

Distr.: Limited  
1 March 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

## المصالح الضمانية

## مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المشمولة بضمان

## تقرير الأمين العام

إضافة

## المحتويات

| الصفحة | الفقرات |                                                 |
|--------|---------|-------------------------------------------------|
| ١      | ٥٧-١    | مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المشمولة بضمان |
| ٣      | ٥٧-١    | رابعاً - الإنشاء                                |
| ٣      | ٥٤-١    | ألف - ملاحظات عامة                              |
| ٣      | ٣-١     | ١- مقدمة                                        |
| ٣      | ٣٤-٤    | ٢- العناصر الأساسية لحق الضمان                  |
| ٤      | ١٦-٥    | أ- الالتزامات المراد ضمها                       |
| ٧      | ٢٩-١٧   | ب- الموجودات التي تحمّل عبء الضمان              |
| ١٠     | ٣٤-٣٠   | ج- العائدات                                     |
| ١١     | ٤٦-٣٥   | ٣- اتفاق الضمان                                 |



| الصفحة | الفقرات |                                      |
|--------|---------|--------------------------------------|
| ١١     | ٣٥      | أ- التعريف.....                      |
| ١٢     | ٣٨-٣٦   | ب- الحد الأدنى للمحتويات.....        |
| ١٢     | ٤٣-٣٩   | ج- الإجراءات الشكلية.....            |
| ١٣     | ٤٦-٤٤   | د- الآثار.....                       |
| ١٤     | ٥٤-٤٧   | ٤- الاشتراطات الإضافية.....          |
| ١٤     | ٤٧      | أ- مقدمة.....                        |
| ١٤     | ٥١-٤٨   | ب- حق المانح في التصرف.....          |
| ١٥     | ٥٤-٥٢   | ج- نقل الحيازة والإشهار والتحكم..... |
| ١٦     | ٥٧-٥٥   | باء- الملخص والتوصيات.....           |

## رابعاً- الإنشاء

### ألف- ملاحظات عامة

#### ١- مقدمة

١- نظراً لأن الدليل يتناول الحقوق الضمانية التعاقدية على سبيل الحصر تقريباً (إذ لا يتناول حقوق الضمان القانونية أو القضائية إلا هامشياً، كأن تكون في سياق تنازع للأولوية، انظر الفصل حادي عشر)؛ فإن هذا الفصل يعنى بتحديد الأساس التعاقدي لإنشاء الحق الضماني. ولما كان العقد وحده لا يكفي عادة لإنشاء حق ضماني نافذ المفعول، فإن هذا الفصل يناقش أيضاً المتطلبات الإضافية (مثل نقل الحيازة أو الإشهار أو التحكم). وقبل مناقشة اتفاق الضمان (انظر القسم ألف-٣) والمتطلبات الإضافية لإنشاء حق ضماني نافذ المفعول (انظر القسم ألف-٤) يحدد الدليل العنصرين الأساسيين في كلتا الحالتين، وهما الالتزامات المطلوب ضمانها (انظر القسم ألف-٢-أ)، والموجودات التي يقع عليها عبء الضمان (انظر القسم ألف-٢-ب).

٢- وخلافاً للملكية التي لا تسمح من حيث المبدأ بترتيب لأولويات بين عدة ملاك، لا يوجد أفراد بالحق من هذا القبيل فيما يتعلق بالحقوق الضمانية، إذ يمكن ترتيب أولويات بين عدة حقوق ضمانية على أصل واحد، ويمكن من ثم أن تتواجد معاً. فإقرار تواجد عدة حقوق ضمانية على أصل واحد يمكن تحقيقه بترتيب حقوق الضمان تبعاً لوقت إتمام الفعل المنشئ للأصل. ومثل هذا التواجد يمكن تحقيقه بترتيب حقوق الضمان تبعاً لوقت إتمام الفعل المنشئ (مثل الإنشاء أو الإشهار أو التحكم؛ وفيما يتعلق بشروط وآثار هذا الترتيب، انظر الفصل سابعاً).

٣- والحق الضماني، حتى إذا كان قد أنشئ بشكل سليم، يمكن، مع ذلك، أن يخفق في أداء أهم وظائفه، أي ضمان أسبقية للدائن الحائز على ضمان في حالة إعسار المدين. وقد يحدث ذلك، مثل، حيث يكون إنشاء الحق الضماني مخالفاً لأحكام قانون الإعسار بشأن عدم صحة تصرفات المدين في فترة الريبة السابقة لبدء إجراءات الإعسار (انظر الفصل عاشرًا للتفاصيل).

#### ٢- العناصر الأساسية لحق الضمان

٤- الضمان هو بطبيعة الحال تابع للالتزام المراد ضمانه. وهذا يعني أن صحة وشروط الضمان تتوقف على صحة وشروط الالتزام المضمون. فبوجه خاص لا يمكن لمدة الضمان أن

تتجاوز أجل الالتزام المضمون (ولكن يجوز تخفيضها إذا وافق الطرفان). وقد قيّد هذا المبدأ بعض الشيء من أجل مواءمته لممارسات التمويل الحديثة التي تتطلب أن يكون الضمان غير مرتبط لحد ما بالالتزام المضمون (مثل معاملات الائتمان الدائري). بيد أنه لا يزال مع ذلك أحد المبادئ الأساسية لقانون الائتمان المضمون.

