

Distr.: General
25 September 2007
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



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

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

مذكّرة من الأمانة

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات
٢	٣٨-١ تاسعا- حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها
٢	٣٨-١ ألف- ملاحظات عامة
٢	٥-١ ١- مقدمة
٣	٣٨-٦ ٢- مفعول الحق الضماني على التزامات الطرف الثالث المدين
٣	٧-٦ (أ) ملاحظات عامة
٤	٢١-٨ (ب) مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بالمستحق
٩	٢٦-٢٢ (ج) مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بمقتضى صك قابل للتداول
١٠	٣٢-٢٧ (د) مفعول الحق الضماني على التزامات المصرف الوديع
	(هـ) مفعول الحق الضماني على التزامات الكفيل/المصدر أو المثبت أو
١٢	٣٦-٣٣ الشخص المسمى بمقتضى تعهّد مستقل
	(و) مفعول الحق الضماني على التزامات المصدر أو مدين آخر بمقتضى
١٤	٣٨-٣٧ مستند قابل للتداول
١٥	 باء- التوصيات



تاسعا- حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها

ألف- ملاحظات عامة

1- مقدمة

١- المثال النموذجي لمعاملة مضمونة هو عندما يرهن المانح موجودات ملموسة مثل معدات أو مخزونات لصالح الدائن المضمون. غير أن الدليل يلاحظ أيضا، في الفصل الثالث، أهمية الموجودات غير الملموسة في المعاملات المضمونة الحديثة. ومع أنه يمكن استبعاد فئات معينة من الموجودات غير الملموسة من الدليل، إلا أنه ترد فيه كثير من الأنواع الأخرى من الموجودات غير الملموسة وبوجه خاص الحقوق في السداد (انظر التوصية ٢، الفقرة الفرعية (أ)).

٢- وعندما يتألف الموجود المرهون في سياق معاملة مضمونة من حق تجاه طرف ثالث تكون المعاملة المضمونة بالضرورة أكثر تعقدا مما إذا كان الموجود المرهون شيئا بسيطا مثل قطعة من المعدات. ويمكن أن تشمل تلك الحقوق تجاه أطراف ثالثة "مستحقات" أو "صكوكا قابلة للتداول" أو "مستندات قابلة للتداول" أو "حقوقا في تحصيل العائدات. بمقتضى تعهد مستقل" أو "حقوقا في تسديد أموال مودعة في حساب مصرفي" (للاطلاع على تعريف هذه المصطلحات، انظر الباب باء، المقدمة، المصطلحات). وفي حين أن هذه الحقوق تجاه أطراف ثالثة تتباين من نواح هامة فهي تشترك في سمة أساسية، وهي أن قيمة الموجود المرهون هي الحق في الحصول على الأداء من طرف ثالث مدين (أي الطرف الثالث المدين للمانح بالتزام). ويمكن أن تكون هناك حقوق تجاه أطراف ثالثة غير مندرجة في فئة من هذه الفئات الخمس لا ينص الدليل على توصيات محددة بشأنها. ويشمل الدليل هذه الحقوق كذلك عندما تستعمل كموجودات مرهونة، كما تنطبق نفس المبادئ التي نوقشت في هذا الفصل فيما يتعلق بالفئات المحددة الخمس على هذه الحقوق الأخرى، إلا بقدر ما تقتضي طبيعتها قاعدة مختلفة يمكن العثور عليها في مجموعة قوانين أخرى تتناول تلك الحقوق تحديدا. وسيركّز الجزء الباقي من هذا الفصل على الفئات الخمس من الحقوق المشار إليها أعلاه.

٣- ويستخدم الدليل مصطلحات مختلفة لوصف الطرف الثالث المدين، حسب طبيعة الحق تجاه طرف ثالث الذي يكون موجودا مرهونا. فعندما يكون الحق عبارة عن مستحق، مثلا، يشار إلى الطرف الثالث المدين بأنه "المدين بالمستحق" وعندما يكون الحق حقا في العائدات. بمقتضى تعهد مستقل يشار إلى الطرف الثالث المدين بأنه "الكفيل/المصدر أو المثبت أو شخص مسمّى آخر" (للاطلاع على تعريف هذه المصطلحات، انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات).

٤ - وعندما يكون الموجود المرهون حقا تجاه طرف ثالث مدين، ليس للمعاملة المضمونة مفعول على المانح والدائن المضمون فحسب بل قد تؤثر أيضا على الطرف الثالث المدين. وبالتالي، توفر الدول عادة حماية مناسبة من الآثار السلبية التي يمكن أن تقع على الطرف الثالث المدين، خاصة وأن ذلك المدين ليس طرفا في المعاملة المضمونة. ومن ناحية أخرى، ينبغي ألا تثقل وسائل الحماية تلك دون داع العبء على إنشاء حقوق ضمانية في حقوق تجاه أطراف ثالثة مدينة، نظرا إلى أن الحقوق الضمانية تيسر تقديم دائن مضمون ائتمانا إلى المانح، وهو ما قد يعود بالنفع أيضا على الطرف الثالث المدين.

