FILE COPY

Distr.
GENERAL

A/CN.9/374
23 June 1993
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الأمم المتحدة

الجمعيّة العامة

لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة السادسة والعشرون
فيينا ، ٥ ـ ٢٣ تموز/يوليه ١٩٩٣

مشروع تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية عن أعمال دورته التاسعة عشرة

(نيويورك ، ٢٤ أيار/مايو ـ ٤ حزيران/يونيه ١٩٩٣)

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
مقدمة	١ ـ ١٣	٢
أولا ـ المداولات والمقررات	١٤	٥
ثانيا ـ النظر في مواد مشروع اتفاقية خطابات الكفالة الدولية	١٥ ـ ١٢٢	٥
الفصل الثالث ـ نفاذ مفعول خطاب الكفالة (تابع)	١٥ ـ ٦٢	٥
المادة ٩ ـ نقل الحقوق	١٥ ـ ٢٤	٥
المادة ٩ مكررا ـ التنازل عن العائدات	٢٥ ـ ٣٥	٨
المادة ١٠ ـ انتهاء نفاذ خطاب الكفالة	٣٦ ـ ٤٦	١١
المادة ١١ ـ الانقضاء	٤٧ ـ ٦٢	١٥
الفصل الرابع ـ الحقوق والالتزامات والدفوع	٦٣ ـ ١٢٢	١٨
المادة ١٢ ـ تحديد الحقوق والالتزامات	٦٣ ـ ٧٠	١٨
المادة ١٣ ـ مسؤولية المصدر	٧١ ـ ٧٧	٢٠
المادة ١٤ ـ طلب السداد	٧٨ ـ ٨٥	٢٣
المادة ١٥ ـ الاشعار بالطلب	٨٦ ـ ٩٢	٢٥
المادة ١٦ ـ فحص الطلب والمستندات المرفقة به	٩٣ ـ ١٠١	٢٧
المادة ١٧ ـ السداد أو رفض الطلب	١٠٢ ـ ١٢٢	٢٩
ثالثا ـ الاعمال المقبلة	١٢٣ ـ ١٢٤	٣٦

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 الغرفة التجارية الدولية تقوم باعداده وقتئذ ، وللنظر في صواب 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 .[(٢)]

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 الامانة (A/CN.9/WG.II/WP.65) . وكانت تلك المسائل تتعلق بالنطاق الموضوعي للقانون الموحد ، واستقلال الاطراف وحدوده ، وقواعد التفسير الممكنة ، وأجرى الفريق العامل أيضا تبادلا أوليا للآراء بشأن المسائل المتعلقة بشكل ووقت انشاء الكفالة أو خطاب الاعتماد الضامن . وطلب الفريق العامل الى الامانة أن تقدم اليه ، في دورته الرابعة عشرة ، مجموعة مشاريع أولية للمواد ، مع البدائل الممكنة ، تتناول المسائل المذكورة أعلاه ، فضلا عن مذكرة تبحث المسائل الاخرى 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 الامانة (A/CN.9/WG.II/WP.67) . وطلب الى الامانة 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 والاربعون ، الملحق رقم ١٧ (A/43/17) ، الفقرة ٢٢ .

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

نوقشت في مذكرة من الامانة 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 . وأشير الى أن الامانة 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 ، والاوامر 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 الامانة 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 الامانة تتعلق بالتدليس وغيره من دواعي الاعتراض على الدفع ، والاوامر الزجرية وغيرها من التدابير القضائية (A/CN.9/WG.II/WP.70) . ونظر أيضا في المسائل المناقشة في مذكرة من الامانة بشأن تنازع القوانين والاختصاص القضائي (A/CN.9/WG.II/WP.71) . وطلب الى الامانة 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 الامانة (A/CN.9/WG.II/WP.73 و Add.1) . وطلب الى الامانة أن تعد ، استنادا الى مداولاته واستنتاجاته ، مشروع نص منقحا . وقرر الفريق العامل ، في نهاية دورته السادسة عشرة المضي على أساس افتراض عمل بأن يتخذ النص النهائي شكل اتفاقية على ألا يحول ذلك دون امكانية العودة الى شكل القانون النموذجي الاكثر مرونة في المرحلة النهائية من العمل عندما تتكون لدى الفريق صورة واضحة عن الاحكام التي ينبغي ايرادها في مشروع النص (A/CN.9/361 ، الفقرة ١٤٧) .

٧ - وبحث الفريق العامل في دورته الثامنة عشرة (A/CN.9/372) ، المواد من ١ الى ٨ من مشروع الاتفاقية التي أعدتها الامانة (A/CN.9/WG.II/WP.76) . وكان معروضا عليه أيضا مشاريع المواد المتعلقة بخطابات الاعتماد الضامنة بالصيغة التي اقترحتها الولايات المتحدة الامريكية (A/CN.9/WG.II/WP.77) . وأشير الى أن مشاريع المواد هذه تستند الى الافتراض بأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة سيجري تناولها في أجزاء مستقلة من الاتفاقية المقبلة . واتفق على أن الحاجة لمثل هذا التناول في أجزاء مستقلة لا يمكن أن تتحدد على نحو ملائم الا اذا اتضح أي من الاحكام التي لا ينبغي أن تسري الا على الكفالات المصرفية أو خطابات الاعتماد الضامنة وعدد هذه

الاحكام . ولذا فقد قرر الفريق تركيز مناقشته على مشاريع المواد التي أعدتها الامانة ، موليا عناية خاصة لمسالة ما اذا كانت قاعدة ما ملائمة لكلا النوعين من المهام أم لمهمة واحدة منهما فقط .

٨ - وعقد الفريق العامل ، الذي يتكون من جميع الدول الاعضاء باللجنة ، دورته التاسعة عشرة في نيويورك ، من ٢٤ أيار/مايو الى ٤ حزيران/يونيه ١٩٩٣ ، وحضر الدورة ممثلو الدول التالية الاعضاء بالفريق العامل : الاتحاد الروسي ، الارجنتين ، اسبانيا ، اكوادور ، ألمانيا ، أوروغواي ، أوغندا ، ايران (جمهورية - الاسلامية) ، ايطاليا ، بلغاريا ، بولندا ، تايلند ، توغو ، جمهورية تنزانيا المتحدة ، سلوفاكيا ، سنغافورة ، السودان ، شيلي ، الصين ، فرنسا ، الكاميرون ، كندا ، كوستاريكا ، كينيا ، مصر ، المغرب ، المكسيك ، المملكة العربية السعودية ، المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية ، النمسا ، نيجيريا ، الهند ، هنغاريا ، الولايات المتحدة الامريكية ، اليابان .

٩ - وحضر الدورة مراقبون عن الدول التالية : الاردن ، استراليا ، اندونيسيا ، أوكرانيا ، باكستان ، البرازيل ، بنما ، بوتسوانا ، بوليفيا ، بيرو ، تركيا ، تونس ، الجزائر ، جمهورية افريقيا الوسطى ، الجمهورية التشيكية ، جمهورية كوريا ، رومانيا ، السلفادور ، السويد ، سويسرا ، العراق ، الفلبين ، فنلندا ، كوت ديفوار ، الكويت ، ميانمار .

١٠ - وحضر الدورة مراقبون عن المنظمات الدولية التالية : صندوق النقد الدولي ، واتحاد المصارف للجماعة الاوروبية ، ومركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، والرابطة الدولية لنقابات المحامين ، وغرفة التجارة الدولية ، وفريق محامي أمريكا اللاتينية للقانون التجاري الدولي .

١١ - وانتخب الفريق العامل أعضاء المكتب التالية أسماؤهم :

الرئيس : السيد ج. غوتييه (كندا)

المقرر : السيد أ. فريدي أراغي (جمهورية ايران الاسلامية) .

١٢ - وكان معروضا على الفريق العامل الوثائق التالية : جدول الاعمال المؤقت (A/CN.9/WG.II/WP.78) ، ومذكرة من الامانة تتضمن مشروع اتفاقية منقحا بشأن خطابات الكفالة الدولية (A/CN.9/WG.II/WP.76 و Add.1) ، ومذكرة تتضمن اقتراحا من الولايات المتحدة الامريكية يتعلق بمشاريع قواعد بشأن خطابات الاعتماد الضامنة (A/CN.9/WG.II/WP.77) .

١٣ - وأقر الفريق العامل جدول الاعمال التالي :

١ - انتخاب أعضاء المكتب .

٢ - اقرار جدول الاعمال .

٣ - اعداد مشروع اتفاقية بشأن خطابات الكفالة الدولية .

٤ - مسائل أخرى .

٥ - اعتماد التقرير .

أولا - المداولات والمقررات

١٤ - نظر الفريق العامل في المواد من ٩ الى ١٧ من مشروع الاتفاقية التي أعدتها الأمانة (A/CN.9/WG.II/WP.76 و Add.1) . ويرد أدناه في الفصل الثاني بيان بمداولات الفريق العامل واستنتاجاته . وقد طلب الى الأمانة أن تعد ، استنادا الى هذه الاستنتاجات ، مشروعا منقحا للمواد من ٩ الى ١٧ من الاتفاقية .

ثانيا - النظر في مواد مشروع اتفاقية خطابات الكفالة الدولية

الفصل الثالث - نفاذ مفعول خطاب الكفالة
(تابع)

المادة ٩ - نقل الحقوق

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

"البديل ألف لا يجوز نقل حق المستفيد في طلب الدفع بموجب خطاب الكفالة الا اذا كان ذلك النقل ماذونا به في خطاب الكفالة ، وبالقدر وعلى النحو المأذون به .

"البديل باء (١) لا يجوز نقل حق المستفيد في طلب الدفع بموجب خطاب الكفالة ما لم يأذن المصدر بذلك صراحة في خطاب الكفالة [أو بموافقة مسبقة منه في شكل من الاشكال المشار اليها في الفقرة (١) من المادة ٧] .

(٢) لا يسمح بنقل الحق جزئيا أو تعاقبيا الا اذا اذن المصدر بذلك صراحة .

(٣) اذا كان خطاب الكفالة ينص على أنه "قابل للنقد" [، أو يحتوي على عبارة ذات معنى مشابه] دون تحديد ما اذا كانت موافقة المصدر [أو شخص ماذون به] لازمة للنقل الفعلي أم لا .

"البديل سين" يجب على المصدر ، ويجوز لأي شخص ماذون آخر ، ضمن حدود الاذن المعطى أن [يقوم بـ] [ينفذ] النقل .

"البديل عين" فلا حاجة لهذه الموافقة .

"البديل صاد" لا يكون المصدر ، ولا أي شخص ماذون آخر ، ملزما بأن يقوم بالنقل الا بالقدر والطريقة اللذين وافق عليهما صراحة ."

١٦ - نظر الفريق العامل في الفائدة العامة لادراج حكم بشأن نقل حقوق المستفيد بموجب خطاب كفالة . وقيل في هذا الصدد ان الكفالات المصرفية نادرا ما تصدر في شكل قابل للنقل ، ولكن النص على القابلية للنقل كثيرا ما يوجد في ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة ، ولا سيما في حالة خطاب الضمانة المالية . وعليه ، فقد رئي عموما أن من المستصوب صياغة قواعد محددة في هذا الصدد لخطاب الكفالة ، بدلا من ترك المسألة تسوى عن طريق القوانين الوطنية المتباينة .

١٧ - وأثير تساؤل حول ما اذا كان من الضروري تقسيم الاحكام المتعلقة بنقل الحقوق والاحكام المتعلقة بالتنازل عن العائدات الى مادتين مختلفتين ، مثلما حدث عملا باقتراح قدم في الدورة السادسة عشرة . وذكر ردا على ذلك أن كلا من مسألة نقل الحقوق ومسألة التنازل عن العائدات ينبغي أن تظل تعامل في مادة مستقلة لابراز طابعهما المتميز ولزيادة ايضاحه . وأشير الى أنه يمكن ابراز هذا التمييز عن طريق تنقيح عنوان المادة ٩ على النحو التالي "نقل حق المستفيد للمطالبة بالدفع" .

١٨ - وفيما يتعلق بمحتوى المادة ٩ ، نظر الفريق العامل في اختيار النهج الأفضل بين النهجين المطروحين في مشروع النص ، ولا سيما من زاوية الطريقة التي عامل بها البديلان مسألة ما اذا كان خطاب الكفالة الذي ينص على أنه قابل للنقل يتطلب أيضا موافقة محددة من المصدر على نقل فعلي . ولوحظ أن البديل ألف قد لا يحسم بوضوح المسألة التي عولجت في الفقرة (٣) من البديل باء ، وهي ما اذا كان الامر يتطلب بالاضافة الى الاذن الوارد في خطاب الكفالة موافقة على النقل الفعلي .

١٩ - وقد أعرب عن آراء متباينة بشأن تلك المسألة . ووفقا لاحد الآراء ، فان اشتراط موافقة اضافية على النقل الفعلي سيكون قيدا لا مبرر له على امكانية النقل التي سلم بها فعلا مصدر خطاب كفالة قابل للنقل . ووفقا لذلك الرأي ، فلا أقل من أن يكون مصدر خطاب الكفالة القابل للنقل ، وربما أيضا مثبت ذلك الخطاب ، ملزما بتنفيذ النقل دون اشتراط أية موافقة اضافية .

