحوز الموجودات مؤقتا لأجل إصلاحها أو العناية بها أو حفظها أو حفظ قيمتها.

٥٢- ومتى تتألف الموجودات المرهونة من صك يشمل حق المانح في سداد مبلغ من المال، قد لا يقتصر التزام الدائن المضمون بالعناية على الحفاظ ماديا على ذلك المستند. فتُلزم دول كثيرة الدائن المضمون الحائز لصك قابل للتداول بأن يتفادى فقدان الحقوق في الصك نفسه تجاه أطراف سابقة باتخاذ الخطوات اللازمة تجاه الأشخاص الذين تقع على عاتقهم مسؤولية ثانوية بمقتضى الصك (مثلا الكفلاء). وفي هذه الدول من الشائع أيضا النص على أنه يمكن إما للمانح أو الدائن المضمون المقاضاة من أجل إنفاذ الالتزام بالسداد.

٥٣ - والنتيجة الطبيعية غير الإلزامية لالتزام الدائن المضمون الحائز بأن يعتني بالموجودات المرهونة هي أنه يحق له أن يسترد النفقات المعقولة التي صرفها لحفظ الموجودات وأن تضم تلك النفقات إلى الالتزام المضمون. وإضافة إلى ذلك، تسمح دول كثيرة للدائن المضمون بأن يستخدم الموجودات المرهونة التي في حوزته استخداما معقولا أو أن يشغّلها (انظر، التوصية ١٠٩، الفقرة الفرعية (ب)). وتبعا لذلك الحق يجب أن يسمح الدائن المضمون للمانح بأن يفحص الموجودات المرهونة في جميع الأوقات المعقولة ويكون مسؤولا عمّا ينجم من أضرار بسبب أي تدهور في الموجودات يتجاوز ما يتصل بالاستخدام العادي (التوصية ١٠٩، الفقرة الفرعية (ج)).

٥٤- ونظرا إلى أن الدائن المضمون هو الحائز، كثيرا ما يكون في أفضل وضع لتحصيل العائدات النقدية (الإيرادات أو الثمار المدنية) أو العائدات غير النقدية (الثمار الطبيعية مشمولةٌ أيضا في تعريف مصطلح "العائدات"، انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات) المتأتية من الموجودات المرهونة. ولذلك اعتادت الدول أن تسنّ قاعدة غير إلزامية تنص على أن

يحصِّل الدائن المضمون الحائز كلا من العائدات النقدية وغير النقدية. وعادة يكون المانح هو الذي يستطيع أن يحصل على أفضل سعر للثمار الطبيعية التي تنتجها الموجودات المرهونة (مثل اللبن الذي ينتجه قطيع من الأبقار، والبيض الذي ينتجه الدجاج، والصوف الذي تنتجه الخراف). ولذلك تنص الدول أيضا عادة على أنه في الحالات النادرة التي يكون فيها الدائن المضمون حائزا للموجودات الحية، ينبغي له أن يسلّم ما تدره للمانح للتصرف فيه. وعندما يتعلق ما تدره بالزيادة الطبيعية في الحيوانات هناك قاعدة غير إلزامية شائعة تقضي بأن يُرهن ذلك النتاج تلقائيا بالضمان ويحوزه الدائن بالشروط ذاتها التي يحوز بها الحيوانات التي أنتجتها.

٥٥- وعندما تكون العائدات نقدية ليس من المعقول في الغالب أن يُرغم الدائن بأن يسلمها إلى المانح بعد تحصيلها. والقاعدة غير الإلزامية العادية هي أنه يجوز للدائن المضمون إما أن يخصص العائدات النقدية لسداد الالتزام المضمون، أو أن يحتجزها في حساب منفصل كضمانة إضافية. ويسري ذلك المبدأ عندما يكون النقد المقبوض فائدة، أو دفعة ممزوجة من الفائدة وأسهم رأس المال، أو أرباح أسهم؛ بل تتيح بعض الدول للدائن خيار أن يبيع أسهما إضافية ترد كأرباح (بمعاملة عائدات البيع كأنما كانت أرباحا نقدية) أو بأن يحتفظ بتلك الأسهم (على غرار نتاج الحيوانات) كموجودات مرهونة إضافية. غير أن من الشائع أيضا أن يتفق الدائن المضمون والمانح في الاتفاق الضماني على أنه يجوز أن يحتفظ المانح بأرباح الأسهم (سواء في شكل نقود أو أسهم) طالما أن المانح غير مقصر بموجب الاتفاق الضماني.

