الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.V/WP.95

الجمعية العامة

Distr.: Limited
30 August 2010
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة التاسعة والثلاثون
فيينا، ٦-١٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠

قانون الإعسار

تفسير وتطبيق مفاهيم مختارة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود فيما يتعلق بمركز المصالح الرئيسية

مذكّرة من الأمانة

المحتويات

		الفقرات	الصفحة
	مقدّمة	١-٤	٢
أولاً-	تفسير وتطبيق المفاهيم المتعلقة بمركز المصالح الرئيسية	٥-٥٠	٣
ألف-	معلومات خلفية	٥-٧	٣
باء-	الإجراءات التي يمكن الاعتراف بها بموجب القانون النموذجي: المادة ٢	٨-٣٨	٤
	١- شرط إعسار المدين	٨-١٢	٤
	٢- عناصر تعريف "الإجراء الأجنبي"	١٣-٣٨	٦
جيم-	التفسير الموحّد والمصدر الدولي - المادة ٨	٣٩-٤٢	١٥
دال-	الاعتراف	٤٣-٥٠	١٦
	١- الاستثناءات المرتكزة على السياسة العامة - المادة ٦	٤٣-٥٠	١٦
	(يتبع في الوثيقة *A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1*)		

130910 V.10-56052 (A)

الرجاء إعادة الاستعمال

مقدِّمة

١- عُرض على اللجنة، في دورتها الثالثة والأربعين في عام ٢٠١٠، مجموعة من الاقتراحات عن الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلا في مجال الإعسار (A/CN.9/WG.V/WP.93 والإضافات Add.1 إلى Add.6 وA/CN.9/582/Add.6). وقد نوقشت تلك الاقتراحات في الدورة الثامنة والثلاثين للفريق العامل الخامس (انظر الوثيقة A/CN.9/691، الفقرات ٩٩-١٠٧) وقدّمت توصية بشأن المواضيع المحتملة إلى اللجنة (A/CN.9/691، الفقرة ١٠٤). وأتاحت وثيقة إضافية (A/CN.9/709)، قدّمت بعد دورة الفريق العامل الخامس تلك، نصوصا إضافية لاقتراح سويسرا الوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

٢- وبعد المناقشة، أقرّت اللجنة توصية الفريق العامل الخامس المتعلقة ببدء أنشطة بشأن موضوعين من مواضيع الإعسار، كلاهما له أهمية في الوقت الراهن وسيكون تحقيق مزيد من المواءمة في النهوج الوطنية بشأن كل منهما مفيدا في توفير اليقين وإمكانية التنبّؤ.

٣- وموضوع هذه المذكّرة هو أول هذين الموضوعين،[(١)] فيما يخص اقتراح الولايات المتحدة، المبيّن في الفقرة ٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1، والمتعلق بتوفير توجيهات بشأن تفسير وتطبيق مفاهيم مختارة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (القانون النموذجي) فيما يتعلق بمفهوم مركز المصالح الرئيسية وإمكانية وضع قانون نموذجي أو أحكام نموذجية بشأن قانون الإعسار تعالج مسائل دولية مختارة، من بينها الولاية القضائية وسبل الوصول إلى المحاكم والاعتراف بالإجراءات، وذلك على نحو لا يحول دون وضع اتفاقية.[(٢)]

٤- وكمسألة أولية، يمكن للفريق العامل أن ينظر، أو يضع في حسبانه على الأقل، الحاجة إلى إيجاد حل للشكل والطريقة التي يمكن أن يعرض بها الجزء الأول من الاقتراح، أي التوجيهات بشأن المسائل المتعلقة بمركز المصالح الرئيسية. والاقتراح (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2، الفقرات ٦٨-٧٠) يدعو الفريق العامل، عند النظر في التساؤلات المطروحة أدناه، إلى سرد المبرّرات السياساتية لأي استنتاجات قد يتوصل إليها ويكون من الممكن أن تشكّل أسس توجيهات تُقدَّم بشأن تفسير القانون النموذجي. ويوضِّح أن المبررات المتعلقة بالسياسة العامة

(1) يجري تناول النقطة الثانية المتعلقة بمسؤولية مديري الشركة ومسؤوليها في مرحلة الإعسار وما قبل الإعسار في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96.

(2) انظر الاقتراح ذا الصلة المقدّم من اتحاد المحامين الدولي، فيما يتعلق بإمكانية وضع اتفاقية، حسبما وردت الإشارة إليه في الوثيقة A/CN.9/686، الفقرات ١٢٧-١٣٠.

