

Distr.: General
19 June 2014
Arabic
Original: English

مؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد



الفريق العامل الحكومي الدولي المفتوح العضوية
المعني باسترداد الموجودات
فيينا، ١١-١٢ أيلول/سبتمبر ٢٠١٤

دليل المناقشة المواضيعية بشأن المادة ٥٢ (منع وكشف إحالة العائدات
المتأتية من الجريمة) والمادة ٥٣ (تدابير الاسترداد المباشر للممتلكات)
والمواد الأخرى ذات الصلة
مذكّرة من الأمانة

ملخص

أعدت الأمانة هذه المذكرة لكي يسترشد بها الفريق العامل الحكومي الدولي المفتوح
العضوية المعني باسترداد الموجودات في مناقشته المواضيعية. وسوف يركّز الاجتماع الثامن
للفريق العامل على المادة ٥٢ (منع وكشف إحالة العائدات المتأتية من الجريمة) والمادة ٥٣
(تدابير الاسترداد المباشر للممتلكات) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد. وتقدّم هذه
المذكرة معلومات أساسية مهمّة عن هذين المجالين المواضيعيين بغية إثراء مناقشة الفريق العامل.



أولاً - مقدمة

- ١- أنشأ مؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، في قراره ٤/١، الفريق العامل الحكومي الدولي المفتوح العضوية المعني باسترداد الموجودات، وقرّر أن يتولى الفريق العامل إسداء المشورة إلى المؤتمر ومساعدته في تنفيذ ولاياته المتعلقة بإرجاع عائدات الفساد.
- ٢- وفي القرار نفسه، حدّد المؤتمر وظائف الفريق العامل، وتشمل هذه الوظائف مساعدة المؤتمر على اكتساب معارف تراكمية في مجال استرداد الموجودات، وخصوصاً بشأن تنفيذ المواد ٥٢ إلى ٥٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وذلك مثلاً من خلال آليات لتحديد مكان أدوات الفساد وعائدها وتجميدها وحجزها ومصادرتها وإرجاعها؛ واستبانة الاحتياجات في مجال بناء القدرات وتشجيع التعاون بين ما يتصل بذلك من المبادرات الثنائية والمتعددة الأطراف القائمة؛ وتيسير تبادل المعلومات والممارسات الجيدة والأفكار فيما بين الدول؛ وبناء الثقة وتشجيع التعاون بين الدول الطالبة والدول المطلوب إليها.
- ٣- وعقد الفريق العامل اجتماعاته من الأول حتى السابع سنوياً في فيينا، ما بين آب/أغسطس ٢٠٠٧ وآب/أغسطس ٢٠١٣.
- ٤- ووفقاً لخطة العمل المعتمدة في الاجتماع السابع، من المقرر أن يعقد الفريق في اجتماعه الثامن مناقشة مواضيعية بشأن المادة ٥٢ (منع وكشف إحالة العائدات المتأتية من الجريمة) والمادة ٥٣ (تدابير الاسترداد المباشر للممتلكات) وغيرهما من المواد ذات الصلة من الاتفاقية.
- ٥- وترمي هذه المذكرة إلى مساعدة الفريق العامل في مداولاته وفي تقرير ما سيضطلع به من أنشطة في المستقبل. وهي تبين التحدّيات المرتبطة بتنفيذ المواد ذات الصلة والتدابير الممكنة للتصدّي بفعالية لتلك التحدّيات.

ثانياً - المناقشة المواضيعية بشأن المادة ٥٢ (منع وكشف إحالة العائدات المتأتية من الجريمة)

ألف - الخلفية

- ٦- تطلب المادة ٥٢ من الاتفاقية إلى الدول الأطراف أن تتخذ ما قد يلزم من تدابير من أجل منع وكشف إحالة العائدات المتأتية من الجريمة. ويمكن تقسيم هذه التدابير إلى فئتين: تدابير ترمي إلى منع غسل الأموال (الفقرات ١ إلى ٤)، وتدابير تتعلق بالإقرارات المالية (الفقرتان ٥ و٦).

التدابير الرامية إلى منع غسل الأموال (الفقرات ١ إلى ٤)

٧- تستند المادة ٥٢ إلى تدابير الوقاية الواردة في الفصل الثاني من الاتفاقية، وخصوصاً الوارد منها في الفقرة ١ (أ) من المادة ١٤، التي تقضي بأن تنشئ الدول الأطراف نظاماً داخلياً شاملاً للرقابة والإشراف على المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية، وأن يشدّد هذا النظام على المتطلبات الخاصة بتحديد هوية الزبائن والمالكين المنتفعين، وحفظ السجلات والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة، من أجل ردع وكشف جميع أشكال غسل الأموال. وبغية الاستفادة على أكمل وجه من نظام مكافحة غسل الأموال الموجود لدى المؤسسات المالية في دعم جهود استرداد الموجودات، تستكمل المادة ٥٢ الأحكام ذات الصلة من المادة ١٤ بتركيزها على نهج يستند إلى تقييم المخاطر وعلى الأفراد المكلفين أو الذين سبق أن كُلفوا بأداء وظائف عمومية مرموقة (المعروفين بالأشخاص البارزين سياسياً) وأفراد أسرهم والأشخاص الوثيقي الصلة بهم.