٥ - ويبحث الفصل الثامن القواعد التفصيلية التي تحكم الحقوق والالتزامات المتبادلة للمانحين والأطراف المضمونة عندما تكون الموجودات المرهونة حقا في الحصول على السداد. ويستعرض هذا الفصل في البداية في الباب ألف-٢ (أ) عددا من المسائل العامة. ثم يتناول في الأبواب من ألف-٢ (ب) إلى ألف-٢ (و) حقوق والتزامات الأطراف الثالثة المدينة في مختلف السياقات التي تنشأ فيها في أغلب الأحوال. ويختتم الفصل، في الباب باء، بمجموعة من التوصيات.

٢ - مفعول الحق الضماني على التزامات الطرف الثالث المدين

(أ) ملاحظات عامة

٦ - تسلم الدول عموما بأن من غير المناسب أن يغير حق ضماني في حق الحصول على الأداء من طرف ثالث مدين طبيعة التزام الطرف الثالث المدين أو حجم ذلك الالتزام. ويرد هذا المبدأ الأساسي في صكوك دولية أيضا. فمثلا، لا تسمح المادة ١٥ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة بأي تغيير في الالتزام، سوى ما يتعلق بهوية الشخص الواجب السداد له (والعنوان أو الحساب الذي يجب أن يوجه إليه السداد، مع بعض القيود؛ انظر الفقرة ١١، أدناه). وهذا المبدأ عام وينطبق بالمثل على الأطراف الثالثة المدينة بصرف النظر عن الكيفية التي ينشأ بها الالتزام أو الطريقة التي يعرب بها عنه (سواء كان الالتزام، مثلا، حقا في سداد بموجب صك قابل للتداول، أو حقا في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، أو حقا في تحصيل العائدات بمقتضى تعهد مستقل أو حقا بمقتضى مستند قابل للتداول).

٧ - وعندما يثبت صك قابل للتداول أو مستند قابل للتداول حقا تجاه طرف ثالث مدين، فإن هذا المبدأ مجسد بالفعل في قوانين راسخة لدى معظم الدول ويورد بالتفصيل مفعول الإحالة على التزام المدين. ويشار إلى هذه المجموعة من القوانين عموما في الدليل

بعبارة قانون الصكوك القابلة للتداول. وليست هناك حاجة إلى قانون للمعاملات المضمونة لإعادة إنشاء تلك القواعد. وتبعاً لذلك، يدعّن هذا الدليل عموماً لتلك المجموعات من القوانين فيما يتعلّق بتنفيذ هذا المبدأ. وتوجد وسائل حماية مماثلة بموجب القانون الذي يحكم الحسابات المصرفية والقانون والممارسة اللذين يحكمان التعهّدات المستقلة، ويدعّن الدليل لها هي الأخرى.

(ب) مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بالمستحق

٨- مع أن مفعول الحق الضماني على المدين بمقتضى صك قابل للتداول أو مستند قابل للتداول راسخ في معظم الدول، فهذا ليس هو الحال دائماً فيما يتعلّق بمستحق يخضع لحق ضماني. وبالتالي، يتناول الدليل بشيء من التفصيل مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بالمستحق. ويستمد الدليل في معظمه سياساته وتوصياته (حرفياً في الغالب) من القواعد المناظرة الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة.

٩- ولا يمكن حالياً في كثير من الدول منح حق ضماني في مستحق. والآلية الوحيدة التي يمكن بها للمدين بمستحق أن يستخدم المطالبة كموجود لضمان قرض هي تحويل (أو إحالة) المطالبة إلى دائن. وعلاوة على ذلك، لا يمكن في بعض الدول إحالة مطالبة على سبيل الضمان (أي جعل حق المحال إليه في تحصيل المستحق مشروطاً باستمرار كون المحيل نفسه مديناً للمحال إليه بالتزام). ففي هذه الدول، إنما تجوز الإحالات التامة (أو المحضة) للمستحقّات. وبصرف النظر عن نوع المعاملة (أي سواء كانت إحالة تامة أو ترتيباً ضمانياً سُمّي حقاً ضمانياً أو إحالة على سبيل الضمان)، فإن الآليات القانونية التي تُنشأ بها الحقوق والالتزامات المتبادلة للأطراف، وحقوقهم تجاه أطراف ثالثة مدينة، متماثلة. ولهذا السبب ولأنه يصعب في بعض الأحيان التحديد الدقيق لطبيعة المعاملة الأساسية بين المحيل والمحال إليه، فإن كثيراً من الدول تعامل جميع أشكال إحالة المستحقّات عموماً بنفس الطريقة.

١٠- وهذا هو النهج المتّبع في اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، وتمثّياً مع هذا النهج لا يشمل الدليل الحقوق الضمانية في المستحقّات فحسب بل والإحالات التامة والإحالات على سبيل الضمان أيضاً (انظر التوصية ٣؛ وللاطلاع على تعريف المصطلحات "الإحالة" و"المحيل" و"المحال إليه" والمصطلحات ذات الصلة، انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات). ولذلك تتناول المناقشة أدناه المدين بالمستحق في المعاملات التي أحيل فيها المستحق إحالة تامة أو استُخدم كموجود مرهون (سواء في إحالة تامة لأغراض ضمانية أم في إحالة على سبيل الضمان)، ويستخدم مصطلح "الإحالة" في هذا الفصل للإشارة إلى جميع أنواع المعاملات

الثالثة، ما لم يبيّن خلاف ذلك. غير أن هذا لا يؤدي إلى جعل الإحالة التامة لمستحق معاملةً مضمونة (انظر التوصية ٣).