٥٦- وهناك تباين كبير في القواعد غير الإلزامية التي تنظم حق الدائن المضمون في التصرف في الموجودات المرهونة التي في حوزته. وتنص بعض الدول على أنه يجوز للدائن المضمون أن يحيل الالتزام المضمون والحق الضماني؛ أي أنه يجوز للدائن فعلا أن ينقل حيازة الموجودات المرهونة إلى الشخص الذي أحال إليه الدائن الالتزام المضمون. كما تنص بعض الدول على أنه يجوز للدائن المضمون أن ينشئ حقا ضمانيا في الموجودات المرهونة كضمانة لسداد دينه الخاص ("إعادة رهن الموجودات المرهونة") ما دام ذلك لا يعيق حق المانح في الحصول على الموجودات لدى سداد الالتزام المضمون. وكثيرا ما تقتصر اتفاقات إعادة الرهن هذه على الأسهم والسندات وغيرها من الصكوك التي تحفظ في حسابات أوراق مالية، إلا أنه يجوز للدائنين في بعض الدول أن يعيدوا رهن موجودات ملموسة مثل الماس والمعادن النفيسة والأعمال الفنية. وعلى خلاف ذلك، تمنع دول كثيرة الدائن المضمون الحائز من إعادة رهن الموجودات المرهونة، حتى إذا كان يستطيع أن يفعل ذلك بشروط لا تعيق حق المانح في استعادة موجوداته لدى أداء الالتزام المضمون.

٥٧- وعادة ما يتبع خطر هلاك الموجودات أو تدهورها الملكية، لا الحيازة. ومع ذلك، تنص دول كثيرة على أنه إذا أتلفت موجودات مرهونة في حيازة الدائن المضمون أو إذا أصيبت بتدهور غير عادي، يفترض أن الدائن المضمون هو المخطئ ويجب أن يعوِّض الخسارة. غير أن القاعدة غير الإلزامية ذاتها تنص عادة على أن الدائن لا يكون مسؤولا إذا استطاع أن يثبت أن الهلاك أو التدهور حدث دون خطأ منه. ونظرا إلى أنه من مصلحة الدائن المضمون دائما أن يكفل صون قيمة الموجودات المرهونة، تنص دول كثيرة على أن الدائن له مصلحة قابلة للتأمين. فإذا أمَّن الدائن المضمون ضد الهلاك أو التلف، أيا كان السبب، حق له أن يضيف تكلفة التأمين إلى الالتزام المضمون.

٥٨- وهذه القاعدة الأخيرة مثال خاص على مبدأ أوسع نطاقا يُسنّ كقاعدة غير إلزامية في دول كثيرة ويوصي به الدليل. فيجوز خصم المصروفات المعقولة التي يتكبّدها الدائن المضمون لدى الوفاء بالتزامه الحراسي بأن يعتني على نحو معقول بالموجودات المرهونة على المانح وإضافتها تلقائيا إلى الالتزام المضمون (انظر التوصية ١٠٩، الفقرة الفرعية (أ)). والضرائب المسدّدة وفواتير الإصلاحات ورسوم التخزين وأقساط التأمين كلها أمثلة على تلك المصروفات المعقولة التي يكون المانح مسؤولا عنها في النهاية.

(ج) القواعد غير الإلزامية عندما يكون المانح هو الحائز

٥٩- أحد أهداف السياسات العامة الرئيسية لنظام فعّال وكفء للمعاملات المضمونة هو تشجيع التصرف على نحو مسؤول من جانب المانح الذي يظل حائزا للموجودات المرهونة. ويتسق مع هذا الهدف تفادي الأعمال التي تنقص من قيمة الموجودات المرهونة على نحو يتجاوز انخفاض القيمة بسبب الاستعمال العادي. ومن ثم تفرض معظم الدول على المانح الحائز نفس الالتزام بالاعتناء والمحافظة الذي يقع على الدائنين المضمونين. ويشمل واجب العناية الذي يقع على المانح الحرص على أن تظل الموجودات المرهونة مؤمَّنا عليها على نحو سليم ودفع الضرائب فورا. وإذا تكبد الدائن المضمون تلك المصروفات، حتى وإن ظل المانح هو الحائز، يحق للدائن المضمون استرداد التكاليف من المانح ويجوز له أن يضيف تلك المصروفات إلى الالتزام المضمون.

