

Distr.: Limited
11 April 2002
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المصالح الضمانية)
الدورة الأولى
نيويورك، ٢٠-٢٤ أيار/مايو ٢٠٠٢

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة*

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٤٨-١	مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة
٢	٤٨-١	تاسعا- التقصير والانفاذ
٢	٤٠-١	ألف- ملحوظات عامة
٢	٤-١	١- مقدمة
٣	١١-٥	٢- الأهداف الرئيسية
٦	١٦-١٢	٣- التقصير
٦	١٢	(أ) معنى "التقصير"
٦	١٣	(ب) معالجة التقصير
٦	١٥-١٤	(ج) الإشعار بالتقصير
٧	١٦	(د) إعادة النظر القضائي أو الإداري

* قدّمت هذه الاضافة في موعد يقل بأربعة أسابيع عن الأسابيع العشرة المطلوبة قبل بدء الدورة، لأن الأمانة كانت منهمكة كلية في اعداد وثائق أخرى، من بينها احدى عشرة اضافة أخرى للوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2، قدّم عشر منها بالفعل.



الصفحة	الفقرات
٧	٤٠-١٧ الخيارات اللاحقة للتقصير -٤
٨	٢٤-١٩ (أ) الدعوى القضائية من أجل انفاذ الحق الضماني
١٠	٢٥ (ب) حرية الأطراف في الاتفاق بشأن اجراء الانفاذ
١٠	٢٧-٢٦ (ج) قبول الموجودات المرهونة للوفاء بالالتزام المضمون
١٠	٢٨ (د) استرداد الموجودات المرهونة
١١	٢٩ (هـ) التصرف المأذون من قبل المانح
١١	٣١-٣٠ (و) رفع سلطة المانح عن الموجودات المرهونة
١٢	٣٤-٣٢ (ز) بيع الموجودات أو أي تصرف آخر فيها
١٢	٣٦-٣٥ (ح) تخصيص حصيلة التصرف
١٣	٣٧ (ط) النهاية
١٣	٣٩-٣٨ (ي) أشكال متنوعة داخل الاطار العام
١٣	٤٠ -٥ الاجراءات القضائية التي يتخذها دائنون آخرون
١٤	٤٨-٤١ باء- الخلاصة والتوصيات

تاسعا- التقصير والانفاذ

ألف- ملحوظات عامة

١- مقدمة

١- يبحث هذا الفصل انفاذ الدائن المضمون حقه الضماني في حالة تخلف الدائن عن أداء ("تقصيره في الوفاء ب") التزام مضمون دون أن يكون معسرا (يتناول الفصل العاشر الاعسار).

٢- يتوقع الدائن المضمون العاقل أن يؤدي المدين التزاماته دون حاجة لأن يرجع الدائن على موجودات مرهونة، كما يتوقع المدين العاقل أن يفي بالتزامه، الا أن كلاهما يدرك أن المدين لن يستطيع أن يفعل ذلك في بعض الأحيان. وقد يكون التخلف ناجما عن سوء ادارة أو عن سوء تقدير في الأعمال التجارية، ولكنه قد يكون أيضا لأسباب خارجة عن ارادة المدين، مثل هبوط اقتصادي حاد في احدى الصناعات أو نظرا لظروف اقتصادية أكثر شمولاً من ذلك.

٣- ويستعرض الدائنون العاقلون دوريا أنشطة مدينيهم التجارية أو الموجودات المرهونة ويتصلون بالمدينيين الذين يبدو أنهم يواجهون صعوبات مالية. ويتعاون المدينون العاقلون مع

دائنيهم للتوصل إلى طرق للتغلب على هذه الصعوبات المالية. فقد يتوصل الدائنون والمدينون الذين يعملون معا إلى "صلح ودي"، أو يدخلون في اتفاقات لمدة فترة السداد أو تقليل التزام المدين أو تعديل اتفاقات الضمان. وتجري المفاوضات الرامية إلى التوصل إلى صلح ودي في ظل عاملين قانونيين رئيسيين، هما حق الدائن المضمون في أن ينفذ حقوقه الضمانية إذا قصر المدين في الوفاء بالتزامه المضمون، واحتمال بدء اجراءات اعسار ضد المدين.

٤ - وجوهر نظام المعاملات المضمونة هو حق الدائن المضمون في أن يلجأ إلى قيمة الموجودات المرهونة للوفاء بالالتزام المضمون إذا قصر المدين. ويتوقف مدى اتاحة الائتمان وتكلفته على مبلغ الحصيلة التقديرية للتصرف في الموجودات المرهونة. ويحسب الدائن أيضا تكاليف تسهيل قيمة الحق الضماني لدى حساب مبلغ وتكلفة الائتمان الذي يكون على استعداد لأن يمنحه للمدين.

٢ - الأهداف الرئيسية

[ملاحظة للفريق العامل: قد يود الفريق العامل أن ينظر في ما اذا كان ينبغي الاحتفاظ بهذا الجزء والتوسع فيه ضمن هذا الفصل أم اذا كان ينبغي أن يتضمن الفصل الثاني أي مناقشة موضوعية للأهداف. واذا اتبع النهج الأخير، هناك بعض أوجه الشبه بين '١' و'٤' أدناه، وكذلك بين الهدفين ألف وزي في الفصل الثاني، بيد أن الفصل الثاني قد يحتاج خلافا لذلك إلى شيء من التعديل لكي يستوعب النقاط المثارة هنا].