١١- وتنص اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، مع القليل من الاستثناءات، على أن إحالة المستحق لا تمسّ بحقوق المدين بالمستحق والتزاماته دون موافقته. ويوجد مبدأ مماثل في القانون الوطني لكثير من الدول. والأثر الوحيد الذي يمكن أن يكون للإحالة على المدين بالمستحق هو تغيير الشخص أو العنوان أو الحساب الوديع المطلوب من المدين بالمستحق أن يسدّد له. ولكن، من أجل عدم فرض مشقة على المدين بالمستحق، تنص اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة على أنه لا يجوز أن تؤدي تلك التغييرات في الشخص أو العنوان أو الحساب المسدّد إليه إلى تغيير لعملة السداد أو الدولة المحدد إجراء السداد فيها، إلا إذا كان التغيير يخص عملة الدولة التي يقع فيها مقر المدين بالمستحق (انظر اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، المادة ١٥، والتوصية ١١٤).

١٢- وعندما تكون إحالة المستحق إحالة تامة تتغيّر أيضا ملكية الحق في الحصول على الأداء من المدين بالمستحق. وفي حين تصف بعض الدول هذا النوع من المعاملات بأنه ينطوي على تغيير في الملكية، تنص دول أخرى ببساطة على أن المطالبة التي تتجلى في المستحق أحيلت إلى ذمة المحال إليه. ومهما يكن وصف المعاملة، فهي لا تعني بالضرورة أن الطرف المطلوب السداد له يتغير أيضا. والسبب هو أن المحال إليه يعقد في حالات كثيرة ترتيبا خدميا أو ترتيبا مماثلا مع المحيل يستمر هذا الأخير بمقتضاه في تحصيل المستحق نيابة عن المحال إليه.

١٣- وحتى عندما تكون إحالة المستحق على سبيل الضمان فإن المعاملة تنظم في بعض الأحيان وكأنها إحالة مباشرة إلى المحال إليه. وفي هذه الحالات، يقوم المحيل عادة بتحصيل المستحق أيضا نيابة عن المحال إليه، غير أنه لا يتعين عليه أن يردّ أكثر مما يلزم بمقتضى الاتفاق بينهما، ما لم يحدث تقصير. وعلى نقيض ذلك، تكون الإحالة في بعض الأحيان مشروطة ولا يكتسب المحال إليه حقوقا في المستحق حتى يحدث تقصير من جانب المحيل. وإلى ذلك الحين، يستمر الطرف الثالث المدين في السداد للمحيل بمقتضى شروط الالتزام الأصلي المبرم بينهما.

١٤- وتكون النتيجة عادة مماثلة عندما تنطوي إحالة المستحق على إنشاء حق ضاماني. فالإحالة لا تعني بالضرورة تغيير الطرف المطلوب السداد له. وفي كثير من الحالات، يتمثل الترتيب بين المحيل والمحال إليه في أن يكون السداد إلى المحيل (على الأقل قبل أي تقصير من جانب المحيل). وعلى العموم لا يسعى المحال إليه إلى الحصول على السداد مباشرة من المدين

بالمستحق، إلا عند حدوث تقصير. وفي حالات أخرى، تتفق الأطراف على أن يجري السداد إلى المحال إليه. ومقتضى هذه الأنواع من الترتيبات، يحتفظ المحال إليه عادة بالمال المقبوض في حساب مستقل ولا يسحب من هذا الحساب إلا مبلغاً ضرورياً للوفاء بالتزام المحيل بالسداد. ويحتفظ بالرصيد للمحيل ويُرد بعد سداد الائتمان بالكامل.

١٥- ونظراً إلى أن ذمة المدين بالمستحق لا تبرأ إلا بقدر السداد إلى الطرف الذي يحق له السداد بموجب القانون (ولا يجوز أن تبرأ إذا جرى السداد إلى طرف مختلف)، فإن للمدين مصلحة واضحة في معرفة هوية الطرف المطلوب السداد إليه (والذي لا يكون بالضرورة "مالك" المستحق). وهكذا فإن دولاً كثيرة تحمي المدين بالمستحق بالنص على أن تبرأ ذمة المدين بالمستحق بالسداد وفقاً للعقد الأصلي إلى أن يتلقى إشعاراً بالإحالة وبأي تغيير في الشخص أو العنوان الذي ينبغي توجيه السداد إليه. وهذا المبدأ يوفر حماية هامة للمدين بالمستحق حيث إنه يبطل احتمال اكتشاف أن السداد لا يبرئ ذمة المدين بالمستحق لأن السداد جرى لصالح طرف لم يعد دائن المستحق، حتى وإن كان المدين بالمستحق لا علم له بتغيير دائن المستحق (انظر اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، المادة ١٧، الفقرة ١، والتوصية ١١٥، الفقرة الفرعية (أ)).

