

Distr.: General
23 March 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	١٢٠-١ سابعا- أولوية الحق الضماني على حقوق المطالبين المنازعين
٣	١٠٥-١ ألف- ملاحظات عامة
٣	١١-١ ١- مفهوم الأولوية وأهميته
٦	٢٥-١٢ ٢- نُهوج تحديد الأولوية
٦	١٩-١٣ (أ) قواعد الأولوية في حالة وجود نظام للتسجيل
٨	٢٣-٢٠ (ب) الأولوية القائمة على الحيازة أو السيطرة
١٠	٢٥-٢٤ (ج) قواعد الأولوية البديلة
١١	٣٣-٢٦ ٣- نطاق الأولوية
١٣	٣٤ ٤- عدم الاعتماد بالمعرفة بوجود حق ضماني
١٣	٣٧-٣٥ ٥- إنزال الأولوية
١٤	٤٥-٣٨ ٦- الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية في نفس الموجودات المرهونة



الصفحة	الفقرات	
١٧	٤٧-٤٦	أولوية الحق الضماني في الممتلكات المحتازة لاحقاً
١٨	٥١-٤٨	أولوية الحق الضماني في العائدات
١٩	٥٣-٥٢	استمرار الأولوية
١٩	٥٥-٥٤	أولوية الحق الضماني المسجل في سجل متخصص أو المؤشر بشأنه على شهادة ملكية
٢٠	٧٨-٥٦	حقوق مشتري الموجودات المرهونة ومستأجريها والمرخص لهم فيها
٢٠	٥٧-٥٦	(أ) الحقوق العامة
٢٠	٦٧-٥٨	(ب) حقوق المشتري
٢٤	٧٢-٦٨	(ج) حقوق المستأجر
٢٦	٧٧-٧٣	(د) حقوق المرخص له
٢٧	٧٨	(هـ) حقوق متلقي الهبات
٢٨	٨٢-٧٩	أولوية المطالبات ذات الأفضلية
٢٩	٩١-٨٣	أولوية حقوق الدائنين بحكم القضاء
٣٢	٩٥-٩٢	أولوية حقوق الأشخاص الذين يقدمون خدمات بشأن الموجودات المرهونة
٣٣	٩٧-٩٦	أولوية حق المورد في المطالبة بالاسترداد
٣٣	١٠١-٩٨	أولوية الحق الضماني في الملحقات
٣٥	١٠٥-١٠٢	أولوية الحق الضماني في كتلة البضاعة أو المنتج
٣٥	١٠٣	(أ) أولوية الحقوق الضمانية المأخوذة في نفس عناصر الممتلكات الملموسة التي تصبح جزءاً من كتلة بضاعة أو منتج
٣٥	١٠٤	(ب) أولوية الحقوق الضمانية المأخوذة في عناصر مختلفة في الممتلكات الملموسة التي تصبح جزءاً من كتلة بضاعة أو منتج
٣٦	١٠٥	(ج) أولوية الحق الضماني المأخوذ أصلاً في عناصر مختلفة في الممتلكات الملموسة إزاء الحق الضماني في كتلة البضاعة أو المنتج
٣٦	١٢٠-١٠٦	توصيات خاصة بالموجودات
٣٦	١٠٩-١٠٧	١- أولوية الحق الضماني في الصكوك القابلة للتداول
٣٧	١١٥-١١٠	٢- أولوية الحق الضماني في الحق في سداد الأموال المقيدة في حساب مصرفي
٣٩	١١٦	٣- أولوية الحق الضماني في النقود
٣٩	١١٨-١١٧	٤- أولوية الحق الضماني في العائدات المتأتمية بمقتضى تعهد مستقل
٤٠	١٢٠-١١٩	٥- أولوية الحق الضماني في المستندات القابلة للتداول أو البضاعة المشمولة بمسند قابل للتداول
٤٠		جيم- التوصيات

سابعاً- أولوية الحق الضماني على حقوق المطالبين المنازعين

ألف- ملاحظات عامة

١- مفهوم الأولوية وأهميته

١- يشير مصطلح "الأولوية" في نظام للمعاملات المضمونة إلى مدى إمكانية تمتع دائن مضمون أو غير مضمون بالأفضلية على مطالب منازع في استخلاص المنفعة الاقتصادية من حقه في موجودات مرهونة (للاطلاع على تعريفي مصطلحي "الأولوية" و"المطالب المنازع"، انظر المقدمة، الفرع باء، المصطلحات وقواعد التفسير، الفقرة [...]). وكما سيبتين من المناقشة التالية، يجب أن يكون مطالب واحد على الأقل من بين المطالبين المتنازعين دائناً مضموناً للمناح. ويمكن أن يكون أي من المطالبين المتنازعين الآخرين إما دائناً مضموناً آخر للمناح وإما حائزاً لنوع آخر من الحقوق الامتلاكية، مثل حائز حق ناشئ بحكم القانون (مثل الدائن ذي الأفضلية) أو بحكم محكمة (أي الدائن بحكم القضاء)، أو مشتري الموجودات المرهونة أو مستأجرها أو المرخص له فيها أو ممثل الإعسار في إجراءات إعسار المناح.

٢- وعادة ما تنشأ المسائل المتعلقة بالأولوية حيثما قصر المدين في الوفاء بالتزامات مضمونة وكانت قيمة الموجودات المرهونة لا تكفي للوفاء بها ولا بالتزامات التي يدين بها لسائر المطالبين المتنازعين الذين يدعون لأنفسهم حقا في تلك الموجودات. ويجب في هذه الحالة أن يحدّد قانون المعاملات المضمونة كيفية توزيع القيمة الاقتصادية للموجودات بين المطالبين المتنازعين. ومن الأمثلة التقليدية لهذه الحالة أن يقصر المناح في التزاماته إزاء قرض أخذه من مقرض مضمون حقه بموجودات له ويكون قد أنشأ أيضاً في تلك الموجودات نفسها حقا ضمانياً لمقرض آخر من أجل الحصول على قرض مختلف. ومن الأمثلة الأخرى أن يقصر المناح في التزاماته إزاء قرض أخذه من مقرض مضمون حقه بموجودات للمناح، ويكون دائن للمناح غير مضمون قد حصل على حكم قضائي على المناح واتخذ خطوات بموجب القانون المنطبق للحصول على حق امتلاكي في تلك الموجودات نفسها بسبب هذا الحكم.

٣- ويؤدي تطبيق قواعد الأولوية في حالات أخرى إلى أن يأخذ شخص ما الموجودات المرهونة خالصة من المطالبات المتنازعة. ومن الأمثلة التقليدية لهذه الحالة أن ينشئ مانح حقا ضمانياً لمقرض في موجودات مرهونة وعندئذ يبيعها إلى طرف ثالث. ويجب في هذه الحالة أن يحدّد قانون المعاملات المضمونة إذا ما كان للمشتري أن يحوز الحق في ملكية تلك الموجودات خالصة من الحق الضماني للمقرض. ومن الأمثلة الأخرى أن ينشئ المناح حقا ضمانياً لمقرض

في موجودات مرهونة، ثم يؤجرها أو يرخص فيها لطرف ثالث. ويجب هنا أن يحدّد قانون المعاملات المضمونة ما إذا كان للمستأجر أو المرخص له أن يتمتع بحقوقه الامتلاكية فيها بموجب عقد الإيجار أو الترخيص دون أن يمسّ به حق المقرض الضماني.

٤ - ومن العناصر الأساسية لنظام فعّال للمعاملات المضمونة تغليب أولوية الحقوق الضمانية على حقوق الدائنين غير المضمونين. ومن المسلّم بوجه عام أن منح الدائنين المضمونين أولوية على الدائنين غير المضمونين ضرورة لازمة لتشجيع توافر الائتمان المضمون. ويمكن للدائنين غير المضمونين اتخاذ خطوات أخرى لحماية حقوقهم، مثل رصد وضعية الدين، وفرض فوائد على المبالغ المتأخر سدادها أو استصدار حكم من محكمة بشأن مطالباتهم في حالة عدم السداد. وعلاوة على ذلك، فإن الائتمان المضمون يمكن أن يزيد من رأس المال المتداول لدى المانح، مما يفيد في الكثير من الأحيان الدائنين غير المضمونين بزيادة احتمالات استردادهم لديونهم غير المضمونة. والواقع أن السلف المقدّمة في إطار تسهيلات الاقتراض المتجدد المضمون لتوفير رأس المال المتداول كثيرا ما تكون المصدر الذي تسدّد منه الشركة قروض دائنيها غير المضمونين في سياق عملها العادي (انظر الفصل الثاني، نطاق الانطباق والقواعد العامة الأخرى، الفرع واو، أمثلة للممارسات التمويلية المشمولة، الفقرات [...]).

٥ - ومع ذلك، ففي جميع الحالات المذكورة آنفا، لا تثار مسألة الأولوية إلا إذا أصبحت الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة، فإن لم تكن نافذة تجاه الأطراف الثالثة، باتت مرتبة كل منها متساوية مع الأخرى ومع حقوق المطالبين المنازعين (بمن فيهم الدائنون غير المضمونين). غير أن الحقوق الضمانية غير النافذة تجاه الأطراف الثالثة هي نافذة رغم هذا تجاه المانح (انظر التوصية ٣١ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦ - ومفهوم الأولوية هو لبّ كل نظام ناجح للمعاملات المضمونة. ومن المسلّم به على نطاق واسع أن وجود قواعد فعّالة للأولوية ضروري لتعزيز توافر الائتمان المضمون. وثمة سببان رئيسيان لذلك، أولهما (كما سيرد في الفقرة ٧ أدناه) أنه ما دامت قواعد الأولوية، واضحة وتفضي إلى نتائج قابلة للتنبؤ، فسوف يتمكن الدائنون المضمونون المحتملون من أن يعرفوا، بصورة كفؤة وبدرجة عالية من التيقن قبل تقديم الائتمان، مدى الأولوية التي ستكون لحقوقهم الضمانية بالنسبة إلى حقوق المطالبين المنازعين في حالة إذا ما نشأ نزاع في المستقبل حول الأولوية. ومن ثم، فإن وظيفة قواعد الأولوية ليست قاصرة على حل المنازعات، بل هي أيضا تشجيع الدائنين المحتملين على تقديم الائتمان بالسماح لهم بالتنبؤ بكيفية حل أي نزاع قد ينشب على الأولوية. من ثم، فإن وجود قواعد فعّالة للأولوية يمكن

أن يؤثر تأثيراً إيجابياً في توافر الائتمان المضمون وتكلفته. وثانيهما (كما سيرد في الفقرة ٨ أدناه)، أنه حيثما اعترف نظام المعاملات المضمونة بقدرة المانح على أن ينشئ أكثر من حق واحد مضمون في نفس الموجودات المرهونة، فإن قواعد الأولوية الفعالة تشجع الدائنين المحتملين على تقديم ائتمانات مضمونة بفائض قيمة الموجودات الخاضعة بالفعل للحق الضماني لصالح دائنين آخرين، مما يمكن المانح من استخدام موجوداته بكامل قيمتها للحصول على مزيد من الائتمان، وهذا واحد من الأهداف الرئيسية لأي نظام فعال وكفؤ للمعاملات المضمونة (انظر الفصل الأول، الأهداف الرئيسية، الفرع باء).

٧- وفيما يتعلق بالسبب الأول المذكور أعلاه، فإن المسألة الأهم بالنسبة للدائن المضمون هي مرتبة أولويته في حالة ما إذا سعى إلى إنفاذ الحق الضماني سواء في إطار إعسار المانح أو خارج هذا الإطار، وخصوصاً حيثما كانت الموجودات المرهونة هي المصدر المتوقع الأساسي أو الوحيد لحصول الدائن على مستحققاته. وطالما تشكك الدائن في أولوية حقه الضماني المحتمل وهو ينظر في تقديم الائتمان، سيقبل من تعويله على الموجودات المرهونة. وهذا التشكك قد يدفعه إلى زيادة تكلفة الائتمان أو إنقاص مقداره كلما نقصت قيمة الموجودات المرهونة بالنسبة له، بل قد يدفعه هذا إلى رفض تقديم الائتمان كلياً. ومن المهم لتقليل هذا التشكك إلى أدنى حد أن تتضمن قوانين المعاملات المضمونة قواعد أولوية واضحة تفضي إلى نتائج قابلة للتنبؤ، كما أنه من المهم أن تحترم قوانين الإعسار هذه النتائج إلى أقصى حد ممكن (انظر الفصل الحادي عشر، الإعسار، الفقرات [...]).

٨- وفيما يتعلق بالسبب الثاني المذكور أعلاه، يجدر بالملاحظة أن لقواعد الأولوية أثر إيجابي إضافي على توافر الائتمان المضمون، حيث إن الكثير من المصارف والمؤسسات المالية الأخرى مستعدة لتقديم ائتمان يقوم على حقوق ضمانية ليست لها مرتبة أولى من الأولوية بل يلي ترتيبها واحداً أو أكثر من الحقوق الضمانية الأعلى في سلم الأولوية، طالما كانت ترى قيمة في موجودات المانح تغطي حقوقها الضمانية وكان بوسعها أن تثبت بوضوح مرتبة حقوقها الضمانية الأدنى على سلم الأولوية. ففي الولايات القضائية التي تعترف بالضمانة الشاملة لكل الموجودات مثلاً (انظر الفصل الثاني، نطاق الانطباق والقواعد العامة الأخرى، الفرع واو، أمثلة للممارسات التمويلية المشمولة، الفقرات [...]) قد يكون المقرض سين مستعداً لتقديم ائتمان إلى مانح تكون موجوداته خاضعة بالفعل لضمانة شاملة لكل الموجودات لصالح المقرض صاد، طالما كان المقرض سين يعتقد أن قيمة موجودات المانح تتجاوز مقدار القرض المضمون بالضمانة القائمة الشاملة لكل الموجودات بما يكفي لتغطية الائتمان الإضافي المقدم من المقرض سين. ومن الأرجح بكثير أن تتحقق هذه النتيجة

في ولاية قضائية لديها قواعد أولوية واضحة تمكّن المقرضين من تقييم أولويتهم بدرجة عالية من التيقن. وبتسهيل منح حقوق ضمانية متعددة في نفس الموجودات، تمكّن قواعد الأولوية المانح من الانتفاع إلى أقصى حد من موجوداته في الحصول على ائتمان.

٩- وإزاء أهمية قواعد الأولوية، عادة ما تتضمن نظم المعاملات المضمونة الحديثة مجموعة من قواعد الأولوية الشاملة النطاق تغطي مجموعة واسعة من الالتزامات المضمونة والموجودات المرهونة الحاضرة والآجلة، وتبيّن سبلا لحل المنازعات على الأولوية التي تنشأ بين طائفة واسعة متنوعة من المطالبين المتنازعين. كما أن هذه القواعد عادة ما تعالج الآثار المترتبة في الأولوية على الطريقة التي يصبح بها الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة (مثل النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة، أو التسجيل، أو الحيازة، أو السيطرة). ووجود قانون للمعاملات المضمونة يتضمن قواعد دقيقة مفصلة للأولوية من هذا القبيل، وليس مجموعة من المبادئ المجردة التي يمكن أن تتطلب تفسيراً في حالات معينة، مما يشجّع الدائنين المحتملين على تقديم ائتمان مضمون لأنه يجعلهم مطمئنين إلى حد بعيد إلى قدرتهم على التنبؤ بكيفية حل المنازعات التي قد تنشأ حول الأولوية.

