

Distr.: Limited
1 December 2004*
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)
الدورة السابعة
نيويورك، ٢٤-٢٨ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٥

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٦٠-١ حقوق الضمان في الحسابات المصرفية.....
٢	٦٠-١ ألف- ملاحظات عامة
٢	٣-١ ١- مقدمة
٣	٥-٤ ٢- خلفية تجارية.....
٥	١٦-٦ ٣- معنى مصطلح "الحساب المصرفي"
٩	٣٠-١٧ ٤- إنشاء حق الضمان فيما بين الطرفين
١٢	٣٥-٣١ ٥- نفاذ مفعول حق الضمان في مواجهة الغير.....
١٤	٤٥-٣٦ ٦- أولوية حق الضمان على حقوق المطالبين المزايمين
١٧	٥٢-٤٦ ٧- إنفاذ حق الضمان في مواجهة المانح.....
١٩	٦٠-٥٣ ٨- حقوق وواجبات المصرف الوديع

* هذه الوثيقة مقدمة بتأخير أسبوعين عن الموعد المحدد لتقديمها قبل بدء الاجتماع بعشرة أسابيع بسبب ضرورة استكمال المشاورات وإعداد الصيغة النهائية لما يترتب عليها من تعديلات.

سادس عشر - حقوق الضمان في الحسابات المصرفية

ألف - ملاحظات عامة

١ - مقدمة

١ - تلعب الحقوق الضمانية بين حقوق المودع في حساب مصرفي دورا هاما في عدد من المعاملات الائتمانية. ومن شأن نظام للمعاملات المضمونة يعترف بالحقوق الضمانية في الحسابات المصرفية ويقدم قواعد واضحة بشأن إنشاء حقوق الضمان وسريان مفعولها في مواجهة الغير وأولويتها وإنفاذها أن يشجع تقديم الائتمان بأسعار فائدة أقل في المعاملات التي يشكل فيها حق الضمان في حساب مصرفي عنصرا ضروريا أو مهما في قرار الدائن بمنح الائتمان.

٢ - ويعالج هذا الفصل المسائل التي تطرح في سياق حقوق الضمان في النقود المودعة في حسابات مصرفية (والتي تعبر عن حق لحائزي الحسابات في مواجهة المصرف المودعة به النقود بتسديدها). وهو لا يتناول حقوق الضمان في حسابات الأوراق المالية.

٣ - ويناقش الجزء ألف من هذا البحث مجموعة من المسائل المتعلقة بحقوق الضمان في الحسابات المصرفية. ويعرض الجزء باء التوصيات المقترحة. وبمزيد من التحديد يقدم الجزء ألف-٢ نوعا من الخلفية لأنواع المعاملات الائتمانية التي قد يكون فيها الحق الضماني في حساب مصرفي عنصرا مهما ييسر إعماله قانون للمعاملات المضمونة يعترف بالحقوق الضمانية في الحسابات المصرفية. وبتلك الخلفية، يتناول الجزء ألف-٣ معنى مصطلح "الحساب المصرفي". وفي الجزء ألف-٤، تناقش الورقة بعد ذلك المسائل المتعلقة بإنشاء الحق الضماني في الحساب المصرفي؛ وفي الجزء ألف-٥، تناقش نفاذ مفعول الحق الضماني في الحساب المصرفي في مواجهة الغير؛ وتناقش، في الجزء ألف-٦، أولوية الحق الضماني في الحساب المصرفي في مواجهة أي مطالبين مزاحمين. وفي الجزء ألف-٧، تتناول الورقة المسائل المنطوية على إنفاذ الحق الضماني في الحساب المصرفي، وتتناول في الجزء ألف-٨ المسائل المتصلة بحقوق وواجبات المصرف الوديع. وبعد مناقشة قانون الإعسار في الجزء ألف-٩، ومسائل تنازع القوانين في الجزء ألف-١٠، تعرض الورقة عدة ملاحظات ختامية في الجزء ألف-١١، قبل عرض التوصيات المقترحة في الجزء باء.

٢- خلفية تجارية

٤- يمكن أن يشكل رصيد دائن قد يكون للمقترض في حساب مصرفي أحد الموجودات المهمة وينبغي أن يكون بالإمكان استخدامه، مثله مثل الممتلكات الأخرى، كأصل يمكن أن يمنح فيه حق ضماني لتيسير تقديم الائتمان. ففي الدول التي يجوز فيها إنشاء هذا الحق الضماني، هناك، في الواقع، عدد من المعاملات الائتمانية الشائعة التي يشكل فيها الحق الضماني في حساب مصرفي عنصرا مهما. وهذه المعاملات، التي تشمل تمويل التجارة والإقراض المستند إلى الموجودات، والإقراض العقاري، وتمويل المشاريع، وعمليات التسديد والمعاملات الاشتقاقية ومعاملات الإقراض المتعلقة بالأوراق المالية، دون أن تقتصر عليها، يمكن تيسيرها بقانون للمعاملات المضمونة يعترف بالحقوق الضمانية في الحسابات المصرفية.

٥- ومن أمثلة المعاملات التي يعد فيها الحق الضماني في حساب مصرفي أساسا مهما لمنح الائتمان ما يلي :

(أ) يمكن لمنح الضمان أن يطلب إلى مصرف أو إلى دائن آخر له أن يصدر أو يرتب لإصدار خطاب اعتماد احتياطي أو ضمانة مصرفية مستقلة أو سند كفالة أصلية لصالح طرف يكون للمانح علاقة تعاقدية معه، سواء تعلق ذلك باشتراء محلي أو دولي لموجودات ملموسة أو بتنفيذ عقد إنشاءات أو حتى بمجرد تسديد سند إذني أو التزام نقدي آخر. وفي مثل هذه الحالة يكون على المانح التزام بأن يسدد للدائن أي مبلغ يدفعه بخصوص أي مسحوبات في إطار خطاب الائتمان الاحتياطي، أو الضمانة المصرفية المستقلة أو سند الكفالة الأصلية. وللحد من مخاطرة الخسارة في حالة عدم وفاء المانح بالتزامه بالسداد، يمكن أيضا للدائن أن يطالب المانح بأن يؤمن ذلك الالتزام بأن يمنحه حقا ضمانيا في حساب مصرفي للمانح يضم أموالا تكفي للوفاء بالتزام السداد إلى أقصى حد إذا ما تعين على الدائن أن يدفع المبلغ غير المسحوب من خطاب الائتمان الاحتياطي أو الكفالة المصرفية المستقلة أو سند الكفالة الأصلية؛

(ب) كثيرا ما يكون الحق الضماني في حساب مصرفي جزءا رئيسيا من بنية عملية إقراض اشتقاقي أو إقراض لأوراق مالية. فيمكن، مثلا، لحائز أوراق مالية أن "يقترض" لطرف مقترض أوراقا مالية يملكها الطرف المقرض. بموافقة الطرف المقترض على أن يرد إلى الطرف المقرض تلك الأوراق المالية أو أوراقا مالية من نفس النوع وبنفس الكمية في تاريخ محدد. وكثيرا ما يجري ضمان التزام الطرف المقترض للطرف المقرض بحق ضماني في حساب مصرفي للطرف المقترض بمبلغ يساوي على الأقل قيمة الأوراق المالية الواجب ردها؛