١٦- ولكن، حالما يتلقى المدين بالمستحق إشعاراً بالإحالة وبأي تعليمات جديدة بشأن السداد، يكون من المناسب إلزامه بأن يسدد وفقاً للإحالة والتعليمات (رهنًا بالقيد المذكور في الفقرة ١٠ أعلاه بأنه لا يجوز أن تغير التعليمات عملة السداد ولا الدولة المطلوب إجراء السداد فيها إلا إذا كان التغيير إلى الدولة التي يقع فيها مقر المدين بالمستحق). وهذا المبدأ بالغ الأهمية للحدوى الاقتصادية للمعاملات المضمونة التي تكون فيها الموجودات المرهونة التي يعتمد عليها الدائن المضمون مستحقات. فإذا ظل في وسع المدين بالمستحق أن يسدد إلى المحيل ربما حرم ذلك المحال إليه من قيمة الإحالة. وتنخفض قيمة المستحق لأن أي سداد يجريه المدين بالمستحق يخفض الرصيد المتبقي من المستحق. ومن الأهمية بمكان أن يتأتى الحصول على السداد مباشرة من المدين بالمستحق حالما تُوجّه التعليمات خصوصاً عندما يكون المحيل في ضائقة مالية (انظر اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، المادة ١٧، الفقرة ٢، والتوصية ١١٥، الفقرة الفرعية (ب)).

١٧- وكما لوحظ أعلاه، ليس من الملائم أن تغير إحالة أحد المستحقات طبيعة التزام المدين بالمستحق أو حجم ذلك الالتزام. ومما يترتب على هذا المبدأ أنه لا ينبغي للإحالة التي تتم دون موافقة المدين بالمستحق أن تحرمه من الدفع الناشئة عن العقد الأصلي أو من

حقوق المقاصة الناشئة قبل استلام الإشعار بالإحالة (انظر اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، المادة ١٨، والتوصية ١١٦).

١٨- غير أن هذا المبدأ لا ينبغي أن يمنع المدين بالمستحق من الموافقة على عدم التمسك تجاه المحال إليه بالدفع أو حقوق المقاصة التي كان يمكن أن يتمسك بها تجاه المحيل. ومفعول موافقة من هذا القبيل هو أن يضفي على المستحق نفس نوع "قابلية التداول" التي تمكّن "الحامل السليم النية" أو "المشتري المتمتع بالحماية" من إنفاذ الصكوك القابلة للتداول، بصرف النظر عن الدفع أو حقوق المقاصة (للاطلاع على معنى "الحامل المتمتع بالحماية"، انظر، مثلاً، المادة ٢٩ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج (الكمبيالات) الدولية والسندات الإذنية الدولية^(١) (اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج والسندات الإذنية)). ولما كان من الممكن أن يكون المستحق قد ضمّن في سند إذني قابل للتداول أو ما شابه ذلك من الصكوك القابلة للتداول بموافقة المدين بالمستحق، ليس هناك ما يمنع المدين بالمستحق من الموافقة على نفس النتيجة التي كانت سوف تتحقّق من استخدام سند إذني قابل للتداول أو صك مماثل قابل للتداول (انظر التوصية ١١٧، الفقرة الفرعية (أ)). غير أن هناك في معظم الدول، مثلما هناك في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج والسندات الإذنية، دفعوا معيّنة يمكن التمسك بها حتى تجاه الحامل السليم النية أو غيره من المشتريين المتمتعين بالحماية (انظر، مثلاً، الفقرة (١) من المادة ٣٠ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج والسندات الإذنية). والمفترض مبدئياً أن تتحقّق النتيجة ذاتها متى وافق المدين بالمستحق على عدم التمسك بدفع تجاه الطرف الذي يحال إليه المستحق (انظر اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، المادة ١٩، الفقرة ٢، والتوصية ١١٧، الفقرة الفرعية (ب)).

١٩- وعندما ينشأ مستحق بموجب عقد، يمكن دائماً أن يتفق المدين بالمستحق مع دائنه الأصلي على تعديل شروط الالتزام في وقت لاحق. وإذا جرت إحالة ذلك المستحق وجب تحديد مفعول ذلك التعديل على حقوق المحال إليه. وإذا حدث التعديل قبل الإحالة فإن الحق المحال فعلاً إلى المحال إليه هو المستحق الأصلي بشكله المعدّل على هذا النحو. وتتخذ معظم الدول أيضاً موقفاً مؤداه أن المدين بالمستحق لا يتأثر بالإحالة التي لا علم له بها. فعلى سبيل المثال، إذا حدث التعديل بعد الإحالة ولكن قبل أن يعلم المدين بالمستحق أن الدائن قد أحال المستحق، فمن المعقول أن يعتقد المدين بالمستحق أن اتفاق التعديل قد أبرم مع دائن المستحق وأنه سيكون بالتالي نافذ المفعول. وتبعاً لذلك، تنص الدول عموماً على أن تعديلاً من هذا

(١) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.95.V.16.

القبيل يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه (انظر اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، مثلا، المادة ٢٠، الفقرة ١، والتوصية ١١٨ الفقرة الفرعية (أ)).

