



FILE COPY

Distr.
GENERAL

A/CN.9/405
16 November 1994
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH



الأمم المتحدة

الجمعية العامة

لجنة الأمم المتحدة للقانون

التجاري الدولي

الدورة الثامنة والعشرون

فيينا ، ٢ - ٢٦ أيار/مايو ١٩٩٥

تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية

الدولية عن أعمال دورته الثانية والعشرين

(فيينا ، ١٩ - ٢٠ أيلول/سبتمبر ١٩٩٤)

المحتويات

<u>المفحة</u>	<u>الفقرات</u>	
٣	٨-١	أولا - مقدمة
٤	١٠-٩	ثانيا - المداولات والمقررات
٥	١٣٧-١١	ثالثا - النظر في مواد مشروع الاتفاقية المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامن
٥	٣٥-١١	الفصل الرابع - الحقوق والالتزامات والدفع
٥	٢٤-١١	المادة ١٧ - السداد أو رفض المطالبة
٩	٣٤-٢٥	المادة ١٩ - المطالبة غير الصحيحة
١١	٣٥	المادة ٢٠ - المعاوضة
١١	٤٣-٣٦	الفصل الخامس - التدابير القضائية المؤقتة
١١	٤٣-٣٦	المادة ٢١ - التدابير القضائية المؤقتة

المحتويات (تابع)

<u>الصفحة</u>	<u>الفقرات</u>	
١٤	٤٨-٤٤	الفصل السادس - الولاية القضائية
١٤	٤٨-٤٤	المادة ٢٤ - اختيار المحكمة أو التحكيم
١٥	٥٤-٤٩	الفصل السابع - تنازع القوانين
١٥	٥١-٤٩	المادة ٢٦ - اختيار القانون المنطبق
١٦	٥٤-٥٢	المادة ٢٧ - تقرير القانون المنطبق
١٧	١٢٦-٥٥	الفصل الأول - نطاق الانطباق
١٧	٦٨-٥٥	المادة ١ - نطاق الانطباق
٢١	٨٢-٦٩	المادة ٢ - التعهد
٢٥	٨٨-٨٣	المادة ٣ - استقلالية التعهد
٢٧	٩٧-٨٩	المادة ٤ - الطابع الدولي للتعهد
٢٩	١٠١-٩٨	المادة ٥ - مبادئ التفسير
٣٠	١٢٥-١٠٢	المادة ٦ - التعاريف
٣٥	١٢٧-١٢٦	الفصل الثالث - نفاذ مفعول التعهد
٣٥	١٢٧-١٢٦	المادة ٧ - (إصدار) (إنشاء) التعهد
٣٦	١٣٧-١٢٨	النظر في مشاريع المواد المقدمة من فريق الصياغة
٣٨	١٣٨	الاعمال المقبلة

المرفق

مواد من مشروع الاتفاقية المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات
الاعتماد الضامنة ، بالصيغة التي نقت بها في الدورة الثانية
والعشرين

أولا - مقدمة

١ - عملا بمقرر اتخذته اللجنة في دورتها الحادية والعشرين،^(١) خصص الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية دورته الثانية عشرة لاستعراض مشروع القواعد الموحدة للكفالات الذي كانت تقوم بإعداده الغرفة التجارية الدولية، ولدراسة مدى استصواب وإمكانية أي عمل مقبل بشأن زيادة التوحيد على صعيد القوانين التشريعية فيما يتعلق بالكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة. وأوصى الفريق العامل بأن يبدأ العمل على إعداد قانون موحد، سواء في شكل قانون نموذجي أو في شكل اتفاقية.

٢ - ووافقت اللجنة على تلك التوصية في دورتها الثانية والعشرين.^(٢) وخصص الفريق العامل دوراته من الثالثة عشرة إلى الحادية والعشرين لإعداد قانون موحد (ترد تقارير تلك الدورات في الوثائق A/CN.9/330 و 342 و 345 و 358 و 361 و 372 و 374 و 388 و 391). وجرى الاضطلاع بالعمل استنادا إلى ورقات عمل خلفية أعدتها الأمانة بشأن المسائل الممكن إدراجها في القانون الموحد. وشملت تلك الورقات الخلفية: A/CN.9/WG.II/ WP.63 (اعتبارات أولية بشأن إعداد قانون موحد)؛ و WP.65 (النطاق الموضوعي للتطبيق، استقلالية الأطراف وحدودها، قواعد التفسير)؛ و WP.68 (التعديل والنقل والانعضاء والتزامات الكفيل)؛ و WP.70 و WP.71 (التدليس وغيره من دواعي الاعتراض على الدفع، الأوامر الجزرية وغيرها من التدابير القضائية، تنازع القوانين والاختصاص القضائي). وعرضت الأمانة مشاريع مواد القانون الموحد، التي قرر الفريق العامل من منطلق عملي أن تكون في شكل مشروع اتفاقية، في الوثائق A/CN.9/WG.II/ WP.67 و WP.73 و WP.73/Add.1 و WP.76 و WP.76/Add.1 و WP.80. كما عرضت الأمانة، في الوثيقة A/CN.9/WG.II/ WP.77، اقتراحا مقدما من الولايات المتحدة الأمريكية يتعلق بقواعد بشأن خطابات الاعتماد الضامنة. وفي دورته السابقة، أي الدورة الحادية والعشرين، نوه الفريق العامل بأن القراءة الحالية التي استهلها (A/CN.9/WG.II/ WP.80 و WP.83) ستكون هي القراءة النهائية لمشاريع المواد قبل تقديم النص إلى اللجنة في دورتها الثامنة والعشرين (١٩٩٥)، حسبما طلبته اللجنة.^(٣)

٣ - وعقد الفريق العامل، الذي كان مؤلفا من جميع الدول الأعضاء في اللجنة، دورته الثانية والعشرين في فيينا من ١٩ إلى ٣٠ أيلول/سبتمبر ١٩٩٤. وحضر الدورة ممثلو الدول التالية الأعضاء في الفريق العامل: الاتحاد الروسي، الأرجنتين، إسبانيا، أكوادور، ألمانيا، إيران (جمهورية - الإسلامية)، بولندا، تايلند، توغو، السودان، شيلي، الصين، فرنسا، كندا، كوستاريكا، مصر، المغرب، المملكة العربية السعودية، المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا، الشمالية، النمسا، نيجيريا، الهند، هنغاريا، الولايات المتحدة الأمريكية، اليابان.

٤ - وحضر الدورة مراقبون عن الدول التالية : الجزائر ، اندونيسيا ، أوكرانيا ، البرازيل ، البوسنة والهرسك ، تركيا ، الجمهورية التشيكية ، رومانيا ، السويد ، سويسرا ، فنزويلا ، كرواتيا ، كولومبيا ، الكويت ، اليمن .

٥ - وحضر الدورة مراقبون عن المنظمات الدولية التالية : منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) ، مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص ، الاتحاد المصرفي للجماعة الأوروبية ، اتحاد مصارف أمريكا اللاتينية .

٦ - وانتخب الفريق العامل عضوي المكتب التاليين :

الرئيس : السيد ج. غوتيه (كندا)

المقرر : السيد م. كوتيسوارا راو (الهند)

٧ - وكان معروضا على الفريق العامل الوثائق التالية : جدول الأعمال المؤقت (A/CN.9/WG.II/WP.82) ومذكرة من الأمانة تتضمن نصوص المواد ١ الى ٢٧ من مشروع الاتفاقية (A/CN.9/WG.II/WP.83) .

٨ - وأقر الفريق العامل جدول الأعمال التالي :

١ - انتخاب أعضاء المكتب .

٢ - اقرار جدول الأعمال .

٣ - اعداد مشروع اتفاقية بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة .

٤ - مسائل أخرى .

٥ - اعتماد التقرير .

ثانيا - المداولات والمقررات

٩ - ناقش الفريق العامل مشاريع المواد ١٧ الى ٢٧ ومشاريع المواد ١ - ٧ بصيغها الواردة في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.83 . وترد في الفصل الثاني أدناه مداولات الفريق العامل واستنتاجاته بشأن مشاريع المواد ١٧ الى ٢٧ و ١ الى ٧ (١) من مشروع الاتفاقية .

١٠ - وعقب موافقته على مضمون تلك المواد ، أحال الفريق العامل مشاريع مواد الاتفاقية التي نظر فيها الى فريق صياغة أنشأته الامانة لتنفيذ مقررات الفريق العامل ولضمان الاتساق في الصيغ اللغوية المختلفة . واستعرض الفريق العامل نصوص المواد بعد استعراضها في فريق الصياغة واعتمد تلك النصوص بصيغتها الواردة في المرفق .

ثالثا - النظر في مواد مشروع الاتفاقية المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامن

الفصل الرابع - الحقوق والالتزامات والدفع

المادة ١٧ - السداد أو رفض المطالبة

(تابع)

الفقرة (٢)

١١ - استأنف الفريق العامل نظره في الفقرة (٢) ، الذي كان قد بدأه في الدورة الحادية والعشرين ، استنادا الى مشروع للفقرة يجسد النصين البديلين اللذين طلب الى الامانة تقديمهما . ويقضي أحد البديلين بأن يرفض الكفيل/المصدر السداد عندما تبدى له حقائق تجعل المطالبة غير صحيحة على نحو بيّن وواضح ، في حين يتيح البديل الآخر في هذه الحالات خيار القيام بالسداد ، شريطة أن يكون ذلك السداد متفقا مع واجب مراعاة حسن النية الوارد في الفقرة ١٣ . وبالنظر الى اختلاف الآراء بشأن ما هو الانسب من هذين البديلين ، أعرب عن رأي مفاده أنه يمكن حذف الفقرة (٢) . غير أن الفريق العامل رأى ضرورة الابقاء على الفقرة (٢) وانتقل الى مناقشة ما هو النهج الذي ينبغي الابقاء عليه وكيف ينبغي أن يصاغ .

١٢ - ومع أنه كان هناك اتفاق بالاجماع على أن الكفيل/المصدر ، من الناحية النظرية على الاقل ، سيرفض السداد ، بل ينبغي له أن يرفض السداد ، اذا ووجه دليل بيّن وواضح على عدم صحة المطالبة ، وذلك من منطلق عملي ، أعرب عن اهتمام باتباع نهج تخييري ("يجوز له أن يسدد/يجوز له أن يرفض السداد") من أجل اعطاء الكفيل/المصدر قدرا من حرية التصرف في الحالات التي قد تترك فيها الأدلة قدرا من الشك في ذهن الكفيل/المصدر بشأن ما ان كانت المطالبة غير صحيحة حقا . واسترعى الانتباه الى انتشار المنازعات والادعاءات بعدم صحة المطالبات بالسداد في السياق المحيط بالمطالبات بسداد التعهدات التي هي من النوع قيد النظر . وشدد على أن اتباع نهج تخييري في هذه الحالات يتيح دفاعا للكفيل/المصدر الذي يقرر ، بسبب الشك ، أن يقوم

بالسداد ، في حين أن نهج الالتزام بالرفض "لا يجوز له أن يسدد" من شأنه أن يدفع الكفيل/المصدر الى رفض السداد في هذه الحالات . وقيل ان هذا يسفّه ذات التعهدات التي يقصد بالاتفاقية دعمها ويجعلها محوطة بالشكوك .

١٣ - وأعرب أيضا عن رأي مفاده أن النهج الالتزامي من شأنه أن يقحم مشروع الاتفاقية ، الى حد غير مستصوب ، في علاقة الكفيل/المصدر بالاصيل/الطالب ، التي سبق أن اتفق على ألا تكون هي موضع تركيز مشروع الاتفاقية . كما ان الاهتمام بالنهج التخييري مبعته أيضا الخشية من أن النهج الالتزامي سيسبب صعوبات لأن عبارة "عرضت عليه حقائق" والعبارة "على نحو بَيّن وواضح" ليستا مألوفتين في بعض النظم القانونية وقد ينشأ عنهما احتمال توريط الكفيل/المصدر الى حد مفرط في المعاملة الأصلية .

١٤ - وأبدي شاغل آخر مثاره أن النهج الالتزامي العام لا يأخذ في الحسبان احتمال نشوء حاجة الى استثناءات لمعالجة حالات مثل التثبيت والتفاوض ، وربما سياقات أخرى للعلاقات بين المراسلين والمصارف قد لا يكون فيها المصرف المسدد على علم بادعاءات البطلان ثم يواجه صعوبات في استرداد ما سدده . ولوحظ أن هذه المسألة قد تنطبق أيضا على أحكام أخرى في مشروع الاتفاقية وسيُنظر فيها الفريق العامل في وقت لاحق .

١٥ - وأبديت في الوقت نفسه تحفظات على النهج التخييري ، بحجة أنه يضعف يقينية التعهد ، وبذلك ينتقص من الحق الأساسي للمستفيد ، وهو الحصول على سداد المطالبة المطابقة للشروط . وقيل أيضا ان التشكك المتأصل في النهج التخييري يسبب صعوبات في استصدار التدابير القضائية الأولية ، وخصوصا في النظم القانونية التي يتعين فيها على المدعي أن يثبت أن لديه حقا واضحا سيجري اثباته عند نظر الدعوى الرئيسية . وردا على تلك الشواغل ، قيل انه يمكن أن يشار الى ذلك صراحة في الفقرة (٢) من المادة ٢١ ، التي تنص على التدابير القضائية المؤقتة . وقيل أيضا ان خطر اضعاف يقينية التعهد سيحد منه أن المستفيد الذي رفضت مطالبته جورا يمكن أن يقاضي الكفيل/المصدر على الامتناع الجائر عن السداد . وقدم اقتراح آخر في نفس الاتجاه مفاده توسيع الفقرة (١ مكررا) لتتناول هذه الشواغل .

١٦ - وتأييدا للنهج الالتزامي ، شدد على أن واجب الكفيل المصدر في عدم السداد هو نتيجة منطقية للقواعد الواردة في المادة ١٩ بشأن المطالبة غير الصحيحة ، وعلى أن القاعدة التي تنص على واجب عدم السداد تشكل أساسا لأحكام المادة ٢١ المتعلقة التدابير القضائية المؤقتة . وذكر أيضا أنه يتوجب على الكفيل/المصدر أحيانا ، في علاقته بالاصيل/الطالب ألا يسدد بصرف النظر عن أحكام الاتفاقية ، ومن ثم فان النهج الالتزامي ليس من شأنه أن يزيد التشكك . كما أشير الى أن الفريق العامل كان قد اتخذ في دورته التاسعة عشرة قرارا باتباع نهج الزامي (A/CN.9/374 ، الفقرة ١٣) . وبعد المداولة ، ارتأى الفريق العامل أفضلية النهج الالتزامي . ومن أجل تبديد الخشية من

أن يكون مفهوم عبارة "على نحو بيّن وواضح" غير مألوف لدى بعض النظم القانونية ، طلب الفريق العامل الى الامانة أن تعد صياغة تقرن صراحة في الفقرة (٢) ، مفهوم "على نحو بيّن وواضح" بواجب الكفيل في أن يتصرف بحسن نية عملا بالمادة ١٣ . غير انه جرى التنبيه الى أنه ينبغي الحرص على تفادي الإيحاء بأن ادراج اشارة الى مفهومي "على نحو بيّن وواضح" و "حسن النية" كليهما لا يقصد منه اقامة عقبات جديدة أمام استصدار تدابير مؤقتة في النظم القانونية التي لا تعرف سوى أحد هذين المفهومين .

الفقرة (٣)

١٧ - تبودلت آراء بشأن ما إن كان ينبغي الإبقاء على العبارة الواردة بين معقوفتين في الفقرة (٣) ، والتي تجعل الحالات التي يقتضى فيها من الكفيل/المصدر أن يرسل اشعارا برفض المطالبة بالسداد الى المستفيد قاصرة على تلك المنصوص عليها في الفقرتين (١) و (٢) من المادة ١٧ . فحث البعض على الإبقاء على العبارة الواردة بين معقوفتين ، لأن الحكمة في الإشعار الفوري هي ، على وجه الخصوص ، إتاحة فرصة للمستفيد لتصحيح ما يمكن تصحيحه من أوجه عدم مطابقة في المطالبة . غير أن الرأي السائد ذهب الى ضرورة حذف العبارة الواردة بين معقوفتين . فقد رئي ان اقتضاء ارسال الإشعار ينبغي أن يكون أوسع نطاقا بحيث يشمل جميع أسباب الرفض ، لا الأسباب التي تتناولها المادة ١٧ (١) و (٢) فحسب . ولوحظ أن حذف العبارة الواردة بين معقوفتين لن يفضي بالضرورة الى جعل الأحكام الواردة في الفقرة ١٧ (٤) ، والتي تتناول الجزاءات المفروضة على عدم الامتثال لأحكام المادة ١٦ (٢) ، مفرطة الاتساع ، لأن الفقرة ١٧ (٤) تشير ، في جميع بدائلها الممكنة تقريبا ، الى الجزاءات المتعلقة بعدم المطابقة في المستندات .

