Distr.
LIMITED

A/CN.9/WG.II/WP.76
16 October 1992
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الأمم المتحدة

الجمعيّة العامة

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية
الدورة الثامنة عشرة
فيينا ، ٣٠ تشرين الثاني/نوفمبر - ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٢

الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة

النصوص المنقحة لمواد مشروع اتفاقية خطابات الكفالة الدولية

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

مقدمة ٣

الفصل

الأول - دائرة الانطباق ٤

المادة ١ - نطاق الانطباق الموضوعي ٤
المادة ٢ - خطاب الكفالة ٥
المادة ٣ - استقلال التعهد ٦
المادة ٤ - الطابع الدولي لخطاب الكفالة ٨

الثاني - التفسير ١٠

المادة ٥ - مبادىء التفسير ١٠
المادة ٦ - قواعد التفسير والتعاريف ١٠

5800 V.92-57686

المحتويات (تابع)

الصفحة

الفصل

الثالث - نفاذ مفعول خطاب الكفالة ١١

المادة ٧ - انشاء خطاب الكفالة ١١
المادة ٨ - التعديل ١٢
المادة ٩ - نقل الحقوق ١٣
المادة ٩ مكررا - التنازل عن العائدات ١٥
المادة ١٠ - انتهاء نفاذ خطاب الكفالة ١٦
المادة ١١ - الانقضاء ١٨

[سترد في اضافة الى هذه المذكرة مواد منقحة بشأن الحقوق والالتزامات والدفوع ، والتدابير القضائية والاختصاص القضائي وتنازع القوانين]

مقدمة

١ - درس الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية ، في دورته السادسة عشرة ، مشاريع المواد من ١ الى ١٣ ، وفي دورته السابعة عشرة ، مشاريع المواد من ١٤ الى ٢٧ ، من القانون الموحد بشأن خطابات الكفالة الدولية الذي أعدته الأمانة (A/CN.9/WG.II/WP.73 و Add.1) . وترد مداولات الفريق العامل واستنتاجاته في تقريري الفريق العامل عن هاتين الدورتين (A/CN.9/358 و 361) . وطلب الى الأمانة اعداد صيغة منقحة لمشاريع المواد من ١ الى ٢٧ ، على أساس تلك الاستنتاجات .

٢ - وقد أعدت هذه المذكرة استجابة لذلك الطلب . وهي تعرض نصوصا منقحة للمواد المتعلقة بنطاق التطبيق ، والتفسير ، ونفاذ مفعول خطاب الكفالة . أما النصوص المنقحة للمواد المتعلقة بالحقوق والالتزامات والدفوع ، وبالتدابير القضائية والاختصاص القضائي وتنازع القوانين فسوف تعرض في اضافة الى هذه المذكرة . وأسلوب العرض هو الاسلوب نفسه الذي استخدم في المشاريع السابقة وشرح في الفقرتين ٣ و ٤ من مقدمة الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.73 .

النصوص المنقحة لمواد مشروع اتفاقية خطابات الكفالة الدولية

الفصل الأول - دائرة الانطباق

المادة ١ - نطاق الانطباق الموضوعي [١]

تنطبق هذه الاتفاقية [٢] على خطابات الكفالة الدولية [٣] [الصادرة في دولة متعاقدة] [٤] .

الملاحظات

١ - ينبغي تعديل عنوان هذه المادة لكي يصبح "نطاق الانطباق" اذا ما قبلت الاضافة المقترحة بخصوص عامل الاتصال الاقليمي (أنظر الملاحظة ٤) .

٢ - يستخدم مصطلح "الاتفاقية" هنا وفي سائر أحكام مشروع النص تبعا لقرار الفريق العامل "بأن يواصل عمله على أساس افتراض عملي بأن النص النهائي سيتخذ شكل اتفاقية ، مع عدم استبعاد امكانية العودة الى شكل القانون النموذجي الأكثر مرونة في المرحلة الختامية للعمل عندما تتكون لدى الفريق العامل صورة واضحة عن الاحكام المدرجة في مشروع النص" (A/CN.9/361 ، الفقرة ١٤٧) .

٣ - وعلى الرغم مما أعرب عنه ابان الدورة السادسة عشرة من قلق مثاره أن مصطلح "خطاب الكفالة" لا يشمل خطاب الاعتماد الضامن ، فقد استبقي هذا المصطلح بالنظر الى استنتاج الفريق العامل بأنه من السابق لأوانه اتخاذ قرار نهائي بشأن المسألة الشكلية المتعلقة بالاسم المشترك (A/CN.9/358 ، الفقرة ١٥) . وسعيا الى تبديد هذا القلق ، تعرف المادة المنقحة ٢ هذا المصطلح صراحة على أنه يشمل الكفالة المستقلة وخطاب الاعتماد الضامن ؛ وقد يدرج هذا التوضيح أيضا في المادة ١ . أما اذا كان الفريق العامل يحبذ اجراء تفريق واضح بين هذين النوعين من خطابات الكفالة ، فربما يجدر النظر في النص على انطباق الاتفاقية على الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ، بتقديم تعريفين منفصلين لهذين النوعين واستخدام مصطلح عام بسيط (مثل "تعهد مصرفي" أو "تأكيد") باعتباره اسما مشتركا يستخدم في الأحكام المنطبقة على هذين النوعين معا .

