

Distr.: General
3 May 2007
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



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

المصالح الضمانية
مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة
مذكّرة من الأمانة*

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات
٣	٣٥-١ تاسعا- حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها
٣	٣٥-١ ألف- ملحوظات عامة
٣	٣-١ ١- مقدّمة
٤	٣٥-٤ ٢- مفعول الحق الضماني على التزامات الطرق الثالث المدين
٤	٥-٤ (أ) ملاحظات عامة
٤	١٦-٦ (ب) مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بالمستحق

* قدّمت هذه الوثيقة بعد انقضاء ثلاثة أسابيع على الموعد الأقصى المحدّد، وهو ١٠ أسابيع قبل بدء الاجتماع، بسبب الحاجة إلى إتمام المشاورات ووضع التعديلات التي تمخّضت عنها في صيغتها النهائية.



الفقرات الصفحة

- (ج) مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بصك قابل للتداول ٢١-١٧ ٨
- (د) مفعول الحق الضماني على التزامات المصرف الوديع ٢٨-٢٢ ٩
- (هـ) مفعول الحق الضماني على التزامات الكفيل/المصدر أو المثبت أو
الشخص المسمى بمقتضى تعهد مستقل ٣٣-٢٩ ١١
- (و) مفعول الحق الضماني على التزامات المصدر أو مدين آخر بمقتضى
مستند قابل للتداول ٣٥-٣٤ ١٢
- باء- التوصيات ١٣

تاسعا- حقوق الأطراف الثالثة المدينة والتزاماتها

ألف- ملحوظات عامة

١- مقدّمة

١- عندما يتألف الموجود المرهون في سياق معاملة مضمونة من حق تجاه طرف ثالث تكون المعاملة المضمونة بالضرورة أكثر تعقّدا مما إذا كان الموجود المرهون شيئا بسيطا مثل قطعة من المعدّات. ويمكن أن تشمل تلك الحقوق تجاه أطراف ثالثة "مستحقات" أو "صكوكا قابلة للتداول أو "مستندات قابلة للتداول" أو "حقوقا في عائدات بمقتضى تعهّد مستقل" أو "حقوقا في تسديد أموال مودعة في حساب مصرفي" (للاطلاع على تعاريف هذه المصطلحات، انظر الباب باء، بشأن المصطلحات وقواعد التفسير، في مقدمة الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). 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.

٢- 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 تعهّد مستقل يشار إلى الطرف الثالث المدين بأنه "الكفيل/المصدر أو المثبت أو شخص مسمّى آخر" (للاطلاع على تعاريف هذه المصطلحات، انظر الباب باء، بشأن المصطلحات وقواعد التفسير، في مقدمة الوثيقة A/CN.9/631/Add.1).

٣- وعندما يكون الموجود المرهون حقا تجاه طرف ثالث مدين، ليس للمعاملة المضمونة مفعول على المانح والدائن المضمون فحسب بل على الطرف الثالث المدين أيضا. وبالتالي، توفرّ القوانين 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 ألاّ تثقل وسائل الحماية تلك دون داع العبء على إنشاء حقوق ضمانية في حقوق تجاه أطراف ثالثة مدينة، نظرا إلى أن الحقوق الضمانية تيسّر تقديم دائن مضمون ائتماننا إلى المانح، وبالتالي تقديم المانح ائتماننا إلى الطرف الثالث المدين.

٢- مفعول الحق الضماني على التزامات الطرف الثالث المدين

(أ) ملاحظات عامة

٤- من المسلّم به عموماً أن من غير المناسب أن يغيّر حق ضماني في حق الحصول على الأداء من طرف ثالث مدين طبيعة التزام الطرف الثالث المدين أو حجم ذلك الالتزام. فمثلاً، لا تسمح المادة ١٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية^(١) ("اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة") بأي تغيير في الالتزام، سوى ما يتعلّق بهويّة الشخص الواجب السداد له (والعنوان أو الحساب الذي يجب أن يُوجّه إليه السداد، مع بعض القيود. انظر الفقرة ٨، أدناه). وينطبق هذا المبدأ بالمثل على الأطراف الثالثة المدينة عندما يتعلق الأمر بحقوق غير المستحقات (كتلك المذكورة أعلاه).

