



FILE COPY

REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT
please return to room

الأمم المتحدة



المجلس الاقتصادي والاجتماعي

Distr.
GENERAL
A/CN.
E/AC.9/330
6 February 1990
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الثالثة والعشرون

نيويورك ، ٢٥ حزيران/يونيه -

٦ تموز/يوليه ١٩٩٠

تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية

الدولية عن أعمال دورته الثالثة عشرة

(نيويورك ، ٨ - ١٨ كانون الثاني/يناير ١٩٩٠)

المحتويات

<u>المفحة</u>	<u>الفقرات</u>	
٣	٨ - ١	مقدمة
٤	١٠ - ٩	أولا - المداولات والقرارات
		ثانيا - القضايا الممكن طرحها بشأن قانون موحد عن الكفالات
٤	١٠٧ - ١١	وخطابات الاعتماد الضامن
٤	٥٧ - ١١	ألف - النطاق الموضوعي للقانون الموحد
		١ - المناقشة العامة حول غاية القانون
٤	١٤ - ١١	الموحد ونطاقه الموضوعي
٥	٢٤ - ١٥	٢ - عناصر ممكنة لتعريف "خطاب الكفالة" ..
٦	١٩ - ١٦	(أ) التعهد المستقل بالسداد
٦	٢٠	(ب) الالتزام بالأحكام والشروط
		(ج) المبلغ وعملة السداد المحددان أو
٧	٢٢ - ٢١	اللذان يمكن تحديدهما
٧	٢٥ - ٢٣	(د) المطالبة في غضون فترة زمنية محددة
٨	٢٦	(هـ) الغرض من اصدار خطاب الكفالة
٨	٢٩ - ٢٧	(و) التعهد بشكل خطي

المحتويات (تابع)

<u>المفحة</u>	<u>الفقرات</u>	
		(ز) صادرة عن مصرف أو كفيل آخر ببناء
		على طلب عميل (طرف أصلي أو طرف
٩	٣٠ - ٣٢	أمر أو طرف حساب)
٩	٣٣ - ٣٤	(ح) السداد إلى طرف آخر (المستفيد) ..
٩	٣٥ - ٤٦	٣ - العلاقات التي ستتناول في القانون الموحد
٩	٣٥ - ٣٩	(أ) العلاقة بين الكفيل والمستفيد
١٠	٤٠	(ب) العلاقة بين الكفيل والمدين الأصلي
١١	٤١ - ٤٦	(ج) العلاقة بين الكفيل وكفيل الكفيل .
١٢	٤٧ - ٥٧	٤ - الاقتصار على خطابات الكفالة الدولية
١٤	٥٨ - ٧٥	باء - استقلال الأطراف وحدوده
١٤	٥٨ - ٦٠	١ - الاعتراف الصريح باستقلال الأطراف
		٢ - امكانية الاحالة إلى قواعد موحدة أو
١٥	٦١ - ٦٥	إلى أعراف وتقاليد
١٧	٦٦ - ٧٥	٣ - الحدود الممكنة لاستقلال الأطراف
١٧	٦٦ - ٦٧	(أ) الحدود المقررة في أحكام الزامية
١٧	٦٨ - ٧٥	(ب) استبعاد شروط الدفع غير المستندية
١٩	٧٦ - ١٠٢	جيم - قواعد التفسير الممكنة
١٩	٧٧ - ٨١	١ - التعاريف
٢٠	٨٢ - ٨٥	٢ - قواعد التفسير العامة
٢١	٨٦ - ١٠٢	٣ - قواعد التفسير الخاصة
٢٤	١٠٣ - ١٠٧	دال - شكل وموعد انشاء خطاب الكفالة
٢٦	١٠٨ - ١١٠	شالسا - الاعمال المقبلة
٢٦		الحواشي

مقدمة

١ - عملاً بمقرر اتخذته اللجنة في دورتها الحادية والثلاثين ،^(١) كرس الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية دورته الثانية عشرة لاستعراض مشروع القواعد الموحدة للكفالات الجاري اعداده من قبل الغرفة التجارية الدولية ، وكذلك لدراسة استصواب وامكانية القيام ، في المستقبل ، بأي عمل يتصل بالمزيد من التوحيد على صعيد القانون التشريعي فيما يتعلق بالكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة . وأوصى الفريق العامل ببدء العمل في اعداد قانون موحد سواء جاء على شكل قانون نموذجي أو على شكل اتفاقية .

٢ - وقبلت اللجنة ، في دورتها الثانية والعشرين توصية الفريق العامل ببدء العمل على وضع قانون موحد ، وأوكلت هذه المهمة اليه . كما طلب الى الأمانة العامة اعداد الوثائق اللازمة في هذا الصدد .^(٢)

٣ - وعقد الفريق العامل ، المؤلف من جميع الدول أعضاء اللجنة ، دورته الثالثة عشرة عشرة في نيويورك ، في الفترة الممتدة من ٨ الى ١٨ كانون الثاني/يناير ١٩٩٠ . وحضر الدورة ممثلون عن الدول التالية ، الأعضاء فيه : اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفياتية ، الأرجنتين ، أسبانيا ، ألمانيا (جمهورية - الاتحادية) ، إيران (جمهورية - الاسلامية) ، بلغاريا ، تشيكوسلوفاكيا ، الجماهيرية العربية الليبية ، شيلي ، الصين ، فرنسا ، الكامبيرون ، كندا ، كوبا ، كينيا ، ليسوتو ، مصر ، المغرب ، المكسيك ، المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية ، الهند ، هنغاريا ، هولندا ، الولايات المتحدة الأمريكية ، اليابان ، يوغوسلافيا .

٤ - وحضر الدورة مراقبون عن الدول التالية : استراليا ، اكوادور ، اندونيسيا ، أوغندا ، بولندا ، تايلند ، تونس ، الجمهورية الديمقراطية الألمانية ، جمهورية تنزانيا المتحدة ، جمهورية كوريا الشعبية ، السويد ، سويسرا ، فنلندا ، كولومبيا ، ليبيريا ، ملاوي ، ميانمار ، النمسا .

٥ - كما حضر الدورة مراقبون عن المنظمات الدولية التالية : صندوق النقد الدولي ، الغرفة التجارية الدولية ، اتحاد المصارف الأوروبية .

٦ - وانتخب الفريق العامل عضوي المكتب التاليين :

الرئيس : السيد ر. اليسكاس اورتيز (اسبانيا)

المقرر : السيدة ر. م. بينيلو (كوبا)

٧ - وكان معروضا على الفريق الوثائق التالية : جدول الاعمال المؤقت (A/CN.9/WG.II/WP.64) ومذكرة من الامانة العامة تحتوي على مناقشة بعض القضايا بشأن اعداد قانون موحد : النطاق الموضوعي للقانون الموحد ، واستقلالية الاطراف وحدودها ، وقواعد التفسير (A/CN.9/WG.II/WP.65) .

٨ - واعتمد الفريق العامل جدول الاعمال التالي :

- ١ - انتخاب أعضاء المكتب .
- ٢ - اقرار جدول الاعمال .
- ٣ - القضايا الممكن طرحها بشأن قانون موحد عن الكفالات وخطابات الاعتماد الضامن .
- ٤ - مسائل أخرى .
- ٥ - اعتماد التقرير .

أولا - المداولات والقرارات

٩ - استهل الفريق العامل الاعمال التي أوكلتها اللجنة اليه بتدارس القضايا الممكن طرحها بشأن قانون موحد ، على نحو ما وردت مناقشته في مذكرة الامانة العامة (A/CN.9/WG.II/WP.65) . وترد مداولات الفريق العامل واستنتاجاته في الفروع ألف الى جيم من الفصل الثاني .

١٠ - وأجرى الفريق العامل تبادلا أوليا للآراء بشأن القضايا الأخرى الممكن طرحها والمشمولة بالقانون الموحد ، وذلك على النحو المبين في الفرع دال من الفصل الثاني .

ثانيا - القضايا الممكن طرحها بشأن قانون موحد

عن الكفالات وخطابات الاعتماد الضامن

ألف - النطاق الموضوعي للقانون الموحد

١ - المناقشة العامة حول غاية القانون الموحد ونطاقه الموضوعي

١١ - أبدت ملاحظات عامة حول غاية القانون الموحد الذي سيوضع ، وحول نطاقه الموضوعي . ففيما يتعلق بغايته ، رثي أنه ينبغي أن يؤدي وظيفة توفيقية يتخطى بها

أوجه التباين الأساسية التي تفصل بين النظم القانونية ، وأن يكون نطاقه متواسعا ومركزا على قضايا جوهرية مثل الصلاحية ، وقابلية الانفاذ ، وفترة النفاذ ، وانتهاء المفعول ، ومسؤولية الاطراف ، والاعتراض على السداد . كما رشي أن القانون الموحد لا ينبغي أن يحد ، بغير وجه حق ، من استقلال الاطراف ، وإن شكل القانون النموذجي أفضل من شكل الاتفاقية . وحول هذه المسألة الأخيرة ، وافق الفريق العامل على أن من السابق لأوانه اتخاذ قرار في هذه المرحلة المبكرة .

١٢ - وذكر أيضا أن القانون الموحد لا ينبغي أن يضر بالممارسة الراسخة والسليمة للكفالات وخطابات الاعتماد الضامن ، ولا بمستقبل هذه الممارسة . ودعي ، في هذا الصدد ، إلى جعل القانون الموحد متسقا مع القواعد الموحدة ذات الصلة التي وضعتها الفرقة التجارية الدولية . كما دعي ، تلافيا للتضارب أو التعارض ، إلى جعله يركز على القضايا التي لم تتسن معالجتها بفعالية من خلال القواعد التعاقدية .^(٣)

١٣ - وفيما يتعلق بأنواع المكوك التي سيشملها القانون الموحد ، كان الرأي السائد هو الذي يدعو إلى أن يركز هذا القانون على الضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامن ، مع القول بإمكان توسيع نطاقه ، حيث يكون ذلك مفيدا ، حتى يشمل خطابات الاعتماد التجارية التقليدية ، نظرا لطابعها المستقل وللحاجة إلى تنظيم القضايا المتساوية في الأهمية .