٤ - أضيفت العبارة الواردة بين معقوفتين لالتماس النظر بعين الاعتبار في مسألة نطاق الانطباق الاقليمي ، على أساس افتراض عملي بأن النص النهائي سيعتمد في شكل اتفاقية . ومن بين المسائل المراد النظر فيها ما اذا كان ينبغي اشتراط وجود رابط اقليمي بدولة متعاقدة ، وان كان ينبغي ذلك فهل يكون المعيار المقترح مؤقتا بشأن مكان الاصدار مناسبا . وسيكون للاجابة عن هذين السؤالين ، وخصوصا أولهما ، آثار في

الأحكام المحتملة بشأن تنازع القوانين ، ومن ثم ينبغي النظر فيهما بالاقتران بتلك الأحكام (أنظر مشروعي المادتين ٢٦ و ٢٧ والملاحظات المشفوعة بهما) .

المادة ٢ - خطاب الكفالة

(١) خطاب الكفالة هو تعهد مستقل [١] [، في شكل كفالة أو سند يستحق عند الطلب أو في شكل خطاب اعتماد ضامن ،] [٢] من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر ("المصدر") ["الكفيل"]) [٣] بأن يدفع الى شخص آخر ("المستفيد") [أو ، اذا نص التعهد على ذلك ، الى نفسه اذ يتصرف بصفته مؤتمنا أو من خلال فرع آخر] [٤] مبلغا معينا أو قابلا للتعيين بعملة أو وحدة حساب محددة [أو بشيء آخر ذي قيمة] [أو بأن يقبل سفتجة بمبلغ محدد] [٥] وفقا لأحكام التعهد و[أي من] شروطه [المستندية] [٦] عندما يطلب ذلك بالطريقة المبينة في التعهد [٧] .

(٢) من الجائز اعطاء التعهد

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

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

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

الملاحظات

١ - تجدر الاشارة الى أن الفريق العامل قرر في دورته السادسة عشرة إبقاء الاشارة الى الطابع "المستندي أساسا" بين معقوفتين على سبيل التذكرة ولاعادة النظر في هذه المسألة في مرحلة لاحقة (A/CN.9/358 ، الفقرة ٢١) . بيد أن تلك الاشارة الجدلية لم تستبق في مشروع هذه المادة ، بالنظر الى اتفاق الفريق العامل لاحقا على "أن تركز أحكام القانون الموحد على الصكوك التي لا تتضمن سوى شروط مستندية" (A/CN.9/358 ، الفقرة ٦١) . وأما بخصوص الاقتراح البديل بادخال الطابع المستندي في تعريف "خطاب الكفالة" ، فانظر الملاحظة ٦ أدناه .

٢ - أدرجت هنا الاشارة الى الكفالات أو السندات تحت الطلب والى خطابات الاعتماد الضامنة ، لكي ينظر فيها الفريق العامل ، للسبب المبين في الملاحظة ٣ على المادة ١ .

٣ - وفيما يتعلق بالاشارة الى "الكفيل" أو "المصدر" الواردة بين معقوفتين ، قرر الفريق العامل في دورته السادسة عشرة أن يترك هذه المسألة الى فريق الصياغة المزمع انشاؤه في دورة لاحقة . بيد أن المشروع المنقح يوحي بقدر من التفضيل لمصطلح "المصدر" بقلبه ترتيب المصطلحين البديلين في مشروع هذه المادة واستخدامه مصطلح "المصدر" وحده في المواد اللاحقة . وثمة ثلاثة أسباب على الأقل لهذا التفضيل ، هي : أن مصطلح "المصدر" مستخدم في الممارسة المتبعة في خطابات الاعتماد الضامنة ؛ وأن مصطلح "الكفيل" قد يساء فهمه على أنه يشمل مصدر الكفالة التبعية ؛ وأن مصطلح "المصدر" يبدو أقرب الى المصطلح المقابل المستخدم في سياق الكفالات في عدد من اللغات ، بما في ذلك اللغات غير الرسمية . وبالنظر الى السبب الأول ، يُسلّم بأن أنصار استخدام مصطلحات خطابات الاعتماد الضامنة يمكنهم قبول استبقاء مصطلح "الأصيل" بدلا من الاصرار على مصطلح "مقدم الطلب" .