٥ - تمشيا مع الأهداف الرئيسية للنظام الكفاء المبين في الفصل الثاني ينبغي لنظام للمعاملات المضمونة أن تكون له الأهداف المحددة التالية لاجراء خاص بالتقصير والانفاذ:

'١' أن يوفر قواعد قانونية واضحة وبسيطة وشفافة لانفاذ الحقوق الضمانية بعد تقصير المدين، ولحقوق الأطراف المعنية والتزاماتها وأولوياتها فيما بعد التقصير.

٦ - ينبغي لنظام المعاملات المضمونة أن يوفر قواعد اجرائية وموضوعية لانفاذ الحق الضماني بعد تقصير المدين. وينبغي لهذه القواعد أن تسمح للأطراف أن تقرر ما الذي يجب عمله ازاء الموجودات المرهونة وتخصيص حصيلة أي تصرف في الموجودات المرهونة. وينبغي لها أيضا أن تتناول أي عجز أو فائض (أي الفرق بين القيمة النقدية للالتزام المضمون وحصيلة أي تصرف في الموجودات المرهونة)، قد يكون مستحقا على المدين أو مستحقا له. وينبغي لهذه القواعد القانونية أن تكون واضحة وبسيطة وشفافة لكي تضمن اليقين ازاء

النتيجة المحتملة لاجراءات الانفاذ. وخلافا لذلك، يضيف الدائن المضمون الخطر الاضافي الذي يوجده أي شيء من عدم اليقين إلى تكلفة الائتمان الذي يمنحه.

٢٤٠ أن يرفع قيمة تسجيل الموجودات المرهونة إلى أقصى حد ممكن بأسلوب متساوق مع حماية حقوق الأطراف المعنية والجمهور

٧- يستفيد كل الأطراف المعنية (أي الدائن المضمون والمدين والمانح وسائر الدائنين) من أن يرفع إلى أقصى حد ممكن المبلغ الذي سوف يحصل من التصرف في الموجودات المرهونة بعد تقصير المدين. وإذا خفض أي عجز قد يكون مستحقا على المدين كدين غير مضمون استفاد الدائن المضمون من ذلك. وفي الوقت نفسه يستفيد المدين أو المانح وسائر دائني المدين اما من تقليل العجز أو زيادة الفائض. ويمكن لنظام للمعاملات المضمونة أن يرفع القيمة المحققة بتخفيض تكاليف عملية التصرف، فتزيد بذلك قيمة الحصيلة الواردة من التصرف في الموجودات المرهونة.

٨- وينبغي أن تكون أي اجراءات تنفذ متساوقة مع ضرورة حماية حقوق الأطراف المعنية والجمهور. والقضية الرئيسية في نظام المعاملات المضمونة هي ما ينبغي ادخاله من تعديلات، ان وجدت، على القواعد العادية لتحصيل الديون. فتقضي بعض النظم، مثلا، باجراءات مستعجلة في المحاكم، بينما تفوض نظم أخرى الدائن المضمون سلطة تملك الموجودات المرهونة والتصرف فيها دون تدخل مباشر من جانب الحكومة أو تدخل اداري مستقل. غير أنه ينبغي للاجراءات المستعجلة وتفويض السلطة أن يأخذا في الاعتبار حق الأشخاص في سماعهم، حماية لمطالبات مشروعة في الموجودات المرهونة. وعلاوة على ذلك، يثير بالضرورة تخصيص موارد داخل النظام القضائي وأي تفويض لأشخاص عاديين قضايا تتعلق بالمصلحة العامة.

٣٤٠ أن يوفر وضعاً نهائياً عند الامتثال لاجراء الانفاذ

٩- يجب أن يكون هناك وضع نهائي حاسم بعد اتمام عملية تسجيل الحق الضماني. فينبغي أن ينتهي الحق الضماني الذي يتمتع به الدائن المضمون في الموجودات المرهونة. وإذا كان قد تم التصرف في الموجودات المرهونة وجب أن تنتهي حقوق المانح في الموجودات أيضا. كما ينبغي أن يحدد القانون ما اذا كانت الحقوق الضمانية لسائر الدائنين المضمونين في الموجودات المرهونة تستمر رغم التصرف في الموجودات في اجراء الانفاذ. وفي هذا الصدد

قد يميز القانون بين الحقوق الضمانية السابقة واللاحقة (أي ما اذا كان لسائر الدائنين المضمونين أولوية على الحق الضماني للدائن الذي بادر بالانفاذ).

٤٤ أن يحدد بوضوح مدى امكانية اتفاق الدائن المضمون والمناح على الاجراء الخاص بتسييل قيمة الموجودات المرهونة

١٠ - يرتكز مبدأ حرية التعاقد على افتراض أن الأطراف ذوي المصلحة الذاتية هم أفضل من يقدرون قيمة المبادلة التعاقدية المقترحة. وتؤدي جملة هذه المبادلات التعاقدية إلى كفاءة تخصيص الموارد داخل الاقتصاد. ويجب الموازنة بين هذا المبدأ ومبدأ آخر هو أنه لا ينبغي لعقد مبرم بين طرفين أن يؤثر سلباً على حقوق أطراف ثالثة أو على المصلحة العامة في مسائل مثل اساءة استعمال الحقوق. وفي سياق نظام لانفاذ الحقوق الضمانية يتعين على القانون أن يحدد مدى امكانية اتفاق الدائن المضمون والمدين على الاجراء الواجب اتباعه. وقد يميز القانون بوجه خاص بين الحقوق القانونية التي يمكن تعديلها في الاتفاق الضماني الأصلي وتلك التي لا يمكن تعديلها الا بعد حدوث التقصير.

