

Distr.: General
22 March 2019
Arabic
Original: English

مؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد



الفريق العامل الحكومي الدولي المفتوح العضوية
المعني باسترداد الموجودات
فيينا، ٢٩ و ٣٠ أيار/مايو ٢٠١٩
البند ٤ من جدول الأعمال المؤقت*
مناقشتان مواضيعيتان

الممارسات الفضلى لتحديد هوية مختلف أنواع الضحايا وتعويضهم
وفقاً لأحكام الاتفاقية والتحديات التي تواجه الأطراف الثالثة وتأثيرها
على استرداد الموجودات بمقتضى الفصل الخامس

مذكرة من الأمانة

أولاً - مقدمة

١ - وجه مؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، في قراره ١/٧، الفريق العامل الحكومي الدولي المفتوح العضوية المعني باسترداد الموجودات أن يواصل بذل "جهوده الرامية إلى جمع المعلومات عن الممارسات الفضلى في مجال تحديد هوية مختلف أنواع الضحايا وتعويضهم والتوسع في تحليل تلك الممارسات" و"إجراء تحليل للتحديات التي تواجه الأطراف الثالثة وتأثيرها على استرداد الموجودات بمقتضى الفصل الخامس".

٢ - وقد أعدت الأمانة هذه المذكرة بغية تيسير إجراء المناقشة المواضيعية بشأن هذين الموضوعين أثناء الاجتماع الثالث عشر للفريق العامل. وتُستمد المذكرة من المعلومات المقدمة استجابةً إلى المذكرتين الشفويتين التي أرسلتها الأمانة،^(١) والمعلومات المجمعة أثناء الدورة الأولى لآلية استعراض تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ومن تقرير مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات

* CAC/COSP/WG.2/2019/1.

(١) حتى ١٠ آذار/مارس ٢٠١٩، تلقت الأمانة مساهمات من ٢٦ دولة طرفاً: الاتحاد الروسي، الأرجنتين، أيرلندا، بنما، بولندا، بوليفيا (دولة - المتعددة القوميات)، بيلاروس، تشيكيا، الجزائر، وجمهورية تنزانيا المتحدة، وجمهورية كوريا، سري لانكا، السلفادور، العراق، غواتيمالا، كوستاريكا، كولومبيا، الكويت، مالي، مصر، المغرب، المكسيك، منغوليا، هنغاريا، الولايات المتحدة الأمريكية.



الرجاء إعادة استعمال الورق



والجريمة (مكتب المخدرات والجريمة أو المكتب)، الصادر بعنوان حالة تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد: التجريم وإنفاذ القانون والتعاون الدولي،^(٢) وكذلك من الاستنتاجات المستخلصة من مختلف الأدوات والمنشورات ذات الصلة، وخصوصاً التي أعدها المكتب، ومبادرة استرداد الأموال المسروقة (المنهوبة) ("ستار" StAR) المشتركة بين المكتب والبنك الدولي. وأما الجزء من هذه المذكرة ذو الصلة بتعويض الضحايا فيستند إلى مذكرة سبق أن أعدتها الأمانة عن الممارسات الجيدة في تحديد ضحايا الفساد ومعايير تعويضهم (CAC/COSP/WG.2/2016/CRP.1).

ثانياً - تعريف ضحايا الفساد وتحديد هويتهم

٣- تشجع الاتفاقية الدولَ على تحديد هوية ضحايا الفساد وعلى أن يكون لديها آليات قائمة تتيح للضحايا السعي إلى التماس تعويض عن الضرر. ومع أنها لا تقدم تعريفاً بشأن "ضحية الفساد"، فإن الملحوظة التفسيرية على المادة ٣٥ في وثيقة "الأعمال التحضيرية" عن الاتفاقية توضح أن إمكانية التماس التعويض ينبغي أن تكون متاحة للدول وكذلك للأشخاص الاعتباريين والطبيعيين.

٤- وقد اعتمدت الدولُ نهجاً متباينة في وضع معايير بشأن تقرير من ينبغي اعتباره ضحية فساد. علماً بأن الدول في أكثرها لا تقدم تعريفاً صريحاً بشأن "ضحية الفساد"، بل تعول على أحكام عامة بشأن ضحايا الجريمة والتعويض عن الأضرار حسبما يرد في قوانينها الوطنية، ولا سيما القوانين الجنائية والمدنية. وتشمل أشيع السبل التشريعية ما يلي:

(أ) تعرف بعض الدول في قوانينها الجنائية من هو ضحية الجريمة وما هي الحقوق التي تستحق للضحية (بما في ذلك الحق في التماس التعويض)؛

(ب) في حين لا تشير بعض الدول صراحةً إلى الضحايا، فإنها تقر في قوانينها الجنائية الحق في التماس الأشخاص "المصابين" أو "المتأذين" أو "المظلومين" أو "المتضررين" تعويضاً؛

(ج) في بعض الدول، تتوفر إمكانية التماس التعويض من خلال أحكام في القوانين المدنية بشأن التعويض أو من خلال قانون المسؤولية التقصيرية.

٥- واعتمد عدد قليل من الدول قوانين خاصة بشأن ضحايا الجريمة تعرف وضعية الضحية بصفة عامة وتنص على شروط التعويض المالي.

٦- وتناولت بضع دول فحسب صراحةً الحق في التماس التعويض في سياق جرائم الفساد، إما بتقديم تعريف لمن هو ضحية الفساد وإما بالتنظيم الرقابي لآليات التعويض المتاحة بشأن قضايا الفساد. وهذه النهج تكون مدرجة عادة في قوانين منفصلة بشأن مكافحة الفساد، بناءً على أحكام موجودة في القوانين الجنائية والمدنية، ولكنها تحتوي على تنوعات طفيفة في العبارة "أي شخص تكبد ضرراً من جراء فعل فساد" المستخدمة في الإشارة إلى ضحايا الفساد.

٧- وذكرت دولة واحدة أنها تعول على "فورية الانتهاك" باعتباره العنصر الذي يميز مفهوم الضحية عن مفهوم الطرف المتضرر الذي يرد في القانون المدني.

(٢) يحلل التقرير ردود ١٥٦ دولة مستعرضة أثناء الدورة الأولى لآلية استعراض التنفيذ. وهو متاح في الموقع الشبكي:

www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/state_of_uncac_implementation.html

- ٨- وأما فيما يخص اشتراط الاتفاقية منح الدول الأجنبية الحق في حضور المرافعات أمام المحاكم وفي تلقي تعويض، فيبدو أن أكثر الدول لا تتناول صراحةً هذا الحق في أحكامها القانونية العامة بشأن التعويض عن الضرر. غير أن عدة دول بينت أن الدول الأجنبية تندرج في إطار التعريف العام للأشخاص الاعتباريين، ومن ثمَّ فإنَّ بمسئوليتها، نظرياً على الأقل، التماس التعويض.
- ٩- ومع أن الفساد يمكن أن يوقع الناس ضحايا الإيذاء مباشرة، فإنه يمكن أن يؤثر سلباً أيضاً في المجتمع بأسره. وفي هذا السياق، يوجد مفهوم الضرر الاجتماعي في بعض الولايات القضائية، ويتيح المجال للتعويض عن الأضرار التي تمس المصلحة العمومية. ويمكن أن يشمل ذلك الضرر الذي يلحق بالبيئة، أو بمصادقية المؤسسات، أو بالحقوق الجماعية، كالصحة والأمن والسلم والتعليم والحوكمة الرشيدة.^(٣) ومن الأمثلة الملموسة على ذلك أن إحدى الدول تمكن النائب العام من رفع دعوى مدنية بشأن المطالبة بتعويض عندما يسبب الجرم المرتكب ضرراً للمجتمع.^(٤)
- ١٠- وبالنسبة إلى المادة ٣٥، بخصوص التعويض عن الضرر، فإن كل الدول الأطراف المستعرضة ماعدا قلة منها اعتمدت تدابير من أجل التنفيذ الكلي أو الجزئي للمادة، مما يجعلها حكماً من الاتفاقية يحظى بمستوى عالٍ من الامتثال.
- ١١- وأما كون الكثير من أحكام التعويض عامة في طبيعتها ولا تتناول صراحةً تعويض الضحايا في حالات الفساد فلم يعتبره المستعرضون مشكلة. فمادام الأشخاص الطبيعيون والأشخاص الاعتباريون والدول الأجنبية تُعتبر جهات في إطار التعريف الوطني للأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بتعويض، فإن الاتفاقية لا تشترط أي تغييرات تشريعية إضافية.^(٥) ولم يكن هناك سوى قلة من الدول الأطراف التي تبين أنها غير ممثلة، إما لأنها تتبع نهجاً تقيدياً لا يُمنح فيه وضعية الضحية سوى الأشخاص الطبيعيين، وإما لأنها ليس لديها أي تدابير ذات صلة مطبقة.

