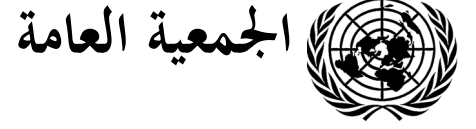


Distr.: General
13 May 2019
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الثانية والخمسون
فيينا، ٨-١٩ تموز/يوليه ٢٠١٩

برنامج العمل

مقترح مقدّم من الولايات المتحدة الأمريكية

مذكّرة من الأمانة

قدمت الولايات المتحدة الأمريكية إلى الأمانة مقترحاً بالدعوة إلى عقد ندوة بشأن تتبع الموجودات المدنية واستردادها في نظامي القانون الأنغلو-سكسوني والمدني، ثم بدء العمل بعد ذلك على وضع أحكام تشريعية نموذجية بهذا الشأن. وقد تلقت الأمانة المقترح في ١٣ أيار/مايو ٢٠١٩. ويرد في مرفق هذه المذكرة النص الذي تسلّمته الأمانة بالشكل الذي تلقته به، مع إدخال تعديلات تحريرية وشكلية طفيفة عليه.



أعمال الأونسيترال المقبلة – قانون الإعسار

مقترح من الولايات المتحدة بالدعوة إلى عقد ندوة بشأن تتبع الموجودات المدنية واستردادها في نظامي القانون الأنغلو سكسوني والمدني، ثم بدء العمل بعد ذلك على وضع أحكام تشريعية نموذجية بهذا الشأن

المقترح قيد النظر

قدمت الولايات المتحدة في الدورة الثانية والخمسين للفريق العامل الخامس مقترحا بشأن الأعمال المقبلة يتعلق بوضع أحكام تشريعية نموذجية بشأن تتبع الموجودات المدنية واستردادها.^(١) وأوضح المقترح أهمية إيجاد أدوات لتمكين ممثلي الإعسار من تحقيق أقصى قدر من الاسترداد للدائنين، في سياق الإعسار وبصورة أعم على حد سواء، لا سيما عقب الاحتيايل التجاري أو التحويل الاحتيايلي للموجودات.^(٢)

ونحن ندرك أن بعض الولايات القضائية تستخدم في المقام الأول عمليات القانون الجنائي لمحاولة استرداد الموجودات التي تم الحصول عليها أو تحويلها عن طريق الاحتيايل، وأن بعضها، من ثم، ينظر إلى عملية الاسترداد باعتبارها من شؤون القانون الجنائي في المقام الأول. وليس في مقترحنا ما يهدف إلى إعاقة استخدام القوانين الجنائية لاسترداد الموجودات، لكننا نرى أن التجربة أظهرت أنه قد يكون من المفيد أيضا استخدام عمليات مدنية غير حكومية إلى جانب تلك التي قد تكون متاحة للمسؤولين الحكوميين والتي كثيراً ما يكون الهدف منها هو الملاحقة الجنائية وليس استرداد الموجودات للدائنين.

وقد أشار مقترحنا أيضا إلى أنه على الرغم من أن بعض الولايات القضائية لديها مجموعة متنوعة من الآليات القضائية والتشريعية لإتاحة تتبع الموجودات واستردادها في السياق المدني، فإن الكثير منها ليست لديه تلك الآليات.^(٣) ونحن نرى أن جميع الولايات القضائية ستستفيد من وضع "مجموعة أدوات" توفر خيارات يمكن لتلك الولايات من خلالها اختيار بعض أو كل العناصر لا شتراعها، إما في سياق الإعسار أو بصفة أعم.^(٤)

وأوصى المقترح بأن تستلهم الأعمال المقبلة الآليات القائمة المتاحة بالفعل في بعض الولايات القضائية،^(٥) وأوصى بأن تُسند إلى الفريق العامل ولاية البدء في استكشاف أولي لهذا الموضوع، لكي يتسنى استهلال العمل إلى جانب الأعمال المتعلقة بإعسار المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة، "بمجرد الانتهاء إلى حد كبير من المشاريع الحالية المتعلقة بمجموعات المنشآت والأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار."^(٦)

(١) مُقترح مقدّم من الولايات المتحدة الأمريكية بشأن الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً (A/CN.9/WG.V/WP.154).

