الأمم المتحدة

A/CN.9/637/Add.1

الجمعية العامة

Distr.: General
7 November 2007
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الأربعون
فيينا، ١٠-١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٧

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

مذكّرة من الأمانة*

إضافة

المحتويات

		الفقرات	الصفحة
سابعا-	أولوية الحق الضماني	١-١٧٠	٤
ألف-	ملاحظات عامة	١-١٥١	٤
١-	مقدّمة	١-١٧	٤
	(أ) مفهوم الأولوية	١-٧	٤
	(ب) ميدان الأولوية: أنواع التنافس على الأولوية	٨-١١	٦
	(ج) أهمية قواعد الأولوية	١٢-١٦	٨
	(د) هيكل الفصل	١٧	١٠
٢-	نهوج صوغ قواعد الأولوية	١٨-٢٤	١٠
٣-	الأسس المختلفة التي يجوز أن تحدد الأولوية وفقا لها	٢٥-٥٠	١٢

* تأخّر تقديم هذه المذكرة ٥ أسابيع على المدة المحدّدة بعشرة أسابيع قبل بدء الاجتماع، وذلك بسبب الحاجة إلى إكمال المشاورات ووضع ما أسفرت عنه من تعديلات في صيغة نهائية.

031207 V.07-87951 (A)

		الفقرات	الصفحة
	(أ) الأولوية عندما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قائما على التسجيل	٢٧-٣٤	١٢
	(ب) الأولوية عندما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قائما على الحيازة	٣٥-٣٨	١٥
	(ج) الأولوية عندما يقوم النفاذ تجاه الأطراف الثالثة على السيطرة	٣٩-٤٠	١٦
	(د) الأولوية عندما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة مستندا إلى التسجيل في سجل متخصّص أو على التأشير بشأنه في شهادة ملكية	٤١-٤٤	١٧
	(هـ) الأولوية عندما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قائما على إنشاء الحق الضماني	٤٥-٤٦	١٨
	(و) الأولوية عندما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قائما على توجيه إشعار إلى طرف ثالث مدين	٤٧-٤٨	١٩
	(ز) الأولوية التي تحدد تشريعيا وفقا لطبيعة مطالبة الدائن	٤٩-٥٠	١٩
٤-	قواعد تحديد الأولوية فيما بين المطالبين المتنافسين	٥١-١٢٦	٢٠
	(أ) الأولوية فيما بين الدائنين المضمونين وغير المضمونين	٥٢-٥٣	٢٠
	(ب) الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية في نفس الموجودات المرهونة	٥٤-٦٧	٢١
	(ج) أولوية حقوق من تُنقل إليهم موجودات مرهونة ومن يستأجرونها ويرخّص لهم فيها	٦٨-٩٤	٢٦
	(د) أولوية المطالبات ذات الأفضلية	٩٥-٩٨	٣٥
	(هـ) أولوية حقوق الدائنين بحكم القضاء	٩٩-١٠٧	٣٧
	(و) أولوية حقوق الأشخاص الذين يقدّمون خدمات بشأن الموجودات المرهونة	١٠٨-١١١	٤٠
	(ز) أولوية حق المورّد في المطالبة بالاسترداد	١١٢-١١٤	٤١
	(ح) أولوية الحق الضماني في الملحقات	١١٥-١٢٠	٤٢
	(ط) أولوية الحق الضماني في كتلة بضاعة أو منتج، المتفرع عن حق ضماني في موجودات مجهزة أو ممزوجة	١٢١-١٢٦	٤٤
٥-	نطاق قواعد الأولوية وتفسيرها	١٢٧-١٥١	٤٧
	(أ) عدم الاعتداد بالمعرفة بوجود الحق الضماني	١٢٧-١٢٩	٤٧
	(ب) حرية التعاقد فيما يتعلق بالأولوية: تخفيض رتبة الأولوية	١٣٠-١٣٣	٤٨
	(ج) أثر استمرار النفاذ تجاه الأطراف الثالثة على الأولوية	١٣٤-١٣٦	٤٩
	(د) نطاق الأولوية: السلف الآجلة والالتزامات الآجلة والتزامات الطوارئ	١٣٧-١٤٢	٥٠

		الفقرات	الصفحة
	(هـ) تطبيق قواعد الأولوية على الحق الضماني في الموجودات المكتسبة لاحقا	١٤٣-١٤٥	٥٢
	(و) تطبيق قواعد الأولوية على الحق الضماني في العائدات	١٤٦-١٥١	٥٣
باء-	ملاحظات بشأن موجودات معيَّنة	١٥٢-١٧٠	٥٥
	١- أولوية الحق الضماني في الصكوك القابلة للتداول	١٥٥-١٥٧	٥٥
	٢- أولوية الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي	١٥٨-١٦٤	٥٦
	٣- أولوية الحق الضماني في النقود	١٦٥	٥٨
	٤- أولوية الحق الضماني في الحق في تحصيل العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل	١٦٦-١٦٧	٥٩
	٥- أولوية الحق الضماني في المستندات القابلة للتداول أو في الموجودات الملموسة المشمولة بمستند قابل للتداول	١٦٨-١٧٠	٦٠
جيم-	التوصيات		٦١

سابعا- أولوية الحق الضماني

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدّمة

(أ) مفهوم الأولوية

١- إن مفهوم الأولوية هو جوهر أي نظام ناجح للمعاملات المضمونة. وهو الوسيلة الأولية التي تسوّي بها الدول النزاعات بين المطالبين المتنافسين على ممتلكات المدين (للاطلاع على تعريفي مصطلحي "الأولوية" و"المطالب المنافس"، انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات). وفي أي نظام للمعاملات المضمونة يتعلق بالموجودات المنقولة، يتجسد المفهوم في مجموعة من المبادئ والقواعد التي تحكم المدى الذي يجوز فيه لدائن مضمون أن يستخلص الفائدة الاقتصادية من حقه في موجودات مرهونة تفضيلا له على أي مطالب منافس آخر.

٢- ويُفهم المنطق الذي يستند إليه مفهوم الأولوية والقيود عليه على أفضل وجه بالارتكاز على خلفية قانون الدولة العام بشأن علاقات المدين والدائن. في بعض الدول، لا يتعلق قانون المدين والدائن نفسه بالعلاقة بين مختلف دائني المدين على نحو مباشر؛ وإنما يتناول العلاقة بين الدائن ومدينه فحسب. وعند التقصير، يمكن للدائن أن يحصل على حكم قضائي بحق مدينه ويقوم ببساطة بالحجز على موجودات مدينه وبيعها لسداد مبلغ الدين استنادا إلى الحكم القضائي. وفي هذه الدول، لا ينشأ مفهوم الأولوية (أي، عندما يلزم تحديد ما إذا كان مطالبان أو أكثر لهم الحق الأفضل في الموجودات) إلا عندما يحتج مطالب منافس على حق دائن في تسييل أحد موجودات مدينه أو أكثر. وربما يحدث هذا الأمر، على سبيل المثال، عندما يحجز دائن على الممتلكات الموجودة في مكان عمل مدينه والتي قد تكون في الواقع خاصة بطرف ثالث.

٣- بيد أنه، في معظم الدول، يكون قانون العلاقة بين المدين والدائن مصوغا على نحو أكثر اتساعا. ويكون أيضا أكثر وضوحا بشأن الكيفية التي ينبغي أن تنظم بها العلاقات بين جميع دائني المدين. وثمة مبدآن عامان يحكمان عادة هذه العلاقات. أولا، ينص القانون عادة على أن موجودات المدين هي "الرهن المشترك" (يعرف أحيانا بـ"الحوزة القابلة للحجز") لدائنيه: ويجوز الحجز على جميع موجودات المدين وبيعها للوفاء بالتزام يؤكده حكم قضائي لصالح أي دائن من الدائنين؛ غير أنه، إذا حصل دائنون آخرون أيضا على حكم قضائي وانضموا لعملية الحجز، تستخدم عائدات البيع للوفاء بمطالبات جميع الدائنين. وثانيا، في

الحالة التي لا تُدرّ فيها أموال كافية من بيع الموجودات لكي تسدّد إلى جميع الدائنين استحقاقاتهم كاملة، تخفض مطالباتهم تناسبيا ويسدد لكل منهم حسب نسبته (أي أن يتقاسم الدائنون عائدات البيع بنسبة تقابل مبالغ مطالباتهم).

٤- ورغم أن كلا المبدأين المذكورين في الفقرة السابقة يشكّلان جزءا من القانون في معظم الدول، فقد تطور قانون العلاقة بين المدين والدائن في هذه الدول متجاوزا هذين المبدأين بقدر كبير على نحو يسمح لدائنين معيّنين بالحصول على أفضلية على الدائنين الآخرين. وبعبارة أخرى، في معظم الدول، يحكم هذان المبدآن جميع العلاقات بين المدين والدائن، باستثناء الحالات التي لا يكون قد تعاقد فيها دائن واحد أو أكثر مع المدين على الأفضلية. وعلى سبيل المثال، في العديد من الدول، يستخدم الدائنون أدوات مثل الاحتفاظ بحق الملكية أو البيع مع حق الاسترداد إما لمنع موجودات معيّنة من موجودات المدين من أن تصبح جزءا من الرهن العام، أو لسحب موجودات معيّنة منه، وهي موجودات من شأنها أن تصبح لولا ذلك متاحة لجميع الدائنين. وعند القيام بذلك، يمكن لهؤلاء الدائنين أن يعززوا احتمال حصولهم على سداد كامل لأي التزامات مدين لهم بها لأنهم لا يعودون مضطرين لتقاسم القيمة الاقتصادية لتلك الموجودات مع مطالبين منافسين. وإضافة إلى ذلك، يؤذن، في معظم الدول، لبعض الدائنين بالحصول على حق تفضيلي في توزيع عائدات البيع لسداد مطالباتهم. ويمكن أن تنشأ هذه الأفضلية إما بسبب أفضلية محددة بتشريع (مثل الأفضلية التي كثيرا ما تمنح لمُصلحي الموجودات وبائعي الموجودات الذين لم تسدد أجورهم وسلطات الضرائب) أو بسبب إبرام عقد للحصول على حق ضماني في موجودات معيّنة تخص المدين. وفي هذه الحالات، يعزز حق بعض الدائنين في السداد إليهم بتفضيلهم على دائنين آخرين تعزيزا مباشرا احتمال أن يحصل الدائنون الذين يسدد إليهم أولا على سداد مطالباتهم كاملة، لأن المطالبين المنافسين لن يسدد إليهم إلا بعد الوفاء بجميع مطالبات الدائنين ذوي الأفضلية. والتمعن في عواقب هذه الأساليب للحصول على أفضلية على المطالبين المنافسين هو أحد الأغراض الرئيسية للقواعد التي تحكم الأولوية.

٥- وتتخذ الدول نهوجا مختلفة لاستحداث مجموعة من قواعد الأولوية. ففي بعض الدول يتخذ المفهوم معنى ضيقا جدا. ولا يستخدم إلا للدلالة على حالات التنافس بين المطالبين التي تمنح فيها أفضلية من خلال تعطيل مبدأ المساواة بين الدائنين. وفي هذه الدول، لا توصف حالات التنافس التي تشمل مطالبين تنحصر مطالباتهم في أحد موجودات المدين أو أكثر (وخصوصا البائعين الذين احتفظوا بحق الملكية ومحتازي موجودات المدين اللاحقين) بأنها نزاعات على الأولوية. وتسوّى، أولا وقبل كل شيء، بتحديد ما إذا كان المطالب أم

المدين هو الذي له حق ملكية الموجودات المعنية. وفضلا عن ذلك، لا تثار مسائل الأولوية، في هذه الدول، عادة إلا عندما يسعى دائن إلى إنفاذ مطالبته من خلال تسييل موجودات مدينه؛ وليس لمفهوم الأولوية أهمية جوهرية دون ربطه بمفهوم الزمن.

٦- وفي دول أخرى، يشمل مصطلح الأولوية نطاقا أوسع. فهو يستخدم للإشارة إلى أي تنافس بين مطالبين لديهم حقوق امتلاكية في موجودات مدينهم (أو موجوداته الظاهرية) (حتى الموجودات التي قد لا يكون المدين قد امتلكها بالفعل بعد). وعلى سبيل المثال، يوصف النزاع بين البائع الذي احتفظ بحق الملكية في أحد الموجودات، والطرف الثالث الذي يُزعم أن المدين قد باع إليه الموجودات، والدائن بحكم قضائي للمشتري الذي له حق في الموجودات، بأنه نزاع على الأولوية. وفضلا عن ذلك، في هذه الدول، يحكم مبدأ الأولوية العلاقة بين المطالبين المتنافسين حتى قبل أن يصبح الدائن مقصرا. ويعتبر التنافس بين من تنقل إليه مطالبة ودائن يسعى لتحصيل المطالبة تنافسا على الأولوية، رغم أن المدين قد لا يكون مقصرا بعد تجاه الدائن المحصّل.

٧- يوصي الدليل بأن تعتمد الدول نهجا متكاملا تماما (أو وحدويا) إزاء الحقوق الضمانية ليكون إطارا تنظيميا عاما. وباستثناء ما يتعلق بالنهج غير الوحدوي لتمويل الاحتياز (انظر الفصل الحادي عشر بشأن تمويل الاحتياز)، سواء كان الدائن يسعى إلى الحصول على أفضلية بواسطة مبدأ الرهن المشترك أو مبدأ المساواة بين الدائنين، ستكون الوسيلة المحددة التي يستعين بها للقيام بذلك هي مسألة يشملها قانون المعاملات المضمونة (انظر الفصل الثالث، النهوج الأساسية للضمان، التوصية ١١). ولهذا السبب، يستخدم مصطلح الأولوية في هذا الفصل بالمعنى الأوسع الذي بسط أعلاه. وتعامل جميع حالات التنافس بين دائن مضمون وأي مطالبين آخرين يسعون إلى إنفاذ حقوق في موجودات مرهونة على أنها نزاعات على الأولوية.

(ب) ميدان الأولوية: أنواع التنافس على الأولوية

٨- قبل النظر في أسباب الأهمية البالغة لمفهوم الأولوية (انظر الفقرات ١٢-١٦ أدناه)، تناقش الأوضاع المختلفة التي تنشأ فيها مسائل الأولوية من أجل إيضاح السياق ذي الصلة. وعادة ما تنشأ مسائل الأولوية في سياقين رئيسيين، يفترض كلاهما أن واحدا على الأقل من المطالبين المنافس دائن مضمون.

٩- والحالة الأشيع هي أن تصبح مسائل الأولوية ذات صلة عند لحظة إنفاذ الحقوق الضمانية، مثلما يحدث عندما يقصر مانح حق ضماني في موجودات مرهونة في الوفاء بالتزامه المضمون، وعندما تكون قيمة الموجودات المضمونة غير كافية للوفاء بالالتزامات المدين بها للدائن ملتمس الإنفاذ وسائر المطالبين المنافسين المتمسكين بحقوق في الموجودات. وفي هذه الحالة، يجب أن يقرر قانون المعاملات المضمونة كيفية توزيع قيمة الموجودات الاقتصادية فيما بينهم. وغالبا ما يكون المطالب المنافس هو دائن مضمون آخر للمانح. وثمة مثال نموذجي على ذلك هو عندما يكون المانح قد منح حقوقا ضمانية في نفس الموجودات لمقرضين مختلفين. غير أن المطالب المنافس يكون، في كثير من الحالات، حائزا لنوع آخر من الحقوق الامتلاكية، مثل حق أنشئ بقانون (كالدائن التفضيلي، مثلا). وهناك مثال آخر هو عندما يكون المانح مقصرا بحق دائن مضمون ويكون دائن غير مضمون للمانح قد حصل على حكم قضائي ضد المانح واتخذ خطوات لإنفاذ الحكم بخصوص الموجودات المرهونة بالحق الضماني.

١٠- وتنشأ مسائل الأولوية أيضا عندما يتمسك طرف ثالث بمطالبة في موجودات مرهونة يكون من شأنها، إذا نجحت، أن تمكّن الطرف الثالث من الحصول على حق ملكية خالص في الموجودات (أي خالصة من جميع الحقوق الضمانية في الموجودات وسائر المطالبات المنافسة بخصوصها). ومن الأمثلة النموذجية على ذلك الحالة التي ينشئ فيها مانح حقا ضمانيا لصالح مقرض يحتفظ بحيازة الموجودات ثم يبيع الموجودات المرهونة إلى طرف ثالث. وفي هذه الحالة، يجب أن يقرر قانون المعاملات المضمونة ما إذا كان مشتري الموجودات يحتاز ملكية الموجودات خالصة من حق المقرض الضماني. ومثال آخر على ذلك هو الحالة التي ينشئ فيها مانح حقا ضمانيا في موجودات لصالح مقرض ثم يؤجر أو يرخص الموجودات إلى طرف ثالث. وهنا، يجب أن يقرر قانون المعاملات المضمونة ما إذا كان المستأجر أو المرخَّص له يجوز أن يتمتع كل منهما بحقوقه الامتلاكية بمقتضى الإيجار أو الرخصة غير متأثر بحق المقرض الضماني. وهناك مثال ثالث ينشأ عندما يطالب ممثل الإعسار في إجراءات إعسار المانح بالموجودات المرهونة بحق ضماني لدائن لمصلحة حوزة الإعسار.

١١- وفي جميع الحالات المذكورة أعلاه، لا تكون الأولوية موضع نزاع إلا إذا أصبحت الحقوق الضمانية نافذة تجاه أطراف ثالثة (وفيما يتعلق بالتمييز بين النفاذ فيما بين الأطراف والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، انظر الفصل الرابع بشأن إنشاء الحق الضماني). وفي حين أن بعض الدول تعلق عواقب تتصل الأولوية على بعض الحقوق التي قد لا تكون نافذة "بكاملها" تجاه الأطراف الثالثة، تميز دول أخرى تمييزا صارما بين الحقوق التي تكون نافذة

تجاه الأطراف الثالثة والحقوق التي لا تكون كذلك. وفي هذه الدول، يكون للحقوق الضمانية غير النافذة تجاه الأطراف الثالثة نفس المرتبة، تجاه بعضها بعض وتجاه حقوق الدائنين غير المضمونين العاديين، على حد سواء. وإضافة إلى ذلك، فإن المطالبين المنافسين الذين يستفيدون من مركز تفضيلي بمقتضى قانون آخر (مثل مقدمي الخدمات على غرار مصلحي الموجودات ومن يحصل على أفضلية تشريعية) أو الذين يحتازون موجودات من المانح تكون لهم دوما أولوية على الحق الضماني الذي لم يجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ولكن ينبغي ملاحظة أنه حتى إذا لم تكن الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة ولا تنجم عنها آثار تترتب على الأولوية، فإنها تكون، رغم ذلك، نافذة تجاه المانح وقابلة للإنفاذ بحقه (نظر التوصية ٣٠، والفصل الثامن، حقوق والتزامات الأطراف في اتفاق ضماني).

(ج) أهمية قواعد الأولوية

١٢- لعدد من الأسباب، من المسلّم به على نطاق واسع أن وجود قواعد فعالة للأولوية عنصر حاسم لتشجيع توافر الائتمان المضمون.

١٣- وفي البداية، تعد المسألة الأهم للدائن المضمون هو ماهية الأولوية التي سيحصل عليها حقه الضماني في حالة إذا ما سعى إلى إنفاذ الحق الضماني إما في إطار إعسار المانح أو خارجه. وعلى وجه أكثر تحديدا، كم هو المبلغ الذي يمكن للدائن المضمون أن يتوقع على نحو معقول استخلاصه من بيع الموجودات المرهونة. وهذه المسألة ذات أهمية خاصة حيثما كانت الموجودات المرهونة هي المصدر المتوقع الأساسي أو الوحيد لحصول الدائن على مستحقاته. وبقدر ما يكون الدائن غير متيقن من أولوية حقه الضماني المحتمل وهو ينظر في تقديم الائتمان، فسوف يقلل من تعويله على هذه الموجودات المرهونة باعتبارها ضمانا للسداد. وعدم اليقين هذا بشأن المقدار الذي يمكن تحقيقه من بيع الموجودات قد يدفع الدائن إلى زيادة تكلفة الائتمان (مثلا بفرض معدل فائدة أعلى) أو إلى إنقاص مقدار الائتمان (بتقديم نسبة مئوية أدنى من قيمة الموجودات المرهونة). بل قد يدفع الدائن، في بعض الحالات، إلى رفض تقديم الائتمان كليا.

١٤- ولخفض عدم اليقين هذا إلى أدنى حد (ومن ثمّ تشجيع الائتمان المضمون)، من المهم أن تشمل قوانين المعاملات المضمونة قواعد واضحة بشأن الأولوية تؤدي إلى نتائج يمكن التنبؤ بها في أي تنافس بين المطالبين على الموجودات المرهونة. وإضافة إلى ذلك، ولأن الحقوق الضمانية لا تكون ذات قيمة بالنسبة للدائنين المضمونين إذا لم تكن قابلة للإنفاذ في إجراءات إعسار المانح، من المهم أن تحترم قوانين الإعسار في الدولة المعنية هذه النتائج إلى

أقصى حد ممكن (انظر الفصل الرابع عشر بشأن تأثير الإعسار على الحق الضماني، الفقرات ١٣ و٥٩-٦٣). وينطبق ذلك خصوصا لأنه، في كثير من الحالات، ربما يكون التقصير تجاه دائن مضمون متزامنا مع التقصير تجاه دائنين آخرين، مما يستوجب الإعسار. ولا تسهم قواعد الأولوية الواضحة في تسوية النزاعات فحسب، بل تفضي أيضا إلى تفادي النزاعات بتمكين المطالبين المتنافسين من التنبؤ بكيفية تسوية نزاع ما على الأولوية. وبهذه الطريقة، يمكن لوجود قواعد أولوية ناجعة أن يؤثر تأثيرا إيجابيا على توافر الائتمان المضمون وتكلفته، وذلك بالسماح للدائنين المحتملين بالشعور بمزيد من الثقة في أنهم سيتمكنون من النظر إلى الموجودات المرهونة في حالة تقصير مانحها (حتى وإن أصبح المانح خاضعا لإجراءات إعسار) وحساب المخاطر المتصلة بتقديم ائتمان إلى مقترض ما بدقة.