الفقرة (٤)

١٨ - تبودلت آراء شتى بشأن ما إن كان ينبغي ، أو لا ينبغي ، أن تحتوي الاتفاقية ، كما هو مقترح في الفقرة (٤) ، على أحكام تنص على توقيع جزاءات على الكفيل/المصدر الذي لا يقوم بفحص المطالبة - وأي مستندات أخرى مرفقة بها حسبما تقتضيه أحكام المادة ١٦ (٢) ، أو لا يرسل اشعارا برفض المطالبة الى المستفيد على النحو السذي تقتضيه المادة ١٧ (٣) . وقيل معارضة لإدراج مثل هذا الحكم في مشروع الاتفاقية : إن مسائل الجزاءات ، وخصوصا من حيث صلتها بالتعويض عن الأضرار ، ينبغي أن تشترك للقانون الداخلي بدلا من إحلال مشروع الاتفاقية محل ذلك القانون ؛ وإن مشروع الاتفاقية لا ينص على جزاءات في مجالات أخرى قد يحدث فيها تقصير في ارسال الاشعار ؛ وإن قاعدة منع التذرع ، بصيغتها المقترحة في البديلين ألف وباء للفقرة (٤) ، مفرطة التشدد على الكفيل/المصدر وغير ملائمة كجزاء ، خاصة وأنه قد تكون لها عواقب غير ظاهرة لمن يصوغون الاتفاقية .

١٩ - وتأييدا لادراج حكم بشأن الجزاءات ، وعلى الأقل ادراج قاعدة لمنع التذرع ، قيل ان هذا الحكم سيضفي على مشروع الاتفاقية مزيدا من الجدوى والفعالية . وقيل أيضا ان القاعدة ستضفي الانضباط واليقينية والكفاءة على الممارسات المصرفية ، لأنها تحفز الكفيل/المصدر على ارسال الاشعار وعلى فحص المطالبة والمستندات المرفقة بها . ولوحظ أنه في حين أن القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب (URDG) لا تتضمن قاعدة لمنع التذرع فيما يتعلق بالكفالات فان الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية (UCP) تتضمن قاعدة كهذه فيما يتعلق بطلبات الاعتماد الضامنة ، مما يبين أن قاعدة منع التذرع ناشئة عن الممارسات التجارية لا عن النظريات أو المذاهب القانونية . ورئي ان ادراج هذه القاعدة في مشروع الاتفاقية يعزز الاتساق بين النظامين ، ويساعد على اضاء قدر من الانضباط على ممارسات الكفالة في الحالات التي تنطوي على فحص المستندات .

٢٠ - وأبدت آراء متباينة بشأن البدائل الأربعة الواردة في الفقرة (٤) ، اشترك كثير منها في التمثل ازاء المحاولات التي تضمنتها البدائل للنص على قاعدة بشأن التعويض عن الأضرار . وتأييدا للبديل ألف ، لوحظ أنه يقتصر على منع الكفيل/المصدر الذي لا يمثل للأحكام الواردة في المادة ١٦ (٢) والمادة ١٧ (٣) من التذرع بأي عدم مطابقة في المستندات لم يكتشف أو لم يرسل به اشعار الى المستفيد حسبما تقضي به تلك الأحكام ، وأن هذا مجال يسهل على المصرف أن يتخذ اجراء بشأنه . وأثني على البديل جيم لاحتوائه على تقييد لقاعدة منع التذرع بحيث لا يمنع سوى التذرع بأوجه عدم المطابقة التي كان علاجها ممكنا . غير أن البديل جيم لم يلق كثيرا من التأييد ، لأنه اعتبر مفرط التشدد ومثيرا للشك .

٢١ - وإذا عرّب عن بعض التأييد للبديل دال ، لأنه ينص على قاعدة أوضح نسبيا بشأن التعويض عن الأضرار ، أبدت تحفظات على ذلك البديل بحجة أنه لا يتناول منع التذرع ، بل يتضمن احكاما بشأن المسؤولية عن الأضرار ، ولكن دون أن يوضح ما اذا كانت المسؤولية التي ينشئها قائمة على التقصير أم هي مسؤولية كلية . وأبدت أيضا اعتراضات على الجزء الذي يتناول التعويض من البديل باء .

٢٢ - وفيما يتعلق بالصياغة المفضلة لقاعدة منع التذرع ، أبدى الفريق العامل تفضيله العام للصياغة الواردة في الجزء الأول من البديل باء . وفيما يتعلق بادراج عبارة "لم يتم اكتشافه" في البديل باء ، أوضح أن المقصود بتلك العبارة أن تتناول الحالة التي لا يكون فيها الكفيل/المصدر قد فحص المستندات حسبما تقتضيه المادة ١٦ (١) ، وأنها تهدف الى تشجيع الكفيل/المصدر على فحص المطالبة وأية مستندات أخرى مرفقة بها . غير أن الفريق العامل رأى أن تلك العبارة يمكن أن تحذف .

٢٣ - وبعد التداول ، قرر الفريق العامل الابقاء على الفقرة (٤) مؤقتا بين معقوفتين ، على ألا تتضمن سوى قاعدة منع التذرع بصيغتها الواردة في الجزء الأول من

البديل باء . فهذا يتيح اجراء المزيد من النظر فيما اذا كان ينبغي الابقاء على قاعدة منع التذرع في مشروع الاتفاقية أم لا ، وما اذا كان ينبغي أن تكون الزامية ، ان أبقى عليها .

٢٤ - ولدى اختتام نظره في الفقرة (٤) ، توقف الفريق العامل للنظر في اقتراح باعادة ادراج الفقرة (١ مكررا ثانيا) ، التي تحظر على الكفيل/المصدر رفض السداد بحجة ما يواجه الاصيل/الطالب من مصاعب مالية أو غير ذلك من أسباب العجز عن السداد ، ولكن تقرر في الدورة الحادية والعشرين حذفها (A/CN.9/391) ، الفقرة (١٢٧) . وأكد الفريق العامل قراره السابق .

المادة ١٩ - المطالبة غير الصحيحة

العنوان

٢٥ - أحاط الفريق العامل علما برأي مفاده أن عنوان العادة ليس مألوفاً لدى الاختصاصيين الممارسين الذين اعتادوا ، في هذا السياق ، على تعبير "التدليس" و "إساءة استعمال الحق" . غير أنه تقرر تأكيد المضي في استخدام تعبير "المطالبة غير الصحيحة" ، نظراً لأن هدف مشروع الاتفاقية هو أن تتناول في صك واحد كلا من الكفالات المصرفية المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ، ولما يترتب على ذلك من استصواب تفادي استخدام عبارات مثل "التدليس" و "إساءة استعمال الحق" قد تكون غير مألوفة أو قد تحمل معاني متباينة في النظم القانونية المختلفة .

٢٦ - وأحاط الفريق العامل أيضاً برأي مفاده أن المادة ١٩ ، ومشروع الاتفاقية ، لا يتناولان صراحة الكفالات المقابلة . ومع أنه سلم عموماً بأن الكفالات المقابلة نفسها ، المعرّفة في الفقرة الفرعية (د) من المادة ٦ ، تعتبر ، حسبما هو مبين في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٦ (تعريف "التعهد") ، تعهدات مستقلة تتناولها أحكام مشروع الاتفاقية ، فقد يكون من المفيد الإشارة صراحة إلى الكفالات المقابلة في المادة ١٩ ، أو ربما في العادتين ١٧ و ٢١ بدلاً من ذلك ، وربما في مواضع معينة أخرى من النص . ووافق الفريق العامل على مواصلة بحث هذه المسألة في مرحلة لاحقة من مداولاته .

الفقرة (١)

٢٧ - على غرار ما حدث في الدورة العشرين (أنظر الوثيقة (A/CN.9/388) ، الفقرة (١٨) ، أبدى تخوف مشاره أن تعبير "التزوير" المستخدم في الفقرة الفرعية (أ) يحمل تقليدياً في بعض النظم القانونية معنى فنياً قد يؤدي إلى وسم المطالبة بأنها غير صحيحة ، حتى وإن كان التزوير المعني غير ذي شأن وخالياً من نية التدليس . واقترح

أن تدرج بدلا من ذلك عبارة "زائفة بغرض التدليس أو مستوفاة بغرض التدليس". غير أن الفريق العامل رأى أنه لا يمكن قبول التبديل المقترح ، بالنظر الى قراره عدم استخدام تعبير "التدليس". وأحاط الفريق العامل أيضا علما بتخوف مشاره أن تعبير "التدليس" قد يؤول فعلا في بعض النظم القانونية تأويلا ضيقا بحيث تصبح بعض الحالات المقصود أن تشملها المادة ١٩ خارجة في الواقع عن نطاقها . واقترحت بدائل أخرى منها الإشارة الى عدم وثاقة المستند وزيف محتواه أو اتسامه جوهريا أو ماديا بالتلفيق . وقرر الفريق العامل أن يعيد فريق الصياغة النظر في الصيغة الحالية مراعاة لما أبدى من تخوف .

٢٨ - وفيما يتعلق بالفقرتين الفرعيتين (ب) و (ج) ، أحاط الفريق العامل علما بتخوف مشاره أن عبارات "لم يكن السداد مستحقا على الأساس الوارد في المطالبة" و "بحكم" و "لم يكن للمطالبة أساس وجيه" ، الواردة في هاتين الفقرتين ، تتنافى مع مفهوم الكفالات المستحقة بمجرد الطلب والتعهدات المستقلة الأخرى ، وستجر الكفيل/المصدر الى التحري عن المعاملة الأصلية . غير أنه أشير الى أن الغرض من المادة ١٩ هو مجرد تعريف "المطالبة غير الصحيحة" ، وأن العوامل الذاتية المتعلقة بدرجة ما ينبغي أن يتوفر لدى الكفيل/المصدر أو لدى المحكمة من علم بعدم الصحة كيما يرفض الأول السداد ، أو ترفض الأخرى اصدار تدابير مؤقتة ، هي مسائل تتناولها المادتان ١٧ و ٢١ على التوالي .

٢٩ - وقدم اقتراح صياغي بإضافة كلمة "أو" في نهاية الفقرة الفرعية (أ) لكي يتضح أن الأسباب المشار إليها في الفقرة (١) هي عناصر تبادلية ، لا عناصر تراكمية ، في تقرير عدم الصحة ، وتركزت هذه المسألة لينظر فيها فريق الصياغة .

٣٠ - ورهنا بالنظر في مختلف الاقتراحات الصياغية المقدمة ، رأى الفريق العامل أن مضمون الفقرة (١) مقبول عموما .

الفقرة (٢)

٣١ - اتفق الفريق العامل على الابقاء على الإشارة التي أضيفت في نهاية الفقرة الفرعية (ب) الى امكانية اصدار تعهد تحسبا لاحتمال اعلان بطلان المعاملة الأصلية .

٣٢ - وأعرب عن شاغل مفاده أن الصياغة المستخدمة في الفقرة الفرعية (ج) ، التي قيل انها تشير الى حالات نزاع نمطية ناشئة عن المطالبات بسداد ضمانات الاداء ، تتنافى مع سياق الكفالات المستحقة بمجرد الطلب . ومثلما كانت الحال بشأن الشواغل المعاكسة التي أعرب عنها فيما يتعلق بالفقرة (١) (ب) و (ج) ، أشير الى أن غرض المادة ١٩ هو تعريف عدم صحة المطالبة ، لا الإشارة الى العامل الذاتي المتمثل في درجة العلم اللازمة للكفيل/المصدر أو المحكمة في أية حالة معينة لوقف السداد . غير

أنه رئي أن الفقرتين الفرعيتين (ج) و (د) قد تصحان أوضح إذا بدأتنا بعبارة "عندما ينتفي أي شك في أن..." .

٣٣ - وفيما يتعلق بالفقرة الفرعية (د) ، أثير تساؤل عما إذا كانت الإشارة الواردة فيها إلى "سوء التصرف" من جانب المستفيد الذي حال دون أداء الالتزام المشمول بالكفالة ، ضيقة أكثر من اللازم ، وما إذا كان يجدر توسيعها لتشير إلى سلوك المستفيد عموما . وردا على ذلك ، جرى التذكير بأن الفريق العامل كان قد قرر أن تتضمن الفقرة (٢) حالات عدم صحة واضحة ، كأمثلة على أنواع المطالبات غير الصحيحة ، وأن هذا هو السبب في الإشارة إلى سوء التصرف .

٣٤ - وبعد التداول ، اتفق الفريق العامل على أن مضمون الفقرة (٢) مقبول عموما .

المادة ٢٠ - المعاوضة

٣٥ - أعرب عن رأي مفاده أن الإشارة إلى حق المعاوضة من جانب "أي شخص آخر مخول بالسداد" قد تؤدي إلى مشاكل ، خصوصا في الحالات التي قد يكون فيها للشخص الآخر دين شخصي على المستفيد فيريد أن يتفادى السداد بأن يطالب بالمعاوضة . وتأييدا لحذف هذه العبارة ، قيل أنها توسع نطاق المعاوضة بما يتجاوز ما ينبغي الاعتراف به في مشروع الاتفاقية . وعلاوة على ذلك ، قيل في هذا الصدد أن هذه القاعدة ليست ذات صلة إذا لم يكن على ذلك الشخص التزام بالسداد . وبعد المناقشة ، اتفق الفريق العامل على حذف عبارة "أو أي شخص آخر مخول بالسداد" .

الفصل الخامس - التدابير القضائية المؤقتة

المادة ٢١ - التدابير القضائية المؤقتة

الفقرة (١)

٣٦ - ذُكر الفريق العامل بأن الغرض الأساسي من المادة ٢١ هو الحيلولة دون حصول المستفيد على أموال بتقديم مطالبة غير صحيحة ، غير أنه أبدي بعض التشكك بشأن ضرورة الاحتفاظ بالمادة ٢١ في مشروع الاتفاقية . وقيل تأييدا لحذف أن القانون المتعلق بالانتصاف الجزري مستقر في بعض الدول ، وإن أي محاولات لوضع قواعد خاصة بالانتصاف الجزري تخص الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وحدها سوف تقيم عوائق أمام الانضمام الواسع النطاق إلى الاتفاقية . وقيل إضافة إلى ذلك أن معيار "الأرجحية" لاصدار التدابير المؤقتة على النحو المنصوص عليه حاليا في المادة ٢١

يحدد عتبة دنيا يمكن أن تعتبر مفرطة الانخفاض في بعض الدول ، مما يزيد من امكانية اصدار أوامر زجرية ويشجع على ذلك ، وانه ينبغي بالاحرى أن يصاغ معيار الانتصاف المؤقت على غرار "الدليل البيّن والواضح" على عدم الصحة .

٣٧ - وتأييدا لاستبقاء المادة ٢١ ، قيل انه من الاهمية بمكان اقرار حق الاصيل/ الطالب في اللجوء الى القضاء لمنع المستفيد من الحصول على أموال بناء على مطالبة غير صحيحة . وقيل انه من المهم أيضا في هذه الحالات أن يحدد أساس الدعوى بوضوح من أجل الحد من التدخل لمجرد الاشتباه ، وهو أمر يخل باستقلالية التعهد اخلا شديدا . وقيل أيضا ان أحد الأغراض الأساسية لمشروع الاتفاقية ، حسبما نوه به الفريق العامل في دورته العشرين (أنظر A/CN.9/388 ، الفقرة ٣٩) ، هو توحيد وتنسيق القانون في مجال التدليس واساءة استغلال الحق ، وان إدراج قواعد بخصوص التدابير القضائية المؤقتة عنصر ضروري لتحقيق هذا الهدف . وفيما يتعلق بمعيار "الارجحية" قيل انه معيار معقول لاصدار التدابير المؤقتة ، لأن من شأن وضع معيار مفرط العلو أن يجعل المحكمة في الواقع تصدر حكما نهائيا في ذلك الشأن .

٣٨ - وبعد التداول ، كان الرأي السائد أنه ينبغي استبقاء المادة ٢١ . ونظر الفريق العامل بعد ذلك في كيفية صوغ معيار أكثر تحديدا من "الارجحية" لاصدار التدابير المؤقتة ، استجابة لما أثير من مخاوف . وكان هناك اقتراح بالآ تشير المادة ٢١ الى أي معيار في حد ذاته بل أن تترك للقانون الوطني مسألة تقرير الظروف التي تستوجب اصدار التدابير المؤقتة . وكان ثمة اقتراح آخر بالآ تصدر التدابير المؤقتة الا على أساس دليل ظاهر على عدم صحة المطالبة ، غير أن الاقتراحين لم يلقيا تأييدا . وتأييدا للاحتفاظ بمعيار "الارجحية" قيل انه يلزم استخدام تعابير لا تحمل معنى فريدا في ولاية قضائية معينة أو نظام قانوني معين ، بل تبين للقاضي بوضوح أنه ينبغي عدم استسهال اصدار التدابير المؤقتة .