١٤ - ورشي أن خطابات الاعتماد الضامن ينبغي معالجتها منفصلة انفصالا واضحا عن الكفالات المستقلة ، بالنظر إلى اختلاف المنشأ الوظيفي . على أن الرأي السائد كان يحد من معالجة الفئتين معا ، لاشتراكهما في الطابع القانوني التنفيذي ، فضلا عن تماثلهما في الوظيفة . وقيل أن القانون الموحد يمكن أن يعتمد اسما مشتركا لهذين المكين ، مثل مصطلح "خطاب الكفالة" الذي اقترحته الأمانة العامة . وقيل أيضا أن بالإمكان طرح اسم "الضمان المالي المستقل" بوصفه تسمية عامة تتضمن أيضا خطاب الاعتماد التجاري ، أي مجموع الأنواع الثلاثة من المكوك المستقلة التي سيشملها القانون الموحد ، حيثما يكون ذلك ممكنا وملائما .

٢ - عناصر ممكنة لتعريف "خطاب الكفالة"

١٥ - ناقش الفريق العامل العناصر المختلفة لتعريف خطاب الكفالة ، على أساس الاعتبارات والمقترحات الواردة في المذكرة المشار إليها أعلاه (A/CN.9/WG.II/WP.65) ، الفقرات (٢ - ٤٧) . وكان مفهوما أن مناقشة العناصر ، ولو أنها تتمثل أساسا بتعريف "خطاب الكفالة" ، كثيرا ما تكون وثيقة الصلة بالموضوع ، لأنها ستراعى لاحقا لدى صياغة الأحكام المنطوقية .

(١) التعهد المستقل بالسداد

١٦ - وافق الفريق العامل على أن تعريف خطاب الكفالة ينبغي أن يشمل فكرة وجود تعهد مستقل بالسداد . وأبدي تفضيل لتعبير "تعهد" ، أو ربما "وعد" على تعابير أخرى من قبيل "عقد" أو "اتفاق" أو "ترتيب" ، لأنه لا ينطوي على اتخاذ موقف في المسألة الخلافية التي هي مسألة الوصف القانوني بالأحادية أو الشنائية . ورئي أن تعبير "يسدد" قد يكون مفرطاً في التضييق ، وأن تعبير "ينجز" أو "يفي" قد يكون أنسب . وفيما يتمل بموضوع السداد ، قيل أنه ينبغي فهمه على أنه ذو طابع مالي .

١٧ - وفيما يتعلق بوصف التعهد بأنه "مستقل" ، اتفق الفريق العامل على أن هذا عنصر هام ينبغي إدراجه ضمن التعريف ، وخاصة لتعيين حدود الكفالات القانونية ، التي يجب استبعادها من القانون الموحد . ولوحظ أن مفهوم استقلال تعهد الكفيل يتصل ، بالدرجة الأولى ، بما يسمى المعاملة السببية بين المدين الأصلي والمستفيد ، وأن كان يتعداه ليشمل علاقات أخرى مثل العلاقة بين الكفيل والمدين الأصلي ، والعلاقة بين الكفيل وكفيله .

١٨ - وفيما يتعلق بأساليب التعبير عن مفهوم الاستقلالية ، أشير إلى أن الكفيل يمكن أن يمنع من التذرع ، ضد المستفيد ، بالدفع التي يمكن أن يسوقها المدين الأصلي ضد المستفيد ، أو المدين الأصلي ضد الكفيل ، وخاصة فيما يتمل بادعاء وجود تضارب بين تعليمات المدين الأصلي وخطاب الكفالة بالصيغة التي صدر بها . ورأي البعض أن تعبير الاستقلال هذا أنسب من تعبير آخر أشد حسماً ، هو : "الكفالة مستقلة عن أية علاقة سببية أو أي علاقة أخرى" . وأعرب عن الخشية من فهم التعبير الأخير على أنه يشكل حظراً مطلقاً على الرجوع إلى أي هيئة فيما يتمل بالعلاقة السببية ، بحيث يمكن ، مثلاً ، أن يعوق امكانية الاحالة إلى مثل هذه الهيئة في حالة الاحتيال أو اساءة استخدام الحق .

١٩ - وعلى نفس المنوال ، ارتئي ألا يكون التعبير عن الاستقلال قاطعاً ومطلقاً إلى حد يعوق التناول الملائم لمسائل أكثر تحديداً ، مثل جواز شروط ما قبل الإبرام أو شروط الدفع غير المستندية أو أي شروط أخرى يتفق عليها في الكفالة . وتم التوصل ، من ثم ، إلى أن التعريف ينبغي أن يشمل عرضاً للمبادئ ، وأن مفهوم الاستقلال لا بد من مقله وتطويره في السياقات المختلفة للأحكام المنطوقية .

(ب) الالتزام بالأحكام والشروط

٢٠ - اتفق الفريق العامل على أن الالتزام بالأحكام والشروط الواردة في خطاب الكفالة ينبغي أن يدرج بين عناصر تعريف خطاب الكفالة ، حتى لو اعتبر شرطاً بديهياً . فمن شأن إدراجه أن يساعد على وصف خصائص التعهد وإيضاح أن هذا التعهد لم

يمفغ الا وفق الاحكام الواردة في خطاب الكفالة ، وليس في ضوء شروط أخرى خارجة عنه .
وكان مفهوما أن هذه الاشارة الى الالتزام لا تنطوي على اتخاذ موقف في المسائل التي
منها احتمال عدم مقبولية أحكام وشروط معينة ، أو ما اذا كانت ملاحية خطاب الكفالة
تتطلب أحكاما وشروطا بعينها .

(ج) المبلغ وعملة السداد المحددان أو اللذان يمكن تحديدهما

٢١ - لوحظ أن الاشارة الى تسديد بالنقد أو بعملة ما قد تكون مغرطة في التضييق ،
لكونها تستبعد ، مثلا ، التعهد بالسداد بالذهب . ولهذا اقترح استخدام صياغة أوسع ،
مثل "السداد بأي شيء مذكور في خطاب الكفالة" . وكان مفهوما أن أي اشارة من هذا
القبيل في التعريف لا تعدو أن تكون تعبيراً عن مبدأ ، وأنها لا تتناول مسائل بعينها
مثل جواز القبول بشيء ما يستعمل للسداد ، أو احتمال نشوء الحاجة الى تأمين آلية
للتحويل .

٢٢ - واتفق الفريق العامل على أنه لا ينبغي تحديد المبلغ المتوجب ، مع أنه يلزم ،
على الأقل ، أن يكون المبلغ قابلاً للتحديد . ولوحظ أن خطابات الكفالة التي يحدد
فيها المبلغ هي ، في الواقع العملي ، مستخدمة ، وأنها تقضي ، مثلا ، بتخفيضات
تتوافق وتنقص المجازفة المكفولة (مثلا تقدم الاعمال المشمولة بكفالة أداء) . وأعرب
عن التخوف من أن التحديد اللازم في هذه الحالات قد ينال من الطابع المستقل للتعهد ،
الا اذا حدد المبلغ بأقساط معينة . ولتلافي هذه المخاوف ، اقترح أن يكون التحديد من
نوع يمكن للكفيل أن يجريه مباشرة ، كأن يتم ذلك ، مثلا ، على أساس مستندات محددة .

(د) المطالبة في غضون فترة زمنية محددة

٢٣ - اتفق الفريق العامل على وجوب تقديم طلب السداد في غضون فترة زمنية ما تحدد
من حيث الملاحية وفترة النفاذ ، وبالتالي على ضرورة اشاعة اليقين بالنسبة للحد
الزمني الدقيق الذي تبدأ معه الفترة الزمنية في السريان ، وهو تاريخ التحرير أو
النفاذ . واعتبر من المهم أيضا النص على الحد الزمني الدقيق لانتفاء المفعول ،
سواء كان هذا الانتفاء تاريخاً أو واقعة ، على أن يتحدد ذلك على أساس مستند أو ،
ربما ، وسيلة أخرى سهلة التعيين . وقيل أنه يلزم تناول المسألتين كليهما في
القواعد المنطوقية للقانون الموحد .

٢٤ - ولوحظ ما ظهر بالممارسة من أن هناك خطابات كفالة لا تحدد فترة للملاحية أو
النفاذ ، وخلص من ذلك الى أن القانون الموحد لا ينبغي أن يتطلب احتواء خطابات
الكفالة على مثل هذا الشرط . ولكن أعرب عن مخاوف بشأن هذه التعهدات ذات الملاحية
غير المحددة ، ورؤي أن التعهدات المستديمة مثيرة للخلاف وغير مستموبة تجارياً لأنها
تفتقر الى تواريخ انتهاء الملاحية ، فضلا عن أنها تشير مخاوف تنظيمية بسبب

ما تحتويه من استمرار المسؤولية والتعرض للمخاطرة ، كما أنها تشير الارتياح لأنها يمكن أن تتأثر بتقادم ينص عليه بقانون نافذ قد يكون ، هو نفسه ، صعب التحديد . وفي النقطة الأخيرة رُوي أن الحاجة تدعو إلى مواصلة النظر في الأثر الذي يمكن أن يحدثه التقادم في التعهدات التي لا تنص على فترات صلاحية محددة .

٢٥ - وتوخيا لازالة هذه المخاوف ، اقترح أن ينص القانون الموحد على فترة انقطاع من خمس إلى عشر سنوات ، مثلا ، بالنسبة لخطابات الكفالة التي لا تنص على تحديد فترة صلاحية . ولكن خشي من ألا يلقي هذا الحكم قبول جميع الدول إذا كان يمنع إصدار خطابات الضمان التي تنص على صلاحية مستديمة .^(٤)

(هـ) الغرض من إصدار خطاب الكفالة

٢٦ - اتفق الفريق العامل على ألا يشمل تعريف خطاب الكفالة الزاما بتبيان الغرض من إصداره .

(و) التعهد بشكل خطي

٢٧ - كان الرأي السائد هو أن مسألة شكل خطاب الكفالة لا ينبغي تناولها ضمن تعريف خطاب الكفالة ، الذي له أهميته بالنسبة للنطاق الموضوعي للقانون الموحد ، بل ضمن حكم منطوقه يتمثل بتحرير خطاب الكفالة بطريقة صحيحة .

