

Distr.: Limited  
26 July 2004\*  
Arabic  
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي  
الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)  
الدورة السادسة

فيينا، ٢٧ أيلول/سبتمبر - ١ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٤

## المصالح الضمانية

### مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

#### المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	٩٧-١	سادسا- الأولوية.....
٣	٩٧-١	ألف- ملاحظات عامة.....
٣	٦-١	١- مفهوم الأولوية وأهميته.....
٥	١٧-٧	٢- نهج تحديد الأولوية.....
٥	١٢-٨	(أ) قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل.....
٧	١٥-١٣	(ب) الأولوية القائمة على الحيازة أو السيطرة.....
٨	١٧-١٦	(ج) قواعد الأولوية البديلة.....

\* تأخر تقديم هذه الوثيقة أسبوعين عن الموعد اللازم، وهو عشرة أسابيع قبل بداية الاجتماع، بسبب الحاجة إلى استكمال المشاورات.



الصفحة	الفقرات	
٩	٣٦-١٨	نطاق قواعد الأولوية .....
٩	٢٢-١٩	(أ) الالتزامات المضمونة المتأثرة .....
١٠	٢٥-٢٣	(ب) الممتلكات المحتازة لاحقاً .....
١١	٣٦-٢٦	(ج) العائدات .....
١٣	٤٤-٣٧	٤- أولوية الحقوق الضمانية غير النافذة تجاه الأطراف الثالثة .....
١٤	٤١-٣٨	(أ) الدائون غير المضمونين .....
١٥	٤٤-٤٢	(ب) الدائون المضمونون .....
١٥	٩٣-٤٥	٥- أولوية الحقوق الضمانية النافذة تجاه الأطراف الثالثة .....
١٥	٤٥	(أ) الدائون غير المضمونين .....
١٥	٤٦	(ب) الدائون المضمونون .....
١٦	٥٥-٤٧	(ج) حائزو الحقوق الضمانية في ثمن الشراء .....
١٨	٦١-٥٦	(د) الدائون بحكم القضاء .....
٢٠	٧٢-٦٢	(هـ) مشطرو الموجودات المرهونة .....
٢٤	٧٦-٧٣	(و) حائزو مطالبات الاسترجاع .....
٢٥	٧٩-٧٧	(ز) المستأجرون .....
٢٦	٨٠	(ح) حائزو الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول ..
٢٦	٨١	(ط) حائزو الحقوق في النقود .....
٢٦	٨٥-٨٢	(ي) الدائون بحكم القانون (ذوو الأفضلية) .....
٢٨	٨٩-٨٦	(ك) حائزو الحقوق في الموجودات من أجل تحسين الموجودات المرهونة وجزئها .....
٢٩	٩٠	(ل) حائزو الحقوق في الممتلكات العقارية التي ألحقت بها توكيدات مثبتة .....
٢٩	٩١	(م) متلقو الهبات .....
٣٠	٩٣-٩٢	(ن) ممثلو الإعسار .....
٣٠	٩٥-٩٤	٦- اتفاقات إنزال الأولوية .....
٣١	٩٧-٩٦	٧- أهمية الأولوية قبل الإنفاذ .....
٣٢		باء- التوصيات .....

## سادسا- الأولوية

## ألف- ملاحظات عامة

## ١- مفهوم الأولوية وأهميته

١- يشير تعبير "الحق الضماني"، حسبما هو مستخدم في هذا الدليل، إلى حق في شيء ممتلك يُمنح إلى الدائن ضمانا لتسديد التزام ما أو أدائه بأي شكل آخر (أي: حق عيني). أما تعبير "الأولوية"، فيشير إلى مدى امكان تمتع الدائن بالأفضلية في استخلاص المنفعة الاقتصادية من ذلك الحق على أطراف أخرى تطالب بمصلحة في الممتلك ذاته (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1، الفقرة ١٧ (ف)، تعريف "الأولوية"). وكما ترد مناقشته أدناه، يمكن أن يشمل هؤلاء المطالبون المنازعون، ضمن أشخاص آخرين، دائي المانح غير المضمونين وسائر الدائنين المضمونين ومشترى الممتلك وبائعيه ومستأجره، والحائزين لحقوق ضمانية غير رضائية في الممتلك (مثل الحقوق الضمانية الناشئة عن أحكام قضائية أو بمقتضى القانون) وممثل الإعسار في اجراءات إعسار المانح. وتحدد قواعد الأولوية ترتيب الحقوق الضمانية وغيرها من الحقوق في الموجودات المرهونة والنتاج الاقتصادي لذلك الترتيب. وفي بعض الحالات، من شأن تطبيق قواعد الأولوية أن تفضي إلى حصول الشخص على الموجودات خالصة من أي مطالبات منازعة. ويتناول هذا الفصل كلا هذين النوعين من المطالبات.

٢- ويمثل مفهوم الأولوية لب كل نظام قانوني ناجح يحكم الحقوق الضمانية. ومن ثم فمن المسلّم به على نطاق واسع أن وجود قاعدة فعّالة بشأن الأولوية ضروري لتعزيز توافر الائتمان المضمون القليل التكلفة. وثمة سببان رئيسيان لذلك. أولهما أن قواعد الأولوية، ما دامت واضحة وتفضي إلى نتائج قابلة للتنبؤ، تمكّن الدائنين المضمونين المحتملين من أن يعرفوا، بصورة كفؤة وبدرجة عالية من التيقن قبل تقديم الائتمان، مدى الأولوية التي ستكون لحقوقهم الضمانية بالنسبة إلى حقوق المطالبين المنازعين. وهذا بدوره يقلل من المخاطر التي يتعرّض لها الدائنون المحتملون ويترك أثرا إيجابيا في توافر الائتمان المضمون وتكلفته. وثانيهما أن قواعد الأولوية، بتوفيرها آلية لتحديد مراتب المطالبات، تتيح للمانحين أن ينشئوا أكثر من حق ضماني في موجوداتهم، ومن ثم أن يستغلوا كامل قيمة موجوداتهم للحصول على مزيد من الائتمان (وهذا واحد من الأهداف الرئيسية لأي نظام فعال وكفؤ بشأن المعاملات المضمونة؛ انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1، الفقرة ٣١).

٣- فيما يتعلق بالسبب المذكور في الفقرة ٢ أعلاه، لا يقدم الدائن الائتمان عادة على أساس قيمة ممتلك معين إلا إذا كان بوسعه أن يعرف، بدرجة عالية من اليقين قبل تقديم الائتمان، مدى ما سيكون للمطالبات الأخرى من أسبقية على حقه الضماني في ذلك الممتلك. والمسألة الأهم بالنسبة للدائن في هذا التحليل هي ما سيكون عليه ترتيب أولويته في حال إنفاذ الحق الضماني أو إعسار المانح، وخصوصا عندما يتوقع أن تكون الموجودات المرهونة هي المصدر الأساسي أو الوحيد لحصول الدائن على السداد. فمتى كان لدى الدائن تشكك بشأن أولويته وقت نظره في تقديم الائتمان فان هذا سيضعف من تعويله على الموجودات المرهونة. وهذا التشكك قد يدفع الدائن إلى زيادة تكلفة الائتمان انعكاسا لنقصان قيمة الموجودات المرهونة في نظر الدائن، بل قد يدفع الدائن إلى رفض تقديم الائتمان كليا.

٤- وتقليلًا لهذا التشكك إلى أدنى حد ممكن، من المهم أن تتضمن قوانين المعاملات المضمونة قواعد أولوية واضحة تفضي إلى نتائج قابلة للتنبؤ. فوجود قواعد أولوية كهذه، إلى جانب آليات ناجعة للتأكد من الأولوية ومعرفتها يقينا وقت تقديم الائتمان، قد يكون مهما للدائنين كأهمية تفاصيل القواعد ذاتها. وكثيرا ما يكون مقبولا للدائن أن تكون لبعض المطالبين المنازعين أولوية أعلى، ما دام بوسع الدائن أن يعرف، بدرجة عالية من اليقين، أنه سيستطيع في نهاية المطاف تسهيل جزء كاف من قيمة الموجودات المرهونة لسداد مطالبته في حال عدم قيام المانح بالسداد. فعلى سبيل المثال، قد يكون المقرض الذي ينظر في تقديم قرض إلى مانح مضمون بضمانة تشمل كل موجوداته مستعدا لتقديم القرض حتى وان كان المخزون خاضعا لحقوق ضمانية شتى (مثل حق ضماني لصالح صاحب المستودع الذي يخزن البضائع للمانح) ما دام بوسع الدائن أن يتأكد، بدرجة معقولة من اليقين، من طبيعة تلك المطالبات ومقدارها.

٥- وفيما يتعلق بالسبب الثاني المذكور في الفقرة ٢ أعلاه، ثمة مصارف ومؤسسات مالية أخرى كثيرة مستعدة لتقديم ائتمان يقوم على حقوق ضمانية ليست لها مرتبة أولى من الأولوية بل يأتي ترتيبها بعد واحد أو أكثر من الحقوق الضمانية السابقة، طالما كانت ترى أن في موجودات المانح قيمة كافية للوفاء بحقوقها الضمانية وكان بوسعها أن تتأكد من تمتع حقوقها الضمانية بالمرتبة الثانية من الأولوية. ففي الولايات القضائية التي تعترف بالضمانة الشاملة لكل الموجودات، مثلا (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1، الفقرة ٢٥)، قد يكون المقرض B مستعدا لتقديم ائتمان إلى مانح تكون موجوداته خاضعة أصلا لضمانة شاملة لكل الموجودات لصالح المقرض A، طالما كان المقرض B يعتقد أن قيمة موجودات

المناح تتجاوز مبلغ القرض المضمون بالضمانة القائمة الشاملة لكل الموجودات بما يكفي لتغطية الائتمان الاضائي المقدم من المقرض B. ومن الأرجح بكثير أن تحصل هذه النتيجة في ولاية قضائية لديها قواعد أولوية واضحة تمكّن المقرضين من تقدير أولويتهم بدرجة عالية من التيقن. وبتسهيلها منح حقوق ضمانية متعددة في الموجودات ذاتها، تمكّن قواعد الأولوية المناح من بلوغ المدى الأقصى في إمكانه استخدام موجوداته في الحصول على ائتمان.

٦- ومن المهم ملاحظة أنه أيا كانت قاعدة الأولوية السارية في أي ولاية قضائية، فلن يكون لها شأن يذكر الا إذا كانت قواعد تنازع القوانين المنطبقة تقضي بأن تلك القاعدة هي الحاكمة. وترد مناقشة هذه المسألة في الفصل العاشر (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/ WP.14/Add.4، الفقرات ١٠-١٨).

## ٢- نهج تحديد الأولوية

٧- ثمة نهج مختلفة لتحديد الأولوية. وتجدد الإشارة إلى امكانية تعايش أكثر من واحد من هذه النهج في النظام القانوني ذاته تعايشا فعّالا طالما كان يمكن أن تنطبق على أنواع مختلفة من نزاعات الأولوية.

### (أ) قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل

٨- حسبما ذكر أعلاه (انظر الفقرات ٢-٥)، بغية تعزيز توافر الائتمان القليل التكلفة تعزيزا فعّالا، من المهم وجود قواعد أولوية تتيح للدائنين أن يعرفوا مرتبة أولويتهم بأعلى درجة من اليقين وقت تقديم الائتمان وتسمح للمانحين أن يستغلوا كامل قيمة موجوداتهم في الحصول على ائتمان. وقد ذكر في الفصل الخامس (انظر A/CN.9/WG.VI/ WP.14، الفقرات ١٩-٢٣) أن من أنجح السبل لتوفير ذلك اليقين، في حالة الحقوق الضمانية غير الحيازية على الأقل، جعل الأولوية قائمة على استخدام نظام تسجيل عمومي.