#### أ- الالتزامات المراد ضمها

##### ١٤٠ التقييدات

٥- في البلدان ذات التشريع القاصر على أنواع معينة من الضمان غير الحيازي، تقصر الالتزامات المضمونة على الالتزامات المبينة في ذلك التشريع (مثل القروض الممنوحة لشراء السيارات أو الممنوحة للزراعة).

٦- ولا توجد تقييدات من هذا القبيل في البلدان التي تأخذ بنظام عام لحقوق الضمان الحيازي وكذلك حقوق الضمان غير الحيازي. بيد أنه قد يكون من الضروري، حتى في نظام قواعد موحدة، وجود بعض صور التمييز الوظيفي لأسباب عملية (وذلك مثلاً لإعطاء أولوية لثمن الاشتراء).

٧- وينبغي، توخياً للتساوق وللمساواة في معاملة جميع المدينين والدائنين المتمتعين بضمان، تجنب أوجه التمييز الوظيفي للالتزامات المضمونة، إن أمكن ذلك. فلا ينبغي إدخال نظم خاصة من هذا القبيل أو الإبقاء عليها إلا حيثما يرى من الضروري، لأسباب خاصة (وخصوصاً لدواعي الحماية الاجتماعية أو بسبب احتلال اقتصادي خطير) وجود نظام للحماية. وينبغي، على أي حال، حيثما تكون النظم الخاصة ضرورية، أن تنشأ بمقتضى تشريع وطني وألا تقرر لمجموعة واسعة من الالتزامات.

##### ٢٠٠ أنواع الالتزامات

##### (أ) الالتزامات النقدية وغير النقدية

٨- ينطلق الدليل، شأنه شأن معظم القوانين الوطنية، من افتراض أن أهم نوع من الالتزامات المضمونة هو، عملياً، الالتزامات النقدية. بيد أن هناك أيضاً حالات يوجد فيها طلب على ضمان أداء التزامات غير نقدية (لتسليم البضاعة مثلاً). وهذا أمر مقبول في كثير من النظم القانونية شريطة أن يكون بالإمكان تحويل الالتزامات غير النقدية المضمونة إلى التزامات نقدية قبل وقف التنفيذ.

## (ب) نوع الالتزامات النقدية

٩- ليس من الممكن، من وجهة نظر تشريعية، إيراد سرد حصري لجميع المصادر الممكنة للالتزامات النقدية التي يمكن ضمائها. وإضافة إلى ذلك فإنه ليس ضروريا بالنظر إلى أن المصدر القانوني غير ذي صلة بأغراض الضمان، ما لم يكن هناك نظام خاص (للسلف من المقرضين برهون مثلا). وأي قائمة إرشادية لمثل هذه الالتزامات النقدية ستشمل بطبيعة الحال الالتزامات الناشئة عن قروض وعن اشتراء سلع بطريق الائتمان.

## (ج) الالتزامات الآجلة

١٠- لا يثير ضمان الالتزامات الحالية، أي الالتزامات التي تنشأ قبل أو في نفس وقت إنشاء الحق الضماني، مشاكل معينة. على أن ضمان الالتزامات الآجلة، أي تلك التي تنشأ بعد إنشاء الحق الضماني، بينما يمكن أن يثير تساؤلات معينة، يتسم بأهمية اقتصادية كبيرة (لصفقات القروض الدائرة مثلا، انظر A/CN.9/WP.2/Add.2، الفقرات ٨-١٠). فسيكون هناك عبء كبير على ممارسات الأعمال لو أن كل مد لأجل الائتمان أو زيادته اقتضى تعديل الضمان المناظر أو حتى إنشائه من جديد.

١١- ولهذا السبب، تقرّ نظم قانونية كثير الضمان لالتزامات آجلة. فما يمكن أن يبدو من عدم اتساق مع مبدأ تبعية الحق الضماني (القائل بأن صحة ومدة الضمان تتوقف على صحة ومدة الالتزام المضمون) هو عدم اتساق ظاهري أكثر منه حقيقي، إذ إن الضمان، بينما يكون قد أنشئ من قبل، لا يكون له أي مفعول إلى أن ينشأ الالتزام المضمون فعلا. وهناك تقييدات أدخلت في بعض النظم القانونية على الالتزامات الآجلة بقصد حماية المدين. ونتيجة لهذه التقييدات، قد لا يمكن للمدين الإفادة من معاملات كتلك المتعلقة بتسييرات القروض الدائرة.

١٢- وتعد الالتزامات المرهونة بتحقيق شرط لاحق التزامات حالية، ومن ثم لا تثير مشاكل خاصة. أما الالتزامات الخاضعة لشرط سابق فتعامل بشكل عادي معاملة الالتزامات الآجلة (انظر الفقرتين ١٠-١١).

## (د) وضع حد أقصى للمبلغ/في التزام واحد أو عدة التزامات أو جميع الالتزامات

١٣- هناك حاجة في بعض النظم القانونية، إلى وصف للالتزام المضمون أو وضع حد أقصى لمقداره. والافتراض هنا هو أن مثل هذا الوصف أو التحديد للمبلغ في صالح المدين. بيد أن اشتراطات من هذا القبيل قد تفضي، عن غير قصد، إلى الحد من مقدار الائتمان

الذي يتاح للمدين أو إلى زيادة تكلفة الائتمان. وهذا هو السبب في أن النظم القانونية الحديثة لا تشترط أوصافاً معينة وتجهيز شروط "جميع المبالغ" أو على الأقل لا تضع حدوداً قصوى للالتزامات المضمونة (انظر الفقرتين ١٤ و ١٦). فالدائن المتمتع بضمان لا يستطيع أن يطالب بأكثر مما هو مستحق له، ومن المرجح، في حالة ضمان الالتزام بالكامل، أن تعرض على المدين شروطاً ائتمانية أفضل.