(٢) المرجع نفسه، الفقرة ١.

(٣) المرجع نفسه، الفقرة ٣.

(٤) المرجع نفسه.

(٥) المرجع نفسه، الفقرات ٤-٧.

(٦) المرجع نفسه، الفقرة ٩.

ولاية اللجنة

أيدت الأونسيترال في دورتها الحادية والخمسين مقترحنا "في مجال الإعسار"، وأوعزت إلى الأمانة "أن تعدّ دراسة أساسية عن المسائل ذات الصلة، مع مراعاة الأعمال التي تضطلع بها منظمات أخرى، بغية تجنب الازدواجية والتداخل."^(٧)

وفي إطار الاضطلاع بهذه الولاية، تم جمع المعلومات لتيسير وضع الدراسة الأساسية، مع التوسع في الأمثلة المقدمة لدعم العمل المقبل المقترح. وترد في مرفق هذا المقترح قائمة تحصر هذه الآليات القائمة. وقد قامت مؤسسات أخرى، مثل مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (المكتب المعني بالمخدرات والجريمة) ومبادرة البنك الدولي لاسترداد الموجودات المسروقة (ستار)، بدراسة بعض هذه الآليات في السياق الجنائي، وخصوصاً فيما يتعلق بالفساد.^(٨) وبالمثل، تدارس معهد توحيد القانون الخاص (اليونيدروا) بعض هذه الآليات في سياق مشروع الإجراءات المدنية عبر الوطنية المشترك مع معهد القانون الأمريكي.^(٩)

الندوة

تعتقد الولايات المتحدة أنه، لإكمال الدراسة الأساسية، سيكون من المفيد عقد ندوة مدتها يوم أو يومان من أجل التوسع في أمثلة الآليات القائمة في ولايات القانون الأنغلو سكسوني والقانون المدني وتحديد نطاق العمل الرامي إلى وضع "مجموعة أدوات" توفر خيارات من أجل تجنب الازدواجية والتداخل مع العمل الجاري لتيسير تتبع الموجودات واستردادها في سياق المسائل الجنائية. وسيسمح شكل الندوة للأمانة بجمع هذه المعلومات الإضافية بكفاءة، لأنها يمكن أن تضم الخبراء المعنيين والمنظمات الدولية الأخرى التي لا تحضر بالضرورة دورات الفريق العامل العادية. فعلى سبيل المثال، بالنظر إلى العمل الحالي الذي تقوم به منظمات أخرى، مثل المكتب المعني بالمخدرات والجريمة، ومبادرة "ستار"، واليونيدروا، ستتتيح الندوة فرصة لاستعراض ذلك العمل الجاري، بغية تفادي ازدواجية الجهود ومن أجل النظر في الأدوار المتكاملة للقانونين المدني والجنائي. وستكون الأمانة، في عملها على الحصول على مدخلات من هذه المصادر الأخرى، في وضع يسمح لها بسهولة بتركيز دراستها الأساسية تركيزاً دقيقاً على وضع أدوات لتتبع الموجودات المدنية واستردادها، تكون مكتملة للسياق الجنائي ولكن ليست ضمنه. وعند الانتهاء من حصر المقترحات التشريعية القائمة الواردة في الدراسة الأساسية، يمكن استخدامها كأساس يستند إليه الفريق العامل لبدء العمل بشأن الأحكام التشريعية النموذجية.

(٧) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والسبعون، الملحق رقم ١٧ (A/73/17)، الفقرة ٢٥٣ (د).

(٨) انظر، على سبيل المثال، خلاصة لقضايا استرداد الموجودات (٢٠١٥)؛ المبادئ التوجيهية لضمان فعالية استرداد الموجودات المسروقة (٢٠١٧) ("مبادئ لوزان التوجيهية")؛ دليل استرداد الموجودات (٢٠١١)؛ *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures To Hide Stolen Assets and What To Do About It* (٢٠١١).

(٩) انظر، على سبيل المثال، المبادئ المشتركة بين معهد القانون الأمريكي واليونيدروا بشأن إجراءات الدعاوى المدنية عبر الوطنية (٢٠٠٤).