٤ - صيغت العبارات الواردة بين معقوفتين على نسق مشروع المادة ٦ (٦) من مقترح الولايات المتحدة الأمريكية (A/CN.9/WG.II/WP.77) . واذا ما اعتمد الفريق العامل مضمونها ، فقد يجدر النظر في عرضها كقاعدة تفسيرية منفصلة في المادة ٦ .

٥ - لا يستبقي النص المنقح الاشارة السابقة الى عبارة "يداول دون حق الرجوع" ، آخذا في الحسبان الاعتراضات التي أثيرت خلال الدورة السادسة عشرة (A/CN.9/358 ، الفقرة ٣٣) . بيد أنه قد يجدر النظر في اضافة عبارة "أو تحمّل التزام آجل بالدفع" بحسب ما ورد في مقترح الولايات المتحدة ، المادة ٢ (١) .

٦ - أدرجت الاشارة الى "الشروط المستندية" بالنظر الى اتفاق الفريق العامل على التركيز على الصكوك التي تحتوي على شروط مستندية فقط (A/CN.9/358 ، الفقرة ٦١) . وقد أضيفت العبارة النعتية "أيا كانت" توضيحا لجعل أنواع التعهد تضم الكفالات المستحقة بمجرد الطلب وخطابات الاعتماد الضامنة "النظيفة" . ووضعت الاشارة الى طابع الشروط المستندية بين معقوفتين لأنه قد لا تكون ثمة حاجة اليها بالنظر الى مشروع المادة ٣ المنقح . كما أنها قد لا تكون مناسبة اذا ما اعتمدت أحكام مشروع المادة ٣ (١) (ب) و (٢) .

٧ - قد يلاحظ أن البديلين سين وصاد من مشروع المادة ٢ السابق لم يستبقيا في المادة المنقحة . بيد أن مضمونهما أدرج في مواد أخرى أي المادتين ٣ (٣) و ١٤ .

المادة ٣ - استقلال التعهد

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

(أ) نص على الدفع عند الطلب وتقديم أي مستندات محددة [، دون التحقق من أي وقائع تكون خارج نطاق مسؤولية المصدر العملية] ؛ [١] أو

(ب) احتوى [في عنوانه و] ضمن نصه على عبارات مثل "خطاب اعتماد ضامن" أو "كفالة مستحقة عند الطلب" [أو "وعد مستندي مستقل" أو "خطاب كفالة دولي"] . [٢]

(٢) حيثما ينص التعهد المشار اليه في الفقرة (١) (ب) من هذه المادة على الدفع عند وقوع حدث غير مؤكد في المستقبل دون تحديد الوسائل المستندية لاثبات ذلك الوقوع ، لا يستحق الدفع الا عند تقديم المستفيد [أو الأصيل] ما يثبت وقوع ذلك الحدث [٣] ، ما لم يكن التحقق منه واقعا ضمن نطاق مسؤولية المصدر العملية . وتنطبق هذه القاعدة نفسها على أي شرط غير مستندي لنفاذ مفعول خطاب الكفالة أو [تخفيض أو زيادة] [تعديل] مقداره .

(٣) ومع أن الغرض من التعهد المشمول بهذه الاتفاقية [من شأنه عادة أن يكون] [قد يكون] تأمين المستفيد من عدم وفاء الأصيل بالتزامات معينة أو من أي احتمال آخر ، فان التعهد ليس مرهونا أو مقيدا بأي معاملة أصلية أو علاقة أخرى ، حتى وإن أشير اليها في التعهد [٤] ، ولا يتوقف الالتزام بالدفع على التأكيد [النهائي] لوقوع ذلك الاحتمال بل يتوقف فحسب على تقديم أي مستندات مطلوبة في التعهد أو بموجب الفقرة (٢) من هذه المادة . [وتنطبق هذه القاعدة نفسها على خطاب الكفالة المقابلة بخصوص احتمال كون المستفيد من خطاب الكفالة المقابلة مطالبا بالدفع بموجب خطاب كفالته .] [٥]

الملاحظات

١ - تصف الفقرة (١) من مشروع المادة ٣ المنقح كليا أنواع التعهدات التي تشملها الاتفاقية . ومن خلال استبقاء مفهوم الاستقلال المعروف في جميع النظم القانونية ، تعرّف بصفة الاستقلال ، في الفقرة الفرعية (أ) ، جميع التعهدات التي لا تحتوي على أي شروط غير مستندية بشأن الدفع ، مما يعكس اتفاق الفريق العامل على التركيز على المستندات التي لا تتضمن سوى شروط مستندية (A/CN.9/358 ، الفقرة ٦١) .