١٠- وبالنظر إلى ما تقدّم، فقد حدّد الدليل غرضاً مزدوجاً لأحكام الأولوية في قانون المعاملات المضمونة (انظر فيما يلي الفرع جيم، التوصيات، الغرض).

١١- ومن المهم ملاحظة أنه لن يعتد بقاعدة الأولوية السارية، أيًا كانت، في أي ولاية قضائية طالما لم تنص القواعد المنطبقة بشأن تنازع القوانين على أنها هي القاعدة الحاكمة. وترد مناقشة هذه المسألة في الفصل الثالث عشر، تنازع القوانين (انظر الفقرات [...]).

٢- نهج تحديد الأولوية

١٢- ثمة نهج محتملة مختلفة لتحديد الأولوية. وقد يتعايش أكثر من نهج واحد منها في نفس النظام القانوني تعايشاً فعلياً طالما كان يمكن أن تنطبق على أنواع مختلفة من النزاع على الأولوية. ويصف هذا الفرع هذه النهج المختلفة مشيراً في كل حالة منها إلى مزاياها وعيوبها في سياق نظام حديث للمعاملات المضمونة.

(أ) قواعد الأولوية في حالة وجود نظام للتسجيل

١٣- من المهم لتشجيع توافر الائتمان تشجيعاً فعلياً، وفقاً لما نوقش من قبل، وجود قواعد أولوية تتيح للدائنين معرفة مرتبة أولويتهم بأعلى درجة من اليقين وقت تقديمهم

للائتمان وتمكن المانحين من الاستفادة من كامل قيمة موجوداتهم في الحصول على ائتمان. وكما جاء في الفصل الخامس، نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة (انظر الفقرات [...]) والفصل السادس، نظام التسجيل (انظر الفقرات [...])، فإن من أجمع السبل لتوفير ذلك اليقين استناد الأولوية إلى استخدام سجل عمومي.

١٤ - وفي معظم الولايات القضائية التي بها نظام موثوق لتسجيل الإشعارات بشأن الحقوق الضمانية، تتحدّد الأولوية وفق ترتيب تسجيل الإشعار، حيث تُعطى الأولوية للحق المشار إليه في أول إشعار مسجّل (كثيراً ما يشار إلى تلك القاعدة باسم "قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل"). وفي بعض الولايات القضائية، تنطبق هذه القاعدة حتى وان لم يستوف متطلب أو أكثر من متطلبات إنشاء الحق الضماني وقت التسجيل، مما يجنب الدائن الحاجة إلى البحث في نظام التسجيل مجدداً بعد استيفاء جميع متطلبات إنشاء الحق الضماني المتبقية. وتوفر هذه القاعدة للدائن اليقين من أنه حالما يسجّل إشعاراً بحقه الضماني فلن تكون لأي حق آخر يُسجّل بشأنه إشعار أولوية على حقه الضماني. ويوفر هذا النظام أيضاً حماية لسائر الدائنين الموجودين أو المحتملين لأن الإشعار المسجّل سوف يندرجهم بالحقوق الضمانية الكامنة، ويمكنهم حينئذ اتخاذ خطوات لحماية أنفسهم (مثلاً باشتراط الحصول على كفالات شخصية أو على حقوق ضمانية أقل مرتبة في نفس الممتلكات أو حقوق ضمانية بمرتبة أعلى من الأولوية في ممتلكات أخرى).

١٥ - وبصرف النظر عما سبق، فقد اعترفت بعض الدول باستثناءات محدودة لقاعدة أولوية الأسبق في التسجيل، مثل اعتبار الحق الضماني في السلع الاستهلاكية نافذاً تلقائياً تجاه الأطراف الثالثة لدى إنشائه. ومن ثم، تتحدّد أولوية هذا الحق الضماني على أساس وقت إنشائه.

١٦ - وتقضي دول أخرى بأنه ما دام التسجيل قد جرى في غضون فترة زمنية محدّدة من تاريخ إنشاء الحق الضماني (كثيراً ما يشار إليها باسم "فترة سماح")، فإن الأولوية تتحدّد وفقاً لترتيب إنشاء الحق الضماني لا تاريخ تسجيل الإشعار به. وبذلك، فإن الحق الضماني الذي ينشأ أولاً يمكن أن تظل له الأولوية على ما ينشأ بعده من حقوق ضمانية أخرى تسجّل قبله طالما سُجّل في غضون فترة السماح المعمول بها.

١٧ - ولا يمكن للدائن المضمون المحتمل في ظل هذا النسق أن يحمي نفسه إلا بأن يؤخّر تقديم الائتمان إلى المانح إلى حين انقضاء أية فترة سماح منطبقة يحتمل أن تقدّم فيها مطالبات أخرى لأنه من المحتمل أن يصبح حقه الضماني المسجّل تالياً في الأولوية لحق ضماني سابق

على إنشائه يسجل في غضون فترة السماح المنطبقة. وعليه، فلا يصبح تاريخ التسجيل مقياسا يعول عليه في تحديد مرتبة أولوية الدائن إلا بعد انقضاء فترة السماح، وينطوي هذا النظام على قدر كبير من عدم اليقين لا تعرفه النظم القانونية التي تخلو من فترات سماح من هذا القبيل.

١٨ - وتحاشيا لزعزعة الإحساس باليقين الذي توفره قاعدة الأسبق في التسجيل، تقصر بعض الدول استخدام فترات السماح على حالات نادرة، مثل (أ) الحقوق الضمانية الاحتيازية (النهج التوحيدي) أو حقوق تمويل الاحتياز (النهج غير التوحيدي)، أو (ب) متى تعذر من الناحية اللوجستية تسجيل الحق قبل إنشائه أو بالتزامن معه، أو (ج) متى تعذر تقليص الفارق الزمني بين الإنشاء والتسجيل إلى حد أدنى باستخدام التسجيل الإلكتروني أو تقنيات أخرى للتسجيل.

١٩ - وتطبق الكثير من الدول استثناء لقاعدة أولوية الأسبق في التسجيل للحقوق الضمانية في أنواع معينة من الموجودات، مثل السيارات والزوارق، التي يمكن تسجيلها أيضا في سجل متخصص أو يؤشر بها على شهادة الملكية. ونتيجة لذلك، فإن الحق الضماني المسجل في أحد تلك النظم كثيرا ما تعطى له أولوية على الحق الضماني الذي سجل بشأنه إشعار بتاريخ سابق في السجل العام للحقوق الضمانية. والسبب في هذا النهج هو ضرورة ضمان أن تتوفر لدى مشتري الموجودات المسجلة في سجل متخصص أو المؤشر بها في شهادة ملكية ثقة كاملة في سجلات ذلك النظام في تقييمه لنوعية الحق في الملكية الذي يحتازه.

(ب) الأولوية القائمة على الحيازة أو السيطرة

٢٠ - جرى العرف، حسبما نوقش في الفصلين الرابع، إنشاء الحق الضماني (النفاذ فيما بين الأطراف) (انظر الفقرات [...]) والفصل الخامس، نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة (انظر الفقرات [...])، على اعتبار الحقوق الضمانية الحيازية عنصرا هاما في قوانين المعاملات المضمونة في معظم الولايات القضائية. ومن واقع التسليم بهذه الحقيقة، يمكن أيضا، حتى في بعض الولايات القضائية التي تطبق قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل، تحديد الأولوية استنادا إلى تاريخ حيازة الدائن للموجودات المرهونة، دون أي اشتراط لتسجيل إشعار. وكثيرا ما تُعطى الأولوية في هذه الولايات القضائية لأول دائن يسجل إشعارا بحقه الضماني في نظام التسجيل أو يحصل على حق ضماني بالحيازة.

٢١- وعلى الرغم من أهمية الأولوية القائمة على الحيازة، فإنها تتسم بعيوب كبيرة، أولها أنها عادة غير عملية من الناحية التجارية متى تعيّن استمرار المانح في حيازة الموجودات المرهونة حتى يستخدمها في تسيير عمله، وثانيها أن اشتراط استمرار الدائن المضمون في حيازة الموجودات المرهونة قد يفرض عليه أعباء إدارية لا يرغب في تحملها، وثالثها أن الحيازة ليست في كثير من الأحيان بالفعل العلي، مما يفرض، بمقتضى الكثير من النظم القانونية، عبء البينة في إثبات تاريخ الحصول على الحيازة بدقة على حائز الحق الضماني الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة.

٢٢- ورغم هذه العيوب، فإن الأولوية المستندة إلى الحيازة مفيدة من الناحية التجارية في حالة أنواع معيّنة من الموجودات المرهونة من قبيل الصكوك القابلة للتداول (مثل الشيكات أو السفاتج (الكمبيالات) أو السندات الإذنية؛ انظر المقدمة، الفرع باء، المصطلحات وقواعد التفسير، الفقرة [...]) أو مستندات الملكية القابلة للتداول (مثل سندات الشحن أو إيصالات المستودع؛ انظر المقدمة، الفرع باء، المصطلحات وقواعد التفسير، الفقرة [...]) التي تمكّن حيازتها الدائن المضمون من منع المانح من التصرف بشكل محظور في الموجودات المرهونة. وفيما يتعلق بهذه الأنواع من الموجودات، تجيز قوانين الكثير من الدول إرساء أولوية الحق الضماني إما بالحيازة وإما بالتسجيل. ويضاف إلى ذلك أن الحق الضماني، الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة، له بوجه عام أولوية على الحق الضماني، الذي لا يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا بالتسجيل، حتى وإن حدث التسجيل أولا. وهذه النتيجة تتماشى مع توقعات الأطراف في حالة الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول، لأن العرف جرى على نقل الحقوق في تلك الموجودات بالحيازة.

٢٣- وقد تطوّر مفهوم الحيازة في بعض الدول إلى مفهوم "السيطرة" أكثر تقدّما يميز اعتبار الدائن المضمون حائزا للموجودات المرهونة إذا كان قادرا، بموجب عقد مبرم مع الحائز الفعلي للموجودات، على السيطرة على التصرف فيها. والسيطرة في تلك الدول معترف بها كوسيلة لجعل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ويمكن في حالة بعض أنواع الموجودات، مثل العائدات المتأتمية بمقتضى تعهّد مستقل، أن تصبح السيطرة طريقة حصرية لتحقيق الإنفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وفي هذه الحالة، لا تمنح الأولوية للحق الضماني في هذه الموجودات ما لم يعتبر الدائن المضمون مسيطرا عليها. أما في حالة الأنواع الأخرى من الموجودات، مثل الحق في سداد الأموال المقيّدة في حساب مصرفي، فيمكن أن يستند النفاذ تجاه الأطراف الثالثة إما على السيطرة وإما على التسجيل في السجل العام للحقوق

الضمانية. وهنا، يمنح نظام الأولويات بوجه عام الأولوية للحق الضماني الذي يصبح نافذا بالسيطرة على الحق الضماني الذي يصبح نافذا بوسيلة بديلة.

(ج) قواعد الأولوية البديلة

٢٤- في الولايات القضائية التي لا يوجد فيها نظام لتسجيل الحقوق الضمانية، كثيرا ما يستند كل من نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وأولويته إلى تاريخ إنشاء ذلك الحق. ومع أنه قد يُسمح في تلك الولايات القضائية بالحقوق الضمانية غير الحيازية (كثيرا ما يكون ذلك في شكل الاحتفاظ بحق الملكية في المبيعات أو نقل الحق في ملكية ممتلكات ملموسة أو إحالة المستحقات لأغراض ضمانية)، فعادة ما يسعى الدائن إلى التأكد من وجود أو عدم وجود مطالبات منازعة من خلال الإقرارات التي يقدمها المانح أو المعلومات المتاحة في السوق. ونظرا لأنه لا يوجد في تلك الولايات القضائية أي نظام لتحديد أولوية الدائنين ذوي الحقوق الضمانية في نفس الموجودات، فإن من الصعب، أو المستحيل، على المانح أن يمنح أكثر من حق ضماني واحد في نفس الموجودات وبالتالي أن يستغل كامل قيمة موجوداته للحصول على ائتمان مضمون. ومن الجائز مع هذا إحالة الالتزام المضمون (مثلا عن طريق البائع المحتفظ بحق الملكية) مع الحق الضامن له، وإن كان هذا النهج يؤدي في كثير من الأحيان إلى تحميل البائع بتكاليف تقع على المشتري النهائي (بالإضافة إلى تكاليف تمويل الاحتياز المبدئي التي تنعكس في سعر البضائع أو سعر الفائدة الائتمانية).

٢٥- وقد اعتمدت بعض الولايات القضائية قاعدة خاصة للأولوية فيما يتعلق بأنواع معينة من الموجودات المرهونة. ففي بعض الولايات القضائية، مثلا، يستند نفاذ الحق الضماني في المستحقات تجاه الأطراف الثالثة والمطالبات المنازعة إلى وقت إشعار المدين بالمستحقات بوجود الحق الضماني. غير أن هذا النظام لا يساعد على توافر الائتمان المضمون لعدد من الأسباب. أولها أنه لا يتيح للدائن أن يعرف، بدرجة كافية من التيقن عند تقديم الائتمان، بما إذا كان هناك أي حق ضماني منازع في تلك المستحقات. وثانيها أنه لا يوفر سبيلا ناجعا للحصول على حقوق ضمانية في مستحقات آجلة لأن إبلاغ المدينين بالمستحقات الآجلة ليس ممكنا وقت تقديم الائتمان في البداية، ومن ثم لا بد من إشعار المدينين بالمستحقات الآجلة عند نشوء تلك المستحقات الآجلة (وذلك باستثناء حالة المستحقات الآجلة المتوقع أن تنشأ بمقتضى عقد طويل الأجل قائم وقت تقديم الائتمان). وثالثها أن الإبلاغ في حالة كثرة المدينين بالمستحقات قد يكون باهظ التكلفة. ورابعها أن الكثير من المانحين قد لا يودون إبلاغ زبائنهم مباشرة بوجود حق ضماني في مستحقاتهم.

٣ - نطاق الأولوية

٢٦ - من المهم لتشجيع الدائنين على تقديم ائتمان مضمون تمكينهم وقتما يلتزمون بتقديم ائتمان من معرفة ما إذا كانت أولوية حقهم الضماني سوف تنسحب كلياً أم جزئياً فحسب على الالتزام المضمون المستحق لهم. ويجب على الأخص أن يكونوا قادرين على معرفة ما إذا كانت الأولوية سوف تنسحب فقط على الائتمان الذي يقدمونه وقت إبرام اتفاق الضمان أم ستسحب على ما يلي: (أ) الالتزامات التي ستنشأ لاحقاً عملاً بشروط اتفاق الضمان (مثل السلف الآجلة المقدّمة بموجب اتفاق ائتمان متجدد)؛ أو (ب) التزامات الطوارئ التي تصبح التزامات فعلية لاحقاً عند حدوث طارئ (مثل الالتزامات التي تصبح واجبه السداد بمقتضى ضمانه).

