



Distr.
GENERAL

A/CN.9/358
12 February 1992
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH



الأمم المتحدة

الجمعية العامة لجنة الأمم المتحدة للقانون

التجاري الدولي

الدورة الخامسة والعشرون

نيويورك ، ٤ - ٢٢ أيار/مايو ١٩٩٢

تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات
التعاقدية الدولية عن أعمال دورته السادسة عشرة
(فيينا ، ٤ - ١٥ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩١)

المحتويات

الفقرات المفحة

٣	١١ - ١		مقدمة
٥	١٢		أولا - المداولات والمقررات
٥	١٧٥ - ١٣		ثانيا - النظر في مشروع مواد القانون الموحد بشأن خطابات الكفالة الدولية
٥	٧٢ - ١٣		الفصل الأول - مجال التطبيق
٥	١٥ - ١٣		المادة ١ - النطاق الموضوعي للتطبيق
٦	٤٦ - ١٦		المادة ٢ - خطاب الكفالة
١٥	٦٢ - ٤٧		المادة ٣ - استقلال التعهد
٢٠	٧٢ - ٦٣		المادة ٤ - الطابع الدولي لخطاب الكفالة
٢٤	٧٨ - ٧٣		الفصل الثاني - التفسير
٢٤	٧٤ - ٧٣	..	المادة ٥ - تفسير [هذا القانون] [هذه الاتفاقية]
٢٥	٧٨ - ٧٥		المادة ٦ - التعاريف وقواعد التفسير

المحتويات (تابع)

<u>الصفحة</u>	<u>الفقرات</u>
٢٦	١٥٢ - ٧٩ الفصل الثالث - نفاذ خطاب الكفالة
٢٦	٨٧ - ٧٩ المادة ٧ - انشاء خطاب الكفالة
٢٩	١٠٥ - ٨٨ المادة ٨ - التعديل
٣٣	١١٩ - ١٠٦ المادة ٩ - تحويل الحقوق والتنازل عن العائدات ...
٣٦	١٣٣ - ١٢٠ المادة ١٠ - انتهاء نفاذ مفعول خطاب الكفالة
٤٠	١٥٢ - ١٣٤ المادة ١١ - الانقضاء
٤٥	١٧٥ - ١٥٣ الفصل الرابع - الحقوق والالتزامات والدفع
٤٥	١٦٤ - ١٥٣ المادة ١٢ - تحديد الحقوق والالتزامات
٤٨	١٧٥ - ١٦٥ المادة ١٣ - مسؤولية الكفيل

مقدمة

- ١ - عملاً بمقرر اتخذته اللجنة في دورتها الحادية والعشرين،^(١) كرّس الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية دورته الثانية عشرة، لاستعراض مشروع القواعد الموحدة للكفالات الذي تعمل الغرفة التجارية الدولية على إعداده، ولدراسة مدى استصواب وجدوى أي أعمال في المستقبل تتصل بزيادة التوحيد على المستوى التشريعي فيما يتعلق بالكفالات وخطابات الاعتماد الضامن (A/CN.9/316). وأوصى الفريق العامل ببدء العمل في إعداد قانون موحد، سواء في شكل قانون نموذجي أو في شكل اتفاقية.
- ٢ - وقبلت اللجنة في دورتها الثانية والعشرين توصية الفريق العامل بوجود بدء العمل في إعداد قانون موحد، وعهدت بهذه المهمة إلى الفريق العامل.^(٢)
- ٣ - وبدأ الفريق العامل أعماله، في دورته الثالثة عشرة (A/CN.9/330)، بالنظر في المسائل التي يمكن أن يتناولها القانون الموحد، بالاستناد إلى مناقشتها الواردة في مذكرة من الأمانة (A/CN.9/WG.II/WP.65). وكانت هذه المسائل تتصل بالنطاق الموضوعي للقانون الموحد، واستقلال الأطراف وحدوده، وقواعد التفسير الممكنة. وأجرى الفريق العامل أيضاً تبادلاً مبدئياً للآراء بشأن المسائل المتعلقة بشكل الكفالة أو خطاب الاعتماد الضامن ووقت انشائها. وطلب الفريق العامل من الأمانة أن تقدم إلى دورته الرابعة عشرة مشروعاً أولياً لمجموعة من المواد، مع بدائل ممكنة، بشأن المسائل الآتية الذكر، إلى جانب مذكرة تناقش المسائل الأخرى التي يمكن أن يتناولها القانون الموحد.
- ٤ - ودرس الفريق العامل، في دورته الرابعة عشرة (A/CN.9/342)، مشاريع المواد من ١ إلى ٧ التي أعدتها الأمانة العامة (A/CN.9/WG.II/WP.67). وقد طُلب إلى الأمانة العامة أن تعد، على أساس مداولات واستنتاجات الفريق العامل، مشروعاً منقحاً للمواد من ١ إلى ٧ من القانون الموحد. ونظر الفريق العامل أيضاً في المسائل التي ناقشتها مذكرة للأمانة العامة تتعلق بالتعديل، والتحويل، والانهاء، والتزامات الكفيل (A/CN.9/WG.II/WP.68). وطُلب إلى الأمانة العامة أن تعد، على أساس مداولات الفريق العامل واستنتاجاته، مشروعاً أولياً لمواد تتناول المسائل التي

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والأربعون، الملحق رقم ١٧ (A/43/17)، الفقرة ٢٢.

(٢) المرجع نفسه، الدورة الرابعة والأربعون، الملحق رقم ١٧ (A/44/17)، الفقرة ٢٤٤.

نوقشت . وأشير الى أن الامانة العامة ستقدم الى الفريق العامل ، في دورته الخامسة عشرة ، مذكرة عن مسائل أخرى سيشملها القانون الموحد ، بما في ذلك التدليس وغيره من مبررات الاعتراض على الدفع ، والأوامر الزجرية وغيرها من التدابير القضائية ، وتنازع القوانين ، والولاية القضائية .

٥ - وبحث الفريق العامل في دورته الخامسة عشرة (A/CN.9/345) بعض القضايا المتعلقة بالتزامات الكفيل . وكانت هذه القضايا قد نوقشت في مذكرة قدمتها الامانة العامة الى الفريق العامل في دورته الرابعة عشرة وتعلق بالتعديل والتحويل والانتها ، والتزامات الكفيل (A/CN.9/WG.II/WP.68) ولكنه لم يتسن للفريق العامل تناولها في تلك الدورة بسبب ضيق الوقت . ثم نظر الفريق العامل في القضايا التي ناقشتها مذكرة للامانة العامة تتصل بالتدليس وغيره من مبررات الاعتراض على الدفع ، والأوامر الزجرية وغيرها من التدابير القضائية (A/CN.9/WG.II/WP.70) . كذلك نظر الفريق العامل في المسائل التي تناولتها مذكرة الامانة العامة فيما يتعلق بتنازع القوانين والولاية القضائية (A/CN.9/WG.II/WP.71) . وقد طُلب الى الامانة العامة أن تعد ، على أساس مداولات واستنتاجات الفريق العامل ، مشروعا أوليا لمجموعة مواد بشأن القضايا التي نوقشت .

٦ - وعقد الفريق العامل الذي كان مؤلفا من كل الدول الاعضاء في اللجنة دورته السادسة عشرة في فيينا في الفترة من ٤ إلى ١٥ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩١ . وحضر الدورة ممثلون عن الدول التالية الاعضاء في الفريق العامل : اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفياتية ، الأرجنتين ، اسبانيا ، ألمانيا ، إيران (جمهورية - الاسلامية) ، تشيكوسلوفاكيا ، شيلي ، الصين ، فرنسا ، قبرص ، كندا ، كوستاريكا ، المغرب ، المكسيك ، المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية ، هولندا ، الولايات المتحدة الامريكية ، اليابان .

٧ - وحضر الدورة مراقبون عن الدول التالية : اندونيسيا ، أوكرانيا ، بولندا ، بيرو ، تايلند ، تركيا ، زائير ، السويد ، سويسرا ، غابون ، الفلبين ، فنلندا ، كولومبيا ، لبنان ، النمسا ، اليمن .

٨ - وحضر الدورة مراقبون عن المنظمات الدولية التالية : مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص ، وصندوق النقد الدولي ، واتحاد المصارف للمجموعة الأوروبية ، والاتحاد المصرفي لأمريكا اللاتينية .

٩ - وانتخب الفريق العامل عضوي المكتب التاليين :

الرئيس : السيد ج. غوتيه (كندا)

المقرر : السيد ر. ساندوفال (شيلي)

١٠ - وكان معروضا على الفريق العامل الوثائق التالية : جدول الاعمال المؤقت (A/CN.9/WG.II/WP.72) ، ومذكرة من الامانة العامة تتضمن مشروعا أوليا لمواد القانون الموحد بشأن خطابات الكفالة (A/CN.9/WG.II/WP.73 و Add.1) .

١١ - وأقر الفريق العامل جدول الاعمال التالي :

- ١ - انتخاب أعضاء المكتب .
- ٢ - إقرار جدول الاعمال .
- ٣ - إعداد قانون موحد لخطابات الكفالة الدولية .
- ٤ - مسائل أخرى .
- ٥ - اعتماد التقرير .

أولا - المداولات والمقررات

١٢ - نظر الفريق العامل في مشروع المواد ١ الى ١٣ من القانون الموحد التي أعدتها الامانة العامة (A/CN.9/WG.II/WP.73 و Add.1) . وترد مداولات واستنتاجات الفريق العامل في الفصل الثاني أدناه . وطلب الى الامانة أن تعد ، على أساس هذه الاستنتاجات ، مشروعا منقحا للمواد ١ الى ١٣ من القانون الموحد .

ثانيا - النظر في مشروع مواد القانون الموحد

بشأن خطابات الكفالة الدولية

الفصل الاول - مجال التطبيق

المادة ١ - النطاق الموضوعي للتطبيق

١٣ - كان نص مشروع المادة ١ الذي نظر فيه الفريق العامل كما يلي :

"ينطبق هذا القانون على خطابات الكفالة الدولية ."

١٤ - قدم اقتراح بادراج عبارة "المستقلة" لكي ينطبق القانون الموحد على خطابات الكفالة المستقلة الدولية . وأبدى شعور بالخشية من ان عبارة "خطاب كفالة" ليست عبارة ملائمة ، اذ أنها لا تشمل خطابات الاعتماد الضامنة . وفي حين قد يؤدي خطاب الكفالة الضامن هذا الغرض ، لم يستخدم أي من العبارتين في الممارسة . وقد يؤدي استخدام أي من هاتين العبارتين الى نشوء انطباع خاطئ. بأن القانون الموحد يخلق نوعا جديدا من المستندات . وذكر أيضا أن القانون الموحد وان كان يحاول تنظيم الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ، بشكل مندمج ، فان الحاجة تدعو الى معالجة بعض المسائل بصورة منفصلة فيما يتعلق بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ، بحيث يؤخذ في الاعتبار التام الاصل المختلف والسعات الفريدة للمستنديين . وفي الرد على ذلك ، أشير الى أن الفريق العامل كان في دوراته السابقة يعالج دائما هذين النوعين من المستندات بصورة مشتركة بالنظر الى تكافؤهما الوظيفي وطابعهما القانوني العملي المشترك أو المتماثل ؛ وقد وقع الاختيار على عبارة "خطاب كفالة" بوصفها تعبيراً جديداً يشمل الصنفين من المستندات .

١٥ - وبعد المداولة ، استنتج الفريق العامل انه من السابق لاوانه اتخاذ قرار نهائي بشأن المسألة الرمزية المتعلقة بالاسم المشترك والمسألة الموضوعية المتعلقة بما اذا كانت خطابات الاعتماد الضامنة والكفالات المستقلة يمكن معالجتهما بصورة مشتركة او ما اذا كانت تلزم قواعد منفصلة لبعض المسائل .

المادة ٢ - خطاب الكفالة

١٦ - كان نص مشروع المادة ٢ الذي نظر فيه الفريق العامل كما يلي :

"خطاب الكفالة [، أي كان اسمه أو وصفه ،] هو تعهد [صريح] ذو طابع مستقل [ومستندي أساساً] يقدمه مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر ([الكفيل] ["المصدر"])

البديل ألف : بناء على طلب عميله ("الاصيل") أو على تعليمات مصرف آخر أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر ("الطرف الأمر") يعمل بناء على طلب عميل ذلك الطرف الأمر ("الاصيل") ،

البديل ب : سواء تلقى أو لم يتلق ، طلباً أو تعليمات بذلك من مصرف آخر أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر ،

بأن يدفع الى شخص آخر ("المستفيد") مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين بعملة أو وحدة حساب محددة [أو بشئ آخر ذي قيمة] [أو بأن يقبل أو

يداول ، دون حق الرجوع ، سفتجة تحمل مبلغا محددًا] وفقا لاحكام التعهد عند تلقي طلب

البديل سين : مقدم على النحو المحدد في التعهد ، شريطة أن [يبين] التعهد [أنه] مقدم لغرض [تعويض المستفيد عن عواقب حدث طارئ. محدد] [تأمين المستفيد من عدم وفاء الاصيل بالتزامات معينة مالية أو غير مالية أو من مخاطر محددة أخرى] .

البديل صاد : يذكر أو ، اذا كان ذلك مطلوبًا في التعهد ، يشهد أو يثبت بأي شكل آخر ، أن الدفع مستحق .

الكلمات الاستهلاكية

١٧ - أشار الفريق العامل الى أن تعريف خطاب الكفالة ينطبق أيضا على خطاب كفالة الكفالة وخطاب تثبيت الكفالة ، والى أنه قد ينبغي في وقت لاحق ادراج تعاريف خاصة في القانون الموحد ، ولا سيما اذا كانت هذه العبارات ستستخدم في القواعد المنطوقية للقانون الموحد (أنظر A/CN.9/WG.II/WP.73 ، الملاحظة ١ بشأن المادة ٢) . ولوحظ أنه يلزم النظر بعناية في المصطلح المتعلق بتثبيت خطاب الكفالة .

١٨ - وفيما يتعلق بكلمات "أيا كان اسمه أو وصفه" الموضوعة بين معقفتين ، أشير الى أن هذه الكلمات مستقاة من صيغة مشروع القواعد الموحدة بشأن كفالات الطلب التي تنظر فيها الآن غرفة التجارة الدولية . كما أشير الى أن هذه الصيغة استخدمت بحيث يتضح تماما أنه لا يلزم أي اسم أو وصف خاص من أجل تطبيق القانون الموحد على تعهد يفي بالمتطلبات الواردة في تعريف خطاب الكفالة . وكان الرأي السائد هو أنه يجب تبسيط المادة المعرّفة لخطاب الكفالة الى أقصى حد ممكن وأن الصيغة غير ضرورية وينبغي حذفها .

١٩ - وبشأن الإشارة الى الطابع "الصريح" للتعهد ، أبدى أن الكلمة الموضوعة بين معقفتين ينبغي حذفها ، اذ ان باقي النص يوضح بما فيه الكفاية أن القانون الموحد لا يشمل التعهدات الضمنية . وقرر الفريق العامل حذف كلمة "صريح" .

٢٠ - وبشأن الإشارة الى الطابع "المستندي أساسا" للتعهد ، أبدى أن الإشارة الى المستندات لا تقع في موقعها الصحيح في تعريف التعهد ، اذ ان الطابع المستندي يصبح ذا صلة في مرحلة التنفيذ عندما يتقدم المستفيد بطلب الدفع . وردا على ذلك ، أبدى أن الإشارة الى الطابع المستندي أساسا للتعهد يقصد بها أن تشكل تذكيرا بالمشكلة

المعلقة الخاصة بمعاملة الشروط غير المستندية (A/CN.9/342 ، الفقرات ١١١ - ١١٨) وأن تشير الى موضع ممكن لحكم يحصر نطاق التطبيق في التعهدات التي ليست مستقلة فحسب بل ومستندية الطابع أساسا (أنظر A/CN.9/WG.II/WP.73 ، الملاحظة ٢ بشأن المادة ٢) .

٢١ - وأبدي رأي مفاده أن عبارة "أساسا" لا تلائم في حالة خطابات الاعتماد الضامنة التي ليست مستندية "أساسا" بل مستندية "بصورة ثابتة لا تتغير" بحكم طابعها . وفيما يتعلق بالقبول بشروط غير مستندية ، أشير الى أن الفريق العامل كان قد نظر ، في دورات سابقة ، في خيارات متنوعة بشأن معاملتها بدون التوصل الى توافق عام في الآراء . كذلك أشير الى أن الفريق العامل كان قد نظر الى الإشارة الى التمهيد "المستندي أساسا" كوسيلة للحفاظ ، في نطاق تطبيق القانون الموحد ، على حالة وسيطة يتضمن فيها التمهيد سهوا شرطا غير مستندي ولكنه صيغ بشكل يجعله مستنديا أساسا . وأبدي أن أصعب جانب من المشكلة هو التأكد في مسألة ما هي الشروط غير المستندية التي لا تؤدي الى جعل التمهيد ثانويا والتي يعثر عليها في الممارسة الفعلية وكيف ينبغي تعريف هذه الفئة المحدودة من الشروط تعريفا واضحا . وبعد المناقشة ، قرر الفريق العامل استبقاء الكلمات الموضوعة بين معقتين من أجل التذكير ، واعادة النظر في المسألة في مرحلة لاحقة ، بعد استعراض مشكلة الشروط غير المستندية في اطار الاحكام ذات الصلة من المنطوق .

٢٢ - وبشأن الإشارة الى كلمتي "الكفيل" أو "المصدر" الموضوعتين بين معقتين ، أبدي ان كلمة "كفيل" أكثر ملاءمة للحالة التي يكون فيها التمهيد بشكل كفالة مستقلة ، أما كلمة "المصدر" فأكثر ملاءمة لحالة خطاب الاعتماد الضامن . وأبدي اقتراح بدمج الكلمتين في عبارة "الكفيل/المصدر" . وأبدي اقتراح آخر باستخدام كلمة "الكفيل" فقط وتوفير تعريف للكفيل في المادة ٦ يوضح ان كلمة "الكفيل" تشمل المصدر لخطاب الاعتماد الضامن . وبعد المناقشة ، قرر الفريق العامل أن يترك المسألة لينظر فيها فريق الصياغة الذي سيجري تشكيله في دورة لاحقة .

البديان ألف وباء

٢٣ - ونظر الفريق العامل عقب ذلك في النهج المختلفة ازاء طلبات أو تعليمات شخص آخر لإصدار خطاب الكفالة وفقا لنص البديلين ألف وباء والفقرة (٢) المقترحة في الملاحظة ٤ بشأن المادة ٢ . وأبدي عدد من المآخذ بخصوص البديل ألف تتعلق بالصياغة ، ذهب أحدها الى أن مصطلح "عميل" محدود جدا ، ذلك أنه لا يمكن مثلا ، اعتبار الشركة الأم التي تصدر تعليمات الى أحد فروعها بإصدار خطاب كفالة عميلا لهذا الفرع . وأشير الى أن من الأنسب استخدام مصطلح "مدين" أو "ملتزم" ، ولكن اعترض على هذا الاقتراح بحجة أنه قد يحمل معنى وجود علاقات تعاقدية معينة خارج خطاب الكفالة .

ودعا اقتراح آخر الى الاشارة الى "طالب" خطاب الكفالة اذ يعبر هذا المصطلح عن الممارسة المقترنة بخطابات الاعتماد الضامنة . وأشار أيضا الى ضرورة زيادة توضيح ما يسبق عبارة "يعمل بناء على طلب عميل ذلك الطرف الأمر" . واقتراح كذلك عدم قصر الاشارة على الطلب بل ان تشمل الاشارة أيضا التعليمات لأن الكفيل قد لا يتصرف إلا بناء على تعليمات .