ثالثاً- الإجراءات القانونية لدعاوى الحصول على تعويض: من يمكنه أن يستهلها وطبيعة هذه الإجراءات

من يمكنه أن يستهل الإجراءات القانونية؟

- ١٢- اتبعت الدول هجوماً مختلفة بشأن منح حق المثل أمام محكمة، أي الحق في وضعية الأهلية القانونية لمباشرة دعوى مطالبة بتعويض. ويشمل أشيع النهج المتبعة حق الضحايا المباشرين باستهلال إجراءات دعاوى الحصول على تعويض. وإضافة إلى ذلك، فإن بعض الدول تسمح لورثة الضحية أو أفراد أسرته ذوي الصلة المباشرة به باستهلال إجراءات دعوى المطالبة بتعويض،

(٣) Jean-Pierre Brun and others, *Public Wrongs, Private Actions: Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets* (Washington, D.C., World Bank, 2015), pp. 96-98.

(٤) للاطلاع على مزيد من المعلومات، انظر الوثيقة CAC/COSP/2011/CRP.6، التي قدمت إلى مؤتمر الدول الأطراف أثناء دورته الرابعة.

(٥) CAC/COSP/WG.2/2014/2، الفقرة ٣٩.

إمّا على نحو مستقل عن الضحية وإمّا حينما لا يكون بمسئطاع الضحية رفع دعوى للمطالبة بتعويض.

١٣- وفي بعض الحالات المعيّنة، فإنه حتى أولئك الذين ليسوا هم الضحايا الوحيدين والمباشرين من الجائر أن يُعترف بأن لهم الحق في الوضعية الأهلية القانونية لمباشرة هذه الدعاوى. كما إن بعض الدول تسمح برفع دعاوى جماعية أو دعاوى تتعلق بالمصلحة الجماعية من جانب المنظمات المعنية أو من جانب المدعي العام. وعموماً، تعدّ الإجراءات القانونية المتعلقة بالمصلحة الجماعية إجراءات قانونية مدنية، يستهل فيها عدة أشخاص دعوى قانونية بالنيابة عن مجموعة أكبر من الأشخاص. وهذه لها ميزة التقليل من عدد الممثلين في الدعاوى القانونية التي تتعلق بالأذى الذي يُزعم بأنه وقع على عدد كبير من الضحايا. كما إنهما من الجائر أيضاً أن تجري في سياق الإجراءات القانونية الجنائية التي تباشر فيها مجموعة من الأشخاص دعوى جنائية أو تنضم إلى قضية يباشرها المدعي العام.

١٤- وأما عندما تمس أفعال الفساد الدولة، فإن دعوى المطالبة بالتعويض يرفعها نمطياً المدعي العام أو النائب العام بالنيابة عن الدولة.

١٥- وفي عدة دول، تستطيع المحاكم أن تصدر "أمر تعويض"؛ وهو عبارة عن شكل من أشكال العقاب بشأن الجاني، يصدر بمقتضى الصلاحية التقديرية لدى المحكمة، إما بمبادرة منها هي وإما تبعاً لطلب يوجهه المدعي العام. غير أن ذلك لا يمنح بالضرورة الضحايا الحق في المطالبة بتعويض وباستهلال إجراءات قضائية. وأثناء عملية الاستعراض، اعتبر هذا النهج غير كافٍ بالنسبة إلى أغراض الامتثال للاتفاقية.^(٦)

طبيعة الإجراءات القانونية

١٦- هناك ثلاث سبل رئيسية يتبعها الضحايا من أجل الحصول على تعويض عن الأضرار، وهي: (أ) الإجراءات المدنية ضمن إطار الإجراءات الجنائية؛ و(ب) الإجراءات المدنية؛ و(ج) الإجراءات الإدارية.

الإجراءات المدنية في إطار الإجراءات الجنائية

١٧- تتوخى دول كثيرة إمكانية مشاركة الضحايا في الإجراءات الجنائية بوصفهم أطرافاً مدنية. فتتيح نظمها للأشخاص الذين تكبدوا أذى نتيجة للجرائم الجنائية إمكانية الاستفادة من مناسبة الإجراءات الجنائية لغرض المطالبة بتعويض. وعند الانضمام إلى هذه الإجراءات، يصبح الضحايا إذ ذاك أطرافاً مدنية في القضية. ويمكن أيضاً أن تنضم الدولة بوصفها طرفاً مدنياً في الدعوى، مثلما يمكن لأي كيان اعتباري آخر. والمزايا الرئيسية في ذلك هي: (أ) أنه آلية أسرع وكثيراً ما تكون أقل تكلفة في التماس التعويضات عن الأضرار؛ و(ب) أن الضحية بوصفها طرفاً مدنياً يكون له حقوق

(٦) مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، حالة تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد: التحريم وإنفاذ القانون والتعاون الدولي، الطبعة الثانية (فيينا، ٢٠١٧)، الصفحة ٦٠.

أكبر حينما يشارك في رفع دعوى جنائية؛ و(ج) أن كون الطرف طرفاً مدنياً يتيح له أن يكون على اتصال أوثق بقاضي التحقيق أو المدعي العام، المسؤول عن القضية.^(٧)

١٨- وتبعاً للولاية القضائية المعنية، يجوز للضحية بوصفه طرفاً مدنياً أن يكون مؤهلاً لعدة حقوق مختلفة، ومنها الحق في الإدلاء بشهادة بخصوص القضية؛ وفي تقديم أدلة إثباتية؛ وفي المشاركة في جلسات الاستماع للإفادات في المحكمة؛ وفي تقديم طلبات الالتماس؛ وفي تلقي التعويض عن الخسائر.

١٩- ولدى دول كثيرة أحكام قانونية تقضي بأن يستوفي الطرف المدني بعض الاشتراطات الإجرائية المعنية؛ وهي تشمل القيود الزمنية، التي يسمح ضمنها بالانضمام إلى الإجراءات الجنائية، أو تقييد دعاوى المطالبة بالتعويض برفعها أمام المحكمة الابتدائية فحسب. وفي إحدى الدول، ترفض المحكمة طلب الانضمام إلى الإجراءات القضائية إذا كان من الواضح أنه لا مسوغ له أو أنه قدم بعد فوات الأوان. كما نصت قوانين إحدى الدول على وجود حد أدنى من جسامة الجرم فيما يخص المطالبة بالتعويض.

٢٠- ويسفر هذا النوع من الإجراءات القضائية عن حكم جنائي يبت أيضاً بشأن تدابير الانتصاف المدنية. وفي الحالات النمطية، تخضع الشروط الأساسية للتعويض وطريقة حسابه لقواعد الإجراءات المدنية، في حين تخضع الإدانة للقانون الجنائي. وبالنظر إلى الطبيعة المزدوجة لهذه الإجراءات القانونية، تكون للمحاكم في بعض الدول الصلاحية لمنح التعويض المستمد من غرامة أو من الأموال التي وجدت في حيازة الجاني. وفي الأحوال التي يحكم فيها ببراءة المتهم، تنص التشريعات في بعض الدول على أنه يجوز مع ذلك للمدعي بالحق المدني أن يلتمس الانتصاف في إجراءات مدنية.

٢١- وإلى جانب السماح للضحية بالمشاركة كطرف مدني في الإجراءات الجنائية، تتيح بعض الدول للضحايا أو لممثليهم القانونيين أو للمدعي العام إذا تصرف بناءً على تعليمات الضحية، بتقديم طلب الحصول على تعويض إلى المحكمة الجنائية بعد صدور الإدانة الجنائية وقبل صدور الحكم بالعقوبة، إذا ما ثبت وقوع الضرر أثناء المحاكمة. ومع أن درجة مشاركة الضحايا في هذه السيناريوهات أقل من درجة مشاركة الطرف في إجراءات الدعوى، فإن المحاكم مخولة الصلاحية مع ذلك بأن تمنح تعويضاً عن الأذى أو الضرر أو الخسارة وأن تصدر أمراً بردّ الحقوق في الممتلكات المعنية. وتتيح إحدى الدول للضحايا أن يطلبوا إلى المحكمة التي أدانت أحد الأفراد بموجب حكم نهائي أن تنظر أيضاً في الدعوى المدنية المقامة على الجاني. وفي الدعاوى الجنائية في بعض الدول، فإن المحاكم توافق على مطالبات التعويض بكاملها أو توجه الأشخاص المتضررين إلى تأكيد بقية المطالبات في دعوى مدنية منفصلة بذاتها.