٨- وتقضي الفقرة ١ من المادة ٥٢ بأن تتخذ الدول الأطراف ما قد يلزم من تدابير، وفقاً لقانونها الداخلي، لإلزام المؤسسات المالية الواقعة ضمن ولايتها القضائية بما يلي:

(أ) التحقق من هوية الزبائن؛

(ب) اتخاذ خطوات معقولة لتحديد هوية المالكين المنتفعين للأموال المودعة في حسابات عالية القيمة؛

(ج) إجراء فحص دقيق للحسابات التي يُطلب فتحها أو يُحتفظ بها من قبل، أو نيابة عن، أفراد مكلفين أو سبق أن كُلفوا بأداء وظائف عمومية هامة أو أفراد أسرهم أو أشخاص وثيقي الصلة بهم.

٩- ويجب أن يُصمّم ذلك الفحص الدقيق بصورة معقولة تتيح كشف المعاملات المشبوهة بغرض إبلاغ السلطات المختصة عنها، ولا ينبغي أن يؤوّل على أنه يثني المؤسسات المالية عن التعامل مع أي زبون شرعي أو يحظر عليها ذلك. ووفقاً للفقرة ١ (ب) من المادة ١٤، والمادة ٥٨، تكون وحدات الاستخبارات المالية هي السلطات المختصة بتلقي التقارير عن المعاملات المشبوهة.

١٠- وتقضي الفقرة ٢ من المادة ٥٢، تيسيراً لتنفيذ هذه التدابير، بأن تقوم الدول الأطراف، وفقاً لقانونها الداخلي، ومستلهمة المبادرات ذات الصلة التي اتخذتها المنظمات الإقليمية والأقاليمية والمتعددة الأطراف لمكافحة غسل الأموال، بما يلي:

(أ) إصدار إرشادات بشأن أنواع الشخصيات الطبيعية أو الاعتبارية التي يتوقع من المؤسسات المالية القائمة ضمن ولايتها القضائية أن تطبق الفحص الدقيق على حساباتها، وأنواع الحسابات والمعاملات التي ينبغي أن تولى عناية خاصة، والتدابير المناسبة لفتح الحسابات والاحتفاظ بها ومسك دفاترها التي ينبغي اتخاذها بشأن تلك الحسابات؛

(ب) إبلاغ المؤسسات المالية القائمة ضمن ولايتها القضائية، عند الاقتضاء وبناءً على طلب دولة طرف أخرى أو بناءً على مبادرة منها هي، بهوية شخصيات طبيعية أو اعتبارية معينة يتوقع من تلك المؤسسات أن تطبق الفحص الدقيق على حساباتها، إضافة إلى تلك التي يمكن للمؤسسات المالية أن تحدد هويتها بشكل آخر.

١١- وتبيّن ملحوظة تفسيرية أنه ينبغي قراءة الفقرتين ١ و ٢ من المادة ٥٢ معاً، وأنّ الالتزامات المفروضة على المؤسسات المالية يمكن أن تطبق وتنفذ مع إيلاء الاعتبار الواجب لمخاطر غسل الأموال بصفة خاصة.^(١)

١٢- والواقع أنّ أعمال المؤسسة المالية لا تنطوي في جميع جوانبها على نفس القدر من المخاطر. فمخاطر غسل الأموال تكون في بعض الجوانب أكبر من غيرها، وتقتضي بالتالي المزيد من الضوابط والفحص الدقيق لتخفيف حدتها، في حين أنّها تكون عند الحد الأدنى في جوانب أخرى ولن تتطلب بالتالي نفس القدر من الاهتمام. ويتطلب النهج القائم على تقييم المخاطر من المؤسسات المالية أن تكون لديها نظم وضوابط تتناسب مع النوع من مخاطر غسل الأموال الذي ترتبط به تحديداً. ومقارنة بالنهج الأكثر إلزاماً، يتيح هذا النهج للمؤسسات المالية الإمكانية بأن تخصص مواردها على نحو أفضل لكي تركز على المسائل التي تكون فيها مخاطر غسل الأموال عند أعلى مستوياتها، الأمر الذي يزيد بدوره من فرص كشف المعاملات المشبوهة والإبلاغ عنها.

١٣- والنهج القائم على تقييم المخاطر هو عملية تنطوي، أولاً، على تقييم مخاطر الأنشطة التجارية؛ ومن أجل ذلك، تستخدم المؤسسات المالية مصفوفة مخاطر، وهي خريطة تبيّن مختلف بارامترات المخاطر، كعوامل الخطر المرتبطة بالعملاء وعوامل الخطر القطرية أو الجغرافية^(٢) وعوامل الخطر المرتبطة بالمنتج أو الخدمة أو المعاملة، بحيث يكون بمقدور

(1) الأعمال التحضيرية للمفاوضات من أجل إعداد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.10.V.13 والتصويب)، الصفحة ٤٩٩.

(2) إنّ تنفيذ الأحكام ذات الصلة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد هو أحد العوامل التي يمكن أن تؤخذ في الاعتبار عندما تصمّم المؤسسات المالية مصفوفاتها المتعلقة بالمخاطر. والخلاصات الوافية، وكذلك التقارير القطرية المقدّمة من الدول الأطراف، والمعدّة في إطار آلية استعراض تنفيذ الاتفاقية، متاحة على الموقع الشبكي لمكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (www.unodc.org).

المؤسسات أن تقيّم ما إذا كانت احتمالات غسل الأموال لدى أحد الزبائن ضعيفة أو متوسطة أو قوية. ثم يُستكمل تقييم المخاطر هذا بتنفيذ تدابير للتخفيف من حدة المخاطر المستبانة؛ وهذه التدابير يمكن أن تكون تدابير فحص مبسّط أو معياري أو موسّع.⁽³⁾

١٤- وتقضي الفقرة ٢ (أ) من المادة ٥٢ بأن تصدر الدول الأطراف إرشادات بشأن كيفية تنفيذ المؤسسات المالية التّهج القائمة على تقييم المخاطر، في حين تعتبر الفقرة ١ من المادة نفسها أنّ العلاقات التجارية مع الأشخاص البارزين سياسياً وأفراد أسرهم والأشخاص الوثيقي الصلة بهم تنطوي بطبيعتها على قدر كبير من المخاطر. لذا ينبغي لأي حسابات يملك هؤلاء الأشخاص حق الاستفادة منها أو يتحكمون فيها أن تخضع للفحص الدقيق، بصرف النظر عن عوامل الخطر الأخرى.

