

Distr.
GENERAL

الجمعية العامة

A/CN.9/361
27 April 1992
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISHلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الخامسة والعشرون
نيويورك ، ٤ - ٢٢ أيار/مايو ١٩٩٢تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية
الدولية عن أعمال دورته السابعة عشرة

(نيويورك ، ٦ - ١٦ نيسان/أبريل ١٩٩٢)

المحتويات

المفحة	الفقرات	
٢	١٢ - ١	مقدمة
٦	١٣	أولا - المداولات والقرارات
٦	١٤ - ١٣٩	ثانيا - النظر في مشروع مواد قانون موحد بشأن خطابات الكفالة الدولية
٦	١٤ - ٩٩	الفصل الرابع - الحقوق والالتزامات والدفع
٦	١٤ - ٣٣	المادة ١٤ - طلب السداد
٨	٣٤ - ٣٩	المادة ١٥ - الإشعار بالطلب
١٠	٣٠ - ٤٣	المادة ١٦ - فحص الطلب
١٤	٤٤ - ٦٣	المادة ١٧ - السداد أو رفض الطلب
١٩	٦٤ - ٧٣	المادة ١٨ - التماس التمديد أو السداد
٢٣	٧٤ - ٩١	المادة ١٩ - الطلب غير السليم
٣١	٩٢ - ٩٩	المادة ٢٠ - المعاوضة

030592

.../...

020592 010592 (٩٢) ٩٧٨ 92-18298
V.92-57005

المحتويات (تابع)

<u>المفحة</u>	<u>الفقرات</u>	
٢٤	١٠٠ - ١٣١	الفصل الخامس - التدابير القضائية المؤقتة .. المادة ٣١ - الأمر الزجري التمهيدي ضد الكفيل
٢٤	١١٤ - ١٠٠	المادة ٣٢ - الأمر الزجري التمهيدي ضد المستفيد
٣٩	١١٨ - ١١٥	المادة ٣٣ - مبادئ الاجراءات التمهيديّة ...
٤٠	١٣١ - ١١٩	
٤٣	١٣٣ - ١٣٣	الفصل السادس - الاختصاص القضائي
٤٣	١٣٨ - ١٣٥	المادة ٣٤ - اختيار المحكمة أو التحكيم ..
٤٤	١٣٣ - ١٣٩	المادة ٣٥ - تحديد الاختصاص القضائي
		الفصل السابع - القانون الواجب التطبيق على
٤٦	١٤٤ - ١٣٣	خطابات الكفالة
		المادة ٣٦ - اختيار القانون الواجب
٤٦	١٣٩ - ١٣٣	التطبيق
		المادة ٣٧ - تحديد القانون الواجب
٤٨	١٤٤ - ١٤٠	التطبيق
٤٩	١٤٩ - ١٤٥	ثالثا - الشكل المقبل للقانون الموحد
٥١	١٥٠	رابعا - مسائل أخرى

مقدمة

١ - عملاً بمقرر اتخذته اللجنة في دورتها الحادية والعشرين^(١)، قام الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية بتكريري دورته الثانية عشرة لاستعراض مشروع القواعد الموحدة المتعلقة بالكفالات، الذي كانت تقوم بإعداده الفرقة التجارية الدولية (ICC)، وبدراسة مدى استصواب وإمكانية القيام بأي عمل في المستقبل بها يتعلق بزيادة التوحيد على مستوى قانون النظام الأساسي، وذلك بالنسبة للكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة (A/CN.9/316). وأوصى الفريق العامل بالشروع في العمل المتعلق بإعداد قانون موحد، سواء في شكل قانون نموذجي أو في شكل اتفاقية.

٢ - وقبلت اللجنة في دورتها الثانية والعشرين توصية الفريق العامل بضرورة الشروع في العمل المتعلق بإعداد قانون موحد وعهدت بهذه المهمة إلى الفريق العامل^(٢).

٣ - وأثناء دورته الثالثة عشرة (A/CN.9/330)، بدأ الفريق العامل عمله بالنظر في القضايا المحتملة لقانون موحد حسبما بحث في مذكرة من الأمانة العامة (A/CN.9/WG.II/WP.65). وتتمثل هذه القضايا بالنطاق الموضوعي للقانون الموحد، وبها للطرف من استقلال ذاتي وحدود هذا الاستقلال، وبالقواعد الممكنة للتفسير. كما أجرى الفريق العامل تبادلًا أوليًا للآراء بشأن القضايا المتمثلة بشكل وتوقيت إنشاء الكفالة أو خطاب الاعتماد الضامنة. وطلب الفريق العامل إلى الأمانة العامة أن تقدم إليه في دورته الرابعة عشرة مشروعًا أوليًا لمجموعة من المواد المتعلقة بالقضايا المذكورة أعلاه، مشفوعة بهدائل، وكذلك مذكرة تناقش فيها القضايا الأخرى التي يمكن أن يشملها القانون الموحد.

٤ - وقام الفريق العامل، في دورته الرابعة عشرة (A/CN.9/342)، بدراسة مشاريع المواد من ١ إلى ٧ للقانون الموحد، وهي المواد التي أعدتها الأمانة العامة (A/CN.9/WG.II/WP.67). وطلب إلى الأمانة العامة أن تقوم، على أساس مداولات واستنتاجات الفريق العامل، بإعداد مشروع منقح للمواد من ١ إلى ٧ للقانون الموحد. كما نظر الفريق العامل في القضايا التي بحثت في مذكرة من إعداد الأمانة العامة، وهي تتمثل بالتعديل والانتقال والانهاء والتزامات الكفيل (A/CN.9/WG.II/WP.68). وطلب إلى الأمانة العامة أن تقوم، على أساس مداولات واستنتاجات الفريق العامل، بإعداد مشروع أولي للمواد المتعلقة بالقضايا التي

بحث . وأشير الى أن الامانة العامة ستقدم الى الفريق العامل ، في دورته الخامسة عشرة ، مذكرة بشأن قضايا أخرى يلزم أن يشملها القانون الموحد ، تشمل الفئش واعتراضات أخرى على المدفوعات والاوامر والاجراءات الاخرى الصادرة عن المحاكم ، بما في ذلك التضارب بين القوانين والاختصاص .

٥ - وفي دورته الخامسة عشرة (A/CN.9/345) ، قام الفريق العامل بالنظر في قضايا معينة تتعلق بالتزامات الكفيل . وقد بحثت هذه القضايا في مذكرة من إعداد الامانة العامة تتمثل بالتعديل والانتقال والانتفاء والتزامات الضامن (A/CN.9/WG.II/WP.68) كانت قد قدمت الى الفريق العامل في دورته الرابعة عشرة ولكنه لم ينظر فيها عندئذ ، لعدم توفر الوقت . ومن ثم نظر الفريق العامل في القضايا التي بحثت في مذكرة من إعداد الامانة العامة تتمثل بالتدليس والاعتراضات الاخرى على المدفوعات والاوامر والاجراءات الاخرى الصادرة عن المحاكم (A/CN.9/WG.II/WP.70) . كما نظر الفريق العامل في القضايا التي بحثت في مذكرة من إعداد الامانة العامة تتمثل بالتضارب بين القوانين والاختصاص (A/CN.9/WG.II/WP.71) . وطلب الى الامانة العامة أن تقوم ، على أساس مداوات واستنتاجات الفريق العامل ، بإعداد مشروع أولي لمجموعة المواد المتعلقة بالقضايا التي بحثت .

٦ - وفي دورته السادسة عشرة (A/CN.9/358) ، قام الفريق العامل بدراسة مشاريع المواد من ١ الى ١٣ للقانون الموحد ، وهي المواد التي أعدتها الامانة العامة (A/CN.9/WG.II/WP.73) .

٧ - وقام الفريق العامل ، الذي كان يتألف من جميع الدول الاعضاء في اللجنة ، بعقد دورته السابعة عشرة في نيويورك ، في الفترة من ٦ الى ١٦ نيسان/ابريل ١٩٩٣ . وحضر هذه الدورة ممثلو الدول التالية الاعضاء في الفريق العامل : الاتحاد الروسي ، اسبانيا ، المانيا ، ايران (جمهورية - الاسلامية) ، بلغاريا ، تشيكوسلوفاكيا ، الجماهيرية العربية الليبية ، المين ، العراق ، فرنسا ، قبرص ، الكامبيرون ، كندا ، كينيا ، مصر ، المغرب ، المكسيك ، المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية ، نيجيريا ، الهند ، الولايات المتحدة الامريكية ، اليابان .

٨ - كما حضر هذه الدورة مراقبون عن الدول التالية : اثيوبيا ، استراليا ، اكوادور ، البانيا ، اندونيسيا ، أوغندا ، اوكرانيا ، باراغواي ، باكستان ، البرازيل ، بولندا ، تايلند ، الجزائر ، جزر البهاما ، جمهورية تنزانيا المتحدة ،

رومانيا ، السنغال ، السودان ، السويد ، سويسرا ، غابون ، غينيا - بيساو ،
فنلندا ، فييت نام ، الكرسي الرسولي ، كوت ديفوار ، النمسا ، هايتي .

٩ - وحضر هذه الدورة مراقبون عن المنظمات الدولية التالية : منظمة الأمم
المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) ، اللجنة الاستشارية القانونية الاميوية -
الافريقية (AALCC) ، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص ، والاتحاد المصرفي التابع
للاتحاد الاوروبي ، والغرفة التجارية الدولية (ICC) .

١٠ - وانتخب الفريق العامل العضوين التاليين :

الرئيسي : السيد ج. غوشيه (كندا)

المقرر : السيد أ. أوغاريو (المكسيك)

١١ - وعرضت على الفريق العامل الوثائق التالية : جدول الاعمال المؤقت
(A/CN.9/WG.II/WP.72) ومذكرة من الامانة العامة تتضمن المشروع المؤقت لمواد
القانون الموحد المتعلقة بخطابات الكفالة الدولية (A/CN.9/WG.II/P.73 و Add.1) .

١٢ - واعتمد الفريق العامل جدول الاعمال التالي :

- ١ - انتخاب الاعضاء .
- ٢ - اعتماد جدول الاعمال .
- ٣ - إعداد القانون الموحد المتعلق بخطابات الكفالة الدولية .
- ٤ - أعمال أخرى .
- ٥ - اعتماد التقرير .

أولا - المداولات والقرارات

١٣ - قام الفريق العامل بدراسة مشاريع المواد من ١٤ إلى ٢٧ للقانون الموحد التي أعدتها الأمانة العامة (A/CN.9/WG.II/WP.73 و Add.1). وترد مداولات وامتتاجات الفريق العامل في الفصل الثاني أدناه. وطلب إلى الأمانة العامة أن تقوم، على أساس الامتتاجات المشار إليها، بإعداد مشروع منقح للمواد من ١٤ إلى ٢٧ من مواد القانون الموحد.

ثانيا - النظر في مشروع مواد قانون موحد بشأن خطابات الكفالة الدولية

الفصل الرابع - الحقوق والالتزامات والدفع

المادة ١٤ - طلب السداد

١٤ - كان نص مشروع المادة ١٤، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل، كما يلي:

"يجب أن يقدم أي طلب سداد بموجب خطاب الكفالة في شكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة (١) من المادة ٧ وطبقا لشروط خطاب الكفالة. وبمفظة خاصة، يجب أن يقدم الطلب ويتلقاه الكفيل إبان نفاذ مفعول خطاب الكفالة، وأن يكون مشفوعا بأي بيان أو مستند يقتضيه خطاب الكفالة [أو هذا القانون]. وفي حال عدم اقتضاء أي بيان أو مستند، يعتبر أن المستفيد، لدى طلبه السداد، يصادق ضمنا على استحقاق السداد."

الجملة الأولى

١٥ - فيما يتعلق بعبارة "طلب السداد"، أعرب عن القلق من أن مشروع المادة قد لا يعكس بشكل كاف الممارسة المتمثلة في خطابات الاعتماد الضامنة، وأوضح أن المستفيد من خطاب اعتماد ضامن، عندما ينشد السداد، كثيرا ما يقدم مفتجة (أو "سند سحبه"، وفي هذه الحالة لن يقدم أي طلب رسمي بالسداد. ووافق الفريق العامل على وجوب إعادة صياغة الحكم بحيث يشمل جميع الأشكال الممكنة التي يمكن أن يطلب بها السداد من الكفيل.

١٦ - وفيما يختم عبارة "أي بيان أو مستند يقتضيه خطاب الكفالة [أو هذا القانون]" أعرب عن القلق ، من أن الحكم الراهن قد يساء تفسيره بوصفه يعترف بطلبات السداد المشفوعة ببيانات غير مستندية . وأشار الفريق العامل إلى أنه في دورته السادسة عشرة قرر أنه ينبغي لاحكام القانون الموحد أن تركز على المكوك التي لا تخضع إلا شروطا مستندية (انظر A/CN.9/318 ، الفقرة ٦١) .

١٧ - وفيما يختم عبارة "يتلقاه الكفيل" ، ذكر أنها قد لا تلائم بشكل واضح الحالات التي لا يكون فيها السداد قد طُلب مباشرة من الكفيل أو من مصرف معتمد بل من مصرف آخر يمكن أن يكون مصرفا معينا خصيصا في سياق خطاب اعتماد ضامن بوصفه كفيلا ، أو أي مصرف آخر ، في الحالة النادرة التي يكون فيها خطاب الاعتماد الضامن قد صدر بشكل مكافئ للتداول بحرية .

١٨ - ولوحظ أن المادة ١٩ من مشروع القواعد الموحدة لكفالات الطلبات الذي أعدته الغرفة التجارية الدولية والذي أُتخذ نموذجا لمشروع القانون الموحد ، ذكرت المكان الذي ينبغي أن يقدم فيه طلب السداد ، وتم الاتفاق بوجه عام على أنه ينبغي أن تضاف إلى نص المادة ١٤ إشارة تتماشى مع هذا المنحى .

الجملة الثالثة

١٩ - وأشار إلى أن الجملة بين معقوفتين قد أضيفت للتوضيح ، ولا سيما في حالة خطاب كفالة واجبة الدفع لمجرد الطلب ، بأن أي طلب مداد يعني ضمنا التأكيد بأن السداد قد أصبح مستحقا على النحو الذي قد يكون مناسباً ، على سبيل المثال ، في تقرير ما إذا كان الطلب غير سليم وفقا لنص المادة ١٩ .

٢٠ - وأعرب عن آراء مختلفة بشأن الطريقة التي ينبغي للقانون الموحد أن يكيف بها خطابات الكفالة الواجبة الدفع لدى الاطلاع . فوفقا لأحد الآراء ، ينبغي للقانون الموحد أن يركز على خطابات الكفالة الواجبة الدفع لدى تقديم مستندات فيما يتعلق بعدم الوفاء بالالتزام التجاري الاساسي . وهكذا ارتئي أنه ينبغي إعادة صياغة المادة ١٤ على نحو يتماشى مع المادة ٢٠ من مشروع القواعد الموحدة لكفالات الطلبات بحيث يلزم أن يقدم المستفيد على الأقل بيانا بحسن نية بشأن تخلف الاميل عن الدفع مالم ينص خطاب الكفالة على خلاف ذلك صراحة .

٣١ - بيد أن الرأي السائد يتمثل في أنه لن يكون من المناسب لنص تشريعي ، مثل القانون الموحد ، أن يشجع أو يشبط استعمال نوع محدد من خطابات الكفالة . وأشير إلى أن خطابات الكفالة الواجبة الدفع لمجرد الطلب تستعمل بشكل واسع في الممارسة وأن الفريق العامل ، بصرف النظر عن كثرة الاستعمال ، قد رأى ، في دورته الثانية عشرة ، أنه ينبغي للقاعدة القانونية أن تأخذ في الاعتبار جميع أنواع الكفالات المستعملة ويوفر الثقة بها وأن يترك اختيار نوع الكفالة الذي يستعمل للقرار الاتحادي للأطراف المعنية (انظر A/CN.9/316 ، الفقرة ٨٩) .

٣٢ - ورغم أنه قد أعرب عن بعض الشكوك بخصوص موضوع وصياغة الجملة الثالثة ، اتفق الفريق العامل بعد المداولة على الاحتفاظ بالجملة بدون معقوفتين .

٣٣ - وطلب الفريق الدولي إلى الأمانة العامة أن تعد مشروعاً منقحاً للمادة ١٤ في ضوء المناقشات والمقررات الأنفة الذكر .

المادة ١٥ - الإشمار بالطلب

٣٤ - كان نص المادة ١٥ ، بالمصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"[دون الإخلال بأحكام المادتين ١٦ و ١٧ ، يبادر الكفيل توا لدى استلام الطلب بتوجيه إشارته بذلك إلى الأصل أو إلى طرفه الأمر ، حيثما وجد ، ما لم يتفق على خلاف ذلك بين الكفيل والأصيل .]"

٣٥ - وقد لاحظ الفريق العامل أن المادة ١٥ ، التي صيغت على غرار المادة ١٧ من القواعد الموحدة لكفالات الطلبات ، وضعت بين معقوفتين نظراً لأن الآراء في الدورة الخامسة عشرة كانت منقسمة حول ما إذا كان ينبغي للقانون الموحد أن يفرض التزاماً على الكفيل بأن يشعر الأصل بالطلب المقفيل من المستفيد . وفي الدورة الحالية انقسمت الآراء أيضاً بشأن استمواج فرض مثل هذا الالتزام .