يمكن أيضا أن توفّر "سجلاً تاريخياً تشريعياً" مفيداً لفقهاء القانون أو مسؤولي الإعسار يعِينهم على فهم نطاق ومعنى شتى أحكام القانون النموذجي. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في الكيفية التي يمكن بها تحقيق ذلك. ويمكن وضع أنواع مختلفة من الوثائق، حسب مستوى التوجيه الذي يسعى الفريق العامل إلى توفيره، مثل تقديم معلومات وتعليقات، في جانب، وتوصيات، في الجانب الآخر. وربما يتمثل أحد الحلول في وضع وثيقة إعلامية يمكن أن تصحب النص الحالي للقانون النموذجي ودليل اشتراعه (دليل الاشتراع)، في حين أن حلاً آخر يمكن أن يشمل وضع إضافة لدليل الاشتراع نفسه أو تنقيحه.

أولا- تفسير وتطبيق المفاهيم المتعلقة بمركز المصالح الرئيسية

ألف- معلومات خلفية

٥- لقد اعتمد القانون النموذجي حتى الآن نحو ١٩ ولاية قضائية وأُبلغ عن عدد من القضايا التي تفسر مسائل مختلفة ناشئة بموجب القانون النموذجي في سلسلة السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال.[٣]

٦- ويلاحظ اقتراح الولايات المتحدة أنه في معظم إجراءات الاعتراف التي استهلت بموجب قوانين تشترع القانون النموذجي لم يجر نزاع بشأن مكان مركز المصالح الرئيسية للمدين باعتباره، بناء على الافتراض الوارد في المادة ١٦، هو المكتب المسجل للمدين.[٤] غير أن الاقتراح يُلاحظ أيضا أن عددا من قرارات المحاكم قد أثار مسائل يمكن فحصها وإيضاحها. وتشمل هذه المسائل ما يلي: ما هو المطلوب للوفاء بمختلف عناصر التعاريف الواردة في المادة ٢ من القانون النموذجي، وخصوصا "الإجراء الأجنبي" وفقا للفقرة (أ)؛ ونطاق ما هو مطلوب لدحض الافتراض الوارد في الفقرة ٣ من المادة ١٦ استناداً إلى مكان التسجيل (أو التأسيس وفقا لبعض القوانين)؛ ومدى جواز الطعن في قرار دولة معينة بقبول الولاية القضائية للشروع في النظر في قضية إعسار أو الطعن في قرار آخر مشابه؛ وما هي المعايير التي يمكن تطبيقها للإجابة عن تلك الأسئلة. ويرى الاقتراح أن تحقيق التجانس بين تلك المعايير قد يكون عاملاً هاماً في تعزيز إمكانية التنبؤ في هذا المجال القانوني الهام نظراً لأن

(3) السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال، A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/72 و٧٣ و٧٦ و٩٢، متاحة على الإنترنت في الموقع http://www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law.html.

(4) A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2، الفقرة ٧.

من المرجّح أن تكون آراء الهيئة التعاونية التي كان لها سبق التفاوض بشأن القانون النموذجي آراء مقنعة في ولايات قضائية كثيرة.

٧- وتناقش هذه المذكّرة قرارات المحاكم المتعلقة بتفسير وتطبيق مختلف عناصر التعاريف الواردة في المادة ٢ من القانون النموذجي، وذلك من أجل تحسين فهم تأثير المسائل المثارة، وكذلك فهم المجالات التي أثارت حالة من عدم اليقين.

باء- الإجراءات التي يمكن الاعتراف بها بموجب القانون النموذجي: المادة ٢

١- شرط إعسار المدين

٨- في المقام الأول، يمكن ملاحظة أن القانون النموذجي لا يُعرِّف "الإعسار" ولا "إجراءات الإعسار". ورغم أن الفريق العامل قد نظر في إمكانية إدراج تعريفين لهذين المصطلحين في القانون النموذجي، فقد خلص إلى أن ذلك غير ضروري. ولّما كان تركيز القانون النموذجي ينصب على الاعتراف بالإجراءات الأجنبية، فقد اتفق الفريق العامل عموما على أن العمل ينبغي أن يركّز على تحديد السمات التي ينبغي أن يتصف بها إجراء الإعسار لكي يكون جديرا بالاعتراف.(٥)