٢٢- وزيادة على ذلك، تستخدم أشكال متنوعة من التسويات في الإجراءات الجنائية للتعويض على الضحايا. فتجيز بعض الدول مباشرة إجراءات مماثلة للتسويات في سياق الإجراءات الجنائية

Jacinta Anyango Oduor and others, *Left out of the Bargain: Settlements in Foreign Bribery Cases and (٧) Implications for Asset Recovery* (Washington D.C., World Bank, 2014), pp. 87-88

من خلال استخدام الاتفاقات على التماس التخفيف من العقوبة، والتي يمكن أن تشمل تعويض الضحايا. ومن السبل الأخرى التي تتبعها الدول لضمان تعويض الضحايا، وبخاصة عندما تكون الدولة هي ضحية، التسويات خارج نطاق المحاكم. وفي إحدى الدول، يجوز للمحكمة أن توغر إلى الطرف المتضرر وإلى المدعى عليه بمحاولة تسوية المنازعة من خلال عملية وساطة.

الإجراءات المدنية

٢٣- تتيح معظم الدول للضحايا استهلال إجراءات مدنية منفصلة للحصول على تعويض عن الأضرار. وقد تستند هذه الإجراءات إلى القوانين التشريعية، ومنها مثلاً قوانين الاشتراء أو قوانين تقديم العطاءات، أو إلى نظريات القانون العام (الأغلوسكسوني)، ومنها مثلاً نظريات قوانين المسؤولية التقصيرية والإهمال والحقوق المدنية، وإلى العقود. ويجوز استهلال إجراءات تلك الدعاوى على نحو مستقل.

٢٤- كما تتيح تشريعات معظم الدول للضحايا الاختيار بين السبل المدنية والجنائية، بل تذهب بعيداً إلى حد النص صراحة على أنه لا يجوز تعليق أي سبيل من سبل الانتصاف المدنية على أي فعل أو إغفال بسبب كون ذلك الفعل أو الإغفال يبلغ حد الجرم. في تلك الولايات القضائية، من الممكن استهلال الإجراءات المدنية في أي وقت، بصرف النظر عن التقدم المحرز في دعوى القضية الجنائية.

٢٥- وتكون الاشتراطات الإثباتية بالنسبة إلى التصرف الأساسي أعلى بصفة عامة في الإجراءات الجنائية. وفي الدعاوى المدنية، يكون على المدعي أن يثبت أنه أصيب بالضرر من جراء تلك الأفعال، ولكن لا يكون عليه بالضرورة أن يثبت ارتكاب الجريمة. ولذلك، ففي بعض الدول إذا كان الدليل الإثباتي في الإجراءات الجنائية غير كاف لمنح التعويض، أو إذا كان من شأن تحصيل ذلك التعويض أن يسبب تأخيراً لا مسوغ له، فإن المحكمة قد تحيل الطرف المتضرر إلى الإجراءات المدنية. وبالإضافة إلى ذلك، فإن لدى بعض الدول تشريعات تنص تحديداً على أن النتائج التي تسفر عنها الإجراءات الجنائية يمكن استخدامها كأدلة إثباتية في الإجراءات المدنية اللاحقة بغية التعجيل بالعملية الإجرائية.

٢٦- وفي بعض الدول، يكون الحق في المطالبة بتعويض في الإجراءات المدنية مشروطاً بنجاح المقاضاة أو بإثبات أن الضرر ناتج عن جرم جنائي. وثمة دول أخرى تختار اتباع النهج العكسي فتتص قوانينها صراحة على أن أوامر التعويض الممنوحة في سياق الإجراءات الجنائية لا يجوز أن تمس أي حق في الانتصاف المدني المتعلق بالحصول على تعويض عن الأضرار، ولكن ينبغي للمحاكم المدنية أن تأخذ في الحسبان مبلغ التعويض الذي أمر من قبل بدفعه في إطار الإجراءات الجنائية.

٢٧- وتتيح علاوة على ذلك بعض الولايات القضائية للأطراف في منازعة مدنية اتخاذ قرار بشأن الحصول على تعويض خارج إطار المحكمة، مما يمكن أن تؤكد بعد ذلك محكمة مدنية. وتباين هذه الإجراءات في طبيعتها. فتتص إحدى الدول على الانتصاف الجماعي عن الأضرار الجماعية وذلك استناداً إلى اتفاق تسوية يُبرم بين رابطة واحدة أو أكثر تمثل مجموعة - أو "فئة" - من الأشخاص الذين يزعمون أن الضرر قد تسبب في وقوعه عليهم طرف واحد أو أكثر من واحد من

الأطراف التي يزعم وقوع تبعة المسؤولية عليها. وعقب إبرام اتفاق تسوية من جانب هذه الأطراف، يجوز لها أن تطلب إلى المحكمة أن تعلن أن التسوية الجماعية ملزمة.

الإجراءات الإدارية

٢٨- علاوة على ذلك، تنص قوانين بعض الدول على سبل إدارية تُتبع بشأن الضحايا الذين انتهكت حقوقهم من جراء أنشطة غير جائزة قانوناً تقوم بها سلطة عمومية. وتتباين الممارسات التي تتبعها الدول في هذا الصدد. فتلتزم السلطة العمومية التي تسببت أنشطتها في الضرر بالتعويض على الشخص المتضرر عن الضرر الذي وقع عليه، وإذا ما تخلفت عن إصدار قرار إداري بالتصرف أو اتخاذ التدابير المناسبة، فتلتزم بالتعويض عن الضرر الذي تسبب في ذلك التخلف عن التصرف. وإلى جانب التعويض المالي، يجوز في إحدى الولايات القضائية للطرف المتضرر أن يطلب إلى السلطة العمومية إزالة العواقب غير الجائزة قانوناً المترتبة على القرار الإداري الملغى أو القرار أو التدبير الإداري المعدل جزئياً.

رابعاً - معايير التعويض

٢٩- لا تحدد الاتفاقية ما هي أنواع الأضرار التي ينبغي التعويض عنها. والأمر متروك للدول الأطراف أن تقرر ما إذا كانت الأضرار المادية وحدها هي التي يمكن التماس التعويض عنها أم أنه يمكن الاعتراف أيضاً بالمطالبات المتعلقة بالأرباح الضائعة والخسائر غير المالية. وعلى نحو مماثل، يتعين على الدول أن تقرر ما إذا كان التعويض عن الأضرار غير المباشرة قابلاً لتحصيله وإلى أي قدر.^(٨)

٣٠- ويبدو أن معظم الدول توافق على منح تعويض عن الأضرار المادية الفعلية والأرباح الضائعة. وتسمح بعض الدول أيضاً صراحة بالحصول على تعويض عن الأضرار الأخرى غير المادية، ومنها مثلاً الأذى المعنوي والمعاونة الجسدية. ويمكن أيضاً منح تعويضات تبعية إذا حدث جرم الفساد أثناء تنفيذ عقد. وفي هذه الحالات، يمكن أن تقرر الدول منح تعويض عن الأضرار التعاقدية الناتجة عن عدم الوفاء بالتزام تعاقدي.^(٩)

العوامل التي تؤخذ في الاعتبار عند منح التعويض

٣١- في معظم الدول، المبدأ الأساسي المطبق في تحديد التعويضات عن الأضرار هو أن الضحية يجب أن يكون أقرب ما يمكن من الوضع الذي كان من شأنه أن يكون فيه لو لم يقع فعل الفاسد والذي تسبب في الضرر.^(١٠) وعند منح التعويض وتحديد مقداره، تضع الدول في الحسبان عوامل شتى. وتشمل هذه العوامل عادة طبيعة الجرم المرتكب ومدى خطورته ودرجة وطبيعة الأذى الواقع على الشخص والضرر المتكبد في الممتلكات. وإضافة إلى ذلك، تظهر العوامل التالية في أحكام التعويض القانونية في بعض الدول: مدى إمكانية توقع حدوث الضرر، والعقبات الموضوعية

(٨) CAC/COSP/WG.2/2014/2، الفقرة ٤٠.