٣٦ - وكانت دواعي القلق التي أوردت تأييداً لحذف المادة ١٥ تشمل ما يلي : أن فرض واجب قانوني بإشمار الأصل سيعرض للشبهة نزاهة تعهد الكفيل واستقلاله ومصادقته ، ولا سيما بتسهيل مبادرة الأصل إلى اتخاذ خطوات لوقف السداد ؛ وأن النوع الوحيد للاتصال بين الكفيل والأصل بشأن طلب السداد ينبغي أن يتم في حالة طلب

الكفيل تنازلا من الاميل عن اوجه الاختلاف التي يحددها الكفيل ؛ وأن إدراج التزام بالإشعار سيكون مخالفا لهدف توفير نظام موحد يشمل كلا الكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة ، نظرا لأنه ذكر أن الإشعار هو إجراء غريب عن خطابات الاعتماد الضامنة ويمكن ، في بعض الولايات القضائية ، أن يشير شواغل تنظيمية ، وأن الإشعار ليس ممارسة شائعة فيما يتعلق بالكفالات ؛ وأن طبيعة التزام الإشعار المبين في المادة ١٥ غامضة ، ولا سيما فيما يتعلق بمضمون الإشعار وتوقيته والمواقب القانونية لعدم الإشعار . وأخيرا ارتُئي بأن الاميل والكفيل حران في الاتفاق على إجراء الإشعار ، وأن الالتزام بالإشعار يمكن في الواقع أن يوضع على عاتق المستفيد ، وأن خطاب الكفالة يمكن أن يستلزم أن يرافق طلب السداد أدلة مستندية على الوفاء بذلك الالتزام ، وكل هذه الأمور تقلل إلى أدنى حد الحاجة إلى إدراج التزام بالإشعار في القانون الموحد . وارتُئي أن من الضروري ، في حالة ما إذا قرر الفريق العامل الإبقاء على هذا الحكم ، إعفاء خطابات الاعتماد الضامنة .

٢٧ - وأعرب عن تأييد الإبقاء على الالتزام بالإشعار على أساس أن هذا الإجراء يعزز من امكانية التسويات التفاوضية للخلافات بين الاميل والمستفيد ويساعد على تحقيق التوازن بين موقفى الطرفين . وقيل أيضا إن إشعار الاميل مثل السداد ممارسة شائعة ، وأن الإشعار يُستخدم لإبلاغ الاميل بتسجيل المبلغ على حسابه ، وأنه شرط مسبق لتمكين الاميل من حماية نفسه في حالات الطلب البين خطؤه . وذكر أيضا بأن إعطاء الإشعار لا يعرض للشبهة استقلال تعهد الكفيل لأن الالتزام بالإشعار ، كما تقرر في الدورة الخامسة عشرة ، لما يكون مرتبطا من حيث الزمن بواجب فحص الطلب واتخاذ قرار بشأن السداد . وفي هذا الصدد ، ارتُئي بأن عدم الوفاء بواجب إعطاء الإشعار لن يؤثر على فعالية السداد وأن من الواجب أن تعاد صياغة الحكم بحيث يوضح بشكل قوي أن الكفيل غير ملزم بالإشعار قبل السداد . كما ارتُئي أن إجراء الإشعار ، رغم إمكان كونه غريبا عن خطابات الاعتماد الضامنة ، يمكن أن يطبق عليها بشكل مفيد .

٢٨ - ودرس الفريق العامل كيف أن بعض بولمات القلق التي أثيرت بشأن المادة ١٥ يمكن أن تعالج ، دون الذهاب إلى حد حذف الحكم المذكور . وتمثل أحد الاقتراحات في جعل الحكم أكثر دقة فيما يتعلق بمواقب عدم الإشعار باشتراط أن يكون الكفيل معرضا لدفع عطل وضرر . ويكون العطل والضرر متاحا ، مثلا ، عندما يستطيع الاميل أن يثبت أنه لو كان الإشعار تم في حينه ، لكان بإمكانه أن يسترجع من المستفيد المبلغ الذي دفعه الكفيل . كما ارتُئي أنه ينبغي التوضيح بأن الاميل سيكون من حقه ، لمجرد عدم الإشعار فحسب ، أن يرفض أن يُسدد للكفيل بعد أن يكون طلب ما بموجب خطاب الكفالة قد

دفع . وتمثل رأي آخر في أنه ينبغي زيادة التوضيح بأن المادة ١٥ تنطبق أيضا على كفلاء الكفلاء .

٢٩ - وبعد المداولة ، قرر الفريق العامل ، رهنا بإجراء مزيد من الامتصاص ، إرجاء القرار النهائي بشأن ما إذا كان من المستحب الإبقاء على الحكم حسبما جاء في المادة ١٥ . ولذلك تقرر ابقاء المادة بين معقوفتين . وفي الوقت نفسه ، طلب إلى الأمانة العامة أن تنقح المادة ١٥ لمواجهة القضايا التي أثيرت ، بما فيها الجزاءات بسبب عدم الإشعار واستقلال التعهد بالسداد عن متطلب الإشعار .

المادة ١٦ - فحص الطلب

٣٠ - كان نص مشروع المادة ١٦ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) البديل ألف : لدى فحص الطلب وأي بيان أو مستند مطلوب إرفاقه به ، على الكفيل أن يتقيد بمعيار الحرص المعقول السائد في الممارسة المتبعة على الصعيد الدولي بشأن الكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة بغية التيقن من تطابقها الظاهري مع شروط خطاب الكفالة ، والتي يتعين تأويلها تأويلا صارما .

البديل باء : يجب أن يفحص الكفيل الطلب وأي بيان أو مستند مطلوب إرفاقه به متوخيا في ذلك الاجتهاد المهني الذي يتحلى به الكفيل الحميم العارف بالأمر ، بغية التيقن مما إذا كانت تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط خطاب الكفالة ومتسقة بعضها مع بعض .

"(٢) ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، يتاح للكفيل

البديل سين : زمن معقول

البديل ماد : [أربعة] أيام عمل

البديل عين : زمن معقول ، ولكن ليس أكثر من [سبعة] أيام عمل

من أجل فحص الطلب وتقرير ما إذا كان عليه أن يسدد المبلغ أم لا .

الفقرة (١)

٣١ - نظر الفريق العامل في بديلين للفقرة (١) المقصود منها وضع المعيار لتصرف الكفيل لدى فحص طلب للسداد وتقرير ما إذا كان الطلب مطابقا لشروط الكفيل .

٣٢ - وأعرب عن التأييد للبديل ألف على أساس أنه يتضمن إشارة إلى معيار مستقر ومعترف به دوليا وهو معيار الحرص المعقول السائد في الممارسة المتبعة على المعيد الدولي بشأن الكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة . واقتُرح أن هذا النهج ، بما فيه من إشارة ضمنية إلى الممارسات والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية ، هو أكثر البديلين موضوعية ومن ثم فإنه يكفل عدم إقحام معايير فحص متجاوزة في صرامتها أو متساهلة بشكل مفرط . وقيل إنه مما سيعزز الموضوعية أن تنقيح الممارسات والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية المفضل به حاليا من المرجح أن يفر عن معايير أكثر مراحة بشأن العناصر الواجب امتعاضها عند فحص أنواع رئيسية من المستندات التجارية . وعلاوة على ذلك ، أعرب عن رأي مفاده أن الإشارة إلى معيار معترف به دوليا هي أمر مستحوب من ناحية التيقن والاتساق . إذ أنه إذا ما أُدخلت معايير متعددة قد تنشأ نزاعات ، وبخامة فيما يتعلق بحق الكفيل في السداد . وأعرب عن رأي مؤداه أنه ليس هناك فرق جوهري بين البديل ألف والبديل باء ، ذلك لأن الاجتهاد المهني الذي يتحلى به الكفيل لا يمكن التثبُّت منه إلا بالرجوع إلى معيار الحرص المعقول السائد في الممارسة المتبعة على المعيد الدولي .

٣٣ - وأعرب عن تحفظات بشأن البديل ألف على أساس أن القانون الموحد لن يفي بولايته المتمثلة في وضع معيار لتصرف الكفيل إذا اكتفى بالإشارة إلى الممارسة الدولية ، تاركاً بذلك المعيار ليوضع في مكان آخر . وأعرب عن القلق أيضا من أن الإشارة إلى الممارسة الدولية إشارة غامضة وأن استخدام لفظة "السائد" قد توحي بأن المعيار الدولي معيار متغير . وفلا عن ذلك ، أعرب عن التأييد للبديل بباء على أساس أنه متسق مع حكم مماثل في المادة ٩ من مشروع القواعد الموحدة للكفالات وأن البديل بباء ، وليس البديل ألف ، هو الأكثر موضوعية ، وأنه يأخذ في الاعتبار على نحو أفضل احتياجات مستخدمي القانون الموحد ، وأن أسلوب صياغته أفضل .

٣٤ - وأعرب عن رأي مفاده أن الحكم الوارد في كلا البديلين والذي مفاده أن يكون الحكم على الطلب مقتصرًا على مدى تطابقه البادي أو الظاهري مع شروط خطاب الكفالة ينبغي الاستعاضة عنه بحكم يقضي بأن يتيقن الكفيل إلى أقصى حد ممكن من أن الطلب مطابق فعلاً لشروط خطاب الكفالة . ولم يحظ هذا الرأي بالتأييد إذ اعتبر الفريق العامل أن من الأساسي ، نظراً للطابع المستقل لهذه العملية ، أن يقتصر نطاق الفحص على التطابق البادي أو الظاهري .

٣٥ - ثم نظر الفريق العامل في اقتراحات ترمي إلى الجمع بين مزايا كلا البديلين للفقرة (١) . وتراوحت تلك المقترحات من اقتراح يدعو إلى ألا يُظهر القانون الموحد تفضيلاً لأي نهج واقتراح للجمع بين البديلين . وفجلاً عن ذلك فقد نُبه إلى أنه ينبغي أن يتفادى القانون الموحد إضافة صيغة جديدة إلى العدد الحالي من الصيغ المختلفة بشأن معيار الحرص من جانب الكفيل . إذ أن هذه الصيغ تشمل بالفعل المعايير الواردة في المادة ١٥ من الممارسات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية والمادة ٩ من مشروع القواعد الموحدة للكفالات ومشروع تنقيح الممارسات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية .

٣٦ - ويدعو أحد النهج المقترحة للجمع بين البديلين ألف وباء إلى إضافة عبارة مثل "مع المراعاة الواجبة للمعايير الدولية السائدة" إلى الصيغة الواردة في البديل باء بشأن الاجتهاد المهني . وذكر أن هذا الجمع من شأنه أن يعزز بشكل مفيد الطابع الدولي للمعايير المطبقة على فحص طلبات السداد . وأعرب عن القلق بسبب أن نهج الجمع بين البديلين قد يشير إلى ، وإن كان المدى الذي يمكن أن ينشأ به ذلك اللبس قد تعرض للتشكك على أساس أن الإشارة إلى المعيار المعترف به دولياً متكون ، في الواقع ، إشارة إلى القواعد التعاقدية المعترف بها دولياً مثل مشروع القواعد الموحدة للكفالات . كما حُذّر من أن أي جمع بين البديلين ينبغي أن يبقى على التركيز على التطابق الظاهري لطلب السداد مع شروط خطاب الكفالة .

٣٧ - وكشفت مناقشة المعايير الواردة في البديلين ألف وباء عن وجود ملة وثيقة بين أحكام المادة ١٦ ، التي تتناول فحص طلب السداد ، والمادة ١٣ ، التي تتناول مسؤولية الكفلاء . غير أن المادة ١٦ ، بالإضافة إلى هذه المسألة التي تشترك فيها مع المادة ١٣ ، تتناول أيضاً المعيار الذي سيستخدم في تقرير ما إذا كان الطلب ، مع أي مستندات مرافقة له ، مطابقاً لشروط خطاب الكفالة . وتبعاً لذلك ، فقد رُئي أنه يمكن إدماج حكم الفقرة (١) ، الذي يحدد معيار الحرص الواجب اتباعه في فحص الطلب ، في

المادة ١٣ أو أنه ينبغي جعله على الأقل متساوقا مع تلك المادة . وعلى أساس هذا التقسيم متركز الفقرة (١) بصيغة بديلها بآء على المعيار الواجب استخدامه في تقرير ما إذا كان الطلب ، مع أي مستندات مرافقه له ، مطابقا لشروط خطاب الكفالة .

٢٨ - وأعرب عن رأي مفاده أن التقسيم المقترح معقد لأن المادة ١٣ ذكر أنها تركز على الصلة بين المدين الأصلي والكفيل وبين كفيل الكفيل والكفيل ، بينما تتناول المادة ١٦ المسائل المتعلقة بالصلة بين الكفيل والمستفيد . وعند هذا الحد ربي أنه قد يكون من المفيد مواصلة بحث مدى وجوب أو عدم وجوب اشتغال القانون الموحد على الصلة بين المدين الأصلي والكفيل . وثمة مسألة أخرى تتعلق بما إذا كان ينبغي للمعايير موضع البحث أن تكون إلزامية أو خاضعة للتفاوت التعاقدية .

٢٩ - وقرر الفريق العامل ، بعد مداولات ، أن يعيد النظر في المسألة في دورة مقبلة على أساس مشاريع الأحكام التي ستقوم بإعدادها الأمانة العامة على ضوء التقسيم المقترح .

الفقرة (٣)

٤٠ - وأعرب الفريق العامل عن اتفاقه مع الحكم الوارد في العبارة الاستهلالية الذي يعترف بحق التعديل التعاقدية للمهلة الزمنية المبينة في الفقرة (٣) لفحص طلب السداد . غير أنه اقترح استخدام العبارة "ما لم يشترط خطاب الكفالة خلاف ذلك" ، وذلك لتوضيح أن هذا الحكم لا يتناول إلا اتفاقا بين الكفيل والمستفيد . ثم نظر الفريق العامل في ثلاثة بدائل فيما يتعلق بطول المدة التي سيُسمح بها لفحص طلب السداد .

٤١ - وأعرب عن بعض التأييد للبديل سين ، الذي يقضي بإتاحة "زمن معقول" للكفيل على أساس أن المرونة المتأصلة فيه ستتيح الاعتراف المناسب بالظروف في كل حالة على حدة ، نظرا لأن الحالات ، إذا كانت معقدة ، قد تتطلب فترة أطول من الفترة المنصوص عليها في البديل صاد . وقيل أن البديل سين محل تفضيل أيضا لأنه سيكون من المتعذر تعيين حد أقصى عام من النوع المتوخى في البديل عين . غير أنه شارت اعتراضات على البديل سين منها ، على وجه الخصوص ، أن ذلك الحكم لن يوفر ، نظرا لعدم دقته ، درجة التيقن المرجوة . وحظي البديل صاد أيضا بقدر من التأييد على أساس أن فترة الأربعة أيام المتوخاة فيه تعكس بدقة الممارسات المصرفية المعتادة . ومع ذلك فقد

لوحظ أنه ليس من الممارسات المصرفية المتبعة السماح لعمليات فحص طلبات السداد أن تطول ، وأن الحاجة إلى وضع حد زمني مطلق هي مسألة محل اعتراض .

٤٣ - وأعرب أيضا عن تأييد النهج المتبع في البديل عين الذي حاول الجمع بين المرونة التي يتيحها الحكم الوارد في البديل مين بشأن تحديد "زمن معقول" والتيقن الذي تتيحه المهلة الزمنية المحددة الواردة في البديل صاد .

٤٣ - وقرر الفريق العامل ، بعد مداوات ، الإبقاء على البديل عين دون أن يكون ذلك مانعا من إعادة النظر في المسألة في دورة مقبلة .

المادة ١٧ - السداد أو رفض الطلب

٤٤ - كان نص مشروع المادة ١٧ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) على الكفيل أن يقوم بالسداد حسب طلب المستفيد ، ما لم :

(أ) يكن خطاب الكفالة غير موجود أو غير صالح أو غير قابل للإنفاذ [١] ؛ أو

(ب) يكن الطلب غير مستوف للاشتراطات المشار إليها في المادة ١٤ ؛ أو

البديل ألف : (ج) يكن الطلب غير ملزم [على نحو بَيّن] [على نحو واضح وجلي] وفقا للمادة ١٩ .

؛

"(٢) البديل باء : [يجوز للكفيل أن يقوم بالسداد على الرغم من تأكيد الوصول أن الطلب باطل بمقتضى المادة ١٩ ، شريطة أن يتصرف الكفيل بحسن نية . بيد أنه ، إذا]

[إذا] أكد الاصيل أن الطلب غير سليم بمقتضى المادة ١٩ وقرر الكفيل عدم رفض الطلب ، يجب على الكفيل أن يُعلم الاصيل بقراره على التو [وأن يرجئ السداد ، إذا طلب الاصيل ذلك ، [ثلاثة] أيام عمل]

"(٣) إذا قرر الكفيل رفض الطلب لأي سبب من الأسباب المشار إليها في الفقرة (١) (١) و (ب) من هذه المادة ، وجب عليه أن يوجه إلى المستفيد على التو اشعاراً بذلك ، يبين فيه ، عند الاقتضاء ، دواعي ذلك القرار ، وذلك باحدى وسائط الإرسال السلوكية واللاملكية أو ، إذا تعذر ذلك ، بأي واسطة اتصال سريعة أخرى .