٥- وعندما يثبت صك قابل للتداول أو مستند قابل للتداول حقاً تجاه طرف ثالث مدين، فإن هذا المبدأ وارد في قانون راسخ في معظم الدول يورد بالتفصيل مفعول الإحالة على التزام المدين (عبارة "القانون الذي يحكم الصك القابل للتداول" أوسع من عبارة "قانون الصك القابل للتداول"، انظر الفقرة [...] من الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). وهكذا، ليست هناك حاجة إلى قانون للمعاملات المضمونة لإعادة إنشاء تلك القواعد. وبالتالي، يدّعي 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، ويدّعي هذا الدليل لها هي الأخرى.

(ب) مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بالمستحق

٦- 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 هذا الدليل بشيء من التفصيل مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بالمستحق. ويستمد الدليل في معظمه سياساته من القواعد المناظرة الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة.

٧- وتمشياً مع النهج المتّبع في اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة لا يشمل الدليل الحقوق الضمانية في المستحقات فحسب بل والإحالات التامة والإحالات على سبيل الضمان أيضاً

(1) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.04.V.14.

(انظر التوصية ٣ في الوثيقة A/CN.9/631؛ وللإحالة على تعريف المصطلحات "الإحالة" و"الحيل" و"الحال إليه" والمصطلحات ذات الصلة، انظر الباب باء، بشأن المصطلحات وقواعد التفسير، في مقدمة الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). ولذلك تتناول المناقشة المدين المستحق في المعاملات التي أحيل فيها المستحق إحالة تامة أو استُخدم كموجود مرهون (في إحالة تامة لأغراض ضمانية أو في إحالة على سبيل الضمان).

٨- وتنص اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة، مع القليل من الاستثناءات، على أن إحالة المستحق لا تمس بحقوق المدين المستحق والتزاماته دون موافقته. ولا تشمل الآثار المسموح بها إلا التغييرات في الشخص أو العنوان أو الحساب المطلوب من المدين المستحق أن يسدّد له. ولكن، من أجل عدم فرض مشقة على المدين المستحق قد تترتب على تغيير الشخص أو العنوان أو الحساب المطلوب من المدين أن يسدّد له، تمنع اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة أن تتضمن أي تعليمات موجهة إلى المدين المستحق بشأن تغيير الشخص أو العنوان أو الحساب المسدّد إليه تغييراً للعملة أو الدولة المحدّتين لإجراء السداد، إلا إذا كان التغيير إلى الدولة التي يقع فيها مقر المدين (انظر المادة ١٥ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة والتوصية ١١٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

٩- وعندما تكون إحالة المستحق إحالة تامة تتغيّر ملكية الحق في الحصول على الأداء من المدين المستحق، ولكن ذلك لا يعني بالضرورة أن الطرف المطلوب السداد له يتغير أيضاً، والسبب هو أن الحال إليه يعقد في حالات كثيرة ترتيباً خديماً أو ترتيباً مماثلاً مع الحيل يحصل هذا الأخير بمقتضاه على الأداء نيابة عن الأول.

١٠- كذلك، عندما تنطوي إحالة المستحق على إنشاء حق ضمان لا تعني الإحالة بالضرورة أن الطرف المطلوب السداد له يتغير. وفي بعض الحالات، يتمثل الترتيب بين الحيل والحال إليه في أن يكون السداد إلى الحيل (على الأقل قبل أي تقصير من جانب الحيل). ولكن يقضي الترتيب في حالات أخرى، بأن يجري السداد إلى الحال إليه.

١١- ونظراً إلى أن ذمة المدين المستحق لا تبرأ إلا بقدر السداد إلى الطرف الصحيح (ولا يجوز أن تبرأ إذا جرى السداد إلى طرف مختلف)، فإن للمدين المستحق مصلحة واضحة في معرفة هوية الطرف المطلوب السداد إليه. وهكذا فإن نظاماً قانونية كثيرة تحمي المدين المستحق بالنص على أن تبرأ ذمة المدين المستحق بالسداد وفقاً للعقد الأصلي إلى أن يتلقى إشعاراً بالإحالة وبأي تغيير مصاحب لذلك في الشخص أو العنوان الذي ينبغي توجيه السداد إليه. وهذا المبدأ يوفر حماية هامة للمدين المستحق حيث إنه يبطل احتمال اكتشاف