٢٧ - وفي بعض الولايات القضائية، تُمنح الأولوية نفسها لكامل الالتزام المضمون بغض النظر عن وقت نشوء الالتزامات. ويمكن بمقتضى هذا النهج أن ينسحب الحق الضماني على جميع الالتزامات المضمونة النقدية وغير النقدية المستحقة للدائن المضمون، بما في ذلك الدين الأصلي والتكاليف والفوائد المصرفية والرسوم. ولا تتأثر الأولوية بتاريخ تقديم أو تكبّد السلفة أو غير ذلك من أشكال الالتزام المضمون بالحق الضماني، أي أن الحق الضماني يجوز أن يضمن سلفاً آجلة في إطار تسهيل ائتماني بنفس أولوية السلف المقدّمة في إطار التسهيل الائتماني وقت إنشاء الحق الضماني.

٢٨ - ففي حالة وجود تسهيل للاقتراض مثلاً يوافق بمقتضاه المقرض في يوم ١ على أن يقدم إلى المانح من حين إلى حين سلفاً على مدار مدة التسهيل البالغة عاماً واحداً بضمان حق ضماني في جميع موجودات المانح فعلياً، تكون أولوية الحق الضماني واحدة بالنسبة لجميع السلف المقدّمة بغض النظر عما إذا كانت قد قدّمت في اليوم الأول أو الخامس والثلاثين أو الخامس والستين بعد المائتين.

٢٩ - أما في حالة تقديم ائتمان لتسليم بضائع أو خدمات على أقساط معادلة لما يُسلم من بضائع أو خدمات، فإن هذا النهج يؤدي إلى معاملة المطالبة برمتها باعتبارها ناشئة عند إبرام العقد وليس عند تسليم كل دفعة من البضائع أو الخدمات. والأساس المنطقي لهذا النهج هو أنه الأحدي من حيث التكلفة (فالدائن المضمون على سبيل المثال ليس محتاجاً لتحديد الأولوية في كل مرة يقدم فيها الائتمان) وأنه يقلل إلى أدنى حد من احتمال تعرض المانح لخطر وقف الدفعات اللاحقة من الائتمان المقدّمة في إطار اتفاق الضمان إذا ما رأى الدائن المضمون أنه ليست لها أولوية.

٣٠- وتُحد الأولوية في ولايات قضائية أخرى بوحدة من الطريقتين التاليتين، فقد تحد في الطريقة الأولى بمقدار الدين القائم وقت إنشاء الحق الضماني. ومزية هذا النهج هي أنه يمكن (وإن ليس بالضرورة) أن يساوق الأولوية مع رؤية الطرفين وقت إنشاء الحق الضماني. أما عيب هذا النهج فهو أنه يقتضي من الدائنين جهداً إضافياً للالتزام بالحرص الواجب (مثل البحث عن عمليات التسجيل الجديدة) وتنفيذ اتفاقات إضافية وإجراء عمليات تسجيل إضافية للمبالغ الائتمانية المقدّمة لاحقاً لوقت إنشاء الحق الضماني. ومن شأن هذا بوجه خاص أن يثير مشاكل في حالة تسهيلات الائتمان المتجدد الذي يمثّل واحداً من أنجع سبل تقديم الائتمان المضمون، لأن هذا النوع من التسهيل الائتماني هو الأوفق لتلبية احتياجات المانح الخاصة من القروض بكفاءة (انظر الفصل الثاني، نطاق الانطباق والقواعد العامة الأخرى، الفرع و، أمثلة للممارسات التمويلية المشمولة، الفقرات [...]).

٣١- وفي ولايات قضائية أخرى غيرها، تُحد الأولوية بالمبلغ الأقصى المعين في الإشعار المسجّل في سجل عمومي بشأن الحق الضماني. والأساس المنطقي لهذا النهج هو أنه يشجّع على توفير تمويل بمرتبة أدنى من الأولوية بتشجيع دائنين محتملين بمنحون أولوية أدنى على تقديم ائتمانات اعتماداً على "القيمة الزائدة" للموجودات المرهونة (مثلاً قيمة الموجودات المرهونة التي تتجاوز المبلغ الأقصى المضمون بالحق الضماني الأعلى مرتبة المشار إليه في إشعار التسجيل). ومما يؤخذ على هذا النهج أنه يشجّع فحسب الدائنين المضمونين على تضخيم المبلغ المذكور في الإشعار المسجّل ليشمل مقداراً أكبر من المتوخى وقت إبرام اتفاق الضمان لتغطية السلف الآجلة غير المتوقعة (انظر الفصل السادس، نظام التسجيل، الفقرات [...]).

٣٢- وتُعطى الأولوية في ولايات قضائية أخرى غيرها لجميع مبالغ الائتمان، حتى المقدّم منها بعد إنشاء الحق الضماني، ولجميع الالتزامات الطارئة التي قد تجدد بعد إنشاء الحق الضماني، دون حاجة إلى تحديد مبلغ أقصى. ويمكن للحق الضماني في تلك النظم أن ينسحب على جميع الالتزامات المضمونة النقدية وغير النقدية المستحقة للدائن المضمون التي يضمنها الحق الضماني، بما في ذلك الدين الأصلي والتكاليف والفوائد المصرفية والرسوم، وكذلك التزامات الأداء والالتزامات الطارئة الأخرى. ولا تتأثر الأولوية بتاريخ تقديم أو تكبّد السلفة أو غير ذلك من أشكال الالتزام المضمون بالحق الضماني، أي أن الحق الضماني يجوز أن يضمن سلفاً آجلة في إطار تسهيل ائتماني بنفس أولوية السلف المقدّمة في إطار التسهيل الائتماني بالتزامن مع إنشاء الحق الضماني (انظر التوصيتين ٧٤ و٧٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣٣- ويُوصي الدليل بأن تنسحب أولوية الحق الضماني على جميع الالتزامات المضمونة بمقتضى اتفاق الضمان. غير أنه إذا ما رأت دولة أن وضع سقف للحد الأقصى للالتزام المضمون في الإشعار المسجل سيُشجّع على تقديم قروض لها أولوية أدنى، فيجوز حد الأولوية بالمبلغ الأقصى المذكور في الإشعار المسجل (انظر التوصية ٧٤ في الوثيقة A/CN.9/631؛ وللإطلاع على مناقشة إمكانية وضع سقف للأولوية في حالة النزاع على الأولوية مع دائن بحكم القضاء انظر الفقرتين ٩٠ و ٩١ أدناه والتوصية ٩٠).

٤- عدم الاعتراف بالمعرفة بوجود حق ضماني

٣٤- يُحدّد ترتيب الأولوية في كثير من النظم القانونية تبعا لتوقيت التسجيل حتى وإن اكتسب الدائن حقه الضماني مع علمه فعلا بوجود حق ضماني غير مسجل. وترتكز هذه القاعدة عموما على افتراض أنه كثيرا ما يتعدّر على المرء أن يعرف بواقعة معيّنة في وقت معيّن. وهو افتراض صحيح بوجه خاص بالنسبة للأشخاص الاعتباريين. ومن ثم، فإن قواعد الأولوية التي تعتمد على المعرفة تفتح الباب أمام الطعن في عمليات التسجيل وتعدّد من حل المنازعات، مما يقلّل من يقين الدائنين المضمونين بوضعية أولويتهم، ويحدّ بالتالي من كفاءة النظام وفعالته.

٥- إنزال الأولوية

٣٥- يمكن للدائن المضمون في معظم الولايات القضائية أن يقوم في أي وقت، إما من طرف واحد وإما بموجب اتفاق، بإنزال أولوية حقه المضمون إزاء أولوية حق مطالب منازع قائم أو مقبل. فعلى سبيل المثال، يمكن أن يوافق المقرض سين، الذي له حق ضماني في جميع موجودات المانح الحالية والمكتسبة لاحقا، على أن يسمح للمانح بأن يعطي حقا ضمانيا ذا أولوية أولى في موجودات معيّنة تابعة للمانح إلى المقرض صاد لكي يتمكن المانح من الحصول على تمويل إضافي من المقرض صاد استنادا إلى قيمتها. والاعتراف بصحة إنزال أولوية الحقوق الضمانية يجسّد سياسة راسخة (انظر، مثلا، المادة ٢٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات).

٣٦- غير أن إنزال الأولوية لا يمكن أن يمس حقوق أي مطالب منازع دون موافقته. ومن ثم، فإن اتفاقا لإنزال الأولوية على سبيل المثال لن يمس سلبا أولوية أي دائن مضمون ليس طرفا فيه (انظر التوصية ٧٧ في الوثيقة A/CN.9/631). ويلزم بمقتضى هذا النهج استمرار انطباق الأولوية التي يعطيها اتفاق الإنزال في إجراءات إعسار المانح. والواقع أن النص على

ذلك في قوانين الإعسار قد يكون ضروريا في بعض الولايات القضائية لتمكين المحاكم من إنفاذ اتفاقات الإنزال ولتمكين ممثلي الإعسار من معالجة النزاع على الأولوية فيما بين الأطراف في اتفاقات الإنزال دون أن يتعرضوا للمساءلة عن ذلك (انظر الفصل الحادي عشر، الإعسار، الفقرة [..])، والتوصية ١٨١ في الوثيقة (A/CN.9/631).

٣٧- ولا يعني إنزال أولوية الحقوق الضمانية وغيرها من الحقوق الامتلاكية في الموجودات المرهونة إنزال أولوية المدفوعات السابقة على التقصير، التي هي شأن من شؤون قانون العقود. فعادة لا يحق للدائن المضمون إنفاذ حقه الضماني ولا يعتد بأولويته قبل التقصير وما دام المانح يخدم القرض أو غيره من الائتمانات التي تلقاها. ومن ثم، ففي حالة عدم وجود اتفاق مخالف، لا يُمنع المانح من سداد التزاماته المضمونة بحقوق ضمانية أدنى (من حيث الأولوية في حالة تسلّم مُطالب ذي أولوية أدنى لعائدات محققة من جمع مستحقات مرهونة أو بيعها أو التصرف فيها بشكل آخر، انظر الفصل العاشر، الحقوق في مرحلة ما بعد التقصير، الفقرات [..]).

٦- الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية في نفس الموجودات المرهونة

٣٨- من بين الدعامات الأساسية لأي نظام فعال للمعاملات المضمونة الطريقة التي يسوى بها النزاع على الأولوية بين الحقوق الضمانية المتنازعة في نفس الموجودات المرهونة. وقد يتضمن هذا النزاع على الأولوية حقوقا ضمانية باتت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل أو حقوقا ضمانية باتت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى أو خليطا من الحقوق الضمانية التي باتت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل والحقوق الضمانية التي باتت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى.

٣٩- وفي الكثير من النظم القانونية التي بها سجل عام للحقوق الضمانية، تتحدّد الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية التي باتت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل، فيما عدا استثناءات محدودة (انظر الفقرة ٤٥ أدناه)، حسب ترتيب تسجيلها بغض النظر عن ترتيب إنشائها، حتى وإن لم يكن قد استوفى اشتراط واحد أو أكثر لإنشاء الحق الضماني في ذلك الوقت (انظر الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٧٨ في الوثيقة (A/CN.9/631)).

٤٠- ويمكن توضيح هذا النهج بالمثال التالي: يطلب مانح ما من الدائن المضمون ١ قرضا مضمونا بحق ضماني في جميع معدّاته الحاضرة والآجلة (وهو حق ضماني يمكن أن يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار به في السجل العام للحقوق الضمانية). وفي

اليوم ١، يجري الدائن المضمون ١ بحثا في السجل يؤكد له أنه لم يسجل به أي إشعار آخر بحقوق ضمانية لدائنين آخرين في معدّات المانح. وفي اليوم ٢، يبرم مع المانح اتفاق ضمان يتعهد فيه بتقديم القرض المضمون الذي يطلبه. وفي اليوم ٣، يسجل الدائن المضمون ١ إشعارا بالحق الضماني في السجل العام للحقوق الضمانية، ولكنه لا يقدم القرض إلى المانح إلا في يوم ٥. ومن ثم، فإن الحق الضماني للدائن المضمون ١ أنشئ وبات نافذا تجاه الأطراف الثالثة في يوم ٥ (أي لدى استيفاء جميع الاشتراطات اللازمة لإنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة لأول مرة). غير أن المانح يبرم في يوم ٣ اتفاق ضمان مع الدائن المضمون ٢ يقدم بموجبه الدائن المضمون ٢ قرضا مضمونا بحق ضماني في جميع معدّات المانح الحاضرة والآجلة، وفي اليوم نفسه يسجل الدائن المضمون ٢ إشعارا بالحق الضماني في السجل العام للحقوق الضمانية ويعطي القرض للمانح. وعليه، فإن الحق الضماني للدائن المضمون ٢ قد أنشئ وبات نافذا تجاه الأطراف الثالثة في يوم ٣. وتكون الأولوية، في إطار نهج الأسبق في التسجيل المذكور آنفا، للحق الضماني للدائن المضمون ١ على الحق الضماني للدائن المضمون ٢ بغض النظر عن أن الحق الضماني للدائن المضمون ٢ سابق للحق الضماني للدائن المضمون ١ في الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

٤١ - والسببان الرئيسيان لهذا النهج هما فيما يلي: (أ) تشجيع التسجيل المبكر (الذي يخطر الأطراف الثالثة بالحقوق الضمانية)؛ و(ب) توفير الإحساس باليقين لدى الدائنين المضمونين بتمكينهم من معرفة أولوية حقوقهم الضمانية قبل أن يقدموا الائتمان. ففي المثال السابق، إذا ما بحث الدائن المضمون ١ في السجل في اليوم ٢ بعد تسجيل إشعاره وتبين عدم وجود أية إشعارات أخرى به تشمل الموجودات المرهونة ذات الصلة، فيمكنه أن يقدم القرض في يوم ٥ وهو يعلم يقينا أن لحقه الضماني الأولوية على أي حق ضماني آخر في الموجودات المرهونة قد ينشئه المانح في المستقبل لأن أولوية الحق الضماني للدائن المضمون ١ تعود إلى وقت تسجيله. وبتمكين الدائن المضمون ١ من بلوغ هذه الدرجة الكبيرة من اليقين، فإن بوسع نهج الأسبق في التسجيل أن يغدو عاملا هاما في تعزيز الائتمان المضمون.

٤٢ - ولا يتوفر هذا اليقين في نهج بديل معتمد في بعض الولايات القضائية، وهو نهج يمنح الأولوية لأول حق ضماني يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة، حيث إن الاحتمال يظل دائما قائما بأن حقا ضمانيا آخر يمكن أن يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بما يكسبه الأولوية بعد أن يجري الدائن المضمون ١ بحثه في السجل في الفترة السابقة على تقديمه للقرض. وهذا الخطر قائم مهما كانت تلك الفترة قصيرة.