"[٤) إذا لم يتقيد الكفيل بأحكام المادة ١٦ أو الفقرة (٣) من هذه المادة ، وجب منعه من الإدعاء بأن الطلب غير مطابق لشروط خطاب الكفالة ."

الفقرة (١) (١) و (ب)

٤٥ - وفيما يتعلق بالفقرة الفرعية (١) أعرب عن القلق من أن يؤدي استخدام مفاهيم قانونية مثل عدم الوجود وعدم الملاحية وعدم القابلية للإنفاذ إلى الالتباس أو التباين من حيث انطباق القواعد في مختلف الولايات القضائية . وقيل إن بعض حالات "عدم وجود" خطاب الكفالة المسلم بها في ولايات قضائية معينة يمكن أن تعد في ولايات قضائية أخرى حالات من البطلان الكامل أو عدم الملاحية القطعي لخطاب الكفالة . ومن الأمثلة على الالتباس في "عدم قابلية الإنفاذ" المقاطعة والحالة التي يشترط فيها عدم خطاب الكفالة السداد بعملة غير قابلة للتحويل دون أن يحدد أي وسيلة للسداد بالعملة الأخرى . واقترح أنه ينبغي للقانون الموحد ، بدلا من التركيز على مفاهيم المبادئ القانونية ، أن يدرج الأوضاع الفعلية التي يمكن أن تتوَّغ رفض طلب السداد .

٤٦ - إلّا أن الرأي السائد كان أنّ تكون هناك محاولة لأن تدرج في القانون الموحد كافة الأوضاع الفعلية التي تتوَّغ للكفيل رفض السداد نظرا لأن من المعيب ، إن لم يكن من المستحيل ، وضع قائمة جامعة مانعة . وعلاوة على ذلك ، فإن أي محاولة لإدراج قائمة بالحالات التي يكون فيها الكفيل مجبرا على عدم السداد أو يحق له عدم السداد يمكن أن تنشأ عنها معوقات من حيث تحديد القانون المنطبق نظرا لاختلاف قواعد القوانين المتضاربة رهنا بما إذا كان بطلان المتعهد ناتجا عن الإخلال بالمتطلبات القانونية فيما يتعلق بالصفة الشخصية للأطراف ، وصيغة التعهد التي تم الاتفاق عليها ، أو موضوع التعهد .

٤٧ - وأشير إلى الظروف التي ومغت عموماً بأنها تشكل أسباباً قاهرة حيث يواجهه الكفيل وضعا يستحيل فيه السداد تماماً . واقتُرح أن يكون في القانون الموحد علاج لهذه الأوضاع . وفي هذا الصدد أبدى رأي مفاده أنه يمكن للقانون الموحد أن يذكر بمزيد من الوضوح ، في حالة المعوِّبة المؤقتة ، ما إذا كان التزام الكفيل ليُمَلَّق بصورة مؤقتة فقط إلى أن يذهب العائق أو إذا كانت المعوِّبة لِيُنْظَر إليها على اعتبار أنها تُنهي التزام الكفيل .

٤٨ - وأوضح ، في دعم الميعة الحالية للفقرة الفرعية (١) ، أنه في حين يمكن تفسير مفاهيم من أمثال "عدم الوجود" ، و "عدم الملاحية" ، و "عدم قابلية الإنفاذ" ، تفسيراً مختلفاً باختلاف الولايات القضائية ، لن تؤثر هذه الاختلافات في تطبيق الحكم بقدر ما كانت الظروف التي ينطبق عليها واحد على الأقل من هذه المفاهيم الثلاثة سبباً في إضعاف التعهد أو أساساً يستند إليه عدم الدفع . إلا أنه ذكر رداً على ذلك ، أن الحكم غير ملائم عندما تكون الأحداث أو الظروف المضعفة للتعهد خارج نطاق الفقرة (١) (١) في بعض الولايات القضائية ، بينما تكون داخلية في ولايات أخرى .

٤٩ - وأعرب عن رأي بأن التزامات الكفيل المنصوص عليها في المادة ١٧ هي "انعكاس" لالتزامات المستفيد الواردة في المادة ١٤ ، التي وضعت كقاعدة عامة أن طلب السداد الذي يقدمه المستفيد يجب أن يتفق مع شروط خطاب الكفالة . واقتُرح وجوب إعادة صياغة المادة ١٧ بحيث تذكر بصورة عامة أن الكفيل ملزم بالسداد لدى الطلب وفقاً لشروط التعهد . وذكر أن الإشارة إلى الالتزام بالدفع عملاً بشروط التعهد ووفقاً لها من شأنها ألا تشمل الفقرة الفرعية (ب) فقط ولكن أيضاً الحالات الواردة حالياً في الفقرة الفرعية (١) ، ذلك لأن مسائل تتعلق بإصدار التعهد ووجوده وملاحيته وقابلية إنفاذه ستثار فيما يتعلق بشروط التعهد .

٥٠ - وبينما لوحظ أن الميعة المقترحة لا يمكن أن تتضمن بيسر الإشارة إلى المادة ١٩ بشأن الطلب غير السليم ، اعتمد الفريق العامل ، بعد التداول ، الميعة المقترحة كما هي مبيّنة في الفقرة ٤٩ وطلب من الأمانة العامة إعداد مشروع منقح للفقرة . ولوحظ أن الميعة الجديدة قد تركت دون حسم مسألة ما إذا كان الكفيل ، في الحالات الاستثنائية التي لا يُجبر فيها على السداد ، ملزماً برفض السداد أو أنه مأذون له برفض السداد ليس إلا . وكان الشعور العام هو أن المسألة يجب أن تُطرح في نطاق البحث المتعلق بالبديلين الف وباء .

البديلان ألف وباء

٥١ - ذكر ، فيما يتعلق بمادة المعيارين اللذين يتضمنهما البديلان ألف وباء ، أن الفرق ضئيل ، ذلك أن من الصعب تموُّر أحوال يكون فيها الطلب بمورة بينة وواضحة وجلية غير ملزم ومع ذلك قام الكفيل بالسداد بنية حسنة . بيد أنه رُئي أن البديلين ألف وباء يختلفان في نطاقهما . ونص البديل ألف ، كمبدأ عام ، على أنه يجب ألاَّ يقوم الكفيل بالسداد في حالة الاحتيال الظاهر ، في حين تطرق البديل باء إلى الوضع الاستثنائي الذي يشير فيه الاصيل على الكفيل بعدم السداد ، استناداً إلى القول بأن الطلب غير ملزم .

٥٢ - وأعرب عن وجهات نظر متباينة حول ما إذا كان الكفيل ، إذ يواجه طلباً غير ملزم بمورة بينة ، مجبراً على رفض السداد أو إذا كانت له ملطة تقديرية لتقرير ما إذا كان ليسد أو لا يسد ، ولوحظ أن هذه المسألة تترتب عليها عواقب بالنسبة للعلاقة بين الكفيل والاصيل ، وخاصة فيما يتعلق بحق الكفيل في أن يعيد الاصيل له ما دفعه وبالنسبة لحق الاصيل في أن يطلب الانتصاف عن طريق الأمر الجزري المقترح في المادة ٢١ .

٥٣ - وذكر ، تاييداً لمنح الكفيل ملطة تقديرية ، أن المبدأ الأساسي للقانون الموحد هو السداد من قبل الكفيل هو القاعدة وأن عدم السداد هو الاستثناء . وقيل إن من الممكن أن يحبط غرض القانون الموحد إذا كان الكفيل ملزماً بعدم السداد ، لأن في ذلك تشجيعاً للكفيل لعدم السداد . وذكر أيضاً أنه ينبغي السماح للكفيل بالاستناد إلى التوافق الظاهر للوثائق ، ما لم يكن الاصيل قد استصدر قراراً عدلياً يمنع الكفيل من السداد بموجب خطاب الكفالة . إلا أن الرأي السائد هو أن الكفيل مجبر على عدم السداد في حالات الاحتيال أو سوء الاستعمال المارخين اللذين يمكن لأي شخص أن يدركهما .

٥٤ - وبينما أعرب عن بعض الشكوك فيما إذا كان المعيار الوارد في البديل ألف لينطبق بمورة موحدة في جميع الولايات القضائية ، لوحظ أن مفهوم النية السيئة يمكن أن يكون محل تباين أكبر في التفسير حقيقة . واتفق على أن الجوهر المشترك بين المعايير الواردة في البديلين ألف وباء قوامه أن الطبيعة غير السليمة للطلب معروفة للكفيل أو أنها ليست موضع شك معقول ، دون الحاجة إلى التحري من قبل الكفيل .

٥٥ - واتفق الفريق العامل ، بعد التداول ، على أن القانون الموحد يجب أن يتضمن قاعدة مؤداها أن الكفيل ، في حالة علمه أو في حالة وجوب علمه بأن طلب السداد غير

مليم ، ملزم بعدم الدفع . وفي سائر الحالات الأخرى ، أي عدا حالة التوافق الظاهر بين الطلب والوثائق ولكن أيضا في حالة الشك ، بصرف النظر عما إذا كان الكفيل قد ووجه بزعم أن الطلب غير مليم ، تنطبق القاعدة العامة ويتمين على الكفيل السداد . وقرر الفريق العامل النظر في المسألة في دورة مقبلة على أساس حكم منقح تمده الأمانة العامة في ضوء المداولات والقرارات الواردة أعلاه .

الجملة الأخيرة في الفقرة (٣)

٥٦ - تلقى الحكم بإرجاء السداد لعدد محدود جدا من الأيام الدعم على اعتبار أنه حاول الموازنة بين الحاجة إلى القيام بسداد فوري للتعهد المستقل ومصلحة الأصيل في تقديم بيئة موثقة إلى الكفيل أو ، إن كان ذلك متيسرا ، الحصول على انصاف قضائي من المحكمة .

٥٧ - إلا أن الرأي السائد كان أن من المرجح التشجيع على إرجاء السداد على نحو منهجي وأنه ينبغي حذف الجملة . وذكر أيضا أنه لا ينبغي فرض التزام على الكفيل بإبلاغ الأصيل عما إذا تقرر عدم رفض الطلب . واحتج أيضا ، تأييدا لحذف الحكم ، بأنه مخالف لممارسة خطابيات الاعتماد الاحتياطية التي تسمح بأي وقت لإمكانية التفاوض .

الفقرة (٣)

٥٨ - وأعرب عن القلق لكون عبارة "عند الاقتضاء" تعطي الكفيل خيارا ألا يشعر المستفيد بأسباب قراره عدم السداد بموجب خطاب الكفالة . وذكر أن الفقرة (٣) قد تبدو غير منسجمة مع قاعدة المنع الواردة في الفقرة (٤) في الحالات التي يتخلف فيها الكفيل عن الامتثال لأحكام المادة ١٦ والفقرة (٣) .

٥٩ - وبناء على ذلك ، أعرب عن رأي مؤداه ، أنه على غرار النهج المتبع في المادة ١٠ (ب) من القواعد الموحدة لكفالات الطلبات ، لا ينبغي لشرط إشعار المستفيد أن يتضمن إعطاء الأسباب . إلا أن الرأي السائد كان أن من الواجب إعطاء الأسباب في جميع الحالات . واقترح وجوب أن يوفر القانون الموحد شيئا من التوجيه في هذا الصدد كأن يفرض ، في حالة عدم التوافق ، وجوب تقديم بيان عن وجه التناقض المعين ، وفي حالة الطلب غير السليم أو العيب الأساسي ، وجوب تقديم بيان عام بهذا المعنى .

٦٠ - ورجا الفريق العامل الأمانة العامة إعداد صيغة منقحة للفقرة (٣) في ضوء المداولات المذكورة أعلاه .

الفقرة (٤)

٦١ - أعرب عن وجهات نظر متباينة بشأن قاعدة المنع الواردة في الفقرة (٤) . ومؤدى أحد الآراء أن قاعدة المنع بالغة القوة وأن القانون الموحد يجب ألا يتطرق إلى هذه النقطة . ومع ذلك يبقى للأطراف أن يتفقوا على قاعدة المنع الواردة في الممارسات والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية . وقيل في تأييد هذا الرأي إن فكرة القطع التي تركز إليها قاعدة المنع أهم في نطاق السداد بموجب خطابات الاعتماد التجارية منها في خطابات الكفالة .

٦٢ - وفي رأي آخر إنه يجب الإبقاء على قاعدة المنع لأن القطع ضروري كذلك لخطابات الكفالة ، وعلى الأقل فيما يخص خطابات الاعتماد الاحتياطية . وقيل في تأييد هذا الرأي إنه لا يكفي أن تترك المسألة للممارسات والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية لأن المنع قاعدة هامة من قواعد التجارة ويجب أن يكون على علم بها كافة الأطراف الذين يحتمل اشتراكهم في المعاملة .

٦٣ - وقرر الفريق العامل ، بعد المناقشة ، أن يبقى نص الفقرة (٤) ، بين أقواس معقوفة ، على أن تحسّن الامانة العامة مقله .

المادة ١٨ - التماس التمديد أو السداد

٦٤ - كان نص مشروع المادة ١٨ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"إذا [طلب المستفيد أحد بديلين هما السداد أو] [جمع المستفيد بين طلب السداد والتماس] تمديد فترة ملاحية خطاب الكفالة ، وجب على الكفيل الامتثال للقواعد التالية ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك :

(أ) يجب على الكفيل أن يوجه إلى الاميل [مباشرة أو من خلال طرف آخر] اشعاراً فوراً بطلبه التمديد أو السداد البديلين ؛

(ب) لا يجوز للكفيل تمديد فترة الملاحية من دون موافقة الاميل ؛ غير أنه ، حتى إذا وافق الاميل على التمديد ، لا يكون الكفيل ملزماً بتمديد فترة الملاحية ، ما لم يقف بذلك اتفاق مبرم مع الاميل ؛

(ج) يجب على الكفيل أن يفحص طلب السداد وفقاً للمادة ١٦ ويقرر ما إذا كان عليه أن يسدد أو يرفض ذلك الطلب ؛ فإذا قرر الكفيل عدم رفض الطلب ، [وجب عليه] [جاز له] إرجاء السداد إلى ما بعد انقضاء [عشرة] أيام عمل على [توجيه الإشعار إلى الأصيل] [إتلقى الطلب البديل من المستفيد] ، ويقوم من ثم بسداد المبلغ ، ما لم يمدد الكفيل فترة الملاحية ."

٦٥ - وكما كان الحال عندما ناقش الفريق العامل في البداية طلبات "مدد أو مدد" في الدورة الخامسة عشرة (A/CN.9/345 ، الفقرات ٧٢ إلى ٧٧) ، اختلفت الآراء بشأن ما إذا كان ينبغي أن يتضمن القانون الموحد أحكاماً محددة بشأن هذه الطلبات . وجرى الإعراب عن شكوك بالنسبة للحاجة إلى المادة ١٨ وذلك على أساس أن الظروف التي تعالج فيها قد شملتتها فعلاً ، بطريقة ملائمة ، أحكام أخرى في القانون الموحد . وأشير بمغفة خاصة إلى أنه يمكن ، عن حق ، تصنيف طلب التمديد أو السداد ، كطلب لتعديل خطاب الكفالة طبقاً للمادة ٨ . ووفقاً لهذا الرأي فإنه إذا تضمن القانون الموحد إجراء مناسباً للتعديل بحيث يشترط الإشعار وقبول الطرفين مستنتفي الحاجة إلى المادة ١٨ . ويمكن تطبيق المادة ١٤ على مكونة طلب السداد في التماس التمديد أو السداد . وجرى التساؤل أيضاً عن ضرورة إدراج المادة ١٨ وذلك على أساس أن معايير السلوك العامة التي يفرضها القانون الدولي تعتبر قد غطت بدرجة كافية الحاجة إلى الإجراءات المرتبة في الفقرات الفرعية (١) إلى (ج) .

٦٦ - والعوامل الأساسية التي ذكرت تأييداً للإبقاء على المادة ١٨ شملت أوجه الالتفات التي تحيط بطلبات التمديد أو السداد وببرد الكفيل عليها ، بالإضافة إلى مدى تكرار هذه الطلبات . وذكر أنه وفقاً لذلك لا بد أن يعالج القانون الموحد ، إما في المادة ١٨ أو في حكم آخر ، هذه الطلبات . وقيل إن طلبات التمديد أو السداد لا يمكن معالجتها كطلبات بسيطة للتعديل وأنه من المستصوب وضع قواعد محددة لتنظيم الأثر القانوني والإجراءات بالنسبة لهذه الأنواع من الطلبات . ومتساعد هذه القواعد في معالجة المشكلات التي تنشأ عندما ينتهي سريان خطاب الكفيل ، بعد رفض طلب التمديد أو السداد ، دون أن يتم السداد . وجرى أيضاً تأييد الإبقاء على المادة ١٨ على أساس أن طلبات التمديد أو السداد قد يُنظر إليها على أنها تمثل خطوات لها فائدة متوقعة نحو تحقيق تسوية عن طريق التفاوض للمنازعات التي تنشأ بين الأصيل والمستفيد بدلاً من أن ينظر إليها في جميع الحالات ، بتخوف ، على أنها ممارسة ينبغي ألا يشجعها القانون الموحد . ومن هذه الناحية اعتبر الحكم الوارد في الفقرة الفرعية (ج) بإرجاء السداد إلى ما بعد انقضاء عدد معين من الأيام وسيلة مفيدة .