٩- وبصرف النظر عن عدم إيراد تعريف، يبيِّن النظر في الوثائق التحضيرية(٦) أنه، على الرغم من أن الكثيرين قد سلّموا بأن الولايات القضائية المختلفة قد تكون لها مفاهيم مختلفة لما يقع ضمن نطاق "إجراءات الإعسار"، فقد كان هناك تفاهم عام على أن تلك الإجراءات تتعلق بشكل من أشكال الضائقة المالية أو تتعلق بمدين معسر. ويتجسّد هذا الفهم في دليل الاشتراع. وتبين الفقرة ٥١ أن كلمة "الإعسار"، بالمعنى الوارد في عنوان القانون النموذجي، تشير إلى أنواع مختلفة من الإجراءات الجماعية ضد الدائنين المعسرين. وتذكر الفقرة ٧١ أن تعبير "إجراءات الإعسار" قد يكون له معنى تقني في بعض النظم القانونية، في حين أن ما يقصد به في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢ هو الإشارة عموما إلى شركات تمر بضائقة مالية شديدة.

١٠- ولعلّ الفريق العامل يستذكر أن تعريف "الإعسار" الوارد في دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار (الدليل التشريعي) هو "عندما يكون المدين عاجزا عموما عن

(5) انظر الوثيقة A/CN.9/422، الفقرة ٤٧.

(6) A/CN.9/WG.V/WP.44 و٤٦ و٤٨ وA/CN.9/422 و٤٣٣ و٤٣٥، متاحة على الإنترنت في الموقع http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission/working_groups/5Insolvency.html.

سداد ديونه لدى استحقاقها أو عندما تتجاوز قيمة التزاماته المالية قيمة موجوداته."[٧] ولعلّ الفريق العامل يستذكر أيضا أن الدليل التشريعي يحدد الأهداف الرئيسية لقانون فعّال بشأن الإعسار (الجزء الأول، الفصل الأول، الفقرات ١-١٤ والتوصيات ١-٦)، وكذلك السمات العامة لقانون الإعسار (الجز الأول، الفصل الأول، الفقرات ٢٠-٢٧، والتوصية ٧). وفيما يتعلق ببدء إجراءات الإعسار، تنظر التوصيتان ١٥ و١٦ من الدليل التشريعي إلى الإعسار أو الإعسار الوشيك، على النحو المبيّن آنفا.

١١- ويسلّم القانون النموذجي، فيما يتعلّق ببعض الأغراض، بأنه يجوز بدء إجراءات الإعسار في ظروف معينة يحددها القانون ولا تعني بالضرورة أن المدين معسر حقا. وتذكر الفقرة ١٩٥ من دليل الاشتراع أنه في الولايات القضائية التي يكون فيها الإعسار شرطا لبدء إجراءات الإعسار، تقرّر المادة ٣١، لدى الاعتراف بإجراء رئيسي أجنبي، وجود افتراض قابل للدحض بإعسار المدين فيما يتعلق ببدء إجراء إعسار على الصعيد المحلي. وتلاحظ الفقرة ١٩٤ أن تلك الظروف قد تشمل توقف المدين عن سداد ديونه أو إتيان المدين بتصرفات معينة مثل اتخاذه قرارا يخص الشركة أو تبديده لأصوله أو هجرانه لمنشأته.

١٢- وقد أثارت إحدى القضايا المنطوية على الاعتراف بإجراءات أجنبية بموجب تشريع مستند إلى القانون النموذجي مسألة تتعلق بإعسار المدين. ففي قضية "بيتكورب" (*Betcorp*)،[٨] كان الإجراء الذي التمس الاعتراف به في الولايات المتحدة هو إجراء تصفية طوعي قام به أعضاء الشركة، وشُرع فيه بمقتضى قانون أسترالي، في حين أن المدين لم يكن معسرا.[٩] ولاحظت محكمة "بيتكورب" أن الجزء ذا الصلة من القانون الأسترالي[١٠] يشمل

(7) الدليل التشريعي، مسرد المصطلحات، الفقرة (ق).

(8) ترد في نهاية هذه المذكّرة الصيغ المختصرة للإحالة إلى القضايا. وترد في المرفق البيانات المرجعية الكاملة لتلك القضايا.

(9) عند تأسيس شركة "بيتكورب" في عام ١٩٩٨، لم تكن تعمل إلا في أستراليا، ولكنها قامت لاحقا بتوسيع أعمالها لتشمل تقديم خدمات قمار على الإنترنت في الولايات المتحدة. وقد أنهي هذا الجزء الرئيسي من أعمالها لدى إجازة قانون مكافحة القمار غير المشروع على الإنترنت (٢٠٠٦)، الذي حظر القمار على الإنترنت في الولايات المتحدة. وأوقفت الشركة أعمالها في الولايات المتحدة، ثم أوقفت جميع أعمالها بُعيد ذلك. في اجتماع عُقد في أيلول/سبتمبر ٢٠٠٧، صوّت حملة الأسهم بأغلبية ساحقة على إخضاع الشركة للتصفية الطوعية. ووفقا للأدلة المقدمة، فقد كانت الشركة موسرة.