(٩) Brun and others, *Public Wrongs, Private Actions*, p. 90.

(١٠) المرجع نفسه.

التي تحول دون وقوع الضرر؛ والظروف الشخصية للشخص المتأذى؛ ومقدرة الشخص الذي تقع عليه تبعة المسؤولية على دفع تعويض؛ والنفقات التي تكبدها الضحية؛ والأعراف السارية بخصوص التعويض. وفي بعض الدول، يجوز تخفيض حق الضحية في التعويض أو حتى عدم السماح له بالحصول عليه في حالات الإهمال من جانبه.^(١١)

٣٢- وأما حساب التعويضات عن الأضرار فيستند نمطياً إلى قوانين الإجراءات المدنية. وكثيراً ما يعود تحديد مقدار المبلغ الفعلي للتعويض إلى الصلاحية التقديرية لدى المحاكم. وفي بعض الدول، يقرر القانون الحدود العليا للتعويضات - وعلى سبيل المثال، تنص تشريعات إحدى الدول على ألا يتجاوز مقدار التعويض قيمة الموجودات المتحصل عليها عن طريق الفساد. وفي دولة أخرى، ينص القانون صراحةً على تحديد مقدار التعويض وفقاً لقيمة الضرر الواقع أو المعاناة المتكبدة، في تاريخ اليوم الذي ارتكب فيه الجرم أو اليوم الذي صدر فيه القرار القضائي بشأن التعويض، أيهما تكون قيمته أكبر. وتنص قوانين عدة دول أيضاً على تعويضات عينية، ومنها مثلاً إصدار اعتذار علني أو إعلان بشأن المساعدة على استعادة حسن السمعة للضحية؛ ونشر حكم الإدانة كوسيلة لإصلاح الأضرار غير المشمولة بحقوق الملكية؛ ونشر القضية في صحيفة إخبارية.

٣٣- يوضح تقرير مبادرة استرداد الأصول المسروقة (المنهوبة) "ستار"، المعنون *Identification and Quantification of Proceeds of Bribery* بأن عملية حساب التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الفساد مهمة عسيرة بصفة خاصة فيما يتعلق بالأرباح التي لم يتم جنيها من جراء الفساد، وكذلك الأضرار غير المباشرة أو غير المالية التي لا يمكن حسابها فوراً.^(١٢) وعلى سبيل المثال، قد يتعين على المحاكم، في قضايا الرشوة، تقدير الفرق بين سعر ونوعية السلع والخدمات التي يقدمها الراشي والسعر والنوعية مما كان يحق للزبون الحصول عليه لو لم يأخذ وكيله الرشوة.^(١٣) وقد تبيّن مبادرة "ستار" ما يلي:

- في قضايا الرشوة، تعتبر بعض الدول أن الخسارة المتكبدة تعادل قيمة الرشوة. بيد أن ذلك المبلغ قد لا يكون كافياً، لأن الرشوة يمكن أن تكون قد أسفرت عن تقاضي سعر للسلع والخدمات أعلى من قيمتها السوقية، أو يمكن أن تكون قد أتاحت استخدام ممتلكات حكومية أو بيعها بأقل من قيمتها السوقية. وفي المثال على الرشوة في عقود المشاريع الحكومية، يمكن أن تكون أرباح المتعاقد مقياساً غير كافٍ للتعويض عن الأضرار، لأن الخسارة المتكبدة قد تكون أكبر قيمةً. فإذا أثرت الرشوة

(١١) Jean-Pierre Brun and others, *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners* (Washington D.C., 2011), p. 163.

(١٢) منظمه التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي (OECD) ومبادرة استرداد الأصول المسروقة (المنهوبة) (StAR). *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: A Joint OECD-StAR Analysis*, revised ed. (Washington D.C., World Bank, 2012), p. 21.

(١٣) المرجع نفسه، الصفحة ٣٣.

- في نوع المشروع أو حجمه أو الطريقة التي نفذ بها، فينبغي أن تكون التعويضات عن الأضرار أقرب إلى تكلفة المشروع الكلية.^(١٤)
- ينبغي أن تأخذ في الاعتبار أيضاً الأضرار الاجتماعية أو البيئية أو المعنوية أو الواقعة على السمعة الناتجة عن الفساد.^(١٥)
 - قد تستلزم المطالبات بالتعويض حساب إيرادات الفائدة التي اكتسبها الراشي، أو التي خسرها المدعي، على المبالغ الممنوحة تعويضاً عن الأضرار. وعند النظر بعين الاعتبار إلى فترات زمنية مطوّلة، فإن تحديد أسعار الفائدة السارية والفترات التي تحتسب الفوائد على امتدادها سوف تكون ذات أهمية حاسمة.^(١٦)
 - قد تكون التعويضات الجزائية عن الأضرار دافعاً يحفز المدعين الأفراد على اللجوء إلى المحكمة لأن التعويضات التي تُمنح عن الأضرار سوف تكون أكبر بكثير. غير أن بعض الدول تعارض هذا النهج، فتشدد على أن التعويضات عن الأضرار لا ينبغي أن تكون أكبر من الخسارة التي تكبدها الضحية، وأن مضاعفات التعويضات ذات الطبيعة الجزائية لا تتسق مع المبادئ العامة للتعويضات.^(١٧)

من الذي تقع عليه تبعة المسؤولية؟

٣٤- في الأكثرية الكبرى من الدول، فإن الأشخاص الذي تقع عليهم تبعة المسؤولية عن دفع التعويض هم إما الجناة، إذا كانت التعويضات تتناولها القوانين الجنائية، وإما الأشخاص الذين هم مسؤولون في نهاية المطاف عن التسبب في وقوع الضرر، إذا كانت التعويضات تعالجها القوانين المدنية. علماً بأن تبعة المسؤولية الرئيسية تقع عادة على عاتق الكيانات والأفراد الذين يشاركون مباشرة وعن علم في أفعال الفساد؛ غير أن، المحاكم قد تُحمل تبعة المسؤولية أيضاً على من سهلوا اقتراف فعل الفساد أو قد تخلفوا عن القيام بالخطوات المناسبة من أجل منع وقوع فعل الفساد. وقد تكون هذه هي الحالة بالنسبة إلى المحامين أو الوسطاء الذين ساعدوا في أفعال الفساد، أو بالنسبة إلى الشركات الأم أو أصحاب العمل الذين تخلفوا عن ممارسة الرقابة المناسبة على الشركات الفرعية أو العاملين لديهم.^(١٨)

٣٥- وأما بخصوص تبعة المسؤولية على الشخصيات الاعتبارية، فإن عدة دول تسمح بالمطالبة بالتعويض من أصحاب العمل الذين يتبع لهم الأفراد دافعوا الرشوة، وذلك باعتباره شكلاً من أشكال تبعة المسؤولية الثانوية. وفي إحدى الدول، يمكن المطالبة بالتعويض من صاحب العمل الذي يتبع له الشخص المسؤول عن فعل الفساد إذا كان فعل الفساد قد جرى فيما يتعلق بتنفيذ أعمال أو أداء

(١٤) Brun and others, *Public Wrongs, Private Actions*, p. 90, and Brun and others, *Asset Recovery Handbook*, p. 163

(١٥) Brun and others, *Asset Recovery Handbook*, p. 163

(١٦) Brun and others, *Public Wrongs, Private Actions*, p. 95

(١٧) المرجع نفسه، الصفحتان ٩٥ و ٩٦.

(١٨) Brun and others, *Asset Recovery Handbook*, p. 162

مهام وظيفية تخص صاحب العمل، إلا إذا تسنى أن يُثبت صاحب العمل أنه اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة من أجل منع وقوع فساد، وإذا تبين بوضوح بعد إجراء تقييم شامل لظروف القضية أن صاحب العمل لا يُعقل أن يُحمّل المسؤولية. وتقرر دول أخرى تبعة مسؤولية مشتركة على الأفراد من الجناة والمديرين أو الكيانات الاعتبارية التي كان الجناة يقومون بمهام وظيفية أو يؤدون واجبات لصالحها في وقت ارتكاب الجريمة. وعلى نحو مماثل، في بعض الولايات القضائية، يجوز للطرف المتضرر أن يرفع دعوى على الدولة التي وقع فيها الضرر بسبب فعل قام به موظف عمومي أثناء ممارسة وظيفته الإدارية العمومية، باعتبار ذلك شكلاً من أشكال تبعة المسؤولية الثانوية.

