



FILE COPY

Distr.  
GENERAL

A/CN.9/372  
23 December 1992  
ARABIC  
ORIGINAL: ENGLISH



الأمم المتحدة

## الجمعية العامة

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة السادسة والعشرون

فيينا ، ٥ - ٣٣ تموز/يوليه ١٩٩٣

تقرير الفريق العامل المعنى بالممارسات التعاقدية

الدولية عن أعمال دورته الثامنة عشرة

(فيينا ، ٣٠ تشرين الثاني/نوفمبر - ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٢)

### المحتويات

<u>الصفحة</u>	<u>الفقرات</u>
٢	١٢- ١ ..... مقدمة
٤	١٤-١٣ ..... أولا - المداولات والمقررات
٥	١٣٨-١٥ ..... ثانيا - النظر في مواد مشروع اتفاقية خطابات الكفالة الدولية
٥	٧٦-١٥ ..... الفصل الأول - دائرة الانطباق
٥	٢٥-١٥ ..... المادة ١ - نطاق الانطباق الموضوعي
٧	٥٥-٢٦ ..... المادة ٢ - خطاب الكفالة
١٥	٦٦-٥٦ ..... المادة ٣ - استقلال التعهد
١٨	٧٦-٦٧ ..... المادة ٤ - الطابع الدولي لخطاب الكفالة
٢١	١١٠-٧٧ ..... الفصل الثاني - التفسير
٢١	٨٠-٧٧ ..... المادة ٥ - مبادئ التفسير
٢٢	١١٠-٨١ ..... المادة ٦ - قواعد التفسير والتعاريف
٣٠	١٣٨-١١١ ..... الفصل الثالث - نفاذ مفعول خطاب الكفالة
٣١	١١٧-١١٢ ..... المادة ٧ - انشاء خطاب الكفالة
٣٢	١٣٨-١١٨ ..... المادة ٨ - التعديل
٣٧	١٤١-١٣٩ ..... ثالثا - الأعمال المقبلة

### مقدمة

١ - عملا بمقرر اتخذته اللجنة في دورتها الحادية والعشرين ،<sup>(١)</sup> خصص الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية دورته الثانية عشرة لاستعراض مشروع القواعد الموحدة للكفالات ، الذي تقوم باعداده الغرفة التجارية الدولية ، ولتنظر في صوابية وامكانية القيام بأي أعمال مقبلة بشأن زيادة التوحيد ، على مستوى القوانين ، فيما يتعلق بالكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة (A/CN.9/316) . وأوصى الفريق العامل ببدء العمل على اعداد قانون موحد ، سواء في صورة قانون نموذجي أو في صورة اتفاقية .

٢ - ووافقت اللجنة ، في دورتها الثانية والعشرين ، على التوصية الصادرة عن الفريق العامل والداعية الى الشروع في العمل على اعداد قانون موحد ، وعهدت بهذه المهمة الى الفريق العامل .<sup>(٢)</sup>

٣ - واستهل الفريق العامل أعماله ، في دورته الثالثة عشرة (A/CN.9/330) ، بالنظر في المسائل التي يمكن تناولها في قانون موحد ، على النحو الذي بحثت به في مذكرة من الأمانة (A/CN.9/WG.II/WP.65) . وكانت تلك المسائل تتعلق بالنطاق الموضوعي للقانون الموحد ، واستقلال الأطراف وحدوده ، وقواعد التفسير الممكنة . وأجرى الفريق العامل أيضا تبادلًا أوليًا للآراء بشأن المسائل المتعلقة بشكل ووقت انشاء الكفالة أو خطاب الاعتماد الضامن . وطلب الفريق العامل الى الأمانة أن تقدم اليه ، في دورته الرابعة عشرة ، مجموعة مشاريع أولية للمواد ، مع البدائل الممكنة ، تتناول المسائل المذكورة أعلاه ، فضلا عن مذكرة تبحث المسائل الأخرى التي يمكن أن يتناولها القانون الموحد .

٤ - وبحث الفريق العامل ، في دورته الرابعة عشرة (A/CN.9/342) ، مشاريع المواد من ١ الى ٧ من القانون الموحد الذي أعدته الأمانة (A/CN.9/WG.II/WP.67) . وطلب الى الأمانة أن تعد ، استنادا الى مداولات الفريق العامل واستنتاجاته ، مشروعا منقحا للمواد من ١ الى ٧ من القانون الموحد . ونظر الفريق العامل أيضا في المسائل التي

---

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الثالثة والأربعون ، الملحق

رقم ١٧ (A/43/17) ، الفقرة ٢٢ .

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

الفقرة ٢٤٤ .

نوقشت في مذكرة من الأمانة بشأن التعديل والتحويل وانتهاء النفاذ والتزامات الكفيل (A/CN.9/WG.II/WP.68). كما طلب اليها أن تعد ، استنادا الى المداولات والاستنتاجات نفسها ، مشروعا أوليا لمواد تتناول المسائل التي بحثت . وأشار الى أن الأمانة ستقدم الى الفريق العامل ، في دورته الخامسة عشرة ، مذكرة بشأن مسائل أخرى ينبغي أن يتناولها القانون الموحد ، وتشمل التدليس وغيره من دواعي الاعتراض على الدفع ، والأوامر الزجرية وغيرها من التدابير القضائية ، وتنازع القوانين ، والاختصاص القضائي .

٥ - ونظر الفريق العامل ، في دورته الخامسة عشرة (A/CN.9/345) ، في بعض المسائل المتعلقة بالتزامات الكفيل . وكانت تلك المسائل قد بحثت في مذكرة الأمانة التي تتصل بالتعديل والتحويل وانتهاء النفاذ والتزامات الكفيل (A/CN.9/WG.II/WP.68) ، والتي كانت قد قدمت الى الفريق العامل في دورته الرابعة عشرة ولكن لم ينظر فيها بسبب ضيق الوقت . ثم نظر الفريق العامل في المسائل المناقشة في مذكرة من الأمانة تتعلق بالتدليس وغيره من دواعي الاعتراض على الدفع ، والأوامر الزجرية وغيرها من التدابير القضائية (A/CN.9/WG.II/WP.70) . ونظر أيضا في المسائل المناقشة في مذكرة من الأمانة بشأن تنازع القوانين والاختصاص القضائي (A/CN.9/WG.II/WP.71) . وطلب الى الأمانة أن تعد ، استنادا الى مداولاته واستنتاجاته ، مجموعة مشاريع أولية لمواد تتناول المسائل التي بحثت .

٦ - وبحث الفريق العامل ، خلال دورته السادسة عشرة (A/CN.9/358) ، في مشاريع المواد من ١ الى ١٣ ، وخلال دورته السابعة عشرة (A/CN.9/361) ، في مشاريع المواد من ١٤ الى ٢٧ ، من القانون الموحد الذي أعدته الأمانة (A/CN.9/WG.II/WP.73) و Add.1) . وطلب الى الأمانة أن تعد ، استنادا الى مداولاته واستنتاجاته ، مشروع نص منقحا .

٧ - وعقد الفريق العامل ، المؤلف من جميع الدول الأعضاء في اللجنة ، دورته الثامنة عشرة في فيينا ، في الفترة الممتدة من ٣٠ تشرين الثاني/نوفمبر الى ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٢ . وحضر الدورة ممثلون للدول التالية الأعضاء في الفريق العامل : الاتحاد الروسي ، الأرجنتين ، اسبانيا ، اكوادور ، ألمانيا ، أوروغواي ، ايران (جمهورية - الإسلامية) ، بلغاريا ، بولندا ، تايلند ، الجمهورية التشيكية والسلوفاكية الاتحادية ، شيلي ، الصين ، فرنسا ، كندا ، كينيا ، مصر ، المغرب ، المكسيك ، المملكة العربية السعودية ، المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية ، النمسا ، نيجيريا ، هنغاريا ، الولايات المتحدة الأمريكية ، اليابان .

٨ - وحضر الدورة مراقبون عن الدول التالية : استراليا ، اندونيسيا ، أوكرانيا ، البرازيل ، بوليفيا ، بيرو ، جمهورية كوريا ، رومانيا ، السويد ، سويسرا ، الفلبين ، فنلندا ، لبنان ، ماليزيا ، نيكاراغوا ، هولندا ، اليونان .

٩ - وحضر الدورة مراقبون عن المنظمات الدولية التالية : صندوق النقد الدولي ، مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص ، اتحاد المصارف للجماعة الأوروبية ، الرابطة الدولية لنقابات المحامين ، الاتحاد الدولي للتأمين البحري .

١٠ - وانتخب الفريق العامل أعضاء المكتب التالية أسماؤهم :

الرئيس : السيد ج . غوتيه (كندا)

المقرر : السيد أ . فريدي أراغي (جمهورية إيران الإسلامية) .

١١ - وكان معروضا على الفريق العامل الوثائق التالية : جدول الأعمال المؤقت (A/CN.9/WG.II/WP.75) ، ومذكرة من الأمانة تتضمن مواد منقحة لمشروع اتفاقية بشأن خطابات الكفالة الدولية (A/CN.9/WG.II/WP.76 و Add.1) ، ومذكرة تحتوي على اقتراح من الولايات المتحدة الأمريكية يتعلق بمشاريع قواعد بشأن خطابات الاعتماد الضامنة (A/CN.9/WG.II/WP.77) .

١٢ - وأقر الفريق العامل جدول الأعمال التالي :

١ - انتخاب أعضاء المكتب .

٢ - اقرار جدول الأعمال .

٣ - اعداد مشروع اتفاقية بشأن خطابات الكفالة الدولية .

٤ - مسائل أخرى .

٥ - اعتماد التقرير .

### أولا - المداولات والمقررات

١٣ - أشير الى أن مشاريع القواعد المعنية بخطابات الاعتماد الضامنة ، بصيغتها التي اقترحتها الولايات المتحدة الأمريكية (A/CN.9/WG.II/WP.77) ، تستند الى افتراض مفاده أن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ستعالج في جزءين منفصلين في إطار الاتفاقية المقبلة . واتفق على أن الحاجة الى هذه المعالجة في جزءين منفصلين لا يمكن تحديدها بشكل مناسب إلا عندما يصبح واضحا ما هي الأحكام التي ينبغي أن تنطبق ، حصرا ، على الكفالات المصرفية أو على خطاب الاعتماد الضامنة ، وكم عدد تلك الأحكام . لذلك ركز الفريق العامل مناقشته على مشاريع المواد التي أعدتها الأمانة

(A/CN.9/WG.II/WP.76) ، موجهة عناية خاصة الى مسألة ما إذا كان هناك قاعدة معينة ثلاثم نوعي التعهدات كليهما أو نوعا واحدا منهما فحسب .

١٤ - وترد أدناه ، في الفصل الثاني ، مداولات الفريق العامل واستنتاجاته بشأن مشاريع المواد من ١ الى ٨ من مشروع الاتفاقية . وقد طلب الى الامانة أن تعد ، استنادا الى تلك الاستنتاجات ، مشروعا منقحا للمواد من ١ الى ٨ .

### ثانيا - النظر في مواد مشروع اتفاقية خطابات الكفالة الدولية

#### الفصل الاول - دائرة الانطباق

#### المادة ١ - نطاق الانطباق الموضوعي

١٥ - كان نص مشروع المادة ١ بصيغته التي تدارسها الفريق العامل كما يلي :

"تنطبق هذه الاتفاقية على خطابات الكفالة الدولية [الصادرة في دولة متعاقدة] ."

١٦ - وقد أكد الفريق العامل القرار الذي انتهى اليه في دورته السابعة عشرة والذي يقضي بأن يواصل نظره في الامر على أساس افتراض عملي مفاده أن النص النهائي سوف يتخذ شكل اتفاقية دون أن يترتب على ذلك استبعاد امكانية العودة الى شكل أكثر مرونة للقانون النموذجي في المرحلة الختامية للعمل (A/CN.9/361) ، الفقرة (١٤٧) .

١٧ - وأبدت آراء متباينة حول مصطلح "خطابات الكفالة الدولية" الذي استخدم في المادة ١ من أجل وضع حدود لنطاق الانطباق الموضوعي لمشروع الاتفاقية . وأيد أحد الآراء استبقاء هذا المصطلح ، لأنه يشمل ، بايجاز ملائم ، نوعي التعهدين المراد تناولهما في الاتفاقية ، أي الكفالات المستحقة عند الطلب وخطابات الاعتماد الضامنة ؛ وأضاف الى ذلك ان المصطلح يتمشى مع النهج الحالي المتمثل في وضع أحكام مشتركة بين نوعي التعهد ما لم يلزم ، في حالات خاصة ، الاشارة الى أحدهما فقط ؛ بيد أنه يمكن النظر في استخدام الاسم المشترك ، كتعبير مختصر ، في نصوص أحكام مشروع الاتفاقية ، فقط ، وليس في عنوانها ، حيث يمكن لذكر نوعي التعهد كليهما أن ينبه القارئ ، على نحو أفضل ، الى ما تقصد الاتفاقية تناوله .

١٨ - وذهب رأي آخر الى أن المصطلح غير مناسب لأن المصطلحات المستخدمة في الحياة العملية لا تتجلى فيه ، ودعا الى الاستعاضة عنه بمصطلحات مثل التعهدات المصرفية (أو

الكفالات المستحقة الدفع عند الطلب) وخطابات الاعتماد الضامنة ؛ لكنه سلم بأنه ، إذا وجدت حاجة الى استخدام تسمية عامة مختصرة ، فينبغي استخدام مصطلح محايد فعلا ، مثل "التعهد" أو "الضمان المالي" ، لا يشير القلق المتمثل في احتمال الميل الى واحد من نوعي التعهدات .

١٩ - وأبدي أيضا شعور بالقلق من استخدام مصطلح "خطاب الكفالة" في العنوان وفي المادة ١ من الاتفاقية ، لأن هذا قد يوحي بتفضيل الكفالات المستقلة على الكفالات التبعية ؛ ودعي ، لذلك ، الى اضافة صفة "المستقلة" في العنوان وفي المادة ١ . وقيل ، ردا على ذلك ، إن المادة ٢ توضح أن الكفالات المستقلة هي وحدها التي تتناولها الاتفاقية .

٢٠ - واتفق الفريق العامل على أن الحاجة الى وضع تعبير عام انما تتوقف ، الى حد ما على الأقل ، على الهيكل الذي ستتخذه الاتفاقية مستقبلا . فاذا استبقى النهج الحالي ازاء استخدام نصوص عمومية الطابع (على النحو الوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.76 و Add.1) ، فقد يكون من الأفضل ، من وجهة الصياغة ، استخدام تعبير واحد ؛ ولكن قد لا تكون هناك حاجة تذكر الى تعبير عام اذا ما جرى تناول الكفالات المصرفية وخطابات الاعتماد الضامنة في جزءين مستقلين (على النحو الذي ورد في اقتراح الولايات المتحدة ، A/CN.9/WG.II/WP.77) .

