

Distr.: General
2 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 الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة

مذكرة من الأمانة*

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	ثامنا- حقوق الأطراف والتزاماتها
٣	٥٨-١	ألف- ملاحظات عامة
٣	٦-١	١- مقدمة
٤	١٢-٧	٢- حرية الأطراف
٦	٣٢-١٣	٣- القواعد الإلزامية السابقة للتقصير
٦	٢٠-١٣	(أ) عموماً
٨	٢٧-٢١	(ب) واجب الحفاظ على الموجودات المرهونة

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



الصفحة	الفقرات
٣	ثامنا- حقوق الأطراف والتزاماتها
١٠	٣٢-٢٨ (ج) واجب إعادة الموجودات المرهونة وإنهاء الإشعار
١٢	٣٩-٣٣ ٤- القواعد غير الإلزامية السابقة للتقصير
١٤	٥٨-٤٠ ٥- قواعد نمطية غير ملزمة سابقة للتقصير
١٤	٤٢-٤٠ (أ) عموما
١٥	٥١-٤٣ (ب) الحقوق الضمانية للدائن الحائز
١٨	٥٦-٥٢ (ج) الحقوق الضمانية للمانح الحائز
١٩	٥٨-٥٧ (د) الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية
٢٠	٦٩-٥٩ باء- تعليقات تخصّ الموجودات تحديدا
٢٤ جيم- التوصيات

ثامنا- حقوق الأطراف والتزاماتها

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدمة

١- ييسّط الاتفاق الضماني الصفقة المعقودة بين المانح والدائن المضمون، ويتباين جوهر مضمونه وفقا لاحتياجات الأطراف ورغباتها. وعادة ما تتناول بنود الاتفاقات الضمانية ثلاثة مواضيع رئيسية. فأولا، تدرج بعض الأحكام لأنها تشكل جزءا من المقتضيات الإلزامية لإنشاء حق ضماني. والقواعد المتعلقة بتعيين الموجودات المرهونة والالتزام المضمون تدرج ضمن هذا النوع (للاطلاع على تعريف "الموجودات المرهونة" و"الالتزام المضمون" انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1، المقدمة، الباب باء، المصطلحات وقواعد التفسير). ويوصي هذا الدليل في الفصل الرابع (إنشاء الحق الضماني (نفاذه بين الطرفين)) بأن تكون المقتضيات الرسمية لإنشاء اتفاق ضماني نافذ المفعول بين أطرافه أقل ما يمكن وأن يسهل الوفاء بها (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصيات ١٢-١٤).

٢- كما يتضمن الاتفاق الضماني النمطي 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، الحقوق اللاحقة للتقشير). ومع ذلك، ما لم تتعارض شروط الاتفاق الضماني المتعلقة بحقوق الدائن التعاقدية وسبل الانتصاف المتاحة له مع قواعد إلزامية أو إذا تنازل عنها المانح بعد التقصير (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٣٠) أو الدائن المضمون في أي وقت (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٣١) فهي تحكم العلاقة بين الأطراف ما إن يحدث تقصير.

٣- وإضافة إلى ذلك، عادة ما تتضمن الاتفاقات الضمانية مجموعة من الأحكام الأخرى يقصد بها تنظيم العلاقة بين الأطراف بعد إنشائها ولكن قبل التقصير. ذلك لأن كثيرا ما تستدعي الكفاءة وقابلية التنبؤ بالأمر وجود بنود إضافية تفصيلية يُقصد بها شمول جوانب معينة من المعاملة الجارية. وهناك دول كثيرة تشجع الأطراف فعليا على صوغ شروط الاتفاق الضماني بحيث تلي احتياجاتها الخاصة. ومع ذلك تهتم نفس تلك الدول بصوغ

قواعد إلزامية معينة تحكم الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير (خصوصاً عندما قد يتعلق الأمر بحقوق أطراف ثالثة). غير أن الدول عادة ما تحد قدر الإمكان من تلك القواعد الإلزامية السابقة للتقصير، بغية تعزيز المرونة المتاحة للمانحين والدائنين المضمونين لتصميم اتفاقهم وفقاً لأغراضهم.

٤ - وفي حين أن الدول تكون عموماً رغبة عن تحديد قائمة كاملة من القواعد الإلزامية التي تحكم العلاقة السابقة للتقصير بين الأطراف لا يعني ذلك أنها ليست مهمة بتقديم الإرشاد للمانحين وللدائنين المضمونين. وفي الواقع تسنّ دول كثيرة أعداداً متفاوتة من القواعد الأخرى غير الإلزامية (أو التكميلية) التي تحكم حقوق الأطراف والتزاماتها السابقة للتقصير، في حال ما لم تحدد تلك الشروط في الاتفاق الضماني. ولا يتناول هذا الفصل جميع الأوضاع التي قد توّد فيها الدول أن تصوغ قواعد غير إلزامية، بل يقتصر على تقديم قائمة إشارية وغير حصرية لتلك القواعد غير الإلزامية التي تتناول الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير والتي توجد عموماً في التشريعات الوطنية المعاصرة.

٥ - ويركّز البحث التالي على ثلاث مسائل تتعلق بسياسات عامة. والأولى، التي تبحث في الباب ألف-٢، تتعلق بمبدأ حرية الأطراف وإلى أي مدى ينبغي أن تكون للأطراف حرية تشكيل شروط اتفاقها الضماني (مع افتراض أن الاتفاق يفى بالمقتضيات الموضوعية والرسمية لإنشاء حق ضماني). والثانية، وتُدرس في الباب ألف-٣، تتعلق بالقواعد الإلزامية التي ينبغي أن تحكم حقوق المانحين والدائنين المضمونين والتزاماتهم السابقة للتقصير. والثالثة، وهي موضوع البابين ألف-٤ وألف-٥، تتعلق بنوع وعدد القواعد غير الإلزامية التي يمكن إدراجها في التشريعات العصرية التي تحكم المعاملات المضمونة، كي تشمل أشكالاً جديدة وناشئة من المعاملات المضمونة.

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

٢ - حرية الأطراف

٧ - يعلن هذا الدليل في الفصل الثاني (نطاق الانطباق والقواعد العامة الأخرى) مبدأ حرية الأطراف كإحدى دعائم نهج الأساسي (انظر الوثيقة A/CN.9.631، التوصية ٨). والفكرة المركزية هي أنه ما لم تنص الدولة على خلاف ذلك ينبغي أن يتمتع الدائن المضمون

والمناح بحرية تصميم اتفاقهما الضماني كما يحلو لهما. وفي حين أن حرية الأطراف تعطي مقدمي الائتمان سلطة كبيرة في تقرير مضمون الاتفاق الضماني، فالتوقع هو أن السماح للدائن المضمون والمناح بتشكيل معاملتهما وتخصيص الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير حسبما يناسب أهدافهما على أفضل وجه يسمح عادة للمانحين بتوسيع نطاق إمكانية وصولهم إلى ائتمان مضمون.

٨- 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 العلاقة المستمرة بين الأطراف ينبغي أن يكون عددها محدودا وأن يكون نطاقها مبينا بوضوح. والثاني موجه للمناح والدائن المضمون. فأى اتفاق يخرج عن قواعد غير إلزامية أو يعدّها لا يقيد غير أطراف ذلك الاتفاق ولا يؤثر في حقوق الأطراف الثالثة.