٥٤ أن ينسق حقوق واجراءات الانفاذ الخاصة بنظام الحقوق الضمانية مع الحقوق والاجراءات الخاصة بالحقوق الضمانية في اجراءات الاعسار

١١ - يكون الحق الضماني ذا أهمية خاصة للدائن المضمون عندما يكون المدين في ضيق مالي. والمدين الذي يعاني من ضيق مالي أكثر احتمالاً أن يقصر في الوفاء بالتزاماته وقد ينتهي به الأمر طواعية أو كرها في اجراءات اعسار. وإذا كانت قيمة الحق الضماني في اجراءات الاعسار أقل من قيمة هذا الحق خارج تلك الاجراءات يكون هناك حافز للمدين وللسائر الدائنين لتسجيل اجراءات الاعسار. والدائن المضمون الخاضع لنظام من هذا النوع يأخذ في اعتباره لدى منح الائتمان انخفاض قيمة الحق الضماني في اجراءات الاعسار ويخفف بالتالي الائتمان الممنوح أو يرفع تكاليف الائتمان التي يتحملها المدين. ومن شأن النص على الاعتراف بالحقوق الضمانية وانفاذها في اطار اجراء الاعسار أن يوجد اليقين وأن يسهل توفير الائتمان (انظر الفصل العاشر للاطلاع على مناقشة حول الحقوق الضمانية في اجراءات الاعسار).

٣- التقصير

(أ) معنى "التقصير"

١٢- إذا تخلف المدين عن الوفاء بالتزام مضمون يكون المدين "مقصراً". ويقرر الاتفاق المبرم بين الأطراف والقانون العام الذي يحكم الالتزامات إذا كان هناك تقصير. فيمكن مثلاً أن ينص اتفاق خاص بقرض على حالات التوقف أو التقصير التي تجعل القرض واجب السداد فوراً. ويحدد اتفاق الضمان عادة ما الذي يشكل تقصيراً. وإذا أغفلت ذلك العقود المبرمة بين الأطراف، وهو احتمال بعيد، تقرر المبادئ العامة لقانون العقود إذا كان المدين قد قصّر. ولذلك لا يلزم أن يحدّد قانون يحكم المعاملات المضمونة ما هو التقصير. أما إذا تضمن تعريفاً فيكفي القول ان التقصير يحدث عندما يتخلف المدين عن الوفاء بالتزام مضمون، أو انه يكون خلافاً لذلك مقصراً وفقاً للتعريف الوارد في اتفاق الضمان أو المنصوص عليه في قانون آخر.

(ب) معالجة التقصير

١٣- يجب الموازنة بين حماية المدين عندما لا يدل التقصير على العجز عن الأداء على المدى الطويل وحماية الدائن من تكاليف الأداء المؤجل ومن دورة من التقصير والمعالجة، لتقرير ما إذا كان ينبغي للقانون أن يسمح للمدين أن يعالج أو أن يصحح التقصير. ورغم أنه يمكن ترك مسألة معالجة أو تصحيح التقصير هذه للقانون العام الذي يحكم الالتزامات أو تشريع خاص لحماية المدين، قد يؤدي احتمال نقل الموجودات المرهونة من سيطرة المدين إلى تركيز الاهتمام على المسألة في سياق قانون المعاملات المضمونة. وينبغي لقانون يحكم المعاملات المضمونة ويتناول مسألة معالجة التقصير أن يضمن اتساقه مع القانون الساري، كما ينبغي له أن يوفر حالات صريحة إلى تشريعات لا يزيحها، لأجل ضمان الشفافية.

(ج) الإشعار بالتقصير

١٤- يعد تقصير المدين شرطاً أساسياً لحق الدائن المضمون في انفاذ حقه الضماني حيال الموجودات المرهونة. وينبغي لقانون المعاملات المضمونة أن يتناول ما إذا كان ينبغي الإشعار بالتقصير ولمن يجب تقديمه والفائدة الرئيسية للإشعار هي أنه يسمح للمدين وسائر الأطراف المعنية بحماية مصالحهم. فيمكن للمدين، مثلاً، أن يطعن في ما إذا كان التقصير قد حدث وأن يسعى لمعالجة التقصير أو أن يفتك الموجودات المرهونة. وإشعار الأطراف المعنية الأخرى يسمح لها برصد الانفاذ اللاحق من جانب الدائن المضمون، وإذا كانوا دائنين مضمونين

تتمتع حقوقهم بالأولوية، بأن يتولوا عملية الإنفاذ. وتعد التكلفة من بين مساوئ الإشعار، وكذلك الفرصة التي يتيحها لمناح غير متعاون لأن ينقل الموجودات المرهونة بعيدا عن متناول الدائن، واحتمال تسابق دائنين آخرين على تفكيك منشأة المدين التجارية، والكثير من القوانين التي تحكم المعاملات المضمونة تقضي بضرورة الإشعار بالتقصير، إلا أن البعض منها لا ينص على ذلك.