٢١ - وفي ازاء تباين الآراء وادراك ما يوجد من ارتباط بالهيكل الذي ستتخذه الاتفاقية مستقبلا ، قرر الفريق العامل أن يعيد النظر في المسألة المصطلحية في مرحلة لاحقة .

٢٢ - وناقش الفريق العامل صياغة العبارة الواردة بين معقوفتين "الصادرة في دولة متعاقدة" ، من حيث إمكان اعتبارها معيارا للنطاق الاقليمي لانطباق الاتفاقية . ولوحظ أن العبارة المقترحة تمثل واحدا من نهج مختلفة متبعة في اتفاقيات القانون التجاري ، اذ أنها تحدد النطاق الاقليمي لانطباقها بعامل يربط المعاملة "بدولة متعاقدة" على نحو مستقل ودون الرجوع الى قواعد تنازع القوانين . وأشار الى نهج آخر يقتضي عدم اتاحة عامل الربط هذا وترك البت في أمر الانطباق لقواعد تنازع القوانين وحدها (القانون الدولي الخاص) . ولكن أشار الى نهج آخر يتمثل في ايجاد عامل ربط ، أو ربما عاملي ربط ، بالاضافة الى النص على انطباق الاتفاقية حيث تشير قواعد تنازع القوانين الى قانون "دولة متعاقدة" . وأشار ، أخيرا ، الى امكانية مقترحة مبدئيا في مشروع المواد الحالي ، وتتمثل في تضمين الاتفاقية قواعد بشأن تنازع القوانين والاختصاص القضائي .

٢٣ - وطرح تساؤلات مختلفة بشأن تحديد النطاق الاقليمي للانطباق بوجه عام ، وكذلك بشأن النهج السالفة الذكر . وانصب أحد التساؤلات على ما اذا كانت الاتفاقية

ستتناول ، بشكل مرض ، الحالة التي يكون فيها الكفيل وحده ، وليس المستفيد ، أو كفيل الكفيل وحده ، وليس المصرف الثاني المصدر لكفالة غير مباشرة ، موجودا في "دولة متعاقدة" . ورئي في هذا الصدد انه ينبغي ، على غرار ما تقضي به المادة ١ (١) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (ويشار إليها فيما يلي بـ "اتفاقية الأمم المتحدة للمبيعات") ، ان تنطبق الاتفاقية حيث تكون أمكنة عمل الأطراف المعنية واقعة في دول متعاقدة مختلفة . وطرح تساؤل آخر عما اذا كان بوسع الأطراف الموجودين في دول غير متعاقدة أن يختاروا الاتفاقية قانونا يسري عليهم . وجرى التساؤل أيضا عن المدى الذي يجوز ضمنه للأطراف أن يتحللوا من أحكام الاتفاقية ، اذ يقال حاليا ان بعض أحكامها غير الزامي .

٢٤ - وفيما يتعلق بما ذكر آنفا من نهج تحديد النطاق الاقليمي للانطباق ، لوحظ أن المعيار المقترح في المادة ١ هو نفس المعيار المقترح في المادة ٢٧ لتحديد القانون الذي ينطبق على خطابات الكفالة حيث لا يختار الأطراف القانون . وفي حين ذكرت هذه الواقعة تأييدا لعدم النص على عامل ربط في المادة ١ ، لوحظ أيضا أن أي عامل ربط مثل ذلك المقترح سوف ينطبق بوضوح على ما في الاتفاقية من أحكام قانونية مضمونية وانما ليس بالضرورة على الأحكام الخاصة بتنزع القوانين ؛ وهو لن ينطبق ، بالتأكيد ، على الأحكام القانونية الاجرائية ، لأن هذه الأحكام موجهة الى محاكم "الدول المتعاقدة" .

٢٥ - وبعد المداولة ، قرر الفريق العامل مواصلة مناقشاته حول النطاق الاقليمي للانطباق رابطا اياها بمناقشاته حول مشروع المواد المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنزع القوانين ، وذلك بسبب الصلة بين هاتين المسألتين .

#### المادة ٢ - خطاب الكفالة

٢٦ - كان نص مشروع المادة ٢ ، بصيغته التي تدارسها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) خطاب الكفالة هو تعهد مستقل [، في شكل كفالة أو سند يستحق عند الطلب أو في شكل خطاب اعتماد ضامن ،] من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر ["المصدر"] ["الكفيل"] بأن يدفع الى شخص آخر ("المستفيد") [أو ، اذا نص التعهد على ذلك ، الى نفسه اذ يتصرف بصفته مؤتمنا أو من خلال فرع آخر] مبلغا معيناً أو قابلاً للتعيين بعملة أو وحدة حساب محددة [أو بشيء آخر ذي قيمة] [أو بأن يقبل سفتجة بمبلغ محدد] وفقا لاحكام التعهد و [أي من] شروطه [المستندية] عندما يطلب ذلك بالطريقة المبينة في التعهد .

(٢) من الجائز اعطاء التعهد

(أ) بناء على طلب أو تعليمات عميل ("أصيل") المصدر ("خطاب الكفالة المباشرة") ، أو

(ب) بناء على تعليمات مصرف آخر أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر ("الطرف الأمر") يتصرف بناء على طلب عميل ("أصيل") ذلك الطرف الأمر ("خطاب الكفالة غير المباشرة") ، أو

(ج) لصالح المصدر نفسه ("خطاب الكفالة لصالح المصدر") .

#### الفقرة (١)

٢٧ - أجرى الفريق العامل مناقشة مستفيضة لمختلف العناصر الواردة في تعريف "خطاب الكفالة" . ولوحظ أن للتعريف ، وخصوصا للعبارة الاستهلاكية ، أهمية حاسمة في تعريف نطاق الانطباق الموضوعي للاتفاقية .

"تعهد مستقل" ، في شكل كفالة أو سند يستحق عند الطلب أو في شكل خطاب اعتماد ضامن ،]

٢٨ - قدمت اقتراحات مختلفة تمثل نهجين متباينين ، أحدهما يقتضي أن يذكر في التعريف الغرض الذي من أجله أعطي التعهد ، باعتباره خاصية أساسية من خصائص التعهدات العرّاد شملها . وقيل أنه يمكن تبيان هذا الغرض بعبارات مثل تلك المستخدمة بطريقة غير مباشرة وغير حصرية في المادة ٣ ، أي مثل "تأمين المستفيد من عدم وفاء الأصيل بالتزامات معينة أو من أي احتمال طارئ، آخر" أو مثل "ضمان الوفاء بالتزام تبقي" .

٢٩ - وذكر تأييدا لهذا النهج أن المباراة الاستهلاكية للمادة ٢ (١) تعرف "خطاب الكفالة" بالرجوع الى تعابير لم تعرف في الاتفاقية وبالتالي لم تحدد بوضوح أنواع التعهدات المستقلة التي يراد أن تشملها الاتفاقية ؛ وقيل أنه ، بدون ذكر العنصر الإضافي الذي هو غرض الضمان ، سيكون التعريف فضفاضا جدا وسيشمل ، على سبيل المثال ، خطابات الاعتماد التجارية وغيرها من التعهدات المستقلة الخاصة بالدفع عند إبراز المستندات ؛ ومع أنه لا يتعين ، بالضرورة ، ذكر غرض الضمان في نص كل تعهد من التعهدات ، يظل ذكر هذا الغرض ضروريا كعنصر عام يصف حالة جميع التعهدات المستقلة التي يراد أن تشملها الاتفاقية . واعتبر غرض الضمان نقطة مرجعية عملية ومفهومة يمكن أن يستند إليها التعريف . وأشار أيضا الى ما يفترض في بعض البلدان من أن خطابات الاعتماد الضامنة تصدر بقصد ضمان أو تأييد التزام تبقي ، وأضيف أن صفة



الشمول العام التي تتصف بها خطابات الاعتماد الضامنة التي لم تصدر لهذا الغرض لن تكون مفهومة جيدا .

٣٠ - أما النهج الآخر ، الذي يعارض ادراج غرض الضمان كشرط من الشروط الأساسية ، فكان يقتضي أن يشار الى التعهدات التي تشملها الاتفاقية بالعبارات التي تستخدم في الممارسة لتعيين تلك التعهدات . واعتبر أن هذا يمكن أن يحصل بالإشارة الى التعهدات التي تعين بصفتها كفالات مصرفية أو خطابات اعتماد ضامنة ، أو الى تعهدات تعين بنفس الطريقة ، أو ، دونما اقتضاء تعيين ، بمجرد الإشارة الى الكفالات المستحقة عند الطلب وخطابات الاعتماد الضامنة على النحو المفهوم والمستخدم في السوق .

٣١ - وذكر تأييدا لذلك النهج أن الغرض من أي تعهد هو دافع نفسي أو اقتصادي أكثر منه كونه عنصرا قانونيا موضوعيا ، وأن اشتراط الغرض الضامن سوف يوجد درجة غير مقبولة من التشكك في امكانية تطبيق الاتفاقية ؛ وعلاوة على ذلك ، فإن التعهدات توجد في ممارسات الخطابات الضامنة والكفالات التي لا تعطى لغرض ضامن بالمعنى الحرفي ، بل لأغراض تعزيز الملاءة أو لاتاحة آلية دفع أكيدة لمبالغ يدين بها شخص آخر (ما يسمى بالخطابات الضامنة أو كفالات "الدفع المباشر") . وذكر أيضا أن اشتراط الغرض الضامن قد يفسر على أنه يوجب على الضامن أو على محكمة ما أن يؤكداه ، وهو أمر قد يزيل الطابع المستقل للتعهد . وحتى إذا لم يشترط ذكر الغرض من التعهد الفردي ، يظل هناك تشكك في عواقب أي بيان غير دقيق للغرض من خطاب كفالة معين .

٣٢ - وفيما سُلّم بأن الكفالات المستحقة عند الطلب وخطابات الاعتماد الضامنة تصدر في العادة بغية دعم التزام ما ، أبدى التأييد للنهج الذي يستلزم أن تنطبق الاتفاقية على هذه التعهدات دون أن تجعل من أي غرض خاص شرطا من شروط انطباق الاتفاقية يجب أن تشملها التعاريف . ومع ذلك لم يستنسب جعل الانطباق متوقفا ، حصرا ، على استخدام تسمية "كفالة مستحقة عند الطلب" أو "خطاب اعتماد ضامن" في التعهد . وقيل أن الاتفاقية ينبغي أن تعترف باستخدام التعهدات التي تخدم ، دون استعمال التسميات نفسها ، لنفس الغرض الذي يخدم الكفالات المستحقة عند الطلب أو خطابات الاعتماد الضامنة . وتمشيا مع هذا التفكير ، أبدى التأييد لأن يذكر في المادة ٢ أن التعهدات المشمولة هي التعهدات المستقلة المسماة بصفة كفالة مستحقة عند الطلب (أو كفالة مصرفية) أو خطاب اعتماد ضامن أو أي صك معادل يعطى في العادة لتأمين المستفيد من عدم وفاء الاصيل بالتزامات معينة أو من أي احتمال طارئ آخر . وفيما يتصل بادخال هذا التعديل على المادة ٢ ، استنسب أن ينص في المادة ١ على أن الاتفاقية تنطبق على الكفالات المستحقة عند الطلب وعلى خطابات الاعتماد الضامنة .

٣٣ - وقدم اقتراح بديل يقضي بأن لا يشار الى أي غرض نمطي ، وبأن تذكر عوضا عن ذلك ، التعهدات المستقلة التي لا ينبغي شمولها . ومن الامثلة على تلك التعهدات عقود

التأمين ، وخصوصا خطابات الاعتماد التجارية ، التي قرر الفريق العامل ثانية عدم شملها بمشروع الاتفاقية ، دون استبعاد النظر ، في مرحلة لاحقة ، في مدى ملاءمة النصوص التي ينتهي الى الاتفاق عليها بشأن خطابات الاعتماد التجارية .

٣٤ - وبعد المداولة ، طلب الفريق العامل الى الامانة أن تقترح مع البدائل الممكنة ، صياغة للمادتين ٢ و ١ ، تفرق ، من ناحية ، بين خطابات الاعتماد التجارية وغيرها من التعهدات التي لا يراد شمولها ، مع إمكان الإشارة الى الغرض الضامن انما دون اعتباره شرطا حصريا ؛ ومن ناحية أخرى بين الكفالات المستحقة عند الطلب وخطابات الاعتماد الضامنة ، فضلا عن التعهدات المماثلة التي قد تظهر في السوق .

"من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (المصدر) [الكفيل]"

٣٥ - أعرب عن القلق من أن الإشارة الى "شخص" قد يساء تفسيرها بحيث يعتبر أنها تقر حق كل فرد من المستهلكين في اصدار كفالات مستقلة أو خطابات اعتماد ضامنة . وفي الوقت نفسه ، كان هناك ادراك بأن اختبار الطابع الدولي المبين في مشروع المادة ٤ يمكن أن يحد من النتائج العملية لسوء التفسير المحتمل . وكان من المفهوم أن الاتفاقية ، كنص من نصوص القانون الخاص ، لا تقصد ، ولا يمكنها ، معالجة المسائل الرقابية الخاصة باباحة أو حظر بعض الأنشطة . ولكن قيل انه ، اذا وجدت بعد ذلك حاجة الى أي توضيح ، أمكن النظر في ادراج اشارة تكون ، مثلا ، على غرار الحاشية الواردة في ذيل المادة ١ من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التحويلات الدائنة الدولية .

٣٦ - ورئي أنه قد يكون من المناسب أن يشتمل مشروع الاتفاقية على قواعد مختلفة للحالات التي تصدر فيها المصارف والمؤسسات المالية خطابات الكفالة كجزء عادي من أنشطتها العملية ، وللحالات التي يصادف فيها أن يصدر خطاب الكفالة شخص غير محترف . وكان الرأي السائد هو أن النظام القانوني الذي ينطبق على خطاب الكفالة لا ينبغي أن يتوقف على طابع الاحتراف أو عدم الاحتراف عند المصدر ، وأن مشروع الاتفاقية ينبغي أن يترك لقواعد القانون الواجبة التطبيق أمر البت في تمتع الهيئات أو الأشخاص بالاهلية القانونية لاصدار خطابات الكفالة .

٣٧ - وفيما يتعلق بالإشارة الى "المصدر" أو "الكفيل" الواردة بين معقوفتين ، اعتبر لفظ -"المصدر" أفضل . وإلى جانب التذكير بأن هذا اللفظ دارج في ممارسة خطابات الاعتماد الضامنة ، وصف بأنه محايد بدرجة تكفي لجعله ينطبق على ممارسة الكفالات المصرفية أيضا ، في حين أن لفظ "الكفيل" قد يساء فهمه باعتباره أنه يشمل مصدري الكفالات الإضافية . ودعا رأي آخر الى استخدام لفظ "الكفيل" لأنه يعكس على نحو أفضل الغرض المميز للتعهدات المشمولة .