٩- 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، فكثيرا ما تقيد قدرة الدائنين المضمونين والمانحين على تصميم نظام خاص بهم للحقوق والالتزامات السابقة للتقصير. ويمكن أن تكون مثلا على ذلك قاعدة تمنع الدائنين المضمونين من تقييد حق المانحين الاستهلاكيين من بيع الموجودات المرهونة أو التصرف فيها. وبالمثل تفرض دول عديدة قيودا عندما يتعلق الأمر بأمالك توصف بأنها "ملك عائلي" أو "ملك مشترك". ويمكن أن تكون مثال على ذلك قاعدة تمنع الدائنين المضمونين من تقييد استخدامات المانحين لذلك "الملك العائلي".

١٠- وإضافة إلى تلك القواعد الإلزامية التي تحكم مانحين معينين وممتلكات معينة، من المعتاد أن تفرض الدول قواعد إلزامية مختلفة أكثر عمومية. وتوجد تلك القواعد عادة ضمن التشريع الذي ينشئ نظام المعاملات المضمونة، وكما لوحظ، تتعلق في الغالب بالتقصير والإنفاذ. ولكن يتعلق البعض منها أيضا بالحقوق والالتزامات السابقة للتقصير. وتبحث هذه الأنواع الأخيرة من القواعد الإلزامية في الباب التالي من هذا الفصل.

١١- ونظرا إلى أن حرية الأطراف هي المبدأ الأساسي، يصوغ عادة الدائن المضمون والمناح بالتفصيل عددا من عناصر اتفاقهما. وعادة ما ينص المناح والدائن المضمون على ستة على الأقل من الجوانب السابقة للتقصير في الاتفاق، هي:

(أ) يتفقان على الموجودات المطلوب رهنها وعلى الشروط التي يمكن أن ترهن بها فيما بعد موجودات لم تكن مرهونة أصلا؛

- (ب) يحددان الالتزام المطلوب ضمانه إضافة إلى النص على أي التزامات مقبلة يمكن ضمانها بموجب الاتفاق؛
- (ج) يحاولان تحديد ما يمكن أن يفعله المانح بالموجودات المرهونة وما لا يمكن أن يفعله بها (بما في ذلك الحق في استخدام الممتلكات وتغييرها وحنها وثمارها والتصرف فيها)؛
- (د) يحددان إذا كان يستطيع الدائن أن يحصل على حيازة الموجودات المرهونة قبل التقصير ومتى وكيف يحصل عليها، وحقوق الدائن فيما يتعلق بالموجودات المرهونة التي في حوزته؛
- (هـ) يحددان سلسلة من الإقرارات والتعهدات والالتزامات يأخذها المانح على عاتقه؛
- (و) يعرفان الأحداث التي تسبب التقصير (من جانب المانح أساسا ولكن من جانب الدائن المضمون أيضا) بموجب الاتفاق.
- ١٢- وينبغي أن تُدرس مختلف القواعد الإلزامية وغير الإلزامية في ظل هذه الخلفية من حرية الأطراف.

٣- القواعد الإلزامية السابقة للتقشير

(أ) عموما

١٣- 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. وبعض القواعد، التي تسنها الدول عادة في مجال تشريعات حماية المستهلك أو الممتلكات العائلية، لها نطاق وانطباق خاصان للغاية. ويدرك هذا الدليل الأهمية التي قد تعلقها الدول على تلك الأمور (انظر الفصل الثاني، نطاق الانطباق والقواعد العامة الأخرى). 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 للتقشير وفقا لاحتياجاتها ورغباتها.

١٤- 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، ويمكن أن تتباين كثيرا بين دولة وأخرى. فتحاول بعض الدول، مثلا، أن

تمنع الدائن من التجاوز والإفراط في تقديم الضمانات الرهنية، وذلك بسنّ قواعد تلزم الدائنين بمنح إفراج لممتلكات لم تعد ضرورية لضمان الرصيد المتبقي من الالتزام المستحق. وبالمثل، لا تسمح بعض الدول للدائنين بأن يقيدوا حق المانح في استخدام الموجودات المرهونة أو تغييرها ما دام ذلك الاستخدام أو التغيير متوافقا مع طبيعة تلك الموجودات والغرض منها.

١٥- والموقف الذي يتخذه هذا الدليل، نظرا للأهمية التي يعلقها على مبدأ حرية الأطراف، هو أنه لا ينبغي للدول عموما أن تسنّ قواعد إلزامية لما قبل التقصير تقيد 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 القومي - بالحاجة إلى زيادة تشديد الضوابط الرقابية المفروضة على جوانب معينة من العلاقة السابقة للتقصير بين الأطراف المضمونة والمانحين. أما إذا فعلت ذلك، فيستتبع مبدأ حرية الأطراف أنه ينبغي لتلك القواعد الإلزامية (أ) أن يعرب عنها بأسلوب واضح ومحدود؛ (ب) أن تستند، مثل قواعد مشابهة لها في السياق اللاحق للتقصير، إلى أسس معترف بها من السياسة العامة (النظام العام) مثل حسن النية والإنصاف في المعاملة والتصرفات المعقولة تجاريا (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصيتين ١٢٨ و ١٢٩).

١٦- ويهدف نوع ثالث من القواعد الإلزامية إلى ضمان عدم تشويه الأغراض الأساسية لنظام المعاملات المضمونة. وعادة ما تصدر الدول قواعد من هذا النوع لفرض حد أدنى من الواجبات على الطرف الذي يجوز الموجودات المرهونة أو يسيطر عليها. فمثلا، لما كان الغرض من الضمان هو منح الدائن أولوية في حق المطالبة بالسداد، عند التقصير، من خلال قيمة الموجودات المرهونة، فيتفق مع منطق ذلك العرف أن يلتزم المانحون بعدم تبديد الموجودات المرهونة أو بعدم السماح لها بطريقة أخرى بأن تندهور أكثر مما يمكن توقعه من الاستخدام العادي.

١٧- والمقصود من القواعد التي تقتضي بأن يعتني المانح على نحو معقول بالموجودات المرهونة وبصورة عامة القواعد الموجهة صوب الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة، وكذلك الدائن المضمون عندما يكون حائزا، هو تشجيع سلوك يتسم بالمسؤولية من جانب أطراف اتفاق ضماني. 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 إنشائية للحق الضماني ذاته ولا يمكن التنازل عنها وقت إبرام الاتفاق أو بعد ذلك.

١٨- ولا يجوز الخروج في الاتفاق الضماني عن القواعد الإلزامية التي تنص على الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير (أو أي قواعد إلزامية). فمثلا، لا يجوز للأطراف أن تحمل أنفسها من واجبها المتعلق بالعناية على نحو معقول بالموجودات المرهونة. غير أن ذلك لا يمنع دائما الأطراف من التنازل عن إحلال بالواجب بعد الفعل. وتنص دول كثيرة على أنه يجوز للدائن المضمون أن يبرئ المانح في وقت لاحق من التزاماته السابقة للتقصير أو أن يتنازل عن أي إحلال من جانب المانح (حتى بالتزامات تفرضها قواعد إلزامية). وعلى العكس من ذلك، نظرا للعلاقة الفعالة الاعتيادية بين الدائن المضمون والمانح، ينص الكثير من تلك الدول ذاتها على أن لا المانح يستطيع أن يعفي الدائن المضمون من أي واجبات تفرضها قواعد إلزامية.