٢ - يقصد بالفقرة الفرعية (ب) أن تقدم "ملاذا آمنا" من حيث توفير اليقين في تطبيق الاتفاقية . ومن المسلّم به أن مزايا اليقين ترجح كفتها على المساوىء المحتملة في هذا الحكم المقترح ، بما في ذلك الحاجة الى تغيير الممارسة باشتراط نعوت جديدة ، وخاصة اذا ما قُبل واحد من تلك النعوت الواردة بين معقوفتين . وما عدا الغرض الرئيسي من هذا الحكم في توفير اليقين ، من الجائز إعماله باعتباره

حكما يُختار الأخذ به بشأن بعض الصكوك التي تحتوي على شرط غير مستندي . وبالنظر الى هذه الامكانية ، تنص الفقرة (٢) على تحويل أي شرط من هذا النحو الى شرط مستندي . والنتيجة بحسب تلخيصها في الفقرة (٣) هي أن الاتفاقية لن تشمل أي تعهدات من شأنها أن تشترط على المصدرين التحقق من أي وقائع تكون خارج نطاق مسؤوليتهم .

٣ - وقد تكون ثمة فائدة في اضافة الاشارة الى الأصيل بالنظر الى أن التصديق من جانب الأصيل فيما يخص كثيرا من الحالات الطارئة يضع الأمور في موضع لا يرقى اليه الشك ، وان كان لا بد من اجراء استثناء بشأن القاعدة الواردة في الجملة الثانية من الفقرة (٢) فيما يتعلق بتخفيض مقدار قيمة خطاب الكفالة . بيد أنه ينبغي أن يكون واضحا أنه لا حق للمصدر في الاختيار بين الأصيل والمستفيد ، بل يجب عليه الرضا بالتصديق من جانب أي واحد منهما . وقد يلاحظ أيضا أن كيفية التحويل التي تفرضها الفقرة (٢) لن تكون قابلة للتطبيق اذا ما اتفق المصدر والمستفيد على اتباع وسائل مستندية أخرى في اثبات وقوع الطارىء وبالتالي على تعديل خطاب الكفالة .

٤ - قد يجدر النظر في اضافة عبارة مؤداها أنه لا يجوز للمصدر ولا للمستفيد التذرع بأي دفاع ناشىء عن علاقة غير العلاقة القائمة بينهما بموجب التعهد . واذا أريد اضافة مثل تلك العبارة التوضيحية فقد يكون من المناسب أن تضاف أيضا الجملة الأخيرة من مشروع المادة ٣ (١) : "لا تتأثر استقلالية التعهد بأن للمصدر حسب ما تنص عليه المادة ١٧ (١) (ج) أن يثير اعتراضات معينة على الدفع قد تكون قائمة على حقائق تتصل بأي علاقة أخرى من هذا القبيل" .

٥ - الجملة الواردة بين معقوفتين غير ضرورية على نحو مطلق بما أن جوهرها مضمّن من قبل في الجملة الأولى التي تشمل جميع التعهدات ، بما في ذلك تعهدات الكفلاء المقابلين . بيد أنها قد تساعد على تأكيد الطابع المستقل لخطاب الكفالة المقابلة ، بحسب ما هو وارد ، على سبيل المثال ، في المادة ٢ (ج) من القواعد الموحدة الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية بشأن الكفالات المستحقة عند الطلب (٤٥٨) . وللاطلاع على تعريف خطاب الكفالة المقابلة ، أنظر المادة ٦ (د) .

المادة ٤ - الطابع الدولي لخطاب الكفالة [١]

(١) يكون خطاب الكفالة دوليا اذا :

(أ) كان مكانا عمل أي اثنين من الأشخاص التاليين ، حسب ما هو محدد في خطاب الكفالة ، يقعان في دولتين مختلفتين : المصدر أو المستفيد أو الأصيل أو الطرف الآمر [أو المستشار] [٢] أو المثبت ؛ أو

(ب) نص صراحة على أنه خطاب كفالة دولي أو أنه خاضع لـ [ما هو متعارف عليه عامة من] القواعد أو الأعراف الدولية بشأن الكفالات أو الممارسات المتبعة في خطابات الاعتماد . [٣]

(٢) لأغراض الفقرة السابقة :

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

[(ب) اذا لم يحدد خطاب الكفالة مكان عمل طرف ما ، بل يحدد محل اقامته المعتاد ، اعتبر محل الاقامة ذاك وثيق الصلة بتقرير الطابع الدولي لخطاب الكفالة .] [٤]

الملاحظات

١ - ربما يجد التذكير بأن الفريق العامل سبق له أن ناقش مسألة ما اذا كان ينبغي توسيع نطاق القانون الموحد ليشمل المعاملات المحلية ، وترك المجال مفتوحا لاتخاذ قرار نهائي بهذا الشأن (A/CN.9/358 ، الفقرة ٦٦) . واذا كان الرأي السائد يحبذ هذا التوسيع ، فقد يجدر النظر في تضمين مشروع الاتفاقية تحفظا يسمح للدول بأن تقصر تطبيقها على خطابات الكفالة الدولية .