#### (هـ) تغيير مقدار الالتزام

١٤- حسب ما أشير إليه أعلاه (انظر الفقرة ١٠)، لم تعد المعاملات التمويلية الحديثة تتضمن فقط سلفة تقدم دفعة واحدة، بل كثيراً ما تنص على سلف تقدم في أوقات مختلفة تبعاً لاحتياجات المدين. وقد يتم مثل هذا التمويل عن طريق حساب جاري يتغير رصيده يومياً. فإذا كان الأمر يقتضي أن يخفض مبلغ الالتزام المضمون بمقدار كل دفعة (تمشياً مع مبدأ الطابع التبعية للضمان)، فسوف يثني ذلك المقرضين عن تقديم مزيد من السلف ما لم يمنحوا ضماناً إضافياً. ويمكن تجنب هذه النتيجة بتفسير معقول لمقصد الطرفين، يتمثل في تحديد مقدار الالتزام المضمون بمقدار الرصيد (المتغير) للحساب الجاري، دون نظر إلى حد أقصى وسيط أقل مستوى.

#### (و) العملة الأجنبية

١٥- يجوز التعبير عن مقدار الالتزام المضمون بأي عملة. وفي بعض الأحيان قد تنشأ صعوبات تتعلق بالتحويل إلى عملة مكان الدفع أو التنفيذ أو الإعسار. ويمكن أن يترك الأمر لاتفاق الطرفين، الذي ينبغي أن يكون متماشياً مع القوانين ذات الصلة.

#### ٣٦ الوصف

١٦- ليس من الضروري، في العادة، إيراد وصف محدد لكل التزام مضمون (انظر الفقرة ١٣). بيد أنه يجب أن تكون الالتزامات المضمونة ومبالغها محددة أو ممكنة التحديد كلما كانت هناك حاجة إلى التحديد (عند التنفيذ من قبل الدائن المضمون مثلاً أو من قبل دائن آخر للمدين) على أساس اتفاق الضمان.

## ب- الموجودات التي تحمّل عبء الضمان

### ١٦- التقييدات

١٧- يمكن أن تدخل قوانين خاصة لأنواع معينة من حقوق الضمان غير الحيازي تقييدات، كما هو الحال في النظم الخاصة لأنواع معينة من الالتزامات المضمونة (انظر الفقرة ٥)، بشأن أنواع الموجودات التي يمكن أن تستخدم كضمان. والأصول التي لا يجوز إثقالها بعبء الضمان هي، مثلاً، الأجور والمعاشات والبضائع المنزلية الأساسية (إلا كضمان للالتزام بدفع ثمن شرائها).

١٨- وفي حالة عدم وجود داع من الدواعي السياسية العامة لمثل هذه النظم، ينبغي أن يكون بالإمكان إنشاء حق ضماني في جميع أنواع الموجودات، المملوكة أو غير المملوكة، بما في ذلك الحقوق في التسديد أو الأداء بشكل آخر. وحتى المطالبات النقدية التي للمدين على الدائن المتمتع بالضمان ينبغي أن يكون بالإمكان استخدامها كضمان.

### ٢٠- الموجودات الآجلة (بما فيها ما يكتسب لاحقاً)

١٩- تعد مسألة ما إذا كان يجوز إثقال موجودات آجلة بعبء ضمان، ذات أهمية عملية كبيرة. ويعطى مصطلح "آجلة" هنا معنى واسعاً. فهو يشمل الموجودات الحاضرة فعلاً وقت عقد اتفاق الضمان ولكنها ليست تابعة للمدين (أو لا يستطيع المدين التصرف فيها). كما يشمل الموجودات التي لا تكون حتى موجودة في ذلك الوقت.

٢٠- ويمكن في بعض البلدان أن يتفق الطرفان على إنشاء حق ضماني في موجودات آجلة للمدين. فالتصرف هنا يعد حاضراً ولكنه لا يصبح نافذ المفعول إلا عندما يصبح المدين مالكا للأصل أو مؤهلاً بشكل آخر للتصرف فيه. وقد أخذت بهذا النهج اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية، التي اعتمدها الجمعية العامة بتاريخ ١٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠١ ("اتفاقية إحالة المستحقات") (انظر المادة ٨ (٢) والمادة ٢ (أ)).

٢١- ولذلك أهميته، وخاصة بالنسبة لصفقات القروض الدائرة (انظر الفقرة ١٠). والموجودات التي تنطبق عليها هذه التقنية غمطياً هي موجودات المخازن المفترض فيها أن تباع وتستبدل، والمستحقات، حيث تحل مكانها، بعد تحصيلها، مستحقات جديدة. وأهم ميزة لهذا النهج هو أن اتفاق ضمان واحد يكفي لإنشاء ضمان على سلسلة متعاقبة من الموجودات التي ينطبق عليها الوصف الوارد في اتفاق الضمان. وبدون ذلك سيكون من

اللازم اتخاذ إجراءات متعاقبة لإنشاء حقوق ضمانية جديدة، وهو ما من شأنه أن يزيد من تكلفة المعاملات. ويمكن أيضا تطبيق نفس التقنية إذا كان يراد تثبيت الضمان في واحد من الموجودات التي ينتجها المدين أو يحصل عليها من شخص آخر.