٢٤ - ولوحظ أن البديل ألف لا يشمل اصدار الكفيل خطاب كفالة يدعم به التزامه ، في حين أن هذه التعهدات مشمولة ضمنا في البديل باء وصراحة في الفقرة (٢) المقترحة في الملاحظة ٤ بشأن المادة ٢ . وأعرب عن آراء مختلفة بخصوص أي النهج يجب اتباعه . وذهب أحد الآراء الى أن المفهوم التقليدي للكفالة ينطوي على تحمل الكفيل مسؤولية دين غيره وأنه لا يصح بالتالي اعتبار التعهد الصادر عن كفيل دعما لالتزامه الاولي بمشابة خطاب كفالة . وساد الرأي بأنه لما كانت هذه التعهدات تحدث في الواقع العملي ، وإن لم تكن مألوفة جدا ، فمن الضروري أن يشملها القانون الموحد . ورئي أيضا ان هذه التعهدات قد تقع على وجه صحيح في نطاق القانون الموحد لأنها تنطوي ، مثل أي خطاب كفالة ، على التزام ذي طابع مستندي مستخلص من المعاملة الأصلية . وأبدي اقتراح آخر لم يحظ بتأييد أشير فيه الى أن من الممكن الحد بعض الشيء من مدى تغطية القانون الموحد لهذه التعهدات باشتراط صدورها عن جهات تمارس اصدار خطابات الكفالة في سياق قيامها بأعمالها العادية .

٢٥ - ثم نظر الفريق العامل في الأسلوب الصحيح الذي ينبغي أن يتم به تناول الكفالات الصادرة لصالح الكفيل . وذكر نهجان أحدهما يقضي بالامتناع عن تناول هذه الكفالات ويمكن تطبيقه باختيار البديل باء أو بالعمل بالاقتراح الداعي الى حذف البديلين ألف وباء ، وبالتالي ازالة أي اشارة في المادة ٢ الى ضرورة توجيه طلب أو تعليمات لإصدار خطاب الكفالة . أما النهج الآخر فيقضي بادراج اشارة صريحة الى خطابات الكفالة الصادرة لصالح الكفيل وعلى حسابه وفقا للصيغة الواردة في الفقرة الفرعية (ج) من الفقرة (٢) المقترحة . وقيل تأييدا لذلك انه ما لم يوجد اعتراف صريح بخطابات الكفالة لصالح الكفيل فقد تفسر بعض القواعد المنطوقية (مثل شرط قيام الكفيل باخطار الاصيل بالمطالبة بالدفع أو الحصول على موافقة الاصيل على اجراء تعديل) على انها دليل على عدم الاعتراف بهذه المستندات . وأشار أيضا الى أن الامتناع يشير خطر اختلاف التعامل معها باختلاف الدولة المنفذة للقانون الموحد ، ويؤدي بوجه خاص الى احتمال عدم الاعتراف بهذه الكفالات في الدول التي لا تكون هذه الممارسة مألوفة لديها . ونظرا لما ورد أعلاه تقرر اضافة الفقرة (٢) المقترحة . للاستعاضة بها عن البديلين ألف وباء . وكان نص الفقرة (٢) المقترحة كما يلي :

"(٢) يقدم التعهد في الحالات التالية :

(أ) بناء على طلب العميل ("الاصيل") المكفول ("خطاب كفالة مباشرة") ؛

(ب) بناء على تعليمات من مصرف آخر ، أو مؤسسة أو شخص ("الطرف الأمر") الذي يتصرف بناء على طلب العميل ("الاصيل") المكفول من الطرف الأمر ("خطاب كفالة غير مباشر") ؛ أو

(ج) نيابة عن الكفيل نفسه ("خطاب كفالة بالنيابة عن الكفيل").

الدفع الى شخص آخر ("المستفيد")

٢٦ - أبدي تخوف من أن اشتراط الدفع الى "شخص آخر" قد يحول دون تطبيق القانون الموحد على بعض الخطابات المالية الضامنة التي تنص على أن المصدر نفسه هو المستفيد بوصفه وكيلًا لعدد كبير من المتلقين النهائيين للمبلغ الملتزم بدفعه بموجب خطاب الاعتماد الضامن . وأشار الى امكانية حل هذه المشكلة بحذف شرط الدفع الى شخص آخر وربما تضمين القانون الموحد تعريفا "للمستفيد" على أنه الشخص المعين في خطاب الكفالة . ودعا اقتراح بديل الى الابقاء في المادة ٢ على شرط الدفع الى شخص آخر على أن يدرج في مكان ما من القانون الموحد حكم يستثني خطابات الاعتماد المالية الضامنة من هذا الشرط . واعترض على هذين الاقتراحين بحجة أن الاصدارات التي يقوم فيها المصدر أيضا مقام المستفيد في واقع الحال ، قد تشير في بعض الولايات القضائية مشاكل لا تذلل تتعلق بتضارب المصالح وأنه من الأفضل بالتالي الاحتفاظ في قانون موحد ذي نطاق دولي بشرط الدفع الى شخص آخر . وأبدي اقتراح آخر بأن هذه المشكلة يحلها المصدر على الوجه الصحيح باستحداث هيئة اعتبارية مستقلة تعمل باسم المستفيدين الشرعيين . وقيل ردا على ذلك إن خطابات الاعتماد المالية الضامنة هي ضرورة عملية ومن ثم شائعة الاستخدام ، ولا سيما في الحالات التي توجد فيها أعداد كبيرة من حملة سندات الدين الحكومية المضمون سداد رأس مالها وفوائدها بخطابات اعتماد ضامنة . وأفيد بأن هذه الاصدارات نالت موافقة السلطات التنظيمية في عدد من البلدان من القيود التي تفرضها وتشكل جزءا كبيرا من المعاملات في جميع أنحاء العالم . وقيل أيضا إنه لا يمكن قصر آثار هذه الممارسة على النطاق الوطني لأنه كثيرا ما يحمل سندات الدين الحكومية رعايا أجانب ويكونون بذلك المستفيدين النهائيين لنوع الترتيبات المذكورة .

٢٧ - ومن أجل محاولة تبديد القلق بشأن تغطية "خطابات الاعتماد المالية الضامنة للدفع المباشر" الأنفة الذكر ، دون اللجوء في الوقت نفسه الى حذف شرط الدفع الى شخص آخر ، اقترح اضافة اشارة الى الدفع الى المصدر اذا كان يعمل بصفة تختلف عن صفة المصدر . واعتبر هذا النهج ناقصا لأن خطابات الاعتماد المالية الضامنة لا تشير

عادة الى أي صفة خاصة يعمل بها المستفيد/المصدر . وأشار أيضا الى امكانية حل هذه المشكلة ببساطة عن طريق التفسير بأنه يمكن اعتبار المصدر الذي يعمل بصفة كهذه "شخصا آخر" . وبعد المداولة قرر الفريق العامل استبقاء الإشارة في المادة ٢ الى الدفع الى شخص آخر ، على أن يدرج في مكان مناسب من القانون الموحد النص اللازم لتنظية خطابات الاعتماد الضامنة .

غرض الالتزام بالدفع

٢٨ - اقترح حذف كلمات "مبلغا معيناً بعملة أو وحدة حساب محددة" بحجة انه تكفي الإشارة فقط الى التزام الكفيل بدفع "مبلغ معين أو قابل للتعيين" . ولم يلق هذا الاقتراح تأييدا كافيا ، وبوجه خاص لأنه ارتضى ان الإشارة الى عملة أو وحدة حساب محددة تلزم لتوفير التعيين .

٢٩ - واختلفت الآراء حول ما اذا كان من المرغوب فيه استبقاء كلمات "بشيء آخر ذي قيمة" ، التي من شأنها ان تضع في نطاق القانون الموحد خطابات كفالة تنص على الدفع بشكل غير نقدي . واقترح حذف هذه الكلمات بحجة انه ينبغي للقانون الموحد ، توخيا للانسجام ، ان يركز على أنواع المستندات الأكثر شيوعا . حتى ولو كانت بعض المستندات غير مشمولة بالقانون ، تظل للأطراف الحرية التعاقدية في الاتفاق على أشكال بديلة . ودعما للاستبقاء ، أوضح أن خطابات الاعتماد الضامنة التي تنص على الدفع بشكل غير نقدي . وعلى نحو نموذجي بالمعادن الثمينة ، تستخدم ويرجع أن يزداد استخدامها . لذلك ينبغي للقانون الموحد أن يشمل هذه المستندات في نطاقه تفاديا لتقييد حرية الأطراف في الخيار وتمشيا مع استخدام أشكال الدفع الجديدة التي قد تنشأ في السنوات المقبلة . كذلك أشير الى ان عبارة "وحدة حساب" بمعناها المريض لا تكفي لضمان تغطية هذه المستندات .

٣٠ - وأبدت خشية من أن الدفع بالسلع قد يستلزم استقصاءات للتأكد من النوعية ، مما ينتقص من استقلال التزام الكفيل . كذلك أبدت خشية من أن تقلبات أسعار السلع قد تجعل الأطراف يواجهون صعوبات في تحديد المبلغ الفعلي لخطاب الكفالة ، بالإضافة الى خطر اساءة ممارسة الحق في المطالبة اذا ارتفعت قيمة السلعة ارتفاعا شديدا . وفي الرد على ذلك ، أبدي أن تقرير نوعية السلعة المستخدمة في الدفع لن يمس الالتزام الاساسي المضمون بخطاب الكفالة ، وان مشكلة تقلبات الأسعار يمكن للأطراف تقييمها ومعالجتها بنص ملائم في خطاب الكفالة .

٣١ - كذلك أبدت خشية من أن الدفع بالسلع قد يمس بشتى القوانين التنظيمية الوطنية التي تحظر ، مثلا ، تحويل سلع معينة ، ولذلك ينبغي ترك هذه المستندات لاستخدامها حسب تلك القوانين . وردا على ذلك ، أبدي أن ادراج هذه المستندات في نطاق القانون الموحد لن يؤثر في استمرار تطبيق القوانين التنظيمية المعنية .

٣٢ - وبعد المناقشة ، قرر الفريق العامل ارجاء اتخاذ قرار نهائي بشأن الصيغة موضوع البحث الى مرحلة لاحقة من مداولاته .

٣٣ - وبشأن عبارة "أو بأن يقبل أو يداول ، دون حق الرجوع ، سفتجه تحمل مبلغا معيناً" ، أبدى أنه ينبغي إعادة النظر في استخدام كلمة "يداول" لأن التزام الكفيل أو مصدر السند الذي ينص على الدفع عن طريق سفتجة لا يمكن تفسيره الا بالقبول وبالتالي دفع القيمة . كذلك اقترحت اضافة عبارة "وقت الاستحقاق" بعد كلمة "يقبل" . وأبدت شكوك من حيث الصياغة التشريعية حول استصواب التعديل الأخير هذا ، إذ أن اعتماد عنصر من عناصر قانون السفاتج يشير خطر احتمال اغفال عناصر أخرى ذات صلة . واقترح من جهة أخرى ان الطرائق المقبولة للدفع ، ومنها قبول السفاتج اذا تقرر ذلك ، يمكن تحديدها في المادة ٦ وبالتالي تبسيط تعريف خطاب الكفالة .

٣٤ - وإلى جانب هذه التعليقات ذات الطابع الصياغي في جوهرها ، أبدت خشية بشأن استصواب الإشارة في المادة ٢ الى مستندات تنص على التزام المصدر بقبول السفتجة . وقيل أن هذه الأنواع من المستندات غير مألوفة في بعض أنحاء العالم . ولا سيما تلك التي تعتبر الكفالات بصورة تقليدية كوسيلة سريعة للدفع الى المستفيد . وتبعاً لذلك ، لا يجوز أن تدخل في إطار القانون الموحد الا المستندات التي تشملها هذه الفئة التقليدية . وأبدت حجة أخرى تأييداً للحذف مفادها أن النص في خطاب الكفالة على الدفع عن طريق القبول قد يؤدي الى إثارة الشكوك حول القانون الواجب تطبيقه ، إذ أن التزامات الكفيل قد تصبح أيضاً خاضعة لقوانين السفاتج .

٣٥ - وردا على ذلك أبدى أنه ، لما كان القانون الموحد يرمي الى تقنين الممارسات القائمة ، فمن الضروري ان يغطي تقديم السفاتج ، وبوجه خاص لكي يشمل خطابات الاعتماد الضامنة التي تستخدم على نطاق واسع والتي غالباً ما تنص على الدفع عن طريق القبول بالسفاتج . واقترح انه يلزم النص في المادة ٢ على قبول السفتجة أو دفعها ، لأن ذلك لا يشير المسألة الثانوية المتعلقة بفرض الدفع فحسب بل يتعلق بطبيعة التزام الكفيل بالذات بموجب خطاب الكفالة . كذلك أبدى أن امكانية الالتباس فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق ضئيلة الى حد لا يذكر لأن قانون خطابات الكفالة وقانون السفاتج سيطبقان على جوانب مختلفة من الصفقة . وبعد المناقشة ، قرر الفريق العامل ارجاء اتخاذ قرار الى مرحلة لاحقة من مداولاته .

وفقاً لأحكام التعهد عند تلقي الطلب

٣٦ - اقترح تعديل الإشارة الى "أحكام التعهد" لتصبح الى "أحكام التعهد وشروطه المستندية" ، وقيل إن هذا التعديل ضروري لمراعاة الممارسة المتبعة في الولايات القضائية التي يشيع فيها استخدام خطابات الاعتماد الضامنة ، إذ تحمل كلمة "حكم" في

تلك النظم القانونية معنى أشياء - كتاريخ انتهاء صلاحية خطاب الاعتماد - لا يشك في حدوثها ولا تقتضي بالتالي إبراز مستندات ، في حين أن كلمة "شرط" تستخدم للإشارة إلى وقائع يشك في حدوثها وتقتضي بالتالي إبراز أدلة مستندية تثبت حدوثها وقيل إن وصف الشروط بالصفة "المستندية" أمر ضروري للتأكيد في تعريف خطاب الكفالة على الطابع المستندي للتعهد فتتضام الحاجة بذلك إلى تناول الشروط غير المستندية في القواعد المنطوقية .

٣٧ - ولئن أوضح أن كلمة "حكم" تكفي في العديد من النظم القانونية لأن ما أشير إليه أعلاه على أنه "شرط" سيكون مشمولا بحكم في خطاب الكفالة ، فقد اتفق على إضافة كلمة "شرط" لمراعاة الاختلاف في فهم معنى كلمة "حكم" . ولوحظ أنه بهذا التعديل يكون القانون الموحد معبرا عن الصيغة المستخدمة في وثيقة الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية . ولم يوافق الفريق العامل على إضافة كلمة "مستندية" المقترحة ، إذ خشي بوجه خاص من أن يؤدي استخدام تلك الكلمة إلى أن يستبعد من القانون الموحد أي مستند يمكن أن ينص على شرط غير مستندي . وأعرب كثير من الممثلين عن الرأي الذي مفاده أن من الأفضل بناء على ذلك تناول الشروط غير المستندية في الأحكام المنطوقية للقانون الموحد لا في أحكامه التعريفية (ومع ذلك انظر القرار الذي اتخذ بعد ذلك ويرد أدناه ، الفقرة ٦١) .

٣٨ - وأبدي رأي يدعو إلى حذف عبارة "عند تلقي طلب" أو تعديلها لتفادي التفسير بأن الدفع بموجب خطابات الاعتماد الضامنة يقتضي إبراز سند متميز موسوم بأنه أمر بالدفع ، بالإضافة إلى أية مستندات أخرى مطلوبة بموجب خطاب الكفالة .

البديلان سين وصاد

٣٩ - فيما يتعلق بالبديل سين ، أبدي أن استخدام عبارة "تعويض المستفيد عن عواقب حدث طارئ محدد" الواردة ضمن معقتين ، قد يشير بلا داع إلى ضرورة قياس الضرر الذي تكبده المستفيد . وقيل إن هذا القياس للضرر قد يقتضي مراجعة العقد الأصلي ، الأمر الذي يتعارض مع الطابع المستقل لهذا التعهد . وأعرب عن تأييد العبارة الثانية الواردة ضمن معقتين ، التي تنص على "تأمين المستفيد من عدم وفاء الأصل بالتزامات معينة مالية أو غير مالية أو من مخاطر محددة أخرى" ، وقيل إنها تستجيب لضرورة تحديد الغرض من التعهد بالإشارة إلى الخطر الذي قد يتعرض له المستفيد .

٤٠ - وقيل إن الإشارة إلى الغرض من التعهد يفيد في أن يستبعد من هذا التعريف خطاب الاعتماد التجاري وغيره من التسهيلات المجردة من غرض الكفالة . وقيل أيضا إن الإشارة في القانون الموحد ، وليس بالضرورة في خطاب الكفالة ، إلى الغرض من التعهد ، أمر يلزم لتحديد الأرضية المشتركة بين الكفالة المصرفية وخطاب الاعتماد الضامن بالإشارة

الى وظيفة الكفالة لكلا المستنديين ، كما قد يكون تبيان الغرض من خطاب الكفالة أمرا ذا صلة في حالة طلب لا يقوم على أساس صحيح بموجب المادة ١٩ .

٤١ - ورئي من ناحية أخرى أنه على الرغم من تشابه الكفالة المصرفية وخطاب الاعتماد الضامن في الوظيفة الاقتصادية التي يؤديانها ، فإن هذا التشابه الوظيفي ليس مقصورا على هذين المستنديين بل قد ينطبق أيضا على الكفالات الثانوية وحتى على عقود التأمين . وأشار الى أن هذا التبيان العريض للغرض من هذه المستندات على النحو الوارد في البديل سين قد لا تكون له أهمية منطوقية تذكر .

٤٢ - واقترح جعل المستفيد ملزما ، عند تقديم أمر الدفع بموجب خطاب الكفالة ، بإبراز بيان يبرر دفع المبلغ المنصوص عليه في خطاب الكفالة . وأبدي ردا على ذلك أن انشاء الالتزام المقترح لا يتفق والممارسة المتبعة الآن في خطابات الاعتماد الضامنة والكفالات المصرفية الواجبة الدفع بمجرد الطلب .

٤٣ - وأعرب عن الخشية من أن يكون نص البديل سين ، على خلاف نص البديل صاد ، غير متفق تماما مع الممارسة المتبعة في خطابات الاعتماد الضامنة . وأفيد أنه ، في حالة استبقاء البديل سين ، يلزم عندئذ وضع قاعدة خاصة لبعض خطابات الاعتماد الضامنة التي تصنفها السلطات المصرفية التنظيمية كخطابات اعتماد ضامنة لأسباب تتعلق بالكفاية الرأسمالية ولكنها تستخدم في الواقع كمستندات دفع عادية . وقيل إن القصد من هذه المستندات ليس تأمين المستفيد من أي خطر بل تستخدم على غرار خطابات الاعتماد التجارية العادية .

٤٤ - ولوحظ أيضا أن نص البديلين ولا سيما البديل صاد الذي يشير الى طلب يصدق أو يشبث أن الدفع مستحق بموجب خطاب الكفالة ، قد لا يكون متفقا تماما مع وصف التعهد المستقل الوارد في مشروع المادة ٣ (٢) (ب) . لذلك اقترح حذف كلا البديلين والاستعاضة عنهما بعبارة "مقدم على النحو المحدد في التعهد" . وذكر ردا على ذلك أن هذا الاقتراح يؤدي الى توسيع نطاق تطبيق القانون الموحد أكثر من اللازم بتغطية خطابات الاعتماد التجارية وغيرها من تعهدات الدفع المستقلة كالفاتح (الكبيالات) والسندات الاذنية .

٤٥ - وبهذا الصدد أشار الفريق العامل الى أنه قرر في دورتيه الثانية عشرة والرابعة عشرة بأن "يركز القانون الموحد على الكفالات المستقلة ، بما فيها خطابات الاعتماد الضامنة ، وأن يمتد نطاقه ليشمل خطابات الاعتماد التقليدية متى كان ذلك مفيدا نظرا لطابعها المستقل ولضرورة تنظيم المسائل الأخرى ذات الصلة" . (A/CN.9/316 ، الفقرة ١٢٥ ، و A/CN.9/342 ، الفقرة ١٨) . وقرر الفريق العامل أن يبحث في مرحلة لاحقة مسألة إدراج خطابات الاعتماد التجارية .