٢٠ - على أن الرأي السائد كان هو القائل بأنه ينبغي الابقاء على اشتراط الموافقة ، حيث أن هذا النهج يشيع استخدامه في الممارسة المتبعة ، وأن الاخذ بنهج عكسي سيوجد عدم تساوق غير مرغوب مع "الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية" ، التي تخضع لها كثير من خطابات الاعتماد الضامنة . ورئي أيضا أن اشتراط الموافقة ينشىء قدرا يسيرا من الحماية للاصيل . وذهب رأي آخر الى أنه يسمح للمصدر بأن يحصل على اذن محدد آخر من الاصيل قبل أن يمنح موافقته هو ، وهو اجراء قيل انه يستخدم في الممارسة المتبعة . وذكر أن مثل هذا الاجراء سيكون مناسبا حيث أن الامر الذي يعني الاصيل والمصدر معا هو موثوقية المستفيد الثاني وامكان التعويل عليه فيما يتعلق ، خاصة ، بأي مستندات تقدم من أجل المطالبة بالدفع . وشدد أحد الآراء على أنه ينبغي أن يراعى في تنقيح المادة ٩ تنقيح المادة ٨ - فيما يتعلق بوضع الاصيل وفقا للمناقشات والمداولات التي دارت في الدورة الثامنة عشرة .

٢١ - وتمشيا مع الرأي السائد أعلاه ، اتخذ الفريق العامل الموقف القائل بأن أحد المقاصد الرئيسية للمادة ٩ ينبغي أن يكون توفير قاعدة للتفسير فيما يتعلق بما اذا كان الامر يقتضي موافقة اضافية محددة للنقل بموجب خطاب كفالة نص فيه على أنه قابل للنقل ، ولكنه لا يتضمن أحكاما بشأن الاجراءات التي تتبع من أجل تنفيذ النقل . ولوحظ أنه في حين أن قدرا كبيرا من خطابات الاعتماد الضامنة القابلة للنقل تتضمن عمليا أحكاما محددة بشأن اجراءات النقل (التي قد تكون تنويعات تعاقدية للاعراف والممارسات الموحدة) ، فان هناك بعض الصكوك القابلة للنقل التي لا تحدد اجراءات النقل الفعلي .

٢٢ - وبناء عليه ، تقرر الابقاء على نهج الموافقة بوصفه النهج المتجسد في البديل صاد في الفقرة (٣) من البديل باء . وتقرر أيضا أن الابقاء على البديل ألف سيكون كافيا لتغطية الحالات التي يتضمن فيها خطاب الكفالة أكثر من مجرد التسمية "قابل للنقل" ، كما أنه يعالج المسائل الاجرائية الاخرى بشأن تنفيذ النقل . وقدم اقتراح بحذف عبارة "في خطاب الكفالة" الواردة في نهاية البديل ألف ، لكنه لم يحظ بالتأييد ؛ ولوحظ أن الصياغة لا تستبعد امكانية الاتفاق على القابلية للنقل عقب اصدار خطاب الكفالة بمقتضى تعديل .

٢٣ - وفيما يتعلق بالفقرتين (١) و (٢) من البديل باء ، قرر الفريق العامل أنه يمكن الاستغناء عن هذه الاحكام حيث أن الحالات المشار اليها فيها مشمولة في البديل

ألف . ولم يتوصل الفريق العامل الى قرار نهائي بصدد ما اذا كان ينبغي الابقاء على العبارة الواردة بين قوسين معقوفين في الفقرة (٣) من البديل باء ، "أو يحتوي على عبارة ذات معنى مشابه" . وذكر في معرض تأييد حذف العبارة أنه يمكن ازالتها حيث أن استخدام مصطلحات يقصد بها أن تكون مرادفا لكلمة "نقل" ، وفقا للمبدأ الذي أرسي في "الاعراف والممارسات الموحدة" ، لن يعتبر أنه أضاف أي معنى . على أنه أشير ردا على ذلك أن مهمة العبارة المعنية في سياق المادة ٩ هي تأمين تطبيق المادة ٩ لدى استخدام كلمات مرادفة للنقل لتبيان قابلية خطاب كفالة ما للنقل . ولم يتم التوصل أيضا الى قرار بشأن الاحتفاظ ، في الفقرة (٣) من البديل باء ، بعبارة "أو شخص مأذون آخر" .

٢٤ - وفي معرض مناقشة المادة ٩ ، أشير الى عدد من التساؤلات التي لم تقدم لها اجابات صريحة في المشروع الحالي . وكان من بينها : ما اذا كان النقل يبطل آليا حق المستفيد الأصلي في السحب بموجب خطاب الكفالة ؛ ومن يحق له ممارسة حقوق المستفيد في حالة وفاة المستفيد أو توقفه عن أداء وظيفته تنفيذا للقانون ؛ وما اذا كان يمكن أن يعامل بموجب المادة ٨ طلب للنقل بموجب خطاب كفالة لا ينص على أنه قابل للنقل ؛ وما اذا كان من حق المصدر أن يدفع للمصدر له حتى اذا كان المصدر يعرف أن النقل غير مأذون به ؛ ومتى يشترط أن يقدم المصدر موافقته .

المادة ٩ مكررا - التنازل عن العائدات

٢٥ - كان نص مشروع المادة ٩ مكررا بصيغته التي نظر فيها الفريق العامل كما يلي :

"(١) يجوز للمستفيد التنازل لشخص آخر عن أي عائدات قد يكون [، أو قد يصبح] مستحقا لها بموجب خطاب الكفالة .

"(٢) البديل ألف اذا تلقى المصدر ، أو شخص آخر ملزم بأداء الدفع ، اشعارا من المستفيد في شكل من الأشكال المشار اليها في الفقرة (١) من المادة ٧ ، بتنازله [غير القابل للرجوع] ، فان دفع المبلغ الى المتنازل له يبرىء الملتزم [، بمقدار ما دفعه] من التزامه بموجب خطاب الكفالة .

"البديل باء من شأن التنازل أن يلزم المصدر ، أو أي شخص آخر مأذون له بالقيام بالدفع ، بقبول الطلب المقدم من المستفيد طبقا لأحكام وشروط خطاب الكفالة ، وذلك بأن يدفع الى المتنازل له ، عندما يقر متلقي الطلب التنازل [المشعر به] في شكل من الأشكال المشار اليها في الفقرة (١) من

المادة ٧ : ويمكن جعل الاقرار متوقفا على اتفاق مع المستفيد على المسائل الاجرائية وما يشابهها ، بغية ضمان التيقن من التنازل وتنفيذه ، ومنع اتخاذ أي تدابير تتعارض مع ذلك .

"(٣) يجوز للمصدر أو شخص آخر يقوم بالدفع

"البديل سين أن يمارس أي حق في المعارضة مع مطالبة له تجاه المستفيد ضمن الحدود الواردة في المادة ٢٠ .

"البديل صاد أن يتذرع تجاه المتنازل له بأي حق في المعارضة مشار اليه في المادة ٢٠" .

الفقرة ١

٢٦ - ناقش الفريق العامل ما اذا كان من الملائم لمشروع الاتفاقية أن يرسي كمبدأ عام أن العائدات بموجب خطاب للكفالة قابلة للتنازل . وأعرب عن رأي مفاده أن الأولى أن تعالج هذه المسألة في التشريع الوطني في اطار القانون العام للتنازل . غير أن الرأي السائد هو أن الفقرة (١) تتضمن بيانا للسياسة مفيدا ويتماشى مع مبدأ سبق أن عبر عنه في "الأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية" وفي "القواعد الموحدة للكفالات المستحقة لدى الطلب" التي اعتمدتها غرفة التجارة الدولية .

٢٧ - وأثيرت مسألة ما اذا كان ينبغي تفسير المبدأ العام المعبر عنه في الفقرة (١) على اعتبار أنه مبدأ الزامي . واتفق بصفة عامة على أن تكون الأطراف حرة في الاتفاق على ألا تكون العائدات قابلة للتنازل أو في وضع أي اجراءات متعلقة بتنفيذ أي تنازل . أما فيما يتعلق بالتعارضات الممكنة بين مشروع الاتفاقية والقوانين الوطنية المنظمة لقابلية العائدات للتنازل ، فقد تم الاعراب عن وجهات نظر متباينة . ويقول أحد الآراء ، بأن القاعدة المرساة في مشروع الاتفاقية والمتعلقة بالتنازل لا ينبغي أن تؤثر على انطباق القواعد العامة المتعلقة بالتنازل ذلك لان هذه القواعد قد تنطوي على اعتبارات تتعلق بالسياسة العامة . غير أن الرأي السائد يذهب الى القول بأن من المجدي السعي الى توحيد قانون التنازل بخصوص خطابات الكفالة . ولوحظ أن نطاق مشروع الاتفاقية لا يشمل القانون العام للتنازل . ولوحظ أيضا أنه ، في مسائل القانون التجاري ، لا توجد ، على ما يبدو ، الا أمثلة قليلة عن تشريع يستبعد قابلية العائدات للتنازل . وقرر الفريق العامل أن حكم الفقرة (١) ينبغي أن يعلو على القانون المخالف الا في حالة أحكام ممكنة متعلقة بالسياسة العامة .

٢٨ - وبعد المداولة ، اعتمد الفريق العامل الفقرة (١) ، بما فيها العبارة الواردة بين القوسين المعقوفين ، "أو قد يصبح" ، لجعل هذا الحكم ساريا بشكل واضح على التنازلات التي تتم قبل أن يطلب المستفيد الدفع .

الفقرة ٢

٢٩ - وأوضح بأن البديل ألف لم يكن محاولة لتوحيد القوانين الوطنية المتباينة بشأن التنازل وذلك ، مثلا ، بجعل توجيه الاشعار الى المصدر شرطا لصحة التنازل ، وانما هو يقتصر على معالجة أثر تنازل يعلمه المصدر ، وذلك بالنص على أن دفع المبلغ الى المتنازل له يبرىء المصدر من المسؤولية تجاه المستفيد ، أما البديل باء ، فهو ، في حين يتطرق لمسائل تتعلق بقانون التنازل ، يشكل محاولة لان توضع في الاعتبار مسائل ، مثل : ما هي التزامات المصدر بخصوص الدفع عند تلقي عدة اشعارات بالتنازل تتجاوز مبلغ خطاب الكفالة .

٣٠ - وأعرب عن رأي يفيد تفضيل البديل باء لاحتمال حمايته ، على نحو أفضل ، للمصدر من التنازلات المزورة أو الاوجه الاخرى لاساءة استعمال التنازل . وذكر في معرض الرد بانه ، اذا كانت حقوق المصدر في حاجة الى حماية ، فمن غير الملائم محاولة حل كل مسائل القانون الخاص المتصلة بالقانون العام للتنازل . وذكر أيضا أن في الاشارة الى المادة ٧ (١) ما يكفي من الحماية للاطراف ضد الاحتيال .

٣١ - وذهب الرأي السائد الى تفضيل حكم أبسط يتماشى مع البديل ألف ، نظرا لانه لن يتعارض مع الاحكام العامة للتنازل التي قد تكون موجودة فعلا ، ولوحظ ، بصفة خاصة ، أن البديل ألف لن يسعى الى الاجابة على مسألة ما اذا كان الدفع الى المستفيد الاصلي سيترتب عنه أيضا ابراء المصدر من التزاماته .

٣٢ - ولوحظ بأن نص البديل ألف لا يشير الى من يقوم بتوجيه اشعار التنازل . ولئن كان من المفترض عموما أن المستفيد هو الذي ينبغي أن يوجه الاشعار الى المصدر ، فانه عبر عن رأي بأن قيام المتنازل له بالاشعار ينبغي أن يكون ممكنا في حالات معينة ، لا سيما اذا كان المستفيد مهملا . وذكر أيضا أنه في بعض الحالات ، منها مثلا حينما يكون المتنازل له حاملا لنسخة من عقد أصلي أو سند آخر صحيح للعائدات ، فان من الملائم أن يسمح للمتنازل له بأن يقوم بالاشعار . غير أن الرأي ذهب بصفة عامة ، الى القول بأن التزامات المصدر ، كقاعدة عامة ، لا ينبغي أن تتأثر بقيام المتنازل له بالاشعار ، نظرا لان هذا الشخص ليس هو المستفيد بموجب خطاب الكفالة ، وأن حقه في العائدات ليس الا حقا احتماليا . وقرر الفريق العامل بأن النص ينبغي أن يشير بشكل أوضح الى أن المستفيد هو الذي ينبغي أن يوجه الاشعار .

٣٣ - وفيما يتعلق بالاشارة الى عدم جواز الرجوع عن التنازل ، لوحظ بأن عدم جواز

الرجوع ، بموجب العديد من القوانين الوطنية ، يشكل جزءا من طبيعة التنازل . وقرر الفريق العامل الابقاء على العبارة الواردة بين قوسين معقوفين "غير القابل للرجوع" .

٣٤ - أما فيما يتعلق بالاشارة الى التنازل الجزئي ، فان معظم الآراء ذهبت الى أن العبارة الواردة بين قوسين معقوفين ، "بمقدار ما دفعه" ، ينبغي الابقاء عليها . فقد قصد من الاشارة الى مقدار الدفع مقابلة مبلغ الدفع بمقدار الابراء . وستصبح هذه الاشارة ذات صلة بالموضوع متى كانت العائدات المتنازل عنها أقل من المبلغ المتاح بموجب خطاب الكفالة .

الفقرة ٣

٣٥ - واتفق الفريق العامل على أن يعاد النظر في المسألة في سياق المناقشة العامة للمادة ٢٠ .