ولذلك، تطلب الولايات المتحدة إلى اللجنة ما يلي: (أ) أن تأذن بعقد ندوة لتسهيل إكمال دراسة المعلومات الأساسية التي طلبتها اللجنة في دورتها الحادية والخمسين، بهدف توسيع نطاق أدوات تتبع الموجودات واستردادها ليشمل أمثلة من الولايات القضائية للقانون المدني وكذلك الولايات القضائية للقانون الأنغلوسكسوني، وتحديد العلاقة بين الإجراءات المدنية والجنائية؛ و(ب) أن تأذن للفريق العامل ببدء العمل على وضع "مجموعة أدوات" من الأحكام التشريعية النموذجية في سياق إجراءات الإعسار.

قائمة بالآليات القضائية والتشريعية القائمة لتتبع الموجودات واستردادها

الخلفية والأسس المنطقية

يمكن أن يوفر استهلال إجراءات الإعسار أدوات إضافية لتيسير تتبع الموجودات واستردادها لم تكن لتتاح بغير ذلك، ولكن العديد من النظم يتيح حلولاً لتتبع الموجودات لا تعتمد على الاستهلال الرسمي لهذه الإجراءات. وتشمل القائمة أدناه حلولاً لتيسير تتبع الموجودات واستردادها على الصعيد الدولي. وقد نشأ العديد من هذه الحلول كرد على جهود بذها أفراد وشركات من أجل نقل موجودات إلى خارج ولايات قضائية عندما سعى دائنهم إلى الحجز على تلك الموجودات. وقد تغير السياق الذي ظهرت فيه هذه الحلول مع ظهور الإنترنت، التي تجعل القدرة على نقل الموجودات بسرعة من ولايات قضائية متعددة وإليها أسهل متناولاً بكثير مما كانت عليه من قبل. ويسلط هذا التغيير الضوء على الحاجة إلى إتاحة الأدوات في ولايات قضائية متعددة من أجل تسهيل التتبع والاسترداد حيثما لا توجد هذه الأدوات حالياً.

وفي حين أن استهلال إجراءات الإعسار يمكن أن يتيح لشاغلي الوظائف المتعلقة بالإعسار أو المهنيين المعيّنين لإدارة شؤون الشركة العديد من الصلاحيات نفسها التي يتمتع بها مدير الشركة فيما يتعلق بالوصول إلى معلومات الشركة، فإن هناك تحدياً خاصاً يواجه ممثلي الإعسار وهو القدرة على اتخاذ الإجراءات بسرعة وبطريقة اقتصادية لاسترداد الموجودات التي تم تحويلها إلى ولاية قضائية معينة، لصالح دائنين قد يكونون في ولاية قضائية أخرى. ويمكن أن يقلل وجود حلول في الولاية القضائية التي نقلت إليها الموجودات من التكلفة والوقت اللازمين لتتبع هذه الموجودات واستردادها، وهذا عنصر رئيسي في نجاح تنفيذ إجراءات الإعسار. وتعزز هذه الحلول المسؤولية المدنية لقادة الشركات وغيرهم، مثل مكاتب المحاماة وشركات المحاسبة، التي تيسر هذه الأنواع من التحويلات. ومع أن المقاضاة الجنائية على هذه المخالفات هي وسيلة أساسية للمعاقبة على هذا النوع من السلوك والردع عنه فإن الأدوات المستحدثة في القانون المدني تعزز الإجراءات الجنائية عن طريق فرض عواقب مالية تترتب على هذه المخالفات.

لمحة عامة عن الآليات القائمة

تقدم حالياً طلبات الحصول على المعلومات عبر الحدود بشأن إجراءات الإعسار على أساس الاتفاقية المتعلقة بالحصول على الأدلة خارج البلد في المسائل المدنية أو التجارية ("اتفاقية لاهاي"). وتنص اتفاقية لاهاي على تبادل المعلومات الاستدلالية بين السلطات القضائية من خلال إصدار إنابات قضائية. وفي حين أن هذا الإطار أداة مفيدة ومناسبة للحصول على المعلومات في العديد من المواقف فإن الإجراءات في سياق تتبع الموجودات واستردادها لا تسمح بالإنصاف المعجل، وبذلك تجعل بالوسع نقل المعلومات أو الموجودات أو تبديدها قبل أن يتسنى استردادها أو التحفظ الفعال عليها.