١٥- كما يمكن أن يكون لقواعد الأولوية المصاغة على نحو جيد تأثير إيجابي آخر على توافر الائتمان المضمون عموما. فالكثير من المصارف والمؤسسات المالية الأخرى تكون مستعدة لتقديم ائتمان يقوم على حقوق ضمانية يلي ترتيبها واحدا أو أكثر من حقوق ضمانية أخرى أعلى مرتبة يحوزها دائنون مضمونون آخرون، طالما كانت ترى قيمة متبقية في موجودات المانح (فوق الالتزامات المضمونة الأخرى) تغطي حقوقها الضمانية وكان بوسعها أن تؤكد بوضوح المرتبة الدقيقة لأولوية حقوقها الضمانية. ويقوم ذلك على افتراض أن الدائن المحتمل بمقدوره أن يقرر أقصى مقدار تضمنه الحقوق الضمانية الأعلى مرتبة، إما بالاتصال بحائزي الحقوق الضمانية الأخرى أو، في الدول التي تشترط بيانا بأقصى مقدار من الموجودات يرهنه الحق الضماني، بالاطلاع على الإشعار المسجل في سجل الحقوق الضمانية العام (انظر الفقرة ١٤١ أدناه، والتوصية ٥٧، الفقرة الفرعية (د)). وبدلا من ذلك، في الحالات التي لا يكون بمقدور الدائن المضمون المحتمل أن يقتنع فيها بأنه توجد قيمة متبقية كافية لدعم منح الائتمان المقترح الجديد، قد يكون بإمكان ذلك الدائن المضمون أن يوجد قيمة كافية بالتفاوض على اتفاق تخفيض لمرتبة الأولوية مع واحد أو أكثر من الدائنين المضمونين الأعلى مرتبة، يخفض بمقتضاه الدائنون الأعلى مرتبة حقوقهم الضمانية في موجودات معيّنة لصالح الحق الضماني الجديد المقترح (انظر الفقرات ١٣٠-١٣٣ أدناه، والتوصية ٧٥). وربما تكون لدى الدائنين المضمونين الأعلى مرتبة رغبة في تخفيض مرتبة حقوقهم الضمانية بسبب اعتقادهم أن تقديم الائتمان الجديد المقترح سيساعد منشأة المانح، وبالتالي تعزيز احتمال سداد مطالباتهم الأعلى مرتبة.

١٦- وفي كلتا هاتين الحالتين، يزيد احتمال تقديم دائن آخر ائتمانا إلى مانح زيادة كبيرة في الدول التي توجد فيها قواعد أولوية واضحة تمكن الدائنين من تقييم أولويتهم بدرجة عالية

من اليقين. وإضافة إلى ذلك، ييسر وجود قواعد أولوية واضحة ومصاغة على نحو جيد منح حقوق ضمانية متعددة في الموجودات نفسها. وهي تمكن بذلك المانح من تعظيم قيمة موجوداته التي يمكن استخدامها للحصول على ائتمان.

(د) هيكل الفصل

١٧- يتناول هذا الفصل، في الباب ألف-٢، النهوج العامة لصوغ قواعد الأولوية، وفي الباب ألف-٣، الوسائل المختلفة التي يمكن تقرير الأولوية من خلالها. ثم يستعرض الفصل قواعد الأولوية الأساسية التي ينبغي أن تكون جزءا من أي نظام عصري للمعاملات المضمونة. ويتناول الباب ألف-٤ العلاقة بين مختلف المطالبين المتنافسين. ويتناول الباب ألف-٥ نطاق قواعد الأولوية وتفسيرها. ويستعرض الباب باء قواعد الأولوية الخاصة التي لا تنطبق إلا على فئات محددة من الموجودات. ويختتم الفصل، في الباب جيم، بمجموعة من التوصيات.

٢- نهوج صوغ قواعد الأولوية

١٨- تواجه الدول عند صوغ قواعد الأولوية بعدد من الخيارات الأساسية المتعلقة بالسياسات العامة، ويجب عليها أن تحدد، أولا، نطاق نظام الأولويات. والسؤال الأول هو ما إذا كان ينبغي للنظام ألا يشمل سوى حالات التنافس بين مختلف الدائنين بالتزامات شخصية أو أن يشمل حالات التنافس بين جميع الأشخاص الذين يطالبون بحقوق في موجودات المدين أو موجوداته الظاهرة أو تتعلق بتلك الموجودات. وللأسباب المذكورة أعلاه (انظر الفقرات ١-٧)، يعتمد الدليل موقفا مؤداه أن نظام الأولويات ينبغي أن يشمل حالات التنافس على الأولوية بين جميع المطالبين المحتملين.

١٩- ويجب على الدول بعد ذلك أن تقرر كيفية تنظيم وصوغ قواعد الأولوية هذه. وهناك عدة نهوج محتملة، رغم أنها تجسد عموما اتجاهات تبادلية في الصياغة التشريعية.

٢٠- وأحد النهوج هو وضع قواعد الأولوية في شكل مبادئ عامة يترك للمحاكم أمر تفسيرها وتطبيقها في تسوية نزاعات معيّنة. وعندما تعتمد الدول نهجا من هذا القبيل، خصوصا بالاقتران مع اشتراع نظام جديد للمعاملات المضمونة من النوع المتكامل تماما الموصى به في الدليل، يقع عبء ضخم على المحاكم لكي تستخلص التطبيق التفصيلي لهذه القواعد العامة. ولا يجب على القضاة أن يفهموا سريعا المنطق الذي يستند إليه النظام الجديد فحسب، بل يجب عليهم أيضا التأكد من ممارسات السوق واستيعابها من أجل وضع قواعد

محددة تتسم بالكفاءة والقابلية للتنبؤ بها. وفضلا عن ذلك، قد تكون هناك فترة طويلة من الزمن قبل إصدار عدد كاف من الأحكام القضائية بشأن طائفة كافية من المسائل لكي توفر يقينا حقيقيا بشأن إعمال مبادئ الأولوية في الممارسة.

٢١- ويتمثل نهج آخر في وضع عدد كبير من قواعد الأولوية المفصلة التي يقصد بها أن تحكم جميع الحالات المحتملة التي يشارك فيها مطالبون متنافسون يمكن تخيلهم. وعند اتخاذ هذا النهج، وخصوصا في الدول التي سبق لها أن وضعت نظما للأولوية من خلال قواعد واسعة مستقاة أولا من تقرير ملكية الموجودات الخاضعة لمطالبات متنافسة، يمكن لنظام شامل من القواعد المحددة أن يبدو نظاما بالغ التعقيد ويصعب على المحامين والقضاة استخدامه.

٢٢- وهناك نهج ثالث يتمثل في وضع قواعد أولوية وتنظيمها على نحو شامل ومتسق في هيئة مجموعة من القواعد ذات الطابع العام تليها تطبيقات محددة لهذه المبادئ على حالات شائعة الوقوع. ويمكن لهذا النهج أن يوفر كلا من الوضوح ودرجة عالية من اليقين بشأن أي مشكلة أولوية معيّنة. وهذا هو النهج الذي يوصي به الدليل.

٢٣- ولدى اختيار نهج ما أو آخر، يجب على الدولة أن تنظر في الأهداف العامة التي تسعى إلى تحقيقها. وللتذكير، يهدف الدليل إلى عرض نظام للمعاملات المضمونة يتوخى الحقوق الضمانية غير الحيازية في طائفة من الموجودات الملموسة وغير الملموسة التي لم يكن يتسنّى من قبل في العديد من الدول رهنها أو لم يكن يتسنى رهنها بأكثر من حق ضماني واحد في الوقت نفسه (انظر التوصية ٢ (أ)). وفضلا عن ذلك، يتخذ الدليل نهجا متكاملا تماما للمعاملات التي يقصد بها، بغض النظر عن اسمها، أن تضمن الوفاء بالتزام (انظر التوصية ١١). وأخيرا، يعترف الدليل بأساليب شتى يمكن أن تجعل الحقوق الضمانية نافذة بواسطتها تجاه أطراف ثالثة (انظر التوصيات ٣٢ و٣٤-٣٦). ولجميع هذه الأسباب، يوصي الدليل الدول باعتماد النهج الثالث لصوغ قواعد الأولوية الخاصة بها.

٢٤- وعملا بهذا المنطق، ينبغي لأي نظام عصري للمعاملات المضمونة أن يشمل مجموعة مفصّلة ومحددة من قواعد الأولوية التي: (أ) تكون شاملة في نطاقها؛ (ب) تغطي طائفة واسعة من الالتزامات المضمونة القائمة والمقبلة؛ (ج) تنطبق على جميع أنواع الموجودات المضمونة، بما في ذلك الموجودات والعائدات المحتازة؛ (د) توفر طرقا لتسوية النزاعات على الأولوية بين طائفة واسعة من المطالبين المتنافسين (مثل الدائنين المضمونين والمنقول إليهم ومقدمي الخدمات والدائنين بحكم قضائي). ويشجع هذه النهج لقواعد الأولوية الدائنين

المحتملين على تقديم ائتمان مضمون بإعطائهم قدرا عاليا من الاطمئنان بأنهم يستطيعون التنبؤ بطرق تسوية النزاعات المحتملة على الأولوية. وتحدد الأبواب المتبقية من هذا الفصل المسائل التي ينبغي لهذه القواعد المفصلة أن تتناولها والكيفية التي يجب أن تصاغ بها.

٣- الأسس المختلفة التي يجوز أن تحدد الأولوية وفقا لها

٢٥- في أي نظام عصري للمعاملات المضمونة، ولأن قواعد الأولوية يقصد بها أن تحكم حقوق حائز الحق الضماني تجاه حقوق واحد أو أكثر من الأطراف الثالثة، فهي ترتبط ارتباطا وثيقا بالأساليب المختلفة التي يجوز أن يتحقق بها نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة. وفي ظل الأهمية الكبيرة التي يوليها الدليل لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فهو يتخذ نهجا عاما يقضي بأنه لا يجوز لدائن مضمون أن يتمسك بالأولوية على مطالب منافس ما لم يُجعل الحق الضماني نافذا تجاه أطراف ثالثة. ولا تنشأ مسألة الأولوية إلا في هذه الحالات.

٢٦- ويتناول هذا الباب بإيجاز مختلف طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة التي اعتمدت في دول مختلفة، موضحا في كل حالة مبادئ الأولوية الأساسية التي ستنطبق عندما يتحقق النفاذ تجاه أطراف ثالثة باستخدام تلك الطريقة. ويستعرض، بالتالي، النفاذ تجاه الأطراف الثالث الناشئ عن: (أ) تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام؛ (ب) حيازة الدائن المضمون للموجودات المرهونة؛ (ج) اتفاق للسيطرة؛ (د) التسجيل في سجل متخصص أو التأشير على شهادة الملكية؛ (هـ) إنشاء الحق الضماني؛ (و) إشعار طرف ثالث مدين.

(أ) الأولوية عندما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قائما على التسجيل

٢٧- على غرار المناقشة أعلاه (انظر الفصل الخامس بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه أطراف ثالثة، الفقرات [...]، والفصل السادس بشأن نظام السجلات، الفقرات [...])، تعد إحدى الطرائق الأكثر فعالية لتزويد الدائنين بوسيلة لتقرير أولويتهم بدرجة عالية من اليقين لدى تقديم الائتمان هي جعل الأولوية قائمة على استخدام سجل عمومي.

٢٨- وفي معظم الدول التي يوجد فيها نظام معوّل عليه لتسجيل الإشعارات فيما يتعلق بالحقوق الضمانية، فالمبدأ العام هو أن تمنح الأولوية للحق المشار إليه في أول إشعار مسجل (وغالبا ما يشار إليه باسم "قاعدة أولوية الأسبق تسجيلا").

'١' تسجيل الإشعار قبل إنشاء الحق الضماني

٢٩- في العديد من الدول، كان ينظر إلى التسجيل تقليديا باعتباره خطوة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تتخذ بمجرد أن يُجعل الحق الضماني نافذا فيما بين الأطراف. ويعني هذا أن التسجيل يُشهر ويؤكد حقا يوجد أو ينشأ بالفعل على نحو متزامن مع التسجيل (انظر النقاش في الفصل الخامس بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، الفقرات [...]). والمثال على ذلك هو نظام قانوني يصبح فيه الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة عندما يسجل الاتفاق الضماني بكامله. غير أن النهج في بعض الدول هو عدم تسجيل حق موجود بالفعل، بل تسجيل إشعار يتعلق بحق قد يوجد أو لا يوجد بعد. ولا يؤكد التسجيل أن الحق قد أنشئ بالفعل، ولكن إما أنه يجري إنشاؤه أو أنه قد يُنشأ. ونتيجة لذلك، في هذه الدول، يمكن أن تطبق قاعدة الأسبق تسجيلا حتى وإن لم يستوف متطلب أو أكثر من متطلبات إنشاء الحق الضماني وقت التسجيل.

٣٠- ويجنب هذا النهج الدائن الذي سجل بالفعل إشعارا الحاجة إلى البحث في نظام التسجيل مجدّدا بعد استيفاء جميع متطلبات إنشاء الحق الضماني المتبقية. ويوفر للدائن اليقين بأنه حالما يسجّل إشعارا بحقه الضماني فلن تكون لأي حقوق أخرى يُسجّل بشأنها إشعار في وقت لاحق أولوية على حقه الضماني. وعلى سبيل المثال، يمكن أن يسجل الدائن ألف إشعاره، ويجري بحثا في السجل لتقرير عدم وجود حق ضماني سبق تسجيله، ويقدم بعد ذلك الائتمان مع الاطمئنان إلى أن حقه الضماني ستكون له أولوية ذات مرتبة أولى، حتى إن سجل الدائن باء إشعارا بحق ضماني منافس خلال الفترة بين تسجيل الدائن ألف وتقديم الدائن ألف للائتمان. وفضلا عن ذلك، توفر هذه القاعدة أيضا حماية لسائر الدائنين الموجودين أو المحتملين لأن الإشعار المسجّل سوف ينذرهم بالحقوق الضمانية الكامنة، ويمكنهم حينئذ من اتخاذ خطوات لحماية أنفسهم (مثلا باشتراط الحصول على كفالات شخصية أو على حقوق ضمانية أقل مرتبة في نفس الموجودات أو حقوق ضمانية بمرتبة أعلى من الأولوية في موجودات أخرى). وهذا هو النهج المتخذ في الدليل (انظر التوصية ٧٣ (أ)).

'٢' تدابير مخفِّفة فيما يتعلق بقاعدة الأسبق تسجيلا

٣١- في العديد من الدول التي تستند فيها الأولوية إلى قاعدة الأسبق تسجيلا، تخفّف تلك القاعدة في حالة ما أصبح يعرف باسم "فترة السماح" للتسجيل. وتسمح فترة السماح بالأثر الرجعي في النفاذ تجاه الأطراف الثالثة لحق ضماني إذا حدث تسجيل الإشعار في غضون فترة

زمنية قصيرة عقب إنشاء الحق الضماني. وفي هذه الحالات، سوف تحدد الأولوية وفقا لتاريخ الإنشاء بدلا من تاريخ تسجيل الإشعار. ونتيجة لذلك، يجوز أن تكون لحق ضماني أنشئ أولا ولكن سجل ثانيا على الرغم من ذلك الأولوية على حق ضماني أنشئ ثانيا ولكن سجل أولا، طالما أن الإشعار المتعلق بالحق الضماني المنشأ آخرا قد سجل خلال فترة السماح السارية. وفي هذه الحالات، لا يكون تاريخ التسجيل مقياسا يعول عليه في تحديد مرتبة أولوية الدائن إلا بعد انقضاء فترة السماح (انظر عموما الفصل الثاني عشر بشأن تمويل الاحتياز، الفقرات [...]).

٣٢- ويسعى الدائنون إلى حماية أنفسهم من هذه المخاطرة بعدد من الطرق المختلفة. فربما يرجئون تقديم ائتمان إلى المانح حتى تنقضي فترة السماح السارية. غير أن عيب هذا الحل هو أنه يؤخر أيضا تقديم ائتمان إلى المانح. وبدلا من ذلك، يجوز للدائنين التعويل على إقرار من المانح بأنه لم يمنح أي حقوق ضمانية منافسة في الموجودات المرهونة ذاتها. وهذا الحل ليس مثاليا، لأنه لا يتيح للدائن سوى المطالبة بتعويضات إذا ما تبين أن الإقرار غير صحيح. وتحاشيا لزعزعة اليقين الذي توفره قاعدة الأسبق تسجيلا، تقصر الدول عموما استخدام فترات السماح على حالات نادرة، مثل: (أ) تمويل الاحتياز؛ أو (ب) الظروف التي يتعذّر فيها من الناحية اللوجستية تسجيل الحق قبل إنشائه أو بالتزامن معه.

'٣' استثناءات لقاعدة الأسبق تسجيلا

٣٣- قاعدة الأسبق تسجيلا لا يمكن أن تكون قاعدة مطلقة. وفي نظم المعاملات المضمونة العصرية، هناك نوعان رئيسيان من الاستثناءات. فتنص الدول أحيانا على أن الحق الضماني يجوز أن يكون نافذا تلقائيا تجاه الأطراف الثالثة عند إنشائه دون حاجة إلى تسجيل إشعار. وكثيرا جدا ما يوجد هذا الاستثناء فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في السلع الاستهلاكية (للاطلاع على تعريف مصطلح "السلع الاستهلاكية"، انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات). وفي هذه الحالات، تقرر أولوية الحق الضماني بالإحالة إلى وقت إنشائه (انظر الفقرتين ٤٥ و٤٦ أدناه).

٣٤- وإضافة إلى ذلك، اعتمد العديد من الدول استثناء لقاعدة الأسبق تسجيلا فيما يتعلق بالحقوق الضمانية التي تُجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بأسلوب خلاف تسجيل إشعار في السجل العام للحقوق الضمانية. ولذلك، على سبيل المثال، حيثما يكون قد جرى تسجيل إشعار بالحق الضماني في السجل العام، ولكنه سجل أيضا أولا في سجل متخصص أو جرى التأشير بشأنه في شهادة ملكية، تعطي الدول عادة الأولوية لترتيب التسجيل في السجل

المتخصص أو للتأشير في شهادة الملكية. (انظر الفقرات ٤١-٤٤ أدناه). وبالمثل، حيثما يكون حق ضماني قد سجل ثانيا في السجل العام، ولكن الموجودات المرهونة هي صك قابل للتداول في حيازة دائن (انظر الفقرات ٣٥-٣٨ و١٥٥-١٥٧ أدناه)، أو مستند قابل للتداول في حيازة دائن (انظر الفقرات ١٦٨-١٧٠ أدناه)، أو حق في تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي أخضعت لاتفاق سيطرة (انظر الفقرات ١٥٨-١٦٤ أدناه)، تعطى الأولوية عادة لحائز الصك القابل للتداول أو المستند القابل للتداول، أو للمستفيد من اتفاق السيطرة.

(ب) الأولوية عندما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قائما على الحيازة

٣٥- مثلما سبقت مناقشته (انظر الفصل الرابع بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات [...]، والفصل الخامس بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه أطراف ثالثة، الفقرات [...])، كانت الحقوق الضمانية الحيازية تعتبر تقليديا عنصرا هاما في قوانين المعاملات المضمونة في معظم الدول. ومن واقع التسليم بهذه الحقيقة، يجوز أيضا، حتى في الدول التي أنشأت سجلا عاما للحقوق الضمانية، أن تُجعل الحقوق الضمانية في الموجودات الملموسة نافذة تجاه الأطراف الثالثة من خلال حيازة الدائن لها.

٣٦- وفي هذه الدول، على الرغم من وجود المبدأ العام الذي يقضي بأن تكون الأولوية لأول دائن يسجل إشعارا في سجل الحقوق الضمانية العام، يجوز أيضا أن تحدد الأولوية استنادا إلى تاريخ حيازة الدائن للموجودات المرهونة، دون أي اشتراط لتسجيل إشعار. وفضلا عن ذلك، في العديد من هذه الدول، قد يكون لطرف ثالث الحيازة الفعلية على الموجودات، ويجوز أن يتفق دائنون مضمونون متعددون فيما بينهم على أن يكون الطرف الثالث مسؤولا أمامهم جميعا، على أن تقرر الأولوية حسب التواريخ التي تحدد وفقا لها الحيازة بالنيابة عن كل دائن. وفي هذه الحالات، يجوز أن تبدأ الحيازة لكل دائن من الدائنين في تاريخ مختلف، ولذلك تحدد الأولوية فيما بين الدائنين وفقا للتاريخ الذي تبدأ فيه الحيازة لحساب كل دائن. غير أنه، متى ما حدث تضارب في الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية التي حققت النفاذ عن طريق الحيازة (بغض النظر عما إذا كانت الحيازة لدى دائن مضمون أو لدى وكيل ينوب عن واحد أو أكثر من الدائنين المضمونين)، تحدد الأولوية عموما حسب الترتيب الذي يتحقق فيه النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٧٣، الفقرة الفرعية (ب)).

٣٧- ونتيجة لاستخدام تاريخ الحيازة لتحديد الأولوية، من الضروري أن توفر الدول قاعدة تحكم الأولوية فيما بين الدائنين الذين سجلوا إشعارا في سجل الحقوق الضمانية العام والدائنين الذين حصلوا على الحيازة. والقاعدة العادية هي أن الأولوية تحدد وفقا للترتيب الذي: (أ) سُجّل فيه الإشعار في سجل الحقوق الضمانية العام؛ (ب) وتم الحصول على حيازة الموجودات المرهونة (انظر التوصية ٧٣، الفقرة الفرعية (ج)). وعلى سبيل المثال، إذا سجل الدائن ألف إشعارا في اليوم ١، وحصل الدائن باء على الحيازة في اليوم ٢، ورتب الدائن جيم للدائن باء أن يتمسك أيضا بالنيابة عنه في اليوم ٣، وسجل الدائن دال إشعارا في اليوم ٤، فسيكون ترتيب أولوية الدائنين هو ألف وباء وجيم ودال.

٣٨- وبغض النظر عن أهمية الأولوية القائمة على الحيازة، فإنها تتسم بعيب وهي أن عبء البيّنة في إثبات تاريخ الحصول على الحيازة بدقة يفرض على حائز الحق الضماني الذي يستند إلى الحيازة لتحديد الأولوية، وذلك لأن الحيازة لا تكون في الغالب فعلا علنيا. غير أنه رغم هذا العيب، فإن الأولوية المستندة إلى الحيازة مفيدة من الناحية التجارية في حالة موجودات معيّنة من قبيل الصكوك القابلة للتداول (مثل الشيكات أو السفاتج (الكمبيالات) أو السندات الإذنية) أو مستندات الملكية القابلة للتداول (مثل سندات الشحن أو إيصالات المستودع). وفي هذه الحالات يمكن لحيازة الدائن المضمون أن تمنع المانح من التصرف بشكل محظور في الموجودات المرهونة. وإضافة إلى ذلك، كما سبق ذكره، ينص العديد من الدول أيضا على أن الحق الضماني في هذه الأنواع من الموجودات الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة، يمنح بوجه عام أولوية على الحق الضماني الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار، حتى وإن جرى التسجيل أولا (انظر التوصيات ٩٨ و١٠٥ و١٠٦؛ وانظر أيضا الفقرات ١٥٥-١٥٧ و١٦٨-١٧٠ أدناه).