المادة ١٠ - انتهاء نفاذ خطاب الكفالة

٣٦ - فيما يلي نص مشروع المادة ١٠ بصيغته التي نظر فيها الفريق العامل :

"(١) ينتهي نفاذ خطاب الكفالة عندما :

"(أ) يتلقى المصدر من المستفيد بيانا باعفائه من الالتزام في شكل من الاشكال المشار اليها في الفقرة (١) من المادة ٧ ؛

"(ب) يتفق المستفيد والمصدر على انهاء خطاب الكفالة [في شكل من الاشكال المشار اليها في الفقرة (١) من المادة ٧] ؛

"(ج) البديل ألف يدفع المصدر [، أو شخص آخر مأذون له بالقيام بالدفع ،] المبلغ [المتاح] [المستحق] بموجب خطاب الكفالة ؛ أو

"البديل باء يدفع المصدر

"'١' المبلغ الاقصى كما هو مبين في خطاب الكفالة أو مخفضا وفقا لحكم صريح في خطاب الكفالة يبين طريقة واضحة [وسهلة التطبيق] لتخفيض

المبلغ بمقدار محدد أو قابل للتعيين في تاريخ محدد أو عند تقديم المستند المطلوب الى المصدر ؛

"'٢' الرصيد المتبقي ، اذا سبق دفع جزء من المبلغ الاقصى ؛

"'٣' المبلغ الجزئي المطلوب ، اذا طالب المستفيد من خطاب كفالة [لا ينص على مطالبات جزئية] دفع جزء فقط من المبلغ الاقصى ، ووافق على اعفاء المصدر من التزامه بشأن الرصيد المتبقي ،

ما لم ينص خطاب الكفالة على تجديد تلقائي أو على زيادة تلقائية للمبلغ المتاح ، أو ما لم ينص بأي شكل آخر على استمرار النفاذ ؛ أو

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

"(٢) تنطبق أحكام الفقرة (١) من هذه المادة بصرف النظر عما اذا كان أي مستند يجد خطاب الكفالة قد أعيد الى المصدر ، كما أن احتفاظ المستفيد بأي مستند من هذا القبيل لا يحفظ أي حقوق للمستفيد بموجب خطاب الكفالة ؛ ما لم ينص خطاب الكفالة [على خلاف ذلك] [على أن نفاذه لا ينتهي دون اعادة المستند الذي يجسده] ."

الفقرة (١)

٣٧ - أثير تساؤل حول استخدام تعبير "ينتهي نفاذ" في بداية المادة . واقترح بدلا من ذلك أن استخدام تعبير "انتهاء" قد يكون أكثر وضوحا . واقترح أيضا وجوب توضيح تعبير "انتهاء نفاذ" بحيث يبين أن ما سينتهي هو قدرة المستفيد على اجراء مسحوبات بموجب خطاب الكفالة . ولكن دون أن يشمل التعبير أي حقوق أو التزامات لاشخاص آخرين (مثل المثبت والمستشار) وفقا لخطاب الكفالة ، ودون أن يؤثر على حقوق تقررت للمستفيد قبل انتهاء نفاذ خطاب الكفالة .

٣٨ - نظر الفريق العامل في البداية في اقتراح بالجمع بين الفقرتين (أ) و (ب) . ولم يحظ هذا الاقتراح بالقبول ، لان الفريق العامل رأى بوجه خاص أن الطبيعة المميزة لاسلوب الانتهاء الموصوفين فيهما ستكون أوضح باستخدام حكمين منفصلين .

٣٩ - أبديت وجهات نظر متباينة فيما اذا كان ينبغي الابقاء على اشتراط الشكل المشار اليه في آخر الفقرة الفرعية (ب) . فمن ناحية ، أعرب عن التأييد للابقاء على اشتراط الشكل ، بغية تحقيق الاتساق مع الفقرة الفرعية (أ) ، فضلا عن الاتساق مع النهج المتضمن في المادتين ٧ (١) و ٨ (١) ، وتلافي الغموض غير اللازم والمشكلات الاثباتية . وأشير ردا على ذلك الى أن الغرض من الفقرة الفرعية (ب) هو ارساء قاعدة موضوعية للصلاحية لنوع معين من الانتهاء ، وليس وضع قواعد للاثبات . وقيل كذلك أن المصارف ستستمر في وضع الاجراءات الشكلية التي ترى أنها مطلوبة بحكم الممارسة . وكانت الشواغل الاخرى تشمل : أن اشتراط الشكل قد يحد من المرونة ، حيث يمكن على سبيل المثال أن يستبعد أسبابا أخرى للانتهاء ، وعلى وجه الخصوص الاتفاق الضمني والاغلاق ، وان كان من المعترف به أن الاغلاق يمكن تناوله بصورة مناسبة في موضع آخر من الاتفاقية ؛ وأنه قد يكون ممكنا تحقيق مزيد من المرونة بأن يستخدم بدلا من ذلك تعبير من قبيل "شكل يتفق مع الممارسات المصرفية الدولية" ؛ وأن فرض اشتراطات الشكل لن يحقق مصالح الأصيل ، حيث أن هذه الاشتراطات قد تؤخر بدء سريان اتفاق الانتهاء ، في حين تظل تتراكم تكاليف خطاب الكفالة التي يتحملها الاصيل ، وأن حذف اشتراط الشكل قد يتولد عنه ادراج شروط غير توثيقية في خطابات الكفالة . وقيل انه ليس مقصودا من المادة ١٠ (١) (ب) ادخال شروط غير توثيقية . وبعد التداول ، قرر الفريق العامل الابقاء على اشتراط الشكل في الفقرة الفرعية (ب) بين قوسين معقوفين ريثما تجرى مداولات أخرى .

٤٠ - وكان معروضا على الفريق العامل بديلان فيما يتعلق بالفقرة الفرعية (ج) . وكان البديل ألف ، الذي يفضله الفريق العامل ، يتضمن صياغة أبسط من البديل باء ، الذي يضف بمزيد من التفصيل حالات الدفع التي تسبب الانتهاء . واعترف بأن النهج التفصيلي سيوضح بصورة مفيدة أساليب تخفيض المبلغ المتوفر بموجب خطاب الكفالة . بيد أنه أبدى قلق من أن ايراد قائمة تفضيلية بدلا من الصياغة العامة سيخلق انطباعا بالاكتمال ، في الوقت الذي قد لا يغطي فيه كل أنواع حالات الدفع الممكنة .

٤١ - واهتم الفريق العامل بما أبدي من قلق من أن ادراج عبارة "أو شخص آخر مأذون له بالقيام بالدفع" في البديل ألف قد يولد من الاسئلة ما لا اجابة له . وتقرر أنه سيكون من الأوضح استخدام صياغة على غرار "عندما يدفع المبلغ" . وتقرر كذلك تفضيل عبارة "المبلغ المتاح" على عبارة "المبلغ المستحق" .

٤٢ - وأبدي رأي مفاده أنه لا لزوم للحكم الشرطي الوارد في آخر الفقرة الفرعية (ج) ، والذي يسري على البديلين معا ، حيث أنه يمكن تقنيات قلما تستخدم في ممارسات الكفالة كما أنه ينبغي على أي حال النظر الى المادة ١٠ باعتبارها مادة غير الزامية . غير أنه أثير اعتراض على حذف الحكم الشرطي ، على أساس أنه يعترف بصورة مفيدة بالأساليب الفنية المستخدمة في ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة . وقرر الفريق العامل الابقاء على الحكم الشرطي .

الفقرة (٢)

٤٣ - أبديت آراء متباينة فيما يتعلق بالفقرة (٢) . وكان أحد الآراء أنه يمكن حذف الفقرة برمتها لأنها زائدة عن الحاجة ، من حيث أن اعادة صك الكفالة ليس واحدا من الأسباب المطلوبة للانتهاء بموجب الفقرة (١) . وقال رأي ثان انه ينبغي الابقاء على الفقرة بكاملها ، بما في ذلك الصيغة الطويلة للشرط الذي يسمح باستقلالية الأطراف ، حيث أنها ترسي قاعدة عامة متدرجة ، روعي بصورة مفيدة جعلها غير الزامية في نفس الوقت . وقيل ان الطبيعة غير الالزامية للفقرة (٢) هي أمر ضروري من أجل مراعاة أنه سيستمر اصدار صكوك الكفالة متضمنة بنودا تعلق انتهاء نفاذ الكفالة على اعادة صك الكفالة في البلدان التي تفرض اشتراط الاعادة .

٤٤ - وطرح رأي ثالث ، حظي بتأييد كبير ، مفاده أنه ينبغي الابقاء على الفقرة (٢) ، على أن يحذف الحكم الشرطي المتعلق باستقلالية الاطراف . وكان ضمن الأسباب التي استند اليها هذا الاقتراح : أن انعدام اعادة صك الكفالة ينبغي أن يكون قاعدة الزامية ، بما يحسم مسألة تعامل بأشكال مختلفة في القوانين الوطنية وتثير البلبلة في الممارسة ، وأن الحكم الشرطي يترك تحديد مدة التزام المصدر قصرا على مشيئة المستفيد ، مما يثير خطر الاستمرار الابدي ، وأن الحاجة قد تدعو بناء على ذلك الى وضع قاعدة منفصلة بشأن خطاب الاعتماد الضامن تحظر وجوبا تأييد التعهد بنفاذ مفعوله . غير أن بعض مؤيدي الرأي الثالث لم يحبذوا الطبيعة الالزامية لقاعدة ، وانما كانوا يريدون فحسب جعل الطبيعة غير الالزامية أقل وضوحا .

٤٥ - وتولد اهتمام كبير بنهج رابع ممكن نشأ عن المناقشة الواردة أعلاه . ووفقا لهذا النهج ، تحدد المادة ١٠ الحالات المشار اليها في الفقرة (١) كأسباب للانتهاء ، وتذكر أنه كقاعدة عامة ، لن يكون لعدم اعادة صك الكفالة أي أثر ، بما في ذلك حالة ما اذا لم يتضمن خطاب الكفالة أي حكم بشأن أثر عدم اعادة صك الكفالة . وفي نفس الوقت ، فانها تعترف بأن الأطراف قد يرغبون في الاتفاق على أن اعادة صك الكفالة ، سواء وحدها أو بالاضافة الى الحالات الأخرى المشار اليها في الفقرة (١) (أ) أو (ب) ، قد يكون لازما من أجل انتهاء خطاب الكفالة . غير أن أي اتفاق من هذا القبيل لن يكون له أي أثر بعد موعد الانقضاء ، أو بعد فترة الخمس سنوات المحددة في المادة ١١ (ج) في حالة عدم النص على موعد للانقضاء .

٤٦ - وبعد التداول ، طلب الفريق العامل من الأمانة أن تقدم اليه بديلين للفقرة (٢) للنظر فيهما لاحقا ، مع وضع المناقشة التي جرت في الاعتبار . ويتضمن أحد البديلين حذف عبارة "على خلاف ذلك" ، والابقاء بين قوسين معقوفين على الصيغة الطويلة للحكم الشرطي المتعلق باستقلالية الاطراف ، حسبما هو الوضع حاليا . وطرح في هذا الصدد اقتراح بتوسيع وصياغة الحكم الشرطي بحيث يشمل امكانية وضع آليات تعادل اعادة الصكوك لحالات خطابات الكفالة الصادرة في شكل EDI فضلا عن مراعاة الممارسة

القائمة المتمثلة في ابرام اتفاقات الانتهاء خارج الصك نفسه . أما البديل الآخر ، فسيعتمد على النهج الوارد في الفقرة ١٠ أعلاه .

المادة ١١ - الانقضاء

٤٧ - كان نص مشروع المادة ١١ بصيغته التي نظر فيها الفريق العامل كما يلي :

"تنقضي فترة صلاحية خطاب الكفالة :

"(أ) في تاريخ الانقضاء الذي قد يكون تاريخا تقويميا محددا أو اليوم الاخير من فترة زمنية محددة منصوص عليها في خطاب الكفالة ، على أنه اذا لم يكن تاريخ الانقضاء يوم عمل في مكان عمل المصدر ، يقع الانقضاء في أول يوم عمل يليه ؛

"(ب) اذا كان الانقضاء وفقا لخطاب الكفالة يتوقف على وقوع حدث ما ، فعندما يتلقى الكفيل ما يؤكد وقوع الحدث بتقديم المستند المحدد لذلك الغرض في خطاب الكفالة [أو ، في حالة عدم تحديد ذلك المستند ، شهادة مصدقة من المستفيد بوقوع الحدث] ؛

"(ج) البديل ألف اذا لم يحتو خطاب الكفالة على حكم بشأن موعد الانقضاء ، فعند انقضاء خمس سنوات على التاريخ الذي أصبح فيه خطاب الكفالة نافذا .

"البديل باء اذا كان خطاب الكفالة لا يبين تاريخا للانقضاء ولا حدثا مسببا للانقضاء ، أو اذا لم يتم بعد اثبات وقوع الحدث المذكور المسبب للانقضاء بتقديم المستند المطلوب ، فبعد خمس سنوات من انشاء خطاب الكفالة ، ما لم يكن خطاب الكفالة [صادرا في شكل كفالة أو سند مستحقين عند الطلب و] محتويا على نص صريح بأن صلاحيته غير محدودة ."

الفقرة الفرعية (أ)

٤٨ - وجد الفريق العامل أن مضمون الحكم الوارد في الفقرة الفرعية (أ) يحظى بقبول عام . وقدمت عدة مقترحات بشأن عمليات الصقل الممكنة للنص .

٤٩ - وكان أول اقتراح مؤداه أن الفقرة الفرعية (أ) ينبغي أن تتضمن حكما ، على

النحو الموجود في بعض البلدان ، يمدد فترة صلاحية خطاب الكفالة المقابلة لعدد من الايام (فترة سماح) . ولم يأخذ الفريق العامل بهذا الاقتراح .

٥٠ - وكان هناك اقتراح آخر بأن يوضح في النسخ المعدة بجميع اللغات معنى مصطلح "يوم عمل" ، ولا سيما ما اذا كان يشير الى أيام ليست عطلات رسمية أو ما اذا كان يشمل جميع الايام التي يضطلع فيها بالعمل في الواقع . وجرى الاتفاق على أنه ينبغي لفريق الصياغة أن يتناول المسألة مع ايلاء الاعتبار الواجب للنصوص الاخرى التي صاغتها اللجنة .