٣٨ - وارثني أنه إذا أريد استخدام لفظ محايد وحيد لتعيين الجهة المصدرة ، فينبغي استخدام الأمر نفسه فيما يختص بتسمية العميل الذي يطلب اصدار خطاب الكفالة . وازاء ، تعذر التوصل الى اتفاق على استخدام مصطلحات مشتركة ، قرر الفريق العامل أن يستبقى في مشروع الاتفاقية اشارات مرجعية الى مصطلحي خطاب الاعتماد الضامن والكفالة المصرفية ، وأن يستخدم التعبيرين المزدوجين "الكفيل أو المصدر" و "الاصيل أو مقدم الطلب" ، رهنا باعادة نظر يقوم بها فريق الصياغة الذي سوف يشكل في الدورة القادمة .

"بأن دفع الى شخص آخر ("المستفيد") [أو ، اذا نص التعهد على ذلك ، الى نفسه اذ يتصرف بصفته مؤتمنا أو من خلال فرع آخر]"

٣٩ - فيما يتعلق بعبارة "بأن يدفع الى شخص آخر ('المستفيد') " ، قدم اقتراح يدعو الى الاستعاضة عن لفظ "شخص" بعبارة "مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص" ، على النحو المستخدم في العبارة السابقة التي تصف المصدر أو الكفيل . ومن أجل البساطة والايجاز في التعريف ، قرر الفريق العامل قبول الاقتراح .

٤٠ - وأبدت آراء متباينة حول عبارة الواردة بين معقوفتين ("أو ، اذا نص التعهد على ذلك ، الى نفسه اذ يتصرف بصفته مؤتمنا أو من خلال فرع آخر") . ودعا أحد الآراء الى حذف هذه العبارة . وقيل تأييدا للحذف أن معنى العبارة غير واضح وأن الممارسة المقصود شملها تشير قلقا شديدا . وقيل ان الإشارة المرجعية الى المصدر وهو يتصرف بصفته "مؤتمنا" (أو أمينا) ، والإشارة الى "فرع آخر" ، تفتقران الى الوضوح . وفيما يتعلق بهذه الإشارة الثانية ، لوحظ أن من غير الضروري وضع نص بشأن الحالة التي يكون فيها الفرع الآخر كيانا قانونيا مستقلا .

٤١ - أما مشاعر القلق التي أبدت بشأن الممارسة المراد مراعاتها في تلك العبارة فكانت تشمل ما يلي : قيل ان دور المصدر ، بصفته مؤتمنا ، يحتمل أن يتضارب مع مسؤولياته ازاء الاصيل أو مقدم الطلب ، ويتعين الاحتراز من هذا التضارب المحتمل في المصالح بوضع معايير سامية لسلوك المؤتمن ، على النحو الذي فرضته السلطات الرقابية في بعض البلدان . الا أن مشروع الاتفاقية لا ينبغي أن يتغاضى عن هذه الممارسة دون أن يفرض هو نفسه مثل هذه المعايير السامية ، ودون أن ينص على قواعد توجيهية ملائمة للحالات الخاصة المشار اليها ؛ ولذلك ، فإن النهج المفضل يتمثل في ألا تستبقى العبارة التي مضمونها "بأن يدفع الى شخص آخر" ، تمشيا مع النهج المستخدم في الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية والقواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب . ودعا اقتراح آخر ، أقرب مطاللا ، الى استخدام عبارة "بأن يدفع الى المستفيد" ، التي تتيح للدول أن تنص على تفسير كلمة "المستفيد" باعتبارها تشمل الممارسة المذكورة أعلاه الخاصة بالمؤتمن .

٤٢ - بيد أن الرأي السائد كان أن مشروع الاتفاقية ينبغي أن يراعي هذه الممارسة التي لا توجد في سياق خطابات الاعتماد الضامنة فحسب ، بل انها توجد أيضا ، أحيانا ، في الكفالات المصرفية . وعلى خلاف الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية والقواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب ، التي تشكل قواعد توجيهية للممارسة ، يتعين أن يأتي مشروع الاتفاقية بقواعد قانونية واضحة بشأن حقوق والتزامات الأطراف ، وأن يتضمن بالتالي عبارات صريحة يكون فيها محل لهذه الممارسة . ويمكن توضيح العبارة باستخدام تعابير مثل "اذ يتصرف باسم شخص آخر أو نيابة عنه" أو "اذ يتصرف لصالح شخص آخر" ، بدلا من استخدام المفهوم غير المبهم الخاص بالمؤمن والاشارة غير الواضحة الى فرع آخر . وبغية اختصار نص المادة ٢ (١) وجعلها سهلة الفهم ، قد تكفي الاشارة ، ببساطة ، الى الدفع أو الى الدفع الى المستفيد ، على أن تدرج بعد ذلك عبارة تراعي هذه الممارسة إما في فقرة مستقلة من المادة ٢ أو في المادة ٦ .

٤٣ - وبعد المداولة ، طلب الفريق العامل الى الأمانة أن تعد صياغة منقحة تتمشى مع الرأي السائد .

"مبلغا معيناً أو قابلاً للتعيين بعملة أو وحدة حساب محددة [أو شيء آخر ذي قيمة] [أو بأن يقل سفتحة بمبلغ محدد]"

٤٤ - في البداية ، اتفق الفريق العامل على أنه مهما كانت الطريقة التي ينتهي بها الى وصف غرض التزام الدفع في مشروع الاتفاقية ، فان الاشارة الى عبارة "مبلغا معيناً أو قابلاً للتعيين" ضرورية لاتاحة التيقن . واتفق أيضا على أن الاشارة الى امكانية النص على وحدة حساب هي اشارة يمكن أن تكون موضع الترحيب بسبب تزايد عدد خطابات الكفالة التي ينص على أنها قابلة للدفع بوحدة حساب .

٤٥ - وأبدت آراء مختلفة ازاء استصواب استبقاء عبارة "أو شيء آخر ذي قيمة" ، التي يمكن أن تضع ضمن نطاق مشروع الاتفاقية خطابات الكفالة التي يكون الدفع فيها بشكل غير النقود . وقدم اقتراح بحذف هذه العبارة على أساس أنها شديدة الغموض وأنها ، مثلا ، قد تتضمن الخدمات ، وعلى أساس أن أية اشارة الى طريقة للدفع بغير النقود قد تهدد الوظيفة النقدية التي هي جوهر وظائف التعهد . وقيل ان الدفع بشكل غير النقود ، بالرغم من أنه قد يكون مقبولا اذا كان خطاب الكفالة موضوعا ، أساسا ، كمستند ائتماني ، فان طريقة الدفع هذه غير مقبولة في حالة اعطاء التعهد لغرض الضمان . والحاجة الممكنة ، وقت الدفع ، الى تحويل مبلغ يمثل شيء غير نقدي ذو قيمة الى مبلغ يعبر عنه بعملة معينة يمكن أن تفقد الغرض من خطاب الكفالة ، أي ضمان سرعة الدفع (وهي سمة توصف بأنها "السمة النقدية") . وفيما ارتئي أن المدفوعات بمعادن نفيسة تشكل ممارسة قد تتزايد وينبغي أن يتناولها مشروع

الاتفاقية ، أعرب عن القلق من أن الدفع بواسطة السلع قد يستلزم اجراء تحقيقات للتأكد من الجودة ، فيؤدي ذلك الى الانتقاص من استقلالية التعهد الذي يقدمه الكفيل . كما أن الدفع عن طريق السلع قد يجزّ الى تطبيق قوانين رقابية وطنية مختلفة ربما حظرت ، مثلا بعض تحويلات السلع .

٤٦ - وقيل رداً على ذلك ان ادراج هذه الادوات في نطاق مشروع الاتفاقية لن يمس الاستمرار في تطبيق القوانين الرقابية المعنية . وقيل أيضاً تأييداً لاستبقاء عبارة "أو بشئ آخر ذي قيمة" ، ان استخدام خطابات الاعتماد الضامنة التي يتم الدفع فيها بشكل غير النقود هو أمر جارٍ ويحتمل أن يتزايد ؛ ولهذا ينبغي شمل هذه الادوات بمشروع الاتفاقية تجنباً لتقييد الخيارات المتاحة أمام الأطراف ، وتوخياً لمواكبة أشكال الدفع الجديدة التي قد تستحدث في السنوات القادمة . ورئي أيضاً أن فهم عبارة "وحدات الحساب" بمعناها الواسع لن يكون كافياً لضمان شمل هذه الادوات بالمشروع . وكان الرأي السائد أن تترك للأطراف مسألة البت في طرائق الدفع .

٤٧ - وفيما يتعلق بالإشارة الى قبول السفاتج (الكمبيالات) ، قيل إن طريقة الدفع هذه نادراً ما تستخدم حيث يكون الغرض الأساسي للتعهد هو توفير الضمان . ورئي أنه سيكون من المخالف لوظيفة الضمان أن يجاز للضامن (أو للمصدر) قبول السفتجة بدلاً من الدفع عند الطلب . وعلاوة على ذلك ، فحيثما تخضع سفتجة (كمبيالة) قبل أن تبلغ موعد استحقاقها ، قد تطرأ حوادث (على سبيل المثال اصدار أمر تقييدي) تحول دون الدفع في موعد الاستحقاق ؛ وفي مثل هذه الحالة ، يمكن أن تنشأ شكوك حول ما اذا كان الالتزام الوارد في خطاب الكفالة قد تم الوفاء به على نحو صحيح . ومع ذلك كان الرأي السائد أن يجيز مشروع الاتفاقية هذه الممارسة لأن المدفوعات التي تجري بواسطة قبول السفاتج (الكمبيالات) هي مدفوعات معهودة في الممارسة .

٤٨ - وناقش الفريق العامل مسألة ما اذا كان يجب تضمين الفقرة (١) نصاً يعالج الحالة التي يتعين فيها على المصدر أن يفي بالدين المتوجب بمقتضى خطاب الكفالة بعد انتهاء فترة منصوص عليها تلي تاريخ طلب الدفع . وقد ذكرت عبارة "أو تحمل التزام بالدفع مؤجل" ، الواردة في الملاحظة ٥ على مشروع المادة ٢ والمقترحة في المادة ٢ (١) من اقتراح الولايات المتحدة ، كصيغة يمكن أن تستوفي هذه الحالة . وفي حين أبدي التأييد لادراج هذه العبارة لأنها تعكس ممارسة تلجأ اليها بعض المصارف بناءً على طلب عملائها ، أبدي القلق من أن استخدام العبارة قد يفسر على أنها تشترط على المصدر أن يتحمل ، تجاه المستفيد ، التزاماً بالدفع يتسم طابعه بعدم الوضوح ، وجرى التساؤل ، خصوصاً ، عما اذا كان هناك التزام مستقل اضافي يتعين أن يتحمله المصدر بعد تقديم الطلب . وقيل ان مثل هذه الازدواجية في الالتزامات ستكون مصدراً للقلق ، وخصوصاً عندما تنشأ عقبة أمام الوفاء بالتزام يتضمنه خطاب الكفالة .

٤٩ - وبعد التداول ، اتفق الفريق العامل على أن أي حكم بشأن الدفع المؤجل لا ينبغي أن يتضمن اضطلاع المصدر بالتزام دفع منفصل عن الالتزام الذي يتضمنه خطاب الكفالة . ومع ذلك ، فإن هذا لن يعرقل النص ، في خطاب الكفالة ، على طريقة للدفع مثل "س من الأيام بعد استلام الطلب المطابق" .

٥٠ - وفي حين كان الرأي السائد يتضمن أن مشروع الاتفاقية ينبغي أن يجيز أي ممارسة مصرفية مقبولة ، قيل أيضا أنه ربما كان من الأفضل ، كمسألة صياغة ، عدم إدراج هذه الاعتبارات العملية ، المتصلة بفرض التزام الدفع ، في تعريف لخطاب الكفالة ، ينبغي أن يقتصر على تعداد عناصره الأساسية .

٥١ - وأبدت آراء متباينة حول ما إذا كان ينبغي توضيح الأغراض المحتملة لالتزام الدفع . في مكان آخر من مشروع الاتفاقية . وكان هناك رأي مفاده أن يشير مشروع الاتفاقية ، ببساطة ، إلى التزام باجراء الدفع إلى المستفيد وفقا لشروط التعهد ؛ فمثل هذا البيان العام سوف يتيح للممارسة التجارية أن تستحدث أي وسيلة مناسبة للدفع ، في حين أن أي محاولة لتعداد وسائل الدفع المقبولة قد تعتبر حصرية على نحو مفرط . وذهب رأي آخر إلى أن مشروع الاتفاقية ينبغي أن يفسح مجالا للممارسة بطريقة صريحة ومتحررة ؛ كما أن سكوت مشروع الاتفاقية عن الوسائل التي يمكن بها قضاء التزام بالدفع مترتب بموجب خطاب الكفالة يحتمل أن يفسر على أنه تقييدي على نحو مغالى فيه ، ويمكن أن يسفر عن حالة ربما فسر فيها مشروع الاتفاقية ، لقصوره عن الاعتراف صراحة بوسائل معينة للدفع ، بأنه يبطل وسيلة دفع اتفق الاطراف عليها . واقتراح أن تدرج في المادة ٢ (٢) أو العادة ٦ ، صياغة على غرار ما يلي :

"يمكن أن يتم الدفع بأي شكل محدد في التعهد ، بما في ذلك :

(أ) دفع مؤجل ؛

(ب) عملة أو وحدة حساب معينة ؛

(ج) قبول سفتجة (كمبيالة) بمبلغ محدد ؛ أو

(د) أي شيء آخر ذي قيمة ."

٥٢ - وبعد التداول ، طلب الفريق العامل إلى الامانة أن تعد ، في ضوء الاقتراحات السالفة الذكر ، مشروعا منقحا لنص بشأن وسائل الدفع المقبولة لكي ينظر فيها الفريق العامل فيما بعد .

"وفقا لأحكام التعهد و [أي من] شروطه [المستندية] عندما يطلب ذلك بالطريقة  
المبينة في التعهد"

٥٣ - اعتمد الفريق العامل العبارة ، رهنا بإمكانية إعادة النظر ، فيما بعد ، في  
تعبير "أي من ... المستندية" (ولا سيما الاسم الموصول "أي") ، وهي إعادة نظر ترتبط  
بمعالجة الشروط غير المستندية ضمن مشروع المادة ٣ .

#### الفقرة (٢)

٥٤ - قبل الفريق العامل صيغة الفقرتين الفرعيتين (أ) و (ب) .