١٥- ولا ريب في أنّ مكانة الشخص البارز سياسياً لا تعني في حدّ ذاتها أنّ هذا الشخص فاسد. ومع ذلك، فإن العلاقات التجارية مع الأشخاص البارزين سياسياً تأتي بمزيد من المخاطر نظراً لاحتمال أن يسيء هؤلاء استخدام منصبهم الرسمي وسلطتهم ونفوذهم من أجل الحصول على مكاسب شخصية. وقد يستخدم هؤلاء الأفراد أيضاً أسرهم أو الأشخاص الوثيقي الصلة بهم لإخفاء الأموال أو الموجودات التي حصلوا عليها بطرائق غير مشروعة. ولهذا السبب، يتعين على المؤسسات المالية أن تقيّم، على سبيل المثال، الغرض الذي يفتح الشخص البارز سياسياً حساباً من أجله أو السبب الذي يجعل من الضروري أن يكون للمسؤول الرفيع المستوى حساب خارج الولاية القضائية لوطنه. وهناك، بطبيعة الحال، العديد من الأسباب المشروعة التي تحدد بهذا المسؤول إلى القيام بذلك. ومع ذلك، ينبغي توخي العناية في تقييم مشروعية الغرض من الحساب وسلامته الاقتصادية.

١٦- ولا تقدّم اتفاقية مكافحة الفساد أمثلة على الأشخاص البارزين سياسياً أو تميّز بين المحليين والأجانب منهم. ولكنّ الفقرة ٢ (ب) من المادة ٥٢ تُلزم الدول الأطراف بإبلاغ المؤسسات المالية بهوية شخصيات طبيعية أو اعتبارية معيّنة يُتوقع من تلك المؤسسات أن تطبّق الفحص الدقيق على حساباتها، ومنها الأشخاص البارزون سياسياً.

١٧- ولا يُقصد بمفهوم الأشخاص البارزين سياسياً أن يشمل الموظفين من ذوي الرتب المتوسطة أو ما دونها، وهو عادة ما يشمل رؤساء الدول أو الحكومات، وكبار الساسة، وكبار المسؤولين الحكوميين أو القضائيين أو العسكريين، وكبار المسؤولين التنفيذيين في

(3) يتمثل أحد الموارد المتعلّقة بالتّهج القائمة على تقييم المخاطر في سلسلة الوثائق التوجيهية لفرقة العمل المعنية بالإجراءات المالية (متاحة في العنوان الشبكي www.fatf-gafi.org/documents/riskbasedapproach).

الشركات الحكومية، والمسؤولين المهمين في الأحزاب السياسية. وأسوة بالمادة ١٦ المتعلقة برشو الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات الدولية العمومية، يمكن لمفهوم الأشخاص البارزين سياسياً أن يشمل أيضاً الأشخاص المكلفين أو سبق أن كُلفوا بوظيفة بارزة من قبل منظمة دولية عمومية، مثل أعضاء الإدارة العليا، أي المديرين ونواب المديرين وأعضاء مجالس الإدارة أو الأشخاص الذين يؤدون ما يعادل ذلك من وظائف.

١٨- وتقضي الفقرة ١ من المادة ٥٢ بأن تلزم الدول الأطراف المؤسسات المالية بأن تتخذ خطوات معقولة لتحديد هوية المالكين المنتفعين للأموال المودعة في حسابات عالية القيمة. والهدف من ذلك هو التصدي للحسابات المفتوحة بهوية مقنّعة والأموال التي أُخفي مصدرها الحقيقي من أجل دمج الأموال الفاسدة في النظام المالي من دون إثارة الشبهات، باستخدام كيانات "قانونية" منشأة لهذه الأغراض (corporate vehicles)، أو باستخدام ما يسمّى ميسرين لعمليات غسل الأموال على درجة عالية من الحنكة (sophisticated gatekeepers)، أو كيانات وهمية، بل وباستخدام أفراد الأسرة والأشخاص المقربين. ورغم أن الاتفاقية لا تقدّم تعريفاً لتعبير "المالك المنتفع"، فمن المفهوم عموماً أنه يشير إلى الشخص الطبيعي الذي يملك في نهاية المطاف شركة زبونة أو يسيطر على مثلها و/أو الشخص الطبيعي الذي تُجرى المعاملة نيابة عنه. وهو يشمل أيضاً الأشخاص الذين يمارسون سيطرة فعلية تامة على شخصية اعتبارية أو ترتيب قانوني. وبعبارة أخرى، ينبغي للمؤسسات المالية ألاّ تكتفي بتحديد هوية الزبون الذي هو صاحب الحساب، بل ينبغي لها أيضاً أن تتخذ خطوات معقولة للوقوف على هوية المالك الحقيقي للأموال المودعة في الحساب، الذي قد يكون أو لا يكون الزبون نفسه. وإذا كان الحساب باسم كيان مؤسسي، على سبيل المثال، ينبغي للمؤسسات المالية أن تتخذ تدابير معقولة لمعرفة هوية الشخص الطبيعي أو الأشخاص الطبيعيين الذين يقفون وراء ذلك الكيان والتحقق منها.^(٤)

١٩- ووفقاً للفقرة ٣ من المادة ٥٢ من الاتفاقية، يتعيّن على الدول الأطراف أن تنفّذ تدابير تضمن احتفاظ مؤسساتها المالية، لفترة زمنية مناسبة، بسجلات وافية للحسابات والمعاملات التي تتعلق بالأشخاص المذكورين في الفقرة ١ من تلك المادة. وينبغي أن تتضمن هذه السجلات، كحدّ أدنى، معلومات عن هوية الزبون، كما تتضمن، بقدر الإمكان، معلومات عن هوية المالك المنتفع.