٤٦ - ولئن أسفرت المناقشة التي دارت حول البديلين سين وصاد عن إيثار البديل سين إلى حد ما ، فقد قرر الفريق العامل استبقاء البديلين لبحثهما في وقت لاحق ، على أن تعيد الأمانة صياغتهما في ضوء الملاحظات الواردة أعلاه .

المادة ٣ - استقلال التعهد

٤٧ - كان نص مشروع المادة ٣ بصيغته التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) يكون التعهد مستقلا إذا لم يكن التزام الدفع [، وفقا لأحكامه] ، [متوقفا على] [مرهونا أو مقيدا بـ] وجود أو صلاحية معاملة أصلية [، سواء أثير إليها في التعهد أم لم يشر] ، [بين الأصيل والمستفيد ، أو بين الطرفين الأمر والكفيل] ، أو بوجود أية علاقة أخرى ، و [لذلك] لا يجوز للكفيل أن يتذرع بأية دفع ناشئة من علاقة غير علاقته بالمستفيد . [ولا تتأثر استقلالية التعهد بأن للكفيل حسبما تنص عليه المادة ١٧ (١) (ج) ، أن يثير اعتراضات معينة على الدفع قد تكون قائمة على حقائق تتصل بأية علاقة أخرى من هذا القبيل .]

(٢) (أ) يعتبر التعهد مستقلا [بشكل غير قابل للدخول] إذا حمل العنوان "[خطاب كفالة مستقل] [وعد مستندي مستقل] [خطاب كفالة مستحقة عند أو طلب] . وتضمن الكلمات ذاتها في نصه أيضا . [وعندما يعتبر التعهد مستقلا ، يعامل أي حكم أو شرط من شأنه أن يجعل التعهد تبعا على أنه لاغ] .

(ب) [، فيما عدا ذلك] ، [ورعنا بأحكام الفقرة الفرعية (أ) من هذه الفقرة] ، لا يعتبر أي وصف أو أي شرط منفرد في نص التعهد قاطعا [بأن ما إذا كان التعهد مستقلا أم لا] إذا كان سائر الشروط يبرج بوضوح الاستنتاج المضاد . وعند تقييم الشروط بمجملها ، يمكن اعتبار العوامل التالية نقاطا ترجح سمة الاستقلالية :

١' كون التعهد بالدفع معبرا عنه بأنه "بمجرد الطلب" أو "عند أول طلب" أو "عند الطلب" أو "عند استلام طلب كتابي" أو "غير مشروط" أو "بصرف النظر عن وجود أو عقد ما صلاحيته" أو "بالتنازل عن كل حقوق الاعتراض والدفع الناشئة من العقد المذكور" أو "دون إثبات التقصير" أو موصوفا بأية عبارة أخرى ذات معنى مشابه ؛

٢' استحقاق الدفع عند تلقي بيان من المستفيد أو أي مستند آخر من طرف ثالث ، مع كون الكفيل غير ملزم بالتثبت من أي حقيقة خارجة عن نطاق ذلك البيان ؛

٣' عدم الإشارة في التعهد الى أية معاملة أصلية الا في الديباجة أو في موضع آخر يسرد ما حصل من قبل ، واستبعادها من فقرات المنطوق [بافتراض أن نص التعهد مقسم على هذا النحو] ؛

٤' النص على أن التعهد خاضع للأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية أو للقواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب ، الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية ."

الفقرة (١)

٤٨ - نظر الفريق العامل في مفهوم الاستقلال كعنصر ملائم لتحديد مدى تطبيق القانون الموحد ، وذلك على أساس تعريف التعهد المستقل الوارد في الفقرة (١) . وتم الاتفاق ، كمبدأ عام ، على أن العلاقة بين الكفيل والمستفيد التي ينشئها خطاب الكفالة هي علاقة منفصلة ومستقلة عن أية علاقة أخرى ، ولا سيما عن أية صفقة أصلية بين الاصيل والمستفيد . ويؤدي هذا الاستقلال ، الذي يميز خطاب الكفالة عن أي تعهد ثانوي ، كالضمان ، الى أن حقوق والتزامات الاطراف في خطاب الكفالة محددة حصرا بأحكام وشروط خطاب الكفالة . غير أن الفريق العامل أدرك أن مفهوم الاستقلال هو مسألة معقدة تستدعي التوضيح والصقل في نواح متعددة .

٤٩ - وأبدت خشية من أن التفسير الضيق للقاعدة التي تقضي بأن التعهد لا يتوقف على وجود أي صلاحية صفقة أصلية من شأنه أن يؤدي بالضرورة الى الاستنتاج بأن شرعية الصفقة الأصلية أو خرقها للسياسة العامة لا يؤديان بأية حال الى التأثير في التزام الكفيل بالدفع . وبهذا الصدد ، أثيرت مسألة ما اذا كان يمكن لاحكام خطاب الكفالة أن تشير الى الشرعية المحتملة للصفقة الأصلية بدون المس بالطابع المستقل للتعهد . وأبدت خشية أخرى ذات صلة من أن التفسير الضيق لقاعدة الاستقلال قد يؤدي الى الاستنتاج بأنه لا يمكن للاحتيال أو الاساءة الواضحة لممارسة حقوق المستفيد أن يشكلوا اعتراضا على الدفع ؛ وفي هذا السياق ، أعرب عن رأي مفاده ان إدراج عبارة "ما لم ينص في هذا القانون على خلاف ذلك" في الجملة الأولى من الفقرة سيكون أليق من الإبقاء على الجملة الثانية . وقيل ردا على ذلك التخوف ان "استثناء الاحتيال" بصيغته الواردة في مشروع المادتين ١٧ (١) (ج) و ١٩ ليس ، من الوجهة المفاهيمية ، استثناء من الاستقلال بل انه دفاع ازاء مطالبة قائمة بشكل مستقل بموجب خطاب الكفالة ، وان الخشية تبددها في أية حال الجملة الثانية من الفقرة (١) التي توضح أن تعريف الاستقلال لا يمنع الاستناد الى الاحتيال أو اساءة ممارسة الحقوق في الاعتراض على الدفع .

٥٠ - وفيما يتعلق بتعريف الاستقلال المقترح في الجملة الأولى من الفقرة (١) ، قيل

ان الإشارة الى "وجود أو صلاحية صفقة أصلية" هي إشارة ضيقة جدا من حيث انها لا تشمل وفاء الاصيل بالتزاماته أو عدم الوفاء بها في اطار صفقة أصلية موجودة أو صالحة . وقيل ان هذا العنصر غير موضح توضيحا كافيا بالنسبة الاضافي على أنه "لا يجوز للكفيل أن يتذرع بأية دفعات ناشئة من علاقة غير علاقته بالمستفيد" الناجمة عن التعهد . واعتد الفريق العامل اقتراحا يدعو الى حذف الإشارة المحددة الى الوجود والصلاحية وتضمين إشارة عامة الى الصفقة الأصلية عوضا عن ذلك .

شئ النهج المتبعة ازاء الاستقلال

٥١ - أدرك الفريق العامل أن تعهد الكفيل لا يكون مستقلا بالفعل الا اذا كان غير مرتبط بأي شكل بوفاء الاصيل بالتزاماته فعلا أو عدم وفائه بها بموجب الصفقة الأصلية . وفي الوقت ذاته ، غالبا ما يشكل عدم وفاء الاصيل بالتزاماته الحالة الطارئة التي قصد خطاب الكفالة تأمين المستفيد منها . ورئي أن هذه الحالة البادية التناقض توضح جوهر المشكلة المتعلقة بتعريف مفهوم الاستقلال كمعيار ملائم لتحديد نطاق القانون الموحد . وكشفت مناقشة الفريق العامل التي تلت ذلك نهوجا مختلفة بعض الشيء ازاء هذه المسألة الحاسمة ، وخاصة فيما يتعلق بالتعاطي مع الشروط غير المستندية .

٥٢ - ويدعو أحد هذه النهج بالاستناد أولا ، ان لم يكن حصرا ، الى تعابير يتضمنها التعهد وتكشف عن نية الأطراف في جعل الالتزام بالدفع مستقلا عن العلاقات الأخرى . وفي اطار هذه النهج ، فان أي اشتراط للأطراف بأن الكفيل لا يلزمه ، عند تقديم الطلب ، الا مجرد التدقيق في تطابق الوثائق المقدمة من المستفيد ، لا يشكل بالضرورة اشتراطا يزيل الطابع المستقل للتعهد .

٥٣ - ويدعو نهج مماثل آخر الى اعتبار التعهد الذي ليست له أية صلة مباشرة بالصفقة الأصلية تعهدا مستقلا ؛ كما أن أية حالة طارئة تشكل غرض التعهد (مثل عدم وفاء الاصيل بالتزاماته) سوف تعالج بطريقة غير مباشرة بالتركيز على ما يثبت وقوعها . وفي اطار هذا النهج ، فان ادراج شرط بالتنفيذ (مثل تلقي دفعة مسبقة في سياق كفالة بالتسديد) أو شرط بالدفع مبين كواقعة أو نتيجة موضوعية بدون الإشارة الى صفقة أصلية (مثل عدم وصول سفينة معينة الى ميناء محدد في وقت محدد) لا ينفي بالضرورة الطابع المستقل للتعهد . غير أنه في حالة ادراج شرط كهذا ، وهذه حالة نادرة ، بدون الاشتراط بتقديم البيئة اللازمة ، فانه من المرجح جدا أن الكفيل سيطلب البيئة على وقوع الحالة الطارئة وان المحكمة ستؤيد صحة هذا الطلب .

٥٤ - واقترح نهج ثالث يدعو الى الاشتراط بأن يتسم التعهد بطابع مستندي صرف مما يستبعد جميع التعهدات التي يتعين فيها على الكفيل التحقق من أية أفعال أو

وقائع خارج نطاقه . وليس لأي احتمال أو خطر يراد تأمين المستفيد منه أية صلة بالموضوع إلا إذا كان "قصورا في التقدير أو البيان" يقرر على أساس المستندات المحددة في التعهد فقط . ويترتب على تقديم المستندات وفقا لشروط التعهد وأحكامه الالتزام بالدفع بصرف النظر عن أي تحديد نهائي للحقائق المثبتة في هذه المستندات . كما أن النهج المستندي الصرف يستهدف الوظيفة التقليدية للمصارف ، التي تنطوي على "التعامل في المستندات لا في السلع والخدمات" ، كما يستهدف تأمين الدفع الفوري (وهذا ما يعرف "بالدفع النقدي") .

الشروط غير المستندية في التعهدات المستقلة

٥٥ - أدرك في معرض النظر في النهج المبينة أعلاه أن الاختلاف الرئيسي بينها يتصل بمعالجة الشروط غير المستندية . وفيما يستبعد النهج المستندي الصرف جميع التعهدات التي تتضمن ، سواء عن قصد أو غير قصد ، شرطا غير مستندي يتعلق بالتنفيذ أو بالدفع ، يغطي النهجان الآخران الشروط غير المستندية التي لا تجعل التعهد ثانويا . وقيل أن بالامكان التوصل إلى نتيجة مماثلة لنتيجة النهج المستندي الصرف بتحويل أي من هذه الشروط غير المستندية إلى شروط مستندية . ولوحظ أيضا أن النهج المستندي الأكثر تشددا قد يكون في إطار النظام القانوني الذي يبطل فيه مفعول التعهد الذي تقدمه بعض المؤسسات إذا تقرر أنه تعهد ثانوي أكثر ملائمة منه في إطار النظم القانونية التي يؤدي فيها تقرير كهذا إلى مجرد تطبيق قانون آخر (أي قانون التأمين) .

٥٦ - وبغية تحديد حجم هذه المشكلة بأخذ صورة أوضح عن البعد العملي للشروط غير المستندية في التعهدات المستقلة ، أجرى الفريق العامل استعراضا شاملا لأنواع الشروط غير المستندية التي ترد في الكفالات المصرفية وخطابات الاعتماد الضامنة .

٥٧ - وأفيد بوجود عدة فئات من الشروط غير المستندية ، بالإضافة إلى العوامل المتعلقة بالوقت والمواعيد التقويمية . وتتصل إحدى هذه الفئات بإنشاء الكفالة ، وعلى سبيل المثال ، قد يكون إنشاء كفالة بديلة مشروطا بإعادة صك الكفالة الأصلي . وتتعلق فئة ثانية بالشروط المسبقة التي لا بد منها لتنفيذ التعهد ، مثال ذلك أن تكون السلفة قد تم دفعها في كفالة المدفوعات المسبقة . وتشمل فئة ثالثة شروط تتعلق بالمطالبة بالدفع المذكورة في الكفالة دون النص على كيفية إثبات استيفاء الشرط . وعلى سبيل المثال ، قد تكون كفالة المطاء في إحدى المناقصات مرهونة بمنح العقد ، أو قد تنص الكفالة على استحقاق الدفع في حال وقوع حدث ما غير منصوص على اتصاله بالمعاملة الأصلية ، أو قد يستحق دفع كفالة الكفالة متى قام المستفيد النهائي بمطالبة المستفيد من كفالة الكفالة بالدفع . وتتعلق فئة رابعة بزيادة مبلغ الكفالة وتخفيضه . وعلى سبيل المثال قد تنص الكفالة على وجوب زيادة المبلغ

وفقا لفتح خطابات الاعتماد من قبل المستورد أو كلما زاد حجم البضائع الموردة . وتقتزن هذه الاحكام التلقائية أيضا بخفض مبلغ الكفالة ، كلما أحرز تقدم في تنفيذ العمل الانشائي مثلا . وتتعلق الفئة الاخيرة من الشروط غير المستندية بأحكام الانتهاء . فقد تشير الكفالة مثلا الى انجاز العمل الانشائي أو التوريد على أنه نقطة الانتهاء . وأشار الى أنه كثيرا ما تكون شروط الانتهاء غير المحددة هذه مصحوبة بمواعيد انتهائية محددة .

٥٨ - ومن الأمثلة على الشروط غير المستندية في خطابات الاعتماد الضامنة قيام موظف مفوض حسب الاصول بتوقيع الطلب ، وتحديد فترات زمنية غير تقويمية لتقديم الطلبات بوصفها فترات لاستحقاق السندات ، وتحديد موعد نهائي لتقديم الطلب من أجل الحصول على المبلغ في نفس اليوم ، وحصص تقديم المستندات والقيام بالدفع في موقع معين ، وتعيين شروط انتهاء غير محددة ، مشفوعة بمواعيد انتهاء ثابتة نهائية ، كالتى سبقت الإشارة إليها أعلاه بصدد الكفالات .

٥٩ - وأسفر الاستعراض العام عن عدة ملاحظات ، كانت احداها اختلاف الطريقة التي تنشأ بها الشروط غير المستندية اذ تنشأ أحيانا نتيجة السهو أو سوء الصياغة ، وتكون أحيانا أخرى مقصودة من الطرفين . ومن الأمثلة على الحالة الاولى عدم تحديد التعهد للطريقة التي سيثبت بها استيفاء شرط واحد فقط من عدد من الشروط المتصلة بالمطالبة . وقد تكون احدى الأمثلة على الادراج المتعمد لهذه الشروط كفالة السداد عندما يكون الكفيل في حالات عديدة مستعدا للتثبت من أن الدفعة المسبقة تمت بالفعل .

٦٠ - ولوحظ أيضا أنه توجد طائفة من الشروط غير المستندية فيما يتعلق بمدى المقبولية من وجهة النظر التنفيذية فهناك ، من جهة ، عوامل ليست شروطا حقيقية ، محددة على أنها وقائع غير مؤكدة الحدوث في المستقبل . وتتصل هذه العوامل بالوقت والتاريخ التقويمي وأية واقعة أخرى من المؤكد حدوثها . وتشمل هذه الجهة أيضا شروطا تتصل بوقائع تندرج في نطاق مسؤولية الكفيل أو مجال نفوذه . وعلى سبيل المثال ، فيما يتعلق بالحالة المذكورة أعلاه بخصوص الشرط غير المستندي لانشاء كفالة بديلة ، يكون الكفيل في مركز يسمح له ، دون التحري خارج نطاق مسؤوليته ، بتقرير ما اذا كان قد تلقى صك الكفالة الاصلية . وبالمثل ، اذا جعلت كفالة الدفعات المسبقة نفاذا أو المطالبة بالدفع مرهونين بايداع مبلغ السلفة في حساب يملكه الكفيل ، يكون تقرير ما اذا كان ذلك الشرط قد استوفى أمرا واقعا في نطاق مسؤولية الكفيل بوصفه مصرفا . بيد أنه من غير المؤكد ما اذا كان يقع في نطاق مسؤولية الجهة التي أصدرت خطاب الاعتماد الضامن تقرير ما اذا كان الشرط القاضي بأن تكون المطالبة بالدفع موقعة من موظف مفوض حسب الاصول قد استوفى . ومن الجهة الاخرى شروط تنطوي على حقائق أو وقائع غير مؤكدة الحدوث ويقع تقريرها خارج نطاق مسؤولية الكفيل .

الاستنتاجات

٦١ - نظرا لما تقدم ولا سيما للانطباع بأن الغالبية العظمى من المستندات التي ينظر في تناولها في القانون الموحد تتسم بالطابع المستندي ، اتفق على أن تركز أحكام القانون الموحد على المستندات التي لا تتضمن سوى شروط مستندية . وكان مفهوما أن الطابع المستقل للتعهد والطابع المستندي للشروط شديدا التداخل على الرغم من عدم تكافئهما من حيث المفهوم . لذا اتفق على إدراج أحكام في مكان آخر من القانون الموحد تتعلق بالطابع المستندي للشروط الواردة في خطاب الاعتماد وتعبير عن فحوى مداولات الفريق العامل المتعلقة بالشروط غير المستندية . واتفق أيضا على النظر ، بعد الانتهاء من الاستعراض الحالي للمشروع الأولي لنص القانون الموحد ، فيما إذا كان ينبغي أن يتناول القانون الموحد التعهدات المستقلة التي تتضمن شروطا غير مستندية ، وإذا كان الأمر كذلك فكيف ينبغي معالجة هذه الشروط .

الفقرة ٢

٦٢ - فيما أبدية بعض عبارات التأييد وبعض التحفظات فيما يتعلق بالفقرة (٢) ، فقد أجمع على أن يرجى الفريق العامل النظر في تلك الفقرة ، لأن مداولاته وقراراته بصدد الفقرة (١) ستؤدي إلى إدخال تنقيحات هامة على الفقرة الأخيرة هذه ، مما سيؤثر بدوره على وظيفة الفقرة (٢) ومضمونها .

المادة ٤ - الطابع الدولي لخطاب الكفالة

٦٣ - كان نص مشروع المادة ، بصيغته التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) يكون خطاب الكفالة دوليا إذا :

البديل ألف : كان مكانا عمل أي اثنين من الأطراف التالية ، حسبما ورد في خطاب الكفالة ، يقعان في دولتين مختلفتين :
الكفيل ، المستفيد ، الأصل [الطرف الأمر ، الكفيل
المثبت]

البديل ب : (١) كان مكانا عمل أي اثنين من الكفيل والمستفيد والأصل يقعان في دولتين مختلفتين ، شريطة أن يكون ذلك واضحا للكفيل والمستفيد أما من التعهد وأما من المعلومات المعلنة في أجل أقصاه وقت تلقي المستفيد خطاب الكفالة .

]، أو

(ب) إذا ذكر خطاب الكفالة ذلك صراحة .

(٢) لأغراض الفقرة السابقة :

(أ) إذا كان لأحد الأطراف أكثر من مكان عمل واحد ، فيكون مكان العمل هو أوثقها صلة بـ خطاب الكفالة ؛

(ب) إذا لم يكن لأحد الأطراف مكان عمل ، فيؤخذ بمكان إقامته المعتاد ."