(ج) في بعض الترتيبات الائتمانية، يسمح للمانح ببيع أحد الموجودات المرهونة، كإحدى المعدات أو الأصول الثابتة الأخرى، مقابل نقود مع إيداع العائدات النقدية في حساب مصرفي. ويسمح للمانح بعد ذلك، خلال فترة زمنية متفق عليها (١٢ شهرا مثلا) أن يقرر ما إذا كان يرغب في استخدام الأموال المودعة في الحساب المصرفي لشراء أصل جديد ليصبح موضوع حق ضماني لصالح الدائن المضمون. فإذا لم تستخدم الأموال لشراء الأصل الجديد حتى نهاية الفترة المتفق عليها، تعين على المانح، استخدام الأموال المودعة في الحساب المصرفي لتخفيض مقدار الالتزام المضمون. ويمنح الدائن المضمون بطبيعة الحال حقا ضمانيا في الحساب المصرفي طوال الفترة ما بين بيع الأصل المرهون أصلا واستخدام الأموال إما لشراء الأصل الجديد أو لتخفيض مقدار الالتزام المضمون؛

(د) قد يقدم دائن ائتمان منشأة تجارية تستخدم إيراداتها لدفع نفقاتها الجارية على أساس دوري قبل استخدام فائض الإيرادات لسداد التزاماتها للدائن. وقد تكون المنشأة التجارية مشروعاً عقارياً، كمبنى تجاري يؤجر مساحات للمستأجرين، أو مشروعاً للطاقة، كمنشأة لتوليد الطاقة توفر الطاقة للزبائن. وقد يطلب الدائن، كشرط لتقديم الائتمان، أن يزوده المانح بحق ضماني في حسابه المصرفي الذي تضاف إليه إيرادات نشاطه. وغالبا ما تنص مستندات تمويل المبنى التجاري أو مشروع الطاقة على حكم يعين "مصارف" لإيرادات المنشأة المودعة في الحساب المصرفي. وبمقتضى ترتيبات "المصارف" هذه، التي تطبق ما لم يقصر المانح، يتم الإفراج عن بعض المبالغ من الحساب المصرفي لدفع النفقات المدرجة بالميزانية من فائض الأموال المستخدمة لدفع أصل القروض الممنوحة وفوائدها ولإنشاء احتياطات للاحتياجات المنتظرة للمبنى أو المشروع. وكثيرا ما يشترط إيداع الاحتياطات ذاتها في حساب مصرفي منفصل يمنح الدائن حقا ضمانيا فيه؛

(هـ) في معاملة مالية منظمة البنية، قد يطلب من طرف ثالث يكون وكيلا أو أمينا أن يتسلم الإيرادات المتأتية من مستحقات اشترتها شركة ذات غرض خاص من منشأة المستحقات، وأن يستخدم الإيرادات لتسديد الالتزامات المستحقة للمستثمرين بعد دفع نفقات معينة. وقد تتضمن مستندات المعاملة المالية المنظمة حكما بشأن "المصارف" يشبه كثيرا ذلك الحكم الموصوف أعلاه للمبنى التجاري أو لتمويل المشروع ولكنه عادة ما يكون أكثر بساطة نظرا لأن الشركة ذات الغرض الخاص لا تكون منخرطة بذاتها في عمليات تجارية. وعلى أي حال فإن الوكيل أو الأمين يحصل بشكل معتاد على حق ضماني في جميع الحسابات المصرفية للكيان ذي الغرض الخاص؛

(و) يمكن أن يكون للحق الضماني في حساب مصرفي أهمية في معاملة تمويلية تركز على الموجودات، مثل معاملة ائتمانية يعتمد فيها الدائن على الموجودات المرهونة التي يكون له فيها حق ضماني باعتبارها الوسيلة الرئيسية للسداد. وتلك هي الحال خاصة عندما تكون الموجودات المرهونة هي الموجودات الممثلة لرأس المال العامل، تلك الموجودات الدائرة التي تتحول إلى نقود في السياق العادي لنشاط المانح. فقد يباع المخزون في سياق النشاط العادي لمنشأة المانح، فيولد مستحقات تحول بدورها إلى إيرادات تودع في حساب مصرفي. ولكي يحصل الدائن المضمون على حق ضماني في قيمة الموجودات المرهونة التي تتفاوض بشأنها مع المانح، فإنه يطلب إما السداد إليه مباشرة من الحساب المصرفي وإما الحصول على حق ضماني في الحساب المصرفي عوضاً عن حقه الضماني في المخزون المبيع أو المستحقات المحصلة.

(ز) في الدول التي تعترف بمفهوم استمرار سريان الحق الضماني في عائدات بيع موجودات مرهونة وحيث تتمثل العائدات في نقد يودع في حساب مصرفي، غالباً ما تظل مصلحة الدائن المضمون في العائدات، باعتبارها عوضاً عن حقه الضماني في الموجودات المرهونة أصلاً، قائمة في الحساب المصرفي ذاته بقدر ما يمكن تبين أن هذه العائدات تمثل الرصيد الدائن للحساب المصرفي. وفي الدول التي لا تعترف بفكرة استمرار الحق الضماني في عائدات الموجودات المرهونة سوف يحتاج الدائن المضمون، إذا ما أراد الحصول على حق ضماني في تلك العائدات التي حلت محل الموجودات الأصلية المرهونة، إلى الحصول على حق ضماني منفصل في الحساب المصرفي الذي أودعت فيه العائدات.

٣- معنى مصطلح "الحساب المصرفي"

٦- تستخدم هذه الورقة مصطلح "الحساب المصرفي" لتعني به حساباً في مصرف تودع فيه أموال من عميل المصرف. وقد يكون الحساب المصرفي حساب شيكات أو وديعة لأجل أو حساب توفير. فإذا كان حساب توفير، فقد يثبت أو لا يثبت بدفتر توفير.

الحساب المصرفي باعتباره حقاً يطالب به المصرف

٧- الحساب المصرفي هو في الواقع نوع خاص من المستحقات، بمعنى أنه حق للعميل في مواجهة المصرف الوديع بالمبلغ المودع من العميل في المصرف. وبهذا المعنى يكون العميل دائناً للمصرف ويكون المصرف مديناً للعميل والرصيد الدائن هو مقدار ما يحق المطالبة به. وقد لا يتسق مفهوم الحساب المصرفي باعتباره مجرد حق للعميل على المصرف الوديع مع التصور

الشائع للحساب المصرفي باعتباره مبلغا معيناً من النقود يضعه المصرف جانبا، نقداً أو بشكل آخر، لصالح العميل. بيد أنه لما كانت المصارف تستخدم مجموع الأموال المودعة من عملائها بتقديم سلف وإجراء استثمارات أخرى بها، فإنه لا يمكن لأي عميل في مصرف أن يحدد أمواله المودعة في الحساب المصرفي بوصفها تمثل نقوداً معينة في المصرف، ناهيك عن تمثيلها أي قرض أو استثمار معين يقوم به المصرف. وبالتالي فإن توصيف الحساب المصرفي على أنه مجرد حق هو توصيف أكثر دقة للحساب المصرفي النمطي.

ملكية الحق المطالب به

٨- عادة ما يكون عميل المصرف هو المالك القانوني للحساب المصرفي والمستفيد منه، أي المالك القانوني للحق النقدي على المصرف فيما يتعلق بالحساب المصرفي والمستفيد منه قانوناً. بيد أنه قد يحدث في بعض الأحوال أن يكون صاحب الحساب المصرفي قانوناً هو عميل للمصرف يعمل كأمين أو وكيل مؤقت أو مؤتمن آخر لطرف أو أطراف ثالثة مستفيدة.