١٩- وتهدف القواعد الإلزامية لما قبل التقصير الموصى بها في هذا الدليل إلى تحقيق أهداف سياسات تتفق مع ما وصف بأنه المبادئ الجوهرية لنظام للمعاملات المضمونة يتسم بالكفاءة والفعالية. وهي تنص على حقوق وواجبات سابقة للتقصير (أ) تشجع الأطراف الحائزة على أن تحافظ على قيمة الموجودات المرهونة قبل التقصير؛ (ب) تضمن أنه حالما يسدّد الالتزام فيسترد المانح استخدام الموجودات التي كانت مرهونة والتمتع بها بالكامل.

٢٠- يبحث الفصل الثاني عشر (حقوق تمويل الاحتياز) من هذا الدليل مسألة أن بعض الدول قد تختار أن تبقى معاملات الاحتفاظ بحق الملكية والتأجير التمويلي كأشكال مستقلة من حقوق تمويل الاحتياز. وفي تلك الأوضاع لا يكون حق البائع حقا ضمانيا وإنما هو ملكية الممتلكات المباعة إلى حين تسديد سعر الشراء بالكامل (للاطلاع على تعريف المصطلحات "الحق الضماني" و"حق تمويل الاحتياز" و"الاحتفاظ بحق الملكية" و"التأجير التمويلي"، انظر الوثيقة A/CN.9.631/Add.1، المقدمة، الباب باء، المصطلحات وقواعد التفسير). ولهذا السبب، وحتى إذا كانت الأهداف الاقتصادية الأساسية للمعاملة مماثلة لتلك المتعلقة بالحق الضماني 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) بأسلوب مختلف بعض الشيء. وتبحث هذه التعديلات الضرورية في الفصل الثاني عشر، الباب ألف-٨.

(ب) واجب الحفاظ على الموجودات المرهونة

٢١- الموجودات المرهونة هي إحدى الضمانات الرئيسية المتاحة للدائن لسداد الالتزام المضمون. وهي أيضا من الموجودات التي يتوقعها المانح عادة ويعتزم مواصلة استخدامها دون

قيود ما إن يسدّد القرض أو الائتمان. ولهذه الأسباب تكون لكل من الدائنين المضمونين والمائنين مصلحة في الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة.

٢٢- وغالبا ما يكون الشخص الحائز للموجودات المرهونة في أفضل وضع كفالة المحافظة عليها. ويفسر ذلك لماذا تفرض الدول عادة واجب العناية المعقولة بالموجودات المرهونة على ذلك الطرف. وكحالة استثنائية فقط، تكاد تتعلق دائما بممتلكات 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 على قيمتها، لا يهتم كثيرا إذا كان الحائز هو المانح أم الدائن المضمون، فينبغي أن تكون الواجبات الإلزامية المفروضة على الشخص الحائز مماثلة في الحالتين.

٢٣- وقد يتباين كثيرا المضمون المحدد لذلك الواجب، وفقا لطبيعة الموجودات المرهونة. ففي حالة الممتلكات الملموسة يشير الواجب أولا إلى الحفاظ على الموجودات ماديا (للاطلاع على تعريف "الممتلكات الملموسة" و"الممتلكات غير الملموسة" انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1، المقدمة، الباب بء، المصطلحات وقواعد التفسير). وعندما يتعلق الأمر بممتلكات ملموسة غير حية يشمل ذلك عادة واجب الحفاظ على الممتلكات في حالة جيدة وعدم استخدامها لغرض خلاف الغرض الذي يكون عاديا في الظروف المعينة. فمثلا، إذا كان الموضوع هو آلة، يجب ألا تترك معرضة للمطر، ويجب على الطرف الذي يجوزها أن يقوم بأعمال الصيانة المعتادة. وإذا كان الرهن على سيارة ركوب، لا يستطيع الحائز أن يستخدم تلك المركبة كشاحنة خفيفة لأغراض تجارية.

٢٤- وفي حالة ممتلكات ملموسة حية، مثل الحيوانات، ينبغي أن يكون الواجب مماثلا. فلا يكفي الحفاظ على الحيوان حيا بل يجب أن يضمن الشخص الحائز أن يحصل الحيوان على التغذية السليمة وأن يحافظ عليه بصحة جيدة (أي مثلا أن يحصل الحيوان على رعاية بيطرية كافية). وعندما يحتاج الحيوان إلى خدمات خاصة للحفاظ على قيمته (أي مثلا التمرين المناسب لحواد 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 الممتاز الذي تكمن قيمته في "رسوم الاستيلاء" كحيوان سخرة.

٢٥- وإذا كانت الموجودات المرهونة تتألف من ممتلكات ملموسة، مثل 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، إضافة إلى تقديم إخطار بعدم الدفع). وقد يتعين أيضا على الشخص الذي يجوز صكا قابلا للتداول أن يحافظ على قيمته باتخاذ خطوات تجاه أشخاص يحملون مسؤولية ثانوية بموجب الصك (مثل الضامنون). وعندما تكون الممتلكات المضمونة مستندا قابلا للتداول يجب أيضا أن يحافظ الشخص الحائز على المستند ماديا. وعلاوة على ذلك، إذا كان المستند محدد الأجل يجب أن يقدمه الشخص الحائز له قبل انقضاء المدة للمطالبة بالحيازة المادية على الممتلكات المشمولة بالمستند.

٢٦- وإذا كانت الموجودات المرهونة تتألف من ممتلكات غير ملموسة، يكون من الأصعب تحديد واجب العناية المعقولة بالإشارة إلى الشخص الحائز. فكتيرا ما لا تكون الممتلكات غير الملموسة إلا حقا تعاقديا بسيطا لتحصيل المدفوعات. وتبحث طبيعة واجب الحفاظ في تلك الحالات في الباب بآ أدناه. وعندما تكون الموجودات المرهونة حقا في سداد أموال مودعة في حساب مصرفي، أو ممتلكات فكرية، أو عائدات بمقتضى تعهد مستقل، تنص الدول عادة على مختلف حقوق أطراف المعاملة والتزاماتها في تشريع خاص ينظم ذلك الشكل من الممتلكات على وجه التحديد.

٢٧- وتمشيا مع الاعتبارات المذكورة أعلاه يوصي هذا الدليل الدول بأن تسنّ قاعدة عامة إلزامية لما قبل التقصير تستهدف كفالة التوزيع العادل لمسؤولية العناية بالممتلكات المرهونة وتشجيع الأطراف الحائزة على الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة قبل التقصير (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٠٩، الفقرة الفرعية (أ)).

(ج) واجب إعادة الموجودات المرهونة وإنهاء الإشعار

٢٨- الغرض الرئيسي من الحق الضماني هو تحسين احتمال تسديد المانح أي التزام مستحق للدائن المضمون. والحق الضماني ليس وسيلة لانتزاع قيمة إضافية من المانح أو إحالة مقنّعة لتلك الممتلكات للدائن. ولذلك تسنّ معظم الدول قواعد إلزامية لتنظيم واجبات الدائن المضمون حالما يسدّد الالتزام المضمون بالكامل وتنهى كل التعهّدات الائتمانية. وتلك الواجبات من نوعين. فتتعلق بعض الواجبات بإعادة الموجودات المرهونة للمانح، إذا كان الدائن المضمون حائزا للموجودات طوال أمد الاتفاق، وتتعلق واجبات أخرى بكفالة أن تكون حقوق المانح في الموجودات المرهونة خالية من أي رهن متبق.