٥١ - وكان هناك اقتراح آخر مفاده أنه ينبغي لنص الفقرة الفرعية (أ) أن يعكس ، على النحو المذكور في المادة ١٤ امكانية أنه قد لا يجوز أن يقدم أي طلب في مكان عمل المصدر ، وانما ينبغي تقديمه ، اذا نص خطاب الكفالة على ذلك ، مع شخص آخر أو في مكان آخر . ووافق الفريق العامل على أن هذه الاضافة مفيدة . وجرى الاتفاق كذلك على أن تاريخ الانقضاء يمثل آخر يوم لفترة الصلاحية .

٥٢ - وقدم اقتراح آخر مفاده أنه اذا كان المصدر قد منع من أن يدفع قيمة خطاب الكفالة بأمر من احدى المحاكم ، فانه يتعين تمديد تاريخ انقضاء خطاب الكفالة الى أن يرفع هذا المنع . وردا على هذا الاقتراح ، جرى التذكير بأن السكرتارية كانت قد اقترحت نصا بهذا المعنى في مشروع سابق (المادة ٢٢ ؛ الفقرتان ١١٥ و ١١٦ من الوثيقة A/CN.9/361) ؛ ولكن الفريق العامل قرر عدم ادراج قواعد تتضمن تفاصيل اجرائية من هذا القبيل .

الفقرة الفرعية (ب)

٥٣ - ذكر أنه فيما يتعلق بأحداث الانقضاء ، تختلف ممارسات الضمان المصرفية عن ممارسات خطابات الاعتماد الضامنة . فبينما تنص خطابات الاعتماد الضامنة على تاريخ انقضاء (وهي ممارسة تظهر في المادة ٤٢ من مشروع الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية المجموعة ٥٠٠) فان أحداث الانقضاء توجد غالبا في ضمانات الطلب (وهي ممارسة تظهر في المادة ٢٢ بشأن الكفالات المستحقة عند الطلب) .

٥٤ - وركزت المناقشة على الصياغة الواردة بين قوسين معقوفين "أو ، في حال عدم تحديد ذلك المستند ، شهادة مصدقة من المستفيد بوقوع الحدث" . وجرى الاعراب عن وجهات نظر متباينة فيما يتعلق بالاقتراح القائل بأنه يمكن للمصدر في حال عدم تحديد أي مستند أن يعتمد على بيان من المستفيد بشأن وقوع حدث الانقضاء . واقترح أنه نظرا لانه يمكن افتراض أن اصدار هذا البيان قد لا يكون في صالح المستفيد فان الاشارة الى بيان المستفيد ذات قيمة محدودة . واقترح كذلك أنه اذا عهد الى المستفيد بالبت في انقضاء خطاب الكفالة بهذه الطريقة فان هذا قد يثير امكانية المطالبة الاحتيالية من

جانب أحد المستفيدين الذي قد يقدم طلب سداد بدلا من اصدار بيان بعد وقوع حدث الانقضاء . وردا على تلك الملاحظات ، أشير الى أنه نظرا لان انقضاء خطاب الكفالة ليس بالتحديد لصالح المستفيد ، فان بيان المستفيد يمكن اعتباره أكثر الادلة موثوقية بشأن وقوع حدث الانقضاء .

٥٥ - وبينما جرى الاعراب عن شكوك بشأن الاهمية العملية للصياغة الواردة بين قوسين معقوفين ، رئي عموما أن الفقرة الفرعية (ب) ككل مقبولة نظرا لان الفقرة الفرعية (ج) تحدد مدة خمس سنوات ولان خطابات الاعتماد الضامنة تنظمها في العادة الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية التي لا تبيح أحداث الانقضاء .

الفقرة الفرعية (ج)

٥٦ - كان هناك اتفاق عام على الاقتراح الاساسي ومفاده أنه ينبغي لمشروع الاتفاقية أن ينص على فترة صلاحية قصوى مدتها خمس سنوات لخطابات الكفالة التي لا يذكر فيها تاريخ أو حدث انقضاء .

٥٧ - وركزت المناقشة على مسألة هل ينبغي أن يسمح مشروع الاتفاقية بامكانية عدم تحديد مدة لخطابات كفالة معينة . ولفت انتباه الفريق العامل الى أنه توجد حالات تعتزم فيها الاطراف أن تكون الكفالة لاجل غير مسمى وأن هذه الترتيبات تستخدم استجابة لمقتضيات ادارية (انظر A/CN.9/358 ، الفقرة ١٥١) . بيد أنه لوحظ أن نظما قانونية معينة ، لا كلها ، تخول المحاكم اعفاء المدينين من الالتزامات غير المحددة .

٥٨ - ولفت انتباه الفريق العامل أيضا الى امكانية اصدار تعهد لفترة غير محددة ينجم عنه خطر تعهدات دائمة مما يناقض ممارسة خطابات الاعتماد الضامنة نظرا لانه لا يمكن اجراء تقييم للاعتماد في تلك الحالات . وذكر ، ردا على ذلك ، أن نفس المشكلة قائمة فيما يتعلق بالضمانات المصرفية . وفي هذا الصدد ، أشير الى أنه توجد خطابات اعتماد ضامنة تتضمن "أحكاما دائمة التجدد" تنص ، عند الانقضاء ، على التمديد المتكرر التلقائي لفترة الصلاحية ولمدد غير محدد من المرات . غير أن تلك الصكوك تنص على أنه يمكن انهاؤها بموجب اخطار ، وهكذا لا يمكن الخلط بينها وبين الكفالة التي لا تتضمن حكم انقضاء .

٥٩ - وقدمت عدة اقتراحات استنادا الى نص البديل باء . وكان أحدها يقضي بحذف الاشارة الى النص الصريح على الصلاحية غير المحددة الوارد في نهاية النص . وبينما جرى الاعراب عن تأييد هذا الاقتراح ، كان هناك تفهم واضح بأن أثر هذا الحذف غير واضح . وبينما توصل بعض الممثلين الى نتيجة مفادها أن هذا سيحظر الالتزامات غير المحددة المدة . وهي نتيجة اعترض عليها مؤيدو استقلالية الاطراف ، رأى ممثلون آخرون أن الحذف لن يؤدي الا الى مجرد الحد من وضوح امكانية الصلاحية غير محددة المدة ، ومن ثم يقترب من الحل العام المقترح في البديل ألف .

٦٠ - وكان هناك اقتراح آخر للابقاء في مشروع اتفاقية على العبارات الواردة بين القوسين المعقوفين في البديل باء "صادرا في شكل كفالة أو سند مستحقين عند الطلب و" التي قصد منها استثناء خطابات الاعتماد الضامنة من تطبيق الحكم الذي يسمح بوجود صكوك دائمة التجدد على النحو المقترح في الدورة السادسة عشرة (A/CN.9/358 ، الفقرة ١٥٢) . وجرى الاعتراض على هذا الاقتراح على أساس أن الفريق العامل ينبغي أن يشجع ، على أوسع نطاق ممكن ، وجود نظام موحد يطبق على الضمانات المصرفية وخطابات الاعتماد الضامنة على السواء . وفي هذا الصدد أشير الى أن خطابات الاعتماد الضامنة تقدم الى الأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية التي تستبعد امكانية اصدار هذه الصكوك دون النص على تاريخ انقضاء . وروي أيضا أن الاشارة الى مصطلح "كفالة" أو "سند" مستحقين عند الطلب قد يؤديان الى اثارة مشاكل نظرا لأن الاتفاقية لم تورد تعريفا لأي منهما . وجرى الاعراب ، علاوة على ذلك ، عن القلق من أنه اذا كان مشروع الاتفاقية سوف يشير صراحة الى الصكوك التي قد تحدد بفترة صلاحية غير محددة المدة فان النص قد يساء تفسيره على أنه يوجد امكانية اصدار صكوك في شكل خطابات اعتماد ضامنة ذات فترة صلاحية غير محددة المدة .

٦١ - بيد أنه كان هناك اقتراح آخر بأن يضاف الى النص البديل ألف الاشارة ، الواردة في البديل باء ، الى حدث انقضاء متفق عليه لم يحدد في أثناء فترة السنوات الخمس . وحظي هذا الاقتراح بالتأييد ، وذكر أنه يتجنب مثالب تركيز اهتمام مفرط على الصكوك ذات الصلاحية غير المحددة المدة وفي نفس الوقت قد يتجنب الحاجة الى انشاء نظم قانونية مستقلة للضمانات المصرفية وخطابات الاعتماد الضامنة . بيد أنه جرى الاعراب عن القلق من أن الأطراف قد يريدون أحيانا السماح بوقوع حدث الانقضاء بعد أكثر من خمس سنوات . ولم يتوصل الفريق العامل الى توافق في الآراء بشأن هذه المسألة .

٦٢ - وبعد المداولة ، طلب من الأمانة العامة اعداد مشاريع بديلة يظهر فيها الاقتراحان المشار اليهما في الفقرتين ١٣ و ١٤ .

الفصل الرابع - الحقوق والالتزامات والدفوع

المادة ١٢ - تحديد الحقوق والالتزامات

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

"(١) رهنا بأحكام هذه الاتفاقية ، تحدد حقوق والتزامات الأطراف بموجب الاحكام والشروط المبينة في خطاب الكفالة ، بما في ذلك أي قواعد أو شروط عامة أو أعراف مشار اليها [بالتحديد] فيه .

"(٢) البديل ألف يعتبر أن الاطراف ، ما لم يتفق على خلاف ذلك ، قد قبلوا ضمنا أن تطبق على [علاقتهم] [خطاب الكفالة] ، أي عرف يعرفه الاطراف أو ينبغي لهم أن يعرفوه ويكون معروفا في مجال [التجارة والمالية] الدولية [ممارسة خطاب الكفالة أو خطابات الاعتماد الضامنة] على نطاق واسع أو يراعى بانتظام من قبل الاطراف في خطابات الكفالة .

"البديل باء [عند تفسير شروط وأحكام خطاب الكفالة و] عند تسوية المسائل التي لا تتناولها شروط وأحكام خطاب الكفالة أو احكام هذه الاتفاقية ، [يجوز أن يولي] [يولي] اعتبار لاية قواعد أو أعراف مقبولة دوليا لممارسة خطابات الكفالة أو خطابات الاعتماد الضامنة ."

٦٤ - وجرى الاعراب عن رأي مفاده أنه من الافضل وضع المضمون الوارد حاليا في المادة ١٢ قبل المواد ٨ الى ١١ ، نظرا لان القواعد الواردة في المادة ١٢ ستستخدم لتفسير المواد ٨ الى ١١ .

الفقرة (١)

٦٥ - كان هناك اتفاق عام على أنه ينبغي ادراج حكم على غرار الفقرة (١) . بيد أنه أثير سؤال عما اذا كانت الصياغة الواردة في بداية الفقرة (١) قد لا تزداد وضوحا عن طريق الاستعاضة بعبارة "الاحكام الالزامية لهذه الاتفاقية" عن عبارة "أحكام هذه الاتفاقية" . وردا على هذا الاقتراح ، ذكر أن الامر الذي يحتاج الى مزيد من التوضيح ، كما أشير في التعليق ١ على المادة ١٢ ، هو أنه بالاضافة الى الاحكام الالزامية للاتفاقية ولشروط خطاب الكفالة تطبق أيضا الاحكام غير الالزامية للاتفاقية . بيد أنه ، على خلاف الاحكام الالزامية ، فان الاحكام غير الالزامية لن يكون لها الغلبة على الاتفاق المبرم بين الاطراف . ولوحظ أنه ما زال يتعين اتخاذ قرار بشأن الطابع الالزامي أو غير الالزامي لاحكام الاتفاقية .

٦٦ - وذكر أن معنى لفظة "الاطراف" غير واضح ، ولا سيما هل يشير التعبير الى المصدر (والمثبت) والمستفيد فحسب أو يشير أيضا الى الاصيل . ولاحظ الفريق العامل أنه في النص المعروض عليه ، تقدم الاجابة عن هذا السؤال بطريقة عامة في المادة ٦ ؛ بيد أنه عملا بالمقرر المتخذ في الدورة السادسة عشرة يجب تسمية الاطراف المشار اليهم صراحة في كل حكم ذي صلة من مشروع الاتفاقية (A/CN.9/372 ، الفقرة ٨٩) .

٦٧ - ودرس الفريق العامل مسألة هل توجد حاجة الى اضافة كلمة "بالتحديد" بغية توضيح أن المتوخى هو اشارة الاطراف الى أعراف محددة ، لا مجرد الاشارة العامة من

جانبهم الى الاعراف . وفي هذا الصدد ، جرى الاعراب عن الشك في مدى مناسبة الحديث على وجه الاطلاق من حيث "الاشارة" الى الاعراف ، اذا افترض أن لفظة "الاعراف" تعني الاعراف غير المكتوبة لا مجموعات القواعد الخطية . وجرى الاتفاق على أنه يمكن مواصلة التصدي للمسألة في مرحلة الصياغة .

الفقرة (٢)

٦٨ - جرى الاعراب عن وجهة نظر مفادها أنه لا ينبغي للاتفاقية أن تؤيد إلا الاعراف التي تدرجها الاطراف صراحة ، لا النص أيضا على انطباق الاعراف التي لم يشر اليها الاطراف . واقترح أن هذا النهج المحدد سيوجد قدرا أقل من عدم التيقن وسيشجع الانصاف ، ولا سيما في الحالات التي لا يتوفر فيها لدى الاطراف درجة مماثلة من الدراية بالاعراف التجارية . بيد أن الرأي السائد على نطاق واسع كان مؤداه أنه ينبغي اعطاء قدر من الاهمية للاعراف التي لم يشر اليها بالتحديد في خطاب الكفالة .