ما هي المكونات التي تشكل "مصرفاً"

٩- إن نمط الكيان القانوني الذي يشكل "مصرفاً" يختلف من دولة إلى أخرى. وإضافة إلى ذلك فإن نمط الكيان القانوني الذي يشكل "مصرفاً" في إطار قانون أو قاعدة قانونية معينة لدولة ما قد يختلف في إطار قوانين أو قواعد قانونية أخرى لتلك الدولة، تبعاً لنطاق وغرض القانون المعين أو القاعدة القانونية المعينة. ومع ذلك فإن المصطلح يشمل بشكل معتاد أي مؤسسة للإقراض تقبل إبداعات نقدية من عملائها.

علاقة المصرف/العميل

١٠- العلاقة بين عميل مصرف ومصرفه فيما يتصل بحساب مصرفي يحكمها عادة القانون العام (وإن كانت لدى بعض الدول قوانين خاصة). وبصفة عامة، لا تكون مثل هذه القوانين جزءاً من قانون الدولة بشأن المعاملات المضمونة.

تمييز الحساب المصرفي عن صك قابل للتداول

١١- ينبغي تمييز الحساب المصرفي عن صك قابل للتداول يصدره مصرف ليمثل التزاما نقديا على المصرف لعميله. فبعض المصارف تصدر سندات أو "شهادات إيداع" تفي بالمتطلبات اللازمة للصك القابل للتداول بمقتضى القانون المطبق.

١٢- ويحكم حقوق الضمان في سندات وشهادات الإيداع التي تصدرها المصارف، ذلك الجزء من قانون المعاملات المضمونة الذي يعني بحقوق الضمان في الصكوك القابلة للتداول لا حقوق الضمان في الحسابات المصرفية. وليس ثمة سبب للتمييز بمقتضى قانون المعاملات المضمونة بين الصكوك القابلة للتداول التي تصدرها المصارف وتلك التي يصدرها أشخاص آخرون. وفضلا عن ذلك فإن معاملة السندات وشهادات الإيداع القابلة للتداول، التي تصدرها المصارف باعتبارها صكوكا قابلة للتداول في إطار قانون المعاملات المضمونة، تتسق مع التوقعات التجارية. فالأطراف التي تتعامل في سندات قابلة للتداول أو في شهادات إيداع قابلة للتداول تتعامل معها بشكل نمطي على أنها صكوك قابلة للتداول وليس كحسابات مصرفية.

تمييز الحساب المصرفي عن حساب للأوراق المالية

١٣- ينبغي أيضا تمييز الحساب المصرفي عن حساب للأوراق المالية. فبينما يمثل الحساب المصرفي حقا للعميل على المصرف الوديع في نقود تودع في الحساب المصرفي ويقوم المصرف بإضافتها إلى حساب العميل، يعد حساب الأوراق المالية اتئمانا يدين به للعميل مصرف أو سمسار أو وسيط آخر لأوراق مالية معينة وأصول مالية أخرى يسجلها الوسيط في دفاتره لحساب العميل. [ملاحظة للفريق العامل: قد يرغب الفريق العامل اعتماد نفس النهج الوظيفي المتبع في مشروع اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص "يونيدروا". ففي مشروع الاتفاقية هذا "يعني حساب الأوراق المالية حسابا يمسكه وسيط يمكن أن تقيد الأوراق المالية بجانبه الدائن أو جانبه المدين"، بينما تعني "الأوراق المالية أي أسهم أو سندات أو صكوك أو موجودات مالية أخرى قابلة لنقلها (بخلاف النقود) أو أي مصلحة فيها".] والعميل صاحب حساب للأوراق المالية له عادة حق على الوسيط بقيمة الأوراق المالية والأصول المالية الأخرى المضافة إلى حساب الأوراق المالية. وللعميل أيضا، بمقتضى قوانين بعض الدول، حصة ملكية نسبية في الأوراق والأصول المالية المعنية الأخرى التي يحتفظ بها الوسيط لصالح جميع عملائه.

١٤- وعندما يقوم مصرف يحتفظ بحسابات مصرفية بالعمل أيضا كوسيط يحتفظ بحسابات لأوراق مالية، يفصل بطبيعة الحال الحسابات المصرفية عن حسابات الأوراق المالية ويستخدم أرقاما أو رموزا مختلفة. غير أنه قد لا يكون من الواضح أحيانا ما إذا كان المصرف يعمل كمصرف وديع فيما يتعلق بحساب مصرفي أم كوسيط فيما يتعلق بحساب للأوراق المالية. فإذا استثمر المصرف النقود المودعة في الحساب في أوراق مالية وأصول مالية أخرى وأظهر في دفاتره الأوراق المالية والأصول المالية الأخرى حسب ما هو مضاف إلى الحساب فالأرجح أن يكون الحساب حساب أوراق مالية وليس حسابا مصرفيا. بيد أن الحساب، حتى في هذه الحالة، قد لا يحتفظ، في أي لحظة زمنية، إلا برصيد نقدي، وقد لا يمكن القول بأنه في تلك اللحظة حساب مصرفي لا حساب أوراق مالية.

١٥- ونظرا للصعوبة التي تواجهه في بعض الحالات في تحديد ما إذا كان حساب معين في مصرف حسابا مصرفيا أم حساب أوراق مالية، قد يكون من المهم أن تميز قواعد المعاملات المضمونة تميزا واضحا بين النقود والأوراق المالية لكي تتيح للمشاركين في السوق أن يحددوا مسبقا مجموعة الشروط التي يجب استيفاؤها للحصول على حق الضمان. (إضافة إلى ذلك فإن من المفيد أن تكون القواعد المتعلقة بالحسابات المصرفية وحسابات الأوراق المالية متماثلة في جوهرها أو على الأقل، إن لم تكن كذلك، متناسقة حتى يمكن للدائن المضمون أن يلتزم بشكل عام بمجموعة عامة واحدة من القواعد كي يطمئن إلى أن حقه الضماني قد أنشئ وأنه نافذ المفعول في مواجهة الغير وأن له الأولوية المطلوبة وأنه ممكن الإنفاذ بغض النظر عما إذا كان ينظر إلى الحساب على أنه حساب مصرفي أم حساب أوراق مالية.)

١٦- وفيما يتعلق بقواعد القانون الموضوعية التي تحكم حقوق الضمان في حسابات الأوراق المالية، ينبغي الإشارة إلى القواعد التي يعتمزم اقتراحها المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص (يونيدروا) في دراسته بشأن المعاملات وأسواق رؤوس الأموال عبر الوطنية والمتراطة (الدراسة رقم ٧٨) - الأوراق المالية التي يحتفظ بها وسيط. وفيما يتعلق بقواعد تنازع القوانين فيما يخص حقوق الضمان في الأوراق المالية، ينبغي الإشارة إلى الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على حقوق معينة في الأوراق المالية المحفوظة لدى وسيط، التي أعدها مؤتمر لاهاي بشأن القانون الدولي الخاص.

٤ - إنشاء حق الضمان فيما بين الطرفين

١٧ - ينبغي لنظام للمعاملات المضمونة يحكم حقوق الضمان في الحسابات المصرفية أن ينص على القواعد التي يمكن بها إنشاء حق الضمان. ومثل هذا النظام يحدد بشكل نمطي عدة شروط يجب استيفاؤها لإنشاء حق الضمان.

الالتزام المضمون

١٨ - إن حق الضمان في الحساب المصرفي، مثله مثل حقوق الضمان الأخرى، يجب أن يضمن التزاما. فعلى سبيل المثال، يمكن للدائن أن يقدم ائتمانا للمانح مقابل حق الضمان في الحساب المصرفي الذي يضمن التزام المانح بالوفاء بالتزامات الائتمان.