(4) انظر توصيات فرقة العمل المعنية بالإجراءات المالية المنقّحة لعام ٢٠١٢ والتوجيه رقم 2005/60/EC الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي في ٢٦ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٥ بشأن منع استغلال النظام المالي في غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

٢٠- أما تحديد الفترة الزمنية التي ينبغي الاحتفاظ خلالها بالسجلات فأمر متروك للدول الأطراف. وفي الممارسة العملية، تبدأ فترة الاحتفاظ بسجلات المعاملات (نسخ الشيكات ورسائل التحويل البرقي، على سبيل المثال) من التاريخ الذي أجريت فيه المعاملة، بينما تبدأ فترة الاحتفاظ بسجلات الحسابات (نسخ وثائق الهوية، كجوازات السفر وبطاقات الهوية والوثائق المشابهة، على سبيل المثال)، اعتباراً من تاريخ انتهاء العلاقة التجارية (تاريخ إغلاق الحساب، مثلاً). وعلماً بأن ممارسات الفساد حدثت، في عدة حالات خطيرة، على مدى فترة زمنية طويلة جداً، فإن توافر السجلات المالية أمر ضروري لإجراء التحقيقات اللاحقة، وكذلك للتعرف على الموجودات وإرجاعها.

٢١- ووفقاً للفقرة ٤ من المادة ٥٢، وبهدف منع وكشف عمليات إحالة العائدات المتأتية من أفعال مجرّمة وفقاً للاتفاقية، يتعيّن على الدول الأطراف أن تنفّذ تدابير مناسبة وفعّالة لكي تمنع، بمساعدة أجهزتها الرقابية والإشرافية، إنشاء مصارف ليس لها حضور مادي ولا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة، تُعرف عموماً باسم "المصارف الصورية". وتبين ملحوظة تفسيرية أنّ تعبير "حضور مادي" يُفهم على أنه يعني "عقلاً وإدارة ذوّي شأن" موجودين داخل الولاية القضائية. فمجرد وجود وكيل محلي أو موظفين ذوي رتب منخفضة لا يمثل حضوراً مادياً. وتُفهم الإدارة على أنّها تشمل الشؤون الإدارية، أي الدفاتر والسجلات.^(٥)

٢٢- ويكون العقل والإدارة الكامنان وراء المصارف الصورية موجودين في ولاية قضائية مختلفة، أو في مكاتب كيان مرتبط بها، أو حتى في سكن خاص. إذ إنّ وجود الإدارة في ولاية قضائية مختلفة يمنع الجهة الرقابية في الولاية القضائية التي تأسس فيها المصرف الصوري من ممارسة الإشراف عليه كما يجب. ويستخدم عملاء المصارف الصورية هذه المصارف أساساً لما تتيحه من سرّية الهوية وتسهيلات لإخفاء مصدر الأموال وتوجيهها إلى مؤسسات مالية أخرى. وبعبارة أخرى، نادراً ما تبقى الأموال مودعة في المصرف الصوري لمدة طويلة. ولهذا السبب، تشجّع الفقرة ٤ نفسها من المادة ٥٢ الدول الأطراف على أن تنظر في إلزام مؤسساتها المالية: (أ) برفض الدخول أو الاستمرار في علاقة مصرف مراسل مع مصارف صورية و(ب) بتجنب إقامة أي علاقات مع مؤسسات مالية أجنبية تسمح لمصارف صورية باستخدام حساباتها.

٢٣- وتوفّر "المصارف المراسلة" خدمات مصرفية من مصرف إلى آخر. وتشكّل هذه الخدمات شريحة مهمة من الصناعة المصرفية، وتنطوي على أوجه ضعف بحكم طبيعتها لأنّها

(5) الأعمال التحضيرية...، الصفحة ٥٠٠.

تمكّن مصارف واقعة في دولة ما من تسيير أعمال تجارية وتقديم خدمات لعملائها في ولايات قضائية أخرى ليس لها فيها حضور مادي. وبفتح حساب مراسل، يمكن للمصرف الأجنبي، المعروف بالمصرف "المستجيب"، أن يتلقى العديد من الخدمات التي يقدمها المصرف المراسل إن لم يكن جميعها، دون التكلفة المقترنة بالحصول على ترخيص أو إقامة حضور مادي في الولاية القضائية للمصرف المراسل.^(٦)

التدابير المتعلقة بإقرار الذمة المالية (الفقرتان ٥ و ٦)

٢٤- إنَّ لنظم إقرار الذمة المالية هدفا مزدوجا. الهدف الأول هو الحصول على معلومات مالية، كالمعلومات المتعلقة بالموجودات والدخل، من أجل استخدام تلك المعلومات للكشف عن أي ثروة لدى الموظف العمومي لا تتماشى مع الدخل المصرّح به وقد تكون عائدات متأتية من الفساد، أي ثروة لا تفسر لها. ويمكن أن تُستخدم المعلومات نفسها كمعلومات استخبارية أو أدلة عند التحقيق مع موظف عمومي ومحاكمته بدعوى الفساد. أما الهدف الثاني من نظم إقرار الذمة المالية فهو جمع معلومات عن المصالح والالتزامات والروابط التجارية التي قد تفضي إلى تضارب محتمل أو ظاهر في المصالح. وبالتالي، فإنَّ إقرارات الذمة المالية هي أدوات مهمة لمنع الفساد وكشفه. يضاف إلى ذلك، أن هذه الإقرارات لا تسهم فحسب في زيادة فعالية الجهود المبذولة لمكافحة الفساد، بل تزيد أيضا من فعالية قدرة المؤسسات المبلّغة والبلدان الأخرى على الكشف عن غسل عائدات الفساد.