٦٩ - ولوحظ أن الفقرة (٢) تقدم بديلين . وينص البديل ألف على ادراج هذه الاعراف من قبيل الشروط الضمنية لخطاب الكفالة . ولم يحظ البديل ألف بقدر واسع من التأييد ، ولا سيما لانه رئي أنه غير مرن وبسبب الاعراب عن القلق بأن الاشارة في البديل ألف الى معرفة الاطراف قد تزج بقدر غير مرغوب فيه من الذاتية . بيد أن البديل باء لم يحظ بتأييد الفريق العامل . ورئي أنه حدد دورا أكثر مناسبة للاعراف التي لا يشار اليها صراحة أي كمصدر تكميلي لتحديد حقوق والتزامات الاطراف يقل عن مستوى الاحكام التعويضية الواردة في الاتفاقية .

٧٠ - وبعد المداولة ، قرر الفريق العامل الابقاء على البديل باء للفقرة (٢) بما في ذلك عبارة "عند تفسير أحكام وشروط خطاب الكفالة و" التي اقترحت كاضافة لتوسيع الاعراف . واتفق أيضا على أنه ينبغي استعمال عبارة "يولى اعتبار" بدلا من عبارة "يجوز أن يولى اعتبار" . نظرا لانه لا يعتزم أن يكون الالتزام بمراعاة القواعد والاعراف المقبولة دوليا بصفة عامة لممارسة خطاب الكفالة أو خطابات الاعتماد الضامنة اختياريا . وقد استند الفريق العامل في قراره على أن من المتفق عليه أن الالتزام بمراعاة هذه القواعد والاعراف لا يتساوى مع التزام بتطبيقها واتباعها في كل حالة ومن جميع الجوانب .

المادة ١٣ - مسؤولية المصدر

٧١ - كان نص مشروع المادة ١٣ بالصيغة ، التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"(١) على المصدر أن يتصرف بحسن نية وأن يتوخى قدرا معقولا من الحرص [حسبما تقضي به أصول حسن التصرف في معاملات الكفالة أو خطاب الاعتماد الضامن] .

"(٢) البديل ألف لا يجوز اعفاء المصدرين [والأطراف الآمرة] من المسؤولية عن تقصيرهم في التصرف بحسن نية أو عن أي مسلك يتسم بالاهمال الجسيم .

البديل باء لا يجوز اعفاء المصدر من المسؤولية عن تقصيره [تجاه المستفيد] في أداء التزاماته بموجب خطاب الكفالة بحسن نية و [، رهنا بأحكام الفقرة (١) من المادة (١٦) ،] بقدر معقول من الحرص . غير أنه يجوز أن يقتصر مدى المسؤولية على [مبلغ خطاب الكفالة] [الأضرار التي يمكن توقعها] ."

الفقرة (١)

٧٢ - أعرب البعض عن رأي مفاده أن الفقرة (١) غير ملائمة بسبب ما تتسم به من طابع عام ونظري وأنه ينبغي ، بالتالي ، حذفها . غير أن الفريق العامل حبذ ، بصورة عامة ، الابقاء على حكم من النوع الموجود في الفقرة (١) . واقترح ، بعد ذلك ، أن تقتصر الفقرة (١) على بيان لحسن النية ، وأن تحذف الاشارة الى ممارسة قدر معقول من الحرص ، على أن تتم ، بدلا من ذلك ، معالجة تطبيق معيار الحرص المعقول في مكان آخر من الاتفاقية ، مرتبطا بأنشطة وعلاقات محددة للمصدر ، لا سيما تلك المذكورة في المادتين ١٦ و ١٧ اللتين يمكن توسيع نطاقهما عند الاقتضاء . واقترح أن القواعد الموحدة للكفالات المستحقة والأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية يمكن أن تكون نماذج مفيدة لدى تنفيذ هذا النهج . وتأييدا لهذا الاقتراح طرح سؤال عما اذا كان أي واجب من واجبات المصدر ، بخلاف الواجبات المتصلة بالدفع ، يخضع في الواقع ، لمعيار للحرص المعقول ، واذا كان المعيار سيمتد ، على سبيل المثال ، الى المساعدة المقدمة من المصارف الى الاصلاء لمدى صياغة شروط خطاب الكفالة . وثمة مثال آخر يتحصل في أن معيار الحرص المعقول يمكن أن يطبق على قيام المصدر بالدفع في مكان أصبح غير مأمون وإن كان ذلك يتفق مع خطاب الكفالة . وأعرب أيضا عن قلق مؤداه أن ادراج معيار عام للحرص المعقول سيعرقل الممارسة ذلك أن الظروف تتطلب موافقة الأطراف على معيار أدنى من الحرص في فحص المستندات ، في بعض الحالات .

٧٣ - وردا على الشواغل المشارة بشأن معيار الحرص المعقول ، ذكر أن هذا المعيار ملائم ولازم ذلك أن الاتفاقية هي نص قانوني على مستوى التشريع . وليس على مستوى قواعد التعاقد ، خلافا للقواعد الموحدة للكفالات المستحقة والأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ؛ وبالتالي سيعتمد عليه كمصدر للقواعد بالنسبة للمسائل غير المشمولة على نحو فعال في شروط خطاب الكفالة أو أية قواعد مرافقة للتعاقد . وعلى سبيل المثال ، فان القواعد التعاقدية لا يمكن أن تضع أحكاما قاطعة بالنسبة للمسؤولية . وفيما يتعلق بمسألة الأنشطة التي يتعين تغطيتها ، أشير الى أن الفرضية التي يستند اليها الحكم هي أنه ينبغي القيام بجميع الأنشطة النموذجية

للمصدر ، وليس فحص المستندات فقط ، بقدر معقول من الحرص ؛ وأن هذه الفكرة يمكن توضيحها بادراج الاشارة الموجودة حاليا في البديل باء للفقرة (٢) ، والمتصلة بأداء المصدر لالتزاماته بموجب خطاب الكفالة . وينبغي أيضا ايلاء الاعتبار للاعتراف بالاستقلال الذاتي للاطراف فيما يتعلق بالموافقة على معيار أدنى في حالات معينة . ولوحظ كذلك أنه يمكن كفالة مرونة اضافية بوضع حكم في الفقرة (٢) يسمح بالاعفاء من المسؤولية وتحديدها بقدر معين .

٧٤ - وأجرى الفريق العامل تبادلا للآراء بشأن الصيغة الواردة بين قوسين معقوفين في نهاية الفقرة (١) ، والمقصود بها اضافة مزيد من التفصيل والموضوعية ، بوصف معيار الحرص بقدر معقول من حيث ممارسة حسن التصرف في معاملات الكفالة أو خطاب الاعتماد الضامن . وأعرب عن شواغل مؤداها أن الصيغة ، بشكلها الحالي على الاقل ، قد ترفع من شأن الممارسة بصورة غير متوازنة على حساب حكم القضاء . واقترح البعض أيضا أن لا حاجة للاشارة الى الممارسة لان المادة ١٢ قد لجأت الى الممارسة بالفعل . ففي حالة استبقاء الاشارة الى الممارسة ، يجب أن يكون واضحا أن الممارسة ليست المصدر الوحيد للسلطة . وكان الرأي السائد هو أن وجود صيغة من النوع الوارد بين قوسين معقوفين مستصوب ، وإن كان يمكن زيادتها وضوحا بالاستعاضة عن عبارة "حسبما تقضي به أصول حسن التصرف ..." بعبارة "على النحو المحدد مع ايلاء الاعتبار الواجب لاصول ..." .

٧٥ - وقرر الفريق العامل بعد التداول ، استبقاء الفقرة (١) التي تتضمن اشارة الى عنصري حسن النية وقدر معقول من الحرص في أداء التزامات المصدر بموجب خطاب الكفالة ، وتقتضي ايلاء الاعتبار الواجب للممارسة . وتقرر كذلك أنه سيلزم التحقق من وجوب تطبيق معيار الحرص العام الوارد في الفقرة (١) فيما يتصل بأحكام الاتفاقية ، كل على حدة .

الفقرة (٢)

٧٦ - كان معروضا على الفريق العامل بديلان في الفقرة (٢) يتعلقان بمدى ما يمكن السماح به من اعفاء من المسؤولية . وفي حين أعرب البعض عن تأييده للبديل باء على أساس أن الحد الموضوع للاعفاءات ينبغي أن يكون متفقا مع المعيار القانوني للمسؤولية ، وبالتالي ، أن يشمل ، الاهمال العادي ، كان الرأي السائد أن البديل ألف هو الافضل . ورئي أن البديل ألف أوضح وأبسط وأنه يعكس الرأي المقبول عموما والمتمثل في أنه لا ينبغي اعفاء المصدرين من المسؤولية عن تقصيرهم في التصرف بحسن نية أو عن أي مسلك يتسم بالاهمال الجسيم . وكان الاعتقاد السائد أيضا أن البديل ألف أكثر اتساقا مع الافتراضات التقليدية للاداء والتسعير والاخطار المتعلقة بممارسة خطابات الكفالة وخطابات الاعتماد الضامنة ، لا سيما لانها لا يقصد بها تقييد الاستقلال الذاتي للاطراف فيما يتعلق بتقليل معيار الحرص بقدر معقول . ولم يقبل الفريق العامل اقتراح اضافة عبارة "الاطراف الآمرة" ، في بداية البديل ألف . ولاحظ كذلك أنه سيلزم ، لدى تنفيذ البديل ألف ، كفالة الاتساق بين الفقرة ٢ والمادة ١٦ .

٧٧ - ونظر الفريق العامل فيما اذا كان من المستصوب أو المجدي اضافة حكم يأذن بالحد من المسؤولية تعاقديا للبديل ألف . وفي هذه المناقشة ، نظر الفريق العامل فيما اذا كان يسمح بتحديد للاعمال المتسمة بسوء النية أو الاهمال الجسيم ، واذا كان الحال كذلك ، اذا كان التحديد سيكون مماثلا للتحديد المتوخى في حالة الاهمال العادي . واقترح في هذا الصدد أنه يمكن للاحكام أن تأذن ، ببساطة ، بتحديد المسؤولية تعاقدية ، مع ترك مستوى التحديد المضبوط للاتفاق بين الطرفين والقانون الواجب التطبيق ، سواء أكان ينبغي تحديده بقيمة خطاب الكفالة أو بالاضرار التي يمكن توقعها ، على سبيل المثال . وانتهى الفريق العامل الى أنه لا ينبغي اضافة تحديد للمسؤولية للبديل ألف ، ذلك أنه لا ينبغي أن تأذن الاتفاقية بتحديد المسؤولية عن الاعمال المتسمة بسوء النية أو الاهمال الجسيم . ومع استبعاد هذه التصرفات من نطاق الاتفاقية ، يمكن الاستغناء عن حكم التحديد حيث أنه سيتصل بمجالات قد أذن للاطراف فيها بالفعل ، بالسماح بالاعفاء من المسؤولية كاملة .

المادة ١٤ - طلب السداد

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

"يجب أن يقدم أي طلب [سداد] مترتب على خطاب الكفالة في شكل من الاشكال المشار اليها في الفقرة (١) من المادة ٧ وطبقا لاحكام وشروط خطاب الكفالة . وبصفة خاصة ، فان أية مصادقة أو مستند يقتضيه خطاب الكفالة [أو هذه الاتفاقية] يجب أن يقدما ، خلال فترة نفاذ مفعول خطاب الكفالة ، الى المصدر في المكان الذي صدر فيه خطاب الكفالة ، ما لم ينص في خطاب الكفالة على شخص آخر أو مكان آخر . وفي حالة عدم اقتضاء أي بيان أو مستند ، يعتبر أن المستفيد ، لدى طلبه السداد ، يصادق ضمنا على استحقاق السداد" .

الجملة الاولى

٧٩ - قدم اقتراح بحذف لفظة "سداد" الواردة بين قوسين معقوفين ، لانها لا تعكس بشكل كاف الممارسة المتمثلة في خطابات الاعتماد الضامنة ، التي تنطوي على قبول سفتجة (أو "سند سحب") . غير أن انتباه الفريق العامل استرعي الى أن الاشارة الى "السداد" ترد في شتى المواد الاخرى ، حيث وجدت لازمة على ما يبدو . واقترح البعض أنه يمكن الابقاء على الاشارة الى "سداد" في ضوء ما قرره الفريق العامل في دورته السابقة بشأن النظر في احتمال ادراج ، في المادة ٢ (٢) أو في المادة ٦ ، تعريف لمفهوم السداد يشمل قبول سفتجة وغيرها من التزامات المصدر من حيث طرائق السداد (انظر A/CN.9/372 ، الفقرتان ٥١ و ٥٢) . ووجد أن هذا الاقتراح مقبول بصورة عامة . وفيما يتصل بالمناقشة السالفة الذكر ، أعرب عن رأي مفاده أنه يمكن النظر في مرحلة لاحقة في مسألة ما اذا كان قبول سفتجة يفي بالتزام المصدر أو اذا كان عدم الوفاء بسفتجة مقبولة يترتب عليه سبب منفصل لاقامة دعوى .

الجملة الثانية

٨٠ - فيما يتعلق بالعبارة الواردة بين قوسين معقوفين ، "أو هذه الاتفاقية" ، جرى بيان أن هذه العبارة أدرجت في وقت توخى فيه نص المشروع امكانية معاملة الشروط غير المستندية كشروط مستندية عن طريق آلية التحويل . واتفق عموما على أنه ، في ضوء المقرر الذي اتخذه الفريق العامل في دورته السابقة والقاضي بألا يشمل مشروع الاتفاقية شروط السداد غير المستندية (أنظر A/CN.9/372 ، الفقرات ٦٣ - ٦٥) ، ينبغي حذف القوسين المعقوفين .