الحقوق في الحساب المصرفي

١٩ - وثمة شرط آخر، مستمد من المبدأ العام القاضي بوجوب أن يكون للمانح حق ملكية في الموجودات المرهونة، هو أنه يلزم أن يكون المانح عميلا للمصرف فيما يخص الحساب المصرفي، وإلا فيجب أن تكون له حقوق كافية في الحساب المصرفي. يمكن أن تنقل عن طريق حق الضمان. وحتى إذا كان المانح عميلا للمصرف، فقد لا يكون له، في بعض الحالات، حقوق في الحساب المصرفي تكفي لإنشاء حق الضمان فيه دون موافقة عميل آخر للمصرف. فإذا كان شخصان أو أكثر مثلا أصحاب حساب مشترك في المصرف، فقد لا يكون لأي واحد منهم بمفرده حق، بمقتضى القانون المنطبق، في إنشاء حق ضمان في الحساب المصرفي دون موافقة العملاء المشاركين الآخرين.

شروط عدم الإحالة

٢٠ - إذا كان الاتفاق المعقود بين المصرف والعميل والذي ينشئ الحساب المصرفي، يتضمن شرطا لا يجوز للعميل، بمقتضاه، إنشاء حق ضمان، أو إحالة حقوقه، في الحساب المصرفي بدون موافقة المصرف الوديع، فيمكن أن يشترط على العميل الحصول على موافقة المصرف الوديع لإنشاء حق ضمان في الحساب المصرفي لصالح الدائن. وحتى في الدول التي يكون لقوانينها الغلبة على شروط عدم الإحالة فيما يتعلق بالمستحقات التجارية، قد لا تذهب غلبة القانون على تلك الشروط بعيدا بحيث تبطل شرطا بعدم الإحالة في اتفاق بين العميل والمصرف الوديع بشأن الحساب المصرفي (أنظر المادتين ٤ (و) و ٩ (٣) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن إحالة المستحقات).

٢١- بيد أنه قد يكون من المستصوب ألا يعطى شرط عدم الإحالة مفعولا فيما يتجاوز نطاق الغرض المقصود منه، والذي يتمثل عادة في حماية المصرف الوديع من الاضطرار إلى التعامل مع أجنبي/محال إليه كعميل له. وبوضع هذا الغرض في الاعتبار، سيبدو أن ليس هناك مبرر مقبول لتطبيق شرط عدم الإحالة بما يحول دون إنشاء حق الضمان طالما كان القانون ينص على أن منح حق الضمان هذا لا يقرر أي واجب على المصرف الوديع بالاعتراف بالدائن المضمون، أو يفرض أي التزامات على المصرف الوديع للدائن المضمون دون موافقة المصرف.

الحسابات المصرفية للمستهلكين

٢٢- يجوز أيضا لقانون دولة معينة أن يحظر على أي فرد مانح أن ينشئ حق ضمان في حساب مصرفي، أو أن يطبق قواعد خاصة لتقييد إنشائه، حيثما يحتوي الحساب المصرفي أموالا تستخدم لأغراض شخصية للمانح أو لأسرته أو بيته، أو يضمن ائمانا يقدم للمانح لهذه الأغراض.

٢٣- وينبغي للدولة التي تسنّ قانونا للمعاملات المضمونة أن تنظر فيما إذا كان يجوز، ولأي مدى، أن ينشئ فرد مانح حق ضمان في حساب مصرفي إذا كانت الأموال المودعة في الحساب المصرفي أو الائتمان الذي حصل عليه هي لأغراض المانح الشخصية أو لعائلته أو بيته. فينبغي للدولة أن تنظر فيما إذا كانت سياسة تشجيع توفير الائتمان بأسعار محتملة ترجح أي سياسة للدولة تحمي الفرد من الاقتراض بأسعار باهظة ومن احتمال فقدان الأموال التي يحتاج إليها لدعمه أو دعم أسرته، أم أنه ينبغي تغليب هذه السياسة الأخيرة على الأولى. وقد تتمثل نهج مختلفة في حظر إنشاء حق الضمان هذا للحد من حق إجراء أنواع معينة من المعاملات، أو في اشتراط وصف الحساب المصرفي بشكل أكثر تحديدا في اتفاق الضمان أفضل لإشعار الفرد المانح بأنه يجري منح حق الضمان وإيضاح أن الدائن المضمون إنما يعتمد على الحساب المصرفي كأصل مرهون حينما يتخذ قراره بتقديم الائتمان إلى المانح.

الشروط الشكلية المطلوبة

٢٤- قد تكون هناك شروط شكلية تفرضها قوانين دولة ما لإثبات أن المانح قصد إنشاء حق ضمان في الحساب المصرفي. ففي بعض الدول قد يكفي لإثبات إنشاء حق ضمان في الحساب المصرفي أن يوقع المانح سنداً كتابيا يسلمه للدائن المضمون. وقد تشترط دول أخرى، إضافة إلى ذلك أو بدلا منه، إما أن يتلقى المصرف الوديع إشعارا بحق الضمان وإما

أن يعترف به أو أن يوافق المصرف الوديع على أن يتبع تعليمات الدائن المضمون بشأن الحساب المصرفي دون أي موافقة جديدة من المانح. وقد يمكن أيضا استيفاء الشروط الشكلية بأن يحل الدائن المضمون محل المانح بوصفه عميل فيما يتعلق بالحساب المصرفي.

٢٥- وفي بعض الدول، قد تشمل الشروط الشكلية شرطا بأن يبين الحساب المصرفي تحديدا في السند الكتابي المنشئ لحق الضمان. ويمكن، في دول أخرى، وصف الحساب المصرفي بشكل أعم. وفي الدول التي تشترط، إضافة إلى ذلك أو بدلا منه، إما أن يتسلم المصرف الوديع إشعارا بحق الضمان وإما أن يعترف به، أو أن يوافق المصرف الوديع على أن يتبع تعليمات الدائن المضمون فيما يتعلق بالحساب المصرفي دون موافقة جديدة من المانح، أو أن يحل الدائن المضمون محل المانح باعتباره عميل المصرف فيما يتعلق بالحساب المصرفي، يعد اشتراط وصف محدد للحساب المصرفي اشتراطا متضمنا في اشتراط إشعار المصرف الوديع أو اعترافه أو موافقته أو إحلال الدائن المضمون محل المانح بوصفه عميل المصرف فيما يتعلق بالحساب.

٢٦- وفي إطار قوانين دولة ما، قد تكون هناك ظروف يحصل فيها دائن مضمون على حق ضمان في حساب مصرفي تلقائيا (بإعمال القانون أو عن طريق أحكام وشروط عامة). فنجد أولا، في بعض الدول أن المصرف الوديع، الذي يقدم ائتمانا لعميل، يحصل بشكل أوتوماتي على حق ضمان في حساب العميل الذي يحتفظ به. وثانيا، يمكن لدائن مضمون حائز لحق ضمان في أصل مرهون أن يحصل، في الدول التي تقر مفهوم استمرار حق الضمان في عائدات موجودات مرهونة، أن يحصل تلقائيا على حق ضمان في حساب مصرفي تضاف عليه عائدات الأصل المرهون عندما يباع هذا الأصل المرهون أو يتم التصرف فيه.

٢٧- غير أن بعض الدول قد تعتبر أي حق ضمان للمصرف الوديع في حساب مصرفي يحتفظ به لا أكثر من حق اقتطاع أو مقاصة وقد لا تعترف، بالتالي بحق الضمان بوصفه هذا.