٤٣- وفي حالة النزاع على الأولوية بين الحقوق الضمانية التي تصبح نافذة تجاه الأطراف الثالثة بوسائل غير التسجيل، تُعطى الأولوية في العادة إلى أول حق ضماني يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة (انظر الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ٧٨ في الوثيقة A/CN.9/631). وتطبق هذه القاعدة على سبيل المثال في حالة نفاذ حق ضماني في موجودات مرهونة معيّنة تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة ونفاذ حق ضماني آخر في الموجودات نفسها تلقائيا لدى إنشائه. وما من حاجة في حالة نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة إلى قاعدة تقوم على "الأسبقية في الحيازة" على غرار قاعدة "الأسبق في التسجيل"، حيث جرت العادة على أن يتحصل الدائن المضمون على حيازة الموجودات المرهونة وقت تقديمه للائتمان. وعلى أية حال، فإن قاعدة من قبيل "الأسبق في الحيازة" ليست ضرورية بالنسبة للحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول، إذا ما كانت حيازتها تمنح حقا يفوق الحق الذي يُكتسب بالتسجيل (انظر التوصيتين ٩٩ و ١٠٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

٤٤- وفي حالة النزاع على الأولوية فيما بين حقوق ضمانية باتت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل وحقوق ضمانية باتت نافذة تجاه الأطراف الثالثة بوسائل أخرى، تعطى الأولوية لأول حق ضماني يسجل أو يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة أيهما كان أسبق (انظر الفقرة الفرعية (ج) من التوصية ٧٨ في الوثيقة A/CN.9/631). وتمثل هذه القاعدة امتداد منطقياً لقاعدة الأسبق في التسجيل باستخدام السجل أساساً لتمكين الدائنين المضمونين من الحصول على درجة عالية من اليقين بشأن أولوية حقوقهم الضمانية. كما أن هذه القاعدة تشجّع استخدام السجل لجعل الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة.

٤٥- وقد سبقت الإشارة أعلاه (انظر الفقرة ٣٩) إلى أن قواعد الأولوية المناقشة في ذلك الموضوع تخضع لاستثناءات محدودة تجسّد قواعد خاصة للأولوية بشأن أنواع معيّنة من المعاملات أو الموجودات المرهونة بناء على سياسة خاصة أو اعتبارات عملية متصلة بهذه المعاملات أو الموجودات. وهذه الأنواع من المعاملات أو الموجودات هي فيما يلي: (أ) الحقوق الضمانية الاحتيازية (النهج التوحيدي) أو حقوق تمويل الاحتياز (النهج غير التوحيدي) (انظر التوصيات ١٨٩-١٩٥ و ١٩٨ و ١٩٩ في الفصل الثاني عشر، حقوق تمويل الاحتياز، الفرعين ألف وباء على التوالي، في الوثيقة A/CN.9/631)؛ و(ب) الحالات التي يتحقّق فيها الإنفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل متخصص (كما هو الحال غالباً مع السفن أو الطائرات) أو بالتأشير في شهادة الملكية (كما هو الحال غالباً مع السيارات) (انظر التوصيتين ٨٣ و ٨٤ في الوثيقة A/CN.9/631)؛ و(ج) الحالات التي يمكن أن يتحقّق فيها بالسيطرة نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة في الحق في سداد

الأموال المقيدة في حساب مصرفي أو العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل (انظر التوصيتين ١٠١ و ١٠٥ في الوثيقة A/CN.9/631)؛ و(د) الحالات التي يمكن أن يتحقق فيها بالحيازة نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة في الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول (انظر التوصيتين ٩٩ و ١٠٧ في الوثيقة A/CN.9/631)؛ و(هـ) الحالات التي تنطوي على حقوق ضمانية في ملحقات (انظر التوصيات ٩٣-٩٥ في الوثيقة A/CN.9/631)؛ و(و) الحالات التي تنطوي على حقوق ضمانية في كتل البضاعة والمنتجات (انظر التوصيات ٩٦-٩٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

٧- أولوية الحق الضماني في الممتلكات المحتازة لاحقاً

٤٦- حسبما نوقش بمزيد من التفصيل في الفصل الرابع، إنشاء الحق الضماني (انظر الفقرات [...])، تجيز بعض النظم القانونية إنشاء حق ضماني في ممتلكات قد يحتازها المانح في المستقبل ("الممتلكات المحتازة لاحقاً"). ويكتسب هذا الحق الضماني تلقائياً وقت احتياز المانح تلك الممتلكات دون حاجة إلى أي خطوات إضافية عندئذ. ونتيجة لذلك، تقل التكاليف المرتبطة بإنشاء الحق الضماني إلى أدنى حد وتتحقق توقعات الأطراف المعنية. ولهذا أهمية خاصة فيما يتعلق بالمخزونات التي تُحتاز باستمرار لكي يعاد بيعها، والمستحقات التي تُحصّل ويعاد توليدها بصورة متواصلة (انظر الفصل الثاني، نطاق الانطباق وقواعد عامة أخرى، الفرع و١٠، أمثلة لممارسات التمويل المشمولة، الفقرات [...])، وإلى حد أقل، المعدّات التي تُبدّل بصفة دورية في السياق المعتاد لعمل المانح.

٤٧- والاعتراف بالإنشاء التلقائي لحق ضماني في الممتلكات المحتازة لاحقاً دون الحاجة إلى اتخاذ خطوات إضافية عندما تتأتى الموجودات في المستقبل أمر يثير التساؤل حول ما إذا كان تاريخ الأولوية يحتسب منذ الوقت الذي سجّل فيه الحق الضماني أو أصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة لأول مرة أم منذ وقت احتياز المانح للممتلكات. وتتناول النظم القانونية المختلفة هذه المسألة بأساليب مختلفة. فبعضها يتّبع نهجاً يعتمد على طبيعة الدائن المنازع على الأولوية (باحساب تاريخ الأولوية منذ تاريخ التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالنسبة لسائر الدائنين ذوي الحقوق الضمانية الرضائية ومنذ تاريخ احتياز المانح للممتلكات بالنسبة لجميع الدائنين الآخرين). ومن المقبول عموماً أن احتساب تاريخ الأولوية منذ وقت التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، بدلاً من تاريخ احتياز المانح حقوقاً في الموجودات المحتازة لاحقاً، هو النهج الأكفأ والأبجع من حيث تشجيع توافر الائتمان المضمون (انظر، على سبيل المثال، الفقرة (٢) من المادة ٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات). ومن

ثم، فإن النظم الفعّالة للمعاملات المضمونة تنص على أن يكون للحق الضماني في الموجودات التي يحتازها المانح لاحقاً نفس الأولوية التي يتمتع بها الحق الضماني في موجودات المانح المملوكة له أو الموجودة وقت أن يُسجّل الحق الضماني أو أن يصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة لأول مرة (انظر التوصية ٧٩ في الوثيقة A/CN.9/631).

٨- أولوية الحق الضماني في العائدات

٤٨- إذا كان للدائن حق ضماني في العائدات (للاطلاع على تعريف "العائدات"، انظر المقدمة، الفرع باء، المصطلحات وقواعد التفسير، الفقرة [...]). فسوف تثار تساؤلات حول أولوية ذلك الحق الضماني تجاه حقوق المطالبين الآخرين المتنازعين بشأن العائدات، الذين قد يكون من بينهم، ضمن آخرين، دائن آخر للمانح له حق ضماني في العائدات ودائن للمانح اكتسب حقه بحكم قضائي أو بأمر تنفيذي بحق العائدات.

٤٩- والممتلكات التي تمثل عائدات لأحد الدائنين المضمونين قد تمثل موجودات مرهونة أصلية لدائن مضمون آخر. فعلى سبيل المثال، قد يكون للدائن سين حق ضماني في جميع مستحقات المانح بحكم حقه الضماني في جميع مخزونات المانح الحالية والآجلة وفي العائدات المتأتية لدى بيع تلك المخزونات أو التصرف فيها بأي شكل آخر، وقد يكون للدائن صاد حق ضماني في جميع مستحقات المانح الحالية والآجلة كضمانة أصلية. فإذا باع المانح لاحقاً بالدين مخزونات خاضعة للمصلحة الضمانية للدائن سين، يصبح لكلا الدائنين حق ضماني في المستحقات المتولدة من البيع: فللدائن سين حق ضماني في المستحقات باعتبارها عائدات للمخزونات المرهونة، وللدائن صاد حق ضماني في المستحقات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية.

٥٠- وقد تختلف قواعد الأولوية تبعاً لطبيعة المطالب المنازع. فإذا كان المطالب المنازع دائناً مضموناً آخر، فيمكن استخلاص قواعد الأولوية الخاصة بالحقوق في عائدات الموجودات المرهونة الأصلية من قواعد الأولوية المنطبقة على الحقوق في تلك الموجودات. وفي النظام القانوني الذي يكون فيه للحق الأول في ممتلكات معينة، الذي يجسّد بالتسجيل، أولوية على حقوق المطالبين المنازعين، يمكن استخدام تلك القاعدة ذاتها لتقرير الأولوية عندما تكون ملكية الموجودات المرهونة الأصلية قد نقلت ثم أتي الدائن المضمون ليطلب بحق في العائدات. فإذا ما كان تسجيل الحق في الموجودات المرهونة الأصلية قد جرى قبل قيام المطالب المنازع بتسجيل حقه في العائدات فيمكن إعطاء الأولوية للحق الضماني الأول (التوصية ٨٠ في الوثيقة A/CN.9/631).

٥١ - وفي الحالات التي لا يُحدّد فيها ترتيب أولويات الحقوق المتنازعة في الموجودات المرهونة الأصلية تبعاً لأسبقية التسجيل (كما في حالة حقوق تمويل الاحتياز التي تتمتع بأولوية فائقة على سبيل المثال)، يلزم أن تحدّد بصورة مستقلة قاعدة الأولوية التي ستطبق على العائدات (انظر الفصل الثاني عشر، حقوق تمويل الاحتياز، الفقرات [...]).

٩ - استمرار الأولوية

٥٢ - في الولايات القضائية التي تجيز إرساء نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة بأكثر من وسيلة (مثل النفاذ التلقائي أو بالتسجيل أو بالحيازة أو بالسيطرة)، يثور التساؤل حول ما إذا كان من الممكن السماح للدائن المضمون الذي يرسى أولوية حقه الضماني في البداية بإحدى الوسائل بأن يغير الوسيلة بوسيلة أخرى دون أن يفقد الأولوية الأصلية. ولا يوجد من حيث المبدأ سبب لكي يفقد الحق الضماني أولويته في هذه الحالة، بشرط عدم انقطاع نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة خلال فترة ما، بحيث يخضع الحق الضماني لوسيلة واحدة أو أخرى من وسائل النفاذ تجاه الأطراف الثالثة في جميع الأوقات.

٥٣ - ومثال ذلك أنه إذا ما أصبح حق ضماني في موجودات نافذا في أول الأمر بالتسجيل، ثم حصل الدائن المضمون لاحقاً على حيازة الموجودات والتسجيل ما زال نافذاً، يظل الحق الضماني نافذاً تجاه الأطراف الثالثة وتورخ أولويته بتاريخ التسجيل. أما إذا حصل الدائن المضمون على حيازة الموجودات بعد انقضاء التسجيل بسبب مرور الزمن أو لسبب آخر، فإن أولوية الحق الضماني تحتسب من وقت حصوله على حيازتها (انظر التوصيتين ٨١ و ٨٢ في الوثيقة A/CN.9/631؛ وانظر كذلك التوصيتين ٤٧ و ٤٨ اللتين تشيران باستمرار النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فإذا ما انقطع، يحتسب النفاذ من تاريخ إعادة العمل به).

١٠ - أولوية الحق الضماني المسجّل في سجل متخصص أو المؤشر بشأنه على شهادة ملكية

٥٤ - يجوز في الكثير من الولايات القضائية تسجيل الحق الضماني أو غيره من الحقوق (مثل حق مشتري الموجودات المرهونة أو مستأجرها) في السجل العام للحقوق الضمانية أو في سجل متخصص أو قد يؤشر به في شهادة الملكية (انظر التوصية ٣٩ في الوثيقة A/CN.9/631). ويثور التساؤل في هذه الحالة عن الحق الذي له الأولوية فيما بين الحق المسجّل في السجل العام للحقوق الضمانية والحق المسجّل في السجل المتخصص أو المؤشر بشأنه في شهادة الملكية.

٥٥ - وفي كثير من الولايات القضائية، يُعطى للحق الضماني أو غيره من الحقوق المسجلة في السجل المتخصص أو المؤشر بشأنها في شهادة الملكية الأولوية على الحق الضماني المسجل في السجل العام (انظر التوصية ٨٣ في الوثيقة A/CN.9/631). والسبب في هذا هو تمكين السجلات المتخصصة من أن تخدم بكفاءة الغرض الأول منها وهو حماية مشتري الموجودات الخاضعة للتسجيل فيها. ويمكن في ظل هذا النهج لمشتري تلك الموجودات أن يثق ثقة تامة في اكمال سجلات النظام عند تقييم نوعية الحق في الملكية الذي يكتسبه.

١١ - حقوق مشتري الموجودات المرهونة ومستأجريها والمرخص لهم فيها

(أ) الحقوق العامة

٥٦ - عندما يبيع المانح موجودات خاضعة لحقوق ضمانية قائمة، تكون لمشتريها ومستأجريها والمرخص لهم فيها مصلحة في استلام الموجودات خالصة من أي حق ضماني، بينما تكون للدائن المضمون الحالي مصلحة في صون حقه الضماني في الموجودات المباعة (رهننا ببعض الاستثناءات؛ انظر الفقرة ٥٩ أدناه). ومن المهم أن تعالج قواعد الأولوية هاتين المصلحتين كليهما وأن توجد توازنا مناسباً بينهما. فإذا ما تعرضت حقوق الدائن المضمون في موجودات معينة للمخاطر كلما قام المانح ببيعها، فإن قيمة تلك الموجودات كضمانة ستنقص بشدة وسيؤثر سلباً الائتمان المضمون المستند إلى قيمتها.

٥٧ - والمبدأ العام هو أن من يشتري موجودات مرهونة أو من تنقل إليه ملكيتها بشكل آخر يأخذها خاضعة للحق الضماني وأن الحق الضماني يجد من حقوق من يستأجرها أو يرخص له بها (حق الملاحقة *(droit de suite)*)؛ انظر الفصل الخامس، نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات [...]؛ وانظر أيضاً التوصيتين ٣٢ و ٨٥ في الوثيقة A/CN.9/631. وبقول آخر، فإنه يجوز للدائن المضمون أن يتابع الموجودات وهي في حوزة المشتري أو أي شخص آخر تنقل إليه ملكيتها أو من يستأجرها أو يرخص له بها. وفيما يلي ترد مناقشة للاستثناءات من تطبيق هذا المبدأ العام على كل نوع من أنواع المعاملات الثلاثة هذه.