٣٦- ولا بد من إثبات عناصر المسؤولية، من قبيل السببية ومدى الضرر الذي وقع على المدعي بسبب فعل فساد ("ضرر نتيجة لـ")، وذلك وفقاً لمبادئ القانون الداخلي لكل دولة، التي تحكم العلاقة السببية ومقدار التعويض الواجب. وإن عدم وجود تفاعل شخصي بين الجاني والضحية، أو عدم إدراك الجاني للضرر المعين الذي لحق بمصالح شخص ضحية معين، لا ينبغي أن يصلح استخدامها كدفاع ولا أن يُعتبر عقبة قانونية بالنسبة إلى من تكبدوا الضرر ويسعون إلى المطالبة بالتعويض.^(١٩)

٣٧- وأما فيما يخص مسألة عبء الإثبات، فإن الضحية هو الذي يتعين عليه عادة أن يثبت، بناءً على قاعدة الأخذ بأرجح الاحتمالات، وقوع الإخلال بالواجب ووقوع الضرر، وكذلك الصلة السببية بين جرم الفساد المرتكب والضرر الواقع.^(٢٠)

إنفاذ الأحكام الصادرة بشأن التعويض

٣٨- يُسَدّد التعويض في أكثر الحالات الشائعة من الموجودات التي يملكها الجناة، وإن كانت لدى بعض الدول مخططات تعويض قائمة تمولّها الدولة.

٣٩- ووضعت بعض الدول تدابير مؤقتة لضمان أن تظل التعويضات متاحة للضحايا بعد صدور الحكم النهائي. ففي إحدى الدول، يمكن للمحكمة أن تعزو مقدراً مؤقتاً للتعويض قبل صدور الحكم النهائي. وعلى نحو مماثل، يجوز للمحكمة في دولة أخرى أن تتخذ تدابير مؤقتة لضمان المطالبة بالتعويض. وأشارت إحدى الدول إلى أنها تسعى إلى استخدام الممتلكات المصادرة بغية تحسين بعض الأضرار الناجمة عن السلوك الإجرامي.

٤٠- وفي بعض الدول، يجب على الأشخاص الذين تقع عليه تبعة المسؤولية عن دفع التعويض سداد الفائدة أيضاً بالمعدل المحدد. وكثيراً ما تحدد المحاكم إطاراً زمنياً لسداد التعويضات. ففي إحدى الدول، إذا لم يسدّد الجاني التعويضات خلال شهر واحد عقب بدء سريان الحكم القضائي، يجوز للمدعي العام أن يصادر موجوداته ويبيعها بالمراد لتغطية مبلغ التعويضات. وفي عدة دول، تكون للتعويضات الأولوية على غيرها من الغرامات التي يُؤمر بها أثناء إجراءات المحكمة.

٤١- ويجوز للمحاكم أيضاً وضع تدابير لضمان دفع التعويضات. وفي إحدى الدول، تضع المحاكم في اعتبارها المقدرة المالية للجاني وذلك لغرض تحديد وقت السداد وطريقته. ويجوز

(١٩) *State of Implementation of the United Nations Convention against Corruption*, p. 160

(٢٠) *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*, p. 21

للمحاكم، في دولة أخرى، أن تأمر بدفع التعويضات على دفعات محددة. وإذا لم يسدد الجاني المبلغ في الموعد المحدد، يمكن للضحايا رفع دعوى مدنية لاسترداد المبلغ الكامل.

خامساً - التوصيات الصادرة واحتياجات المساعدة التقنية والممارسات الجيدة المستبانة أثناء استعراض التنفيذ

٤٢ - أُصدرت توصيات إلى عدد قليل من الدول بغية التصدي للتحديات التي تواجهه في سياق التنفيذ الفعال للمادة ٣٥ من الاتفاقية. وكانت أشيع التحديات المواجهة محدودية الموارد وعدم ملاءمة التدابير المعيارية، التي لا تتيح، أو لا تضمن، سداد التعويضات عن الأضرار المتكبدة من جرأ الفساد. وإضافةً إلى ذلك، استبان عدة دول احتياجاتها إلى المساعدة التقنية، بما في ذلك الاحتياجات إلى إعداد ملخص عن الممارسات الجيدة والدروس المستفادة من جانب الدول الأطراف في الاتفاقية؛ والمساعدة الموقعية من جانب خبراء في مكافحة الفساد؛ وتقديم الدعم من أجل وضع خطة عمل للتنفيذ؛ وإسداء المشورة القانونية؛ وتقديم الدعم من أجل إذكاء الوعي من خلال التدريب المتخصص للقضاة والمدعين العامين؛ والمساعدة في مجال بناء القدرات.

٤٣ - وأثناء عملية الاستعراض، استبينت في عدة دول ممارسات جيدة فيما يتعلق بالتعويض عن الأضرار. وتلك الممارسات الجيدة تخص بصفة أساسية السبل القانونية لالتماس التعويض أو التحديد الكمي لمقدار التعويض. ففي إحدى الدول، اعتبرت المجموعة الواسعة من الخيارات المتنوعة لالتماس التعويض بمقتضى التشريعات الوطنية ممارسةً جيدة لأنها تتيح للدولة والأفراد والكيانات الخصوصية التماس جبر الضرر الذي يقع عليهم من جرأ فعل من أفعال فساد. وفي دولة أخرى، تستطيع المنظمات غير الحكومية الناشطة في مجال منع الفساد أن ترفع دعوى مدنية في إطار الإجراءات القانونية الجنائية بالنيابة عن الضحايا. وقد شجعت هذه الآلية لأنها تزيد من دور المجتمع المدني ومشاركته في الإجراءات القانونية الداخلية. وفي دولة أخرى أيضاً، نُوه بأن إمكانية الحجز على الموجودات في مرحلة ما قبل المحاكمة كوسيلة لتأمين تلك الموجودات بغية التعويض على الضحايا هي ممارسة جيدة.

٤٤ - وإلى جانب نتائج الاستعراض، يمكن الاستشهاد بممارسات أخرى باعتبارها أمثلة جيدة على التنفيذ الفعال. ففي بعض الدول، تشمل أيضاً أوامر دفع التعويض الفائدة الضائعة، مما يتيح حماية الضحايا وجبر الضرر على نطاق أوسع. كما يبدو أن الإجراءات المتبعة التي تتوخى دفع التعويض من الغرامات المفروضة تعد أيضاً طريقة جيدة لضمان تلقي الضحايا التعويض. وعلاوة على ذلك، فإن استخدام نتائج الإجراءات القانونية الجنائية كأدلة إثباتية في دعاوى المطالبات المدنية يمكن أن يزيد من تيسير التعويض على الضحايا. كذلك يمكن أن يعتبر وضع مخططات أو إنشاء صناديق للتعويض على الضحايا ممارسة جيدة.

سادساً - مقدمة لمسألة التحديات المتعلقة بالأطراف الثالثة وتأثيرها على استرداد الموجودات بمقتضى الفصل الخامس

٤٥ - إن مسألة التحديات المتعلقة بالأطراف الثالثة ذات أهمية في سياق استرداد الموجودات بمقتضى الاتفاقية، لأنها يمكن أن تؤثر في مقدرة الدول الأطراف على استرداد عائدات الفساد، إذ إن الأطراف الثالثة يمكنها هي أيضاً أن تطالب بحق الملكية في الموجودات المسروقة (المنهوبة) من الدول الأطراف الطالبة.

٤٦ - ولسوف تنشأ حتماً مطالبات الأطراف الثالثة في حالات حصر الموجودات وضبطها ومصادرتها. وكثيراً ما تكون للأهداف حوزات معقدة من الموجودات تشمل أطرافاً ثالثة ذات مصالح مشروعة، كالشركاء في الأعمال التجارية والمستثمرين. وقد يكون لدى طرف ثالث مصلحة أو ملكية في أجهزة استخدمت في ارتكاب جرم، ولكنه لا يعلم باستخداماتها غير المشروعة.^(٢١)

٤٧ - ومع أن الاتفاقية تحمي الأطراف حسنة النية التي لم تستطع أن تعلم، ولم تعلم بالمنشأ غير المشروع للموجودات في الوقت الذي كانت فيه تكتسب حقوق الملكية فيها، يمكن أيضاً أن يكون هناك أطراف ثالثة سيئة النية اكتسبت عن علم أو عن إهمال ممتلكات تمثل عائدات فساد. وفي الممارسة العملية، يمكن أيضاً أن تسيء الأطراف الثالثة السيئة النية استغلال الحماية الممنوحة عادة للأطراف الثالثة الحسنة النية. ولذلك، فإن الدول الأطراف قد تود النظر في نوع التدابير السياسية والممارسات الجيدة الموجود والذي يمكن استخدامه بغية التمييز بوضوح بين الأطراف الثالثة الحسنة النية والأطراف الثالثة السيئة النية والكيفية التي يمكن بها استرداد عائدات الفساد في الأحوال التي تنشأ فيها مطالبات موازية من هذا القبيل.