٩- وفي كثير من الولايات القضائية التي يوجد فيها نظام موثوق للتسجيل، تحدد الأولوية حسب ترتيب التسجيل، مع اعطاء الأولوية للأبكر في التسجيل (كثيرا ما يشار إليها بـ "قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل"). وفي بعض الولايات القضائية، تنطبق هذه القاعدة حتى وان لم يكن واحد أو أكثر من متطلبات انشاء الحق الضماني قد استوفي وقت التسجيل، مما يجنب الدائن الحاجة إلى البحث في نظام التسجيل مجددا بعد استيفاء باقي متطلبات انشاء الحق الضماني. وهذه القاعدة توفر للدائن تيقنا من أنه حالما يسجل إشعارا بحقه الضماني فلن يكون لأي تسجيل آخر أولوية على حقه الضماني. ويوفر هذا النظام أيضا

حماية لسائر الدائنين الموجودين أو المحتملين لأن التسجيل يتيح لهم العلم بالحقوق الضمانية الموجودة من قبل، فيمكنهم حينئذ اتخاذ خطوات لحماية أنفسهم (مثلا باشتراط الحصول على كفالات شخصية أو حقوق ضمانية صغرى في الممتلك ذاته أو على حقوق ضمانية كبرى في ممتلك آخر). وبصرف النظر عما سبق، قد يكون مناسبا وجود استثناءات محدودة من قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل، كما في حالة الحقوق الضمانية في ثمن الشراء (التي تناقش في الباب ٥ (ج) أدناه) أو حالة الدائنين بحكم القانون (مثل الدائنين ذوي الأفضلية) (التي تناقش في الباب ألف-٣-و أدناه).

١٠ - ويقضي بعض النظم القانونية بأنه ما دام التسجيل يحدث في غضون "فترة سماح" معينة بعد التاريخ الذي يُنشأ فيه الحق الضماني، فسوف تستند الأولوية إلى تاريخ الانشاء لا إلى تاريخ التسجيل. ولذلك، فإن الحق الضماني الذي يُنشأ قبل حق آخر ولكن يسجل بعده يمكن أن تظل له الأولوية على ذلك الحق الآخر، طالما سُجل الحق الضماني الأول في غضون فترة السماح السارية. ومن ثم، فإن تاريخ التسجيل، إلى حين انقضاء فترة السماح، ليس مقياسا موثوقا لتحديد مرتبة أولوية الدائن، ويكون هناك كثير من البلبلة غير الموجودة في النظم القانونية التي لا توجد فيها فترة سماح من هذا القبيل. ومنعا لإضعاف التيقن الذي توفره قاعدة الأسبق في التسجيل، يحرص بعض النظم القانونية استخدام فترات السماح في حالات نادرة، مثل '١' الحقوق الضمانية في ثمن الشراء الخاص بالمعدات (انظر الفقرة ٥٣ أدناه)، أو '٢' الحالات التي يكون فيها تسجيل الحق قبل انشائه أو بالتزامن معه متعذرا من الناحية اللوجستية، أو '٣' عندما يتعذر تقليص الفارق الزمني بين الانشاء والتسجيل إلى حد أدنى باستخدام التسجيل الإلكتروني أو غيره من تقنيات التسجيل.

١١ - وفي كثير من النظم القانونية، يسري تحديد مرتبة الأولوية تبعا لتوقيت التسجيل حتى وإن اكتسب الدائن حقه الضماني مع علمه فعلا بوجود حق ضماني غير مسجل. وترتكز هذه القاعدة عموما على النظرية القائلة بأن التقييدات التي تستند إلى العلم الفعلي تتطلب تقصيا وقائعا خاصا لحالة ذهنية ذاتية، وهو أمر بالغ الصعوبة في سياق الشركات وغيرها من الشخصيات الاصطناعية. ومن ثم، فإن قواعد الأولوية التي تعتمد على العلم الفعلي تتيح فرصا لجعل عمليات التسجيل عرضة للطعن وتعقد عملية حل النزاعات، مما يضعف تيقن الدائنين المضمونين من حالة أولويتهم، ويحدّ بالتالي من كفاءة النظام وفعاليتته. وكما في حالة فترات السماح، ليس في هذا النهج غبن للدائنين المضمونين، لأن بوسعهم دائما حماية أنفسهم بالتسجيل في الوقت المناسب.

١٢- وثمة نظم قانونية كثيرة اعتمدت استثناء من قاعدة الأسبق في التسجيل، حيث يتألف نظام التسجيل من نظام لتسجيل حقوق الملكية أو نظام لشهادات الملكية. والحق الضماني الذي يسجل في أحد هذين النظامين كثيرا ما يعطى أولوية على إشعار سبق تسجيله في سجل عام للحقوق الضمانية ضمانا لأن يكون لدى من يشترون موجودات مسجلة في هذه النظم ثقة كاملة في سجلات النظام لدى تقدير نوعية حق الملكية الذي يحتازونه.

### (ب) الأولوية القائمة على الحيازة أو السيطرة

١٣- حسبما وردت مناقشته في الفصلين الثالث والخامس (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1، الفقرات ٥-١٤، وA/CN.9/WG.VI/WP.14، الفقرات ٧-٩)، تمثل الحقوق الضمانية الحيازية تقليديا عنصرا هاما في قوانين المعاملات المضمونة في معظم الولايات القضائية. وادراكا لذلك، يمكن أيضا تحديد الأولوية، حتى في بعض النظم القانونية التي توجد فيها قاعدة أولوية تقوم على أسبقية التسجيل، استنادا إلى تاريخ حصول الدائن على حيازة الموجودات المرهونة أو السيطرة عليها، دون أي اشتراط للتسجيل (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1، الفقرة ١٧ (ب ب)، تعريف "السيطرة"). وفي هذه النظم، كثيرا ما تعطى الأولوية للدائن الذي سجل قبل غيره اختطارا بحقه الضماني في نظام التسجيل أو حصل قبل غيره على حق ضماني بالحيازة أو السيطرة. غير أنه نظرا لأن الحيازة أو السيطرة نادرا ما تكون مستندا رسميا فإن حائز الحقوق الضمانية التي تُجعل نافذة تجاه أطراف ثالثة بالحيازة أو السيطرة سيتحمل، في كثير من النظم القانونية، عبء إثبات الوقت الذي حصل فيه على الحيازة أو السيطرة على وجه الدقة.

١٤- وفي حالة أنواع معينة من الموجودات المرهونة (وهي الصكوك القابلة للتداول، مثل الأوراق المالية الاستثمارية المشهدة، أو مستندات التملك القابلة للتداول، مثل سندات الشحن أو إيصالات الإيداع في المخازن)، كثيرا ما يشترط الدائنون تمتعهم بالحيازة أو السيطرة عليها منعا للتصرف فيها بشكل محظور من جانب المانح. وفيما يتعلق بهذه الأنواع من الموجودات، تنص قوانين الكثير من الولايات القضائية على أنه يجوز ارساء أولوية أي حق ضماني فيها إما بالحيازة أو السيطرة وإما بالتسجيل. غير أن الحق الضماني الذي يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالحيازة أو السيطرة تكون له أولوية على الحق الضماني الذي يُجعل نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل فحسب، حتى وإن حدث التسجيل أولا. وهذه النتيجة لا تتماشى مع توقعات الأطراف في حالة الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول، لأن الحقوق في تلك الموجودات تحال تقليديا بالحيازة.

١٥- وفي النظم القانونية التي يمكن فيها ارساء الأولوية بأكثر من طريقة (مثلا بالتسجيل أو بالحيازة أو السيطرة)، ينشأ تساؤل عما إذا كان ينبغي أن يسمح للدائن المضمون الذي أرسى أولويته في البداية بطريقة ما أن يبدلها بطريقة أخرى، دون أن يفقد مرتبة أولويته الأصلية فيما يتعلق بالموجودات المرهونة. ومن حيث المبدأ، ليس هناك ما يمكن الاعتراض عليه في السماح للدائن بالاحتفاظ بأولويته في هذه الحالة، شريطة ألا يكون هناك انقطاع في استمرارية التسجيل أو الحيازة أو السيطرة، بحيث يكون الحق الضماني خاضعا لاحدى الطريقتين في جميع الأوقات. ومن ثم، إذا كان القانون ينص على جواز أن يصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل أو الحيازة وعلى أن الحق الضماني في موجودات ما يصبح نافذا بالتسجيل أولا ثم يحصل الدائن المضمون على حيازة الموجودات بينما لا يزال التسجيل نافذا، يظل الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة وتُنسب الأولوية رجوعا إلى تاريخ التسجيل. أما إذا حصل الدائن المضمون على حيازة الموجودات بعد انقضاء التسجيل بفعل مرور الوقت أو لسبب آخر، فينبغي تقرير أولوية الحق الضماني ابتداء من التاريخ الذي حصل فيه الدائن المضمون على الحيازة.

#### (ج) قواعد الأولوية البديلة

١٦- في النظم القانونية التي لا يوجد فيها نظام موثوق للتسجيل أو لا يوجد فيها أي نظام تسجيل على الإطلاق، كثيرا ما يستند كل من نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة وأولويته إلى تاريخ إنشاء ذلك الحق. ومع أن تلك النظم القانونية تسمح بالحقوق الضمانية غير الحيازية (كثيرا ما يكون ذلك في شكل احتفاظ بحق الملكية أو إحالة لذلك الحق للحصول على ضمان)، يتأكد الدائن عادة من وجود أو عدم وجود مطالبات منازعة من خلال الاقرارات التي يقدمها المانح أو المعلومات المتاحة في السوق. ونظرا لأنه لا يوجد في تلك الولايات القضائية نظام لتحديد مراتب الدائنين ذوي الحقوق الضمانية في الموجودات ذاتها، فإن من الصعب، أو المستحيل، على المانح أن يمنح أكثر من حق ضماني واحد في الموجودات ذاتها وبالتالي أن يستغل كامل قيمة موجوداته للحصول على ائتمان مضمون (انظر الفقرتين ٢ و ٥ أعلاه).

١٧- وقد اعتمد بعض النظم القانونية قاعدة خاصة للأولوية فيما يتعلق بأنواع معينة من الموجودات المرهونة. ففي بعض النظم القانونية، مثلا، يستند نفاذ الحق الضماني في المستحقات تجاه الأطراف الثالثة والمطالبات المنازعة في المستحقات، إلى الوقت الذي يجري فيه إبلاغ المدينين على المستحقات ("المدينين الحسابيين") بوجود الحق الضماني. غير أن هذا

النظام لا يساعد على توافر الائتمان المضمون القليل التكلفة لأسباب عدة. أولها أنه لا يتيح للدائن أن يعرف، بدرجة كافية من التيقن عند تقديم الائتمان، ما إذا كان هناك أي حق ضماني منازع في تلك المستحقات. وثانيها أنه لا يوفر سبيلا ناجعا للحصول على حقوق ضمانية في مستحقات آجلة لأن إبلاغ المدينين الحسابيين على المستحقات الآجلة ليس ممكنا وقت تقديم الائتمان في البداية، ومن ثم لا بد من إشعار أولئك المدينين عند نشوء تلك المستحقات. وثالثها أن الإبلاغ في حال تعدد المدينين الحسابيين قد يكون باهظ التكلفة. ورابعها أن ثمة مانحين كثيرين قد لا يودون إبلاغ زبائنهم مباشرة بوجود حق ضماني في مستحقاتهم.

### ٣- نطاق قواعد الأولوية

١٨- نظرا لأهمية قواعد الأولوية، ينبغي لأي نظام للمعاملات المضمونة أن يضم مجموعة من قواعد الأولوية ذات النطاق الشامل، فتغطي طائفة واسعة من الالتزامات المضمونة والموجودات المرهونة القائمة والآجلة، وأن يوفر سبلا لحل النزاعات المتعلقة بالأولوية بين طائفة متنوعة من المطالبات المتنازعة (الرضائية منها وغير الرضائية). وحسبما ذكر في الفقرة ١ أعلاه، من شأن وجود مجموعة شاملة من قواعد الأولوية ألا يفيد فحسب في تحديد مراتب المطالبات المتنازعة في الموجودات ذاتها بل يحدد أيضا متى يمكن للشخص أن يأخذ الموجودات خالصة من مطالبات جميع المطالبين المنازعين الآخرين.

