

Distr.
GENERAL

A/CN.9/431
4 July 1996
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الثالثة عشرة

فيينا ، ١٢ - ٣٠ أيار/مايو - ١٩٩٧

مذكرة تفسيرية أعدتها أمانة الأونسيترال بشأن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة^(١)

مقدمة

١ - اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وفتح باب التوقيع عليها أمام الدول في ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٥ . وقد أعدت الاتفاقية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال).^(٢)

(١) أعدت هذه المذكرة أمانة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لأغراض الاطلاع عليها ؛ وهي لا تشكل تعليقا رسميا على الاتفاقية .

(٢) وضع مشروع الاتفاقية الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية ، التابع للأونسيترال ، خلال دوراته الثالثة عشرة الى الثالثة والعشرين (للاطلاع على تقارير تلك الدورات ، أنظر وثائق الأمم المتحدة A/CN.9/330 و 342 و 345 و 358 و 361 و 372 و 374 و 388 و 391 و 405 و 408 ؛ المستنسخة في المجلدات من الواحد والعشرين سنة ١٩٩٠ الى السادس والعشرين سنة ١٩٩٥ من حوليات الأونسيترال) . وترد مداوات الأونسيترال بشأن مشروع الاتفاقية في الفقرات ١١ الى ٢٠١ من تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الثامنة والعشرين (١٩٩٥) ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الخمسون الملحق رقم ١٧ (A/50/17) التي يتضمن مرفقها الأول مشروع الاتفاقية بالصيغة التي عرضتها اللجنة على الجمعية العامة . واعتمدت الجمعية العامة الاتفاقية في دورتها الخمسين بموجب قرارها ٤٨/٥٠ (A/RES/50/48) .

٢ - والأونسيترال هيئة تقنية حكومية - دولية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة تتولى اعداد الصكوك الدولية في ميدان القانون التجاري بغرض مساعدة المجتمع الدولي في تحديث وتنسيق القوانين المتعلقة بالتجارة الدولية . ومن الصكوك القانونية الأخرى التي أعدتها الأونسيترال ، على سبيل المثال ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع ، واتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لعام ١٩٧٨ واتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بمسؤولية متعهدي محطات النقل الطرفية في التجارة الدولية وقواعد التحكيم للأونسيترال وملاحظات الأونسيترال عن تنظيم اجراءات التحكيم ، وقواعد للأونسيترال الخاصة بالتوفيق ، وقانون الأونسيترال النموذجي للتحويلات الدائنة الدولية ، وقانون الأونسيترال النموذجي لاشتراء السلع والانشاءات والخدمات ، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية .

٣ - والغرض من الاتفاقية المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة هو تيسير استخدام الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ولا سيما حيثما يجوز ، عادة ، استخدام أحد الصكين فحسب . كما ترسخ الاتفاقية الاعتراف بالمبادئ الأساسية والخصائص المشتركة بين الكفالة المستقلة وخطاب الاعتماد الضامن . وسعياً للتأكيد على الاطار المشترك للقواعد التي أعنت بشأن كل من الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة والتغلب على ما قد ينشأ من خلافات فيما يتعلق بالمصطلحات ، استخدمت ، في الاتفاقية ، عبارة "التعهد" التي تتسم بالحياد للإشارة الى كلا النوعين من الصكوك .

٤ - وتشكل التعهدات المستقلة التي تشملها الاتفاقية أدوات أساسية في التجارة الدولية . وتستخدم هذه الأدوات في مجموعة متنوعة من الحالات منها على سبيل المثال : ضمان الوفاء بالالتزامات التعاقدية بما في ذلك التزامات البناء والتوريد والدفع التجاري ؛ ضمان سداد دفع مقدم اذا كان هذا السداد لازماً ؛ ضمان التزام صاحب عطاء رست عليه المناقصة بابرام عقد اشتراء ؛ ضمان رد المبلغ المدفوع بموجب تعهد آخر ؛ دعم اصدار خطابات الاعتماد التجارية والتغطية التأمينية ؛ تعزيز الملاءة المالية للمقترضين في القطاعين العام والخاص . غير أن الامام بأحد الصكين اللذين تشملهما الاتفاقية ليس عالمياً شاملاً ، وتنعدم على نطاق واسع الأحكام التشريعية التي تتناولهما كما اختلفت ، في بعض الجوانب ، الممارسات المتعلقة بالنوعين من الصكوك كما أن المسائل الهامة التي يواجهها المستخدمون والممارسون والمحاكم في الاستخدامات اليومية لهذه الصكوك تتجاوز قدرة الأطراف على تسوية هذه المسائل بواسطة العقود .

٥ - ومن خلال اقامة مجموعة متناسقة من القواعد بخصوص الصكين اللذين تشملهما الاتفاقية ، فإن الاتفاقية سوف توفر قدراً أكبر من التيقن من الناحية القانونية فيما يتعلق باستخدام هذين الصكين في المعاملات التجارية اليومية فضلاً عن تنظيم الائتمان لعامة المقترضين . كما ستيسر الاتفاقية اصدار الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة بالاقتران مع بعضهما ، ومن ذلك على سبيل المثال ، اصدار خطاب اعتماد ضامن لدعم اصدار كفالة أو العكس بالعكس ، مع امكانية اخضاع التعهدين لنفس النظام القانوني . كما ستيسر الاتفاقية "عمليات" "السندكة" (اتحاد أصحاب رؤوس الأموال لتمويل مشروع تجاري) من شأنها أن تجمع بسهولة ، من خلال الاستعانة بالاتفاقية ، بين النوعين من الصكوك . وتتيح

هذه التقنية للمقرضين توزيع مخاطر الائتمان على المشاركين في عملية السندكة ، مما يمكن المقرضين من منح مقادير ائتمانية أكبر .