٢٨ - وطرحت آراء متباينة حول ما إذا كان ينبغي اقتضاء شكل خطي ، فذهب رأي إلى أن هذا الشكل ضروري لتأكيد جدية التعهد ، وبالتالي لتهيئة سند موثوق ويمكن الإنفاذ . وقيل أنه يمكن التوسع في تعريف شروط الشكل الخطي بحيث يشمل الوسائل المناظرة للرسالة الالكترونية أو غيرها من الوسائل التي تلبي الأغراض المذكورة أعلاه . وقال رأي آخر بأن القانون الموحد ينبغي أن يكون تحريريا فلا يفرض بنفسه أي قيود من ناحية الشكل ، حتى لو كانت التعهدات الشفوية نادرة في الممارسة الواقعية . بيد أنه ، تمشيا مع النهج المعتمد في اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ، ١٩٨٠) ، يمكن أن يترك للدول ، فرادى ، خيار إيراد هذا الشرط عند تنفيذها للقانون الموحد . وبمصدد الاقتراح الأخير ، أشير إلى أنه ربما لزم تعديل صياغة تلك الاتفاقية استنادا إلى الفرق بين عقد البيع وخطاب الكفالة ، وأنه لا يجوز استخدام آلية للتحفظ إلا إذا انتهى إلى إقرار القانون على شكل اتفاقية .^(٥)

٢٩ - وطلب إلى الأمانة العامة إعداد مشروع أحكام بديلة يعكس الرأيين ، وطلب إليها ، في هذا السياق ، أن تنظر في مسألة التمييز بين الصيغة الأصلية التي يحرر بها خطاب الكفالة وبين أي تعديلات لاحقة ، لكون التعديلات تجري شفويا في بعض الأحيان . كما طلب أن تعالج ، في مشروع الأحكام ، القضية الإضافية المتعلقة بالتصديق .

(ز) صادرة عن مصرف أو كفيل آخر بناء على طلب عميل (طرف أصلي أو طرف
أمر أو طرف حساب)

٣٠ - اتفق الفريق العامل على أن القانون الموحد لا ينبغي أن يغطي ، حصراً ، الكفالة الصادرة عن المصارف ، وأن يتعدها إلى الخطابات الصادرة عن المؤسسات أو الأشخاص الآخرين . وكان مفهوماً أن هذا الشمول الواسع لن يتداخل مع أي نظام لأي دولة يحظر على بعض المؤسسات أو الأشخاص إصدار خطابات الكفالة ، وأشير أيضاً إلى أن شمول كفلاء غير المصارف لا ينبغي أن يفهم منه أن مستوى السلوك المتوقع منهم قد يكون مختلفاً عن السلوك المطلوب في الممارسة السليمة للكفالات وخطابات الاعتماد الضامن .

٣١ - وفيما يتعلق بالعنصر المحتمل إدراجه والذي يستلزم أن يصدر خطاب الكفالة بناءً على طلب شخص آخر ، أعرب عن مخاوف مفادها أن هذا قد يكون في غاية التضيق ، إذ أنه قد لا يكون ملائماً لحالات كفل الكفيل ، أو للحالات الاستثنائية التي تندر فيها هيئة ما خطاب كفالة لمصالح نفسها . واتفق على أنه ، عند صياغة عنصر طلب العميل ، ينبغي السعي إلى إزالة تلك المخاوف .

٣٢ - واتفق الفريق العامل على أن الأحكام التي تستخدم في القانون الموحد بالنسبة لمختلف الأطراف المشاركين في عمليات خطاب الكفالة يجب أن تختار بعناية ، مع مراعاة الاستخدامات المعمول بها حالياً في أرجاء العالم المختلفة ، والحاجة إلى تماثل الصيغ الموضوعة باللفات الرسمية الست للأمم المتحدة .

(ح) السداد إلى طرف آخر (المستفيد)

٣٣ - اتفق الفريق العامل على أن يتضمن تعريف "خطاب الكفالة" عنصر السداد "إلى طرف آخر" ، يسمى "المستفيد" .

٣٤ - وذكر في هذا الصدد أن هناك عدداً من المصطلحات الأخرى التي ينبغي تعريفها في القانون الموحد ، ومنها على سبيل المثال : التفاوض ، التحويل ، النقل ، المستند ، التسديد ، الوفاء ، أسلوب خطاب الاعتماد . واتفق الفريق العامل على أن ينظر في هذا الاقتراح في مرحلة لاحقة .^(٦)

٣ - العلاقات التي تتناول في القانون الموحد

(١) العلاقة بين الكفيل والمستفيد

٣٥ - لوحظ أن من المتوقع أن تتناول ، في معظم الأحكام المنطوقية التي يضمنها القانون الموحد ، حقوق والتزامات الكفيل والمستفيد . وعليه ، فقد ذكر أن المبدأ

المشار اليه من قبل ، ومفاده أنه ينبغي حصر القانون الموحد بالعناصر اللازمة ، بالذات ، لسد الثغرات الناجمة عن الاختلافات القائمة بين النظم القانونية ، هو مبدأ يتسم بأهمية خاصة في هذا السياق . وفيما يتصل بالعلاقة بين الكفيل والمستفيد ، قيل ان تلك العناصر يمكن أن تضم مسائل مثل استقلال التزام الكفيل ، وقطعية الالتزام ، ووقت انشاء الالتزام ، ووقت انقضاء أجله ، وفترة التقادم التي يمكن في غضونهما تقديم المطالبات بموجبه .

٣٦ - وذهب رأي آخر الى أن القانون الموحد يمكن أن يتضمن تفصيلا أوسع مما اقترح أعلاه . وذكر أن الغرض من القانون الموحد هو التوحيد القانوني ، وأن أي مسائل قانونية لا يشملها هذا القانون ستحل عمليا بالرجوع الى الاحكام الأخرى للقانون الوطني ، وهي غير موحدة . ولذلك اقترح أن يتم ، عند تحضير الأمانة العامة للمشروع الأول للقانون الموحد ، الاكثار من التفاصيل لا التقليل منها ، وللغريق العامل أن يقرر شطب الاحكام التي يراها غير ضرورية .

٣٧ - وتناقش الغريق العامل في صوابية تضمين القانون الموحد اشارة واضحة الى الوصف القانوني لالتزام الكفيل . ودعا أحد الآراء الى أن يذكر هذا القانون بوضوح أن لالتزام الكفيل طابعا تعاقديا ، ومن نتائج هذا الوصف أنه يجعل الكفيل في حل من أي التزام الى أن يقبل المستفيد أحكام خطاب الكفالة .

٣٨ - وقال رأي آخر بأنه ينبغي صياغة القانون الموحد بطريقة تجتنب استخدام المفاهيم . وذكر أن هناك عددا من النظم القانونية لم يحسم بعد بوضوح الوصف القانوني الملائم تطبيقه على العلاقات المختلفة . وفيما يتصل باقتراح تعريف التزام الكفيل بأنه تعاقدى في طبيعته ، قيل ان هذا الوصف سيخلق مشاكل فيما يخص نقل حقوق المستفيد الى شخص ثالث بموجب خطاب الكفالة .

٣٩ - وأبدى الغريق العامل تفضيله لعدم السعي الى تحديد المصدر الأصلي للأحكام التي يتضمنها خطاب الكفالة . ولوحظ أن هناك حالات كثيرة يكون فيها المستفيد هو الذي يحدد الأحكام التي تنال قبوله ، والمدين الأصلي هو الذي يبين للكفيل ما يتعين أن تكون عليه هذه الأحكام ، والكفيل هو الذي يصدر خطاب الكفالة . فاذا اعتبر المصدر الأصلي للأحكام مهما ، فقد يكون له أهميته أيضا بالنسبة الى المسائل المتعلقة بتفسير خطاب الكفالة وبتحديد القانون المطبق .

(ب) العلاقة بين الكفيل والمدين الأصلي

٤٠ - لاحظ الغريق العامل أن الرأي الذي ساد في دورته السابقة كان يدعو الى أن تبقى العلاقة بين الكفيل والمدين الأصلي منفصلة بوضوح عن علاقة الكفيل بالمستفيد ، وأن تقع ، بالتالي ، خارج نطاق القانون الموحد (A/CN.9/316 ، الفقرة ١٣٦) . على

أنه ، انسجاما مع القرار الذي اتخذ بشأن العلاقة بين الكفيل والمستفيد ، تقرر تضمين المشروع الأول للقانون الموحد ، عند قيام الأمانة العامة بأعداده ، مزيدا من التفاصيل لا قليلا منها ، على أن يكون للفريق العامل أن يشطب ما يرى أنه غير ضروري .

(ج) العلاقة بين الكفيل وكفيل الكفيل

٤١ - أكد الفريق العامل في دورته الأولى قراره باستنساق انطباق القانون الموحد على العلاقة بين الكفيل وكفيل الكفيل ، نظرا لأن هذه العلاقة ذاتها هي علاقة كفالة (A/CN.9/316 ، الفقرة ١٣٥) .

٤٢ - وبالرغم من أن معظم المسائل المتعلقة بكفالة الكفالة هي نفس المسائل المتعلقة بالكفالة الأصلية ، أي استقلال التزام الكفيل ، وقطعية الالتزام ، ووقت انشاء الالتزام ، وموعد انقضاء أجله ، وفترة التقادم التي يمكن في غضونهما تقديم المطالبات بموجبه ، أشار خطاب كفالة الكفالة مسائل محددة تتعلق بإمكانية إحلال حقوق كفيل الكفيل محل حقوق الكفيل ، واستقلال خطاب كفالة الكفالة عن خطاب الكفالة الأصلية . وذكر أن هناك وجهين لهذا الاستقلال : أولا ، لا يكون كفيل الكفيل ملتزما بالسداد إلا بموجب أحكام خطاب كفالة الكفالة الذي يكون قد أصدره . وقد تكون أحكام خطاب الكفالة هذا مختلفة تماما عن أحكام الكفالة الأصلية ، كأن تكون الكفالة الأصلية ، مثلا ، تبعية ، بينما كفالة الكفالة نظرية . ثانيا ، أن كفيل الكفيل لا يكون قد استعرض المستندات التي تم بموجبها التسديد للكفيل ، فكفالة الكفالة تقوم مقام التسديد للكفيل الأصلي .

٤٣ - وأعرب ، ضمن الفريق العامل ، عن الشك فيما إذا كان هناك ، على الإطلاق ، مصرف يثبت الكفالات ، وبالتالي فيما إذا كانت الإشارة إلى هذا الطرف في القانون الموحد أمرا مناسبا . على أنه لوحظ أن القانون الموحد قد ينطبق على بعض جوانب الاعتمادات المستندية ، وفي هذه الحالة تصبح الإشارة إلى مصرف مثبت أمرا متوقعا .