٣٩ - وكان هناك اقتراح آخر حظي بموافقة عامة بخصوص الأساس الذي يمكن للمحكمة أن تستند اليه في اصدار التدابير المؤقتة ، وهو أن تشترط المادة ٢١ وجوب أن تكون الأدلة المؤدية للقرار جادة ووجيهة ، وقدمت مقترحات مختلفة بشأن طريقة تكييف تلك الأدلة على وجه التحديد . فذهب أحد المقترحات الى أنه ينبغي أن يكون الدليل "بيّنا وواضحا" ، ولكنه عارض على أساس أن هذه العبارة استخدمت في المادة ١٧ في سياق مختلف . وذهب اقتراح آخر الى النص على ألا تتخذ المحكمة قرارا باصدار تدابير مؤقتة الا على أساس دليل "مادي" . وعارض هذا الاقتراح أيضا بحجة أن كلمة "مادي" يمكن أن تفهم على انها تعني تقديم دليل مستندي ، وهو فهم تقييدي أكثر مما ينبغي . وبعد التداول ، اتفق الفريق العامل على انه يمكن استخدام عبارة مثل "دليل قوي متاح فورا" ، اذ انها تفيد بأن الدليل يجب ألا يكون حاضرا ومتاحا فحسب ، بل قويا أيضا . وأحال الفريق العامل تنفيذ الصياغة المتفق عليها الى فريق الصياغة .

٤٠ - وفيما يتعلق بعبارة "[أو تجميد أموال الكفيل/المصدر أو المستفيد]" الواردة بين معقوفتين ، اقترح أن يستعاض عنها بعبارة "أو تجميد عائدات الكفالة" لكي يبين أن العبارة لا تنطبق على أي أموال قد تكون مملوكة للكفيل/المصدر بل على المبلغ الذي يعادل قيمة التمهيد فحسب . وأحيل هذا الاقتراح إلى فريق المياغة .

٤١ - وأعرب أيضا عن رأي مفاده أن الجزء الأخير من العادة ٢١ (١) المتعلق بمعيار "ميزان الملاءمة" شديد الرجوح لصالح الأصل/الطالب ، لأنه لا يذكر أنه ينبغي أن يؤخذ أيضا في الاعتبار ما يحتمل أن يعاني منه المستفيد من ضرر نتيجة للأمر المؤقت . بيد أن الفريق العامل قرر الإبقاء على تلك العبارة دون تغيير ، لأنه رئي أن صياغتها ، إلى جانب الحكم الوارد في الفقرة (٣) تتيح متسعا كافيا لأخذ مصالح المستفيد في الاعتبار .

الفقرة (٣)

٤٢ - لاحظ الفريق العامل أن العنصر الجديد الرئيسي في الفقرة (٣) ينطوي على تعديل كلمة "التأمين" إلى عبارة "تأمينا في الشكل..." تجنباً لتفسير هذا الحكم تفسيراً تقنياً ضيقاً . وأشار إلى أن الهدف من الفقرة (٣) هو تمكين المحكمة من فرض ما تراه مناسباً من تدابير لحماية مصالح الأطراف . وقدم اقتراح بأنه ربما كان من الأفضل أن ينص بشكل أكثر عمومية على أن الأمر الزجري يجوز أن يكون مرهوناً بما قد يلزم من شروط لصون مصالح الأطراف ، بدلا من النص على كيفية تحقيق ذلك . وقيل اعتراضاً على هذا الاقتراح إن نصا كهذا قد يكون أكثر عمومية مما ينبغي فيفسح المجال لقدر مفرط من حرية الاجتهاد ويزيد من خطر اساءة استغلال الحق . وعلاوة على ذلك ، أشار إلى أن الفقرة (٣) ليست موجهة خصيصاً لحماية مصالح المستفيد ، وإنما المقصود منها أن تكون تدبيراً اجتهادياً يمكن القضاة من اتخاذ تدابير تحد من رفع دعاوى زائفة . وبعد التداول ، استبقى الفريق العامل الفقرة (٣) دون تغيير .

الفقرة (٤)

٤٣ - أبدي رأي مفاده أن الفقرة (٤) مفرطة التقييد ، لأن المحكمة قد تود ، في ظروف معينة ، أن تصدر أمراً زجريا يستند إلى أساس آخر غير عدم صحة المطالبة أو استخدام التمهيد لأغراض غير مشروعة . غير أنه أشار إلى أن هذه التقييدات لا تتعلق إلا بنوع الأوامر الزجرية الذي يصدر عملاً بالفقرة (١) من العادة ٢١ ، وأن هذه الأوامر الزجرية ينبغي أن تكون مقيدة على النحو ذاته . ومن ثم ، استبقى الفريق العامل الفقرة (٤) دون تغيير .

الفصل السادس - الولاية القضائية

المادة ٢٤ - اختيار المحكمة أو التحكيم

٤٤ - عملا بالقرار الذي اتخذته الفريق العامل في الدورة العشرين (أنظر A/CN.9/388 ، الفقرة ٨٤) ، وإثر المشاورات التي دارت بين أمانة اللجنة وأمانة مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص ، عرضت على الفريق العامل صيغة بديلة للفصل السادس بالإضافة الى الصيغة التي نظر فيها أثناء الدورة الحادية والعشرين (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1) . فوفقا للصيغة الاولى كان اختيار الولاية القضائية وتقريرها غير حصري . أما النص الجديد فقد جعل اختيار الاطراف الولاية القضائية في اطار المادة ٢٤ حصريا ، في حين أن أثر تقرير الولاية القضائية في اطار المادة ٢٥ يظل غير حصري أساسا . وتبيدا لما أثير من قلق ازاء النص على الاثر الحصري لإختيار الولاية القضائية من جانب الاطراف في غيبة نظام للاعتراف بقرارات المحاكم وإنفاذها ، أدرج صمام أمان في الفقرة الفرعية (د) من المادة ٢٤ مكررا . فهذا الحكم يمكن محكمة أخرى غير التي اختارها الاطراف من ممارسة الولاية القضائية في حالة تعذر الاعتراف بقرار المحكمة المختارة أو إنفاذه . وتورد المادة ٢٤ مكررا أيضا عددا من الاستثناءات الإضافية لحصرية حق الاطراف في اختيار المحكمة المختصة .

٤٥ - وعلى أساس النصوص المعروضة عليه استأنف الفريق العامل النظر في ما اذا كان يجدر إدراج الفصل السادس في مشروع الاتفاقية . ومثلما حدث سابقا ، أبديت شكوك وتخوفات في هذا الصدد . وقدمت مداخلات مختلفة مفادها أن وجود فصل عن الولاية القضائية ليس ضروريا وأنه يتجاوز النطاق الأساسي للاتفاقية . وأشار الى وجود اتفاقيات اقليمية بشأن الولاية القضائية والاعتراف بقرارات المحاكم وإنفاذها ، وخاصة اتفاقيتي بروكسل ولوغانو بشأن الولاية القضائية وإنفاذ قرارات المحاكم الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية ، واتفاقية البلدان الأمريكية في هذا المجال . وأشار أيضا الى أن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص يشرع في اعداد اتفاقية عالمية . وكان من بين الاعتراضات الأخرى على إدراج أحكام خاصة بالولاية القضائية ، على غرار ما قدم منها في مشروع الاتفاقية على الأقل ، أنها ليست كاملة . وأشار في هذا الصدد بوجه خاص الى عدم وجود قواعد بخصوص الاعتراف بقرارات المحاكم وإنفاذها ، وقيل ان هذا هو العنصر التوأم الهام الذي ينبغي اضافته الى الاحكام المتعلقة بالولاية القضائية .

٤٦ - وأشار أيضا الى وجود نموذج لمجموعة أكمل من الاحكام في اتفاقية المسؤولية المدنية عن الاضرار الناجمة عن الأنشطة الخطرة على البيئة (لوغانو ، ٢١ حزيران/يونيه ١٩٩٣) . فبالإضافة الى احتوائها على أحكام بشأن الولاية القضائية ، تتضمن تلك الاتفاقية أحكاما لا تقتصر على الاعتراف والإنفاذ ، بل تتناول عدة مسائل أخرى أيضا ، مثل اخطار المدعى عليه بوجود التماس لاستصدار تدابير قضائية . ورئي أيضا أنه ربما

يلزم ، اضافة الى سد الثغرات ، مواصلة النظر في مغزى بعض أحكام مشروع الفصل السادس ، مثل مغزى الفقرة الفرعية (ج) من المادة ٢٤ مكررا . وأثير تساؤل عما اذا كانت الاشارة الواردة فيها الى رفض المحكمة المختارة ممارسة الولاية القضائية توحى بقاعدة "المحكمة لا توافق" . وأعرب عن رأي مفاده أنه قبل الشروع في معالجة مختلف التخوفات التي أثيرت بشأن الفصل السادس ، وهي عملية تستغرق الكثير من الوقت ، ينبغي للفريق العامل في الوقت المحدود المتبقي له أن يلتفت أولا الى مواصلة استعراض الأحكام الموضوعية من مشروع الاتفاقية .

٤٧ - وتأييدا لاستبقاء الفصل السادس ، قيل ان هذا الفصل ، وان لم يكن كاملا ، يحتوي على قواعد صائبة في الأساس ولا يمكن أن تكون ضارة بل مفيدة من الناحية العملية . ورئي أيضا أن وجود أنظمة متعددة الاطراف بشأن الولاية القضائية والاعتراف والانفاذ ، وهي بشكلها الموجود قائمة على أساس اقليمي ، ينبغي ألا يحول دون ادراج الفصل السادس . كما ذكر سبب آخر تأييدا لتناول الولاية القضائية والمسائل ذات الصلة به في مشروع الاتفاقية هو أنه يمكن بنفس القدر من اليسر معالجة هذه المسألة ، فيما يتعلق بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ، في صك واحد جنبا الى جنب مع القواعد الموضوعية ، وأنه من الأنسب الاضطلاع بهذا العمل ضمن سياق صوغ القواعد الموضوعية ذاتها . وسعي الى حل وسط بين النهج المتبع في النص الحالي لمشروع الاتفاقية ومجموعة أكمل من الأحكام على النحو المقترح أعلاه ، قدم اقتراح بادراج حكم بسيط نسبيا يقر حق المطالب في اللجوء الى القضاء ويعترف بحرية التعاقد فيما يتعلق باختيار الولاية القضائية ، دون المساس بالقواعد الاجرائية السارية في الدول المتعاقدة بشأن الولاية القضائية .

٤٨ - وعلى أساس ما جرى تبادله من آراء ، قرر الفريق العامل أن يؤجل مواصلة النظر في استبقاء الفصل السادس ، وفي مضمونه المحتمل في حال استبقائه ، الى ما بعد استعراضه الاضافي للقواعد الموضوعية الواردة في مشروع الاتفاقية .

الفصل السابع - تنازع القوانين

المادة ٢٦ - اختيار القانون المنطبق

٤٩ - في مداولاته بشأن المادة ٢٦ ، نظر الفريق العامل أولا فيما اذا كان ينبغي ادراج الاحكام المتعلقة بتنازع القوانين في مشروع الاتفاقية أم لا . وتأييدا للرأي القائل بعدم ضرورة ادراج تلك الاحكام في مشروع الاتفاقية ، قيل ان فائدة هذه الاحكام ستكون محدودة ما لم تشكل جزءا من نظام كامل لاحكام خاصة باختيار القانون المنطبق . وردا على ذلك ، قيل ان من شأن ادراج قواعد كهذه في مشروع الاتفاقية أن يعزز موثوقية

الصك المتناول وفائدته من خلال الاعتراف بحرية الاطراف في اختيار القانون وتقليل امكانية نشوء منازعات فيما يتعلق بالبت في مسألة القانون المنطبق . وبعد التداول ، كان الرأي السائد أنه ينبغي للاتفاقية أن تتضمن أحكاما بشأن القانون المنطبق .

٥٠ - أبدي تخوف من أن النهج المتبع لوصف نطاق الحكم الخاص باختيار القانون ("الحقوق والواجبات والدفع المتعلقة بالتعهد") قد لا يكون واسعا بما يكفي لشمول جميع المسائل المتصلة بالصك التي قد تنشأ نزاعات بشأنها . ورئي أنه لا يجدر به ، مثلا ، أن يشمل تكوين التعهد ومسائل أخرى ينبغي أن تغطيها الأحكام الخاصة باختيار القانون ، وأن هذا الاستدلال قد يتميز بكون عنوان الفصل الرابع هو "الحقوق والالتزامات والدفع" . واقترح بديل لذلك يشير الى "العلاقة بين الكفيل/المصدر والمستفيد" كموضوع للحكم الخاص باختيار القانون المنطبق . وقيل ان هذا النهج محبذ في اتفاقيات دولية أخرى ، مثل اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ المعنية بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية . بيد أنه أشير الى أن هذا النهج ، وأن كان مناسباً عندما يؤول التعهد من وجهة تعاقدية ، قد لا يكون مناسباً حيثما لا يعتبر التعهد ذا طابع تعاقدى . ولوحظ أن استخدام تعبير كهذا لوصف التعهد سبق أن رفضه الفريق العامل في دورة سابقة . وقيل أيضا ان عبارة "الحقوق والالتزامات والدفع" واسعة بما يكفي لشمول تكوين التعهد . وقدم اقتراح آخر بأن يشار الى التعهد بشكل عام على أنه محكوم بالقانون الذي يقع عليه الاختيار . وأحال الفريق العامل المسألة الى فريق الصياغة .

٥١ - وبعد التداول اتفق الفريق العامل على أن مضمون المادة ٢٦ مقبول بصفة عامة .

المادة ٢٧ - تقرير القانون المنطبق

٥٢ - أبدي رأي مؤداه ألا تشير المادة ٢٧ الى مكان عمل الكفيل/المصدر بل الى مكان آخر ما ، يقرر بالاستناد الى صيغة مرنة . وتأييدا لاتباع نهج من ، أشير الى صعوبة تطبيق قاعدة بسيطة قائمة على "مكان العمل" في سياق اصدار "صكوك غير مادية الطابع" . وقدم اقتراح لمعالجة هذه الشواغل مؤداه أن يشار الى قانون المعاملة ذات الصلة التي هي موضوع النزاع في التعهد والتي يكون التعهد أوثق ارتباطا بها . بيد أن هذا النهج لم يلق تأييدا كافيا . وقدم اقتراح آخر مفاده الجمع بين مرونة ذلك النهج وإيراد توجيه عام الى المحاكم بأن تنظر الى مكان الاصدار . ووفقا للاقتراح الأخير يكون النص على النحو التالي : "وفي حال تعذر اختيار القانون وفقا للمادة ٢٦ ٠٠٠ يكون التعهد خاضعا لقانون الدولة التي يكون أوثق ارتباطا بها ، والتي هي عادة المكان الذي صدر فيه" . غير أن الرأي السائد ذهب الى أن النهجين المقترحين يتميزان بأنهما يجسدان بعض النهج المأخوذ بها في الاتفاقيات الاقليمية المتعلقة

بهذا الموضوع ، ولكن الغرض من المادة ٢٧ هو تقديم قاعدة أكثر تحديداً و يقينية في سياق الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ، وأنه ينبغي لها أن تشير الى مكان عمل الكفيل/المصدر .

٥٣ - وفي الوقت نفسه ، ومن أجل جعل القاعدة أكثر دقة ، خصوصا فيما يتعلق بسياقات اصدار مثل عمليات الفروع المصرفية ، اتفق الفريق العامل على ايراد اشارة أكثر تحديدا الى قانون الدولة التي يقع فيها مكان عمل الكفيل/المصدر الذي أصدر فيه التعهد .

٥٤ - وأكد الفريق العامل أن المادة ٢٧ تنطبق على الكفالات المقابلة والتشبيطات وغيرها من التعهدات الخاضعة لمشروع الاتفاقية ، حتى وان لم يشر اليها بالتحديد فيه . وهذا يتفق مع الافتراض العملي الخاص بنطاق انطباق مشروع الاتفاقية عموما . ولوحظ أنه اذا ما رُئي أن من المستصوب ادراج بيان أصرح بشأن شمول الكفالات المقابلة والتشبيطات فقد يكون من الأنسب فعل ذلك باضافة حكم عام في المادة ٣ .

الفصل الأول - نطاق الانطباق

المادة ١ - نطاق الانطباق

الفقرة (١)

٥٥ - أثير تساؤل بشأن ضرورة الاشارة في الفقرة (١) الى قواعد القانون الدولي الخاص باعتبارها أساسا مستقلا لانطباق مشروع الاتفاقية ، بديلا لصدور التعهد في دولة متعاقدة . وأعرب عن رأي مفاده أن جدوى هذا الحكم ستقتصر على الحالات التي يقوم فيها الطرفان باختيار القانون ، لأنه إن لم يفعل ذلك فستنطبق عندئذ المادة ٢٧ وسيكون القانون المنطبق هو قانون مكان صدور التعهد . وعلاوة على ذلك ، قيل ان ادراج هذا الحكم ينشئ نظاما معقدا ، خصوصا في الحالات التي يختار فيها الطرفان تطبيق قانون دولة متعاقدة بينما يكون التعهد قد صدر في دولة غير متعاقدة . وسيتعين على الطرفين حينئذ أن يكونا شديدي التحديد في اختيارهما قانون الدولة المتعاقدة ، اذا لم يرغبوا في انطباق مشروع الاتفاقية . غير أن اقتراح حذف الاشارة الى قواعد القانون الدولي الخاص لم يلق تأييدا . وأشير في هذا الصدد الى أن مشروع الاتفاقية يجسد النهج المتبع في اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع .

٥٦ - وأكد الفريق العامل أن انطباق مشروع الاتفاقية استنادا الى مكان صدور التعهد في دولة متعاقدة وانطبقه استنادا الى قواعد القانون الدولي الخاص هما معياران مختلفان وليسا معيارا مزدوجا . وقيل انه يمكن جعل ذلك أوضح اذا فصل بين الاشارتين باضافة عبارة "ان لم يكن الأمر كذلك" بين عبارتي "أو" و "اذا" ، بحيث يصبح النص :

"... إذا كان صادرا في دولة متعاقدة أو ، إن لم يكن الأمر كذلك ، إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تؤدي الى تطبيق قانون احدى الدول المتعاقدة ...". وأحال الفريق العامل هذا الاقتراح الى فريق الصياغة .

٥٧ - وقدم استفسار عن السبب في اعطاء الطرفين الحق في استبعاد تطبيق الاتفاقية التي ستصبح ، فور التصديق عليها ، هي قانون الدولة المتعاقدة . وقيل ان المسألة تزداد تعقدا بوجود الفقرة (٣) ، التي تجعل الفصول الخامس والسادس والسابع منطبقة حتى في الحالات التي لا تنطبق فيها الاتفاقية عملا بالحكم الوارد في الفقرة (١) بشأن النطاق . وقيل ان هذا سيترك أيضا انطبعا بأن جميع الأحكام الأخرى ليست الزامية ، وهي مسألة لا يزال على الفريق العامل أن ينظر فيها مادة فمادة . وقدم اقتراح آخر ذو صلة بذلك يتناول حق الطرفين في استبعاد تطبيق الاتفاقية ومفاده أن تنص الفقرة (١) على أنه يجوز للطرفين استبعاد تطبيق مشروع الاتفاقية "جزئيا أو كليا" ، بدلا من مجرد الإشارة الى اختيار تطبيق الاتفاقية في مجملها أو استبعادها في مجملها .

٥٨ - وردا على هذه الشواغل أشير الى أن الأمر ينطوي على مسألتين منفصلتين : أولاها عولجت بالإيجاب في المادة ١ ومفادها ما إن كان للطرفين الحق في استبعاد تطبيق مشروع الاتفاقية ؛ والثانية هي تحديد الأحكام التي تخضع لحرية الطرفين ، متى تأكد انطباق مشروع الاتفاقية . وفيما يتعلق بكيفية التمييز بين الجوانب الإلزامية والجوانب غير الإلزامية من مشروع الاتفاقية ، أشير الى أنه بدلا من وضع قائمة بجميع الأحكام الإلزامية في مشروع الاتفاقية ، قد يكون من الأفضل بيان حرية الطرفين في الحالات التي تقتضي ذلك . فأهمية هذه المسألة لا تعم جميع جوانب مشروع الاتفاقية ، كالمادة ١ مثلا .

٥٩ - وأثير تساؤل آخر بشأن الشكل الذي يمكن أن يستبعد به تطبيق الاتفاقية . وأشير في هذا الصدد الى أن الفقرة (١) تنص على أن يتم الاستبعاد في التعهد ذاته ، في حين أن المادة ٨ تنص على أن استبعاد تطبيق مشروع الاتفاقية يمكن الاتفاق عليه في تعديل للتعهد . وردا على ذلك ، أشير الى أن تعبير "التعهد" يجب أن يفهم على أنه يشمل أي تعديل أدخله الطرفان على التعهد في صيغته التي صدر بها أصلا . كما أشير الى أنه سبق إدراج قاعدة تفسيرية بهذا المفاد ولكنها حذفت لاحقا ، وقد يكون من المفيد إعادة إدراج تلك القاعدة التفسيرية في النص توخيا للوضوح . وبشأن ما إن كان ينبغي السماح بأن يتم استبعاد تطبيق مشروع الاتفاقية في غير ظاهرة التعهد ، أحاط الفريق العامل علما بالتخوف من أن السماح باستبعاد غير مبين في ظاهر مستندات التعهد يسبب مخاطر وتشككات غير مستحبة للغير الذي يعول على المعلومات المبينة على ظاهرة الصك (في سياق التفاوض مثلا) ، وبناء على ذلك ، اتفق الفريق العامل على أن أي اتفاق بشأن استبعاد الاتفاقية يجب أن يتم في الصك ، مع أنه يمكن التوصل الى استنتاج مختلف بشأن استعمال "قواعد النظام" لاستبعاد تطبيق مشروع الاتفاقية ، كما في حالة استخدام رسائل "سويفت" (جمعية الاتصالات المالية العالمية) واللاسلكية فيما بين مصارف العالم) لإصدار التعهدات .

٦٠ - وكان من شأن المناقشات الواردة أعلاه بشأن شكل استبعاد تطبيق مشروع الاتفاقية أن جعلت الفريق العامل يلاحظ أنه سيتعين عليه ، لدى استعراضه مشاريع المواد ، أن يتأكد من أن عبارة "ما لم ينص على خلاف ذلك في التعهد أو في اتفاق آخر ..." ، الواردة في عدة مواضع ، لم تستخدم الا للإشارة الى شرط يضعه الطرفان خارج مستندات التعهد ، وأنها لم تستخدم سهوا للإشارة الى شرط وارد في تعديل لاحكام التعهد الاصلية .

٦١ - ولوحظ أن الإشارة الى اختيار عدم تطبيق الاتفاقية نفسها لا تشير الى استبعاد القانون الوطني ، حتى في الحالات التي قد يكون فيها القانون الوطني مماثلا أو مشابها لاحكام مشروع الاتفاقية . وكان المفهوم أنه اذا استبعد تطبيق الاتفاقية فسيكون التعهد خاضعا للقانون الذي كان من شأنه أن ينطبق لو كانت الاتفاقية غير موجودة .

٦٢ - وأخيرا ، بحث الفريق العامل في العلاقة بين الصيغة المستخدمة في الفقرة (١) بشأن نطاق الاتفاقية والمباراة الواردة في المادة ٢٧ بشأن تحديد القانون المنطبق . ورئي أن من المهم التعبير بطريقة متوازية عن القاعدة التي تحدد نطاق انطباق الاتفاقية والقاعدة التي تقرر القانون المنطبق . وكان هناك اتفاق عام على أن الحكمين ينبغي أن يشيرا بطريقة متماثلة الى مكان عمل الكفيل/المصدر الذي يصدر فيه التعهد ، وتركت هذه المسألة لفريق الصياغة . وأشار أيضا الى أنه قد يلزم النظر في ادخال تغييرات على المادة ٦ '١' بحيث تأخذ في الاعتبار الحالات التي قد تكون فيها للكفيل/المصدر أماكن عمل مختلفة ، في فروع معينة ، في ولايات قضائية مختلفة .

الفقرة (٢)

٦٣ - نظر الفريق العامل في مسألة ما اذا كان ينبغي ، أولا ينبغي ، الابقاء في مشروع الاتفاقية على الفقرة (٢) من المادة ١ ، التي تسمح للطرفين بجعل مشروع الاتفاقية ينطبق على خطابات الاعتماد التجارية . وقيل تأييدا للحذف ان هذا الحكم قد يبدو مبهما من حيث التحديد الدقيق للصكوك المقصود به تناولها . وقيل ان التشكك ناشئ عن أن مشروع الاتفاقية لا يحتوي على تعريف لتعبير "خطاب الاعتماد التجاري" . كما قيل انه ، على أية حال ، وحتى دون ورود هذا الحكم في الفقرة (٢) ، يمكن للطرفين اللذين يرغبان في تطبيق أي جزء من مشروع الاتفاقية على أي صك أن يفعلوا ذلك ، لأنه يتمتع حظر مثل هذا الفعل . وقيل أيضا ان شمول مشروع الاتفاقية لأي صك ما كان له أن يعتبر "تعهدا" لولا ذلك يمكن تحقيقه ، اذا رئي هذا الشمول مستوصبا ، بتعديل تعريف "التعهد" في المادة ٢ (١) . غير أن هذا النهج لم يجتذب تأييدا كافيا ، لأن الفريق العامل رأى أنه يجدر بالاحرى ادراج حكم على نسق الفقرة (٢) .

٦٤ - وذهب اقتراح آخر الى توسيع الفقرة (٢) بجعلها حكما عاما يتيح اختيار

التطبيق بالإشارة إلى "تعهدات مستقلة أخرى" ولا يقصر امكانية ذلك الاختيار على خطابات الاعتماد التجارية وحدها ، كما هو الحال في مشروع الفقرة الحالي . وقيل "تأييدا لهذا الاقتراح إن هناك عدة أنواع أخرى من التعهدات المستخدمة على نطاق واسع قد يكون من المفيد اخضاعها لمشروع الاتفاقية ، منها مثلا : الالتزامات غير القابلة للرجوع الخاصة برد الأموال ؛ والصكوك المحررة فيما يتعلق بالاشعار المسبق في اطار المادة ١١ من الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ؛ والالتزامات بشراء مستندات ذات صلة بالمطالبات بالسداد . وقيل ان الالتزامات الاخيرة تنشأ في الحالات التي تقرر فيها المصارف غير المستعدة لاضافة تثبيت ، بسبب القيود المفروضة على النقد الاجنبي مثلا ، أن تصدر ، بدلا من ذلك ، التزاما غير قابل للرجوع بشراء مستندات المطالبة المعنية . غير أن الفريق العامل لم يكن على استعداد لتوسيع الفقرة (٢) على النحو المقترح . وقيل معارضة للاقتراح ان الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة هي التي كانت في الحسبان لدى وضع مشروع الاتفاقية ، ومن شأن ادراج حكم عام يتيح اختيار التطبيق أن يدخل في نطاق انطباق الاتفاقية صكوكا لم ينظر في طبيعتها لدى صوغ مشروع الاتفاقية .

٦٥ - ووجه الفريق العامل اهتمامه بعد ذلك الى اقتراح يرمي الى تعديل الفقرة (٢) بغية النص على أن مشروع الاتفاقية يشمل تلقائيا خطابات الاعتماد التجارية ، بدلا من مجرد النص على امكان اختيار الانطباق . وقيل تأييدا لهذا الاقتراح ان خطابات الاعتماد التجارية تطابق خطابات الاعتماد الضامنة من حيث الطابع القانوني ، ويشهد على ذلك أنها تخضع لنفس قواعد الممارسات . وقيل معارضة لهذا الاقتراح ان الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة هي التي كانت في الحسبان لدى وضع مشروع الاتفاقية ، وقد لا تكون أحكامه ملائمة لخطابات الاعتماد التجارية . وقيل ردا على ذلك ان أية محاولة للفرقة بين خطابات الاعتماد الضامنة وخطابات الاعتماد التجارية هي محاولة مفتعلة ، لأن الصكين لا يمكن التمييز بينهما ، وأن اعداد مشروع الاتفاقية يتيح فرصة تاريخية لكي تعم فوائد الاتفاقية على خطابات الاعتماد التجارية . وكان هناك اعتبار مهيمن لدى النظر في هذه المسألة هو أن عددا من الوفود أشار الى أنه لا يستطيع أن يتخذ موقفا قاطعا بشأنها لأنه لم يكن يتوقع بحثها في الدورة الحالية ، ومن ثم لم تتح له الفرصة للتشاور بشأنها في بلده . وأشير الى أن مسألة توسيع نطاق مشروع الاتفاقية ليشمل خطابات الاعتماد التجارية يرجح أن تشار مجددا ، ومن ثم قد يكون من المجدي اجراء تلك المشاورات . ولذلك ، قرر الفريق العامل عدم قبول الاقتراح ، في هذه المرحلة على الأقل .

٦٦ - وبشأن صياغة الفقرة (٢) ، تقرر استخدام عبارة "خطاب اعتماد غير خطاب الاعتماد الضامن" بدلا من عبارة "خطاب اعتماد تجاري" ، وخصوصا لأن عبارة "خطاب اعتماد تجاري" غير معرفة في مشروع الاتفاقية . وأحيلت الى فريق الصياغة مسألة ان كان ينبغي حذف كلمة "أيضا" .

٦٧ - ورهنا بالقرار الوارد أعلاه ، رأى الفريق العامل أن مضمون الفقرة (٢) مقبول عموماً .

الفقرة (٢)

٦٨ - لاحظ الفريق العامل أن موذى الفقرة (٣) هو أن أحكام الفصل الخامس (المادة ٢١ ، التدابير القضائية المؤقتة) والفصل السادس (المادتين ٢٤ الى ٢٥ مكرراً ، الاختصاص القضائي) والفصل السابع (المادتين ٢٦ و ٢٧ ، تنازع القوانين) تنطبق بصرف النظر عما إذا كانت الاتفاقية منطبقة ، في أية حالة معينة ، بموجب المادة ١ (١) . وعلى الرغم من ابداء قلق بشأن مدى صواب انطباق جزء من مشروع الاتفاقية انطباقاً مستقلاً على هذا النحو ، كان الفريق العامل على استعداد لقبول هذا النهج فيما يتعلق بالفصل السادس ، إذا أبقى على هذا الفصل في نهاية المطاف ، والفصل السابع . غير أنه اتفق عموماً على أن الإشارة إلى الفصل الخامس لا ينبغي أن تدرج في الفقرة (٣) .

المادة ٢ - التمهيد

الفقرة (١)

٦٩ - مثلما حدث عند النظر في الأحكام الخاصة بالنطاق في مناسبات سابقة ، أبدى اهتمام بأن تتفادى صياغة مشروع الاتفاقية احتمال أن يشمل نطاقها عن غير قصد ، في بعض الولايات القضائية على الأقل ، تعهدات خاصة معينة ذات طابع مستقل . فقد تقطع وعود من هذا النوع لتجديد التزام قانوني مثلاً . كما أبدى قلق من أن يشمل النطاق عن غير قصد سندات الضمان والسندات الاذنية . وأعرب عن رأي مفاده أن مشروع الاتفاقية الحالي لا يعالج هذا الاحتمال بما يكفي . واقترح تبديد هذا القلق بأن تدرج في الفقرة (١) إشارة محددة إلى الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ، وذلك بإضافة عبارة على نسق "حسبما يشار إليها في الممارسات المصرفية الشائعة" . وقدم اقتراح بديل لتبديد هذا القلق مفاده توسيع قائمة الصكوك المستبعدة صراحة في الفقرة الفرعية (ب) .

٧٠ - ومع أنه أشير إلى أن القصد الصريح لمشروع الاتفاقية هو أن يشمل التعهدات المستقلة وحدها ، وبذلك تستبعد سندات الضمان ، وأنه لا يقصد به أن يشمل المعاملات الخاصة والاستهلاكية ، رأى الفريق العامل أنه من المستصوب زيادة وضوح الحكم الخاص بالنطاق . ويصدق ذلك بصفة خاصة لأن من المسلم به أن هناك تعهدات أخرى ، لا يقصد أن يشملها مشروع الاتفاقية ، تنطوي فعلاً على قدر من التجريد ، وبذلك يمكن تصور أن تؤدي إلى امكانية حدوث بعض الخلط ، مهما اعتبر البعض ذلك أمراً غير محتمل . وينشأ هذا الخطر أيضاً من طبيعة المادة ١ التي ، كما يتضح من عنوان مشروع الاتفاقية ، لا تقدم تعريفاً كاملاً للميدان المشمول ، بل تعمل على وصف أكثر عمومية . واتفق على أنه يمكن

في الواقع تحقيق زيادة الوضوح ، على النحو المقترح ، بأن تضاف الى الفقرة الفرعية (أ) عبارة مثل "يشار اليه عادة بالكفالة المستقلة أو خطاب الاعتماد الضامن" . ولاحظ أن هذه الدرجة الاضافية من الوضوح ستؤدي الحاجة الى الابقاء على الفقرة الفرعية (ب) ، لأنه سيكون من الأوضح الآن أيضا أن صكوكا مثل عقود التأمين خارجة عن نطاق مشروع الاتفاقية .

٧١ - وقدم اقتراح يرمي الى اضافة حكم الى المادة ٢ لايضاح أن مشروع الاتفاقية لا يسعى الى تنظيم مسائل أهلية اصدار التعهدات ، وهو شيء أكد الفريق العامل أن لم يقصد تناوله قط . وقيل انه بدون توضيح هذه النقطة ، ولا سيما بالنظر الى الإشارة غير المحدودة النطاق في الفقرة الفرعية (أ) ، الى الكفيل/المصدر ، يمكن أن يثير بعض التشكك . وأعرب عن خشية من أن تفكر الدول ، في حال عدم وجود هذا التوضيح ، في اصدار اعلان أو ابداء تحفظ بشأن هذه النقطة ، ولذلك اقترح ادراج نص على النسق التالي : "ستحتفظ الدول المتعاقدة بحرية تحديد فئات الاشخاص أو المؤسسات ذات الصلاحية لاصدار التعهدات المشار اليها في الفقرة (أ)" . وأعرب عن رأي مفاده أن اضافة هذا الحكم ستوضح المسألة على نحو أكثر فاعلية من نهج بديل مقترح وهو ادراج التوضيح في حاشية .