(10) قانون الشركات الأسترالي لسنة ٢٠٠١ (Cth) - بينما يتناول الفصل 5 من القانون الإدارة الخارجية، استُهلت الإجراءات ذات الصلة في قضية "بيتكورب" بموجب الجزء 5.5، الذي يتناول التصفية الطوعية عملا بقرار اتخذته الشركة، حيث يشترط أن تكون الشركة موسرة.

عددا من الإجراءات المختلفة التي تستخدم لإنهاء وجود شركة ما، وأن تلك الإجراءات لا تتطلب جميعها إشرافا قضائيا؛ وأن القانون يتناول تصفية الشركات بناء على إعسارها، ويشمل كذلك أسبابا للتصفية خلاف الإعسار. ورأت المحكمة أن العنصر من التعريف الوارد في الفقرة (أ) من المادة ٢، "عملا بقانون يتصل بالإعسار"، لا يشترط أن تكون الشركة معسرة أو تتوخّى استخدام أي حكم من أحكام القانون الأسترالي لتسوية ديونها.(١١)

٢- عناصر تعريف "الإجراء الأجنبي"

١٣- لكي يُعترف بإجراء أجنبي، بموجب القانون النموذجي، يجب أن يقع الإجراء ضمن نطاق التعريف الوارد في الفقرة (أ) من المادة ٢، والذي يشمل عدة عناصر. فالإجراء ينبغي (التوكيد مضاف):

'١' أن يكون قضائيا أو إداريا جماعيا في دولة أجنبية، بما في ذلك أي إجراء مؤقت،

'٢' أن يُتخّذ عملاً بقانون يتصل بالإعسار،

'٣' أن تخضع فيه أموال المدين وشؤونه لمراقبة أو إشراف محكمة أجنبية،

'٤' أن يكون لغرض إعادة التنظيم أو التصفية.

١٤- وتنشئ الفقرة (١) من المادة ١٦ افتراضا يتعلق بتعريفي "الإجراء الأجنبي" و"الممثل الأجنبي" الواردين في المادة ٢. فإذا كان قرار بدء الإجراءات الأجنبية وتعيين الممثل الأجنبي يبينان أن الإجراء الأجنبي هو إجراء يشمله معنى التعريف الوارد في الفقرة (أ) من المادة ٢ وأن الممثل الأجنبي هو شخص أو هيئة طبقا للمعنى الوارد في الفقرة (د) من المادة ٢، حقَّ للمحكمة أن تفترض ذلك.

١٥- وقد استندت المحاكم إلى هذا الافتراض في عدة قضايا. ففي قضية "إرنست آند يونغ" (*Ernst & Young*)، جرى الاعتراف في الولايات المتحدة بأمر صادر من محكمة كندية بتعيين حارس قضائي باعتباره إجراءً أجنبياً بموجب الفصل ١٥. ورغم أن طابع الحراسة

(11) *Betcorp*، الصفحة ٢٨٢، انظر أدناه، الفقرة ٢٨. من الجدير بالذكر أن تعريف الإجراء الأجنبي الوارد في الفصل ١٥ من قانون الولايات المتحدة للإفلاس (الذي يشترع القانون النموذجي في الولايات المتحدة) يشمل، إضافة إلى العبارة "يتصل بقانون الإعسار"، العبارة "أو تسوية الديون".

القضائية الكندية قد كان محلّ تساؤل، لم تنظر المحكمة في الولايات المتحدة في المسألة، مستندة بدلا من ذلك إلى مضمون الأمر الكندي بتعيين حارس قضائي.[١٢]

١٦- وفي قضية شركة "إنو١ كند١" (*Innua Canada*)، اعترفت محكمة الولايات المتحدة أيضا بأن الحراسة القضائية الكندية تعدّ إجراءً أجنبياً. واستند الاعتراف إلى أن المحكمة الكندية قد عينت الحارس القضائي معلنة، في أمرها، أن الحارس القضائي هو الممثل الأجنبي لإجراء أجنبي وأذنت تحديدا للحارس القضائي بأن يلتمس الاعتراف في الولايات المتحدة بموجب الفصل ١٥. ورأت محكمة الولايات المتحدة أنها تتمتّع من ثمّ بالحق في تطبيق الافتراض الوارد في الفقرة ١ من المادة ١٦ من القانون النموذجي.[١٣]