٥٥ - وفيما يتعلق بالفقرة الفرعية (ج) ، أبدي رأي مفاده أن الفهم التقليدي  
للكفالة هو أن يتحمل الكفيل المسؤولية عن دين شخص آخر ، ولذلك فإن التعهد الذي  
يصدره الكفيل تأييدا لالتزامه الأصلي لا يمكن اعتباره خطاب كفالة . وقد أبدي تحفظ  
شديد على جواز قيام المؤسسات التجارية ، غير المصارف ، بإصدار خطابات كفالة خاصة  
بها . ومع ذلك ، فإن الفريق العامل ، بعد أن أشار إلى تدارسه للمسألة في دورته  
السادسة عشرة (A/CN.9/358 ، الفقرتان ٢٤ و ٢٥) ، وافق على جوهر الفقرة الفرعية  
(ج) . ورئي أنه قد يكون من الأنسب تضمين تعريف خطاب الكفالة جواز إصدار خطاب كفالة  
باسم المصدر نفسه ؛ وباستخدام هذا النهج ، لن يبدو على مشروع الاتفاقية أنه يصور  
إصدار هذه التعهدات وكأنه ممارسة من نفس مستوى إصدار التعهدات المذكورة في  
الفقرتين الفرعيتين (أ) و (ب) .

#### المادة ٣ - استقلال التعهد

٥٦ - كان نص مشروع المادة ٣ بصيغته التي تدارسها الفريق العامل كما يلي :

"(١) [لأغراض هذه الاتفاقية ،] يكون [يعتبر] التعهد مستقلا إذا :

(أ) نص على الدفع عند الطلب وتقديم أي مستندات محددة ] ، دون  
التحقق من أي وقائع تكون خارج نطاق مسؤولية المصدر العملية] ؛ أو

(ب) احتوى [في عنوانه و] ضمن نصه على عبارات مثل "خطاب اعتماد  
ضامن" أو "كفالة مستحقة عند الطلب" [أو "وعد مستندي مستقل" أو "خطاب  
كفالة دولي"] .

(٢) حيثما ينص التعهد المشار إليه في الفقرة (١) (ب) من هذه المادة على

الدفع عند وقوع حدث غير مؤكد في المستقبل دون تحديد الوسائل المستندية لاثبات ذلك الوقوع ، لا يستحق الدفع الا عند تقديم المستفيد [أو الاصيل] ما يثبت وقوع ذلك الحدث ، ما لم يكن التحقق منه واقعا ضمن نطاق مسؤولية المصدر العملية . وتنطبق هذه القاعدة نفسها على أي شرط غير مستندي لنفاذ مفعول خطاب الكفالة أو [تخفيض أو زيادة] [تعديل] مقداره .

(٣) ومع أن الغرض من التعهد المشمول بهذه الاتفاقية [من شأنه عادة أن يكون] [قد يكون] تأمين المستفيد من عدم وفاء الاصيل بالتزامات معينة أو من أي احتمال آخر ، فإن التعهد ليس مرهونا أو مقيدا بأي معاملة أصلية أو علاقة أخرى ، حتى وإن أشير إليها في التعهد ، ولا يتوقف الالتزام بالدفع على التأكيد [النهائي] لوقوع ذلك الاحتمال بل يتوقف فحسب على تقديم أي مستندات مطلوبة في التعهد أو بموجب الفقرة (٢) من هذه المادة . [وتنطبق هذه القاعدة نفسها على خطاب الكفالة المقابلة بخصوص احتمال كون المستفيد من خطاب الكفالة المقابلة مطالبا بالدفع بموجب خطاب كفالته .]

#### استقلال التعهد (الفقرة (١) (أ))

٥٧ - قرر الفريق العامل استبقاء عبارة "لاغراض هذه الاتفاقية" وحذف عبارة "يعتبر" .

٥٨ - أبديت آراء متباينة بشأن الطريقة التي عرّف بها التعهد المستقل في الفقرة الفرعية (أ) . وذهب أحد الآراء الى أن من غير المناسب ومن غير الضروري معادلة الطابع المستقل بالطابع المستندي ، إذ أن الطابع المستندي يتيح معيارا واضحا في حين يعتبر مفهوم الاستقلال غامضا لأنه يمكن أن توجد درجات مختلفة من الاستقلال . وقيل ردا على ذلك انه قد يصعب على المستفيد ، في بعض الحالات ، متوقفا ذلك على نوع وعدد المستندات المطلوبة ، أن يحصل على هذه المستندات المطلوبة ، ولكن التعهد يعتبر مستقلا حيث أن الدفع يتوقف فحسب على إبراز مستندات تتصف بالتطابق الظاهر .

٥٩ - وكان هناك رأي آخر مفاده وجوب استبقاء مدلول الاستقلال في الفقرة الفرعية (أ) ومفاده أن وصف هذا المدلول في الفقرة (٣) انما يتيح نوعا من التوجيه المفيد . وجاء رأي مماثل ، وكان هو الرأي السائد أخيرا ، ومفاده أن مدلول الاستقلال ينبغي استبقاؤه في الفقرة الفرعية (أ) ، ليس هذا فحسب ، بل ينبغي أيضا توضيحه بالتفصيل في ذلك النص المتضمن التعريف . واقترح أن يصاغ نص الحكم على غرار ما يرد في مشروع المادة ٣ (د) من اقتراح الولايات المتحدة (A/CN.9/WG.II/WP.77) . الذي ينص على ما يلي :



"يكون المتعهد مستقلا من حيث أداء المصدر للالتزام تجاه المستفيد غير مرهون أو مقيد بوجود أو بصلاحية معاملة مالية أصلية أو أي أحكام غير الأحكام الواردة في التعهد أو أي شرط أو تصرف أو حدث آخر غير تقديم المستندات المشروطة".

٦٠ - وأبدت اقتراحات مختلفة تهدف الى تنقيح الصياغة . وكان مفاد أحد هذه الاقتراحات توفير ما يهتدي به في التفريق بين الأحكام والشروط ، وعلى سبيل المثال ، بتعريف "الشرط" كحدث غير أكيد في المستقبل . وفيما يتعلق بالإشارة المرجعية الى "أي شرط أو تصرف أو حدث آخر غير تقديم المستندات المشروطة" ، أعرب عن شعور بالقلق لأن هذه الصياغة قد تفسر على أنها تتيح للمصدر التصرف برعونة باغفال الوقائع ذات الصلة المعروفة له .

٦١ - واستنادا الى اعتبارات السياسة العامة ، ظهر نفس الشعور بالقلق اذا ، العبارة الواردة بين معقوفتين في الفقرة الفرعية (١) . وظهرت مشاعر القلق مرة أخرى فيما يتعلق بتلك الصياغة ، فعبارة "المسؤولية العملية" غير أكيدة وغير ملائمة لأن نطاق تلك المسؤولية يمكن أن يتأثر بالفرد المصدر . وكان هناك رأي آخر مفاده أن الإشارة الى المسؤولية العملية غير لازمة إذ أن الطابع المستندي تصفه بكفاية ووضوح العبارة "دون أي تحقق من الوقائع" .

٦٢ - وبعد المداولة ، طلب الفريق العامل الى الأمانة أن تعد نصا منقحا للفقرة الفرعية (١) على غرار ما يرد في مشروع المادة ٣ (٢) من اقتراح الولايات المتحدة .

قاعدة "الملاذ الآمن" (الفقرة (١) (ب)) "ومعاملة الشروط غير المستندية"  
(الفقرة (٢))

٦٣ - ناقش الفريق العامل الفقرة الفرعية (ب) ، التي يمكن للأطراف وفقا لها ضمان أن تنطبق الاتفاقية بتعيين التعهد بطريقة معينة (قاعدة "الملاذ الآمن") ، وناقش ما يتصل بذلك من تساؤل عن الكيفية التي ينبغي أن تعامل الاتفاقية بها شرطا غير مستندي يوجد في خطاب من خطابات الكفالة تم تعيينه بهذا الشكل . وارتأى البعض أنه اذا وجد من المقبول اغفال الشروط غير المستندية أو معاملة هذه الشروط بوصفها شروطا مستندية ، يمكن لقاعدة الملاذ الآمن أن تتيح معيارا أكيدا وسهل التطبيق من أجل انطباق الاتفاقية . فاذا وجد أن الشروط غير المستندية لا يمكن اغفالها ويمكن تحويلها الى شروط مستندية ، فان قاعدة الملاذ الآمن لا تخدم أي غرض عملي .

٦٤ - وكان هناك رأي مفاده أن قاعدة الملاذ الآمن مفيدة لأنها تتيح تيقنا بشأن انطباق الاتفاقية . وبغير هذه القاعدة سيكون من الضروري فحص كل خطاب من خطابات الكفالة فيما يتعلق بوجود أي شرط غير مستندي بغية التأكد من انطباق الاتفاقية .

وعلاوة على ذلك ، سيكون من غير الملائم منع انطباق الاتفاقية اذا تضمن التعهد شرطا غير مستندي بطريق السهو أو رداءة الصياغة . وأبدى بعض أنصار هذا الرأي تفضيلهم للحل الذي يتمثل في وجوب اغفال الشرط غير المستندي (مشروع المادة ٣ (٣) من اقتراح الولايات المتحدة ، A/CN.9/WG.II/WP.77) لأن تنفيذ عملية التحويل المطلوبة تثير مشاكل عملية عويصة . وأبدى آخرون تحبيذهم للحل الذي يستوجب معاملة الشرط غير المستندي كشرط مستندي (مشروع المادة ٣ (٢) ، الذي أعدته الأمانة ، A/CN.9/WG.II/WP.76) ، إذ أن هذا أقل تشددا من تجاهل الشرط المتفق عليه .

٦٥ - وكان الرأي السائد يتمثل في عدم وجوب اعتماد قاعدة الملاذ الآمن ، لأنها تعطي أولوية للتسمية على جوهر أو مضمون التعهد . وقبل كل شيء ، ليس هناك ما يبرر احباط عزم الاطراف باغفال شرط غير مستندي أو باشتراط أن يقوم المستفيد بالتصديق على الوفاء بهذا الشرط . وأوضح البعض أن هناك في الممارسة العملية شروطا غير مستندية قد تقع في اطار أو خارج اطار المسؤولية العملية للمصدر . وارتأى بعض أنصار هذا الرأي أنه يمكن اغفال بعض الشروط غير المستندية الأقل أهمية أو معاملتها كشروط مستندية ، ولكن اعتماد قاعدة عامة للملاذ الآمن تعد أمرا غير مقبول . وبناء عليه ، قرر الفريق العامل حذف الفقرتين (١) (ب) و (٢) .

### الفقرة (٣)

٦٦ - في ضوء القرار بأن يدرج في الفقرة (١) اشارة الى الاستقلال بعيدا عن المعاملة الأصلية ، قرر الفريق العامل عدم استبقاء الفقرة (٣) .

### المادة ٤ - الطابع الدولي لخطاب الكفالة

٦٧ - كان نص مشروع المادة ٤ بصيغته التي تدارسها الفريق العامل كما يلي :

"(١) يكون خطاب الكفالة دوليا اذا :

(أ) كان مكانا عمل أي اثنين من الأشخاص التاليين ، حسب ما هو محدد في خطاب الكفالة ، يقعان في دولتين مختلفتين : المصدر أو المستفيد أو الاصيل أو الطرف الأمر [أو المستشار] أو المثبت ؛ أو

(ب) نص صراحة على أنه خطاب كفالة دولي أو أنه خاضع لـ [ما هو متعارف عليه عامة من] القواعد أو الاعراف الدولية بشأن الكفالات أو الممارسات المتبعة في خطابات الاعتماد .

(٢) لأغراض الفقرة السابقة :

(أ) إذا كان مذكورا في خطاب الكفالة أكثر من مكان عمل واحد لطرف ما ، يكون مكان العمل هو أوثقها صلة بخطاب الكفالة ؛

[ب) إذا لم يحدد خطاب الكفالة مكان عمل طرف ما ، بل يحدد محل إقامته المعتاد ، اعتبر محل الإقامة ذاك وثيق الصلة بتقرير الطابع الدولي لخطاب الكفالة . ]

#### الفقرة (١)

٦٨ - كان من المرتأى بوجه عام أن نطاق تطبيق مشروع الاتفاقية لابد وأن يكون عريضا . وبمناسبة مناقشة الحاجة المحتملة لتوسيع نطاق تعريف الطابع الدولي ، أشير الى أن الفريق العامل كان قد ناقش من قبل وترك الباب مفتوحا أمام قرار نهائي بشأن ما إذا كان ينبغي توسيع نطاق مشروع الاتفاقية ليشمل المعاملات المحلية . وأبدي شعور بالقلق حتى في إطار المعاملات المحلية الصرفة ، لأن استحداث تقنيات حديثة للمواصلات السلكية واللاسلكية ، واشتمالا على استخدام مرافق الحاسوب التي يمكن إدارتها من بلدان أجنبية ، قد يزيد من الصعوبة في التفريق بين ما هو معامل دولي ومعاملات محلية . وذكر أيضا أنه إذا ما اقتصر نطاق مشروع الاتفاقية على المعاملات الدولية ، فإن الفروق المحتملة بين القواعد الواردة في مشروع الاتفاقية والقواعد العامة للقانون المحلي قد تكون أقل قبولا .

٦٩ - وفي حين أبدي التأييد لشمول المعاملات المحلية ، وجه تحذير من المغالاة في اتجاه تعقيد المعاملات المحلية ، إذ أن هذا قد يؤثر على تقبل مشروع الاتفاقية . وقد تبقى للدول الحرية في استخدام النص النهائي أيضا لأغراض المعاملات المحلية . وبعد المناقشة ، قرر الفريق العامل مواصلة تركيز أعماله على المعاملات الدولية وتأجيل البت نهائيا في مسألة مشروع الاتفاقية على المعاملات المحلية الى أن يستكمل استعراضه للنصوص الموضوعية لمشروع الاتفاقية .

#### الفقرة الفرعية (أ)

٧٠ - رأى الفريق العامل أن المعايير الموضوعية لتحديد الطابع الدولي للتعهد والمنصوص عليها في الفقرة الفرعية مقبولة بوجه عام . غير أنه تم الاعراب عن شواغل بشأن الإشارة الى "مستشار" خطاب الكفالة ، لأن دور المستشار ذو طبيعة تبعية . وقيل ردا على ذلك أن المستشارين يمكن أن تكون لهم وظائف هامة يؤديونها بصفتهم وكلاء دفع أو بصفتهم مصارف متفاوضة ، وأن الإشارة الى المستشار من شأنها أن توسع نطاق

التطبيق الى حد ما . وقرر الفريق العامل ترك كلمة "المستشار" المدرجة بين معقوفتين ، لكي يتدارسها في دورة لاحقة .