١٥- وينبغي لقانون يحكم المعاملات المضمونة أن ينص بوضوح على الحد الأدنى لمضمون الإشعار والأسلوب الذي يقدم به وتوقيته، وذلك مثل الحالات الأخرى التي قد يلزم فيها الإشعار. ويمكن للقانون في ذلك أن يميّز بين إشعار المدين، وإشعار المناح عندما لا يكون المناح هو المدين، وإشعار الدائنين الآخرين، وإشعار السلطات العامة أو الجمهور عموما. ويمكن أن يلزم الدائن المضمون، مثلا، بأن يقدم إشعارا سابقا مكتوبا للمدين والمناح يعقبه قيد الإشعار في سجل عام. ويمكن أن يلزم الدائن أيضا بأن يقدم إشعارا كتابيا إلى الدائنين المضمونين الآخرين الذين سجلوا إشعارا بمصالحهم أو الذين أشعروا الدائن خلافا لذلك. وبدلا من ذلك يمكن أن يلزم المسجل بأن يقدم الإشعار. أما عن المعلومات التي يجب أن يتضمنها الإشعار، يمكن أن يقضي القانون بأن يشمل حساب الدائن المضمون للمبلغ المستحق الأداء نتيجة للتقصير وتفاصيل الاجراءات التي يمكن أن يتخذها المدين أو المناح لاصلاح التقصير أو فك الموجودات المرهونة. وقد يلزم الدائن المضمون أيضا بأن يختار - على الأقل مؤقتا - الاجراءات التي يعتزم اتخاذها لانفاذ حقه الضماني.

(د) إعادة النظر القضائي أو الاداري

١٦- بغية التأكد من سلامة إجراء الإنفاذ، ينبغي أن تتاح للمدين ولسائر الأطراف المعنية فرصة المطالبة بإعادة النظر قضائيا أو اداريا في اجراءات الدائن المضمون. وينبغي أن تتاح للمدين فرصة الاعتراض على موقف الدائن المضمون في أن هناك تقصيرا، أو في حساب المبلغ المستحق نتيجة للتقصير. ومن أجل تجنب تأخير إجراء الإنفاذ المشروع دون داع، ينبغي تعجيل عملية إعادة النظر. وينبغي أن تندرج الضمانات في العملية نفسها لثني المدينين عن تقديم مطالبات لا أساس لها بغية تأجيل الإنفاذ.

٤- الخيارات اللاحقة للتقصير

١٧- تسلم معظم النظم القانونية بأنه يجوز للدائن المضمون أن ينفذ الالتزام المضمون بموجب دعوى قضائية باتباع نفس الاجراء المتبع في إنفاذ أية مطالبة. وإذا ما صدر حكم

بشأن الالتزام المضمون، يجوز عندها إنفاذ ذلك الحكم بأسلوب متماثل على أي من موجودات المدين المتاحة للدائنين، بما فيها الموجودات المرهونة. ومع ذلك، فالمناقشة التي ترد في الفقرات التالية تركز على إنفاذ الحق الضماني للدائن المضمون فيما يخص الموجودات المرهونة، سواء أكان ذلك بدعوى قضائية أو بطريقة أخرى.

١٨ - والموجودات المرهونة قد تكون أو لا تكون في حوزة الدائن المضمون عندما يقصّر المدين. والدائن المضمون الذي يجوز موجودات مرهونة يتمتع بالحماية من احتمال اساءة التصرف (مثل اخفاء الموجودات أو اساءة التصرف فيها) من جانب المدين أو المانح. وينبغي لنظام المعاملات المضمونة أن يحمي أيضا الدائن المضمون غير الحائز من هذه الاساءة. ومع ذلك، وبصرف النظر عن مسألة الحماية من احتمال اساءة الاستعمال، فليس هناك من سبب للتمييز بين دائن ذي حق حيازي مضمون وغيره من الدائنين المضمونين، ويجوز تطبيق الإجراءات نفسها المتبعة لتسييل قيمة الحق الضماني على جميع الدائنين المضمونين.

(أ) الدعوى القضائية من أجل إنفاذ الحق الضماني

١٩ - إحدى المسائل الأساسية بالنسبة لنظام للمعاملات المضمونة هي مسألة مدى وجوب لجوء الدائن المضمون إلى المحاكم أو سائر السلطات الأخرى (المحضرين والكتاب العدول والشرطة، مثلا) من أجل إنفاذ الحق الضماني.

٢٠ - وبغية حماية المدين وسائر الأطراف ذات الحقوق في الموجودات المرهونة، يقتضي العديد من النظم القانونية أن يلجأ الدائن المضمون إلى المحاكم أو غيرها من السلطات لكي ينفذ حقه الضماني. ولكن هذا النهج يمكن أن يؤدي عن غير قصد إلى حدوث تأخيرات وتكاليف يتوجب على المدين تحملها في النهاية لأنهما تدرج ضمن تكلفة المعاملة التمويلية ولأنهما، على أية حال، تقلل من قيمة تسييل الموجودات المرهونة. ويشمل هذا النهج، إضافة إلى ذلك، إجراءات رسمية ليس المقصود بها أن تؤدي إلى تحقيق سعر سوقي معقول للموجودات المرهونة.