٢٥- وتقضي الفقرة ٥ من المادة ٥٢ بأن تنظر الدول الأطراف في إنشاء نظم لإقرار الذمة المالية خاصة بـ"الموظفين العموميين المعنيين" والنص على عقوبات ملائمة على عدم الامتثال. وهي تعالج الهدف الأول من هذه النظم وتستكمل حكم الفقرة ٥ من المادة ٨، الذي يقضي بأن تسعى الدول الأطراف إلى وضع تدابير ونظم تلزم الموظفين العموميين بأن يقدموا إقرارات عن أشياء منها ما لهم من أنشطة خارجية وعمل وظيفي واستثمارات وموجودات وهبات أو منافع كبيرة قد تفضي إلى تضارب في المصالح مع مهامهم كموظفين عموميين.

٢٦- وقد تُرك للدول الأطراف أمر تحديد الموظفين العموميين الذين سيكونون مشمولين بهذه النظم، وكيفية جعل إقرار الذمة المالية أكثر فعالية، ونوع الجزاءات التي يمكن تطبيقها في حالة عدم الامتثال. ويمكن للدول الأطراف أيضا أن تعتمد تدابير أكثر صرامة أو شدة من

(6) Technical Guide to the United Nations Convention against Corruption, p. 199

تلك المنصوص عليها في الاتفاقية، تماشياً مع الفقرة ٢ من المادة ٦٥، وأن تقرر تطبيق التزامات الإقرار على أفراد أسر الموظفين العموميين والأشخاص الوثيقي الصلة بهم.

٢٧- وتقضي الفقرة ٥ من المادة ٥٢ كذلك بأن تنظر الدول الأطراف في اتخاذ ما يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بتقاسم معلومات إقرار الذمة المالية مع السلطات المختصة في الدول الأطراف الأخرى عندما تكون هذه المعلومات ضرورية للتحقيق في العائدات المتأتية من أفعال مجرّمة وفقاً للاتفاقية والمطالبة بها واستردادها (انظر المواد ٤٣ و ٤٦ و ٤٨ و ٥٦ و ٥٧ الوثيقة الصلة بهذا الموضوع).

٢٨- وفي نفس سياق التشجيع على إقرار الذمة المالية وتوخي الشفافية، تدعو الفقرة ٦ من المادة ٥٢ الدول الأطراف إلى النظر في اتخاذ ما يلزم من تدابير لإلزام الموظفين العموميين المعنيين الذين لهم مصلحة في حساب مالي في بلد أجنبي أو سلطة توقيح أو سلطة أخرى على ذلك الحساب بأن يبلّغوا السلطات المختصة عن تلك العلاقة وأن يحتفظوا بسجلات ملائمة فيما يتعلق بتلك الحسابات. وعلى غرار الأحكام السابقة، يتعين على الدول الأطراف، إذا قرّرت الأخذ بتلك التدابير، أن تنص أيضاً على جزاءات مناسبة على عدم الامتثال.

باء- نقاط للمناقشة

- ٢٩- لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في النقاط التالية بغية زيادة مناقشتها:
- (أ) ممارسات وخبرات الدول الأطراف في معالجة المسائل المتعلقة بالأشخاص البارزين سياسياً، بما في ذلك تحديد هوية الأشخاص البارزين سياسياً على المستوى الوطني (قائمة الأسماء أو قائمة الوظائف) والتشريعات والممارسات الوطنية ذات الصلة؛
- (ب) التحدّيات التي تواجهها الدول الأطراف والمؤسسات المالية في تحديد هوية الأشخاص الأجانب البارزين سياسياً بسبب الافتقار إلى قوائم رسمية موحدة؛
- (ج) التحدّيات التي تواجهها الدول الأطراف في توجيه ومراقبة المؤسسات المالية في التحديد الصحيح لهوية الأشخاص المحليين والأجانب البارزين سياسياً؛
- (د) التحدّيات التي تواجهها الدول الأطراف في تحديد هوية أفراد أسر الأشخاص البارزين سياسياً والأشخاص الوثيقي الصلة بهم؛
- (هـ) خبرة الدول الأطراف في معالجة المسائل المتعلقة بالنهج القائمة على تقييم المخاطر؛

(و) خيرة الدول الأطراف فيما يتعلق بمسائل الاحتفاظ بالوثائق، بما في ذلك نوع السجلات التي ينبغي أن تحتفظ بها المؤسسات المالية، ومُدد الاحتفاظ وطرائقه (نسخ ورقية أو حاسوبية)؛

(ز) التحديّات التي تواجهها السلطات الإشرافية عند محاولة التأكد من أنّ المصارف العاملة في الدول الأطراف لا تربطها علاقات مراسلة بمصارف صورية أو مؤسسات مالية أجنبية تسمح لمصارف صورية باستخدام حساباتها؛