الفقرة (١)

٦٤ - أعرب الفريق العامل عن تفضيله البديل ألف ، لأن من شأنه أن يوفر قدرا من التيقن يزيد بكثير على ما يوفره البديل باء من حيث تقرير ما إذا كان الصك المعني يستوفي شرط الصفة الدولية ، بما يستتبع انطباق القانون الموحد عليه . وقيل إن هذا القدر الأكبر من التيقن مبعثه أن البديل ألف ، خلافا للبديل باء ، يتيح تقرير الصفة الدولية من فحص وجه الصك دون لزوم إجراء أي تحقيق إضافي ، وهو نهج يعتبر أكثر اتساقا مع استقلالية التعهد . بيد أنه أعرب في ذات الوقت عن رأي مؤداه أن النهج المتبع في البديل باء قد يتيح ، في بعض الحالات ، تقرير الصفة الدولية بصورة أدق ، عندما يكون مكان عمل أحد الأطراف ، مثلا ، واقعا في بلد أجنبي وغير مبين في خطاب الكفالة .

٦٥ - وعلى الرغم من الاتفاق على المنحى الأساسي للبديل ألف ، كان هناك تخوف عام من أن الصياغة الحالية للبديل ألف قد تستبعد من نطاق القانون الموحد بعض الصكوك المرتبطة ارتباطا وثيقا بالتجارة الدولية وإن كانت ربما لا تستوفي شروط الصفة الدولية حرفيا . وأشار على سبيل المثال إلى أن كفالة الكفالة المحلية كليا ، الصادرة دعما لكفالة دولية ما ، أو الكفالة المحلية الضامنة لمعاملة تجارية دولية ما ، لن تستوفي شرط الصفة الدولية في القانون الموحد ، إذا اعتمد البديل ألف . ورئي أن هذا التقييد لنطاق القانون الموحد من شأنه أن ينتقص من فاعليته في تحقيق الاتساق .

٦٦ - وفيما يتعلق بالمناقشة الخاصة باحتمال الحاجة إلى توسيع نطاق تعريف الطابع الدولي ، جرى التذكير بأن الفريق العامل سبق أن ناقش مسألة ما إذا كان ينبغي توسيع القانون الموحد ليشمل المعاملات المحلية ، ولكنه لم يتخذ قرارا نهائيا بهذا

الشأن بعد . وفي نفس الوقت ، جرى التنبيه الى ضرورة توخي الحذر قبل المضي بعيدا في اتجاه تنظيم المعاملات المحلية ، لأن هذا قد يؤثر في مقبولية القانون الموحد ؛ وستظل للدول ، على أية حال ، حرية الاخذ بالقانون الموحد في تنظيم معاملاتها الداخلية . واقترح في هذا الصدد أن يشفع القانون الموحد بتوصية مفادها أن تنظر الدول السانّة في خيار الاستغناء عن المادة ٤ برمتها .

٦٧ - واقترحت نهج مختلفة لتوسيع نطاق تعريف الصفة الدولية . فذهب أحد الاقتراحات الى اضافة بيان الى الفقرة (١) يفيد أن الصكوك التي تتعلق بمصالح التجارة الدولية ، أو التي تكون المعاملة الأصلية فيها دولية ، تعتبر مستوفية شرط الصفة الدولية . وأبدت تحفظات على اتباع مثل هذا النهج ، لأنه لن يكون ظاهرا على وجه الصك ما إذا كان هذا الشرط مستوفى أم لا ، مما يخلق قدرا غير مقبول من التشكك .

٦٨ - وكان هناك تأييد كبير لفكرة توسيع نطاق تعريف الصفة الدولية ، بالابقاء على مصطلحي "الطرف الأمر" و "الكفيل المثبت" في قائمة الأطراف المذكورة في البديل ألف ، التي يمكن أن تكون لاماكن عملها ، إذا كانت مبينة في الصك ، أهمية في تقرير الصفة الدولية . وفيما يتعلق بمصطلح الكفيل المثبت" ، رئي أن استعمال مصطلح "المثبت" قد يكون أنسب ، لأنه يمكن أن يرى أن تثبيت خطاب كفالة لا يعني اصدار خطاب كفالة منفصلا . كما كان هناك تأييد للإشارة الى كفيل الكفيل ، لأنه تنشأ أحيانا حالات تكون فيها كفالة الكفالة صادرة عن شخص آخر غير الطرف الأمر . بيد أنه أعرب عن رأي مؤداه أن العلاقة بين كفيل الكفيل والكفيل هي علاقة تأمينية/تعويضية ، وبالتالي لا ينبغي ذكره في نفس اللحظة مثل سائر الأطراف المدرجة في القائمة . واقترح كذلك اضافة مصطلحي "الطالب" و "المصدر" تجسيدا للممارسة المتبعة بشأن خطابات الاعتماد الضامنة .

٦٩ - ودعا اقتراح آخر الى النص على أن خطابات الاعتماد الضامنة التي تشير الى الاعراف والممارسات الموحدة تعتبر دولية في نظر القانون الموحد . وقيل ان من شأن هذا النهج أن يشجع على تطبيق القانون الموحد ، وأن يملا في نفس الوقت الفراغ الناشء عن أن الاعراف والممارسات الموحدة لا تنظم جميع الجوانب الهامة لخطابات الاعتماد الضامنة . وأشار الى أن بعض النظم القانونية اتبعت نهجا مماثلا في سن تشريعات قانونية تسمح بالاستعانة عن القانون الواجب التطبيق بالأعراف والممارسات الموحدة ، إذا ارتأى الأطراف ذلك . وتضمنت التحفظات التي أبدت على ذلك الاقتراح تخوفات بشأن مدى صحة الإشارة في القانون الموحد الى مجموعة من القواعد التعاقدية ، وهي قواعد لا ريب في أنها ستخضع للتعديل ، ومدى ملائمة تقديم نهج يؤدي الى اضملاء الصفة الدولية على معاملات محلية كليا ، وخطر تخييب توقعات الأطراف غير المتشككة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق ، وامكانية نشوء تنازع بين أحكام الاعراف والممارسات الموحدة وأحكام القانون الموحد . كما أثير تساؤل بشأن مدى ضرورة مثل

هذا الحكم ، نظرا لأن للأطراف الحرية في استخدام الفقرة الفرعية (ب) للتمكن من تطبيق القانون الموحد . وبسبب هذه الاعتبارات ، أخفق الاقتراح ، بصيغته الحالية ، في كسب التأييد . بيد أنه كان هناك قدر أكبر من التعاطف مع صيغ معدلة نوعا ما من ذلك الاقتراح . وعلى سبيل المثال ، رثي أن أي امكانية لاستيفاء شرط الصفة الدولية بالإشارة إلى الاعراف والممارسات الموحدة إنما ينبغي أن تنحصر في العلاقات بين الفنيين . ويراد من هذا الحصر ، على وجه الخصوص ، حماية مصالح وآمال المستهلكين الذين يسعون إلى استصدار ضمانات تأمينية بدلا من الكفالات المستحقة الدفع بمجرد الطلب . كما اقترح النص على أنه يمكن استيفاء شرط الصفة الدولية بالإشارة إلى القواعد أو الاعراف المقبولة دوليا ، التي يمكن تأويلها على أنها تتضمن الاعراف والممارسات الموحدة .

٧٠ - ثم نظر الفريق العامل في مدى استصواب الإبقاء على الفقرة الفرعية (ب) ، التي تنص على أنه يمكن لأي صك أن يستوفي شرط الصفة الدولية بمجرد تسمية نفسه صكا دوليا . وذكر تأييدا للإبقاء على هذا الحكم أثره في توسيع نطاق تطبيق القانون الموحد . وفي نفس الوقت ، أثير تساؤل بشأن مدى ملاءمة الإبقاء على ذلك الحكم خصوصا لأن وصف صك محلي بأنه دولي لا يعتبر أمرا مناسبا . وكان هناك أيضا تخوف من أن استعمال هذه الاداة لتطبيق القانون الموحد على الصكوك المحلية كليا يمكن أن ينظر إليه على أنه اقتحام لدائرة التشريع الداخلي . بيد أنه كان هناك تأييد كبير لتضمين القانون الموحد حكما يسمح للأطراف أن تختار تطبيق القانون الموحد ، وينبغي أن يتم ذلك بطريقة صريحة ، لا من خلال حكم بشأن الصفة الدولية . ولوحظ أن حكم "التطبيق الاختياري" هذا يمكن أن يلتقي إلى حد ما مع أهداف الاقتراح الداعي إلى أن يكون تطبيق القانون الموحد مرتكزا إلى إشارة إلى القواعد المقبولة دوليا .

الفقرة (٢)

٧١ - أثير تساؤل عما إذا كانت الفقرة (٢) ستظل ذات أهمية بعد اختيار البديل ألف في الفقرة (١) . وأشار إلى أن الغرض من إدراج الفقرة (٢) كان في المقام الأول أن تتاح للفريق العامل امكانية اختيار البديل باء في الفقرة (١) ، الذي يستتبع ضرورة إدراج المبادئ التوجيهية الواردة في الفقرة (٢) بشأن تقرير ما الذي يعتبر مكان عمل طرف ما أو محل إقامته المعتاد . ورغم الاتفاق على أن مبرر إدراج الفقرة (٢) قد تهاوى مع اختفاء البديل باء ، فقد جرى التسليم بأنه قد تنشأ في إطار البديل ألف حالات توغ الإبقاء على مضمون الفقرة (٢) . وأشار إلى أنه قد يجدر تأكيد استمرار أهمية الفقرة (٢) ، بسبب احتمال أن يرد في خطاب الكفالة مكانا عمل لأحد الأطراف ، مثلا عندما يقوم كفيل له عدة أماكن عمل بإصدار خطاب كفالة تتضمن ترويسته أكثر من مكان عمل واحد . وأوردت ملاحظة أخرى مفادها أنه إذا أريد الإبقاء على الفقرة (٢) فإنه ينبغي أن تظل صياغتها أساسا كما هي ، لأنها تستند إلى أحكام مشابهة سبق أن

أدرجت بنجاح في عدد من الاتفاقيات الدولية ، وأصبحت بالتالي مقبولة ومفهومة على نطاق واسع .

٧٢ - وبناء على ما سبق ، اتفق على ارجاء اتخاذ قرار نهائي بشأن الفقرة (٢) الى مرحلة لاحقة . وطلب الى الامانة أن تعد مشروع صيغة بديلة يناسب النص المقبل للفقرة (١) المستند الى البديل ألف .

الفصل الثاني - التفسير

المادة ٥ - تفسير [هذا القانون] [هذه الاتفاقية]

٧٣ - كان نص مشروع المادة ٥ ، بصيغته التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"الصيغة المناسبة

لقانون نموذجي : ينبغي ، لدى تفسير هذا القانون ، مراعاة منشئه الدولي وضرورة تشجيع التزام حسن النية في الممارسة الدولية المتصلة بالكفالات والاعتمادات .

الصيغة المناسبة

لاتفاقية : ينبغي ، لدى تفسير هذه الاتفاقية ، مراعاة طابعها الدولي وضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقها والتزام حسن النية في الممارسة الدولية المتصلة بالكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة ."

٧٤ - أشير الى أن هذه المادة تقدم صيغتين بديلتين ، تبعاً لما يقرره الفريق العامل بشأن ما اذا كان ينبغي للقانون الموحد أن يتخذ شكل قانون نموذجي أم شكل اتفاقية ، وأنه يتعين بالتالي ارجاء اتخاذ قرار بشأن اختيار أي من الصيغتين الى حين التوصل الى القرار الخاص بشكل القانون الموحد . واتفق على أن الإشارة الى "الممارسة المتصلة بخطابات الاعتماد الضامنة" ، الواردة في الصيغة المناسبة لاتفاقية ، أفضل من الإشارة الى "الممارسة المتصلة بالاعتمادات" ، الواردة في الصيغة المناسبة لقانون نموذجي ، وينبغي الإبقاء عليها في كلتا الصيغتين . واقتراح أن يضاف الى القانون الموحد تعريف لمصطلح "خطاب الاعتماد الضامن" ، الذي يرد ذكره لأول مرة في هذه المادة . وقد قبل الفريق العامل هذا الاقتراح ، وأشار الى أنه مع تقدم العمل في صوغ القانون الموحد ستتكون صورة أوضح للمصطلحات التي يلزم تعريفها .

المادة ٦ - التعاريف وقواعد التفسير

٧٥ - كان نص مشروع المادة ٦ ، بصيغته التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"[لأغراض هذا القانون ، وما لم يبين خلاف ذلك في حكم من أحكام هذا القانون أو ما لم يقتض السياق خلاف ذلك :

(أ) يشمل تعبير "خطاب الكفالة" "خطاب كفالة الكفالة" و "خطاب تثبيت الكفالة" ويشمل تعبير "الكفيل" "كفيل الكفيل" و "الكفيل المثبت" ؛

(ب) أية اشارة الى شروط خطاب الكفالة أو الى تعهد الكفيل هي اشارة الى النص بصيغته الأصلية المنشأة وفقا لاحكام المادة ٧ ، أو الى صيغته المعدلة الأخيرة اذا جرى تعديله فيما بعد عملا بالمادة ٨ ؛

(ج) عندما يشير حكم من أحكام هذا القانون الى امكانية اتفاق الطرفين ، فان الطرفين المقصودين هما الكفيل والمستفيد من خطاب الكفالة ، وتكون الاشارة موجهة الى أي حكم في خطاب الكفالة أو الى تعديله أو الى أي اتفاق منفصل بين الكفيل والمستفيد ."]

٧٦ - أبدي التأييد لقاعدة التفسير المتصلة بتعبير "خطاب الكفالة" الوارد في الفقرة الفرعية (أ) . ولكن اقترح التوسع في الحكم بحيث يشمل مصطلحات خطابات الاعتماد الضامنة .

٧٧ - ورئي أن لزوم وغرض الفقرتين الفرعيتين (ب) و (ج) ليسا واضحين . وفيما يتصل بمحتوى الفقرة الفرعية (ج) ، اقترح أن يعاد النظر في استخدام كلمة "اتفاق" لأنه قد يشير ، بلا داع ، مسألة الطبيعة التعاقدية للتعهد . وقيل بأن الحاجة قد تدعو الى اعادة صياغة الفقرة الفرعية (ج) بحيث تؤخذ في الاعتبار قابلية خطابات الاعتماد الضامنة للتمويل ، وما ينجم عن ذلك من وجود أكثر من مستفيد واحد . ولوحظ أن الفقرة الفرعية (ج) لا تبين على نحو كاف التعقييدات التي يمكن أن تنشأ عندما يرفض مثبت خطاب الاعتماد الضامن أن يوافق على تعديله .

٧٨ - واقترح أن يضاف تعريف لـ "خطاب كفالة الكفالة" يأخذ في الاعتبار استقلال هذا الخطاب ، ليس فقط عن الصفقة التجارية الأساسية ، بل كذلك عن خطاب الكفالة الذي يصدره المستفيد من خطاب كفالة الكفالة . وكان من التعابير التي اقترح تعريفها هي أيضا "كفيل الكفيل" و "تثبيت خطاب الكفالة" .

الفصل الثالث - نفاذ خطاب الكفالة

المادة ٧ - انشاء خطاب الكفالة

٧٩ - كان نص مشروع المادة ٧ ، بصيغته التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) البديل ألف : يمكن انشاء خطاب الكفالة بأي من وسائل الاتصال التي تصلح [هي ذاتها] سجلا لنص خطاب الكفالة .

البديل باء : يجوز اصدار خطاب الكفالة في أي شكل يحفظ سجلا كاملا بالمعلومات الواردة فيه [ويجري التصديق عليه من حيث مصدره بالوسائل المتعارف عليها أو باجراء يتفق عليه الطرفان] .

البديل جيم : يصدر خطاب الكفالة باحدى وسائل الاتصال التي تصلح سجلا له ، بما في ذلك رسائل البت السلكي واللاسلكي المصدق عليها أو ما يعادلها من رسائل التبادل الالكتروني للبيانات .

(٢) البديل سين : يصبح خطاب الكفالة ملزما ولا رجوع فيه ، ما لم ينص صراحة على أنه قابل للرجوع - عندما يصدره الكفيل [، شريطة ألا يرفضه المستفيد فور تلقيه] . ويصير خطاب الكفالة نافذ المفعول في ذلك الوقت ، ما لم يحدد فيه وقت مختلف لنفاذ مفعوله [، بالاشارة الى تاريخ محدد أو الى فترة زمنية قابلة للتحديد] ، أو [ما لم ينص صراحة على أن نفاذ مفعوله رهن بشرط محدد يكون للكفيل حق تقريره بالاستناد الى وثيقة معينة في خطاب الكفالة] [ما لم يجعل نفاذ مفعوله متوقفا على وقوع حدث معين غير مؤكد في المستقبل ، وفي هذه الحالة يجوز للكفيل أن يشترط على المستفيد اثبات وقوع الحدث ، إلا اذا اتفق الطرفان على وسيلة أخرى لاثبات وقوعه أو كان التثبت من وقوعه يندرج ضمن مسؤوليات الكفيل] .

البديل صاد : ما لم ينص خطاب الكفالة على خلاف ذلك ، يصبح خطاب الكفالة نافذ المفعول ولا رجوع فيه عندما يصدره الكفيل [، شريطة ألا يرفضه المستفيد فور تلقيه] .

٨٠ - رئي من الافضل ، تأمينا للوضوح ، أن تدرج في مادتين منفصلتين الاحكام التي تتعلق بشكل انشاء خطاب الكفالة ، وهي واردة الآن في الفقرة (١) ، والاحكام التي تسري على وقت انشاء خطاب الكفالة ، وهي واردة الآن في الفقرة (٢) .

الفقرة (١)

٨١ - فيما يتصل بالبدايل الثلاثة للفقرة (١) ، أعرب عن رأي يفضل البديل جيم لانه يذكر بالتحديد وسائل الاتصال الالكترونية وغيرها من الوسائل اللاورقية المستخدمة في الوقت الحاضر لاصدار خطابات الكفالة . لكن الرأي الذي ساد على نطاق واسع كان الرأي الذي يدعو الى انتقاء البديل باء . وكان السبب الاول لهذا الاختيار هو ما لُحظ من أن البديل باء يتضمن صياغة لا تشمل فقط وسائل الاتصال المستخدمة في الوقت الحاضر ، بل تفسح المجال أيضا للتطورات التي يمكن أن تحصل مستقبلا . وعلل تفضيل البديل باء أيضا بأنه ، خلافا للبديل ألف ، يوجب التصديق ، وبأنه أوضح من البديل جيم فيما يخص السجل المقضي بحفظه . ونوّه خصوصا بالحاجة الى أن يوضح أن القانون الموحد لا يشمل أشكال الاصدار التي هي شفوية محض . ولوحظ أيضا أن بالامكان اضافة المزيد من الوضوح بتضمين القانون النموذجي تعريفا لـ "الاصدار" .

الفقرة (٢)

٨٢ - نظر الفريق العامل ، بعد ذلك ، في البديلين الموضوعين لقاعدة تتصل بوقت انشاء التعهد المكس في خطاب الكفالة ، وبوقت نفاذ مفعوله . ولوحظ أن الفقرة (٢) تتضمن ثلاثة مصطلحات متميزة تتناول مسائل منفصلة تتعلق بوجود التعهد ونفاذ مفعوله . فمصطلح "ملزم" يستهدف الإشارة الى وجود التزام لا يجوز سحبه ، يعطي الكفيل ، مثلا ، الحق في الرسوم أو النفقات المتفق عليها . أما تعبير "عدم قابلية الرجوع" ، فيشير الى الطابع الثابت لتعهد موجود ولا رجوع فيه ؛ ورئي أن هذا المصطلح لا يجوز أن يعادل بمصطلح "ملزم" ، لأن مفهوم الرجوع يفترض مسبقا وجود تعهد ملزم . وقيل ، أخيرا ، ان الغاية من مصطلح "نافذ المفعول" هي الإشارة الى أن خطاب الكفالة يكون ، إما وقت انشائه وإما في نقطة زمنية لاحقة له ، متاحا للسحب ، أي عرضة لتقديم طلب سداد بشأنه حسب مقتضيات الدفع .