٧٢ - ورغم التأكيد على أن مشروع الاتفاقية لا يقصد به اطلاقا تنظيم مسائل الصلاحية أو الأهلية لاصدار التعهدات ، قرر الفريق العامل عدم الأخذ بالتغيير المقترح ، لأنه رئي أن المسألة واضحة أصلا بما يكفي . فضلا عن ذلك ، أشير الى أن هناك مجموعة كبيرة من المسائل لا ينظمها مشروع الاتفاقية ، ومنها مسائل يمكن أن تشير قضايا الصلاحية ، ومن ثم فإن تناول هذه النقطة فيما يتعلق بجانب واحد فقط من جوانب مشروع الاتفاقية قد يسبب تشككا بشأن الجوانب الأخرى من النص . إذ قد يوحي مثلا دون قصد ، فيما يتعلق بالتدابير القضائية المؤقتة ، بأن مشروع الاتفاقية يتدخل في مسألة صلاحية المحاكم في التصرف .

٧٣ - وقدمت اقتراحات صياغية الطابع وأحيلت الى فريق الصياغة . وذهب أحد هذه الاقتراحات الى أن كلمة "تفيد" ، المستخدمة في عبارة "تفيد باستحقاق السداد ..." ، قد تمس ، في بعض اللغات على الأقل ، بالطابع المستقل والمستندي للتعهد . واقترح أن يستعاض عن تلك الكلمة بعبارة "تدل على" . وكان هناك اقتراح آخر يتعلق بعبارة "حدث طارئ" ، فشدد على أن المفهوم الذي ينبغي أن تحمله هذه العبارة لا يتناول الأحداث غير المنظورة ، التي لا يتوخى التعهد تناولها ، بل الأحداث التي ليس من المؤكد وقوعها .

٧٤ - وذهب اقتراح آخر الى أن الفقرة الفرعية (أ) ، إذ تكتفي بالإشارة الى "مجرد المطالبة أو لدى تقديم مستندات أخرى" ، قد تستبعد ، دون قصد ، أي تعهد يشير الى تقديم المستندات فحسب كشرط لتوجب السداد ، بدون أية إشارة الى "المطالبة" بالسداد

بذاتها . غير أن الفريق العامل رأى ، بعد التداول ، أن الصيغة الحالية مرضية ، وأن التعهدات التي لا تشير حرفيا الى المطالبة بذاتها لا تخرج بالضرورة عن نطاق هذا الحكم .

الفقرة (٢)

٧٥ - رأى الفريق العامل أن مضمون الفقرة (٢) مقبول عموما .

الفقرة (٣)

٧٦ - فيما يتعلق بالفقرة الفرعية (أ) ، قدم اقتراح بحذف عبارة "بعملة معينة أو وحدة حساب معينة" لأنها تشير الى شيء بديهي . غير أن الفريق العامل اتفق على الإبقاء على الحكم بشكله الحالي .

٧٧ - أبدي رأي مفاده أنه ليس من الضروري أن تضاف في الفقرة الفرعية (ب) الإشارة الواردة بين قوسين الى "كمبيالة" (draft) لكي تقابل كلمة "سفتجة" (bill of exchange) ، قرر الفريق العامل الإبقاء على العبارة الإضافية . فقد رئي أن هذا الوصف الإضافي سهل ، على الأقل في اللغات التي توجد فيها العبارتان ، تطبيق مشروع الاتفاقية في النظم القانونية التي يستخدم فيها تعبير "كمبيالة" (draft) باعتبارها معادلا وظيفيا لتعبير "سفتجة" (bill of exchange) . ولوحظ أن الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية تتبع نهجا معادلا يجسد الاستعمال المصرفي العام لتعبير "كمبيالة" . وقرر الفريق العامل عدم تأييد اضافة اشارة الى السداد بواسطة سند اذني . وأشار الى أن الفقرة (٢) ينبغي أن تعتبر قائمة توضيحية أو ارشادية ، لا حصرية ، بأشكال السداد . ومن ثم ، فإن القصد من هذا الحكم في هذه الحالة هو تقديم مثال لشكل شائع من أشكال السداد في نوع التعهد الذي يتناوله مشروع الاتفاقية . كما لم يجتذب تأييدا كافيا اقتراح باضافة اشارة صريحة في الفقرة الفرعية (ب) الى النص على عملة معينة . ولنفس السبب ، اتفق الفريق العامل على حذف الإشارة الى "مبلغ محدد" .

٧٨ - وأعرب عن رأي مفاده أن الفقرة الفرعية (د) ("بتقديم شيء محدد ذي قيمة") ينبغي أن تحذف لأنها تشير الى ما يمكن أن يعتبر شكلا غير مألوف الى حد ما من أشكال السداد ، بل وغير شرعي في بعض الدول . غير أن الرأي السائد كان بالإبقاء على هذا الحكم .

الفقرة (٤)

٧٩ - لاحظ الفريق العامل أنه أضيفت الى الفقرة (٤) اشارة الى تعيين الكفيل/المصدر أحد فروع كمتفيد ، شريطة أن ينص التمهيد صراحة في مثل هذه الحالات على انطباق مشروع الاتفاقية . وذكر أن هذه الاشارة أضيفت عملا بالقرار الذي اتخذ في الدورة الحادية والعشرين بألا يحول مشروع الاتفاقية دون امكانية تعيين أحد الفروع كمتفيد (A/CN.9/391 ، الفقرة ٢٠) . وباضافة ذلك النص ، أصبحت الفقرة (٤) تشير الآن الى حالتين متميزتين ، تتمثل الحالة الثانية منهما في تعيين الكفيل/المصدر نفسه كمتفيد عندما يتصرف لصالح شخص آخر .

٨٠ - وبعد النظر في النص الاضافي ، أبديت بعض الشكوك بخصوص استصواب الاشارة الى حالة تعيين فرع تابع للكفيل/المصدر كمتفيد . وأعرب عن رأي مفاده أن هذه الحالات هي ، الى الحد الذي يمكن أن تنشأ فيه ، حالات غير عادية وسيكون من الصعب ادراجها ضمن حدود مشروع الاتفاقية دون احتمال اثارها مسائل تتجاوز نطاق مشروع الاتفاقية ، ولا سيما المسائل التي تتعلق بقانون الشركات . وأفيد بأنه يمكن على وجه الخصوص أن تثار ، في أية حالة معينة ، مسألة ما اذا كان الفرع يشكل كيانا قانونيا متميزا عن بقية الهيئة الاعتبارية . وعلاوة على ذلك ، ذكر بأن من شأن هذا الحكم أن يوجد حالة شاذة تتمثل بقيام أحد الفروع برفع دعوى قضائية ضد جزء آخر من الكيان الاعتباري ، مثل المقر الرئيسي ، تأكيدا لحقوقه بموجب مشروع الاتفاقية . كما طرح سؤال حول ما اذا كان المقصود هو أن يطبق مشروع الاتفاقية ، في حالة الفرع ، حتى في السياق المحلي الصرف . وبالنظر الى المسائل التي أثارت ، طلب الى الفريق العامل أن يحذف الاشارة الى الفروع كمتفيدة ، بالرغم من أنه تم التأكيد على أن هذا الحذف لن يحول دون تطبيق مشروع الاتفاقية عن طريق الاتفاق .

٨١ - وتأييدا لادراج هذا الحكم أشير الى أن هناك في الواقع حالات جرى فيها تعيين الفرع كمتفيد ، مع التسليم بأن هذه الحالات غير عادية . وقيل ان الحالات الممكنة المشار اليها لا تنجم عن ظروف تجارية وقانونية غريبة فحسب ، بل تشمل ظروفًا مثل تأميم فرع من الفروع ، الامر الذي يمكن اعتباره بمثابة اضعاف سمة أكثر تمييزا على الفرع . ووردت اشارة مماثلة الى ظرف الاعسار الذي يمكن أن توضع فيه مختلف الفروع التابعة لمصرف معين في بلدان مختلفة تحت اشراف أمناء التفليسة . كما أعرب عن رأي مفاده أنه توجد في الاعراف والممارسات الموحدة سوابق تتيح التمييز بين مختلف أجزاء الكيان الاعتباري ، كالكفيل/المصدر والمتفيد ، ما دام النص يتضمن القاعدة التي تنص على أنه ، لأغراض الاعراف والممارسات الموحدة ، ينبغي اعتبار الفروع المختلفة لأحد المصارف بمثابة مصارف مختلفة . كما أشير الى أن هناك تمييزا من هذا النوع في قانون الاونسيترال النموذجي للتحويلات الدائنة الدولية . بيد أنه ، حتى من وجهة النظر المحبذة لتطبيق مشروع الاتفاقية في هذه الحالات ، أعرب عن قدر من عدم الرضى عن الصياغة الحالية ، التي تفيد بأن مشروع الاتفاقية لن ينطبق الا اذا نص على ذلك

صراحة في التعهد . وقيل ان هذا الامر يحول ، على ما يبدو ، دون اتفاق الاطراف في أي موضع آخر غير نص التعهد . وذكر أن أفضل نهج يمكن الأخذ به ازاء انطباق مشروع الاتفاقية في مثل هذه الحالات قد يكمن في عدم ذكر أي شيء عن هذه المسألة في مشروع الاتفاقية .

٨٢ - وبعد المداولة ، وعلى ضوء مختلف الآراء التي أبديت ، قرر الفريق العامل حذف الإشارة الى حالة كون الفرع مستفيدا . غير أن الفريق العامل أكد على أنه ليس المقصود من حذف هذا النص استبعاد تطبيق مشروع الاتفاقية في مثل تلك الحالات .

المادة ٣ - استقلالية التعهد

٨٣ - قدم اقتراح بأن تشير المادة ٣ ، بقدر أكبر من التحديد ، الى استقلالية الكفالة المقابلة عن الكفالة الاولى وكذلك عن المعاملة الاصلية . وأفيد بأن عبارة "أو بأي تعهد آخر" ، وإن كان الغرض منها توضيح هذا المبدأ ، لا توفر ذلك التوضيح على نحو كاف . وقدم اقتراح مفاده أنه من أجل توضيح المقصود من الحكم في هذا الصدد ، ينبغي توسيع نطاق النص ليشمل عبارات على النحو التالي : "تكون الكفالة المقابلة مستقلة عن الكفالة التي تتصل بها وكذلك عن المعاملة الاصلية" . وأشار الى أن هذه الصياغة ستكون أيضا مفيدة في تجسيدها الواضح للموقف بطريقة مماثلة لتلك المتعلقة بحكم مماثل في المادة ٢ (ج) من القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب .

٨٤ - ووافق الفريق العامل على أن مبدأ استقلالية الكفالة المقابلة ينبغي أن يكون واضحا في مشروع الاتفاقية ، شريطة استيفائها المعيار العام للاستقلالية الوارد في المادة ٣ . وإلى هذا الحد ، أعرب عن بعض التأييد لتوضيح هذه النقطة في المادة ٣ . غير أنه أبدت شكوك حول ما إذا كانت الصيغة المقترحة قد تتجاوز ، دون قصد ، نطاق المادة ٣ بنصها على قاعدة عامة مفادها أن الكفالات المقابلة مستقلة ، دون أن تشير الى الاشتراطات العامة التي ينبغي أن تفي بها التعهدات كي تكون مستقلة . وأفيد بأنه سيكون من الأفضل الإبقاء على الصياغة الحالية ، على أن يوضح بأنها تشير كذلك الى استقلالية الكفالات المقابلة ، وذلك باضافة عبارة مثل "(بما في ذلك الكفالات التي تتصل بها الكفالات المقابلة)" بعد عبارة "أو بأي تعهد آخر" .

٨٥ - غير أنه أبدى تخوف من إدراج أي تحديد في المادة ٣ بخصوص مسألة استقلالية الكفالة المقابلة . وأفيد بأن المادة ٣ ترد في الفصل الاول الذي يتناول نطاق انطباق الاتفاقية ، وينبغي بالتالي أن تقتصر على القضايا المتعلقة بالنطاق والا تتضمن قواعد موضوعية تنفيذية . كما ذكر ، على غرار ذلك ، أنه لم يقصد من المادة ٣ الا اثبات الخصائص التي يجب أن تتوفر في التعهدات (التي تشمل الكفالات المقابلة ، عملا بالمادة ٦ (أ)) كي تعتبر مستقلة ، وتندرج بالتالي ضمن نطاق الاتفاقية ، وليس

الافادة بأن الكفالات المقابلة مستقلة . وبهذا الخصوص ، جرى التأكيد على أن عبارة "أو بأي تعهد آخر" ينبغي أن تقررا بالاقتران مع تعريف "التعهد" الوارد في المادة ٦ (١) ، الذي يفيد بأن "التعهد" يمكن أن يشمل الكفالة المقابلة أيضا . وأفيد بأن من الممكن كذلك عندئذ قراءة العبارة وفهمها على أنها تعني "أو بأية كفالة أخرى" مما يشمل سياق الكفالة المقابلة . وبعد المداولة ، كان الرأي السائد داخل الفريق العامل هو الإبقاء على عبارة "أو بأي تعهد آخر" في شكلها الحالي (للاطلاع على مناقشة أخرى حول هذا الموضوع ، انظر الفقرة ١٣٠) .

٨٦ - وأثير استفسار عما سيكون لمبدأ استقلالية الكفالة المقابلة عن الكفالة الأولى من أثر في الحالات التي تكون فيها الكفالة الأولى ، مثلا ، منطوية على تدليس ، وعما يعتبر تدليسا في الكفالات المقابلة . وردا على هذا التساؤل ، أشير إلى أن هذه المشكلة لا تتصل مباشرة باستقلالية الكفالة المقابلة بحد ذاتها ، ولكنها تتعلق بمسألة عدم صحة المطالبة التي تتناولها المادة ١٩ ، والتي لا تميز فيها بين الكفيل الأول والكفيل المقابل عندما يتعلق الأمر بمطالبة غير صحيحة . واقترح أن ينظر في أي توضيح إضافي لهذه النقطة في ذلك السياق .

٨٧ - ثم نظر الفريق العامل فيما ينبغي الإبقاء عليه من الصياغتين الواردتين بين قوسين معقوفين قبل عبارة "يدخل في صميم عمل الكفيل/المصدر" وهما "[لا]..." و "[بخلاف تقديم المستندات أو أي فعل أو حدث آخر من هذا القبيل]..." . وأبدي تفضيل للاحتفاظ بالبديل الثاني على أساس أنه يتناول مفهوم الشروط غير المستندية على نحو أفضل وأوضح . غير أنه قدم اقتراح آخر لكي يبين بصورة أوضح أن العبارة الأخيرة من المادة ٣ تستهدف الشروط غير المستندية ، وأنه يمكن تقديم بعض الأمثلة عن الحالات التي ينطبق فيها هذا الحكم . وتأيدا لهذا الاقتراح ، شدد على أن عبارة "صميم عمل" ليست واضحة جدا ، وبالتالي فهي معرضة لتفسيرات متباينة . وأفيد أنه في حين أن المحاكم في بعض النظم القضائية تعتبر أي فعل يتعهد المصرف بالقيام به داخلا في صميم عمل ذلك المصرف ، فإن هناك نظما قضائية أخرى تعتبر أي فعل يتجاوز الأعمال المصرفية العادية خارجا عن صميم عمل ذلك المصرف . وقدم اقتراح مفاده أن إضافة عبارة "في أعماله المصرفية" في نهاية الجملة ، قد تساعد على توضيح المسألة . بيد أن هذا الاقتراح عورض بحجة أن الفريق العامل كان قد قرر ألا يحصر مفهوم "الكفيل/المصدر" في المصارف .

٨٨ - وفي ختام مناقشته المادة ٣ ، أشار الفريق العامل إلى أنه كان قد ناقش مسألة الشروط غير المستندية مطولا في دورات سابقة ، وكانت آخرها الدورة الثانية والعشرون (A/CN.9/391 ، الفقرات ٢٢ - ٣٣) وتوصل إلى الصياغة الحالية الواردة في المادة ٣ كحل وسط ، أخذا في الاعتبار ما أبدي من آراء واعتبارات مختلفة . وذكر أنه سيكون من الصعب التوصل إلى فهم موحد لما يعنيه تعبير "صميم عمل" وأن هناك حلا أفضل هو الإبقاء على النص دون تغيير ، مما يؤدي إلى قيام المحاكم بتفسير تلك العبارة أخذا

في الحبان السياق والوقائع ذات الصلة . وبعد المداولة ، قرر الفريق العامل الإبقاء على العبارة على النحو التالي : " بخلاف تقديم المستندات أو أي فعل أو حدث آخر من هذا القبيل " ، وطلب إلى فريق الصياغة أن ينظر في إمكانية إيجاد تعبير آخر أوضح بصفة عامة من تعبير " صميم عمل " .

المادة ٤ - الطابع الدولي للتعهد

الفقرة (١)

٨٩ - ركز الفريق العامل على ما إذا كان ينبغي الإبقاء على الإشارة إلى مكان عمل الممثل ، في قائمة الأطراف الذين لا يمكن عملهم صلة بتقدير الصفة الدولية للتعهد ، وحفز على المناقشة عدد من التساؤلات قيل إنها ناشئة عن إدراج هذه الإشارة . وتضمنت تلك الأسئلة ، مثلا ، ما إن كان ينبغي أن ينظم مشروع الاتفاقية علاقة الممثل بالمستفيد إذا كان الممثل والمستفيد في نفس البلد ، وإلى أي مدى ينبغي النظر إلى المسألة من منظور معاملة وحيدة ، وما إذا كان ينبغي أن يتضمن الحكم أيضا إشارة إلى مكان عمل الكفيل المقابل .