٢ - بحسب ما هو معروض في مقترح الولايات المتحدة (المادة ٤ (١) (أ)) ، أضيف مصطلح "المستشار" لاظهار الممارسة المتبعة في خطابات الاعتماد الضامنة ، مع أن الاثر العملي التي تتضمنه تلك الاضافة يحتمل أن يكون مقيدا . أما اذا كانت الاضافة قائمة على الافتراض بأن مكان عمل المستشار هو في كثير من الأحيان مكان الدفع ، فمن الجائز ايلاء الاعتبار الى الاشارة مباشرة الى مكان الدفع باعتباره واحدا من الأماكن الوثيقة الصلة بتعيين الطابع الدولي .

٣ - وتعرض الفقرة الفرعية (ب) طريقتين في الوفاء ، بواسطة بيان ، باشتراط الطابع الدولي باعتباره شرطا في تطبيق الاتفاقية . أما في حال تفضيل الحكم الصريح باختيار التطبيق ، بحسب ما هو مقترح في الدورة السادسة عشرة بشأن القانون الموحد (A/CN.9/358 ، الفقرة ٧٠) ، على الحكم الوارد في الفقرة الفرعية (ب) ، فمن الجائز اضافة مثل ذلك الحكم في اختيار التطبيق الى المادة ١ على نسق العبارة التالية : "وعلى أي خطاب كفالة يبين فيه بأنه مرهون بهذه الاتفاقية" .

٤ - عُدلت الفقرة المنقحة (٢) (ب) بحسب القاعدة المعتمدة في الفقرة (١) (أ) . وقد وضعت بين معقوفتين التماسا للنظر فيما اذا كانت مثل تلك القاعدة المتعلقة بالاقامة المعتادة ضرورية .

الفصل الثاني - التفسير

المادة ٥ - مبادىء التفسير

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

المادة ٦ - قواعد التفسير والتعاريف

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

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

(ب) تُعتبر أية اشارة الى خطاب الكفالة أو تعهد المُصدر ، أو الى أحكامه وشروطه ، اشارة الى النص بصيغته الأصلية المنشأة وفقا لأحكام المادة ٧ ، أو الى النص بصيغته المعدلة الأخيرة ، اذا عدل فيما بعد وفقا للمادة ٨ ؛

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

(د) يقصد بتعبير "خطاب الكفالة المقابلة" خطاب كفالة مقدم الى مصدر خطاب كفالة آخر من طرفه الآمر [أو الى مصدر كفالة أخرى أو خطاب اعتماد آخر] [١] ، وينص على الدفع عند الطلب وتقديم أي مستند معين [٢] يبين أن المستفيد من "خطاب الكفالة المقابلة" قد طولب بالدفع أو قام بذلك فعلا : [بموجب خطاب الكفالة أو التعهد الآخر ذاك] ؛

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

(و) يقصد بتعبير "تثبيت" خطاب الكفالة تعهد مستقل يضاف الى تعهد المصدر ويوفر للمستفيد خيار طلب الدفع وتقديم أي مستندات مطلوبة الى المثبت [بدلا من المصدر] [٣] ، ما لم يُنص صراحة على خلاف ذلك ؛

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

(ح) يقصد بتعبير "المستند" واسطة تخاطب في شكل يوفر تسجيلا تاما لها [ويوثق من حيث مصدرها بوسيلة متعارف عليها أو باجراءات يُتفق عليها مع المتلقي] [٤] .

الملاحظات

١ - يراد من العبارات الواردة بين معقوفتين أن تشمل خطابات الكفالة التي تدعم تعهدات المستفيد أو تضمن استرداد قيمتها ، بخلاف خطابات الكفالة من نوع الكفالة التبعية أو خطابات الاعتماد التجارية . بيد أن من الصعب العثور على عبارة دقيقة بقدر كاف بحيث لا تشمل أكثر مما ينبغي من أنواع التعهدات ، كالتزامات التأمين مثلا .

٢ - قد يتعين تعديل الاشارة الى المستندات المحددة في خطاب الكفالة المقابلة ، اذا ما اعتمدت الأحكام المقترحة بشأن مشروع المادة ٣ (١) (ب) و (٢) .

٣ - من المسلّم به أن تعريف "تثبيت" خطابات الكفالة المقترح ملائم للكفالات المصرفية وكذلك لخطابات الاعتماد الضامنة ولكن أنظر تعريف "المثبّت" الوارد في مقترح الولايات المتحدة ، والذي يتضمن اشتراط وجود اذن من المُصدر .

٤ - والتعريف المقترح لـ "المستند" مصوغ على نموذج المادة ٧ التي تبين المتطلبات الشكلية لانشاء خطاب الكفالة ، ومؤداه استبعاد وسائط التخاطب الشفوية الصرف . وقد وضعت الاشارة الى التوثيق بين معقوفتين التماسا للنظر فيما اذا كانت تلك المتطلبات مناسبة لجميع المستندات المرتآة في الاتفاقية .