٤٤ - وكما حدث في مناسبة سابقة (أنظر أعلاه ، الفقرة ٢٤) أعرب عن القلق من طول الفترة التي ستعتبر فيها كفالة الكفالة قابلة للإنفاذ . ولوحظ أن الكفالة ، وبالتالي ، كفالة الكفالة ، تظل ، بموجب قوانين بعض البلدان ، قابلة للإنفاذ إلى أن يعاد المستند الممثل للكفالة إلى الكفيل ، وهو ما يمكن أن تنجم عنه مسؤولية مستديمة . وفي حالات أخرى ، يمكن أن تكون فترة الإنفاذ محدودة ، إنما مفرطة الطول ، ولو نص خطاب الكفالة على فترة أقصر . وذكر أن قابلية خطابات الكفالة للإنفاذ على مدى هذه الفترات الطويلة يشير مشاكل مع سلطات التنظيم المصرفي في بعض البلدان التي فيها ممارف تكفل الكفلاء . وعلاوة على ذلك ، فمن شأن قواعد كفاية الرساميل ، المنصوص عليها في اتفاق بازل ، أن تزيد من التكلفة التي تتكبدها هذه الممارف من جراء بقائها مسؤولة عن كفالة الكفيل .

٤٥ - وأشير الى أن بالإمكان التخفيف من حدة هذه المشاكل لو تضمن القانون الموحد تحديدا للفترة التي تظل فيها الكفالات ، وضمنها كفالات الكفالات ، قابلة للإنفاذ . وذكر ، ردا على ذلك ، أن هذا النهج لن يكون فعالا ، فليس من المتوقع أن تعتمد جميع الدول القانون الموحد ، ولا حتى جميع الدول التي فيها ممارف تكفل الكفلاء . وعليه ، سيكون دائما بمقدور الدول التي تطلب حاليا كفالات قابلة للإنفاذ لفترات تعتبر مغرطة في الطول أن تشتط على المدين الأصلي الذي يرغب في التأمين على العقد الأساسي أن يجد مصرفا يقبل اصدار كفالة للكفالة وفق الشروط المطلوبة .

٤٦ - واقترح ، كحل ممكن لهذه المشكلة ، أن ينص القانون الموحد على فترة انقطاع فيما يتمل بتقديم المطالبات بموجب كفالة ما . وتكون هذه الفترة صالحة لأن يعمل بها ما لم تنص الكفالة ، وضمن ذلك كفالة الكفالة ، على فترة أطول .

٤ - الاقتمار على خطابات الكفالة الدولية

٤٧ - ذهب أحد الآراء الى أن القانون الموحد ينبغي أن يقتصر على خطابات الكفالة الدولية ، وأورد لذلك سببا ليس قاطعا بحد ذاته ، مفاده أن مهمة اللجنة هي العمل على التوحيد والمواءمة التدريجيين للقانون التجاري الدولي . ولكن وردت أيضا حجة أخرى أكثر التصاقا بدلالة الموضوع ، وهي أن كثيرا من المشرعين الذين قد يكونون على استعداد لاعتماد القانون الموحد لو حصر بالمعاملات الدولية ، قد لا يكون لديهم نفس الاستعداد لاعتماده لو انطبق أيضا على المعاملات المحلية . وأشير كذلك الى أن بعض الأحكام التي ربما انتهى الى اقرارها قد لا تكون ملائمة للمعاملات المحلية ، ومنها مثلا تعريف "النقد" ، الذي يمكن أن يتوقع منه أن يشير الى وحدات للحساب .

٤٨ - وأشير الى أنه ، برغم ما قيل ، قد يكون من الملائم عدم اتخاذ قرار نهائي بشأن اقتضاء الصفة الدولية ، الى أن تعد الأحكام الموضوعية . وقيل ان العناصر الأساسية في الكفالة المستقلة لا تتغير ، سواء أكانت المعاملة المشمولة بها محلية أم دولية ، ومن ثم يمكن أن تحظى الأحكام الموضوعية ، لدى صياغتها ، بقبول دول كثيرة لها لأغراض المعاملات المحلية . ثم أثير الى أن هذه الأحكام قد تحظى بقبول أوسع بالنسبة للمعاملات المحلية لو اتضح أن القانون الموحد لن ينطبق على المعاملات الاستهلاكية .

٤٩ - وفيما يتعلق بمدى ملاءمة أن تقوم اللجنة باعداد قانون موحد يمكن تطبيقه على المعاملات المحلية ، لوحظ أن الفريق العامل التابع للجنة ، المعني بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد ، قرر اعداد قانون نموذجي عن الاشتراء ينطبق على الاشتراء الدولي والمحلي ونوه بما لدى الفريق من قناعة بأن ذلك هو أفضل السبل لاضفاء طابع الانسجام على القانون الذي ينظم عمليات الاشتراء الدولي .

٥٠ - وأشير الى أن مسألة البت فيما اذا كان يتوجب حصر القانون الموحد بمعاملات الكفالة الدولية ستكون مسألة بالغة الأهمية اذا انتهى الى اقرار هذا القانون على شكل اتفاقية ، لكن أهميتها ستقل لو اعتمد على شكل قانون نموذجي لانه ، في هذه الحالة ، ستكون للدول حرية اعتماده لمعاملات الكفالة المحلية اذا رغبت في ذلك .

٥١ - وعندما انتقل الفريق العامل الى النظر في معايير الصفة الدولية التي يمكن تطبيقها لو حصر مجال انطباق القانون بالطريقة المشار اليها - طرح اعتباران ، متضاربان أحيانا ، من اعتبارات السياسة . فمن ناحية ، ينبغي أن يكون التثبت من انطباق القانون الموحد على خطابات الكفالة أمرا ميسورا على موظفي المصارف وغيرهم ممن يعالجون هذا الأمر . ومن ناحية أخرى ، ينبغي أن ينطبق القانون الموحد على علاقة الكفالة بأسرها ، على فرض أن ذلك ممكن ، وضمنها الكفالة الأصلية وكفالة الكفالة . وأول هذين الاعتبارين يتطلب وجود معايير الصلة مدونة على صفحة خطاب الكفالة ذاته . ويتقوى اعتبار السياسة اذا كانت البيانات الواردة على صفحة خطاب الكفالة حاسمة بالنسبة الى انطباق القانون الموحد على أي طرف لم يشارك في ايراد أي بيانات زائفة على صفحة خطاب الكفالة . بيد أن ثاني الاعتبارين قد يتطلب تمحيص حقائق لا سبيل الى التثبت منها بمطالعة صفحة خطاب الكفالة .

٥٢ - وأبدي تأييد للمعايير الثلاثة الممكن اعتمادها والواردة في الفقرة ٥٤ من مذكرة الأمانة العامة ، وهي : (أ) أن يكون مكانا عمل الكفيل والمستفيد في دولتين مختلفتين ؛ و (ب) أن يكون مكان الاصدار ومكان عمل الطرف الطالب أو الطرف الأمر (المدين الأصلي أو كفيل الكفيل) واقعيين في دولتين مختلفتين ؛ و (ج) أن يكون مكان الاصدار ومكان السداد واقعيين في دولتين مختلفتين . واقترح أيضا ايراد المعايير الثلاثة بوصفها أساسا بديلة لتطبيق القانون الموحد .

٥٣ - وذكر أيضا أن بعض المعايير الممكنة ، مثل مكان الاصدار ومكان السداد ، قد لا يكون لها أي أهمية بالنسبة الى طبيعة الكفالة ، وأن من اليسير على أي حال التلاعب فيها . وذكر أنه ، في العلاقة الرباعية النمطية للكفالة ، مثلا : كفالة أصلية وكفالة الكفالة ، سيكون كفيل الكفالة الأصلية (المستفيد من كفالة الكفالة) وكفيل الكفيل هما فقط من دولتين مختلفتين . ومن ثم فاذا حصرت معايير الصلة الدولية بموقع أو مكان عمل الكفيل والمستفيد ، كانت كفالة الكفالة هي وحدها الخاضعة للقانون الموحد .

٥٤ - واقترح أيضا جعل خطاب الكفالة داخلا في مجال تطبيق القانون الموحد في حالة اصداره متملا بمعاملة تجارية دولية . ودعما لهذا الاقتراح ، ذكر أن هذه الصلة الدولية المرجعية معروفة بالفعل ، وبخاصة فيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي ، حيث يمكن أن تكون دولية التحكيم رهنا بدولية العلاقة التي نشأت المنازعة منها . وطرح تساؤل عن الطريقة التي يمكن بها للموظفين الذين يتولون أمر خطاب الكفالة أن

يعرفوا ما اذا كانت المعاملة ذات الصلة دولية أم لا . وأشير كذلك الى أن هذا المعيار المتمثل بنطاق التطبيق قد يشير شكوكا حول استقلال الكفالة عن المعاملة التي انبثقت عنها .

٥٥ - وطبقا لنهج آخر ، قيل ان القانون الموحد ينبغي أن يتضمن اشارة عامة الى الطابع الدولي ، مرفقة بذكر المعايير الثلاثة الواردة أعلاه بوصفها أمثلة ، ويمكن أن يترك للمحاكم أن تقرر ما اذا كان للأوضاع الفعلية الأخرى من الصفة الدولية ما يكفي لادخال خطاب الكفالة ضمن نطاق القانون الموحد . وتأييدا لذلك قيل ان هذا النهج سوف يوسع القانون الموحد حتى يشمل العدد الأقصى من خطابات الكفالة الدولية . وردا على ذلك قيل ان هذه الصيغة مشكوك فيها الى حد يجعلها بلا جدوى بالنسبة للموظفين الذين يعالجون أمر خطابات الكفالة .

٥٦ - واقترح ، استنادا الى مبدأ استقلال الأطراف ، أن تترك لهم الحرية في اختيار انطباق القانون الموحد على خطاب الكفالة . وتأييدا لذلك قيل ان هذا التسهيل سيقلل ، عمليا ، من أهمية أي معايير موضوعية للصفة الدولية . وردا على ذلك ، ذكر أن مشرعي الكثير من الدول لن يرحبوا بهذا النهج . الا أنه لوحظ أن الاقتراح المشار اليه أعلاه ، والذي مفاده أن البيانات الواردة في خطاب الكفالة ينبغي أن تكون حاسمة بالنسبة الى الوقائع المذكورة فيه لكي يتاح البت فيما اذا كان خطاب الكفالة خاضعا للقانون الموحد ، هو اقتراح يكاد يحدث نفس الاثر الذي يحدثه ترك الأطراف يختارون انطباق القانون الموحد .