٢٢- وهناك، بالمقابل، نظم قانونية كثيرة أخرى لا تجيز إنشاء ضمان في موجودات آجلة. ويستند هذا إلى حد ما على مفاهيم تقنية لقانون الملكية. ويتمثل سبب آخر لذلك في القلق من أن إجازة تصرفات واسعة في موجودات آجلة قد يشكل عبئا باهظا على ممتلكات المدين، بما يحول دون حصوله على ائتمان إضافي مضمون من مصادر أخرى (انظر الفقرة ٢٦). ويمكن، علاوة على ذلك، أن ينحسر بدرجة هامة احتمال حصول دائني المدين غير المتمتعين بضمان على الوفاء بمطالبهم.

٢٣- وقد يكون من الصعب إقامة توازن مناسب بين المصالح المختلفة، وبخاصة إذا كان النظام القانوني يغطي أيضا المعاملات غير التجارية. فقد يكون من المغالاة، في سياق الأعمال، حظر إيقال كل الموجودات الآجلة للمدين بعبء الضمان بسبب آثار سلبية ممكنة، ولكن غير مؤكدة، في المستقبل. وقد يكون من الأفضل الاكتفاء بوضع تقييدات إذا ومتى كان يرحح حدوث آثار سيئة (كما في حالات النزاعات مع الدائنين غير الحائزين لضمان مثلا). وأي معضلة من هذا النوع يمكن أن تحل على أحسن وجه، إذا حدثت ومتى تحدث، كمشكلة لها الأولوية (انظر الفصل سابعاً).

### ٣٠٠ الموجودات غير المعينة تحديدا

٢٤- تتميز بعض أنواع الموجودات، وخاصة المعدات، بالثبات ولا تخضع لتصرفات وعمليات إبدال متواترة. ويمكن من ثم أن توصف وتعيّن على حدة. وليس ذلك ممكنا بالنسبة لأنواع الموجودات الأخرى، ولا سيما موجودات المخازن ولحد ما المستحقات. ولمعالجة هذه الأوضاع (والأوضاع الأخرى المشابهة) وضعت بلدان كثيرة قواعد تمكّن الطرفين من أن يعيّن، تعاقديا، الموجودات التي تحمّل بعبء الضمان كشرط أساسي لتصرف سليم، حتى وإن كانت فرادى عناصرها تتغير (إذ يتم التصرف فيها وتستبدل بانتظام). فالتعيين المحدد، الذي يشترط عامة، ينتقل من فرادى العناصر إلى جملتها، التي يجب أن تعيّن تحديدا بدورها. ففي حالة المستحقات، مثلا، يكفي لتعيينها أن يشار إليها "بجميع المدينين الذين تبدأ أسماءهم بالحروف من ألف إلى زاي". وفي حالة المخزون يمكن أن يتمثل تعيين كاف له بـ "جميع الموجودات المخزونة في القاعة ألف من مقر عمل المدين".

٢٥- بل انه يمكن، في بعض النظم القانونية، أن يكون وصف يشير إلى جميع الموجودات الحاضرة والآجلة كافيا. وفي بعض النظم القانونية الأخرى، لا يجوز إنشاء ضمان في جميع الموجودات فيما يتعلق بالمستهلكين وحتى بصغار التجار.

٢٦- ويتصل بالضمان في جميع الموجودات، وإن يكن يتميز عنه، مسألة المغالاة في الضمان، وذلك مثلا حيث يتجاوز مقدار الضمان بكثير مقدار الالتزام المضمون. وطبقا لمبدأ تبعية الحقوق الضمانية، لا يضار المدين بذلك لأن الدائن الحائز على ضمان لا يمكن أن يحقق أو يطلب أكثر من مطلبه المضمون مضافا إليه الفوائد والمصروفات (وربما الأضرار). بيد أن السؤال يكمن فيما إذا كان الضمان المغالى فيه يكبل موجودات المدين. ففي النظم القانونية التي تسمح بإعطاء نفس الموجودات كضمان لعدة دائنين تختلف مراتب أولويتهم، قد لا تنشأ هذه المشكلة. أما في النظم القانونية التي قد لا يكون ذلك هو الحال فيها، فيمكن أن تواجه المغالاة في الضمان بوضع حدود قصوى من جانب الأطراف لمبلغ الالتزام المضمون وكذلك، إذا اقتضى الأمر، بتخفيض الضمان المقدم ليتفق مع المبلغ المطالب به المضمون.

٢٧- وتنص عدة بلدان على شكل نظامي لضمان في جميع الموجودات يأخذ شكل "رهن للمنشأة" ويقتصر أساسا على الأموال غير الملموسة مثل الأسماء التجارية أو مجموعة الزبائن أو حقوق الملكية الفكرية (انظر المادة ٦٩ من القانون الموحد لتوفيق الأعمال في أفريقيا (أوهادا)). وهذا الرهن ذو أهمية محدودة نتيجة لحدودية نطاقه.