٢٠- وإذا أبرم اتفاق تعديل شروط المستحق بعد أن حدثت الإحالة فعلا وبعد إشعار المدين بها، عادة ما لا يكون تعديل من هذا القبيل نافذ المفعول إلا إذا وافق عليه المحال إليه. والسبب هو أن حق المحال إليه في المستحق يكون، في هذه المرحلة، قد أنشئ بالفعل وسوف يغير ذلك التعديل حقوق المحال إليه دون موافقته. غير أن بعض الدول تنص على استثناءات محدودة لهذه القاعدة. فمثلا، إذا لم يكن الحق المطلوب سداده على المستحق قد اكتسب بكامله بالأداء من جانب دائن المستحق الأصلي (المحيل) وكان العقد الأصلي ينص على إمكانية التعديل جاز أن يكون التعديل نافذ المفعول تجاه المحال إليه. وفي بعض الحالات، ليس من اللازم حتى أن ينص العقد الأصلي صراحة على التعديل. والمثال المعتاد لذلك هو عندما يحكم العقد الأصلي علاقة طويلة الأمد بين المدين بالمستحق ودائنه، وكانت العلاقة من النوع الذي كثيرا ما يكون موضع تعديل. وفي هذه الحالة، يمكن أن يتوقع المحال إليه احتمال حصول تعديلات معقولة في سياق العمل المعتاد حتى بعد الإحالة. ونتيجة لذلك، ينص بعض الدول على أن التعديل الذي يوافق عليه محال إليه متعلق يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه، حتى إذا تم بعد أن علم المدين بالمستحق بوجود الإحالة، ما دام لم يكن المستحق بكامله قد اكتسب بواسطة الأداء (انظر اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، المادة ٢٠، الفقرة ٢، والتوصية ١١٨، الفقرة الفرعية (ب)).

٢١- وكقاعدة عامة، ينشأ حق المحيل في تلقي السداد من المدين بالمستحق لأن المحيل أدى الالتزام الذي أجري السداد من أجله (مثلا، بيع سيارة وأداء خدمة). وفي بعض الأحيان، يمكن للمدين بالمستحق سداد دفعة أولية أو يجوز أن يدفع مسبقا جزءا من ثمن الموجود الذي يجري تسليمه أو الخدمة التي يجري أدائها. ويمكن أن يصير السداد آخر الأمر في يد المحال إليه (إما لأن المحيل رده إلى المحال إليه أو لأن المحال إليه وجّه إشعارا إلى المدين بالمستحق وحصل على السداد مباشرة). وينص قانون العقود عادة على أنه إذا لم يؤد أحد الطرفين التزامه فيجوز للطرف الآخر إلغاء العقد أو التماس التعويضات عن الضرر الناجم عن الإخلال. غير أن كثيرا من الدول تنص على أن المدين بالمستحق، بعد انتقال السداد إلى يد المحال إليه مباشرة، لا يكون له حق الرجوع إلا على المحيل ولا يمكن استرداد المبالغ التي قبضها المحال إليه. وتنبع السياسة العامة الكامنة وراء هذه القاعدة من قانون الالتزامات العام. وما لم يكن هناك احتيال، لا يسمح لدائني طرف مقصر بمقتضى عقد بالمطالبة بمال يمكن أن يكون قد سُدد بحسن نية لدائنين آخرين. وعليه، إذا أجري السداد إلى المحيل الذي يحوله فيما

بعد إلى المحال إليه، أو إذا أجري السداد مباشرة إلى المحال إليه، يكون المحال إليه في موقف مماثل لموقف أي دائن آخر يحصل على السداد من المحيل، ولا ينبغي أن يلزم برد مبلغ السداد الذي تلقاه إلى المدين بالمستحق لمجرد أن المحيل لم يؤد التزامه المقابل. وهذا يعني في جوهره أن المدين بالمستحق عرضة لخطر إعسار شريكه التعاقدي. ويوصي الدليل باعتماد قاعدة تعكس هذا المبدأ العام (انظر التوصية ١١٩).

(ج) مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بمقتضى صك قابل للتداول

٢٢- القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول (للاطلاع على معنى هذه العبارة، انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات، الفقرة (٦)) راسخ في معظم الدول ويحتوي على قواعد واضحة تتعلق بمفعول إحالة الصك على التزامات أطراف الصك. وتمتد تلك القواعد عموما لتنطبق في سياق الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول (انظر التوصية ١٢٠).

٢٣- وهكذا، مثلا، لا يستطيع الدائن المضمون الذي له حق ضماني في صك قابل للتداول أن يحصل بمقتضى الصك إلا وفقا لشروط ذلك الصك. وحتى إذا قصر المانح في الوفاء بالتزامه بمقتضى الاتفاق الضماني، لا يستطيع الدائن المضمون أن يُنفذ الصك القابل للتداول تجاه المدين إلا عندما يحين موعد السداد بموجب ذلك الصك. فمثلا، إذا كان الصك القابل للتداول مستحق السداد عند حلول أجل فقط، لا يُسمح للدائن المضمون أن يطلب السداد قبل حلول أجله (حتى في حال تقصير مانح الحق الضماني، في مقابل المدين بمقتضى الصك)، إلا وفقا لشروط الصك القابل للتداول نفسه.