٦ - وتوفر الاتفاقية الدعم القانوني لاستقلالية الأطراف في تطبيق قواعد الممارسة المتفق عليها مثل الأعراف والممارسات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية ، التي صاغتها الغرفة التجارية الدولية ، أو ما قد يستجد من قواعد أخرى لتناول خطابات الاعتماد الضامنة على وجه التحديد والقواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب (التي وضعتها أيضا الغرفة التجارية الدولية) . فضلا عن كونها أساسا متسقة مع الحلول الموجودة في القواعد المتبعة ، فان الاتفاقية تكمل انفاذ هذه القواعد من خلال معالجة مسائل تتجاوز نطاق انطباق هذه القواعد . وتقوم بذلك على وجه الخصوص فيما يتعلق بمسألة المطالبات الاحتياطية أو التعسفية المتصلة بالأداء وبالتعويضات القضائية في هذه الحالات . وعلاوة على ذلك ، فان الاتفاقية اذ تراعي الأحكام المحددة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ، بما في ذلك أية قواعد متبعة تكون مدرجة ضمنها ، يمكن أن تسري جنباً الى جنب مع القواعد المتبعة مثل الأعراف والممارسات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية أو القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب .

٧ - والجدير بالإشارة أن أي كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن هو ، بمعناه الضيق ، تعهد أعطي لمستفيد . وبناء على ذلك ، فان تركيز الاتفاقية ينصب على العلاقة بين الكفيل (في حالة كفالة مستقلة) أو المصدر (في حالة خطاب اعتماد ضامن) (ويشار إليهما فيما يلي بالكفيل/المصدر) والمستفيد . والعلاقة بين الكفيل/المصدر وعميله (الأصيل في حالة كفالة مستقلة ، أو الطالب في حالة خطاب اعتماد ضامن) ويشار إليهما فيما يلي "بالأصيل/الطالب" ، تقع الى حد كبير ، خارج نطاق الاتفاقية . ويمكن أن يقال نفس الشيء عن العلاقة بين الكفيل/المصدر والطرف الأمر له (حيث يكون الطرف الأمر ، على سبيل المثال ، مصرفا يطلب ، نيابة عن عميله ، من الكفيل/المصدر اصدار كفالة مستقلة) .

٨ - ويرد فيما يلي ملخص بالسلمات الأساسية للاتفاقية وأحكامها .

أولا - نطاق الانطباق

ألف - أنواع الصكوك المشمولة

٩ - ينحصر نطاق انطباق الاتفاقية في الصكوك من النوع المتفق عليه في الممارسة على أنه كفالة مستقلة (ويشار إليها ، على سبيل المثال ، بعبارة "مطالبة" "مطالبة أولى" "مطالبة بسيطة" أو كفالات "مصرفية") أو خطابات اعتماد ضامنة (المادة ٢ (١)) . ويمكن أن يشمل اطار الاتفاقية هذه الصكوك لأنها تشترك في مجال استخدام واسع . ويستخدم كلا النوعين من الصكوك ، القابلين للأداء لدى تقديم أي مستندات منصوص عليهما ، في توفير الحماية من امكانية حدوث أي طارئ (الاخلال بالعقد على

سبيل المثال) . ويمكن الإشارة الى أن احدى الاستخدامات الرئيسية الأخرى لخطابات الاعتماد الضامنة ، على وجه الخصوص ، تتمثل في استعمالها كصك لسداد دين حان أو ان سداه (خطابات الاعتماد المالية "الضامنة" أو "مستحقة الدفع مباشرة") .

١٠ - وفي التعهدات التي تشملها الاتفاقية ، يعد الكفيل/المصدر بالدفع للمستفيد إثر تقديم مطالبة بالدفع . ويجوز أن تكون المطالبة ، تبعا لأحكام التعهد ، اما مطالبة "بسيطة" أو مطالبة يجب أن تكون مشفوعة بالمستندات الأخرى التي تستلزمها الكفالة أو خطاب الاعتماد الضامن . وينشأ واجب الكفيل/المصدر في الدفع من تقديم مطالبة بالدفع في أي شكل ، ومع أية مستندات داعمة ، قد تستوجبها الكفالة المستقلة أو خطاب الاعتماد الضامن . ولا يطلب من الكفيل/المصدر أن يتحقق في المعاملة السببية ، بل أن يحدد ، فحسب ، ما اذا كانت المطالبة المستندية بالدفع تتطابق ، في ظاهرها ، مع أحكام الكفالة أو خطاب الاعتماد الضامن . وبسبب هذه الخاصية ، توصف الصكوك التي تشملها الاتفاقية ، عموما ، بأنها ذات طبيعة "مستقلة" أو "مستندية" .