(ج) الأولوية عندما يقوم النفاذ تجاه الأطراف الثالثة على السيطرة

٣٩- في بعض الدول، يجوز أن يثبت نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في أنواع معيّنة من الموجودات غير الملموسة عن طريق "السيطرة" (انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات). وفي معظم الحالات التي تسمح فيها الدول بأن يثبت النفاذ تجاه الأطراف الثالثة عن طريق "السيطرة"، تمنح الأولوية عادة إلى الدائن المضمون الذي حصل على السيطرة فيما يتعلق بالموجودات المرهونة، بصرف النظر عما إذا كان ذلك قد حدث قبل نشوء حقوق المطالبين المنافسين في الموجودات أو بعده. وعلى سبيل المثال، عندما تكون الموجودات هي حق تقاضي أموال مودعة في حساب مصرفي، يمنح نظام الأولويات بوجه

عام الأولوية للحق الضماني الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة على الحق الضماني الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بوسيلة أخرى (انظر التوصية ١٠٠؛ وانظر أيضا الفقرات ١٥٨-١٦٤ أدناه).

٤٠- وفي حالة أنواع معيّنة من الموجودات غير الملموسة، مثل الحق في تقاضي العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل، تنص بعض الدول على أنه يجوز أن تكون السيطرة هي الوسيلة الحصرية لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وعندما يكون الأمر كذلك، ليست هناك حاجة إلى النص على قواعد للأولوية لكي تحكم النزاع بين النفاذ تجاه الأطراف الثالثة القائم على السيطرة والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة الذي يتحقق بأي وسيلة أخرى (انظر التوصية ١٠٤؛ وانظر أيضا الفقرتين ١٦٦ و١٦٧ أدناه).

(د) الأولوية عندما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة مستندا إلى التسجيل في سجل متخصّص أو على التأشير بشأنه في شهادة ملكية

٤١- يجوز في الكثير من الدول تسجيل الحق الضماني أو غيره من الحقوق (مثل حق مشتري الموجودات المرهونة أو مستأجرها) في سجل متخصص، أو قد يؤشر بشأنه في شهادة الملكية. وفي الأصل، كانت بعض السجلات المتخصصة أو نظم التأشير على شهادات الملكية لا ترمي إلا إلى حماية مشتري الموجودات الخاضعة للسجل أو النظام بتأكيد أن البائع له في الواقع ملكية الموجودات المباعة. غير أن بعض السجلات المتخصصة، مثل سجلات السفن والطائرات، كان تستخدم تقليديا أيضا لغرض أوسع نطاقا وهو حماية جميع أنواع المنقول إليهم الذين تنقل إليهم حقوق في موجودات مسماة، بما في ذلك حائزو الحقوق الضمانية. ومؤخرا جدا، ظهر اتجاه يقضي بأن تشمل السجلات المتخصصة ونظم التأشير على شهادات الملكية هذا الغرض الأوسع نطاقا (انظر التوصية ٣٨).

٤٢- وعندما تكون الموجودات خاضعة لسجل متخصص أو نظام للتأشير على شهادات الملكية، يثور التساؤل عن الحق الذي له الأولوية من بين الحقوق المتعددة التي تذكر في ذلك السجل أو نظام التأشير. وفي معظم الحالات، تنص الدول التي تعتمد سجلات أو نظما من هذا القبيل على أن الحقوق ترتب وفقا للترتيب الذي تسجل به. ويكون لأي حق ضماني من هذا القبيل الأولوية على الحق الضماني الذي يسجل في السجل المتخصص أو يؤشر بشأنه في شهادة الملكية في وقت لاحق.

٤٣- وعندما يوجد سجل متخصص، من الضروري أيضا تحديد الأولية فيما بين الحق المسجل في السجل المتخصص أو المؤشر بشأنه في شهادة الملكية، من ناحية، والحق المسجل في سجل الحقوق الضمانية العام أو الحق الذي جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة عن طريق الحيازة أو وسيلة أخرى ما، من ناحية أخرى. وفي معظم تلك الدول، يكون للحق المسجل في سجل متخصص أو مؤشر بشأنه في شهادة الملكية الأولوية على أي حقوق ضمانية غير مسجلة أو مؤشر بشأنها في شهادة الملكية على هذا النحو. وتعتمد هذه الدول عادة أيضا قاعدة مماثلة فيما يتعلق بمن تنقل إليهم حقوق في موجودات خاضعة لسجل متخصص أو نظام للتأشير على شهادات الملكية ومن يستأجرون تلك الحقوق ومن يرخص لهم فيها. ومع وجود استثناءات طفيفة جدا، ستكون حقوق المنقول إليهم والمستأجرين والمرخص لهم في تلك الموجودات أدنى مرتبة من أي حقوق مسجلة في السجل المتخصص أو مؤشر عليها في سجل الملكية (انظر الفقرات ٧٠-٩٤ أدناه، والتوصية ٧٥).

٤٤- والسبب للنهج الذي ورد وصفه للتو هو تمكين من تنقل إليهم تلك الموجودات من تعزيز الكفاءة عن طريق السماح للشخص بالبحث في مكان واحد فقط (أي السجل المتخصص أو شهادة الملكية). ولكن من المهم ملاحظة أن قواعد الأولوية المبينة أعلاه لا تنطبق إلا بقدر ما لا ينص السجل المتخصص أو نظام التأشير نفسهما على قواعد أولوية مختلفة.

(هـ) الأولوية عندما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قائما على إنشاء الحق الضماني

٤٥- في الدول التي لا يوجد فيها نظام لتسجيل الحقوق الضمانية، غالبا ما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا ويتحقق لدى إنشاء الحق الضماني. وحتى في الدول التي اعتمدت نظما للتسجيل، يكون نفاذ الحقوق تجاه الأطراف الثالثة في أنواع معيّنة من الموجودات، مثل السلع الاستهلاكية، تلقائيا أحيانا. وفي هذه الدول، تحدد أولوية الحق الضماني عادة بمقارنة الوقت الذي ينشأ فيه الحق الضماني بالوقت الذي يسجل فيه الإشعار فيما يتعلق بالحق الضماني المنافس في سجل الحقوق الضمانية العام أو الذي يجعل فيه الحق الضماني المنافس نافذا تجاه الأطراف الثالثة بوسيلة أخرى ما (انظر الفقرات ٥٩-٦١ أدناه).

٤٦- وتكمن فائدة النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة وأساسه المنطقي في أنه يزيح عن عاتق بعض المطالبين الحاجة إلى اتخاذ خطوات إضافية لضمان أولوية حقوقهم. وفي حالة السع الاستهلاكية والموجودات ذات القيمة الصغيرة، يمكن لربط فكرة الأولوية بالإنشاء أن تؤدي، بالتالي، إلى نتائج تتسم بالكفاءة. غير أنه هناك حالات يمكن أن يؤدي فيها النفاذ

التلقائي تجاه الأطراف الثالثة إلى أوجه عدم كفاءة في نظام الأولويات. وعلى سبيل المثال، عندما تسمح الدول بالنفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة فيما يتعلق بمعاملات شائعة مثل معاملات البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية وإحالة المستحقات لأغراض الضمان، يشترط على المطالبين الآخرين الاضطلاع باستفسارات مكلفة ومستغرقة للوقت (عادة بالاستناد على أدلة غير موضوعية مثل إقرارات المانح أو معلومات لا تكون عموما متاحة في السوق) لتحديد وجود حقوق ضمانية غير حيازية وأولويتها.

(و) الأولوية عندما يكون النفاذ تجاه الأطراف الثالثة قائما على توجيه إشعار إلى طرف ثالث مدين

٤٧- تتوخى معظم أسس تقرير الأولوية المذكورة أعلاه حالات تشتمل على موجودات ملموسة مثل المعدات والمخزون. وعندما تنشأ الحقوق الضمانية في المستحقات أو غيرها من حقوق السداد، تنص الدول عادة على أن الأولوية سوف تقرر وفقا للتاريخ الذي يسجل فيه إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام أو، إذا كان الأمر يتعلق بوسيلة أخرى لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، التاريخ الذي يتحقق فيه النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. غير أنه في دول أخرى، يستند نفاذ الحق الضماني في مستحق تجاه الأطراف الثالثة وأولويته فيما بين دائنين متنافسين على الوقت الذي يوجه فيه إشعار إلى المدين بالمستحق بشأن وجود الحق الضماني (للاطلاع على تعريف "المدين بالمستحق"، انظر المقدمة، الباب باء، المصطلحات).

٤٨- وفائدة تحديد الأولوية على هذا الأساس هي أنه ييسر مهمة المدين بالمستحقات في تحديد من ينبغي السداد إليه. وأحد العيوب هي أن يمكن أن يعزز عدم اليقين لدى الدائنين المضمونين المحتملين لأنهم لا يستطيعون أن يعرفوا ما إذا كان دائن مضمون منافس قد وجه إشعارا بحقه الضماني إلى المدين بالمستحق، ومتى كان ذلك. والعيب الثاني هو أن عدم اليقين هذا يؤدي بالمطالبين إلى إنفاذ حقوقهم في الحال. وتحرم هذه النتيجة المانح من مصدر إيرادات لتشغيل أعماله.

(ز) الأولوية التي تُحدد تشريعيا وفقا لطبيعة مطالبة الدائن

٤٩- في العديد من الدول، تُعطى بعض المطالبات أولوية استنادا إلى طبيعة المطالبة وحدها، بصرف النظر عن التاريخ الذي نشأت فيه المطالبة أو جعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة. وفي هذه الحالات، تسن الدول ترتيبا للأوليات المنطبقة على جميع حالات التنافس بين المطالبين. وعلى سبيل المثال، تعطى المطالبات المتعلقة بالضرائب والمطالبات بالمساهمات

في برامج الرعاية الاجتماعية وأجور الموظفين أحيانا أولوية ذات مرتبة أولى، حتى على الحقوق الضمانية التي سبق أن جعلت نافذة تجاه الأطراف الثالثة. وفضلا عن ذلك، في هذه الدول، هناك عادة ترتيب داخلي يجوز بمقتضاه، على سبيل المثال، للتكاليف القانونية أن تعلو مرتبة على المطالبات المتعلقة بالضرائب، التي يجوز أن لها أن تعلو مرتبة على المطالبات المتعلقة ببرامج الرعاية الاجتماعية، والتي يجوز لها بدورها أن تعلو مرتبة على مطالبات الموظفين بالأجور. وفي كلتا الحالتين، تقرر الأولوية وفقا لترتيب يُحدد تشريعيا وليس وفقا لأي نظام آخر يقوم على الوقت الذي يكون الحق الضماني قد أنشئ فيه أو جعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة (انظر الفقرات ٩٥-٩٨ أدناه).

٥٠- وفائدة هذه الأولويات المحددة تشريعيا هي أنها توفر مقياسا ما لحماية المطالبين الذين لا تكون لديهم لولا ذلك القدرة التفاوضية للحصول على الحق الضماني بالاتفاق. والعيب هو أنه، حتى عندما يتعين أن تسجل لكي تكون نافذة تجاه الأطراف الثالثة، فإنها تعلو على الحقوق الضمانية السابقة لها وجودا. ونتيجة لذلك، لا يمكن للدائنين المضمونين، عندما يأخذون حقا ضمانيا، أن يحددوا بدقة ترتيب الأولويات المحددة تشريعيا أو مقدارها. وعدم اليقين هذا من المرجح أن يؤدي لا محالة إلى زيادة تكلفة الائتمان المضمون وخفض توافره. واعترافا بهذه الحقيقة، تحد الدول عادة من طبيعة تلك المطالبات ومقاديرها (مثلا بتحديد "أجور بمبلغ لا يتجاوز مقدارا محددا لكل موظف" أو "حتى عدد معيّن من شهور الأجور غير المسددة").

٤- قواعد تحديد الأولوية فيما بين المطالبين المتنافسين

٥١- المبادئ العامة التي استعرضت حتى هذه النقطة تشكل الهيكل الأساسي لنظام الأولويات فيما يتعلق بما يلي: (أ) الوسائل المختلفة التي يمكن أن ينظم بها نظام الأولوية؛ (ب) ونطاق أولوية الحق الضماني، خصوصا فيما يتعلق بالالتزامات الآجلة، والموجودات والعائدات المحتازة لاحقا. ويتركز النقاش التالي على قواعد الأولوية المحددة التي تحكم حقوق المطالبين المتنافسين.

(أ) الأولوية فيما بين الدائنين المضمونين وغير المضمونين

٥٢- عموما، تنص الدول على أن جميع الحقوق الضمانية التي تجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة لها الأولوية على حقوق الدائنين غير المضمونين. ومن المسلّم به عموما أن إعطاء الدائنين المضمونين هذه الأولوية أمر ضروري لتشجيع توافر الائتمان المضمون. ويمكن

للدائنين غير المضمونين أن يتخذوا خطوات أخرى لحماية حقوقهم، مثل فرض علاوة لتغطي مخاطرهم الزائدة، أو رصد حالة الائتمان، أو مطالبة المدين بدفع فوائد على المبالغ التي تتجاوز أجل سدادها. وإضافة إلى ذلك، يمكن للدين المضمون أن يزيد رأس مال المانح المتداول. وعادة ما تكون السلف المقدّمة في إطار تسهيلات الاقتراض المتجدد المضمون لتوفير رأس المال المتداول هي المصدر الرئيسي الذي تسدّد منه الشركة قروض دائنيها غير المضمونين في سياق عملها المعتاد (انظر الفصل الثاني بشأن نطاق الانطباق والقواعد العامة الأخرى، الباب واو، أمثلة للممارسات التمويلية المشمولة). ومبدأ تغليب أولوية الدائنين المضمونين على الدائنين غير المضمونين من المبادئ المحورية في النهج المتخذ في الدليل، ويرتكز عليه العديد من توصياته (انظر مثلا التوصية ٨١).

٥٣- وفي العديد من الدول، تكون الأولوية الممنوحة للدائنين المضمونين على الدائنين غير المضمونين مطلقة. غير أنها تخضع، في بعض الدول، إلى استثناء لصالح الدائنين بحكم قضائي. فيجوز لحائز مطالبة غير مضمونة الحصول على حق في موجودات المدين بالحصول على حكم قضائي أو أمر مؤقت من محكمة ضد المدين. وبتسجيل الحكم القضائي في سجل الحقوق الضمانية العام، يكون بمقدور الدائن بحكم قضائي أن يحوّل المطالبة غير المضمونة إلى مطالبة مضمونة ذات مرتبة وفقا لقواعد الأولوية المعتادة. وتمضي دول أخرى إلى أبعد من ذلك وتنص على أنه عندما يتخذ دائن غير مضمون خطوات بمقتضى القانون الواجب التطبيق للحصول على حكم قضائي أو أمر مؤقت من المحكمة، يجوز أن تكون للحقوق الامتلاكية التي يتمسك بها الأولوية على مطالبات معيّنة لدائن مضمون سابق له في الوجود (انظر التوصية ٨١، والفقرات ٩٩-١٠٧).

(ب) الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية في نفس الموجودات المرهونة

٥٤- من بين السمات الرئيسية لأي نظام عصري للمعاملات المضمونة الكفاءة التي يسوى بها النزاع على الأولوية بين الحقوق الضمانية المتنافسة في نفس الموجودات المرهونة. وقد يتضمن هذا النزاع على الأولوية حقوقا ضمانية جعلت جميعها نافذة تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام، أو حقوقا ضمانية جعلت جميعها نافذة تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى. وفيما عدا استثناءات قليلة جدا، تنص الدول على أن الأولوية، فيما يتعلق بجميع الحالات التي سيجري استعراضها حالا، ستحدد على أساس زمني: الأسبق زمنيا هو الأسبق في الحق. وتستفيض الفقرات التالية بالتفصيل في الكيفية التي يطبق بها هذا المبدأ المحوري على حالات معيّنة.

'١' الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية التي تُجعل نافذة بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام

٥٥- في معظم الدول التي لديها سجل عام للحقوق الضمانية، تتحدّد الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية التي تجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار، حسب الترتيب الذي يجري به التسجيل، بغض النظر عن ترتيب النفاذ تجاه الأطراف الثالثة وحتى إن لم يستوفَ اشتراط واحد أو أكثر للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة في ذلك الوقت. ولا يعترف إلا باستثناءات محدودة جدا لهذا المبدأ (انظر الفقرات ٦٣-٦٧ أدناه).

٥٦- ويمكن توضيح هذا النهج بالمثال التالي: يقدم مانح ما طلب للحصول على قرض من المصرف ألف، ليكون مضمونا بحق ضماني في جميع معدّات المانح الحاضرة والآجلة (وهو حق ضماني يمكن أن يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار به في سجل الحقوق الضمانية العام). وفي اليوم ١، يُجري المصرف ألف بحثا في السجل يؤكد له أنه لم يسجّل به أي إشعار آخر بحقوق ضمانية لدائنين آخرين في معدّات المانح. وفي اليوم ٢، يبرم المصرف ألف مع المانح اتفاق ضمان يتعهد فيه المصرف ألف بتقديم القرض المضمون المطلوب. وفي اليوم ٢ أيضا، يسجّل المصرف ألف إشعارا بالحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام، ولكنه لا يقدّم القرض إلى المانح إلا في اليوم ٥. ومن ثم، فإن الحق الضماني للمصرف ألف أنشئ وبات نافذا تجاه الأطراف الثالثة في اليوم ٥ (أي في اليوم الأول الذي تستوفى فيه جميع الاشتراطات اللازمة لإنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة). غير أن المانح يبرم في اليوم ٣ اتفاق ضمان مع المصرف باء يقدّم بموجبه المصرف باء قرضا مضمونا بحق ضماني في جميع معدّات المانح الحاضرة والآجلة. وفي اليوم نفسه (اليوم ٣) يسجّل المصرف باء إشعارا بالحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام ويعطي القرض للمانح. وعليه، فإن الحق الضماني للمصرف باء قد أنشئ وبات نافذا تجاه الأطراف الثالثة في اليوم ٣. وتكون الأولوية، في إطار نهج الأسبق في التسجيل المذكور آنفا، للحق الضماني للمصرف ألف على الحق الضماني للمصرف باء، بغض النظر عن أن الحق الضماني للمصرف باء سابق للحق الضماني للمصرف ألف في الإنشاء والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

٥٧- والسببان الرئيسيان لهذا النهج هما: (أ) تشجيع تسجيل الإشعار في أسبق وقت ممكن (الأمر الذي يخطر الدائنين المحتملين الآخرين بالحق الضماني)؛ (ب) وتوفير الإحساس باليقين لدى الدائنين المضمونين بتمكينهم من معرفة أولوية حقوقهم الضمانية قبل أن يقدّموا الائتمان. ففي المثال السابق، إذا ما بحث المصرف ألف في السجل في اليوم ٢ بعد تسجيل إشعاره وتبيّن عدم وجود أي إشعارات أخرى به تشمل الموجودات المرهونة ذات الصلة،

فيمكنه أن يقدّم القرض في اليوم 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 للمصرف ألف تعود إلى وقت تسجيله. وبتمكين المصرف ألف من بلوغ هذه الدرجة الكبيرة من اليقين، فإن بوسع نهج الأسبق في التسجيل أن يغدو عاملا هاما في تشجيع الائتمان المضمون. وبالمثل، عندما يبحث المصرف باء في السجل، فسيعلم في الحال أنه سيكون له موقع أدنى إذا ما قدم المصرف ألف ائتمانا وأنه يستطيع بالتالي أن يغير شروط الائتمان الذي يقدمه وفقا لذلك.

٥٨- ولا يتوفر هذا اليقين في نهج بديل معتمد في بعض الدول، وهو نهج يمنح الأولوية لأول حق ضماني يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة (يتطلب النفاذ تجاه الأطراف الثالثة كلا من الإنشاء والتسجيل أو أسلوب آخر)، ويظل الاحتمال دوما قائما بأن حقا ضمانيا آخر يمكن أن يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بما يكسبه الأولوية بعد أن يجري المصرف ألف أو باء بحثه في السجل في الفترة السابقة على تقديمه للقرض. وهذا الخطر قائم مهما كانت تلك الفترة قصيرة. ولهذا السبب، يتخذ الدليل الموقف الذي مؤداه أن الأولوية فيما بين المطالبين المتنافسين في هذه الحالات ينبغي أن تحدد بتاريخ تسجيل الإشعار، وليس التاريخ الذي أنشئ فيه الحق الضماني أو أصبح نافذا فعليا تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٧٣، الفقرة الفرعية (أ)).

'٢' الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية التي تُجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بوسائل غير تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام

٥٩- في حالة النزاع على الأولوية بين الحقوق الضمانية التي تُجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بوسائل غير تسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام، تُعطى الدول الأولوية في العادة إلى أول حق ضماني يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وتطبّق 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.

٦٠- وفي حالة تحقيق نفاذ الحقوق الضمانية تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة ليس ثمة حاجة عادة 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 وليس قبل ذلك. غير أنه يمكن للدائن، في بعض الدول، أن يمارس حيازته من خلال طرف ثالث. وعندما يكون الأمر كذلك، يجوز أن يمارس أكثر من دائن مضمون

واحد الحيازة بهذه الطريقة، وتحدد أولويتهم النسبية حسب الترتيب الذي يثبتون به حيازتهم عن طريق ذلك الطرف الثالث. ويمكن التوصل إلى نتيجة مشابهة في الحالة غير المرجح حدوثها التي يدخل فيها مصرف أو مؤسسة مالية أخرى في أكثر من اتفاق سيطرة واحد. وسوف تعتمد الأولوية على التواريخ النسبية للاتفاقات.

٦١- وفي كل مثال من الأمثلة المذكورة أعلاه، وبما يتسق مع المبدأ المطبق على الحقوق الضمانية التي تصبح نافذة تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام، يتخذ الدليل موقفا مؤداه أن أولوية المطالبين المتنافسين في تلك الحالات ينبغي أن تُحدد حسب التاريخ الذي يصبح فيه الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٧٣، الفقرة الفرعية (ب)).

'٣' الأولوية فيما بين الحقوق الضمانية التي تجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام والحقوق الضمانية التي تجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بوسائل أخرى

٦٢- في حالة النزاع على الأولوية فيما بين حقوق ضمانية تجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام وحقوق ضمانية تجعل نافذة تجاه الأطراف الثالثة بوسائل أخرى، تعطى الدول الأولوية عادة لأول حق ضماني يسجّل أو يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وتمثل هذه القاعدة امتدادا منطقيا لقاعدة الأسبق في التسجيل باستخدام السجل أساسا لتمكين الدائنين المضمونين من الحصول على درجة عالية من اليقين بشأن أولوية حقوقهم الضمانية. ولأن الإشعار يمكن أن يسجل قبل أن ينشأ الحق الضماني (وهي نتيجة غير ممكنة فيما يتعلق بالنفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة أو النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة عند الإنشاء)، تشجّع هذه القاعدة أيضا استخدام السجل لجعل الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة. ويعتمد الدليل هذا النهج لأنه يفضي إلى أكثر النتائج كفاءة عندما يتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بوسائل مختلفة (انظر التوصية ٧٣، الفقرة الفرعية (ج)).