٢٨- وهناك، بالمقابل، رهن أوسع نطاقا للمنشأة يلعب دورا رئيسيا كضمان في البلدان التي اعتمدته. فرهن المنشأة الواسع يمكن أن يشمل جميع الموجودات المنقولة للمنشأة، ملموسة كانت أم غير ملموسة، رغم أنه قد يقصر على أجزاء قابلة للقسم من المنشأة. وهو لا يشمل الموجودات الثابتة، نظرا لأنها تخضع لنظام متميز. ونظرا لأن رهون المنشآت تتميز عن رهون في الأموال الثابتة، فإن من الضروري توضيح معاملة الموجودات المثبتة في العقار، التي قد تخضع لمثل هذه الرهون.

٢٩- يمكن تشبيه رهن المنشأة الواسع بنظام يمكن فيه أن يؤخذ الضمان على جميع موجودات المدين. ومن الجوانب المثيرة للاهتمام في هذا النوع من الضمان أنه يمكن تعيين مدير للمنشأة، لا عند إعسار المدين فقط، بل وأيضا، في بعض البلدان، لدى التنفيذ من قبل الدائن المتمتع بالضمان ولدى التنفيذ من دائن آخر. وقد يساعد تعيين مدير للمنشأة في تجنب التصفية وفي تيسير إعادة تنظيم المنشأة، مع ما في ذلك من آثار نافعة للدائنين وللعاملين وللاقتصاد عامة. وهذه السمة الخاصة ليست فقط جزءا من نظام رهن المنشأة، ولكن من

الممكن أن ينظر فيها بشكل عام لتطبيقها فيما يتعلق بحقوق الضمان وعمليات التنفيذ. بيد أن الرهن النظامي للمنشأة ربما كان حتى الآن أفضل وسيلة لتحقيق هذه الفكرة.

## ج- العائدات

### ١٤٠ التعريف

٣٠- عندما يتم التصرف في موجودات مثقلة بعبء ضمان (أو تؤجر أو ترخص) أثناء الوقت الذي لا تزال فيه المديونية التي تضمنها هذه الموجودات قائمة، يمكن أن يحصل المدين، في مقابل هذه الموجودات، على نقد أو مال آخر ملموس أو غير ملموس. وفي كثير من النظم القانونية، يشار إلى ما يدفع للمدين على هذا النحو بـ "عائدات" الضمان. وفي بعض الحالات قد تنتج الموجودات الأصلية المحملة بعبء الضمان عائدات يقوم المدين حينئذ ببيعها أو استبدالها أو التصرف فيها مقابل مال آخر. ومثل هذا المال يشار إليه بـ "عائدات" العائدات".

٣١- وفي حالات أخرى، قد تنتج الموجودات المثقلة بعبء ضمان مالا آخر للمدين حتى بدون حدوث أي معاملات. ومثل هذه الموجودات، التي يشار إليها في بعض النظم القانونية بـ "عائدات مدنية" أو "طبيعية"، تشمل، على سبيل المثال، فوائد أو أرباح موجودات مالية مستخدمة كضمان، وعائدات تأمينية وحيوانات وليدة جديدة وثمار محاصيل. وهناك نظم قانونية أخرى لا تميز بين هذه الأنواع من العائدات والعائدات الناشئة عن معاملات يدخل فيها المدين.

### ٢٤٠ طبيعة حق الدائن ونطاقه

٣٢- كلما حصل المدين، من خلال معاملة أو غير ذلك، على حقوق في عائدات الموجودات الأصلية المثقلة بالضمان، برزت قضيتان يتعين معالجتهما في نظام قانوني يحكم الحقوق الضمانية. القضية الأولى هي ما إذا كان الدائن يحتفظ بأي حقوق ضمانية في الموجودات المثقلة بعبء الضمان التي تنتقل من المدين في المعاملة المؤلفة للعائدات (لمناقشة هذه المسألة، انظر الفقرات ...).

٣٣- والقضية الثانية تتعلق بحقوق الدائن فيما يخص العائدات. وينبغي لأي نظام قانوني يحكم الحقوق الضمانية أن يقدم إجابة واضحة لهاتين المسألتين بشأن:

١٤٠ ما إذا كان للدائن حق ادعائي فيما يتعلق بالعائدات؛

٢٤٠ الظروف التي ينشأ فيها مثل هذا الحق الادعائي؛

- ٣٤' الطبيعة (الامتلاكية أو الشخصية) لمثل هذا الحق ونطاقه؛
- ٤' إلى أي مدى يجب أن يكون المال "ممكّن التعيين" على أنه عائدات لكي ينشأ فيها الحق؛
- ٥' كيف تعالج الأوضاع التي تصبح فيها الموجودات الأصلية المثقلة بالضمان مختلطة بمال آخر أو مندمجة فيه، وخاصة فيما يتعلق بالأولوية النسبية لحق الدائن الحائز على ضمان في مواجهة الأطراف الأخرى الذين قد تكون لهم مصالح في ذلك المال الآخر؛
- ٦' ما إذا كان مثل هذا الحق الادعائي ينشأ حتى وإن لم يكن منصوباً عليه في الاتفاق بين الطرفين؛
- ٧' ما إذا كان ينبغي أن تعامل "عائدات العائدات" نفس معاملة العائدات الأولية للموجودات الأصلية المثقلة بعبء الضمان.