١١ - وتجسيدا للممارسة ، من المتصور وجود مخططات افتراضية مختلفة يجوز فيها اعطاء تعهد ، بما في ذلك بناء على طلب العميل ("الأصيل/الطالب") ، بأمر من كيان أو شخص آخر (الطرف الأمر) يتصرف بناء على طلب من عميل الطرف الأمر ، أو باسم الكفيل/المصدر نفسه (المادة ٢ (٢)) .

١٢ - وأعطيت للأطراف حرية كاملة في استبعاد انطباق الاتفاقية على نحو كلي (المادة ١) ، مع ما ينتج عن ذلك من انطباق قانون آخر . وبما أن الاتفاقية ، اذا انطبقت ، تعد الى حد كبير مستكملة لأوجه نقص ، أكثر من كونها أكثر الزامية ، فان هامشا كبيرا قد منح لاستبعاد أو تغيير قواعد الاتفاقية في أية حالة معينة .

باء - تغطية الكفالات المقابلة وعمليات التثبيت

١٣ - أعدت الاتفاقية كي تشمل "الكفالة المقابلة" . وعرفت الكفالة المقابلة في الاتفاقية (المادة ٦ (ج)) بنفس العبارات الأساسية التي عرف بها المفهوم الأصلي "للتعهد" ، أي تعهد أعطي لكفيل/مصدر تعهد آخر من جانب الطرف الأمر له وينص على السداد لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى ، وفقا لأحكام التعهد أو أي شروط من شروطه المستندية (الكفالة المقابلة) .

١٤ - وفيما عدا تناول الكفالات المقابلة بهذه الطريقة العامة بوصفها "تعهدات" ، تتضمن الاتفاقية حكما محددا بشأن الكفالات المقابلة في سياق المطالبات الاحتياطية أو التعسفية بالدفع ؛ وفي هذا السياق ، قد تثير الكفالات المقابلة مسائل منفصلة عن تلك التي تطرحها تعهدات أخرى مشمولة بالاتفاقية (أنظر الفقرة ٤٨ أدناه) .

١٥ - كما تدرج ضمن نطاق الاتفاقية عمليات تثبيت التعهدات ، أي تعهد يضاف الى التعهد الذي أعطاه الكفيل/المصدر أو أذن به . ويوفر التثبيت للمستفيد خيار توجيه المطالبة بالسداد الى المثبت بدل توجيهها الى الكفيل/المصدر . ومن خلال استلزام اذن من الكفيل/المصدر ، فان الاتفاقية لا تعترف بعمليات التثبيت "غير الصريحة" ككتيبات ، أي التثبيبات المضافة دون موافقة الكفيل/المصدر .

جيم - الصكوك الخارجة عن نطاق الاتفاقية

١٦ - لا تنطبق الاتفاقية على الكفالات "التبعية" أو "المشروطة" أي الكفالات التي ينطوي فيها واجب الدفع الواقع على الكفيل على أكثر من مجرد دراسة المطالبة المستندية بالسداد . وهكذا فان الاتفاقية لا تبطل هذه الصكوك أو تؤثر عليها بأي حال من الأحوال ، كما أنها لا تنظم استخدامها أو تثني عنه بأي حال من الأحوال . ومسألة ما اذا كان يفضل استخدام تعهد مستقل من النوع الذي تغطيه الاتفاقية ، في حالة معينة ، أو نوع آخر من الصكوك ، سوف تتوقف على الظروف التجارية السائدة وعلى المصالح الخاصة للأطراف المعنية .

١٧ - ولا تغطي الاتفاقية خطابات الاعتماد غير خطابات الاعتماد الضامنة . ومع ذلك ، فان الاتفاقية تعترف بحق الأطراف في خطابات الاعتماد الدولية غير خطابات الاعتماد الضامنة في "أن تختار تطبيق" الاتفاقية (المادة ١ (٢)) . وقد أدرج هذا الحكم على وجه الخصوص لأن الاتفاقية تقدم مجموعة من القواعد قد تود الأطراف في خطابات الاعتماد التجارية أن تستفيد منها ، وفقا لرأيها الخاص ، وذلك بالنظر الى الأسس المشتركة الكثيرة بين خطابات الاعتماد التجارية والضامنة وكذلك بالنظر الى الصعوبات العرضية المقترنة بتحديد ما اذا كان خطاب الاعتماد من النوع الضامن أو التجاري .

دال - تعريف "الاستقلالية"

١٨ - اذا كان من المسلم به على نطاق واسع أن التعهدات من النوع المشمول بالاتفاقية تعهدات "مستقلة" فليس هناك ، على الصعيد الدولي ، توحيد فيما يتعلق بفهم هذه الخاصية الأساسية والاعتراف بها . وسوف تشجع الاتفاقية هذا التوحيد عن طريق اعطاء تعريف "للاستقلالية" ، (المادة ٣) . وقد استخدم ، في هذا التعريف ، أسلوب يدل على أن التعهد ليس مرهونا بوجود أو صحة المعاملة السببية ، أو بأي تعهد آخر . وهذه الاشارة الأخيرة الى تعهدات أخرى تبين بوضوح الطبيعة المستقلة للكفالة المقابلة عن الكفالة التي تتصل بها ويبين كذلك استقلالية التثبيت من خطاب الاعتماد الضامن أو الكفالة المستقلة التي يثبتها .