(ح) خيرة الدول الأطراف في إنشاء نظم لإقرار الذمة المالية بما في ذلك طائفة الموظفين العموميين المشمولين بها (بحسب الرتبة أو مجال الضعف أو معايير أخرى)، والمعلومات التي يتعيّن الكشف عنها في هذه الإقرارات، وإجراءات التحقق وغيرها من الإجراءات، وتطبيق الجزاءات؛

(ط) إمكانية تطبيق تدابير إقرار الذمة المالية على أفراد أسر الموظفين العموميين والأشخاص الوثيقي الصلة بهم والتحديات المقترنة بذلك؛

(ي) الممارسات الجيدة والعقبات المواجهة في التبادل الدولي للمعلومات الواردة في إقرارات الذمة المالية واستخدامها لمساعدة المؤسسات المالية على تحديد هوية الأشخاص البارزين سياسياً، وممارسة اليقظة الواجبة إزاء الزبائن المعنيين؛

(ك) السبل الفعالة، بما فيها سبل التعاون المباشر بين الوكالات المسؤولة عن تلقّي إقرارات الدخل والموجودات، وكذلك فيما بين وحدات الاستخبارات المالية، لاستبانة الحسابات المالية في البلدان الأجنبية، التي يكون للموظفين العموميين مصلحة فيها أو سلطة توقيع أو سلطة أخرى عليها.

ثالثاً - مناقشة مواضيعية بشأن المادة ٥٣ (تدابير الاسترداد المباشر للممتلكات)

ألف - الخلفية

٣٠ - تتعلق المادة ٥٣ بتدابير الاسترداد المباشر للموجودات عن طريق إقامة الدعاوى المدنية. ويتعد هذا الحكم المبتكر عن المفهوم القائل بأنه لا ينبغي استرداد عائدات الفساد إلا عن طريق المصادرة، وهو يُلزم الدول الأطراف بالاعتراف في نظمها القانونية بحق الدول المتضررة في السعي إلى الاسترداد المباشر من خلال رفع دعاوى مدنية خاصة لاسترداد الممتلكات أو التعويض عنها أو عن الأضرار. ويمكن لهذه الدعاوى المدنية أن تكون قائمة

على الموجودات (المطالبات العينية) أو قائمة على الضرر المدني. وينبغي عدم الخلط بينها وبين مصادرة الموجودات دون الاستناد إلى إدانة، فهذه الأخيرة هي تدبير تتخذه الدولة التي توجد فيها الموجودات (دولة المحكمة).

٣١- وفي حين أن الكثير من العمل قد أُنجز في إطار الاتفاقية ومبادرة استرداد الموجودات المسروقة لمكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (المكتب) والبنك الدولي المتعلقة استرداد الموجودات من خلال التعاون الدولي والمساعدة القانونية المتبادلة في المسائل الجنائية، كان التركيز أقل حتى الآن على الاسترداد عن طريق الدعاوى المدنية. ولكن مرتكبي الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية لا يتحملون المسؤولية المدنية فحسب، وإنما المسؤولية الجنائية أيضا (عن الأضرار والتعويض، على سبيل المثال).^(٧) والواقع أن الاتفاقية تشير صراحة إلى المسؤولية المدنية في الفقرة ٢ من المادة ٢٦، والمادتين ٣٤ و ٣٥. وعلاوة على ذلك، يمكن أيضا اتخاذ تدبيرَي التجميد والحجز (المنصوص عليهما في المادتين ٣١ و ٥٤). بموجب القانون المدني.

٣٢- وتستند المادة ٥٣ إلى المفاهيم الحديثة للعلاقات الدولية وسيادة القانون، التي لا تُعتبر الدول وفقا لها من أشخاص القانون الدولي فحسب، بل تُعتبر أيضا من أشخاص القانون في النظم القانونية الوطنية لكل واحدة منها. ويكون لأي دولة، باعتبارها من أشخاص القانون الوطني، الأهلية القانونية لتكون لها حقوق وعليها واجبات، بما في ذلك الحق في رفع دعوى أمام المحكمة للمطالبة بملكية الممتلكات أو بالتعويض عن الضرر.

٣٣- وبالتالي، تكون إحدى الطرائق المباشرة التي يمكن أن تسترد بها دولة ما عائدات الفساد الموجودة في دولة أخرى أن ترفع دعوى مدنية بصفة مدعية أمام محاكم الدولة الأخرى. وقد يكون لمثل هذه الدعاوى مزاياها عندما لا تكون الملاحقة الجنائية ممكنة أو عندما يكون معيار الإثبات أدنى في القضايا المدنية. وعلاوة على ذلك، لن تكون الدولة المدّعية معتمدة على التماس المساعدة القانونية المتبادلة، إذ يمكنها أن تتصرف حتى في غياب التعاون القانوني.

٣٤- ولكن يُفترض مسبقا في مثل هذه الدعاوى، كشرط رسمي أول، أن تتمتع الدولة المدّعية بحق المثل أمام محاكم الدولة الأخرى. وبناء على ذلك، تقضي المادة ٥٣ بأن تسمح الدول الأطراف للدول الأطراف الأخرى برفع دعوى مدنية أمام محاكمها لتثبيت الحق في ممتلكات اكتسبت، بشكل مباشر أو غير مباشر، من خلال جرائم الفساد، أو لتثبيت ملكية تلك الممتلكات (المادة ٥٣ (أ)) وكثيرا ما يعامل القانون الإجرائي المحلي الدول الأخرى كأبي

(7) تستعد مبادرة استرداد الموجودات المسروقة لإصدار منشور عن وسائل الانتصاف المدنية دعما لاسترداد الموجودات.