٨١ - وفيما يتعلق بوقت تقديم طلب السداد والمستندات المنصوص عليها ، قدم اقتراح مفاده أنه ينبغي لمشروع الاتفاقية أن يحدد كقاعدة أنه على الرغم من أن طلب السداد نفسه ينبغي أن يقدم قبل انتهاء فترة الصلاحية ، ينبغي أن يسمح للمستفيد بأن يقدم بعض المستندات المنصوص عليها أو جميعها في وقت لاحق ، وإن لم يشتمل خطاب الضمان على نص بهذا المعنى . ولم يعتمد الفريق العامل هذا الاقتراح .

الجملة الثالثة

٨٢ - وحيثما يتعلق الأمر بتقديم طلب بالسداد في الوقت الذي لا يقتضي فيه خطاب الكفالة أي بيان أو مستند ، قدم اقتراح مفاده بأنه ينبغي لمشروع الاتفاقية أن يحدد التزاما على المستفيد بأن يصدر بيانا يوضح فيه أسباب وجوب استحقاق السداد . ورغم أنه أعرب عن شيء من التأييد لهذا الاقتراح ، فقد كان الرأي السائد هو أن الاقتراح سيؤدي الى نتيجة غير مرغوب فيها وتتمثل في منع الكفالات البسيطة المستحقة عند الطلب وخطابات الاعتماد الضامنة الصريحة . وأشير الى أن الفريق العامل كان قد ناقش باسهاب ، في دورة سابقة ، الطريقة التي ينبغي لمشروع الاتفاقية أن تتناول بها مسألة خطابات الكفالة المستحقة بمجرد الطلب ، وقرر الفريق العامل أنه لن يكون من المناسب لنص تشريعي ، مثل مشروع الاتفاقية ، أن يشجع أو يثبط استعمال نوع محدد من خطابات الكفالة . وأشير الى أنه ينبغي لمشروع الاتفاقية بدلا من ذلك ، أن يأخذ في الاعتبار جميع أنواع الكفالات المستعملة وأن يؤكد عليها (أنظر A/CN.9/361 ، الفقرتان ٢٠ و ٢١) .

٨٣ - وفيما يتعلق بالمصادقة الضمنية من جانب المستفيد على استحقاق السداد ، أشير الى أن المقصود من هذه الجملة هو القيام ، وخاصة في حالة خطاب الكفالة المستحقة بمجرد الطلب ، بتوضيح أن أي طلب للسداد انما ينطوي على التأكيد عن حلول موعد استحقاقه ، حسبما قد يتعلق الأمر ، على سبيل المثال ، بتحديد ما اذا كان الطلب غير مناسب وفقا للمادة ١٩ . وأعرب عن القلق من أن هذه المصادقة ، بصرف النظر عن طابعها الضمني أو الصريح ، قد تفسر على أنها تقيم سببا لاتخاذ اجراء ليس فقط بالنسبة للأصيل الذي يمكن أن يلتمس أمرا قضائيا بتقييد السداد ، استنادا الى الزعم

بان المستفيد ، أصدر مصادقة مزيفة ، ولكن أيضا بالنسبة للمصدر مما يضر بقطعية السداد .

٨٤ - وقدم اقتراح مفاده أنه ينبغي حذف هذه الجملة نظرا لانها أدخلت لاغراض التوضيح ولا يقصد بها ايجاد أي حكم مستقل فيما يتعلق باتخاذ اجراء من جانب الاصيل أو المصدر . وذكر أيضا أن الجملة زائدة عن الحاجة اذ أنه حتى في حالة عدم وجودها سيتم استخلاص نفس الاستنتاج الضمني . واستجابة لذلك ، ذكر أن القلق المعرب عنه أعلاه لن يزيله مجرد حذف الجملة ، وبأن الجملة لا تشوبها أي غرابة بالمقارنة مع الاشارات الاخرى الى التصديقات .

٨٥ - وقدم اقتراح آخر بالاستعاضة عن عبارة "استحقاق السداد" بالاشارة الى أن الطلب لم يكن مشوبا بسوء نية أو غير سليم . وبذلك يربط بين هذا الشرط على نحو أوثق والمادة ١٩ . وبعد المناقشة ، قرر الفريق العامل اعادة صياغة الشرط وفقا لهذه الاسس .

المادة ١٥ - الاشعار بالطلب

٨٦ - كان نص المادة ١٥ ، بالصيغة التي نظر فيها الفريق العامل ، كما يلي :

"[على المصدر ، دون تأخير أداء واجباته المترتبة على المادتين ١٦ و ١٧ ، أن يبادر توا لدى استلام الطلب الى توجيه اشعار بذلك الى الاصيل ، أو الى طرفه الآمر ، اذا وجد ، ما لم يتفق على خلاف ذلك بين المصدر والاصيل . ولا يؤدي التخلف عن توجيه الاشعار الى حرمان المصدر عن حقه في الاسترداد . ولكنه يخول الاصيل الحق في أن يتلقى من المصدر تعويضا عن أية خسائر تصيبه نتيجة لهذا التخلف .]"

٨٧ - ولاحظ الفريق العامل أن المادة ١٥ ، التي صيغت على غرار المادة ١٧ من القواعد الموحدة للكفالات المستحقة وضعت بين قوسين نظرا لانقسام الآراء في الدورات السابقة حول ما اذا كان ينبغي للقانون الموحد أن يفرض التزاما على الكفيل بأن يشعر الاصيل بالطلب المقدم من المستفيد . وفي الدورة الحالية انقسمت الآراء مرة أخرى بشأن استصواب فرض هذا الالتزام ، ويعزى ذلك في الغالب الى الاسباب التي سبق الاعراب عنها بالتفصيل في الدورة السابعة عشرة (انظر A/CN.9/361 ، الفقرتان ٢٦ و ٢٧) .

٨٨ - وتأييدا لحذف المادة ١٥ ، ذكر أن فرض واجب قانوني باشعار الاصيل سيعرض للشبهة نزاهة تعهد المصدر واستقلاله ومصداقيته ، ولا سيما بتسهيل مبادرة الاصيل الى اتخاذ خطوة لوقف السداد . وذكر أيضا أن الموافقة على توجيه اشعار قبل اتخاذ قرار

تعتبر ، بالنسبة لبلدان معينة على الاقل ، اجراء غريبا عن خطابات الاعتمادات الضامنة ، ويمكن ، في بعض الولايات القضائية ، أن يثير شواغل تنظيمية . وأشير الى أنه من الضروري ، في حالة ما اذا قرر الفريق العامل الابقاء على هذا الحكم ، اعفاء خطابات الاعتماد الضامنة . بيد أنه لوحظ ، أن الامر سيسفر عن نتيجة مماثلة اذا لم يتم الابقاء على المادة اذ أن الاشعار ربما يكون مطلوبا للضمانات المصرفية (بموجب القواعد الموحدة للكفالات المستحقة) ولكن ليس لخطابات الاعتمادات الضامنة (بموجب الممارسات والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية) .

٨٩ - وأعرب عن تأييد للابقاء على الالتزام بتقديم الاشعار على أساس أن اشعار الاصيل هو ممارسة شائعة ، ليس فقط فيما يتعلق بالضمانات المصرفية ولكن أيضا فيما يتعلق بخطابات الاعتماد الضامنة في بعض البلدان . وذكر أيضا أن توجيه الاشعار هو مسألة عادلة ولا تنال من استقلال تعهد المصدر لان الالتزام بتقديم الاشعار لا يكون مرتبطا من حيث الوقت بواجب فحص الطلب واتخاذ القرار بشأن السداد . وأوضح النص أن عدم الامتثال بواجب الاخطار لن يؤثر على فعالية السداد ، وأن الكفيل ليس ملزما بالاشعار قبل السداد . وجرى التخفيف من صيغة الحكم بدرجة أكبر عن طريق النص في الجملة الثانية على عدم حرمان المصدر من حقه في الاسترداد . وقدم اقتراح بحذف الاشارة الى الاضرار وترك المسألة للقانون العام السادي .

٩٠ - ودرس الفريق العامل امكانية معالجة بعض بواعث القلق التي أثيرت بشأن المادة ١٥ دون الذهاب الى حد حذف الحكم المذكور . وتمثل أحد الاقتراحات في اعادة صياغة المادة ١٥ بحيث تقضي بأنه في حين يتعين على المصدر تقديم اشعار بطلب السداد . ما لم ينص على خلاف ذلك في متن خطاب الكفالة أو في أي اتفاق مبرم بين الاصيل والمصدر ، فان هذا النص المضاد ستنطوي عليه ضمنا مجرد الاشارة الى القواعد المعمول بها مثل الممارسات والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية التي لا تتوخى اصدار اشعار . وطرح اقتراح مقابل بالاستعاضة عن المادة ١٥ بالنص التالي :

"حيثما تسمح أو تقتضي القواعد أو الممارسات الدولية المطبقة ، يجوز للمصدر ، أو يتعين عليه ، اشعار الاصيل باستلامه طلبا ما دام الاشعار لن يتسبب في تأخير وفائه بواجباته بموجب خطاب الكفالة" .

٩١ - وطرح اقتراح آخر يقوم على الرأي القائل بأن الاختلافات في الرأي فيما يتعلق بملاءمة القاعدة المعرب عنها في المادة ١٥ ليست لها صلة محضة بأوجه التباين في الممارسات القائمة المتعلقة بخطابات الاعتماد الضامنة أو الكفالات المصرفية . فهذه الاختلافات تعكس بالاحرى تباين النهج التي تتبعها مختلف القوانين الوطنية والممارسات المصرفية فيما يتعلق بمواقف الاصيل والمصدر والمستفيد . واقترح أن ينظر الفريق العامل في امكانية قيام الدول ، لدى فتح باب التوقيع والتصديق على الاتفاقية ، بالاعراب عن تحفظاتها على تطبيق المادة ١٥ .

٩٢ - ونظرا لان أيا من الاقتراحات المذكورة أعلاه لم ينل تاييدا كافيا ، قرر الفريق العامل ، ريثما يتم اجراء استعراض آخر ، ارجاء اتخاذ قرار نهائي بشأن ما اذا كان من المستصوب الابقاء على الحكم حسبما جاء في المادة ١٥ . ولذلك تقرر ابقاء المادة بين قوسين معقوفين .

المادة ١٦ - فحص الطلب والمستندات المرفقة به

٩٣ - كان نص المادة ١٦ بصيغتها التي نظر فيها الفريق العامل كما يلي :

"(١) "البديل ألف يفحص المصدر المستندات وفقا لمعيار السلوك المشار اليه في الفقرة (١) من المادة ١٣ [، ما لم يكن الاصيل قد وافق على معيار أدنى] . ويراعي المصدر ، لدى تحديد ما اذا كانت المستندات مطابقة ظاهريا لشروط وأحكام خطاب الكفالة ، المعيار [ذي الصلة] [المنطبق] من معايير معارسات الكفالات أو خطابات الاعتماد الضامن الدولية .

البديل باء يفحص المصدر الطلب والمستندات المرفقة به متوخيا في ذلك الاجتهاد المهني الذي تقتضيه معارسات الكفالات أو خطابات الاعتماد الضامن الدولية [، ما لم يكن الاصيل قد وافق على واجب حرص أقل ،] بغية التيقن مما اذا كانت تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط وأحكام خطاب الكفالة ومتسقة بعضها مع البعض الآخر .

"(٢) يتاح للمصدر ، ما لم ينص على خلاف ذلك في خطاب الكفالة ، زمن معقول ، ولكن لا يزيد على سبعة أيام ، يفحص فيه الطلب والمستندات المرفقة معه ويقرر أن يسدد أو لا يسدد" .

الفقرة ١

٩٤ - قدم بديلان للفقرة (١) . ولاحظ الفريق العامل أن البديل ألف يجسد الفصل المقترح في الدورة السابعة عشرة بين معيار الحرص المنطبق على فحص المستندات ، من ناحية ، والاختبار الواجب الاستخدام لتحديد ما اذا كانت المستندات المقدمة مطابقة لاحكام خطاب الكفالة ، من ناحية أخرى . وسأل سائل لماذا فرض في البديل ألف معياران يمكن أن يكونا مختلفين . وأعرب عن شاغل آخر هو أن الاشارة الى معيار الممارسة الدولية غامضة ولا توفر الارشاد الكافي للغرض المقصود . وجراء ذلك اقترح أن يتبع هنا أيضا النهج المتفق عليه فيما يتعلق بالمادة ١٢ (٢) ، وهو استخدام عبارة مثل "مع ايلاء الاعتبار الواجب" لمعيار الممارسة الدولية . وقدم اقتراح آخر هو اتباع نهج المعيار الواحد على غرار ما هو متبع في البديل باء .

٩٥ - الا أن الرأي السائد كان الابقاء على نهج الشعبتين المبين في البديل ألف . وأشير الى أن البديل ألف يميز على نحو مفيد بين المعيارين المنطبقين على مرحلتين متميزتين من مراحل عملية فحص المستندات : معيار النية الحسنة والحرص المقبول الذي يتعين على المصدر اتباعه لدى فحص المستندات ، أي عند البحث عن أية تناقضات ؛ والتدبير الذي يجب اتخاذه في تحديد مدى الاهمية المعلقة على بعض التناقضات التي قد يعثر عليها ، أي ما اذا كانت الاختلافات لتؤدي الى رفض الطلب . ولوحظ أن هذا النوع من النهج يعكس الممارسة وتجسده المادة ١٣ من الاعراف والممارسات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية ٥٠٠ .