سابعاً - الأطراف الثالثة الحسنة النية وحماية حقوقها بمقتضى الاتفاقية

٤٨ - يشكل نظام المصادرة عن قصد تدخلاً في المصالح الاقتصادية للأفراد. ولهذا السبب، تقتضي الاتفاقية بالحرص على أن يحافظ النظام الذي تضعه الدول الأطراف على حقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية التي قد تكون لها مصلحة في الممتلكات المعنية.^(٢٢)

٤٩ - ويمكن أن يكون هناك تعاريف مختلفة للمصطلح "الطرف الثالث الحسنة النية"، ولكن حسبما لوحظ في الدليل التشريعي، ينبغي أن يشمل ذلك، على الأقل، أولئك الذين لا علم لهم بالجرم أو لا صلة لهم بالجاني أو الجناة.^(٢٣)

٥٠ - وتشير الاتفاقية إلى حقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية في عدة أحكام ذات أهمية لإجراءات استرداد الموجودات أو مصادرتها. وتشمل تلك الأحكام الفقرة ٩ من المادة ٣١؛

(٢١) Brun and others, *Asset Recovery Handbook*, p. 87

(٢٢) مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، الطبعة الثانية المنقحة (فيينا، ٢٠١٢)، الفقرة ٤٢٤.

(٢٣) المرجع نفسه، الفقرة ٤٢٣.

والفقرة ٣ (ب) والفقرة ٩ من المادة ٥٥؛ والفقرة ٢ من المادة ٥٧. وجميع هذه الأحكام ذات ارتباط جوهري وذات صلة وثيقة بعملية استرداد الموجودات.

٥١- وتستلزم الفقرة ٩ من المادة ٣١ من الدول الأطراف عدم تأويل أيٍّ من أحكام تلك المادة بشأن الحجز والمصادرة على الصعيد الداخلي بما يمس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية.

٥٢- وتنص الفقرة ٣ (ب) من المادة ٥٥ على أن يتضمن أي طلب لإنفاذ مفعول أمر بالمصادرة صادر عن محكمة في إقليم الدولة الطرف الطالبة جملة أمور ومنها بيان يحدد التدابير التي اتخذتها الدولة الطرف الطالبة لتوجيه إشعار مناسب إلى الأطراف الثالثة الحسنة النية، ولضمان مراعاة الأصول القانونية في الإجراءات. والمادة نفسها تسلط الضوء إضافة إلى ذلك في الفقرة ٩ منها على عدم جواز تأويل أحكامها بما يمس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية.

٥٣- وأخيراً، تنص الفقرة ٢ من المادة ٥٧ على أن التدابير التي تعتمدتها كل دولة طرف لتمكين سلطاتها من إرجاع الممتلكات المصادرة، عندما تتخذ إجراءً ما بناءً على طلب دولة طرف أخرى، وفقاً لأحكام الاتفاقية، يجب أن تراعي حقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية.

٥٤- غير أن الاتفاقية لا تحدد ما هو مدى تزويد الأطراف الثالثة بسبل الانتصاف القانونية الفعالة التي تتبع بغية الحفاظ على حقوقها.

٥٥- وحسبما لوحظ في الدراسة عن "حالة تنفيذ الاتفاقية"،^(٢٤) في سياق دورة الاستعراض الأولى، استُبين العديد من التحديات لدى تمحيص مسألة حقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية. وقد سلط الضوء في هذا الصدد، على الأمثلة التالية على تدابير التنفيذ، التي اعتمدها الدول الأطراف بدرجات متفاوتة:

(أ) النص في التشريعات ذات الصلة على أنه لا تجوز مصادرة أداة الجريمة أو ممتلكات أخرى إذا كانت عائدة إلى طرف ثالث إلا إذا كانت قد نُقلت إليه بعد ارتكاب الجريمة، وإذا كان يعرف، أو كان لديه سبب وجيه للاعتقاد، بأن الشيء أو الممتلكات مرتبطة بجريمة ما، أو إذا كان قد تلقاها كهدية أو بالمجان؛

(ب) إخطار الأطراف الثالثة المهتمة بالإجراءات التي قد تؤثر على حقوقهم في الملكية أو التعريف على نطاق واسع بهذه الإجراءات؛

(ج) السماح للأطراف الثالثة بالتقدم بطلب كي تُستثنى ممتلكاتهم المكتسبة بصورة مشروعة من التقييد أو المصادرة، والطعن في أمر التجميد أو المصادرة، وكذلك رفع دعوى مدنية للاعتراض على الأمر بالمصادرة؛

(د) في حالة مصادرة الممتلكات المتحصّل عليها بصورة مشروعة، تمكين الطرف المعني من تقديم طلب تعويض يصل إلى قيمة الممتلكات المكتسبة بصورة مشروعة؛

(٢٤) "حالة تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد"، الصفحة ١٤١.

(هـ) مراعاة المطالبات المحتملة للضحايا أو المدَّعين بالحق المدني في تحديد مدى تدابير المصادرة والتصرف في الموجودات المصادرة؛

(و) تمكين المحكمة، إذا توفِّي المتهم أو المشتبه فيه قبل انتهاء التحقيق أو المحاكمة، من مواصلة الإجراءات المدنية لضمان إعادة الموجودات إلى الأطراف الثالثة الحسنة النية.

٥٦- وتضمنت الردود على طلبات المعلومات الواردة من الدول الأطراف هوجا مماثلة تتبع في الحماية التشريعية للأطراف الثالثة الحسنة النية.

٥٧- وبالنسبة إلى المستلزمات الإجرائية لاسترداد الموجودات بموجب الاتفاقية، فإن أحد العناصر الأساسية هو المقدرة على أن يبين بوضوح أن الأطراف الثالثة الحسنة النية قد وُجِه إليها إخطار واف بالغرض. وإذا لم يتم توجيه ذلك الإخطار، فإن الدولة الطرف الطالبة قد تواجه صعوبات في إنفاذ أمر المصادرة الداخلي الصادر عنها في دولة طرف أخرى وفقاً لأحكام الاتفاقية (انظر الفقرة ٣ (ب) من المادة ٥٥).

٥٨- وفي هذا الصدد، سلَّط الضوء أيضاً في الدراسة المعدَّة عن "حالة تنفيذ الاتفاقية" على أنه ينبغي للدول أن تضمن على وجه الخصوص، ألا تكون الأطر الزمنية للطعن في مصالح الأطراف الثالثة أو تأكيدها في إجراءات المصادرة مفرطة في التقييد وألا تمس بممارسة تلك الحقوق.^(٢٥)

٥٩- وفي الممارسة المتبعة داخلياً بخصوص الإخطارات، فإن الدول إما تُعلم مباشرة الأطراف المهتمة عن إجراءات المصادرة إذا ما كانت معلومة، وإما تحرص على أن تتاح علناً تلك المعلومات، بوسائل عدَّة ومنها وسائط التواصل الاجتماعي.

الصعوبات العملية في استرداد الموجودات ومصادرتها

٦٠- قد تواجه الدول الأطراف صعوبات في استرداد الموجودات عندما تكون موجودات معينة في حيازة طرف ثالث استطاع أن يثبت وضعه بوصفه طرفاً حسن النية.