من الشخصيات الاعتبارية الأجنبية الأخرى وبمنحها تلقائياً حق المثل أمام محاكمها. ولا تصبح المادة ٥٣ مهمّة إلا عندما لا تكون هذه هي الحال. وبالتالي، لا بدّ من أن تراجع الدول الأطراف تشريعاتها المحلية، وأن تكفل منح الدول الأطراف الأخرى^(٨) وممثليها القانونيين حق المثل أمام محاكمها، ما دام قانون الإجراءات المدنية لديها لا يفعل ذلك على أية حال.

٣٥- ولا تعفي المادة ٥٣ (أ) الدول الأطراف من القواعد العامة المتعلقة بحق المثل والمقبولية، كضرورة توكيل محام محلي أو تعيين حدود زمنية. ومع ذلك، فإنّ عليها أن تكفل ألاّ يحدث خلط بين المسائل الجوهرية المتعلقة بالأسس الموضوعية للقضية - مثل الأدلة على الضرر أو وجود علاقة سببية وثيقة بين الضرر والسلوك المزعوم - ومسائل مقبولية القضية، يصبح معه الحصول على حق المثل أمام المحكمة، عملياً، أمراً شاقاً أكثر مما ينبغي.

٣٦- ولا تمنع هذه المادة في حدّ ذاتها الدول الأطراف من جعل الدعاوى المدنية المرفوعة من دول أخرى خاضعة لقواعد خاصة بشأن الولاية القضائية، وذلك، على سبيل المثال، من خلال إسناد هذه الدعاوى إلى محكمة أعلى من المحاكم الابتدائية العادية. ومع ذلك، ينبغي ألاّ تحدّ هذه القواعد من الحقوق الإجرائية، مثل الحق في الاستئناف.

٣٧- ووفقاً لصيغة المادة ٥٣ (أ)، يقتصر الالتزام على الدعاوى المدنية التي تقام "لثبیت حق في ممتلكات اكتسبت" بارتكاب جرم مشمول بالاتفاقية" أو لثبیت ملكية تلك الممتلكات". بيد أنه إذا لم يكن الجاني قد اكتسب الممتلكات عن طريق الاختلاس بل عن طريق جرم آخر من الجرائم المشمولة بالاتفاقية، كالرشوة مثلاً، حيث تكون الموجودات آتية من أموال خاصة، فإنّ الدولة المدّعية قد لا تكون دائماً هي صاحبة هذه الموجودات (على النحو المعترف به في الفقرة ٣ من المادة ٥٧). وبالتالي، قد يكون من الضروري أن يُقرأ هذا الحكم، مع أخذ موضوعه وغرضه بعين الاعتبار، قراءة أوسع بحيث يسمح بحق المثل أمام المحاكم لا في دعاوى الاعتراف بالملكية أو رد الممتلكات (دعاوى المطالبة برد الممتلكات إلى أصحابها) فحسب، بل وفي سائر الدعاوى المدنية، وخصوصاً في مطالبات التعويض أو مطالبات العطل والضرر.

٣٨- والواقع أنّ المادة ٥٣ (ب) تقضي بأن تأذن الدول الأطراف لمحاكمها بأن تأمر مرتكبي الجرائم بدفع تعويض لدولة طرف أخرى تضررت من جرائم منصوص عليها في

(8) توضح ملحوظة تفسيرية بشأن المادة ٥٣ أنّ بإمكان الدول الأطراف، عملياً، أن تعترف بمطالبة منظمة دولية عمومية، تكون أعضاء فيها، باعتبارها المالك الشرعي للممتلكات التي اكتسبت عن طريق سلوك مجرّم وفقاً للاتفاقية (الأعمال التحضيرية...، الصفحة ٥٠٩).

الاتفاقية. وبغية تنفيذ هذا الحكم، يجب على الدول الأطراف أن تسمح للدول الأطراف الأخرى برفع دعاوى أمام محاكمها وتلقّي تعويضات أو عطل وضرر. ويمكن تحقيق ذلك بطريقتين: (أ) من خلال الدعاوى المدنية حيث ترفع الدولة المتضررة دعوى بصفتها مدّعية (بموجب قانون الضرر المدني، مثلاً)؛ أو (ب) كمسألة تبعية في الإجراءات الجنائية حيث يمكن أن يُسمح للدولة الطرف المتضررة بالمثل كطرف ثالث.

٣٩- وقد أقرّت دول عديدة، كالدول الأطراف في اتفاقية مجلس أوروبا بشأن مكافحة الفساد في إطار القانون المدني، على سبيل المثال، حق الأشخاص في الحصول على تعويض عن الأضرار الناجمة عن أفعال الفساد (انظر المادة ١ من اتفاقية مجلس أوروبا) وما دامت الدول الأجنبية تدرج ضمن تعريف "الشخص"، فإنّ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ليست بحاجة إلى تعديل تشريعي إضافي. و فقط في الحالات التي لا يكون فيها الأمر كذلك، أو عندما لا توجد إجراءات قضائية مرعية للمطالبة بالتعويض عن أضرار ناجمة عن جرائم متصلة بالفساد، يتعين إرساء إجراء خاص من أجل الدول الأطراف المتضررة.

٤٠- وخلافا لاتفاقية مجلس أوروبا، لا تحدّد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أنواع الضرر التي يجب التعويض عنها. وبالتالي، ينبغي للدول الأطراف أن تقرّر ما إذا كانت الأضرار المادية فقط هي ما يمكن المطالبة بالتعويض عنه، أم أنّ من الممكن المطالبة بالتعويض أيضاً عن الأرباح الضائعة والخسائر غير المالية. ويمكن أن تتصل هذه الأخيرة، على سبيل المثال، بفقدان النظام المؤسسي سمعته وشرعيته والثقة به. وبما أنّ الخسائر غير المالية يصعب تقديرها كمياً، يمكن أن يتخذ التعويض شكل مساهمات مقدّمة إلى برامج مؤسسية أو لبناء القدرات في مجال مكافحة الفساد أو ما شابه ذلك. ويتعين على الدول أيضاً أن تقرّر ما إذا كان من الممكن الحصول على تعويض عن الأضرار غير المباشرة وإلى أي مدى.