'٤' استثناءات لمبدأ الأسبق زمنيا لإثبات الأولوية فيما بين الدائنين المضمونين المتنافسين

٦٣- الأمثلة المذكورة أعلاه لكيفية تطبيق مبدأ الأسبق زمنيا على حالات مختلفة تصبح فيها الحقوق الضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة بوسائل مختلفة تخضع رغم ذلك لاستثناءات محدودة. وتجسّد هذه الاستثناءات قواعد خاصة للأولوية تتعلق بأساليب معيّنة لتحقيق النفاذ

تجاه الأطراف الثالثة، أو بأنواع معيّنة من المعاملات أو الموجودات المرهونة، وتستند إلى اعتبارات سياساتية أو عملية تتصل بتلك المعاملات أو الموجودات. ومن بين الأساليب المختلفة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة التي سبق ذكرها، يؤدي أسلوبان على وجه الخصوص (أي التسجيل في سجل متخصص والسيطرة) في الغالب إلى قواعد خاصة للأولوية.

أ- التسجيل في سجل متخصّص أو التأشير على شهادة ملكية

٦٤- يجوز في الكثير من الدول تسجيل الحق الضماني أو غيره من الحقوق (مثل حق مشتري الموجودات المرهونة أو مستأجرها) في سجل متخصّص أو قد يؤشر بشأنه في شهادة الملكية. وتنص معظم هذه الدول على أن الحقوق ترتب وفقا للترتيب الذي تسجل أو يؤشر بشأنها به (أي أن ذلك الحق الضماني تكون له الأولوية على أي حق ضماني جرى فيما بعد تسجيله في السجل المتخصص أو التأشير بشأنه على شهادة الملكية). ولحماية سلامة تلك السجلات أو نظم التأشير، يعتمد الدليل موقفا مشابها (انظر التوصية ٧٤، الفقرة الفرعية (ب)).

٦٥- وعندما يوجد سجل متخصص، من الضروري أيضا تحديد الأولوية فيما بين الحق المسجّل في سجل متخصّص أو المؤشر بشأنه على شهادة الملكية، من جهة، والحق المسجّل في السجل العام للحقوق الضمانية أو الحق الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة أو بوسيلة أخرى، من جهة أخرى. وفي معظم تلك الدول، يعطى الحق الضماني أو أي حق آخر يسجل في سجل متخصّص أو يؤشر بشأنه على شهادة الملكية أولوية على الحق الضماني المسجل في سجل عام أو يتحقق نفاذه تجاه الأطراف الثالثة بوسيلة أخرى خلاف التسجيل في سجل متخصّص أو التأشير بشأنه على شهادة الملكية، بصرف النظر عن أيها يحدث أولا. ومرة أخرى، وحماية لسلامة تلك السجلات أو نظم التأشير، يعتمد الدليل موقفا مشابها (انظر التوصية ٧٤، الفقرة الفرعية (أ)).

ب- اتفاقات السيطرة

٦٦- هناك استثناء ثان يوجد عادة في الدول التي تسمح بأن يتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة عن طريق السيطرة في أنواع معيّنة من الموجودات غير الملموسة. وتنص هذه الدول على أنه، عندما يحصل دائن على نفاذ حق ضماني تجاه الأطراف الثالثة عن طريق السيطرة، تعطى الأولوية لذلك الحق الضماني بصرف النظر عما إذا كان دائنون آخرون قد حققوا نفاذ حقوقه الضمانية تجاه الأطراف الثالثة بأي وسيلة أخرى (انظر الفقرات ١٥٨-١٦٤

و١٦٦-١٦٧ أدناه). وفي ظل الطابع الخاص للحقوق الضمانية في حقوق السداد، يعتمد الدليل موقفا مشابها (انظر التوصيتين ١٠٠ و١٠٤).

ج- استثناءات أخرى لقاعدة الأسبق زمنيا

٦٧- إضافة إلى هذه الحالات، التي يتحقق فيها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بوسائل خاصة، تنشأ أيضا استثناءات لقاعدة الأسبق زمنيا فيما يتعلق بأنواع معيّنة من المعاملات أو الموجودات المرهونة. وهذه الأنواع من المعاملات أو الموجودات هي: (أ) الحقوق الضمانية الاحتيازية بمقتضى كل من النهج الوحدوي وغير الوحدوي، والاحتفاظ بحق الملكية أو حقوق الإيجار التمويلي بمقتضى النهج غير الوحدوي (انظر الفصل الحادي عشر بشأن تمويل الاحتياز، والتوصيات ١٧٣-١٨٢ و١٨٨-١٩٦)؛ و(ب) الحالات التي يتحقق فيها نفاذ الحقوق الضمانية في صكوك قابلة للتداول أو مستندات قابلة للتداول أو أموال عن طريق الحيازة (انظر الفقرات ١٥٥-١٥٧ و١٦٥ و١٦٨-١٧٠ أدناه، والتوصيات ٩٨ و٩٩ و١٠٣ و١٠٥ و١٠٦)؛ (ج) والحالات التي تنطوي على حقوق ضمانية في الملحقات (انظر الفقرات ١١٥-١٢٠ أدناه، والتوصيات ٨٤-٨٦)؛ (د) والحالات التي تنطوي على حقوق ضمانية في كتل البضاعة أو المنتجات (انظر الفقرات ١٢١-١٢٦ أدناه، والتوصيات ٨٧-٩٩).

(ج) أولوية حقوق من تنقل إليهم موجودات مرهونة ومن يستأجرونها ويرخّص لهم فيها

'١' عموما

٦٨- عندما ينقل المانح موجودات ملموسة (خلاف الصكوك القابلة للتداول أو المستندات القابلة للتداول) خاضعة لحقوق ضمانية قائمة أو يؤجر تلك الموجودات أو يرخّص فيها، تكون للمنقول إليهم أو المستأجرين أو المرخص لهم مصلحة في تسلّم الموجودات خالصة وخالية من أي حق ضماني، بينما تكون للدائن المضمون الحالي مصلحة في صون حقه الضماني في الموجودات المبيعة (رهنا ببعض الاستثناءات؛ انظر الفقرات ٧٣-٨٤ أدناه). ومن المهم أن تعالج قواعد الأولوية هاتين المصلحتين كلتيهما وأن توجد توازنا مناسبا بينهما. فإذا ما تعرضت حقوق الدائن المضمون في موجودات معيّنة للمخاطر كلما قام المانح بنقلها أو تأجيرها أو الترخيص فيها، فإن قيمة تلك الموجودات كضمانة ستنقص بشدة وسيتأثر سلبا الائتمان المضمون المستند إلى قيمتها.

٦٩- وفي معظم الدول، نقطة الانطلاق هي المبدأ العام الذي مؤداه أن من تُنقل إليه (بما في ذلك المشتري أو المبادل أو الموهوب له أو الموصى له أو أي منقول إليه مشابه) موجودات مرهونة يأخذ حقوقه في الموجودات خاضعة للحق الضماني القائم (ويقال إن الحق الضماني يتضمن "حق الملاحقة" أو "*droit de suite*")؛ انظر الفصل الخامس بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، وانظر أيضا التوصيتين ٣١ و٧٦). وبعبارة أخرى، فإنه يجوز للدائن المضمون أن يتابع الموجودات وهي في حوزة المشتري أو أي شخص آخر تنقل إليه أو يستأجرها أو يرخّص له فيها. وفيما يلي ترد مناقشة للاستثناءات من تطبيق هذا المبدأ العام على كل نوع من أنواع المعاملات هذه.

'٢' حقوق المشتري

٧٠- كما ورد من قبل (انظر الفصل الخامس بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة والفصل الرابع بشأن إنشاء الحق الضماني)، فإن الدائن المضمون يحتفظ بحقه الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية عند بيعها كما يحصل على حق ضماني في عائدات البيع (التي قد تشمل نقدا أو مستحقات أو حتى موجودات أخرى في حالة معاملات بين مقايضين ومبادلين). (للاطلاع على تعريف "العائدات"، انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات). وفي هذه الحالة، يبرز التساؤل عما إذا كان الحق الضماني في العائدات ينبغي أن يحل محل الحق الضماني في الموجودات المرهونة، حتى يحصل المشتري على حقوق خالصة من الحق الضماني.

٧١- ويُحتج أحيانا بأن الحق الضماني ينبغي أن يزول عند البيع، بافتراض أن الدائن المضمون لا يتضرر ببيع الموجودات خالصة من حقه الضماني ما دام يحتفظ بحق ضماني في عائدات البيع. بيد أن هذه النتيجة لن تحمي الدائن المضمون بالضرورة، لأن قيمة العائدات كثيرا ما لا تكون بمثل قيمة الموجودات المرهونة الأصلية لدى الدائن. كما أن قيمة العائدات كضمانة للدائن قد تكون قليلة أو معدومة في كثير من الأحيان (مثل المستحقات المتعذر تحصيلها لأن المدين بالمستحقات غير موسر ماليا). وفي حالات أخرى، قد يصعب على الدائن التعرف على 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 يتسلّمها، مما لا يترك منها شيئا للدائن. وأخيرا، ربما يكون دائن آخر قد حصل على حق ضماني في العائدات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية، وربما تكون له الأولوية. وهذا الاحتمال يكون واقعيا خصوصا في حالة المستحقات.

٧٢- وفي حين أن الدول قد اعتمدت نهوجا مختلفة لتحقيق التوازن بين مصالح الدائنين المضمونين ومصالح مشتري الموجودات المرهونة من المانحين الحائزين لها، ينص معظمها على أن الحق الضماني ينبغي أن يظل قائما بعد النقل حتى وإن كان الدائن المضمون قادرا على المطالبة بحق في العائدات أيضا. ولا يعني ذلك أن الدائن المضمون سيحصل على السداد مرتين. وبما أن الحق الضماني يضمن التزاما، لا يمكن للدائن المضمون الذي يتمسك بحقوق في الموجودات وفي العائدات أن يطالب بأكثر من مستحقاته أو يحصل على أكثر منها. ويأخذ الدليل موقفا يرى، كمبدأ عام، ضرورة احتفاظ الدائن المضمون بحقه الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية وكذلك بحقه الضماني في العائدات المتأتية من بيعها أو نقلها بشكل آخر (انظر التوصيات ١٩ و٣١ و٣٩ و٤٠ و٦٧).

٧٣- غير أن معظم الدول تعترف باستثنائين من تطبيق المبدأ العام القاضي باستمرار الحق الضماني راهنا للموجودات بعد بيعها، وكذلك يفعل الدليل. ويتصل الاستثناء الأول بالحالات التي يأذن فيها الدائن المضمون صراحة بالبيع خالصا من الحق الضماني (انظر التوصية ٧٧، الفقرة الفرعية (أ)). فقد يأذن الدائن المضمون ببيع، من هذا القبيل، مثلا، لأن العائدات تكفي لتأمين سداد الالتزام المضمون أو لأن المانح يقدّم موجودات أخرى كضمان لتعويضه عن فقدان الموجودات المرهونة. غير أنه ينبغي ملاحظة أن هذا الاستثناء لا ينطبق في الحالات التي يأذن فيها الدائن المضمون بالبيع، ولكنه لا يأذن للمانح بالبيع خالصا من الحق الضماني. وفي هذا الحالات يحصل المشتري عموما على الموجودات خاضعة للحق الضماني.

٧٤- ويشير الاستثناء الثاني إلى الحالات التي يُستنتج فيها إذن الدائن المضمون لأن طبيعة الموجودات المرهونة تجعله يتوقع بيعها خالصة من الحق الضماني، أو حيثما كان من المصلحة الفضلى لجميع المعنيين بيعها خالصة من الحق الضماني. وقد أطرت الدول هذا الاستثناء الثاني بعدد من الطرق المختلفة على نحو ما سيرد في الفقرات التالية.

أ- نهج سياق العمل المعتاد

٧٥- وثمة نهج شائع، يتبعه العديد من الدول، وينص 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 ينفّذ حقه الضماني تجاه الموجودات المرهونة الموجودة لدى المشتري (ما لم يكن الدائن المضمون قد وافق على البيع خالصا من الحق الضماني). وقد يمثّل 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.

٧٦- ويستوجب هذا النهج تلبية اشتراطين لبيع الموجودات المرهونة خالصة من الحق الضماني. أولهما، يجب أن يكون بائع الموجودات المرهونة ممارسا لبيع الموجودات من ذلك النوع؛ ولا يمكن أن تكون الموجودات المرهونة شيئا لا يبيعه البائع في العادة. كما لا يمكن للبائع إتمام البيع على نحو مخالف لما يتبعه في المعتاد، كأن يعمد إلى بيعها خارج قنوات توزيعه الاعتيادية (كما هو الحال إذا كان البائع لا يبيع في العادة إلا لتجار التجزئة ثم باع الموجودات موضع القصد لتاجر جملة). والاشتراط الثاني هو يجب أن يكون المشتري على معرفة بأن البيع يخل بحقوق دائن مضمون بمقتضى اتفاق ضمان (للاطلاع على قاعدة تفسير المقصود بمصطلح "المعرفة"، انظر المقدّمة، الفرع باء، المصطلحات). ويكون هذا هو الحال مثلا إذا كان المشتري يعلم أن البيع ممنوع بموجب شروط اتفاق الضمان. ومن ناحية أخرى، فإن مجرد علم المشتري بأن الموجودات خاضعة لحق ضماني لا يكفي.

٧٧- ومن مزايا نهج "سياق العمل المعتاد" اتساقه مع ما هو متوقع، من الناحية التجارية، من قيام المانح ببيع مخزوناته من الموجودات الملموسة (وهو ما يجب عليه بالفعل حتى يتسنى له الاستمرار ماليا)، ومن أخذ المشتري الموجودات الملموسة خالصة من الحقوق الضمانية القائمة. وبدون هذا الاستثناء من تطبيق مبدأ استمرار الحق الضماني قائما في الموجودات التي في حوزة المشتري، ستعاق إلى حد بعيد قدرة المانح على بيع الموجودات الملموسة ضمن سياق عمله المعتاد، لأنه سيكون على المشترين أن يتحروا عن المطالبات الواقعة على الموجودات الملموسة قبل شرائها. ومن شأن هذا الوضع أن يؤدي إلى رفع تكاليف المعاملات بشدة ويعطل المعاملات الجارية ضمن السياق المعتاد تعطيلا كبيرا.

٧٨- ويوفر نهج "سياق العمل المعتاد" أيضا أساسا بسيطا وشفّافا للبت في جواز بيع الموجودات الملموسة خالصة من الحقوق الضمانية. فقيام تاجر معدّات مثلا ببيع معدات إلى مُصنِّع ليستخدمها في مصنعه هو بوضوح عملية بيع لمخزونات في سياق عمل التاجر المعتاد، ويأخذ المشتري تلقائيا المعدّات 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 در عائدات من المبيعات للبائع. أما إذا قام التاجر ببيع عدد كبير من الآلات جملة لتاجر آخر، فلن يفترض أنه يبيع شيئا في سياق

عمله المعتاد. وبالمثل، فإن بيع صاحب مطبعة آلات طباعة قديمة لن يكون بدوره ضمن أعمال صاحب المطبعة المعتادة. وفي معظم الحالات، سيكون واضحا للمشتري، أو من اليسير له التأكد، ما إذا كان البيع يقع ضمن سياق عمل البائع المعتاد. ولهذه الأسباب، اعتمد الدليل نهج سياق العمل المعتاد (انظر التوصية ٧٨، الفقرة الفرعية (أ)).

٧٩- وفيما يتعلق بالبيع الذي يجري بوضوح خارج سياق العمل المعتاد للمانح، أو ما إذا كان هناك تساؤل على الأقل في ذهن المشتري، فما دامت الحقوق الضمانية للدائن خاضعة 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 تحرير الموجودات من ذلك الحق الضماني.

٨٠- 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. وسبب الذي يذكر لتبرير هذا النهج هو أن قوانين المعاملات المضمونة، في تلك الولايات القضائية، إما أنها لا تسمح بتسجيل الحق الضماني في سلعة زهيدة التكلفة أو لأن تكاليف التسجيل مرتفعة مقارنة بتكلفة السلعة وأنه ليس من العدل تحميلها لمشتري السلعة. وفي مقابل ذلك، فقد يُرى أن من المستبعد أن يعمد دائن مضمون إلى إنفاذ حقه الضماني في الموجودات الكائنة لدى المشترى إذا ما كانت زهيدة التكلفة بحق. كما إن تحديد ماهيّة الأشياء التي تكلفتها زهيدة بما يكفي لاستثنائها على هذا النحو سيؤدي إلى وضع حدود اعتباطية يتعيّن تنقيحها باستمرار تبعا لتقلبات التكلفة الناشئة عن التضخم وغيره من العوامل. ولهذه الأسباب، لا يعتمد الدليل استثناء إضافيا خاصا بالسلع الزهيدة التكلفة.

٨١- وتنشأ خيارات سياساتية أكثر صعوبة في الحالة غير الشائعة نسبيا التي تباع فيها الموجودات عدة مرات ولا يجري أي بيع في سياق العمل المعتاد للبائع. وفي بعض الدول، فإن المشتري الذي يشتري موجودات من بائع كان قد اشتراها من المانح ("المشتري النائي") يحصل عليها خالصة من الحقوق الضمانية. ويتبع هذا النهج لأنه سيكون 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، وبالتالي ليست ثمة سبب يدفعه للبحث تحت اسم المالك السابق. والمشكلة مع هذا النهج هو أنه يخلّ بموثوقية الحق الضماني الذي يمنحه البائع لأن من المحتمل بيع الموجودات دون معرفة الدائن المضمون إلى مشتر ناء إما عفوا وإما بنية مبيّتة لتجريده من الحق الضماني. ولهذا

السبب، تنص دول أخرى على أنه عندما يأخذ مشتري الموجودات ملموسة تلك الموجودات خالصة من حق ضماني منحه بائعها، فسوف يأخذها المشتري النائي أيضا خالصة من الحق الضماني. وفي هذه الدول، إذا اشترى المشتري النائي من بائع كان قد اشترى الموجودات خاضعة لحق ضماني، فسوف يحصل المشتري النائي على الممتلكات خاضعة للحق الضماني، ما لم يكن البيع النائي نفسه يقع ضمن سياق العمل المعتاد لمنشأة البائع. وحفاظا على الاتساق مع النهج المعتمد فيما يتعلق بالبيع في سياق العمل المعتاد، يوصي الدليل بأنه عندما يأخذ مشتري موجودات ملموسة تلك الموجودات خالصة من حق ضماني منحه فيها بائعها، فإن المشتري النائي يأخذها أيضا خالصة من الحق الضماني (انظر التوصية ٧٩). وإذا أخذها البائع خاضعة للحق الضماني، فسوف يأخذها المشتري النائي أيضا خاضعة للحق الضماني.

٨٢- ومن العيوب المحتملة في نهج سياق العمل المعتاد، خصوصا في التجارة الدولية، ما ينشأ في الحالات المحدودة التي لا يكون واضحا فيها للمشتري ماهيّة الأنشطة المندرجة ضمن سياق العمل المعتاد لمنشأة البائع. ورغم ذلك، فمن المرجّح جدا في أي علاقة طبيعية بين المشتري والبائع أن يكون المشتري على معرفة 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 محدودة في واقع الممارسة العملية. وعند الموازنة ترجح كفة مزايا نهج سياق العمل المعتاد على كفة عيوبه. ويسهل هذا النهج التجارة ويتيح للدائنين المضمونين وللمشترين حماية مصالح كل منهم بصورة فعّالة ومجدية التكلفة دون إخلال بالعمل على تشجيع توفير الائتمان المضمون.

ب- نهج حسن النية

٨٣- اتّبع الكثير من الدول نهوجا 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 هذه الدول، يأخذ مشتري موجودات تلك الموجودات خالصة من أي حقوق ضمانية إذا ما كان قد اشتراها بحسن نية (أي دون النظر إلى ما إذا كان البيع قد تم في سياق عمل البائع المعتاد). وقد اعتمدت الدول صيغا مختلفة لتعريف "حسن النية" لأغراض هذا الاختبار. وعلى سبيل المثال، في بعض الدول يقع على عاتق المشتري واجب التحقق مما إذا كانت الموجودات خاضعة لحق ضماني، بينما لا تفرض دول أخرى هذا الواجب على المشتري.

٨٤- ومن الحجج الداعمة لهذا النهج أن حسن النيّة مفهوم معروف في جميع النظم القانونية وأن هناك خبرة كبيرة في تطبيق هذا المفهوم على الصعيدين الوطني والدولي. وتورد حجة أخرى وهي أنه ينبغي أن يكون هناك افتراض بأن المشتري يتصرف بحسن نية ما لم يثبت العكس. وثمة حجة أخرى مؤداها أن هذا النهج يرفع عن كاهل المشتري التكلفة والوقت المتصلين بإجراء بحث في السجل. غير أن مشكلة هذا النهج هو تركيزه على معيار ذاتي متصل بمعرفة المشتري ونواياه (مما يثير أيضا مسائل استدلالية) بدلا من التركيز على التوقعات التجارية لجميع الأطراف المعنية بالمعاملة.

'٣' حقوق المستأجر

٨٥- ينشأ أحيانا نزاع على الأولوية بين حائز حق ضماني في موجودات ملموسة منحه فيها مالكها أو مؤجّرها وبين مستأجر لتلك الموجودات. والسؤال المطروح في هذا السياق ليس عن جواز حصول المستأجر بالفعل على الموجودات خالصة من الحق الضماني، بمعنى انقطاع الحق الضماني فيها. بل السؤال هو ما إذا كان الحق الضماني لا يمس بحق المستأجر في استخدام الموجودات المستأجرة بالأحكام والشروط المحدّدة في اتفاق الإيجار. والمسألة الرئيسية هي ما إذا كان من الممكن، إذا ما بدأ حائز الحق الضماني في إنفاذ حقه، أن يستمر المستأجر في استخدام الموجودات رغم هذا الإنفاذ ما دام يدفع الإيجار ويتقيد بشروط الإيجار الأخرى. والمبدأ العام الذي سبقت مناقشته أعلاه فيما يتعلق بالمشترين منطبق هنا بالمثل (انظر الفقرات ٧٠-٧٢). 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 بمقتضى عقد الإيجار.