#### (أ) الالتزامات المضمونة المتأثرة

١٩- من أجل تحديد مقدار الائتمان المزمع تقديمه والشروط المتصلة بذلك، يجب أن يكون الدائن قادرا، وقت إبرام المعاملة المضمونة، على معرفة المقدار الذي سيعطى أولوية من مطالبته.

٢٠- فبعض النظم القانونية تحد هذه الأولوية بمقدار الدين القائم وقت إنشاء الحق الضماني. ومزية هذا النهج هي أنه يمكن (وإن ليس بالضرورة) أن يساوق الأولوية مع ما يعترمه الطرفان وقت إنشاء الحق الضماني. أما عيب هذا النهج فهو أنه يقتضي من الدائنين بذل مزيد من الحرص (مثل البحث عن عمليات التسجيل الجديدة) وتنفيذ اتفاقات إضافية وإجراء عمليات تسجيل إضافية للمبالغ المقدّمة لاحقا. وهذا أمر بالغ الإشكالية لأن من أجمع وسائل تقديم الائتمان المضمون هي تقديمه في شكل دوّار، لأن هذا النوع من التسهيل الائتماني يناسب على أنجع نحو احتياجات المقترض الخاصة (انظر المثال ٢ في الوثيقة

المشكلة بإعطاء السلف الآجلة نفس الأولوية المعطاة للسلف المقدمة وقتما أنشئ الحق الضماني أولاً. ففي حالة الائتمان المقدم لغرض تسليم بضائع أو خدمات على أقساط، يكمن الحل في معاملة المطالبة كلها على أنها نشأت عند توقيع العقد، لا عند كل تسليم لبضائع أو خدمات.

٢١- وثمة نظم قانونية أخرى تحد الأولوية بالمبلغ الأقصى المحدد في الإشعار المسجل في سجل عمومي فيما يتعلق بحق ضماني منعا لربط جميع موجودات المانح بدائن واحد وبالتالي تقليل مدى استعداد الدائنين اللاحقين لتقديم ائتمانات إلى المانح (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.14، الفقرة ٣٨).

٢٢- وثمة نظم قانونية ثالثة تعطي الأولوية لجميع الائتمانات المقدمة، حتى السلف المقدمة بعد إنشاء الحق الضماني، ولجميع الالتزامات الاحتياطية التي قد تنشأ بعد إنشاء الحق الضماني، دون حاجة إلى تحديد مبلغ أقصى. وفي تلك النظم، يمكن أن ينسحب الحق الضماني على جميع الالتزامات المضمونة النقدية وغير النقدية تجاه الدائن المضمون التي يضمنها الحق الضماني، بما في ذلك الدين الأصلي والتكاليف والفوائد المصرفية والرسوم، وكذلك التزامات الأداء وغيرها من الالتزامات الاحتياطية. والأولوية لا تتأثر بتاريخ تقديم أو تكبّد السلفة أو غير ذلك من أشكال الالتزام المضمون بالحق الضماني (أي أن الحق الضماني يجوز أن يضمن سلفاً آجلة في إطار تسهيل ائتماني له نفس الأولوية التي تتمتع بها السلف المقدمة في إطار التسهيل الائتماني بالتزامن مع إنشاء الحق الضماني).

#### (ب) الممتلكات المحتازة لاحقاً

٢٣- حسبما نوقش بمزيد من التفصيل في الفصل الرابع (انظر الفقرات ١٦-١٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2)، يميز بعض النظم القانونية إنشاء حق ضماني في ممتلكات قد يحتازها المانح في المستقبل. ويكتسب هذا الحق الضماني تلقائياً وقت احتياز المانح تلك الممتلكات، دون حاجة إلى أي خطوات أخرى في ذلك الوقت. ونتيجة لذلك، تقل التكاليف المرتبطة بمنح الحق الضماني إلى حدها الأدنى وتلبي توقعات الأطراف المعنية. ولهذا أهمية خاصة فيما يتعلق بالمخزونات التي تُحتاز باستمرار لكي يعاد بيعها، والمستحقات التي تُحصّل ويعاد توليدها بصورة متواصلة (انظر المثال ٢ في الفقرات ٢٣-٢٥ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1)، والمعدّات التي تُبدّل في السياق المعتاد لعمل المانح.

٢٤- ومنح حقوق ضمانية في الممتلكات المحتازة لاحقا يثير مسألة ما إذا كان تاريخ الأولوية يحتسب منذ وقت منح الحق الضماني أول مرة (أي التاريخ الذي يصبح فيه الحق الضماني نافذا لأول مرة تجاه الأطراف الثالثة) أم منذ وقت احتياز المانح تلك الممتلكات. وتتناول النظم القانونية المختلفة هذه المسألة بأساليب مختلفة. فبعضها يتبع نهجا يعتمد على وضعية الدائن المنازع على الأولوية (إذ يبدأ احتساب تاريخ الأولوية تجاه سائر الدائنين ذوي الحقوق الضمانية الرضائية منذ تاريخ منح الحق أول مرة، وتجاه جميع الدائنين الآخرين منذ تاريخ احتياز الممتلكات). ومن المقبول عموما أن احتساب تاريخ الأولوية منذ وقت منح الحق أول مرة، بدلا من تاريخ احتياز المانح حقوقا في الموجودات المحتازة لاحقا، هو النهج الأكفأ والأنجح من حيث تشجيع توافر الائتمان المضمون القليل التكلفة (انظر، على سبيل المثال، المادة ٨ (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن المستحقات).

٢٥- وتنص النظم الفعالة بشأن المعاملات المضمونة على أن يكون للحق الضماني في الموجودات التي يحتازها المانح لاحقا نفس الأولوية التي يتمتع بها الحق الضماني في موجودات المانح المملوكة أو القائمة وقت جعل الحق الضماني نافذا لأول مرة تجاه الأطراف الثالثة.

### (ج) العائدات

٢٦- إذا كان للدائن حق ضماني في عائدات الموجودات المرهونة الأصلية ومنافعها المدنية، فسوف تنشأ مسائل تتعلق بأولوية ذلك الحق الضماني تجاه سائر المطالبين المنازعين. ويمكن أن يشمل المطالبون المنازعون فيما يتعلق بالعائدات، ضمن أشخاص آخرين، دائنا آخر له حق ضماني في العائدات ودائنا للمانح اكتسب حقه بحكم قضائي أو بأمر تنفيذي بحق العائدات (فيما يخص ماهية العائدات، انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2، الفقرات ٣٠-٣٤).

٢٧- والممتلكات التي تمثل عائدات لأحد الدائنين المضمونين قد تمثل موجودات مرهونة أصلية لدائن مضمون آخر. فعلى سبيل المثال، قد يكون للدائن A حق ضماني في جميع مستحقات المانح وبحكم حقه الضماني في جميع مخزونات المانح الحالية والآجلة وفي العائدات المتأتية عند بيع تلك المخزونات أو التصرف فيها بأي شكل آخر، ويكون للدائن B حق ضماني في جميع مستحقات المانح الحالية والآجلة كمرهونات أصلية. فإذا باع المانح لاحقا بالدين مخزونات خاضعة للمصلحة الضمانية للدائن A، يصبح لكلا الدائنين حق ضماني في المستحقات المتولدة من البيع. فالدائن A له حق ضماني في المستحقات كعائدات للمخزونات المرهونة، والدائن B له حق ضماني في المستحقات كمرهون أصلي.

٢٨- ويجدر بأي نظام شامل يحكم المعاملات المضمونة أن يجيب عن عدة تساؤلات بشأن المطالبتين المتنازعتين للدائنتين المضمونين المذكورين أعلاه. التساؤل الأول هو ما إذا كان حق الدائن A في المستحقات بصفتها عائدات للمخزونات نافذا لا تجاه المانح فحسب بل تجاه المطالبين المتنازعين أيضا. وجواب هذا التساؤل يجب أن يكون بالاجاب في معظم الأحوال، وإلا كانت قيمة الموجودات المرهونة الأصلية (أي المخزونات) وهمية إلى حد بعيد. فالحقوق الضمانية لا توفر للدائن المضمون أمنا اقتصاديا إلا بقدر ما يكون للدائن المضمون حق في أن يستخدم القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة لسداد ما له من التزام مضمون قبل المطالبين المتنازعين الآخرين. وحالما تباع المخزونات في مثالنا هذا، تصبح القيمة الاقتصادية للمخزونات، من وجهة نظر الدائن، مجسدة في المستحقات أو العائدات الأخرى المتأتية من البيع، وينبغي أن تتاح في المقام الأول للدائن A.

٢٩- والتساؤل الثاني هو ما إذا كان الحق في العائدات يشمل عائدات العائدات؛ أي، على سبيل المثال، ما إذا كان الدائن ذي الحق الضماني في المستحقات بصفتها عائدات للمخزونات له أيضا حق ضماني في النقود المتأتية عند قيام المانح بتحصيل المستحقات. والجواب عن هذا التساؤل يجب أن يكون أيضا بالاجاب في معظم الأحوال، لأن من شأن أي قاعدة مغايرة أن تمكن المانح بسهولة من إنكار حق الدائن المضمون في العائدات.

٣٠- والتساؤل الثالث هو ما إذا كان الحق في العائدات لا يشمل سوى العائدات القابلة للتحديد (مثلا، ما إذا كان الحق الضماني في العائدات المتمثلة في نقود يسقط متى احتلقت تلك النقود بأموال أخرى في حساب مصرفي). وفيما يتعلق بهذه المسألة، اعتمد كثير من الولايات القضائية قواعد "اقتفاء" مختلفة لتقرير الحالات التي يستصوب فيها اعتبار الأموال المودعة في حساب مصرفي قابلة للتحديد كعائدات لحق ضماني.

٣١- والاعتبارات التي أفضت ببعض الولايات القضائية إلى اشتراط التسجيل أو إتيان فعل آخر لكي يكون الحق الضماني في ممتلكات معينة نافذا تجاه الأطراف الثالثة أفضت أيضا ببعض تلك الولايات القضائية إلى اشتراط فعل آخر لجعل الحق في عائدات تلك الممتلكات نافذا تجاه الأطراف الثالثة.

٣٢- وفي بعض الحالات، يتمثل ذلك الفعل الإضافي في عملية تسجيل خاصة بالعائدات، ويكون في حالات أخرى فعلا مغايرا (كالحياسة في حالة الصكوك القابلة للتداول). وفي الحالات التي يشترط فيها فعل إضافي، ينبغي للنظام القانوني أن يتيح فترة زمنية بعد المعاملة المولدة للعائدات يمكن فيها للدائن أن يقوم بذلك الفعل دون فقدان أولويته في العائدات.

٣٣- ومع أن تقرير ما إذا كان يلزم القيام بفعل إضافي لكي يكون الحق الضماني في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة هو أمر هام جدا فإن تقرير ذلك ليس كافيا وحده لتبيين ما لحائز ذلك الحق الضماني وسائر الدائنين من حقوق نسبية في العائدات. وثمة حاجة إلى قواعد أولوية لتحديد الأولوية النسبية لحق الدائن المضمون في العائدات مقابل حقوق المطالبين المنازعين.

٣٤- وقد تختلف قواعد الأولوية تبعا لطبيعة المطالب المنازع. فعلى سبيل المثال، إذا كان المطالب المنازع دائنا مضمونا آخر يمكن استخلاص قواعد الأولوية الخاصة بالحقوق في عائدات الموجودات المرهونة الأصلية من قواعد الأولوية المنطبقة على تلك الموجودات ومن السياسات التي نشأت عنها تلك القواعد. وفي النظام القانوني الذي يكون فيه للحق الأول في ممتلكات معينة، المحسّد في تسجيل، أولوية على الحقوق المنازعة، يمكن استخدام تلك القاعدة ذاتها لتقرير الأولوية في الحالة التي تكون فيها الموجودات المرهونة الأصلية قد أحييت ثم يأتي الدائن المضمون ليطلب بحق في العائدات. أما إذا سجل الحق في الموجودات المرهونة الأصلية قبل قيام المطالب المنازع بتسجيل حقه في العائدات فيمكن إعطاء الأولوية للحق الضماني الأول.