#### الفقرة الفرعية (ب)

٧١ - بعد ذلك نظر الفريق العامل في مزايا الابقاء على المعايير الذاتية لتحديد الطابع الدولي للتعهد والمدرجة في الفقرة الفرعية (ب) . وبشأن امكانية استيفاء الطرفين الشروط اللازمة لاضفاء الطابع الدولي على المك بمجرد تسميته صكا دوليا ، طرح التساؤل ، مثلما حدث في الدورة السادسة عشرة للفريق العامل (أنظر A/CN.9/358 ، الفقرة ٧٠) ، عن ملائمة الابقاء على هذا الحكم ، خاصة وأنه رئي أن من غير الملائم وصف مك داخلي بحت بأنه دولي . وقيل ان هذا العمل قد يعتبر تدخلا في مجال التشريع الداخلي . وقدمت اقتراحات متباينة من أجل الحد من امكانية حدوث هذه النتائج فيما يتعلق بالتشريع الداخلي ، فاقترح ادراج عامل رابط اضافي في الفقرة يشترط وجود صلة بين الغرض من خطاب الكفالة المعين وبين صفقة تجارية دولية . واعترض على هذا الاقتراح بحجة ان استيفاء هذا الشرط لن يتبين من ظاهر المك ، مما سيوجب درجة غير مقبولة من عدم التيقن . وذهب اقتراح آخر الى عدم السماح باستخدام المعايير الذاتية لاثبات الطابع الدولي للتعهد الا اذا اتيح للدول المتعاقدة امكان أن تضمن ، بواسطة تحفظ ، ألا يكون بوسع الاطراف التي تختار تطبيق الاتفاقية أن تتفاضى عن القواعد الالزامية التي تقضي بها السياسة العامة (مثل القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي) حيثما كان لا يشترك في الصفقة سوى مواطنو الدولة المعنية .

٧٢ - وبعد المناقشة ، اتفق الفريق العامل على أنه ينبغي ادراج نص حكم في مشروع الاتفاقية يفيد السماح للأطراف باختيار تطبيق مشروع الاتفاقية . واتفق على أن يتم ذلك بطريقة مباشرة ، بدلا عن أن يتم من خلال توسيع مفتعل الى حد ما لمعيار الطابع الدولي . وقرر الفريق العامل أن يضاف الى المادة ١ حكم صريح بشأن اختيار تطبيق مشروع الاتفاقية ، على نحو ما يلي : "وعلى أي خطاب كفالة ينص على أنه خاضع لهذه الاتفاقية" . وتبعاً لذلك ، تقرر حذف الفقرة الفرعية (ب) . غير أنه يمكن النظر في السماح للدول المتعاقدة بأن تحد ، بواسطة تحفظ ، من امكانية قيام مواطنيها باخضاع علاقتهم لاحكام الاتفاقية . وثمة مسألة أخرى ينبغي النظر فيها في مرحلة لاحقة ، فيما يتعلق بنطاق التطبيق الاقليمي ، وهي ما اذا كان ينبغي أن يتاح للأطراف وسيلة لاختيار عدم تطبيق مشروع الاتفاقية .

#### الفقرة (٢) (أ)

٧٣ - أبديت آراء متباينة بشأن الكيفية التي ينبغي أن تتناول بها الاتفاقية امكانية أن ينص خطاب الكفالة على مكاني عمل لطرف واحد ، وعلى سبيل المثال ، عندما

يصدر كفيل لديه عدة أماكن عمل خطاب كفالة تنص رأسيته على أكثر من مكان عمل واحد .  
وذهب اقتراح أول إلى أن خطاب الكفالة ينبغي أن يدخل في نطاق مشروع الاتفاقية إذا  
كان مكان عمل واحد على الأقل من أماكن العمل المتباينة مستوفيا للمعايير الموضوعية  
المبينة في الفقرة (١) (أ) . وقيل إن هذا النهج سيكون متسقا مع ما أعرب عنه  
الفريق العامل من تفضيل لاتساع نطاق تطبيق الاتفاقية ، وسيهيء حلا واضحا وبسيطاً .  
واعترض على الاقتراح بحجة أن مكان عمل الطرف لا ينبغي أن تكون له صلة بتحديد الطابع  
الدولي للتعهد إلا إذا كانت لمكان العمل المعني علاقة ما بذلك التعهد .

٧٤ - وذهب اقتراح ثان إلى أن اشتراط وجود صلة وظيفية ما بين مكان العمل المعني  
وخطاب الكفالة سيكون حلاً أفضل ، على النحو المبين حالياً في الفقرة الفرعية (أ) .  
واعتبرت الصعوبات التي يمكن أن تنشأ في تحديد العلاقة الوثائق صعوبات مقبولة لأن من  
المستبعد أن تصدر المصارف تعهدات تنص على عدة أماكن عمل . وقيل أيضاً ، تأييداً  
للابقاء على الفقرة الفرعية ، أنها تستند إلى أحكام معاملة أدرجت في عدد من  
الاتفاقيات الدولية وتحظى ، بالتالي بقبول وفهم على نطاق واسع . وذهب اقتراح ثالث  
إلى أنه ينبغي ، في حالة الشك في مكان العمل الذي يعتد به ، أن يكون مكان العمل  
الرئيسي للطرف هو مكان العمل المعتد به . واعترض على هذا الاقتراح بحجة إمكانية  
التشكك في مكان العمل الذي يمثل مكان العمل الرئيسي للطرف .

٧٥ - وبعد المناقشة ، قرر الفريق العامل الإبقاء على مضمون الفقرة الفرعية .

#### الفقرة (٢) (ب)

٧٦ - طرح سؤال عما إذا كان من الضروري وجود قاعدة تتعلق بمحل الإقامة المعتاد .  
وقيل رداً على ذلك السؤال إن مشروع الاتفاقية ينبغي أن يتناول الحالة التي لا يكون  
فيها لطرف معين (مثل طرف غير محترف) أي مكان عمل ، مهما كانت تلك الحالة نادرة .  
ولوحظ أيضاً إن بيان مكان طرف معين أو عنوانه لا يدل دائماً على ما إذا كان ذلك  
المكان أو العنوان مكان عمل أو محل الإقامة المعتاد . واقترح حل للتغلب على تلك  
الصعوبة وذلك بعدم استخدام عبارة "مكان (مكاناً) عمل" في المادة ٤ والاكتفاء  
بالإشارة إلى "مكان" طرف معين . وبعد المناقشة ، اعتمد الفريق العامل ذلك  
الاقتراح ، وقرر ، نتيجة لذلك ، حذف الفقرة الفرعية (ب) .

### الفصل الثاني - التفسير

#### المادة ٥ - مبادئ التفسير

٧٧ - كان نص مشروع المادة ٥ بصيغته التي تدارسها الفريق العامل ما يلي :

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

٧٨ - جرى التساؤل عن ملاءمة إدراج نص حكم بشأن التفسير في مشروع الاتفاقية ، حيث أن مبادئ التفسير ذات الانطباق العام واردة بالفعل في اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات ، لعام ١٩٦٩ . غير أنه روي ، بصفة عامة ، أن الأفضل أن يدرج في مشروع الاتفاقية حكم محدد بشأن التفسير ، كما هو الحال بالفعل في صكوك دولية أخرى مثل اتفاقية الأمم المتحدة للمبيعات .

٧٩ - وبشأن صيغة نص الحكم ، أبدى شعور بالقلق من أن الإشارة إلى "حسن النية" قد تكون ملائمة كمعيار سلوك تراعيه أطراف في معاملة الكفالة أكثر من ملائمتها كمعيار لتفسير نص قانوني . وأبدى شعور آخر بالقلق من أن الإشارة إلى مفهوم "حسن النية" قد تثير مسائل صعبة بشأن التفسير في بعض دوائر الاختصاص القضائي . غير أنه اتفق بوجه عام على أن من المفيد وجود حكم على نحو الحكم المدرج في المادة ٥ ، والذي يتضمنه كثير من الاتفاقيات الدولية المعاثلة . وبشأن صياغة الحكم ، أعرب عن رأي مفاده أنه لا حاجة إلى جعل تشجيع حسن النية قاصرا على الممارسة الدولية المتبعة في الكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة ، وينبغي ، بدلا من ذلك ، أن يشار إشارة عامة إلى "مراعاة حسن النية في التجارة الدولية" ، على غرار ما يرد في المادة ٧ (١) من اتفاقية الأمم المتحدة للمبيعات . وذهب اقتراح آخر إلى وجوب تبسيط النص ، وإلى أن يشار فحسب إلى الحاجة إلى تشجيع التوحيد وحسن النية في الممارسة الدولية المتبعة في الكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة .

٨٠ - وبعد المناقشة ، قرر الفريق العامل استبقاء المادة ٥ بصيغتها الحالية .

#### المادة ٦ - قواعد التفسير والتعاريف

٨١ - كان نص مشروع المادة ٦ بصيغته التي تدارسها الفريق العامل ما يلي :

"لأغراض هذه الاتفاقية ، وما لم يبين خلاف ذلك في حكم من أحكام هذه الاتفاقية أو يقتضيه السياق :

(أ) يشمل تعبير "خطاب الكفالة" "خطاب الكفالة المقابلة" و "خطاب تثبيت الكفالة" ، ويشمل تعبير "الكفيل" "الكفيل المقابل" و "المثبت" ؛

(ب) تُعتبر أية إشارة إلى خطاب الكفالة أو تعهد المُصدر ، أو إلى أحكامه وشروطه ، إشارة إلى النص بصيغته الأصلية المنشأة وفقاً لأحكام المادة ٧ ، أو إلى النص بصيغته المعدلة الأخيرة ، إذا عدل فيما بعد وفقاً للمادة ٨ ؛

(ج) حيثما يشير حكم من أحكام هذه الاتفاقية إلى اتفاق أو اشتراط ممكن بين الطرفين ، فإن الطرفين المقصودين هما مصدر خطاب الكفالة المعني والمستفيد منه ؛

(د) يقصد بتعبير "خطاب الكفالة المقابلة" خطاب كفالة مقدم إلى مصدر خطاب كفالة آخر من طرفه الأمر [أو إلى مصدر كفالة أخرى أو خطاب اعتماد آخر] ، وينص على الدفع عند الطلب وتقديم أي مستند معين يبين أن المستفيد من "خطاب الكفالة المقابلة" قد طُلب بالدفع أو قام بذلك فعلاً ؛ [بموجب خطاب الكفالة أو التعهد الآخر ذاك] ؛

(هـ) يقصد بتعبير "الكفيل المقابل" مصدر خطاب الكفالة المقابلة ؛

(و) يقصد بتعبير "تثبيت" خطاب الكفالة تعهد مستقل يضاف إلى تعهد المصدر ويوفر للمستفيد خيار طلب الدفع وتقديم أي مستندات مطلوبة إلى المثبت [بدلاً من المصدر] ، ما لم يُنص صراحة على خلاف ذلك ؛

(ز) يقصد بتعبير "المثبت" الشخص الذي يقوم بتثبيت خطاب كفالة ؛

(ح) يقصد بتعبير "المستند" واسطة تخاطب في شكل يوفر تسجيلًا تاماً لها [ويوثق من حيث مصدرها بوسيلة متعارف عليها أو بإجراءات يُتفق عليها مع المتلقي] .

### الفقرة الفرعية (أ)

٨٢ - كان من الأمور التي أثارت الاهتمام أن نص الفقرة الفرعية (أ) قد يفهم خطأ باعتباره يساوي بين الطبيعة القانونية لتثبيت خطاب الكفالة وطبيعة خطاب الكفالة المقابلة . وأوضح أنه ، في حين أن تثبيت خطاب الكفالة من شأنه أن يتيح للمستفيد خيار طلب السداد إما من مُصدر خطاب الكفالة الأصلي أو من المثبت ، لا يمكن طلب الدفع بموجب خطاب الكفالة المقابلة إلا من الكفيل المقابل دون غيره . وقيل رداً على ذلك أن الفرق بين خطاب الكفالة المقابلة والتثبيت يتجلى بوضوح في التعاريف الواردة في الفقرتين الفرعيتين (د) و (و) . وعلاوة على ذلك ، فإن الفقرة الفرعية (أ) تضع فحسب قاعدة للتفسير مفادها أن الأحكام التي تشير إلى "خطاب الكفالة" تنطبق

أيضا على خطاب الكفالة المقابلة وعلى تثبيت خطاب الكفالة ، ما لم يبين غير ذلك في مشروع الاتفاقية أو يقتضيه السياق . وكان هناك اتفاق عام على أن الفقرة الفرعية (أ) لا صلة لها بالطبيعة القانونية لخطاب الكفالة المقابلة .

٨٣ - وبعد المناقشة ، رأى الفريق العامل أن نص الفقرة الفرعية مقبول بوجه عام .

#### الفقرة الفرعية (ب)

٨٤ - في حين أعرب عن رأي مفاده أن القاعدة الواردة في الفقرة الفرعية (ب) يمكن أن تعتبر بديهية ، روي أنه ينبغي الإبقاء على هذه القاعدة في نص مشروع الاتفاقية . غير أن رأيا آخر ذهب إلى أن نص الحكم الوارد في الفقرة الفرعية (ب) قد يسبب صعوبات ، وخصوصا في الحالة التي يتم فيها الدفع بموجب خطاب الكفالة بواسطة صك قابل للتداول وتم تداوله قبل إجراء تعديل لاحق على خطاب الكفالة . وقيل إن مشروع الاتفاقية ينبغي أن يتناول تلك الحالة صراحة بغية ضمان أن يكون بوسع حائز الصك بحسن نية أن يستند ، في مطالبة بالدفع ، إلى المبلغ المنصوص عليه في نص خطاب الكفالة بصيغته الكائنة وقت تداول الصك . وأعرب عن شعور مماثل بالقلق إزاء الحالة التي يتم فيها نقل الحقوق المترتبة على خطاب الكفالة قبل إجراء التعديل .

٨٥ - وفي حين أعرب عن تأييد لحذف الفقرة الفرعية (ب) ، كان هناك اتفاق عام على أن الشواغل التي أبدت لا ينبغي أن تناقش في سياق المادة ٦ ، التي تضع فحسب قاعدة تفسيرية وتسمح صراحة بإمكان وجود استثناءات ، بل ينبغي تناول تلك الشواغل أثناء مناقشة القواعد الموضوعية المبينة في المادتين ٨ و ٩ بشأن تعديل الحقوق ونقلها . فضلا عن ذلك ، قيل إن الوضع العادي هو أن تبحث مسائل الموعد ذي العلاقة بإثبات حقوق الطرفين والتزاماتهما ، وما شابهها ، في سياق التعديل نفسه .

٨٦ - وبعد المناقشة ، قرر الفريق العامل إدراج نص الفقرة الفرعية (ب) بين معقوفتين ، رهنا بإعادة النظر فيها لاحقا بعد استعراض الأحكام الموضوعية لمشروع الاتفاقية .