٥٧ - وطلب الفريق العامل الى الامانة العامة اعداد مشاريع صيغ بديلة يمكن بواسطتها اختبار الصفة الدولية ، مع مراعاة ما سبق ذكره من آراء ومقترحات .

باء - استقلال الأطراف وحدوده

١ - الاعتراف المريح باستقلال الأطراف

٥٨ - أشيرت مسألة ما اذا كان من الضروري أن ينص القانون الموحد صراحة على أن بوسع الكفيل ، طبقا لمبدأ استقلال الأطراف ، أن يوافق على اعطاء كفالة مستقلة . وأشير الى أن وجود المبدأ ، فضلا عن تطبيقه على عملية اصدار الكفالات المستقلة - يبدو من الواضح بمكان . وردا على ذلك قيل ان الامر لا يستدعي اليوم ايراد مبدأ بهذا المعنى في القانون الموحد في كثير من البلدان ، وبخاصة فيما يتعلق بالكفالات المستقلة الصادرة بشأن معاملات دولية ، لكن الامر كان يختلف عن ذلك منذ عشر سنوات ، عندما لم تكن فكرة الكفالة المستقلة معروفة جيدا بعد . ولا شك في أن هناك اليوم دولا كثيرة لم تعرف بعد هذا المبدأ بوضوح ، ومن ثم فمن المفيد أن يذكر بجلاء في القانون الموحد .

٥٩ - ولوحظ انه برغم أن مبدأ استقلال الأطراف موف يتيح ، اجمالا ، انشاء كفالات مستقلة في المعاملات الدولية ، فقد تتردد بعض الدول في أن تسمح بانفاذه كاملا فيما يتعلق ببعض المعاملات المحلية ، وبخاصة ما يتضمن ببعض المعاملات التي قد لا تتسم بطابع تجاري . فضلا عن ذلك ، فإن مبدأ حرية الأطراف بالصيغة التي يمكن أن يرد بها في القانون الموحد ، لن ينجم عنه تخطي ما في القانون المحلي من أحكام تنظيمية تحظر على بعض الهيئات اصدار كفالات مستقلة ، أو تتضمن في هذا الصدد ، قواعد خاصة أخرى .

٦٠ - فضلا عن ذلك فإن مبدأ استقلال الأطراف سينجم عنه أيضا اتاحة الفرصة لأطراف كفالة مستقلة للخروج عن أحكام القانون الموحد التي لم ينص على كونها ذات طبيعة الزامية . وسوف يتعين في وقت لاحق تبين ما في القانون الموحد من أحكام ذات طبيعة الزامية لا سبيل الى الخروج عنها . واقترح بأن يوضع في نطاق التطبيق قيدان من شأنهما أن يتوخيا الحد من حرية الأطراف ، يقضي أولهما بأن ليس بوسع من هم أطراف في معاملة محلية أن يحتكموا الى أحكام القانون الموحد بمجرد الاشارة الى أن المعاملة دولية الطابع ، وأن ليس بوسع تلك الأطراف وضع شروط لكفالة ثانوية وجعلها كفالة مستقلة بمجرد استخدام العبارات السابقة . بيد أنه لوحظ أن الكفالة قد تعد في بعض البلدان ثانوية ما لم ينص خطاب الكفالة صراحة على أنها مستقلة .

٢ - امكانية الاحالة الى قواعد

موحدة أو الى اعراف وتقاليد

٦١ - اتفق الفريق العامل على ألا يشير القانون الموحد صراحة ، لا الى الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، ولا الى القواعد الموحدة للكفالات . ولوحظ أن القواعد الموحدة للكفالات لم تحظ بعد بموافقة الغرفة التجارية الدولية ، ولا سبيل في الوقت الخاضر ، لا لمعرفة النص النهائي لتلك الاحكام ، ولا المدى الذي يمكن ضمنه أن توضع موضع التطبيق . وبالنسبة للاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، أعلنت الغرفة التجارية الدولية عن أنها تعتمزم تنقيح النص الحالي . وذكر أنه سيكون من غير الملائم الاشارة في نص قانوني من طراز القانون الموحد الى نص آخر يكون هو نفسه خاضعا لتنقيح دوري . الا أنه أشير الى امكان الاحالة لاحدهما أو كليهما في ديباجة تتصدر القانون الموحد .

٦٢ - واتفق الفريق العامل أيضا على أن الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، وربما القواعد الموحدة للكفالات ، تشكل تجميعات مهمة للاعراف والممارسات المعمول بها في التعمدات المستقلة . وأشير ، فضلا عن ذلك ، الى أن الاعراف والممارسات الموحدة ، وكذلك القواعد الموحدة للكفالات ، يمكن تنقيحها واستكمالها ، حسب تطور الممارسة المصرفية ، على نحو أسهل مما يحدث بالنسبة للقانون الموحد ، وهو أمر ساهم في عدم استصواب ذكر تلك القواعد والاعراف بالاسم في

القانون الموحد ، بما يعني ، من ثم ، أن من الحكمة قصر شمول القانون الموحد موضوعيا على المسائل التي لا سبيل الى أن تغطيها التجميعات التي تضم الممارسات المصرفية من قبيل الاعراف والممارسات الموحدة وكذلك القواعد الموحدة للكفالات .

٦٣ - ولوحظ ردا على ذلك بأنه ، في حين يمكن ردم الفواصل بين الأحكام الالزامية للقانون الموحد وأحكام خطاب الكفالة نفسه ، بواسطة الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية والقواعد الموحدة للكفالات ، إلا أن هذا الفاصل يمكن ملؤه أيضا بواسطة أحكام القانون الوطني غير الداخلة ضمن القانون الموحد . على أن امكانية ملء هذا الفاصل بواسطة أحكام من القانون المحلي غير داخلة في أحكام القانون الموحد إنما يتوقف جزئيا على شمولية الاعراف والممارسات الموحدة ، أو القواعد الموحدة للكفالات ، وكذلك على ما إذا كان أي من النصين المذكورين ينطبق على خطاب الكفالة ذي الصلة بالذات . ولوحظ في هذا الصدد أنه فيما يوجد عدد من النظم القانونية التي تعتمد في ظلها المحاكم الى تطبيق الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية بوصفها مسألة من مسائل القانون العرفي ، إلا أن ثمة نظما قانونية أخرى تطبق فيها بوصفها مسألة من مسائل العقود بحيث يقتصر التطبيق على الحالة التي يدرج فيها الاطراف اشارة اليها ضمن خطاب الكفالة وأشار البعض الى أنه نتيجة لذلك ، قد يستصوب أن يغطي القانون الموحد ، على الأقل ، بعض المجالات المماثلة لتلك التي تغطيها حاليا الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية . ورئي أنه سيكون مستموبا وجود قدر كبير من التنسيق بين لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، لدى اعدادها القانون الموحد ، والغرفة التجارية الدولية لدى تنقيحها الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية واضطلاعها بأعمالها الرامية الى انجاز القواعد الموحدة للكفالات .

٦٤ - وأبدي اقتراح مفاده أنه حتى لو لم تذكر الاعراف والممارسات الموحدة والقواعد الموحدة للكفالات بالاسم في القانون الموحد ، فإن هذا القانون يمكن أن يتضمن اشارة الى الاستخدامات والاعراف ، ربما باستخدام صيغة على غرار المادة ٩ (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ، ١٩٨٠) ، ونصها كالتالي :

"ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا ، على عقدهما أو على تكوينه ، عرفا من الاعراف كانا يعلمان به ، أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الاطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة" .

٦٥ - وذكر ردا على ذلك أن الصيغة المستخدمة في اتفاقية المبيعات تكون معقولة في سياق قانون المبيعات بحيث تكون للاطراف الحرية الكاملة في صياغة العقد المبرم بينها حسبما تريد ، لكن استخدامها غير ملائم في سياق الكفالات المستقلة حيث يكون لكثير من أحكام القانون الموحد طابع ملزم .

٣ - الحدود الممكنة لاستقلال الاطراف

(أ) الحدود المقررة في أحكام الزامية

٦٦ - اتفق الفريق العامل على أن يسلم باستقلال الاطراف في القانون الموحد في حدود معينة ينبغي أن يشرحها هذا القانون بوضوح . وكما جرى اقتراحه في الدورة الثانية عشرة ، فإنه يمكن للقانون الموحد أن يقر معايير معينة للمسؤولية وأن ينص على اشتراط حسن النية . ويمكن أن توضع معايير المسؤولية هذه كحدود لشروط الاستثناء وأن تلقى المسؤولية على عاتق الكفيل ، مثلا ، في حالة عدم تصرفه بحسن نية أو بعناية معقولة وفقا لأحكام المادة ١٥ من المشروع الحالي للقواعد الموحدة للكفالات .

٦٧ - وفي هذا المدد ، أعرب عن المخاوف من أن يتداخل أو يتعارض القانون الموحد مع القواعد الموحدة التي وضعتها الغرفة التجارية الدولية ، ولا سيما مع المادتين ١٥ و ١٦ من الاعراف والممارسات الموحدة بشأن موضوع المسؤولية المصرفية . وبغية تجنب أي تضارب لا لزوم له ، فإن من الضروري أن يقوم تعاون وثيق بين المنظمتين . وقد أوضح المراقب عن الغرفة التجارية الدولية أن الحاجة تدعو الى تنقيح الاعراف والممارسات الموحدة ، كما أوضح الخطوات التنظيمية المتوخاة لاجراء هذا التنقيح ، وأعرب عن أمله أن تقدم اللجنة مساعدتها في هذه الجهود كما فعلت فيما يتعلق بالتنقيحات السابقة .

(ب) استبعاد شروط الدفع غير المستندية

٦٨ - نظر الفريق العامل في مشكلة شروط الدفع غير المستندية على أساس المناقشة الواردة في مذكرة الامانة (A/CN.9/WG.II/WP.65 ، الفقرات ٢٨ و ٢٩ و ٧٤ - ٨٢) . وأدلى ببيانات مختلفة لتوضيح نطاق المشكلة .