٣٥- وفي الحالات التي لا يُحدّد فيها ترتيب أولويات الحقوق المتنازعة في الموجودات المرهونة الأصلية تبعا لأسبقية التسجيل (كما في حالة الحقوق الضمانية في ثمن الشراء، التي تتمتع بأولوية فائقة)، يلزم البت بصورة منفصلة بشأن قاعدة الأولوية التي تسري على عائدات الموجودات المرهونة الأصلية.

٣٦- وقد تتوقف الأولوية أيضا على عوامل أخرى عندما يكون المطالب المنازع دائنا بحكم القضاء (انظر الفقرات ٥٦-٦١) أو ممثلا للإعسار (انظر الفقرتين ٩٢-٩٣).

#### ٤- أولوية الحقوق الضمانية غير النافذة تجاه الأطراف الثالثة

٣٧- حسبما نوقش أعلاه (الفقرة ١٨)، ينبغي لأي نظام فعّال بشأن المعاملات المضمونة أن يتضمن قواعد لتحديد الأولوية النسبية بين الدائن المضمون ومجموعة واسعة من المطالبين المنازعين. وقد تختلف النتائج تبعا لما إذا كان الحق الضماني المعني نافذا تجاه الأطراف الثالثة أم غير نافذ. فالحقوق الضمانية النافذة تجاه الأطراف الثالثة تحظى عادة بأعلى درجة من الحماية، أما الحقوق الضمانية غير النافذة تجاه الأطراف الثالثة فتحظى رغم ذلك بقدر من الحماية في بعض الأحوال.

## (أ) الدائنون غير المضمونين

٣٨- كثيرا ما يتكبد المانح ديونا ليست مضمونة بحقوق ضمانية في أي من موجودات المدين. والواقع أن هذه المطالبات العامة غير المضمونة كثيرا ما تشكل الجانب الأكبر من التزامات المانح المعلقة.

٣٩- ومن المتعارف عليه أن اعطاء الدائنين المضمونين أولوية على الدائنين غير المضمونين ضروري لتعزيز توافر الائتمان المضمون وينبغي بالتالي أن يكون لحقه في استخلاص القيمة الاقتصادية لحقوقه الضمانية أفضلية على مطالبات دائني المانح الآخرين الذين ليس لديهم حق ضمني في موجودات المانح. أما الدائنون غير المضمونين فيمكنهم اتخاذ خطوات أخرى لحماية مصالحهم، مثل مراقبة أحوال الائتمان أو تحميل فوائد مصرفية على المبالغ المستحقة الماضية أو استصدار حكم قضائي بشأن مطالباتهم (حسبما ترد مناقشته في الباب ٥ (د) أدناه) في حال عدم السداد. وإضافة إلى ذلك، من شأن الحصول على ائتمان مضمون أن يزيد من رأس المال العامل لدى المانح، مما يفيد في كثير من الأحيان الدائنين غير المضمونين بزيادة احتمال سداد الدين غير المضمون. والواقع أن السلف المقدمة في إطار تسهيل اقتراضي دوّار مضمون لتعزيز رأس المال العامل (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1، الفقرات ٢٣-٢٥) كثيرا ما تكون هي المصدر الذي تسدد منه الشركات ديونها للدائنين غير المضمونين في سياق عملها المعتاد.

٤٠- ومن ثم، فمن العناصر الأساسية في أي نظام فعال للائتمان المضمون أن تكون للمطالبات المضمونة، المتحصل عليها بصورة سليمة، أولوية على المطالبات العادية غير المضمونة. ورغم ذلك، اعتمد بعض الولايات القضائية استثناء من هذا المبدأ في حالة الضمانة الشاملة لكل الموجودات (انظر الفقرات ٢٣-٢٥ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2).

٤١- وثمة تساؤل مطروح آخر هو ما إذا كان ينبغي إعطاء الحق الضماني أولوية على الائتمان غير المضمون حتى وإن لم يصبح الحق الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة. وفي بعض النظم القانونية، تتوقف الإجابة عن هذا التساؤل على ما إذا كان يجري إنفاذ ذلك الحق الضماني في سياق دعوى إعسار مرفوعة من جانب مانح الحق الضماني أم ضده. وإذا كان الأمر كذلك، يجوز تخويل ممثل الإعسار صلاحية إبطال الحقوق الضمانية التي لم تصبح نافذة تجاه الأطراف الثالثة، وإذا ما أبطلت تلك الحقوق الضمانية فسوف تعامل الالتزامات التي تضمنها كمطالبات غير مضمونة. ومن ناحية أخرى، يمكن أن يكون الحق الضماني غير

النافذ تجاه الأطراف الثالثة نافذا رغم ذلك تجاه المانح، ويمكن للدائن المضمون أن يُنفذه تجاه المانح خارج سياق اجراءات إعسار المانح.

#### (ب) الدائنون المضمونون

٤٢- حسبما ذكر أعلاه (انظر الفقرتين ٢ و ٥)، ثمّة نظم قانونية كثيرة تسمح للمانح بأن يمنح أكثر من حق ضماني في الموجودات ذاتها، وهي تتركز في تحديد الأولوية النسبية لتلك الحقوق الضمانية على قاعدة الأولوية (قاعدة الأسبق في التسجيل أو غيرها) السارية في النظام المعني، أو على اتفاق الدائنين (انظر الفقرتين ٩٤-٩٥). والسماح بعدة حقوق ضمانية في الموجودات ذاتها على هذا النحو يمكن المانح من استخدام القيمة الكامنة في الموجودات للحصول على ائتمان من مصادر متعددة، وبالتالي استغلال الطاقة الإقتراضية القصوى الكامنة في تلك الموجودات.

٤٣- وعادة ما تنص نظم المعاملات المضمونة التي تميّز بين الحق الضماني النافذ تجاه الأطراف الثالثة والحق الضماني غير النافذ تجاهها على أن يكون كلاهما نافذ تجاه المانح، غير أن الحق الضماني النافذ تجاه الأطراف الثالثة له أولوية على الحق الضماني غير النافذ تجاهها، بصرف النظر عن الترتيب الزمني لإنشاء دينك الحقيق. فمن شأن اتخاذ موقف مغاير أن يفرغ مفهوم النفاذ تجاه الأطراف الثالثة من معناه.

٤٤- أما إذا كان هذان الحقان الضمانيان غير نافذين تجاه الأطراف الثالثة ولكن نافذين رغم ذلك تجاه المانح فتحدد الأولوية حسب ترتيب إنشائهما.

#### ٥- أولوية الحقوق الضمانية النافذة تجاه الأطراف الثالثة

##### (أ) الدائنون غير المضمونين

٤٥- سبق أن ذكر أعلاه (انظر الفقرات ٣٨-٤١) أن من المبادئ الأساسية لقانون المعاملات المضمونة في كثير من الولايات القضائية أن يكون الحق الضماني النافذ تجاه الأطراف الثالثة نافذا تجاه دائني المانح غير المضمونين.

##### (ب) الدائنون المضمونون

٤٦- في كثير من النظم القانونية، تحدد الأولوية بين حقين ضمانيين في الموجودات ذاتها نافذين تجاه الأطراف الثالثة، رهنا باستثناءات محدودة تناقش في الباب ٥ (ج) أدناه، حسب

ترتيب حدوث الخطوات المتخذة لجعلهما نافذين تجاه الأطراف الثالثة، حتى وإن كان واحد أو أكثر من متطلبات إنشاء الحق الضماني غير مُستوفى في ذلك الحين.

### (ج) حائزو الحقوق الضمانية في ثمن الشراء

٤٧- يجتاز المانح موجوداته عادة بشرائها. وفي بعض الحالات، يجري الشراء بائتمان مقدم من البائع أو بتمويل من مقرض، ويكون كلاهما مضمونا بحقوق ضمانية في الموجودات المشتراة. ويشار إلى هذا النوع من التمويل بـ"تمويل ثمن الشراء" ويشار إلى الحقوق الضمانية التي تضمن ذلك التمويل بـ"الحقوق الضمانية في ثمن الشراء"؛ (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1، الفقرات ١٧ (ب) و١٩-٢٢، وA/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1، الفقرات ٣٥-٤٥). وفي هذه الحالات يجب إيلاء اعتبار أولوية تلك الحقوق الضمانية مقابل ما تحوزه أطراف أخرى من حقوق ضمانية في البضاعة ذاتها.

٤٨- واعترافاً بأن تمويل ثمن الشراء يمثل وسيلة فعالة لتزويد المنشآت التجارية براس المال الضروري لاحتياز بضاعة معينة، يقضي كثير من النظم القانونية بأن تكون لحائزي الحقوق الضمانية في ثمن الشراء أولوية على سائر الدائنين (من فيهم الدائنون الذين لهم حق ضماني في البضاعة سجّل قبل ذلك) فيما يتعلق بالبضاعة المحتازة بواسطة عائدات تمويل ثمن الشراء، ما دام الإخطار بالحق الضماني في ثمن الشراء قد سجل في غضون وقت مناسب (قد يشمل على "فترة سماح" في حالة أنواع معينة من الموجودات).

٤٩- وفي هذه النظم القانونية، تمثل هذه الأولوية المرفوعة (التي يشار إليها أحيانا بـ"الأولوية الفائقة") استثناء بارزا من قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل، التي نوقشت في الباب ٢ (أ) أعلاه، ولها أهمية في تعزيز توافر تمويل ثمن الشراء. وكثيرا ما تُمنح المنشآت التجارية حقوقا ضمانية في كل أو بعض مخزوناتهما ومعداتها الحالية والمحتازة لاحقا من أجل الحصول على تمويل. وفي هذه الحالات، إذا لم تعط الحقوق الضمانية في ثمن الشراء أولوية مرفوعة فلن يكون بوسع ممالي ثمن الشراء أن يُعولوا كثيرا على حقوقهم الضمانية في البضائع المشتراة، لأن ترتيبها من حيث الأولوية سيأتي خلف الحقوق الضمانية الأخرى في البضائع ذاتها. ففي المثال ١ (انظر الفقرات ١٩-٢٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1)، سوف يتلكأ البائع A والمقرض A والمؤجّر A في تقديم تمويل لثمن الشراء إذا كانت حقوقهم الضمانية في البضائع الممولة أدنى أولوية من الحقوق الضمانية القائمة للمقرض B في المثال ٢ (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1، الفقرة ٢٥).

٥٠ - واعطاء أولوية مرفوعة للحقوق الضمانية في ثمن الشراء لا يعتبر في العادة مجحفاً بحقوق دائني المانح الآخرين، لأن تمويل ثمن الشراء لا يُنقص من حوزة المانح (أي صافي موجوداته أو صافي قيمة ثروته)، بل يثري الحوزة بالموجودات المشتراة الجديدة. فعلى سبيل المثال، ليس من شأن تمويل أي شراء للمخزونات أن يضعف الموقف الضماني لكل من المقرض B في المثال ٢، لأنه يظل يحتفظ بكل الموجودات المرهونة له إضافة إلى حق ضماني ذي أولوية أدنى من الحق الضماني في البضائع المشتراة الجديدة، الممولة بمعاملة الائتمان الشرائي.

٥١ - وتشجيعاً لتوافر تمويل ثمن الشراء دون تثبيط الائتمان المضمون العام، من المهم ألا تسري الأولوية المرفوعة المعطاة للحقوق الضمانية في ثمن الشراء إلا على البضائع المحتازة بذلك التمويل الشرائي، وليس على أي من موجودات المانح الأخرى.

٥٢ - وفي بعض النظم القانونية، لا تخضع الحقوق الضمانية في ثمن الشراء للتسجيل (لأسباب منها أن بائعي البضائع قد يكونون من البسطاء، فلا يتوقع منهم أن يسجلوا حقهم الضماني أو أن يبحثوا في السجل). ولكن هناك نظم قانونية أخرى تُخضع الحقوق الضمانية في ثمن الشراء للتسجيل منعا لتعويل الدائنين الآخرين خطأً على موجودات خاضعة لحقوق ضمانية في ثمن الشراء (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.14، الفقرتين ٥٦-٥٧).