٦٠- غير أنه بالإضافة إلى هذه القواعد الإلزامية، تسن دول كثيرة قواعد غير إلزامية لضمان المانح الحائز تهدف إلى زيادة الإمكانات الاقتصادية للموجودات المرهونة إلى أقصى حد ممكن. وبصورة خاصة، يعتبر تشجيع المانح على استخدام الموجودات المرهونة واستغلالها طريقة لتيسير توليد العائدات وسداد الالتزام المضمون. ولذلك كثيرا ما تنص

الدول على أن المانح الحائز لا يتنازل عن الامتيازات العامة للملكية (الحق في الاستخدام والتمتع، والحق في الحصول على الثمار، والحق في التصرف) لمجرد إنشاء حق ضماني، ما لم يُتفق على خلاف ذلك. ومعنى هذا أنه يحق للمانح، في الوضع العادي، أن يستخدم الموجودات المرهونة وأن يؤجرها ويعالجها ويخلطها مع موجودات أخرى بطريقة تكون معقولة ومتسقة مع طبيعتها والغرض منها والأهداف التي حددها الأطراف في الاتفاق الضماني. وفي تلك الحالات، ينبغي أن يكون للدائن المضمون حق رصد الظروف التي يحفظ فيها المانح الحائز الموجودات المرهونة ويستخدمها ويعالجها وحق فحصها في جميع الأوقات المعقولة (انظر التوصية ١٠٨، الفقرة الفرعية (ج)).

٦١- إذا كانت الموجودات المرهونة تتألف من موجودات تدر دخلا في حوزة المانح، بالقدر الذي يشمل فيه الحق الضماني للدائن الدخل أو العائدات المتأتية عن الموجودات، يجوز أن تتضمن واجبات المانح حفظ سجلات وافية وتقديم حسابات على نحو معقول فيما يتعلق بالتصرف في العائدات المتأتية من الموجودات المرهونة ومناولتها. ويتناول الباب التالي التزامات المانح المحددة في حالة الموجودات غير الملموسة (مثل الحق في تقاضي الأموال المقيدة في حسابات مصرفية، والإتاوات المتأتية من الترخيص باستخدام براءات الاختراع، وحقوق التأليف والنشر، والعلامات التجارية)، وخصوصا حق المانح في السداد في شكل مستحقات.

٦٢- وتوجد حاليا لدى دول كثيرة قاعدة غير إلزامية تحمي الثمار والعائدات (خلاف عائدات التصرف بالمعنى الضيق) من إعادة الرهن تلقائيا بموجب الاتفاق الضماني. وهدف هذه السياسة العامة هو إعطاء المانح فرصة للحصول على تمويل إضافي بعزل هذه الموجودات الجديدة عن الضمان القائم. وتضع دول أخرى قاعدة قصور بحيث تُرهن الثمار والعائدات تلقائيا بموجب الحق الضماني الأصلي. وهدف السياسة العامة هنا هو أن تتوقع الأطراف وتنوي عادة أن تُرهن الثمار والعائدات، وأن تجسِّد القاعدة غير الإلزامية هذه التوقعات العادية. وعلى أي حال، وحيث إن هذه القاعدة تُسن دائما كقاعدة تكميلية، فيجوز للأطراف فيما لو رغبت في استبعاد الثمار والعائدات، إما في وقت التفاوض على الضمان أو في أي وقت آخر بعد ذلك، أن تفعل ذلك دون قيد.