٩٦ - وحول الفريق العامل انتباهه بعد ذلك الى الاشارة الصريحة في الجملة الاولى من البديل ألف الى الاتفاقات بين المصدر والاصيل على تخفيف معيار الحرص المنطبق على فحص الطلب . ولوحظ أن الغرض من هذه الصيغة هو التكيف لملاءمة ممارسة قيل انها منتشرة نسبيا في خطابات الاعتماد الضامن ، وتستخدم عندما يود الاصيل تخفيض التكاليف بتقليل رسوم الفحص أو عندما يكون للوقت أهمية حاسمة ، وغالبا في اطار العلاقات الطويلة الامد بين الاصيل والمستفيد . ولم يكن في المادة شمول تخفيض المعيار من هذا القبيل في أحكام المستندات .

٩٧ - وجرى التعبير عن وجهات نظر متباينة حيال الاشارة الى تخفيض المعيار . وكان أحد الآراء أنه ينبغي حذف الصيغة لانه ليس من الملائم الاشارة الى هذه المسألة نظرا لانها تتعلق بالعلاقة بين المصدر والاصيل ، وهي علاقة تقرر ألا تركز الاتفاقية عليها . وقيل أيضا ان تخفيض المعيار على النحو الموصوف لن يكون له في العادة أثر ضار على مصالح المستفيد لان تخفيض المعيار من شأنه ، على الارجح ، أن يجعل الطلب الذي يتضمن التناقض مقبولا . وهنالك رأي آخر ، هو أيضا يحبذ حذف الصيغة ، مفاده أن تخفيض المعيار ممارسة لا ينبغي توخيها أو تشجيعها في الاتفاقية . وأبديت شكوك فيما اذا كان بالامكان الافتراض على نحو مفيد بأن تخفيض المعيار من شأنه أن يكون بصورة متسقة لصالح المستفيدين ، الذين لهم الحق في أن يتوقعوا حرصا معقولا في الفحص . وقال رأي ثالث بأن الممارسة من الاهمية بما يكفي لتسويغ شمول الاتفاقية لها ولذا ينبغي الابقاء على الصيغة ، بل اقترح أن الحكم يمكن أن يوسع لتوخي امكانية الاتفاق مع المستفيد حتى على معيار أعلى للفحص .

٩٨ - وقرر الفريق العامل ، بعد التداول ، حذف الصيغة المعنية ، وخاصة لان القصد العام للاتفاقية هو التركيز على العلاقة بين المصدر والمستفيد . وقيل ان حذف الصيغة لا ينبغي أن يؤول على أنه يمنع الاصيل والمصدر من ارساء معايير يتفقان عليها فيما بينهما . بيد أن الفريق العامل استند في قراره على أن من المتفق عليه أن هذا التخفيض لمعيار الفحص لا ينبغي أن يكون في غير صالح المستفيد ولا ينبغي أن يؤثر على المستفيد دون موافقته .

٩٩ - واتفق الفريق العامل على أن تضاف عبارة الى البديل ألف مؤداها أن المصدر ملزم أيضا بتقرير ما اذا كانت المستندات متطابقة بعضها مع بعض ، وهو واجب تفرضه أيضا الاعراف والممارسات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية . وتقرر أيضا أن يستخدم تعبير "المعيار المنطبق" في الجملة الثانية بدلا من "المعيار ذي الصلة" وأن من الممكن الاستعاضة عن كلمة "يراعى" بعبارة "مع ايلاء الاعتبار الواجب لـ " .

الفقرة ٢

١٠٠ - لاحظ الفريق العامل أن الفقرة (٢) تجمع بين نهجين ، كما اقترح أثناء المناقشة السابقة ، لقاعدة تتعلق بالوقت المسموح به للفحص ، أي فكرة الوقت المعقول ، مع حد زمني أقصى . وبعد أن لاحظ الفريق العامل أن هذا النهج موجود أيضا في الاعراف والممارسات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية ٥٠٠ . وكّد القصد الاساسي للفقرة (٢) .

١٠١ - وجرى تبادل وجهات النظر حول ما اذا كان ينبغي التعبير عن الحد الاقصى بأيام تقويمية أو بأيام عمل ، ولوحظ أن النهج الاخير متبع في الاعراف والممارسات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية ، وإن كانت الممارسة الاوسع انتشارا في الوثائق القانونية للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي ممارسة هي التعبير عن الفترات الزمنية بالطول المشار اليه في الفقرة (٢) (أي فترات لا تزيد على يوم أو اثنين) بأيام تقويمية . وقرر الفريق العامل ، بعد التداول ، الابقاء على الفقرة الفرعية (٢) بشكلها الحالي .

المادة ١٧ - السداد أو رفض الطلب

١٠٢ - كان نص مشروع المادة ١٧ بصيغتها التي نظر فيها الفريق العامل كما يلي :

"(١) على المصدر أن يقوم بالسداد لدى الطلب

"البديل ألف المقدم وفقا لشروط وأحكام خطاب الكفالة .

"البديل باء المقدم من المستفيد وفقا لاحكام المادة ١٤ .

"(٢) لا يقوم المصدر بالسداد اذا

"البديل سين كان يعلم أو كان يجب أن يعلم أن الطلب غير سليم وفقا للمادة ١٩ .

"البديل صاد كان الطلب غير سليم ، على نحو ظاهر وواضح ، وفقا لاحكام المادة ١٩ .

"(٣) اذا قرر المصدر رفض الطلب [لأي سبب من الاسباب المشار اليها في الفقرتين (١) و (٢) من هذه المادة] ، وجب عليه أن يوجه على الفور الى المستفيد اشعارا بذلك باحدى وسائط الارسال السلكية أو اللاسلكية أو ، اذا تعذر ذلك ، بوسيلة سريعة أخرى . وما لم ينص في خطاب الكفالة على خلاف ذلك ، ينبغي للاشعار

"البديل ألف أن يبين سبب الرفض .

"البديل باء ، في حالة أن يشكل عدم مطابقة المستندات لاحكام وشروط خطاب الكفالة سبب الرفض ، أن ينص هذا الاشعار على كل اختلاف . ويجب ، اذا كان الرفض مستندا الى سبب آخر ، أن يبين ذلك السبب الآخر .

"[(٤) اذا لم يتقيد المصدر بأحكام المادة ١٦ أو أحكام الفقرة (٣) من هذه المادة ، فانه يمنع

"البديل سين من الادعاء ، بأن الطلب لم يكن مطابقا لاحكام وشروط خطاب الكفالة .

"البديل صاد من التذرع بأي اختلاف في المستندات لم يتم اكتشافه أو لم يرسل به اشعار الى المستفيد حسبما تقضي به تلك الاحكام .]"

الفقرة (١)

١٠٣ - أعرب الفريق العامل عن تفضيل عام للنهج المتبع في البديل باء الذي احتوى على اشارة عامة الى المقتضيات المبينة في المادة ١٤ ، بما في ذلك المقتضيات المتعلقة بشكل الطلب ومكان تقديمه . وبينما تم الاعراب عن الرأي القائل بأن جميع المقتضيات المبينة في المادة ١٤ ليست متساوية الاهمية ، فقد رئي ، بشكل عام ، اتساقا مع قرار اتخذه الفريق العامل في دورته السابعة عشرة ، أن التزامات المصدر المنصوص عليها في المادة ١٧ هي "صورة طبق الاصل" من التزامات المستفيد المذكورة في المادة ١٤ ، التي وضعت كقاعدة عامة أن أي طلب للسداد يجب أن يتفق مع شروط خطاب الكفالة (انظر A/CN.9/361 ، الفقرتان ٤٩-٥٠) .

١٠٤ - وسيق الاقتراح القائل بأن الاشارة الواردة في البديل باء الى أي طلب مقدم "من المستفيد" غير سليمة بالنظر الى أن أي طلب لا يمكن تقديمه من المستفيد فحسب بل أيضا من واحد أو أكثر من المحول اليهم أو من أي شخص آخر يعين بموجب خطاب الكفالة . وعلاوة على ذلك ، فقد يساء فهم الاشارة على أساس أنها تسعى الى تقديم حل للمسألة التي لم تحسم والمتعلقة بالطلب المقدم من محتال . وبعد المناقشة اعتمد الفريق العامل الاقتراح الداعي الى حذف تلك الكلمات .

١٠٥ - ولوحظ أن نص الفقرة (١) لم يحسم مسألة ما اذا كان على المصدر ، في الحالة الاستثنائية التي لا يكون فيها ملزما بالسداد ، التزام برفض السداد أو أنه مأذون له برفض السداد ليس الا . وفي هذا الصدد ، حدد الفريق العامل نوعين متمايزين من أنواع الحالات التي لا يكون المصدر فيها ملزما بالسداد . ومنها الحالة التي يكون فيها الطلب غير سليم بموجب المادة ١٩ . وقد تم تناول تلك الحالة في الفقرة (٢) ، التي تشكل استثناء من القاعدة الواردة في الفقرة (١) . أما النوع الآخر من الحالات فهو الحالة التي يكون فيها الطلب ، رغم سلامته بموجب المادة ١٩ ، لا يتسق مع شروط ومقتضيات خطاب الكفالة أو المقتضيات الاخرى المبينة في الفقرة ١٤ .

١٠٦ - وقيل انه ، بالنسبة للحالات التي يكون فيها الطلب غير مطابق لاحكام وشروط خطاب الكفالة ، ينبغي لمشروع الاتفاقية أن يوضح ما اذا كان المصدر سيواجه بالتزام بعدم السداد أو ما اذا كان بامكانه ممارسة حقه التقديري . وقد تم الاعراب عن وجهات نظر مختلفة فيما يتعلق بهذا الموضوع . وكان أحد الآراء هو أنه ينبغي لمشروع الاتفاقية أن يتجنب معالجة هذا الموضوع ، اذ ان الآثار المترتبة على السداد أو عدم السداد بموجب أي طلب من هذا القبيل لا تتوثق صلتها الا بالعلاقة بين المصدر والاصيل ، وليس هذا موضع تركيز مشروع الاتفاقية . وكان من الآراء الاخرى أنه ، في الحالات التي لا يتفق فيها الطلب مع الاحكام والشروط المبينة في خطاب الكفالة ، وجب الزام المصدر بعدم السداد حيث لا يبدو هناك وجود لاي أسباب قانونية يمكن تأسيس السداد عليها . وثمة رأي آخر أيضا هو أنه ينبغي أن يكون المصدر حرا في تقرير ما اذا كان سيسدد بموجب الطلب غير المتوافق ، كما يمكنه فعل ذلك ، على سبيل المثال ، اذا اعتبر السداد لازما للحفاظ على سمعته الدولية بوصفه مسددا يعول عليه . وذكر أن الاثر الوحيد لاي قرار من جانب المصدر بالسداد بموجب أي طلب غير متوافق هو فيما يتعلق بالالتزام ازاء الاصيل . وذهب رأي آخر الى أنه أيا ما كان الحل بالنسبة للطلبات غير المطابقة ، فلا بد أن يكون مماثلا للحل بالنسبة للطلبات غير السلمية .

١٠٧ - وبعد التداول ، اتفق الفريق العامل على أنه ، عندما لا يكون الطلب غير سليم ولا متوافق مع الاحكام والشروط المبينة في خطاب الكفالة ، يكون المصدر حرا في ممارسة حقه التقديري في تقرير ما اذا كان سيسدد أم لا . ومع ذلك ، فحيثما اختار المصدر أن يسدد بناء على طلب من هذا القبيل ، فان السداد لا يجوز أن يضر بحقوق الاصيل . وطلب من الامانة اعداد مشروع حكم بهذا المعنى لينظر فيه الفريق العامل في دورته القادمة .

الفقرة (٢)

١٠٨ - أعرب عن بعض التأييد لصالح البديل سين ، الذي قيل انه يركز التركيز السليم على المصدر المعين بأن اشترط على المصدر الذي يعلم أو يفترض أن يعلم أن طلب التسديد غير سليم أن يرفض الطلب . وذكر أنه سيكون أمرا غير سليم أن يفرض المرء على المصدر التزاما برفض التسديد دون أن يشترط أنه يعلم أو دون اعتبار لانه يفترض أن يعلم عدم سلامة الطلب . وقيل ان من المهم على نحو خاص عدم السماح بأي فعل للتعامي المقصود الذي قد يختار المصدر بمقتضاه تجاهل عدم سلامة الطلب .

١٠٩ - ومع ذلك ، فقد تم الاعراب عن تأييد كبير لصالح البديل صاد ، الذي قيل انه يضع معيارا موضوعيا يقوم عليه رفض الطلب . وقيل ان مفهوم علم الشخص أو المؤسسة ، كما يتجسد في البديل سين ، ينشىء صعوبات في الاثبات وذلك بسبب طابعه الذاتي . وعلاوة على ذلك ، فان الاشارة في البديل سين الى ما يجب على المصدر أن يعلمه قد يساء تفسيرها على أنها تتطلب تحريات من جانب المصدر لتحديد ما اذا كان الطلب غير سليم ، مما يتناقض مع الطابع الاستقلالي والمستندي للتعهد .

١١٠ - وتم الاعراب عن الرأي القائل بأن البديل صاد غير سليم وعلى نحو خاص لان الاشارة العامة الى أن الطلب "غير سليم على نحو ظاهر وواضح" لا تقرر بوضوح أن تحديد الطابع "غير السليم على نحو ظاهر وواضح" يكون من جانب المصدر . وذكر أنه لا ينبغي افتراض أن تحديد الطابع "غير السليم على نحو ظاهر وواضح" للطلب سيكون من النوع الذي يقرره شخص عادي بل ينبغي أن يقرره المصدر بوصفه شخصا محترما . واقترح بالاستعاضة عن النص الحالي للفقرة (٢) بصياغة تقوم على نص البديل ألف من مشروع المادة ١٩ (١) كما يلي :

"لا يقوم المصدر بالسداد اذا كان واضحا للمصدر ، بشكل لا يدع مجالا للشك ، مع المراعاة الواجبة لما يتسم به التعهد من طبيعة استقلالية ومستندية أن الطلب غير سليم وفقا للمادة ١٩" .