الفصل الثالث - نفاذ مفعول خطاب الكفالة

المادة ٧ - انشاء خطاب الكفالة

(١) يجوز انشاء خطاب الكفالة في أي شكل يحفظ تسجيلا كاملا لنص خطاب الكفالة ويوفر توثيقا لمصدَره بالوسائل المتعارف عليها أو باجراءات يتفق عليها الطرفان .

(٢) البديل ألف ما لم ينص خطاب الكفالة على خلاف ذلك ، يصبح خطاب الكفالة نافذ المفعول ولا رجوع فيه عندما يخرج من نطاق سيطرة المصدِر ("الاصدار") [١] .

البديل باء يصبح خطاب الكفالة نافذ المفعول ولا رجوع فيه [، ما لم ينص صراحة على أنه قابل للرجوع ،] وقت اصداره ، شريطة ألا ينص على وقت آخر لنفاذ المفعول [٢] .

الملاحظات

١ - بحسب ما اقترح في الدورة السادسة عشرة (A/CN.9/358 ، الفقرة ٨١) ، أدمج في صلب البديل ألف تعريف لمصطلح "الاصدار" . واذا ما اعتمد البديل باء ، يمكن أن يدرج تعريف من هذا النحو في المادة ٦ .

٢ - قد يجدر النظر في صوغ هذا الحكم الشرطي بطريقة أكثر إحكاما على نسق الجملة الثانية من البديل سين من مشروع المادة ٧ (٢) السابق . واذا ما أريد ادراج اشارة الى شروط نفاذ المفعول ، فسيتعين أن يؤخذ في الحسبان القرار المتخذ بشأن المادة ٣ (١) و (٢) فيما يتعلق بامكانية ايراد شروط غير مستندية لنفاذ المفعول وتحويلها الى شروط مستندية .

المادة ٨ - التعديل

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

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

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

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

[(٢ مكررا) لا يؤثر التعديل في تثبيت خطاب الكفالة الا اذا وافق المثبّت على التعديل] [١] .

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

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

الملاحظات

١ - أضيفت الفقرة الجديدة (٢ مكررا) بغية ابراز استقلالية تعهد المثبّت .

المادة ٩ - نقل الحقوق

البديل ألف لا يجوز نقل حق المستفيد في طلب الدفع بموجب خطاب الكفالة الا اذا كان ذلك النقل ، وبمقداره وطريقته [١] ، مأذونا به في خطاب الكفالة [٢] .

البديل باء (١) لا يجوز نقل حق المستفيد في طلب الدفع بموجب خطاب الكفالة ما لم يأذن المُصدر بذلك صراحة في خطاب الكفالة [أو بموافقة مسبقة منه في شكل من الأشكال المشار اليها في الفقرة (١) من المادة ٧] [٣] .

(٢) لا يسمح بنقل الحق جزئيا أو تعاقبيا إلا اذا أذن المُصدر بذلك صراحة .

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

البديل سين وجب على المصدر ، وجاز لأي شخص مأذون آخر ، ضمن حدود الاذن المعطى ، أن [يقوم بـ] [ينفذ] النقل . [٤]

البديل عين فلا حاجة لهذه الموافقة . [٥]

البديل صاد لا يكون المصدر ، ولا أي شخص مأذون آخر ، ملزما بأن يقوم بالنقل الا بالمقدار والطريقة اللذين وافق عليهما صراحة . [٦]

الملاحظات

١ - من المسلّم به أن الاشارة المدرجة الى مقدار وطريقة النقل المأذون به في خطاب الكفالة ، تشمل مسائل تفصيلية مثل ما اذا كان مسموحا به النقل على أجزاء أو على مراحل متعاقبة . بيد أنه قد ينظر الى هذه الاشارة على أنها عامة أو تجريدية أكثر مما ينبغي ؛ ولهذا السبب يُقدم بديل أكثر تفصيلا في البديل باء ، وخاصة في الفقرة (٢) منه .

٢ - أما الاشارة الى الاذن المعطى في خطاب الكفالة الذي يتضمن أي تعديل من التعديلات ، وفقا للمادة ٦ (ب) ، فتبدو شاملة بما فيه الكفاية ، شريطة عدم توخي أي شكل آخر من أشكال الموافقة على ذلك . بيد أنها قد لا تقرر بوضوح المسألة المطروقة في الفقرة (٣) من البديل باء ، أي ما اذا كان من اللازم أن تكون ثمة موافقة على التماس نقل الحقوق الفعلي - بالاضافة الى الاذن المعطى في خطاب الكفالة .

٣ - العبارة الواردة بين معقوفتين مصممة بقصد التماس النظر فيما اذا كان يمكن اعطاء الاذن أو الموافقة خارج اطار اجراءات خطاب الكفالة أو التعديل .