أن السداد لا يبرّئ ذمة المدين بالمستحق لأن السداد جرى لصالح طرف لم يعد دائن المستحق، حتى إذا كان المدين بالمستحق يجهل بتغير دائن المستحق (انظر الفقرة ١ من المادة ١٧ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة والفقرة الفرعية (أ) من التوصية ١١٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٢- ولكن، حالما يتلقّى المدين بالمستحق إشعاراً بالإحالة وبأي تعليمات جديدة بشأن السداد، يكون من المناسب إلزام المدين بالمستحق بأن يسدّد وفقاً للإحالة والتعليمات (رهنا بالقيّد المذكور في الفقرة ٨ أعلاه بأنه لا يجوز للتعليمات أن تغيّر عملة السداد ولا الدولة المطلوب إجراء السداد فيها إلا إذا كان التغيير إلى الدولة التي يقع فيها مقر المدين بالمستحق). وهذا المبدأ بالغ الأهمية للجدوى الاقتصادية لتمويل بالمستحققات. فإذا ظل في وسع المدين بالمستحق أن يسدّد إلى المحيل ربما حرم ذلك المحال إليه من قيمة الإحالة، خصوصاً عندما يكون المحيل في ضائقة مالية (انظر الفقرة ٢ من المادة ١٧ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة والفقرة الفرعية (ب) من التوصية ١١٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٣- وكما لوحظ أعلاه، ليس من الملائم أن تغيّر إحالة أحد المستحقّات طبيعة التزام المدين بالمستحق أو حجم ذلك الالتزام. وضمن ما ينطوي عليه ذلك المبدأ أنه لا ينبغي للإحالة التي تتم دون موافقة المدين بالمستحق أن تحرم المدين بالمستحق من الدفع أو حقوق المقاصة التي يمكن أن يتمسك بها تجاه المحيل عند عدم وجود إحالة (انظر المادة ١٨ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة والتوصية ١١٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٤- غير أن هذا المبدأ لا ينبغي أن يمنع المدين بالمستحق من الموافقة على عدم التمسك تجاه المحال إليه بالدفع وحقوق المقاصة التي كان يمكن أن يتمسك بها تجاه المحيل. ومفعول موافقة من هذا القبيل هو أن يضيف 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⁽²⁾) (اتفاقية الأونسيترال بشأن السفاتج والسندات الإذنية)). ولما كان من الممكن أن يكون المستحق قد ضمّن في سند إذني 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 أو صك مماثل قابل للتداول (انظر الفقرة الفرعية (أ) من

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

التوصية ١١٨ في الوثيقة A/CN.9/631). غير أن هناك في معظم الدول، مثلما هناك في اتفاقية الأونسيتال بشأن السفائح والسندات الإذنية، دفوعاً معينة يمكن التمسك بها حتى تجاه الحامل السليم النية أو غيره من المشتريين المتمتعين بالحماية (انظر، مثلاً، الفقرة (١) من المادة ٣٠ من اتفاقية الأونسيتال بشأن السفائح والسندات الإذنية). والمفترض أن تتحقق النتيجة ذاتها في سياق الاتفاق على عدم التمسك بدفوع تجاه الطرف الذي يحال إليه المستحق (انظر الفقرة (٢) من المادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة والفقرة الفرعية (ب) من التوصية ١١٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٥ - وعندما ينشأ مستحق بموجب عقد، يمكن أن يتفق المدين بالمستحق مع دائنه على تعديل شروط الالتزام. وإذا كان ذلك المستحق موضوع إحالة وجب تحديد مفعول ذلك التعديل على حقوق المحال إليه. وإذا حدث التعديل قبل الإحالة فإن ذلك يعني أن الحق المحال إلى المحال إليه هو المستحق الأصلي بشكله المعدل باتفاق المدين بالمستحق ودائنه. وإذا 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. وعلى ذلك، تنص النظم القانونية عموماً على أن تعديلاً من هذا القبيل يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه (انظر، مثلاً، الفقرة ١ من المادة ٢٠ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة والفقرة الفرعية (أ) من التوصية ١١٩ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٦ - وإذا أبرم اتفاق تعديل شروط المستحق بين المدين بالمستحق والمحيل بعد أن حصلت الإحالة فعلاً 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 النظم القانونية تنص على استثناءات محدودة لقاعدة عدم نفاذ المفعول هذه. فمثلاً، إذا لم يكن الحق المطلوب سداً على المستحق قد اكتسب بكامله بالأداء وكان العقد الأصلي ينص على إمكانية التعديل جاز أن يكون التعديل نافذ المفعول تجاه المحال إليه. وفي بعض الحالات، مثل الحالة التي يحكم فيها العقد الأصلي علاقة طويلة الأمد بين المدين بالمستحق ودائنه، وكانت العلاقة من النوع الذي كثيراً ما يكون موضع تعديل، يمكن أن يتوقع المحال إليه احتمال حصول تعديلات معقولة في سياق العمل المعتاد حتى بعد الإحالة. ونتيجة لذلك، ينص بعض النظم القانونية على أن التعديل الذي يوافق عليه محال إليه متعقل 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 الفقرة ٢ من المادة ٢٠ من اتفاقية الأمم المتحدة للإحالة والفقرة الفرعية (ب) من التوصية ١١٩ في الوثيقة A/CN.9/631).