٢٩- ويبحث هذا الدليل إمكانية أن يجعل الدائنون المضمونون حقوقهم نافذة تجاه أطراف ثالثة باحتياز الممتلكات المضمونة (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ٣٥). وإضافة إلى ذلك، حتى عندما لا ينفذ احتياز الدائن لأجل تحقيق النفاذ تجاه أطراف ثالثة، فنظرا لمبدأ حرية الأطراف يجوز أن يوافق المانحون على السماح لدائنين مضمونين باحتياز موجوداتهم وقت إنشاء الحق الضماني، أو في وقت ما لاحق لذلك، حتى إن لم يكونوا مقصرين. غير أنه في كلتا الحالتين تستند حيازة الدائن المضمون إلى الاتفاق المبرم بين الأطراف وتتعلق بالأهداف المعينة لذلك الاتفاق. ولذلك تسنّ معظم الدول قواعد إلزامية تحكم واجبات الدائن المضمون الذي يجوز موجودات مرهونة أو الذي له سلطة عليها حالما يسدّد الالتزام المضمون، أو تُنهي أي تعهدات بمنح ائتمان إضافي.

٣٠- ونظرا إلى أن الغرض من الحق الضماني هو كفالة أداء الالتزام، فينبغي أن يستطيع المانح، حالما يحدث ذلك الأداء، أن يسترد إما حيازة الموجودات المرهونة أو إمكانية الوصول إليها دون عائق، أو كليهما. ويفسّر ذلك الواجب الرسمي الذي تفرضه دول كثيرة على الدائنين المضمونين لإعادة الموجودات المرهونة إلى المانح عند سداد الالتزام المضمون بالكامل (وإنهاء جميع التعهدات الائتمانية). ويقع العبء على عاتق الدائن لتسليم الموجودات المرهونة، لا على المانح ليطالب باستردادها أو ليأخذها. وبالمثل، متى أبرم الدائن المضمون وإحدى المؤسسات التي تقبل الودائع اتفاق سيطرة، تلزم دول كثيرة الدائن المضمون بالتحديد بإبلاغ الوديع بأن اتفاق السيطرة لم يعد ساريا. والمقصود من كل من الاقتضائين هو كفالة أن يكتسب المانح تلقائيا إمكانية استخدام الموجودات المرهونة دون عائق حالما يسدّد الالتزام المضمون بالكامل وتنتهي جميع التعهدات الائتمانية.

٣١- وترى بعض الدول أنه يجب أن يتخذ الدائن خطوات إيجابية أيضا لكفالة أن يوضع المانح في نفس الوضع الذي كان يحتله قبل إنشاء الحق الضماني. وفي حالة الممتلكات غير الملموسة يستلزم ذلك إرسال إشعار إلى أي طرف ثالث مدين (مثل المدين بالمستحق) يفيد بأن الالتزام المضمون قد سدّد بالكامل وبأنه يحق للمانح من جديد أن يتلقى السداد عن المستحق (للاطلاع على تعريف "المستحق" و"المدين بالمستحق"، انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1، المقدمة، الباب بء، المصطلحات وقواعد التفسير). وعموما، تلزم بعض الدول الدائنين المضمونين بالإفراج عن الموجودات المرهونة من الحق الضماني وبكفالة أن يشطب إثبات ذلك الحق الضماني من سجلات السجل ذي الصلة. فمثلا، متى لا تشطب المواد المسجلة تلقائيا من سجل، كثيرا ما يلزم الدائن بعد فترة وجيزة نسبيا من الزمن بأن يطلب من السجل أن يلغي التسجيل. وبالمثل، عندما يكون الحق الضماني موضوع إشعار

على سند ملكية، تقضي بعض الدول بأن يكفل الدائن المضمون شطب ذلك الإشعار من سند الملكية. والعامل المشترك بين تلك المقتضيات هو أنه ينبغي للدائن المضمون أن يتخذ ما يلزم من خطوات لكفالة ألا يعتقد أي طرف ثالث أنه يحتمل أن موجودات المانح لا تزال خاضعة لحقه الضماني.

٣٢- والقاعدة الإلزامية الموصى بها في هذا الدليل لتحكم العلاقة بين الأطراف حالما يسدّد الالتزام المضمون تجسد تلك الاعتبارات بشكل عام. وهدفها الأساسي هو التأكد من أن يسترد المانح استخدام الممتلكات التي كانت مرهونة والتمتع بها بالكامل وأن يستطيع أن يتعامل بها فعلا في معاملات تتعلق بأطراف ثالثة (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٠٩، الفقرة الفرعية (ب)).

٤- القواعد غير الإلزامية السابقة للتقصير

٣٣- إضافة إلى قواعد إلزامية مختلفة تحكم حقوق والتزامات الأطراف السابقة للتقصير، تضع معظم الدول قائمة قد تكون طويلة أو قصيرة من القواعد غير الإلزامية التي تعالج المسائل ذاتها. وتباين العبارات المستخدمة لتعيين القواعد من دولة إلى أخرى "رهنًا باتفاق مخالف لذلك بين الأطراف" (مثل *jus dispositivum* (القانون الخاص لتصرفات الأطراف)، *lois supplétives* (القوانين التكميلية)، *normas suppletorias* (القواعد التكميلية)، قواعد غير إلزامية"، قواعد القصور). غير أن سمتها المشتركة هي أنه يقصد منها أن تنطبق تلقائيا، ما لم يكن هناك ما يثبت أن الأطراف كانت تعترم استبعادها أو تعديلها.

٣٤- وتُعرض أسس منطقية مختلفة لسياسات عامة تأييدا لفكرة القواعد غير الإلزامية. فتستخدم بعض الدول القواعد غير الإلزامية لحماية الأطراف الضعيفة. وتعتبرها دول أخرى مجرد قواعد تجسد شروط اتفاق كانت الأطراف سوف تتوصل إليها لو وجهت انتباهها لنقاط محددة. والموقف الذي يتخذه هذا الدليل هو أن المبرر 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 ذلك الأساس المنطقي. فینص القانون في دول كثيرة على أنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك يودع المانح أي عائدات تأمينية يحصل عليها نتيجة لهلاك الموجودات المضمونة في حساب إيداع يسيطر عليه الدائن المضمون، وأيضاً، ينص القانون في كثير من الدول على أنه، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز أن يحتجز الدائن المضمون إيرادات الموجودات المرهونة طوال أجل الاتفاق الضماني، كي يتسنى في حال التقصير تخصيص تلك

الإيرادات لسداد الالتزام المضمون. ونظرا لهذا الهدف العام، هناك أربعة أسباب على الأقل لأن تقرر الدول وضع مجموعة شاملة من القواعد غير الإلزامية.

٣٥- أولا، تساعد مجموعة كاملة من القواعد غير الإلزامية خفض تكاليف المعاملات، إذ تستبعد حاجة الطرفين إلى التفاوض على أحكام جديدة تناوّلها تلك القواعد بالفعل بصورة وافية وإلى صوغ تلك الأحكام، وذلك بتوزيع الحقوق والالتزامات بين الدائن المضمون والمناح بالأسلوب الذي كان من الأرجح أن يتفقا عليه أنفسهما، بالنظر إلى الأغراض الأساسية لنظام المعاملات المضمونة. وهنا تؤدي القواعد غير الإلزامية دور شروط ضمنية أو شروط قصور (أي تنطبق عند عدم وجود اتفاق على خلاف ذلك) يعتبر أنّها 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 يحتجز أي إيرادات تدرها تلك الموجودات وبأن يخصصها مباشرة لسداد الالتزام المضمون.