١٩ - وعلاوة على ذلك يجب ألا يخضع التعهد ، كي يندرج ضمن نطاق الاتفاقية ، لأي أحكام أو شروط لا ترد في التعهد . وقد تمت الاشارة تحديدا الى أنه ينبغي لتعهد ما ، كي يكون مشمولا بالاتفاقية ، ألا يخضع لأي فعل أو واقعة مستقبلية أو غير مؤكدة الوقوع باستثناء تقديم المطالبة والمستندات الأخرى

من جانب المستفيد أو لأي فعل أو واقعة تندرج ضمن "نطاق عمليات" الكفيل/المصدر . ويتوافق ذلك مع المفهوم الذي مفاده أن دور الكفيل/المصدر ، عندما يتعلق الأمر بالتعهدات المستقلة ، هو دور وكيل السداد وليس دور المحقق .

هاء - الطبيعة "المستندية" للتعهدات المشمولة

٢٠ - إضافة الى كون التعهدات "مستقلة" عن المعاملة السببية فان تلك التعهدات التي تشملها الاتفاقية تتسم بصفة "مستندية" . وهذا يعني أن واجبات الكفيل/المصدر لدى تلقيه مطالبة بالسداد محصورة في دراسة المطالبة بالسداد وأي مستندات داعمة للتأكد مما اذا كانت المطالبة والمستندات الأخرى المقدمة تتوافق "في ظاهرها" مع ما تقتضيه أحكام الكفالة المستقلة أو خطاب الاعتماد الضامن . ويترتب على هذه القاعدة خروج التعهدات ذات "الشروط غير المستندية" عن نطاق الاتفاقية . والشروط الوحيدة التي قد لا يجب أن تكون مستندية في طبيعتها ربما تتصل بأفعال أو وقائع تندرج ضمن نطاق عمليات الكفيل/المصدر . ومن الأمثلة البسيطة على النوع الأخير من الشروط ، اتخاذ الكفيل/المصدر قرارا بشأن ما اذا تم القيام بإيداع نقدي لازم في حساب معين يحتفظ به ذلك الكفيل/المصدر .

واو - تعريف "الطابع الدولي"

٢١ - ينحصر انطباق الاتفاقية في التعهدات الدولية . ويحدد الطابع الدولي على أساس وجود أماكن عمل أي اثنين من الأشخاص التاليين ، حسب ما هو مذكور في التعهد ، في دولتين مختلفتين : الكفيل/المصدر ، المستفيد ، الأصيل/الطالب الطرف الأمر ، المثبت (المادة ٤ (أ)) . وتتاح قواعد خاصة للحالة التي يذكر فيها أكثر من مكان عمل واحد لطرف معين وكذلك للحالة التي لا يكون فيها لطرف معين "مكان عمل" بالمعنى الدقيق بل فحسب مكان اقامة معتاد (المادة ٤ (ب)) .

زاي - العوامل المرتبطة لأغراض تطبيق الاتفاقية

٢٢ - تنطبق الاتفاقية على التعهدات الدولية بطريقة من إحدى الطريقتين التاليتين . ترتبط أولاهما بوجود مكان المصدر/الكفيل في دولة طرف في الاتفاقية (دولة متعاقدة) (المادة ١ (أ)) . أما الطريقة الثانية التي تنطبق فيها الاتفاقية فهي اذا الحالة التي تؤدي فيها قواعد القانون الدولي الخاص الى تطبيق قانون دولة متعاقدة (المادة ١ (ب)) .

٢٣ - وتوفر الاتفاقية ، في هذا الشأن ، مزيدا من التناسق في القانون من حيث أن الفصل السادس منها (تنازع القوانين ، المادتان ٢١ و ٢٢) يوفر القواعد التي ينبغي أن تتبعها محاكم الدول المتعاقدة في تحديد القانون المنطبق ، في أي قضية معينة ، على الكفالة المستقلة أو خطاب الاعتماد الضامن . وتنطبق

٢٤ - تلك القواعد سواء تبين أم لا ، من قضية معينة ، أن الاتفاقية هي القانون الموضوعي المنطبق فيما يتعلق بالكفالة المستقلة المعنية أو خطاب الاعتماد الضامن المعني (أنظر الفقرتين ٥٣ و ٥٤ أدناه) .

ثانيا - التفسير

٢٤ - تتضمن الاتفاقية قاعدة عامة تقضي بأن يراعى في تفسير الاتفاقية طابعها الدولي وضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقها (المادة ٥) . وعلاوة على ذلك ، ينبغي أن يراعى التفسير توافر النية الحسنة في الممارسة الدولية . وسوف تدرج خلاصات أي أحكام قضائية أو قرارات تحكيم تطبق أو تفسر حكما من أحكام الاتفاقية في نظام تجميع السوابق المسمى (السوابق القضائية المتعلقة بنصوص الأونسيترال) .

ثالثا - شكل التعهد ومضمونه

٢٥ - تتضمن الاتفاقية قواعد بشأن جوانب عدة من شكل التعهدات ومضمونها ، وفيما يلي ملخص لها .

ألف - الاصدار

٢٦ - فيما يتعلق بزمان ومكان الاصدار (أي ، متى وأين تصبح التزامات الكفيل/المصدر ازاء المستفيد سارية) ، توفر الاتفاقية يقينا في مجال يتصف في العادة بقدر من الريبة بسبب وجود مفاهيم مختلفة . فالقاعدة التي تنص عليها الاتفاقية هي أن الاصدار يقع حينما وحيثما يخرج التعهد من نطاق سيطرة الكفيل/المصدر (مثلا ، عندما يرسل التعهد الى المستفيد) (المادة ٧ (١)) . وعلاوة على ذلك ، تعرف الاتفاقية الاصدار من حيث أثره العملي . وحالما يتم الاصدار يكون التعهد جاهزا للدفع وفقا للأحكام الواردة فيه ويصبح غير قابل للإلغاء .