٦٣- ينص الدليل في الفصل الرابع بشأن إنشاء الحق الضماني (انظر التوصية ١٨) على أن الحق الضماني يشمل جميع العائدات التي تدرّها الموجودات المرهونة. أي، أن أي موجودات متأتية من الموجودات المرهونة التي في حوزة المانح تكون خاضعة للحق الضماني تلقائيا، ما لم يُتفق على خلاف ذلك، بصرف النظر عما إذا كانت تلك الموجودات الإضافية تعتبر ثمارا

مدنية أو طبيعية أم عائدات (بالمعنى الضيق للكلمة). وإذا كانت الثمار عينية (مثل زيادة نتاج الحيوانات أو أرباح في أسهم)، يجوز للمانح أن يستخدمها وأن يستغلها بنفس الشروط التي تخضع لها الموجودات المرهونة أصلا. وعندما تكون منتجات زراعية، مثل اللبن والبيض والصوف، تنص معظم الدول على أنه يجوز للمانح أن يبيعها وعلى أنَّ حقوق الدائن المضمون تمتد لتشمل العائدات المتحصلة لدى التصرف فيها. وعندما تكون الثمار المدنية إيرادات (مثل الإيجارات المتحصلة من إيجار ممتلكات والفوائد المقبوضة عند إقراض مال)، يشملها الحق الضماني ما دام يمكن التعرف عليها. ولكن المانح الحائز، كقاعدة، لا يحصِّل الثمار والإيرادات فحسب، بل يتصرف أيضا في الثمار في سياق العمل المعتاد خالية من الحق الضماني (التي يفترض أنها تدر إيرادات ستصبح موجودات مرهونة).

٦٤- ويعني واجب حفظ الموجودات المرهونة أن المانح الحائز عادة يكون مسؤولا عن الهلاك أو التدهور، سواء حدث بسبب خطأ منه أو نتيجة لحدث عرضي. وهذا يعني أن المانح مسؤول مهما يكن منشأ الهلاك ويكون تبَعا لذلك مقصرا بموجب الاتفاق، بخلاف الدائن المضمون الحائز الذي لا يكون مسؤولا تجاه المانح عن الهلاك أو التدهور الناجم عن حدث عرضي.

٦٥- ولا يحق للمانح من حيث المبدأ أن يتصرف في الموجودات المرهونة دون إذن من الدائن المضمون. وإذا فعل المانح ذلك، يأخذ المشتري الموجودات خاضعة للحق الضماني (انظر التوصية ٧٥). غير أنه يجوز للمانح، بصورة استثنائية، أن يتصرف في الموجودات المرهونة خالية من الحق الضماني إذا كانت تتألف من مخزونات أو من سلع استهلاكية وتباع في سياق عمل البائع المعتاد (انظر التوصية ٧٧). ورغم هذا التقييد على التصرف، ولأن المانح يحتفظ عادة بالاستخدام الكامل للموجودات المرهونة، تسنّ معظم الدول قواعد غير إلزامية تأذن للمانح بأن ينشئ حقوقا ضمانية إضافية ترهن موجودات مرهونة فعلا، والثمار والإيرادات التي تولدها وعائدات التصرف فيها. وتتسق توصيات الدليل مع هذا النهج. وعلاوة على ذلك، فإن عدم وجود صلاحية لدى المانح لمنح حقوق ضمانية إضافية لا يمنع تحقق إنشائها، حتى وإن كان القيام بذلك قد يشكل تقصيرا بموجب الاتفاق الضماني.

(د) القواعد غير الإلزامية بصرف النظر عن الطرف الحائز

٦٦- إضافة إلى الحقوق الممنوحة تحديدا للدائنين المضمونين والمانحين، والالتزامات المفروضة عليهم تحديدا، بسبب حيازتهم الموجودات المرهونة، تسُن دول كثيرة أيضا قواعد غير إلزامية تتناول حالتي الدائن المضمون الحائز (الضمان الحيازي) والمانح الحائز (الضمان

غير الحيازي). ومن هذه القواعد قاعدتان شائعتان تركز إحداهما على التزامات المانح والأخرى على حقوق الدائن المضمون.