ولذلك سيستفيد الإطار الحالي من التدابير التكميلية أو البديلة، مثل الإجراءات التشريعية النموذجية المبينة أدناه. وتجسد هذه القائمة الأعمال الأولية التي أعدت في سياق ولاية اللجنة في دورتها الحادية والخمسين، والمتمثلة في "أن تعد الأمانة دراسة أساسية عن المسائل ذات الصلة" فيما يتعلق بتتبع

الموجودات واستردادها في سياق الإعسار، وعلى نطاق أعم. وهي مصممة لتسليط الضوء على أنواع الآليات التي يمكن أن يُسترد بها في وضع الأحكام التشريعية النموذجية.

وتنقسم القائمة الواردة أدناه إلى تدابير قضائية وتدابير تشريعية، وتتضمن أمثلة من ولايات القانون المدني وولايات القانون الأنغلو سكسوني على السواء. كما تشير القائمة إلى الحالات التي قد تستند فيها الإجراءات المدنية إلى وجود إجراءات جنائية، ولكن بطريقة لا تمس باختصاص السلطات التي تضطلع بالإجراءات الجنائية. وسيكون عقد ندوة مفيداً بصفة خاصة لبحث الأدوات المتاحة في النظم القضائية المختلفة من أجل وضع صورة أوفى لإمكانيات الأدوات القانونية النموذجية.

الآليات القضائية:

- طلب الكشف عن المعلومات أو الوثائق (Norwich Pharmacal application): هو دعوى تُرفع في محكمة للحصول على معلومات توجد بحوزة طرف ثالث بريء، من قبيل مصرف، ولا يمكن الحصول عليها بسهولة من ذلك الطرف الثالث بطريقة أخرى، كما أنها ضرورية لتتبع واستعادة الموجودات التي بحوزة مدعى عليه أو طرف ثالث ليس لديه الحق في الاحتفاظ بهذه الموجودات، بما في ذلك مرتكبو الأفعال الضارة غير المعروفين. ويستند هذا الطلب إلى القضية *Norwich Pharmacal Co. ضد Customs and Excise Commissioners* [1974] A.C. 133، وتعترف به محاكم القانون الأنغلو سكسوني في الكومنولث البريطاني وكندا وولايات قضائية أخرى. وتشمل أنواع المعلومات التي قد تكون المصارف ملزمة بالإفصاح عنها ما يلي: (أ) بطاقة التوقيع الخاصة بالحساب؛ (ب) المعلومات المقدمة لدى فتح الحساب؛ (ج) نُسخ من الودائع أو إيصالات التحويلات البرقية؛ (د) نُسخ من الشيكات أو تفاصيل التحويلات البرقية الصادرة؛ (هـ) الرصيد الحالي في الحساب؛ (و) رسائل البريد الإلكتروني أو المراسلات المتعلقة بالحساب والمعلومات الأخرى ذات الصلة.
- أمر الكشف عن المعلومات (Bankers Trust disclosure order): هو دعوى تُرفع في محكمة على مؤسسة مالية من أجل تحديد مكان الموجودات التي يدعي مقدم الطلب ملكيتها، أو لتتبع تلك الموجودات، من خلال كشف المؤسسة المالية عن معلومات مالية سرية بين المصرف وعميله، مع وجود أدلة قوية على أن أي أموال ذات صلة قد تم الحصول عليها بطريقة احتيالية، ووجود احتمال بأن يؤدي التأخير في الكشف عن المعلومات إلى تبديد الأموال أو نقلها. ويستند أمر *Bankers Trust* إلى القضية *Trust Co. Bankers ضد Shapiro* (19080 B.N. 3116)، وهو مبين بالتفصيل في القضية *USC BTA Bank ضد Fidelity Corporate Services Limited*، HCVAP 2910 635. ويعلو الأمر على واجبات السرية التي ينص عليها القانون الأنغلو سكسوني، والتي يدين بها، على سبيل المثال، المصرف تجاه عملائه؛ ويمكن، عندما يتعلق الأمر بمعلومات سرية عن ملكية الشركة أو بيانها المصرفية، التماس المساعدة في هذا الصدد من المحاكم في ولايات القانون الأنغلو سكسوني، قبل استهلال أي إجراءات أو بعد استهلالها.
- أمر "أنتون بيلير" (Anton Piller): هو دعوى تُرفع في محكمة لطلب تعيين وصي للسيطرة على الأدلة وحمايتها وحفظها بعد أن يكون المدعي قد أثبت بشأها وجود