٢٤- وإضافة إلى ذلك، لا يستطيع الدائن المضمون أن يحصل بمقتضى الصك القابل للتداول إلا وفقا للقانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، ما لم يوافق المدين على خلاف ذلك. وعادة، حسب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، لا يمكن للدائن المضمون أن يحصل بمقتضى الصك القابل للتداول إلا إذا كان حاملا لذلك الصك (أي أن يكون حائزا للصك وحاصلا على ما يلزم من تظهير) أو اكتسب حقوق حامل الصك. وتبعاً لذلك، ولضمان الحصول على إبراء الذمة كثيرا ما يُسمح للمدين بموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول بالإصرار على ألا يسدّد إلا إلى حامل الصك. غير أن الذي يحال إليه صك من حامل ذلك الصك يستطيع في بعض الدول إنفاذ الصك إذا كان المحال إليه حائزا لذلك الصك.

٢٥- وبموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، قد يكون أو لا يكون الدائن المضمون عرضة لمطالبات المدين. بموجب الصك ودفعه. فإذا كان الدائن المضمون حاملا للصك القابل للتداول "متمتعا بالحماية"، حَقٌّ له إنفاذ الصك القابل للتداول خاليا من مطالبات ودفع معيّنة للمدين. وتلك المطالبات والدفع هي التي يطلق عليها المطالبات والدفع "الشخصية"، ومنها مثلا المطالبات والدفع في سياق العقود الاعتيادية والتي كان يمكن للمدين أن يتمسك بها تجاه الحامل السابق. غير أن الدائن المضمون، حتى وإن كان مشتريا متمتعا بالحماية، يظل عرضة لما يطلق عليه دفع المدين "الحقيقية"، كالاقتدار إلى الأهلية القانونية، أو الاحتيال بتضليل، أو إبراء الذمة في إجراءات الإعسار.

٢٦- وإذا كان الدائن المضمون حاملا للصك القابل للتداول دون أن يكون حاملا "متمتعا بالحماية"، يحق له مع ذلك التحصيل. بمقتضى الصك القابل للتداول، لكنه يكون عادة عرضة للمطالبات والدفع التي كان يمكن أن يتمسك بها المدين تجاه حامل سابق للصك القابل للتداول. وتشمل هذه المطالبات والدفع جميع المطالبات والدفع "الشخصية" ما لم يكن الطرف المسؤول بموجب الصك القابل للتداول قد تنازل فعلا عن حقه في التمسك بتلك المطالبات والدفع في الصك القابل للتداول ذاته أو باتفاق منفصل.

(د) مفعول الحق الضماني على التزامات المصرف الوديع

٢٧- في الدول التي لا يمكن أن ينشأ فيها حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي إلا بموافقة المصرف الوديع، ليس على المصرف واجب الموافقة. والنتيجة هي أنه لا يجوز في هذه الدول، حتى بين الدائن المضمون والمائع، إنشاء حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في الحساب المصرفي دون موافقة المصرف. وعلى نقيض ذلك، هناك دول أخرى لا تشترط موافقة المصرف الوديع لإنشاء الحق الضماني. غير أنه لا يجوز حتى في هذه الدول المساس بحقوق المصرف الوديع نفسه والتزاماته دون موافقته (انظر، التوصية ١٢١، الفقرة الفرعية (أ)). وفي كلتا الحالتين يكمن السبب الرئيسي في الدور الحاسم الذي تؤديه المصارف في نظام السداد والحاجة إلى تفادي التعارض مع القانون المصرفي والممارسات المصرفية (انظر أيضا الفقرة ٢٨).

٢٨- وسبب عدم فرض واجبات على المصرف الوديع أو تغيير حقوقه وواجباته دون موافقته هو أن ذلك قد يعرض المصرف لمخاطر لا داعي لها ولا يكون في وضع يسمح له بمعالجتها دون وجود تدابير احترازية مناسبة. فالمصرف الوديع عرضة لمخاطر تشغيلية كبيرة، حيث تُخصم أموال من حسابات مصرفية أو تقيد فيها يوميا، وكثيرا ما تقيد المبالغ في

الحسابات مؤقتا وتنطوي أحيانا على معاملات أخرى مع زبائنه. وتتفاقم تلك المخاطر من جراء المخاطرة القانونية التي يتعرض لها المصرف الوديع والمتمثلة في احتمال عدم الامتثال للقوانين التي تتناول الصكوك القابلة للتداول وتحويلات الاعتمادات وغيرها من القواعد التي تحكم نظم السداد في عملياته اليومية. ويكون المصرف أيضا عرضة لخطر إضافي يتمثل في عدم الامتثال لواجبات معينة تفرضها قوانين أخرى على المصرف الوديع، مثل القوانين التي تلزمه بالحفاظ على السرية في معاملاته مع زبائنه. وإضافة إلى ذلك، عادة ما يكون المصرف الوديع عرضة لمخاطر تنظيمية بمقتضى قوانين الدولة ولوائحها التي يقصد بها ضمان أمان المصرف الوديع وسلامته. وأخيرا، فإن المصرف الوديع عرضة لمخاطرة تتعلق بسمعته لدى اختيار الزبائن الذين يوافق على مباشرة معاملات معهم.

٢٩- وتشير التجربة في الدول التي تلزم فيها موافقة المصرف الوديع على واجبات جديدة أو مغيرة إلى أن الأطراف كثيرا ما تستطيع أن تتفق على ترتيبات مرضية بحيث يكون المصرف مطمئنا بأنه يتعامل مع المخاطر المعنية نظرا لطبيعة المعاملة المعنية وزبون المصرف وبوجه خاص ومن أجل تفادي أي تضارب مع حقوق المصرف الوديع في إجراء مقاصة تجاه صاحب الحساب، تنص النظم القانونية التي تسمح للمصرف الوديع بأن يحصل على حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي لدى المصرف على أن يحتفظ المصرف بأي حقوق في المقاصة قد يتمتع بها بمقتضى قانون آخر غير قانون المعاملات المضمونة (انظر التوصية ١٢١، الفقرة الفرعية (ب)).