٤ - يقدم البديل سين ، المصوغ على نموذج المادة ٩ أ (٣) المحكمة أكثر في مقترح الولايات المتحدة ، حلا وسطا بين ذينك الحلين المقدمين في البديلين عين وصاد . وهو يعكس الرأي القائل بأن اذن المصدر كاف بذاته ، ومن ثم فلا لزوم لأي موافقة أخرى ، في حين أن أي شخص مأذون آخر كالمثبت أو المستشار مثلا ، يكون مأذونا فحسب ، ولكنه ليس ملزما بالاذن الوارد في خطاب الكفالة .

٥ - ويجسد البديل عين الرأي القائل بأن الاذن غير المخصص بالنعت في عبارة ما مثل عبارة "رهنا بموافقتنا الكتابية" لا يلزم المصدر فقط بل يلزم أيضا أي شخص مأذون آخر ("المصرف الناقل" على طريقة التعبير في خطابات الاعتماد) ، بما أن ذلك الشخص قد علم بالاذن المعطى ويعتبر قابلا به ، على سبيل المثال ، عند تثبيت خطاب الكفالة أو الاشارة به . بيد أن من الجائز النظر بعين الاعتبار الى اضفاء بعض الليونة على الحل الجذري المقدم في البديل صاد ، بعبارة تصاغ على نسق ما يلي : "بيد أن من الجائز للمصدر أو شخص مأذون آخر عدم تنفيذ أي نقل للحقوق يكون متناقضا على نحو بيّن مع السياسة العامة أو يكون من ناحية أخرى غير مشروع قانونا ، أو عدم الاعتراف به" .

٦ - ويجسد البديل صاد الرأي القائل بأن تسمية خطاب الكفالة بأنه قابل للنقل تفتح الباب لالتماسات النقل ، ولكن من دون الزام أي مصرف بالاذعان لتلك الالتماسات . وهو بديل مستوحى من البديل الذي قدمه بصدد المادة ٥٤ من الأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، المجلس الشوري في قراره (الخلافي) في قضية مصرف نيغارا اندونيسيا ١٩٤٦ ضد مؤسسة لاريزا (سنغافورة) المحدودة [١٩٨٨] - AC ٥٨٣ .

المادة ٩ مكررا - التنازل عن العائدات

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

(٢) البديل ألف اذا تلقى المُصدر ، أوشخص 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] [٢] من التزامه بموجب خطاب الكفالة .

البديل باء من شأن التنازل أن يُلزم المصدرَ ، 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 على اتفاق مع المستفيد على المسائل الاجرائية وما يشابهها ، بغية ضمان التيقن من التنازل وتنفيذه [٣] ، ومنع اتخاذ أي تدابير تتعارض مع ذلك .

(٣) يجوز للمصدر أو شخص آخر يقوم بالدفع .

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

البديل صاد أن يتذرع تجاه المتنازل له بأي حق في المعاوضة مشار اليه في المادة ٢٠ . [٤]

الملاحظات

١ - العبارة الواردة بين معقوفتين مصوغة بقصد أن تتناول بوضوح حالة التنازل

الذي يجرى قبل أن يطلب المستفيد الدفع . بيد أنه قد يُظن بأن هذه الحالة مشمولة بقدر كاف من الوضوح بعبارة "قد تستحق له" .

٢ - يراد من الاشارة الى مقدار الدفع اظهار التناسب بين المبلغ المدفوع ومدى الابراء . وقد تصبح هذه الاشارة وثيقة الصلة حيث تكون العائدات المتنازل عنها أقل من المبلغ المتاح بموجب خطاب الكفالة . ومن الجائز ايلاء الاعتبار الى تناول مسألة التنازل الجزئي بمزيد من المباشرة .

٣ - يرد في التعليق ١ على المادة ٩ باء من مقترح الولايات المتحدة عرض ايضاحي للمسائل المحتملة المراد تنظيمها في الاتفاق .

٤ - البديل سين يحد صراحة من الحق في المعاوضة مع مطالبات تجاه المستفيد ، فيستبعد من ثم أي مطالبات محتملة تجاه المتنازل له . أما البديل صاد ، كحكم شرطي عام مثل "رهنا بأحكام المادة ٢٠" ، فلا يتناول بوضوح هذه المسألة المهمة .

المادة ١٠ - انتهاء نفاذ خطاب الكفالة

(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] [١] ؛

(ج) البديل ألف يدفع المصدر [، أو شخص آخر مأذون له بالقيام بالدفع ،] [٢] المبلغ [المتاح] [المستحق] بموجب خطاب الكفالة ؛ أو

البديل باء يدفع المصدر

'١' المبلغ الأقصى 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 [٣] ؛

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

'٣' المبلغ الجزئي المطلوب ، اذا طالب المستفيد من خطاب كفالة [لا ينص على مطالبات جزئية] [٤] دفع جزء فقط من المبلغ الأقصى ، 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 لأحكام المادة ١١ .