٢١ - ولتجنب هذه المشاكل، تقيد بعض النظم القانونية دور المحاكم أو غيرها من السلطات في عملية الإنفاذ. ففي هذه النظم القانونية تكون للدائن المضمون في الغالب صلاحية إنفاذ حقه الضماني دون أي تدخل مسبق من قبل مؤسسات الدولة الرسمية كالمحاكم أو المحضرين أو الشرطة. وتجزئ نظم قانونية أخرى تدخل مسبق محدود فقط من قبل

مؤسسات الدولة الرسمية في إجراء الإنفاذ.^(١) ويكمن ميرر اتباع هذا النهج في أن قيام الدائن المضمون أو طرف ثالث موثوق بالتحكم في الموجودات والتصرف فيها يكون في الغالب إجراء أكثر مرونة وأسرع وأقل تكلفة من الإجراء الذي يخضع للدولة. ويمكن أن يتيح هذا الإجراء أيضا أقصى قيمة ممكنة لتصفية الموجودات المرهونة.

٢٢- ولكن حتى في هذه النظم القانونية تكون المحاكم متاحة لضمان الاقرار بالمطالبات المشروعة ودفاعات المانح وسائر الأطراف الأخرى ذات الحقوق في الموجودات المرهونة. وبغية ابلاغ هذه الأطراف ومنحها فرصة للاستجابة، يلزم الدائن المضمون بتوجيه إخطار بالتقصير والإنفاذ الى تلك الأطراف (أنظر الفقرتين ١٤ و ١٥). وإضافة الى ذلك، ان لم يوافق المدين، لا يجوز للدائن المضمون أن ينفذ حقوقه إن كان ذلك الإنفاذ سيؤدي إلى الإخلال بالنظام العام (أنظر الفقرة ٣٠). فضلا عن ذلك، يجب على الدائن المضمون عند تصرفه في الموجودات المرهونة أن يقوم بذلك بأسلوب "معقول تجاريا" (أنظر الفقرة ٣٣).

٢٣- وحتى مع السماح للدائن المضمون بالتصرف دون تدخل رسمي فإنه لا يمنع عادة من طلب إنفاذ حقه الضماني بموجب دعوى قضائية. فعلى سبيل المثال، يجوز أن يختار الدائن المضمون رفع دعوى قضائية لتجنب احتمال الاعتراض بعد الفعل على إجراءاته الخاصة أو انه قد يستنتج ضرورة رفع دعوى قضائية على أية حال لاسترداد أي عجز متوقع.

٢٤- والعديد من النظم القانونية، سواء أكانت تقتضي من الدائن المضمون اللجوء الى القضاء أم لا تقتضي ذلك، يعدل القواعد العادية للإجراء المدني عندما يسعى الدائن المضمون إلى أن ينفذ حقوقه الضمانية. وهذه التعديلات قد تقيد الفترة الزمنية التي يجب على المحكمة أن تتخذ في غضون إجراءها أو أن تقيد في غضون المطالبات أو الدفاعات التي قد ترفعها الأطراف. وإن استنتجت المحكمة وقوع تقصير، فإن أي قرار يتخذ ينبغي أن يرمي إلى إرضاء المطالبة المضمونة التي يقوم بها الدائن. وينبغي أن تكون المحكمة مخولة بصلاحيه اصدار أمر إلى المدين بسداد الالتزام، أو بالتصرف بالموجودات المرهونة بنفسه، أو بتسليم الموجودات الى الدائن المضمون أو الى المحكمة للتصرف فيها.

(1) مثلا في القانون الأمريكي النموذجي الخاص بالمعاملات المضمونة، يجب على الدائن المضمون أن يقيّد إخطارا بالتقصير والإنفاذ لدى المسجل العمومي، وأن يسلم نسخة منه الى المدين والى أي دائن ذي حق ضماني معلن (انظر المادة ٥٤). ويجب أيضا على الدائن المضمون أن يستصدر من المحكمة أمرا باعادة الحيابة، تصدره المحكمة دون سماع (ويجب على المدين أن يشرع في اجراء مستقل للاعتراض على ذلك الأمر؛ أنظر المادة ٥٧). وبمجرد ما تصبح الموجودات في حوزة الدائن المضمون، يجوز له بيعها مباشرة بموجب اجراءات محددة منصوص عليها (أنظر المادة ٥٩).

(ب) حرية الأطراف في الاتفاق بشأن إجراء الإنفاذ

٢٥- من المسائل الأساسية الأخرى لنظام المعاملات المضمونة مسألة مدى ما يجوز للدائن المضمون والمناح أن يتفقا على تعديل الإطار التشريعي لإنفاذ الحق الضماني. ومنح الأطراف حرية الاتفاق على نتائج مبادلاتها يشجع تخصيص الموارد تخصيصا فعالا. ومع ذلك، عندما يفرض قانون المعاملات المضمونة التزامات إجبارية على دائن مضمون، ومنها بصفة خاصة النظم التي تسمح بالإنفاذ بتدخل محدود من الدولة، قد يحظر ذلك القانون أيضا أو أن يقيد قدرة الأطراف على التعاقد على عدم التقيد بتلك الالتزامات. كما يجوز أن يميز القانون بين الشروط المتفق عليها في وقت إبرام الاتفاق الضماني والشروط المتفق عليها بعد تقصير المدين.