(ب) حقوق المشتري

٥٨ - كما ورد من قبل (انظر الفصل الخامس، نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات [...]؛ والفصل الرابع، إنشاء الحق الضماني، الفقرات [...])، فإن الدائن المضمون يحتفظ بحقه الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية عند بيعها كما يحصل على حق ضماني في عائدات البيع. وفي هذه الحالة، يبرز التساؤل عما إذا كان الحق الضماني في العائدات

ينبغي أن يحل محل الحق الضماني في الموجودات المرهونة. وأحيانا ما يأتي الرد بالإيجاب بافتراض أن الدائن المضمون لا يتضرر ببيع الموجودات خالصة من حقه الضماني ما دام يحتفظ بحق ضماني في عائدات البيع. بيد أن هذا لن يحميه بالضرورة، لأن قيمة العائدات كثيرا ما تكون أقل بالنسبة للدائن من الموجودات المرهونة الأصلية. كما أن قيمة العائدات كضمانة للدائن قد تكون قليلة أو معدومة في كثير من الأحيان (مثل المستحقات المتعذر تحصيلها). وفي حالات أخرى، قد يصعب على الدائن معرفة العائدات، مما يجعل من مطالبته بها ضربا من الوهم. ويُضاف إلى ذلك أن العائدات، حتى وإن كانت ذات قيمة لدى الدائن المضمون، عرضة لأن يبددها البائع الذي يتسلمها، مما لا يترك منها شيئا للدائن. وقد اتبعت الولايات القضائية عددا من النهج المختلفة لتحقيق ذلك التوازن بين مصالح الدائنين المضمونين ومصالح مشتري الموجودات المرهونة من المانحين الحائزين لها. ويأخذ الدليل هنا موقفا يرى ضرورة احتفاظ الدائن المضمون بحقه الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية وكذلك بحقه الضماني في العائدات المتأتية من بيعها أو التصرف فيها بشكل آخر (انظر التوصيات ١٨ و ٣٢ و ٤٠ و ٤١ و ٨٥ في الوثيقة A/CN.9/631)، على أنه لا يجوز له بأي حال أن يحصل على أكثر مما هو مستحق له.

٥٩- غير أن معظم الدول تعترف باستثنائين من تطبيق المبدأ العام القاضي باستمرار الحق الضماني راهنا للموجودات بعد نقل ملكيتها، وكذلك الدليل. ويتصل أول استثناء بحالة إتمام البيع بإذن صريح من الدائن المضمون (انظر التوصية ٨٦ في الوثيقة A/CN.9/631). فقد يأذن الدائن المضمون بالبيع مثلا لأن العائدات تكفي لتأمين سداد الالتزام المضمون أو لأن المانح يقدم موجودات أخرى كضمان. ويشير الاستثناء الثاني إلى الحالات المستشف فيها إذن الدائن المضمون لأن طبيعة الموجودات المرهونة تجعله يتوقع بيعها خالصة من الحق الضماني، أو حيثما كان من مصلحته الفضلى بيعها خالصة من الحق الضماني (التوصية ٨٧ في الوثيقة A/CN.9/631). وقد أطرت الدول هذا الاستثناء الثاني بعدد من الطرق المختلفة على نحو ما سيرد في الفقرات التالية.

٦٠- نهج سياق العمل المعتاد

٦٠- من النهج المتبعة في كثير من الولايات القضائية النص على أن قيام المانح، ضمن سياق عمله المعتاد، ببيع الموجودات المرهونة المؤلفة من مخزونات يفضي تلقائيا إلى زوال أي حقوق ضمانية للدائن المضمون في تلك الموجودات، دون أي إجراء إضافي من جانب المشتري أو البائع أو الدائن المضمون. وتستتبع هذه القاعدة عدم انطباق الاستثناء حينما

يجري بيع المخزونات خارج سياق العمل المعتاد للمانح أو حينما يتصل البيع بموجودات بخلاف المخزونات؛ ولا يزيل هذا البيع الحق الضماني ويجوز للدائن المضمون، في حالة تقصير المانح، أن ينفذ حقه الضماني تجاه الموجودات المرهونة الموجودة لدى المشتري (ما لم يكن الدائن المضمون قد وافق على البيع بالطبع). وقد يمثل البيع ذاته تقصيرا يعطي الدائن المضمون حقا في إنفاذ حقوقه الضمانية حيثما كان اتفاق الضمان ينص على ذلك وإلا فلا يمكن للدائن المضمون إنفاذ حقوقه الضمانية إلى حين حدوث تقصير (انظر الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٨٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦١ - ويستوجب هذا النهج تلبية اشتراطين لبيع الموجودات المرهونة خالصة من الحق الضماني، أولهما أن يكون بائع الموجودات المرهونة ممارسا لبيع الموجودات من ذلك النوع، ومن ثم، لا يجوز أن تكون الموجودات المرهونة شيئا لا يبيعه في العادة. كما لا يجوز للبائع إتمام البيع على نحو مخالف لما يتبعه في المعتاد (كأن يعمد إلى بيعها خارج قنوات توزيعه الاعتيادية، كما هو الحال إذا كان لا يبيع في العادة إلا لتجار التجزئة ثم باع الموجودات موضع القصد لتاجر جملة). والاشتراط الثاني ألا يكون المشتري على علم بأن البيع يخل بحقوق دائن مضمون بمقتضى اتفاق ضمان (للاطلاع على قاعدة تفسير المقصود "بالعلم"، انظر المقدمة، الفرع باء، المصطلحات وقواعد التفسير، الفقرة [...]). وهذا هو الحال مثلا إذا كان المشتري يعلم أن البيع ممنوع بموجب أحكام اتفاق الضمان. ومن ناحية أخرى، فإن مجرد علم المشتري بأن الموجودات خاضعة لحق ضماني لا يكفي. ومن مزايا هذا النهج اتساقه مع ما هو متوقع، من الناحية التجارية، من قيام المانح ببيع مخزونات من البضائع (وهو ما يجب عليه بالفعل حتى تستمر قدرته المالية)، ومن أخذ المشتري لبضاعته خالصة من الحقوق الضمانية القائمة. وبدون هذا الاستثناء من تطبيق مبدأ استمرار الحق الضماني قائما في الموجودات التي في يد المشتري، ستغل إلى حد بعيد قدرة المانح على بيع البضائع ضمن السياق المعتاد لعمله، لأنه سيكون على المشتري أن يتحرروا عن المطالبات الواقعة على البضائع قبل شرائها، مما سيرفع تكاليف المعاملات بشدة ويعطل المعاملات الجارية ضمن السياق المعتاد تعطيلًا كبيرًا.

٦٢ - ويوفر هذا النهج أساسا بسيطا شفافا للبت في جواز بيع البضاعة خالصة من الحقوق الضمانية. فقيام تاجر معدّات مثلا ببيع معدة إلى صاحب مصنع ليستخدمها في مصنعه هو بوضوح عملية بيع لمخزونات في السياق العادي لعمله، ويأخذ المشتري تلقائيا المعدّة خالصة من أي حقوق ضمانية لدائني التاجر. وتتسق هذه النتيجة مع توقعات جميع الأطراف، ومن حق المشتري بالتأكيد أن يفترض أن كلا من البائع والدائن المضمون للبائع ينتظران إتمام البيع

من أجل توليد عائد من المبيعات للبائع. أما إذا قام التاجر ببيع عدد كبير من الآلات جملة لتاجر آخر، فلن يفترض أنه يبيع شيئاً في سياق عمله المعتاد.

٦٣- وفيما يتعلق بالبيع الذي يجري خارج سياق العمل المعتاد للمانح، فما دام الحق الضماني للدائن خاضعاً للتسجيل في سجل عام للحقوق الضمانية، يمكن للمشتري أن يحمي نفسه بالبحث في السجل لمعرفة ما إذا كانت الموجودات التي سيشتريها خاضعة لحق ضماني، وأن يلتمس، في هذه الحالة، من الدائن المضمون إسقاط ذلك الحق الضماني.

٦٤- ويجوز في بعض الولايات القضائية لمشتري الموجودات المرهونة أن يأخذها خالصة من الحق الضماني، حتى وإن كانت المعاملة خارج سياق العمل المعتاد للبائع، إذا ما كانت الموجودات مواد زهيدة التكلفة، لأن قوانين المعاملات المضمونة في تلك الولايات القضائية لا تسمح بتسجيل الحق الضماني في شيء زهيد التكلفة أو لأن تكاليف التسجيل مرتفعة بالنسبة لتكلفته وأنه ليس من العدل تحميلها لمشتريه. ومن ناحية أخرى، فقد يرى أن من المستبعد أن يعمد دائن مضمون إلى إنفاذ حقه الضماني في الموجودات الكائنة لدى المشتري إذا ما كانت زهيدة التكلفة بحق. كما أن تحديد ماهية الأشياء التي تكلفتها زهيدة بما يكفي لاستثنائها على هذا النحو سيؤدي إلى وضع حدود اعتباطية يتعين تنقيحها باستمرار تبعاً لتقلبات التكلفة الناشئة عن التضخم وغيره من العوامل.

٦٥- والنهج المعمول به في بعض الولايات القضائية، التي لديها نظام تسجيل تقتصر فيه إمكانية البحث على اسم المانح لا على وصف الموجودات المرهونة، هو أن من يشتري موجودات من بائع كان قد اشتراها من مانح للحق الضماني فيها ("المشتري النائي") يحصل عليها خالصة من تلك الحقوق الضمانية، لأنه من الصعب على المشتري النائي أن يكتشف وجود حق ضماني منحه مالك سابق للموجودات المرهونة. وفي كثير من الأحيان لا يدري المشتري النائي أن ذلك المالك سبق له امتلاكها في وقت ما، مما لا يجعله يبحث عنها تحت اسمه. والمشكلة مع هذا النهج هو أنه يخلّ بموثوقية الحق الضماني الذي يمنحه البائع لأن من المحتمل بيع الموجودات دون علم الدائن المضمون إلى مشترٍ ناء إما عفواً وإما بنية مبيتة لتجريدته من الحق الضماني. غير أن هذه التكلفة أهون من اتباع سياسة تؤثر حماية المشتريين. ولهذا السبب يوصي الدليل بأنه حيثما أخذ المشتري ممتلكات مملوثة خالية من الحقوق الضمانية التي منحها فيها بائعها، فإن المشتري النائي يأخذها أيضاً خالصة من الحقوق الضمانية (انظر التوصية ٨٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦٦- ومن عيوب نهج سياق العمل المعتاد أن ماهية الأنشطة المدرجة ضمن السياق المعتاد لعمل البائع قد لا تكون على الدوام واضحة للمشتري (خصوصا في التجارة الدولية). ومما قد يعيبه أيضا أن هذه القاعدة إذا طبقت فحسب على بيع المخزونات وليس على سائر البضائع، فقد يلتبس الأمر على المشتري في تحديد ما إذا كانت البضاعة التي سيشتريها من مخزونات البائع. ومن ناحية أخرى، تجدر الإشارة إلى أنه من المرجح جدا، في أي علاقة طبيعية بين المشتري والبائع، أن يكون المشتري على علم بنوع العمل التجاري الذي يزاوله البائع، ويكون سياق العمل المعتاد في هذه الحالات متسقا مع توقعات الطرفين. ومن ثم، فإن الحالات التي يحدث فيها هذا الالتباس نادرة في واقع الممارسة العملية. وإذا ما جرت الموازنة بين مزايا نهج سياق العمل المعتاد وعيوبه، فسوف ترجح كفة المزايا. ويسهل هذا النهج التجارة ويتيح للدائنين المضمونين وللمشتريين حماية مصالحهم بصورة فعّالة ومجدية التكلفة دون إخلال بالعمل على ترويج الائتمان المضمون (انظر الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٨٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

٦٦' هوج أخرى

٦٧- تتبع الكثير من الدول نهجا مختلفا لتحديد ما إذا كان لمشتري الموجودات المرهونة أن يحصل على الحق في ملكيتها خالصة من الحقوق الضمانية التي كان بائعها قد أنشأها فيها. وفي تلك الدول، يأخذ المشتري البضاعة خالصة من أي حق ضماني إذا ما كان قد اشتراها بحسن نية (أي بدون علم فعلي أو ضمني بوجود حقوق ضمانية) وبغض النظر عما إذا كان البيع قد جرى في سياق العمل المعتاد للبائع. ومن الحجج الداعمة لهذا النهج أن حسن النية مفهوم معروف في جميع النظم القانونية وأن هناك خبرة كبيرة في تطبيق هذا المفهوم على الصعيدين الوطني والدولي. وقيل أيضا إن من الضروري افتراض أن المشتري يتصرف بحسن نية ما لم يثبت العكس. غير أن مشكلة هذا النهج هو تركيزه على معيار ذاتي متصل بنوايا المشتري (مما يثير أيضا مسائل استدلالية) بدلا من التوقعات التجارية لسائر الأطراف المعنية.

(ج) حقوق المستأجر

٦٨- أحيانا ما ينشأ نزاع على الأولوية بين حائز حق ضماني في موجودات منحه فيها مالکها/مؤجرها وبات نافذا تجاه الأطراف الثالثة وبين مستأجر لتلك الموجودات. والسؤال المطروح هنا ليس عن جواز حصول المستأجر بالفعل على الموجودات خالصة من الحق الضماني، بمعنى انقطاع الحق الضماني فيها، بل بالأحرى عما إذا كان الحق الضماني لا يمس

بحق المستأجر في استخدام الموجودات المستأجرة بالأحكام والشروط المحددة في اتفاق الإيجار. ولب القضية في هذه الحالة هو ما إذا كان من الممكن، إذا ما أنفذ حائز الحق الضماني حقه ذلك، أن يستمر المستأجر في استخدام الموجودات رغم هذا الإنفاذ ما دام يدفع الإيجار ويتقيد بشروط الإيجار الأخرى. والمبدأ العام الذي سبقت مناقشته أعلاه (انظر الفقرة ٥٨) منطبق هنا بالمثل. فالموجودات، من حيث المبدأ، تخضع للحق الضماني، ومن ثم، يجوز للدائن المضمون إنفاذ حقه الضماني لدى تقصير المانح، حتى وإن أدى ذلك إلى وقف المستأجر عن استخدام الموجودات بموجب عقد الإيجار.

٦٩- وعلى غرار حالة مشتري الممتلكات الملموسة الخاضعة لحق ضماني سابق على الشراء، تعترف الكثير من الولايات القضائية باستثناءين لهذا المبدأ العام. ولا ينقضي الحق الضماني في أي منهما، ولكن حق الدائن المضمون يقتصر فيهما طيلة مدة الإيجار على مصلحة المؤجر في الممتلكات ويجوز للمستأجر أن يتمتع باستخدام الموجودات بلا انقطاع وفقاً لشروط عقد الإيجار.

٧٠- والاستثناء الأول هو أن يكون الدائن المضمون قد أذن للمانح بتأجير الموجودات دون مساس من الحق الضماني (انظر الفقرة الفرعية (ب) '١' من التوصية ٨٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

[ملاحظة موجهة إلى اللجنة: ربما تود اللجنة أن تلاحظ أن التعليق على المسألة المعالجة في الفقرة الفرعية (ب) '٢' من التوصية ٨٦ سيضاف إذا ما قرّرت الإبقاء على هذه الفقرة الفرعية (انظر حاشية الفقرة الفرعية (ب) '٢' من التوصية ٨٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

٧١- ويتصل الاستثناء الثاني بالحالات التي يكون فيها عمل مؤجر الممتلكات الملموسة هو تأجير الممتلكات الملموسة من ذلك النوع، وأن يكون التأجير قد وقع في سياق العمل المعتاد للمؤجر وألا يكون لدى المستأجر علم حقيقي بأن الإيجار يخل بحقوق الدائن المضمون. بموجب اتفاق الضمان (انظر الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ٨٧ في الوثيقة A/CN.9/631). ويتوافر هذا العلم على سبيل المثال إذا ما كان المستأجر يعرف أن اتفاق الضمان الذي أنشأ هذا الحق يمنع بوجه محدد المانح من تأجير الممتلكات. غير أن مجرد العلم بوجود الحق الضماني، المستدل عليه من إشعار مسجل في نظام تسجيل الضمانات، لا يكفي لإبطال حقوق المستأجر. ويستند هذا الاستثناء إلى اعتبارات سياسية مماثلة للاعتبارات المتصلة بالاستثناء المناظر في حالة بيع البضائع في سياق العمل المعتاد للبائع (انظر الفقرة ٦٦ أعلاه).