٦٩ - وأشير الى أن المشكلة قيد المناقشة تتعلق بشروط الدفع فقط ، وليس بأي شروط قائمة مسبقا فيما يتعلق بنفاذ خطاب الضمان ، وأنها تتعلق فقط بالشروط بالمعنى المحدد للكلمة ، أي الشروط التي تجعل الدفع مرهونا بفعل أو حدث غير مؤكدين في المستقبل . وأشير الى أنه يمكن اعتبار طلب الدفع أو المطالبة بالدفع ، لهما مفعلة مستندية اذا قدما في شكل كتابي ، لأن مصطلح "مستند" يشمل كل ما هو "مكتوب" . وفي هذا الصدد ، أشير الى أنه يمكن التمييز بين مختلف فئات "الكفالات المستندية" حسب عدد شروط الدفع المنصوص عليها بين الشروط التالية : الطلب الخطي ، بيان من المستفيد بشأن تخلف المدين الأصلي عن الدفع ، قيام المستفيد بتحديد الالتزامات التي لم يف بها المدين الأصلي ، تقديم مستندات داعمة من طرف ثالث .

٧٠ - وأشير أخيرا الى أن المشكلة قيد المناقشة تختلف عن المشكلة التي تطرحها

امكانية وجود شرط غير محدد في خطاب الضمان . وهذا الشرط الخارجي الذي يمكن للأطراف أن تتفق عليه في مرحلة لاحقة أشار قضايا مختلفة مثل صحة ادخال التعديلات على خطاب الضمان بصورة رسمية .

٧١ - ورثي أن جوهر المشكلة المناقشة يتمثل في أن شروط الدفع غير المستندية تستدعي التأكد من الوقائع أو التحقق منها ، وأن هذه الشروط يمكن أن تقوض الطابع المستقل للالتزام بالدفع . ومع أن عملية تداول المستندات في حد ذاتها لا تكون دائما خالية من الصعوبات ، فإن الحاجة إلى التثبت من الوقائع ، الذي يمكن أن يستهلك وقتا طويلا ، أو أن يخلق الصعوبات ، أو أن يوقع الكفيل في منازعات حاصلة بين أطراف أخرى ، تلقي على الكفيل عبئا لا لزوم له وتعرقل الدفع الفوري الذي يقضي به خطاب الضمان . ووفقا للتعبير القائل بأن "المصارف تتعامل بالمستندات لا بالبضائع" ، فإن الطابع المستندي أو التمثيلي لشروط الدفع يرتبط ارتباطا وثيقا بمفهوم الاستقلال .

٧٢ - وأشير إلى أن شروط الدفع غير المستندية المتعلقة بالمعاملات التجارية السببية تلقي دائما ظللا من الشك على الطابع المستقل للالتزام ، وأن مسألة ما إذا كان الالتزام ، في الواقع ، مستقلا أو تابعا هي مسألة تتعلق بالتفسير . وفي حين يمكن للقانون الموحد أن يوفر التوجيه عن طريق ادراج قاعدة تفسيرية بشأن هذه المسألة الحاسمة ، فإنه من الواضح أن القانون الموحد لن يشمل الكفيل الثانوي . وعليه ، فإن المشكلة قيد المناقشة ، ولاغراض القانون الموحد ، تقتصر على شروط الدفع غير المستندية المصاحبة للالتزامات مستقلة .

٧٣ - وأعرب عن آراء مختلفة بشأن تناول القانون الموحد للشروط غير المستندية . فوفقا لأحد هذه الآراء ، لا ينبغي أن يتطرق القانون الموحد إلى المشكلة ، ولا إلى عدم السماح بهذه الشروط أو تحويلها إلى شروط مستندية . وذكر ، تأييدا لذلك ، أن اتفاق الأطراف ينبغي الاعتراف به على نحو تام ، وأن الامتثال الصارم للشروط المتفق عليها أمر ضروري لمصالح التيقن . وفضلا عن ذلك ، فإن مسألة ما إذا كان الشرط غير المستندي يمثل عبئا غير مستصوب أو غير مقبول على كاهل الكفيل هي أمر ينبغي أن يترك للتقدير التجاري للكفيل عند اضطلاع بهذا الالتزام .

٧٤ - وذهب رأي آخر إلى أن المشكلة لا ينبغي التطرق إليها بواسطة اصدار قاعدة محددة تشمل بالشروط غير المستندية ، وبأن في نطاق قاعدة عامة تتيح من الاستنساب ما يكفي لمعالجة مختلف الحالات الممكنة بصورة عملية . ويمكن أن تتعلق هذه القاعدة بالامتثال الصارم أو أن تحدد معيار العناية التي يلتزم بها مدقق عادي للمستندات في أحد المصارف .

٧٥ - بيد أن الغلبة كانت للرأي القائل بأن القانون الموحد ينبغي أن يقضي باعتبار شروط الدفع غير المستندية شروطا مستندية ، ما لم يكن الالتزام ، بطبيعة الحال ،

مستقلا ، ومن ثم يقع خارج نطاق القانون الموحد . وفي حين أن هذا التحويل قد يتعارض مع توقعات طرف أو أكثر من بين الأطراف ، فإنه من المتوقع أن يتضاءل هذا القلق بمرور الوقت ، مع تزايد المام الأطراف بالحكم المعني بالتحويل . وفيما يتعلق بطريقة التحويل ، أي نوع المستند المطلوب ، أشير الى أنه يكفي لذلك اما بيان صادر عن المستفيد يشهد فيه بالواقعة أو الحدث المعنيين ، أو شهادة تصدر ، بناء على طلبه ، من شخص آخر مناسب .

جيم - قواعد التفسير الممكنة

٧٦ - استنادا الى المناقشة الواردة في المذكرة التي أعدتها الامانة العامة (الفقرات ٨٣ - ٩٩) ، نظر الفريق العامل في الطرائق التي يمكن بها الاسترشاد بالقانون الموحد في تفسير الاحكام المستخدمة فيه وميفة خطابات الكفالة .

١ - التعاريف

٧٧ - اتفق الفريق العامل على أن القانون الموحد ينبغي أن يعرف الاحكام الاساسية المستخدمة فيه ؛ وينبغي ، لدى صياغة التعاريف ، ايلاء الاعتبار الواجب للمصطلحات المستخدمة في الممارسة المتعلقة بالكفالات وخطابات الاعتماد الدولية ، وللتفسيرات المحتملة في المستقبل . ومن ثم ، ينبغي أن يتوخى توفير فهم مشترك واضح ، دون الافراط في التفاصيل أو الشكليات . وفيما يتعلق بالممارسات والاعراف الموحدة بوجه خاص ، اقترح تجنب حصول تباين في التعاريف بين نصين يصاغان على صعيد دولي ويفطيان نفس الموضوع .

٧٨ - ولوحظ أن من الصعب ، في هذه المرحلة المبكرة من المشروع ، الاجابة عن السؤال المتعلق بأي من المصطلحات الافرادية ينبغي تعريفه ؛ ولا يمكن اعطاء اجابة نهائية الا عندما يتضح أي المسائل يشملها القانون وأي القواعد المنطوقية يتضمنها . كذلك ، لا يمكن ، الا في مرحلة لاحقة ، تقرير ما اذا كان ينبغي ضم التعاريف معا في احكام تترد في الجزء الاول من القانون الموحد أو ما اذا كان ينبغي ايراد بعضها على الأقل في سياق قواعد المنطوق الموضوعية التي تتصل بها أساسا .

٧٩ - وقدم اقتراح أبعد مدى بأن يشمل القانون الموحد جميعا شاملا للمصطلحات التي تكفل وصفا مادقا للممارسات في المناطق والانظمة القانونية المختلفة ، استنادا الى التقارير المقدمة الى الامانة العامة فيما يتعلق بالممارسات الوطنية . ويرمي الاقتراح الى ضمان معالجة الكفالات وخطابات الاعتماد الاجنبية على صعيد وطني من خلال تسهيل الفهم المقارن لخصائص المكوك الاجنبية ولحقوق الأطراف وواجباتهم (على سبيل المثال ، أن يتم ، في فرنسا ، قبول وانفاذ خطاب اعتماد مالي احتياطي صادر في الولايات المتحدة الأمريكية ، أو أن يتم تأكيد كفالة فرنسية من جانب مصرف بالولايات

المتحدة). ولعل تجميع هذه المصطلحات يصبح ، في مرحلة لاحقة ، أساسا لوضع مصطلحات مختصرة أو رموز لفرض الاستخدام الإلكتروني .

٨٠ - ووصف هذا الاقتراح بأنه طموح أكثر مما ينبغي ولا يمكن استيعابه بشكل مناسب ضمن نطاق وأغراض القانون الموحد المتوخى . واستنادا الى الخبرة التي اكتسبتها الفرقة التجارية الدولية في جهود مماثلة ، رثي أن تنفيذ المقترح سيواجه مصاعب كأداء .

٨١ - ولم يعتمد الفريق العامل الاقتراح . بيد أنه كان مفهوما أن أي تقارير وطنية تتضمن مصطلحات وممارسات وصفية قد ترغب الامانة العامة في الحصول عليها ، ستكون مفيدة في اعداد تعاريف مشتركة ومقبولة للمصطلحات التي ستستخدم في القانون الموحد .

٢ - قواعد التفسير العامة

٨٢ - نظر الفريق العامل في قواعد التفسير العامة الممكنة التي ستطبق على القانون الموحد بكامله ، كما هو مقترح في الفقرات ٨٤ الى ٨٦ من المذكرة التي أعدتها الامانة العامة .

٨٣ - واتفق الفريق العامل على أن يتضمن القانون الموحد قاعدة عامة تتفق والمادة ٣ من اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع ، ١٩٧٨ (هامبورغ) يكون نصها ، على سبيل المثال : "لدى تفسير أحكام هذا القانون وتطبيقهما ، ينبغي إيلاء الاعتبار لطابعها الدولي ، وإلى الحاجة إلى التزام نهج موحد" . وستساعد هذه القاعدة على إنهاء ، أو على الأقل تخفيف ، الاعتماد على المفاهيم الوطنية التقليدية ومن ثم تعزيز هدف المواءمة . وذكر أن ادراج هذه القاعدة من شأنه أن يشير اعتبارات خاصة إذا ما اعتمد القانون الموحد على شكل قانون نموذجي بدلا من أن يعتمد على شكل اتفاقية .