٨٦- وعلى غرار حالة مشتري الموجودات الملموسة الخاضعة لحق ضماني سابق على الشراء، تعترف الكثير من الدول باستثناءين لهذا المبدأ العام. ولا ينقضي الحق الضماني في أي منهما. غير أن حق الدائن المضمون يقتصر، طيلة مدة عقد الإيجار، على مصلحة المؤجّر المانح في الموجودات ويجوز للمستأجر أن يستمر في التمتع باستخدام الموجودات بلا انقطاع وفقا لشروط عقد الإيجار.

٨٧- والاستثناء الأول هو أن يكون الدائن المضمون قد أذن للمانح بإبرام عقد إيجار غير متأثر بالحق الضماني. وعلى غرار حالات بيع الموجودات الملموسة، عندما يأذن دائن مضمون بعقد الإيجار، لا تكون ثمة أهمية لمعرفة المستأجر بالحق الضماني. ويعتمد الدليل هذا الاستثناء (انظر التوصية ٧٧، الفقرة الفرعية (ب)). ويتصل الاستثناء الثاني بالحالات التي

يكون فيها عمل مؤجّر الموجودات الملموسة هو تأجير الموجودات الملموسة من ذلك النوع، وأن يكون عقد الإيجار قد أبرم في سياق العمل المعتاد للمؤجر وألا يكون لدى المستأجر معرفة حقيقية بأن الإيجار يخل بحقوق الدائن المضمون بمقتضى اتفاق الضمان. وتتوافر هذه المعرفة على سبيل المثال إذا ما كان المستأجر يعلم أن اتفاق الضمان الذي أنشأ هذا الحق يمنع بوجه محدّد المانح من تأجير الموجودات. غير أن مجرّد المعرفة بوجود الحق الضماني، سواء نشأت المعرفة برؤية المستأجر إشعارا مسجّلا في نظام تسجيل الضمانات أو بوسيلة أخرى، لا يكفي لإبطال حقوق المستأجر. ويستند هذا الاستثناء إلى اعتبارات سياساتية مماثلة للاعتبارات المتصلة بالاستثناء المناظر في حالة بيع الموجودات الملموسة في سياق عمل البائع المعتاد (انظر التوصية ٧٨، الفقرة الفرعية (ب)، والفقرة ٧٣ أعلاه).

٨٨- ويجب على أي نظام فعّال للمعاملات المضمونة أن يعالج أيضا مسألة الإيجار من الباطن. ففي الحالات التي تعتبر حقوق مستأجر الموجودات 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. وحفاظا على الاتساق مع النهج المعتمد فيما يتعلق بالمعاملات في سياق العمل المعتاد، يوصي الدليل بتطبيق تلك القاعدة على حالات الإيجار من الباطن (انظر التوصية ٧٩).

'٤' حقوق المرخّص له

٨٩- إن المسائل نفسها التي سبقت مناقشتها أعلاه تنشأ أيضا في سياق ترخيص الموجودات غير الملموسة الخاضعة لحق ضماني يُنشئه مانح الترخيص، والمبدأ العام المنطبق على بيع الموجودات الملموسة وتأجيرها ينطبق أيضا على تراخيص الموجودات غير الملموسة (انظر التوصية ٧٦). ومن ثم، فإذا كان الحق الضماني في موجودات غير ملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة، فسوف يستمر في الموجودات الموجودة في حوزة الشخص المرخّص له بها ما لم ينطبق على الحالة أي من الاستثناءين التاليين (انظر التوصيتين ٧٧ و٧٨).

٩٠- والاستثناء الأول الذي يعترف به معظم الدول له فرعان يتبعان مسار القاعدة المتعلقة ببيع الموجودات الملموسة وتأجيرها. وعلى غرار عقود الإيجار، فحيثما يأذن الدائن للمرخص له، يأخذ المرخص له الموجودات خالصة من الحق الضماني وليس ثمة أهمية لما إذا كان المرخص له على معرفة بالحق الضماني. ويعتمد الدليل هذا الاستثناء (انظر التوصية ٧٧، الفقرة الفرعية (ب)).

٩١- وينشأ الاستثناء الثاني (المناظر أيضا لحالات الاستثناء المشابهة بشأن بيع الموجودات الملموسة وتأجيرها) في حالة منح ترخيص غير حصري في ممتلكات غير ملموسة حيثما كان عمل مانح الترخيص إعطاء تراخيص غير حصرية لهذه الموجودات وجرى الترخيص في سياق العمل المعتاد لمانح الترخيص و لم يكن المرخّص له على معرفة بأن الترخيص ينتهك حقوق الدائن المضمون بموجب اتفاق الضمان (انظر التوصية ٧٨، الفقرة الفرعية (ج)). وأسوة بحالات بيع الموجودات الملموسة وتأجيرها، فإن من المسلّم به بوجه عام أن هذه المعرفة تتوافر على سبيل المثال إذا ما كان الشخص المرخّص له يعلم بأن اتفاق الضمان المنشئ لهذا الحق الضماني يمنع بوجه خاص المانح من منح تراخيص في الممتلكات. غير أن مجرد المعرفة بوجود الحق الضماني، المستدل عليه من إشعار مسجّل في نظام تسجيل الضمانات، لا يكفي لإبطال حقوق الشخص المرخّص له.

٩٢- ومن المهم ملاحظة أن هذا الاستثناء الثاني يقتصر على التراخيص غير الحصرية للموجودات غير الملموسة (أي الرخص التي لا يكون المرخص له بمقتضاها هو المرخص له الوحيد والحصري لحق الملكية الفكرية المشمول بالرخصة، مثلما هو الحال في البرامجيات التي توزع على نطاق واسع) ولا ينطبق على التراخيص الحصرية. وحيثما كان المانح يعمل في مجال ترخيص الموجودات غير الملموسة، فإن الدائن المضمون الحائز للحق الضماني في الموجودات عادة ما يتوقع قيام المانح بإعطاء تراخيص غير حصرية في الموجودات لدر إيرادات. ويضاف إلى ذلك أنه من غير المعقول توقّع أن يقوم الشخص المرخّص له بمقتضى ترخيص غير حصري بالبحث في السجل العام للحقوق الضمانية من أجل التأكّد من وجود حقوق ضمانية في الممتلكات المرخّص له فيها. ومن جهة أخرى، فإن إعطاء ترخيص حصري في الموجودات ملموسة يحصل بمقتضاه الشخص المرخّص له على الحق الحصري في استخدام تلك الموجودات في شتى أرجاء العالم أو حتى في إقليم بعينه هو بوجه عام معاملة تفاوضية. وغالبا ما تخرج تلك المعاملات عن سياق العمل المعتاد لمانح الترخيص (رغم أنها قد تكون أيضا في سياق عمل مانح الترخيص المعتاد إذا كان مانح الترخيص يعمل في مجال التفاوض على منح رخص حصرية، مثلما يكون عليه الأمر في كثير من الحالات في مجال صناعة السينما على سبيل المثال). ومن المعقول في حالة الترخيص الحصري توقّع أن يبحث الشخص المرخّص له في السجل العام للحقوق الضمانية لاستبانة ما إذا كانت الموجودات المرخّص له فيها خاضعة لحق ضماني أنشأه مانح الترخيص والحصول على تنازل مناسب أو تخفيض مناسب لمرتبة الأولوية.

٩٣- وأخيرا، يجب أن يعالج أي نظام للمعاملات المضمونة حالات الترخيص من الباطن أسوةً بحالة بيع الموجودات الملموسة وتأجيرها. وعلى غرار حالات التأجير والبيع، ثمة حجة قوية تؤيد كفالة عدم تأثر الشخص المرخّص له من الباطن بأي حق ضماني ينشئه المانح الأصلي للترخيص في الحالات التي يعتبر القانون أن الحق الضماني لا يمس الترخيص نفسه فيها (انظر التوصية ٧٩).

'٥' حقوق الموهوب لهم والمنقول إليهم بوجه آخر بلا عوض

٩٤- تختلف وضعية متلقي الموجودات المرهونة على سبيل الهبة (أي بلا عوض؛ وهو عادة "الموهوب له"، وأيضا "الموصى له") بعض الاختلاف عن وضعية من يشتريها أو من تنقل إليه بوجه آخر بعوض. وحيث إن المنقول إليه لم يحصل عليها لقاء عوض، فليس هناك دليل موضوعي يثبت أنه كان يعوّل على ملكية المانح لها التي تبدو في الظاهر غير مرهونة تعويلا يضر بمصلحته. ومن ثم، ففي حالة النزاع على الأولوية بين من وهبت له موجودات وبين حائز حق ضماني فيها ممنوح من الناقل، توجد حجة قوية تؤيد إعطاء الأولوية للدائن المضمون، حتى في الظروف التي لم يكن فيها الحق الضماني نافذا على نحو آخر تجاه الأطراف الثالثة. وهناك حجة ثانية تؤيد هذا النهج، وهي أنه عندما يكون الموجود المرهون هو موضوع الهبة، لا تكون هناك "عائدات" يمكن أن ينظر إليه الدائن المضمون على أنها موجودات مرهونة بديلة. وبعض الدول تعتمد هذا النهج، في حين أن كثيرا منها تتبع القاعدة العامة وهي أن الأولوية على المطالبين الآخرين لا تكون إلا للحقوق الضمانية التي أصبحت نافذة تجاه الأطراف الثالثة. ومعنى هذا أن الحق الضماني النافذ تجاه الأطراف الثالثة يتبع الموجودات التي في يد المنقول إليه (انظر التوصية ٧٦) وتقتصر حالات الاستثناء على المنقول إليهم بعوض، مثل المشترين أو المستأجرين أو المرخَّص لهم (انظر التوصيات ٧٧-٧٩). وبتطبيق هذه القاعدة، لن يصبح الموهوب له أبدا منقولاً إليه في سياق العمل المعتاد ولن يحصل على الموجودات خالصة من أي حق ضماني إلا إذا كان هذا الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة.

(د) أولوية المطالبات ذات الأفضلية

٩٥- في كثير من الدول، وكوسيلة لتحقيق أهداف اجتماعية عامة، يعاد تكييف سمة بعض المطالبات غير المضمونة لتصبح مطالبات ذات أفضلية وتعطى لها الأولوية، في نطاق إجراءات الإعسار أو حتى خارجها، على سائر المطالبات غير المضمونة. وفي بعض الحالات

تنسحب الأولوية أيضا على المطالبات المضمونة، بما فيها المطالبات المضمونة المسجّلة من قبل. فمطالبات الموظفين بالأجور غير المدفوعة والدولة بالضرائب غير المسدَّدة، على سبيل المثال، تعطى الأولوية، في بعض الدول، على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل. ونظرا إلى اختلاف الأهداف الاجتماعية من ولاية قضائية إلى أخرى، فإن طابع هذه المطالبات على وجه الدقة وكذلك مدى الأولوية التي تمنح لها يتباينان أيضا إلى حد ما. وعلاوة على ذلك، يجب في كثير من الدول تسجيل بعض هذه المطالبات على الأقل لكي تصبح نافذة تجاه الأطراف الثالثة، في حين لا تشترط دول أخرى التسجيل لتحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

٩٦- ومزية إقرار هذه المطالبات ذات الأفضلية هي إمكانية تعزيز هدف اجتماعي ما. أما العيب الذي يمكن أن تنطوي عليه فيتوقف إلى حد كبير على مدى اشتراط تسجيلها. وعيب المطالبات التفضيلية غير المسجلة هو أنه يصعب أو يتعذر عادة على الدائنين المحتملين معرفة وجود هذه المطالبات، وهو أمر يزيد من عدم التيقن ومن ثم يُرغِّب عن الائتمان المضمون. وهذا العيب بعينه لا يؤثر في المطالبات التي تستوجب التسجيل. ومع ذلك فحتى المطالبات التفضيلية المسجَّلة يمكن أن تؤثر سلبا على توافر الائتمان المضمون وكلفته. والسبب في ذلك هو أنه لَمّا كانت هذه المطالبات تنقص من القيمة الاقتصادية للموجودات بالنسبة للدائن المضمون، فإن الدائنين يعمدون في كثير من الأحيان إلى تحميل المانح العبء الاقتصادي لتلك المطالبات، وذلك بزيادة سعر الفائدة أو بخصم المبلغ المقدّر لتلك المطالبات من الائتمان المتاح.

٩٧- وتحاشيا للترغيب عن الائتمان المضمون، خفض كثير من الدول في الآونة الأخيرة من عدد المطالبات التفضيلية التي تعطى لها الأولوية على الحقوق الضمانية القائمة. والاتجاه السائد في التشريعات الحديثة هو ألاّ تنشأ هذه المطالبات إلا عند انعدام وسيلة فعّالة أخرى لتلبية الهدف الاجتماعي المنشود أصلا. ففي بعض الولايات القضائية، مثلا، تتحقق حماية العائدات الضريبية بتوفير حوافز تدفع مديري الشركات إلى معالجة المشاكل المالية بسرعة وإلاّ تعرضوا للمساءلة الشخصية، بينما تكون المطالبات المتعلقة بالأجور محمية من خلال صندوق عمومي. وعلاوة على ذلك، سعى كثير من الدول أيضا إلى الحد من أثر المطالبات التفضيلية على توافر الائتمان المضمون بفرض حد أقصى على المبلغ الذي يمكن أن يسدد للمطالب ذي الأفضلية أو نسبة من المبلغ المحقق عند الإنفاذ يمكن أن تستخدم للسداد إليه.

٩٨- وفي حال السماح بوجود مطالبات تفضيلية، ينبغي أن تكون القوانين التي ترسي تلك المطالبات واضحة وشفافة بما يكفي لتمكين الدائن من حساب المقدار المحتمل للمطالبات المفضلة مقدّما ومن حماية نفسه. وقد حقّقت بعض الدول ذلك الوضوح وتلك

الشفافية بإدراج جميع المطالبات التفضيلية في قانون واحد أو في مرفق للقانون. وحقّقت دول أخرى هذه النتيجة باشتراط تسجيل المطالبات التفضيلية في سجل عمومي، وبعدم إعطاء تلك المطالبات الأولوية إلا على الحقوق الضمانية المسجّلة بعد ذلك. غير أنه عندما تعتمد الدول هذا النهج الثاني، تزول معظم الأسباب الجوهرية الكامنة وراء المطالبات التفضيلية. وذلك لأن عددا من هذه المطالبات تنشأ قبيل إجراءات الإعسار ومن ثم من غير المرجح نشوء ائتمان مضمون بعد تسجيلها. ويسعى الدليل إلى تحقيق التوازن فيما يتعلق بالمطالبات ذات الأفضلية لا بالتوصية بتسجيلها، بل بالتوصية بأن يحد القانون من هذه المطالبات نوعاً ومقداراً على السواء، وبأن توصف هذه المطالبات التفضيلية في القانون، طالما وجدت، بطريقة واضحة ومحددة بما يكفي لتمكين الدائنين المضمونين المحتملين من تقييم ما إذا كانوا سيقدمون الائتمان للمانح أو لا (انظر التوصية ٨٠).

(هـ) أولوية حقوق الدائنين بحكم القضاء

٩٩- تتمثل القاعدة العامة في نظم المعاملات المضمونة المعاصرة في إعطاء الأولوية للحق الضماني النافذ تجاه الأطراف الثالثة على حقوق الدائنين غير المضمونين. غير أنه يجوز في بعض الدول، كما وردت مناقشة ذلك في الفقرة [...] أعلاه، أن يحصل صاحب مطالبة غير مضمونة على حق في موجودات مدين بالحصول على حكم قضائي أو أمر مؤقت من محكمة ضد المدين وتسجيل الحكم القضائي أو أمر المحكمة المؤقت في سجل الحقوق الضمانية العام، ويحوّل بذلك مطالبة غير مضمونة إلى مطالبة مضمونة ترتب حسب قواعد الأولوية العادية. وتذهب بعض هذه الدول إلى أبعد من ذلك فتنص على أنه عندما يتخذ الدائن غير المضمون الخطوات التي يشترطها القانون الواجب التطبيق للحصول على حكم قضائي أو أمر مؤقت من محكمة، فإن الحقوق الامتلاكية التي يتمسك بها يمكن في الواقع أن تكون لها الأولوية على مطالبات معيّنة من جانب الدائن المضمون السابق. ويميز القانون بين هؤلاء الدائنين والدائنين غير المضمونين الآخرين بسبب حرصهم على القيام بكل ما في استطاعتهم، بتكلفة كبيرة في كثير من الأحيان، لمتابعة مطالبتهم ضد مدينيهم. وتسهيلا للإحالة، يستخدم مصطلح "حكم القضاء" أدناه للإشارة إلى حكم قضائي وأمر مؤقت من محكمة على السواء، ويستخدم مصطلح "الدائن بحكم القضاء" للإشارة إلى الدائن الذي حصل على حكم أو أمر قضائي تجاه مدين.

١٠٠- وهذه النتيجة لا تجحف بحق الدائنين العامين غير المضمونين الآخرين لأنهم يتمتعون بنفس الحقوق في تحويل مطالباتهم إلى أحكام قضائية ولكنهم لم ينفقوا وقتا أو يصرفوا

نفقات للقيام بذلك. ومع هذا، فتحاشيا لإعطاء الدائنين بحكم القضاء سلطات مفرطة في النظم القانونية التي يجوز فيها حتى لدائن واحد أن يبدأ إجراءات الإعسار، 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 إجراءات إعسار المدين حق ملكية الدائن بحكم القضاء أو لا تعترف به.

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

١٠٢- وتسعى كثير من الدول إلى تحقيق هذا التوازن بإعطاء أولوية للحق الضماني عموما على حق ملكية الدائن بحكم القضاء في الموجودات المرهونة طالما أن الحق الضماني أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن ينشأ حق ملكية الدائن بحكم القضاء. وهذا هو المبدأ العام الذي اعتمده الدليل (انظر التوصية ٨١).

١٠٣- وفي الدول التي تسعى إلى حماية حقوق الدائنين بحكم القضاء، يوجد عادة استثناء لهذه القاعدة وقيدان عليها. وعموما ينشأ استثناء لحقوق الدائنين بحكم القضاء في حال وجود حقوق ضمانية احتيازية في الموجودات المرهونة غير المخزونات أو السلع الاستهلاكية. وتُمنح الأولوية للحق الضماني الاحتيازي حتى وإن لم يكن نافذا وقت حصول الدائن بحكم القضاء على حقوق في الموجودات المرهونة، طالما أصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة في غضون فترة السماح المنطبقة المنصوص عليها للحقوق الضمانية من هذا القبيل. وانتهاج قاعدة مناقضة من شأنه أن يعرض لمخاطر غير مقبولة مقدّمي تمويل الاحتياز الذين قدّموا بالفعل الائتمان قبل حصول الدائن بحكم القضاء على حق ملكيته، مما يرغِّب عن تمويل الاحتياز (انظر التوصية ١٧٩).

١٠٤- أما القيدان اللذان يحدان من القاعدة المذكورة أعلاه فيتصلان بالقيود المفروضة على مقدار الائتمان الذي يُعطي الأولوية. والقيد الأول نابع من ضرورة حماية الدائنين المضمونين الحاليين من تقديم سلف إضافية بناء على قيمة موجودات خاضعة لحقوق قائمة بحكم القضاء. وينبغي وجود آلية لإشعار الدائنين بالحقوق القائمة بحكم القضاء. وفي الكثير من

الولايات القضائية التي يوجد فيها نظام تسجيل، 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 استلام الدائن إشعارا بحق الدائن بحكم القضاء في الموجودات المرهونة)، لكي يتسنى للدائن اتخاذ خطوات لحماية حقوقه تبعا لذلك. وكلما ضاق الوقت المتاح للدائن المضمون الحالي للتصرف حيال وجود الحقوق القائمة بحكم القضاء وكلما قلت علنية هذه الحقوق القائمة بحكم القضاء، زاد التأثير السلبي لاحتمال وجودها على توافر الائتمان وكلفته في سياق المعاملات الائتمانية التي تنص على تقديم الائتمان في فترات مختلفة بعد إبرام اتفاق الائتمان ("سلف آجلة").

١٠٥- ويوصي الدليل بضرورة إشعار الدائن المضمون المسجّل وبأن تقتصر أولوية أي حق ضماني على الائتمان المقدّم من الدائن المضمون خلال عدد معيّن من الأيام (مثلا، ٣٠-٦٠ يوما) بعد إشعاره بوجود حق الدائن بحكم القضاء (انظر التوصية ٨١، الفقرة الفرعية (أ)). ورغم أن هذا القيد يفرض التزاما على الدائن بحكم القضاء بإشعار الدائن المضمون، فإن هذا الالتزام لا يمثّل بوجه عام عبئا مفرطا على الدائن بحكم القضاء ويعفي الدائن المضمون من واجب البحث بصورة متواترة عن الأحكام الصادرة في حق المانح (وهو التزام أشد وطأة وأعلى كلفة بكثير)، وهي كلفة يحمَّلها المانح تقريبا في جميع الأحوال. 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، وهو ما قد يثير صعوبات في وجه المانح، بل ربما يجره إلى دائرة الإعسار.

١٠٦- ويتصل القيد الثاني بالسلف الآجلة. إذ 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 بمقدار محدد أو يمكن تحديده وفق صيغة معيّنة.

١٠٧- والأساس المنطقي لهذه القاعدة هو أن من غير المنصف حرمان الدائن المضمون الذي أبدى التزاما قاطعا بتقديم ائتمان من الأولوية التي اعتمد عليها عندما دخل في الالتزام. أما الحجة المقابلة فهي أن وجود حكم قضائي أمر يشكل، في إطار الكثير من التسهيلات الائتمانية، حالة تقصير تخول الدائن المضمون الحق في وقف تقديم ائتمان إضافي. غير أن

وقف تقديم الائتمان قد لا يمثّل حماية كافية للدائن المضمون وقد يكون مضرا بأطراف أخرى كذلك. فعلى سبيل المثال، قد يضطر المانح، نتيجة فقدان الائتمان فجأة بسبب الحكم القضائي، إلى مباشرة إجراءات الإعسار، مما يفضي لا إلى خسارة الدائن المضمون والدائنين الآخرين فحسب، بل إلى احتمال تدمير أعمال المانح أيضا. ويحسم الدليل هذا النزاع على الأولوية لصالح الاستمرار في تقديم الائتمان في إطار تسهيلات ائتمانية قاطعة من أجل إتاحة استمرار أعمال المانح (مما يهيّئ فرصة كبرى للمانح كي يسدد جميع التزاماته) (انظر التوصية ٨١، الفقرة الفرعية (ب)).

(و) أولوية حقوق الأشخاص الذين يقدّمون خدمات بشأن الموجودات المرهونة

١٠٨- في كثير من الدول، يحصل الدائنون الذين قدّموا خدمات بشأن الموجودات الملموسة المرهونة أو أضافوا قيمة لها بطريقة ما، من قبيل التخزين أو الإصلاح أو النقل، على حق ملكية فيها. وفي بعض الدول يمكن أن يتطور هذه الحق إلى حق ضماني كامل الأركان يتيح لمقدم الخدمات إنفاذ مطالبته كما لو كانت حقا ضمانا. وفي دول أخرى، يكون هذا الحق مجرد حق في رفض تسليم الموجودات لأي شخص يسعى إلى تسلمها. وبصرف النظر عن طبيعة حق مقدم الخدمات، لا يمكن المطالبة به في هذه الدول إلا في الفترة التي تظل فيها الموجودات في حوزة مقدم الخدمات.