افتراض ظاهر الوجهة بأن متهما أو طرفا ثالثا قد يدمرها أو يبيدها. وهو يستند إلى قضية *Anton Piller KG ضد Manufacturing Processes LTD. And others* (محكمة الاستئناف في المملكة المتحدة). 1975 A No. 6292.

- الأمر الزجري (Mareva injunction): هو دعوى يرفعها الدائن في المحكمة، قبل إصدار الحكم، سعياً للحصول على أمر بتجميد الموجودات في الولاية القضائية المعنية، من أجل حماية الموجودات من التبيد، عندما يكون الدائن قد أثبت حقه في السداد له من تلك الموجودات. وهو يستند إلى القضية *Mareva Compania Navier SA ضد International Bulkcarriers SA*، الفقرتان ٤٨ و ٤٩، 213 1 All ER (محكمة الاستئناف في المملكة المتحدة).
- أمر التجميد العالمي (Worldwide freeze order): هذا الأمر مشتق من الإجراء الزجري *Mareva injunction*، لكنه يعمل على الصعيد العالمي، رهناً بمراعاة التوازن بين المصالح المختلفة. وهو يستند إلى القضية *Dadourian Group International Inc. and others ضد Simms and others* [٢٠٠٦] 2 All ER 48 (محكمة الاستئناف في المملكة المتحدة)، ويمكن إصداره عند احتياز اختبار متعدد العوامل، ويتطلب النظر في مدى "إجحاف" ضم أطراف أجنبية إلى الإجراءات؛ وتوفّر خيارات أخرى للحفاظ على الموجودات؛ والتوازن بين مصالح مقدم الطلب ومصالح أي أطراف يراد ضمهم إلى الإجراءات؛ ومدى قوة الأدلة المقدمة فيما يتعلق بخاطر تبيد الموجودات؛ كما يتطلب توجيه إشعار إلى المدعى عليه، حيثما يمكن ذلك.
- أوامر "الكتمان والسرية" ("Gag and Seal"): تُستخدم هذه الأوامر بالاقتران مع الأوامر الأخرى المذكورة أعلاه للحصول على معلومات عن الموجودات أو لتجميدها، وهي دعوى ترفع في المحكمة إما '١' لتوجيه موظفي المحكمة المعنيين إلى منع اطلاع الجمهور على الطلب وإصدار أمر بالإفصاح عن المعلومات أو بتجميد الموجودات أو حجرها ("أمر السرية")؛ أو '٢' لمنع طرف ثالث، من قبيل مصرف، من الإفصاح لزبونه عن أن المصرف طُلب بموجب أمر قضائي بالكشف عن معلومات عن الحساب المصرفي وعن الجهة التي تم تحويل الأموال المودعة في الحساب إليها وعن الجهة التي قامت بتحويل تلك الأموال ("أمر الكتمان"). وتتطلب هذه الأوامر أدلة قوية على ضرورة السرية، لكنها يمكن أن تكون أدوات مهمة لتيسير الاسترداد عن طريق إتاحة ملاحقة الموجودات الكائنة في ولايات قضائية أخرى أو التي حولت إلى تلك الولايات، قبل أن يتمكن المدعى عليهم من نقلها.