(ج) قبول الموجودات المرهونة للوفاء بالالتزام المضمون

٢٦- بعد وقوع التقصير قد يقترح الدائن المضمون أن يقبل الموجودات المرهونة كوفاء كلي أو جزئي بالالتزام المضمون. ومعظم الولايات القضائية لا تجيز إنفاذ الاتفاق الذي تتحول بموجبه تلقائيا ملكية الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون عند تقصير، إذا كان الاتفاق الضماني ينص على ذلك، بيد أن بعض القوانين تجيز إنفاذ الاتفاق اللاحق. وميزة السماح بالاتفاقات اللاحقة هي أنها تقلل تكاليف الإنفاذ إلى أدنى حد وتتيح إنهاء الحق الضماني بصورة أسرع. أما وجه القصور فيها فهو أن الطرف المضمون قد يضغط إلى حد مفرط على المدين أو المناح في الحالات التي تكون فيها قيمة الموجودات المرهونة أعلى من الالتزام المضمون.

٢٧- وقد يحمي القانون من السلوك التعسفي باشتراط موافقة المدين والمناح والأطراف الثالثة أو القضاء في ظروف معينة، على سبيل المثال، عندما يكون المدين قد سدد مبالغ كبيرة من الدين المضمون. وقد يلزم الاعلان والنص على اتاحة مهلة محددة قبل التسوية النهائية للسماح بالاستئناف أمام المحكمة. كما قد يقتضي القانون إجراء تقدير رسمي.

(د) استرداد الموجودات المرهونة

٢٨- يسمح معظم القوانين للمدين المقصّر أو المناح باسترداد الموجودات المرهونة عن طريق سداد الالتزام المضمون المستحق، بما في ذلك الفائدة وتكاليف الإنفاذ لغاية تاريخ الاسترداد. ويؤدي الاسترداد إلى إنهاء المعاملة. وقد يشجع الأمل في الاسترداد المدين أو المناح على البحث عن مشترين محتملين لشراء الموجودات المرهونة ولرصد تصرفات الدائن

المضمون عن كذب. وينبغي التمييز بين استرداد الموجودات وبين إعادة سريان الالتزام المضمون. إعادة سريان الالتزام المضمون (بسداد قسط غير مسدد، مثلا) يعالج التقصير ويستمر ضمان الالتزام بالموجودات المرهونة. أما استرداد الموجودات المرهونة فيبرئ الالتزام المضمون.

(هـ) التصرف المأذون من قبل المانح

٢٩- بعد وقوع التقصير، يهتم الطرف المضمون بتحقيق أعلى قيمة ممكنة للموجودات المرهونة. وكثيرا ما يكون المدين أكثر دراية بسوق الموجودات من الدائن المضمون. ولهذا السبب كثيرا ما تتاح للمدين مهلة محدودة في أعقاب وقوع التقصير يحق له في أثنائها التصرف في الموجودات المرهونة.

(و) رفع سلطة المانح عن الموجودات المرهونة

٣٠- بعد تقصير المدين، يكون الدائن المضمون الذي لم تصبح الموجودات المرهونة في حوزته بعد منشغلا بشأن احتمال تبديد الموجودات أو إساءة التصرف فيها. ويمكن تخفيف ذلك بوضع الموجودات بين يدي محكمة ما أو موظف رسمي أو طرف ثالث موثوق به أو الدائن المضمون نفسه. والسماح للدائن المضمون بالتملك دون أي لجوء الى المحكمة أو الى سلطة أخرى أو بلجوء محدود اليها يقلل تكاليف الإنفاذ (أنظر الفقرة ٢١). ولكن حتى القوانين التي تجيز للدائن المضمون هذا التملك تسلّم باحتمال إساءة التصرف، وخاصة احتمال الإخلال بالنظام العام أو التهديد. لذا فإن معظم هذه القوانين تفرض على التملك شرط تجنب الإخلال بالنظام العام ("تعكير الأمن"). وتقتضي بعض القوانين إخطارا سابقا بالتقصير كشرط مسبق للتملك.

٣١- وفي الحالة الخاصة التي تتعرض فيها الموجودات المرهونة الى خطر الهبوط السريع في قيمتها، تنص معظم القوانين على إنتصاف مؤقت تأمر به محكمة أو أية سلطة أخرى معنية لصون قيمة الموجودات.

(ز) بيع الموجودات أو أي تصرف آخر فيها

٣٢- يخول الحق الضماني الدائن المضمون صلاحية بيع الموجودات المرهونة أو التصرف فيها بأسلوب آخر. وينبغي أن يكون هدف التصرف هو تحقيق أعلى قيمة ممكنة للموجودات المرهونة، مع عدم المساس بالمطالبات المشروعة ودفعات المانح أو الأغير.

٣٣- وتباين مقتضيات النظم القانونية القائمة من حيث شدة صفتها الرسمية. فبعض النظم القانونية تقضي بأن يخضع التصرف الى نفس الإجراءات العامة المتبعة في إنفاذ الأحكام الصادرة عن المحاكم، بينما تسمح نظم قانونية أخرى للدائن المضمون بالتحكم في التصرف ولكنها تنص على إجراءات موحدة للتصرف في الموجودات المرهونة في المزايدات العلنية وتحدد قواعد بشأن أمور مثل التوقيت والدعاية والسعر الأدنى. وهناك أيضا بعض النظم القانونية التي تسمح للدائن المضمون بأن يتحكم في التصرف وفقا لقواعد مرنة تتعلق بكيفية القيام بذلك. ويمكن أن ترهن هذه النظم حق الدائن بموافقة المانح، سواء أكان ذلك في الاتفاق الضماني أو بعد وقوع التقصير. ويُنصُ عادة على قاعدة عامة يلزم الدائن المضمون بالتقيد بها (مثل قاعدة "المعقول تجاريا" أو "بعناية رجل أعمال حصيف"). وقد تكون هناك أيضا قواعد خاصة بشأن كيفية تحصيل عائدات التصرف والاحتفاظ بها إلى حين توزيعها.