٢٨- يبدو أنه ليس هناك، على الأقل فيما يتعلق بالشكليات، مبرر كاف لأن تشترط دولة، كجزء من قانونها بشأن، المعاملات المضمونة، متطلبات شكلية للحسابات المصرفية تختلف عن نظيرتها للمستحقات أو الموجودات المرهونة الأخرى عامة.

حسابات المعاملات المصرفية

٢٩- لم تميز الأمثلة الموضحة أعلاه بين المعاملات التي يحتفظ فيها المانح بالحق في سحب أموال من الحساب المصرفي بإصدار شيكات أو بطريقة أخرى وتلك التي يقيد فيها هذا

الحق. وفي بعض الدول، قد تعتبر مقدرة المانح على سحب أموال من الحساب المصرفي غير متسقة مع المفهوم المتعارف عليه في الدولة للرهن والذي بمقتضاه يكون للدائن المضمون ما يعادل ملكية الأصل المرهون. وبالمثل قد لا ينظر إلى الحساب المصرفي الذي يمكن أن يسحب منه المانح أموالاً على أنه يندرج بشكل كافٍ في مفهوم ملكية الدائن المضمون بما لا يسمح بالقول بإنشاء حق الضمان.

٣٠- ويمكن في دول أخرى أن ينشئ المانح حق ضمان حتى إذا كان له حق في سحب أموال من الحساب المصرفي. وفي هذه الدول يمكن أن يكون حق الدائن المضمون في إيقاف المانح عن سحب أموال من الحساب المصرفي علاجاً متاحاً للدائن المضمون فيما يتصل بحق الضمان بمجرد تقصير المانح في السداد أو في أداء الالتزام المضمون. بيد أن تأخر الدائن المضمون في ممارسة ذلك العلاج لا ينال من إنشاء حق الضمان.

٥- نفاذ مفعول حق الضمان في مواجهة الغير

٣١- يعد إنشاء حق ضمان في حساب مصرفي بين المانح والدائن المضمون، مثلما هو الحال فيما يتعلق بحقوق الضمان في الأنواع الأخرى من الممتلكات، مسألة متميزة عن نفاذ مفعول ذلك الحق في مواجهة الغير. ولذلك ينبغي لأي قانون بشأن المعاملات المضمونة يعترف بحقوق الضمان في الحسابات المصرفية أن يحدد ما قد يلزم اتخاذه من خطوات إضافية لكي يكون حق الضمان ساري المفعول، بمجرد إنشائه، في مواجهة الغير.

٣٢- ففي بعض الدول، يمكن أن يصبح حق الضمان في حساب مصرفي ساري المفعول في مواجهة الغير بأن يصدر الدائن المضمون إشعاراً أو يودع إخطاراً يتناول الحساب المصرفي في سجل لحقوق الضمان. وفي دول أخرى قد تشترط القوانين إحالة الحساب المصرفي إلى الدائن المضمون مع تلقي المصرف الوديعة إشعاراً بالإحالة أو اعترافه بما أو موافقته على أن يتبع تعليمات الدائن المضمون بشأن الحساب المصرفي دون أي موافقة أخرى من المانح. وقد يمكن أيضاً أن يسري مفعول حق الضمان في حساب مصرفي بأن يحل الدائن المضمون محل المانح بوصفه عميل المصرف فيما يتعلق بالحساب المصرفي.

٣٣- وإضافة إلى ذلك، تقضي قوانين بعض الدول، في حالة ما إذا كان الدائن المضمون ذاته هو المصرف الوديعة وكان حق الضمان معترفاً بأنه ليس مجرد حق اقتطاع أو مقاصة، بأنه يمكن أن يصبح الضمان ساري المفعول في مواجهة الغير بشكل تلقائي. وحتى الدول التي تقرر أن يصبح حق الضمان ساري المفعول في مواجهة الغير عن طريق إيداع إخطار في

سجل حقوق الضمان، غالبا ما تسمح بأن يصبح حق الضمان للمصرف الوديع في حساب مصرفي يحتفظ به نافذ المفعول في مواجهة الغير بشكل تلقائي دون إيداع مثل ذلك الإخطار. وتبرير ذلك هو أن معظم الدائنين من الغير الذين يعولون على الحساب المصرفي كأصل مرهون يفترضون أن المصرف الوديع سيكون له، على أي حال، حقوق اقتطاع أو مقاصة هي إلى حد بعيد المكافئ الاقتصادي لحق الضمان ويرجح أن تكون أعلى أولوية من حق ضمان أو حق محكوم به مزاحم. وحقوق الاقتطاع والمقاصة هذه ليست بطبيعة الحال موضوع إخطارات عامة. وفي ظل تلك الظروف، لن يكون لفرض شرط على المصرف الوديع بإيداع إخطار لكي يصبح حقه الضماني ساريا في مواجهة الغير سوى فائدة ضئيلة، إن كانت له أي فائدة إطلاقا، في إعلام الغير بأنه يمكن أن يكون للمصرف الوديع في الحساب المصرفي مصلحة أعلى. وعلى أي حال فإن تكلفة فرص إيداع إخطار على المصرف الوديع قد تكون عالية تبعا لعدد عملاء المصرف الذين يمنحون حقوق ضمان في حساباتهم المصرفية المحفوظة لدى المصرف.

٣٤- عندما يكون للدائن المضمون، بوصفه هذا، السلطة القانونية لتوجيه المصرف الوديع فيما يتعلق بالتصرف في الأموال المودعة في الحساب المصرفي دون أي موافقة أخرى من المانح، يعتبر أن للدائن المضمون سلطة "التحكم" في الحساب المصرفي (أنظر التعريف في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.11/ADD.1، الفقرة ١٧ (ب ب)). ووفقا لهذا التعريف، يكون للدائن المضمون تحكم حيثما : '١' يكون الدائن المضمون هو المصرف الوديع؛ أو '٢' يكون المصرف الوديع قد وافق على إتباع تعليمات الدائن المضمون بشأن الحساب المصرفي دون موافقة أخرى من المانح (يشار في هذا الفصل إلى الاتفاق، الذي وافق بمقتضاه المصرف الوديع على إتباع تعليمات الدائن المضمون بشأن الحساب المصرفي دون موافقة أخرى من المانح، على "أنه" اتفاق تحكم)؛ أو '٣' يكون الدائن المضمون هو عميل المصرف فيما يتعلق بالحساب المصرفي.

٣٥- وبمقتضى قوانين بعض الدول، يكون حق الضمان في حساب مصرفي ساري المفعول في مواجهة الغير عندما يحصل الدائن المضمون على سلطة التحكم في الحساب. وحتى إذا كانت الدولة تجيز أن يصبح حق الضمان نافذ المفعول في مواجهة الغير بإيداع إخطار في سجل لحقوق الضمان، فإن الدولة غالبا ما تسمح بأن يصبح حق الضمان نافذ المفعول في مواجهة الغير بحصول الدائن المضمون على سلطة التحكم في الحساب المصرفي كبديل عن ذلك الإيداع. ويمكن أن يفهم تبرير ذلك على أحسن وجه في سياق قواعد الدولة بشأن الأولوية، التي تقضي بأن يكون لحق الضمان النافذ المفعول في مواجهة الغير، نتيجة لحصول

الدائن المضمون على سلطة التحكم، الأولوية على حقوق الضمان الأخرى. وترد أدناه مناقشة مسألة الأولوية المكتسبة بالتحكم في الحساب.