٧٢- وعلى أي نظام فعال للمعاملات المضمونة أن يعالج أيضا مسألة التأجير من الباطن. فحيثما اعتبرت حقوق مستأجر الممتلكات الملموسة غير متأثرة بالحق الضماني الذي يمنحه فيها المؤجّر، يُرى أن من المناسب بوجه عام ألا تتأثر أيضا حقوق مستأجرها من الباطن بذلك الحق الضماني (انظر التوصية ٨٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

(د) حقوق المرخص له

٧٣- إن المسائل نفسها التي سبقت مناقشتها أعلاه ترد أيضا في سياق ترخيص الممتلكات غير الملموسة الخاضعة لحق ضماني يُنشئه مانح الترخيص، والمبدأ العام المنطبق على بيع الممتلكات الملموسة وتأجيرها منطبق أيضا على تراخيص الممتلكات غير الملموسة (انظر التوصية ٨٥ في الوثيقة A/CN.9/631). ومن ثم، فإذا كان الحق الضماني في ممتلكات غير ملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة، فسوف يستمر في الممتلكات الموجودة في يد الشخص المرخص له بما لم ينطبق على الحالة أي من الاستثنائين التاليين (انظر التوصيتين ٨٦ و ٨٧ في الوثيقة A/CN.9/631).

٧٤- والاستثناء الأول هو أن يكون الدائن المضمون أذن بالترخيص (انظر الفقرة الفرعية (ب) '١' من التوصية ٨٦ في الوثيقة A/CN.9/631). فعلى غرار حالة بيع الممتلكات الملموسة وتأجيرها، يُرى بوجه عام أنه من الظلم معاقبة الشخص الذي يرخص له فيها إذا كان الدائن المضمون قد وافق على الترخيص له.

٧٥- وينشأ الاستثناء الثاني (المشابه أيضا لحالات الاستثناء المماثلة بشأن بيع الممتلكات الملموسة وتأجيرها) في حالة منح ترخيص غير حصري في ممتلكات غير ملموسة حيثما كان عمل مانح الترخيص إعطاء تراخيص غير حصري لهذه الممتلكات وجرى التأجير في سياق العمل العادي لمناح الترخيص ولم يكن المرخص له على علم بأن الترخيص ينتهك حقوق الدائن المضمون. بموجب اتفاق الضمان (انظر الفقرة الفرعية (ج) من التوصية ٨٧ في الوثيقة A/CN.9/631). وأسوة بحالة بيع الممتلكات الملموسة وتأجيرها، فإن من المسلم به بوجه عام أن هذا العلم يتوافر على سبيل المثال إذا ما كان الشخص المرخص له يعرف بأن اتفاق الضمان المنشئ لهذا الحق الضماني يمنع بوجه خاص المانح من منح تراخيص في الممتلكات. غير أن مجرد العلم بوجود الحق الضماني، المستدل عليه من إشعار مسجّل في نظام تسجيل الضمانات، لا يكفي لإبطال حقوق الشخص المرخص له.

٧٦- ومن المهم ملاحظة أن هذا الاستثناء الثاني قاصر على التراخيص غير الحصرية للممتلكات غير الملموسة ولا ينطبق على التراخيص الحصرية. وحيثما كان المانح يعمل في مجال ترخيص الممتلكات غير الملموسة، فإن الدائن المضمون الحائز للحق الضماني في الممتلكات عادة ما يتوقع قيام المانح بإعطاء تراخيص غير حصرية للممتلكات لاستمرار إيرادات. ويضاف إلى ذلك أنه من غير المعقول توقُّع أن الشخص المرخَّص له بموجب ترخيص غير حصري سيبحث في السجل العام للحقوق الضمانية من أجل التأكد من وجود حقوق ضمانية في الممتلكات المرخَّص له فيها. ومن جهة أخرى، فإن إعطاء ترخيص حصري لممتلكات ملموسة يحصل بموجبه الشخص المرخَّص له على حق حصري في استخدام هذه الممتلكات في شتى أرجاء العالم أو حتى في إقليم بعينه هو بوجه عام معاملة تفاوضية تخرج عن سياق العمل المعتاد لمانح الترخيص. ومن المعقول في حالة الترخيص الحصري توقُّع أن يبحث الشخص المرخَّص له في السجل العام للحقوق الضمانية لاستبانة ما إذا كانت الممتلكات المرخَّص له فيها خاضعة لحق ضماني أنشأه مانح الترخيص والحصول على تنازل مناسب أو إنزال مناسب في مرتبة الأولوية.

٧٧- وأخيراً، يجب أن يعالج أي نظام للمعاملات المضمونة حالة الترخيص من الباطن أسوةً بحالة بيع الممتلكات الملموسة وتأجيرها. وعلى غرار حالة التأجير والبيع، ثمة حجة قوية تؤيد كفالة عدم تأثر الشخص المرخَّص له من الباطن بأي حق ضماني ينشئه المانح الأصلي للترخيص حيثما اعتبر القانون أن هذا الحق الضماني لا يمس الترخيص نفسه (انظر التوصية ٨٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

(هـ) حقوق متلقي الهبات

٧٨- تختلف وضعية من توهب له موجودات مرهونة ("متلقي الهبة") بعض الاختلاف عن وضعية من يشتريها أو من تنقل إليه ملكيتها بوجه آخر مقابل قيمة. فبما أن متلقيها لم يحصل عليها مقابل قيمة فلا يوجد دليل موضوعي يثبت أنه كان يعول على ملكية المانح لها التي تبدو في الظاهر غير مرهونة بما قد يضر بمصلحته. ومن ثم، ففي حالة النزاع على الأولوية بين متلقي الهبة وبين حائز حق ضماني فيها ممنوح من واهبها، توجد حجة قوية لصالح إعطاء الأولوية إلى الدائن المضمون، حتى وإن لم يكن الحق الضماني فيها نافذاً بأي شكل آخر تجاه الأطراف الثالثة. وعليه، فإن القاعدة العامة هي أن الحق الضماني يتبع الموجودات الكائنة في يد من تنقل إليه الملكية (انظر التوصية ٨٥ في الوثيقة A/CN.9/631) وتقتصر حالات الاستثناء على من تنقل

إليهم ملكية الموجودات مقابل قيمة، مثل من يشتريها أو يستأجرها أو يرخص له فيها (انظر التوصيات ٨٦-٨٨ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٢ - أولوية المطالبات ذات الأفضلية

٧٩- في كثير من الولايات القضائية، وكوسيلة لتحقيق هدف اجتماعي عام (مثل حماية العائدات الضريبية أو أجور الموظفين)، تُعطى بعض المطالبات غير المضمونة أولوية، في نطاق إجراءات الإعسار أو حتى خارجها، على سائر المطالبات غير المضمونة، بل وعلى المطالبات المضمونة (كما فيها المطالبات المضمونة المسجلة من قبل) في بعض الحالات. فلحماية مطالبات الموظفين والدولة على سبيل المثال، تُعطى المطالبات المتعلقة بالأجور غير المدفوعة والضرائب غير المسددة، في بعض الولايات القضائية، أولوية على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل. ونظرا لأن الأهداف الاجتماعية تختلف من ولاية قضائية إلى أخرى، يتباين أيضا الطابع الدقيق لهذه المطالبات (فيما إذا كانت تتعلق بالضرائب أم بالموظفين أم بأنواع أخرى من المطالبات مثلا) وكذلك مدى الأولوية المعطاة لها.

٨٠- ولإعطاء أفضلية لهذه المطالبات مزية، وهي إمكانية تعزيز هدف اجتماعي ما. أما العيب المحتمل فهو أن هذه الأنواع من الأولويات يمكن أن تنفسي تفشيا يضعف من إمكانية التيقن لدى الدائنين الموجودين والمحتملين، مما يعيق توافر الائتمان المضمون. وعلاوة على ذلك، فإن المطالبات ذات الأفضلية (سواء كانت ناشئة في نطاق إجراءات الإعسار أو خارجها)، سوف تؤثر سلبا على توافر الائتمان المضمون وتكلفته، حتى إذا أمكن للدائنين الموجودين أو المحتملين أن يتأكد يقينا منها، فبما أنها تنقص من القيمة الاقتصادية للموجودات بالنسبة للدائنين المضمون، سوف يعمد الدائنين في كثير من الحالات إلى تحميل العبء الاقتصادي لتلك المطالبات على المانح بزيادة سعر الفائدة أو بخصم المبلغ المقدّر لتلك المطالبات من الائتمان المتاح.

٨١- ونحاشيا لتثبيط الائتمان المضمون، الذي يعتبر توافره هدفا اجتماعيا أيضا، ينبغي إجراء موازنة دقيقة بين مختلف الأهداف الاجتماعية لدى البت في إعطاء الأفضلية لمطالبة ما. فالالتجاء السائد إزاء المطالبات ذات الأفضلية في التشريعات الحديثة هو الحد منها وعدم السماح بها ما لم توجد وسيلة فعّالة أخرى لتلبية الهدف الاجتماعي المنشود أصلا وعندما تتبين الولاية القضائية أن تأثير تلك المطالبات على توافر الائتمان مقبول. ففي بعض الولايات القضائية، مثلا، تُحمى العائدات الضريبية بتوفير حوافز تدفع مديري الشركات من أجل

معالجة المشاكل المالية بسرعة وإلا تعرضوا للمساءلة الشخصية، بينما تحمي المطالبات المتعلقة بالأحور من خلال صندوق عمومي.

٨٢- وفي حال وجود مطالبات ذات أفضلية، ينبغي للقوانين التي ترسي تلك الأفضلية أن تكون واضحة وشفافة بما يكفي لتمكين الدائن من حساب المقدار المحتمل للمطالبات ذات الأفضلية مقدّما ومن حماية نفسه. وقد حققت بعض الولايات القضائية ذلك الوضوح وتلك الشفافية بإدراج جميع المطالبات ذات الأفضلية في قانون واحد أو في مرفق للقانون. وحققت ولايات قضائية أخرى ذلك باشتراط تسجيل المطالبات ذات الأفضلية في سجل عمومي، وبعدم إعطاء تلك المطالبات أولوية إلا على الحقوق الضمانية المسجّلة بعد ذلك. وفي تلك الولاية القضائية، تُعطى الأولوية للحقوق الضمانية المسجّلة قبل تسجيل المطالبات ذات الأفضلية طالما كانت تضمن الالتزامات الناشئة في غضون فترة زمنية محدّدة تالية لذلك (مثلا ٤٥ إلى ٦٠ يوما بعد تسجيل المطالبات ذات الأفضلية)، إذا كانت الحقوق الضمانية الموجودة من قبل تضمن التزاما بتقديم سلف آجلة. غير أن هناك مشكلة في الأخذ باشتراط التسجيل فيما يخص بعض المطالبات ذات الأفضلية التي تنشأ قبيل إجراءات الإعسار، وهي احتمال صعوبة حساب مقدارها أو تسجيلها في الوقت المناسب. ويسعى الدليل إلى تحقيق التوازن مع المطالبات ذات الأفضلية حيث لم يوص بتسجيلها بل أوصى بأن يحد القانون من عددها ومقدارها على السواء مع وضع توصيف واضح محدّد لها في القانون طالما وجدت (انظر التوصية ٨٩ من الوثيقة A/CN.9/631). وبهذه الطريقة، يمكن للدائنين المضمونين المحتملين تقييم احتمالات ظهور هذه المطالبات عند البت في تقديم الائتمان المضمون.

١٣- أولوية حقوق الدائنين بحكم القضاء

٨٣- في بعض النظم القانونية، يُعطى الحق الضماني النافذ تجاه الأطراف الثالثة أولوية على حقوق الدائن غير المضمون ما لم يحصل الدائن غير المضمون على حكم قضائي بشأن مطالبته ويتخذ الإجراءات المنصوص عليها في القانون لإنفاذ الحكم (مثل مصادرة الممتلكات المحدّدة أو تسجيل الحكم).

٨٤- ويُعطى الدائن بحكم القضاء هذه الأولوية اعترافا بالخطوات القانونية التي اتخذها لإنفاذ مطالباته على أساس أن حصوله على الأولوية لا يمثّل ظلما للدائنين العامين غير المضمونين الآخرين لأنهم يتمتعون بنفس الحقوق في تحويل مطالباتهم إلى أحكام قضائية ولكنهم لم يتكلفوا وقتا ولا نفقات للقيام بذلك. ومع هذا، فتحاشيا لإعطاء الدائنين بحكم

القضاء سلطات مفرطة في النظم القانونية التي يجوز فيها لدائن واحد أن يبدأ إجراءات إعسار، كثيرا ما تنص قوانين الإعسار على أنه يجوز لممثل الإعسار إبطال الحقوق الضمانية الناشئة من أحكام استصدرت في غضون فترة زمنية محدّدة قبيل إجراءات الإعسار. وفي ولايات قضائية شتى، تبطل الأحكام القضائية الصادرة في إجراءات إعسار المدين الحق الامتلاكي للدائن بحكم القضاء أو لا تعترف به.

٨٥- وتعالج نظم المعاملات المضمونة الفعالة في العادة هذا النوع من النزاع على الأولوية بالموازنة الدقيقة بين مصالح الدائن بحكم القضاء والدائن المضمون. فمن مصلحة الدائن بحكم القضاء من ناحية أن يعرف في وقت معيّن ما إذا كانت قد تبقت قيمة كافية غير مرهونة في موجودات المانح من أجل إنفاذ الحكم القضائي. وتوجد من ناحية أخرى حجة سياسية قوية تؤيّد حماية حقوق الدائن المضمون باعتبار أن الدائن المضمون قد اعتمد صراحة على حقه الضماني كأساس لتقديم الائتمان.

٨٦- وتسعى الكثير من النظم القانونية إلى تحقيق هذا التوازن بإعطاء أولوية للحق الضماني على الحق الامتلاكي للدائن بحكم القضاء طالما أصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن ينشأ الحق الامتلاكي للدائن بحكم القضاء (انظر التوصية ٩٠). ويوجد استثناء واحد من هذه القاعدة وقيدان يجداها.