٢٧ - وكما جرت العادة في نصوص الأونسيترال القانونية ، تنشئ الاتفاقية اشتراطا يتعلق بشكل مرن وتطوعي للاصدار . فباستراط شكل يحفظ التدوين الكامل لنص التعهد ، بدلا من الإشارة الى الشكل "الكتابي" ، تراعي الاتفاقية امكانية الاصدار بوسيلة غير ورقية (مثلا بواسطة التبادل الالكتروني للبيانات) . وهي تفعل ذلك بالإشارة الى الاصدار في أي شكل يحفظ تسجيلا كاملا لنص التعهد ويوفر توثيقا لمصدره بالوسائل المتعارف عليها عموما أو باجراء يتفق عليه بالتحديد (المادة ٧ (٢)) .

٢٨ - ولا تتطرق الاتفاقية الى مسألة الأهلية لاصدار التعهدات (أي من هو المسموح له بأن يكون كفيل/مصدرا) . فهذه المسألة ، التي تترتب عليها آثار رقابية أو قانونية أخرى تختلف من بلد الى آخر ، متروكة للقانون الوطني .

باء - التعديل

٢٩ - تتضمن الاتفاقية اعترافاً تشريعياً بقاعدة الممارسة التي مفادها أن تعديل التعهد يستوجب القبول من المستفيد حتى يصبح نافذاً ، ما لم ينص على غير ذلك (المادة ٨ (٣)). وتراعي الاتفاقية امكانية أن يكون المستفيد قد أذن بالتعديل مسبقاً . وفي هذه الحالة ، يصبح التعديل نافذاً عند الاصدار (المادة ٨ (٢)).

٣٠ - وفي حكم من الأحكام القليلة في الاتفاقية ، التي تتطرق مباشرة الى العلاقة بين الأصيل/الطالب والكفيل/المصدر ، ثمة نص واضح على أن التعديل ليس له أي أثر في حقوق والتزامات الأصيل/الطالب أو حقوق والتزامات طرف أمر أو مثبت للتعهد ما لم يوافق ذلك الشخص على التعديل (المادة ٨ (٤)).

جيم - النقل والاحالة

٣١ - تورد الاتفاقية التمييز القائم في الممارسة بين نقل حق المستفيد الأصلي في المطالبة بالسداد الى شخص آخر من جهة واحالة عائدات التعهد ، اذا تم السداد ، من جهة أخرى . وفيما يتعلق باحالة العائدات ، خلافاً للنقل ، يظل الحق في المطالبة بالسداد مكفولاً للمستفيد الأصلي ، ولا يمنح المحال اليه سوى الحق في تلقي عائدات السداد اذا ما تم هذا السداد .

٣٢ - وفيما يتعلق بالنقل ، تعتمد الاتفاقية الشرط المزدوج المنصوص عليه في الأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية ، والذي مفاده أن التعهد ذاته يجب أن ينص على أنه قابل للنقل وعلى أنه يجب ، اضافة الى ذلك ، أن يأذن الكفيل/المصدر بأي نقل يتم فعلاً (المادة ٩) . والعلة المنطقية من وراء ذلك هي أن حصول تغيير في هوية الشخص الذي يفترض فيه أن يقدم المطالبة بالسداد وأي مستندات مرفقة بها يمكن أن يزيد في المجازفة التي تقع تبعثها على الكفيل/المصدر (مثلاً اذا أحس الكفيل/المصدر أن المنقول اليه المقترح أقل جدارة بالثقة أو هو معروف بدرجة أقل لدى المستفيد المعين في الأصل) . ولذلك السبب ، تتاح للكفيل/المصدرين فرصة الموافقة على أي نقل معين للحق .

٣٣ - وفيما يتعلق باحالة العائدات ، يجوز للمستفيد من التعهد أن يحيل العائدات الى شخص آخر ، ما لم ينص التعهد على خلاف ذلك أو يتفق على غير ذلك (المادة ١٠ (١)). فاذا أحال المستفيد العائدات الى شخص آخر واذا تلقى الكفيل/المصدر أو أي شخص آخر ملزم بالسداد اشعاراً صادراً عن المستفيد ، فان السداد الى المحال اليه يببرئ الملتزم ، بمقدار ما سدده ، من التزامه بموجب التعهد (المادة ١٠ (٢)).

دال - انقضاء الحق في المطالبة بالسداد

٣٤ - تضي الاتفاقية أثرا تشريعيا على مفاهيم انقضاء الحق في المطالبة بالسداد التي هي معمول بها على نطاق واسع مع أنها غير معترف بها بشكل عالمي شامل في كل القوانين الوطنية أو السوابق القضائية . فبموجب الاتفاقية (المادة ١١) ، تشمل الأحداث التي تتسبب في انقضاء الحق ما يلي : اصدار المستفيد بيانا يعفي الكفيل/المصدر من الالتزام ؛ وانتهاء التعهد المتفق عليه مع الكفيل/المصدر ؛ وسداد المبلغ الكامل المنصوص عليه في التعهد ، ما لم ينص التعهد على التجدد التلقائي للمبلغ المتاح أو على زيادة تلقائية له ؛ وانقضاء مدة صلاحية التعهد . وحيث ان الاتفاقية تؤكد أن تقديم المطالبة بالسداد يجب أن تحصل قبل انقضاء مدة صلاحية التعهد ، فهي ستساعد بذلك على تبيد أي ريبة متبقية بشأن تلك المسألة .