١٧- وتثير القضايا التي تناولت المادة ٢ أحيانا أسئلة لا تتعلق إلا بعنصر أو عنصرين من العناصر المطلوبة. وتناقش هذه المذكّرة كل عنصر منها على حدة، رغم أنه ينبغي أن يلاحظ، مثلما ذكرت محكمة الاستئناف الإنكليزية في قضية مصرف ستانفورد الدولي (*Stanford International Bank*)، أنه في حين أن كل عامل من العوامل التي سبق ذكرها ينبغي أخذه في الاعتبار، فيجب أن يقرأ التعريف كاملا.[١٤]

(أ) إجراء جماعي

١٨- يلاحظ دليل الاشتراع اشتراط مشاركة الدائنين جماعيا في الإجراء الأجنبي،[١٥] لا أن يكون الإجراء مصاغا لكي يساعد دائنا بعينه على الحصول على السداد. ويلاحظ أيضا أن طائفة متنوعة من الإجراءات الجماعية من شأنها أن تصبح جديرة بالاعتراف، "إلزامية كانت أم طوعية، وخاصة بالشركات أو بالأفراد، ومتعلقة بالتصفية أو بإعادة التنظيم"، وهي تشمل أيضا الإجراءات التي يحتفظ فيها المدين بقدر من المراقبة على أصوله المالية، حتى وإن كان ذلك بإشراف من المحكمة (مثل المدين المتملك، تعليق المدفوعات).[١٦] وعندما ناقش الفريق العامل التعريف، لوحظ أن "الطابع الجماعي ينطوي على تمثيل جل الدائنين".[١٧] ولعلّ الفريق العامل يستذكر أن الدليل التشريعي يحدّد أهدافاً رئيسية مختلفة

(12) *Ernst & Young*، الصفحة ٧٧٦.

(13) *Re Innua Canada Ltd*، ورد ذكرها في قضية *Stanford international Bank*، الفقرة ٨٠.

(14) *Stanford International Bank* (لدى الاستئناف)، الفقرة ٢٣.

(15) دليل الاشتراع، الفقرة ٢٣.

(16) المرجع نفسه، الفقرة ٢٤.

(17) A/CN.9/WP.422، الفقرة ٤٨.

لقانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار، يتوسع عدد منها في تناول الطابع الجماعي لإجراءات الإعسار.[١٨] وقد أثير الطابع الجماعي لأنواع مختلفة من الإجراءات في عدة قضايا تتعلق بطلبات لالتماس الاعتراف بإجراءات أجنبية بموجب تشريعات تستند إلى القانون النموذجي في دول مختلفة.

١٩- ففي قضية "بيتكورب"، منح الاعتراف في الولايات المتحدة لإجراء إداري بُدئ بموجب قانون أسترالي استنادا إلى أن الإجراء يستوفي العنصر الإلزامي للإجراء "الجماعي" بموجب القانون النموذجي لأنه نظر في حقوق جميع الدائنين والتزاماتهم وتم فيه تسييل الموجودات لصالح الدائنين كافة. ولاحظت محكمة الولايات المتحدة أن تلك النتيجة تخالف، على سبيل المثال، انتصافا بالحراسة القضائية يُطرح بناء على طلب دائن وحيد ولمصلحته وحده.[١٩]

٢٠- وفي قضية مصرف ستانفورد الدولي، وبناء على طلب للاعتراف قدّم بموجب تشريع يطبق القانون النموذجي في إنكلترا، قرّرت المحكمة الإنكليزية أن أمر الحراسة القضائية الصادر من محكمة في الولايات المتحدة ليس إجراءً جماعياً بموجب قانون الإعسار. واستند القرار إلى أن الأمر قد صدر بعد تدخل هيئة الإشراف على الأوراق المالية في الولايات المتحدة "لمنع عملية احتيال كبيرة جارية".[٢٠] ورأت المحكمة أن الغرض من الأمر كان هو منع الإضرار بالدائنين، وليس إعادة تنظيم المنشأة المدينة ولا تسييل الموجودات لصالح جميع الدائنين. وحظي هذا الرأي بالتأييد لدى الاستئناف، وذلك إلى حد كبير للأسباب التي ذكرت في المحكمة الإنكليزية الدنيا.