٨٣ - وفيما يتصل بمحتوى القاعدة المختصة بالزمن ، ذهب أحد الآراء الى أن خطاب الكفالة ينشأ عندما يتلقاه المستفيد . ونسبت الى هذه القاعدة منفعة تتمثل في اعطاء الكفلاء فرصة سحب أو تعديل خطابات الكفالة قبل أن يجري تلقيها . لكن الغلبة كانت للرأي الذي يحذ أن يكون الوقت وقت الاصدار ، أي الوقت الذي يخرج فيه خطاب الكفالة من نطاق تحكم الكفيل .

٨٤ - وأشير ، تأييدا لاعتماد قاعدة تستند الى الاصدار ، الى الممارسة المتبعة بين المصارف والمتمثلة في ارسال رسائل خطابات الكفالة وخطابات الاعتماد الضامنة عن طريق شبكة جمعية الاتصالات المالية العالمية السلوية واللاسلكية فيما بين المصارف (سويفت) . وأشير الى أن الانشاء يعتبر حاصلا ، ضمن الممارسة المذكورة ، عندما تبث الرسالة . ورئي أن اليقين الذي يؤمنه اعتماد قاعدة تستند الى الاصدار ، ولا محل فيها لمسألة اثبات التلقي ، هو أمر ضروري لتمكين المصارف من تنفيذ تعليمات اصدار خطابات الكفالة دون التعرض ، إثر تنفيذ هذه التعليمات ، لخطر سحب التعليمات الاصلية . وأظهر شيء من عدم الاقتناع بخصوص المدى الذي يمكن ضمنه لهذه الشبكة المنقلة التي تربط بين المصارف أن تأتي بايضاح للمسائل اللازم معالجتها في القانون الموحد . وقيل ان الاعتبارات التي يمكن أن تكون ذات صلة بالبت في الانشاء تختلف ، فيما يخص المستفيد ، عن الاعتبارات التي لها دور في الصفقات التي تعقد بين المصارف ، وأن القواعد التي توضع ، نتيجة لذلك ، لمجموعتي العلاقات ، قد يتوجب أن تكون مختلفة . لكن هذا النهج الشائني لم يستقطب تأييدا هاما ضمن الفريق العامل ، بسبب القلق من أن القاعدة المزدوجة ستثير ارتياحا شديدا . وكما حصل في دورات الفريق العامل السابقة ، كانت الغلبة للرأي الذي يقول بأن انشاء خطاب الكفالة ينبغي أن يربط بالاصدار لا بالتلقي ، وأنه يتوجب ألا يوجد ، في هذا الصدد ، الا قاعدة واحدة .

٨٥ - وقضى الفريق العامل ، بعد أن أكد قاعدة حصول الانشاء عند الاصدار ، بأن صياغة تلك القاعدة ، الواردة في البديل صاد ، أفضل منها في البديل سين ، وخصوصا بالنظر الى سهولتها النسبية . وفيما يتعلق بالصياغة المحددة الواردة في البديل صاد ، اقترح حذف عبارة " ما لم ينش خطاب الكفالة على غير ذلك " ، بحجة أن مثل هذا الاسلوب ينطبق اجمالا على كل الاجزاء غير الالزامية من القانون الموحد . ولكن أبدي تأييد للابقاء على هذه العبارة ، بحجة كونها لا تقتصر على تأدية وظيفة تعليمية ، بل تشكل أيضا اشارة أساسية الى امكان احتواء خطاب الكفالة على شروط تتصل ببدء نفاذ مفعوله وعدم جواز الرجوع عنه عند نقطة زمنية ما تلي انشاءه . ولوحظ أن هذا الاحتمال قد عرض عرضا أصرح في البديل سين ، ودعي الى ادراجه في البديل صاد لأن الاحكام المتعلقة بنفاذ المفعول كثيرا ما تصادف في الممارسة .

٨٦ - وأبدت آراء متباينة حول العبارة الواردة بين معقتين والتي تنص على أن خطاب الكفالة لا يدخل حيز النفاذ اذا رفضه المستفيد فور تلقيه . فذهب رأي الى أن العبارة ينبغي أن تبقى لأنها تتيح للكفيل ، في حالة الرفض ، أن يكون عن التزاماته فكرة أوضح مما يمكنه في حالة عدم وجودها . وسيكون بوسع الكفيل على الاخص أن يلغي من دفاتره خطاب الكفالة المرفوض . واقترح أن لفظه "فور" تحتاج الى أن يعاد بحثها بالنظر الى ما هناك من تنوع في الاتصالات وغير ذلك من الظروف من بلد لآخر . وقيل أيضا انه ينبغي الاشارة الى "الرفض التام" ، إذ أنه بدون ذلك سيظل هناك شك فيما

إذا كان المستفيد الذي يعترض على المدة المضبوطة أو المبلغ المضبوط لخطاب الكفالة يرفض الخطاب بالكامل .

٨٧ - وتمثل الرأي السائد في أن العبارة الواردة بين معقفتين ينبغي حذفها . ومن الأسباب التي قدمت تأييدا لحذفها أن الشرط يدخل درجة غير مقبولة من انعدام اليقين في تحديد وقت نفاذ المفعول . وكان هناك سبب ثان هو أن إنشاء خطاب الكفالة يكون عموما لصالح المستفيد ، وأن أي اعتراضات من جانب المستفيد يرجح ألا تتعلق إلا بشروط بعينها ، وأنه يتوقع من المستفيد في تلك الحالة أن يطلب إجراء تعديل على خطاب الكفالة وليس رفضه برمته . وفي الحالة المستبعد حدوثها ، والتي يريد فيها المستفيد حقا أن يرفض خطاب الكفالة برمته ، فإن مشروع المادة ١٠ (أ) أو (ب) سيوفر وسيلة مناسبة لبلوغ هذه النتيجة .

المادة ٨ - التعديل

٨٨ - كان نص مشروع المادة ٨ الذي بحثه الفريق العامل كما يلي :

"(١) يجوز تعديل خطاب الكفالة بالشكل الذي يتفق عليه الطرفان أو ، في حال عدم وجود اتفاق ، [بالشكل الذي أنشأ به خطاب الكفالة] [١] [بأي شكل مشار إليه في الفقرة (١) من المادة ٧] . [ويمكن أن يمنع أحد الاطراف بحكم سلوكه من الاصرار على عدم الامتثال لهذا الشرط المتعلق بالشكل بقدر ما يكون الطرف الآخر قد اعتمد على ذلك السلوك] .

(٢) يصبح التعديل نافذ المفعول ، ما لم يحدد وقتا مختلفا لنفاذ المفعول ،

البديل ألف : عندما يصدره الكفيل [، شريطة ألا يرفضه المستفيد فور تلقيه] .

البديل ب : عندما يصدره الكفيل ، شريطة أن يتلقى الكفيل من المستفيد اشعار بالقبول في غضون [عشرة] أيام عمل .

البديل جيم : عندما يتلقى الكفيل من المستفيد اشعارا بالقبول .

(٣) البديل سين : لا تبرر أحكام الفقرتين (١) و (٢) من هذه المادة تقصير الكفيل في الحصول على موافقة الاصيل حتما تقتضيه تعليمات الاصيل أو أحكام اتفاق مبرم مع الاصيل .

البديل صاد : لا تعطي أحكام الفقرتين (١) و (٢) من هذه المادة للكفيل حق التذرع بالتعديل دعماً لاية مطالبة بالاسترداد من الاصيل اذا قُصّر الكفيل في الحصول على موافقة الاصيل حسبما تقتضيه تعليمات الاصيل أو أحكام اتفاق مبرم بين الاصيل والكفيل .

البديل ميم : عند اصدار التعديل ، يبادر الكفيل على الفور بارسال نسخة منه الى الاصيل .

الفقرة (١) : شكل التعديل

الجملة الاولى

٨٩ - نظر الفريق العامل في الصيغتين البديلتين الواردين بين معقفتين . وأشار الى أنه ربما كان أحد الأسباب الممكنة لاشتراط أن ينشأ التعديل بالشكل الذي أنشئ به خطاب الكفالة المعني ، هو اعتبار أن التعديل يغيّر خطاب الكفالة جزئياً . غير أن الفريق العامل اتفق على أن هذا الشرط سيكون مفرط التقييد في واقع التطبيق . واعتمد الفريق العامل الصيغة الثانية التي تسمح بأي شكل مشار اليه في الفقرة ١ من المادة ٧ ، والتي لا تستثني في الواقع إلا الاتصالات الشفهية المحض ، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

الجملة الثانية

٩٠ - أشير الى أن الجملة الواردة بين معقفتين إنما صيغت على غرار المادة ٢٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع ، عملاً بالاقترح الذي أبدى في الدورة الرابعة عشرة (A/CN.9/342 ، الفقرة ٨٥) . وأبدى رأي مؤداه أن الجملة ربما كانت مفيدة في الحالة التي يكون فيها الطرفان قد اتفقا على شكل محدد للتعديلات ولكنهما لم يمتثلا لهذا الشرط ؛ وعندئذ قد يحول السلوك اللاحق لأحد الطرفين دون التعويل على عدم الامتثال .

٩١ - وقيل رداً على ذلك إن نشوء الحالة المذكورة أكثر احتمالاً في سياق العلاقة بين المشتري والبائع منه في سياق عملية كفالة أضيق حدوداً وأكثر اتساعاً بالطابع الشكلي . وقيل أيضاً إن حكم المادة ٧ (١) يعتمد على نهج شكلي لخطاب الكفالة باشتراطه أن يكون هناك سجل له . وبناءً على ذلك قد يكون هناك بعض التناقض في التركيز على سلوك الأطراف فيما يتعلق بتعديل خطاب الكفالة . كذلك أبدى الرأي بأن المبدأ الوارد في الجملة مبدأ يرجح جداً أن المحاكم في جميع النظم القانونية تطبقه حتى في حالة عدم وجود حكم محدد .

٩٢ - وعلى أثر المناقشة ، قرر الفريق العامل حذف الجملة الواردة بين معقفتين .

الفقرة (٢) : وقت نفاذ المفعول

٩٣ - أبدي الرأي ، فيما يتعلق بالمباراة الاستهلالية ، بأنه قد يكون من المفيد أن يميز بوضوح بين اتفاق الطرفين في التعديل الخاص بارجاء وقت نفاذ المفعول ، وبين اتفاق سابق ، ربما كان واردا في خطاب الكفالة ، بشأن وقت نفاذ مفعول أي تعديل مقبل .

٩٤ - وفيما يتعلق بالبدائل المقترحة ، لاحظ الفريق العامل أنه في حين أن البديل ألف ينطوي على مفهوم القبول الضمني أو الصامت ، يشترط البديلان باء وجيم القبول الصريح . ويختلف البديل باء عن البديل جيم في أنه لا يتخذ من وقت تلقي الاشارة بالقبول نقطة تحديد وقت نفاذ المفعول ، على نحو ما يفعل البديل جيم ، وإنما يستخدم لهذا الغرض نقطة زمنية أبكر هي وقت صدور التعديل ، شريطة تلقي الكفيل اشعار القبول في الوقت المناسب .

٩٥ - أبدي الرأي بأن القاعدة الخاصة بالتعديل ينبغي أن تكون موازية للقاعدة الخاصة بوقت نفاذ مفعول خطاب الكفالة نفسه . وتمثل رأي آخر في أن القاعدة التي ينص عليها البديل ألف ينبغي أن تقرن بشرط مؤداه أن "للمستفيد ، ما دام لم يقبل التعديل ، أن يعتمد على أحكام خطاب الكفالة غير المعدل" . ويستند هذا الرأي على اعتبار أنه لا ينبغي الزام المستفيد بما لم يقبله .

٩٦ - وأبدي رأي ثالث ، يستند الى هذا الاعتبار ذاته ، مؤداه أن يشترط في كل حالة اقرار صريح من جانب المستفيد على نحو ما ينص عليه البديل جيم . وينبغي أن ينظر في تضمين القانون الموحد المبدأ الوارد في المادة ١٠ (أ) من التنقيح المقترح للاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، والقاضي بأن التعديل لا يصبح نافذ المفعول إلا بموافقة جميع الاطراف الملزمين بالتعهد : أي المصدر والمستفيد وأي طرف مثبت . غير أنه طرح السؤال ، فيما يتعلق بالطرف المثبت ، عما اذا كان ينبغي أن يكون قبوله شرطا لنفاذ مفعول تعديل متفق عليه بين الكفيل والمستفيد .

٩٧ - وتمثل رأي رابع في أنه قد لا يكون من المناسب ادراج حكم عام بضرورة صدور اشعار بالقبول من جانب المستفيد . فقد لوحظ من واقع الممارسة أن الغالبية الكبرى من التعديلات إنما تجري بناء على طلب المستفيد وكثيرا جدا ما تستهدف مد فترة الصلاحية . وتتعلق تعديلات أخرى ، مثلا ، بمكان أو عملة الدفع ، وهي أيضا كثيرا ما تجري بناء على طلب المستفيد . فحيثما كان التعديل مستندا الى طلب يقدمه المستفيد الى الكفيل إما مباشرة أو عن طريق الاصيل ، ينبغي أن تكون موافقة

المستفيد أمرا مسلما به . وقيل ردا على ذلك إن وقت نفاذ المفعول ينبغي ألا يكون مرتبها بمعايير تبلغ من عدم اليقين وصعوبة التحقق ما يبلغه معيار ما إذا كان التعديل قد أجري بناء على طلب المستفيد وما إذا كان التعديل مطابقا تمام المطابقة لذلك الطلب .

٩٨ - وأبدي رأي خامس مؤداه أن القاعدة الواردة في البديل ألف ينبغي أن تنطبق على تلك الحالات التي يكون فيها التعديل في صالح المستفيد ، في حين لا ينبغي استبقاء البديل جيم إلا للحالات النادرة التي يكون فيها التعديل في غير صالح المستفيد . وأشار ردا على ذلك إلى أن الفريق العامل كان قد بحث في دورة سابقة اقتراحا بأعداد مجموعتين من القواعد تبعا لما إذا كان التعديل في صالح المستفيد أو في غير صالحه . وكان الشعور السائد آنذاك أنه ليس من السهل تطبيق القواعد التي تتطلب إصدار أحكام ذاتية نظرا لأنها لا توفر عنصر اليقين المطلوب في واقع الممارسة . وسيقت مثلا على ذلك صعوبة البت فيما إذا كان تغيير مكان أو عملة الدفع أمرا في صالح المستفيد .

٩٩ - وعلى ضوء الاعتبارات سالفة الذكر ، بحث الفريق العامل عن حل يوفر عنصر اليقين دون المساس بمصالح المستفيد ، مع مراعاة أن المستفيدين ينزعون إلى الصمت في الحالات التي تكون فيها التعديلات بناء على طلبهم أو في صالحهم . وركز الفريق العامل انتباهه على الاقتراحين التاليين .

١٠٠ - وتمثل الاقتراح الأول في الأخذ بالبديل باء مع تعديل الشرط المقترن به على النحو التالي : "ما لم يتلق الكفيل من المستفيد اشعارا بالرفض في غضون [عشرة] أيام عمل" . وتمثل الاقتراح الثاني في الأخذ بالبديل ألف بالنسبة إلى جميع التعديلات التي تستهدف مد فترة صلاحية خطاب الكفالة ، والأخذ بالبديل جيم بالنسبة إلى جميع التعديلات الأخرى .

١٠١ - وقيل في معرض تأييد الاقتراح الأول إنه يشكل قاعدة موحدة لجميع أنواع التعديلات ، ويوفر اجابة واضحة في حالات يذكر منها مثلا الحالة التي يجمع فيها بين تعديل يستهدف مد فترة الصلاحية وتعديل آخر . وقيل تأييدا للاقتراح الثاني إنه ، بخلاف الاقتراح الأول ، لا يفترض أو يوحي بالقبول من جانب المستفيد إلا في الحالات التي يكون فيها التعديل بلا أدنى شك في صالحه . وبالنسبة إلى التساؤل المطروح بمدد حالة التعديل المختلط ، يمكن الحصول على اجابة واضحة بصقل الاقتراح بحيث يطبق البديل ألف في الحالات التي لا يتضمن فيها التعديل إلا مد فترة الصلاحية .

١٠٢ - وعلى أثر المناقشة ، طلب الفريق العامل إلى الامانة أن تعد مشروع أحكام بديلة تناظر هذين الاقتراحين لكي ينظر فيه في دورة قادمة .

الفقرة (٣)

١٠٣ - أبديت آراء متباينة بشأن ملاءمة الإبقاء على الفقرة (٣) التي تتناول ما يكون هناك من علاقة بين الكفيل والأصيل مستقلة عن العلاقة القائمة بين الكفيل والمستفيد . وأعرب عن شكوك في ضرورة تضمين القانون الموحد حكما لا هدف له إلا تذكير الكفيل بالتزاماته نحو الأصيل في سياق تعديل يجري على خطاب الكفالة . ولوحظ أيضا أنه لا ينص على أية عقوبة للقصور دون اعطاء اشعار بموجب البديل ميم . وقيل كذلك إنه لن يكون من المناسب ألا يشمل القانون الموحد إلا جانبا محدودا من العلاقة بين الكفيل والأصيل .

١٠٤ - وتمثل رأي مناقض في أن الرابطة غير المباشرة بين العلاقتين ينبغي أن تتجلى في القانون الموحد . وأعرب عن التأييد للبديل ميم نظرا لأنه يبين بدقة الرابطة غير المباشرة بين العلاقتين كما يبين أن التعديل قد يؤثر في التزام السداد النهائي الذي يدين به الأصيل للكفيل . وأعرب عن التأييد أيضا للبديل ميم نظرا لأنه يضيف مزيدا من عنصر اليقين على ممارسة اجراء التعديلات . وأخيرا أبدى رأي مؤداه أنه ينبغي ضم البديلين معا .

١٠٥ - وعلى أثر المناقشة ، اتفق الفريق العامل على الاحتفاظ بالبديلين صاد وميم بين معقفتين للنظر فيهما في دورة مقبلة عندما يكون قد اتضح المدى الذي يذهب اليه القانون الموحد في ايراد أحكام بشأن العلاقة بين الكفيل والأصيل .

المادة ٩ - تحويل الحقوق والتنازل عن العائدات

١٠٦ - كان نص مشروع المادة ٩ ، بصيغته التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) لا يجوز للمستفيد نقل حقه في تقديم طلب سداد بموجب خطاب الكفالة ،

البديل ألف : ما لم يأذن له الكفيل بذلك] ، اما في خطاب الكفالة
واما بموافقة منفصلة في أي شكل من الاشكال المشار اليها
في الفقرة (١) من المادة ٧ .

البديل باء : الا عندما يكون خطاب الكفالة قد أعطي لغرض تأمين
المستفيد من عدم قيام الأصيل بأداء التزامات معينة
عليه ، ويكون الحق في مطالبة الأصيل بالأداء قد انتقل من
المستفيد الى المنقول اليه المقصود .

(٢) غير أنه يجوز للمستفيد التنازل لشخص آخر عن أي عائدات قد تحقق له بموجب خطاب الكفالة . وإذا كان لدى الكفيل اشعار بالتنازل ، فلا يبرىء ذلك الكفيل من مسؤوليته تجاه المستفيد إلا بالسداد إلى المتنازل له .^٣

١٠٧ - لوحظ أن مشروع المادة يميز بين نقل الحق في تقديم طلب السداد بموجب خطاب الكفالة والتنازل عن أية عائدات قد تترتب على سداد خطاب الكفالة . وأشار إلى أن هذا التمييز كان قد اتفق عليه الفريق العامل في دورة سابقة وأنه وارد أيضا في الأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية وفي مشروع القواعد الموحدة لكفالات الطلب .