٦٧- والقاعدة الأولى نتيجة طبيعية لفكرة أنه ينبغي للمانح الحائز أن يصون قيمة الموجودات المرهونة. وإذا ما حدث انخفاض كبير في قيمة الموجودات المرهونة حتى لأسباب لا علاقة لها بأي تقصير في العناية من جانب الطرف الحائز، تنص بعض الدول على أنه يتعين على المانح أن يقدّم ضمانا إضافيا (أو موجودات إضافية) لتعويض الانخفاض غير المتوقع في القيمة. وعلاوة على ذلك، كثيرا ما تطبق هذه القاعدة على التدهور الطبيعي في قيمة الموجودات المرهونة نتيجة لبلى الاستعمال أو ظروف السوق، متى يبلغ ذلك التدهور نسبة كبيرة من القيمة الأصلية للموجودات المرهونة. غير أنه عادة ما تنص الأطراف في اتفاقها على أحكام تصحيحية، وتحدد بتفصيل الظروف التي يتوجب فيها على المانح تقديم موجودات إضافية فيما لو انخفضت قيمة الموجودات المرهونة فجأة.

٦٨- وتتعلق قاعدة غير إلزامية ثانية شائعة بحق الدائن المضمون في أن يحيل كلا من الالتزام المضمون والحق الضماني المرتبط به. وفي حال عدم وجود اتفاق على ما يخالف ذلك يجوز للدائن المضمون أن يحيل دون قيد الالتزام المضمون والحق الضماني المصاحب له (انظر مثلا المادة ١٠ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة للمستحقات والتوصية ٢٤). بل تنص بعض الدول على أنه يجوز للدائن المضمون أن يفعل ذلك رغم وجود قيود تعاقدية على الإحالة (انظر الفقرة ١ من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة والتوصية ٢٣). وعندما يكون الدائن المضمون حائزا للموجودات المرهونة يعني ذلك ضمنا أنه يجوز له أن يحيل الحيازة أيضا إلى الدائن المضمون الجديد. غير أنه في كلتا الحالتين، وفي حال عدم وجود اتفاق محدَّد على خلاف ذلك بين المانح والدائن المضمون الأصلي (المحيل) يأذن بترتيب من هذا القبيل، لا يستطيع المحال إليه الالتزام المضمون اكتساب حقوق تجاه المانح أو ادعاء امتيازات فيما يتعلق بالموجودات المرهونة تتجاوز ما يمكن أن يطالب به المحيلُ.

باء- تعليقات تخص الموجودات تحديدا

٦٩- تعنى القواعد الإلزامية وغير الإلزامية المتصلة بحقوق الأطراف والتزاماتها السابقة للتقصير بالأسلوب الذي توزع به امتيازات الملكية ومسؤولياتها بين المانح والدائن المضمون. وأهم ما يتضمّنه ذلك هو: (أ) الالتزام (الذي يفرض دائما على الطرف الحائز للموجودات المرهونة)، ليعتني بها ويصونها ويحفظها؛ (ب) وحق استخدام الموجودات المرهونة وتحويلها وخلطها وصنعها؛ (ج) وحق تحصيل الثمار والإيرادات والعائدات التي تدرّها الموجودات

وتخصيصها لاستخدامه الخاص وفي بعض الدول؛ (د) مدى تمتع الدائن المضمون بالحق في رهن الموجودات المرهونة أو إعادة رهنها أو التصرف فيها، سواء كانت خالية من الحق الضماني أو خاضعة له.

٧٠- تتناول تلك القواعد عموما الحالات المتعلقة بالموجودات الملموسة. ورغم ذلك، يلاحظ الدليل في الفصل الثالث (النهوج الأساسية إزاء الضمان) أهمية الممتلكات غير الملموسة، وبالأخص الحق في السداد فيما يتعلق بموجودات قد يرهنها المانح. وفي حين أن فئات معينة من الموجودات غير الملموسة مستبعدة من الدليل (مثل الأوراق المالية وحقوق السداد بموجب عقود تمويلية، انظر التوصية ٤، الفقرتان الفرعيتان (ج) و(د))، فهو يشمل أنواعا كثيرة أخرى من الموجودات غير الملموسة، وبالأخص المستحقات التعاقدية وغير التعاقدية، والحقوق في تقاضي الأموال المقيدة في حساب مصرفي، وحقوق تحصيل العائدات بمقتضى تعهد مستقل (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية (أ)).