٩٠ - وتأييدا لحذف الإشارة إلى الممثل ، أعرب عن رأي مفاده أن علاقة الكفيل/المصدر بالمستفيد ينبغي النظر إليها في ضوء طبيعتها المنفصلة . وقيل إن هذا التعهد المنفصل يمكن أن يعتبر ، خصوصا عندما يكون الممثل والمستفيد في نفس البلد ، مسألة داخلية لا ينبغي أن تستخدم في تقرير الطابع الدولي لتعهد الكفيل/ المصدر تجاه المستفيد . وقيل إن إيراد إشارة إلى الممثل يمكن أن يؤدي إلى نتائج شاذة ، كما في الحالة التي يضاف فيها ، بعد صدور تعهد من كفيل/مصدر تجاه مستفيد في نفس البلد ، تثبيت يقوم به ممثل في بلد أجنبي . وطرح أيضا تساؤلات بشأن آثار قواعد تنازع القوانين على هذه المسألة ، بما في ذلك أية إشارات إلى تلك القواعد بصيغتها الواردة في مشروع الاتفاقية .

٩١ - وأبدت عدة آراء تأييدا للإبقاء على الإشارة إلى الممثل . وكان مفاد أحد هذه الآراء أن الطابع الدولي للتعهد ينبغي أن يتقرر من منظور المعاملة برمتها ، فيها التثبيت الممكن ، ليس ذلك فحسب ، بل أيضا مع مراعاة إمكان وجود كفالة مقابلة . وقدم اقتراح بهذا المؤدى على النسق التالي : " لاغراض هذه الاتفاقية ، تكون الكفالات والكفالات المقابلة والتشبيكات المتعلقة بتعهد دولي هي نفسها تعهدات دولية " ، وأشار إلى أن نتيجة هذا الحكم يمكن أن تكون جعل تعهد داخلي محض تعهدا دوليا ، من جراء كفالة مقابلة صدرت في بلد آخر . واقترح في تنقيح لصياغة الاقتراح ، أن تستخدم بدلا من ذلك ، توخيا للوضوح ، عبارة على نسق " المتعلقة بتعهد دولي ، أو الداعمة له " .

٩٢ - وفي حين كان الفريق العامل على غير استعداد لتوسيع نطاق الفقرة (١) لتشمل اشارة الى مكان عمل الكفيل المقابل ، كان الرأي السائد أنه ينبغي الابقاء على الاشارة الى المثبت . وقيل ان حالة التثبيت تختلف عن حالة الكفالة المقابلة ، من حيث تحديد الطابع الدولي للتعهد . واستلقت الانتباه الى أنه ، في حالة التثبيت الدارجة ، يكون الكفيل/المصدر والمستفيد في بلدين مختلفين ، ويكون المثبت في نفس بلد المستفيد . وفي هذا السياق المعتاد ، يطلب المستفيد التثبيت ، ليتسنى له تقديم المطالبة بالسداد في بلده هو . وعلى خلاف ذلك يمكن ، في الحالة المعتادة ، أن يكون الكفيل/المصدر لكفالة مدعومة بكفالة مقابلة موجودا في نفس بلد المستفيد ، بحيث تتحول تلك الكفالة الداخلية الى تعهد دولي خاضع لمشروع الاتفاقية من جراء اضافة اشارة في الفقرة (١) الى مكان عمل الكفيل المقابل . والى جانب التردد العام بشأن هذا التوسيع لنطاق انطباق مشروع الاتفاقية ، طرحت أسئلة منها ، مثلا ، سؤال عن التأثير الناجم ، في اطار هذا النهج الموسع ، عن اصدار الكفالة الاولى في دولة غير متعاقدة . وقد طرح هذا السؤال اشارة ، على وجه الخصوص ، الى القاعدة الواردة في العادة ٢٧ ، والتي مفادها أنه في حالة عدم اختيار الطرفين القانون المنطبق على التعهد ، فان القانون المنطبق يكون قانون مكان اصدار التعهد .

٩٣ - وبعد التداول ، اتفق الفريق العامل على الابقاء على الاشارة الى المثبت ، ولم يوافق على الاشارة الى الكفيل المقابل . وفي ختام المداولات بشأن الفقرة (١) ، أشير الى أنه ستتاح في المستقبل فرصة لمزيد من تبادل الآراء حول هذا الحكم اذا تكونت وجهات نظر اضافية بشأن المسائل التي أثيرت .

الفقرة (٢)

٩٤ - أعرب عن رأي مفاده أن الفقرة (٢) ينبغي أن تحذف لانها قد تشير أسئلة تكون الاجابة عليها غير يقينية . وتتعلق تلك الاسئلة ، على وجه الخصوص ، بما سيحدث اذا لم ينص في التعهد على مكان عمل لأحد الطرفين ، أو اذا لم يكن مكان العمل المنصوص عليه في التعهد مكان العمل الحقيقي للطرف المعني . وأشير ، ردا على هذه الشواغل ، الى أن الغرض من الفقرة (٢) هو اقامة قاعدة توضيحية لتلك الحالات التي يوجد فيها بالفعل بعض التشكك بسبب المعلومات المنصوص عليها في التعهد ، وهو تشكك يعزى إما الى أنه ذكر في التعهد أكثر من مكان عمل واحد لطرف من الاطراف أو الى ذكر مكان اقامة بدلا من مكان عمل . وأشير أيضا الى أن قاعدة مماثلة توجد في نصوص دولية أخرى ، مثل اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع .

٩٥ - وقدمت عدة اقتراحات لتعديل القاعدة الواردة في النص الحالي للفقرة (٢) ، لم يؤيد الفريق العامل أيا منها في النهاية . وكان مفاد أحد هذه الاقتراحات أن ينص على أنه في حالة ذكر أكثر من مكان عمل واحد ، يمكن ، لأغراض تقرير الطابع الدولي ، النظر في أي واحد من الأماكن المذكورة . وتضمن تعديل مقترح آخر الاستعاضة عن الاشارة

الى اوثق تلك الاماكن صلة بالتعهد" باشارة الى المكان الذي يتوخى أن تفحص فيه المستندات . وأشير فيما يتعلق بهذا الاقتراح الأخير ، الى أن المقصود بالفقرة (٢) أن يكون نطاق انطباقها أوسع من أن تنطبق على الكفيل/المصدر وحده ، وأن التفسير المقترح سيؤدي من ثم الى تضيق نطاق الحكم دون داع . وذهب اقتراح آخر الى محاولة التصدي للشواغل التي أثارت بشأن الفقرة (٢) بإزالة عبارة "حسب ما هو مبين في التعهد" من الفقرة (١) . وذهب اقتراح آخر الى إدراج اشارة محددة في الفقرة (٢) الى "المقر الرئيسي" لطرف من الأطراف ، في حالة ذكر عدة أماكن عمل .

٩٦ - وطرح تساؤل عن مدى ملاءمة الاشارة في الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة (٢) الى محل الاقامة "المعتاد" . وأكد الفريق العامل على استخدام هذه اللفظة ، التي أشير الى أنها واردة في نصوص أخرى صادرة عن الاونسيترال ، ومنها قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (المادة ١ (٤)) واتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بمسؤولية متعهدي محطات النقل الطرفية في التجارة الدولية (المادة ٢ (٣)) .

٩٧ - وبعد التداول والنظر في شتى الاقتراحات التي قدمت ، قرر الفريق العامل الابقاء على الفقرة (٢) بشكلها الحالي . وذكر أنه سوف يستعاض في الفقرة الفرعية (أ) عن الاشارة الى "مكان" باشارة الى "مكان عمل" .

المادة ٥ - مبادئ التفسير

٩٨ - أثير تساؤل عن معنى عبارة "الممارسة الدولية المتبعة في الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة" . وقيل ان مبرر استخدام هذه العبارة هو الاشارة الى المايير الراسخة للممارسة الدولية ، التي ترسخت دوليا فيما يتعلق بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ، واستبعاد اللجوء الى ممارسات ذات مستوى أدنى من المستوى الراسخ والمقبول دوليا ، وقيل ان من شأن اضافة عبارة "القياسية" بعد عبارة "الدولية" أن تجسد هذا الفهم على نحو أفضل ، وأن توضح أنه لا يشار الى معيار غير المعيار المقبول في الممارسة . وقيل أيضا انه ، بالنظر الى أنه ، في تفسير الاتفاقية ، سيشار في الواقع الى الممارسة المصرفية ، التي قيل انها هي الموضوع المرجعي المناسب ، فينبغي ، في الحقيقة ، أن تشير العبارة الى "الممارسة المصرفية القياسية الدولية" .

٩٩ - غير أنه أثير اعتراضات على أية اشارة الى الممارسة المصرفية . وقيل ان اصدار التعهدات ، في اطار مشروع الاتفاقية ، لا يقتصر على المصارف ، وقيل ان نطاق أنواع المؤسسات التي تصدر التعهدات قد يزداد في المستقبل ، مما يوحي بالتالي بالحاجة الى صيغة أكثر قابلية لاستيعاب التطورات التي تحدث في الممارسة . وقيل ان الاتفاقية ينبغي ، بالتالي ، ألا تقتصر على الممارسات المصرفية . وأشير ، فضلا عن

ذلك ، الى أن المادة ٥ لا تنص على أنه في تفسير الاتفاقية ينبغي مراعاة الممارسة الدولية ، بل على مراعاة حسن النية في الممارسة الدولية .

١٠٠ - غير أنه أعرب عن رأي مفاده أن الفهم الذي استندت اليه المصادر الأصلية للمادة ٥ هو أنه من الأهمية ، نظرا لأن الصكين يمكن أن تصدرها مؤسسات غير المصارف ، الحفاظ على المعايير الرفيعة للانصاف والتوازن التي تكونت بمرور الزمن في إطار الممارسة المصرفية ، والمتجسدة في القواعد الموحدة للكفالات التي تدفع عند الطلب والاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية . وقيل إن المؤسسات المصدرة الأخرى لا ينبغي أن تدعي أنها ، لكونها ليست مصارف ، لن تخضع للمعايير الرفيعة الراسخة في الممارسة المصرفية . وأشار أيضا الى أنه قد تكون هناك حاجة الى مواءمة المادة ٥ مع المادة ١٣ (١) التي تشير الى "المعايير المتعارف عليها في الممارسات الدولية" .

١٠١ - وأعاد الفريق العامل الى الأذهان أنه بحث هذه المسألة في دورته الثامنة عشرة (أنظر الوثيقة A/CN.9/372 ، الفقرة ٧٧ ؛ والوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.76) ، حيث كانت الصيغة التي اتفق عليها هي "مراعاة حسن النية في الممارسة الدولية المتبعة في الكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة" . وبعد التداول ، اتفق الفريق العامل على العودة الى تلك الصيغة لأنها تجسد ، على نحو أفضل ، الفهم الشائع فيما يتعلق بالمادة ٥ .

المادة ٦ - التعاريف

الفاصلة

١٠٢ - رأى الفريق العامل أن الفاصلة مقبولة عموما .

الفقرة الفرعية (أ) ("التعهد")

١٠٣ - أعرب عن آراء متباينة بشأن ما ينبغي الإبقاء عليه من العبارتين الواردتين بين معقوفتين ("يشمل" أم "قد يشير الى") . وأعرب عن تفضيل للإبقاء على عبارة "يشمل" لأنها تجسد على نحو أفضل القصد من نص الحكم ، وهو تقديم وصف دلالي لـ "التعهد" بصيغته الواردة في المادة ٢ (١) . غير أنه قيل إن كلمة "التعهد" يمكن أن تعني ، في الاتفاقية ، في بعض الحالات جميع الصكوك المبينة أو قد تعني رهنا بالسياق ، واحدا فقط من تلك الصكوك . ولذلك قيل إن عبارة "قد يشير الى" هي صيغة أفضل . وأشار ، ردا على هذه الشواغل ، الى أن ديباجة المادة ٦ تنص بالفعل على أن التعاريف ينبغي أن تفهم حسب مقتضى السياق . ولذلك قرر الفريق العامل الإبقاء على كلمة "يشمل" .

١٠٤ - وقدم اقتراح وافق عليه الفريق العامل ، ومفاده أن الإشارة الى "تثبيت الكفالة" ينبغي أن تغير لتصبح "تثبيت التعهد" ، وذلك لكي توضع في الاعتبار أيضا خطابان الاعتماد الضامنة التي هي ، في الواقع ، الموضوع الأكثر نمطية للتثبيات .

١٠٥ - وأعرب عن رأي مفاده أن من المفيد توضيح أن تعريف التعهد ، في حالة ادخال تعديل على التعهد ، يشمل الشروط والأحكام الواردة في التعديل ، لا المك الأصلي وحده . وقيل ان عبارة من قبيل "ويشمل جميع الأحكام والشروط الأخرى التي يشير إليها" ستراعي ذلك وستشمل أيضا أية شروط وأحكام تدرج في المك عن طريق ضمها إليه . وأشار الى أن الفريق العامل بحث هذه المسألة في دورته الحادية والعشرين (أنظر الفقرة ٤٤) من الوثيقة A/CN.9/391 وقرر أنه لا ضرورة لهذا التوضيح ، استنادا الى أنه من البديهي أن الإشارة الى التعهد تفهم على أنها إشارة الى أحدث صيغة للتعهد .

١٠٦ - وبحث الفريق العامل أيضا مسألة ما إذا كانت استقلالية المك تتأثر ، عند الإشارة الى مك آخر ، بضم شروط وأحكام ذلك المك الآخر . وأشار في هذا الصدد الى أنه ، في معظم الحالات ، وخصوصا في حالة التثبيات ، لا ترد الشروط والأحكام على ظاهر المك بل تضم إليه بالإشارة الى التعهد الأصلي . لذلك أثير تساؤل عما إذا كان ينبغي ، بالنظر الى أن الاستقلالية مرهونة في المادة ٣ بأن يكون التعهد قائما بذاته ، أن يعتبر التعهد الذي يشير الى صكوك أخرى تعهدا غير مستقل ، وبالتالي لا يدخل في نطاق الاتفاقية . ورأى كثيرون أنه قد يكون من المجدي توضيح أن المك لا يفقد استقلاليته إذا كان يشير بموجب شروطه وأحكامه الى مك آخر ، ولكن لا يلزم بالضرورة ادراج هذا التوضيح في الفقرة الفرعية (أ) . وأشار الى أن هذه النقطة هامة أيضا فيما يتعلق بالكفالات المقابلة ، وقد يكون من الأجدي النظر في المسألة لدى مناقشة أحكام أخرى من القانون النموذجي .

الفقرة الفرعية (د) ("الكفالة المقابلة")

١٠٧ - أبدى رأي كان قد أثير أثناء الدورة من قبل (أنظر الفقرات ٨٣ - ٨٥) ومفاده أنه قد يكون من المفيد أن يضاف ، ربما في الفقرة الفرعية (د) من هذه العادة ، حكم مؤداه أن التعهد لا يفقد طابعه المستقل بمجرد احتوائه على إشارة الى تعهدات أخرى ، كما قد تكون الحال في الكفالة المقابلة أو في تثبيت التعهد .

١٠٨ - ومع أنه لم يكن هناك خلاف بشأن مضمون القاعدة المقترحة ، تريت الفريق العامل في اضافة بيان صريح بهذا المعنى . اذ رئي أن هذه النقطة بادية الوضوح من نص مشروع الاتفاقية ويمكن استنتاجها بسهولة من خلال التفسير . وأبدى الفريق العامل أيضا تخوفه من أن عبارة "يشير الى شروط وأحكام تعهد آخر" قد تؤدي الى طمس المسألة لأنها قد لا تكون خاضعة لتفسير أو فهم موحد . وأشار الى أن العبارة قد تقرأ بمعناها الضيق ، ومن ثم قد لا تأخذ في الاعتبار بصورة واضحة شكلا نمطيا من أشكال تثبيت خطاب

الاعتماد الضامن حيث يتألف التثبيت ذاته من مجرد ورقة ملحقة بنسخة من خطاب الاعتماد الضامن الأصلي . ورئي أن مواصلة النظر في اضافة مثل هذا النص ينبغي أن تجري في سياق المادة ٣ (أنظر الفقرة ١٣٠) .

١٠٩ - ثم حول الفريق العامل اهتمامه الى صياغة الفقرة الفرعية (د) . وقرر الفريق حذف عبارة "أو مك مشابه" الواردة بين معقوفتين في بداية النص . إذ أبدي تخوف من أن معنى هذه العبارة ليس واضحاً وأنها قد تطمس فكرة استقلالية التعهد . ووافق الفريق العامل على اقتراح جعل الإشارة الواردة في الفقرة الفرعية (د) الى "المطالبة وتقديم أي مستند محدد" متسقة مع النص الاوضح الذي سيدرج في المادة ٢ بشأن النقطة ذاتها ، وأحال الاقتراح الى فريق الصياغة .