٤١- ولا تضع المادة ٥٣ (ب)، فضلاً عن ذلك، أي شروط جوهرية للمسؤولية القانونية (كوجود علاقة سببية بين الفعل المتصل بالفساد والضرر المتكبّد، على سبيل المثال). وتتعلق الفقرة الفرعية (ب) أساساً بالجوانب الإجرائية للمطالبة، وليس بموضوعها. ومع ذلك، فإن الالتزام الجوهري بالنص على إتاحة التعويض يرد في المادة ٣٥ المتعلّقة بالتعويض عن الضرر.

٤٢- وتقضي المادة ٥٣ (ج)، بأن تتخذ الدول الأطراف ما يلزم من تدابير للسماح لمحاكمها أو لسلطاتها المختصة، عندما يتعين عليها اتخاذ قرار بشأن المصادرة، بأن تعترف بمطالبة دولة طرف أخرى باعتبارها مالكا شرعياً للممتلكات المكتسبة عن طريق ارتكاب جرم مشمول بالاتفاقية.

٤٣ - وبالتالي، فإن هذه المادة تلزم الدول الأطراف بأن تمنح الدول الأطراف الأخرى حق المثل أمام المحاكم لكي تطالب، كطرف ثالث في إجراءات المصادرة، بملكية الموجودات المكتسبة بارتكاب جرم مشمول بالاتفاقية. ولكي تستفيد هذه الدول الأخرى من هذا الحق يجب أن تكون على علم بتلك الإجراءات. لذلك، يمكن أن تنظر الدول الأطراف في إبلاغ الدول الأطراف الأخرى المعنية بمقها في أن يكون لها دور في الإجراءات. ويمكن القيام بذلك عملاً بالمادة ٥٦.

باء- نقاط للمناقشة

- ٤٤ - لعل الفريق العامل يود أن ينظر في النقاط التالية بغية زيادة مناقشتها:
- (أ) خبرات الدول الأطراف في تطبيق المادة ٥٣ عملياً، وخصوصاً معاملتها للدول بصفتها مدعية مقارنة بمعاملتها للشخصيات الاعتبارية المحلية والأجنبية؛
- (ب) المعلومات عن القواعد الخاصة المتعلقة بالولاية القضائية أو حق المثل أمام المحاكم، المنطبقة على الدول الأجنبية، وما يترتب على هذه القواعد من آثار؛
- (ج) الخبرات المتعلقة بتوكيل محام محلي، وخصوصاً ما إذا كان هذا الشرط يشكل عائقاً يحول دون إقامة الدول الأطراف دعاوى أمام محاكم دولة طرف أخرى؛ والسبل التي تستطيع بها الدول المدعية ودول المحكمة أن تضمن أن يكون توكيل محامين محليين متخصصين وذوي مهارات رفيعة المستوى أمراً ممكناً ومجدياً في الوقت نفسه، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الدولة المدعية منتمية إلى أقل البلدان نمواً؛ وإتاحة المساعدة القانونية أو التمثيل بدون مقابل؛
- (د) نطاق وتعريف الدعاوى المدنية "لتثبيت حق في ممتلكات... أو لتثبيت ملكية تلك الممتلكات"، وخاصة ما إذا كانت هذه الدعاوى تتجاوز حدود الاعتراف بالملكية ورد الممتلكات (دعاوى المطالبة برد الممتلكات إلى أصحابها)؛
- (هـ) معنى التقييد الوارد في المادة ٥٣ (أ) الذي يجعل رفع الدعاوى المدنية مقصوراً على "تثبيت حق في ممتلكات... أو تثبيت ملكية تلك الممتلكات"، وما إذا كان ينبغي أن تُفسر هذه المادة تفسيراً أوسع لتشمل أي دعوى مدنية متعلقة باسترداد الموجودات، بما في ذلك المطالبات القائمة على الضرر المدني وعلى العقود؛
- (و) الشروط التقييدية بشأن المثل أمام المحاكم (كاشتراط إقامة الدليل على الضرر أو الخسارة، على سبيل المثال) التي قد تكون من الضيق بحيث لا يمكن اعتبارها ممثلة للمادة ٥٣؛

(ز) نوع التعويضات التي يمكن المطالبة بها في الممارسة العملية (الربح الضائع، الخسائر غير المالية، الأضرار غير المباشرة)؛

(ح) الشروط الموضوعية للحصول على التعويض؛

(ط) السبل الكفيلة بإشعار الدولة الطرف المعنية (الدولة المتضررة من الرشو، مثلاً) على النحو الواجب وفي مرحلة مبكرة لكي تكون في وضع يسمح لها برفع الدعوى؛

(ي) المزايا والمطالب النسبية لنهج الاسترداد المباشر (قيام الدولة الطرف المتضررة برفع الدعوى) ونهج الاسترداد غير المباشر (اكتفاء الدولة الطرف المتضررة بأن تكون طرفاً ثالثاً في الإجراءات)، وخاصة ما إذا كان الاسترداد المباشر له منافع أو مخاطر من حيث التكاليف (الرسوم القانونية)، أو ما إذا كان أكثر سرعة وفعالية وكفاءة، أو ما إذا كان الافتقار إلى صلاحيات إنفاذ القانون يمثل نقصاً حاسماً.