٣٦- وثانيا، لا يملك حتى أكثر الأطراف علما وخبرة قدرة لا تخطئ على التنبؤ بالمستقبل. فمهما 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 عندما تظهر ولتقليل عدد النزاعات المحتملة. وتوجه 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 الملكية أم حقا شخصيا) الذي استخدم كضمان. وعلى ذلك يمكن للأطراف لدى تناول أي حدث معين غير متوقع أن تبدأ انطلاقا من مبدأ أن ممارسة أي حق غير مخصص بالتحديد للدائن المضمون تظل مستقرة لدى المناح.

٣٧- 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 تناوّلها وقت وضع الاتفاق الضماني في صيغته النهائية. وحتى عندما تقرر الأطراف أن تعدّل القواعد غير الإلزامية المذكورة، سعيا إلى تحقيق أغراضها على نحو أفضل، يضمن الانتباه إليها النظر في تلك المسائل وعدم تركها جنبا عن غير قصد.

٣٨- وأخيراً، تمكّن القواعد غير الإلزامية مبدأ حرية الأطراف من أن يعمل بأقصى كفاءة. وتنضح هذه الفائدة بصورة خاصة في المعاملات الطويلة الأجل أو غير ذلك من معاملات المضاربة التي لا تستطيع الأطراف أن تتنبأ فيها بكل الاحتمالات. وتيسّر تلك القواعد المرونة وتخفّض تكاليف الامتثال. فمثلاً، 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.

٣٩- وتتعرف نظم قانونية كثيرة إلى حد بعيد بميزات السماح للأطراف بتحديد علاقتها بمساعدة من مجموعة كاملة من القواعد غير الإلزامية (مثل المواد ٢٧٣٦ إلى ٢٧٤٢ من القانون المدني في كيبك، كندا، والمواد ٩-٢٠٧ إلى ٩-٢١٠ من القانون التجاري الموحد في الولايات المتحدة، وكذلك منظمات تنهض بالقوانين النموذجية الإقليمية (مثل المادة ١٥ من قانون المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير بشأن المعاملات المضمونة، والمادة ٣٣ من القانون النموذجي لمنظمة الدول الأمريكية بشأن المعاملات المضمونة)، والاتفاقيات الدولية التي تتناول البيع الدولي (مثل المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع)^(١)، أو جانباً من جوانب المعاملات المضمونة في الموجودات المنقولة (مثل الفقرة ١ من المادة ١١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية)^(٢) (ويشار إليها فيما يلي باسم "اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة")، والمادة ١٥ من اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بشأن الضمانات الدولية على المعدات المنقولة).

٥- قواعد نمطية غير ملزمة سابقة للتقشير

(أ) عموماً

٤٠- لا يتناول هذا الفصل جميع الأوضاع التي قد تود أن تضع فيها الدول قواعد غير إلزامية. فهو لا يتناول، مثلاً، قواعد غير إلزامية يمكن وضعها فيما يتعلق بالشروط الأساسية اللازمة لوجود حق ضماني (مثل الحد الأدنى من مضمون الاتفاقية الضمانية). والقواعد غير الإلزامية في هذا السياق تؤدي وظيفة مختلفة، ولذلك تحكم اعتبارات سياسية مختلفة استصوابها ونطاقها ومضمونها. وعلاوة على ذلك، وللأسباب ذاته، فهو لا يتناول قواعد غير

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

(٢) المرجع نفسه، رقم المبيع A.04.V.14.

إلزامية يقصد منها أن تحكم حقوق الأطراف والتزاماتها اللاحقة للتقصير. ويتناول تلك القواعد غير الإلزامية الفصل العاشر (الحقوق اللاحقة للتقصير).

٤١- 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، وهي تؤدي دورا متمما لقواعد إلزامية تتناول حقوق الأشخاص الذين يجوزون موجودات مرهونة وواجباتهم.

٤٢- 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 وفقا لما إذا كان الدائن المضمون أو المانح هو حائز الموجودات المرهونة. غير أنه يُقصد من بعض القواعد غير الإلزامية أن تنطبق بصرف النظر عما إذا كان الضمان حيازيا أم غير حيازي. وتبحث هذه الأوضاع الثلاثة تباعا.

(ب) الحقوق الضمانية للدائن الحائز

٤٣- سبق ذكر أن معظم الدول لديها قواعد إلزامية تقضي بأن يعتني الدائن الحائز على نحو معقول بالموجودات المرهونة التي في حوزته، وبأن يحفظها ويصونها. وعادة ما يكون الدائن المضمون ملزما أيضا بالقيام بجميع الإصلاحات اللازمة للحفاظ على الموجودات المرهونة في حالة 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 بالموجات المرهونة التي في حوزته، بالأخص في الحالات التي تولد فيها الموجودات المرهونة ثمارا مدنية وطبيعية أو تكون موجودات تنتج دخلا بصورة أخرى. وتتناول الفقرات التالية أعم القواعد غير الإلزامية من هذا النوع.

٤٤- أما عن الالتزام الأساسي بالعناية والحفظ، فتقضي دول كثيرة بالتحديد، في حال الممتلكات الملموسة، بأنه يجب أن يبقى الدائن المضمون على الموجودات المرهونة قابلة للتحديد بوضوح. وإذا كانت مثلية ومزوجة بموجودات أخرى من نفس النوع، يتحول ذلك الواجب إلى التزام بالحفاظ على موجودات من نفس نوع وكمية وقيمة الموجودات المرهونة أصلا. وإضافة إلى ذلك عندما يستلزم الصون عملا يتجاوز قدرة الدائن، كثيرا ما

تقضي الدول بأن يخطر الدائن المانح، وإذا لزم ذلك، بأن يسمح للمانح بأن يحتاز الموجودات مؤقتا لأجل إصلاحها أو العناية بها أو حفظها أو حفظ قيمتها.

٤٥- ومتى تتألف الموجودات المرهونة من صك يشمل حق المانح في سداد مبلغ من المال، لا يقتصر التزام الدائن المضمون بالعناية على الحفاظ ماديا على ذلك المستند. فتقضي دول كثيرة بأن يتخذ الدائن المضمون الخطوات اللازمة لصون أو حفظ حقوق المانح تجاه أطراف سابقة ملزمة بموجب الصك القابل للتداول أو مسؤولية ثانوية، كما تسمح إما للمانح أو الدائن المضمون بالمفاضلة من أجل إنفاذ الالتزام بالسداد.

٤٦- وهناك قاعدة غير إلزامية أخرى (تابعة لواجب الدائن المضمون الحائز بأن يعتني بالموجودات المرهونة) وهي أن يحق للدائن المضمون أن يسترد المصروفات المعقولة اللازمة لحفظ الموجودات وأن تضم تلك المصروفات إلى الالتزام المضمون. وإضافة على ذلك، تسمح دول كثيرة للدائن المضمون بأن يستخدم الموجودات المرهونة التي في حوزته استخداما معقولا أو أن يشغلها (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٠٨). وتبعا لذلك الحق يجب أن يسمح للدائن المضمون للمانح بأن يفحص الموجودات المرهونة في جميع الأوقات المعقولة ويكون مسؤولا عن أضرار ناجمة عن أي تدهور في الموجودات يتجاوز ما يتصل بالاستخدام العادي.