٧١- ويشمل إنشاء حق ضماني في شكل حق في السداد بالضرورة أطرافا أخرى خلاف المانح والدائن المضمون، وأوضحهم هو المدين بالمستحق. ولأن الموجودات المرهونة التزامات يدين بها شخص ثالث للمانح، فإن الدول طلبت وضع قواعد تفصيلية لتنظيم العلاقة الثلاثية بين الأطراف وبينها وبين الأطراف الثالثة. وتتناول هذه القواعد حقوق والتزامات الأطراف والأطراف الثالثة، سواء كان الحق في السداد ناشئا بموجب موجودات ملموسة (مثل صك قابل للتداول أو مستند قابل للتداول)، أو بموجب موجودات غير ملموسة (مثل مستحق، أو حقوق في سداد أموال مقيدة في حساب مصرفي، أو عائدات بمقتضى تعهد مستقل). ومعظم القواعد المتصلة بالعلاقة بين المانح والدائن المضمون، من ناحية، والمدين بمقتضى الالتزام (وهو ما يسميه الدليل الأطراف الثالثة الملتزمة) من ناحية أخرى، قواعد إلزامية، وإن كان بعضها غير إلزامي. ويتناول الفصل التاسع بالتفصيل حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها.

٧٢- ويركز هذا الباب على الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير بين المحيل (المانح) والمحال إليه (الدائن المضمون) (للاطلاع على تعريف مصطلحي "المحيل" و"المحال إليه"، انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات). وفيما يتعلق بالموجودات الملموسة، فإن الموقف الذي تتخذه معظم الدول هو أنه ينبغي للأطراف ذاتها أن تحدد حقوقها والتزاماتها السابقة للتقصير (انظر التوصية ١٠٦). وبالتالي تكون غالبية القواعد المتعلقة بتلك الحقوق والالتزامات غير إلزامية. ومع ذلك، ونظرا لما يمكن أن يكون لهذه القواعد من أثر على أطراف ثالثة، فإن الدول تعتمد في الغالب مزيجا من القواعد الإلزامية وغير الإلزامية. وتقدّم المواد ١١ إلى ١٤

من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة مثالا جيدا على هذه الممارسة في حالة الإحالات الدولية للمستحقات.

٧٣- ويتعلق بعض من أهم أجزاء الاتفاق المبرم بين المحيل والمحال إليه بالإقرارات المقدّمة من المحيل إلى المحال إليه. وفي الحالة العادية يفترض ما يلي: (أ) أن المحيل له حق إحالة المستحق؛ (ب) لم تسبق إحالة المستحق؛ (ج) ليس للمدين بالمستحق أي دفوع أو حقوق في المقاصة يمكن التمسك بها تجاه المحيل. أو بعبارة أخرى، إذا كانت لدى المحيل شكوك بشأن أي من هذه المسائل يجب أن يذكرها صراحة في الاتفاق أو يجب أن يفيد صراحة أنه لا يقدّم أي إقرارات إلى الدائن المضمون بشأنها. وعلى أي حال، وبالتوازي مع التزامات المحيل السابقة للتقصير بالنسبة لموجودات ملموسة، يجب أن يتخذ المحيل كل الخطوات المعقولة اللازمة لحفظ الحق القانوني في تحصيل إيرادات المستحقات. ومن ناحية أخرى يفترض أن المحيل لا يقرّ بقدرة المدين بالمستحق الفعلية على السداد، ما لم يقرّ المحيل بالتحديد خلافا لذلك. وترد تلك الالتزامات المختلفة في شكل قواعد غير إلزامية في القانون الوطني لمعظم الدول، ويوصى بها الدليل على هذا النحو (انظر التوصية ١١٠).

٧٤- ولما كانت قيمة المستحق المحال تتألف من سداد المدين للمستحق، ولما كان ذلك المدين غير ملزم بالسداد للمحال إليه إلا إذا كان يعلم فعلا حقوق المحال إليه (انظر التوصيتين ١١٤ و١١٥)، فمن المهم زيادة قدرة المحال إليه على إعلام المدين بوجود الإحالة إلى أقصى حد. ولذلك تنص معظم الدول على أنه يجوز أن يخطر إما المحيل أو المحال إليه المدين وأن يُعطى تعليمات بخصوص كيفية السداد. ومع ذلك، بغية الحيلولة دون إصدار تعليمات متضاربة، فعادة ما تنص هذه الدول أيضا على أنه لا يجوز بعد توجيه إشعار بالإحالة إلا للمحال إليه أن يرشد المدين بشأن أسلوب السداد ومكانه. ويعتمد الدليل أيضا هذا الإطار الراسخ لإخطار المدين بالمستحق (انظر التوصية ١١١).