٦- أولوية حق الضمان على حقوق المطالبين المزايمين

٣٦- إضافة إلى القواعد التي تحكم إنشاء حق الضمان في حساب مصرفي ونفاذ مفعول ذلك الحق في مواجهة الغير، ينبغي أن يحدد القانون قواعد الأولوية، أي قواعد ترتيب المطالبات على الحساب المصرفي بين الدائن المضمون والمطالبين المزايمين.

القواعد العامة لترتيب الأولوية على أساس الأسبقية الزمنية

٣٧- في الدول التي يمكن فيها جعل حق الضمان في حساب مصرفي نافذ المفعول في مواجهة الغير بأن يودع الدائن المضمون إخطاراً بشأن الحساب المصرفي في سجل لحقوق الضمان، عادة ما يصبح لحق الضمان، بمجرد إيداع الإخطار، حق الأولوية على مصالح دائن مضمون مزاحم يؤكد في وقت لاحق أولوية بإيداع مثل ذلك الإخطار بشأن الحساب المصرفي، أو على حق لدائن للمانح في الحساب المصرفي محكوم به في وقت لاحق أو حق لمدير إعسار للمانح في حالة بدء إجراءات إعسار في وقت لاحق من قبل المانح أو ضده.

٣٨- وبالمثل نجد، في الدول التي يشترط فيها لنفاذ حق الضمان في مواجهة الغير إحالة الحساب المصرفي إلى الدائن المضمون إما مع توجيه إشعار إلى المصرف بالإحالة وإما اعترافه بها أو موافقته على أن يتبع تعليمات الدائن المضمون بشأن الحساب المصرفي دون أي موافقة جديدة من المانح، أو حلول الدائن المضمون محل المانح بوصفه عميل المصرف فيما يتعلق بالحساب المصرفي، أنه بمجرد إتمام أي من الإجراءات السابقة، عادة ما يصبح لحق الضمان الأولوية على مصالح دائن مضمون مزاحم يؤكد أولويته بالقيام في وقت لاحق بإرسال مثل ذلك الإشعار أو بالحصول من المصرف على مثل ذلك الاعتراف أو تلك الموافقة، كما يصبح له الأولوية على حق دائن للمانح يحصل في وقت لاحق على حق محكوم به في الحساب المصرفي، أو على حق مدير إعسار للمانح في حالة البدء في وقت لاحق في إجراءات إعسار من قبل المانح أو ضده (إذا كان الدائن المضمون الأول قد حصل على حق الأولوية بأن أصبح عميل المصرف فيما يخص الحساب المصرفي فإن من المفترض أن تلك الطريقة للحصول على الأولوية لن تكون، من ثم، متاحة لدائن مضمون لاحق).

٣٩- وقد تكون هناك ظروف تشير إليها قوانين بعض الدول يكون فيها لحق الضمان الذي يتمتع به الدائن المضمون في حساب مصرفي، والذي ينشأ تلقائياً، الأولوية تلقائياً أيضاً.

ففي الدول التي يحصل فيها المصرف الوديع تلقائياً على حق ضمان في الحساب المصرفي الذي يحتفظ به، يمكن أن تكون لحق الضمان أولوية تلقائية على المصالح الأخرى المزاحمة. وفي الدول التي تعترف باستمرار حق الضمان في عائدات موجودات مرهونة، يمكن أن تكون لمصلحة الدائن المضمون في العائدات المودعة في حساب مصرفي أولوية أو توماتية على مصالح مزاحمة معينة، مثل حق دائن محكوم به أو له حق ضمان أدنى في الموجودات المرهونة الأصلية.

استثناءات من القواعد العامة للأولوية المرتكزة على الأسبقية الزمنية

٤٠ - بينما محل منازعات الأولوية المتعلقة بحق ضمان، بصفة عامة، على أساس قاعدة "الأسبقية الزمنية"، قد لا تكون هذه القاعدة ملائمة دوماً فيما يتعلق بحق ضمان في حساب مصرفي. وهذه هي الحال بصفة خاصة حيث يكون من الممكن أن يصبح حق الضمان في حساب مصرفي نافذ المفعول في مواجهة الغير بطريقة ما، مثل إيداع إشعار في سجل لحقوق الضمان، دون موافقة المصرف الوديع أو تدخله بشكل آخر.

٤١ - فهناك أطراف كثيرة قد تتعامل مع الحساب المصرفي أو الأموال المضافة إليه. وفي عدد من المعاملات، وخاصة تلك التي تنطوي على اتفاقات لإعادة الشراء وإقراض الأوراق المالية ومشتقاتها، تتصرف الأطراف بسرعة، على أساس يومي في بعض الحالات. وليس من المألوف أو من الفاعلية أن يشترط على هذه الأطراف أن تصدر إشعاراً أو تودع إخطاراً في سجل لحقوق الضمان أو تقوم بتحريرات أخرى عن الدائنين المضمونين المحتملين قبل الدخول في أي معاملة تتعلق بحساب مصرفي.

٤٢ - فالواقع أنه في بعض الدول قد يكون لحق الضمان الذي أصبح نافذ المفعول في مواجهة الغير بإصدار الدائن المضمون إشعاراً أو إيداعه إخطاراً في سجل لحقوق الضمان أدنى أولوية من حق ضمان أخطر به المصرف أو وافق عليه أو وافق على إتباع تعليمات الدائن المضمون دون أي موافقة من المانح أو حيث حل الدائن المضمون محل المانح بوصفه عميل المصرف فيما يتعلق بالحساب المصرفي. وبالمثل، يمكن، في الدول التي تعترف بأولوية حق ضمان في حساب مصرفي يمثل عائدات، أن يكون حق الضمان في العائدات أدنى أولوية من حق ضمان أخطر به المصرف أو وافق عليه أو وافق على إتباع تعليمات الدائن المضمون بشأن الحساب المصرفي دون أي موافقة من المانح، أو أصبح الدائن المضمون عميل المصرف فيما يتعلق بالحساب المصرفي. وفي هذه الحالات قد لا تنطبق قاعدة الأولوية القائمة على "الأسبقية الزمنية". فقد يصبح حق ضمان نافذ المفعول في مواجهة الغير على أساس

"الأسبقية الزمنية" أدنى مرتبة من حق ضمان لاحق إذا كان المصرف قد أخطر بحق الضمان اللاحق أو وافق عليه، أو وافق على إتباع تعليمات الدائن المضمون بشأن الحساب المصرفي دون موافقة أخرى من المانح، أو أصبح الدائن المضمون عميل المصرف فيما يتعلق بالحساب المصرفي، بعد أن أصبح حق الضمان الأول نافذ المفعول في مواجهة الغير.

٤٣- والواقع أنه في الدول التي يحصل فيها المصرف الوديع بشكل تلقائي على حق ضمان في حساب مصرفي محفوظ لديه، يمكن أن يكون لحق ضمان المصرف الوديع أولوية على جميع حقوق الضمان الأخرى، سواء كانت حقوق الضمان الأخرى قد أصبحت، أم لم تصبح، نافذة في مواجهة الغير على أساس "الأسبقية الزمنية"، ما لم يتفق المصرف الوديع على خلاف ذلك.