٦٧ - وأبدي عدد من الملاحظات الإضافية بشأن ما إذا كان ينبغي الإبقاء على المادة ١٨ . واقتُرح في إحدى هذه الملاحظات أن يكون مجال المادة ١٨ مقتصرًا على الكفالات التي تقدمها المصارف ، وبالتالي استثناء خطابات الاعتماد الضامنة ، وخاصة لأن إجراء التمديد أو الدفع لا يتماشى مع خطابات الاعتماد الضامنة إذ أن للطرفين يتوقعان أن المصرف سيدفع على الفور عند الطلب . وذكر رداً على هذا أن حالة التمديد أو السداد هي حالة تنشأ ليس فقط بالنسبة للضمانات التي تقدمها المصارف بل أنها قد تنشأ أيضاً في حالة وجود خطابات اعتماد ضامنة وبالتالي فإنه لن يكون هناك ما يدعو إلى وضع حدود لمجال المادة ١٨ .

٦٨ - ولاحظ الفريق العامل أن المادة ١٨ لا تقدم منح المستفيد الحق في الحصول على تمديد لفترة سريان خطاب الكفالة بمجرد تقديم طلب للتمديد أو السداد . وهناك مجال آخر قد يحتاج إلى توضيح وهو أثر تقديم طلب للتمديد أو السداد ، طبقاً لخطاب الكفالة غير المباشر ، على خطاب كفالة الكفيل ، وأشار أيضاً إلى أن تعديل عنوان المادة ١٨ بحيث يكون على غرار "التماس التمديد أو طلب السداد" ، وكذلك بوضع المادة على مقربة من المادة ١٨ أو المادة ١٤ ، سيؤدي إلى زيادة الوضوح .

٦٩ - وانتقل الفريق العامل بعد ذلك إلى مناقشة ما إذا كان ينبغي اعتبار أن طلب التمديد أو السداد يتضمن طلباً محدداً بالسداد بحيث لا يُفطر المستفيد ، إذا رُفض التمديد ، إلى المطالبة من جديد بالدفع لتلقي دفعة ، وأشار إلى أن هذا هو النهج الذي تنطوي عليه المادة ١٨ . وجرى الإعراب عن التأييد لهذا النهج . وكان هناك رأي مختلف مفاده أن طلبات التمديد أو السداد لا ينبغي اعتبارها طلبات دفع لأن هذا سيتعارض مع مفهوم تحقيق طلب السداد ، بدقة ، لشروط خطاب الكفالة . وأوضح أن هذا النهج متبع في عدد من النظم . وأشار أيضاً إلى التمييز بين الحالات التي حدثت فيها الطوارئ التي يكفلها خطاب الكفالة والحالات التي لم تحدث فيها تلك الطوارئ . وفي النوع الأخير من الحالات ، مثلاً عندما يقدم التماس التمديد أو السداد لمجرد أن مدة العقد المتعلق بذلك يجري تمديدها ، قد يعتبر طلب السداد تعسفياً .

٧٠ - وبعد المداولة ، قرّر الفريق العامل ، لتسهيل مواصلة النظر في المسألة ، أن يطلب إلى الأمانة أن تقدم إليه نهجين ممكنين . وطبقاً للنهج الأول ، لن يعتبر التماس التمديد أو السداد طلباً صالحاً للسداد . ولوحظ أن هذا النهج ، على الرغم من أنه قد يؤدي إلى إلغاء طلبات التمديد أو السداد في شكلها الحالي ، لن يمنع المستفيدين من تحقيق النتيجة نفسها بأن يطلبوا أولاً تمديد خطاب الكفالة قبل تاريخ نهائي محدد وأن يقدموا بعد ذلك طلباً للسداد إذا لم تمتد فترة السريان بحلول

التاريخ النهائي . وطبقا للنهج الثاني ، الذي سيقدم في المشروع التالي ، لن يبطل جزء طلب السداد من التماس للتمديد أو الدفع .

٧١ - ولدى استعراض المادة ١٨ ، أتاحت للفريق العامل الفرصة للدخول في مناقشة بشأن الطريقة التي قد يرمي بها القانون الموحد مجموعة موحدة من القواعد التي تحكم الكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة مع العمل في الوقت نفسه على مراعاة الخصائص المختلفة لهذه الأنواع من المكوك . ولوحظ ، بالنسبة لعدد من مشاريع المواد ، أن أسئلة قد أثيرت بشأن مدى جدوى تطبيق القاعدة نفسها على كفالات المصارف وعلى خطابات الاعتماد الضامنة . وقد أثيرت هذه الأسئلة ليس فقط بالنسبة لإجراء التمديد أو السداد الوارد في المادة ١٨ بل أيضا بالنسبة للاشتراطات الواردة في أماكن أخرى في القانون الموحد ، ومنها مثلا إشعار طلب السداد الذي يجب أن يرمله الكفيل للأصيل ، ومعالجة الشروط التي لا توجد وثائق بشأنها ، ومسألة تحديد التحويلات ، وقاعدة الاستبعاد . وفي كل حالة من هذه الحالات قيل إن التمييز السابق بين ممارسة خطابات الاعتماد الضامنة وممارسة خطابات الكفالة لم يكن السبب ، على النحو الكافي ، في الاختلافات بين مستخدمي الكفالات . فبدلا من استخدام مصطلحات مثل "ملزم" أو "تساهلي" التي تنم عن قلة الاحترام ، مُثل عما إذا لم يكن من الأفضل التفكير في تعهدات موجهة نحو السداد الفوري من قبل مرّاف محايد على أساس طلب مستندي محض عوضا عن مكوك يقدم بها التأكد من وجود مرّاف قادر على الإيفاء بعد عملية التفاوض بين الأطراف . أما في الحالة الأولى ، فيحتفظ المستفيد بالأموال أثناء أية مفاوضات بين طرفي المعاملة الأساسية ، بينما في الحالة الثانية فيمسك المرّاف عن السداد . ويتشابه النهجان في كثير من الأشياء وكذلك فإن بينهما اختلافات كبيرة . وقيل إن من الواضح أن بعض الكفالات تدخل في الفئة الأولى بينما يدخل بعضها الآخر في الفئة الثانية ، الأمر الذي يفسر اختلاف المواقف بين الذين يستخدمون الكفالات فيما يتعلق بمختلف الأمور مثل إشعار الطالب قبل السداد أو طلبات التمديد أو السداد . وقيل إن التمييز لم يكن بين الكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة ، ولكن بين المكوك التي هي من الفئة المتعلقة بالسداد ، بما فيها خطابات الاعضاء الضامنة وبعض الكفالات الداخلة في الفئة الأولى وغيرها من أنواع الكفالات الداخلة في الفئة الثانية .

٧٢ - وجرى الإعراب عن رأي مفاده أنه بالنظر إلى ما تقدم قد يتعين النظر في أن تستثنى من مجال القانون الموحد المكوك التي لا تدخل في نطاق الكفالة المصرفي التقليدي بالنسبة لغرضها ووظيفتها . غير أن هذا النهج كان موضع اعتراض بسبب أن مكوكا مثل خطابات الاعتماد الضامنة المالية تمثل كماً كبيراً من الضمانات التي قصد أن يشملها القانون الموحد . وعلاوة على هذا فقد أشير إلى أنه لن يكون من الملائم

أن يميّز القانون الموحد بين مكوك مثل خطابات الاعتماد الضامنة المالية والضمانات المصرفية ، وأن يحاول تطبيق قواعد منغلطة على كل نوع من المكوك . وذكر أن الضمانات المصرفية تستخدم ، مثل خطابات الاعتماد الضامنة المالية ، في الأسواق المالية وهي مقبولة من جانب المستفيدين باعتبار أنها تقدم درجة الثقة العالية المطلوبة في الضمانات . ولذلك فقد أُشير إلى أنه قد يكون من الأجدي أن يراعى القانون الموحد ، على النحو اللازم ، الأغراض المختلفة التي يمكن أن يحققها ضمان يشمل القانون الموحد ، وكذلك إمكان أن تكون هناك فروقات في الجوانب اليقينية ل ضمانات الكفيل . وطبقا لهذا النهج فإن القانون الموحد سيراعي الخصائص الأساسية لل ضمانات المستخدمة في الأسواق المالية والضمانات التي تهدف إلى ضمان الأداء - بغض النظر عما إذا كانت هذه التأكيدات المالية أو تأكيدات الأداء تأخذ شكل ضمانات مصرفية أو شكل خطابات اعتماد ضامن . وقد شجّع الفريق العامل في الوقت نفسه على ألا يفرط في تأكيد الفروقات بين الضمانات المالية وضمانات الأداء وذلك بالنظر إلى أن الضمانات المالية ممتدة كنوع من خطابات الاعتماد الضامنة التي يجري تنظيمها نفسها ، بصفة عامة ، ضمن خطابات الاعتماد .

٧٣ - واتفق على أن تستمر الجهود من أجل صياغة قواعد عامة التطبيق ، وعلى أن يراعى في تلك العملية تباين أغراض ، وخصائص ، المكوك المختلفة التي يشملها القانون الموحد . وأشير أيضا إلى أن أحد المفاهيم التوجيهية للقانون الموحد هو مفهوم استقلال الطرف بالنسبة للموافقة على شروط خطاب الكفالة . وهذا الاستقلال ، الذي لا تزال هناك حاجة إلى تحديد مداه بالنسبة لكل مادة ، هو سبيل يمكن خلاله التوفيق بين التباينات في الممارسة ، وخاصة فيما يتعلق باختيار أنواع معينة من الضمانات وشروط سداد معينة .

المادة ١٩ - الطلب غير السليم

٧٤ - كان نص مشروع المادة ١٩ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"البديل ألف : يكون طلب الدفع غير سليم إذا :

(أ) كان أي تمديد من جانب المستفيد أو أي مستند مطلوب مرفق بالطلب [غير حقيقي] [غير صحيح أساسا] أو مزورا : أو

(ب) كان الطلب واقعا بوضوح خارج نطاق الغرض الذي أعطي من أجله خطاب الكفالة أو كان ، لأي سبب آخر ، يفتقر إلى أي أساس معقول .

"البديل بـ : (١) [كالبديل ألف نفسه]

(٢) لا يكون للطلب أساس معقول ، على سبيل المثال ، في الحالات التالية :

(أ) في حالة خطاب الكفالة الذي [يبدع] [يسند] الالتزام المالي الواقع على طرف ثالث ، حيث يكون المبلغ الأصلي غير مستحق الاداء ؛

(ب) في حالة خطاب كفالة العطاء ؛

١١' حيث لا يكون العقد قد منح بعد ؛ أو

١٢' حيث يكون العقد قد منح لمقدم عطاء غير الأصلي ؛ أو

١٣' حيث يكون العقد قد منح الى الأصلي ويكون الأصلي قد [قبل] [أبرم] العقد وأمن خطاب كفالة الاداء المطلوب ؛

(ج) في حالة خطاب كفالة التمسيد ، حيث لا تكون أي سلفة قد دفعت ؛

(د) في حالة خطاب كفالة الاداء ،

١١' في حيث تقرر محكمة مختمة أو هيئة تحكيمية [في قرار نهائي] أن التزامات الأصلي تجاه المستفيد ، التي يقدم بخطاب الكفالة أن يضمن أدائها ، لا وجود لها أو غير قابلة للانفاذ لأن المعاملة الأصلية [بين الأصلي والمستفيد] لا وجود لها ، أو منافية للسياسة العامة ، أو غير صالحة لأي سبب آخر ؛

.../...

١٣' حيث يكون الاصيل قد أوفى كليا [على نحو يرضي المستفيد] بالتزاماته التي يقدم بخطاب الكفالة أن يضمن أداؤها ؛

١٣' حيث يكون المستفيد قد منع الاصيل من الوفاء بالتزاماته ، التي يقدم بخطاب الكفالة أن يضمن أداؤها ، باخلاله اخلا لا [اراديا] [جسيما] بالتزاماته [الاساسية] في المعاملة الاصلية ؛

١٤' حيث يكون المبلغ المطلوب [غير متناسب اطلاقا مع] [أعلى خمس مرات على الاقل من] الضرر المتكبد من جرّاء تقصير الاصيل في الوفاء بالتزاماته ؛

(هـ) في حالة خطاب كفالة الكفالة ، حيث يكون المستفيد من خطاب كفالة الكفالة قد سدّد [أو عازمّا على السداد] الى المستفيد من خطاب كفالته هو ، السني يشكل استرداد قيمته غرض خطاب كفالة الكفالة ، بنساء على طلب يشوبه [على نحو بيّن] واحد من الميوب المشار اليها في الفقرة (١) من المادة ١٧ ، شريطة أن يكون المستفيد من خطاب كفالة الكفالة .

البديل سين : قد تصرف بتواطؤ مع المستفيد من خطاب كفالته هو .

البديل ماد : [قد تصرف بسوء نية] [قصر في توخي الحرص المهني] .

البديل عين : ، بموجب خطاب كفالة الكفالة أو أي اتفاق استرداد مع كفيل الكفيل أو بموجب القانون ، [له الحق في] [عليه واجب] رفض الطلب بسبب ذلك المييب .

"البديل جيم : (١) يكون طلب الدفع غير سليم اذا كان تحريره يشكل تدليسا أو تمسقا .

(٣) يشكل تقديم الطلب تدليسا في الاحوال التالية :

١١' اذا كان المستفيد [غير موثق بان المبلغ المطلوب مستحق موعد أدائه] [يعرف أو لا يمكن أن يكون غير مدرك أن المبلغ المطلوب غير مستحق موعد أدائه] استنادا الى الأساس المدعى به في الطلب وفي أي بيانات ومستندات داعمة له ؛ أو

١٢' اذا كان أي من البيانات أو المستندات الداعمة [غير حقيقي] [غير صحيح أصلا] ؛ أو

١٣' اذا كان أي من المستندات الداعمة مزورا .

(٣) يشكل تقديم الطلب تعسفا اذا :

البديل مين : قَارَعَ المستفيد حقه لغرض غير الذي أعطي لاجلسه خطاب الكفالة .

البديل صاد : كان الحدث الطارئ الذي أعد خطاب الكفالة تحسبا لمواقبه بمقصد التمويه على المستفيد لم يقع فعلا دون أدنى شك أو تسبب في وقوعه اخلال أساسي واضح في المعاملة الأصلية ارتكبه المستفيد بارادته .

"البديل دال : [يجوز لـ] [يجب على] الكفيل أن يرفض الطلب باعتباره غير سليم اذا استنتج الكفيل ، بايلاء الاعتبار الواجب لما يتم به تعهده من طابع استقلالي [ومستندي أصلا] ، أن الطلب قد قدم بسوء نية أو تدليسا ، بما في ذلك التدليس أو التزوير فيما يتعلق بالمستندات أو التدليس في المعاملة الأصلية ، أو أن تقديم الطلب يشكل تعسفا من جانب المستفيد ، شريطة أن تكون الحقائق التي تشكل أساس ذلك الاستنتاج مثبتة بوضوح وعلى نحو مقنع دون قيام الكفيل بأي تحقيق ."

٧٥ - قدم الى الفريق العامل أربعة بدائل للمادة ١٩ ، تعكس مختلف الاقتراحات التي قدمت في الدورة الخامسة عشرة (انظر A/CN.9/345 ، الفقرة ٥١) . والبدايل ألف وباء وجيم تشمل تعريفا لممطلح "الطلب غير السليم" . أما البديل دال ، فبدلا من أن يقدم تعريفا للممطلح ، أعطى توجيهها عاما .

٧٦ - ولدى استعراض البدائل تحدد عدد من العوامل باعتبارها تتمثل بتعريف أو وصف "الطلب غير السليم" . ومن أبرز هذه العوامل ذلك التمييز الذي لا بد من وضعه أحيانا بين التدليسي في المعاملة الأصلية وبين التدليسي في الوثائق المقدمة الى الكفيل للحصول على السداد . وفي هذا الصدد كان هناك ادراك بوجود درجة من التوتر ، في حالة التدليسي في الوثائق ، فيما يتعلق بمبدأ فحص الطلب على أساس وقائه ظاهريا بالمطلوبات ، وفي حالة التدليسي في المعاملة ، فيما يتعلق بمبدأ استقلالية التعهد . وكان رأي الفريق العامل ، بوجه عام ، أنه يجب إعطاء الظروف الخاصة بالمصفة الأصلية بعض الغرمة للتأثير على معاملة الكفالة حتى يمكن ، في حالات معدودة ، اعتبار طلب السداد غير سليم . ومن ثم يقتصر مفهوم "الطلب غير السليم" على الحالات التي يمكن فيها وصف سوء التصرف بأنه "واضح" أو "لا يرقى اليه الشك" أو "صارخ" . واقترح أيضا أنه يمكن تركيز المادة ١٩ بشكل يبين أن طلبات السداد التي تقع بوضوح خارج نطاق أغراض خطاب الكفالة هي طلبات غير سليمة .