٣٤- وتشارك معظم قوانين المعاملات المضمونة في اشتراط إخطار أطراف معينة بخصوص تصرف مقترح ما. وبالنظر للطابع النهائي لأي تصرف كان، يلزم وجود قواعد مفصلة لتنبية الأطراف المعنية لكي تحمي مصالحها. والمسائل المتعلقة بمن يجب إشعاره وأسلوب الإشعار وتوقيته مماثلة للمسائل التي نوقشت في إطار التقصير (أنظر الفقرتين ١٤ و ١٥). وكثيرا ما تنص القوانين على إجراءات خاصة لبيع المنشآت التجارية وهي عاملة.

(ح) تخصيص حصيلة التصرف

٣٥- بغية الحد من المنازعات قدر الامكان، ينبغي لقانون المعاملات المضمونة أن يحدد قواعد بشأن توزيع حصيلة التصرف. وأكثر الأساليب اتباعا في تخصيص الحصيلة هو أسلوب تسديد تكاليف الإنفاذ المعقولة أولا ثم تسديد الالتزام المضمون. وينبغي للقانون أن يشمل قواعد بشأن إذا ما كان الدائن المضمون مسؤولا ومتى يكون مسؤولا عن توزيع الحصيلة على بعض أو جميع الدائنين المضمونين الآخرين ذوي الحقوق الضمانية في نفس الموجودات المرهونة. وينبغي لهذه القواعد أن تشترط إخطار الدائن المضمون بتلك المصالح الأخرى. كما ينبغي للقانون أن ينص على إعادة أي فائض في الحصيلة الى المانح.

٣٦- تستخدم الحصيلة الموزعة على الدائن المضمون للوفاء بالالتزام المضمون. وإذا كان هناك عجز بعد التوزيع فإنه لا ينبغي إبراء الالتزام إلا في حدود الحصيلة الواردة فقط. وينبغي للقانون أن ينص صراحة على أن الدائن المضمون يحق له استعادة مبلغ العجز من المدين. ويبقى طلب الدائن باستعادة العجز غير مضمون ما لم ينشئ المدين حقا ضمانيا في موجودات أخرى لصالح الدائن.

(ط) النهاية

٣٧- ينبغي لقانون المعاملات المضمونة أن ينص على الإنهاء بعد التصرف في الموجودات المرهونة، فينبغي أن ينتهي الحق الضماني للدائن المضمون في الموجودات المرهونة وكذلك حقوق المانح. وينبغي للقانون أيضا أن يحدد ما إذا كانت حقوق الأعيان (بمن فيهم دائنون مضمونون آخرون) في الموجودات المرهونة تبقى سارية بالرغم من التصرف في تلك الموجودات في إجراء الإنفاذ.

(ي) أشكال متنوعة داخل الاطار العام

٣٨- إن قانون المعاملات المضمونة الذي يشمل ضمن نطاقه أنواعا مختلفة عديدة من الموجودات المرهونة قد يلزمه أن ينص، عند الاقتضاء، على قواعد خاصة للتصرف في بعض أنواع الموجودات. وينطبق ذلك بصفة خاصة على الممتلكات غير الملموسة والأوراق المالية والأوراق التجارية القابلة للتداول. فمثلا، ينبغي أن يكون للدائن المضمون ذي الحق الضماني في ذمة مستحقة الحق في ابلاغ الملتزم بالذمة المستحقة بعد تقصير المدين.

٣٩- وينبغي لقانون المعاملات المضمونة أن يتناول أيضا مسألة الأسلوب الذي ينبغي أن يتبعه الدائن المضمون عندما تشمل معاملة منفردة حقوقا ضمانية في موجودات منقولة وغير منقولة على السواء. فإنفاذ الحق الضماني في التجهيزات الثابتة قد يقتضي أيضا قواعد خاصة لمعالجة مشكلة فصل تجهيزات ثابتة من ملكية غير منقولة يمتلكها شخص آخر غير الضامن نفسه.

٥- الاجراءات القضائية التي يتخذها دائنون آخرون

٤٠- ينبغي أن ينسق قانون المعاملات المضمونة مع القانون الإجرائي المدني العام لمنح الدائن المضمون الحق في التدخل في إجراءات المحكمة من أجل حماية الحقوق الضمانية وللتأكد من ترتيب المطالبات بصورة متساوية. وقد يلجا دائنو المدين أو المانح الآخرون الى

المحاكم لإنفاذ مطالباتهم ضد المدين وقد يخول القانون الإجرائي هؤلاء الدائنين حق إنفاذ التصرف في الموجودات المرهونة. ويلجأ الدائن المضمون في القانون الإجرائي إلى قواعد التدخل في تلك الدعاوى القضائية بغية حماية أولويته. وفي بعض الحالات قد يستثني القانون الإجرائي بعض القواعد العامة المتعلقة بالأولوية. ففي بعض النظم القانونية، على سبيل المثال، يجوز للمحكمة أن تأمر شخصا مدينا بمبلغ من المال الى مدين محكوم عليه بأن يسدد إلى الدائن المحكوم له. وإن كان الدائن مضمون حق ضمان في هذه الذمة المستحقة، يجوز للمحكمة أن تمنح بالفعل الأولوية الى الدائن المحكوم له. وإن لم يكن عكس هذه القواعد العامة الخاصة بالأولوية مقصودا، فإنه ينبغي تعديل القانون المعني.