٣٥ - وما زال هنالك قدر من الريبة يحوم في بعض الاختصاصات القانونية حول مسألة الأثر المترتب على الاحتفاظ بالصك الذي يتضمن التعهد فيما يتعلق بالانقضاء النهائي للحق في المطالبة بالسداد . فالاتفاقية ، تمشيا مع ما يعتبر على نطاق واسع الممارسة المثلى ، تنص على أنه ، مهما يكن من أمر فان الاحتفاظ بالصك لا يطيل فترة الحق في المطالبة بالسداد اذا كان المبلغ المتاح قد سدد فعلا أو اذا كانت مدة صلاحية التعهد قد انقضت (المادة ١١ (٢)). وخارج هذين السياقين ، تظل للطرفين حرية النص على شرط رجوع التعهد من أجل انتهاء الحق في المطالبة بالسداد .

هاء - انقضاء المدة

٣٦ - تنص الاتفاقية (المادة ١٢) على أن مدة صلاحية التعهد تنقضي في الحالات التالية : في تاريخ الانقضاء الذي قد يكون تاريخا تقويميا محددًا أو اليوم الأخير من فترة زمنية محددة منصوص عليها في التعهد ؛ أو اذا كان الانقضاء يتوقف على وقوع فعل أو حدث ، لدى تقديم المستند المحدد في التعهد للدلالة على وقوع الفعل أو الحدث ، أو اذا لم يحدد ذلك المستند ، بتقديم المستفيد شهادة مصدقة لذلك الغرض ؛ أو عند انقضاء ستة أعوام على تاريخ الاصدار اذا لم يذكر في التعهد أي تاريخ للانقضاء أو اذا لم يحدث فعل أو حدث متوقع .

رابعاً - الحقوق والالتزامات والدفع

ألف - تحديد الحقوق والالتزامات

٣٧ - تحدد حقوق والتزامات الكفيل/المصدر والمستفيد بمقتضى الأحكام والشروط المبينة في التعهد (المادة ١٣ (١)). وثمة اشارة صريحة في الاتفاقية الى قواعد الممارسة أو الشروط العامة أو الأعراف (مثل الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة أو خطابات الاعتماد الضامنة) التي يخضع لها التعهد

بالتحديد . وهذا يتمشى مع غرض رئيسي للاتفاقية وهو توفير دعم تشريعي لحق الأطراف التجارية في اعتماد هذه القواعد أو الأحكام أو الأعراف . وهذا النهج يكفل أن تظل الاتفاقية صكا حيا وحساسا للتطورات الحاصلة في الممارسة ، بما في ذلك ما يطرأ في المستقبل من تنقيحات لقواعد ممارسة الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة واستحداث قواعد ممارسة دولية أخرى .

٣٨ - وهناك في مواضع أخرى أيضا من الاتفاقية اشارة الى الربط بمرونة بين الاتفاقية والاحتياجات والأعراف والمعايير الناشئة في الممارسة التجارية . فمثلا ، يجب ، في تفسير شروط وأحكام التعهد وفي تسوية المسائل التي لا تتطرق اليها الاتفاقية ، مراعاة القواعد والأعراف الدولية المتعارف عليها في الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة أو خطابات الاعتماد الضامنة (المادة ١٣ (٢)) .

٣٩ - كذلك ، فان معيار سلوك الكفيل/المصدر ، الذي يقوم على حسن النية وتوخي قدر معقول من الحرص ، يجب أن يحدد مع ايلاء الاعتبار الواجب للمعايير المتعارف عليها في الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (المادة ١٤ (١)) . وبينما تتيح الاتفاقية امكانية وضع معيار أدنى نوعا ما من معيار توخي الحرص الذي هو معيار معمول به بوجه عام ، فهي تحظر بوضوح أي اعفاء للكفيل من تبعة انعدام حسن النية أو الاهمال الجسيم .

خامسا - تقديم المطالبة والسداد

ألف - المطالبة من جانب المستفيد

٤٠ - فيما يتعلق بالمستفيد ، تنطوي عملية المطالبة بالسداد والحصول عليه ، على تقديم مطالبة بالسداد وأي مستندات مرفقة بها بموجب أحكام التعهد . ونظرا للطابع المستندي للمطالبة ، تنطبق عليها (المادة ١٥ (١)) الشروط المتعلقة بالشكل والتي تنص عليها الاتفاقية والتي تسري على التعهد ذاته (أنظر الفقرة ٢٧ أعلاه) . أما مكان تقديم المطالبة فهي شبابيك الكفيل/المصدر في المكان الذي صدر فيه التعهد ، ما لم يذكر مكان آخر أو شخص آخر لأغراض السداد (المادة ١٥ (٢)) .