٢١- وفي قضية "غولد آند هوني" (*Gold & Honey*)، رفضت محكمة الولايات المتحدة الاعتراف بإجراء حراسة قضائية إسرائيلي، حيث رأت أنه لم يكن إجراء إعسار و لم يكن إجراءً جماعياً لأنه لم يطلب إلى الحراس القضائيين النظر في حقوق جميع الدائنين والتزاماتهم. ولاحظت المحكمة أن الحراسة القضائية كانت أقرب لإجراء من جانب أحد الدائنين لإعادة الحيازة منها إلى إجراء إعادة تنظيم أو تصفية يضطلع به أمين مستقل، ويستهله في كلا الإجراءين مدين بغرض السداد لجميع الدائنين تحت إشراف محكمة لضمان المساواة.[٢١]

---

(18) الدليل التشريعي، الجزء الأول، الفقرات ٣-١٣.

(19) *Betcorp*، الصفحة ٢٨١.

(20) *Stanford International Bank*، الفقرة ٧٣.

(21) *Gold & Honey*، الصفحة ٣٧٠.

٢٢- وفي قضية شركة التأمين البريطانية الأمريكية "*British American Insurance*"، اتفق رأي المحكمة مع الاستنتاجات المستخلصة في قضية "بيتكورب" وقضية "غولد آند هوني" بشأن معنى "الإجراءات الجماعية". وأضافت المحكمة أن كلمة "جماعي" تتوخّى كلا من النظر في المطالبات المقدّمة من مختلف أنواع الدائنين ومعالجتها في نهاية المطاف، وكذلك إمكانية مشاركة الدائنين في الإجراء الأجنبي. ويمكن للإشعار المقدّم إلى الدائنين، بما في ذلك عامة الدائنين غير المضمونين، أن يؤدي دورا في هذا التحليل. ولدى تحديد ما إذا كان إجراء أجنبي معين إجراءً أجنبياً حسبما هو مطلوب، من المناسب النظر في كل من القانون الذي يحكم الإجراء الأجنبي وسمات الإجراء المعين حسب تعريفه الوارد، على سبيل المثال، في أوامر محكمة أجنبية تشرف على الإجراء.[٢٢]

٢٣- وفي قضية "روبين ضد يوروفاينانس" (*Rubin v Eurofinance*)، لاحظت محكمة الاستئناف أنه لا نزاع حول أن الإجراء جماعي، ولكنها لاحظت أنه إجراء جماعي لأنه يتعلق بـ"جمع موجودات المدين وتوزيعها."[٢٣] وأشارت المحكمة إلى قضية أخرى لاحظت فيها أن الإعسار، سواء أكان شخصيا أو متعلقا بشركة، يكون إجراءً جماعيا لإنفاذ حقوق وليس لإنشائها.[٢٤] ورأت محكمة الاستئناف أن إجراءات الإفلاس شملت آليات مختلفة [تناولت في هذه الحالة نظام الإنفاذ الجماعي لإجراءات الإعسار] مما أتاح لممثل الإعسار أن يتخذ إجراءات تجاه أطراف ثالثة لمصلحة جميع الدائنين. وتلك الآليات جزء لا يتجزّأ من الطابع الجماعي للإفلاس وعنصر جوهري فيه وليست مجرد مسائل إجرائية عرضية.[٢٥]

(ب) يُتّخذ عملاً بقانون يتصل بالإعسار

٢٤- تبيّن الوثائق التحضيرية أن هذه الصيغة قد استخدمت للإلماح إلى أن التصفية وإعادة التنظيم يمكن أن يُجريا بموجب قانون خلاف قانون الإعسار بمعناه الضيق (قانون الشركات،

(22) *British American Insurance*، الصفحة ٩٠٢.

(23) *Rubin v Eurofinance* (لدى الاستئناف)، الفقرة ٤١.

(24) *Cambridge Gas Transportation Corporation v Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* [2006] UKPC 26, [2007] 1 A.C. 508, Lord Hoffman، الفقرة ١٥.

(25) *Rubin v Eurofinance* (لدى الاستئناف)، الفقرة ٦١.

مثلا).[٢٦] وقد وافق عليها الفريق العامل باعتبارها "عبارة عامة بدرجة كافية لتشمل قواعد الإعسار بغض النظر عن نوع القانون الذي يحتويها."[٢٧]

٢٥- وقد نظرت عدة محاكم في السؤال بشأن ما يشكّل "قانونا يتصل بالإعسار"، وخصوصا في سياق تقرير ما إذا كان إجراء الحراسة القضائية جديرا بالاعتراف.