٧٥- وقد تكون هناك بالطبع أوضاع لا يرغب فيها المحيل والمحال إليه كلاهما (أو أحدهما فقط) أن يكون المدين بالمستحق على علم بالإحالة. وقد تتعلق هذه الرغبة بسمات معينة لأعمال المانح التجارية أو بظروف اقتصادية عامة. ولذلك تنص الدول عادة على أنه يجوز للمحيل والمحال إليه أن يتفقا على تأجيل إخطار المدين بالمستحق بأن الإحالة قد حدثت حتى وقت ما لاحق. وحتى حين توجيه ذلك الإشعار، يواصل المدين بالمستحق السداد للمحيل وفقا للاتفاق الأصلي المبرم بينهما أو وفقا لأي تعليمات سداد لاحقة. وعندما يخل أحد الطرفين (وهو المحال إليه عادة) بالتزام بعدم الإخطار لا ينبغي أن يضر ذلك بالمدين بالمستحق. ويطلب إلى المدين بعد ذلك أن يسدّد وفقا للتعليمات الصادرة ويحق له أن يحصل

على إبراء لذمته عن المبالغ المسدّدة على هذا النحو (انظر التوصية ١١٥). ومع ذلك تنص أيضا دول كثيرة على أنه ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، يجوز أن تترتب على ذلك الإخلال بالالتزام بعدم توجيه إشعار مسؤوليةُ عن أي أضرار ناجمة عن ذلك. ويوصي الدليل بأن تحكم هذه المبادئ العامة إخطار المدين بالمستحق بالإحالة (انظر التوصية ١١١).

٧٦- ونظرا إلى أن الحق في السداد هو الهدف الفعلي من الضمان، فمن المهم تحديد مفعول أي سداد من جانب المدين بالمستحق (سواء كان للمحيل أو للمحال إليه) على حقوق كل من المحيل والمحال إليه. وقد سنّت دول كثيرة قواعد غير إلزامية تحكم السداد بحسن نية الذي قد لا ينفّذ بالفعل وفقا لقصد المحيل أو المحال إليه. ويمكن أن يحدث ذلك أحيانا لأن المدين بالمستحق قد تلقى تعليمات سداد متضاربةً أو علم بالإحالة دون أن يكون قد تسلمَّ فعلا إشعارا رسميا بها.

٧٧- وهناك حالتان نمطيتان تتناولهما هذه القواعد عادة. فأولا، حتى إن لم يقدّم أي إخطار بالإحالة إلى المدين بالمستحق، قد ينفّذ السداد بالفعل للمحال إليه أو يتسلمه المحال إليه. ونظرا للغرض من الحق الضماني في المستحق، يكون الأكثر كفاءة هو أن يحق للمحال إليه أن يحتفظ بالمبلغ المسدّد، مع تخصيصه لتخفيض التزام المحيل. وبالمثل، إذا سدّد مبلغ للمحيل بعد تنفيذ الإحالة، وبصرف النظر أيضا عما إذا كان المدين بالمستحق قد تسلمّ إشعارا، ينبغي إلزام المحيل بأن يحول المبلغ المقبوض إلى المحال إليه. وبالمثل، حالما قُدّم الإشعار، إذا كان جزء من الالتزام بالسداد هو إعادة موجودات ملموسة معيَّنة إلى المحيل، كثيرا ما تنص الدول على أنه ينبغي أن تسلَّم تلك الموجودات إلى المحال إليه. فمثلا إذا كان جزء من الالتزام بالسداد من جانب المدين بالمستحق يقصد منه نقل صك قابل للتداول إلى المحال إليه، ينبغي، حالما يرد الإشعار، أن ينقل ذلك الصك القابل للتداول إلى المحال إليه. ويوصي الدليل باعتماد هذه المجموعة من الممارسات لتنظيم عمليات السداد الموجهة توجيها غير صائب (انظر التوصية ١١٢، الفقرة الفرعية (أ)). وبطبيعة الحال فإن القواعد التي تعتمدها دول كثيرة غير إلزامية في كل هذه الحالات، والنتيجة هي أنه قد ينص المحيل والمحال إليه في اتفاقهما على نتيجة مختلفة.