الآليات التشريعية

- قانون الاستعانة بالدفاتر المصرفية كأدلة لعام ١٨٧٩ (المملكة المتحدة): يتيح هذا القانون للطرف استخدام سجلات البنك كدليل ظاهر الوجهة، ولا يزال يستخدم إلى اليوم في الطلبات وجلسات الاستماع والمحاکمات لتبسيط عبء الإثبات المطلوب في إجراءات تتبع الموجودات واستردادها.
- المادة ١٧٨٢ من الفصل ٢٨ من مدونة قوانين الولايات المتحدة: تسمح هذه المادة لأي فرد أو محكمة أجنبية أو دولية بالحصول على أدلة في الولايات المتحدة من أجل تسهيل

بدء وإجراء محاكمة في ولاية قضائية أجنبية، حيثما يكون بوسع مقدم الطلب أن يثبت وجود أساس معقول للاعتقاد بأن "معلومات، يُعتبر على نحو معقول أنها تفضي إلى أدلة مقبولة تتعلق بدعاوى أجنبية عالقة أو متوقعة، توجد في منطقة محكمة محلية في الولايات المتحدة في شكل وثائق أو شهادات شهود."

- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (قانون الأونسيترال النموذجي) (معتمد في ٤٣ ولاية قضائية): بموجب قانون الأونسيترال النموذجي والسوابق القضائية المستحدثة في الولايات القضائية التي اعتمدها، يحق لممثلي الإعسار الأجانب أن يُعترف بهم في الولايات القضائية الأجنبية باتباع الإجراءات التي ينص عليها القانون النموذجي. وفور الاعتراف بممثل الإعسار على أنه "ممثل أجنبي"، يكون له الحق في مواصلة الدعوى وبدء التقاضي في تلك الدولة وبمكثته، رهناً بنطاق أمر الاعتراف بالممثل الأجنبي، الحصول على السجلات المصرفية، وسجلات ملكية الشركات، ووثائق ملكية الشركات، وتسليم الموجودات.

الإجراءات المدنية المسموح بها في إطار الإجراءات الجنائية

هناك إجراءات تحقيق جنائي معينة وإجراءات قضائية أخرى تتيح للأفراد العاديين، عند توافر العلاقة المشترطة بالإجراءات الجنائية، أن يحصلوا على المعلومات التي تُجمع أثناء التحقيق الجنائي. ويمكن أن تيسر هذه الأنواع من الآليات تتبع الموجودات واستردادها في سياق الإعسار، ولكن يجب أن تدار على نحو لا يتعارض مع التحقيق الجنائي الأساسي. وهناك العديد من الأمثلة على آليات ناجحة مستخدمة في سياق الإعسار، من بينها ما يلي:

- المشاركة بصفة طرف مدني: في ولايات معينة من ولايات القانون المدني، مثل سويسرا وبلجيكا، يمكن للضحايا والدائنين وممثلي الإعسار أن يشاركون في تحقيق جنائي جارٍ، بشأن غسل الأموال مثلاً، بصفة طرف مدني، وأن يُمنحوا حق الوصول إلى المعلومات المالية السرية، وغيرها من السجلات المتعلقة باسترداد الموجودات والتي حصل عليها المدعي العام، وأن يسعوا للحصول على أوامر بتجميد الموجودات أو أن يطلبوا ردها إليهم، بمساعدة قضاة التحقيق المحليين.
- القاعدة الاتحادية للإجراءات الجنائية ٦ (هـ) (٣) (هاء) (١) (الولايات المتحدة): هي دعوى ترفع أمام محكمة للحصول على المعلومات التي تم جمعها خلال إجراءات هيئة محلفين كبرى لاستخدامها في إجراءات قضائية أخرى؛ وهي تشكل استثناء صريحاً من حظر عام على الكشف عن المعلومات التي تُجمع أثناء تحقيق جنائي. وتدير المحكمة الكشف عن المعلومات، بغية حماية التحقيق الجنائي.
- المعلومات التي يُتوصل عليها من خلال طلب بموجب معاهدة للمساعدة القانونية المتبادلة: هي طلب، في سياق التحقيقات الجنائية الجارية، يقدم بموجب معاهدة لالتماس التعاون من ولاية قضائية أخرى للحصول على أدلة تتصل بالتحقيق الجنائي لاستخدامها في إجراءات الإعسار ذات الصلة.