٢٦- وفي قضية مصرف ستانفورد الدولي، رأت المحكمة أن الإجراء الذي استهلته هيئة الإشراف على الأوراق المالية في الولايات المتحدة غير جدير بالاعتراف به باعتباره إجراءً أجنبياً لأنه، ضمن جملة أمور، لا يستند إلى قانون يتصل بالإعسار.[٢٨] وقالت المحكمة أن السبب الرئيسي للإجراء الذي أفضى إلى إصدار الأمر بالحراسة القضائية لا صلة له بالإعسار و لم يرد ادعاء بالإعسار في شكوى الهيئة.[٢٩] ومضت المحكمة قائلة إن بعض الحراسات القضائية قد تُصنّف لبعض الأغراض باعتبارها "إجراءات إعسار" أو تُعامل باعتبارها بدائل مقبولة للإعسار، إلا أن ذلك لا يعني أن الحراسة القضائية تستوفي شروط الإجراء الأجنبي بموجب القانون النموذجي.[٣٠] وقالت المحكمة أن عموم نصوص القانون العام أو مبادئ الإنصاف التي يستند إليها تعيين حارس قضائي وإجراء الحراسة القضائية ليست قانونا يتصل بالإعسار لأنها تُطبَّق في حالات عديدة، ليس لدى الكثير منها أي صلة بالإعسار.[٣١]

٢٧- ولدى الاستئناف، نظر القاضي رئيس المحكمة في العبارة "قانون يتصل بالإعسار"، وخلص إلى أنه لا يلزم أن يكون قانونا تشريعيا (أي أنه يمكن أن يشمل القانون العام) ولا يلزم أن يكون قانونا متصلا بالإعسار حصرا. وقالت المحكمة إن الخطوة الأولى هي "تحديد القانون الذي استُهل الإجراء ذو الصلة بموجبه أو عملا به، وأن تنظر بعد ذلك فيما إذا كان ذلك القانون يتصل بالإعسار وما إذا كانت سائر العوامل التي يشير إليها التعريف [الوارد في المادة ٢] يمكن اعتبارها قد أدرجت "عملا" بذلك القانون."[٣٢]

---

(26) A/CN.9/WG.V/WP.44، ملاحظات بشأن المادة ٢ (ج)، الفقرة ٢.

(27) A/CN.9/422، الفقرة ٤٩.

(28) *Stanford International Bank*، الفقرة ٨٤.

(29) المرجع نفسه، الفقرة ٨٤ '٣'.

(30) المرجع نفسه، الفقرة ٨٤ '٨'.

(31) المرجع نفسه، الفقرة ٨٤ '٩'.

(32) *Stanford International Bank* (لدى الاستئناف)، الفقرة ٢٤.

٢٨- واتفق القاضي رئيس المحكمة إلى حد كبير مع الأسباب التي ساقتها المحكمة الدنيا وأضاف قائلا إن مسألة أنه يجوز للمحكمة أن تصدر لاحقا أوامر تتيح إنفاذ إجراء يمكن الاعتراف به باعتباره إجراء إعسار تعدّ مسألة غير جوهرية ما لم تصدر تلك الأوامر وعندما تصدر. فمبادئ القانون العام أو الإنصاف لا "تتصل بالإعسار" ما لم تُفعَّل، وحينما تُفعَّل، لهذا الغرض.(٣٣)

٢٩- وفي قضية "بيتكورب"، لاحظت محكمة الولايات المتحدة أن ذلك العنصر من التعريف لا يشترط أن تكون الشركة إما معسرة أو تتوخى استخدام أي أحكام من القانون الأسترالي لتسوية أي ديون. ولاستخلاص أن الإجراء الأسترالي يستوفي ذلك الجزء من التعريف، استند القاضي إلى الطابع الشامل لقانون الشركات الأسترالي (الذي استُهلت التصفية الطوعية بموجبه) وإلى بيان إيضاحي قدّمته الحكومة الأسترالية ومفاده أن قوانين الشركات الخاصة بها تتوافق مع القانون النموذجي. وفيما يتعلق بالنقطة الأولى، لاحظت المحكمة أن القانون ذا الصلة يتناول كامل دورة حياة الشركات الأسترالية وأن الفصل ٥، الذي ترد فيه الأحكام الخاصة بالتصفية الطوعية، يتناول إعسار الشركات. وفيما يتعلق بالنقطة الثانية، أشارت المحكمة إلى المذكّرة الإيضاحية المصاحبة للتشريع الخاص بتنفيذ القانون النموذجي في أستراليا، حيث لاحظت أن المحاكم الأسترالية يجوز لها أن تستخدم تلك المذكّرة في تفسير التشريع الذي أجازه البرلمان. وتشير تلك المذكّرة إلى الأجزاء من الفصل ٥ من قانون الشركات التي يشملها القانون النموذجي، وكذلك الأجزاء المستبعدة من نطاقه؛ ولما كان الجزء الذي يتناول التصفية الطوعية غير مستبعد تحديدا، خلصت المحكمة إلى أن تلك التصفية تقع ضمن نطاق القانون النموذجي.(٣٤)

---

(33) المرجع نفسه، الفقرة ٢٦.