١٠٩- ومزية هذه المعاملة التي لُخُصَّ بها مقدمو الخدمات هي حثُّهم على مواصلة تقديم الخدمات وتسهيل صيانة الموجودات المرهونة وحفظها. وفي معظم الدول، تعطى الأولوية لحق مقدّمي الخدمات على جميع الحقوق التي يمكن المطالبة بها في الموجودات التي في حوزتهم. وبوجه خاص، يُقدم هذا الحق على أي حق ضماني آخر في تلك الموجودات، بصرف النظر عن التاريخين اللذين يصبح فيهما كل من الحقين نافذا تجاه الأطراف الثالثة. والأساس المنطقي الذي تستند إليه قاعدة الأولوية هذه هو أن مقدّمي الخدمات ليسوا من المموّلين المحترفين وينبغي إعفاؤهم من البحث في السجلات للتأكد من وجود حقوق ضمانية منازعة قبل تقديم الخدمات. وعلاوة على ذلك، فإن هذه القاعدة تسهّل تقديم خدمات من قبيل التخزين والإصلاح وسائر التحسينات التي تفيد عادة الدائنين المضمونين، وكذلك المانحين.

١١٠- ويُثار تساؤل حول ما إذا كان ينبغي الحد من مقدار الأولوية المعطاة لمقدّمي الخدمات أو عدم الاعتراف بها إلا في أحوال معيّنة. ومن النهوج المتّبعة في هذا الشأن حصر أولويتهم في نطاق مبلغ معيّن (مثل إيجار شهر واحد في حالة ملاك العقارات) وعدم الاعتراف بأولويتهم على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل ما لم تكن هناك قيمة مضافة

تعود بالفائدة مباشرة على حائزي الحقوق الضمانية الموجودة من قبل. ومزية هذا النهج عدم الحد من حقوق الدائنين المضمونين دون داع. ولكن عيبه أنه لا يحمي مقدّمي الخدمات الذين لم يضيفوا قيمة. وعلاوة على ذلك، يستلزم تحديد مقدار القيمة التي يضيفها مقدّمو الخدمات، وهو شرط قد يضيف تكاليف ويفتح باب التقاضي.

١١١- ومن النهوج الأخرى حصر أولوية مقدّمي الخدمات في نطاق القيمة المعقولة للخدمات المقدّمة. ويعكس هذا النهج توازنا عادلا وفعّالا بين المصالح المتنازعة. ويكفل قسطا معقولا من الحماية لمقدّمي الخدمات بينما يجنِّب الخوض في المسائل الصعبة المتعلقة بإثبات القيمة النسبية للموجودات المرهونة قبل تقديم الخدمات وبعده. وحيث إن القيمة المعقولة للخدمات تستند إلى حساب يمكن التحقق منه بصورة مقارنة وعلنية، فإن هذا النهج يقلل أيضا إلى أدنى حد التكاليف المقترنة بالمطالبة بالحق. ولهذا السبب، كان هذا هو النهج الذي أوصى به الدليل (انظر التوصية ٨٢).

(ز) أولوية حق المورّد في المطالبة بالاسترداد

١١٢- في بعض الدول، يمكن أن يُعطي القانون المورّد الذي يبيع موجودات ملموسة بائتمان غير مضمون الحق في استرداد الموجودات الملموسة من المشتري في حالة تقصيره أو إعساره ماليا (ممَّا قد يكون أو لا يكون مقترنا بإجراءات الإعسار من جانب المانح)، في غضون فترة زمنية محدّدة، تُعرف اصطلاحا بـ"فترة المطالبة بالاسترداد". وإذا ما بدأت إجراءات إعسار بشأن المشتري، يقرّر قانون الإعسار المنطبق الحد الذي تقف عنده حقوق المطالبين بالاسترداد أو تتأثر على نحو آخر (انظر التوصيات ٣٩-٥١ من دليل الأونسيترال للإعسار).

١١٣- ويثار تساؤل هام عما إذا كان ينبغي إعطاء الأولوية للمطالبة باسترداد موجودات ملموسة محدّدة على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل في نفس الموجودات، سواء في سياق الإعسار أو خارجه. والتساؤل المطروح، بعبارة أخرى، هو ما إذا كان ينبغي، في حال كون موجودات المشترى (بما فيها الموجودات المطلوب استردادها) خاضعة لحق ضماني، أن تعاد الموجودات المطالب باستردادها إلى البائع خالصة من هذا الحق الضماني. في بعض الدول، يكون للمطالبة بالاسترداد أثر رجعي، بما يعيد البائع إلى نفس الوضع الذي كان عليه قبل البيع (أي حيازة الموجودات التي لم تكن خاضعة لأي حقوق ضمانية لصالح دائني المشتري). ولكن في دول أخرى تظل الموجودات خاضعة للحقوق الضمانية القائمة من قبل بشرط أن يكون الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن يمارس المورّد حقه في المطالبة باستردادها. والأساس المنطقي لهذا النهج هو أن حائزي هذه الحقوق الضمانية يكونون على

الأرجح قد اعتمدوا عند تقديم الائتمان على وجود الموجودات التي يطالب باستردادها. ثم إنه إذا أعطيت حقوق الاسترداد الأولوية في هذه الحالة، فكثيرا ما يكون رد ممولي حيازة المخزونات هو تخفيض مقدار الائتمان المقدم للمانح "بالتحسب" لمطالبات الاسترداد المحتملة.

١١٤- وعندما تشترع الدول نظاما حديثا للمعاملات المضمونة من النوع المرتأى في الدليل، يتأتى للبائع حماية نفسه بالحصول على حق ضماني حيازي في الموجودات، ومن ثم يمكن أن تتحقق بوسائل أخرى السياسة العامة المطلوب تعزيزها بمنح حقوق الاسترداد. وتبعا لذلك، يوصي الدليل بألا تعطى الأولوية لحقوق الاسترداد ما لم تمارس قبل أن يصبح حق ضماني منازع نافذا تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ٨٣).

(ح) أولوية الحق الضماني في الملحقات

١١٥- في كثير من الأحيان يمكن أن تصبح الموجودات الملموسة ملحقات لموجودات ملموسة أخرى (منقولة كما في حالة الإطارات الملحقة بالمركبات الطرقية أو غير منقولة كما في حالة مواقد الزينة أو الشمعدانات أو الأفران الملحقة بالمباني). وفي هذه الحالات، يمكن في الغالب أن ينجم تنازع بين الحقوق الضمانية المنشأة في الملحقات والحقوق الضمانية في الموجودات التي أضيفت إليها هذه الملحقات. وتراعى اعتبارات سياساتية مختلفة عند تحديد كيفية البت في الأولوية النسبية لهذه الحقوق بين ملحقات الممتلكات غير المنقولة وملحقات الموجودات المنقولة.

'١' أولوية الحق الضماني في ملحقات الممتلكات غير المنقولة

١١٦- يجب أن يتضمن أي نظام للمعاملات المضمونة أيضا، طالما كان يسمح بإنشاء حقوق ضمانية في ملحقات ممتلكات غير منقولة (وفق ما يوصي به الدليل؛ انظر التوصية ٢١) قواعد تحكم الأولوية النسبية لحائز الحقوق الضمانية في ملحقات ممتلكات غير منقولة إزاء حائزي الحقوق المتعلقة بالممتلكات غير المنقولة ذات الصلة. وتراعي قواعد الأولوية هذه في المقام الأول تجنّب الإخلال بلا داع بالمبادئ الراسخة لقانون الممتلكات غير المنقولة.

١١٧- ويتعين أن تعالج قواعد الأولوية هذه عددا من النزاعات المختلفة على الأولوية. أولها النزاع بين الحق الضماني في ملحق (أو أي حق آخر في ملحق مثل حق المشتري أو المستأجر) الذي ينشأ ويصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الممتلكات غير المنقولة وبين الحق الضماني في ملحق الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب نظام المعاملات المضمونة الذي يحكم الممتلكات المنقولة. ومراعاة لقانون الممتلكات غير المنقولة، تُعطى

معظم الدول في هذه الحالة الأولوية للحق الذي أنشئ وأصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بموجب قانون الممتلكات غير المنقولة. ولأجل المحافظة على موثوقية سجل الممتلكات غير المنقولة، يعتمد الدليل أيضا هذا الموقف (انظر التوصية ٨٤).

١١٨- وقد ينشأ نوع ثان من النزاع على الأولوية بين حق ضماني في موجودات مرهونة تكون إما ملحقة لممتلكات غير منقولة وقت نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة، أو تصبح ملحقا لممتلكات غير منقولة فيما بعدُ، عندما يصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيله في سجل الممتلكات غير المنقولة، وبين حق ضماني (أو حق آخر مثل حق المشتري أو المؤجّر) في الممتلكات غير المنقولة ذات الصلة. وفي هذه الحالات، تحدد الأولوية حسب ترتيب التسجيل في سجل الممتلكات غير المنقولة. ومرة أخرى يتمثل الأساس المنطقي في المحافظة على موثوقية سجل الممتلكات غير المنقولة، وهو الأساس المنطقي الذي يستند إليه أيضا الموقف الذي يعتمده الدليل (انظر التوصية ٨٥).

١١٩- وهناك نوع ثالث من النزاع على الأولوية يمكن أن ينشأ بين حق ضماني حيازي في موجودات مرهونة أصبحت ملحقات لممتلكات غير منقولة، وبين رهن في الممتلكات المنقولة. ومن أجل تعزيز تمويل احتياز الملحقات، يوصي الدليل بإعطاء الأولوية للحق الضماني الحيازي في الموجودات المرهونة التي تصبح ملحقات (انظر التوصية ١٨٠؛ وبموجب التوصية ١٩٢، ينطبق المبدأ نفسه أيضا على الحالات التي يتمتع فيها ممول الاحتياز في النظام غير الموحد بحق الاحتفاظ بالملكية أو حق الإيجار التمويلي).

'٢' أولوية الحق الضماني في ملحقات الموجودات المنقولة

١٢٠- يمكن أن تثار أنواع شتى من النزاعات على الأولوية بشأن الحقوق الضمانية في موجودات أصبحت فيما بعد ملحقات لموجودات منقولة. ومن هذه الأنواع من النزاعات النزاع الذي يمكن أن يثار بين حقين ضمانيين في موجودات أصبحت فيما بعد ملحقات لموجود منقول واحد أو أكثر. ويمكن أن يثار نزاع آخر على الأولوية بين حق ضماني في موجود أصبح فيما بعد ملحقا لموجود منقول وحق ضماني في الموجود المنقول ذي الصلة الذي أضيف إليه الملحق عندما يكون الحقّان معا مسجلين في سجل الحقوق الضمانية العام. وفي هذه الحالات، يمكن تحديد الأولوية تبعا لترتيب التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصية ١٧٣). ويمكن أن ينشأ نوع ثالث من النزاع على الأولوية بين حق ضماني في موجود أصبح فيما بعد ملحقا عندما يُجعل هذا الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بتسجيله في سجل متخصص أو التأشير بشأنه في شهادة ملكية، وحق ضماني في الموجود

المنقول ذي الصلة سجِّل في سجل الحقوق الضمانية العام. وفي هذه الحالة، تعطى الأولوية للحق الأول اعتبارا للسياسة العامة المؤيدة للمحافظة على سلامة السجلات المتخصصة ونظم التأشير في سندات الملكية (انظر التوصية ٧٤، الفقرة الفرعية (أ)). والنوع الرابع من النزاع على الأولوية هو الذي يمكن أن ينشأ بين حقين ضمانيين في موجودات أصبحت فيما بعد ملحقات لموجود منقول واحد أو أكثر عندما يُجعل الحقّان معا نافذين تجاه الأطراف الثالثة بتسجيلهما في سجل متخصص أو التأشير بشأنهما في شهادة ملكية. أما النوع الخامس من النزاع على الأولوية فهو الذي يمكن أن ينشأ بين حق ضماني في موجود أصبح فيما بعد ملحقا وحق ضماني في الموجود المنقول ذي الصلة الذي أضيف إليه الملحق عندما يجعل الحقّان معا نافذين تجاه الأطراف الثالثة بتسجيلهما في سجل متخصص أو التأشير بشأنهما في شهادة ملكية. وفي هذه الحالات، تحدد الأولوية حسب وقت إجراء هذا التسجيل أو التأشير (انظر التوصية ٧٤، الفقرة الفرعية (ب)، والتوصية ٨٦).

(ط) أولوية الحق الضماني في كتلة بضاعة أو منتج، المتفرع عن حق ضماني في موجودات مجهزة أو ممزوجة

١٢١- كثير من أنواع الموجودات الملموسة معدَّة لتكون مصنَّعة أو محولة أو ممزوجة بموجودات ملموسة أخرى من نفس النوع. ومن هنا يمكن أن تنشأ ثلاثة أنواع من المنازعات على الأولوية تتطلب قواعد خاصة. وهذه الأنواع الثلاثة هي: (أ) المنازعات بين الحقوق الضمانية المأخوذة في نفس عناصر الموجودات الملموسة التي تصبح في نهاية المطاف ممزوجة في كتلة بضاعة أو منتج (مثلا، السكر والسكر؛ والزيت والزيت؛ والحبوب)؛ (ب) والمنازعات بين الحقوق الضمانية المأخوذة في موجودات ملموسة مختلفة تصبح آخرَ الأمر جزءا من كتلة بضاعة أو منتج (مثلا، السُكَّر والدقيق؛ والألياف الزجاجية وراتينج البوليستير، والقماش والأصباغ في النسيج)؛ و(ج) المنازعات بين حق ضماني مأخوذ أصلاً في موجودات ملموسة منفصلة وحق ضماني في كتلة البضاعة أو المنتج (مثلا، السكر والكعك، والألياف الزجاجية والأثاث، والقماش والسراويل). وترد أدناه مناقشة كل من هذه المنازعات الممكنة.

'١' أولوية الحقوق الضمانية المأخوذة في نفس الموجودات الملموسة التي تكون ممزوجة في كتلة بضاعة أو منتج

١٢٢- تنص الدول عادة على أن الحقوق الضمانية غير الحيازية المأخوذة في نفس الموجودات الملموسة التي تصبح ممزوجة تظل قائمة بعد مزج هذه الموجودات في كتلة البضاعة أو المنتج وتحتفظ تجاه بعضها البعض بنفس الأولوية التي كانت لها قبل مزجها. والأساس المنطقي لهذه القاعدة هو أن مزج موجودات ملموسة في كتلة بضاعة أو منتج لا ينبغي أن يؤثر على حقوق الدائنين المعنيين الذين لهم حقوق ضمانية متنازعة في الموجودات الملموسة المنفصلة. وينبغي أن يظل وضعها كما هو تجاه بعضها البعض. وبطبيعة الحال، لا يمكن في هذه الحالات أن يتجاوز المبلغ الإجمالي المتاح للوفاء بمطالبات هؤلاء الدائنين المضمونين قيمة الموجودات التي رهنتها هذه الحقوق الضمانية المتنازعة قبيل أن تصبح ممزوجة في كتلة بضاعة أو منتج (انظر التوصية ٢٢). ويوصي الدليل بهذا المبدأ أيضا (انظر التوصية ٨٧).

'٢' أولوية الحقوق الضمانية المأخوذة في موجودات ملموسة تصبح جزءا من كتلة بضاعة أو منتج

١٢٣- إذا ظلت الحقوق الضمانية المأخوذة في موجودات ملموسة مختلفة أصبحت في النهاية جزءا من كتلة بضاعة أو منتج قائمةً في هذه الكتلة أو المنتج، تصبح القضية هي كيفية تحديد القيمة النسبية للحقوق التي يمكن أن يطالب بها كل دائن. ولقد اتبعت الدول نهوجا كثيرة للبت في هذه المسألة، بحسب الكيفية التي تقرر بها نطاق حقوق الدائن المضمون في كتلة البضاعة أو المنتج. ويوصي الدليل بأن يحق للدائنين المضمونين أن يتقاسموا القيمة القصوى الإجمالية لحقوقهم الضمانية في كتلة البضاعة أو المنتج حسب نسبة قيمة الموجودات المرهونة بالحقوق الضمانية لكل منهم قبيل تصنيع جميع العناصر أو دمجها في القيمة في ذلك الوقت (انظر التوصية ٢٢). وباستخدام مثال الكعكة، إذا كانت قيمة السكر ٢ وقيمة الدقيق ٥، بينما قيمة الكعكة، بعد خَبزها هي ٨، يحصل الدائنان على ٢ و٥، على التوالي، على ألاّ ينال أي من الدائنين المضمونين أكثر من مقدار التزامه المضمون. وبالمقابل، إذا كانت قيمة السكر هي ٢ وقيمة الدقيق ٥، بينما قيمة الكعكة بعد خبزها هي ٦، يحصل الدائنان على سُبعي وخمسة أسباع الستة، على التوالي. وفي هذه الحالة يتكبد كل دائن انخفاضا متناسبا.

١٢٤- ويستنتج من ذلك أنه يحق لأي دائن في هذه الأنواع من الحالات أن يطالب بأولويته قبل التصنيع في حصة المنتج النهائي التي تمثل قيمة الجزء الذي أخذ عليه ضمانا. ومعنى هذا

أنه إذا كانت المطالبة المضمونة لدائن مضمون أقل من قيمة الجزء الذي يعود إليه والمطالبة المضمونة لدائن مضمون آخر أكبر من قيمة الجزء الذي يعود إليه، فلا يمكن للدائن المضمون الثاني أن يطالب بحق الأولوية في فائض القيمة الناتج عن حصة الدائن المضمون الأول. وتحاشيا لهذه القيود، يصوغ كثير من الدائنين المضمونين اتفاقات ضمانية تنص على أن الموجودات المرهونة لا تقتصر على العناصر المكونة لها فحسب، بل تشمل أيضا أي كتلة أو منتج يصنع من هذه العناصر. غير أن الدول عادة ما تتبع صيغة التقييم النسبية المبينة أعلاه لتحديد حقوق الدائنين المضمونين الذين لهم حقوق ضمانية في عناصر مختلفة من كتلة بضاعة أو منتج، وهذا أيضا هو النهج الذي أوصى به الدليل (انظر التوصية ٨٨).

'٣' أولوية الحق الضماني المأخوذ أصلاً في موجودات ملموسة إزاء الحق الضماني في كتلة البضاعة أو المنتج

١٢٥- والنوع الثالث من التنازع التي يتعين على الدول حسمه هو التنازع بين الحقوق الضمانية في موجودات ملموسة أصبحت جزءا من كتلة بضاعة أو منتج والحقوق الضمانية المأخوذة في الكتلة أو المنتج نفسه. وتتخذ الدول عموما موقفا مفاده أن قواعد الأولوية العادية تسري على هذا التنازع. فمثلا، إذا كان للدائن المضمون ألف حق ضماني في السكر قُدِّم بشأنه إشعار مسجل في ١ كانون الثاني/يناير، وكان للدائن المضمون باء حق ضماني في الكعكات الحالية والمقبلة قُدِّم بشأنه إشعار مسجل في ١ شباط/فبراير، فإن الدائن المضمون ألف يحظى بالأولوية مع مراعاة القيد المنصوص عليه في التوصية ٢٢، وهو أن حقه الضماني ينحصر في قيمة الموجودات قبيل أن تصبح جزءا من كتلة البضاعة أو المنتج. وبالمقابل، إذا كان للدائن المضمون ألف حق ضماني في السكر قدم بشأنه إشعار مسجل في ١ شباط/فبراير، وكان للدائن المضمون باء حق ضماني في الكعكات الحالية والمقبلة قدم بشأنه إشعار مسجل في ١ كانون الثاني/يناير، فإن الدائن المضمون باء هو الذي يحظى بالأولوية.

١٢٦- غير أن هناك استثناء واحدا لهذا المبدأ ينشأ عندما يكون الدائن المضمون الذي أخذ ضمانا في أحد عناصر الموجود مموِّلَ احتياز (انظر الفصل الحادي عشر بشأن تمويل الاحتياز). وفي هذه الحالات، ومسايرةً للنهج العام في تناول ممولي الاحتياز، عادة ما تعطي الدول للحق الضماني الاحتيازي أولوية على جميع الحقوق الضمانية في كتلة البضاعة أو المنتج تنسحب على الموجودات المقبلة. وحفاظا على نظام متسق يشجع على توافر الائتمان لتمويل احتياز الموجودات الملموسة، يوصي الدليل أيضا باعتماد هذا المبدأ (انظر التوصية ٨٩).

٥- نطاق قواعد الأولوية وتفسيرها

(أ) عدم الاعتداد بالمعرفة بوجود الحق الضماني

١٢٧- من السمات الرئيسية لأي نظام معاصر للمعاملات المضمونة أنه يستند في تحديد الأولوية، بصرف النظر عن الأساس الذي يُعتمد في هذا التحديد، إلى وقائع موضوعية (مثل تسجيل إشعار أو حيازة أو اتفاق سيطرة أو تأشير في شهادة ملكية). ولكي يضمن نظام الأولوية هذا توافر الشعور باليقين، فلا بد أن تشكل هذه الوقائع الموضوعية وسائل حصرية لتحديد الأولوية. وهذا هو السبب في أن ترتيب الأولوية كما يحدد بتاريخ تسجيل إشعار أو حيازة دائن، على سبيل المثال، ينطبق في معظم الدول التي قامت بتحديث نظامها للحقوق الضمانية، حتى وإن اكتسب دائن أو مطالب منازع آخر في مرحلة لاحقة حقوقه وهو على معرفة بوجود حق ضماني لم يكن حينئذ مسجلا أو نافذا بوجه آخر تجاه الأطراف الثالثة.

١٢٨- ويستند الأساس المنطقي لهذه القاعدة إلى افتراض أنه كثيرا ما يصعب إثبات معرفة الشخص بواقعة معيّنة في وقت معيّن. وينطبق هذا بوجه خاص على الشركات أو الهيئات الاعتبارية الأخرى التي لديها موظفون كثيرون. فقواعد الأولوية المعتمدة على المعرفة غير الموضوعية تفسح المجال لتعقيد تسوية النزاعات، مما يقلل من مدى اليقين من رتبة أولوية الدائنين المضمونين، ويحدّ بالتالي من كفاءة النظام وفعاليته. وقد يبدو غريبا أن تعطى الأولوية لدائن يعلم بوجود حق ضماني أنشأه المانح بالفعل، غير أن إسناد الأولوية إلى ترتيب واقعة قابلة للتحقق العلني أصبحت من خلالها حقوق الدائن نافذة تجاه الأطراف الثالثة أمر يضمنُ توافر اليقين في العلاقات بين مطالبين منازعين محتملين. وهذا الاعتبار يؤيد التوصية الواردة في الدليل بعدم الاعتداد بمجرد معرفة وجود الحق الضماني لتحديد الأولوية (انظر التوصية ٩٠).