(ج) مفعول الحق الضماني على التزامات المدين بصك قابل للتداول

١٧- القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول راسخ في معظم الدول ويحتوي على قواعد واضحة تتعلق بمفعول إحالة الصك على التزامات أطراف الصك. وتمتد تلك القواعد عموماً لتنطبق في سياق الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول (انظر التوصية ١٢١ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٨- وهكذا، مثلاً، لا يستطيع الدائن المضمون أن يُحصّل قيمة الصك القابل للتداول إلا وفقاً لشروط ذلك الصك. وحتى إذا قصّر المانح في الوفاء بالتزامه تجاه الدائن المضمون، لا يستطيع الدائن المضمون أن يُنفذ الصك القابل للتداول تجاه المدين. بموجب الصك القابل للتداول إلا عندما يحين موعد السداد. بموجب ذلك الصك. فمثلاً، إذا كان الصك القابل للتداول مستحق السداد عند حلول الأجل فقط لا يُسمح للدائن المضمون أن يطلب السداد بموجب ذلك الصك قبل حلول أجله، إلا كما هو منصوص عليه في شروط ذلك الصك.

١٩- وإضافة إلى ذلك، لا يستطيع الدائن المضمون أن يحصل قيمة الصك القابل للتداول إلا وفقاً للقانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، ما لم يوافق المدين على غير ذلك. وعادة، حسب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، كي يحصل الدائن المضمون قيمة الصك القابل للتداول فهو يجب أن يكون حاملاً لذلك الصك باحتيازه مع أي تظهير ضروري. وخلافاً لذلك، لا يضمن المدين الحصول على إبراء الذمة بشأن الصك القابل للتداول بالسداد إلى الدائن المضمون. ولذلك كثيراً ما يُسمح للمدين بموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول بالإصرار على ألا يسدّد إلا إلى حامل الصك القابل للتداول. غير أن الذي يحال إليه صك من حامل ذلك الصك يستطيع في بعض النظم القانونية إنفاذ الصك إذا كان المحال إليه حائزاً له.

٢٠- وبموجب القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول، قد يكون أو لا يكون الدائن المضمون عرضة لمطالبات المدين بموجب الصك ودفعه. فإذا كان الدائن المضمون حاملاً للصك القابل للتداول وتمتعا بالحماية، حقّ له إنفاذ الصك القابل للتداول حالياً من مطالبات ودفع معيّنة للمدين. وتلك المطالبات والدفع هي التي يطلق عليها المطالبات والدفع "الشخصية"، ومنها مثلاً المطالبات والدفع في سياق العقود الاعتيادية والتي كان

يمكن للمدين أن يتمسك بها تجاه الحامل السابق. غير أن الدائن المضمون، حتى كمشتري متمتع بالحماية، يظل عرضة لما يطلق عليه دفعوع المدين "الحقيقية"، كالاتجار إلى الأهلية القانونية أو الاحتيال في الحافز أو إبراء الذمة في إجراءات الإعسار.