٨٧- ويتصل الاستثناء بحقوق تمويل الاحتياز في الموجودات المرهونة بخلاف المخزونات أو البضائع الاستهلاكية. وتُمنح الأولوية لحق تمويل الاحتياز حتى وإن لم يكن نافذا وقت حصول الدائن بحكم القضاء على حقوق في الموجودات المرهونة طالما أصبح الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة نافذا في غضون فترة السماح المنطبقة المنصوص عليها للحقوق الضمانية من هذا القبيل. وانتهاج قاعدة مناقضة من شأنه أن يلحق أخطارا غير مقبولة بمقدمي تمويل الاحتياز الذين قدّموا بالفعل الائتمان قبل حصول الدائن بحكم القضاء على حقه الامتلاكي، مما يثبط من تمويل الاحتياز (انظر التوصية ١٩٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

٨٨- ويتصل قيدا القاعدة المذكورة أعلاه بالقيود المفروضة على مقدار الائتمان الممنوح أولوية. والقيود الأول نابع من ضرورة حماية الدائنين المضمونين الحاليين من تقديم سلف إضافية بناء على قيمة موجودات خاضعة لحقوق قائمة بحكم القضاء. ومن الضروري وجود آلية لإشعار الدائنين بهذه الحقوق القائمة بحكم القضاء. وفي الكثير من الولايات القضائية التي بها نظام للتسجيل، يتأتى هذا الإشعار بإخضاع الحقوق القائمة بحكم القضاء لنظام التسجيل. فإذا لم يوجد نظام للتسجيل أو لم تُخضع الحقوق القائمة بحكم القضاء

لنظام التسجيل، فقد يُلزم الدائنون بحكم القضاء بإشعار الدائنين المضمونين الحاليين بوجود الحكم القضائي. كما قد يقضي القانون باستمرار أولوية الدائن المضمون الحالي لفترة من الوقت (ربما ٤٥-٦٠ يوما) بعد تسجيل الحق القائم بحكم القضاء (أو بعد تسليم الدائن للإشعار)، حتى يتخذ خطوات لحماية حقوقه بناء على ذلك. وكلما ضاق الحيز الزمني المتاح للدائن المضمون الحالي للتصرف حيال وجود الحقوق القائمة بحكم القضاء وكلما قلت علنية هذه الحقوق القائمة بحكم القضاء، زاد التأثير السلبي لاحتمالات وجودها على توافر التسهيلات الائتمانية التي تقدّم سلفا آجلة وعلى تكلفتها.

٨٩- ويوصي الدليل بضرورة إشعار الدائن المضمون المسجّل وبضرورة انسحاب أولوية أي حق ضماني على الائتمان المقدّم من الدائن المضمون خلال عدد معيّن من الأيام (مثل ٣٠-٦٠ يوما) بعد إشعاره بوجود حق الدائن بحكم القضاء (انظر الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٩٠ في الوثيقة A/CN.9/631). ورغم أن هذا القيد يفرض التزاما على الدائن بحكم القضاء بإشعار الدائن المضمون بحقه، فإن هذا الالتزام لا يمثّل بوجه عام عبئا مفرطا على الدائن بحكم القضاء ويعفي الدائن المضمون من الاضطرار إلى البحث بصورة متواترة عن الأحكام الصادرة على المانح (وهو التزام أشد ثقلا وأمهظ تكلفة بكثير). ووجود فترة السماح مبرر على أساس أنها تمنع الدائن المضمون في إطار تسهيلات القروض المتجددة أو التسهيلات الائتمانية الأخرى التي تقدّم ائتمانات آجلة من الاضطرار إلى وقف تقديم القروض أو الائتمانات الأخرى فورا، مما يمكن أن يخلق صعوبات في وجه المانح أو حتى يدفع به إلى دائرة الإعسار.

٩٠- ويتصل القيد الثاني بالسلف الآجلة، حيث يجوز سحب أولوية الحق الضماني على السلف المقدّمة حتى بعد إشعار الدائن المضمون بحقوق الدائن بحكم القضاء بشرط أن يكون قد التزم بتقديمها بصورة قاطعة قبل ذلك الإشعار في غضون فترة زمنية محدّدة أو بمقدار يمكن تحديده وفق صيغة معيّنة (انظر الفقرة الفرعية (ب) من التوصية ٩٠ في الوثيقة A/CN.9/631). أما الحق الضماني الضامن لائتمان لم يلتزم به ولكنه قدّم قبل إشعار الدائن المضمون بحقوق الدائن بحكم القضاء فليست له أولوية على أساس ضرورة تمكين الدائن بحكم القضاء من أن يحدّد في وقت ما إذا كانت قد تبقت أمامه قيمة لإنفاذ الحكم.

٩١- والأساس المنطقي لهذه القاعدة هو أنه من الظلم حرمان الدائن المضمون الذي أبدى التزاما قاطعا بتقديم ائتمان من الأولوية التي اعتمد عليها عندما دخل في الالتزام. أما الحجّة المقابلة فهي أن وجود حكم قضائي أمر يشكل، في إطار الكثير من التسهيلات الائتمانية، حالة تقصير تعطي الحق للدائن المضمون في التوقف عن تقديم ائتمان إضافي. غير أن تلك

النتيجة ستكون محففة بالمناح لأن انقطاع الائتمان فجأة يمكن أن يفضي بالمناح بالفعل إلى الإعسار. وبالتوصية بهذه القاعدة، يحسم الدليل هذا النزاع على الأولوية لصالح الاستمرار في تقديم الائتمان في إطار تسهيلات ائتمانية قاطعة من أجل السماح للمناح بالاستمرار في العمل (مما يهيئ أعظم الفرص لسداد المناح لجميع التزاماته).

١٤ - أولوية حقوق الأشخاص الذين يقدمون خدمات بشأن الموجودات المرهونة

٩٢ - في بعض النظم القانونية، يحصل الدائنون الذين قدموا خدمات بشأن الموجودات الملموسة المرهونة أو أضافوا قيمة لها بطريقة ما، من قبيل التخزين أو الإصلاح أو النقل، على حق امتلاكي فيها أثناء وجودها في حيازتهم. ومن مزية معاملة مقدمي الخدمات على هذا النحو حثهم على مواصلة تقديم الخدمات وتسهيل صيانة الموجودات المرهونة وحفظها.

٩٣ - وفي الكثير من الولايات القضائية، تفوق مرتبة الحق الامتلاكي الممنوح لمقدمي الخدمات في الموجودات الكائنة في حيازتهم مرتبة الحقوق الضمانية الأخرى في تلك الموجودات. والأساس المنطقي الذي تستند إليه قاعدة الأولوية هذه هو أن مقدمي الخدمات ليسوا من الممولين المحترفين وينبغي إعفائهم من البحث في السجلات لاستبانة وجود حقوق ضمانية منازعة قبل تقديم الخدمات. وعلاوة على ذلك، فإن القاعدة تسهل الخدمات من قبيل الإصلاح وسائر التحسينات التي كثيرا ما تفيد الدائنين المضمونين.

٩٤ - ويبرز تساؤل حول ما إذا كان من الضروري الحد من مقدار الأولوية المعطاة لمقدمي الخدمات أو عدم الاعتراف بها إلا في أحوال معينة. ومن النهج المتبعة في هذا الشأن حصر أولويتهم في نطاق مبلغ معين (مثل إيجار شهر واحد في حالة ملاك العقارات) وعدم الاعتراف بأوليتهم على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل ما لم تكن القيمة المضافة تفيد مباشرة حائزي الحقوق الضمانية الموجودة من قبل. ومن مزية هذا النهج عدم الحد من حقوق الدائنين المضمونين دون داع. ولكن مما يعيبه أنه لا يحمي مقدمي الخدمات الذين لم يضيفوا قيمة، وأنه يستلزم تحديد مقدار القيمة التي يضيفها مقدمو الخدمات، أيًا ما كان الحال، مما قد يضيف تكلفة ويفتح باب التقاضي.

٩٥ - ومن النهج الأخرى حصر أولوية مقدمي الخدمات في نطاق القيمة المعقولة للخدمات المقدمة. وسوف يحقق هذا النهج توازنا عادلا فعلا بين المصالح المتنازعة. وسيكفل قسطا معقولا من الحماية لمقدمي الخدمات بينما يزيل الحاجة إلى معالجة المسائل الصعبة

المتعلقة بإثبات القيمة النسبية للموجودات المرهونة قبل وبعد تقديم الخدمات (انظر التوصية ٩١ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٥- أولوية حق المورد في المطالبة بالاسترداد

٩٦- يمكن أن يُعطي القانون في الكثير من النظم القانونية المورد الذي يبيع بضاعة بائتمان غير مضمون الحق في استرداد بضاعته من المشتري في حالة تقصيره أو إعساره مالياً في غضون فترة زمنية محدّدة (تُعرف اصطلاحاً بـ"فترة المطالبة بالاسترداد"). وإذا ما بدأت إجراءات إعسار بشأن المشتري، يقرّر قانون الإعسار المنطبق الحد الذي يُوقف عنده المطالبون بالاسترداد وإلا تتأثر حقوقهم (انظر التوصيات ٣٩-٥١ من دليل الأونسترال بشأن الإعسار).

٩٧- ويتبدّى تساؤل هام عما إذا كان من الضروري إيلاء أولوية للمطالبة باسترداد ممتلكات ملموسة محدّدة على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل في نفس الممتلكات، أي بعبارة أخرى هل ينبغي، إذا ما كانت مخزونات المشتري (بما فيها الممتلكات المطلوب استردادها) خاضعة لحقوق ضمانية نافذة لصالح دائن مضمون، أن تعاد الممتلكات المطالب باستردادها إلى البائع خالصة من هذه الحقوق الضمانية؟ إن للمطالبة بالاسترداد أثر رجعي في بعض الولايات القضائية، بما يعيد البائع إلى الوضعية التي كان عليها قبل البيع (أي حيابة الممتلكات التي لم تكن خاضعة لأيّة حقوق ضمانية لصالح دائني المشتري). ولكن في ولايات قضائية أخرى تظل الممتلكات خاضعة للحقوق الضمانية الموجودة من قبل بشرط أن تكون نافذة تجاه الأطراف الثالثة قبل أن يمارس المورد حقه في المطالبة باستردادها على أساس أن أية نتيجة أخرى ستجور على دائن المشتري الموجود من قبل بعد أن اعتمد على وجود هذه الممتلكات في تقديمه للائتمان، وأنها ستشيع أيضاً الإحساس بعدم اليقين ومن ثم تثبط تمويل المخزونات (انظر التوصية ٩٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٦- أولوية الحق الضماني في الملحقات

٩٨- يتضمّن أي نظام للمعاملات المضمونة، طالما كان يسمح بإنشاء حقوق ضمانية في ملحقات الممتلكات غير المنقولة (وفق ما يوصي به هذا الدليل؛ انظر التوصية ٢٢ في الوثيقة A/CN.9/631)، قواعد تحكم الأولوية النسبية لحائز الحقوق الضمانية في ملحقات الممتلكات غير المنقولة إزاء حائزي الحقوق المتعلقة بالممتلكات غير المنقولة ذات الصلة. ومن الاعتبارات

العليا لقواعد الأولوية هذه تجنّب الإخلال بدون ضرورة بالمبادئ الراسخة لقوانين الممتلكات غير المنقولة.

٩٩- وتعالج قواعد الأولوية هذه عددا من الحالات المختلفة للنزاع على الأولوية، أولها النزاع على الأولوية بين حق ضماني في ملحق (أو أي حق آخر في ملحق مثل حق المشتري أو المستأجر) ينشأ ويصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة. بموجب قانون الممتلكات غير المنقولة من ناحية وبين حق ضماني في الملحق يصبح نافذا ضد الأطراف الثالثة. بموجب نظام المعاملات المضمونة للممتلكات المنقولة من ناحية أخرى. ومراعاة لقانون الممتلكات غير المنقولة، تُعطى الأولوية للحق المنشأ. بموجب قانون الممتلكات غير المنقولة (انظر التوصية ٩٣ في الوثيقة في الوثيقة A/CN.9/631).

١٠٠- وقد ينشأ نزاع ثان على الأولوية بين: (أ) حق ضماني في موجودات مرهونة تكون ملحقا لممتلكات غير منقولة وقت نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة أو تصبح ملحقا للممتلكات غير المنقولة في فترة لاحقة؛ و(ب) حق ضماني في الملحق (أو حق آخر في الملحق مثل حق المشتري أو المؤجر) في الممتلكات غير المنقولة ذات الصلة. وفي هذه الحالة، تُعطى الأولوية للحق المذكور تحت البند (أ) بناء على أن كلا الحقين الضمانيين المتنازعين باتا نافذين تجاه الأطراف الثالثة في سجل الممتلكات غير المنقولة، مما يوجب تقرير الأولوية طبقا لترتيب التسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة من أجل المحافظة على موثوقية ذلك السجل (انظر التوصية ٩٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٠١- والقواعد العامة المنطبقة على أولوية الحقوق الضمانية في الممتلكات المنقولة تنطبق على النزاع على الأولوية بين الحقوق الضمانية في ملحقات الممتلكات المنقولة. وقد تلزم قاعدة خاصة لمعالجة التنزاع على الأولوية بين: (أ) حق ضماني في ملحق (أو أي حق آخر في ملحق من قبيل حق المشتري أو المستأجر) أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل في سجل متخصص أو بالتأشير على شهادة الملكية؛ و(ب) حق ضماني أو غير ضماني في الممتلكات المنقولة ذات الصلة التي تسجل لاحقا. وعادة ما تُعطى الأولوية للحق المذكور تحت البند (أ) مراعاة للسياسة الداعية إلى المحافظة على سلامة السجلات المتخصصة ونظم التأشير على شهادات الملكية (انظر التوصية ٩٥ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٧- أولوية الحق الضماني في كتلة البضاعة أو المنتج

١٠٢- توجد ثلاثة أنواع من المنازعات الممكنة على الأولوية تتطلب قواعد خاصة، يمكن توضيحها على النحو التالي باستخدام مثال مكونات الكعكة: (أ) المنازعات بين الحقوق الضمانية المأخوذة في نفس عناصر الممتلكات الملموسة التي تصبح في النهاية جزءاً من كتلة بضاعة أو منتج (السكر والسكر مثلاً)؛ و(ب) المنازعات بين الحقوق الضمانية المأخوذة في عناصر مختلفة للممتلكات الملموسة تصبح في النهاية جزءاً من كتلة بضاعة أو منتج (السكر والدقيق مثلاً)؛ و(ج) المنازعات بين حق ضماني مأخوذ أصلاً في ممتلكات ملموسة منفصلة وحق ضماني في كتلة البضاعة أو المنتج (السكر والكعك مثلاً).

(أ) أولوية الحقوق الضمانية المأخوذة في نفس عناصر الممتلكات الملموسة التي تصبح جزءاً من كتلة بضاعة أو منتج

١٠٣- عادة ما تظل للحقوق الضمانية في عناصر الممتلكات الملموسة التي تصبح ممتزجة نفس الأولوية، تجاه بعضها البعض، التي كانت لها فيها وهي منفصلة. والأساس المنطقي لهذه القاعدة هو أن إدماج ممتلكات ملموسة في كتلة بضاعة أو منتج لا ينبغي أن يؤثر على حقوق الدائنين المعنيين الذين لهم حقوق ضمانية متنازعة في العناصر المنفصلة للممتلكات الملموسة (انظر التوصية ٩٦ في الوثيقة A/CN.9/631). وتنهض هذه القاعدة على افتراض أنه لا يجوز للدائن المضمون أن يحصل على مبلغ أكبر مما كانت عليه قيمة الممتلكات الملموسة قبيل أن تصبح جزءاً من كتلة البضاعة أو المنتج (انظر التوصية ٢٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

(ب) أولوية الحقوق الضمانية المأخوذة في عناصر مختلفة في الممتلكات الملموسة التي تصبح جزءاً من كتلة بضاعة أو منتج

١٠٤- في حالة استمرار الحقوق الضمانية قائمة في عناصر مختلفة لممتلكات ملموسة باتت جزءاً من كتلة بضاعة أو منتج، تظل لها نفس الأولوية، وتصبح القضية هنا تحديد قيمتها النسبية. وعادة ما يحق للدائنين المضمونين أن يتقاسموا القيمة العظمى المتجمعة لحقوقهم الضمانية في كتلة البضاعة أو المنتج وفقاً لنسبة قيمة حقوقهم الضمانية (انظر التوصية ٩٧ في الوثيقة A/CN.9/631). وباستخدام مثال الكعكة، يجري التوزيع على النحو التالي: إذا ما كانت قيمة السكر ٢ وقيمة الدقيق ٥، بينما قيمة الكعكة ٦، يحصل الدائنون على سبعي وخمسة أسابيع الستة، على ألا ينال أي من الدائنين المضمونين أكثر من مقدار التزامه

المضمون. أما إذا كانت قيمة كتلة البضاعة أو المنتج أقل من مقدار الالتزامات المضمونة، فلن تتبقي، بأي حال، قيمة يحصل عليها الدائنون غير المضمونين.