٤٧- 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 المشمولة في تعريف العائدات، انظر الوثيقة A/CN.9/631/Add.1، المقدمة، الباب بء، المصطلحات وقواعد التفسير) المتأتية من الموجودات المرهونة. ولذلك اعتادت الدول أن تسنّ قاعدة غير إلزامية تنص على أن يحصل الدائن المضمون الحائز كلا من العائدات النقدية وغير النقدية. وعادة يكون المانح هو الذي يستطيع أن يحصل على أفضل سعر للثمار الطبيعية التي تنتجها الممتلكات المرهونة (مثل اللبن الذي ينتجه قطع من الأبقار، والبيض الذي ينتجه الدجاج، والصوف الذي تنتجه الخراف). ولذلك تنص الدول أيضا عادة على أنه ينبغي للدائن المضمون أن يسلم الثمار للمانح للتصرف فيها. وكبديل لذلك، عندما تتعلق الثمار بالزيادة الطبيعية في الحيوانات، مثلا، هناك قاعدة غير إلزامية شائعة تقضي بأن يُرهن ذلك النتاج تلقائيا ويجوز الدائن بالشروط ذاتها.

٤٨- وعندما تكون العائدات نقدية ليس من المعقول 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 المتسلم فائدة، أو دفعة موزوجة من الفائدة وأسهم رأس المال، أو أرباح أسهم، بل تسمح بعض الدول للدائن بأن يبيع أسهم إضافية ترد كأرباح أو بأن يحتجزها (بنفس أسلوب نتاج الحيوانات) كموجودات مرهونة إضافية.

٤٩- أما عن حق التصرف فهناك تباين عظيم في الأسلوب الذي تسنّ به الدول القواعد وغير الملزمة. وفي كل الحالات لا يستطيع الدائن أن يبدد الموجودات المرهونة. غير أن بعض الدول تنص على أنه يجوز للدائن المضمون أن يحيل الالتزام المضمون والحق الضماني، أي أنه يجوز للدائن أن ينقل حيازة الموجودات المرهونة للشخص الذي أحال إليه الالتزام المضمون. كما تنص بعض الدول على أنه يجوز للدائن المضمون أن ينشئ حقاً ضمانياً في الموجودات المرهونة كضمانة لدينه الخاص ("إعادة رهن الممتلكات المرهونة") ما دام لا يُضعف حق المانح في الحصول على الموجودات لدى سداد الالتزام المضمون. وكثيراً ما تقتصر اتفاقات إعادة الرهن هذه على أسهم وسندات وغير ذلك من صكوك محتجزة في حساب ضمانات، إلا أنه يجوز للدائنين في بعض الدول أن يعيدوا رهن ممتلكات 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 تضعف حق المانح في استعادة ممتلكاته لدى أداء الالتزام المضمون.

٥٠- وعادة ما يتبع خطر هلاك الممتلكات 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 يعوّض الخسارة. غير أن القاعدة غير الإلزامية ذاتها تنص عادة على أن الدائن لا يكون مسؤولاً عن هلاك إذا استطاع أن يثبت أن الهلاك أو التدهور حدث دون خطأ من جانبه. ونظراً إلى أنه من مصلحة الدائن المضمون دائماً أن يكفل صون قيمة الموجودات المرهونة، تنص دول كثيرة على أن الدائن له مصلحة قابلة للتأمين. فإذا أمّن الدائن المضمون ضد الهلاك أو التلف، أياً كان السبب، حق له أن يضيف تكلفة التأمين إلى الالتزام المضمون.

٥١- وهذه القاعدة الأخيرة مثال خاص على مبدأ أوسع نطاقاً يُسنّ كقاعدة غير إلزامية في دول كثيرة ويوصي به هذا الدليل. فيجوز خصم المصروفات المعقولة التي تكبدها الدائن المضمون لدى الوفاء بالتزامه الحراسي بأن يعتني على نحو معقول بالممتلكات المرهونة على المانح وإضافتها تلقائياً إلى الالتزام المضمون (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٠٨،

الفقرة الفرعية (أ)). والضرائب المسددة وفواتير الإصلاحات ورسوم التخزين كلها أمثلة على تلك المصروفات المعقولة التي يكون المانح مسؤولاً عنها في النهاية.

(ج) الحقوق الضمانية للمانح الحائز

٥٢ - أحد الأهداف الرئيسية التي ترمي إليها سياسة نظام فعال للمعاملات المضمونة هو تشجيع التصرف على نحو مسؤول من جانب المانح الذي يظل حائزاً للموجودات المرهونة. ويتفق مع هذا الهدف صون قيمة الموجودات المرهونة قبل التقصير. غير أن السياسات التي تستند إليها القواعد غير الإلزامية لضمان المانح الحائز تهدف أيضاً إلى زيادة الاحتمالات الاقتصادية للموجودات المرهونة إلى أقصى حد ممكن. وتشجيع استخدام الموجودات المرهونة واستغلالها، بصورة خاصة، طريقة لتيسير توليد العائدات وسداد المانح الالتزام المضمون.

٥٣ - ولذلك تنص معظم الدول على أن المانح الحائز لا يتخلى عن امتيازات الملكية العامة بمجرد إنشاء حق ضماني. وما لم تتفق الأطراف على خلاف ذلك، يحق للمانح أن يستخدم الموجودات المرهونة وأن يخلطها ويعاملها ويمزجها مع ممتلكات أخرى بطريقة تكون معقولة ومتفقة مع طبيعتها والغرض منها وأغراض الاتفاق الضماني. وفي تلك الحالة، ينبغي أن يكون للدائن المضمون حق رصد الظروف التي يحفظ فيها المانح الحائز الموجودات المرهونة ويستخدمها ويعاملها وحق فحصها في جميع الأوقات المعقولة (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١٠٨، الفقرة الفرعية (ب)). ويشمل واجب العناية الذي يقع على المانح الحائز الحرص على أن تظل الموجودات المرهونة مؤمناً عليها على نحو سليم والتأكد من دفع الضرائب فوراً. وإذا تكبد الدائن المضمون تلك المصروفات، حتى إذا ظل المانح حائزاً، يحق للدائن المضمون الاسترداد من المانح ويجوز له أن يضيف تلك المصروفات إلى الالتزام المضمون.

٥٤ - إذا كانت الموجودات المرهونة تتألف من ممتلكات تدر دخلاً في حوزة المانح، إلى حد أن الحق الضماني للدائن يشمل الدخل أو العائدات التي تولدها الموجودات، يجوز أن تتضمن واجبات المانح حفظ سجلات وافية وتقديم حسابات على نحو معقول فيما يتعلق بالتصرف بالعائدات المتأتية من الموجودات المرهونة وتناولها. وتبحث في الباب التالي التزامات المانح المحددة في حالة الممتلكات غير الملموسة (مثل الحسابات المصرفية، والإتاوات من استخدام براءات الاختراع، وحقوق التأليف والنشر، والعلامات التجارية)، وخصوصاً حق المانح في السداد في شكل مستحقات.

٥٥- توجد حالياً لدى دول كثيرة قاعدة تحمي الثمار والعائدات (خلاف عائدات التصرف بالمعنى الضيق) من إعادة الرهن تلقائياً بموجب الاتفاق الضماني. وعلى العكس من ذلك، ينص هذا الدليل على أن الحق الضماني يشمل جميع العائدات التي تولدها الموجودات المرهونة. أي أنه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، أي زيادة في القيمة أو في الربح متأتية من الموجودات المرهونة التي في حوزة المانح تكون خاضعة للحق الضماني، بصرف النظر عما إذا كانت تلك الموجودات الإضافية تعتبر ثماراً مدنية أو طبيعية أم عائدات. وإذا كانت الثمار نوعية (مثل زيادة في الحيوانات أو أرباح في أسهم)، يجوز للمانح أن يستخدمها وأن يستغلها بنفس الشروط التي تخضع لها الموجودات المرهونة أصلاً. وعندما تكون منتجات زراعية، مثل اللبن والبيض والصوف، تنص معظم الدول على أنه يجوز للمانح أن يبيعها وعلى أنه تجوز المطالبة بحقوق الدائن المضمون في العائدات المتحصلة. وعندما تكون الثمار المدنية إيرادات، يشملها الحق الضماني ما دام يمكن التعرف عليها. ولكن المانح، كقاعدة، لا يحصل الثمار والإيرادات فحسب، وإنما يتصرف فيها في سياق العمل المعتاد خالية من الحق الضماني.