٣٤- فترير الحق في العائدات يكمن في أن قيمة حقوق الضمان بوصفها مصدراً للائتمان ستتناقص إذا لم يحصل الدائن على حقوق في عائدات الموجودات الأصلية المثقلة بعبء الضمان. ومن الناحية الأخرى، فإن منح الدائن الحائز على ضمان حق امتلاك في عائدات الموجودات المثقلة بالضمان يمكن أن يفضي إلى إحباط التوقعات المشروعة لأطراف تتمتع بحق ضمان في العائدات باعتبارها موجودات أصلية محملة بعبء الضمان، وذلك على الأقل في النظم القانونية التي ليس فيها نظام إشهار لمثل هذه الحقوق. أما في النظم القانونية التي تتضمن مثل هذا الإشهار وتوفر أساساً لنهج شامل تجاه جميع نزاعات الأولوية، فلا تثير هذه المسألة صعوبات شديدة، على الأقل طالما كانت هناك قواعد واضحة فيما يتعلق بتتبع العائدات.

### ٣- اتفاق الضمان

#### أ- التعريف

٣٥- اتفاق الضمان هو الاتفاق الذي يعقد بين الدائن والمدين أو طرف ثالث يقدم الضمان، والذي يكون (أو يكون أحد العناصر المكوّنة لـ) حق ضمان. وينبغي التمييز بين اتفاق الضمان واتفاق على إنشاء ضمان في المستقبل (إذا قدم ائتمان للمدين مثلاً). فاتفاق الضمان هو وحده ما قد تكون له آثار امتلاكية (لمزيد من اشتراطات الامتلاك، انظر القسم ألف-٤).

## ب- الحد الأدنى للمحتويات

٣٦- كثيرا ما يضع التشريع الحد الأدنى لمحتويات اتفاق الضمان حماية للأطراف. وطبيعي أن عدم توفير الحد الأدنى من المحتويات يفضي إلى انعدام الضمان وبطلانه. وقد تشمل المحتويات الدنيا:

- ١' تعيين هوية الطرفين؛
- ٢' وصف الالتزام المراد ضمانه؛
- ٣' وصف الموجودات التي تحمل عبء الضمان؛
- ٤' توقيع مانح الضمان، بخط اليد أو في شكل الكتروني؛
- ٥' تاريخ الاتفاق، ما لم يحدد التاريخ بالتسجيل.

٣٧- وحتى في النظم القانونية التي لا ينص فيها التشريع تحديدا على مثل هذه المحتويات الدنيا، يجوز اعتبار اتفاق الضمان الذي يفتقد عنصرا من العناصر المذكورة أعلاه منعما وباطلا.

٣٨- وعادة ما يتفاوض الطرفان على شروط إضافية من أجل توضيح علاقتهما. ومن المستصوب، من وجهة نظر تشريعية، أن تكون هناك قواعد بشأن التقصير في حالة عدم وجود اتفاق محدد بين الطرفين (فيما يتعلق بالآثار السابقة للتقصير، انظر الفصل ثامنا؛ والآثار اللاحقة للتقصير، انظر الفصلين تاسعا وعاشرا).

## ج- الإجراءات الشكلية

### ١' الكتابة

٣٩- تعزيزا لليقين فيما يتعلق بحقوق طرفي اتفاق الضمان وبحقوق الغير، تشترط نظم قانونية كثيرة وجود مستند كتابي ليكون الضمان صحيحا. وبوجه خاص، لا يثير اشتراط الشكل الكتابي مشاكل تتعلق بالوقت والتكاليف، إذا كان استخدام وسائل الاتصال الحديثة مجازا. ويمكن الاستغناء عن هذا الشرط لبعض المعاملات، وخصوصا في رهون الحيازات، حيث يكون الغير محمين بالفعل لحد ما بفعل سلب حيازة المدين للمال.

## ٢٠ إجراءات شكلية إضافية

٤٠ - قد يشترط، في بعض النظم القانونية، التصديق على التاريخ من جانب سلطة عامة بالنسبة للرهون الحيازية، باستثناء حالات القروض الزهيدة المبالغ حيث يسمح بالإثبات حتى عن طريق الشهود. ومزية مثل هذا التصديق هي أنه يساعد على تجنب تأريخ صوري، رغم أنه قد يكون عملية مكلفة وطويلة.

٤١ - ويشترط في نظم قانونية أخرى التصديق على التاريخ أو توثيق عقد الضمان بالنسبة لأنواع مختلفة من الضمان غير الحيازي (انظر مثلا المواد ٦٥ و ٧٠ و ٩٤ و ١٠١ من قانون توفيق الأعمال في أفريقيا (أوهادا)). وبينما يعد التصديق أكثر أهمية بالنسبة للضمان غير الحيازي من أجل تجنب التأريخ الزائف، فإنه يصبح غير ضروري حيثما يكون الإشهار شرطا لفعالية الضمان في مواجهة الغير (أو لتقرير الأولوية عليهم) (انظر الفصلين خامسا وسادسا).

٤٢ - وقد تشترط النظم القانونية التي لا تتضمن نظام رهن المنشأة (انظر الفقرات ٢٧-٢٩) مستندا كتابيا أو حتى موثقاً أو مستندا مكافئاً صادراً عن محكمة أو جهة أخرى. وبينما يبدو مثل هذا الاشتراط متسماً بالمغالاة، فإنه يمكن تبريره بأنه يمكن أن يسهل التنفيذ.

٤٣ - وينبغي، حرصاً على توفير الوقت والتكاليف، الإبقاء على الإجراءات الشكلية في أدنى الحدود. فبالنسبة لحقوق الضمان غير الحيازي، ينبغي الاكتفاء ببلاغ كتابي بسيط (ويشمل ذلك رسائل وسائل الاتصال الحديثة). وفيما يتعلق برهن المنشأة أو بالحالات التي يكون فيها اتفاق الضمان سنداً كافياً للتنفيذ، يمكن النظر في مستند أقل اتسماً بالشكلية.