٤٤- ويبدو أن منح الأولوية للمصرف الوديع في هذا الظرف مبرر عمليا. فالأولوية المعطاة لدائن مضمون هو أيضا المصرف الوديع تتسق مع حقوق الاقتطاع والمقاصة الأعلى مرتبة، التي يتمتع بها المصرف الوديع عادة. فإذا لم يكن الدائن المضمون هو المصرف الوديع وكان يعتمد على حقه الضماني في الحساب المصرفي، فسوف يسعى عمليا إلى أن يصبح عميل المصرف فيما يتعلق بالحساب المصرفي أو إلى إبرام اتفاق تحكم أو ما يماثل مع المصرف الوديع لدعم حقه الضماني حتى يكون المصرف ملزما، إذا ما قصر المانح عن الوفاء، بأن يقدم الأموال المودعة في الحساب المصرفي إلى الدائن المضمون. وسيسعى أيضا إلى عقد اتفاق يتضمن شرط تبعية يكفل، إذا ما طالب المصرف الوديع بحق ضمان في الحساب المصرفي أو كان له حق اقتطاع أو مقاصة، أن يكون حق المصرف الوديع الضماني أو حقه في الاقتطاع أو المقاصة، أدنى، في معظم النواحي، من حق ذلك الدائن المضمون. فإذا أصبح الدائن المضمون هو عميل المصرف فيما يتعلق بالحساب المصرفي، فقد لا يكون للمصرف الوديع حق بعد ذلك في مقاصة الأموال المودعة بالحساب المصرفي لقاء التزامات يدين بها المانح للمصرف الوديع. وذلك لأن تبادلية الالتزامات بين الطرفين (المانح والمصرف الوديع) اللذين يدين كل منهما للآخر، والتي تشترط بشكل نمطي لإجراء المقاصة بمقتضى القانون المنطبق، لم تعد موجودة.

من تحوّل إليهم أموال من الحساب المصرفي

٤٥- بل أن قاعدة الأولوية القائمة على أساس "الأسبقية الزمنية" أقل تبريرا فيما يتعلق بمن تحوّل إليهم أموال من الحساب المصرفي، مثل من تدفع إليهم شيكات مسحوبة على الحساب ومن يتلقون أموالا محولة منه إليهم. ففي الدول التي يجوز فيها للمانح أن يسحب أموالا من

حساب مصرفي يكون للدائن المضمون فيه حق ضمان، عادة ما يأخذ من تحول إليهم الأموال تلك الأموال خالية من أي حق ضمان في الحساب المصرفي، وكذلك، في الدول التي تعترف بمفهوم العائدات، خالية من أي حق ضمان في العائدات الداخلة في الأموال التي يتسلمها المحولة إليهم. وإلا فإن قانون الدولة بشأن المعاملات المضمونة سيعوق دون موجب قانون الصكوك القابلة للتداول أو ينال من إمكانات تداول الأموال والشيكات والتحويلات الائتمانية فيما بين المصارف والأشخاص الآخرين.

٧- إنفاذ حق الضمان في مواجهة المانح

٤٦- ينبغي لقانون بشأن المعاملات المضمونة يعترف بحق الضمان في الحساب المصرفي أن يتضمن قواعد قانونية واضحة للإنفاذ الفعال لحق الضمان.

الإفاد بصفة عامة

٤٧- عندما يكون لدائن مضمون حق ضمان في حساب مصرفي ويكون المانح قد قصر عن الوفاء بالتزامه، يحق للدائن المضمون انفاذ حقه الضماني. والانفاذ في هذا السياق يتمثل بشكل نمطي في حصول الدائن المضمون من المصرف الوديع على الأموال المضافة إلى الحساب المصرفي ثم استخدام الأموال في الوفاء بالتزام المضمون. وفي حالة ما يكون الدائن المضمون هو المصرف الوديع أو هو عميل المصرف الوديع فيما يتعلق بالحساب المصرفي، يمكن ببساطة للدائن المضمون أن يستخدم الرصيد الدائن في الحساب المصرفي للوفاء بالتزام المضمون.

ضرورة اللجوء إلى إجراء قضائي أو إشراف من المحكمة

٤٨- كما هو الحال فيما يتعلق بأنواع الممتلكات الأخرى التي يجوز إنشاء حق ضمان فيها، يجب أن يحدد قانون المعاملات المضمونة إلى أي مدى يمكن أن يتم انفاذ الحق الضماني دون اللجوء إلى إجراء قضائي أو إشراف من المحكمة. فاشتراط أن يستخدم الدائن المضمون إجراء قضائياً أو يتصرف تحت إشراف المحكمة لانفاذ حقه الضماني يزيد التكاليف ويؤخر الانفاذ وهو ما يزيد من تكاليف الائتمان سواء للملتزمين الذين يقصرون في الوفاء بالتزاماتهم الائتمانية أم أولئك الذين لا يقصرون. ومن الناحية الأخرى، قد يكون اشتراط استخدام الدائن المضمون إجراءً قضائياً أو تصرفه تحت إشراف المحكمة لانفاذ حقه الضماني أمراً ضرورياً حيثما يكون هناك نزاع بشأن حق الدائن المضمون في انفاذ حقه الضماني في

الحالات التي يكون هناك فيها خطر على النظام العام أو احتمال قوي بأن يسيء الدائن المضمون استخدام حقه.

٤٩- ويبدو أنه لن يكون هناك مبرر كاف لأن تشترط الدولة أن يستخدم الدائن المضمون إجراءً قضائياً أو أن يتصرف تحت إشراف محكمة، وخاصة في ثلاث حالات. الأولى هي حيث يكون المصرف الوديع ذاته هو الدائن المضمون. ففي هذه الحالة، يبدو أن اشتراط استخدام الدائن المضمون إجراءً قضائياً أو تصرفه تحت إشراف محكمة من أجل استخدام حق يدين به لعميله لتسديد حق يدين به عميله له أمر قليل الأهمية. وهذا صحيح بصفة خاصة حيثما يكون للدائن المضمون أيضاً، بوصفه المصرف الوديع حق، بمقتضى قانون الدولة، في الاقتطاع أو المقاصة يمكن أن يمارسه دون لجوء إلى إجراء قضائي أو إشراف من المحكمة. فممارسة حق الاقتطاع أو المقاصة تحدث إلى حد بعيد نفس النتيجة الاقتصادية لممارسة حق ضمان. ويبدو أنه ليس هناك معنى لاشتراط اللجوء إلى إجراء قانوني أو إشراف من المحكمة في إحدى الحالتين دون الأخرى.

٥٠- والحالة الثانية هي حيثما يكون المصرف الوديع قد اتفق فعلاً بمقتضى عقد مع الدائن المضمون والمناح على تحويل الأموال الموجودة في الحساب المصرفي إلى الدائن المضمون بمجرد صدور تعليماته دون أي موافقة جديدة من المناح. فنظراً لأن العقد في هذه الحالة قد تم الاتفاق عليه تحديداً مع المناح والمصرف الوديع، فإن ضرورة اللجوء إلى إجراء قضائي أو إشراف المحكمة ستبدو غير مبررة طالما أن اتفاق المناح هو عقد ملزم.

٥١- والحالة الثالثة هي حيثما يكون الدائن المضمون قد حل محل المناح بوصفه عميل المصرف الوديع فيما يتعلق بالحساب المصرفي. وهنا أيضاً يبدو ألا حاجة إلى إجراء قضائي أو إشراف من المحكمة طالما أن للدائن المضمون الحق فعلاً في التعامل مع الحساب المصرفي بوصفه عميل المصرف.

٥٢- وقد يبدو أن هناك مبرراً أقوى للجوء الدائن المضمون إلى إجراء قضائي أو إشراف من المحكمة في بعض الظروف لانفاذ حقه الضماني في حساب مصرفي عندما يكون الائتمان المقدم أو الحساب المصرفي ذاته هو لأغراض المناح الشخصية أو لأغراض عائلته أو بيته. وحتى في هذه الحالة سوف يبدو أن اشتراط استخدام إجراء قضائي أو التصرف تحت إشراف محكمة قليل الأهمية لانفاذ حق الضمان عندما يكون المصرف الوديع هو الدائن المضمون وله حق الاقتطاع أو المقاصة في أي حال.