باء- الخلاصة والتوصيات

٤١- تستهدف الأحكام الخاصة بالتقصير والإنفاذ في إطار نظام المعاملات المضمونة الأهداف الرئيسية التالية:

١' أن توفر قواعد واضحة وبسيطة وشفافة لإنفاذ الحقوق الضمانية بعد تقصير المدين، ولحقوق الأطراف المعنية والتزاماتها وأولوياتها فيما بعد التقصير؛

٢' أن ترفع قيمة تسييل الموجودات المرهونة إلى أقصى حد ممكن بأسلوب متساوق مع حماية حقوق الأطراف المعنية والجمهور؛

٣' أن توفر وضعا نهائيا عند الامتثال لاجراء الانفاذ؛

٤' أن توفر بوضوح مدى امكانية اتفاق الدائن المضمون والمدين على الاجراء الخاص بتسييل قيمة الموجودات المرهونة؛

٥' أن تنسّق حقوق واجراءات الانفاذ الخاصة بنظام الحقوق الضمانية مع الحقوق والاجراءات الخاصة بالحقوق الضمانية في اجراءات الإعسار.

٤٢- لا يلزم للقانون أن يعرف "التقصير"، وإذا تضمن تعريفا يكفي القول ان التقصير يحدث عندما يتخلف المدين عن الوفاء بالتزام مضمون أو عند تقصيره على نحو آخر، وفقا لما يعرفه الاتفاق الضماني أو أي قانون آخر. وينبغي للقانون أن يتناول مسألة ما إذا كان ينبغي الإخطار بالتقصير والى من ينبغي توجيهه. وينبغي أن يكون للمدين حق اللجوء إلى القضاء أو غيره من السلطات ذات الصلة للاعتراض على دعوى الدائن بالتقصير، أو على حساب المبلغ المستحق نتيجة للتقصير. ولتجنب تأخير الإنفاذ الشرعي من غير داع، ينبغي تعجيل

اجراءات اعادة النظر. وينبغي أن تدرج ضمانات في صلب العملية لثني المدينين عن القيام بمطالبات لا أساس لها من أجل تأجيل الإنفاذ.

٤٣- [ملاحظة للفريق العامل: قد يود الفريق العامل أن ينظر مدى تحكم القضاء في عملية الانفاذ. وبصفة خاصة قد يود الفريق العامل أن ينظر فيما يلي (انظر الفقرات ١٩-٢٥ و ٣٠-٣٤):

١' إن كان ينبغي، في حالة مصلحة ضمانية غير حيازية، اشتراط نوع ما من التدخل الرسمي لاعادة تملك الدائن المضمون الموجود المرهون أو اشتراط تحويل الدائن المضمون صلاحية رفع سلطة المدين على الموجود المرهون، وذلك بموجب أحكام تتعلق بالنظام العام؛ و

٢' إن كان ينبغي تحويل الدائن المضمون صلاحية التصرف في الموجود مباشرة أو عن طريق إجراء تشرف عليه المحكمة، وذلك بموجب معايير تجارية معقولة وأحكام الحماية من السلوك التعسفي.]

٤٤- بعد وقوع التقصير، ينبغي السماح للمدين أو المانح باسترداد الموجودات المرهونة بسداد الالتزام المضمون المستحق، بما فيه الفائدة وتكاليف الإنفاذ حتى وقت الاسترداد.

٤٥- ينبغي أن يحدد القانون قواعد يجري بموجبها توزيع حصيلة التصرف. وينبغي تخصيص الحصيلة بالترتيب التالي: تكاليف التصرف المعقولة؛ الالتزام المضمون؛ والالتزامات المضمونة الأخرى؛ والفائض، إن وجد، إلى المانح. وإذا تبقى عجز بعد استخدام الحصيلة لسداد الالتزام المضمون، ينبغي أن يحق للدائن المضمون مطالبة غير مضمونة ضد المدين لتغطية العجز. وينبغي أن يكون الوضع نهائياً بعد أن يتم التصرف في الموجودات المرهونة.

٤٦- وينبغي النظر في قواعد خاصة بالتصرف في الممتلكات غير الملموسة والصكوك القابلة للتداول والتجهيزات الثابتة. وينبغي للقانون أن يقدم أيضاً توجيهها بشأن الإجراءات الواجبة التطبيق عندما تشمل معاملة منفردة حقوقاً ضمانية في ممتلكات منقولة وغير منقولة على السواء.

٤٧- هناك حاجة للتنسيق مع إجراءات القانون الاجرائي المدني لاتاحة التدخل في إجراءات المحكمة من أجل حماية الحقوق الضمانية وكفالة ترتيب المطالبات على نحو متسق.