(ج) أولوية الحق الضماني المأخوذ أصلاً في عناصر مختلفة في الممتلكات الملموسة إزاء الحق الضماني في كتلة البضاعة أو المنتج

١٠٥- لا تتمتع الحقوق الضمانية في عناصر الممتلكات الملموسة بأولوية على جميع الحقوق الضمانية في كتلة البضاعة أو المنتج تنسحب على الممتلكات الآجلة ما لم تكن حقوقاً ضمانية احتيازية (انظر التوصية ٩٨ في الوثيقة A/CN.9/631)، وبخلاف ذلك تنطبق القواعد العامة للأولوية. والغرض من هذه القاعدة هو تشجيع توافر الائتمان لاحتياز الممتلكات الملموسة التي بدونها لا يمكن أن تتأتى كتل بضاعة ولا منتجات.

باء- توصيات خاصة بالموجودات

١٠٦- يناقش هذا الفرع من التعليق مسائل متعلقة بالحقوق الضمانية في أنواع الموجودات التي تتطلب قواعد خاصة للأولوية. أما الحقوق الضمانية في أنواع الموجودات التي تنطبق عليها القواعد العامة (مثل الممتلكات الملموسة أو المستحقات) فقد نوقشت في الفرع ألف أعلاه.

١- أولوية الحق الضماني في الصكوك القابلة للتداول

١٠٧- اعتمدت الكثير من الولايات القضائية قواعد خاصة للأولوية من أجل الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول، مثل الشيكات والسفاتيح (الكمبيالات) والسندات الإذنية (للاطلاع على تعريف "الصك القابل للتداول"، انظر المقدمة، الفرع باء، المصطلحات وقواعد التفسير، الفقرة [...]). وتجسد هذه القواعد أهمية مفهوم قابلية التداول في هذه الولايات القضائية.

١٠٨- وكما نوقش من قبل (انظر الفصل الخامس، إنفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات [...])، يمكن في الكثير من الولايات القضائية إنفاذ الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول إما بتسجيل الحق الضماني في السجل العام للحقوق الضمانية وإما بنقل حيازة الصك (انظر التوصية ٣٨ في الوثيقة A/CN.9/631). وكثيراً ما تعطى الأولوية في هذه الولايات القضائية للحق الضماني الذي يصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة بنقل حيازة الصك على الحق الضماني الذي يصبح نافذاً تجاه الأطراف الأخرى بالتسجيل بغض النظر

عن وقت التسجيل (انظر التوصية ٩٩ في الوثيقة A/CN.9/631). والأساس المنطقي لقاعدة الأولوية هذه أنها تحسم النزاع على الأولوية لصالح الصكوك القابلة للتداول أو تحافظ على قابلية تداول تلك الصكوك دون قيود.

١٠٩- وللسبب نفسه، كثيرا ما تُعطى الأولوية في تلك الولايات القضائية للمشتري أو لشخص آخر غيره تنقل إليه ملكية الصك (في معاملة تتم بالتراضي) إذا كان مؤهلا لاعتباره حائزا محميا للصك. بمقتضى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول (للاطلاع على قاعدة التفسير المتعلقة بتعبير "القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول"، انظر المقدمة، الفرع بء، المصطلحات وقواعد التفسير، الفقرة [...]) أو إذا حاز الصك وأعطى القيمة بنية حسنة دون علم بأن نقل الملكية يخل بحقوق الدائن المضمون (انظر التوصية ١٠٠ في الوثيقة A/CN.9/631). ويجدر بالملاحظة في هذا الشأن أن معرفة الشخص المنقولة إليه ملكية الصك أو المستند بوجود حق ضماني لا تعني في حد ذاتها عدم توافر حسن النية لديه في تصرفه.

٢- أولوية الحق الضماني في الحق في سداد الأموال المقيّدة في حساب مصرفي

١١٠- عادة ما يعالج أي نظام شامل للأولويات عددا من الجوانب المختلفة للنزاع على الأولوية فيما يتصل بالحقوق الضمانية في الحق في سداد الأموال المقيّدة في حساب مصرفي (للاطلاع على تعريف "الحساب المصرفي"، انظر المقدمة، الفرع بء، المصطلحات وقواعد التفسير، الفقرة [...]). ومن بين أنواع النزاع على الأولوية التنازع بين حق ضماني أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة وحق ضماني أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بأسلوب غير السيطرة. وفي هذه الحالة، تعطي الكثير من الولايات القضائية الأولوية للحق الضماني الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة لأن من شأن هذا أن يسهل المعاملات المالية التي تعتمد على الأموال المقيّدة في الحساب المصرفي مما يعفي الدائنين المضمونين من الحاجة إلى البحث في السجل العام للحقوق الضمانية (انظر الجملة الأولى من التوصية ١٠١ في الوثيقة A/CN.9/631). وبهذا المعنى، فإن وجود اتفاق للسيطرة في هذه الحالة يؤدي وظيفة السجل المتخصص للحقوق الضمانية.

١١١- ومن أنواع النزاع الأخرى على الأولوية التنازع بين حقين ضمانيين أصبح كل منهما نافذا بالسيطرة. ومن المنطقي هنا إعطاء الأولوية إلى أول حق ضماني منهما يصبح نافذا بالسيطرة (انظر الجملة الثانية من التوصية ١٠١ في الوثيقة A/CN.9/631). ولن ينشأ هذا النزاع في حالات كثيرة من الناحية العملية لأنه من غير المرجح أن يبرم المصرف الوديع

عن علم أكثر من اتفاق سيطرة بشأن نفس الحساب المصرفي دون اتفاق بين كلا الدائنين المضمونين على كيفية تحديد الأولوية.

١١٢- وينشأ نوع آخر غير ذلك من النزاع على الأولوية حيثما كان المصرف الوديع نفسه من بين الدائنين المضمونين. وتوجد حجة قوية في هذه الحالة لإعطاء الأولوية للمصرف الوديع (انظر الجملة الثالثة من التوصية ١٠١ في الوثيقة A/CN.9/631)، لأنه سيفوز بوجه عام في مثل هذه الحالة، على جميع الأحوال، بسبب تمتعه بحق المقاصة بمقتضى قانون المعاملات غير المضمونة، ووجود قاعدة تعطي الأولوية للمصرف في هذه الحالات يتيح حل النزاع في إطار نظام المعاملات المضمونة دون اللجوء إلى قوانين أخرى. وفي حالة اعتماد قاعدة مختلفة، فسوف تتردد المصارف الوديعية في إبرام أية اتفاقات سيطرة، ويمكن للدائنين المضمونين في كل الأحوال أن يبرم اتفاقاً مع المصرف الوديع لإنزال مرتبة الأولوية قبل أن يقرّر تقديم الائتمان.

١١٣- وكثيراً ما تعتمد الولايات القضائية التي تعتمد قاعدة الأولوية هذه إلى أن تستثني من تطبيقها الحالات التي ينشأ فيها النزاع على الأولوية بين المصرف الوديع ودائنين مضمونين يكتسب السيطرة على الحساب المصرفي بأن يصبح زبونا للمصرف الوديع، وهي تعتمد قاعدة تعطي الأولوية للزبون. والأساس المنطقي لهذا النهج هو أن المصرف الوديع، بقبوله الدائنين المضمونين المنازعين زبونا لديه، فقد وافق بالفعل على التنازل عن أولوية مطالبته. كما أن المصرف الوديع كثيراً ما يفقد حقه في المقاصة في هذه الحالة بسبب عدم وجود علاقة متبادلة بينه وبين المانح لأن الحساب المصرفي ليس باسم المانح.

١١٤- وينشأ النوع الرابع من النزاع على الأولوية بين الحق الضماني في الحق في سداد الأموال المقيّدة في حساب مصرفي وبين أية حقوق في المقاصة قد تكون للمصرف الوديع إزاء المانح - العميل. ولتجنّب إفساد العلاقة بين المصرف والعميل، تعطي قوانين المعاملات المضمونة الأولوية إلى حقوق المصرف الوديع في المقاصة (انظر التوصية ١٠٢ في الوثيقة A/CN.9/631).

١١٥- وينشأ النوع الخامس من النزاع على الأولوية بين الحق الضماني في الحق في سداد الأموال المقيّدة في حساب مصرفي وبين من ينقل إليه المانح ملكية أموال من الحساب المصرفي. وتوجد في هذه الحالة حجة سياسية قوية لصالح التداول الحر للأموال تؤيد قاعدة تمنح الأولوية لمن تنقل إليه ملكية الأموال ما دام لا يتصرف بالتواطؤ مع حائز الحساب المصرفي لتجريد الدائنين المضمونين من حقه الضماني. وعليه، فإذا ما أخذ شخص أموالاً منقولة إليه وهو يعلم بأن

هذا النقل يخل بالحق الضماني بموجب اتفاق الضمان، فإنه يأخذها خاضعة للحق الضماني. ويقصد بمصطلح "نقل ملكية الأموال" أن يشمل شتى عمليات نقل ملكيتها بما في ذلك الشيكات ووسائل الاتصالات الإلكترونية (انظر التوصية ١٠٣ في الوثيقة A/CN.9/631).

٣- أولوية الحق الضماني في النقود

١١٦- ابتغاء زيادة قابلية النقود للتداول إلى أقصى حد، تسمح الكثير من نظم المعاملات المضمونة لكل من تنقل إليه ملكية نقود بأن يأخذها خالصة من مطالبات الغير، بمن فيهم حائزو الحقوق الضمانية السارية في النقود (للاطلاع على تعريف "النقود"، انظر المقدمة، الفرع باء، المصطلحات وقواعد التفسير، الفقرة [...]). والاستثناء الوحيد من تطبيق قاعدة الأولوية هذه، أسوة بحالة من تنقل إليهم ملكية أموال من الحسابات المصرفية، هو وقوع تواطؤ بين من تنقل إليه ملكية الأموال وبين حائز الحساب المصرفي لتجريد الدائن المضمون من حقوقه (كأن يكون ذلك الشخص مثلا على علم بأن نقل ملكية الأموال إليه يخل باتفاق الضمان المبرم بين حائز الحساب وبين الطرف المضمون). ومن ناحية أخرى، فإن مجرد علمه بوجود حق مضمون لا يبطل حقوقه المنصوص عليها بمقتضى هذه القاعدة (انظر التوصية ١٠٤ في الوثيقة A/CN.9/631).

٤- أولوية الحق الضماني في العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل

١١٧- كما ورد من قبل (انظر الفصل الخامس، نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرة [...])، فإن الحق الضماني في العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل لا يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا بالسيطرة. ولما كان الأسلوب المعتاد لبلوغ السيطرة في هذا السياق هو الحصول على اعتراف، فإن السيطرة لا تتحقق في حالة تعدد المسددين (كالكفيل/المصدر، والمثبت، وعدة من الأشخاص المسميين) إلا تجاه كل من يقدم منهم تحديدا الإقرار المطلوب سواء أكان الكفيل/المصدر أو المثبت أو الشخص المسمى. ومن ثم، تركز قاعدة الأولوية في العادة على ذلك الشخص المعين الذي يتولى السداد.

١١٨- وفي العادة، فإن الحق الضماني في العائدات المتأتية بمقتضى تعهد مستقل الذي يصبح نافذ بالسيطرة، يتمتع بالفعل، فيما يتعلق بالشخص المعين الذي يعطي قيمة بمقتضى التعهد المستقل، سواء أكان كفيلا/مصدرا أو مثبتا أو شخصا مسمى، بالأولوية على جميع الحقوق الضمانية الأخرى، التي أصبحت نافذة تجاه ذلك الشخص بأسلوب غير السيطرة. وأسوة بالحسابات المصرفية (انظر الفقرة ١١٠ أعلاه)، فإن هذه القاعدة تستند إلى الحاجة إلى تسهيل

المعاملات التي تنطوي على تعهدات مستقلة بإعفاء الأطراف من الحاجة إلى البحث في السجل العام للحقوق الضمانية. أما إذا أصبح حقان ضمانيان نافذان تجاه الأطراف الثالثة بالإقرار، فتعطى الأولوية لأول حق ضماني منهما يجري الإقرار به (انظر التوصية ١٠٥ في الوثيقة A/CN.9/631).

٥- أولوية الحق الضماني في المستندات القابلة للتداول أو البضاعة المشمولة بمستند قابل للتداول

١١٩- عادة ما تتضمن نظم المعاملات المضمونة الفعالة قواعد تعالج على الأقل وجهان من أوجه النزاع على الأولوية فيما يتعلق بالمستندات القابلة للتداول، من قبيل إيصالات المستودع أو سندات الشحن القابلة للتداول (للاطلاع على تعريف "المستند القابل للتداول"، انظر الفرع بء، المصطلحات وقواعد التفسير، الفقرة [...]). وأولهما هو النزاع بين حائز الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو البضائع المشمولة به من ناحية وبين من تنقل إليه على النحو الواجب ملكية المستند القابل للتداول من ناحية أخرى. وابتغاء المحافظة على قابلية التداول في إطار قانون المعاملات غير المضمونة، تُمنح الأولوية بوجه عام إلى من تُنقل إليه ملكية المستند (انظر التوصية ١٠٦ في الوثيقة A/CN.9/631).

١٢٠- والنزاع الثاني هو بين حائز حق ضماني في البضائع المشمولة بالمستند القابل للتداول مستمد من حق ضماني في ذلك المستند وبين حائز حق ضماني في البضائع ناشئ بأسلوب آخر (مثل إنشاء حق ضماني مباشر في البضائع). ويمكن أن ينشأ هذا النوع من النزاع في حالتين متميزتين. الحالة الأولى أن ينشأ الحق الضماني والبضائع خاضعة للمستند القابل للتداول. وتوجد هنا حجة قوية من أجل منح الأولوية لحائز الحق الضماني في المستند (انظر التوصية ١٠٧ في الوثيقة A/CN.9/631). والحالة الثانية أن يصبح الحق الضماني في البضائع نافذاً قبل أن تصبح البضائع مشمولة بالمستند القابل للتداول. ومن العدل في هذه الحالة إعطاء الأولوية لذلك الحق الضماني.

جيم - التوصيات

[ملحوظة إلى اللجنة: ربما تود اللجنة أن تشير إلى أن التوصيات لم تورد في هذه الوثيقة حيث إن الوثيقة A/CN.9/631 تتضمن مجموعة موحّدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة. وحالما توضع التوصيات في صيغتها النهائية، سوف تدرج في نهاية كل فصل.]