٤١ - واطافة الى ذلك ، تنص الاتفاقية (المادة ١٥ (٢)) على أن المستفيد ، بحكم تقديمه مطالبة ، يشهد ضمنا أن المطالبة لم تقدم بسوء نية وأنه لا يوجد أي ظرف يبرر عدم السداد بموجب أحكام الاتفاقية المتعلقة بالمطالبات بالسداد المزورة أو المزيفة (أنظر الفقرتين ٤٧ و ٤٨ أدناه) .

باء - فحص المطالبة والسداد

٤٢ - يتمثل واجب الكفيل/المصدر في فحص المطالبة وأي مستندات مرفقة بها لتقرير ما اذا كانت مطابقة ظاهريا لشروط وأحكام التعهد ومتسقة فيما بينها (المادة ١٦ (١)). وينبغي أن تراعى في تقرير ذلك المراعاة الواجبة للمعيار المعمول به في الممارسة الدولية، وهي صيغة تكفل ايلاء الاتفاقية الاعتبار للتطورات التي تحصل في الممارسة فيما يتعلق بمفهوم المطابقة الظاهرية.

٤٣ - وفي حكم قابل بشكل صريح للخروج عنه بموجب أحكام التعهد، يتاح للكفيل/المصدر "وقت معقول"، لا يزيد على سبعة أيام، لفحص المطالبة وتقرير ما اذا كان سيقوم بالسداد (المادة ١٦ (٢)). وهكذا، فإن ما يعتبر "وقتا معقولا" يمكن أن يكون فعلا أقل من سبعة أيام، ولكن لا يجب أن يتجاوز في أي حال سبعة أيام ما لم ينص على فترة زمنية مختلفة. وهذا يأخذ في الحسبان أن الوقت اللازم لفحص المطالبة سيتوقف على طبيعة كل حالة (مثل حجم المستندات التي ستفحص ومدى تعقدها).

٤٤ - واذا اتخذ قرار بعدم السداد، وجب على الكفيل/المصدر أن يشعر المستفيد بذلك على الفور، مبينا أسباب رفضه (المادة ١٦ (٢)). واذا تقرر أن المطالبة مطابقة للأصول، وجب السداد على الفور أو في أي وقت لاحق ينص عليه التعهد.

٤٥ - وتعترف الاتفاقية بأنه يجوز للكفيل/المصدر، ما لم ينص التعهد على خلاف ذلك، أن يفى بالتزام السداد بممارسة حق في المعاوضة متاح بوجه عام بموجب القانون المعمول به (المادة ١٨). ومع ذلك، لا تعترف الاتفاقية بأي حق من هذا القبيل في المعاوضة فيما يتعلق بالمطالبات التي يحيلها الأصيل/الطالب أو الطرف الأمر، لأن من شأن إتاحة هذه الامكانية أن تهدد بتقويض هدف التعهد.

جيم - المطالبات بالدفع المزورة أو المزيفة

٤٦ - يتمثل الهدف الرئيسي من الاتفاقية في ايجاد قدر أكبر من التوحيد على النطاق الدولي فيما يتعلق بالطريقة التي يرد بها الكفيل/المصدرين والمحاكم على ادعاءات وجود تزوير أو تزيف في المطالبات بالسداد بموجب الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة. وقد كان هذا المجال ولا يزال يمثل مجالا مزعجا وفوضويا بشكل خاص في الممارسة لأن الادعاءات بالتزوير تنزع الى الظهور عندما يكون هنالك خلاف بشأن أداء التزام تعاقدى أصلي. وقد تضاعفت تلك الصعوبة وما ترتب عليها من ريبة بسبب تباين المفاهيم والطرائق التي عولجت بها هذه الادعاءات من قبل الكفيل/المصدرين ومن قبل المحاكم التي التمس منها اتخاذ تدابير مؤقتة لتعطيل السداد.

٤٧ - وتساعد الاتفاقية على تحسين المشكلة بتوفير تعريف متوافق عليه لأنواع الحالات التي يوجد فيها تبرير للخروج استثناء عن التزام السداد عن تقديم مطالبة مطابقة للأصول ظاهريا (المادة ١٩ (١)).

ويشمل التعريف أنماطا وقائعية مشمولة في نظم قانونية مختلفة بمفاهيم مثل "التزوير" أو "إساءة ممارسة الحق". ويشير التعريف الى الحالات التي يكون فيها من البيّن والواضح أن المستند المقدم ، أيا كان ، مزور أو جرى تزييفه ، أو أن السداد لم يكن مستحقا على الأساس الوارد في المطالبة ، أو أن المطالبة ليس لها أساس يمكن تصوره .

٤٨ - ولزيادة التدقيق ، تضرب الاتفاقية أمثلة للحالات التي يمكن فيها اعتبار المطالبة غير قائمة على أساس يمكن تصوره (المادة ١٩ (٢) ؛ مثلا حيث لا يكون هنالك شك في أن الالتزام الأصلي قد تم أدائه على نحو يرضي المستفيد ؛ وحيث يكون من الواضح أن الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي هو تصرف معيب متعمد من المستفيد ؛ وفي حالة مطالبة بمقتضى كفالة مقابلة ، حيث يكون المستفيد من الكفالة المقابلة قد قام بالسداد بسوء نية باعتباره الكفيل/المصدر للتعهد الذي تتعلق به الكفالة المقابلة) .