٧٧ - ومن العوامل الهامة في هذا الصدد اختلاف التسميات في النظم القانونية فيما يتعلق بالطلبات غير السليمة . ومن أبرز تلك الاختلافات أن استخدام كلمة "تدليسي" في بعض النظم القضائية يقتصر على حالات التزوير في الوثائق المقدمة الى الكفيل ، بينما تقع طلبات السداد التي تتمثل بالتدليسي في المصفة الأصلية في إطار "إساءة استخدام الحق" . وفي نظم قانونية أخرى يقع كلا الجانبين في إطار مفهوم "التدليسي" العام . وقد نوقش موضوع وضع تعريف لمطلحات مثل "التدليسي" و "إساءة الاستخدام" ، إلا أن الجو السائد في أعمال الفريق كان باتجاه التقريب بين هذه الاختلافات في الممطلحات بتفادي استخدام هذه الكلمات ، والعمل على استخدام وصف مفهوم بشكل عام لممطلح "الطلب غير السليم" .

٧٨ - وذكر أيضا من العوامل الهامة اختلاف النظم القضائية فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية والموضوعية التي يعمل في ظلها الكفيلون . وعلى سبيل المثال يجري العمل في بعض البلدان على أن تأخذ جهود منع تسديد طلب يدعى أنه غير سليم شكل طلبات الى المحكمة باصدار أمر قضائي أولي ، بينما لا تتيح نظم قضائية أخرى اصدار أمر أولي في مثل هذه القضايا . ولو حظ أيضا أن الظروف تختلف في كل حالة من حالات الطلب غير

السليم ، وهذا يؤثر على مدى سهولة ونطاق قدرة الكفيل على ادراك وجود عيب في طلب السداد . ولاحظ الفريق العامل أن الكفيل ، في الحالات العادية ، لا يتلقى معلومات عن تنفيذ الصفقة الاملية .

٧٩ - وهناك ملاحظة ذات طابع عام ، وهي أن الافتراض العملي في القانون الموحد هو تصرف الاطراف - عادة - بحسن نية . وأشار بعض الاعضاء الى القلق بأنه ينبغي في وضع القانون الموحد أن يؤخذ في الاعتبار ما يمكن أن يلحق بالمستفيد ، خاصة وأن خطاب الكفالة هو نتاج اتفاق تفاوضي بين أطراف تجاريين وهو في أغلب الحالات المصدر الوحيد للتمويض النقدي في حالة التدليس في الصفقة الاملية . وحث بعض الاعضاء الفريق على البحث عن صيغة للمادة ١٩ تكون موضوعية قدر الامكان ، وتتفادى تعابير مثل "يستنتج" قد تفيد بأن العملية ذات طابع ذاتي ، بل وأن على الكفيل أن يجري تحقيقا في التدليس . واقترح أيضا امكانية تبسيط البديل (دال) ، وذلك بحذف عبارة "أن الطلب قد قدم بسوء نية أو تدليسا ، بما في ذلك التدليس أو التزوير فيما يتعلق بالمستندات أو التدليس في المعاملة الاملية ، أو" .

٨٠ - أما فيما يتعلق بالتقييم النوعي للبدايل المقترحة لصياغة المادة ١٩ ، أو المقارنة بينها ، كما ذكر أعلاه ، فإن الفريق العامل يفضل بشكل عام أن تتجنب المادة ١٩ وضع تعريف لمصطلح "التدليس" يمكن أن يكون عرضة لتفسيرات مختلفة كما يحدث غالبا . ومن ثم يفضل الفريق العامل منهج البديل (دال) على المنهج الذي يقوم على تعريف المصطلحات كما في البدائل الأخرى . وينبغي النقد الموجه الى البديلين (ألف) و (باء) على عدم وضوح معنى عبارة "أساس معقول" الواردة فيهما وأنها عبارة عامة أكثر من اللازم . وذكر أن المطلوب أن تكون اللفظة واضحة بحيث توضح ما إذا كان المطلوب من الكفيل أن يحكم فقط على وجود أي أساس على الاطلاق لطلب السداد أم أن يقيم مدى كفاية أي أساس قائم فعلا لطلب السداد .

٨١ - على أن النهج المستخدم في البديل بء ، وهو المتمثل في توفير قائمة توضيحية لحالات الطلب غير السليم ، لم يعتبر ملائما لأغراض القانون الموحد . ومن النقاط المشار ما يتعلق باحتمال كون قائمة الامثلة غير شاملة وقد لا تراعي بمسورة كافية ظروف الحالات الفردية ، كما أن استخدام هذه القائمة لا يتماشى مع تقاليد الصياغة القانونية في عدد من الدول . وكان هناك اقتراح مفاده أن قائمة للأمثلة على غرار تلك المشار إليها في البديل بء قد تكون مفيدة إذا أضيفت على شكل تعليق .

٨٢ - كذلك نظر الفريق العامل في امكانية ادخال تعديلات وتحسينات على البديل دال تتجاوز مجرد تفادي مصطلحات من قبيل "التدليس" أو "اماءة الامتعمال". وفي هذا الاطار ، درس الفريق الحالات المختلفة المتعلقة بالطلب غير السليم المحدد أو المشار اليه في البدائل الاخرى وذلك بقصد تحديد تلك الحالات التي ينبغي أن تغطيها قاعدة عريضة تتمش مع البديل دال . وفيما يتعل بالفقرة (١) (١) من البديل الف ، نظر الفريق العامل في ما ينبغي أن يحيط به مفهوم الاحتيال في الوثائق . واتفق على وجوب ادخال حالة الوثائق المزورة في هذا المفهوم . أما حالة الوثائق المزيفة أو غير الدقيقة فقد كانت أقل وضوحا . ولاحظ الفريق العامل أن مفهوم التزوير يشمل في بعض الولايات القانونية الوثائق المزيفة أو غير الدقيقة بينما لا يشملها في ولايات أخرى . ومما يعقد وضع قواعد عامة لهذه الحالات أن الزيف أو عدم الدقة قد لا يعني دائما التدليس الخاضع للقانون الموحد . واقترح أنه قد يكون من المفيد في هذه الحالة أن تنص المادة ١٩ على وجوب توفر نية الخداع لدى المستفيد ، وذلك في حالة الوثيقة المزيفة أو غير الدقيقة التي تجعل الطلب غير سليم .

٨٣ - وفي هذا الصدد لاحظ الفريق العامل أن المحاكم في بعض الولايات القانونية ارتأت أن الكفيل في هذا النوع من الحالات ملزم بالسداد إذا كان المستفيد غير عارف بوجود تلاعب بالوثائق . ويشير رأي المحاكم هذا مسألة أعم تتمثل فيما إذا كان القانون الموحد ينبغي أن يقتصر بمرة عامة على حالات يكون فيها المستفيد متورطا في عملية التدليس أو عارفا به . وكان هناك اتفاق عام على أن طلب السداد ينبغي أن يعتبر غير سليم في هذه الحالات . غير أنه لم يتم التوصل إلى استنتاجات نهائية حول ما إذا كانت معرفة تورط المستفيد تشكل شرطا مسبقا للعمل بموجب المادة ١٩ . ومع ذلك فإن الفريق العامل اتفق بمرة عامة على أن الحالات التي يتناولها البديل الف ينبغي أن تخضع للمادة ١٩ .

٨٤ - وأعرب عن رأي مفاده أن الحالة المعروضة في الفقرة (٢) (١) من البديل بـاء لا تشكل في جميع الحالات طلبا غير سليم . وأشار إلى أن الفرض من خطاب الكفالة قد يكون بالفعل النص على السداد حتى قبل استحقاق المبلغ الذي تتمتع به المعاملة (من ذلك مثلا عند إفسار الاصيل) . واقترح أن من الممكن حل المشكلة بربط هذا الامس لعدم سلامة طلب السداد بأحكام خطاب الكفالة وشروطه .

٨٥ - وبينما جرى الإعراب عن التأييد للاتجاه العام للفقرة (٢) (د) '١' من البديل بـاء ، نُبه الفريق العامل إلى أن الفرض من خطاب الكفالة يمكن أن يتمثل في تغطية خطر وقوع ذلك النوع من الحالات المشار اليه في تلك الفقرة (عدم الملاحية ، عدم

القدرة على إنفاذ المعاملة) . وأشير إلى أن السداد في ظل هذه الظروف مقبول رغم إخضاعه للتمحيص القضائي في عدد من الولايات .

٨٦ - وأعرب عن بعض التردد فيما يتعلق بنوع الحالات المشار إليه في الفقرة ٢ (د) '٣' ، مما يتعلق بقيام المستفيد بمنع أداء الالتزامات في المعاملة المكفولة بكتاب الكفالة . واقتصر على تقدير هذا النوع من الحالات يميل إلى أن يكون ذاتيا بصورة خاصة ومرتبطة بظروف كل حالة على حدة ، ولذا ينبغي ألا تغطيه المادة ١٩ .

٨٧ - وجرى الإعراب عن تحفظات إزاء تغطية الحالة الواردة في الفقرة (٣) (د) '٤' من البديل باء والتي تتمثل بعدم التناسب بين الأضرار الحاصلة والمبلغ المطلوب سداًه بموجب خطاب الكفالة . ويتمثل أحد التحفظات في أن تقدير الطلب ينطوي على حكم قيمي من جانب الكفيل . ويتمثل تحفظ آخر في أن سلامة الالتزام تتعرض للخطر إذا كان من الممكن رفض السداد استناداً إلى سبب غير انعدام أي أساس للطلب . وأشير إلى أن خطر عدم التناسب يمكن أن يتمشى له الأصيل بالتأكد من أن خطاب الكفالة يحتوي على آلية لتنزيل مبلغ الكفالة ويتطلب تقديم الوثائق المؤشقة للمبلغ المستحق .

٨٨ - وجرى الإعراب عن آراء مختلفة حول ما إذا كان رفض طلب غير سليم للسداد ينبغي أن يكون الزامياً أو تقديرياً وفقاً للمادة ١٧ والمادة ١٩ على التوالي . وكان هناك بعض التأييد للنهج التقديري وخصوصاً بسبب التخوف من أن النهج الإلزامي يبرز الغموض المحيط بالقانون الذي يستخدم في معالجة مفهومي الاحتيايل وإساءة استعمال الحقوق ، مما يرد في البديل دال : هل هو القانون الناظم للعملية أو القانون الناظم لخطاب الكفالة . أما الرأي السائد المتمشي مع القرار الخاص بالمادة ١٧ ، فهو أن الرفض ينبغي أن يكون الزامياً في تلك الحالات التي يوجد فيها احتيايل صريح أو إساءة استعمال واضحة وفقاً للمادة ١٩ . ومن شأن هذا النهج أيضاً أن يفيد في تفادي الغموض الذي ينشأ في الحالات التي يرتبط فيها التزام الأصيل بالسداد للكفيل بممارسة الكفيل لسلطته التقديرية .

٨٩ - واتفق الفريق العامل على أن حالة خطاب الكفالة المعاكسة ينبغي أن تدخل في نطاق المادة ١٩ . ولوحظ أن الاحتيايل في سياق الكفالة المعاكسة يمكن أن يركز على الكفالة المعاكسة نفسها وذلك مثلاً إذا قدم طلب السداد بموجب خطاب الكفالة المعاكسة بدون وجود طلب للسداد يخضع لخطاب الكفالة غير المباشرة . وفي الحالات الأخرى ، يحصل السداد بموجب خطاب الكفالة غير المباشرة ولكنه يكون ملطخاً باحتيايل المستفيد النهائي .

٩٠ - وفيما يتعلق بمياغة خطاب كفالة الكفالة الواردة في الفقرة (٢) (هـ) من البديل بء ، اقترح أن الاختبار الوارد في تلك الفقرة يتطلب إعادة المياغة بحيث يراعي بصورة أفضل الفروق بين القوانين الوطنية فيما يتعلق بمجال المناورة المسموح به للكفيل الذي يواجه طلبا غير سليم للسداد . واستعرض الفريق العامل الخيارات الثلاثة المعروضة في الفقرة (٢) (هـ) بشأن الظروف التي تنطبق فيها المادة ١٩ على حالة الكفالة المعاكسة . وقد أشار البديلان سين وماد بعض التردد وخصوصا بسبب تضمنهما لمصطلحات غير أكيدة المعنى من قبيل "التواطؤ" و "سوء النية" و "العناية الفنية" . وفيما يتعلق بالبديل ماد ، أعرب عن رأي مفاده أن الإشارة إلى عدم ممارسة العناية الفنية قد توحي بأن على الكفيل أن يقوم بأكثر من مجرد فحص طلب السداد . أما النهج الأخير وهو البديل عين ، الذي يتفادى استخدام مصطلحات غامضة ، فقد اعتبر هو المفضل . ولوحظ أن لفظة not قد سقطت سهوا قبل لفظتي [under a duty] و [entitled] (في النص الانكليزي) .

٩١ - وبعد التداول طلب الفريق العامل من الامانة العامة تنقيح المادة ١٩ على اسمي الافضلية التي أعرب عنها ازاء النهج الوارد في البديل دال . وكما ورد في المناقشة ، سيتم الحكم المنقح بالحالات التي يعتبر فيها عدم سلامة طلب السداد واضحا جليا أو بدون أي شك بالنسبة للكفيل . كما أنه سيتفادى تعريف مصطلحات من قبيل "التدليس" و "سوء استعمال الحق" وميركز بدلا عن ذلك على وصف الطلب غير السليم ومراعاة الاشكال المختلفة للمكوك وما يمكن أن يكون لها من أغراض متنوعة . كذلك فإن الحكم سيتمى لخطاب الكفالة المعاكسة بحيث يأخذ بعض مفاته من الفقرة (٢) (هـ) من البديل بء بما في ذلك جوهر البديل عين في تلك الفقرة .

المادة ٢٠ - المعاوضة

٩٢ - كان نص مشروع المادة ٢٠ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"البديل ألف : ما لم يتفق الطرفان [مراحة] على خلاف ذلك ، لا يجوز للكفيل أن يفيد من إمكانية المعاوضة مع أي مطالبة بالسداد بموجب خطاب الكفالة .

"البديل بء : ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ورهنا بأحكام قانون الإعسار ، يجوز للكفيل إبراء التزامه بالسداد بموجب خطاب الكفالة بالمعاوضة مع أي مطالبة لم ينزل له عنها الاصيل ، شريطة أن تكون مطالبة الكفيل [ممفأة و] يقينية أو لا تنازع فيها .

"البديل جيم : ما لم يتفق الطرفان مراعاة على خلاف ذلك ، يمنع الكفيل من إبراء التزامه بالدفع بموجب خطاب الكفالة بالمعاوضة مع أي مطالبة ، باستثناء الحالتين التاليتين : :

(أ) حين يكون المستفيد معسراً ؛ أو

(ب) حين يكون القصد من خطاب الكفالة ضمان وفاء الاصيل أو الكفيل بالتزام مالي أو التزام بالسداد أو أن يكون بالإمكان إبراء ذلك الالتزام بالمعاوضة مع مطالبة الكفيل" .

٩٣ - وكما كان الحال في الدورة الخامسة عشرة ، فقد أُعرب عن وجهات نظر متضاربة حول ما إذا كان ينبغي للقانون الموحد أن يتضمن حكماً بشأن المعاوضة . وأشار ، في معرض تأييد حذف المادة ٣٠ ، إلى التضاربات الحاملة بين القوانين الوطنية فيما يتعلق بمدى السماح بإجراء المعاوضة . وعلى سبيل المثال ، لا يُسمح في بعض البلدان بإجراء المعاوضة إلا في حالات العسر . وإزاء هذا التباين ، من المؤكد أن تتعارض إحدى مواد القانون الموحد مع الولاية القانونية والقوانين في عدد من البلدان . ومن العوامل الأخرى التي ذُكرت تأييدا لحذف المادة ٣٠ ، التواتر المنخفض نسبياً للحالات التي تستدعي إجراء معاوضة في سياق الكفالة وإمكانية النظر إلى عملية المعاوضة على أنها أسلوب في تنفيذ الدفع بموجب خطاب الكفالة ، لا غير .

٩٤ - وكان الرأي السائد يحذو الإبقاء على حكم بشأن المعاوضة في القانون الموحد . وأفيد بأن الحل الواضح لمسألة المعاوضة هو حل ذو أهمية بالنسبة لشرعية خطاب الكفالة . فعملية المعاوضة هي وسيلة انتماف شاع استعمالها خارج المحاكم وينبغي ألا تكون خارج نطاق القانون الموحد . وفي حين أن إدراج قاعدة تفاهم مشترك سيزيد من الانسجام والوحدة ، فإن عدم وجود مثل هذه القاعدة في القانون الموحد قد يؤدي إلى عدم اليقين وعدم الانسجام . وكان الرأي أيضاً أن مثل هذه القاعدة قد توضح بشكل مفيد المسائل التي لا تشملها القوانين في جميع الدول ، وعلى سبيل المثال ، ما إذا كان يُسمح للكفيل بمعاوضة مطالبة أسندها الاصيل للكفيل .