٣٠- وتنطبق المبادئ ذاتها فيما يتعلق بإعمال حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي تجاه أطراف ثالثة وأولية ذلك الحق وإنفاذه. فمثلا، في الدول التي تنص على "السيطرة" بوصفها طريقة لتحقيق إنفاذ حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي تجاه أطراف ثالثة، هناك قواعد مناسبة لحماية سرية العلاقة بين المصرف وزبونه (للاطلاع على تعريف "السيطرة"، انظر المقدمة الباب باء، المصطلحات). فتلك القواعد تنص، مثلا، على أن المصرف ليس ملزما بأن يستجيب لطلبات الحصول على معلومات عما إذا كان هناك اتفاق سيطرة أو كان صاحب الحساب يحتفظ بحق التصرف في الأموال المودعة في حسابه المصرفي (انظر التوصية ١٢٢، الفقرة الفرعية (ب)).

٣١- وفي الدول التي يُجَعَل فيها الحق الضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي نافذ المفعول تجاه أطراف ثالثة عن طريق تسجيل إشعار في سجل عام أو بإقرار من جانب المصرف الوديع، قد يفرض الإشعار أو الإقرار واجبات على المصرف الوديع بأن يتبع تعليمات من الدائن المضمون تتعلق بالأموال المودعة في الحساب أو قد لا يفرضها. وما لم

تفرض تلك الواجبات على المصرف الوديع بموجب قوانين دولة معينة، يتوقف عادة حق الدائن المضمون في الحصول على الأموال المودعة في الحساب المصرفي عند إنفاذ الحق الضماني على ما إذا كان الزبون - المانح قد أعطى تعليمات للمصرف الوديع بأن يتبع تعليمات الدائن المضمون فيما يتعلق بالأموال أو إذا كان المصرف الوديع قد اتفق مع الدائن المضمون على أن يفعل ذلك. وفي حال عدم وجود تلك التعليمات أو ذلك الاتفاق، قد يضطر الدائن المضمون إلى إنفاذ الحق الضماني في الحساب المصرفي بالاستعانة بإجراء قضائي للحصول على أمر من المحكمة يلزم المصرف الوديع بأن يسلم الأموال المودعة في الحساب المصرفي إلى الدائن المضمون.

٣٢- وفي الدول التي يسمح فيها للمصرف الوديع أن يخفض رتبة أولويته، ليس على المصرف أي واجب لتخفيض رتبة حقوقه لصالح الحق الضماني يتمسك به دائن آخر لصاحب الحساب. وحتى إذا كان الدائن المضمون على استعداد لأن يصبح زبون المصرف الوديع فيما يتعلق بالحساب المصرفي، وذلك لأجل تسهيل إنشاء حق ضماني في حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي ونفاذ مفعول ذلك الحق تجاه أطراف ثالثة وأولويته، ليس من واجب المصرف الوديع قبول الدائن المضمون كزبون للمصرف. وهذه النتيجة تتسق مع الموقف العام المتخذ في الدليل ومفاده أنه لا ينبغي لأي آليات تستخدم في المعاملات المضمونة بهدف تسهيل منح ضمان على أموال مودعة في حساب مصرفي أن تعيق عمل القوانين التنظيمية الوطنية أو القوانين الوطنية الأخرى الرامية إلى كفالة أمان النظام المصرفي وسلامته.

(هـ) مفعول الحق الضماني على التزامات الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى بمقتضى تعهد مستقل

٣٣- حقوق الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى وواجباته بمقتضى تعهد مستقل راسخة بمقتضى القوانين أو الممارسات التي تحكم التعهدات المستقلة (للاطلاع على تعريف هذه المصطلحات، انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات). وهذه القوانين والممارسات المتخصصة جدا قد يسهل جدوى التعهدات المستقلة، خصوصا في التجارة الدولية. ولذا، ينبغي الحرص الشديد لدى صوغ قانون للمعاملات المضمونة فيما يخص التعهدات المستقلة على تفادي التدخل مع تلك الآليات التجارية المفيدة.

٣٤- ومن المفيد، لأجل تفادي ذلك التدخل، مع التمييز بين التعهد المستقل ذاته وحق السحب، من جهة، وحق المستفيد من التعهد المستقل في الحصول على سداد (أو شيء آخر ذي قيمة) مستحق القبض من الكفيل/المصدر أو الشخص المسمى، من جهة أخرى. ففي حين أن النص على حق ضماني في الأول دون المساس بفائدة التعهد المستقل مهمة دقيقة (تتحقق

عادة بتحويل متفق عليه للتعهد ذاته)، ينطوي الحق الضماني في الأخير على قدر أقل من المخاطر لأنه لا يتعلق إلا بحق المستفيد في الحصول على أي شيء يصبح مستحق الدفع وليس له مفعول على الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى. ولهذا السبب، يوصي الدليل بقواعد تيسر استخدام الحق في تحصيل العائدات بمقتضى تعهد مستقل كضمان (وهو مصطلح معروف بعناية يشير إلى الحق في تحصيل العائدات مقابل النقود والموجودات الأخرى التي تشكل في الواقع العائدات بمقتضى التعهد المستقل، لأن هذا المصطلح شائع الاستعمال في ممارسة التعهدات المستقلة)، ولكن مع وجود شروط صارمة يُقصد بها تفادي المساس بفائدة التعهدات المستقلة. ويرد أدناه بيان القواعد الأساسية التي ينبغي أن تحكم التفاعل بين القانون المتعلق بالتعهدات المستقلة وقانون المعاملات المضمونة.