الفقرة (١)

١٠٨ - لوحظ أن البديل ألف يقصر امكانية نقل الحق في تقديم طلب السداد بموجب خطاب الكفالة على الحالة التي يأذن فيها الكفيل بهذا النقل ، فيما يقصر البديل باء حق النقل على الحالات التي يتغير فيها الدائن المضمون في إطار العلاقة الأصلية ، سواء بالتنازل عن العقد الأصلي أو بفعل القانون . ومع أنه أشير إلى أن للبديل باء ميزة توفير اليقين بشأن أثر مثل هذا التغير على العلاقة الأصلية بين المستفيد والكفيل (من خلال الرفض غير المباشر لفكرة انتهاء خطاب الكفالة تلقائيا أو بانتقال حقوق المستفيد تلقائيا) ، فقد اعتبر بوجه عام أنه يقوض الطابع الاستقلالي لخطاب الكفالة ويخالف مصلحة الكفيل الذي لا يريد أن يتعرض لمواجهة مستفيد مجهول وربما غير جدير بالثقة .

١٠٩ - لذلك ، اتفق الفريق العامل على الفكرة التي يقوم عليها البديل ألف والتي مفادها أن نقل الحق في تقديم طلب السداد بموجب خطاب الكفالة لا يجوز أن يكون الزاميا على الكفيل إلا إذا وافق الكفيل على النقل . واثبتت أسئلة مختلفة بشأن فكرة النقل والأذن به بالصيغة الواردة في البديل ألف .

١١٠ - وعلى سبيل المثال ، طرحت مسألة العقوبة التي تفرض في حالة حصول النقل دون إذن مسبق من الكفيل وما إذا كان النقل غير المأذون به قد يؤثر في صلاحية التعهد . وردا على ذلك ، قيل أنه ، لأغراض القانون الموحد ، يعتبر النقل غير المأذون به وكأنه لم يحصل ، ولا يكون له أثر في صلاحية التعهد بموجب القانون الموحد .

١١١ - و طرح سؤال آخر عما إذا كان يتعين تقديم الأذن اللازم قبل النقل أو أنه يمكن تقديمه في وقت لاحق ، وذلك مثلا عندما يطلب الكفيل سداد المبلغ . وفي الحالة الأخيرة هذه ، يكون بإمكان الكفيل فعلا ، إذ يقرر ما إذا كان يوافق على النقل أو لا يوافق ، أن يختار بين المستفيد (الأصلي) والمنقول إليه (المزعم) كصاحب الحق في طلب السداد

وقبض المبلغ . واتفق على انه ينبغي للقانون الموحد ان يعالج هذه المسألة بوضوح ، وذلك بأن يؤيد على الأرجح فكرة الموافقة قبل النقل .

١١٢ - وفي هذا الصدد ، أفيد بأنه ولئن كانت ، الصياغة الحالية للبديل ألف توحى بأن الكفيل هو الذي يأذن بالنقل وان المستفيد هو الذي ينفذه ، فان الممارسات المتبعة في خطابات الاعتماد الضامنة مختلفة . فكثيرا ما تكون خطابات الاعتماد الضامنة قابلة للتحويل ، بموجب التنقيح المقترح للاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية (UCP 500) ، ولا يتم التحويل الفعلي عموما الا من المصرف المصدر ذاته أو جهة يشار اليها بأنها المصرف المحول ، وذلك اما باصدار جديد لخطاب الاعتماد الضامن أو بتعديله . وبالإضافة الى ذلك ، فان خطابات الاعتماد الضامنة غالبا ما تحول أكثر من مرة واحدة وبالتالي فهي لا تفي بالشرط الوارد في المادة ٥٤ (هـ) من الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، الذي ينص على امكان تحويل الاعتمادات القابلة للتحويل مرة واحدة فقط . وقدم اقتراح يدعو الى ادراج عبارة محددة في نص البديل ألف تبين هذه الممارسة . وبالإشارة الى خطابات الكفالة ، أوضح بعض الممثلين أنه من المفيد انشاء قاعدة تذكر أن خطاب الكفالة لا يعد قابلا للتحويل الا مرة واحدة .

١١٣ - وطرح سؤال آخر عما اذا كان اذا كان ينبغي أن يتعلق التحويل بالمبلغ بكامله أو انه يمكن تحويل جزء منه . وأشار الى أن هذه المسألة وغيرها من المائل عولجت بالتفصيل في المادة ٥٤ من الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، وبمزيد من التفصيل في التنقيح المقترح لتلك الاعراف والممارسات . وأشار الى أنه يجدر بالقانون الموحد أن يعالج على الأقل بعض المائل التي تتناولها الاعراف والممارسات الموحدة .

١١٤ - وبعد المناقشة ، اتفق على استبقاء جوهر البديل ألف وعلى أن يطلب من الامانة العامة اعداد مشروع أحكام بشأن هذه المسائل الإضافية التي يجدر معالجتها في القانون الموحد ، مع مراعاة الطابع القانوني المختلف للقانون والقواعد المنطوقية مثل الاعراف والممارسات الموحدة .

الفقرة (٢)

١١٥ - اتفق الفريق العامل على أن الجملة الاولى تؤدي غرضا مفيدا من حيث أنها تميز تمييزا واضحا بين نقل الحق في تقديم طلب السداد ومجرد التنازل عن العائدات بموجب خطاب الكفالة .

١١٦ - وأبدت آراء مختلفة بشأن الجملة الثانية . ومن هذه الآراء انه يلزم الغاء

هذا الحكم لانه غير ضروري ؛ وانه لا يجوز للقانون الموحد أن يحاول تنظيم مسائل مثل الاثر المترتب على الدفع ، الذي تتطرق اليه الاحكام ذات الصلة من القانون المنطبق على ابراء الذمة من الالتزامات .

١١٧ - وفي رأي آخر أن هذا الحكم مفيد لانه يغني الكفيل عن الحاجة الى فحص صحة التنازل . فهذا الحكم لا يحاول على سبيل المثال ، توحيد القوانين الوطنية المتباينة بشأن التنازل ، بل يقتصر بالاحرى على معالجة أثر التنازل المعروف لدى الكفيل بالنص على ضرورة السداد الى المتنازل له وعلى أن هذا الدفع يبرئ ذمة الكفيل من التزامه ازاء المستفيد . واقترح استبقاء الجملة الثانية مع الغاء أداة النفي "لا" وأداة الحصر "إلا" وإضافة عبارة جديدة تفيد بأن هذا الحكم يسري رهنا بالاحكام المتعلقة بالمعاوضة في المادة ٢٠ .

١١٨ - وذهب رأي آخر الى أن الواقع أكثر تعقيدا مما يوحي به مشروع الحكم وأن الجملة الثانية ينبغي أن تعاد صياغتها لكي تأخذ في الاعتبار مسائل كمسألة ما هي التزامات الكفيل فيما يتعلق بالدفع عند تسلمه عدة اشعارات بالتنازل تتجاوز المبلغ المشار اليه في خطاب الكفالة . واقترح في هذا الصدد ، لأسباب عملية ، ألا يركز الحكم على التنازل بين المستفيد والمتنازل له ، بل على اقرار من الكفيل يبين الاجراء الذي ينبغي اتخاذه عند طلب السداد .

١١٩ - وبعد المناقشة ، طلب الفريق العامل من الامانة العامة اعداد مشروع احكام تعكس الآراء المشار اليها أعلاه لكي ينظر فيها في دورة لاحقة .

المادة ١٠ - انتهاء نفاذ مفعول خطاب الكفالة

١٢٠ - كان نص مشروع العادة ، بصيغته التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"ينتهي مفعول خطاب الكفالة ، بصرف النظر عن إعادة [المك] [أي مستند يجسده] الى الكفيل [٢] ، عندما :

(أ) يتلقى الكفيل من المستفيد بيانا باعفائه من المسؤولية [بأي شكل من الاشكال المشار اليها في الفقرة (١) من المادة ٧] ؛

(ب) يتفق المستفيد والكفيل على انتهاء خطاب الكفالة ؛

(ج) يسدد الكفيل المبلغ الاقصى المبين في خطاب الكفالة أو الرصيد المتبقي منه ، اذا كان المبلغ قد خفض وفقا لحكم صريح في خطاب الكفالة [بشأن تخفيض المبلغ

بمقدار معين أو قابل للتحديد في موعد معين ، أو عندما تقدم الى الكفيل وثيقة معينة لهذا الغرض في خطاب الكفالة] :

أو

(د) تنقضي فترة صلاحية خطاب الكفالة وفقا لاحكام المادة ١١ .

الفقرة الاستهلاكية

١٢١ - كان هناك تأييد عام لاستبقاء القاعدة الواردة في العبارة الاستهلاكية بأن عدم اعادة مك الكفالة لا صلة له بانتهاء مفعول خطاب الكفالة . وقد اعتبرت القاعدة مفيدة لانه لا يزال هناك عدد محدود من النظم القضائية التي يعتبر فيها تاريخ الانقضاء المبين في الكفالة مؤشرا فحسب الى الوقت المتوقع لإنجاز المعاملة الاصلية ، وبالتالي الى المدة المتوقعة للكفالة ، لا الى الحد الزمني الذي يمكن عنده قطعاً اعتبار الكفالة فاقدة المفعول . وأشار أيضا الى أن بعض النظم القضائية ، تميز بين تاريخ انقضاء الكفالة ، الذي يتعين أن يقع قبله التقصير الذي تغطيه الكفالة لكي يكون طلب السداد نظاميا ، وفترة التقادم التي ينص عليها القانون المعمول به بشأن تقديم طلب سداد بمقتضى الكفالة .

١٢٢ - وأعرب عن عدد من الاقتراحات والآراء بشأن الصياغة الدقيقة لتلك القاعدة . وارتأى واحد من الاقتراحات انه ينبغي أن تصاغ القاعدة على غرار مشروع المادة ٢٤ من القواعد الموحدة لكفالات الطلب ، وأن توضع في حكم مستقل ، توخيا لإبرازها . وذهب اقتراح آخر الى أن هذه المسألة قد تكون محصورة في انقضاء خطاب الكفالة ، ومن ثم تجدر معالجتها في المادة ١١ . وأعرب عن آراء متخالفة بشأن ما اذا كان ينبغي ، في سياق اعادة خطاب الكفالة ، الإشارة الى اعادة "المك" أو "أي مستند يجسد" خطاب الكفالة . كما أعرب عن رأي مفاده أن أحكام القانون الموحد ، وخصوصا هذا الحكم ، ينبغي أن تبين بوضوح ما اذا كانت ذات طابع الزامي أم غير الزامي . وفيما يتعلق بهذه الملاحظة الاخيرة ، رئي بصفة عامة أنه ينبغي أن يسمح للطراف أن يغيروا بالاتفاق القاعدة المتعلقة بالآثار الناجم عن عدم اعادة المك .

١٢٣ - ولدى مناقشة القاعدة المتعلقة باعادة المك ، أشير الى الاخطار المرتبطة بوجود صكوك انتهى مفعولها . وأعرب عن القلق خصوصا من أن تلك الصكوك ، اذ تعطي الانطباع بأنها لا تزال تمثل حقا في طلب السداد ، يمكن أن تستخدم في أغراض تدليسية . ولدرء مثل هذا الخطر اقترح أن يقضي القانون الموحد ، على نحو مستقل كليا عن مسألة سبب انتهاء المفعول ، باعادة مك الكفالة المنتهية المفعول من جانب الشخص الذي تكون في حوزته . وأبدت تحفظات على ذلك الاقتراح ، لانه حالما تقع

الحوادث المحددة في الفقرات الفرعية (أ) أو (ب) أو (ج) أو (د) ، ينتفي أي التزام بالسداد بموجب خطاب الكفالة . كما أن إدراج مثل هذا الشرط لن يكون متسقا مع القاعدة القائلة بأن عدم إعادة خطاب الكفالة ليس أمرا ذا شأن ، لأن هذا الإدراج من شأنه أن يضيء المصدقية على الفكرة القائلة بأن التبعات القانونية انما ترتبط في الواقع بعدم إعادة الصك . وأعرب أيضا عن القلق من أن هذا الشرط من شأنه أن يؤدي الى تشكك بشأن التبعات القانونية المترتبة على عدم إعادة الصك . وتجاوبا مع هذا القلق الأخير ، رئي أن عدم إعادة الصك من شأنه أن يؤدي ، بموجب قانون العقود العام ، الى جعل الطرف الذي يحوزه مسؤولا عن الأضرار الناجمة عن عدم إعادة الصك .

١٢٤ - وفيما يتعلق ببقية العبارات الواردة في الفاتحة ، طرح سؤال عن المعنى الدقيق لعبارة "ينتهي مفعول" . وذهب اقترح في هذا المنحى نفسه الى أن ضرورة توخي حرص خاص لضمان تعارض التعابير المستخدمة في المادة ١٠ مع مثيلاتها في المادة ٧ .

الفقرتان الفرعيتان (أ) و (ب)

١٢٥ - اتفق الفريق العامل على استبقاء الفقرة الفرعية (أ) بصيغتها الحالية ، بما في ذلك الإشارة الى المقتضيات الشكلية بشأن بيان ابراء الذمة . ولوحظ أن الصياغة الحالية للفقرة الفرعية (ب) ، وكذلك الفقرة الفرعية (أ) ، لا تأخذ في الحسبان أنه ، خصوصا في حالة خطابات الاعتماد الضامنة القابلة للتحويل ، قد يكون هناك أكثر من مستفيد واحد خلال مدة سريان خطاب الكفالة نتيجة للتحويلات المتعاقبة ، كما أن وجود أكثر من مستفيد واحد في نفس الوقت يمكن أن ينجم عن خطاب اعتماد ضامن ينص على تجزئة الدفع بين مستفيدين أو أكثر . واقترح استخدام تعبير مثل "المستفيد الحالي" ، لكي تؤخذ في الحسبان امكانية وجود مستفيدين متعددين . واقترح أيضا معالجة هذه المشكلة بقاعدة تفسيرية تقترن بالأحكام المتعلقة بالتحويل .

١٢٦ - وأثير تساؤل عما اذا كان ينبغي أن تكون الفقرة الفرعية (ب) أكثر دقة من حيث شكل اتفاق الانهاء بين المستفيد والكفيل ، بادراج اشارة الى المقتضيات الشكلية من النوع نفسه الوارد في الفقرة الفرعية (أ) . وتأيدا لاضافة عبارة من هذا النحو ، ذكر أن الكفيل يجب أن يتلقى طلب الانهاء كتابة ، وخصوصا عندما يكون من شأن الانهاء أن يؤدي ، كما هي الحال في كثير من الاحيان ، الى نقصان مصلحة الكفيل التأمينية في موجودات الأصيل . وتأيدا للنص الحالي ، قيل ان هناك مزية في أن تكون المقتضيات الشكلية لانهاء خطاب الكفالة أقل منها في حالة انشائه . وعلى سبيل المثال ، يمكن للأطراف بموجب النص الحالي ، الاتفاق شفويا على انهاء خطاب الكفالة باعادة الصك ، دون شكليات اضافية . وبعد المداولة ، قرر الفريق العامل أن يضيف مؤقتا اشارة الى المقتضيات الشكلية على غرار الإشارة الواردة في الفقرة الفرعية (أ) ، وأن يعيد النظر في هذه المسألة في مرحلة لاحقة .

الفقرة الفرعية (ج)

١٢٧ - وافق الفريق العامل على المنطلق الاساسي للفقرة الفرعية (ج) ، وخصوصا في أن انتهاء مفعول خطاب الكفالة ينبغي أن يتأتى عندما يدفع الكفيل المبلغ المتاح بموجب خطاب الكفالة . وفي الوقت نفسه كان هناك تأييد واسع النطاق للرأي القائل بأن الفقرة الفرعية (ج) تحتاج الى صقل أو إحكام . ويستند هذا الرأي الى الفكرة المتمثلة في أن مجرد الاشارة الى قيام الكفيل بسداد "المبلغ الأقصى المبين في خطاب الكفالة" ليس كافيا اذ لا يأخذ في الحسبان أي دفعة جزئية سابقة ولا السمات الخاصة لبعض أنواع المعاملات ، وخصوصا بعض أنواع معاملات خطابات الاعتماد الضامنة ، مما يسبب شذوذا عن المألوف في تلك المعاملات . ففي حالة خطاب الاعتماد الضامن الذي لا يرتئي سحوبا جزئية ، مثلا ، اذا كان السحب الوحيد المسموح به للمستفيد أقل من المبلغ الأقصى ، فان الفقرة الفرعية (ج) لن تفيد في إنهاء مفعول الخطاب .

١٢٨ - ورئي ، لأسباب مماثلة ، أن الصياغة الحالية للفقرة (ج) ليست قادرة على معالجة خطابات الاعتماد الضامنة التي تعمل تناوبيا . اذ ان هذه "الاعتمادات المتناوبة" ، التي تستند الى الممارسة المتبعة في الاعتمادات التجارية ، تنص ، في اطار الاعتماد نفسه ، على سلسلة من الفترات التي يسمح فيها بسحب مبالغ لا تتجاوز حدا معيناً ، مع تحديد مبلغ اجمالي أقصى . والاساس المنطقي لهذه الممارسة هو توفير تغطية لسلسلة من المعاملات دون حاجة الى تكرار اصدار خطابات اعتماد ضامنة كل مرة . وتختلف تلك الترتيبات من حيث ما اذا كان يمكن ترحيل قدرة السحب غير المستخدمة من فترة فرعية الى فترة فرعية تالية ، أو اذا كان المبلغ الاجمالي للاعتماد ، في مثل هذه الحالات ، سيخضع بمقدار المبلغ غير المستخدم . وأشار أيضا الى أن الفقرة تحتاج الى قدر من إحكام الصياغة لكي تؤخذ في الحسبان الممارسة التي يتبعها بعض المصدرين ، عندما يكون المبلغ المتاح في خطاب الاعتماد الضامن قد تدنى بالسحب ، حيث يلجأون الى تعديل الاعتماد لزيادة ذلك المبلغ . ويقصد بهذه الممارسة ، كما في حالة الاعتمادات المتناوبة تجنب اصدار اعتمادات متكررة .

١٢٩ - وقدم عدد من الاقتراحات ذات الطابع الصياغي بقصد معالجة المشاكل المذكورة أعلاه . فذهب واحد من الاقتراحات الى الاشارة الى خطاب الكفالة بأنه غير "مجدد أو متجدد" أو بادراج أي عبارة معينة أخرى لتغطية انتهاء المفعول في حالات خاصة مثل الاعتمادات المتناوبة . وارتأى اقتراح آخر حذف كلمة "الأقصى" . وذهب اقتراح ثالث الى الاشارة فحسب الى سداد المبلغ الأقصى "المتاح" في خطاب الكفالة . وارتأى اقتراح رابع الاشارة الى انتهاء المفعول عندما "يسدد المبلغ المنصوص عليه" .

١٣٠ - وفيما يتعلق بالاشارة الواردة في الفقرة الفرعية (ج) الى حكم ، في خطاب الكفالة بشأن تخفيض المبلغ ، أعرب عن رأي مؤداه أن القانون الموحد ينبغي أن

يقدم ، في المادة ٢ أو ربما في المادة ١٠ ، حكما أدق احكاما بشأن تخفيض مبلغ خطاب الكفالة . وذكر أن البنود المتعلقة بالتخفيض كثيرا ما تتسم بعدم كفاية درجة التفصيل أو الوضوح ، ومن ثم فإنها تدع مجالا لنشوء عدد كبير من النزاعات . ولكن هذا الرأي لقي تأييدا محدودا بسبب ضالة احتمال نشوء هذه المشكلة في اطار القانون الموحد ، لأن البنود الخاصة بآليات التخفيض في الصكوك التي تندرج ضمن نطاق القانون الموحد من شأنها أن تعمل على أساس مستندي ، ومن ثم فلا ضرورة الى أي عبارات اضافية في القانون الموحد . وابدئ اعتراض آخر على ادراج تفاصيل اضافية بشأن البنود المتعلقة بالتخفيض مثاره صعوبة اسناد التبعات القانونية الناشئة عن عدم الامتثال للمقتضيات التي سيرد بيانها في القانون الموحد فيما يتعلق بآليات التخفيض . وتجاوبا مع هذا الاعتراض ، ذكر أنه يمكن للقانون الموحد أن ينص ، في حالات عدم الامتثال ، على تجريد حكم التخفيض من مفعوله وعلى تسويغ قيام الكفيل بدفع كامل المبلغ .