## د- الآثار

٤٤ - يصبح اتفاق الضمان، بمجرد عقده، نافذاً على الفور بين الطرفين، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويختلف من بلد إلى آخر ما إذا كان الأمر يقتضي خطوات إضافية. بل وقد تختلف الإجابة، حتى داخل نطاق تشريع معين واحد، بشأن الأنواع المختلفة من الحقوق الضمانية. وإضافة إلى ذلك فإن مسألة الآثار الامتلاكية التي تترتب على ذلك لا تلقى حلاً موحداً.

٤٥ - ففي نظم قانونية كثيرة تنحصر فيها حقوق الملكية في تلك الحقوق التي يمكن تأكيدها في مواجهة جميع الأشخاص، لا يكفي اتفاق الضمان وحده لإنشاء الحق الضماني. وفي نظم قانونية أخرى يجري التمييز فيها بين الآثار الامتلاكية بين الأطراف من جهة وفي مواجهة الغير من جهة أخرى، يكفي اتفاق الضمان لإنشاء الحق الضماني، ولكن إذا كانت

هناك مطالب منازعة كانت الأولوية للمطالب الذي استوفى أولاً شرطاً إضافياً. وفي كلتا الفتين من النظم القانونية، يشترط، إضافة إلى اتفاق الضمان، اتخاذ إجراء معيّن مثل نقل الحيازة أو الإشهار أو التحكم. وهناك، في بعض البلدان، استثناءات معيّنة لهذه القاعدة فيما يتعلق بترتيبات استبقاء أو نقل السند.

٤٦- وحيثما يشترط تسليم الحيازة، قد يكفي نقل صوري لها عن طريق اتفاق إضافي (بايداع أو ضمان) يرّكب فوق حيازة المدين المباشرة حيازة الدائن غير المباشرة. وينطبق نفس الشيء على الأوضاع التي يحتجز فيها البائع أو المؤجر السند، في حالة بيع أو تأجير على الحساب، لحين الوفاء بالثمن أو الإيجار. واحتجاز البائع أو المؤجر للسند يعني بطبيعة الحال أنه عند دفع ثمن الشراء وأداء أي التزام إضافي مغطى بالضمان، ينتقل السند إلى المشتري. وفي البلدان التي يجب فيها حق ضمني شامل موحد احتجاز السند، يتبع نهج آخر. فينقل السند إلى المشتري بمقتضى القواعد العادية، ولكن البائع يحتفظ بحق ضمني لكي يضمن دفع ثمن الشراء (أو أداء الالتزامات الإضافية).

#### ٤- الاشتراطات الإضافية

##### أ- مقدمة

٤٧- في كثير من النظم القانونية، حسبما ذكر أعلاه (انظر الفقرة ٤٥) لا يكفي عقد اتفاق ضمان صحيح وحده، لإنشاء حق ضمني صحيح نافذ المفعول. ويجب استيفاء اشتراطات إضافية لكي يكون الحق الضمني نافذ المفعول في مواجهة الغير (أو تكون له الأولوية على المطالبين المنازعين). ففي البلدان التي لا يقتصر فيها الاعتراف بالآثار الامتلاكية بين طرفي اتفاق الضمان فقط، لا يمكن أن تنشأ آثار امتلاكية قبل استيفاء هذه الاشتراطات الإضافية.

##### ب- حق المانح في التصرف

٤٨- يجب أن يكون مانح الضمان (وهو عادة المدين واستثناء شخص ثالث) متمتعاً بحق إنشاء الضمان. ومن اللازم، في بعض النظم القانونية، أن يكون المانح هو مالك الموجودات التي تحمّل عبء الضمان. وفي نظم أخرى يكفي أن يكون للمانح سلطة التصرف في الموجودات حتى وإن لم يكن مالكةا. وفيما يتعلق بالموجودات الآجلة، يكتفى بأن المانح سيصبح مالكةا أو سيحصل على سلطة التصرف فيها في وقت لاحق (انظر الفقرتين ٢٠ و ٢١).

٤٩- وحيث لا يكون المانح متمتعاً بحق أو سلطة التصرف في الموجودات، يبرز السؤال عما إذا كان يمكن مع ذلك للدائن أن يحصل على الضمان بحسن نية. في بعض النظم القانونية يحصل الدائن على حق الضمان إذا كان حسن النية الذاتي مدعوماً بعناصر موضوعية. ومن هذه العناصر: أن يكون الدائن قد قدم، أو على وشك أن يقدم، ائتماناً للمدين؛ وأن يكون المانح مسجلاً كمالك أو أن تكون بين الحيازة ونقلها إلى الدائن.