٥٦- ويعني عادة واجب حفظ الموجودات المرهونة أن المانح الحائز مسؤول عن الهلاك أو التدهور، سواء حدث بسبب خطأ منه أو نتيجة لحدث عرضي. ولا يحق للمانح من حيث المبدأ أن يتصرف في الموجودات المرهونة دون إذن من الدائن المضمون. وإذا أذن المانح، يأخذ المشتري الممتلكات خاضعة للحق الضماني. غير أنه يجوز للمانح، بصورة استثنائية، أن يتصرف في الموجودات المرهونة خالية من الضمان إذا كانت تتألف من مخزون أو من سلع استهلاكية وتباع في سياق عمل البائع المعتاد (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ٨٧). ورغم هذا التقييد على التصرف، ولأن المانح يحتفظ عادة بالاستخدام الكامل للموجودات المرهونة، تسنّ معظم الدول قواعد غير إلزامية تأذن للمانح بأن ينشئ حقوقاً ضمانية إضافية ترهن موجودات مرهونة فعلاً، والثمار والإيرادات التي تولدها وعائدات التصرف فيها.

(د) الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية

٥٧- إضافة إلى الحقوق الممنوحة على وجه التحديد للدائنين المضمونين والمانحين والالتزامات المفروضة عليهم على وجه التحديد بسبب حيازتهم الموجودات المرهونة، توجد قاعدتان شائعتان غير إلزاميتين تتناولان كلا من ضمان الدائن المضمون الحائز (الضمان الحيازي) وضمن المانح الحائز (الضمان غير الحيازي). والأول ناتج من فكرة أنه ينبغي للأطراف الحائزة أن تصون قيمة الموجودات المرهونة. وإذا ما حدث انخفاض كبير في قيمة

الموجودات المرهونة لأسباب لم يكن من الممكن توقعها وقت إبرام الاتفاق الضماني ولا علاقة لها بأي تقصير في العناية من جانب الطرف الحائز، تنص بعض الدول على أنه يتعين على المانح أن يقدم ضماناً إضافية لتعويض الانخفاض غير المتوقع في القيمة. وعادة ما تكون لدى تلك الدول قواعد أخرى تقيّد قدرة الدائن المضمون على الإفراط في تقديم الضمانات الرهنية (أي أخذ حق ضماني في موجودات تتجاوز قيمته بكثير قيمة الموجودات المرهونة). ويفترض أنه ينبغي مقابل ذلك التقييد أن يستطيع الدائن المضمون أن يلزم المانح بتقديم ممتلكات إضافية كضمانة إذا ما انخفضت قيمة الموجودات الأساسية فجأة. وعلاوة على ذلك، كثيراً 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.

٥٨- وتعلق 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 مثلاً المادة ١٠ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة والوثيقة A/CN.9/631، التوصية ٢٦). 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 والوثيقة A/CN.9/631، التوصية ٢٥). وعندما يكون الدائن المضمون حائزاً يعني ذلك ضمناً أنه يجوز له أن يحيل الحيازة أيضاً إلى الدائن المضمون الجديد. وفي كلتا الحالتين لا يستطيع المحال إليه الالتزام المضمون اكتساب حقوق تجاه المانح أو تجاه الموجودات المرهونة تفوق ما يمكن أن يطالب به المحيل.

باء- تعليقات تخص الموجودات تحديداً

٥٩- تتعلق معظم القواعد الإلزامية وغير الإلزامية المتصلة بحقوق الأطراف والتزاماتها بالأسلوب الذي توزع به امتيازات الملكية ومسؤولياتها بين المانح والدائن المضمون. وأهم ما يتضمّن ذلك هو (أ) الالتزام (يفرض دائماً على الطرف الحائز للممتلكات المرهونة، ليعتني بها ويصونها ويتخذ الخطوات اللازمة لحفظ قيمتها)؛ (ب) حق استخدام الممتلكات المرهونة وتحويلها ومزجها وصنعها؛ (ج) حق تحصيل الثمار والإيرادات والعائدات التي تولدها الممتلكات وتخصيصها لاستخدامه الخاص؛ (د) حق رهن الموجودات المرهونة أو إعادة رهنها أو التصرف فيها، سواء كانت خالية من الحق الضماني أو خاضعة له.

٦٠- تتناول تلك القواعد الحالات التي تكون فيها الموجودات المرهونة ممتلكات ملموسة. ورغم ذلك، يلاحظ هذا الدليل في الفصل الثالث (النهوج الأساسية إزاء الضمان) أهمية الممتلكات غير الملموسة، وبالأخص الحق في السداد فيما يتعلق بممتلكات قد يرهنها المانح. وفي حين أن فئات معينة من الممتلكات غير الملموسة مستبعدة من هذا الدليل (أي الأوراق المالية، انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ٤)، فهو يشمل أنواعا كثيرة أخرى من الممتلكات غير الملموسة، وبالأخص المستحقات التعاقدية وغير التعاقدية، والحق في سداد الأموال المقيدة في حساب مصرفي، والعائدات بمقتضى تعهد مستقل (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ٢، الفقرة الفرعية (أ)).

٦١- ويشمل إنشاء حق ضماني في حق في السداد بالضرورة أطرافاً أخرى خلاف المانح والدائن المضمون، وأوضحهم هو المدين بالمستحق. ولذلك وضعت الدول قواعد تفصيلية لتنظيم حقوق الأطراف والأطراف الثالثة والتزاماتها، سواء كان الحق ناشئاً بموجب شيء ملموس (مثل صك قابل للتداول أو مستند قابل للتداول)، أو بموجب شيء غير ملموس (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 هذا الدليل الأطراف الثالثة المدينة) من ناحية أخرى، قواعد إلزامية، وإن كان بعضها غير إلزامي. وتبحث حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها بالتفصيل في الفصل التاسع.

٦٢- ويركز هذا الفصل على الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير بين الخيل والمحال إليه. والموقف الذي تتخذه معظم الدول، تمشياً مع مبدأ حرية الأطراف، هو أنه ينبغي للأطراف ذاتها أن تحدد حقوقها والتزاماتها السابقة للتقصير. وبالتالي تكون غالبية القواعد المتعلقة بتلك الحقوق والالتزامات غير إلزامية. غير أن المواد ١١ إلى ١٤ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة تنص على عدد من القواعد الإلزامية في حالة الإحالات الدولية.

٦٣- يمكن بسط المبدأ الأساسي في هذا الميدان بإيجاز ووضوح، وهو يوجد عادة في القانون الوطني لمعظم الدول، ويقضي بأنه نظراً إلى أن الاتفاق الضماني قد يشير إلى علاقة مستمرة بين الأطراف، ما لم تقرر خلافاً لذلك، ينبغي أن تكون مقيدة بممارساتها وأعرافها. ويتبنى هذا الدليل فكرة أن الاتفاق بين الأطراف هو المصدر الأساسي لحقوقها والتزاماتها المتبادلة وأنه ما لا يوجد اتفاق على خلاف ذلك تكون ممارساتها وأعرافها الراضحة بينها ملزمة لها (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١١٠).