٨- حقوق وواجبات المصرف الوديع

٥٣- إن أي طريقة لانفاذ حق ضمان في حساب مصرفي من قبل دائن مضمون ليس هو المصرف الوديع تثير مشاكل فيما يتعلق بحقوق وواجبات المصرف الوديع في حالة عدم لجوء الدائن المضمون إلى إجراء قضائي أو إشراف من المحكمة للانفاذ وعدم إصدار أمر قضائي يشمل تلك الحقوق والواجبات. فينبغي أن ينص قانون للمعاملات المضمونة يعترف بالحق الضماني في حساب مصرفي على قواعد قانونية واضحة تحدد حقوق وواجبات المصرف الوديع فيما يتعلق بحق الضمان.

٥٤- وبينما يمكن للمرء أن يحاج بأن حقوق وواجبات المصرف الوديع هي إلى حد بعيد مسألة أولوية، قد تكون مناقشة الموضوع بشكل أوفى مفيدة لإيضاح أهمية تناول الموضوع فيما يتعلق بإنشاء حق الضمان ونفاذ مفعوله في مواجهة الغير وأولويته وانفاذه حتى وإن كانت قد نوقشت من قبل أعلاه. وذلك بسبب الدور الفريد الذي يلعبه المصرف الوديع بصفته مدينا فيما يتعلق بمطالبة عميل المصرف الوديع في مواجهة المصرف بشأن الحساب المصرفي.

المفارقة مع حقوق وواجبات المدين بمستحق تجاري

٥٥- في الواقع أن من المهم، لتناول حقوق وواجبات المصرف الوديع في ظل عدم وجود أمر قضائي يحددها، التمييز بين حقوق وواجبات المدين بمستحق تجاري وحقوق وواجبات مصرف وديع فيما يتصل بحساب مصرفي. ففي حالة حق الضمان في مستحق تجاري، قد يظل حق الضمان نافذا في مواجهة المدين بالمستحق التجاري حتى إذا كان العقد الأصلي الذي نشأ بمقتضاه المستحق التجاري يتضمن شرطا بعدم الإحالة (أنظر المادة ٩ من اتفاقية الإحالة). وعلاوة على ذلك فإنه في حالة حق ضماني في مستحق تجاري، عادة ما يكون للدائن المضمون حق إشعار المدين بالمستحق بوجوب أن يسدد للدائن المضمون (أنظر المادة ١٣ (١) من اتفاقية الإحالة). وقد لا يحق للمدين حينئذ إبراء ذمته بتسديد المستحق ما لم يسدده للدائن المضمون (أنظر المادة ١٧ من اتفاقية الإحالة).

٥٦- بيد أنه حيثما يكون المدين مصرفا وديعا للحساب المصرفي، قد لا يكون المصرف خاضعا بالضرورة لنفس القواعد بمقتضى قانون دولة ما (أنظر المادة ٤ (و) من اتفاقية الإحالة). وقد يكون للمصرف الوديع، بدلا من ذلك، حقوق معينة، وواجبات قليلة إن

وجدت، لقبول أو رفض إنشاء حق الضمان في حساب مصرفي أو أولوية الحق أو إنفاذه في بعض الظروف.

موافقة المصرف الوديع على إنشاء حق الضمان فيما بين الطرفين، وعلى نفاذ مفعوله في مواجهة الغير وعلى أولويته

٥٧- حسبما سبق إيضاحه أعلاه قد يلزم للمانح، بمقتضى قوانين بعض الدول، موافقة المصرف الوديع أو تدخله بشكل آخر لإنشاء حق ضمان في حساب مصرفي، حتى يكون حق الضمان نافذ المفعول في مواجهة الغير أو تكون له الأولوية.

(أ) قد تلزم للمانح موافقة المصرف الوديع من أجل إنشاء حق ضمان في حساب مصرفي. ويمكن أن يكون ذلك هو الحال إذا كان الاتفاق المعقود بين المانح والمصرف الوديع والمنشئ للحساب المصرفي يتضمن شرطاً يقيد حق المانح في إنشاء حق ضمان دون موافقة المصرف. وقد يكون ذلك هو الحال أيضاً في ظل قوانين بعض الدول التي تشترط لإنشاء حق الضمان قبول المصرف الوديع لإنشاءه من خلال الاعتراف به أو الموافقة عليه حتى إذا كان الإنفاق بين المانح والمصرف الوديع، الذي ينشئ الحساب المصرفي لا يتضمن شرطاً يقيد حق المانح في إنشاء الحق الضماني؛

(ب) ويمكن أن يشترط إشراك المصرف الوديع، عن طريق اعترافه بحق الضمان أو اتفاه مع الدائن المضمون، لكي يكون حق الضمان الذي يتمتع به الدائن المضمون نافذاً في مواجهة الغير. بمقتضى قوانين بعض الدول؛

(ج) ويمكن بالمثل أن يشترط إشراك المصرف الوديع عن طريق الاعتراف بحق الضمان أو الاتفاق مع الدائن المضمون، حتى يكون لحق الضمان الذي يتمتع به الدائن المضمون الأولوية على أي حق ضماني للمصرف الوديع ذاته في الحساب المصرفي.

نفاذ مفعول حق الضمان في مواجهة المصرف الوديع

٥٨- وإضافة إلى ذلك، قد تُشترط في بعض الظروف موافقة المصرف الوديع حتى يمكن للدائن المضمون انفاذ حق ضماني في حساب مصرفي.

٥٩- وفي الدول التي يكون فيها حق الضمان في حساب مصرفي نافذ المفعول في مواجهة الغير بإصدار إشعار أو إيداع إخطار في سجل لحقوق الضمان أو بتوجيه إشعار بالإحالة إلى المصرف الوديع أو باعتباره بها، نجد أن إيداع الإخطار أو توجيه الإشعار بالإحالة أو

الاعتراف بها قد يفرض أو لا يفرض واجبات على المصرف الوديع بإتباع تعليمات الدائن المضمون فيما يتعلق بالأموال الموجودة في الحساب المصرفي عندما يريد الدائن المضمون انفاذ حق الضمان. فإذا لم تفرض تلك الواجبات على المصرف الوديع بمقتضى القوانين المنطبقة في دولة ما، فعادة ما يتوقف حق الدائن المضمون في الحصول على الأموال المودعة في الحساب المصرفي عند انفاذ حق الضمان على ما إذا كان العميل قد وجّه تعليمات إلى المصرف الوديع بأن يتبع تعليمات الدائن المضمون بشأن تلك الأموال أو اتفق المصرف مع الدائن المضمون على أن يتبع تعليماته.

٦٠ - وفي حالة عدم وجود مثل هذه التعليمات أو ذلك الاتفاق، قد يحتاج الدائن المضمون، لانفاذ حق الضمان في الحساب المصرفي، إلى استخدام إجراء قضائي أو الحصول على أمر من المحكمة يفرض على المصرف الوديع تحويل الأموال الموجودة في الحساب إلى الدائن المضمون.

[ملاحظة إلى الفريق العامل: الجزء ألف - الملاحظات العامة، وباقي الباب ٨ والأبواب من ٩ إلى ١١، وكذلك الجزء بء - التوصيات، ترد في الوثيقة
[.A/CN.9/WG.VI/WP.18/Add.1]