٦١- ومن الناحية العملية، ينبغي للاختصاصيين الممارسين، في سياق إجراءات التقييد والمصادرة، أن يكونوا منفتحين على البيانات المقدمة من أطراف ثالثة، وينبغي لهم، حيثما يكون جائزاً، أن يوافقوا على تغيير أمر التقييد أو الإفراج عن الموجودات أو الأدوات المحتازة على نحو مشروع. وينبغي للدول الأطراف أيضاً أن تدرك، أنه تبعاً لقوانين الولاية القضائية المعنية والملابسات القضائية، قد يكون هناك مخاطر في أن يتعين على الحكومة أن تدفع تعويضات عن الأضرار إذا ما أخفق أمر المصادرة، وإذا ما أُثبت تكبُّد خسارة ما (في قيمة الممتلكات أو في إيراداتها)، وإذا ما كان على مدير الممتلكات أن يفرج على الموجودات لصالح طرف ثالث.^(٢٦)

٦٢- وفي تلك الحالات، فإن من المهم أن يكون بمقدور كل من الدولة الطالبة والدولة المتلقية للطلب أن تصادر لا العائدات الفعلية المتأتية من جرائم الفساد بوصفها أغراضاً محددة فقط، بل

(٢٥) المرجع نفسه، الصفحة ١٤١.

(٢٦) Brun and others, *Asset Recovery Handbook*, p. 88.

كذلك القيمة المقابلة لتلك العائدات. وحيثما تستخدم هذه الطريقة في "مصادرة القيمة"، قد يكون من الممكن استهداف موجودات أخرى لمرتكب الذنب وليس الأغراض المحددة فقط التي وصلت إلى حيازة طرف ثالث.

٦٣- ولكن وفقاً للدراسة المعدة عن "حالة تنفيذ الاتفاقية"، لا يبدو، في عدد كبير من البلدان، أن مصادرة الممتلكات بقيمة تعادل قيمة عائدات الجريمة ذات الصلة بالفساد مشمولة، أو لا تكون مشمولة سوى فيما يتعلق بجرائم محددة (وخصوصاً غسل الأموال). وفي بعض تلك الحالات، تكون القوانين الوطنية قائمة على مبدأ المصادرة المادية (للأغراض) ولا تعترف بالمصادرة القائمة على القيمة. ونتيجة لذلك، لا يوجد سبيل فوري متاح للاتصاف، إذا كانت الأموال بعينها قد أنفقت أو لا يمكن تعقبها. وبالإضافة إلى ذلك، تنشأ صعوبات حينما تكون العائدات قد نُقلت إلى أطراف ثالثة حسنة النية. وبناءً على ذلك، قدمت توصيات من أجل معالجة هذه المسألة.^(٢٧)

ثامناً - المسائل المرتبطة بالأطراف السيئة النية والحلول الممكنة لمعالجتها

٦٤- في حين أن الاتفاقية لا تنص، على النحو المبين بوضوح أعلاه، على حماية حقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية، فإن الممارسة التي يتبعها الشخص المشتبه فيه أو المتهم لنقل ملكية الممتلكات إلى طرف ثالث على علم بالموضوع بغية اجتناب المصادرة تعد ممارسة شائعة وبتزايد انتشارها على نطاق واسع.^(٢٨)

٦٥- وفي كثير من الأحيان، يكون بمسئطاع الأطراف الثالثة السيئة النية تحدي المصادرة وإعادة الموجودات إلى مالكيها الشرعيين، بما في ذلك الدول. ولن تكون المصادرة من هؤلاء الأطراف الثالثة ممكنة إلا حين إثبات صفة حسن النية.

٦٦- وقد تتباين الخطوات الإجرائية لتأكيد مصالح الأطراف الثالثة. وعموماً، فيما يخص المصادرة الجنائية، يجب إنجاز الإجراءات الجنائية للدعوى التي تعالج الجرم الذي تقوم عليه القضية، ويجب إصدار الأمر بمصادرة مصلحة المدعى عليه قبل الاستماع لدعاوى الأطراف الثالثة بشأن مصالحها في المحكمة. وتتميز بعض الولايات القضائية المثول في المحكمة قبل صدور الحكم للأطراف الثالثة التي تستطيع تأكيد دفع محدود، ومن ذلك مثلاً بأن التقييد المؤقت يسبب مشقة شديدة أو بأن الموجودات المتأتية من مصدر مشروع ويحتاج إليها من أجل نفقات المعيشة.^(٢٩)

٦٧- ونمطياً، يجب على الطرف المعني أن يثبت أن لديه مصلحة قابلة للاعتراف بها قانونياً في الموجودات وأنه إما (أ) المصلحة قد تم الحصول عليها قبل ارتكاب الجرم الجنائي وأن الطرف لم يكن لديه سبب يدعو إلى الاعتقاد بأن الموجودات كانت مشمولة في الجريمة الأساسية؛

(٢٧) "حالة تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد"، الصفحة ١٢٨.

(٢٨) التوجيه الإداري رقم 2014/42/EU الصادر عن البرلمان الأوروبي ومجلس أوروبا في ٣ نيسان/أبريل ٢٠١٤ بشأن تجميد ومصادرة الأدوات والعائدات الخاصة بالجريمة في الاتحاد الأوروبي (Official Journal of the European Union, L 127/39 of 29 April 2014).

(٢٩) Brun and others, *Asset Recovery Handbook*, pp. 118-119.

وإما (ب) المصلحة في الموجودات نشأت بعد ارتكاب النشاط الإجرامي وأن ذلك الطرف هو مشترٍ حسن النية فيما يخص قيمة الموجودات.

٦٨- وهذه المذكرة تدرس فيما يلي أدناه بعض النهج المتبعة في مواجهة التحديات المرتبطة بالأطراف الثالثة السيئة النية.

٦٩- وقد عُولجت مشكلة الأطراف الثالثة السيئة النية في التوجيه الإداري 2014/42/EU الصادر عن البرلمان الأوروبي ومجلس أوروبا في ٣ نيسان/أبريل ٢٠١٤ بشأن تجميد ومصادرة أدوات وعائدات الجريمة في الاتحاد الأوروبي.

٧٠- واستناداً إلى الفقرة ١ من المادة ٦ من التوجيه الإداري، يتعين على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي أن تتخذ التدابير اللازمة للتمكين من مصادرة العائدات أو غيرها من الممتلكات التي تقابل قيمتها تلك العائدات، التي نقلها، على نحو مباشر أو غير مباشر، شخص مشتبه به أو متهم إلى أطراف ثالثة، أو التي احتازتها أطراف ثالثة من شخص مشتبه فيه أو متهم، وذلك على الأقل إذا ما كانت تلك الأطراف الثالثة على علم، أو كان يجدر بها أن تكون على علم، بأن الغرض من النقل أو الاحتياز تم لاجتناب المصادرة، على أساس وقائع وملابسات ملموسة، بما في ذلك أن النقل أو الاحتياز جرى مجاناً أو مقابل مبلغ أقل بكثير من القيمة في السوق. كما تنص الفقرة ٢ من المادة ٦ على أن حقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية لن تمس بها الفقرة ١ من المادة نفسها.

٧١- وإضافة إلى ذلك، توضح الحثيثة رقم ٢٤ الخاصة بالتوجيه الإداري المذكور أن تشريعات الاتحاد الأوروبي قبل اعتماد ذلك الصك لم تكن تتضمن قواعد ملزمة بشأن مصادرة الممتلكات التي نقلتها أو احتازتها أطراف ثالثة. وتوضح أيضاً أن المادة ٦ تشمل الأحوال التي ارتكبت فيها الجريمة الجنائية بالنيابة عن أطراف ثالثة أو لصالحها، والحالات التي لا يكون فيها لدى الشخص المتهم ممتلكات يمكن مصادرتها. كما إنها تسلط الضوء على أن القواعد بشأن مصادرة ممتلكات الطرف الثالث ينبغي أن يتسع نطاقها ليشمل الشخصيات الطبيعية والاعتبارية على حد سواء.

٧٢- وحسبما يمكن أن يُرى مما ورد أعلاه، تحتوي المادة ٦ من التوجيه الإداري الأوروبي 2014/42/EU على عناصر معينة ينبغي استخدامها كمعايير بشأن استبانة ماهية الطرف الثالث السيئ النية. وتشمل تلك العناصر: نقل العائدات المباشر أو غير المباشر من جانب شخص مشتبه فيه أو متهم من قبل إلى أطراف ثالثة؛ احتياز تلك العائدات من جانب أطراف ثالثة من شخص مشتبه فيه أو متهم، والعلم الفعلي أو افتراض العلم ("كان لا بد أن يعلم")، بأن الغرض من النقل أو الاحتياز كان لاجتناب المصادرة.