٩٥ - وفيما يتعلق بمضمون قاعدة المعاوضة ، أُعرب عن وجهة نظر مفادها أنه ينبغي اختيار البديل ألف الذي يحظر إجراء المعاوضة ، على الرغم من تعديله للسماح بإجراء معاوضة في حالات عسر المستفيد . وكان أحد الأسباب الكامنة وراء حظر عملية المعاوضة هو أن خطاب الكفالة هو في جوهره بديل عن وضع المال كضمان مع شخص ثالث ، وأن هناك

حاجة ، لذلك ، إلى القيام بالسداد عند استحقاقه . كما أُشير إلى القرارات القضائية المتخذة في مجال الاعتمادات المستندية المماثل التي تحظر إجراء المعاوضة ، وإلى حالة الشك التي قد تنشأ بالنسبة لحائزي فوائد الكفالة في مبلغ الكفالة ، وذلك في حال كون عملية المعاوضة واردة .

٩٦ - بيد أن الرأي السائد هو أن هذه المحاولة لحظر إجراء معاوضة لن تبين الممارسة وستقلل من إمكانية قبول القانون الموحد . واستنادا إلى هذا الرأي ، فإن المعاوضة لا تتعارض مع أغراض خطاب الكفالة ولذا كان النهج المتسامح الوارد في البديل بآء مفضلا . وثمة اقتراح أيضا بأن عدم القدرة على إجراء معاوضة سيؤدي إلى صعوبات تتعلق بتعقب الموجودات وقد يزيد من حالات الدفع المزدوج . كما أعرب الفريق العامل عن تأييده للحظر الوارد في البديل بآء بشأن معاوضة المطالبات التي أمندها الأصل للكفيل . وكان الرأي أن عملية المعاوضة هذه ستتعارض مع الفرض من خطاب الكفالة ومع مبدأ الاستقلال . وثمة مسألة تتعلق بالطريقة التي ستحدد بها فكرة مطالبات الأصل ، وعلى سبيل المثال ، ما إذا كانت الفكرة تشمل مطالبات إحدى الشركات التي يكون فيها مملحة للأصل .

٩٧ - وأعرب عن وجهات نظر متضاربة بشأن بعض جوانب البديل بآء . كما أعرب عن بعض التأييد للإشارة في نهاية البديل بآء إلى ما تتمتع به المطالبات الممكن إجراء معاوضة بشأنها من سيولة أو تأكيد أو عدم شك . وكانت هناك دعوة واسعة النطاق إلى حذف هذه اللفظة بدعوى أن هذه الجوانب التفصيلية لعملية المعاوضة قد عولجت في القانون الوطني وأنه ليس من الضروري تناولها في القانون الموحد ، مما قد يؤدي إلى نشوء تعارض مع القانون الوطني .

٩٨ - وذكرت التقارير أن عملية المعاوضة مقصورة في قوانين بعض البلدان على مطالبات الكفيل الناجمة عن نفس الصفقة التي تنجم عنها مطالبة المستفيد . وفي حين أن هناك من يؤيد هذا القصر في القانون الموحد ، فكثيرون هم الذين ينظرون إليها على أنها مسألة يتعين تركها لقانون المعاوضة العام في كل بلد . وثمة اقتراح بأنه قد يكون من المفيد الإشارة إلى أن عملية المعاوضة لا بد أن تجري إزاء طرف يُطالب بالدفع . فتحديد كهذا ضروري لمعالجة حالات إسناد خطاب الكفالة أو تحويله . وقاعدة كهذه ستحظر على الكفيل ، مثلا ، إجراء معاوضة بشأن مطالبة تنطوي على اشراك المستفيد الأصلي ضد طلب سداد مقدم من المَحَوَّل إليه .

٩٩ - وبعد مداوات ، طلب الفريق العامل من الأمانة تنقيح المادة ٣٠ على نحو يتماشى مع ما أعرب عنه من تفضيل للبديل بآء .

الفصل الخامس - التدابير القضائية المؤقتة

المادة ٣١ - الأمر الزجري التمهيدي ضد الكفيل

١٠٠ - كان نعم مشروع المادة ٣١ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) إذا ، بناء على طلب مقدم من الاميل ،

البديل ألف : قدمت الى محكمة مختمة بيينة قوية كافية لإقناعها بأن

البديل باء : قدمت الى محكمة ذات اختصاص قضائي أدلة ملزمة واضحة
تشبت أن

البديل جيم : أقيم الدليل بالوسائل المستندية ، ومن ضمنها [أقوال
الشهود المحلفين] [الشهادات الخطية المشفوعة بقسم] ،
على أن

طلب السداد الذي قدمه المستفيد [أو من المتوقع أن يقدمه] طلب غير سليم ،
جاز للمحكمة أن تصدر أمرا تمهيديا يمنع الكفيل من تلبية الطلب [أو من
الخصم من حساب الاميل] ، شريطة أن [تكون المحكمة مقتنعة بأن] من شأن
الامتناع عن اصدار مثل هذا الأمر أن يلحق بالاميل [ضررا فادحا] [خسارة
لا تعوض] أعظم [بلا ريب] من الخسارة التي يمكن أن يتكبدها المستفيد من جراء
اصدار أمر كهذا .

(٢) [يجوز للمحكمة أن تستمع الى الكفيل] [على المحكمة أن تتيح للكفيل
فرصة الإدلاء بأقواله] قبل أن تبث في طلب الاميل . ويجوز لها أيضا [، إذا سمح
بذلك قانونها الاجرائي] ، أن تنظر في استمواب الامتاع الى المستفيد أو
السماح للاميل باستصدار أمر انتصاف زجري ضد المستفيد بوصفه مدعى عليه
مشاركاً .

(٣) يصدر الامر المشار إليه في الفقرة (١) من هذه المادة لفترة نفاذ محددة لا تتجاوز [سنة] أشهر . ويمكن جعل تمديد هذه الفترة متوقفا على أن يقيم الاميل على الكفيل أو المستفيد دعوى غير الدعوى الابتدائية .

(٤) يجوز للمحكمة أن تجعل مفعول الامر المشار إليه في الفقرة (١) من هذه المادة مرهونا بأن يوفر الاميل التأمين الذي تراه المحكمة مناسباً .

ملاحظات عامة

١٠١ - لاحظ الفريق العامل أن المادة ٢١ والمادتين الأخريين في هذا الفصل ذات طابع تمهيدى بوجه خاص ، يقصد بها أن تعكس الآراء المختلفة التي أُبديت في الدورة الخامسة عشرة وأن تسهل مواصلة النظر من قبل الفريق العامل فيما إذا كان ينبغي أن يعالج القانون الموحد التدابير القضائية المؤقتة وفي كيفية ذلك ، وبخاصة الأمر الجزري التمهيدى .

١٠٢ - وكما كان الحال في الدورة الخامسة عشرة ، أُبديت آراء مختلفة حول مسألة الأوامر الجزرية التمهيدية . وكان هناك شيء من التردد في إدراج المادة ٢١ والأحكام المرافقة لها ، وخصوصاً بقدر احتمالها على قواعد اجرائية تختلف من دولة إلى أخرى وقد يحسن تركها للقانون المحلى . وقدم اقتراح مفاده أن مقبولية القانون الموحد سوف تتضرر إذا واجه الهيئات التشريعية باحتمال اضطرابها إلى تعديل القواعد الثابتة التي تحكم الأوامر الجزرية فيما يتعلق بمجال معين واحد من القانون . وذكّر أيضاً أن الانتصاف الجزري المتوخى في مشاريع المواد سيكون بالنسبة لبعض الدول أمراً غير مألوف . وفي ضوء ما تقدم ، اقترح إلغاء المواد المعنية ، أو على الأقل توجيهها إلى تلك الدول فقط التي تكون فيها الأوامر الجزرية تدبيراً معترفاً به .

١٠٣ - وتحبذا لاستبقاء حكم متعلق بالأوامر الجزرية ، ذكر أن مثل ذلك الحكم يمثل عنصراً مكملاً لأحكام القانون الموحد التي تتناول التدليس والتعسف . واقترح أيضاً أنه ليس من مقاصد مشاريع المواد إحداث تغييرات عميقة في الإجراءات الوطنية الحالية ، مع أنه قيل إنه بالنظر إلى وجود تنوع في النهج الوطنية على وجه التحديد سيكون من المرغوب فيه إدراج الأحكام المعنية في القانون الموحد . وذكّر أنه بقدر عدم وجود إجراءات جزرية في بعض الدول ، يكون الاحتفاظ بأحكام متعلقة بالأوامر الجزرية مفيداً في توفير الإرشاد لتلك الدول في مياغة مثل تلك الأحكام . وفيما يتعلق بتلك الدول وكذلك بمشكلة تنوع النهج الوطنية على السواء ، قيل إن إدراج أحكام تتعلق بالأوامر الجزرية التمهيدية مفيد للتوحيد الدولى ولحماية سلامة خطاب

الكفالة . ولوحظ كذلك أن مناقشة المادة ٣١ أعيقت بعض الشيء بسبب عدم التيقن مما إذا كان الشكل النهائي للقانون الموحد سيكون اتفاقية أم قانوناً نموذجياً .

الفقرة (١)

١٠٤ - نظر الفريق العامل في ثلاثة بدائل واردة في الفقرة (١) بشأن الشرط الرئيسي الذي يتعين على الأصل استيفاءه من أجل الحصول على أمر زجري . فأما النهج الأول ، وهو البديل ألف ، الذي يطلب من الأصل تقديم بيئة قوية كافية ، فقد تعرض للنقد على اعتبار مفرط الليونة . وأما البديل باء ، الذي أشار إلى الأدلة السلسلة الواضحة ، فقد أعتبر أنه معيار أكثر شدة ولذلك فقد كان محل تأييد أكبر . ومع ذلك فقد أبديت تحفظات تتعلق باستعمال تعبير "أدلة واضحة سلسلة" ، الذي قد لا يُفهم على نطاق واسع . وأما البديل جيم ، الذي أشار إلى إقامة الدليل بالوسائل المستندية على عدم سلامة طلب السداد ، فقد لقي بعض التأييد بالفعل ، ولكنه اعتبر عموماً بأنه معيار مفرط الشدة ويمكن أن يضر بمصالح العدالة . وعلى وجه الخصوص ، قد لا يكون من المستصوب ، في الإجراءات القضائية ، قصر الطريقة التي يمكن أن يثبت بها الأطراف عدم سلامة الطلب على الوسائل المستندية . وأثير أيضاً سؤال بشأن ملائمة الإشارة إلى الشهادات الخطية المشفوعة بقسم ، نظراً إلى كون هذه المكوك غير مألوفة في بعض النظم القانونية . وأُبهني قدر كبير من الاهتمام بالاقتراح الداعي إلى ادماج البديلين باء وجيم معاً ، لاشتراط وجوب أن يثبت طلب الأصل بصورة واضحة كون طلب السداد غير سليم .

١٠٥ - وأثناء استعراض البدائل الواردة في الفقرة (١) ، أبدت ملاحظات مختلفة ، من بينها ما يلي : أنه بالنظر بوجه خاص إلى تنوع النظم القانونية الوطنية ، ينبغي أن تكون أحكام القانون الموحد المتعلقة بالأوامر الجزرية التمهيدية ذات طابع عام هيكلية ، وأن تكون مرنة وأن تتجنب المساس بحق الأطراف في اللجوء إلى المحاكم ؛ وأنه ينبغي النص بصورة شديدة الوضوح على أن الأمر الجزري التمهيدي يجب ألا يتاح إلا في الحالات المحددة بدقة التي تندرج في فئة "طلبات السداد غير السليمة" المبينة في المادة ١٩ وأن الملة بالمادة ١٩ ربما يتعين أن توضح بصورة أشد مما هي في المشروع الحالي ؛ وأن مفضي الإشارات إلى المحاكم ذات الاختصاص غير جلي ؛ وأن معيار الاثبات نفسه ينبغي أن يطبق على كل من المادتين ٣١ و ٣٣ .

١٠٦ - ثم نظر الفريق العامل فيما إذا كان ينبغي أن تسمح المادة ٣١ للأصل بأن يقدم طلباً للحصول على أمر زجري تمهيدي قبل تقديم طلب السداد . فكان هناك من حث على إلغاء هذه الامكانية استناداً إلى أن مثل هذه الطلبات الاستباقية ستوسع من نطاق

الانتصاف الزجري بموجب القانون الموحد الى درجة مفرطة . وأشار البعض أيضا الى أن استعداد المحاكم لمنح هذا الانتصاف الاستباقي سيختلف من اختصاص قضائي الى اختصاص قضائي آخر . وأبدي رأي مختلف مؤداه أن الوقت الضيق عادة بين طلب السداد والسداد يجعل من غير الواقعي عدم السماح بالطلبات الاستباقية للحصول على الانتصاف الزجري ، ولكن مع بقاء الأمل في المحافظة على انتصاف حقيقي للأصيل . وقيل إن الضغط هذه المرة سيكون شديدا لو أن الفريق العامل قرر بمسورة نهائية بموجب المادة ١٥ ألا ينم على تقديم إخطار الى الأصيل بطلب السداد . وأبدي أيضا رأي مفاده وجوب حذف الإشارة الى القيد على حساب الأصيل بوصفه أحد الأعمال التي يستطيع الأمر الزجري وقفها . وكان وجه التخوف وراء ذلك الرأي هو أنه إذا دفع الكفيل بحسن نية ، فينبغي ألا تتدخل المحكمة لمنع القيد على حساب الأصيل .

١٠٧ - وجرى تبادل لمختلف وجهات النظر بشأن الإبقاء أو عدم الإبقاء على صيغة نهائية الفقرة (١) بشأن تقدير المحكمة للضرر النسبي الذي سيلحق بالأطراف نتيجة لرفض منح الانتصاف الزجري . وكانت الاهتمامات المؤيدة للحذف مبعثها أن الحكم الوارد في المادة ٢١ قد يتعارض مع النهج المختلفة إزاء ذلك التقدير والموجودة في الممارسة الفعلية ، وأن مهمة تقدير الأخطار الكامنة في استخدام خطابات الكفالة هي بالدرجة الأولى مسؤولية المدين الأصلي . وقال أنصار الإبقاء على ذلك الحكم إنه سيكون له الأثر المرجو وهو تضيق نطاق إمكانية استصدار الأوامر الزجرية التمهيدية وأنه سيعزز الاتساق . وذكر أيضا أن قيام المحكمة بتقدير ما إذا كان ينبغي إصدار أمر زجري يمكن أن يقابله مطالبة المدين الأصلي بتوفير ضمان .

١٠٨ - ونظر الفريق في عدد من السبل الممكنة لتوسيع نطاق المادة ٢١ . أولها اقتراح بتوسيع نطاق المادة بحيث تتناول تدابير مؤقتة خلاف الأوامر الزجرية التمهيدية مثل الاستيلاء على الأصول أو الحجز عليها قبل صدور الحكم . وأعرب عن شكوك بالنسبة لتناول الحجز ، لا سيما وأنه من غير المتيقن ما إذا كانت تلك الوسيلة ستطبق ، أو يمكن أن تطبق ، بشكل موحد على الأمور غير المنظورة مثل الالتزام بالدفع بموجب خطاب الكفالة أو الحق في المطالبة بالسداد . وثمة اقتراح آخر وهو أن تتضمن المادة ٢١ حظرا ضد الشرط الذي تتضمنه أحيانا كفالات الكفيل والذي يقتضي من كفيل الكفيل السداد حتى رغم إصدار المحكمة أمرا يحظر السداد . ومع ذلك فقد كان هناك اقتراح آخر مؤداه أن تتضمن المادة ٢١ حكما بشأن استجابة الكفيل لطلب لاستصدار أمر زجري تمهيدي . وذكر أن الممارسة تتفاوت من دولة إلى أخرى بالنسبة لمدى انخراط الكفيل في الوقت ضد طلب من أجل استصدار أمر زجري تمهيدي .

١٠٩ - وأعرب عن آراء متباينة بشأن ما إذا كان ينبغي للقانون الموحد أن يتناول الأوامر الجزرية التي لا تستند إلى طلب غير سليم ولكن إلى اعتراضات أخرى على السداد مثل عدم الوجود أو عدم الملاحية أو عدم إمكانية فرض تنفيذ خطاب الكفالة . وذهب أحد الآراء إلى أنه ينبغي توسيع نطاق المادة ٢١ بحيث تشمل مثل هذه الاعتراضات وأن تخضع طلبات استصدار أوامر جزرية للشروط ذاتها ، لا سيما فيما يتعلق بمستوى البينة . وأعرب عن رأي آخر مفاده وجوب أن يكون إصدار أمر جزري ميسرا كتدبير غير عادي في الحالة غير العادية التي يقدم فيها طلب غير سليم والتي يكون من المعوق فيها بشكل خاص إذا سمح بإصدار أمر جزري على أساس عدم تطابق المستندات . ومع ذلك فقد أعرب عن رأي آخر مفاده أنه ينبغي للقانون الموحد أن يتناول فقط الأوامر الجزرية المستندة إلى طلب غير سليم ويترك مسألة إتاحة استصدار الأوامر الجزرية المستندة إلى اعتراضات أخرى على السداد لتتناولها أحكام أخرى في القانون الإجرائي الوطني . وطلب الفريق العامل ، بعد مداولات ، أن تعد الأمانة العامة مشروع أحكام تعكس تلك الآراء الثلاثة لإعادة النظر فيها في دورة مقبلة .