١١٠ - ووافق الفريق العامل أيضا على اقتراح بالاستعاضة عن عبارة "يفيد بأن ... قد طوبى بالدفع" بعبارة "يفيد أو يستدل منه أن ..." . ورئي أن إدراج مثل هذه الصياغة في هذا الحكم ، وكذلك في المادة ٢ ، من شأنه أن يبدد ما أبدي من قلق بشأن استخدام كلمة "يفيد" ، وبالتحديد أنها قد تؤول على أنها تشترط وجود بيان فعلي في المطالبة بأن السداد قد استحق . ورئي أن مثل هذا التغيير يوضح دون مجال للشك أن مشروع الاتفاقية يشمل الكفالات المستحقة بمجرد المطالبة . وأخيرا ، وافق الفريق العامل على استبقاء عبارة "أو قام بذلك فعلا" الواردة بين معقوفتين في الجزء الأخير من النص الحالي .

١١١ - ورهنا بالقرارات الآتية الذكر ، وجد الفريق العامل أن مضمون الفقرة الفرعية (د) مقبول عموما .

الفقرة الفرعية (هـ) ("الكفيل المقابل")

١١٢ - رأى الفريق العامل أن مضمون الفقرة الفرعية (هـ) مقبول عموما .

الفقرة الفرعية (و) ("التثبيت")

١١٣ - تبودلت آراء بشأن ما إذا كان ينبغي أن تستبقى في الفقرة الفرعية (و) العبارة الواردة في الجزء الأخير منها والتي تنص على أن قيام المستفيد بتقديم المطالبة بالسداد الى المثبت لا يفقده حقه في مطالبة الكفيل/المصدر بالسداد في حال رفض المثبت السداد أو امتناعه عنه . وأشار الى أن العبارة المعنية ينبغي أن تشمل الحالات التي يرفض فيها المثبت المطالبة المقدمة اليه وكذلك الحالة التي يقرر فيها المستفيد أن يطالب الكفيل/المصدر بالسداد دون أن يكون قد طالب المثبت بذلك . كما أشير الى أن العبارة المعنية قد أضيفت بنية تجسيد القرار المتخذ في الدورة الحادية والعشرين بأن يوضح الحكم أن تقديم المطالبة الى المثبت ، بمقتضى مشروع

الاتفاقية ، لا يفقد المستفيد حقه في المضي في مطالبة المصدر في حال رفض المثبت السداد (A/CN.9/391 ، الفقرة ٥٠) . ووفقا لذلك القرار ، ليس المقصود من هذا الحكم أن يعالج مسائل قد يكون من الصواب حسمها في نص التعهد ، مثل تعاقب الخطوات التي يمارس بها المستفيد حقه في المطالبة بالسداد ، سواء من المثبت أو من المصدر .

١١٤ - وعلى الرغم من ابداء قدر من التأييد للصياغة الواردة في النص الحالي ، أبدت مجموعة من التحفظات بشأن ادراجها ومحتوياتها . فأعرب عن رأي مفاده أن تحذف العبارة لأن القاعدة الواردة فيها ، بأن للمستفيد خيارا وحقا في أن يطالب بالسداد أيا من الكفيل/المصدر أو المستفيد ، واضحة بداهة ، ومن ثم فلا داعي لاعادة ذكرها في الفقرة الفرعية (و) . وأبدي تخوف من أن ذكر القاعدة في الفقرة الفرعية (و) يمكن أن يساء تأويله على أنه يمثل قاعدة بشأن تعاقب خطوات تقديم المطالبة الى المثبت أو الى الكفيل المصدر . ورئي أيضا أن القاعدة بصيغتها الحالية لا تعالج في الواقع أشيع مشكلتين تنشآن في سياق التثبيت . وهما تتعلقان بحقوق المستفيد عندما يستلم المثبت المستندات ثم يرفض السداد ، وبالحالات التي يذهب فيها المستفيد الى الكفيل المصدر مباشرة للمطالبة بالسداد . وقد يتبع المستفيد هذا السبيل ، مثلا ، عندما يكون المثبت معسرا وتكون لدى المستفيد خشية من عدم قيام الحارس القضائي على المعسر باعادة المستندات في حال عدم السداد . وأشير الى أن هناك مسألة قد تثار بعد رفض المثبت السداد هي ما اذا كانت المطالبة اللاحقة المقدمة الى الكفيل/المصدر ستخضع لموعد انقضاء التعهد أو لقواعد التقادم العامة . كما لوحظ أن الفرع الخاص بالتعاريف ليس هو الموضع المناسب لتناول مسائل تتعلق بحقوق أطراف التعهد ، وأن النص بصيغته الحالية يمكن حتى أن يوول خطأ على أنه يعطي المستفيد حقا في الحصول على سداد مضاعف .

١١٥ - وبغية تبديد ما أثير من شواغل ، قدمت اقتراحات ترمي الى حذف المقطع الذي نصه "ولكن دون أن يفقد حقه في مطالبة الكفيل/المصدر بالسداد في حال [امتناع المثبت عن السداد] [رفض المثبت المطالبة بالسداد]" بكامله أو أجزاء مختلفة منه . وفي النهاية ، رأى الفريق العامل أن من المفيد الاحتفاظ بالمضمون الاساسي المتمثل في أن مطالبة المثبت بالسداد ، في إطار مشروع الاتفاقية ، لا تجرد ، في حد ذاتها ، المستفيد من حقه في مطالبة الكفيل/المصدر بالسداد . بيد أن الفريق العامل وافق أيضا على حذف النص الذي يبدأ بعبارة "في حال" حتى نهاية الفقرة الفرعية . ورئي أن الصياغة الموجودة في ذلك النص ، أيا كان البديل المستبقى من البديلين المعروضين فيه بين معقوفتين ، ليست واضحة بالإضافة الى كونها غير ضرورية .

١١٦ - وفيما يتعلق بالصياغة الدقيقة للفقرة الفرعية (و) ، وافق الفريق العامل على حذف كلمة "مستقلا" من عبارة "تعهدا مستقلا" في بداية النص ، لأنه رئي أنها زائدة . ونظر الفريق العامل في اقتراح بالاستعاضة عن كلمة "خيار" بكلمة "حق" ، كي لا يستدل منها أن التثبيت قد يجعل تقديم المستندات التي يلزم تقديمها بمقتضى التعهد الذي

هو موضوع التثبيت أمرا اختياريا ، ولكنه لم يبد تقبلا لهذا الاقتراح . ومع أنه كان هناك ميل الى الاحتفاظ بكلمة "خيار" فقد طلب الى فريق الصياغة أن ينظر في الأمر ، بما في ذلك امكانية جعل النص على نسق الصياغة المشابهة المستخدمة في الفقرة الفرعية (د) وكذلك في المادة ٢ . كما أحال الفريق العامل الى فريق الصياغة اقتراحا بالاستعاضة عن عبارة "ولكن دون أن يفقد حقه في مطالبة ... بالسداد" بالعبارة "دون مساس بحقه في المطالبة بالسداد" .

١١٧ - ورهنا بالتغييرات السالفة الذكر ، وجد الفريق العامل أن مضمون الفقرة الفرعية (و) مقبول عموما .

الفقرة الفرعية (ز) ("المثبت")

١١٨ - رأى الفريق العامل أن مضمون الفقرة الفرعية (ز) مقبول عموما .

الفقرة الفرعية (ح) ("المستند")

١١٩ - رأى الفريق العامل أن مضمون الفقرة الفرعية (ح) مقبول عموما .

الفقرة الفرعية (ط) ("الاصدار")

١٢٠ - أجرى الفريق العامل مناقشة حول معنى ومؤدى عبارة "يخرج من نطاق سيطرة الكفيل/المصدر" . وذكر في البداية أن من المهم تحري الدقة بشأن معنى العبارة ، لأن مكان الاصدار ، مثلا ، يمكن أن يقرر القانون المنطبق . وأبدت آراء متباينة بشأن كيفية توضيح وقت الاصدار على نحو أفضل . فذهب أحد الآراء الى أن الاصدار ينبغي أن يكون مرتبطا بوقت ارساله ، لأن التعهد يصبح غير قابل للرجوع وثابتا وقت ارساله الى الطرف المتلقي . وكان هناك رأي يصب في نفس الاتجاه ومفاده أن يحدد الاصدار بوقت استلام الصك ، لكي تؤخذ في الاعتبار حالات سرقة التعهد أو فقدانه ، أو الحالات الأخرى التي قد يخرج فيها التعهد من نطاق سيطرة الكفيل/المصدر دون ابداء ايجابي للرغبة في الالتزام بالصك . وذهب اقتراح ثالث الى أن يكون الاصدار مرتبطا بالوقت والمكان اللذين اتفق عليهما الطرفان ، منعا لأي سوء فهم بشأنه .

١٢١ - وأبدت اعتراضات على تلك الاقتراحات على أساس أن ربط الاصدار بوقت ارسال التعهد أو بوقت استلامه سيجعل الاصدار خاضعا لمزيد من التساؤلات المتعلقة ، مثلا ، بالوقت الذي يعتبر فيه الاصدار قد أرسل أو حتى قد استلم . وعلاوة على ذلك ، أشير الى أن الاصدار لا يمكن أن يربط باتفاق الطرفين لأنه لم يجر المرف على أن يشترك الطرفان معا في النص على مثل هذه المسائل .

١٢٢ - وأبدي اهتمام بتقضي كيفية توضيح عبارة "نطاق سيطرة الكفيل/المصدر" على نحو أفضل . وأشار إلى أن وقت ومكان حدوث الإصدار مسألتان هامتان ، لأن الكفيل/المصدر قد يتخذ ترتيبات لتحرير التعهد في مكان عمل ما ولكن يصدره في مكان عمل آخر . ومن ثم ، قيل أن المهم ليس هو مكان العمل بل الوقت والمكان اللذين لا يعود فيهما التعهد واقعا تحت سيطرة الكفيل/المصدر . وبناء على ذلك ، اقترحت الصياغة التالية : "يحدث إصدار التعهد في الوقت والمكان اللذين يخرج فيهما التعهد عن نطاق سيطرة الكفيل/المصدر" . وبعد التداول ، اتفق الفريق العامل على صياغة الفقرة الفرعية على هذا النحو ، وأحال الأمر إلى فريق الصياغة .

١٢٣ - وأعرب عن رأي مؤداه أن تعريف الإصدار يبرز ثغرة موجودة الآن وتتعلق بقرار الفريق العامل بشأن المادتين ١ و ٢٧ فيما يتصل بالعلاقة بين مكان الإصدار ومكان عمل الكفيل/المصدر . وقيل أن هذه الثغرة موجودة لأن مكان عمل الكفيل/المصدر لا يلزم بالضرورة أن يكون في كل الحالات هو مكان إصدار التعهد . بيد أنه أشار إلى أن هذه المسألة وثيقة الصلة بالقرار الذي سبق للفريق العامل أن اتخذه بشأن المادتين ١ و ٢٧ ، وينبغي بالتالي أن تناقش في ذلك السياق .

١٢٤ - وأبدي قلق من أن الإشارة إلى "الكفيل/المصدر" يمكن أن تسبب بعض الارتباك ، لأنه لا يفهم من هو الكفيل/المصدر المشار إليه ، إذ أن هذا التعبير يستخدم للدلالة على أطراف مختلفة في التعهد تبعا للسياق . وقيل أن من المفيد ، في سياق الإصدار ، أن يوضح أن الكفيل/المصدر المشار إليه هو الكفيل/المصدر "ذو الصلة" الذي يقع التعهد تحت سيطرته . وأثير تساؤل عما إذا كان هذا لا يعني أن الكفيل ، في الحالات التي يكون فيها الإصدار من جانب الكفيل ، مثلا ، متوقفا على التثبيت ، سوف يعتبر أنه قد أصدر التعهد عندما خرج هذا التعهد عن نطاق سيطرة الكفيل ، حتى وإن لم يكن المثبت قد ثبته بعد . بيد أنه أشار إلى أن هذا الأمر أشد ارتباطا بمفهوم نفاذ مفعول التعهد الذي يجري تناوله في المادة ٧ . وبعد التداول اتفق الفريق العامل على إضافة عبارة "ذو الصلة" بعد عبارة "الكفيل/المصدر" ، وأحال الأمر إلى فريق الصياغة .

١٢٥ - ورهنا بالتغييرات المتفق عليها ، رأى الفريق العامل أن مضمون الفقرة الفرعية (ط) مقبول عموما .

الفصل الثالث - نفاذ مفعول التعهد

المادة ٧ - (إصدار) (إنشاء) التعهد

الفقرة (١)

١٢٦ - أبدت آراء متباينة بشأن ما ينبغي اعتماده من الكلمتين ، "إصدار" أو

"انشاء" ، لعنوان المادة ٧ وللفقرة (١) . وأبدي تفضيل لاستعمال كلمة "اصدار" للعنوان وللفقرة (١) معا ، انطلاقا من أن تعبير "الاصدار" قد جرى تعريفه في المادة ٦ (ط) وجرى استخدامه في أحكام أخرى من مشروع الاتفاقية ، أما تعبير "الانشاء" فلم يعرف بعد . ورئي أن لتعبير "انشاء" في سياق استخدامها في الفقرة ٧ (١) ذات المعنى الذي يحمله تعبير "اصدار" في الفقرة (٢) ، وأنه يمكن من ثم استخدام التعبيرين تبادليا . وأبدي رأي مضاد حظي بتأييد واسع في الفريق العامل ومفاده أن للتعبيرين معنيين مختلفين ، لأن موضوع الفقرة (١) مختلف عن موضوع الفقرة (٢) . وقيل ان الفقرة (١) تتناول شكل التعهد أما الفقرة (٢) فتتناول تقرير الوقت الذي يصبح فيه التعهد نافذ المفعول ، وما اذا كان يمكن إلغاء التعهد أم لا . وذهب أصحاب هذا الرأي الى أن من الأنسب استعمال تعبير "انشاء" في الفقرة (١) نظرا لموضوع تلك الفقرة . وفيما يتعلق بالعنوان ، أشير الى أنه سبق الاتفاق على استعمال كلمة "انشاء" في اجتماع سابق للفريق العامل (أنظر A/C.9/391 ، الفقرة ٦١) . وقدم اقتراح آخر بهذا الخصوص مفاده أن يغير عنوان المادة الى "شكل التعهد ونفاذ مفعوله" ، وأن تستخدم كلمة "اصدار" في الفقرة (١) ، وأن تستبقى الفقرة (٢) دون أي تغيير . وتأييدا لهذا الاقتراح ، قيل ان "شكل التعهد ونفاذ مفعوله" هو عنوان أنسب لأنه يجسد موضوع المادة تجسيدا أفضل ووجد أن هذا الاقتراح مقبول عموما .

١٢٧ - لاحظ الفريق العامل أن عنوان الفصل الثالث ("نفاذ مفعول التعهد") مشابه للعنوان المقترح للمادة ٧ ، وقرر أن يعاد النظر في عنوان الفصل الثالث في مرحلة لاحقة ، بحيث يأخذ في الاعتبار محتوى مواد الفصل الثالث الأخرى ، التي لا يزال يتعين استعراضها . (أنظر أيضا الفقرة ١٣٣ بشأن تنقيح العنوان ، والفقرة ١٣٢ بشأن نقل الفقرة (ط) من المادة ٦ الى المادة ٧) . واتفق الفريق العامل على استبقاء كلمة "اصدار" في الفقرة (١) باعتبارها كلمة ملائمة للتعبير عن المفهوم المعني ، ولكنه رأى أنه ليس في الدورة الحالية متسع كاف من الوقت للنظر في محتوى الفقرة (٢) .

النظر في مشاريع المواد المقدمة من فريق الصياغة

المادة ١ - نطاق الانطباق

١٢٨ - أيد الفريق العامل اضافة كلمة "دولي" بعد عبارة "أي خطاب اعتماد" في الفقرة (٢) ؛ وكان القصد من الاضافة تفادي أية حالة يمكن أن يصبح فيها خطاب اعتماد محلي صرف خاضعا للاتفاقية وفقا لبيان صريح مشار اليه في النص مفاده اختيار الأخذ بالاتفاقية .

المادة ٢ - التعهد

١٢٩ - وافق الفريق العامل على اقتراح بأن يستعاض في الفقرة (١) عن كلمة "تفيد" بعبارة "تفيد ، أو يستدل منها ،" .

المادة ٣ - استقلالية التعهد

١٣٠ - ارتأى الفريق العامل أن تعبير "تعهد" الوارد في المادة ٣ يشمل جميع أنواع التعهدات المستقلة ، بما فيها الكفالات المقابلة والتبثبات ؛ وهذا المعنى مستمد من تعريف التعهد في المادة ٦ (أ) . وبالتالي ، كان هناك اتفاق في الفريق العامل على أن الكفالة المقابلة ، حسب تعريفها الوارد في الاتفاقية ، مستقلة عن الكفالة التي تتناولها الكفالة المقابلة ، ومستقلة كذلك عن الالتزام الأصلي . وبالرغم من هذا ، فإن الفريق العامل ، حرما منه على توضيح هذا المعنى بدرجة وافية ، قرر أن يدرج بعد عبارة "أي تعهد آخر" عبارة على غرار "بما في ذلك التعهد الذي تكون للكفالة المقابلة صلة به" وأن يدرج عبارات مشابهة ملائمة تعبر عن هذا المبدأ فيما يختص بالتبثبات .