٧٣- ويجب أن يبين العلم، أو افتراض العلم، على أساس وقائع وملابسات ملموسة، بما في ذلك أن النقل أو الاحتياز قد أُجرى مجاناً أو مقابل مبلغ أقل بقدر كبير من القيمة السوقية.

٧٤- ويبدو أن هذه الشروط تنشئ افتراضات قابلة للدحض يمكن استخدامها لإثبات عدم صحة عمليات النقل أو الاحتياز من جانب أطراف ثالثة سيئة النية. وفي بعض النظم القانونية، حالما يقرر

المدعي العام القابلة للمصادرة، فإن عبء الإثبات ينتقل إلى المدعي المطالب لكي ينشئ دافعاً قابلة للاعتراف بها. ويجب على المدعي المطالب أولاً أن يثبت أن لديه ملكية انتفاعية بالمتلكات.^(٣٠)

٧٥- ولأن الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي مطالبة بأن تضمن مقتضيات التوجيه الإداري في صلب تشريعاتها الداخلية، فقد يكون هناك صيغ متنوعة بشأن كيفية التعبير عن تلك المقتضيات في التشريعات الداخلية.

٧٦- وعلى سبيل المثال، ينص القانون الجنائي في إحدى الدول على أنه في حال عدم وجود ما يثبت العكس، يتعين أن يفترض أن الطرف الثالث كان على علم، أو كان لديه أسباب تدعوه إلى الاشتباه، بأن المتلكات هي عائدات نشاط غير قانوني أو قد نقلت إليه مجاناً أو بثمن أدنى من ثمنها في السوق.

٧٧- وتوجد أمثلة مشابهة في بلدان أخرى. ومن الأمثلة أن أحد القوانين الجنائية ينص على أن تصدر منفعة المتلكات أيضاً من أفراد أسرة الجاني الذي نُقلت إليهم تلك المتلكات، في حال أن تبين بجلاء أنهم لم يقدموا أي تعويض يقابل قيمة منفعة المتلكات المتحصّل عليها، أو من أي أطراف ثالثة ما لم يثبتوا أنهم قدموا تعويضاً مقابلاً عن الغرض أو المتلكات بقيمة تقابل منفعة المتلكات المتحصّل عليها؛ وكذلك يجب أن تصدر من الأطراف الثالثة الأغراض المعلنه بأنها من التراث الثقافي أو النواذر الطبيعية، فضلاً عن تلك الأشياء التي يتعلق بها شخصياً الطرف المتضرر، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت تلك الأغراض والأشياء قد نُقلت إلى الأطراف الثالثة سواء أكان ذلك بتعويض مناسب أم من دونه؛ وإذا لم يكن هناك طرف متضرر، فتصبح من ممتلكات الدولة.

٧٨- وتطبق إحدى الدول ما يسمى "مذهب العلاقة الرجعية". ووفقاً لهذا المذهب، تكون جميع المعاملات بشأن العائدات غير المشروعة باطلة. وينقل هذا المذهب عبء الإثبات إلى الطرف الثالث، الذي يتعين عليه أن يقنع المحكمة بأنه في وقت الشراء على أساس القيمة، كان لديه سبب معقول للاعتقاد بأن المتلكات لم تكن خاضعة للمصادرة (أي لم تمثل عائدات إجرامية) حينذاك.

٧٩- وأشارت تلك الدولة نفسها أيضاً إلى تحدّ عملي بخصوص الأطراف الثالثة في حالة إعادة الموجودات، حاجج فيها الوكيل القانوني بأنه يطالب بأتعاب قانونية مستحقة له من البلد الطالب إعادة الموجودات. إذ كان الوكيل القانوني قد قدم عدة التماسات للاستئناف أدت إلى تأخير إنفاذ أمر نهائي بالمصادرة لأكثر من عامين. وفي هذا الصدد، لعل الدول تود، في لوائحها التنظيمية القانونية الخاصة بالمصادرة وإعادة الموجودات وحقوق الأطراف الثالثة ذات الصلة بذلك، أن تعالج مسألة أتعاب الوكيل القانوني، وبخاصة أتعاب الوكلاء القانونيين (المحامين) في حالات الطوارئ، وهي عبارة عن أتعاب في الحالات التي تتعاقد فيها الحكومات مع وكلاء قانونيين من القطاع الخاص لتمثيلها في مسائل استرداد الموجودات مقابل تلقي الوكلاء القانونيين نسبة مئوية من الأموال التي قد يتم تحصيلها.

(٣٠) Theodore S. Greenberg and others, *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for* (٣٠) *.Non-Conviction Based Asset Forfeiture* (Washington D.C., World Bank, 2009), p. 63

٨٠- وهذه الأمثلة تبين بوضوح النهج التي يمكن اتباعها في معالجة مسألة الأطراف الثالثة السيئة النية. ويحتوي التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي على بعض المعايير المعينة التي قد تتيح نقل عبء الإثبات ليقع على عاتق الأطراف الثالثة فيما يخص وضعها القانوني واستحقاقها في الموجودات في سياق إجراءات المصادرة، في حين أن "مذهب العلاقة الرجعية" يبدو أوسع نطاقاً مع ذلك من خلال إنشاء قرينة قانونية بافتراض كون جميع المعاملات بشأن العائدات غير المشروعة باطلة ما لم يثبت الطرف الثالث عكس ذلك في المحكمة.

٨١- ومن الجائز أيضاً استرعاء انتباه الفريق العامل إلى بعض الاعتبارات العملية الهامة.

نوع الملكية

٨٢- حسبما ذكر أعلاه، فإن من اللازم القيام بالاحتياز أو النقل "مقابل القيمة" لكي يعتبر صالحين ودوناً سوء نية. ولكن في الممارسة العملية، يمكن أن يكون هناك أيضاً أنواع مختلفة من الملكية على الموجودات المتنازع عليها. ويبدو أن الأطراف الثالثة التي لديها مصلحة مباشرة أكثر في الممتلكات، بما في ذلك من خلال الحقوق في الملكية، أو في الاستخدام أو المشاركة، سوف تكون مطالبتهما أفضل من مطالبة الدائنين العامين غير المضمونين.

واجب العناية

٨٣- يمكن أن يكون أحد العناصر الهامة في التوصيف المميز للطرف الثالث السوء النية افتراض وجود العلم بالطبيعة غير المشروعة التي تشوب العائدات أو القصد في اجتناب المصادرة لدى الطرف الثالث. ولذلك فلعل الدول تنظر في تحديد "واجبات العناية" ذات الصلة التي يلزم للأطراف الثالثة أن تمارسها عندما تكون مشمولة في معاملات بشأن الموجودات. كما إن وضع أحكام أكثر تفصيلاً بشأن واجب العناية يمكن أن يعزز الوضوح بشأن أوضاع الأطراف الثالثة.

المصادرة من الشخصيات الاعتبارية

٨٤- لأن المجرمين يمكنهم أيضاً أن ينقلوا الموجودات إلى الشخصيات الاعتبارية لوقايتها من المصادرة، من خلال سبل عدة ومنها بصفة خاصة إقامة شركات أو غير ذلك من البنى التنظيمية، فإن من المهم أن تكون الدول الأطراف قادرة على مصادرة الممتلكات من الشخصيات الاعتبارية كذلك. ومن الناحية النظرية، فإن مجرد كون الموجودات قد نُقلت إلى بنية تنظيمية قانونية أنشأها أحد المجرمين أو خاضعة لسلطة يمكن أن يميز باعتباره مؤشراً على سوء النية، ومن ثم يمكن اعتبار النقل باطلاً.

تاسعاً- الاستنتاجات والمسائل التي تتطلب المزيد من النظر فيها

٨٥- لعلّ الفريق العامل يود أن يستعرض المعلومات الواردة أعلاه التي تحتوي على عدد من الاعتبارات ذات الصلة بمسائل استبانة التحديات الخاصة بالضحايا والأطراف الثالثة والتعويض عليهم وتأثيرها على استرداد الموجودات. بمقتضى الفصل الخامس من الاتفاقية.

٨٦- لعلّ الفريق العامل يود أن يُعلم الأمانة عمماً إذا كانت بعض الاعتبارات المعينة تتطلب تحليلاً ومناقشة على نحو إضافي في اجتماعات الفريق العامل في المستقبل.

٨٧- لعلّ الفريق العامل يود أيضاً أن ينظر في الطلب إلى الأمانة أن تواصل بذل جهودها، رهناً بتوافر الموارد، في جمع المعلومات عن هذه المسائل.