٨٤ - واتفق الفريق العامل على أنه ينبغي ادراج شرط حسن النية كعنصر اضافي عام من عناصر التفسير ، وعلى أن بالامكان ضمه إلى القاعدة السابقة على نحو ما يرد في المادة ٧ (١) من اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ، ١٩٨٠) : "ينبغي ، في تفسير هذه الاتفاقية ، إيلاء الاعتبار لطابعها الدولي والحاجة إلى التزام نهج موحد في تطبيقها ومراعاة حسن النية في التجارة الدولية" . ولوحظ ، تأييدا لذلك ، أن هذه القاعدة ترد أيضا ضمن نصوص أخرى أعدتها اللجنة ، مثل اتفاقية الأمم المتحدة للسفاح (الكمبيالات) الدولية والسندات الاذنية الدولية (نيويورك ، ١٩٨٨) التي تشير ، مع ذلك ، إلى "المعاملات الدولية" لا إلى "التجارة الدولية" . وفيما يتعلق بالنقطة الأخيرة ، اتفق على أن يقوم الفريق العامل ، في

مرحلة لاحقة ، باختيار الصيغة المناسبة للقانون الموحد استنادا الى مشروع الاحكام البديلة الذي ستعده الامانة العامة .

٨٥ - وذكر أيضا أن شرط حسن النية ، بوصفه عنصر تفسير ، يتسم بأهمية خاصة في الموضوع الذي ينظمه القانون الموحد من حيث أنه يمكن أن يعزز مراعاة حسن النية من جانب المدينين الاصليين والمستفيدين والاطراف الآخرين المشتركين في عمليات الكفالات وخطابات الاعتماد . وأشار الى أنه قد يترتب على ادراج عنصر حسن النية آثار تتعلق بمعالجة بعض المسائل ، ومنها مسألة التسميات ذات التعسف والاجحاف الواضحين مما ينبغي معه أخذ هذه الاثار في الاعتبار لدى صياغة احكام المنطوق .

٣ - قواعد التفسير الخاصة

٨٦ - نظر الفريق العامل في امكانية وضع قواعد خاصة تتعلق بالموضوع الذي يحكمه القانون الموحد . وتدعو أولى تلك القواعد الى التفسير الدقيق لاحكام وشروط خطاب الكفالة . وعلى الرغم من وجود اتفاق بشأن مبدأ هذه القاعدة وفائدتها ، فقد كشفت المناقشة عن وجود اختلافات شتى تتمثل بنطاقها ومعناها .

٨٧ - وفيما يتعلق بكلمة "دقيق" ، تبين وجود اختلافات لغوية منها ، مثلا ، أن كلمة "حرفي" يشيع استخدامها في البلدان التي لها قانون مدني ذو أصول رومانية دون أن تكون بالضرورة هي المعادل المضبوط لما يسمى في الولايات القضائية الأخرى بأنه "دقيق" . ويبدو أن أحد مصادر الارتياح الأخرى يكمن في أن فكرة "الدقة" أو "الحرفية" تتمثل بمسائل متنوعة ، وبالتالي تؤدي دلالات مختلفة .

٨٨ - ومن المسائل الأولية تحديد ما للأطراف من حقوق وواجبات بالاستناد ، حصرا ، الى الاحكام والشروط الواردة في خطاب الكفالة . ويتسم استبعاد الاعتماد على أي وقائع أو نوايا دخيلة بأهمية خاصة في الموضوع الذي يحكمه القانون الموحد ، لان الحاجة الى التحقق من العوامل المتصلة بالعلاقة الاساسية ، أو العلاقة بين المدين الاصلي والكفيل ستضعف الطابع المستقل للتعهد .

٨٩ - وان ما اتفق عليه بشكل عام من الاقتصار على ما يندرج في اطار الزوايا الأربع لخطاب الكفالة يصبح بالغ الأهمية في مرحلة أداء أو انفاذ التزامات الاطراف . وازافة الى استبعاد الوقائع أو النوايا الدخيلة ، تصبح الدقة في تفسير المصطلحات المنفردة الواردة في خطاب الكفالة حاسمة جدا . وكما يتضح من مذهب الالتزام الدقيق بالمستندات ، أثيرت مسألة الطريقة التي يمكن بها الوفاء بالشروط كل على حدة ، بدقة وبحرفية .

٩٠ - وفي هذا السياق ، كان السبب في عدم الدقة في المصطلحات هو أنه يمكن فهم

"الالتزام الدقيق" ، وهو غير "الامتثال الى حد بعيد" ، على أنه يعني التقيد الحقيقي الى حد النقطة والفاصلة ، أو على أنه يفسح مجالا هامشيا لتصحيح الأخطاء المطبعية أو ما في حكمها من هنات . وكما يتضح من هذا المثال ، يبدو أن كلمة "دقيق" ، أو أي كلمة مفردة معادلة لها ، غير كافية لكي تصف بدقة معيار التفسير أو الامتثال .

٩١ - وفيما يتعلق بمعيار التفسير الذي سيطبق عامة ، قدم اقتراح يدعو الى جعل العامل الحاسم هو ما يفهمه رجال الممارف استنادا الى ممارساتهم المستقرة ، باعتبار أنهم في أفضل موقف للحكم على المتطلبات العملية اللازمة في المعالجة اليومية للكثير من مكوك السداد ، وفي اقامة علاقات عمل سلسة بين من يتعاملون بالمصفقات الدولية ، رغم الاختلاف الراهن القائم بين القواعد القانونية المكرسة في الولايات القضائية المختلفة . وردا على ذلك ، أعرب عن القلق من أن هذا المعيار قد يضفي مكانة متميزة على فئة من الأشخاص المشتركين في معاملات الكفالة وخطاب الاعتماد . وقيل ان الأمر لن يكون هذا مناسباً اذا تجاوز وضع معيار لسلوك معقول ، يكون ، شأن أي معيار احترازي ، موجها نحو فئة من الأشخاص من ذوي الصلة (مدققي المستندات ، مثلا) ويراعى متطلبات ممارسات هذه الفئة .

٩٢ - وفيما يتعلق بالتفسير الدقيق أو الحرفي لمصطلح ما يرد في خطاب الكفالة ، ربي أنه سيكون من الأمور غير الملائمة والممعنة في الشكليات أن توجد في خطاب الكفالة مصطلحات أخرى تستدعي تفسيراً مختلفاً . ومثال ذلك أن استخدام مصطلح "Cautionnement" في كفالة فرنسية لا ينبغي أن يحول دون وصف التعهد بأنه مستقل على أساس المصطلحات والشروط الواردة في الكفالة . ولوحظ ، في الرد على ذلك ، أن مبدأ التفسير المقيد لا يمكن فهمه على أنه يمنح وزناً أكبر لمصطلح على مصطلح آخر مستخدم في نفس النص . وفي حالات كهذه تتسم بالتضارب أو الغموض ، لن يفيد مبدأ التفسير الدقيق ، وربما توجب تعزيزه بقواعد تفسيرية أكثر تحديداً .

٩٣ - وعلى النحو المشار اليه في مذكرة الأمانة العامة (الفقرة ٩٤) ، قد تكون القاعدة التي ستعالج المشكلة المطروحة بالمثل المذكور أعلاه هي منح أولوية للأحكام والشروط على أي عنوان أو وصف قانوني متضارب معها يكون مستخدماً في نفس النص . وتأييدا لهذه القاعدة ، ذكر أن من المفيد ، في هذا الشأن ، صرف النظر عن أي وصف قانوني يصوغه الأطراف في عنوان هو مفلوط لأنه يتضارب مع الأحكام والشروط التي تفرض وصفاً مختلفاً . والتيقن من الوصف القانوني هو أمر لازم ، ليس فقط لتحديد نطاق التطبيق الموضوعي للقانون الموحد ، وإنما أيضا بالنسبة الى تشكيلة من السياقات العملية (مثلا ، اذا طلب من مصرف ما اصدار كفالة لكفالة ، فانه سيحتاج الى معرفة الطبيعة القانونية للكفالة الأصلية) .

٩٤ - بيد أنه أعرب عن القلق من أن هذه القاعدة قد تكون من الجمود والميكانيكية بحيث لا تترك للمحاكم فسحة كافية للبت في المسألة على ضوء جميع الظروف . وأعرب

أيضا عن الشك في ملاءمة قاعدة خاصة كهذه بالنظر الى أن القوانين الوطنية تميل الى الاشتغال على قواعد تفسيرية عامة يمكن أن تقضي بالبطلان أو تتوخى حولا أخرى لحالات الغموض أو التضارب .

٩٥ - وفيما يتعلق بوصف التعهد بأنه مستقل أو ثانوي ، أشير الى أنه ، اذا لم يتيسر تحديد الطبيعة القانونية بواسطة أي قاعدة تفسيرية أخرى عامة أو خاصة واردة ضمن القانون الموحد ، اعتبر التعهد ، في حالة الشك هذه ، مستقلا . وأشير تأييدا لذلك الى أن تهديد هذا الشك سيكون مفيدا بالنظر الى أن الطبيعة القانونية لهذا التعهد تحدد التطبيق الموضوعي للقانون الموحد ، وأن عدم التيقن من الطبيعة القانونية مشكلة كثيرا ما تصادف في الممارسة . وتأيدا للاخذ بقريضة الاستقلالية ، لوحظ أن ذلك سيتفق مع الاحتياجات والممارسات الفعلية على الصعيد الدولي .

٩٦ - وعرض الاقتراح على أساس أن قاعدة كهذه ستكون بدعة في نص قانوني دولي ، لأنها ستطبق على مكوك يشك في طبيعتها القانونية ، ومن ثم في خضوعها للقانون الموحد ، وكذلك على أساس أنها ستخضع هذه المكوك للقانون بحكم قريضة مؤيدة له . وأشير أيضا الى أن تعهدات الكفالة الدولية ليست جميعها مستقلة . وعلاوة على ذلك ، فان قاعدة كهذه لن تكون ملائمة لأنها ستتحيز للمستفيد على حساب الكفيل . وكان الرد على هذه النقطة الأخيرة ان القاعدة ستخدم مصلحة الكفيل لأنها توفر التيقن وتغنيه عن تأكيد أو تشبث أي حقائق تتمثل بالمعاملة السببية . ووافق الفريق العامل على إعادة النظر في الاقتراح والبت فيه على أساس مشروع تعده الامانة .

٩٧ - ونظر الفريق العامل في الاقتراح المرتبط بذلك والرامي الى وضع قاعدة عامة تحل أوجه الالتباس والتضارب ، على النحو الوارد في مذكرة الامانة (الفقرات ٩٠ - ٩٢) . وقيل ان من شأن هذه القاعدة اما أن تستدعي تفسير النص ضد المائع الفعلي ، واما تفسيره ضد أحد الاطراف ، اذا وقع التفضيل على قاعدة واضحة محددة ، وتلك حالة سيتعين فيها الاختيار بين الكفيل والمستفيد .