٥٣ - ومن منظور الدائن المنازع، سيكون من المفيد اشتراط تسجيل اخطار بالحق الضماني وقت الحصول على ذلك الحق. وهذا يعني أنه يمكن لأي دائن أن يبحث في نظام التسجيل ويتحقق يقيناً، وقت البحث، مما إذا كان أي من موجودات المانح الحالية خاضعة لحقوق ضمانية في ثمن الشراء. غير أن بعض النظم، تيسيراً للتمويل الفوري في قطاعي بيع المعدات وتأجيرها، يتيح فترة سماح لتسجيل الحقوق الضمانية في ثمن الشراء عندما تكون الموجودات المرهونة عبارة عن معدات. وبغية الموازنة بين المصالح المتنازعة على أنجع نحو ممكن، يجب أن تكون فترة السماح هذه طويلة بما فيه الكفاية بحيث لا يمثل اشتراط التسجيل عبئاً مفرطاً على ممالي ثمن الشراء، ولكن قصيرة بما فيه الكفاية بحيث لا يضطر الدائنون المضمونون الآخرون إلى الانتظار فترات طويلة قبل أن يتمكنوا من البحث في السجل ومعرفة ما إذا كانت توجد أي حقوق ضمانية منازعة.

٥٤ - ولا تسري فترة السماح هذه عادة على عمليات التسجيل المتعلقة بالمصالح الضمانية في المخزونات المشتراة. وبدلاً من ذلك، وبغية الحصول على أولوية فائقة في المخزونات، يقضي بعض النظم القانونية بأن يقوم حائز ذلك الحق الضماني، إضافة إلى التسجيل، بتوجيه

إشعار بذلك الحق إلى سائر حائزي الحقوق الضمانية الموجودين. ويوجه هذا الإشعار عادة مرة واحدة عند بدء ترتيبات تمويل ثمن الشراء، بدلا من توجيه إخطار عند كل شراء لبضائع مموّلة من جانب ممول. والحجة الداعمة لاشتراط ذلك الإشعار هي ضرورة تنبيه الممولين بالمخزونات إلى الحقوق الضمانية في المشتريات لكي لا يقدموا قروضا اضافية بضمانة المخزونات الموجودة لدى المدين عن اعتقاد خاطئ بأنه ستكون لهم أولوية أولى في تلك المخزونات. ولإزالة هذا الخطر على نحو آخر، يتعيّن على أولئك الممولين أن يفحصوا السجل يوميا قبل كل سلفة جديدة على المخزونات لكي يطمئنوا إلى عدم وجود حقوق مطالب بها في المخزونات المشتراة (وهذا أمر يمكن أن يزيد من تكلفة ذلك التمويل زيادة ملحوظة)، بل ان الفحص اليومي لن يكون كافيا إذا ما أعطيت فترة سماح لتسجيل الحقوق الضمانية في ثمن الشراء.

٥٥ - وثمة مسألة سياساتية هامة يجب البت فيها لدى صوغ قاعدة تعطي أولوية فائقة لتمويل ثمن الشراء، هي ما إذا كان ينبغي أن تتاح تلك الأولوية لبائعي البضائع فحسب أم أن تمتد أيضا لتشمل المصارف وسائر المقرضين الذين يمولون احتياز البضائع. والحجج الداعمة لقصر تلك الأولوية على البائعين تنحو إلى أن تكون تاريخية، وهي أن التمويل المقدم من الموردين (في شكل ترتيبات احتفاظ بحق الملكية، مثلا) قد استحدثت كبديل زهيد التكلفة وناجع للتمويل المصرفي. أما الحجة الرئيسية الداعمة لمد تلك الأولوية إلى المصارف وسائر المقرضين فهي أن هذه المساواة في المعاملة تعزز التنافس، الذي يفترض أن يكون له بالتالي تأثير إيجابي على توافر الائتمان وتكلفته.

#### (د) الدائنون بحكم القضاء

٥٦ - تنص نظم قانونية كثيرة على أن يكون للدائن غير المضمون العادي الذي حصل على حكم قضائي بشأن مطالبته واتخذ الاجراءات التي يفرضها القانون (مثل الحجز على ممتلكات معينة أو تسجيل الحكم القضائي) ما يعادل حقا ضمانيا في تلك الممتلكات. وهذا الحق يعطي فعليا للدائن بحكم القضاء أولوية على دائني المانح غير المضمونين العاديين فيما يخص تلك الممتلكات.

٥٧ - ويعطي الدائنون بحكم القضاء هذه الأولوية على سائر الدائنين غير المضمونين اعترافا بالخطوات القانونية التي اتخذوها لإنفاذ مطالباتهم. وليس في هذا إجحاف بسائر الدائنين غير المضمونين العاديين لأن لهم ذات الحقوق في تحويل مطالباتهم إلى حكم قضائي. غير أن قوانين الإعسار، تفاديا لإعطاء الدائنين بحكم القضاء صلاحيات مفرطة في النظم القانونية

التي يجوز فيها لدائن وحيد أن يقيم دعوى إعسار، تنص على أنه يجوز لممثل الإعسار أن يُبطل الحقوق الضمانية الناشئة عن أحكام قضائية صادرة في غضون فترة زمنية معينة قبل إجراءات الإعسار.

٥٨- وعندما يعطى الدائن بحكم قضائي ما يعادل حقا ضمانيا، تكون للدائن الموجود، الذي له حق ضمانى رضائي أسبق زمنية في موجودات معينة، مصلحة في التأكد من أن حقه الضمانى يحتفظ بأولويته على الحق الضمانى المتحصّل عليه بواسطة حكم قضائي، خصوصا فيما يتعلق بالموجودات التي سبق أن عوّل عليها في تقديم الائتمان. ومن ناحية أخرى، للدائن بحكم القضاء مصلحة في أن يحظى بالأولوية فيما يتعلق بالموجودات التي لها قيمة كافية لتكون مصدرا لسداد مطالبته.

٥٩- وفي كثير من النظم القانونية التي لديها نظام تسجيل، تُرتب الأولوية في هذه الحالة حسب توقيت تسجيل الحق الضمانى، أي أن الحق الضمانى الرضائي في الممتلكات الذي هو أسبق في التسجيل ستكون له أولوية على حق ضمانى لاحق في الممتلكات ذاتها حصل عليه بحكم قضائي. وفي المقابل، من شأن منح حق ضمانى رضائي في الممتلكات بعد أن يكون الدائن قد حصل على شكل ما من حق ضمانى مكتسب بحكم القضاء أن يفضي إلى حق ضمانى أدنى رتبة من الحق الضمانى الموجود المكتسب بحكم القضاء. وهذا النهج مقبول عموما لدى الدائنين ما دام الحق الضمانى المكتسب قضائيا قد أُشهر بما فيه الكفاية لكي يتسنى للدائنين أن يصبحوا على علم به بصورة فعالة ويأخذوا وجوده في الحسبان عند اتخاذ قرارهم بشأن تقديم الائتمان (انظر الفقرة ٤٨).

٦٠- ويوجد عادة استثناء من هذه القاعدة عندما تطبق على السلف الآجلة (التي نوقشت بمزيد من التفصيل في الباب ٣ (أ) أعلاه). ومع أنه من المعتاد أن تكون للحق الضمانى المسجل سابقا أولوية على الحق الضمانى المكتسب بحكم القضاء فيما يتعلق بالائتمان الذي يقدم قبل أن يصبح الحق الضمانى المكتسب بحكم القضاء نافذا، فلن تكون له عموما أولوية على الحق الضمانى الحكمي فيما يتعلق بأي ائتمان يقدم بعد تاريخ النفاذ ذاك (ما لم يكن ذلك الائتمان قد التزم به قبل تاريخ نفاذ الحكم). فعلى سبيل المثال، في المثال ٢ (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1، الفقرة ٢٥) يقدم المقرض B إلى شركة Agrico من حين لآخر قروضا تُضمن بكل مستحقات تلك الشركة الحالية منها والآجلة. فإذا حصل أحد الدائنين غير المضمونين على حكم قضائي ضد الشركة وحصل بذلك على حق ضمانى في مخزونها، فسيكون لحق المقرض B الضمانى في المخزونات أولوية على الحق الضمانى المكتسب بحكم القضاء فيما يتعلق بالقروض التي قدمها المقرض B قبل التاريخ الذي أصبح

فيه الحكم نافذاً، وكذلك فيما يتعلق بالقروض التي قدمها المقرض B في غضون فترة زمنية معينة بعد تاريخ نفاذ الحكم. بيد أن الحق الضماني المكتسب بحكم القضاء ستكون له أولوية فيما يتعلق بأي قروض إضافية قدمها المقرض B بعد الفترة المحددة، ما لم يكن المقرض B قد التزم بتقديم تلك القروض الإضافية قبل تاريخ نفاذ الحكم.

٦١- ومن أجل حماية الدائنين المضمونين الموجودين من تقديم سلف إضافية استناداً إلى قيمة موجودات خاضعة لحقوق ضمانية مكتسبة بحكم القضاء، ينبغي أن تكون هناك آلية لإشعار الدائنين بوجود تلك الحقوق الضمانية المكتسبة بحكم القضاء. وفي كثير من النظم القانونية التي يوجد فيها نظام تسجيل، يوفّر هذا الإشعار بإخضاع الحقوق الضمانية المكتسبة بحكم القضاء لنظام التسجيل. وإذا لم يكن هناك نظام تسجيل أو إذا لم تكن الحقوق الضمانية المكتسبة بحكم القضاء خاضعة لنظام التسجيل، قد يتعين على الدائن بحكم القضاء أن يبلغ الدائنين المضمونين الموجودين. وإضافة إلى ذلك، يمكن النص على أن أولوية الدائن المضمون الموجود تستمر لفترة من الوقت (ربما ٤٥ إلى ٦٠ يوماً) بعد تسجيل الحق الضماني المكتسب بحكم القضاء (أو بعد تلقي الدائن إشعاراً به) لكي يتمكن الدائن من اتخاذ خطوات لحماية مصلحته تبعاً لذلك. فكلما قصُر الوقت المتاح للدائن المضمون الموجود لكي يتصرف حيال وجود الحق المكتسب بحكم القضاء، وضاق نطاق إشهار تلك الحقوق الضمانية المكتسبة بحكم القضاء، زاد احتمال أن يفضي وجودها إلى إعاقه توافر التسهيلات الائتمانية التي توفر السلف الآجلة.

#### (هـ) مشترى الموجودات المرهونة

٦٢- عندما يبيع المانح موجودات خاضعة لحقوق ضمانية قائمة، تكون للمشتري مصلحة في استلام الموجودات خالصة من أي حق ضماني، بينما تكون للدائن المضمون الموجود مصلحة في صون حقه الضماني في الموجودات المباعة (ما لم يكن الدائن المضمون قد وافق على البيع). ومن المهم أن تعالج قواعد الأولوية هاتين المصلحتين كليهما وأن توجد توازناً مناسباً بينهما. فإذا ما تعرضت حقوق الدائن المضمون في موجودات معينة للمخاطر كلما قام المانح ببيع بعض تلك الموجودات، نقصت قيمة تلك الموجودات كضمانة نقصاناً شديداً، وقل توافر الائتمان الزهيد التكلفة المستند إلى قيمة تلك الموجودات.