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

(د) مفعول الحق الضماني على التزامات المصرف الوديع

٢٢- في النظم القانونية التي لا يمكن أن ينشأ فيها حق ضماني في حق الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي إلا بموافقة المصرف الوديع، ليس على المصرف واجب الموافقة. وفي النظم القانونية التي لا تلزم فيها موافقة المصرف الوديع على إنشاء الحق الضماني، لا يجوز مع ذلك المساس بحقوق المصرف الوديع والتزاماته دون موافقته (انظر الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ١٢٢ في الوثيقة A/CN.9/631). وفي كلتا الحالتين يكمن السبب في الدور الحاسم الذي تؤديه المصارف في نظام السداد والحاجة إلى تجنب التعارض مع القانون المصرفي والممارسات المصرفية.

٢٣- وسبب عدم فرض واجبات على المصرف الوديع أو تغيير حقوقه وواجباته دون موافقته هو أن فرض تلك الواجبات دون موافقة المصرف قد تعرضه لمخاطر لا دعي لها ولا يكون في وضع يسمح له بمعالجتها دون وجود تدابير احترازية مناسبة. فالمصرف الوديع عرضة لمخاطر تشغيلية كبرى، حيث تُخصم أموال من حسابات مصرفية أو تقيّد لها يوميا، وكثيرا ما تقيّد المبالغ للحسابات 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 تحكم الصكوك القابلة للتداول وتحويلات الاعتمادات وغيرها من القواعد التي تحكم نظم السداد في عملياته اليومية، إضافة إلى خطر عدم الامتثال لواجبات معينة يفرضها قانون آخر 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 يقصد بها ضمان أمان المصرف الوديع

وسلامته. أخيراً، فإن المصرف الوديع عرضة لمخاطرة تتعلق بسمعته لدى اختيار الزبائن الذين يوافق على مباشرة معاملات معهم.

٢٤- وتشير التجربة في الدول التي تلزم فيها موافقة المصرف الوديع على واجبات جديدة أو مغيرة إلى أن الأطراف كثيراً ما تستطيع أن تتفق على ترتيبات مرضية بحيث يكون المصرف مطمئناً بأنه يتعامل مع المخاطر المعنية نظراً لطبيعة المعاملة المعنية وزبون المصرف.

٢٥- وبوجه خاص ومن أجل تجنّب 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 الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي لدى المصرف على أن المصرف يحتفظ بأي حقوق في المقاصة قد يتمتع بها بمقتضى قانون آخر غير قانون المعاملات المضمونة (انظر الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ١٢٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢٦- وتنطبق المبادئ ذاتها فيما يتعلق بإنفاذ حق ضماني في حق الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي تجاه أطراف ثالثة وأولوية ذلك الحق وإنفاذه. فمثلاً، في النظم القانونية التي تشير إلى مفهوم "السيطرة" فيما يتعلق بإنفاذ حق ضماني في حق الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي تجاه أطراف ثالثة، هناك قواعد مناسبة لحماية سرية العلاقة بين المصرف وزبونه (للاطلاع على تعريف "السيطرة"، انظر الباب بء، بشأن المصطلحات وقواعد التفسير، في مقدمة الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). فتلك القواعد تنص، مثلاً، على أن المصرف ليس ملزماً 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 الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ١٢٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

٢٧- وفي النظم القانونية التي يُجَعَل فيها الحق الضماني 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 القوانين الواجبة التطبيق في 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.

٢٨- وفي النظم القانونية التي يجوز فيها للمصرف الوديع أن يتفاوض حول وضعه المميز ذي الأولوية مع صاحب الحساب المصرفي ودائنيه، ليس على المصرف أي واجب لتخفيض رتبة حقوقه أمام الحق الضماني لدائن 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 سداد أموال مودعة في حساب مصرفي ونفاذ مفعول ذلك الحق تجاه أطراف ثالثة وأولويته، ليس على المصرف الوديع أي واجب لقبول الدائن المضمون كزبون للمصرف.

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

٢٩- حقوق الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى وواجباته بمقتضى تعهد مستقل راسخة بمقتضى القانون والعرف اللذين يحكمان التعهدات المستقلة (للاطلاع على تعريف هذه المصطلحات، انظر الباب باء، بشأن المصطلحات وقواعد التفسير، في مقدمة الوثيقة A/CN.9/631/Add.1). وذاتك القانون والعرف الراسخان قد يسرا فائدة التعهدات المستقلة، خصوصا في التجارة الدولية. وبالتالي، ينبغي إيلاء عناية كبيرة لدى صوغ قانون للمعاملات المضمونة فيما يخص التعهدات المستقلة لتجنب التعرض لتلك الآليات التجارية المفيدة.