(٢) تنطبق أحكام الفقرة (١) من هذه المادة بصرف النظر عما اذا كان أي مستند يجسد خطاب الكفالة قد أعيد الى المصدر ، كما ان 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] [٥] .

<u>الملاحظات</u>

١ - قد يجدر النظر في عدم اشتراط الشكل الوارد في المادة ٧ (١) الا بشأن موافقة المستفيد أو رضاه ، وفي دمج الفقرتين الفرعيتين (أ) و (ب) على النسق التالي : "يتلقى المصدر من المستفيد بيانا بذلك المعنى في شكل من الأشكال المشار اليها في الفقرة (١) من المادة ٧" .

٢ - يقصد بالعبارة الواردة بين معقوفتين التماس النظر فيما اذا كان ينبغي ادراج الاشارة الى شخص مأذون آخر ، كما هو الحال في المادة ٩ مكررا مثلا ، في جميع الأحكام التي تتناول الدفع والمطالبات بالدفع ، أو فيما اذا كان ينبغي توضيح تلك المسألة في قاعدة تفسيرية عامة ، أو فيما اذا كان الأمر لا يحتاج الى أي توضيح صريح بالنظر الى مبادىء التفسير العامة .

٣ - المستند المطلوب هو المستند المحدد في خطاب الكفالة أو ، اذا ما اعتمدت المادة ٣ (١) (ب) و (٢) ، شهادة مصدقة من المستفيد .

٤ - يراد من العبارة الواردة بين معقوفتين تناول الحالة المشار اليها في الدورة السادسة عشرة (A/CN.9/358 ، الفقرة ١٢٧) ، والمتعلقة بسحب جزئي وحيد بموجب خطاب اعتماد ضامن لا يسمح بالسحوب الجزئية أو لا يرتئيها . ومن المسلّم به أن السحب

الجزئي الوحيد لن يجعل خطاب الكفالة عديم المفعول الا اذا كان الفهم يذهب الى أن تلك الطريقة في الدفع تستنفذ خطاب الكفالة . فاذا كان ذلك التحليل صحيحا ، فلا يبدو أن ثمة سببا يدعو الى جعل هذا الحكم مقصورا على خطابات الكفالة التي لا تنص على السحوب الجزئية .

٥ - العبارة الأخيرة الواردة بين معقوفتين تبين المضمون المطلوب لأي نص بشأن الخروج على حكم الفقرة (١) . ومن شأن هذه العبارة الأكثر إحكاما أن توضح ، على نحو أفضل من العبارة البديلة "على خلافه لذلك" ، أن وجود نص ، على سبيل المثال ، يقتصر على الزام المستفيد باعادة المستند لا يندرج في اطار هذا الحكم الشرطي .

المادة ١١ - الانقضاء

تنقضي فترة صلاحية خطاب الكفالة :

(أ) في تاريخ الانقضاء ، الذي قد يكون تاريخا تقويميا محددا أو اليوم الأخير 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 [١] ؛

(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 حال 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 ٥ سنوات على التاريخ الذي أصبح فيه خطاب الكفالة نافذا . [٢]

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 ٥ سنوات من انشاء خطاب الكفالة ، ما لم يكن خطاب الكفالة [صادرا في شكل كفالة أو سند مستحقين عند الطلب و] [٣] محتويا على نص صريح بأن صلاحيته غير محدودة .

الملاحظات

١ - القاعدة الواردة كحكم شرطي مصوغة على نموذج المادة ٢ (٢) من قواعد التحكيم الصادرة عن الأونسيترال ؛ بيد أنه قد يجدر توسيع نطاق تطبيقها لكي يشمل الفترات الزمنية الأخرى التي قد تدرج في النص النهائي .

٢ - من المسلّم به أن البديل ألف ، على الرغم من ايجازه ، يشمل جميع حالات الاشتراط أو عدمه المبينة في البديل باء . بيد أنه لا يضم حالة حدث الانقضاء المبيّن الذي لم يتم اثباته في غضون ٥ سنوات .

٣ - العبارة الواردة بين معقوفتين مصوغة بقصد استبعاد خطابات الاعتماد الضامنة من نطاق تطبيق هذا الحكم الشرطي ، كما هو مقترح في الدورة السادسة عشرة (A/CN.9/358 ، الفقرة ١٥٢) . وبناء على ما يظهر في المستقبل من عدد الأحكام التي يقرر الفريق العامل أنها لن تكون واجبة التطبيق على خطابات الاعتماد الضامنة ، من الجائز ايلاء الاعتبار الى تعداد جميع تلك الأحكام في موضع واحد ، من المحتمل أن يكون في الفصل الأول .

- - - - -