٦٣- ويحتاج في بعض الأحيان بأن الدائن المضمون لا يتضرر ببيع الموجودات خالصة من حقه الضماني مادام يحتفظ بحق ضماني في عائدات البيع. بيد أن هذا لن يحمي بالضرورة الدائن المضمون، لأن العائدات كثيراً ما تكون أقل أهمية لدى الدائن من الموجودات المرهونة

الأصلية. وفي كثير من الأحيان، قد تكون قيمة العائدات كضمانة، بالنسبة للدائن، ضئيلة أو معدومة (مثل المستحق الذي لا يمكن تحصيله). وفي حالات أخرى، قد يصعب على الدائن أن يتعرف على العائدات، وبالتالي قد تكون مطالبته بها ضربا من الوهم. كما يجتمل أن تتعرض العائدات، حتى وإن كانت ذات قيمة لدى الدائن المضمون، للتبديد من جانب البائع الذي يتسلمها، تاركا الدائن بلا شيء. وقد اتبعت الولايات القضائية عددا من النهوج المختلفة في تحقيق ذلك التوازن بين مصالح الدائنين المضمونين والأشخاص الذين يشتركون الموجودات المرهونة من المانحين الحائزين لها.

#### ٦٤ فُهج سياق العمل المعتاد

٦٤- من النهوج المتبعة في كثير من النظم القانونية أن يُنصَّ على أن قيام المانح، ضمن سياق عمله المعتاد، ببيع الموجودات المرهونة في شكل مخزونات سيفضي تلقائيا إلى زوال ما للدائن المضمون من حقوق ضمانية في تلك الموجودات، دون أي تصرف إضافي من جانب المشتري أو البائع أو الدائن المضمون. وتستتبع هذه القاعدة أن يبيع المخزونات خارج السياق المعتاد لعمل المانح لن يؤدي إلى انقضاء أي حقوق ضمانية، وأنه يجوز للدائن المضمون، في حال تقصير المانح (انظر تعريف "التقصير" الوارد في الفقرة ٥ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2)، أن ينفذ حقه الضماني تجاه المخزونات الموجودة لدى المشتري (ما لم يكن الدائن المضمون قد وافق على البيع، طبعاً). وقد يمثل البيع ذاته تقصيرا إذا كان اتفاق الضمان ينص على ذلك، مما يعطي الدائن المضمون حقا في إنفاذ حقوقه الضمانية؛ أما إذا كان الاتفاق على ذلك ينص على كون البيع تقصيرا فلا يمكن للدائن المضمون فعل ذلك إلى حين حدوث تقصير.

٦٥- ولكي يكون بائع الموجودات مؤهلا لصفة "المشتري في سياق العمل المعتاد"، يجب أن يكون ممن يزاولون بيع ذلك النوع من الموجودات. وإضافة إلى ذلك، يجب ألا يكون المشتري على علم بأن البيع يخل بما لشخص آخر من حقوق ضمانية أو حقوق أخرى في الموجودات، كما هو الحال، مثلا، إذا كان المشتري على علم فعلي بأن البيع محظور بأحكام اتفاق الضمان المبرم بين البائع ومقرض له يجوز حقوقا ضمانية في الموجودات (انظر تعريف "المشتري في سياق العمل المعتاد" الوارد في الفقرة ١٧ (أ) من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1).

٦٦- وهذا النهج، حسبما يقال، يوفر أساسا بسيطا وشفافا لتقرير ما إذا كانت البضائع قد بيعت خالصة من الحقوق لضمانية. ففي حالة تجارة السيارات مثلا، من الواضح أن قيام

تاجر السيارات ببيع سيارة إلى مستهلك ما هو بيع للمخزون ضمن السياق المعتاد لعمل ذلك التاجر، وينبغي أن يأخذ المستهلك السيارة تلقائيا خالصة من أي حقوق ضمانية لصالح دائني التاجر. أما قيام التاجر ببيع كثير من السيارات بالجملة إلى تاجر آخر فيفترض أنه لا يندرج ضمن السياق المعتاد لعمل التاجر. وهذا النهج يتسق مع ما هو متوقع تجاريا بأن يبيع المانح مخزونات من البضائع (بل يجب عليه في الواقع أن يبيعها ليظل قادرا على الاستمرار)، وبأن مشتري البضائع سيأخذونها خالصة من الحقوق الضمانية القائمة. فبدون هذا الاعفاء ستكون قدرة المانح على بيع البضائع ضمن السياق المعتاد لعمله معطلة إلى حد بعيد، لأنه سيكون على المشتري أن يتحرروا عن المطالبات الواقعة على البضائع قبل أن يشتروها. وهذا سيؤدي إلى زيادة كبيرة في تكاليف المعاملات وإلى تعطيل المعاملات الجارية ضمن السياق المعتاد تعطيلًا شديدًا.

٦٧- وتشجيعا لتلك الإحالات الجارية ضمن السياق المعتاد، وإزالة أي بلبلة ناشئة عن جعل الأولوية متوقفة على العلم بالحق الضماني السابق (انظر الفقرة ١١ أعلاه)، ينص كثير من النظم القانونية على أن يحصل المشترون في هذه المعاملات على الموجودات خالصة من أي حق ضماني، حتى وإن كان المشتري على علم فعلي بذلك الحق. وهذا الاعتبار بالغ الأهمية لدرجة أن بعض النظم القانونية تسمح لمشتري البضاعة الذي لديه علم فعلي بالحق الضماني فيها أن يأخذها خالصة من ذلك الحق الضماني حتى وإن لم يكن ذلك الحق نافذا تجاه الأطراف الثالثة. بيد أن بعض النظم القانونية، حسبما ذكر أعلاه (انظر الفقرة ٦٥) لا تسمح للمشتري أن يأخذ البضاعة خالصة من الحق الضماني إذا كان لديه علم بأن البيع جرى خلافا لاتفاق بين البائع ودائنه على أن الموجودات لن تباع دون موافقة الدائن.

٦٨- أما بشأن البيع الذي يجري خارج السياق المعتاد لعمل المانح، فما دام الحق الضماني للدائن خاضعا للتسجيل في نظام تسجيل موثوق ويسهل الوصول إليه، يمكن للمشتري أن يحمي نفسه بالبحث في نظام التسجيل لمعرفة ما إذا كانت الموجودات التي سيشتريها خاضعة لحق ضماني وأن يلتزم، في هذه الحالة، من الدائن المضمون اسقاط ذلك الحق الضماني. وفي بعض النظم، تستثنى الأشياء الزهيدة الثمن من هذه القاعدة، لأن تكاليف البحث التي يتكبدها المشترون المحتملون قد لا يكون لها مبرر فيما يتعلق بتلك الأشياء. وإضافة إلى ذلك، قد يجازح بأنه إذا كان الشيء زهيدا الثمن فعلا فلا يرحح أن يقوم الدائن المضمون بانفاذ حقه الضماني إزاء الموجودات التي في يد المشتري. كما أن تحديد ماهية الأشياء التي ثمنها زهيد بما يكفي لاستثنائها سيؤدي إلى وضع حدود اعتباطية يتعين تنقيحها باستمرار تبعا لتقلبات الثمن الناشئة عن التضخم وغيره من العوامل.

٦٩- وفي بعض البلدان التي لديها نظام تسجيل يمكن البحث فيه حسب اسم المانح فقط، لا حسب وصف الموجودات المرهونة، يحصل المشتري الذي يشتري الموجودات من بائع كان قد اشتراها من المانح ("المشتري النائي") على تلك الموجودات خالصة من الحقوق الضمانية التي منحها ذلك المانح. ويؤخذ بهذا النهج لأنه سيصعب على المشتري النائي أن يكتشف وجود حق ضماني منحه مالك سابق للموجودات المرهونة. وكثيراً ما يكون المشترون الناؤون على غير علم بأن المالك السابق كان في وقت من الأوقات مالكا للموجودات فلا يكون لديهم بالتالي سبب لإجراء بحث تحت اسم المالك السابق.

٧٠- ومن العيوب المحتملة لنهج سياق العمل المعتاد أنه قد لا يكون على الدوام واضحاً للمشتري (خصوصاً في التجارة الدولية) ما هي الأنشطة المدرجة أو غير المدرجة ضمن السياق المعتاد لعمل البائع. وثمة عيب محتمل آخر هو أنه إذا كانت هذه القاعدة سارية على بيع المخزونات فحسب وليس على سائر البضائع فقد يحدث لدى المشتري تشوش بشأن ما إذا كانت البضاعة التي سيشتريها تمثل مخزوناً من وجه نظر البائع. ومن ناحية أخرى، تجدر الإشارة إلى أنه من المرجح جداً، في أي علاقة طبيعية بين المشتري والبائع، أن يكون المشتري على علم بنوع العمل التجاري الذي يزاوله البائع، ويكون سياق العمل المعتاد في هذه الحالات متسقاً مع توقعات الطرفين. كما أن هذا النهج يسهّل التجارة ويتيح للدائنين المضمونين وللمشترين أن يحموا مصالحهم بصورة فعّالة وناجعة التكلفة دون إضعاف لترويج الائتمان المضمون. وعلاوة على ذلك، لا تنطبق هذه العيوب المحتملة على تجارة التجزئة (حيث يفترض أن يكون البيع ضمن السياق المعتاد لعمل البائع، فلا يحتاج المشتري إلى فحص السجل)، بينما يمكن للمشترين في حالات أخرى أن يحموا أنفسهم بالتفاوض مع البائعين (ودائنيهم المضمونين) للحصول على الموجودات خالصة من أي حق ضماني.

## ٢٤٠٠ هُجج أخرى

٧١- ثمة هُجج أخرى تتبعه بعض النظم القانونية ازاء هذه المشكلة. هو النص على أن يأخذ المشتري البضاعة خالصة من أي حق ضماني فيها إذا ما اشتراها عن حسن نية (أي بدون علم فعلي أو استدلالى بوجود الحقوق الضمانية). ومن الحجج الداعمة لهذا النهج أن حسن النية مفهوم معروف في جميع النظم القانونية وأن هناك خبرة لا بأس بها في تطبيق هذا المفهوم على الصعيدين الوطني والدولي. كما حوِّج بأنه ينبغي افتراض أن المشتري يتصرف بحسن نية ما لم يثبت عكس ذلك.

٧٢- وهناك عدة نهوج محتملة أخرى تسعى إلى التوليف بين نهج "افتراض حسن النية" ونهج "سياق العمل المعتاد". ومن هذه النهوج أن يُنص على أن يكون "سياق العمل المعتاد" هو المعيار الرئيسي، على أن يطبق معيار "افتراض حسن النية" في حالة "المشتري النائي" المذكورة أعلاه (انظر الفقرة ٤٠). ففي تلك الحالة، يأخذ المشتري النائي البضاعة خالصة من الحقوق الضمانية التي أنشأها الطرف الذي اشترى بئعه المباشر البضاعة منه، ما لم يكن لدى المشتري النائي علم فعلي أو استهلاكي بوجود الحقوق الضمانية. ومع أن هذا النهج قد يفتح السبيل دون قصد أمام اساءة الإستغلال، إذ قد يقوم المانح بإحباط حقوق الدائن المضمون بأن يبيع البضاعة خارج سياق العمل المعتاد إلى طرف يبيعها بعد ذلك ضمن سياق عمله المعتاد، فثمة داع سياساتي قوي لحماية المشتريين النائين. ومن النهوج المحتملة لحماية الدائن المضمون في هذه الحالة جعل المانح المتحاييل عرضة لدفع تعويضات إلى الدائن المضمون.

#### (و) حائزو مطالبات الاسترجاع

٧٣- في بعض النظم القانونية، يجوز للمورد الذي يبيع بضاعة بائتمان غير مضمون أن يسترجع تلك البضاعة من المشتري في غضون فترة زمنية معينة (تعرف بـ "فترة الاسترجاع"). ويكون هذا الاسترجاع ممكناً بعد أن يكتشف المورد أن المشتري أصبح معسراً. وعقب إرجاع البضاعة إلى البائع، عادة ما يعتبر اتفاق البيع الذي بيعت البضاعة أصلاً بمقتضاه منتهياً.