١٢٩- ومع هذا، فمن المهم التمييز بين المعرفة بمجرد وجود حق ضماني والمعرفة بانتهاك معاملة معيّنة حقوقَ الدائن المضمون. فمعرفة المشتري بوجود حق ضماني غير مسجل، على سبيل المثال، لن تخل بنظام الأولوية المقرَّر للحقوق المسجلة. وعلى نقيض ذلك، إذا عرف المشتري أيضا أن الموجود التي اكتسبه يجري بيعه انتهاكا للشروط المحددة المنصوص عليها في اتفاق ضماني (مثل حظر حق المانح في بيع الموجودات المرهونة) فيمكن أن يستنتج ذلك آثاراً قانونية كبيرة (مثل اكتساب حق الملكية في الموجودات خاضعة للحقوق الضمانية القائمة؛ انظر الفقرات ٧٠-٧٢ أعلاه؛ وانظر أيضا التوصية ٧٨، والتوصية ٩٨، والفقرة الفرعية (ب) والتوصيتين ١٠٢ و١٠٣).

(ب) حرية التعاقد فيما يتعلق بالأولوية: تخفيض رتبة الأولوية

١٣٠- يقرر نظام الأولوية في معظم الدول القواعد التي تنطبق ما لم تعدِّلها الأطراف المتأثرة تحديدا. وبعبارة أخرى، تنص معظم الدول على أنه يمكن للدائن المضمون أن يقوم في أي وقت، إما من جانب واحد وإما بموجب اتفاق، بتخفيض رتبة أولوية حقه الضماني لصالح حق مطالب منازع في الحال أو في المستقبل. فعلى سبيل المثال، يمكن أن يوافق المقرض ألف، الذي له حق ضماني من الدرجة الأولى من الأولوية في جميع موجودات المانح الحالية والمكتسبة لاحقا، على السماح للمانح بأن يعطي حقا ضمانيا من الدرجة الأولى من الأولوية في موجودات معيّنة (مثل قطعة معدات) إلى المقرض باء لكي يتسنى للمانح الحصول على تمويل إضافي من المقرض باء استنادا إلى قيمة ذلك الموجود. والاعتراف بصحة تخفيض رتبة أولوية الحقوق الضمانية يجسّد سياسة عامة راسخة (انظر، مثلا، المادة ٢٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات). واتساقا مع الاعتراف الواسع النطاق بجدوى اتفاقات تخفيض رتبة الأولوية، يوصي الدليل بالسماح بها (انظر التوصية ٩١).

١٣١- غير أن تخفيض رتبة الأولوية لا يمكن أن يمس حقوق أي مطالب منازع دون موافقته. ومن ثم، فلا يمكن أن يؤثر اتفاق لتخفيض رتبة الأولوية سلبا على أولوية أي دائن مضمون ليس طرفا فيه. وهذا يعني أن تخفيض رتبة الأولوية، في الدول التي تلزم الدائنين بأن يشيروا في الإشعار المسجل إلى المبلغ الأقصى الذي منح من أجله حق ضماني (انظر التوصية ٥٧، الفقرة الفرعية (د))، ينحصر في القيمة المبينة للحق الذي هو أعلى رتبة. وعليه، إذا حصر المقرض ألف حقه الضماني في مبلغ مقداره ١٠٠ ٠٠٠، مثلا، وكان للمقرض باء ضمان عن ٥٠ ٠٠٠، فلا يمكن أن يسري اتفاق تخفيض رتبة الأولوية المبرم بين المقرض ألف والمقرض جيم الذي له ضمان عن ٢٠٠ ٠٠٠ بحيث يسمح للمقرض جيم بالمطالبة بأكثر من ١٠٠ ٠٠٠ بالأولوية على المقرض باء.

١٣٢- وغرض اتفاق تخفيض رتبة الأولوية هو السماح للدائنين المضمونين بالاتفاق بينهم على توزيع أولوية حقوقهم في الموجودات المرهونة بأكبر قدر من الفعالية. ومن أجل الاستفادة التامة من هذه التوزيع التوافقي للأولوية، من الضروري أن يستمر سريان الأولوية الممنوحة بموجب اتفاق لتخفيض رتبة الأولوية في سياق إجراءات إعسار المانح. ويوجد بالفعل هذا الحكم في نظام الإعسار في بعض الولايات القضائية. وقد يكون من الضروري في ولايات أخرى تعديل قوانين الإعسار لتمكين المحاكم من إنفاذ اتفاقات تخفيض رتبة الأولوية ولتمكين ممثلي الإعسار من معالجة التنازع على الأولوية فيما بين الأطراف في

اتفاقات تخفيض الأولوية دون أن يتحملوا المسؤولية عنها (انظر الفصل السادس عشر، بشأن أثر الإعسار على الحق الضماني، الفقرة ٦٣، والتوصية ٢٣٧).

١٣٣- ولا يعني تخفيض رتبة أولوية الحقوق الضمانية وغيرها من الحقوق الامتلاكية في الموجودات المرهونة تخفيض أولوية المدفوعات السابقة للتقصير. وهذه مسألة تندرج في نطاق قانون الالتزامات العام. فعادة لا يحق للدائن المضمون إنفاذ حقه الضماني ولا يعتد بالأولوية قبل وقوع التقصير وما دام المانح يسدد القرض أو غيره من الائتمانات التي تلقاها. ومعنى هذا أنه لا يُمنع المانح من سداد التزاماته المضمونة بحقوق ضمانية أدنى أولويةً، طالما أنه لا يجري ارتكاب احتيال وما لم يتفق المانح والدائن المضمون على خلاف ذلك.

(ج) أثر استمرار النفاذ تجاه الأطراف الثالثة على الأولوية

١٣٤- عندما يمكن تحقيق نفاذ حق ضماني تجاه الأطراف الثالثة بأكثر من طريقة (مثلا النفاذ التلقائي أو التسجيل أو الحيازة أو السيطرة أو التأشير في شهادة ملكية)، يطرح سؤال عما إذا كان ينبغي السماح للدائن المضمون الذي أرسى أولوية حقه الضماني في البداية بالاستناد إلى طريقة من الطرائق المذكورة بالعدول عنها إلى طريقة أخرى دون أن يفقد أولويته الأصلية. ولا تسمح بعض الدول للدائنين المضمونين بتغيير الوسائل التي حققوا بها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. وتبعا لذلك لا يمكن في هذه الدول احتفاظ الدائن بأولويته بعد هذا التغيير. فمثلا إذا قام الدائن بتسجيل إشعار في سجل الحقوق الضمانية العام في اليوم ١، وحصل في اليوم ١٠ على حيازة الموجود المرهون ثم ألغى التسجيل في اليوم ٢٠، فإن الوقت المعتد به لإرساء الأولوية في تلك الدول يصبح، من ذلك الحين فصاعدا، هو اليوم ١٠ وليس اليوم ١. وإذا لم تعد الطريقة الأصلية لإرساء الأولوية قائمة، فلا يمكن ابتداء تاريخ الأولوية إلا اعتبارا من الوقت الذي لا تزال فيه الطريقة المستعملة لإرساء الأولوية قائمة.

١٣٥- وفي دول أخرى، يمكن الاحتفاظ بالأولوية حتى بعد تغيير الطريقة التي يتحقق بها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. ويتوقف مدى الاحتفاظ بالأولوية على الطريقة التي تتكامل بها مختلف طرائق تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة. والمبدأ المعمول به في هذه الدول هو أن الحق الضماني لا يفقد أولويته طالما أنه ليس هناك وقت لا يكون فيه الحق الضماني غير نافذ تجاه الأطراف الثالثة. فعلى سبيل المثال، إذا أصبح حق ضماني في موجود ما نافذا أولَ الأمر بالحيازة ثم سجل الدائن المضمون فيما بعدُ إشعارا بالحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام ورد الحيازة إلى المانح، فإن الحق الضماني يظل نافذا تجاه الأطراف الثالثة ويعود تاريخ الأولوية إلى وقت الحصول على الحيازة في الأصل طالما أن التسجيل سابق لرد الحيازة من

جانب الدائن. غير أنه إذا سجل الدائن المضمون الإشعار بعد رده لحيازة المرهون، فإن أولوية الحق الضماني لا تبدأ إلى منذ الوقت الذي سجل فيه الدائن المضمون الإشعار. وتتسم القواعد التي تنص على استمرارية الأولوية بأهمية خاصة في الحالات التي يُقرَّر فيها النفاذ تجاه الأطراف الثالثة أول الأمر عن طريق الحيازة، ويمتد أجل الائتمان إلى ما بعد الفترة التي يحتاج فيها المانح إلى استعمال الموجود المرهون. واتساقا مع توصيات الدليل بشأن استمرارية النفاذ تجاه الأطراف الثالثة (انظر التوصيتين ٤٦ و٤٧)، فإنه يتخذ موقفا مفاده أنه ينبغي الاحتفاظ بالأولوية بغرض تطبيق القواعد الزمنية للأولوية الموصى بها في الدليل، رغم تغيير الطريقة التي تحدد بها (انظر التوصيتين ٩٢ و٩٣).

١٣٦- وينبغي الإشارة إلى أن القاعدة السالفة الذكر لا تسري إلا في الحالات التي تطبق فيها القواعد الزمنية بشأن الأولوية لتحديد الأولوية، ولا تسري في الحالات التي تطبق فيها القواعد غيرُ الزمنية. وفي هذه الحالة الأخيرة، يؤثر تغيير طريقة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة على أولوية الحق الضماني حتى وإن كان النفاذ تجاه الأطراف الثالثة مستمرا. فمثلا إذا سجل حائز صك قابل للتداول إشعارا بحق ضماني في الصك قبل رد الحيازة فلا يحتفظ بالأولوية الخاصة المقترنة بحيازة الصك بمجرد التسجيل. وإذا سجل دائن مضمون ثان إشعارا قبل أن يسجل الدائن المضمون الذي يرُدُّ الحيازة إشعاره، فإن الدائن المضمون الثاني يحظى بالأولوية بناء على سبق تسجيله (انظر الفقرات ١٥٥-١٥٧ أدناه؛ وانظر أيضا التوصية ٩٨). وبالمثل، إذا قام دائن مضمون له السيطرة على حق تقاضي أموال مقيدة في حساب مصرفي بتسجيل إشعار بحقه الضماني ثم رد السيطرة، فإنه يفقد الأولوية الخاصة المقترنة بالسيطرة. وإذا ما سجل دائن مضمون آخر إشعارا في سجل الحقوق الضمانية العام قبل أخذ الدائن الأول زمام السيطرة، فإن هذا الدائن المضمون تكون له الأولوية، بعد رد السيطرة، بناء على سبق تسجيله (انظر الفقرات ١٥٨-١٦٧ أدناه؛ وانظر أيضا التوصية ١٠٠).

(د) نطاق الأولوية: السلف الآجلة والالتزامات الآجلة والتزامات الطوارئ

١٣٧- تناولت الفصول السابقة مسألة أن الحق الضماني، في نظم المعاملات المضمونة الحديثة، لا يضمن الالتزامات القائمة حينَ إنشاء الحق الضماني فحسبُ، بل يضمن كذلك الالتزامات الآجلة والطارئة (انظر الفصل الرابع بشأن إنشاء الحق الضماني، الفقرات [...]؛ وانظر أيضا التوصية ١٦). وتنص دول كثيرة على أن الحق الضماني الأصلي يشمل أصل الدين والفائدة على النحو المنصوص عليه في الاتفاق، وكذلك أي رسوم وتكاليف مرتبطة بتحصيل السداد.

١٣٨- وفيما يتعلق بالسلف الآجلة في إطار الترتيبات الائتمانية القائمة والالتزامات الطارئة، تعتمد الدول مواقف مختلفة. فبعضها يعطي نفس الأولوية للالتزامات الآجلة ولدفعة الائتمان الأصلية، غير أن هذه الدول تشترط لكي تنسحب الأولوية الأصلية على الالتزامات الآجلة والطارئة أن تكون هذه الالتزامات قابلة للتحديد من حيث النوع والمقدار على حد سواء (كأن ينص الاتفاق، مثلا، على أن ينحصر الضمان على السلف الآجلة في نطاق مبلغ ائتمان يصل حده الأقصى إلى ٠٠٠ ١٠٠). وفي دول أخرى، يمكن أن ينسحب الحق الضماني على جميع الالتزامات النقدية وغير النقدية المستحقة للدائن المضمون أيا كان نوعها ومقدارها، طالما أن الاتفاق ينص على ذلك. وفي هذه الدول، تحظى الالتزامات الآجلة والالتزامات الطارئة بموجب الاتفاق الضماني بنفس الأولوية التي يحظى بها الائتمان الأصلي.

١٣٩- والنتيجة العملية لذلك هي اطمئنان الدائن المضمون حينَ تعهده بتقديم الائتمان إلى أن أولوية حقه الضماني لن تقتصر على الائتمان الذي يقدمه وقت إبرام الاتفاق الضماني، بل سيشمل أيضا: (أ) الالتزامات التي ستنشأ لاحقا بموجب شروط اتفاق الضمان (مثل السلف الآجلة المقدّمة بموجب اتفاق ائتمان متجدد)؛ (ب) والتزامات الطوارئ التي تصبح التزامات فعلية لاحقا عند حدوث طارئ (مثل الالتزامات التي تصبح واجبه السداد للطرف المضمون بمقتضى كفالة). ففي حالة وجود تسهيل ائتمان متجدد، مثلا، يوافق المقرض بمقتضاه في اليوم ١ على أن يقدّم إلى المانح من حين إلى حين سلفا طيلة مدة التسهيل البالغة عاما واحدا مضمونةً بحق ضماني في موجودات المانح، تكون للحق الضماني نفس الأولوية بالنسبة لجميع السلف المقدّمة بغض النظر عما إذا كانت قد قدّمت في اليوم ١ أو ٣٥ أو ٢٦٥.

١٤٠- أما في حالة تقديم ائتمان لتمكين المانح من شراء موجودات ملموسة أو خدمات على أقساط موزعة على مدى فترة من الزمن، فإن هذا النهج يؤدي إلى معاملة المطالبة برمتها باعتبارها ناشئة حين إبرام عقد شراء الموجودات الملموسة أو الخدمات وليس عند تسليم كل دفعة من البضائع أو الخدمات. ومن الأسس المنطقية للأخذ بهذا النهج أنه أكثر النهوج فعالية من حيث التكلفة، لأنه يغني الدائن المضمون عن الحاجة إلى تحديد الأولوية في كل مرة يقدّم فيها الائتمان، وهو تحديد يستلزم عادة القيام بعمليات بحث إضافية عن تسجيلات جديدة من جانب دائنين آخرين وتنفيذ اتفاقات إضافية وإجراء عمليات تسجيل إضافية بشأن مبالغ الائتمان المقدم في وقت لاحق لإنشاء الحق الضماني. ونظرا إلى أن التكاليف المقترنة بهذه الخطوات الإضافية دائما ما يُحمَّلها المانح مباشرة أو تُجسد في زيادة سعر الفائدة فإن إلغاءها يمكن أن يخفض تكلفة الدين بالنسبة للمانح. والأساس المنطقي

الآخر لهذا النهج هو أنه يقلل إلى أدنى حد من احتمال تعرض المانح لخطر انقطاع الدفعات اللاحقة من الائتمان المقدّمة في إطار اتفاق الضمان إذا ما قرر الدائن المضمون أن سلفة آجلة ليست لها الأولوية التي منحت للسلف الأصلية. ولهذه الأسباب يوصي الدليل باعتماد قواعد الأولوية التي توسع نطاق الأولوية لتشمل الالتزامات الآجلة (انظر التوصية ٩٤).

١٤١- غير أن قواعد الأولوية المذكورة يمكن أن تخضع لقيدين اثنين: فأولا، كما وردت الإشارة إلى ذلك، تحدد الأولوية، في بعض الدول التي تنسحب فيها أولوية الحق الضماني على دفعات الائتمان اللاحقة، في المبلغ الأقصى المعيَّن في الإشعار المسجل في السجل العام بشأن الحق الضماني. والأساس المنطقي لهذا النهج هو أنه قد يشجع على توفير التمويل المنخفض الرتبة بتشجيع دائنين محتملين أدنى رتبة على تقديم ائتمانات اعتمادا على القيمة المتبقية للموجودات المرهونة (مثلا، قيمة الموجودات المرهونة التي تتجاوز المبلغ الأقصى المضمون بالحق الضماني الأعلى رتبة المشار إليه في إشعار التسجيل) طالما أن الدائن المحتمل قادر على التحقق بنفسه من وجود قيمة متبقية كافية (انظر التوصية ٩٥). ولا تأخذ دول أخرى بهذا النهج على أساس أنه قد يشجّع الدائنين المضمونين على تضخيم المبلغ المذكور في الإشعار المسجّل ليشمل مقدارا أكبر من المتوخى وقت إبرام اتفاق الضمان ليستوعب السلف الآجلة غير المتوقعة (انظر الفصل السادس بشأن نظام التسجيل، الفقرات [...]؛ وانظر أيضا التوصية ٥٧، الفقرة الفرعية (د)).

١٤٢- وثانيا، يقر الدليل بأنه ينبغي في بعض الظروف ألا يتاح للدائن المضمون التمسك بأولويته فيما يتعلق بالسلف الآجلة تجاه دائن حصل على حكم قضائي أو أمر مؤقت من محكمة تجاه المانح واتخذ خطوات لإنفاذ الحكم على الموجودات المرهونة (انظر الفقرات ٩٩-١٠٧ أعلاه؛ وانظر أيضا التوصيتين ٨١ و٩٤).

(هـ) تطبيق قواعد الأولوية على الحق الضماني في الموجودات المكتسبة لاحقا

١٤٣- يجوز في بعض الدول إنشاء حق ضماني في الموجودات التي قد يكتسبها المانح في المستقبل ("الموجودات المكتسبة لاحقا")، كما وردت مناقشة ذلك بقدر أكبر من التفصيل في الفصل الرابع بشأن إنشاء الحق الضماني. ففي هذه الدول، وبافتراض أن وصف الموجودات المكتسبة لاحقا كاف للتعريف بها، يجري الحصول على الحق الضماني في هذه الموجودات تلقائيا أثناء حيازة المانح لها، دونما حاجة إلى اتخاذ خطوات إضافية وقت الحيازة. ونتيجة لذلك، تقل التكاليف المرتبطة بإنشاء الحق الضماني إلى أدنى حد وتتحقّق توقعات الأطراف المعنية. ولهذا الأمر أهمية خاصة فيما يتعلق بالمخزونات التي تُقتنى باستمرار لكي

يعاد بيعها، والمستحقات التي تُحصّل ويعاد إدرارها بصورة متواصلة (انظر الفصل الثاني بشأن نطاق الانطباق وقواعد عامة أخرى، الباب واو، أمثلة لممارسات التمويل المشمولة، الفقرات [...])، والمعدّات التي تُبدّل بصفة دورية في سياق السير المعتاد لأعمال المانح.

١٤٤- والاعتراف بالإنشاء التلقائي للحق الضماني في الموجودات المكتسبة لاحقا يثير التساؤل عما إذا كان ينبغي أن يبدأ تاريخ الأولوية منذ الوقت الذي سجّل فيه الحق الضماني أو أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة لأول مرة أو منذ وقت حيازة المانح للموجودات. وتختلف معالجة هذه المسألة باختلاف الدول. فبعض الدول يتّبع نهجا يميز بين الحالات بحسب طبيعة الدائن المنازِع على الأولوية. ففي هذه الدول، يبدأ تاريخ الأولوية منذ تاريخ التسجيل أو النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بالنسبة لسائر الدائنين ذوي الحقوق الضمانية الرضائية، ومنذ تاريخ حيازة المانح للموجودات بالنسبة لجميع الدائنين المنازعين الآخرين. وفي دول أخرى، تحدد الأولوية فيما يتعلق بجميع الموجودات المكتسبة لاحقا وتجاه جميع المطالبين المنازعين، بالرجوع إلى تاريخ إنشاء الأولوية في الأصل.

١٤٥- ومن المقبول عموما أن النهج الثاني من هذه النهوج هو أكثر فعالية وكفاءة من حيث تشجيع توافر الائتمان المضمون. ومن ثم، فإن نظم المعاملات المضمونة العصرية تنص عادة، في هذه الحالات، على أن تنسحب أولوية الحق الضماني على جميع الموجودات المرهونة المشمولة بالإشعار المسجل، بصرف النظر عما إذا وجدت قبل التسجيل أو أثناءه أو بعده. وهذا هو النهج الذي اعتمده الدليل (انظر التوصية ٩٦).

(و) تطبيق قواعد الأولوية على الحق الضماني في العائدات

١٤٦- إذا كان للدائن حق ضماني في العائدات (للاطلاع على تعريف "العائدات"، انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات) تثار تساؤلات حول أولوية ذلك الحق الضماني تجاه حقوق المطالبين المتنازعين. وقد يكون من بين المطالبين المتنازعين بشأن العائدات دائن آخر للمانح له حق ضماني في العائدات ودائن للمانح اكتسب حقه في العائدات بحكم قضائي.

١٤٧- والموجودات التي تمثل عائدات لأحد الدائنين المضمونين قد تمثل موجودات مرهونة أصلية لدائن مضمون آخر. فعلى سبيل المثال، قد يكون للدائن ألف حق ضماني في جميع مستحقات المانح بحكم حقه الضماني في جميع مخزونات المانح الحالية والمقبلة وفي العائدات المتأتية من بيع تلك المخزونات أو التصرف فيها بوجه آخر؛ وقد يكون للدائن باء حق ضماني في جميع مستحقات المانح الحالية والمقبلة كموجودات مرهونة أصلية. فإذا باع المانح

لاحقا بالدين مخزونات خاضعة للحق الضماني للدائن ألف، يصبح لكلا الدائنين حق ضماني في المستحقات المتولدة من البيع: فللدائن ألف حق ضماني في المستحقات باعتبارها عائدات للمخزونات المرهونة، وللدائن باء حق ضماني في المستحقات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية.

١٤٨- وغالبا ما يختلف النهج المتبع إزاء الأولوية من جانب الدول التي تعترف بالحق الضماني في العائدات تبعا لطبيعة المطالبين المنازعين ونوع الموجودات التي تدر العائدات. ففي المنازعات على الأولوية بين حائزي حقوق ضمانية متنافسة، يمكن استخلاص قواعد الأولوية الخاصة بالحقوق في عائدات الموجودات المرهونة الأصلية من قواعد الأولوية المنطبقة على الحقوق في تلك الموجودات. ومن ثم يكون وقت نفاذ الحق الضماني في الموجودات المرهونة تجاه الأطراف الثالثة أو وقت تسجيل إشعار بشأن هذا الحق في سجل الحقوق الضمانية العام هو أيضا وقت نفاذ الحق الضماني في عائدات هذه الموجودات المرهونة أو تسجيلها، على التوالي.