٦٤ - ويتعلق بعض من أهم أجزاء الاتفاق المبرم بين المحيل والمحال إليه بالإقرارات المقدمة من المحيل إلى المحال إليه. وفي الحالة العادية يفترض (أ) أن المحيل له حق إحالة المستحق؛ (ب) لم تسبق إحالة المستحق؛ (ج) ليس للمدين بالمستحق أي دفع أو حقوق في المقاصة يمكن التمسك بها تجاه المحيل. أو بعبارة أخرى، إذا كانت عند المحيل شكوك بشأن أي من هذه المسائل يجب أن يذكرها صراحة في الاتفاق أو يجب أن يفيد صراحة أنه لا يقدم أي إقرارات بهذا المعنى. وعلى أية حال يجب أن يتخذ المحيل كل الخطوات المعقولة اللازمة لحفظ قيمة المستحق، بالتوازي مع التزامات المحيل السابقة للتقشير بالنسبة لممتلكات ملموسة. ويعني ذلك أنه يتعين عليه أن يواصل كفالة أنه يحتفظ بالحقوق القانوني في تحصيل إيرادات المستحقات. ومن ناحية أخرى يفترض أن المحيل لا يقرّ بقدرة المدين بالمستحق الفعلية على السداد، ما لم يقرّ المحيل بالتحديد خلافاً لذلك. وترد تلك الالتزامات المختلفة في شكل قواعد غير إلزامية في القانون الوطني لمعظم الدول، ويوصى بها هذا الدليل في حد ذاتها (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١١١).

٦٥ - ولما كانت قيمة المستحق المحال تتألف من سداد من جانب المدين بمقتضى الالتزام، ولما كان المدين بالمستحق غير ملزم بالسداد للمحال إليه إلا إذا كان يعلم فعلاً حقوق المحال إليه (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصيتين ١١٤ و ١١٥)، يهيم زيادة قدرة المحال إليه على إعلام المدين بوجود الإحالة. ولذلك تنص دول كثيرة على أنه يجوز أن يخطر إما المحيل أو المحال إليه المدين وأن يعطي تعليمات بخصوص كيفية السداد. ومع ذلك، بغية الحيلولة دون إصدار تعليمات متضاربة، عادة ما يكون الوضع هو أنه لا يجوز بعد ذلك إلا للمحال إليه أن يوجه المدين فيما يتعلق بأسلوب السداد ومكانه.

٦٦ - وطبعاً قد تكون هناك أوضاع لا يرغب فيها المحيل والمحال إليه كلاهما (أو أحدهما فقط) أن يكون المدين بالمستحق على علم بالإحالة. وقد تتعلق هذه الرغبة بسمات معينة للأعمال المعنية 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 إلا في وقت لاحق ما. وإلى أن يقدم ذلك الإشعار، يواصل المدين بالمستحق السداد للمحيل وفقاً للاتفاق المبرم بينهما أو وفقاً لأي تعليمات سداد لاحقة. وعندما يخل أحد الطرفين (ويكون المحال إليه عادة) بالالتزام بعدم الإخطار لا ينبغي أن يضر ذلك بالمدين بالمستحق. ويجوز للمدين أن يسدّد وفقاً للتعليمات الصادرة وأن يحصل على إبراء لذمته عن المبالغ المسدّدة هكذا (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١١٦). ومع ذلك تنص أيضاً دول كثيرة على أنه ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، يجوز أن يؤدي مثل ذلك الإخلال إلى مسؤولية عن أي

أضرار ناجمة عن ذلك. ويوصي هذا الدليل بأن تحكم هذه المبادئ العامة إخطار المدين بالمستحق بالإحالة (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١١٢).

٦٧- ونظرا إلى أن الحق في السداد هو الهدف الفعلي من الضمان يهم تحديد مفعول أي سداد من جانب المدين بالمستحق (سواء كان للمحيل أو للمحال إليه) على حقوق كل منهما. وقد سنت دول كثيرة قواعد غير إلزامية تحكم نتيجة السداد بحسن نية الذي قد لا ينفذ بالفعل وفقا لقصد المحيل أو المحال إليه. فمثلا، حتى إن لم يقدم أي إخطار بالإحالة إلى المدين بالمستحق، قد ينفذ 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 المسدد، مع تخصيصه لتخفيض التزام المحيل. وبالمثل، إذا سدد مبلغ للمحيل بعد تنفيذ الإحالة، وبصرف النظر أيضا عما إذا كان المدين بالمستحق قد استلم إشعارا، ينبغي إلزام المحيل بأن يحول المبلغ المستلم إلى المحال إليه. وبالمثل، حالما قُدم الإشعار، إذا كان جزء من الالتزام بالسداد هو إعادة ممتلكات إلى المحيل، كثيرا ما تنص الدول على أنه ينبغي أن تسلّم تلك الممتلكات إلى المحال إليه. ولكن القواعد التي تعتمدها دول كثيرة غير إلزامية في كل هذه الحالات، والنتيجة هي أنه قد ينص المحيل والحال إليه على نتيجة مختلفة في اتفاهما.

٦٨- وفي حالة إحالات متعدّدة لأحد المستحقين، قد يتلقى المدين بالمستحق 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، ومتى كان الالتزام بالسداد ينطوي على إعادة الممتلكات للمحيل، وكذلك أن يجرم من حقوقه في أن يتلقى تلك الممتلكات أيضا. ولكن في كل الحالات لا يجوز للمحال إليه إلا أن يحتفظ بما يسدّد في حدود حقوقه في المستحق، بحيث إذا كان المبلغ المسدّد من المدين بالمستحق أكثر من مديونية المحيل المستحقة، يجب أن يحوّل المحال إليه الفائض إلى الشخص الذي يحق له (أي المحال إليه أو المحيل التالي في المرتبة، حسب الحال). وتمشيا مع النهج العام الذي يتبعه إزاء توزيع الحقوق والالتزامات السابقة للتقصير بين المحيل والحال إليه، يوصي هذا الدليل بأن تحكم هذه المبادئ العامة الحالات التي جرى فيها السداد بحسن نية لشخص لم يكن له الحق فعلا في تلقيه (انظر الوثيقة A/CN.9/631، التوصية ١١٣).

٦٩- وهذه القواعد غير الإلزامية المتعلقة بالحقوق والالتزامات السابقة للتقصير لمحيلي ممتلكات غير ملموسة والحال إليهم تلك الممتلكات تساعد تشكيل العلاقة التي تربط بينهما. وهي تجسد نموذجا بطرائق عديدة ما الذي يقصد أن تحقّقه القواعد غير الإلزامية، وهذا هو

سبب ذكرها صراحة في القانون الوطني لدول كثيرة. ولذلك السبب أيضا يوصي هذا الدليل بأن تدرج ضمن أي قانون يتعلق بالمعاملات المضمونة لأجل تيسير كفاءة إحالة المستحقات وتحصيلها، مع السماح مع ذلك في الوقت نفسه للمحيلين والمحال إليهم بأن يشكّلوا معاملاتهم الخاصة بهم بطرائق مختلفة كي تفي باحتياجاتهم ورغباتهم الخاصة.

جيم - التوصيات

[ملحوظة موجهة للجنة: لعلّ تود اللجنة أن تلاحظ أنه نظرا إلى أن الوثيقة A/CN.9/631 تتضمن مجموعة موحدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة لم تستنسخ التوصيات هنا، وحالما توضع التوصيات في صيغتها النهائية ستستنسخ في نهاية كل فصل.]