٧٤- وفي حين أن المورد يريد جعل فترة الاسترجاع طويلة قدر الامكان لحماية لمصالحه، سوف يتلصق الدائنون الآخرون في تقديم ائتمان يستند إلى موجودات خاضعة لمطالبات استرجاع محتملة. وعلاوة على ذلك، إذا كان لدى المورد قلق حقيقي من مخاطر الائتمان فيمكن له أن يصر على حق ضماني في البضاعة المشتراة التي يوردها على أساس ائتماني. ومن ثم، فعلى الرغم من أن مطالبات الاسترجاع هامة ليكون للموردين بعض الحقوق في البضاعة التي يوردها على أساس ائتمان غير مضمون، فينبغي أن تكون فترة الاسترجاع قصيرة (٣٠-٤٥ يوماً كحد أقصى) لكي لا تؤدي إلى إعاقة الإقراض عامة.

٧٥- وثمة اعتبار سياساتي هام هو ما إذا كان ينبغي أن تكون لمطالبات الاسترجاع المتعلقة ببضائع معينة أولوية على ما هو قائم أصلاً من حقوق ضمانية في البضائع ذاتها. وبعبارة أخرى، تتمثل المسألة في أنه إذا كانت مخزونات المشتري، بما فيها السلع المطلوب استرجاعها، خاضعة لحقوق ضمانية نافذة لصالح ممول آخر، فهل ينبغي أن تعاد البضاعة

المطالب باسترجاعها إلى البائع خالصة من تلك الحقوق الضمانية. ففي بعض النظم القانونية، تكون مطالبة الاسترجاع ذات مفعول رجعي فتعيد البائع إلى ذات الوضع الذي كان قائماً قبل البيع (أي حائزاً لبضاعة ليست خاضعة لأي حقوق ضمانية لصالح دائني المشتري). غير أن هناك نظماً قانونية أخرى تقضي بأن تظل البضاعة خاضعة للحقوق الضمانية القائمة من قبل، على أساس أن أي نتيجة أخرى ستكون غير منصفة لشخص كان دائناً للمشتري من قبل وعوداً على وجود تلك البضاعة لدى تقديمه الائتمان، كما أنها ستزيد من البلبلة وتثبط بالتالي التمويل بالمخزونات.

٧٦- وفي نظم قانونية كثيرة، تنقضي مطالبات الاسترجاع الخاصة ببضائع معينة عندما تندمج تلك البضائع ببضائع أخرى في عملية الصنع أو تفقد هويتها على أي نحو آخر، أو عندما تباع إلى طرف ثالث.

### (ج) المستأجرون

٧٧- تنشأ أحياناً نزاعات على الأولوية بين حائز حق ضماني في الموجودات، ممنوح من مالك/مؤجر تلك الموجودات ونافذ تجاه الأطراف الثالثة، ومستأجر تلك الموجودات. والمسألة الرئيسية في هذه الحالة هي ما إذا كان يمكن للمستأجر، إذا ما أنفذ حائز الحق الضماني ذلك الحق، أن يواصل استخدام الموجودات ما دام يواصل دفع الإيجار ويتقيد بشروط الإيجار الأخرى.

٧٨- ولمعالجة هذه الحالة، اعتمد بعض الولايات القضائية نهجاً مفاده أن مستأجر البضاعة له الأولوية على ما ينشئه المؤجر من حق ضماني في البضاعة إذا أبرم عقد الإيجار في السياق المعتاد لعمل المؤجر، حتى وإن كان لدى المستأجر علم فعلي بوجود ذلك الحق الضماني. ومن ثم، فحتى إن قام الدائن المضمون في هذه الحالة بإنفاذ حقه الضماني وباع مصلحة المؤجر إلى طرف آخر في عملية بيع لغلق الرهن، تكون ملكية الموجودات الخاضعة للإيجار من حق الطرف الثالث ويكون من حق المستأجر أن يواصل استخدام الموجودات وفقاً لشروط عقد الإيجار.

٧٩- وثمة استثناء يعطى أحياناً إذا كان المستأجر، وقت إبرامه عقد الإيجار، على علم فعلي بأن الإيجار ينتهك حقوق الدائن المضمون، كما هي الحال إذا كان المستأجر على علم بأن اتفاق الضمان الذي ينشئ ذلك الحق الضماني يحظر على المانح بالتحديد تأجير

المتلكات المعنية. غير أن مجرد العلم بوجود الحق الضماني، حسبما يشهد عليه الإشعار المسجل في نظام تسجيل الضمانات، لا يكون كافياً لنفي أولوية المستأجر.

### (ح) حائزو الصكوك القابلة للتداول والمستندات القابلة للتداول

٨٠- اعتمد كثير من نظم المعاملات المضمونة قاعدة للأولوية خاصة بالصكوك القابلة للتداول (كالسندات الإذنية) والمستندات القابلة للتداول (كإيصالات الإيداع القابلة للتداول وسندات الشحن) تقضي بأنه يجوز لحائزي تلك المتلكات أن يأخذوها خالصة من مطالبات الآخرين، بمن فيهم حائزو الحقوق الضمانية الصحيحة. وهذه الوضعية الخاصة المعطاة لحائزي الصكوك والمستندات القابلة للتداول هي تجسيد لأهمية مفهوم قابلية التداول في تلك الولايات القضائية وللرغبة في صون ذلك المفهوم. وعادة ما لا يعطي القانون (أي نظام المعاملات المضمونة أو قانون منطبق آخر) تلك الوضعية الخاصة إلا للحائزين الذين يستوفون معايير معينة من حسن النية (للتأكد مثلاً من أنهم لا يتصرفون في تواطؤ مع الشخص الذي تسلموا المتلكات منه).

### (ط) حائزو الحقوق في النقود

٨١- ثمة نظم كثيرة للمعاملات المضمونة تعطي وضعية مماثلة للشخص الذي يضيف قيمة على النقود أو يجوز النقود، فتسمح لذلك الشخص بأخذ تلك النقود خالصة من مطالبات الآخرين، بمن فيهم حائزو الحقوق الضمانية الصحيحة. وتستهدف قاعدة الأولوية الخاصة هذه الحفاظ على حرية تدفق النقود كواسطة تبادل غير مرهونة. وكثيراً ما تسري قواعد مغايرة عندما تكون النقود مودعة في حساب مصرفي أو عندما يتسنى إثبات أن حائز النقود قد تواطأ مع المانح لدحض مطالبة حائز الحق الضماني في النقود أو أي مطالبات أخرى فيها.

### (ي) الدائنون بحكم القانون (ذوو الأفضلية)

٨٢- في كثير من النظم القانونية، وكوسيلة لتحقيق هدف مجتمعي عام (مثل حماية العائدات الضريبية أو أجور المستخدمين)، تعطى بعض المطالبات غير المضمونة أولوية، داخل إجراءات الإعسار أو حتى خارجها، على سائر المطالبات غير المضمونة، بل وعلى المطالبات المضمونة (مما فيها المطالبات المضمونة المسجلة من قبل) في بعض الحالات. فعلى سبيل المثال، من أجل حماية مطالبات المستخدمين والحكومة، تعطى المطالبات المتعلقة بالأجور غير المدفوعة والضرائب غير المسددة، في بعض الولايات القضائية أولوية على الحقوق الضمانية

الموجودة من قبل. ونظرا لأن الأهداف المجتمعية تختلف من ولاية قضائية إلى أخرى، يتباين أيضا الطابع الخاص لهذه المطالبات (مثلا، ما إذا كانت تتعلق بالضرائب أم بالمستخدمين أم بأمور أخرى) وكذلك مدى الأولوية المعطاة لها.

٨٣- ولإرساء أفضلية هذه المطالبات مزية تتمثل في إمكان تعزيز هدف مجتمعي. أما العيب المحتمل فهو أن هذه الأنواع من الأولويات يمكن أن تنفسي بصورة تضعف التيقن بين صفوف الدائنين الموجودين والمحتملين، مما يعيق توافر الائتمان المضمون القليل التكلفة. كما انه حتى إذا أمكن لدائن موجود أو محتمل أن يتأكد يقينا من المطالبات ذات الأفضلية، فان تلك المطالبات (سواء كانت ناشئة داخل اجراءات الإعسار أو خارجها) سوف تؤثر سلبا على توافر الائتمان المضمون وتكلفته؛ فبما أن تلك المطالبات تُنقص من القيمة الاقتصادية للموجودات لدى الدائن المضمون، كثيرا ما يقوم الدائنون بتحميل العبء الاقتصادي لتلك المطالبات على المانح بزيادة سعر الفائدة أو بخصم المبلغ المقدّر لتلك المطالبات من الائتمان المتاح.

٨٤- ومنعا لتثبيط الائتمان المضمون، الذي يعتبر توافره هدفا مجتمعيًا أيضا، ينبغي اجراء موازنة دقيقة بين مختلف الأهداف المجتمعية لدى البت في إعطاء الأفضلية لمطالبة ما. فالمطالبات ذات الأفضلية ينبغي أن تكون محدودة قدر الإمكان، فلا يسمح بها إلا إذا لم تكن هناك وسيلة فعّالة أخرى لتلبية الهدف المجتمعي المنشود أصلا وعندما تكون الولاية القضائية المعنية قد تبينّت أن تأثير تلك المطالبات على توافر الائتمان القليل التكلفة مقبول. ففي بعض الولايات القضائية، مثلا، تحمي العائدات الضريبية بتوفير حوافز تدفع مديري الشركات إلى معالجة المشاكل المالية بسرعة وإلا تعرضوا للمساءلة الشخصية، بينما تحمي المطالبات المتعلقة بالأجور من خلال صندوق عمومي.

٨٥- وفي حال وجود مطالبات ذات أفضلية، ينبغي للقوانين التي ترسي تلك الأفضلية أن تكون واضحة وشفافة بما فيه الكفاية بحيث يتمكن الدائن من حساب المقدار المحتمل للمطالبات ذات الأفضلية ومن حماية مصلحته. وقد حقق بعض النظم القانونية ذلك الوضوح وتلك الشفافية بادراج جميع المطالبات ذات الأفضلية في قانون واحد أو في مرفق للقانون. وثمة نظم قانونية أخرى حققت ذلك باشرط تسجيل المطالبات ذات الأفضلية في سجل عمومي، وبعدم إعطاء تلك المطالبات أولوية إلا على الحقوق الضمانية المسجلة بعد ذلك. وفي تلك النظم، تعطى الأولوية إما للحقوق الضمانية التي سجلت قبل تسجيل المطالبات ذات الأفضلية وإما للحقوق الضمانية التي تنشأ في غضون فترة معينة (٤٥ إلى ٦٠ يوما على سبيل المثال)، بعد تسجيل المطالبات ذات الأفضلية، إذا كانت الحقوق الضمانية

الموجودة من قبل تضمن التزاما بتقديم سلف آجلة. غير أن هناك مشكلة في الأخذ باشتراط التسجيل فيما يخص بعض المطالبات ذات الأفضلية التي تنشأ قبيل اجراءات الإعسار، هي أنه قد يصعب حساب مقدارها أو تسجيلها في الوقت المناسب.

### (ك) حائزو الحقوق في الموجودات من أجل تحسين الموجودات المرهونة وخزنها

٨٦- ينص بعض النظم القانونية على أن تكون للدائنين الذين يضيفون قيمة إلى البضاعة على نحو ما، بإصلاحها مثلا، حقوق ضمانية في تلك البضاعة وأن تكون لتلك الحقوق، عموما، أولوية على سائر المطالبات المضمونة في تلك البضاعة. ولقاعدة الأولوية هذه مزية هي أنها تحت أولئك الذين يضيفون تلك القيمة على مواصلة جهودهم، كما انها تسهل صيانة الموجودات المرهونة والحفاظ عليها. وما دام المبلغ الذي تضمنه هذه الحقوق الضمانية لا يتجاوز المبلغ الذي يجسد القيمة التي زادت بها الموجودات المرهونة، ينبغي ألا يكون لدى الدائنين المضمونين الموجودين اعتراض على تلك الحقوق الضمانية وعلى أولويتها المرفوعة.

٨٧- وينص بعض النظم أيضا على أن يكون للدائنين، مثل ملاك العقارات وأصحاب المستودعات، الذين يقومون بتخزين الموجودات المرهونة أو يؤجرون للمناخ المباني التي تخزن فيها تلك الموجودات، حقوق ضمانية في الموجودات المرهونة ضمنا لالتزامات الايجار والتخزين، وكثيرا ما تكون لهذه الحقوق الضمانية أولوية على سائر المطالبات المضمونة في الموجودات المرهونة ذاتها.