١٤٩- وفي حالة التنازع بين دائنين مضمونين ذوي حقوق ضمانية في الموجودات باعتبارها عائدات ودائنين مضمونين ذوي حقوق في تلك الموجودات من حيث هي موجودات مرهونة أصلية، تميز بعض الدول بين العائدات في شكل مستحقات والعائدات في شكل موجودات ملموسة (مثلا، الموجودات الملموسة المتحصّل عليها في المقابل). وعادة ما تميز هذه الدول أيضا بين العائدات المتأتية من بيع المخزونات والعائدات المتأتية من بيع المعدات. والقاعدة العامة هي أن الدائن المضمون الذي يأخذ ضمانا في المستحقات المتأتية من بيع المخزونات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية تكون له الأولوية على الدائن المطالب بهذه المستحقات باعتبارها عائدات، بصرف النظر عن التواريخ التي أصبحت فيها حقوق كل منهما نافذة تجاه الأطراف الثالثة.

١٥٠- وفي دول أخرى لا يوجد تمييز من حيث شكل العائدات أو طبيعة الموجودات. والقاعدة هي أن تكون للحق الأول في موجودات معيّنة، الذي يجسّد بالتسجيل، أولوية على حقوق المطالبين المنازعين. فمثلا إذا تقدَّم تاريخ تسجيل الحق الضماني في الموجودات التي تولدت العائدات عن بيعها على تاريخ تسجيل الحق الضماني في العائدات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية، تعطى الأولوية للحق الضماني في الموجودات التي تولدت عنها العائدات. أما إذا جرى تسجيل إشعار بشأن الحق في العائدات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية قبل قيام الدائن المنازع بإجراء تسجيل بشأن الموجودات التي تولدت عنها العائدات،

فعندئذ تعطى الأولوية للحق الضماني للدائن في العائدات باعتبارها موجودات مرهونة أصلية. وهذا هو النهج الذي يوصي الدليل باعتماده (انظر التوصية ٩٧).

١٥١- وفي الحالات التي لا يُحدَّد فيها ترتيب أولويات الحقوق المتنازعة في الموجودات المرهونة الأصلية تبعا لترتيب تواريخ التسجيل في سجل الحقوق الضمانية العام (كما في حالة حقوق تمويل الاحتياز التي تتمتع بمرتبة خاصة من الأولوية على سبيل المثال)، يتعين أن تحدّد بصورة مستقلة قاعدة الأولوية التي ستطبق على العائدات (انظر الفصل الحادي عشر بشأن تمويل الاحتياز، الفقرات [...]؛ وانظر أيضا التوصيتين ١٨١ و١٨٢ (النهج الوحدوي) والتوصيات ١٩٤-١٩٦ (النهج غير الوحدوي)).

باء- ملاحظات بشأن موجودات معيَّنة

١٥٢- سبق استعراض النزاعات المعيّنة على الأولوية التي يتكرر نشوؤها عموما فيما يتعلق بالموجودات الملموسة. ومبدأ "الأسبقية في الزمان" هو نقطة انطلاق ناجعة لتقرير الأولوية.

١٥٣- غير أن هذا المبدأ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، يحتاج إلى تعديل في حالات معيّنة. وبعض هذه التعديلات تتعلق بدائنين مضمونين آخرين (مثلا، الحقوق الضمانية في ملحقات أو حقوق ضمانية في كتل بضاعة أو منتجات). وهناك تعديلات أخرى تتعلق بالمطالبين المنازعين من غير الدائنين المضمونين (مثلا، المنقول لهم والمستأجرين والمرخص لهم أو ممثلي الإعسار).

١٥٤- وبالإضافة إلى هذه التعديلات الناشئة عن تنوع الالتزامات المضمونة وتنوع المطالبين المنازعين، تتضمن نظم المعاملات المضمونة الحديثةُ أيضا عددا من القواعد الخاصة للأولوية التي تسري على أنواع معيّنة من الموجودات وتستنتج من الوسائل المعيّنة التي تستعمل لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة والتي تنطبق على هذه الأنواع من الموجودات. ويتناول هذا الباب مسائل الأولوية المتعلقة بهذه الأنواع من الموجودات.

١- أولوية الحق الضماني في الصكوك القابلة للتداول

١٥٥- اعتمد كثير من الدول قواعد خاصة للأولوية تتعلق بالحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول، مثل الشيكات والسفاتج (الكمبيالات) والسندات الإذنية. وتجسّد هذه القواعد أهمية مفهوم قابلية التداول في تلك الدول.

١٥٦- وكما نوقش من قبل (انظر الفصل الخامس بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، يمكن في الكثير من الدول إنفاذ الحقوق الضمانية في الصكوك القابلة للتداول إما بتسجيل الحق الضماني في سجل الحقوق الضمانية العام وإما بنقل حيازة الصك (انظر التوصية ٣٧). وكثيرا ما تعطى الأولوية في هذه الدول للحق الضماني الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بنقل حيازة الصك على الحق الضماني الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل بغضّ النظر عن وقت التسجيل. والأساس المنطقي لهذه القاعدة أنها تحسم النزاع على الأولوية لصالح المحافظة على قابلية تداول الصكوك القابلة للتداول دون قيود. ولأجل المحافظة على اتساق القانون القائم الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول (للاطلاع على قاعدة التفسير المتعلقة بتعبير "القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول"، انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات)، يوصي الدليل باعتماد هذا المبدأ المتعلق بالأولوية (انظر التوصية ٩٨).

١٥٧- وللسبب نفسه، كثيرا ما تُعطى الأولوية في تلك الدول للمشتري أو لمنقول إليه آخر (في معاملة رضائية) إذا كان هذا الشخص مؤهّلا ليكون حائزا للصك متمتعا بالحماية بمقتضى القانون الذي يحكم الصكوك القابلة للتداول. وتعطى أولوية مماثلة أيضا إذا حاز المشتري أو منقول إليه آخر الصك ودفع قيمة بحسن نية دون علم بأن نقل الحيازة ينتهك حقوق الدائن المضمون. ويجدر بالملاحظة في هذا الصدد أن معرفة الشخص المنقول إليه الصك أو المستند بوجود حق ضماني لا تعني في حد ذاتها عدم تصرفه بحسن نية. ويجب على المشتري أن يعرف أن النقل خالصا من الحق الضماني محظور بموجب اتفاق الضمان. وهنا أيضا يعتمد الدليل قاعدة للأولوية تتماشى ومبادئَ القانون المتعلق بالصكوك القابلة للتداول الواردةَ أعلاه (انظر التوصية ٩٩).

٢- أولوية الحق الضماني في حق تقاضي الأموال المودعة في حساب مصرفي

١٥٨- عادة ما يعالج أي نظام أولويات شامل عددا من الجوانب المختلفة للنزاع على الأولوية فيما يتصل بالحقوق الضمانية في الحق في تقاضي الأموال المقيّدة في حساب مصرفي (للاطلاع على تعريف "الحساب المصرفي"، انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات). وتعتبر بعض الدول الحق في تقاضي الأموال المقيدة في حساب مصرفي مجرد مستحق. ففي هذه الدول، لا توجد قواعد خاصة تحكم إنشاء الحقوق الضمانية في الحق في تقاضي أموال أو نفاذ هذه الحقوق تجاه الأطراف الثالثة. ويمكن في دول أخرى تحقق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة عن طريق السيطرة أيضا. وفي هذه الحالات، يجب على الدول أيضا أن تقرر النتائج

المتعلقة بالأولوية المترتبة على تحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة بهذه الطريقة (انظر الفقرتين ٣٩ و٤٠ أعلاه). ويمكن أن تنشأ هنا أنواع شتى من النزاعات على الأولوية.

١٥٩- ومن هذه الأنواع من النزاعات على الأولوية التنازع بين حق ضماني أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة وحق ضماني أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بطريقة أخرى غير السيطرة. وفي هذه الحالة، تعطي الدول التي اعتمدت مفهوم السيطرة الأولوية للحق الضماني الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالسيطرة. والسبب في ذلك هو أن هذه النتيجة تسهل المعاملات المالية التي تعتمد على الحقوق في تقاضي الأموال المقيّدة في الحساب المصرفي مما يغني الدائنين المضمونين عن الحاجة إلى البحث في سجل الحقوق الضمانية العام. وهذا أيضا هو الموقف الذي اعتمد في الدليل (انظر الجملة الأولى من التوصية ١٠٠).

١٦٠- والنوع الثاني من النزاع على الأولوية هو الذي ينشأ بين حقين ضمانيين أصبح كل منهما نافذا بالسيطرة. والنتيجة المنطقية هنا، التي تعتمدها عادة الدول التي تعترف باتفاقات السيطرة، هي إعطاء الأولوية إلى أول حق ضماني منهما يصبح نافذا بالسيطرة (أي حسب ترتيب تواريخ إبرام اتفاقات السيطرة ذات الصلة). ولا ينشأ هذا النزاع في الغالب من الناحية العملية لأن من غير المرجّح أن يبرم المصرف الوديع عن علم أكثر من اتفاق سيطرة بشأن نفس الحساب المصرفي دون اتفاق بين كلا الدائنين المضمونين على كيفية تحديد الأولوية. غير أن نشوء النزاع ممكن نظريا، ولذا يعتمد الدليل موقفا مفاده أنه ينبغي أن يطبق على هذه الحالات المبدأ العادي المحدد للأولوية "حسب الأسبقية في الزمان" (انظر الجملة الثانية من التوصية ١٠٠).

١٦١- وينشأ نوع آخر من النزاع على الأولوية عندما يكون أحد الدائنين المضمونين هو المصرف الوديع نفسه. وهناك حجة قوية في هذه الحالة تؤيد إعطاء الأولوية للمصرف الوديع. ولمّا كان المصرف الوديع يفوز عموما في مثل هذه الحالة، بسبب تمتعه على العموم بحق المقاصة بموجب قانون المعاملات غير المضمونة (ما لم يتنازل عن حقه صراحة)، فإن وجود قاعدة تؤيد إعطاء الأولوية للمصرف في هذه الحالات يتيح حل النزاع ضمن حدود نظام الأولوية دون اللجوء إلى قوانين أخرى. ويوصي الدليل باعتماد هذا المبدأ (انظر الجملة الثالثة من التوصية ١٠٠).

١٦٢- وكثيرا ما تعمد الدول التي تأخذ بالقاعدة الخاصة للأولوية إلى استثناء الحالات التي ينشأ فيها النزاع على الأولوية بين المصرف الوديع ودائن مضمون حصل على السيطرة على الحساب المصرفي لأنه صار زبونا للمصرف الوديع. وفي مثل هذه الحالات، تتخذ الدول

عموما موقفا مفاده أنه ينبغي إعطاء الأولوية للزبون. والأساس المنطقي لهذا النهج هو أن المصرف الوديع، بقبوله الدائن المضمون المنازع زبونا لديه، يتنازل عموما عن مطالبته في اتفاق الإيداع الذي أبرمه مع زبونه. كما أن المصرف الوديع كثيرا ما يفقد حقه في المقاصة في هذه الحالة؛ وحيث إن الحساب المصرفي ليس باسم المانح، فلا وجود لعلاقة متبادلة بين المصرف والمانح وبالتالي لا وجود للحق في المقاصة (انظر الجملة الثالثة من التوصية ١٠٠).

١٦٣- والنوع الرابع من النزاع على الأولوية هو الذي ينشأ بين الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المقيّدة في حساب مصرفي وبين أي حقوق في المقاصة قد تكون للمصرف الوديع تجاه الزبون المانح. ولتجنّب تقويض العلاقة بين المصرف والزبون، يعطي قانون المقاصة الأولوية عموما لحقوق المصرف الوديع في المقاصة. وفي بعض الدول، أدرج مفهوم الأولوية هذا صراحة في قانون المعاملات المضمونة. وهذا أيضا هو النهج الذي أوصى به الدليل (انظر التوصية ١٠١).

١٦٤- ويمكن أن ينشأ نوع خامس من النزاع على الأولوية بين الحق الضماني في الحق في تقاضي الأموال المقيّدة في حساب مصرفي وبين حقوق من تنقل إليه أموال من ذلك الحساب المصرفي، عندما يكون المانح هو الذي باشر نقل تلك الأموال. ويقصد بمصطلح "نقل الأموال" أن يشمل طائفة متنوعة من عمليات النقل، منها النقل بالشيكات والوسائل الإلكترونية. وفي هذه الحالات، هناك حجة قوية متعلقة بالسياسة العامة لصالح حرية تداول لأموال تؤيد القاعدة التي تمنح الأولوية للمنقول إليه ما دام على غير علم بأن نقل الأموال إليه لا ينتهك حقوق الدائن المضمون بموجب اتفاقه الضماني. أما إذا علم المنقول إليه بأن نقل الأموال ينتهك الاتفاق الضماني، فإنه يأخذ هذه الأموال خاضعة للحق الضماني. وهذه هي التوصية التي اعتمدها الدليل، مع مراعاة التنبيه إلى أن التوصية لا يقصد منها المساس سلبا بحقوق من تنقل إليهم الأموال من الحسابات المصرفية بموجب قانون غير قانون المعاملات المضمونة (انظر التوصية ١٠٢).

٣- أولوية الحق الضماني في النقود

١٦٥- حرصا على زيادة قابلية تداول النقود إلى أقصى حد، يسمح كثير من الدول لمن تنقل إليه نقود بأن يأخذها خالصة من مطالبات الغير، بمن فيهم حائزو الحقوق الضمانية في هذه النقود (للاطلاع على تعريف "النقود"، انظر المقدّمة، الباب باء، المصطلحات). والاستثناء الوحيد من قاعدة الأولوية هذه، كما في حالة من تنقل إليهم أموال من الحسابات المصرفية، هي عندما يكون المنقول إليه على علم بأن نقل الأموال إليه يخل باتفاق الضمان

المبرم بين صاحب الحساب وبين الطرف المضمون. (مثلا، في حال تواطؤ المنقول إليه مع صاحب الحساب المصرفي على حرمان الدائن المضمون من حقوقه). وكما هو الشأن في الحالات المماثلة المتعلقة بنقل الأموال من حسابات مصرفية، فإن مجرّد علم المنقول إليه بوجود حق مضمون لا يبطل حقوقه. وهنا أيضا يوصي الدليل باعتماد مبدأ الأولوية هذا (انظر التوصية ١٠٣)، تماشيا مع الممارسة المقبولة عموما التي تحكم النقود.

٤- أولوية الحق الضماني في الحق في تحصيل العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل

١٦٦- رسخ القانون المنظم للتعهدات المستقلة إلى حد كبير عن طريق الممارسات السائدة في مجال خطابات الاعتماد والكفالات المصرفية. وكما سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر الفصل الخامس بشأن نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة)، فإن الحق الضماني في الحق في تحصيل العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل لا يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة إلا بالسيطرة. ولما كانت الطريقة المتبعة عادة لتحقيق السيطرة في هذا السياق هي الحصول على إقرار، فإن السيطرة لا يمكن أن تتحقّق في حالة تعدّد المسددين المحتملين (كالكفيل/المصدِر، والمثبت، وعدة من الأشخاص المسميين) إلا تجاه كل شخص بعينه يقدم إقرارا سواء أكان كفيلا/مصدِرا، أو مثْبِتا أو شخصا مُسمى. ومن ثم، تركز قاعدة الأولوية في العادة على ذلك الشخص بعينه الذي يتولى السداد.

١٦٧- وفي الحالة النادرة التي ينشأ فيها تنازع على الأولوية بين حائز الحق الضماني في الحق في تحصيل العائدات المتأتية بمقتضى تعهّد مستقل الذي يصبح نافذا بالسيطرة، والحق الضماني الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بسبب أنه يضمن سداد مستحقات أو صكوكا قابلة للتداول أو موجودات ملموسة أخرى، تكون الأسبقية عادةً للحق الأول (انظر التوصيتين ٤٨ و١٠٤). وكما هو الحال بالنسبة للحسابات المصرفية، فإن هذه القاعدة تستند إلى الحاجة إلى تسهيل المعاملات التي تنطوي على تعهّدات مستقلة بإعفاء الأطراف من الحاجة إلى البحث في سجل الحقوق الضمانية العام لتقرير ما إذا كانت المستحقات المدعومة بالتعهد المستقل خاضعة أيضا للحق الضماني، مما يشجع على الاعتماد على التعهدات المستقلة. وهذا النوع المعيّن من النزاع على الأولوية نادر إلى حد ما من الناحية العملية، لأن المستفيد من المستحقات يكون أيضا، في معظم الحالات، هو المستفيد من التعهد المستقل. وعلى أي حال، واتساقا مع مبدأ "الأسبقية في الزمان" العام، فعندما يصبح الحقّان الضمانيان نافذين تجاه الأطراف الثالثة بتحقيق السيطرة عن طريق الإقرار، تعطى الأولوية لأول حق ضماني منهما يقر به المسدد. ويستند الأساس المنطقي لهذه النتيجة في جانب كبير منه إلى الممارسة،

على اعتبار أنه قاعدة خاصة تقتضيها ضرورة المحافظة على انخفاض تكاليف التعهدات المستقلة. ونظرا إلى أن التعهدات المستقلة فرع شديد التخصص من فروع القانون التجاري يرجع الفضل الكبير في تطويره إلى الممارسة، فإن الدليل يوصي بتحقيق اتساق قواعد الأولوية ذات الصلة مع هذه المبادئ (انظر التوصية ١٠٤).

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

١٦٨- عادة ما تتضمّن نظم المعاملات المضمونة الحديثة قواعد تعالج على الأقل نزاعين من النزاعات على الأولوية يتعلقان بالمستندات القابلة للتداول، من قبيل إيصالات الاستيداع وسندات الشحن القابلة للتداول. وأولهما هو النزاع بين حائز الحق الضماني في مستند قابل للتداول أو في الموجودات الملموسة المشمولة به من ناحية، وبين الشخص الذي ينقل إليه المستند القابل للتداول حسب الأصول، من ناحية أخرى. وابتغاء المحافظة على قابلية التداول في إطار قانون المعاملات غير المضمونة، تنص معظم الدول على أن الحق الضماني في المستند القابل للتداول والموجودات الملموسة المشمولة به منخفض الرتبة إزاء أي حقوق أعلى رتبة يكتسبها من ينقل إليه المستند بموجب القانون المنظم للمستندات القابلة للتداول. ولهذا السبب ذاته، وهذا هو الموقف الذي يوصى به الدليل (انظر التوصية ١٠٥).

١٦٩- والنوع الثاني من النزاع هو الذي يجري بين حائز حق ضماني في الموجودات الملموسة المشمولة بالمستند القابل للتداول مستمدٍ من حق ضماني في ذلك المستند القابل للتداول، وبين حائز حق ضماني في الموجودات الملموسة ناشئ عن بعض المعاملات الأخرى (مثل إنشاء حق ضماني مباشر في الموجودات الملموسة). ويمكن أن ينشأ هذا النوع من النزاع إما في الحالة التي يصبح فيها الحق الضماني المباشر في الموجودات الملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة بينما تخضع الموجودات الملموسة للمستند القابل للتداول، أو عندما يصبح الحق الضماني المباشر في الموجودات الملموسة نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل أن تصبح الموجودات الملموسة خاضعة للمستند القابل للتداول. وفي كلتا الحالتين، تعطى الأولوية عادة للحق الضماني في المستند القابل للتداول. وتشجع قاعدة الأولوية هذه الوثوق بالمستندات القابلة للتداول باعتبارها واسطة تجارية، ولا سيما فيما يتعلق بسندات الشحن الصادرة في سياق البيع الدولي. ولذا فهذا هو الموقف الذي يعتمده الدليل (انظر التوصية ١٠٦).

١٧٠- غير أن هناك ما يبرر وجود استثناء لهذه القاعدة في الحالة المعيّنة التي تكون فيها الموجودات الملموسة الخاضعة للمستند القابل للتداول موجودات أخرى غير المخزونات.

وعادة ما يتوقع الدائنون شحن المخزونات وإصدار سند الشحن أو إيصال المستودع ومن ثم يمكنهم ترقب فترة قصيرة تكون فيها الموجودات المرهونة مباشرة بحقهم الضماني مشمولة بسند أو إيصال. وهذا لا ينطبق عادة على المعدات مثلا. ومن هنا تصبح القاعدة التي تعطي الأولوية القصوى للضمان على المستندات القابلة للتداول أقل أهمية، كما يمكن تبرير وجود استثناء. ولذا فلا يمكن تطبيق القاعدة عندما تكون الموجودات الملموسة موجودات أخرى غير المخزونات ويكون الحق الضماني المباشر (أي الحق الضماني للدائن المضمون غير الحائز للمستند القابل للتداول) نافذا تجاه الأطراف الثالثة قبل الوقتين التاليين، أيهما أسبق: (أ) الوقت الذي يصبح فيه الموجود مشمولا بالمستند القابل للتداول؛ (ب) والوقت الذي أبرم فيه اتفاق بين مانح الحق الضماني والدائن المضمون الحائز للمستند القابل للتداول ينص على أن يكون الموجود مشمولا بالمستند القابل للتداول، طالما أن الموجود أصبح مشمولا على هذا النحو بمدة قصيرة محددة (ثلاثون يوما مثلا) اعتبارا من تاريخ إبرام الاتفاق. وفي هذه الحالة تحديدا، تنطبق القاعدة العادية المحدِّدة للأولية حسب "الأسبقية في الزمان"، وهكذا تعطى الأولوية لأول دائن مضمون يصبح ضمانه في الموجودات الملموسة (إما بصورة مباشرة أو من خلال أخذ الضمان في مستند قابل للتداول يمثل تلك الموجودات) نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وهذا الاستثناء يوفر لحائزي الحقوق الضمانية في موجودات ملموسة غير المخزونات قدرا من الحماية إزاء الحالات التي يجعل فيها المانح الموجودات مشمولة بمستند قابل للتداول، دون توجيه إشعار بذلك لهؤلاء الحائزين ودون إذن منهم. ولهذه الأسباب يوصي الدليل أيضا باعتماد هذا الاستثناء (انظر الجملة الثانية من التوصية ١٠٦).

جيم- التوصيات

[ملحوظة إلى اللجنة: لعلّ اللجنة تود أن تلاحظ أنه نظرا إلى أن الوثيقة *A/CN.9/637* تتضمن مجموعة موحّدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة فلم تستنسخ التوصيات هنا. وسوف تستنسخ التوصيات في نهاية كل فصل حالما توضع في صيغتها النهائية].