١٣١ - وأعرب عن رأي مؤداه أن تشير الفقرة الفرعية (ج) الى دفع المبلغ بعملة معينة ، بالنظر الى المخاطر الناشئة عن تقلبات أسعار الصرف .

١٣٢ - وبعد المداولة ، تقرر أن يطلب الى الامانة اعادة النظر في الصياغة الدقيقة للفقرة الفرعية (ج) بما يجسد مداولات الفريق العامل .

الفقرة الفرعية (د)

١٣٣ - اعتمد الفريق العامل الفقرة الفرعية (د) دون تغيير .

المادة ١١ - الانقضاء

١٣٤ - كان نص مشروع المادة ١١ بصيغتها التي نظر فيها الفريق العامل كما يلي :

"(١) تنقضي فترة صلاحية خطاب الكفالة :

(أ) في تاريخ الانقضاء ، الذي قد يكون تاريخا تقويميا معينا أو اليوم الاخير من فترة زمنية محددة منصوص عليها في خطاب الكفالة] :

(ب) اذا كان الانقضاء ، وفقا لخطاب الكفالة ، يعتمد على وقوع حدث ما ، عندما يتلقى الكفيل تأكيدا بوقوع الحدث بتقديم المستند المعين لذلك الغرض في خطاب الكفالة [أو ، في حال عدم تعيين ذلك المستند ، بتقديم بيان من المستفيد أو دليل قاطع على وقوع الحدث] .

(٢) اذا كان خطاب الكفالة لا يبين تاريخا للانقضاء ولا حدثا مسببا للانقضاء ، أو اذا لم يتم بعد اثبات حدث الانقضاء المبين ، تنقضي فترة الصلاحية بعد [خمس] سنوات من انشاء خطاب الكفالة ، ما لم يتفق الطرفان على تمديد فترة الصلاحية ."

الفقرة (١)

الفقرة الفرعية (أ)

١٣٥ - أعرب عن تأييد واسع النطاق من أجل استبقاء مشروع الفقرة الفرعية ، بما في ذلك النص الموجود بين معقفتين .

١٣٦ - أعرب عن شعور بالقلق ازاء الحالة عندما يحمل خطاب كفالة الكفالة نفس تاريخ الانقضاء مثل خطاب الكفالة الصادر من المستفيد من خطاب كفالة الكفالة . وفي حين قد يؤدي الاعتراف بالطابع المستقل للتعهدين في العادة الى استنتاج مفاده أن ليس بالامكان أن توجد صلة بين فترتي الصلاحية للوثيقتين ، فقد أشير الى أن الصعوبات التي يحتمل أن تنشأ من الناحية العملية قد تستلزم وجود قاعدة محددة . وحيث أن هناك طلبا بالدفع قدم بموجب خطاب الكفالة في اليوم الأخير من فترة الصلاحية لخطاب الكفالة ، فقد يستحيل على الكفيل ، في معظم الحالات ، أن يقدم طلبا الى كفيل الكفيل قبل أن ينقضي تاريخ خطاب كفالة الكفالة .

١٣٧ - وأعرب عن رأي مفاده أنه في هذه الحالة تتاح للكفيل امكانية التقدم بطلب مشروط بالدفع بمقتضى خطاب كفالة الكفالة في اليوم الأخير من صلاحية خطاب الكفالة . وقد قوبل هذا الرأي بالاعتراض على أساس أن مثل هذا الطلب المشروط أو الطلب الوقائي ، في بعض الاختصاصات القضائية ، قد يعتبر لا أساس له أو نوعا من اساءة الاستعمال . وكان هناك نوع من التأييد للاقتراح الرامي الى أن ينص القانون الموحد على تمديد محدود لفترة الصلاحية لخطاب كفالة الكفالة الى ما يتجاوز انقضاء فترة صلاحية خطاب الكفالة ؛ وهذا التمديد المشار اليه كفترة سماح ، ينبغي أن يتحدد بفترة يومين أو ثلاثة أيام قد تكون ضرورية للكفيل بأن يقدم طلبه الى كفيل الكفيل .

١٣٨ - أما الرأي المعارض فيتمثل في أن الحالة التي توجد فيها وثيقتان تحملان نفس تاريخ الانقضاء ستكون نتيجة خطأ أو صياغة تتسم بالاهمال ، وأن هذا لن يبرر وجود استثناء لمبدأ استقلالية التعهدات . وبعد المناقشة ، اتفق الفريق العامل على عدم وضع استثناء للطابع المستقل لخطاب الكفالة .

١٣٩ - أما فيما يتعلق بالمناقشة سالفه الذكر ، قرر الفريق العامل وجوب ادراج

تعريف لخطاب كفالة الكفالة في القانون الموحد ليوضح أن خطاب كفالة الكفالة هو مستقل مثل أي خطاب كفالة آخر وأنه لا يجب الخلط بينه وبين أي التزام ضمني قد ينشأ من اتفاق بين المصارف خاص بالتعويض أو استرداد المبالغ المدفوعة .

١٤٠ - وقدم اقتراح بادراج نص في المادة ١١ مفاده أن فترة صلاحية خطاب الكفالة اذا كانت تنقضي يوم الاجازة الرسمية ، فان فترة الصلاحية تمدد الى يوم العمل التالي . وقد طلب الى الامانة بأن تعد مشروع نص ينفذ هذا الاقتراح من أجل النظر فيه في دورة لاحقة .

الفقرة الفرعية (ب)

١٤١ - ولوحظ ، في الفقرتين الفرعيتين (أ) و (ب) ، أن الانقضاء عن طريق مرور الوقت والانقضاء بوقوع حدث جرى عرضهما بشكل صارم كأنهما بديلان . ومع ذلك فقد جرى التوضيح بأنه من الناحية العملية غالباً ما يستخدم منهج موحد مفاده أن خطاب الكفالة يتضمن تاريخ انقضاء ، بيد أنه ينص في الوقت نفسه على انقضاء قبل هذا التاريخ عند وقوع حدث معين . وبغية افراح المجال لهذه الممارسة ، اقترح أن يعكس القانون الموحد امكانية الجمع بين المنهجين الواردين في الفقرتين الفرعيتين (أ) و (ب) .

١٤٢ - وأعرب عن رأي مفاده أن الفكرة التي تجسدها الفقرة الفرعية (ب) بشأن انقضاء خطاب الكفالة عند وقوع حدث هي فكرة غير ملائمة . ووفقاً لهذا الرأي ، فان فكرة انقضاء الكفالة تتمثل اتصالاً صحيحاً بمرور الوقت أكثر من اتصالها بوقوع حدث . وقيل ان المكان المناسب لمعالجة المسائل المطروحة في الفقرة الفرعية (ب) هو بوضعها في الفقرة الفرعية (أ) أو (ب) من المادة ١٠ ، التي تناولت انتهاء نفاذ مفعول خطاب الكفالة . وعلى سبيل المثال ، اقترح أن بالامكان اعتبار بيان المستفيد المشار اليه في الفقرة الفرعية (ب) أنه يقع في اطار فئة الاعفاء من المسؤولية من قبل المستفيد على النحو المنصوص عليه في المادة ١٠ (أ) . وعلى نفس المنوال ، أشير الى أنه من غير الضروري الاشارة الواردة في الفقرة الفرعية (ب) الى وقوع حدث ، باستثناء ما ينشأ عن خطر ظروف عدم التوثيق ، يعتبر وقوع الحدث في أي صك مستندي ليس هو بالامر الهام ولكن الامر الهام هو تقديم المستند . وردا على هذه النقطة الاخيرة أشير الى أن خطاب الكفالة المستندية سوف يشير مع ذلك الى وقوع حدث ولو كان وقوعه مبيناً في مستند بدليل قاطع .

١٤٣ - وقد أثيرت نفس المسائل أثناء المناقشة حول الاحتفاظ بالنص الموجود بين معقفتين ، وهو ما أوضح أن وقوع الحدث المسبب للانقضاء ، عندما لا يحدد خطاب الكفالة المستند الواجب تقديمه ، يمكن بيانه بدليل إما عن طريق بيان من المستفيد أو بدليل قاطع آخر . وعلى وجه الخصوص أشير الى أن استبقاء الصياغة المعنية ، التي أثار

طيفا من الشروط غير المستندية ، انما يتعارض مع القرار المتخذ بأن يركز القانون الموحد دائرة اهتمامه على الوثائق التي تحمل شروطا مستندية . وأعرب عن رأي مفاده انه اذا ما احتفظ بالصياغة القائمة ، فانه يتعين على وجه التحديد استبعاد انطباقها على بيانات الاعتماد الضامنة .

١٤٤ - وأعرب عن تأييد للاحتفاظ بالصياغة المعنية على أساس أن الممارسة تبين درجة هامة من الاستعمال ، في الكفالات وكذلك في بيانات الاعتماد الضامنة ، وبنصوص أحكام الحدث الموجب للانقضاء التي لا تحدد تقديم مستند بعينه . واقتراح أيضا انه ازاء تلك الممارسة ، فان عدم الاعتراف بمثل هذه الاحكام في القانون الموحد سوف يوجد بليلة بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على عدد كبير من الصكوك . وأشار كذلك الى أن الاعتراف بمثل هذه الممارسة لن يكون متضاربا مع دائرة الاهتمام في القانون الموحد بالتعهدات المستندية ذلك لأن الشروط غير المستندية المتعلقة بالانقضاء يمكن تمييزها من الشروط غير المستندية المتعلقة بالدفع . وهذا التمييز يلقي تأييدا عاما شاملا بيد أنه كما اتضح من وجود شرط غير مستندي يتعلق بالانقضاء قد يضطر الكفيل الى اجراء نوع من التحري .

١٤٥ - وعُرض عدد من النقاط كما أعرب عن آراء مختلفة بصدد القول بأنه يمكن للكفيل ، في حال عدم تعيين المستند ، أن يعتمد على بيان المستفيد أو دليل قاطع آخر يثبت وقوع حدث الانقضاء . وحيث أنه يمكن افتراض أن اصدار بيان من هذا القبيل لن يكون في مصلحة المستفيد ، فقد ذكر أن الإشارة الى بيان المستفيد ضئيلة القيمة . وأشار أيضا الى أن توكيل المستفيد بمهمة اتخاذ قرار بشأن انقضاء صلاحية خطاب الكفالة على هذا النحو من شأنه أن يثير امكانية أن يقدم مستفيد دعوى مزورة يطالب فيها بالدفع ، بدلا من اصدار بيان بعد وقوع حدث الانقضاء . وذكر ردا على تلك الملاحظات أنه بالنظر الى أن انقضاء صلاحية خطاب الكفالة ليس بالقطع في مصلحة المستفيد ، يمكن اعتبار بيان المستفيد أكبر دليل يمكن الركون اليه يثبت وقوع حدث الانقضاء .

١٤٦ - وأشار أيضا الى استخدام الكفالات في الممارسة العملية التي تقضي بأن يقدم الاصيل الدليل المثبت لوقوع حدث الانقضاء . وأحيط الفريق العامل علما بأنه يندر أن تسبب هذه الكفالات أية مصاعب ، لا لسبب سوى أن الاصيل لا يكون في العادة في وضع يسمح له بتقديم الدليل المثبت لوقوع الحدث (من ذلك مثلا اتمام التشييد) قبل تاريخ الانقضاء المحدد في الكفالة . وذكر أن الفقرة الفرعية (ب) ، وبوجه خاص عن طريق اشارتها الى "دليل قاطع آخر" ، تفتح الباب لأن يقدم الاصيل دليلا يثبت وقوع حدث الانقضاء . ولكن أبدي تشكك في منح الاصيل الحق في اثارة انقضاء صلاحية خطاب الكفالة على هذا النحو بحجة أنه يقلل من قيمة خطاب الكفالة بوصفه تعهدا مستقلا ، على الاقل من وجهة نظر المستفيد .

١٤٧ - ثم لاحظ الفريق العامل أنه لم يقصد بعبارة "دليل قاطع" الإشارة الى شروط تتضمن عبارات مماثلة استخدمت في بعض السياقات لتعيين المستندات التي يتفق الاطراف على أنها اثبات كاف لوقوع حدث ما . وفيما يتعلق بما اذا كان استخدام تلك العبارة مناسباً ، أعرب عن الرأي بأنها غير مقبولة بدعوى انها قد تنم عن أن الدور الصحيح لمصدر خطاب الكفالة يتجاوز مجرد فحص المستندات للتحقق من الامتثال الشكلي . ومع ذلك ، فقد أبدى تأييد لاستبقاء الإشارة الى الدليل القاطع الآخر الامر الذي يرضي الكفيل على أساس أنها تكفل درجة من الحماية للأصيل .

١٤٨ - وبعد التداول ، قرر الفريق العامل ، الى حين اجراء استعراض آخر ، استبقاء الفقرة الفرعية (ب) بشكلها الحالي ، بما في ذلك الاحتفاظ بين معقتين بالإشارة الى الاحكام غير المستندية بشأن أحداث الانقضاء .

الفقرة ٢

١٤٩ - وساد اتفاق عام في الآراء بشأن الافتراض الاساسي للفقرة (٢) أي أنه ينبغي للقانون الموحد أن ينص على فترة قصوى لصلاحيه خطابات الكفالة التي لا تحدد تاريخاً للانقضاء ، وخصوصاً بالنظر الى أنه رئي أن وجود قاعدة بشأن هذه المسألة يعتبر ضرورياً لكفالة اليقين القانوني . ولم تبد أي اعتراضات على تحديد تلك الفترة بخمس سنوات .

١٥٠ - وأبدت عدة ملاحظات بصدد الصياغة الدقيقة للقاعدة . وكان مؤدى إحدى الملاحظات أن من الضروري عدم وضع القاعدة كما لو كانت فترة تقادم ، إذ أن ذلك قد يحول دون التخلي قبل انقضاء فترة خمس سنوات . وكان مؤدى ملاحظة أخرى أن الإشارة الى تمديد فترة الصلاحية باتفاق الطرفين ينبغي أن تعدل بحيث تتسق مع النص الذي يتفق عليه في النهاية لتعديل خطاب الكفالة ، وبوجه خاص في إطار المادة ٨ (٢) . وذهبت ملاحظة أخرى الى أن الفقرة (٢) بإشارتها الى وقوع حدث انقضاء ، تشير نفس المسألة المتعلقة بالشروط غير المستندية التي تناولتها المناقشة بشأن الفقرة ١ (ب) .

١٥١ - ولفت انتباه الفريق العامل الى وجود حالات قصدت فيها الاطراف أن تكون الكفالة غير محددة المدة والى أنه أحياناً ما تستخدم مثل هذه الترتيبات استجابة لمقتضيات إدارية مثلاً عندما يكون المستفيد دولة تشترك في صفقة غير محددة المدة . وأشار أيضاً الى صكوك تحتوي على أحكام "دائمة التجدد" التي تنص على التمديد المتكرر والتلقائي لفترة الصلاحية لعدد غير مسمى من المرات عند انقضائها ، مع امكانية إنهاء الصلاحية لدى ارسال اخطار بذلك . لكنه جرى التمييز بين هذه الصكوك والكفالات التي لا تحتوي على أي حكم بانقضاء الصلاحية أو التي تشير صراحة الى صلاحية الكفالة الى أجل غير مسمى .

١٥٢ - وأبدي تأييد للرأي القائل بأن هناك حاجة الى اضافة قدر من المرونة على الصياغة الحالية لكي تستوعب حالات تقصد فيها الاطراف تحديد فترة صلاحية الى أجل غير مسمى . ولاحظ الفريق العامل وجود نهج شتى في النظم القانونية فيما يتعلق بمسألة المدة غير المحددة للكفالة ، بينما تسمح بعض النظم القانونية بالصلاحية الى أجل غير مسمى على أساس عدم اشارة الكفالة الى مسألة الانقضاء ، وتقتضي غيرها من النظم القانونية ورود شرط صريح في الكفالة فيما يتعلق بالصلاحية الى أجل غير مسمى ؛ وذكر أنه ينبغي وضع استثناء يتعلق بخطابات الاعتماد الضامنة ، في حال اتباع أي من هذه المناهج . وتم التوصل الى توافق في الآراء بضرورة اتباع القانون الموحد للنهج الاخير أي أن يطبق الأجل الزمني ومداه خمس سنوات الوارد في الفقرة (٢) ، ما لم ينص على خلاف ذلك في خطاب الكفالة . ولوحظ ، في الوقت ذاته ، أن الافتراض بأنه لا يمكن لأي طرف الالتزام الى أجل غير مسمى دون امكانية التخلي هو افتراض مسلم به عالميا وأنه لا ينبغي النظر الى تعديل الفقرة (٢) بأنه يطنى على ذلك المبدأ الاساسي .

الفصل الرابع - الحقوق والالتزامات والدفع

المادة ١٢ - تحديد الحقوق والالتزامات

١٥٣ - كان نص مشروع المادة ١٢ بصيغته التي نظر فيها الفريق العامل كما يلي :

"رهنًا بأحكام هذا القانون ، تحدد حقوق والتزامات الاطراف بموجب الاحكام [والشروط] المبينة في خطاب الكفالة ، بما في ذلك أي قواعد أو شروط [عامة] أو أعراف مشار اليها فيه ."

١٥٤ - لاحظ الفريق العامل أن كلمة "عامة" أضيفت الى النص المعتمد في الدورة الرابعة عشرة (A/CN.9/342 ، الفقرة ٤٨) من أجل التمييز على نحو أوضح بين الشروط الواردة في خطاب الكفالة على سبيل الاحالة المرجعية والشروط الفردية المبينة في خطاب الكفالة ، المشار اليها سابقا في نص هذه المادة .

١٥٥ - وأبدت خشية من أنه قد يجري تفسير الكلمات الاستهلاكية ، على الأقل في النص الفرنسي ، بأنها تضيي طابعا الزاميا لاحكام القانون الموحد . وردا على ذلك ، قيل إن الكلمات الاستهلاكية لا يقصد بها اتخاذ موقف بشأن الطابع الالزامي لاحكام القانون الموحد . كما ان صيغة النص الانكليزي استخدمت في صكوك دولية سابقة وجرى تفسيرها ، في حالة تضمين القانون الموحد احكاما الزامية الطابع تتعارض مع شروط الاتفاق الفردي ، بأن ما تعنيه هو أن هذه الاحكام الالزامية لا تنطبق على الرغم من شروط الاتفاق المخالفة لها . وبالمثل ، تنطبق الاحكام التكميلية للقانون الموحد في حالة انتفاء وجود اتفاق بين الاطراف بشأن المسائل التي تنظمها هذه الاحكام . وتم الاتفاق على أنه ينبغي اعادة النظر في النص ، بمختلف صيغه اللغوية ، تفاديا لسوء التفسير .

١٥٦ - وفيما يتعلق بالعرف التجاري من حيث مدى تنظيمه للحقوق والالتزامات بموجب خطاب الكفالة ، لاحظ الفريق العامل أن المشروع الراهن لا يشير إلا الى الاعراف الواردة في نص خطاب الكفالة . وأبدي رأي مفاده أن القواعد والاعراف الشائعة في الممارسة التجارية الدولية ينبغي أيضا تطبيقها على خطاب الكفالة من خلال المادة ١٢ ، طالما أنها لا تتعارض مع الاحكام الالزامية للقانون الموحد ، حتى ولو كانت غير مشار اليها في خطاب الكفالة .