الفقرة (٢)

١١٠ - تبادل الفريق العامل الآراء بشأن ما إذا كان ينبغي النظر في طلب استصدار أمر جزري تمهيدي بدعوى جزئية أو ما إذا كان ينبغي إتاحة الغرامة للكفيل ، وربما للمستفيد ، للإدلاء بأقواله . فذهب رأي إلى أنه لا بد من إتاحة الغرامة للجانبين للإدلاء بأقوالهما ولا يترك الأمر للتقدير . وذهب رأي آخر إلى أنه نظرا للقيود الزمنية في هذا الشأن فإنه من غير الواقعي فرض اشتراط شامل بأن تتاح الغرامة للكفيل ، وربما للمستفيد ، للإدلاء بأقواله . واقترح أن يسمح لظروف كل حالة على حدة بأن تقرر طبيعة الإجراءات . وكان هناك اقتراح آخر بقبول ممارسة إصدار أوامر تقييدية مؤقتة في الدعاوى الجزئية .

١١١ - وكان هناك خليط من الآراء أيضا بشأن إيراد إشارة إلى اتخاذ إجراء الأمر الجزري ضد المستفيد بوصفه مدعى عليه مشاركا . ورئي ، على وجه الخصوص ، أن مثل هذه المناورة قد تلقى معوقات فيما يتعلق بالاختصاص القضائي .

الفقرة (٣)

١١٢ - وطرح سؤال عما إذا كان من المناسب أن توفر المادة ٢١ ذات القدر من التفصيل الإجرائي الوارد في الفقرة (٣) . وذكر أن الإجابة على ذلك تتوقف إلى حد ما على ما إذا كان الشكل النهائي للقانون الموحد سيكون شكل اتفاقية أو شكل قانون نموذجي .

الفقرة (٤)

١١٣ - أعرب عن بعض التأييد لادراج حكم على نسق الفقرة (٤) ، وخاصة نظرا لانه سيساعد على إبراز الطابع الهام وغير العادي للأمر الزجري الذي يعرقل ، استنادا إلى الطلب المقدم من المدين الأصلي ، عملية السداد المتوخاة بموجب خطاب الكفالة . وقدم اقتراح بأن يقتضي القانون الموحد من المدين الأصلي توفير ضمان في جميع الحالات ولم يحظ ذلك الاقتراح بتأييد واسع النطاق إذ كان الرأي السائد أن من الأفضل ترك المسألة لتقدير المحكمة .

١١٤ - وبعد مداوات ، طلب الفريق العامل من الامانة العامة أن تنقح المادة ٣١ بحيث تعكس مضمون المناقشة التي جرت . وستتناول المادة المنقحة التفاصيل الاجرائية بمسورة اقل استفاضة من الاحكام الحالية للفقرات من (٢) إلى (٤) .

المادة ٣٢ - الأمر الزجري التمهيدي ضد المستفيد

١١٥ - كان نص مشروع المادة ٣٢ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) اذا قدمت إلى محكمة مختمة ، بناء على طلب مقدم من الاصيل ، بينة قوية كافية لاثبات أن طلب السداد الذي تقدم به المستفيد ، طلب غير سليم جاز للمحكمة أن تأمر المستفيد بعدم قبول المبلغ المدفوع أو بسحب طلبه أو ، في حال توقع تقديم طلب كهذا ، عدم تقديمه ، شريطة أن يكون من شأن الامتناع عن اصدار أمر كهذا أن يلحق بالاصيل ضررا خطيرا أشد وقعا من الخسارة التي يمكن أن يتكبدها المستفيد بسبب هذا الأمر .

(٢) [يجوز للمحكمة أن تستمع الى المستفيد] [على المحكمة أن تتيح للمستفيد فرصة الإدلاء باقواله] قبل أن تبث في طلب الاصيل .

(٣) يصدر الأمر المشار اليه في الفقرة (١) من هذه المادة لفترة نفاذ محددة لا تتجاوز [سنة] أشهر . ويمكن جعل تمديد هذه الفترة متوقفا على أن يقيم الاصيل على المستفيد دعوى غير الدعوى الابتدائية . [واذا أُلقي الأمر الذي يمنع المستفيد من تقديم طلب السداد أو أصبح بسبب آخر عديم المفعول ، اعتبر أن فترة نفاذ مفعول خطاب الكفالة قد مددت لاعطاء المستفيد مهلة [عشرة] أيام عقب انعدام مفعول ذلك الأمر ، ليقدّم طلب السداد .]

(٤) يجوز للمحكمة أن تجعل مفعول الامر المشار إليه في الفقرة (١) ، من هذه المادة مرهونا بأن يوفر الاصيل الضمان الذي تراه المحكمة مناسبا" .

١١٦ - وكان هناك اتفاق عام على أنه إذا ما تضمن القانون الموحد قواعد بشأن الاوامر الجزرية التمهيدية ضد المستفيد فينبغي لتلك الاوامر ، لا سيما فيما يتعلق بمستوى الدليل المطلوب أن تكون على نسق القواعد الواردة في المادة ٢١ بشأن الاوامر الجزرية التمهيدية ضد الكفيل . وذكر أنه سيكون هناك سمة هامة للقانون الموحد وهي أنه سينشئ "ساحة لعب مستوية" ، أي سينص على معاملة متكافئة لكل من الكفيل والمستفيد . وفي هذا الصدد ، اتفق على أنه ينبغي بذل محاولة لدمج أحكام تلك المادة مع أحكام المادة ٢١ واختصار التفاصيل الاجرائية المحددة في الفقرات من (٢) إلى (٤) .

١١٧ - وفيما يتعلق بمضمون المادة ، ذكر أن القواعد المتعلقة بالاوامر الجزرية التمهيدية ضد المستفيد ليست شائعة جدا في التشريعات الوطنية وأنه قد يكون من الصعب للمشرعين الوطنيين السماح للمدين الاصيل بتقديم طلب لاستصدار أمر جزري من المحكمة ضد المستفيد ، أي اتاحة الامكانية للمدين الاصيل بالتدخل في إطار علاقة بين الكفيل والمستفيد ليس الاصيل طرفا فيها . وذكر أيضا أنه في الحالات التي يكون فيها المستفيد مقيما في بلد أجنبي ستكون فائدة هذا الحكم فائدة محدودة . وذكر ردا على ذلك أنه قد تكون للحكم ، رغم ذلك ، بعض الفائدة لاسيما في الحالات التي يكون فيها الامر الجزري نافذا ومعترفا به . وأشار أيضا إلى أن هناك بعض الحكمة في النص على اتاحة انتماف جزري في حدود العلاقة (بين المدين الاصيل والمستفيد) حيث تتجه جذور النزاع .

١١٨ - وأشار إلى أن القرار سيتوقف إلى حد ما على قرار لم يتخذ بعد بشأن ما إذا كان القانون الموحد سيتخذ شكل اتفاقية أو شكل قانون نموذجي . وبعد مداولات اتفق الفريق العامل على أن يعيد النظر في المسألة في دورة مقبلة على أساس مشروع تعده الامانة العامة في ضوء المداولات المذكورة أعلاه .

المادة ٢٢ - مبادئ الاجراءات التمهيدية

١١٩ - كان نص مشروع المادة ٢٢ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"[١] يجوز للأميل أو المستفيد امتداد انتصاف زجري ضد الكفيل من محكمة مختمة ، ويجوز للأميل أو الكفيل امتداد انتصاف زجري ضد المستفيد ، حتى إذا كان مكان عمل مقدم الطلب لا يقع في هذه الدولة .

"(٢) على المحكمة أن [تحاول أن] تتناول على وجه السرعة طلب الانتصاف الزجري الذي يقدم إليها [وأن تولي الاعتبار الواجب للطابع الخاص الذي يتسم به خطاب الكفالة] ."

١٣٠ - أشير إلى أن مشروع المادة معدّ بحيث يرمي مبدأين ، هما : إتاحة حرية اللجوء إلى المحاكم لمقدمي الطلبات من داخل الدولة موضوع النظر أو من خارجها طلبا لامتداد انتصاف زجري ، ومناشدة لسرعة الاجراءات المتعلقة بالأوامر الزجرية التمهيدية . وأعرب عن تحفظات بشأن الممطلع "محكمة مختمة" وبشأن نطاق الحكم حيث أنه يشمل ، خلافا للمادتين ٢١ و ٢٢ ، ليس فقط الطلبات المقدمة من الأميل ولكن أيضا الطلبات المقدمة من الكفيل والمستفيد .

١٣١ - وبينما أعرب عن التأييد للمبادئ التي وضع على أساسها مشروع المادة ، فقد رشي بوجه عام أنه ليس هناك داع للبقاء على مشروع المادة في القانون الموحد . وبناء على ذلك ، قرر الفريق العامل حذف مشروع المادة .

الفصل السادس - الاختصاص القضائي

مناقشة أولية بشأن ملاءمة تضمين القانون الموحد أحكاما بشأن الاختصاص القضائي

١٢٢ - في البداية ، قيل على سبيل الإيضاح إن مشروعَي المادتين ٢٤ و ٢٥ يعبران إلى حد ما عن عدم التيقن من الشكل الذي سيكون عليه القانون الموحد مستقبلا ومن مدى ضرورة تضمين ذلك القانون أحكاما بشأن أمور الاختصاص القضائي . وبينما صيغت المادة ٢٥ والفقرة ٢ من المادة ٢٤ بملوب القانون النموذجي الواجب الاتباع صيغت الفقرتان ١ و ٢ من المادة ٢٤ بملوب يُذكر بملوب الاتفاقيات . وفي المقام الأول ، لا يغطي مشروعَا المادتين مسائل ثانوية هامة من قبيل الاعتراف والإنفاذ والأمور المقررة ووقف الإجراءات ، وهي أمور يكون تناولها في اتفاقية أنسب من معالجتها في قانون نموذجي .

١٢٣ - وقيل إنه ينبغي لاية أحكام متعلقة بالاختصاص القضائي تُورد مستقبلا في القانون الموحد أن تتسق مع موكوك دولية من قبيل اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي وإنفاذ الأحكام في الأمور المدنية والتجارية ، المعقودة سنة ١٩٦٨ ، واتفاقية لوغانو المتعلقة بالاختصاص القضائي وإنفاذ الأحكام في الأمور المدنية والتجارية ، المعقودة سنة ١٩٨٨ . وقد تبين أنه من العسير ، إن لم يكن من المستحيل ، على أية دولة موقعة على أي من هاتين الاتفاقيتين أن تقبل قواعد مختلفة ، وأن هذه المعووبة قد تشكل موقفا من مسألة عامة هي وجوب أو عدم وجوب تضمين القانون الموحد أية أحكام على الإطلاق بشأن الاختصاص القضائي . وقيل أيضا إن حكومات تلك الدول قد تود دراسة هذا التمازح الممكن ظهوره ومسألة المطابقة الموضوعية ، وإن مؤتمر لاهاي المعني بالقانون الدولي الخاص قد يساعد في عملية فحص الموضوع . كذلك قيل إنه ينبغي للقانون الموحد ألا يتضمن أحكاما بشأن الاختصاص القضائي لأن باب الانضمام إلى الاتفاقيتين السالفتي الذكر مفتوح أمام جميع الدول ، على الرغم من صياغتهما على الصعيد الإقليمي .

١٢٤ - وقيل ردا على ذلك إن التكوين العالمي الذي يتسم به الفريق العامل يتطلب إيلاء المراعاة الواجبة لمصالح الدول العديدة غير المنضمة إلى اتفاقية إقليمية معينة . وقيل إن اللجنة قد تود النظر ، في سياق أعم غير محدود بمجال خطابات الكفالات الدولية المحدد ، في الملة بين التوحيد العالمي والإقليمي ، وقد تود مناقشة مدى استمواب وجدوى توفير إطار عالمي لأمور الاختصاص القضائي ، يستند إلى الاتفاقيات المناسبة التي تتناول مثل هذه الأمور خدمة للأغراض الإقليمية . وفيما

يتعلق بتضمين القانون الموحد أحكاما بشأن الاختصاص القضائي ، قيل إنه ينبغي لمثل هذه الأحكام أن تقتصر على مسائل أساسية مناسبة تأتي في سياق الكفالات بما يتمشى مع مشروعَي المادتين ٢٤ و ٢٥ . وبينما ينبغي للفريق العامل أن يموغ مثل هذه الأحكام ، بسبب ملتها الوثيقة بالأحكام الموضوعية والإجرائية الواردة في القانون الموحد ، يمكن أن يساعد مؤتمر لاهاي المعني بالقانون الدولي الخاص على إنجاز هذه المهمة على صعيد الأمانة ؛ وفي دورة من دورات الفريق العامل تضم مشاركين إضافيين أو تكون بمثابة دورة مشتركة ، إذا تم الاتفاق على ذلك .

المادة ٢٤ - اختيار المحكمة أو التحكيم

١٢٥ - كان نص مشروع المادة ٢٤ ، بالمصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) يجوز للطرفين أن يميّنا في خطاب الكفالة أو في اتفاق مستقل ، بأحد الأشكال المشار إليها في الفقرة (١) من المادة ٧ ، إحدى المحاكم أو محاكم دولة معينة باعتبارها مختصة في تسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ فيما يتعلق بخطاب الكفالة ، أو أن يشترطا تسوية أي نزاع من هذا القبيل بالتحكيم .

"(٢) إذا عين الطرفان محكمة ما أو محاكم دولة معينة ، وفقا للفقرة (١) من هذه المادة ، تكون هذه المحكمة أو المحاكم المعنية دون غيرها ذات اختصاص قضائي بهذا الشأن .

"(٣) لا تحول أحكام الفقرتين السابقتين من هذه المادة دون اختصاص محاكم هذه الدولة في اتخاذ تدابير مؤقتة أو وقائية ."

الفقر (١)

١٢٦ - أشار الفريق العامل إلى القرار المتخذ في دورته الخامسة عشرة الذي يسمح بشروط التحكيم أو المحكمة (الفقرة ١٠٧ من الوثيقة A/CN.9/345) . وفيما يتعلق بشروط المحكمة ، جرت مناقشة بشأن ما إذا كان من الضروري لحرية الطرفين في الاختيار ألا تحدها حدود ، على النحو المنصوص عليه حاليا في المادة ٢٤ ، وبشأن ما إذا كان من الضروري للمحكمة المختارة من الطرفين أن تربطها صلة معينة بالاتفاق على خطاب الكفالة . وبينما كان هناك بعض التأييد لاقتضاء صلة معينة أو لاستبعاد الاختيار غير المنطقي ، رؤي بمغف عامة أن حرية الطرفين ينبغي أن تكون غير محدودة نظرا لأن أي

نوع من التحديد سيخلق بلبلة غير مرغوبة ولأنه قد توجد حاجة عملية تستلزم السماح للطرفين باختيار محكمة لا ملة لها بالاتفاق ، مثلا ، لأن الطرفين يتصورانها محايدة . وقيل أيضا إن حرية الاختيار غير المحدودة ستكون أكثر اتحافا مع مبدأ استقلال الطرفين ، وهو المبدأ العام المُعرب عنه في القانون الموحد . كما قيل إن للتسليم غير المحدود بشروط المحكمة لا يستبعد أن تتخلى محكمة مماسة عن اختصاصها القضائي عند الاقتضاء ، على النحو المنصوص عليه في الفقرة ١ من المادة ٢٥ . وبعد المناقشة ، قرر الفريق العامل الإبقاء على الفقرة .

الفقرة (٢)

١٢٧ - جرى إيضاح أن الفقرة (٢) صيغت على غرار حكم مشابه في المادة ١٧ من اتفاقية الاختصاص القضائي وإنفاذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية (بروكسل ١٩٦٨) . ولئن أعرب عن بعض التأييد للإبقاء على الفقرة استنادا إلى الإقرار بالاستقلال الذاتي للأطراف على أوسع نطاق ممكن ، فقد أعرب عن تحفظات قوية بشأن إقرار البنود المتعلقة بقصر الاختصاص القضائي على محكمة أو محاكم معينة . وقيل إن مثل هذه البنود رُفِضت في عدد من الممارسات القضائية . وقيل أيضا إن الاعتراف بشروط الاختصاص الاتفاقي هذا قد يكون خطيرا إذا لم يُقرن بالاعتراف بقرارات المحكمة الأجنبية . وسبق مثال لحالة كان فيها القرار الذي أصدرته محكمة اتفق على تعيينها ، وذات اختصاص قضائي حصري في بلد معين قد لا يكون قابلا للإنفاذ ، لعدم الاعتراف بهذا القرار في البلد الذي توجد فيه أصول المدعى عليه . وبعد إجراء مداولات ، قرر الفريق العامل حذف هذه الفقرة .

الفقرة (٢)

١٢٨ - ذكر على سبيل الإيضاح أن الفقرة ٢ صيغت على غرار المادة ٢١ (٢) من قواعد هامبورغ وتضمنت نهجا اعتمدته أيضا اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨ واتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٥ بشأن اختيار المحكمة (انظر A/CN.9/WG.II/WP.71 ، الفقرة ٤٩) . ولما لم يشر أي اعتراض على نص الفقرة قرر الفريق العامل الإبقاء عليها في مشروع النص .