#### الفقرة الفرعية (ج)

٨٧ - أعرب عن رأي مفاده أن الفقرة الفرعية (ج) ينبغي حذفها لأنها قد تكون مفرطة التقييد وقد تشير شكوكا حيثما يكون متصورا بموجب أحكام مشروع الاتفاقية وجود أطراف غير مُصدر خطاب الكفالة والمستفيد من خطاب الكفالة وقيل ، مثالا لذلك ، إنه ، في حين أن المصدر والمستفيد هما الطرفان الماديان في التعهد ، فإن مسائل كالتعديل ، وتخصيص الإيرادات ، ونقل الحقوق ، والإشعار بتقديم طلب دفع بموجب خطاب الكفالة ، تنطوي عادة على وجود "أطراف" غير مصدر خطاب الكفالة والمستفيد منه .



٨٨ - وأعرب أيضا عن رأي مفاده أن الإشارة الى "اشتراط ممكن بين الطرفين" ينبغي تناولها بشكل مستقل عن عبارة "اتفاق ... ممكن بين الطرفين". ففي حين أن كلمة "اتفاق" تشير حقا الى مصدر خطاب الكفالة والمستفيد منه كليهما ، ينبغي أن تفهم كلمة "اشتراط" على أنها تتضمن نصوص الأحكام الواردة في نص خطاب الكفالة ، وبالتالي تشير الى الكفيل وحده . وقيل ان النص الحالي ينبغي ، لذلك ، أن تعاد صياغته بغية ملأفة احتمال التفسير الخاطئ الذي مفاده اشتراط موافقة المستفيد فيما يتعلق بالشروط التي ينص عليها التعهد .

٨٩ - وقيل تأييدا لاستبقاء الفقرة الفرعية (ج) انها ، بإشارتها الى "اتفاق أو اشتراط ... بين الطرفين" ، تقتصر على تناول العلاقة بين الكفيل والمستفيد ، وهي علاقة غير جميع العلاقات القانونية الأخرى المتصورة في مشروع الاتفاقية ، كما أنها علاقة كان الفريق العامل قد وافق سابقا على أن تكون محور التركيز في مشروع الاتفاقية . ولوحظ أيضا أن الفقرة الفرعية (ج) لا تزيد على بيان قاعدة تفسيرية عامة يمكن وضع استثناءات لها . فضلا عن ذلك ، ومن حيث الصياغة ، فالبديل الوحيد لادراج حكم عام ، مثل الحكم الذي تتضمنه حاليا الفقرة الفرعية (ج) ، هو النص صراحة على الأطراف المعنية في كل حكم بعينه من أحكام مشروع الاتفاقية يحتوي على قاعدة تنطبق على "أطراف" . وفي حين لوحظ أن هذا الأسلوب في الصياغة قد يشكل عبئا مفرطا ، كان هناك اتفاق عام لدى الفريق العامل على وجوب حذف الفقرة الفرعية (ج) ، وعلى وجوب تسمية الأطراف صراحة في كل حكم ذي صلة من مشروع الاتفاقية ، شريطة أن يعيد الفريق العامل النظر في هذه المسألة في دورة مقبلة .

#### الفقرة الفرعية (د)

٩٠ - أعرب عن رأي مفاده أن يقتصر التعريف على إثبات أن عبارة خطاب الكفالة المقابلة تعني خطاب كفالة مقدم الى مصدر خطاب كفالة آخر من طرفه الأمر . أما القاعدة التي مفادها أن يكون الدفع بموجب خطاب الكفالة المقابلة مشروطا بتقديم مستند يبين أن الدفع بموجب خطاب الكفالة الآخر قد طُلب من المستفيد من خطاب الكفالة المقابلة أو قام بذلك فعلا ، فقد رُئي أن هذه القاعدة قد تخل باستقلال خطاب الكفالة المقابلة عن خطاب الكفالة الآخر .

٩١ - وفي حين أعرب عن تأييد لحذف الجزء الأخير من الفقرة الفرعية (د) ، ذهب الرأي السائد الى-أن النص الحالي يثبت بصورة كافية أن التزام الكفيل المقابل بموجب خطاب الكفالة المقابلة يعتبر ، في جميع الحالات ، مستقلا من الناحية القانونية لا عن العلاقة التجارية السببية بين الأصيل والمستفيد وحدها بل ان الالتزام مستقل أيضا عن خطاب الكفالة الآخر الصادر للمستفيد النهائي . وارتأى الفريق العامل أيضا أن وظيفة الاسترداد التي يؤديها خطاب الكفالة المقابلة في سياق العلاقات بين المصارف ينبغي

أن تتبدى في نص مشروع الاتفاقية ، كما بينت في الجزء الأخير من النص الحالي للفقرة الفرعية (د) .

٩٢ - وبعد المناقشة ، رأى الفريق العامل أن نص الفقرة الفرعية (د) مقبول على وجه العموم .

#### الفقرة الفرعية (هـ)

٩٣ - قبل الفريق العامل الفقرة الفرعية (هـ) .

#### الفقرة الفرعية (و)

٩٤ - اقترح أن يضاف الى الفقرة الفرعية (و) التي تعرف تعبير "التثبيت" شرط قيام المصدر باعطاء اذن بالتثبيت . وقدمت ايضاحات تشير الى أن من سياسة بعض المصارف ألا تطلب من قبل مصارف أخرى تثبيت كفالاتها أو خطابات اعتماداتها الضامنة ، إلا أن المستفيدين يطلبون مع ذلك ، ويتلقون أحيانا من مصارفهم ، تعهدا يفهم منه أنه تثبيت لم يبلغ الى المصدر أو أن المصدر لم يأذن بالتعهد الذي يعطيه مصرف المستفيد . وفي بعض الأحيان ، يشار عمليا الى هذه التثبيتات غير المأذون بها بوصفها "تثبيتات صامتة" . وذكر كذلك أن المصارف المصدرة لا ترضى ، من حيث المبدأ ، عن أسلوب التثبيتات الصامتة ، وأحد الأسباب الداعية الى ذلك هو أنها تجعلها تقيم علاقات مع مصارف لم تكن المصارف المصدرة لتتعامل معها لولا ذلك .

٩٥ - وتضمن أحد الآراء ما مفاده الابقاء على الفقرة الفرعية (و) دون تغيير وبأن تعالج آثار التثبيت الصامت في الأحكام التنفيذية لمشروع الاتفاقية . وذكر أن من بين هذه الآثار أنه لن يكون للمثبت الذي يعمل بدون اذن الحق في استرداد المبلغ من المصدر .

٩٦ - بيد أن الرأي السائد على نطاق واسع كان مؤيدا لاضافة عنصر الاذن الى التعريف ؛ وهكذا لن يكون التثبيت الصامت تثبيتا بموجب مشروع الاتفاقية وسيعتمد على شروط التعهد الصامت سواء اعتبر أو لم يعتبر تعهد مستقلا ومستنديا يخضع لأحكام مشروع الاتفاقية . واتفق على أن يجري ، في مرحلة لاحقة ، النظر فيما اذا كان يتوجب ذكر التثبيتات الصامتة في مشروع الاتفاقية .

٩٧ - وقدم اقتراح بأن تعالج في مشروع الاتفاقية مسائل أخرى تتصل بالعلاقة بين المصدر والمثبت (وخاصة مسألة الاسترداد) . وأعرب الفريق العامل عن تحفظه ازاء اتخاذ قرار فيما اذا كان من المناسب أن تعالج الاتفاقية هذه المسائل أم لا .

### الفقرة الفرعية (ز)

٩٨ - قبل الفريق العامل الفقرة الفرعية (ز) .

### الفقرة الفرعية (ح)

٩٩ - أعرب عن رأي مفاده أن مفهوم "واسطة تخاطب في شكل يوفر تسجيلًا تامًا لها" غير واضح ويمكن أن يخلط بينه وبين حفظ المستندات في الارشيف . وطرح سؤال عما إذا كانت وسائط التخاطب الشفوية الصرف المسجلة على أنواع معينة من وسائط الاعلام ، مثل الأسطوانات الليزرية التي هي وسائط لا يمكن تغييرها ، مشمولة في هذا المفهوم . وبين أنه إذا كان الغرض من التعريف هو اضافة الصفة الشرعية على استخدام التبادل الالكتروني للبيانات ، فإن من الأنسب أن يشار مباشرة الى التبادل الالكتروني للبيانات كما جرى ، على سبيل المثال ، في المادة ٢ (د) من القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب . وذكر رداً على ذلك أن فكرة التبادل الالكتروني للبيانات هي في حد ذاتها غير واضحة الى حد كبير . ولاحظ الفريق العامل ، لدى اقراره مشروع النهج الذي اتبع بشأن شكل المستندات ، أن الغرض من الإشارة الى "واسطة تخاطب في شكل يوفر تسجيلًا تامًا لها" هو استبعاد وسائط التخاطب الشفوية الصرف من مشروع الاتفاقية . ولوحظ أن النص على شكل المستند ينبغي أن يفهم على أنه يتطلب أن تكون السجلات في شكل ملموس بينما يكون عاما الى حد يكفي لشمل الأشكال المماثلة التي قد تحدث بالممارسة .

١٠٠ - وقدم اقتراح بأن تشمل في تعريف "المستند" السفاتج (الكمبيالات) والسندات الاذنية وطلبات الدفع بغية تجنب أي غموض ازاء تطبيق الاتفاقية على خطابات الاعتماد الضامنة النظيفة والكفالات المستحقة عند الطلب العادية . ولم يناقش الفريق العامل الاقتراح .

١٠١ - واقترح بأن يحذف النص الوارد بين معقوفتين . وقيل إن التوثيق وخاصة شكله مسألان تعتمدان على أحكام وشروط التعهد وكذلك على القانون المرعي ؛ وهكذا فإن شرط التوثيق غير المعتمد ليس عنصرا ضروريا لتعريف المستند . وقدم اقتراح معاكس بالإبقاء على النص دون تغيير بالنظر الى الشرط المقبول عامة والقاضي بأن تكون المستندات المقدمة في اطار خطاب الكفالة صحيحة موثوقا بها . وقدم اقتراح آخر بأن توضح الفقرة الفرعية طبيعة شرط التوثيق . واعتبر بعض مؤيدي هذا الاقتراح أن الفقرة الفرعية ينبغي أن تقتصر على طلب التوثيق "حيث كان ذلك ملائما" دون الإشارة الى القانون المرعي ؛ وقيل انه ينبغي أن يفترض الالتزام بالقانون المرعي وانه ليس من الضروري أن يتطرق مشروع الاتفاقية فيما يتعلق بهذه النقطة الى القانون المرعي . ورأى آخرون أن توضح الفقرة الفرعية أن المستندات يجب أن توثق اذا تطلب ذلك

القانون المرعي وبالشكل الذي يتطلبه أو بموجب أحكام وشروط التعهد . وبعد المداولة ، اعتمد الفريق العامل هذا الرأي الأخير .

١٠٢ - وأعرب عن القلق من كون الإشارة الى التوثيق بوسيلة متعارف عليها "غير واضحة من حيث أنها لم تعط توجيهها كافيا بشأن مستوى التوثيق المطلوب ، واقترح إما بحذف عبارة "من حيث مصدرها بوسيلة متعارف عليها أو بإجراءات يتفق عليها مع المتلقي" ، أو بتوضيح نمط التوثيق . وكوسيلة ممكنة لتوضيح المسألة ، اقترح استخدام طريق التوثيق المعقولة تجاريا والمستخدم في المادة ٥ (٢) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحويلات الدائنة الدولية .

#### إضافة مقترحة لتعريف "الشرط"

١٠٣ - أشير الى انه ، فيما يتعلق بقرار الفريق العامل اعتماد تعريف للتعهد المستقل يعتمد على التمييز بين أحكام التعهد وشروطه ، قدم اقتراح بأن يوفر توجيه في مشروع الاتفاقية بشأن التمييز بين الأحكام والشروط (أنظر أعلاه ، الفقرتين ٥٩ - ٦٠) . واقترح بأن يعرف تعبير "الشرط" في المادة ٦ على انه يشير الى حدث غير مؤكد في المستقبل . وذكر انه بينما يعتبر هذا التعريف عاديا في تشريعات بلدان عديدة ، فقد يكون تناوله في مشروع الاتفاقية مفيدا لبلدان أخرى ، وسيكون ذا قيمة خاصة في جميع البلدان التي يستخدم فيها تعبير "الشرط" كذلك ليشير الى نص أو اشتراط في التعهد . وكان من المرتأى بشكل عام أن مشروع الاتفاقية ينبغي أن يعرف تعبير "الشروط" كما ينبغي أيضا تعريف تعبير "الأحكام" .

١٠٤ - وبينما أعرب عن تأييد التعاريف المقترحة ، أعرب كذلك عن شكوك ازاء الحاجة الى مثل هذه التعاريف العامة ، ولوحظ انه اذا استثنيت المادة ٣ (١) (أ) حيث يكون التمييز بين مفهومي "الأحكام" و"الشروط" حاسما ، استخدمت عبارة "الأحكام والشروط" دون تمييز في مشروع الاتفاقية بكامله كعبارة معادلة لتعبير "اشتراطات" . وبما أن تعبيري "الأحكام" و "الشروط" استخدمنا على أساس معنى محدد في المادة ٣ (١) (أ) ، فقد اتفق الفريق العامل بعد المداولة على انه ينبغي محاولة ادماج مفهوم "الشروط" بوصفه حدثا غير مؤكد في المستقبل في تلك المادة ، حيث يخدم غرضا أساسيا فيما يتعلق بتعريف استقلال التعهد عن طريق وضع التعهدات الخاضعة للشروط غير المستندية خارج نطاق مشروع الاتفاقية . وذكر انه اذا ثبت فشل هذه المحاولة ، فمن الممكن إعادة النظر في مسألة توفير تعاريف عامة لتعبيري "الأحكام" و "الشروط" .

#### اقتراح بإضافة تعريف لعبارة "خطاب اعتماد ضامن"

١٠٥ - أعيد الى الازهان أن الفريق العامل قبل ، في دورة سابقة ، اقتراحا بأن يضاف

الى نص مشروع الاتفاقية تعريف لعبارة "خطاب الاعتماد الضامن" (A/CN.9/358) ، الفقرة (٧٤) . وقيل ان الغرض من ذلك التعريف يمكن أن يكون تمييز خطاب الاعتماد الضامن لا عن الضمان المصرفي وحده بل تمييزه أيضا عن خطاب الاعتماد التجاري . ولوحظ أن تعريف خطاب الاعتماد الضامن ، الوارد في المادة ٢ من اقتراح الولايات المتحدة ، قليل الاختلاف في مضمونه عن تعريف خطاب الكفالة الوارد في مشروع الاتفاقية . فضلا عن ذلك ، فالمادة ٦ (٢) من اقتراح الولايات المتحدة تحتوي على وصف لعدد من الانواع الممكنة من خطابات الاعتماد الضامنة ، يتميز كل منها بالغرض منه في سياق معين سواء تجاري أو مالي ، على النحو المتجلى في محتويات المستند المطلوب .