٨٨- وفي كثير من النظم القانونية، لا تكون الحقوق الموصوفة في الفقرتين السابقتين خاضعة لأي شروط تسجيل، ولا يمكن اكتشاف وجودها إلا بتوخي الحرص الواجب من جانب أي دائن محتمل. ومن ثم، كثيرا ما يشار إلى هذه الحقوق الضمانية بأنها حقوق "سرية". ومع أن لهذه الحقوق الضمانية السرية مزية في حماية حقوق الأطراف التي تُمنح لهم دون إلزام أولئك الأطراف بتكبد التكاليف المرتبطة بالتسجيل، فهي تمثل عائقا كبيرا أمام الائتمان المضمون لأنها تحد من قدرة الدائنين على التأكد من وجود حقوق ضمانية منازعة. وحسبما وردت مناقشته في الفصل الخامس (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2، الفقرات ٥٦-٥٩)، ينبغي النظر في اشتراط تسجيل إشعار بتلك الحقوق الضمانية في نظام تسجيل الحقوق الضمانية.

٨٩- وإذا أعطى المشرعون أولوية لحقوق مقدمي الخدمات هؤلاء، تنشأ مسألة هي ما إذا كان ينبغي جعل مقدار تلك الحقوق محدودا والاعتراف بها كمطالبات ذات أولوية في

حالات معينة فحسب. ومن النهج المحتملة حصر تلك الحقوق لصالح مقدمي الخدمات في حدود مبلغ معين (مثل إيجار شهر واحد في حالة مالكي العقارات) وعدم الاعتراف بأولويتها على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل إلا إذا كانت القيمة المضافة تعود بمنفعة مباشرة على أصحاب الحقوق الضمانية الموجودة من قبل. وثمة نهج محتمل آخر هو تفادي إدراج تقييدات من هذا القبيل، لأن ذلك قد يكبح بصورة غير منصفة توافر الائتمان لمقدمي الخدمات هؤلاء. كما ان استحداث هذه التقييدات قد لا يكون ضروريا، لأنه يمكن للدائنين المضمونين أن يجموا أنفسهم من تلك المطالبات الخدمانية بأشكال شتى، منها أن يحدوا تعاقديا من مدى قدرة مانحهم على إبرام عقود خدمات من ذلك القبيل أو أن يحتفظوا بجزء كاف من الائتمان المتاح لكي يتمكنوا من السداد إلى مقدمي الخدمات في حال عدم قيام المانح بذلك.

#### (ل) حائزو الحقوق الضمانية في الممتلكات العقارية التي ألحقت بها تركيبات مثبتة

٩٠- متى كان نظام المعاملات المضمونة يسمح بإنشاء حقوق ضمانية في التركيبات المثبتة (وهو النهج الذي يوصي به الدليل)، ينبغي لذلك النظام أن يرسى أيضا قواعد تحكم الحقوق النسبية لحائز الحقوق الضمانية في التركيبات المثبتة تجاه الأشخاص الذين يجوزون حقوقا فيما يتعلق بالممتلكات غير المنقولة ذات الصلة (كالشخص الذي له مصلحة امتلاكية في تلك الممتلكات، بخلاف المانح، أو مشتري تلك الممتلكات، أو الدائن الذي له حقوق ضمانية تمتد إلى الممتلكات غير المنقولة ككل). وقد يكون من المفيد أن تتناول قواعد الأولوية هذه حالات مثل الحالة التي تكون فيها الحقوق الضمانية في التركيبات المثبتة قد أنشئت قبل إنشاء الحقوق في الممتلكات غير المنقولة وحيثما تكون الحقوق الضمانية في البضاعة قد أنشئت بعد أن أصبحت البضاعة تركيبات مثبتة. وعند صوغ قواعد أولوية بشأن التركيبات المثبتة، ينبغي الحرص على عدم مخالفة المبادئ المرعية لقانون العقارات دون مسوغ.

#### (م) متلقو الهبات

٩١- تختلف وضعية من يتلقى الموجودات المرهونة على سبيل الهبة "متلقي الهبة" بعض الاختلاف عن وضعية المشتري أو أي شخص آخر تحال إليه الموجودات مقابل قيمة. فبما أن متلقي الهبة لم يحصل عليها مقابل قيمة فليس هناك دليل موضوعي على وجود تعويل ضار على ملكية المانح التي تبدو في الظاهر غير خاضعة لرهن. ومن ثم، ففي نزاع على الأولوية بين متلقي الموجودات كهبة وحائز الحق الضماني في الموجودات التي منحها الواهب، توجد

حجة قوية لصالح إعطاء الأولوية إلى الدائن المضمون، حتى في الحالات التي لا يكون فيها الحق الضماني بأي شكل آخر نافذا تجاه الأطراف الثالثة. ومن ناحية أخرى، قد تكون هناك أسباب وجيهة للخروج عن هذا المبدأ في حالات معينة، كالحالة التي يكون فيها متلقي الهبة قد غير وضعيته بناء على الهبة، رهنا بحق الدائن المضمون وممثل إعسار المانح في الطعن في الهبة. بمقتضى قوانين الإحالة التحايلية المنطبقة، حيثما أمكن إثبات أن متلقي الهبة كان يتصرف في تواطؤ مع الواهب لإنكار حقوق الدائن المضمون.

## (ن) ممثلو الإعسار

٩٢- من الأهمية بمكان أن يكون الدائن المضمون قادرا على معرفة مدى أولويته في حال بدء إجراءات إعسار من جانب المانح أو ضده، لأنه من المرجح جدا ألا تكون هناك موجودات كافية للسداد إلى جميع الدائنين، ولأن الموجودات المرهونة قد تكون هي مصدر السداد الرئيسي، أو الوحيد، للدائن. ونتيجة لذلك، عادة ما يركز الدائنون المضمونون، لدى البت في تقديم الائتمان ولدى تقييم الأولوية، أشد التركيز على مدى ما سيتمتعون به من أولوية في أي إجراءات إعسار خاصة بالمانح. ومن ثم، فمن المهم في إجراءات الإعسار عدم إنقاص أو تعطيل أولوية الحق الضماني المكتسب بصورة سليمة، رهنا بأحكام قانون الإعسار المنطبقة فيما يخص المطالبات المتميزة ودعاوى الإبطال. ولا مغالاة في التشديد على أهمية هذه النقطة في صوغ قانون فعال بشأن المعاملات المضمونة. ومن شأن عدم وضوح قوانين الائتمان المضمون والإعسار بشأن هذه النقطة أن يقلل جدا من استعداد الدائنين لتقديم ائتمانات مضمونة.

٩٣- ومن أجل تعويض ممثلي الإعسار تعويضا فعالا عما يقومون به من عمل في إجراءات الإعسار، كثيرا ما تعطى لهم مطالبة متميزة ذات أولوية فائقة في موجودات الحوزة المعسرة. وترد في الفصل التاسع مناقشة مفصلة لهذه المطالبة ومدى ما يتمتع به ممثل الإعسار من صلاحيات للطعن في الحقوق الضمانية في مختلف الأحوال.

## ٦- اتفاقات إنزال الأولوية

٩٤- في كثير من النظم القانونية، يجوز، وكثيرا ما يجري، تغيير الأولوية أحاديا من جانب الدائن المضمون أو بعقد خصوصي مع سائر الدائنين المضمونين. فعلى سبيل المثال، يمكن أن يوافق المقرض A، الذي له حق ضماني في جميع موجودات المانح الحالية والمكتسبة لاحقا في إطار ضمانات شاملة لكل الموجودات، على أن يعطي المانح حقا ضمانيا ذا أولوية أولى في

موجودات معينة إلى المقرض B لكي يتمكن المانح من الحصول على تمويل إضافي من المقرض B استنادا إلى قيمة الموجودات. ويتعين تمييز هذه الاتفاقات عن اتفاقات الإنزال بين الدائنين غير المضمونين التي تسقط مبدأ المعاملة المتساوية لمطالباتهم غير المضمونة. والاعتراف بصحة إنزال أولوية الحقوق الضمانية من جانب واحد أو بعقد حصوصي إنما يجسد نهجا راسخا (انظر، مثلا، المادة ٢٥ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن المستحقات).

٩٥- وهذه الاتفاقات التي تغير ترتيب الأولوية مقبولة تماما ما دامت لا تمس سوى الطرفين اللذين تراضيا فعلا على تلك التغييرات. إذ لا ينبغي لاتفاقات إنزال الأولوية أن تمس بحقوق الدائنين الذين ليسوا أطرافا في الاتفاق. كما أن من الأهمية بمكان أن يستمر سريان الأولوية التي يعطيها اتفاق الإنزال في اجراءات إعسار خاصة بالمانح، وينبغي لقوانين الإعسار أن تنص على ذلك. والواقع أن النص على ذلك قد يكون ضروريا في بعض الولايات القضائية لتمكين المحاكم من إنفاذ اتفاقات الإنزال ولتمكين ممثلي الإعسار من معالجة النزاعات المتعلقة بالأولوية بين الأطراف في اتفاقات الإنزال دون أن يتعرضوا للمساءلة عن ذلك (انظر الفصل التاسع).

#### ٧- أهمية الأولوية قبل الانفاذ

٩٦- ثمة مسألة هامة أخرى تتعلق بالأولوية، هي ما إذا كانت الأولوية لا تكتسي أهمية إلا بعد حدوث تقصير من جانب المانح في الالتزام الأصلي، أم أنها مهمة أيضا قبل ذلك التقصير. وثمة ولايات قضائية كثيرة تأخذ بالنهج الأول، مما يسمح لحائز الحق الضماني الأدنى مرتبة (في حال عدم وجود اتفاق على خلاف ذلك بين المطالب ذي المرتبة الأولى والمطالبين الأدنى مرتبة) بأن يتلقى مدفوعات مُجدولة بانتظام سدادا لمطالبته حتى وإن كانت المطالبة المضمونة ذات الأولوية لم تسدد بعد بالكامل. والحجة الداعمة لهذا النهج هي أنه ينبغي أن تكون للمانح، في حال عدم وجود اتفاق على خلاف ذلك وقبل وقوع تقصير، حرية التصرف في موجوداته واستخدام العائدات في تسديد التزاماته عندما يستحق أجلها، بصرف النظر عن الأولوية النسبية للحقوق الضمانية في تلك الموجودات. ومن شأن إلزام المطالب ذي المرتبة الأدنى برد المبالغ التي دفعت له إلى المطالب ذي المرتبة الأولى، دون وجود اتفاق صريح على ذلك، أن يمثل عائقا كبيرا أمام قيام المطالب ذي المرتبة الأدنى بتقديم التمويل.

٩٧- وقد تكون النتيجة مختلفة إذا تلقى المطالب ذو المرتبة الأدنى عائدات من تحصيل الموجودات المرهونة أو بيعها أو التصرف فيها على نحو آخر. وفي تلك الحالة، تُلزم بعض

النظم القانونية المطالب الأدنى مرتبة بأن يرد العائدات إلى المطالب ذي المرتبة الأولى إذا كان المطالب الأدنى مرتبة قد تلقى العائدات عن علم بأنه كان يتعين على المانح أن يردها إلى المطالب ذي المرتبة الأولى. والأساس المنطقي لهذه القاعدة مماثل لذلك الذي نوقش في الباب ٥ (هـ) أعلاه، المتعلق بمشترى الموجودات المرهونة.

## باء- التوصيات

[ملحوظة إلى الفريق العامل: بما أن الوثيقتين *A/CN.9/WG.VI/WP.13* و *Add.1* تتضمنان مجموعة موحدة من توصيات مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، فلا تستنسخ هنا التوصيات المتعلقة بالأولوية. وحالما توضع التوصيات في صيغتها النهائية، ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان ينبغي استنساخها في نهاية كل فصل، أم في تذييل يرد في نهاية الدليل، أم في كلا الموضعين.]