١٥٧ - وأشار الفريق العامل الى أن أهمية الاعراف الدولية التي نوقشت في الدورة الرابعة عشرة على أساس البديل التالي للصيغة التي كانت تشكل عندئذ المادة ٦ (١) :

"رهنا بأحكام هذا القانون [وأحكام أي قانون سار آخر] ، تحدد حقوق الاطراف والتزاماتهم على أساس الاحكام والشروط التي ينص عليها خطاب الكفالة ، بما في ذلك أية قواعد أو شروط أو أعراف يشار اليها فيه [، وما لم ينص على غير ذلك ، أي عرف دولي يعرفه الاطراف أو ينبغي لهم أن يعرفوه ، ويكون معروفا على نطاق واسع أو يراعى بانتظام من قبل الاطراف في معاملات الكفالة أو الائتمان] ."

١٥٨ - وفي الدورة الرابعة عشرة ، أعرب عن وجهات نظر مختلفة بشأن الإشارة الى العرف الدولي الواردة بين أقواس في نهاية الفقرة (١) . وتمثل أحد الآراء في استبقاء هذا النص لانه قد ينطوي على الولايات القضائية التي تعطي فعالية للاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية أو مصطلحات الغرفة التجارية الدولية ، حتى وان لم يشر اليها في خطاب الكفالة ، ولأن الاعراف الدولية ذات الصلة توفر مصدرا مفيدا أو حتى ضروريا لتحديد حقوق والتزامات الاطراف ولتفسير أحكام وشروط خطاب الكفالة . إلا أن الرأي السائد تمثل في عدم استبقاء الإشارة الى الاعراف الدولية لانها تخلق تشككا ويمكن أن تشكل شركا تقع فيه الاطراف غير الحذرة (A/CN.9/342 ، الفقرة ٤٧) .

١٥٩ - واستأنف الفريق العامل مناقشته لهذه المسألة . وأعرب أنصار وجهات النظر المختلفة عن الأسباب التالية ، بالإضافة الى الأسباب التي أعرب عنها في الدورة الرابعة عشرة . فدعما لطلب الإشارة في خطاب الكفالة ، قيل إن العرف والممارسة يفقدان أهميتهما بعد سن قانون يقوم هو ذاته على العرف أو الممارسة السائدة . وعلاوة على ذلك ، يبدو أن ليس هناك ما يبرر فرض قواعد العرف أو الممارسة على أطراف لم يمارسوا خيار الإشارة في خطاب الكفالة الى أية قواعد تتعلق بالعرف أو الممارسة .

١٦٠ - ودعما لعدم طلب الإشارة في خطاب الكفالة ، قيل انه لن ينتج أي تشكك عن ذلك لأن العرف الدولي الوحيد ذا الصلة في مجال الكفالات المصرفية وخطابات الاعتماد الضامنة هو القواعد الموحدة لكفالات الطلب والاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات

المستندية التي تجسد على نطاق واسع الممارسات المعروفة والمقبولة . يضاف الى ذلك أن الإشارة في القانون الموحد الى التطبيق العام للعرف الدولي لن تؤدي الا الى تثبيت قانون الدعاوى في بعض الولايات القضائية ، فيما توفر للمحاكم في ولايات قضائية أخرى ما يلزم من ارشاد لمعالجة الحالات التي ينبغي ايجاد حلول لها خارج نطاق الشروط الواردة في خطاب الكفالة وأحكام القانون الموحد . لذلك من شأن الإشارة الى العرف الدولي أن توفر التوحيد والتيقن .

١٦١ - وأبدي رأي وسيط مفاده أن الاعراف التي لا يشير اليها خطاب الكفالة يمكن تطبيقها على تفسير شروط وأحكام خطاب الكفالة .

١٦٢ - وبالإشارة الى الممارسات المتعلقة بخطاب الكفالة الدولية ، قيل إن عدد الأطراف المشتركين قد يكون كبيرا وأنهم قد يقيمون في بلدان مختلفة ويرجعون الى ممارسات محلية مختلفة ، وذلك مثلا فيما يتعلق بوقت الدفع وطرائق الدفع أو الاساليب التي يستخدمها الكفيل في تقرير ما اذا كان طلب الدفع صحيحا أو غير صحيح . وقيل إن الإشارة الى الممارسة تنطوي ضمنا على قدر من عدم التيقن وأن الممارسات ذات الصلة لن تكون في أية حال سهلة الاثبات . وبهذا الصدد أبدي اقتراح يدعو الى النص في مشروع المادة على أن العرف الدولي ينبغي بيانه "صراحة" في خطاب الكفالة ، بمعنى أن العرف ينبغي تحديده . وأضيف الى ذلك أن الالتزام ببيان العرف صراحة لا يجوز تفسيره بأنه يمنع المحكمة من الإشارة الى أعراف مألوفة جدا ، مثل الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، عندما يخلو خطاب الكفالة نفسه أو القانون الموحد من أي نص يستعان به .

١٦٣ - ثم نظر الفريق العامل في القيمة القانونية للاعراف التي لا يشير اليها خطاب الكفالة ، بالمقارنة مع الأحكام التكميلية للقانون الموحد . وأبدي رأي مفاده أن العرف القابل للتطبيق وغير المشار اليه في خطاب الكفالة ينبغي أن يكون له نفس القيمة القانونية كما لو كان مشارا اليه في خطاب الكفالة ، وبذا يحل محل أي حكم تكميلي في القانون الموحد أو يعلو عليه . وأبدي رأي آخر مفاده أن أي عرف قابل للتطبيق وغير مشار اليه في خطاب الكفالة ينبغي منحه قيمة أدنى من قيمة أي عرف موحد القواعد ، بحيث يشكل مجرد تنمة للقواعد التكميلية للقانون الموحد .

١٦٤ - وبعد المداولة ، طلب الفريق العامل الى الامانة العامة أن تضيف الى المسادة ١٢ صيغة بديلة بين معقوفتين مع مراعاة وجهات النظر الواردة أعلاه بشأن أهمية الاعراف الدولية غير المشار اليها في خطاب الكفالة وقيمتها القانونية ، وذلك لكي ينظر فيها في دورة مقبلة .

المادة ١٣ - مسؤولية الكفيل

١٦٥ - كان نص المادة ١٣ بصيغتها التي نظر فيها الفريق العامل على النحو التالي :

"[على الكفيل أن يتصرف بحسن نية وأن يتوخى قدرا معقولا من الحرص حسبما تقتضي به أصول حسن التصرف في معاملات الكفالة والاعتماد .] ولا يجوز اعفاء الكفلاء [والأطراف الأمرة] من المسؤولية عن تقصيرهم في التصرف بحسن نية أو عن أي [مسلك يتسم بالاهمال الجسيم] [فعل أو إغفال يرتكب بقصد الاضرار أو بعدم اكتراث مع العلم بما قد يترتب على ذلك من ضرر] ."

الجملة الأولى

١٦٦ - أبدت تعليقات على عدد من مكونات معيار الحرص المنصوص عليه في الجملة الأولى . وفيما يتعلق بالإشارة إلى "حسن النية" ، لوحظ أنه يجب ، في فهم تلك الإشارة ، أن يوضع في الاعتبار التمييز بين الحرية التعاقدية للطرفين في تحديد الأداء المتوقع من الكفيل وتنفيذ الكفيل ذلك الأداء بحسن نية . ورئي أيضا أنه سيكون من الصعب عمليا في بعض الحالات تحديد ما يشكل سلوكا بحسن نية من جانب الكفيل ، وذلك بسبب تعارض المصالح بين الأصل والمستفيد .

١٦٧ - ولوحظ أن واجب ممارسة قدر معقول من الحرص ، المنصوص عليه في الجملة الأولى من المادة ١٣ يمثل انعكاسا لمشروع المادة ١٥ من القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب وأنه يمثل ، من حيث فحص المستندات للتأكد من مطابقتها الظاهرية لشروط الاعتماد المستندي ، انعكاسا للمادة ١٥ من الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية . وطرح سؤال بشأن العلاقة بين ذلك النوع من الواجبات الذي يقتضي ممارسة قدر معقول من الحرص في فحص المستندات ، من ناحية ، ومن الناحية الأخرى ، مفهوم الاعفاء من المسؤولية عن صحة المستندات أو نفاذها القانوني ، كما تنص عليه المادة ١٧ من الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية . ورئي أن وجهة النظر السائدة بشأن هذه المسألة هي أن نطاق فحص المستندات يقتصر على التحقق ، بقدر معقول من الحرص ، من مطابقة المستندات للشروط المستندية المبينة في خطاب الاعتماد .

١٦٨ - وأفيد عن أن الكفلاء لا يكون لهم ، في كثير من الحالات ، بسبب ما للألاء من احتياجات تتعلق بأعمالهم ، خيار سوى أن يدرجوا في الكفالات أحكاما وشروطا ليست من اختيارهم الخاص ، وأنه يلزم وضع ذلك في الاعتبار عند النظر في مفهوم القدر المعقول من الحرص من جانب الكفيل . وأشار أيضا إلى النهج المتباينة المتعلقة بقبول المستندات والدفع بموجبها . فقليل ان خطابات الاعتماد تميل إلى أن تكون أكثر تماثلا في تحديد ما يجب تقديمه من مستندات تحديدا واضحا ، وفي اشتراط الالتزام الدقيق

بالشروط المستندية ، في حين أن ممارسة الكفالات تكون أكثر ميلا الى تحديد محتويات المستندات المطلوبة بطريقة أقل تقييدا لأن أنواع المستندات اللازمة لصكوك معالجة التقصير لم توحّد بعد . وأعرب عن رأي مفاده أنه ينبغي ألا يغيب هذا التمييز عن البال أثناء اعداد القانون الموحد .

١٦٩ - وفيما يتعلق بالإشارة الى "أصول حسن التصرف في معاملات الكفالة والاعتماد" ، أعرب عن رأي مؤداه أن هذه الإشارة مفيدة لأنها تساعد على حصر تركيز معيار القدر المعقول من الحرص في ذات المجال الخاص بالكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة ، كما تساعد في التشجيع على التمويل على الممارسات المصرفية السليمة . غير أنه طرحت أسئلة بشأن معنى هذه الإشارة وضرورتها ، وخصوصا بسبب الخشية من أنها غامضة وربما سببت نفس النوع من عدم اليقين الذي نوقش بصدد الإشارة الواردة في المادة ١٢ الى "الأعراف" . وأشار ، على وجه الخصوص ، الى أن تعريف أصول حسن التصرف في معاملات الكفالة والاعتماد قد يختلف تبعا لنوع الصك المعني وكذلك تبعا للقانون المحلي والممارسة المحلية . واقترح حذف الإشارة الى أصول حسن التصرف في معاملات الكفالة والاعتماد ، حيث أن المحاكم ، حتى في حالة غياب هذه الإشارة ، ستستند الى الممارسة لدى قياسها مدى كفاية سلوك الكفيل . وذهب اقتراح آخر الى أنه سيتحقق مستوى كاف من اليقين الى أشير ، بدلا من ذلك ، الى واجب الكفيل في أن يمارس قدرا معقولا من الحرص "في الوفاء بالتزاماته بموجب خطاب الكفالة" .

الجملة الثانية

١٧٠ - أبديت آراء مختلفة بشأن ما إذا كان ينبغي أن يخول القانون الموحد للكفلاء اعفاء أنفسهم من المسؤولية عن تقصيرهم في التصرف بحسن نية أو في توخي قدر معقول من الحرص . وتمثل أحد الآراء في أن المادة ١٣ ، التي تخول اعفاءات من المسؤولية عن التصرف بحسن نية الذي لا يصل الى مستوى الإهمال الجسيم ، ينبغي تعديلها بحيث لا يسمح بأية اعفاءات بالمرّة . وقيل تأييدا لهذا الرأي أن السماح باعفاءات من المسؤولية عن الإهمال البسيط من شأنه أن يحدث خللا في توازن التزامات الأطراف ويتيح لطرف قوي الفرصة لكي يملأ شروطا لا تكون في صالح طرف آخر ، خاصة عندما يكون أحد الأطراف غير معتاد على ممارسة التجارة الدولية . وأشار بوجه خاص الى أن مصالح الأصيل لن تحظى بالحماية الكافية إذا كان القانون الموحد يترك للكفيل مجالا للتصرف دون حذر . وأضاف أنه يمكن مع ذلك التوصل الى وضع حدود معينة للمسؤولية بإيراد وصف ضيق للالتزامات الكفيل بموجب خطاب الكفالة أو بقصر المسؤولية على الأضرار المتوقعة .

١٧١ - غير أن الرأي الآخر تمثل في ضرورة الاحتفاظ بالنهج الحالي للمادة ١٣ ، خاصة لأنه يصون الحرية التعاقدية للأطراف في تحديد ما ينبغي أن يكون عليه تصرف الكفيل . وأشار الى أن هذا النهج سيكون متمشيا مع الاتجاه العام في القانون نحو اعمال

الاعفاءات التعاقدية باستثناء الحالات التي تنطوي على تصرف يتسم باهمال جسيم . وذكر أيضا أنه ينبغي النص على اعفاءات نظرا لأن المعاملات المعنية تشترك فيها عادة مصارف وأطراف تجارية وليس مستهلكون . وأشار كذلك إلى أن النص على اعفاءات يفيد التجارة بتحويله الأطراف ، عندما ترغب في ذلك ، الاتفاق على الحد من مسؤولية الكفيل ، مما يجعل الصكوك الأقل تكلفة أمرا ممكنا . وأبدي رأي وسط بين الآراء فأيد من ناحية المبدأ ، المنهج المتبع في المادة ١٣ ، بيد أنه نادى بمستوى من المسؤولية الالتزامية أعلى مما هو عليه ، فيما يتعلق بمسؤوليات الكفيل بموجب المادة ١٦ . وأبدي تفضيل واضح ، في حالة تقرير الإبقاء على القاعدة التي تخول الاعفاءات ، لعبارة "تصرف يتسم بالاهمال الجسيم" على العبارة التي صيغت على غرار المادة ٨ (١) من قواعد هامبورغ .

١٧٢ - وأشار إلى أن واجبات الكفيل تختلف تبعا للعلاقة المعنية ، وأنه يمكن النظر في مسألة العلاقات التي ينبغي أن يشملها الحكم المتعلق بالمسؤولية في ضوء الأحكام التي تفرض على الكفيل واجبات ازاء أطراف مختلفة ويمكن ملاحظة ذلك مثلا في الاعراف والممارسات الموحدة التي تنشأ واجبات مختلفة على المصدر تجاه أطراف مختلفة . وتمكن ملاحظة ذلك في الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية التي تنص على واجبات مختلفة من جانب المصدر نحو أطراف مختلفة . فالمادة ١٧ من تلك الاعراف مثلا ، تتصل بوجه خاص بالعلاقة القائمة بين المصدر والأصيل ، بينما تتصل المادة ١٨ من الاعراف والممارسات الموحدة بالعلاقة بين المصدر وكل من الأصيل والمستفيد ، في حين أن المادة ١٩ من تلك الاعراف والممارسات الموحدة ربما كانت أوثق صلة بالعلاقة مع المستفيد . ورئي أنه يمكن العثور على تقسيم مماثل في القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب ، وكذلك في وصف واجبات الكفيل المبينة في الشروط العامة التي تنظم خطاب الكفالة . وأشار إلى أنه ، نظرا لأن الأمر يعني واجبات مختلفة وأطرافا متعددة ، يمكن النظر في تطبيق قواعد مختلفة بشأن المسؤولية على مختلف العلاقات المعنية ، مع امكانية التمييز أيضا بين القواعد المتعلقة بمسؤولية الكفيل قبل الإصدار والقواعد التي تحكم المسؤولية بعد الإصدار . ومن شأن ذلك مثلا أن يمكن الكفلاء والأصلاء من الاتفاق على معيار أدنى من المعيار الذي يطبق على علاقة الكفيل بالمستفيد . وأشار ، في تفضيل اقرار معيار واحد ليحكم جميع العلاقات المعنية ، إلى زيادة تواتر الحالات التي تتصرف فيها الأطراف التي تشملها تعهدات ذات طابع مستندي ، بصفات متعددة ، حيث كثيرا ما تكون المصارف في وضع الأطراف المستفيدة التي تقدم المستندات ، وتتصرف بوصفها أطرافا أمرة أو أصلاء ، وقد ينظر إليها على أنها أطراف حسابات لمصارف مثبتة .

١٧٣ - ولوحظ أنه ، بينما ذكر الطرف الأمر في الجملة الثانية ، لم يرد ذكره في الجملة الأولى . والسبب في عدم الإشارة إلى الطرف الأمر بصدد معيار الحرص الوارد في الجملة الأولى بشأن أداء الالتزامات بموجب القانون الموحد ، هو أن القانون الموحد

في شكله الحالي لا يتضمن أية إشارة محددة الى التزامات الطرف الأمر . غير أن الجملة الثانية تضمنت إشارة الى الطرف الأمر لأن هذه الجملة تنشئ معيار مسؤولية أدنى أو لا يتجزأ بشأن جميع الالتزامات التي يفرضها خطاب الكفالة بصرف النظر عن مصدر هذه الالتزامات . وأثير تساؤل حول ضرورة إدراج إشارة الى الطرف الأمر بحجة أنه ليس من قبيل الممارسة المعتادة أن ينشد الطرف الأمر إعفاءات من النوع الذي تخوله الجملة الثانية . غير أنه أبدي رأي مفاده أن إدراج الأطراف الأمرة في نطاق المادة ١٣ سيكون مفيداً ، مثلاً ، في معالجة امكانية تحميل الطرف الأمر ، بحكم سلوكه ، المسؤولية عن التأخر في إصدار خطاب الكفالة ، وفي شمول امكانية الإخلال بالتزامات أخرى مفروضة على الأطراف الأمرة بموجب مشروع مواد القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب أو بموجب الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية .

١٧٤ - وطرح سؤال عن التفاعل بين القاعدة المتعلقة بالمسؤولية ، الواردة في المادة ١٣ ، وبين الأحكام ذات الصلة من الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية أو مشروع القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب ، التي يمكن إدراج أي منها في خطاب الكفالة عملاً بالمادة ١٢ . ولوحظ أن النهج المتبع في الصيغة الحالية للمادة ١٣ يختلف نوعاً ما عن النهج المتبعة في هاتين المجموعتين من القواعد ، ولوحظ فضلاً عن ذلك أن الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية تختلف عن مشروع القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب . ففي الاعراف والممارسات الموحدة ، تعفي المواد من ١٧ الى ٢٠ المصدر من المسؤولية عن مجموعة متنوعة من المائل منها الصحة والتزوير والاثار القانوني للمستندات ، والتأخير في ارسال المستندات أو فقدانها واستعمال خدمات مصارف أخرى . أما مشروع القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب فهو يعفي الكفلاء والأطراف الأمرة من نفس أنواع المائل المذكورة ، ولكنه يختلف عن الاعراف والممارسات الموحدة في كون الاعفاء لا ينطبق ، حسب المادة ١٥ من هذه القواعد الموحدة ، على حالات التقصير في التصرف بحسن نية وبقدر معقول من الحرص . وخلافاً لمشروع القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب ، لا تستثني الاعراف والممارسات الموحدة ، بشكل عام ، الاعفاءات في حالة الإهمال . وبالتالي ، فإن خطاب الكفالة الذي يتضمن مشروع القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب والذي تجرى صياغته حالياً ، لن يتأثر بالمادة ١٣ من القانون الموحد نظراً لأن هذه القواعد الموحدة تتضمن معياراً أشد صرامة بشأن الاعفاء . وعلى عكس ذلك ، إذا تقرر إصدار خطاب كفالة تراعى فيه الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، فإن المادة ١٣ سوف تطبق في حالة حصول إهمال جسيم ، من أجل تقييد الاعفاءات الواسعة التي تتضمنها الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية .

١٧٥ - وبعد المناقشة ، طلب الفريق العامل من الامانة أن تعد ، في ضوء الاقتراحات والملاحظات الآتية الذكر ، مشروعاً منقحاً للمادة ١٣ ، بما في ذلك صيغاً بديلة لقاعدة بشأن الاعفاء من المسؤولية .