٣٥- وثمة مبدأ أساسي هو أنه ينبغي أن تكون حقوق الدائن المضمون في حق تحصيل العائدات بمقتضى تعهد مستقل أدنى رهينة بحقوق الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى، بمقتضى القوانين أو الممارسات التي تحكم التعهدات المستقلة. ولذا لا يجوز للدائن المضمون التمسك بحق الحصول على سداد العائدات التي ما كانت لتسدد لمناح الدائن المضمون. وللسبب ذاته، عادة ما يأخذ المحال إليه - المستفيد التعهد (بما في ذلك حق السحب والحق في تحصيل العائدات) دون التأثير بحق ضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل منحه الخيل. (انظر التوصية ١٢٣، الفقرتين الفرعيتين (أ) و(ب)). وللسبب ذاته، إذا كان للكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى حق ضماني في العائدات بمقتضى تعهد مستقل لا تتضرر حقوقه المستقلة (انظر التوصية ١٢٣، الفقرة الفرعية (ج)).

٣٦- وهناك مبدأ مساو لذلك في الأهمية، وهو أن الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى لا ينبغي أن يكون ملزماً بالسداد لأي شخص غير المثبت أو الشخص المسمى أو المستفيد المسمى أو المحال إليه المعترف به الذي يُحال إليه التعهد المستقل أو المحال إليه المعترف به الذي تُحال إليه العائدات بمقتضى تعهد مستقل (انظر التوصية ١٢٤). وعلة هذه القاعدة هي أن فائدة التعهدات المستقلة باعتبارها طريقة قليلة التكلفة وكفؤة لتسهيل تدفق التجارة ستتضرر إذا اضطر الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى إلى التحقق من المعاملة الخلفية التي يُزعم أن الحق أحيل من خلالها والتي لم يوافق عليها. غير أنه إذا اعترف الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى بدائن مضمون أو بشخص تُحال إليه العائدات بمقتضى تعهد مستقل، جاز للدائن المضمون أو للمحال إليه أن يُنفذ حقوقه تجاه الشخص الذي صدر منه الاعتراف (انظر التوصية ١٢٥).

(و) مفعول الحق الضماني على التزامات المصدر أو مدين آخر بمقتضى مستند قابل للتداول

٣٧- القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول راسخ في معظم الدول ويشمل قواعد واضحة بشأن مفعول إحالة مستند على التزامات أطراف المستند. وتظل تلك القواعد سارية، من حيث المبدأ، في سياق الحقوق الضمانية في المستندات القابلة للتداول (انظر التوصية ١٢٦).

٣٨- وهذا يعني، ضمن ما يعنيه، أن حق الدائن المضمون في إنفاذ حق ضماني في مستند قابل للتداول، وبالتالي في الموجودات الملموسة المشمولة به، محدود بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول. والحد هو أن الموجودات المشمولة بالمستند القابل للتداول هي في يدي المصدر أو مدين آخر بمقتضى ذلك المستند، وعادة ما يقتصر التزام المصدر أو المدين الآخر بتسليم الموجودات إلى المرسل إليه أو أي حامل لاحق. وبالتالي، ما لم يكن المستند القابل للتداول قد أحيل إلى الدائن المضمون وفقا للقانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول، ليس على المصدر أو المدين الآخر أي التزام بتسليم الموجودات إلى الدائن المضمون. فمثلا، إذا لزم بموجب قانون المستندات القابلة للتداول أن يحمل المستند تظهيراً وقت إحالته لكي يحق للمحال إليه تحصيل الموجودات المشمولة بالمستند، وكان المحال إليه يحمل مستندا خاليا من هذا التظهير، فلا يتعين على المدين أن يسلم الموجودات المشمولة بذلك المستند. وفي هذه الحالة قد يحتاج الدائن المضمون إلى أن يستصدر من محكمة أو هيئة قضائية أخرى أمرا للحصول على الحيازة. ويطلب أمر المحكمة إما إحالة المستند (أو إحالته وتظهيره) إلى الدائن المضمون أو إلى شخص يُسميه الدائن المضمون، أو يلزم المصدر أو المدين الآخر بتسليم الموجودات إلى الدائن المضمون أو إلى شخص آخر يسميه الدائن المضمون.

باء- التوصيات

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تودّ أن تلاحظ أنه نظرا إلى أن الوثيقة A/CN.9/637 تتضمن مجموعة موحّدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة فلم تُستنسخ التوصيات هنا. وسوف تُستنسخ التوصيات في نهاية كل فصل حالما توضع في صيغتها النهائية.]