١٠٦ - وأعرب عن رأي مفاده أن تعريف خطاب الاعتماد الضامن سيكون مفيدا بوجه خاص اذا وجد أن الخصائص المتباينة لخطاب الاعتماد الضامن والضمان المصرفي ذات طبيعة تقتضي أن يتناول مشروع الاتفاقية الصكين في مجموعتي قواعد منفصلتين ، وفي تلك الحالة سيتمين تعريف الضمان المصرفي أيضا . واذا وجد في النهاية أن معظم أحكام مشروع الاتفاقية ينطبق بنفس القدر على الصكين كليهما ، يمكن أن تكون الحاجة الى هذين التعريفين أقل وضوحا .

١٠٧ - وفيما يتعلق بإمكان التمييز بين خطاب الاعتماد الضامن وخطاب الاعتماد التجاري ، لوحظ أنه ، في البلدان التي تستخدم فيها خطابات الاعتماد الضامن وخطابات الاعتماد التجارية استخداما واسع النطاق ، ينطبق نظام قانوني واحد على الصكين كليهما ولا يوجد تعريف تجريدي لخطاب الاعتماد الضامن . والتمييز الوحيد المعروف بينهما ، والمستند الى تقدير التبعات الائتمانية المتباينة التي ينطوي عليها هذان النوعان من الصكوك ، هو التمييز الذي تقرره السلطات الرقابية المصرفية لأسباب تتعلق بمدى كفاية رأس المال . وقيل انه قد يكون مستصوبا ادراج تعريف يستند الى الغرض من التعهد ، وان ذلك التعريف يمكن أن يصف خطاب الاعتماد الضامن بأنه خطاب اعتماد يصدر بغرض الضمان (أو بصفة تعهد مقدم في شكل خطاب اعتماد) . غير أنه قيل ان تعريفا من هذا النوع لن يكون صالحا في الممارسة العملية لأن التعهدات توجد في ممارسات خطابات الاعتماد الضامن (وكذلك في ممارسات الضمانات) التي لا تصدر بغرض الضمان بالمعنى الدقيق بل بغرض تعزيز الملاءة المالية أو من أجل تهيئة آلية مضمونة لدفع مبالغ مستحقة على شخص آخر (ما يسمى بالاعتمادات الضامنة الخاصة بـ "الدفع المباشر" أو الكفالات الخاصة بـ "الدفع المباشر") . وذهب رأي آخر الى أن المعيار الوحيد الصالح عمليا لتمييز خطاب الاعتماد الضامن عن خطاب الاعتماد التجاري قد يكون تمييزا شكليا ، فخطابات الاعتماد الضامنة هي خطابات تسمى ، في نصها ، خطابات اعتماد ضامنة .

١٠٨ - وبشأن التمييز بين خطاب الاعتماد الضامن والضمانات المصرفية ذهب اقتراح يستند الى المادة ٦ من اقتراح الولايات المتحدة الى أن الفريق العامل ، بدلا من أن

يحاول وضع تعريف تجريدي لخطاب الاعتماد الضامن ، قد ينظر في قائمة بالاشكال التي يمكن تصورها لخطابات الاعتماد الضامنة ، باعتبار ذلك محورا ملائما لاعماله . غير أنه لوحظ أن القائمة المقترحة ليست جامعة وأنه قد يلزم أيضا اشتغالها على عدة ممارسات أخرى تدخل فيها خطابات الاعتماد الضامنة . وعلاوة على ذلك ، يمكن أن يلزم وضع تعريف لخطاب الاعتماد الضامن الخاص بـ "الدفع المباشر" ، على الرغم من محاولة احتوائه في تعريف واسع لخطاب الاعتماد الضامن المالي . واقتُرحت الصيغة المؤقتة التالية باعتبارها تعريفا ممكنا لخطاب الاعتماد الضامن الخاص بالدفع المباشر :

"خطاب اعتماد ضامن خاص بالدفع المباشر ، ينص على القبول لدى تقديم مستندات تنص على استحقاق الدفع سدادا مباشرا لالتزام مالي ."

١٠٩ - وأثيرت اعتراضات على محاولة تعريف خطاب الاعتماد الضامن عن طريق ايراد قائمة بأمثلة . وقيل ان وصف مختلف أنواع خطابات الكفالة لن يسعف الغرض الوارد في التعريف والمتمثل في البت بالرأي في انطباق مشروع الاتفاقية أو انطباق أحكام معينة من أحكام مشروع الاتفاقية ؛ وان هذا الوصف المحض ، مهما كان حافلا بالمعلومات ، لن يكون ملائما في نص ذي طبيعة قانونية مثل مشروع الاتفاقية . وعلاوة على ذلك ، أشير الى أن التعريف من خلال الأمثلة يفرض التمييز بين الصكين لا تكون له قيمة الا بقدر ما تكون الممارسات المبينة ممارسات معهودة في أحد الصكين بعكس الصك الآخر ، غير أن معظم الوظائف التي تؤديها خطابات الاعتماد الضامنة تعتبر مطابقة للأغراض التي تقدم من أجلها الضمانات المصرفية .

١١٠ - وبعد المناقشة ، خلصت الآراء الى أن خطاب الاعتماد الضامن لا يتميز عن تعهدات الكفالات المستقلة الا في شكله . وقرر الفريق العامل أن يوصف خطاب الاعتماد الضامن في مشروع الاتفاقية ، في الوقت الراهن ، بأنه خطاب كفالة يتخذ شكل خطاب اعتماد . غير أنه أبدي شعور بالقلق من أن الإشارة الى "شكل خطاب اعتماد" لن توفر ، ما يلزم من التيقن ، في البلدان التي لا يوجد فيها تعريف تشريعي أو تعريف قانوني آخر لمفهوم "خطاب الاعتماد" .

### الفصل الثالث - نفاذ مفعول خطاب الكفالة

#### اقتراح باضافة نص حكم جديد بشأن المحتوى المطلوب في خطاب الكفالة

١١١ - قدم اقتراح بأن يدرج في الفصل الثالث حكم يسرد عناصر معينة يجب أن يحتوي عليها خطاب الكفالة . وقيل ان من الأمثلة على تلك العناصر مكاني المصدر والمستفيد ، وعملة ومبلغ خطاب الكفالة ، ومكان الدفع ، والمكان الذي يتعين أن تقدم فيه المستندات ، وتاريخ انتهاء نفاذ خطاب الكفالة . ولم يقبل الاقتراح ، لأنه

رئي أن فرض الشروط الواجبة سيكون مفرط التشدد من حيث أنه سيؤدي الى عدم صحة كثير من التعهدات التي تنقصها بعض العناصر ، في حين أنه قد يكون من المفيد تقديم توجيه في قواعد الممارسة (كما حدث في حالة المادة ٣ من القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب) . فضلا عن ذلك ، رئي أنه يبدو أن الأفضل ترك مستوى التفصيل الذي ينبغي أن تصدر عليه خطابات الكفالة لكي تحدده الممارسة العملية . وعلاوة على ذلك ، قيل انه يمكن أن تتطور كمية المعلومات المدرجة في مختلف عناصر خطاب الكفالة ، نتيجة ، مثلا ، للتطورات التي تحدث في مجال الاتصالات وتقنيات التسجيل ، ويمكن أن تشكل الشروط المقترحة عقبة في سبيل تلك التطورات .

#### المادة ٧ - انشاء خطاب الكفالة

١١٢ - كان نص مشروع المادة ٧ بصيغته التي تدارسها الفريق العامل ما يلي :

"(١) - يجوز انشاء خطاب الكفالة في أي شكل يحفظ تسجيلا كاملا لنص خطاب الكفالة ويوفر توثيقا لمصدره بالوسائل المتعارف عليها أو بإجراءات يتفق عليها الطرفان .

(٢) البديل ألف ما لم ينص خطاب الكفالة على خلاف ذلك . يصبح خطاب الكفالة نافذ المفعول ولا رجوع فيه عندما يخرج من نطاق سيطرة المصدر ("الاصدار") .

البديل باء يصبح خطاب الكفالة نافذ المفعول ولا رجوع فيه [، ما لم ينص صراحة على أنه قابل للرجوع ،] وقت اصداره ، شريطة ألا ينص على وقت آخر لنفاذ المفعول .

#### الفقرة (١)

١١٣ - وافق الفريق العامل على الفقرة (١) .

#### الفقرة (٢)

١١٤ - انتقد استخدام عبارة "نافذ المفعول" ، المستخدمة في البديلين كليهما ، لأنها لا توضح ما اذا كانت تشير الى التصرف الذي ينشأ خطاب الكفالة باعتباره تعهدا ملزما ولا رجوع فيه أم الى الوقت الذي اعتبارا منه يكون خطاب الكفالة نافذ المفعول بحيث يخول المستفيد الحق في تقديم طلب للسداد مستوف للشروط اللازمة . وفي حين أبقى الفريق العامل على عبارة "نافذ المفعول" ، وافق على أن معنى تلك العبارة قد يحتاج الى التوضيح .

١١٥ - وبعد أن أعاد الفريق العامل تأكيد قراره القاضي بأن خطاب الكفالة ينبغي أن يصبح نافذ المفعول في وقت إصداره ، وليس في الوقت الذي يتسلمه فيه المستفيد ، لاحظ أن مفهوم الإصدار المستخدم في المادة ٧ (٢) هو نفس مفهوم الإصدار المستخدم في المادة ٨ (٢) ، التي تتناول تعديل خطاب الكفالة . وأعرب عن رأي مفاده أن عبارة "الإصدار" الواردة في البديل ألف وعبارة "إصداره" الواردة في البديل باء تعنيان ضمنا ، فيما يبدو ، أن خطاب الكفالة هو تصرف من طرف واحد إذا قورن بالعقد . وبعد أن أشار الفريق العامل إلى أنه يفهم أن مشروع الاتفاقية لن يتناول مسألة الطبيعة القانونية لخطاب الكفالة ، كان من رأيه أن مفهوم الإصدار ملائم وأن استخدام هذا المفهوم لا ينبغي أن يفسر على أنه يجيب على تلك المسألة .

١١٦ - وأبدت شكوك بشأن جدوى معيار "نطاق سيطرة المصدر" ، المدرج في البديل ألف لتعريف إصدار خطاب الكفالة . وقيل إن هذا المعيار غير واضح ويثير مسائل أكثر من المسائل التي يحلها . غير أن الرأي السائد كان أن هذا المعيار مفيد من حيث أنه يقدم إرشادا يهتدي به فيما يتعلق بتفسير مفهوم الإصدار .

١١٧ - وفضل الفريق العامل النهج الصياغي المتبع في البديل باء . وفي حين تم تقديم اقتراح بحذف الإشارة الواردة بين معقوفتين في ذلك البديل إلى قابلية الرجوع ، كان الرأي السائد أنه ينبغي الإبقاء على هذه الإشارة . ووفقا للرأي السائد بشأن جدوى تعريف "الإصدار" ، تقرر أن يدرج في المادة ٦ نص حكم يعرف لحظة إصدار خطاب الكفالة بأنها اللحظة التي يخرج فيها خطاب الكفالة عن نطاق سيطرة المصدر .

#### المادة ٨ - التعديل

١١٨ - كان نص مشروع المادة ٨ بصيغته التي تدارسها الفريق العامل كما يلي :

"(١) يجوز تعديل خطاب الكفالة بالشكل الذي يتفق عليه الطرفان ، أو بأي شكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة (١) من المادة ٧ ، في حال عدم وجود اتفاق .

(٢) يصبح التعديل نافذ المفعول ، ما لم يحدد في التعديل وقت آخر لنفاذ المفعول أو ما لم يتفق الطرفان على ذلك .

— البديل ألف وقت إصداره [من جانب المصدر] ، شريطة أن يقتصر التعديل على تمديد فترة صلاحية خطاب الكفالة ؛ أما أي تعديل آخر فيصبح نافذ المفعول عندما يتلقى المصدر من المستفيد إشعارا بالقبول ، ما لم ينص التعديل على وقت مختلف لنفاذ المفعول .



البديل باء وقت اصداره ، ما لم يتلق المصدر من المستفيد اشعارا بالرفض في غضون [عشرة] أيام [عمل] .

[ (٢) مكررا ) لا يؤثر التعديل في تثبيت خطاب الكفالة الا اذا وافق المثبت على التعديل . ]

[ (٣) البديل صاد لا تعطي أحكام الفقرتين (١) و (٢) من هذه المادة للمصدر حق التذرع بالتعديل دعما لأي مطالبة باسترداد المبلغ تجاه الاصيل اذا لم يحصل المصدر على موافقة الاصيل ، حسبما يقتضيه الاتفاق أو القانون . ]

البديل عين عند اصدار تعديل ما ، يبادر المصدر على الفور الى ارسال نسخة منه الى الاصيل . ]

#### الفقرة (١)

١١٩ - وجد الفريق العامل نص الفقرة مقبولا بشكل عام .

#### الفقرة (٢)

١٢٠ - فيما يتعلق بالبدائل المقترحة ، لاحظ الفريق العامل أنه في حين أن البديل باء ينطوي على مفهوم القبول الضمني أو غير المعلن ، يشترط البديل ألف موافقة المستفيد الصريحة . وفي حين أعرب عن آراء تؤيد كلا من البديلين ، كان الشعور العام ، وكقاعدة عامة ، أنه ينبغي ألا تفترض موافقة المستفيد الضمنية لأن أي تعديل يؤثر بشكل ملازم في الوضع القانوني للمستفيد . وذكر أن القاعدة العامة التي تساوي بين عدم الاعلان والموافقة الضمنية من جانب المستفيد ستكون مجحفة لأن عدم الاعلان قد يكون بسبب مصاعب في واسطة التخاطب أو نتيجة أحداث خارجة عن سيطرة المستفيد . كما ذكر أنها لا تتماشى مع الممارسات المصرفية كما تتبدى في مشروع المادة ٩ (د) '٣' من التنقيح المقترح للأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية .

١٢١ - وفي الوقت نفسه أعرب عن القلق من أن القاعدة العامة التي تتطلب أن يعطي المستفيد اشعارا بالقبول وفقا للبديل ألف قد تشكل عبئا بالغا . ولوحظ أن الغالبية الكبرى من التعديلات تجرى في الممارسة العملية بناء على طلب المستفيد . وأشار الى أنه حيث يكون التعديل مستندا الى طلب من المستفيد مقدم الى الكفيل ، إما مباشرة أو بصورة غير مباشرة عن طريق الاصيل ، فإنه ينبغي أن تكون موافقة المستفيد أمرا مسلما به . وقيل ردا على ذلك ان وقت نفاذ المفعول ينبغي ألا يكون مرتتها بمعايير

تبلغ من عدم اليقين وعدم التحقق ما يبلغه معيار ما اذا كان التعديل قد أجري بناء على طلب المستفيد أم لا . ولوحظ ، مع ذلك ، أن التعديلات التي تجرى بناء على طلب من المستفيد موجه الى المصدر ستتناولها القاعدة العامة اذا كان من المفهوم أن القبول يشمل الموافقة السابقة .

١٢٢ - واستنادا الى شعور معادل بالقلق ، اقترح بالآ تنطبق القاعدة المعبر عنها في البديل ألف الا في الحالات النادرة التي يكون فيها التعديل في غير صالح المستفيد . وأشير ردا على ذلك الى أن الفريق العامل كان قد بحث في دورة سابقة اقتراحات باعداد مجموعتين من القواعد تبعا لما اذا كان التعديل في صالح المستفيد أو في غير صالحه . واضيف أن الشعور السائد آنذاك أنه ليس من السهل تطبيق القواعد التي تتطلب اصدار أحكام ذاتية نظرا لأنها لا توفر عنصر اليقين المطلوب في واقع الممارسة . وسيقت مثلا على ذلك صعوبة البت فيما اذا كان تغيير مكان أو عملة الدفع أمرا في صالح المستفيد (أنظر A/CN.9/358 ، الفقرة ٩٨) . وذكر أنه حتى تمديد فترة صلاحية التعهد قد لا يعتبر ، في بعض الظروف ، في صالح المستفيد .

١٢٣ - بيد أنه أعرب عن شعور بالقلق آخر مؤداه أن القاعدة التي يتضمنها البديل ألف قد تشكل عبئا بالغاً على مصدر التعديل إذا لم يفرض حد زمني على المستفيد للإبلاغ عن موافقته على التعديل . وذكر أن مشروع الاتفاقية ينبغي أن ينص على فترة زمنية محددة (١٥ أو ٣٠ يوما على سبيل المثال) يستطيع بعدها المصدر الذي لم يتلق الإشعار بالقبول المطلوب أن يفترض رفض التعديل . وقد قوبل الاقتراح بالاعتراض على أساس أنه لن تكون هناك فترة زمنية محددة ملائمة في جميع الحالات وأن أي مصدر يريد أن يتيقن من رد فعل المستفيد هو حر في وضع أجل زمني لقبول المستفيد .

١٢٤ - وقدم اقتراح يقضي بأن يحدد في الفقرة (٢) بأن موافقة المستفيد ، سواء كانت ضمنية أو صريحة ، تضي الصفة الشرعية على التعديل اعتبارا من تاريخ صدوره ، بغض النظر عما اذا كانت الموافقة صادرة عن المستفيد قبل اصدار التعديل أو اذا كانت الموافقة تضي الصفة الشرعية على التعديل بأثر رجعي .

١٢٥ - واقترح أن تدرس ، في مرحلة لاحقة معالجة القبول الجزئي .

١٢٦ - وبعد المداولة ، اتفق الفريق العامل على المبدأ القائل ان نفاذ مفعول أي تعديل يعتمد على موافقة المستفيد . وأشير الى أن هذه الموافقة يمكن أن تعطى قبل أو بعد صدور التعديل وأنها قد تعطى صراحة بأي شكل أو قد تكون ضمنية في صك معين . وفيما يتعلق بالاستثناءات من القاعدة العامة ، اتفق الفريق العامل على أن هناك حاجة الى المزيد من المعلومات عن الممارسة المصرفية للبت في مدى ملائمة استثناء بعض أنواع التعديلات كتلك التي تقوم فقط بتمديد فترة الصلاحية أو بزيادة المبلغ .

واتفق كذلك على ضرورة السماح للأطراف بأن تتحلل من أحكام مشروع الاتفاقية وأن خطابان الاعتماد الضامنة التي تشمل الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية لن تكون ، بناء على ذلك ، خاضعة لقواعد التعديل الواردة في الاتفاقية .

١٢٧ - وطلب الفريق العامل الى الامانة أن تعد مشروعاً جديدة للفقرة (٢) يجسد المناقشة والاستنتاجات المشار اليها أعلاه بغية تدارسها بامعان في دورة لاحقة .

#### الفقرة (٢) مكرراً)

١٢٨ - في حين حظي المبدأ الذي تتضمنه الفقرة (٢) مكرراً) بالموافقة العامة من الفريق العامل ، أبدت آراء متباينة حول مدى ملاءمة الابقاء على الفقرة . وذهب أحد هذه الآراء الى وجوب حذف هذه الفقرة ، لان المبدأ المضمن في الفقرة قائم حتى ولو لم تدرج الفقرة ضمن مشروع الاتفاقية . وذهب رأي آخر ، حظي بقدر كبير من التأييد ، الى أن الفقرة (٢) مكرراً) مفيدة ؛ فمن المهم التأكيد على أن تعهد المثبت يعتبر مستقلاً ما دام التثبيت يشكل ، وفقاً للمادة ٦ (و) ، تعهداً اضافياً بشأن خطاب الكفالة نفسه الذي صار الآن خاضعاً للتعديل من طرف المصدر وما دام مضمون تعهد المثبت كان ، وقت التثبيت يتبع مضمون تعهد المصدر .

١٢٩ - وأعرب مؤيدو استبقاء جوهر الفقرة عن آراء متباينة حول الطريقة التي ينبغي بها التعبير عن جوهر الفقرة . فقد ذهب رأي الى أنه ينبغي استبقاء الصيغة الحالية للفقرة (٢) مكرراً) . وذهب رأي آخر الى وجوب أن تقتصر الفقرة فحسب على ابراز مبدأ أن تعديل خطاب الكفالة لا يؤثر على حقوق والتزامات مثبت خطاب الكفالة هذا . وحسب رأي ثالث سيكون من المفيد أن يضاف الى ذلك المبدأ عبارة "الا في حالة موافقة المثبت على ذلك" . وأبدت ملاحظة مفادها أن الموافقة على التعديل يمكن أن تعطى إما بعد التوصل بمعلومات حول التعديل أو قبل أي تعديل مقبل من نوع معين .

١٣٠ - وناقش الفريق العامل مدى ملاءمة أن تضاف الى الفقرة اشارة الى الشكل الذي يمكن أن تعطى به الموافقة . وقدم اقتراح بوضع قاعدة تقضي بأن يكون شكل الموافقة مماثلاً للشكل الذي أعطي به التثبيت الاصل . ورأى آخرون أنه لو كانت هناك حاجة البتة الى قاعدة بشأن الشكل ، فان القاعدة المفضلة ستتمثل في اتاحة الفرصة للتعبير عن الموافقة بأي شكل من الاشكال حسبما هو مشار اليه في المادة ٧ (١) ، حتى وان كان هذا الشكل مختلفاً عن ذاك الذي أعطي به التثبيت الاصل . وأبدت تحفظات شديدة بخصوص الاقتراح الرامي الى ادراج قاعدة بشأن شكل الموافقة ضمن مشروع الاتفاقية . وقيل انه لم تذكر أية مشاكل فيما يتعلق بالشكل الذي أعطيت به الموافقات على التعديلات ؛ وهكذا فمن الافضل ترك المسألة حتى تحدد الممارسة العملية الاحكام المناسبة .

١٣١ - وأعيد الى الأذهان أنه ينبغي أن يأذن المصدر بالتثبيت وأن "التثبيتات الصامتة" لا يمكن أن تعتبر تثبيطات بالمعنى الذي يقصده مشروع الاتفاقية (أنظر أعلاه ، الفقرة ٩٦) . وفي حين اقترح أن ينطبق المبدأ الوارد في الفقرة (٢ مكررا) أيضا على تعديل عبارة "للتثبيت الصامتة" ، لوحظ أن الفريق العامل لم يقرر بعد ما إذا كان ينبغي أن يشار أصلا الى "التثبيتات الصامتة" في مشروع الاتفاقية .

#### مقترح بتوسيع نطاق القاعدة لتشمل الكفيل المقابل

١٣٢ - أبدى بعض التأييد للاقتراح بإضافة نص حكم جديد مفاده أنه لدى اصدار خطاب كفالة مقابلة لمصدر خطاب كفالة آخر ، فإن ادخال تعديل على أي من خطابي الكفالة لا يؤثر على خطاب الكفالة الثاني . وقيل ، تأييدا لهذا الرأي ، ان خطاب الكفالة المقابلة يعتبر تعهدا مستقلا ، مثلما هو الشأن بالنسبة للتثبيت ، وأنه بعد أن قرر الفريق العامل حذف المادة ٣ (٢) فإن مشروع الاتفاقية لا يشير صراحة في أي من نصوص أحكامه الى أن خطاب الكفالة المقابلة مستقل عن خطاب الكفالة الآخر . وأبدت تحفظات بشأن المقترح . وقيل انه يبدو واضحا من مشروع الاتفاقية أن خطاب الكفالة المقابلة ، مثله مثل خطاب الكفالة ، يعتبر تعهدا مستقلا وان ذكر ذلك المبدأ في السياق المحدود للمادة ٨ لن يكون متسقا مع بنية مشروع الاتفاقية . وعلاوة على ذلك ، قد يتضمن خطاب الكفالة المقابلة أحكاما وشروطا تصدق مسبقا على بعض أنواع التعديلات التي يمكن أن تدخل على خطاب الكفالة الذي اصدر من أجله خطاب الكفالة المقابلة ، ويتطلب هذا تفاصيل في الصياغة للتعبير عن الفرق بين هذه الآثار المحتملة غير المباشرة وبين المبدأ الوارد في الفقرة (٢ مكررا) ، ويتمثل هذا المبدأ في أن التعديل لا يسري على أطراف ثالثة (أنظر مزيدا من المناقشة أدناه ، الفقرات ١٣٥ - ١٣٨) .

#### الفقرة (٢)

١٣٣ - أبدت آراء مختلفة بخصوص الفقرة (٢) . ودعا أحد هذه الآراء الى استبقائها . وأبدى بهذا الخصوص رأي مفاده أنه ينبغي الإبقاء على كلا البديلين "ماد" و "عين" وادماجهما في فقرة واحدة .

١٣٤ - ودعا رأي آخر الى حذف الفقرة (٢) . وانتقد أنصار هذا الرأي ، بصفة خاصة ، البديل "عين" لكونه يطرح من المشاكل أكثر مما يسهل . وقيل ان البديل "عين" غير واضح بالنسبة لما اذا كانت نتيجة التخلف عن ارسال نسخة من التعديل هي بطلان التعديل أو فقدان الحق في الاسترداد أو تقييد هذا الحق .

### مقترح بشأن نص حكم مدمج

١٣٥ - قدم اقتراح بتضمين المادة ٨ قاعدة تنص على أن تعديل خطاب الكفالة لا يكون له أي أثر على حقوق والتزامات المثبت ، والكفيل المقابل والأصيل . وتتمثل القاعدة المقترحة في الاستعاضة عن الفقرتين الحاليتين (٢ مكررا) و (٣) . وقدمت ملاحظات واقتراحات مختلفة بخصوص المقترح ، تستند إلى مواقف اتخذت من قبل بشأن التوسيع المقترح لنطاق الفقرة (٢ مكررا) بحيث تشمل الكفلاء المقابلين وكذا نطاق الفقرة (٣) .

١٣٦ - وتمثلت إحدى الملاحظات في أن الحقوق والتزامات المشار إليها في المقترح متنوعة من حيث طبيعتها وأصلها : فحقوق والتزامات المثبت تتبع حقوق والتزامات مُصدر خطاب الكفالة المثبت ؛ وتتأثر حقوق والتزامات الكفيل المقابل من تعهد مستقل عن خطاب الكفالة الآخر ؛ وترتبط حقوق والتزامات الأصيل بالمعاملة السببية التي تتميز عن خطاب الكفالة . وهكذا فإن أحكام القاعدة المقترحة سوف تأخذ معنى مختلفا تبعاً للعلاقة موضوع البحث . وفي هذا السياق ، لوحظ أن الأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، ومجموعة القواعد ذات الصلة بخطابات الاعتماد الضامنة تقتصر فحسب على تناول أثر تعديل معين على المثبت . وتمثل الاستنتاج المقترح في أنه لا ينبغي أن تتناول المادة حقوق والتزامات الكفيل المقابل والأصيل .

١٣٧ - ووفقا لاقتراح آخر ، ينبغي أن يشير نص الحكم المقترح إلى المثبت والأصيل ، لكن لا ينبغي أن يشير إلى الكفيل المقابل .

١٣٨ - وبعد المداولة ، قرر الفريق العامل أن يعيد النظر في مسألة وضع قاعدة تشمل الأصيل (أو الطرف الأمر) على أساس صياغة معادة للفقرة (٢ مكررا) تشمل المثبت والأصيل (أو الطرف الأمر) .

### ثالثا - الأعمال المقبلة

١٣٩ - لاحظ الفريق العامل أنه كان يتعين تغيير مواعيد انعقاد دورته المقبلة وأن الدورة ستعقد في نيويورك في الفترة من ٢٤ أيار/مايو إلى ٤ حزيران/يونيه ١٩٩٣ .

١٤٠ - واتفق على أنه لن يكون معروضا على الفريق العامل ، في تلك الدورة ، النصوص المنقحة للمواد ١ - ٨ ولن ينظر فيها ، ولكنه سيواصل مناقشته لمشروع النص الحالي ابتداء من المادة ٩ .

١٤١ - وقد انتاب الفريق العامل شعور بالقلق من وتيرة أعماله في هذه الدورة ، فقبل

اقتراحا بالنظر في أساليب عمله في بداية دورته القادمة . وقد قدمت عدة مقترحات كي ينظر فيها الفريق العامل . وكان أحد هذه المقترحات أن المندوبين والمراقبين ربما يرغبون ، أثناء الفترات الفاصلة بين دورات الانعقاد ، في النظر أو في إجراء مشاورات داخل بلدانهم ، بصفة خاصة بشأن تلك المسائل الفنية التي عرف عنها ، من خلال تقارير سابقة ، أنها مفتوحة ومثيرة للجدل . وتمثل اقتراح آخر في إيجاد سبل لتعزيز عملية التوصل الى توافق الآراء وروح التراضي . وشملت المقترحات الاجرائية اللجوء الى أفرقة عمل متخصصة تقوم ، خارج أوقات الجلسات ، بتحضير صياغات أولية كي ينظر فيها الفريق العامل لاحقا خلال نفس الدورة ، واعتماد جدول زمني يخصص وقتا محدودا لمناقشة كل مادة من المواد ، ثم تحديد الوقت المخصص لمداخلات الأفراد .

-----