٣٠- ومن المفيد، لأجل تجنّب ذلك التعرض، التمييز بين التعهد المستقل ذاته وحق المستفيد من التعهد المستقل في الحصول على سداد (أو شيء آخر ذي قيمة) من الكفيل/المصدر أو الشخص المسمى. ففي حين أن توفير حق ضماني في الأول دون التعرض لفائدة التعهد المستقل مهمة حساسة، ينطوي الحق الضماني في الأخير على قدر أقل من المخاطر لأنه لا يتعلق إلا بحق المستفيد وليس له مفعول على الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى.

٣١- ويوصي هذا الدليل بقواعد تيسر استخدام الحق في العائدات بمقتضى تعهد مستقل كضمانة، ولكن مع وجود شروط صارمة يُقصد بها تفادي الآثار السلبية على الكفلاء/المصدرين أو المثبتين أو الأشخاص المسمين (وبالتالي على فائدة التعهدات المستقلة).

٣٢- وثمة مبدأ أساسي هو أنه ينبغي أن تكون حقوق الدائن المضمون في العائدات بمقتضى تعهد مستقل أدنى مرتبة من حقوق الكفيل/المصدر أو المثلث أو الشخص المسمى، بمقتضى القانون والعرف اللذين يحكمان التعهدات المستقلة. وبالمثل، ومن أجل تفادي النيل من استقلالية التعهد، عادة ما يأخذ المحال إليه - المستفيد التعهد دون التأثير بحق ضماني في العائدات. بمقتضى تعهد مستقل لحيل. وللسبب ذاته، إذا كان للكفيل/المصدر أو المثلث أو الشخص المسمى حق ضماني في العائدات. بمقتضى تعهد مستقل لم تتضرر حقوقه المستقلة (انظر التوصية ١٢٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣٣- وهناك مبدأ مساو لذلك في الأهمية، هو أن الكفيل/المصدر أو المثلث أو الشخص المسمى لا ينبغي أن يكون ملزماً بالسداد لأي شخص غير المثلث 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 ١٢٥ في الوثيقة A/CN.9/631). وإذا اعترف الكفيل/المصدر أو المثلث 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 قام بالاعتراف، نظراً إلى أن استقلالية التعهد لم تمس (انظر التوصية ١٢٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

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

٣٤- القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول راسخ في معظم الدول ويشمل قواعد واضحة بشأن مفعول إحالة مستند على التزامات أطراف المستند. وتظل تلك القواعد تنطبق عموماً في سياق الحقوق الضمانية في المستندات القابلة للتداول (انظر التوصية ١٢٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣٥- وهذا يعني، ضمن ما يعنيه، أن حق الدائن المضمون في إنفاذ حق ضماني في مستند قابل للتداول، وبالتالي في البضائع المشمولة به، محدود بمقتضى القانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول. والحد هو أن البضائع المشمولة بالمستند القابل للتداول هي في يدي المصدر أو مدين آخر بمقتضى ذلك المستند، وعادة ما يقتصر التزام المصدر أو المدين الآخر بتسليم البضائع إلى المرسل إليه أو أي حامل لاحق. وبالتالي، ما لم يكن المستند القابل للتداول قد أُحيل إلى الدائن المضمون وفقاً للقانون الذي يحكم المستندات القابلة للتداول، ليس على المصدر أو المدين الآخر أي التزام بتسليم البضائع إلى الدائن المضمون. وفي هذه الحالة قد يحتاج الدائن المضمون إلى أن يستصدر من محكمة أو هيئة تحكيم أخرى أمراً بإحالة المستند

إلى الدائن المضمون (أو إلى شخص يسميه الدائن المضمون)، أو أمرا آخر للمصدر أو للمدين الآخر بتسليم البضائع إلى الدائن المضمون أو إلى شخص آخر يسميه الدائن المضمون.

باء- التوصيات

[ملاحظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أنه نظرا إلى كون الوثيقة *A/CN.9/631* تتضمن مجموعة موحّدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة فلم تستنسخ التوصيات هنا. وسوف تستنسخ التوصيات في نهاية كل فصل حالما توضع في صيغتها النهائية.]