٤٩ - والاتفاقية ، إذ تخول للكفيل/المصدر ، دون أن تفرض عليه ، واجبا ازاء المستفيد ، بأن يرفض السداد عندما يجابه بتزوير أو خداع في الممارسة (المادة ١٩ (١)) ، تقييم توازنا بين مختلف المصالح والاعتبارات الراهنة . كما أن الاتفاقية ، إذ تتيح للكفيل/المصدر الذي يتصرف بحسن نية امكانية ممارسة سلطة تقديرية ، تبرهن عن مراعاتها التامة لحرص الكفيل/المصدرين على صون الموثوقية التجارية للتعهدات بوصفها وعودا مستقلة عن المعاملات الأساسية .

٥٠ - وفي الوقت ذاته ، تؤكد الاتفاقية أن الأصيل/الطالب ، في الحالات المشار إليها ، يحق له اللجوء الى تدابير قضائية مؤقتة لتعطيل السداد (المادة ١٩ (٣)) . وهذا يمثل اعترافا بأن التحقيق في وقائع المعاملات الأساسية هو دور خاص بالمحاكم لا بالكفلاء/المصدرين . وعلاوة على ذلك ، فإن الاتفاقية لا تلغي أي حقوق يمكن أن تعود للأصيل/الطالب بمقتضى علاقته التعاقدية مع الكفيل/المصدر لملافاة اعادة المبلغ المسدد على نحو يمثل انتهاكا لأحكام تلك العلاقة التعاقدية .

دال- التدابير القضائية المؤقتة

٥١ - بصرف النظر عن التحويل للأصيل/الطالب أو الطرف الأمر أن يلجأ الى تدابير قضائية مؤقتة لتعطيل السداد أو تجميد عائدات التعهد في الحالات التي هي من الأنواع المذكورة أعلاه ، تنشئ الاتفاقية معيارا يتعلق بالاثبات ينبغي استيفاؤه للحصول على هذه التدابير القضائية المؤقتة (المادة ٢٠ (١)) . ويشير هذا المعيار الى الأمر بتدابير مؤقتة استنادا الى ما يتاح فوراً من أدلة قوية على أن من المحتمل جدا أن تكون هنالك حالات تتميز بالتزوير أو الخداع في الممارسة . وهنالك أيضا اشارة الى مراعاة ما اذا كان من المحتمل أن يعاني الأصيل/الطالب من ضرر جسيم في حال عدم اصدار مثل هذا الأمر والى امكانية أن تأمر المحكمة بتقديم تأمين .

٥٢ - وفي حين تجيز الاتفاقية التدابير القضائية المؤقتة في الحالات المذكورة ، فهي تقلل الى أدنى حد من اللجوء الى الاجراءات القضائية للتدخل في التعهدات وذلك بحصر التدابير القضائية المؤقتة في تلك الأنواع من الحالات ، مع اضافة نوع آخر من الحالات . فالاتفاقية تجيز أيضا اصدار أوامر قضائية مؤقتة لتعطيل السداد أو تجميد العائدات في حال استعمال التعهد لغرض اجرامي (المادة ٢٠ (٣)) .

سادسا - تنازع القوانين

٥٣ - مثلما ذكر أعلاه (الفقرة ٢٣) ، تتضمن الاتفاقية في الفصل السادس منها قواعد بشأن تنازع القوانين لكي تطبقها محاكم الدول المتعاقدة من أجل تبين القانون المنطبق على التعهدات الدولية كما هي معرفة في المادة ٢ ، بصرف النظر عما اذا كان سيتبين في أي حالة معينة أن الاتفاقية هي القانون المنطبق . وتتعترف هذه القواعد المتعلقة بتنازع القوانين باختيار قانون منصوص عليه في التعهد أو متبين من شروط التعهد وأحكامه أو متفق عليه في غير التعهد بين الكفيل/المصدر والمستفيد (المادة ٢١) .

٥٤ - وفي حال عدم اختيار قانون على النحو الآنف الذكر ، تنص الاتفاقية على أن يطبق على التعهد قانون الدولة التي يقع فيها مكان عمل الكفيل/المصدر الذي أصدر فيه التعهد (المادة ٢٢) .

سابعا - أحكام ختامية

٥٥ - تتضمن الأحكام الختامية (المواد ٢٣ الى ٢٩) الأحكام المعتادة التي تنص على أن الأمين العام للأمم المتحدة هو وديع الاتفاقية وأن الاتفاقية قابلة للتصديق أو القبول أو الاقرار من جانب الدول التي توقع عليها في أجل أقصاه ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٧ ، وأن باب الانضمام اليها مفتوح أمام جميع الدول غير الموقعة عليها ، وأن نصوص الاتفاقية باللغات الاسبانية والانكليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية متساوية في الحجية .

٥٦ - ونظرا لأن الاتفاقية يغلب عليها الطابع الاستدراكي ونظرا أيضا لحق الأطراف في الخروج عن الاتفاقية بكاملها ، فانه لا يجوز ابداء تحفظات عليها . وتدخل الاتفاقية حيز النفاذ بعد انقضاء سنة على تاريخ ايداع الصك الخامس الخاص بالتصديق أو القبول أو الاقرار أو الانضمام .

يمكن الحصول على مزيد من المعلومات من أمانة الأونسيترال على العنوان التالي :

UNCITRAL Secretariat
P.O. Box 500
Vienna International Centre
A-1400 Vienna
Austria

الهاتف : 21345-4060 (43-1)

أو 4061

التلكس : 135612 uno a

الفاكس : 21345-5813 (43-1)