٥٠- وكثيراً ما يعالج التشريع في هذا الشأن المسألة المتصلة بذلك، والخاصة بصحة ومفعول التقييدات التعاقدية على التصرفات. ففي بعض البلدان تغلب الحاجة إلى صون حرية المدين في التصرف، وخصوصاً إذا لم يكن الدائن الذي أنشئ الضمان لصالحه على علم بالحكم التقييدي. وتأخذ اتفاقية الإحالة بنهج مماثل لدعم إمكان تحويل الحق لخدمة التجارة. فبمقتضى المادة ٩ من الاتفاقية تكون الإحالة نافذة المفعول رغم أي تقييد تعاقدي لها، ولا يكفي مجرد العلم بوجود التقييد لإبطال العقد الذي ينشأ عنه المستحق المحال. وتبقى للطرف الذي اتفق لصالحه على التعهد السلي أو على شرط عدم الإحالة حرية المطالبة بتعويض من الطرف المتعاقد معه لمخالفة شرط الامتناع، إذا كان حق المطالبة هذا قائماً بمقتضى قانون خارج إطار الاتفاقية. بيد أنه لا يجوز استخدام هذا الحق ضد المحال إليه بطريقة المقاصة (انظر المادة ١٨، الفقرة ٣ من الاتفاقية).

٥١- وهذا النهج يعزّز عمليات منح الائتمان المضمون، نظراً لأنه يعفي الدائن من عبء بحث العقد الذي نشأ عنه الحق المحال للتأكد مما إذا كان نقل الحق محظوراً أو مقيداً بشروط. فبدون ذلك سيكون على المقرضين أن يفحصوا عدداً من العقود يمكن أن يكون كبيراً، وهو ما قد يكون مكلفاً أو حتى مستحيلاً (في حالة المستحقات الآجلة مثلاً).

### ج- نقل الحيازة والإشهار والتحكم

٥٢- تختلف أساليب إحداث آثار امتلاكية (أو تقرير أولوية على مطالبين منازعين) من بلد إلى آخر، وحتى داخل البلد الواحد، تبعاً لنوع الضمان المعني. فهناك ثلاثة أساليب رئيسية لإنشاء حق ضماني نافذ المفعول في مواجهة جميع الأشخاص (رغم أن هناك تمييزاً في بعض البلدان بين الآثار الامتلاكية فيما بين الطرفين من جهة وفي مواجهة الغير من جهة أخرى).

## ١٦ نقل الحيازة

٥٣- يُنشأ الرهن الحيازي بالاتفاق وينقل حيازة الموجودات إلى الدائن. ويجب أن تنقل الحيازة إلى الدائن المتمتع بالضمان أو شخص ثالث متفق عليه يعمل عادة كوكيل للدائن، وأن تبقى معه. وهناك أيضا عمليات نقل صوري للحيازة (انظر الفقرة ٤٦)، ولكنها ليست ضرورية في نظم قانونية تقرّ الرهون غير الحيازية ويمكن أيضا نقل الحيازة بتسليم صكوك أو مستندات قابلة للتداول مع تظهيرها، إذا كان ضروريا بمقتضى القواعد المنظمة للصكوك القابلة للتداول.

## ٢٤ الإشهار أو التحكم

٥٤- باستثناء الحالات التي يكون فيها اتفاق الضمان كافيا لإنشاء الحق الضماني، يشترط شكل من الإشهار أو التحكم لإنشاء حقوق الضمان غير الحيازي ولنفاذ مفعولها في مواجهة الغير (أو لتقرير أولوية على مطالبين منازعين). وقد يكون الإشهار أو التحكم شرطا أيضا لنفاذ المفعول أو لتقرير الأولوية (للاطلاع على تفاصيل بشأن أشكال الإشهار ووظائفه وآثاره، انظر الفصلين خامسا وسادسا).

## باء- الملخص والتوصيات

٥٥- ينبغي، في قانون للائتمان المضمون الحديث، أن يكون بالإمكان ضمان جميع أنواع الالتزامات، بما في ذلك الالتزامات الآجلة، وتوفير الضمان في جميع الموجودات، بما في ذلك الموجودات التي قد لا تكون تحت تصرف المدين أو التي لا تكون موجودة وقت إنشاء حق الضمان.

[ملاحظة للفريق العامل: قد يود الفريق العامل النظر فيما إذا كان ينبغي إدخال أي استثناءات. وقد يرغب الفريق العامل، إضافة إلى ذلك، النظر في المزايا والمساوئ النسبية لنظام يمكن فيه أخذ ضمان على جميع موجودات أي مدينين أو المدينين التجاريين أو فقط المنشآت.]

٥٦- وينبغي أيضا أن يعطي الدائن المتمتع بضمان حقا في عائدات يمكن بسهولة تحديدها.

[ملاحظة للفريق العامل: قد يود الفريق العامل النظر في طبيعة ونطاق الحق في العائدات. ومن المسائل المحددة التي ينبغي تناولها ما يلي: ما إذا كان الحق في العائدات حقا شخصيا أم حق ملكية؛ وما إذا كان له نفس الأولوية بالنسبة لحقوق المطالبين المنازعين لحق الضمان في الموجودات المحملة عبء الضمان؛ وما إذا كان يشمل عائدات العائدات.]

٥٧- ينبغي أن يكون اتفاق الضمان في شكل كتابي وينبغي أن يشمل ذلك وسائل الاتصال الحديثة. وينبغي أن يعيّن الطرفين وأن يصف بشكل معقول الموجودات المحملة عبء الضمان والالتزام المعطى بالضمان.

[ملاحظة للفريق العامل: قد يرغب الفريق العامل أيضا النظر فيما إذا كان ينبغي إدخال أي استثناءات على قاعدة الشكل الكتابي. وقد يود أيضا النظر في عناصر أخرى تضاف إلى المحتويات الدنيا لاتفاق الضمان، وكذلك في أثر اتفاق الضمان وفي أي اشتراطات إضافية لإنشاء حق ضماني.]