١١١ - وردا على ذلك الاقتراح تم الاعراب عن قلق من أنه بربط تحديد الطابع غير السليم بشخص المصدر ، يمكن أن يساء فهم النص على أنه يدعو المصدر الى ممارسة حقه التقديري لدى تقدير الطبيعة غير السليمة للطلب ، وبذلك يسمح بالسلوك غير الحكيم وغير الملتزم بالمبادىء الاخلاقية من جانب المصدر . وذكر أن هناك حاجة الى معيار أكثر موضوعية .

١١٢ - وفي سبيل تحقيق الموضوعية في المعيار والابقاء ، في نفس الوقت ، على اشارة الى ضرورة معرفة المصدر أن الطلب كان غير سليم ، قدم عدد من الاقتراحات الاخرى ، منها على سبيل المثال : تضمين نص البديل صاد فكرة معرفة المصدر بأن الطلب كان غير

سليم ، أو أن يضاف الى النص البديل سين العبارة الاستهلالية التالية "مع ايلاء الاعتبار اللازم الى ما للتعهد من طابع مستندي ومستقل" ؛ أو حذف عبارة "على نحو ظاهر وواضح" من نص البديل صاد أو الاستعاضة عن نص البديلين بالعبارة "أن هناك سببا وجيها يدعو المصدر الى الاعتقاد بأن الطلب غير سليم" أو "أن المصدر يثبت أن الطلب غير سليم" .

١١٣ - تبين أثناء المناقشة بأن الاهتمامات المعرب عنها تتصل بجانبين مختلفين من جوانب هذه القاعدة . وكان ثمة رأي عام سائد هو أنه سيكون من المفيد التمييز بصورة تحليلية بين الوقائع ، من جهة ، وتكون عادة ظاهرة من الوثائق ، التي تشكل أساس التحديد القانوني فيما يتعلق بعدم سلامة الطلب - وبين القيام بعملية التحديد نفسها ، من جهة ثانية . وتم الاتفاق ، فيما يتصل بالوقائع ، على أن من الضروري أن يكون المصدر على علم بها أو أنها تقع في نطاق علم المصدر ، وعلى أنه لا يكفي أن تقتصر معرفة هذه الوقائع على أشخاص آخرين فحسب . على أن الوجه الثاني ، أي استخلاص النتيجة القائلة ان هذه الوقائع ترقى الى الحكم بعدم سلامة الطلب ، ينبغي ألا يترك أمره لتقدير المصدر وحده دون غيره ؛ فان استخلاص نتيجة من هذا القبيل ينبغي أن يقوم على أساس ما اذا كانت هذه الوقائع تعتبر بشكل عام حالة واضحة لعدم السلامة . وعلى ضوء هذا التصور اقترح استخدام الصيغة التالية وتمت الموافقة على ذلك :

"(٢) لا يقوم المصدر بالتسديد ، اذا أتى بوقائع تثبت على نحو ظاهر وواضح أن الطلب غير سليم ، وفقا لاحكام المادة ١٩" .

<u>الفقرتان (٣) و (٤)</u>

١١٤ - أكد الفريق العامل من جديد تأييده لادراج شرط توجيه اشعار للمستفيد من رفض الطلب . على أنه جرى تبادل للآراء ، يتعلق بما اذا كان ينبغي عدم تطبيق شرط توجيه الاشعار الا عندما يكون سبب الرفض اختلاف في الوثائق ، أو ما اذا كان شرط الاشعار ينبغي أن يكون أوسع نطاقا ، ويكون منطبقا حتى في حالات عدم سلامة الطلب .

١١٥ - وأبدي رأي مفاده أن شرط الاشعار ، الذي يتضمن التزاما ببيان أسباب الرفض للمستفيد ، ينبغي أن يقتصر على الحالات التي تكون فيها الوثائق مختلفة . والاهتمام الخاص الكامن وراء هذا الرأي هو أن تطبيق قاعدة المنع ، المبينة في الفقرة (٤) على عدم توجيه المصدر اشعارا بعدم سلامة الطلب كسبب مبرر للرفض سيكون له أثر غير مقصود في النص ، هو مساعدة المتورطين في عمليات احتيال ، أو الذين يحاولون الحصول على التسديد بموجب خطابات كفالة غير صالحة أو لا وجود لها . وأشير الى أن فرض التزام بدون النص في الاتفاقية على منع حالات من هذا القبيل ، ليس من شأنه بالضرورة الحيلولة دون ثني المحكمة عن فرض جزاء على هذا المنع .

١١٦ - على أن الرأي السائد كان وجوب تطبيق شرط الاشعار على جميع حالات رفض الطلب ، بما في ذلك عدم التقيد بالمادة ١٦ (٢) أو عدم صلاحية خطاب الكفالة أو عدم وجوده . وذكر أنه ، حتى في حال عدم سلامة الخطاب ، لا يجوز الافتراض بأن المستفيد ، كقاعدة عامة ، لا مصلحة مشروعة له في الوقوف على سبب الرفض ، لأن المستفيد نفسه قد يكون في بعض الأحوال ضحية احتيال . وأشير الى أنه يمكن حصر تطبيق قاعدة المنع في اختلاف الوثائق تجاوبا مع دواعي القلق التي أثيرت . ولاحظ الفريق العامل أن نطاق شرط الاشعار يتصل اتصالا وثيقا بنطاق أي شرط للمنع متفق عليه في الفقرة (٤) .

١١٧ - وقبل أن ينتقل الفريق العامل الى مناقشة الفقرة (٤) ، نظر في عدد من الملاحظات المتعلقة بجوانب أخرى للفقرة (٣) . وكانت احدى هذه الملاحظات أنه عند تنقيح النص ، ينبغي توخي الانسجام بين الجملة الأولى في الفقرة (٣) والمهلة الزمنية المحددة في المادة ١٦ (٢) . وفي هذا السياق ، أثيرت مسألة ما اذا كان تعبير "على التو" واضحا بصورة كافية . وكان هناك مسائل أخرى ، منها ما اذا كان الاشعار لازما عندما يكون سبب الرفض هو تجاوز المهلة المحددة ، وما اذا كان ينبغي أن تتضمن الاتفاقية حكما ينص على الزام المصدر بوضع الوثائق تحت تصرف المستفيد في حال الرفض . أما فيما يتصل بالصيغتين البديلتين في الفقرة (٣) ، اللتين تشترطان كلاهما توجيه اشعار لبيان أسباب الرفض ، فبرز تفضيل لصيغة البديل ألف الأبسط . ووافق الفريق العامل على اقتراح الاستعاضة عن تعبير "قرر [المصدر] رفض ..." بلفظة "رفض" ، لأن ذلك التعبير قد يؤول على أنه يشير الى درجة أكبر مما ينبغي من حرية التقدير بالنسبة للمصدر .

١١٨ - وبالنظر الى الفقرة (٤) ، أبديت آراء متباينة بصدد قاعدة المنع المنصوص عليها في هذه الفقرة . وذهب رأي الى أنه ينبغي حذف هذه الفقرة ، لأن مسألة العقوبات يمكن أن تعالج معالجة كافية بموجب القانون الوطني ، الذي يجد فيه المستفيد وسائل انتصاف ، ولذلك فان ذكر قاعدة المنع غير ضروري في الاتفاقية . وأفاد رأي آخر ، يوافق على حذف الفقرة أيضا ، أنه بالرغم من أن قاعدة المنع هي قاعدة ضرورية ، ولا سيما لممارسات الكفالات أو خطابات الاعتماد الضامن ، فمن الممكن الاستغناء عن ذكر القاعدة في الاتفاقية بدون الإضرار بالعرف ، لأن قاعدة المنع ستنطبق على خطابات الاعتماد الضامن بحكم الممارسات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية . وأعرب عن رأي ثالث متحصل في أنه بالنسبة لحالات الخروج على أحكام أي من المادتين ١٦ (٢) و ١٧ (٣) ، لا موجب لأن تتضمن الاتفاقية قاعدة منع وانما يتعين أن تنص بدلا من ذلك على تعويض الأضرار .

١١٩ - وكان ثمة رأي رابع ، اجتذب تأييدا واسع النطاق ، مؤداه أن من الضروري اثبات ذكر قاعدة المنع ، لانها حكم تأميني ، يعطي معنى للواجبات المفروضة على المصدر . وأشير الى أن عدم ادراج هذا الحكم من شأنه ترك ثغرة خطيرة في الاتفاقية . على أن الفريق العامل أقر بأن الفقرة (٤) ينبغي ألا تصاغ بشكل عام ، يسمح بتطبيق قاعدة

المنع على عدم توجيه اشعار بعدم السلامة أو عدم الصلاحية . وكان هناك اتفاق عام على أن نتيجة من هذا القبيل ليست مقصودة أو مستصوبة ، وأنه ينبغي أن يبين بوضوح أنه لا يقصد بقاعدة المنع أن تطبق في هذه الحالات . وتم الاتفاق أيضا على أن نص الحكم ينبغي أن يصاغ بشكل أوضح ، بأن يشار ، على وجه التحديد ، الى الفقرة (٢) من المادة ١٦ .

١٢٠ - وجرى البحث في أساليب شتى ممكنة لمعرفة كيفية معاملة مسألة العقوبات ، فيما يتعلق بأي من واجبات الاشعار التي لا تخضع لقاعدة المنع . وتمثل أحد الأساليب المطروحة في مجرد ترك الامور الى القانون الدولي ، حيث يمكن للمستفيد الحصول على انتصاف بالتعويض والفائدة (مثل مبلغ خطاب الكفالة ، والفائدة التي تدفع لعدم الاشعار بعيوب كان يمكن علاجها) . وانتقد هذا الأسلوب على أساس أنه ضئيل الجدوى في بلوغ اليقين ، لان ههنا مجالا لا تتصدى له على وجه التحديد قوانين عدة بلدان ، وأن وحدة القانون ينبغي أن تتحقق في هذا الموضوع الهام . وثمة نهج آخر ، استأثر بتأييد الفريق العامل ، يقوم على النظر في أمر تضمين الاتفاقية حكما يتعلق بالعقوبات ، شاملا لجوانب شرط الاشعار غير المشمولة بقاعدة المنع .

١٢١ - وبعد التداول ، اتخذ الفريق العامل القرارات التالية بصدد الفقرتين (٣) و (٤) . وتم الاتفاق على أن تنص الفقرة (٣) على وجوب توجيه المصدر اشعارا بجميع أسباب الرفض ، لا مجرد اشعار بما يوجد في المستندات من اختلافات . وأكد الفريق العامل بصورة مبدئية ، وشريطة معاودة النظر في هذا الموضوع ، أنه ينبغي استبقاء قاعدة المنع ، على ألا تطبق الا في حال وجود اختلاف في الوثائق أو عدم التقيد بالمادة ١٦ (٢) . ولتسهيل القيام بمداولات أخرى للفريق العامل ، طلب الى الامانة أن تعد مشروع نص بشأن تعويض الاضرار كبديل لقاعدة المنع بالاضافة الى نص آخر يتعلق بالجزاءات الخاصة بجوانب شرط الاشعار التي لا تخضع لقاعدة المنع .

١٢٢ - وطلب الى الامانة كذلك أن تعد صيغة مبدئية لحكم يتعلق بتاريخ استحقاق تسديد قيمة خطاب الكفالة . واشير الى أنه سيكون من المفيد أن يوضح هذا النص أن التزام المصدر يترتب عليه التسديد العاجل/السريع ، لا مجرد اتخاذ قرار من قبله في الوقت المناسب يتصل بالموافقة على طلب التسديد أو عدمها . ويمكنه كذلك أن يوضح مسألة اللجوء الى التسديد المؤجل في معارسات الكفالات أو خطابات الاعتماد الضامن ، لان هذه الممارسة لا تزال غير مألوفة في عدد من البلدان . وطلب الى الامانة كذلك أن تعد نصا - ليقوم الفريق العامل بالنظر فيه ، يتعلق بوجوب قيام المصدر بالتسديد ، بالرغم من عدم ملاءة الأصلي ، وبالرغم من امكان قيام ظروف مماثلة تؤثر في كفالة المصدر ، مثل عدم دفع المسؤول الاصلي عمولة .

ثالثا - الاعمال المقبلة

١٢٣ - قرر الفريق العامل ، رهنا بموافقة اللجنة ، أن تعقد الدورة القادمة في فيينا ، في الفترة من ٢٢ تشرين الثاني/نوفمبر الى ٣ كانون الاول/ديسمبر ١٩٩٣ .

١٢٤ - ولاحظ الفريق العامل أن الامانة تعتزم اعداد صيغة منقحة لمشروع المواد ، من المادة ١ الى المادة ١٧ ، مع مراعاة المناقشة والمداولات التي جرت في الدورتين الثامنة عشرة والتاسعة عشرة ، وأن النص المنقح سيكون متاحا للدورة المشرين . وتم الاتفاق على أن يقوم الفريق العامل ، في الدورة المذكورة ، بالنظر أولا في المواد ١٨ لغاية ٢٧ ، على النحو المبين في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.76 و Add.1 ويضطلع بعدئذ باعادة النظر في مشروع المواد المنقحة من المادة ١ لغاية المادة ١٧ .

- - - - -