٩٨ - ولم يهد أي تأييد لاعتماد قاعدة محددة تكون في صالح الكفيل أو المستفيد . ورئي أن قاعدة كهذه ستكون مجحفة لأن أعمالها يضر طرفا لم يشترك في وضع الصياغة المبهمة ، واذا لزم اعتماد قاعدة ما ، فينبغي أن تضع هذه القاعدة مخاطرة الابهام على عاتق المائع الفعلي للنص . وقيل تأييدا لذلك ان هذه القاعدة ("ضد الطرف المنشئ") معروفة في نصوص قانونية وطنية ودولية متنوعة ، وان العمل بها ، بما في ذلك الحاجة الى تشبث أركان عملية الصياغة الفعلية ، يسير سيرا حسنا فيما يبدو . بيد أنه اعترض على القاعدة على أساس أنها تتطلب تقصي الوقائع ، وهي مسألة غير ملائمة في سياق التعهدات المستقلة . وعلاوة على ذلك ، فان فكرة تفسير نص مبهم ضد مائفه ، رغم معقوليتها كفكرة عامة ، لا ينبغي أن تصاغ بصيغة قاعدة تلقائية راسخة .

٩٩ - ونظر الفريق العامل في الاقتراح الوارد في الفقرة ٩٥ من مذكرة الامانة (الموضح بثلاثة أمثلة في الفقرات ٩٦ - ٩٨) . ويرمي الاقتراح الى النظر في استمـواب ادراجه قاعدة تفسيرية في القانون الموحد تمنح أولوية لفقرة منفردة خاصة تتعارض مع حكم وارد في الفقرات المعيارية ، أو الشروط العامة ، أو ، ربما ، في القواعد الموحدة المشار اليها في نفس خطاب الكفالة .

١٠٠ - ووافق الفريق العامل على أن المبدأ الذي يستند اليه الاقتراح هو مبدأ سليم معترف به في معظم القوانين الوطنية . بيد أنه رئي أن أية قاعدة صارمة وتلقائية تتبنى هذا المبدأ لن تكون ملائمة للقانون الموحد .

١٠١ - وفي هذا السياق ، قدم اقتراح مفاده أن القانون الموحد ، بافتراض أنه سيشمل خطابات الاعتماد التجارية ، ينبغي أن يمنح الأولوية للأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، وفق ما يشار اليه في كل خطاب اعتماد تقريبا ، على أي حكم متضارب معها في القانون الموحد . ويمكن أن تشير قاعدة الأولوية هذه الى استقلال الأطراف أو الى قانون الأعراف العالمي ، اذا بدا من غير المستصوب الإشارة صراحة الى الأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية . ولوحظ ، في الرد على ذلك ، أن الاقتراح يتصل بمسألتين نوقشتا من قبل ، هما الحدود الممكنة لاستقلال الأطراف ، واستصواب تجنب التنازع بين القانون الموحد والأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية (انظر ، بصفة خاصة ، أعلاه ، الفقرات ٦٠ و ٦٦ - ٦٧) . وقيل ان المسألتين ستظلان تتسمان بالاهمية طوال فترة اعداد القانون الموحد وأن اقتراح منح أولوية عامة للأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية لا يمكن ، لذلك ، البت فيه بالشكل الملائم في مرحلة العمل التحضيري الحالية .

١٠٢ - واعتمد الفريق العامل الاقتراح الوارد في الفقرة ٩٩ من مذكرة الامانة . ومؤداه أن القانون الموحد ينبغي أن ينص على قطعية جميع التعهدات التي يشملها ، ما لم ينص على غير ذلك في خطاب الكفالة . ومثل هذا النص يتفق مع حقائق واحتياجات الممارسة الدولية للكفالات وخطابات الاعتماد الاحتياطية ، وهو أفضل من الصيغة الحالية للمادة ٧ (ج) من الأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، التي من شأنها ، في حالة السكوت ، معاملة خطابات الاعتماد بوصفها قابلة للالغاء . واقتـرح أن ينظر ، في هذا الصدد ، في مشكلة الشروط المحتملة الخاصة بانشاء خطاب الكفالة وبنفاده .

دال - شكل وموعد انشاء خطاب الكفالة

١٠٣ - أجرى الفريق العامل تبادلا أوليا لآراء بشأن القضايا المتعلقة بشكل وموعد انشاء خطاب الكفالة أو نفاذه ، وأشار الى أن من بالغ الاهمية للكفاء والأطراف الآخرين أن يعرفوا ، بالتحديد ، الوقت الذي تم فيه انشاء تعهد ملزم لا رجعة فيه .

وأدرك في الوقت ذاته أن من الصعوبة بمكان العثور على حلول دقيقة ومقبولة بشكل موحد نظرا لتنوع وسائل الاتصال واختلاف الممارسات الجارية .

١٠٤ - واقترح الاستناد ، في التماس الحلول المقبولة ، الى بحوث تجريبية واسعة النطاق والى تجميع للاستمارات المعيارية ولنصوص الكفالات المتداولة فعلا ، في أجزاء العالم . فمن شأن هذه المواد ، التي يتعين ارسالها الى الامانة العامة ، أن تساعد على تحديد الشروط الرسمية الاساسية للكفالات وخطابات الاعتماد الاحتياطية بناء على الممارسات الدولية الجارية . وردا على ذلك أبدت الشكوك في امكان القيام بهذا الجهد الواسع النطاق ، وبفائدته الفعلية . وبالرغم من أن أية معلومات عن الممارسات الجارية ستكون مفيدة للامانة العامة ، فقد أعرب عن الخشية من تعرقل جمع المعلومات لأسباب تتعلق بالسرية . والاهم من كل ذلك أنه يمكن توقع أن تظهر المعلومات المجموعة تنوعا كبيرا في الممارسات التي لا تزال في مرحلة التطوير والتي ستتغير خلال السنوات القادمة . وخلص من ذلك الى أن أي تجميع من هذا القبيل للممارسات الجارية لن يؤدي مباشرة الى حلول تعتمد في القانون الموحد ، ولا سيما عندما يؤخذ في الاعتبار امكان اعتبار بعض الممارسات الجارية مجحفة أو غير مقبولة لأسباب أخرى .

١٠٥ - وفيما يتعلق بالشكل المطلوب لخطاب الكفالة أعرب عن تأييد واسع النطاق لاشتراط شكل ملموس أو مادي ، استبعادا للتعهدات الشفوية البحتة ، وعند البحث عن صيغة مقبولة ، ينبغي مراعاة شتى وسائل الاتصال المستخدمة حاليا والتطورات السريعة الحاصلة في هذا الميدان .

١٠٦ - وفيما يتعلق بإمكان ادخال تصويبات أو تعديلات لاحقة على النصوص والشروط ، اقترح أن يكون الشكل المطلوب هو نفس شكل الانشاء الاصلي لخطاب الكفالة . وردا على ذلك ذكر أن هناك ممارسة يجوز بموجبها ادخال تعديل شفوي على خطاب الكفالة المكتوب ، وتوثيقه بهذا الشكل . وبالرغم من أنه يجوز بعد ذلك تأكيد التعديل برسالة ذات شكل يوفر تسجيلا له ، فان الرسالة الشفوية تعتبر عمليا محددة لبدء نفاذ هذا التعديل زمنيا .

١٠٧ - وبالنسبة لمسألة النقطة الخامسة لموعد انشاء خطاب الكفالة ، رثي أن يصبح خطاب الكفالة ملزما ونافذا عندما يصدره الكفيل أو يسلمه . وبموجب رأي آخر ، ينبغي أن يصبح خطاب الكفالة نافذا عندما يبلغ الى المستفيد أو عندما يقبله هذا . وذكر أن نقطة الموعد الخامسة تعتمد على ما اذا كان التعهد موصوفا بأنه من طرف واحد أو تعاقديا . وفي حين كان هناك تأييد كبير لوصفه بأنه تعاقدى ، أشير الى أن بعض النظم القانونية تعتبر خطاب الكفالة من اختصاص القانون التجاري ، شأنه شأن خطاب الاعتماد التجاري ، حيث يكون القبول عادة مفهوما ضمنا من سكوت المستفيد أو نافذا بناء على شروط حددت من قبل .

ثالثا - الأعمال المقبلة

١٠٨ - أحاط الفريق العامل علما بقرار اللجنة المتخذ في دورتها الثانية والعشرين بأن تعقد الدورة الرابعة عشرة للفريق العامل من الفترة الممتدة من ٣ إلى ١٤ أيلول/سبتمبر ١٩٩٠ في فيينا . (٧)

١٠٩ - وطلب الفريق العامل من الأمانة العامة أن تقدم إليه ، في دورته القادمة مسودة أولى لمجموعة مواد ، بالصياغات المختلفة الممكنة ، بشأن القضايا التي نظر فيها خلال الدورة الحالية .

١١٠ - كما طلب الفريق العامل إلى الأمانة أن تقدم إلى دورته القادمة مذكرة تناقش القضايا الأخرى التي يمكن أن يشملها القانون الموحد . واتفق على أنه ينبغي الإبقاء ، من عدد من القضايا التفصيلية المذكورة في الدورة السابقة ، (٨) على ما يلي : منع الآثار السلبية لتقديم مستندات غير مطلوبة بموجب شروط الكفالة ، ومجازفة السداد إلى محتال بالنسبة لحق الاسترداد من المدين الأصلي أو لأي مطالبة مستقبلية من جانب المستفيد الحقيقي ، وضمان المستفيد لصحة المستندات ، ومقدار التعويض .

الحواشي

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

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

(٣) أنظر أيضا المناقشة الواردة أدناه ، الفقرات ٦٢ - ٦٣ و ٦٦ - ٦٧ .

(٤) أنظر أيضا المناقشة الواردة أدناه ، الفقرات ٤٤ - ٤٦ .

(٥) أنظر أيضا المناقشة الواردة أدناه ، الفقرات ١٠٣ - ١٠٦ .

(٦) أنظر أيضا المناقشة الواردة أدناه ، الفقرات ٧٧ - ٨١ .

(٧) "الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الرابعة والأربعون ، الملحق رقم ١٧" (A/44/17) ، الفقرة ٢٩٧ .

(٨) A/CN.9/316 ، الفقرة ١٧٣ .