١٣١ - ولاحظ الفريق العامل أن عبارة "صميم عمل" قد لا تفهم بوضوح في مناطق جغرافية مختلفة وأن من الصعب ترجمتها . ونتيجة لذلك ، ارتأى الفريق العامل الاستعاضة عن هذا التعبير بتعبير على غرار "في النطاق المعتاد لعمل الكفيل/المصدر" . وفيما يتعلق بالالفاظ المقترحة ، رثي أن كلمة "المعتاد" قد تثير تفسيراً غير مقصود مفاده أن نص الحكم قد يشمل أيضا العمليات التي لا تعتبر مألوفة في الممارسة المصرفية ، في حين تعتبر عادية بالنسبة لذات الكفيل/المصدر . وشدد على أن القصد هو الإشارة الى العمليات المألوفة أو المعتادة أو النمطية في الصناعة المصرفية . وتفاديا لاحتمال حدوث سوء فهم من هذا القبيل ، ارتأى الفريق العامل أن الصياغة المناسبة هي "نطاق عمل الكفيل/المصدر" .

المادة ٦ - التعاريف

١٣٢ - وافق الفريق العامل على اقتراح بنقل الفقرة الفرعية (ط) الى المادة ٧ لأنها تمثل ، في صيغتها المعدلة ، قاعدة ذات طابع عملي أكثر من كونها تعريفاً .

المادة ٧ - [اصدار] [انشاء] التعهد

١٣٣ - اتفق الفريق العامل على تعديل العنوان بحيث يشير الى الاصدار والشكل والنفاذ .

المادة ١٧ - السداد أو رفض المطالبة

١٣٤ - اقترح أن تشتمل المادة ١٧ (٤) على إشارة مرجعية الى النص الوارد في المادة ٦ (٢) بشأن الفترة الزمنية المتاحة للكفيل/المصدر لبحث طلب السداد . وأبدي اقتراح آخر مفاده أن ينص صراحة على الطابع غير الالزامي للمادة ١٧ (٤) تحاشيا للاستدلال غير المقصود على أن الحكم الزامي . وأثيرت نقطة أخرى هي ما اذا كان لا ينبغي ادراج الفقرة (٤) في مادة مستقلة . وفيما يتعلق بهذه الاقتراحات ، لوحظ أن الفقرة (٤) ستظل بين معقوفتين الى أن يعاود الفريق العامل النظر فيها ويمكن بحث الاقتراحات في مرحلة لاحقة .

المادة ١٩ - المطالبة غير الصحيحة

١٣٥ - لاحظ الفريق العامل ان المادة ١٩ (٢) (ب) و (ج) و (د) تستخدم عبارتي "الالتزام الاصيلي" و"الالتزام المؤمن عليه" دون وجود أي اختلاف مقصود في المعنى ، وأنه سيجري توحيد المبرتين .

المادة ٢١ - التدابير القضائية المؤقتة

١٣٦ - لاحظ الفريق العامل أنه أستعيض عن عبارة "أموال الكفيل/المصدر أو أموال المستفيد" بعبارة "مبلغ التعهد الذي يوجد في حوزة الكفيل/المصدر أو حصيلة التعهد التي سددت للمستفيد" . وأبدت تحفظات على هذا التغيير ، واتفق على إعادة النظر فيه في مرحلة لاحقة .

المادتان ٢٦ (اختيار القانون المنطبق)

و ٢٧ (تحديد القانون المنطبق)

١٣٧ - اتفق الفريق العامل على الاستعاضة عن عبارة "تخضع الحقوق والالتزامات والدفوع المتعلقة بالتعهد" التي وردت في المادتين ٢٦ و ٢٧ بعبارة "يخضع التعهد" ؛ والغرض من التعديل ليس ادخال أي تغيير في المضمون بل تيسير التعبير عن مضمون الحكم ونطاقه في مختلف اللغات .

الاعمال المقبلة

١٣٨ - لاحظ الفريق العامل أن دورته الثالثة والعشرين ستعقد في نيويورك من ٩ الى ٢٠ كانون الثاني/يناير ١٩٩٥ . وأشار الى أن الفريق العامل سيواصل في تلك الدورة استعراض مواد مشروع الاتفاقية ، من المادة ٧ (٢) الى المادة ٢٧ . كما أشار الى أنه سيتعين على الفريق العامل في تلك الدورة أن يتخذ قرارا بشأن الفصل السادس

(الاختصاص القضائي) ، وهو قرار سيجري اتخاذه على أساس استعراض مواد الفصل السادس مادة فعادة ، بصيغتها الواردة في الوثيقة A/CN9/WG.II/WP.83 .

الحواشي

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الثالثة والأربعون ، الملحق رقم ١٧ (A/43/17) ، الفقرة ١٨ .

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

(٣) المرجع نفسه ، الدورة الثامنة والأربعون ، الملحق رقم ١٧ (A/48/17) ، الفقرة ٢٧٣ .

المرفق

مواد من مشروع الاتفاقية المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ، بالصيغة التي نقت بها في الدورة الثانية والعشرين

الفصل الأول - نطاق الانطباق

المادة ١ - نطاق الانطباق

(١) تنطبق هذه الاتفاقية على أي تعهد دولي مشار اليه في المادة ٢ :

(أ) إذا كان مكان عمل الكفيل/المصدر الذي أصدر فيه التعهد واقعا في دولة متعاقدة ، أو

(ب) إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تؤدي الى تطبيق قانون دولة متعاقدة ،

ما لم يستبعد التعهد تطبيق الاتفاقية .

(٢) تنطبق هذه الاتفاقية أيضا على أي خطاب اعتماد دولي غير خطاب الاعتماد الضامن إذا كان ينص صراحة على أنه يخضع لهذه الاتفاقية .

(٣) تنطبق أحكام [المواد ٢٤ الى ٢٥ مكررا و] المادتين ٢٦ و ٢٧ بصرف النظر عما إذا كانت الاتفاقية ، في أية حالة معينة ، تنطبق عملا بالفقرة (١) من هذه المادة .

المادة ٢ - التعهد

(١) لاغراض هذه الاتفاقية ، يمثل التعهد التزاما مستقلا ، يشار اليه عادة بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن ، مقدما من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر ("الكفيل/المصدر") بأن يدفع للمستفيد مبلغا معيناً أو قابلا للتعيين بمجرد المطالبة أو لدى ابراز مستندات أخرى ، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية ، تفيد أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما ، أو بسبب حدث طارئ آخر ، أو سدادا لعمال مقترض أو مستلف ، أو سدادا لأي دين مستحق السداد واقع على الأصل/الطالب أو شخص آخر .

(٢) يجوز اعطاء التعهد :

- (أ) بناء على طلب أو أمر من عميل الكفيل/المصدر ("الاصيل/الطالب") : أو
- (ب) بناء على أمر من مصرف آخر أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر ("طرف آمر") يتصرف بناء على طلب من عميل ذلك الطرف الأمر ("الاصيل/الطالب") : أو
- (ج) لمالك الكفيل/المصدر نفسه .
- (٣) يجوز أن ينص التعهد على أن يكون السداد في أي شكل ، بما في ذلك :
- (أ) السداد بعملة معينة أو وحدة حساب معينة ؛
- (ب) قبول سفتجة (كمبيالة) ؛
- (ج) السداد الآجل ؛
- (د) تقديم شيء محدد ذي قيمة .
- (٤) يجوز أن ينص التعهد على أن يكون الكفيل/المصدر نفسه هو المستفيد عندما يتصرف لمالك شخص آخر .

المادة ٣ - استقلالية التعهد

لأغراض هذه الاتفاقية ، يكون التعهد مستقلا عندما لا يكون التزام الكفيل/المصدر تجاه المستفيد مرهونا بوجود معاملة أصلية أو بصلاحياتها ، أو بأي تعهد آخر (بما في ذلك خطابات الاعتماد الضامنة أو الكفالات المستقلة أو الكفالات المقابلة التي تتعلق بالتبثبات بها) ، أو بأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد ، أو بأي فعل أو حدث مستقبلي غير مؤكد الوقوع ، بخلاف تقديم المستندات أو فعل أو حدث آخر من هذا القبيل يندرج ضمن نطاق أعمال الكفيل/المصدر .

المادة ٤ - الطابع الدولي للتعهد

(١) يكون التعهد دوليا إذا كان مكانا عمل أي شخصين من الأشخاص التاليين ، حسب ما هو مذكور في التعهد ، يقمان في دولتين مختلفتين : الكفيل/المصدر ، المستفيد ، الاصيل/الطالب ، الطرف الأمر ، المثبت .

(٢) لأغراض الفقرة السابقة :

(أ) إذا ذكر في التعهد أكثر من مكان عمل واحد لشخص معين يؤخذ بأوثق تلك الأماكن صلة بالتعهد ؛

(ب) إذا كان التعهد لا يذكر مكان عمل لشخص معين بل يبين محل إقامته المعتاد ، يؤخذ بمحل الإقامة هذا في تقرير الطابع الدولي للتعهد .

المادة ٥ - مبادئ التفسير

لدى تفسير هذه الاتفاقية ، يتعين إيلاء الاعتبار لطابعها الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقها ومراعاة حسن النية في الممارسة الدولية المتبعة في الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامن .

المادة ٦ - التعاريف

لأغراض هذه الاتفاقية ، وما لم يبين خلاف ذلك صراحة في أحد أحكام الاتفاقية أو بمقتضى السياق :

(أ) "التعهد" يشمل "الكفالة المقابلة" و "تثبيت التعهد" ؛

(أ مكرراً) "الكفيل/المصدر" يشمل "الكفيل المقابل" و "المثبت" ؛

(ب) [حذفت]

(ج) [حذفت]

(د) "الكفالة المقابلة" تعني تعهداً مقدماً إلى كفيل/مصدر تعهد آخر من طرفه الأمر وينص على السداد بمجرد المطالبة أو لدى إبراز مستندات أخرى ، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية ، تفيد ، أو يستدل منها ، أن الشخص المصدر للتعهد الآخر قد طُلب ، أو قام ، بالسداد بموجب ذلك التعهد الآخر ؛

(هـ) "الكفيل المقابل" يعني الشخص المصدر للكفالة المقابلة ؛

(و) "تثبيت التعهد" يعني تعهداً مضافاً إلى تعهد الكفيل/المصدر ومأذوناً به من الكفيل/المصدر ، يوفر للمستفيد خيار توجيه المطالبة بالسداد إلى المثبت بدلاً من الكفيل/المصدر بمجرد المطالبة أو لدى إبراز مستندات أخرى ، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية ، دون مساس بحق المستفيد في مطالبة الكفيل المصدر بالسداد ؛

(ز) "المثبت" يعني الشخص الذي يقوم بتثبيت التعهد :

(ح) "المستند" يعني واسطة تخاطب في شكل يوفر تسجيلًا تامًا لها :

(ط) [نقلت إلى المادة ٧] :

(ي) [حذفت]

[الفصل الثالث - نفاذ مفعول التعهد]

المادة ٧ - شكل التعهد ونفاذ مفعوله

(١) الجديدة) يحدث إصدار التعهد عندما وحيثما يخرج التعهد من نطاق سيطرة الكفيل/المصدر المعني .

(١) يجوز إصدار التعهد في أي شكل يحفظ تسجيلًا تامًا لنص التعهد ويوفر توثيقًا لمصدره بوسائل متعارف عليها أو بأجراء يتفق عليه الكفيل/المصدر والمستفيد .

(٢) يصبح التعهد نافذ المفعول عند إصداره ، ما لم ينص على وقت آخر لنفاذ المفعول ، وهو غير قابل للرجوع ما لم ينص ، عند إصداره ، على أنه قابل للرجوع .

الفصل الرابع - الحقوق والالتزامات والدفع

المادة ١٧ - السداد أو رفض المطالبة

(١) رهنا بالفقرة (٢) من هذه المادة ، يقوم الكفيل/المصدر بالسداد استجابة لمطالبة مقدمة وفقًا لأحكام المادة ١٤ . وبعد التأكد من أن المطالبة بالسداد مطابقة لتلك الأحكام ، يتم السداد على الفور ، ما لم ينص التعهد على سداد أجل ، وفي هذه الحالة يتم السداد في الوقت المنصوص عليه .

(١ مكرراً) ليس من شأن أي سداد لمطالبة لا تتفق وأحكام المادة ١٤ أن يمس حقوق الأصيل/الطالب .

(٢) عندما تعرض على الكفيل/المصدر حقائق تجعل المطالبة غير صحيحة بشكل بَيِّن وواضح حسب أحكام المادة ١٩ ، ولهذا السبب لا يكون السداد بحسن نية ، لا يجوز له أن يقوم بالسداد .

(٣) إذا رفض الكفيل/المصدر المطالبة ، وجب عليه أن يرسل الى المستفيد على الفور اشعاراً بذلك باحدى وسائط الارسال السلكية أو اللاسلكية أو ، إذا تعذر ذلك ، بوسيلة سريعة أخرى . ويتعين أن يبين الاشعار سبب الرفض ما لم ينص التعهد على خلاف ذلك .

[٤] لا يجوز للكفيل/المصدر أن يتذرع ، كمبرر لرفض المطالبة ، التذرع بأي اختلاف في المستندات لم يرسل به اشعار الى المستفيد على النحو المنصوص عليه في الفقرة (٣) من هذه المادة .]

المادة ١٩ - المطالبة غير الصحيحة

(١) تكون المطالبة بالسداد غير صحيحة إذا :

(أ) كان المستند زائفاً أو مزوراً ؛ أو

(ب) لم يكن السداد مستحقاً على الأساس المرتكز اليه في المطالبة والمستندات الداعمة ؛ أو

(ج) لم يكن للمطالبة أساس يمكن ادراكه ، بحكم نوع التعهد وغرضه .

(٢) لأغراض الفقرة (١) (ج) من هذه المادة ، لا يكون للمطالبة أساس يمكن ادراكه :

(أ) عندما لا يكون هناك شك في عدم وقوع الحدث أو الخطر المحتمل الذي أعد التعهد من أجل تأمين المستفيد ضد وقوعه ؛

(ب) عندما تكون محكمة أو هيئة تحكيم قد أعلنت بطلان الالتزام الأصلي الواقع على الأصل/الطالب ما لم يبين التعهد أن هذا الحدث يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد ؛

(ج) عندما لا يكون هناك شك في أن الالتزام الأصلي قد تم أدائه على نحو يرضي المستفيد ؛

(د) عندما يكون من الواضح أن سوء تصرف متعمد من المستفيد هو الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي .

المادة ٢٠ - المعاوضة

ما لم ينص التعهد ، أو يتفق الكفيل/المصدر والمستفيد في مكان آخر ، على

خلاف ذلك ، يجوز للكفيل/المصدر أن يستفيد في أداء التزام السداد بمقتضى التعهد من حق في المعاوضة ، باستثناء أية مطالبة يتنازل له عنها الاصيل/الطالب .

المادة ٢١ - التدابير القضائية المؤقتة

(١) إذا ورد في التماس من الاصيل/الطالب أو الطرف الأمر ما يدل على وجود احتمال قوي بأن تكون المطالبة التي قدمها المستفيد ، أو يتوقع أن يقدمها ، غير صحيحة ، يجوز للمحكمة ، استنادا الى ما يتاح على الفور من أدلة قوية ، أن تصدر أمرا مؤقتا مؤداه ألا يحصل المستفيد على المبلغ المطالب به ، أو تجميد مبلغ التعهد الذي يوجد في حوزة الكفيل/المصدر أو حصيلة التعهد التي سددت للمستفيد ، آخذة في الاعتبار ما إذا كان من المحتمل أن يعاني الاصيل/الطالب من ضرر جسيم في حال عدم اصدار مثل هذا الأمر .

(٢) [حذفت]

(٣) يجوز للمحكمة ، عند اصدار الأمر المؤقت المشار اليه في الفقرة (١) من هذه المادة ، أن تلزم الشخص الذي يلتمس اصدار هذا الأمر بأن يقدم تأمينا في الشكل الذي تراه المحكمة مناسبا .

(٤) لا يجوز للمحكمة أن تصدر أمرا مؤقتا من النوع المشار اليه في الفقرة (١) من هذه المادة بناء على أي اعتراض على السداد لا يقوم على عدم صحة المطالبة أو على استعمال التعهد لغرض غير مشروع .

الفصل السابع - تنازع القوانين

المادة ٢٦ - اختيار القانون المنطبق

يخضع التعهد للقانون الذي يعينه الكفيل/المصدر والمستفيد . ويجوز اجراء هذا التعيين بنص في التعهد أو باتفاق مستقل ، أو ببيانه ضمنا من خلال شروط وأحكام التعهد .

المادة ٢٧ - تحديد القانون المنطبق

في حال عدم اختيار القانون المنطبق وفقا للمادة ٢٦ ، يخضع التعهد لقانون الدولة التي يقع فيها مكان عمل الكفيل/المصدر الذي أصدر فيه التعهد .