٧٨- وفي حالة إحالات متعدّدة لأحد المستحقات، قد يتلقى المدين بالمستحقات إشعارات متعدّدة وقد لا يكون متأكّدا من أي المحال إليهم له أفضل حق في السداد. وأحيانا يجري السداد بحسن نية إلى محال إليه أدنى مرتبة في الأولوية. وفي تلك الحالات، تنص الدول عادة على أنه لا ينبغي أن يُحرم المحال إليه المتقدم الأولوية من حقوقه في السداد، ولا أن يحرم، عندما يكون الالتزام بالسداد ينطوي على إعادة الموجودات للمحيل، من حقوقه في أن يتلقى

تلك الموجودات أيضا. ويجب أن يسلِّم المحال إليه الأدنى مرتبة في الأولوية سداد الموجودات للمحال إليه الأعلى مرتبة في الأولوية. ويوصي الدليل، تمشيا مع النهج العام الذي يتبعه إزاء توزيع الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير بين المحيل والمحال إليه، بأن تحكم هذه المبادئ العامة الحالات التي جرى فيها السداد بحسن نية لشخص لم يكن له الحق فعلا في تلقيه (انظر التوصية ١١٢، الفقرة الفرعية (أ)).

٧٩- وأيا كانت الظروف التي يتلقى فيها المحال إليه السداد، تنص الدول دائما من خلال قاعدة إلزامية على أن المحال إليه لا يجوز له أن يحتفظ إلا بما يسدَّد له في حدود حقوقه في المستحق. وبعبارة أخرى، وبخلاف حالة الإنفاذ العادي اللاحق للتقصير (انظر الفصل العاشر، الإنفاذ)، إذا كان المبلغ المسدَّد من المدين بالمستحق أكثر من مديونية المحيل المستحقة، لا يجوز أن يحتفظ المحال إليه بالفائض (انظر التوصية ١٥١). ويجب أن يحوّل المحال إليه الفائض إلى الشخص الذي يحق له الحصول عليه (أي المحال إليه أو المحيل التالي في المرتبة، حسب الحالة). وبنفس الطريقة التي يجب فيها على الدائن المضمون التي وُفِّي حقه كاملا إما أن يسلم الموجودات الملموسة إلى المانح أو أن يكفل شطب الإشعار بحقوقه من سجل الحقوق الضمانية العام. وعادة ما توجب الدول أيضا على المحال إليه الذي وُفِّي حقه كاملا أن يُعلم المدين بالمستحق بذلك وبأنه لا ينبغي أن يتلقى السداد بعد ذلك. وهذا هو الموقف الذي يوصي به الدليل (انظر التوصية ١١٢، الفقرة الفرعية (ب)).

٨٠- وهذه القواعد الإلزامية وغير الإلزامية المتعلقة بالحقوق والالتزامات السابقة للتقصير لمحيلي موجودات غير ملموسة والمحال إليهم تلك الموجودات تساعد على تشكيل العلاقة التي تربط بينهم. وتجسّد القواعد غير الإلزامية بطرائق شتى ما يقصد أن تحقّقه القواعد التكميلية، وهذا هو سبب ذكرها صراحة في القانون الوطني لدول كثيرة. ولهذا السبب أيضا يوصي الدليل بأن تدرج ضمن أي قانون يتعلق بالمعاملات المضمونة لأجل تيسير كفاءة إحالة المستحقات وتحصيلها، مع السماح في الوقت نفسه للمحيلين والمحال إليهم بأن يشكّلوا معاملاتهم الخاصة بهم بطرائق مختلفة كي تفي باحتياجاتهم ورغباتهم الخاصة.

جيم- التوصيات

[ملحوظة موجّهة للجنة: لعلّ اللجنة تودّ أن تلاحظ أنه نظرا إلى أن الوثيقة *A/CN.9/637* تتضمّن مجموعة موحّدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، لم تستنسخ التوصيات هنا، وحالما توضع التوصيات في صيغتها النهائية ستُستنسخ في نهاية كل فصل.]