المادة ٢٥ - تحديد الاختصاص القضائي

١٢٩ - كان نص مشروع المادة ٢٥ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) ما لم ينص على خلاف ذلك وفقا للفقرة (١) من المادة ٢٤ [أو إذا رفضت المحكمة المعنية في دولة أخرى ممارسة الاختصاص القضائي] ، [يجوز أن] تمارس

محاكم هذه الدولة الاختصاص القضائي فيما ينشأ من منازعات بين الكفيل والمستفيد بشأن خطاب الكفالة إذا كان [خطاب الكفالة قد صدر] [مكان عمل الكفيل الذي صدر فيه خطاب الكفالة ، يقع] في إقليم هذه الدولة .

"(٢) يجوز لمحاكم هذه الدولة أيضا أن تنظر في طلب الاصيل إصدار أمر تمهيدي ضد الكفيل [أو المستفيد] إذا كان خطاب الكفالة قد صدر في هذه الدولة ."

١٢٠ - وفيما يتعلق بمضمون الفقرة (١) ، أي تحديد الاختصاص القضائي في حالة عدم قيام الأطراف بالاختيار ، أو في حالة رفض المحكمة المعينة ممارسة الاختصاص القضائي ، فإن الرأي السائد أن حكما كهذا يكون نافعا . على أنه اتفق على القاعدة الواردة في هذه الفقرة لا ينبغي تفسيرها على أنها تنص على قصر الاختصاص القضائي ، لأسباب مماثلة للأسباب التي أعرب عنها في سياق مناقشة المادة ٢٤ .

١٢١ - وقيل من المبتدأ على سبيل الملاحظة إنه لئن كان نطاق المادة ٢٤ مقصورا على العلاقة بين الكفيل والمستفيد ، فإن نطاق المادة ٢٥ أوسع ، من حيث أن الفقرة (٢) شملت الأوامر التمهيدية التي يسمى الاصيل للحصول عليها . وأشار إلى أن الفقرة نفذت اقتراحا طُرح في الدورة الخامسة عشرة على ضوء أن بعض المحائل المتعلقة بالاصيل وربما الأوامر الجزرية التي يستصدرها الاصيل يمكن أن يعالجها القانون الموحد . على أنه جرى الإعراب عن بعض الشكوك فيما إذا كان ينبغي الإبقاء على هذه الفقرة ، ولا سيما لأن نطاقها شمل الأوامر الجزرية التي يسمى الاصيل إلى استصدارها ضد الكفيل أو المستفيد . فإذا ما تعين الإبقاء على الفقرة ، وجب إعادة النظر فيها لضمان اتساقها مع الأحكام الأخرى ذات الصلة في القانون الموحد .

١٢٢ - وبعد المناقشة ، طلب الفريق العامل إلى الأمانة العامة إعداد مشروع منقح للمادة ٢٥ في ضوء المداولات التي تقدم ذكرها . ولوحظ أن الفريق العامل لم يبيت نهائيا بعد في أمر ما إذا كان ينبغي تضمين القانون الموحد أحكاما بشأن الاختصاص .

الفصل السابع - القانون الواجب التطبيق
على خطابات الكفالة

المادة ٣٦ - اختيار القانون الواجب التطبيق

١٣٣ - كان نص مشروع المادة ٣٦ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"تخضع [الحقوق والواجبات الناشئة عن] [الحقوق والواجبات والدفع المتعلقة بـ] خطاب الكفالة [لقواعد القانون] [للقانون] الذي يعينه الطرفان . ويكون هذا التعيين بإيراد شرط مريح بذلك في خطاب الكفالة أو في اتفاق مستقل ، أو يكون

البديل ألف : مفهوما بدون لبس من شروط خطاب الكفالة .

البديل باء : موضحا بشروط خطاب الكفالة [أو ظروف العلاقة القائمة بين الكفيل والمستفيد] .

البديل جيم : مفهوما ضمنا من شروط خطاب لكفالة ."

١٣٤ - وكما كانت هي الحال في الدورة الخامسة عشرة ، أعرب عن آراء مخالفة عما إذا كانت تدرج في القانون الموحد أحكام بشأن القانون الواجب التطبيق من عدمه . واستشهد الذين ارتأوا ضرورة إيلاء قليل من الاهتمام لهذه المسألة أو عدم الاهتمام بها في القانون الموحد ، بالمدى المحدود للمعوقات التي أثارها من الناحية العملية مسائل القانون الواجب التطبيق وتوافق الآراء الذي نشأ بشأن القانون الواجب التطبيق على العلاقات الأولية التي ينطوي عليها خطاب الكفالة . ورد مؤيدو الاحتفاظ بالأحكام المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق بأنه ، بسبب عدم التيقن الذي قد ينشأ بوجه خاص عندما يتعلق الأمر بعدد وافر من العلاقات والقوانين ، فإن المسألة تستوجب إيلاء الاهتمام في القانون الموحد . وارتئي بوجه عام أنه إذا تمين إدراج أية أحكام بشأن القانون الواجب التطبيق ، ينبغي أن تظل بسيطة قدر الامكان ، على غرار مشروع المادتين ٣٦ و ٣٧ .

١٣٥ - وانتقل الفريق العامل الى الصيغة المحددة للمادة ٣٦ ، ونظر فيما إذا كانت تكفي الإشارة في بداية المادة الى "الحقوق والواجبات" الناشئة عن خطاب الكفالة ،

أو ما إذا كان من الأفضل الإشارة إلى "الحقوق ، والواجبات والدفع" المتعلقة بـ خطاب الكفالة . وارتأى البعض أن الإشارة الإضافية إلى "الدفع" مفيدة ، في حين ارتأى البعض الآخر أنه ، وإن كانت تلك الإشارة قد لا تضر ، فإنها غير ضرورية لأن فكرة "الدفع" واردة في فكرة "الحقوق والواجبات" .

١٣٦ - والإشارة الواردة بين قوسين لـ "قواعد القانون" الذي يعينه الطرفان جذبت أيضا المؤيدين والمعارضين على حد سواء . وارتأى مؤيدو الاحتفاظ بتلك الإشارة أنها مفيدة لأنها ستكون بمثابة تأكيد للحرية التعاقدية للطرفين لجعل خطاب الكفالة خاضعا لقواعد غير تشريعية مثل الممارسات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية أو القواعد الموحدة للكفالات . وتمثل الرأي الغالب في أن الإشارة إلى "قواعد القانون" قد لا تكون متفقة مع النظام القانوني المحلي لعدد من الدول ولذلك ينبغي أن تقتصر المادة ٢٦ على إقرار حرية الطرفين في اختيار قانون معين .

١٣٧ - وأعرب عن التأييد للنهج الاسامي المستخدم في المشروع الذي أعدته الامانة العامة ، وبخامة التسليم باستقلال الطرفين . وفيما يتعلق بحكم التعيين الضمني الوارد في المادة ٢٦ ، أعرب عن رأي مفاده أن هذا الحكم سيؤدي إلى عدم التيقن ولذلك ينبغي حذفه . وقُدِّم اقتراح بضرورة أن تتمشى المادة ٢٦ مع الأسلوب المستخدم في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية . وردا على ذلك أشير إلى أنه في حين وجدت تلك الاتفاقية بوجه خاص للتطبيق على المعيد الاقليمي ، يتمثل هدف القانون الموحد في توفير قاعدة موحدة للتطبيق على المعيد العالمي . ولوحظ أيضا أن هناك بعض الشك في انطباق تلك الاتفاقية على الكفالات وخطابات الاعتماد الضامن ، ولذلك قد يكون من الأفضل الصياغة باملوب مكيف على وجه التحديد ليلائم خطابات الكفالة . ووافق أعضاء الفريق العامل على أنهم سيحاولون جمع معلومات اضافية عن الكيفية التي ستتفاعل بها الاحكام الواردة في القانون الموحد بشأن القانون الواجب التطبيق مع أية اتفاقيات بشأن تنازع القوانين . ولوحظ كذلك أن مسألة الشكل النهائي الذي سيتخذه القانون الموحد تتسم بالاهمية بالنسبة لتقييم الاحكام الواردة في الفصل السابع .

١٣٨ - ومن بين البدائل الثلاثة المتعلقة بالكيفية التي يمكن بها تضمين التعيين ، حظي البديل ألف بأكبر قدر من التأييد ، ولا سيما ممن تمثل اختياراتهم المفضل في استبعاد المادة ٢١ كلية من القانون الموحد . وتمثلت السمة الجذابة لهذا البديل في ارتباطه مباشرة بشروط خطاب الكفالة . بيد أن البديل ألف واجه بالفعل بعض التحفظات

على أساس أنه معيار ضيق للغاية . وقبول البديل بآء بتحفظات بسبب الاشارة الى ظروف العلاقة القائمة بين الكفيل والمستفيد . كما أعرب عن بعض الشك إزاء امكانية شمول مختلف الحالات المشمولة بالقانون الموحد ، التي قد تنطبق في بعضها قوانين مجموعة متنوعة من الدول ، في صيغة وحيدة . كما أعرب عن رأي مفاده أن استعراض الأحكام المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق قد أبرز أهمية تقرير مدى شمول العلاقات بخلاف العلاقة بين الكفيل والمستفيد في القانون الموحد .

١٣٩ - وبعد التداول ، قرر الفريق العامل الاحتفاظ بالمادة ٣٦ ، وهو قرار سيكون محلاً للاستعراض في المستقبل . وطلب الى الامانة العامة أن تعكس ، عند تنقيح المادة ، التأييد الذي أعطي لمبدأ استقلال الطرفين ، وأن تحذف الاشارة الى "قواعد القانون" ، وأن تدرج البديل ألف . كما وافق الفريق العامل على ضرورة أن تواصل الامانة العامة اقامة الاتصال وتبادل المعلومات مع الامانة العامة لمؤتمر لاهائي المعني للقانون الدولي الخاص فيما يتعلق بإعداد احكام في القانون الموحد بشأن القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي ، وأن تستطلع ، إذا لزم الامر ، الاشكال الاخرى للتعاون الممكن . وارتئي أيضا أن مسائل القانون الواجب التطبيق المتعلقة على وجه التحديد بخطاب الكفالة غير جديرة على ما يبدو بأن تعالج في اتفاقية مستقلة وأنه يمكن بمورة مناسبة إدراج قواعد قصيرة وبسيطة على غرار المادتين ٣٦ و ٣٧ في القانون الموحد .

المادة ٣٧ - تحديد القانون الواجب التطبيق

١٤٠ - كان نص مشروع المادة ٣٧ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"إذا لم يجر اختيار قانون وفقاً للمادة ٣٦ ، تخضع [الحقوق والواجبات الناشئة عن] [الحقوق والواجبات والدفع المتعلقة بـ] خطاب الكفالة لقانون الدولة التي يقع فيها مكان عمل الكفيل أو ، إذا كان للكفيل أكثر من مكان عمل واحد ، فللقانون الدولة التي يقع فيها مكان العمل الذي مدر فيه خطاب الكفالة . [غير أنه في حال القيام وفقاً لخطاب الكفالة بفحص الطلب وأي مستندات مطلوبة ، في دولة أخرى ، فإن قانون تلك الدولة يطبق على معيار العناية والمسؤولية في هذا الفحص ، ما لم يوجد اتفاق محدد على خلاف ذلك .]"

١٤١ - ولم تشر اعتراضات بشأن النهج الاساسي للمادة ٢٧ ، التي تنص على أنه عندما لا تعين الاطراف القانون الواجب التطبيق ، يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان عمل الكفيل (أو إذا كان للكفيل أكثر من مكان عمل ، يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان المدور) . غير أنه أثيرت أسئلة بشأن ضرورة وضع هذه القاعدة في القانون الموحد ، سيما وأنه مسلم بها عامة بالفعل .

١٤٢ - وقد تبودلت آراء مخالفة بشأن ما إذا كان ينبغي الاحتفاظ بالجملة الثانية من المادة ٢٧ ، التي تنص على أنه عند فحص المطالبة بالدفع في بلد غير بلد الكفيل ، فإن قانون ذلك البلد الآخر يوفر معيار الحرم والمسؤولية بالنسبة لذلك الفحص . وكان هناك شكوك بشأن الحاجة إلى النص على ذلك ، على أساس أن القانون الموحد ينص بالفعل في المادة ١٦ على معيار للحرم بالنسبة للفحص ، ولذا فمن غير الضروري أن تدرج أيضا قاعدة بشأن تنازع القوانين بشأن هذه النقطة . على أنه أثير إلى أن إدراج معيار للحرم في حكم موضوعي ، قد لا يرتب الأثر المرغوب فيه إلا إذا اتخذ القانون الموحد شكلا اتفاقياً .

١٤٣ - ولوحظ في هذا الصدد ، كما هو الحال بالنسبة لأحكام القانون الموحد الأخرى أن القصد هو تغطية خطابات كفالة الكفالة ، على النحو المنصوص عليه في مشروع المادة ٦ (١) ، ونتيجة ذلك أن القانون الواجب التطبيق على العلاقة بين كفيل الكفيل والمستفيد (أي الكفيل الذي أصدر خطاب الكفالة غير المباشرة) يكون هو قانون مكان عمل كفيل الكفيل .

١٤٤ - وبعد التداول ، قرر الفريق العامل ، الاحتفاظ بالمادة ٢٧ ، رهنا بحذف الجملة الثانية ، وتمشي العبارة الاستهلالية بالعبارة الاستهلالية للمادة ٢٦ .

ثالثاً - الشكل المقبل للقانون الموحد

١٤٥ - لوحظ أن الآراء التي أعرب عنها بشأن الحاجة إلى أحكام تتعلق بالاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق ، وجوهرها ، فضلاً عن بعض مشاريع المواد الأخرى التي سبق مناقشتها تعتمد جزئياً على الشكل المقبل للقانون الموحد . ولذا اشترك الفريق العامل ، في تبادل للآراء بشأن ما إذا كان ينبغي اعتماد مشروع النص في نهاية الأمر في شكل اتفاقي أو في شكل قانون نموذجي .

١٤٦ - وقد أعرب عن بعض التأييد لشكل القانون النموذجي نظرا لأن ذلك يوفر للـدول مجالا أوسع بشأن أحكام النم المقبولة والتي يمكن دمجها بسهولة في القانون الوطني . وقد أعرب عن تأييد أوسع نوعا لشكل الاتفاقية نظرا لأن ذلك أكثر تمشيا مع طابع القواعد المتوخاة وكما أنه سيعزز التوحيد ، الذي قيل إنه ضروري لتنفيذ معاملات خطابات الكفالة الدولية بسلامة .

١٤٧ - وفي ضوء التباين المستمر في الآراء بشأن شكل النم المقبل ، اقترح أن يواصل الفريق العامل على أساس افتراض العمل بأن النم النهائي سيتخذ شكل اتفاقية ، مع عدم استبعاد إمكانية العودة إلى شكل أكثر مرونة للقانون النموذجي ، في المرحلة الختامية للعمل عندما تتوفر للفريق العامل مورة واضحة بشأن الأحكام المدرجة في مشروع النم . وبعد التداول ، اعتمد الفريق العامل ذلك الاقتراح ، متوقعا أنه سيسهل أعماله المقبلة بتوفير درجة من التيقن .

١٤٨ - وفيما يتصل بمناقشة الشكل المقبل للقانون الموحد ولكن بومفه مسالة منفصلة ، تكرر الاعراب عن القلق الذي أُفصح عنه في سياق مناقشة طلبات "التمديد أو السداد" (انظر الفقرتين ٧١ و ٧٢) . ويتمثل ذلك القلق ، بإيجاز ، في أن مشروع النم يغفل الاختلاف الموجود من حيث القوة بين خطابات الاعتماد الضامنة ، والكفالات المصرفية الأوروبية الطابع ، وقد يكون من غير المناسب العمل من أجل مجموعة موحدة من القواعد التي لن تعطي أي نوع من هذه التعهدات حقه ، في الوقت الذي يوجد فيه طلب على كل منهما في السوق . ولذا فقد اقترح توخي بعض الأحكام المستقلة التي تنطبق فقط على التعهدات النهائية ، سواء سميت أم لا في القانون الموحد بأنها خطابات اعتماد ضامنة ، وكان هناك وعد لهذا الغرض ، بتزويد الامانة العامة بقائمة أحكام من هذا القبيل وبالمعلومات ذات الملة .

١٤٩ - وذكر رداً على ذلك أن درجة القوة ليست معيارا محيحا للتمييز بين خطابات الاعتماد الضامنة والكفالات المصرفية في حد ذاتها ، فالتباين في أوجه القوة موجود في كل من هاتين الفئتين اللتين تطورتا بمورة مستقلة لأسباب تاريخية . وذكر أيضا أنه في أثناء المناقشة المشابهة المشار إليها أعلاه ، قدمت مقترحات لوضع الفروق العملية للتعهدات في الاعتبار وفقا للغرض منها ولشروط الدفع ، والأهم من ذلك ، أنه قد اتفق على مواصلة الجهود المبذولة لصياغة قواعد لتطبيقها بمورة عامة .

رابعاً - مسائل أخرى

١٥٠ - قرر الفريق العامل أن يعقد دورته المقبلة في الفترة من ٢٠ تشرين الثاني/نوفمبر إلى ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٢ في فيينا ، رهناً بتوكيد اللجنة لذلك في دورتها الخامسة والعشرين .

الحواشي

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

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

- - - - -