(34) *Betcorp*، الصفحتان ٢٨١-٢٨٢. اقتبست المذكّرة الإيضاحية أيضا الجملة الأخيرة من الفقرة ٧١ من دليل الاشتراع التي تشير إلى "شركات تمر بضائقة مالية شديدة" (الفصل ٢، الفقرة ١٢ من المذكّرة الإيضاحية) - انظر أعلاه، الفقرة ٩. المذكّرة الإيضاحية متاحة في الموقع http://www.comlaw.gov.au/ ComLaw/Legislation/Bills1.nsf/0/0C4BA8C26A7BE888CA2573EF00117EAC/$file/13020811.pdf. واتخذت ورقة مناقشة أصدرت لغرض النظر في اعتماد القانون النموذجي في أستراليا رأيا مخالفا، ملاحظة أن: في سياق قانون الشركات الأسترالي، [...] سيتّسع نطاق القانون النموذجي ليشمل حالات التصفية الناشئة عن الإعسار وإعادة التكوين وإعادة التنظيم بموجب الجزء 5.1 وعمليات الإدارة الطوعية بموجب الجزء 5.3A. ولن يمتد ليشمل حالات الحراسة القضائية التي تنطوي على تعيين مراقب تعيينا خاصا. كما أنه لن يشمل التصفية التي يقوم بها الأعضاء طوعا أو التصفية بقرار قضائي بناء على أسباب عادلة ومنصفة لأن إجراءات من هذا القبيل قد لا تكون ذات صلة بالإعسار." (CLERP 8 (2002))، الصفحة ٢٣، متاح في الموقع http://www.treasury.gov.au/documents/448/PDF/CLERP8.pdf.

(ج) قيام محكمة أجنبية بمراقبة أموال المدين وشؤونه أو الإشراف عليها

٣٠- خلافا لملاحظة أن الإجراء الأجنبي من شأنه أن يشمل إجراءات يحتفظ فيها المدين بقدر من المراقبة على أصوله المالية، حتى وإن كان ذلك بإشراف من المحكمة،[٣٥] لا يحدد دليل الاشتراع مستوى المراقبة أو الإشراف المطلوب لاستيفاء التعريف ولا الوقت الذي يجب أن يبدأ فيه ذلك الإشراف أو المراقبة. وتذكر الوثائق التحضيرية أن هذه الصيغة قد اعتمدت لإيضاح الطابع الرسمي لاشتراط المراقبة أو الإشراف وتوضيح أن "ترتيبات التسوية المالية الخاصة التي قد تبرمها الأطراف خارج الإجراءات القضائية [والتي] يمكن أن تتخذ عددا من الأشكال يحتمل أن يكون كبيرا"[٣٦] ليست مناسبة للإدراج في قاعدة عامة بشأن الاعتراف. ونظرت عدة قضايا في بعض جوانب هذا الاشتراط.

٣١- ففي قضية "غولد آند هوني"، رأت المحكمة أن كلا من الموجودات والشؤون يجب أن تخضع لمراقبة المحاكم أو إشرافها. ورأت المحكمة أن الحراس القضائيين قد أثبتوا أن جميع موجودات المدين الكائنة في إسرائيل تخضع لمراقبة المحكمة الإسرائيلية في إجراء الحراسة القضائية، ولكن لم يكن ثمة دليل على أن الحراس القضائيين قد خُوِّلوا السلطة فيما يتعلّق بشؤون منشأة المدين. وإضافة إلى ذلك، فقد أقرَّت الجهة المقرضة (التي قدمت طلبا تلتمس فيه تعيين حارس قضائي) في بيان شفوي بأن الحراس القضائيين لم يمنحوا أي سلطة على شؤون منشأة مدينة.[٣٧]

٣٢- وفي قضية "بيتكورب"، رأت محكمة الولايات المتحدة أن اشتراط قيام محكمة أجنبية بالإشراف أو المراقبة قد استُوفي بالإشراف الإداري أو القضائي الذي اضطلع به المُصفُّون المسؤولون عن إدارة الإجراءات الجماعية نيابة عن جميع الدائنين. ويمكن للسلطة المسؤولة عن الإشراف العام على المُصفِّين في أداء واجباتهم أن تشترط على المُصفِّين الحصول على إذن قبل الاضطلاع ببعض الإجراءات وبوسعها أن تستبعد شخصا ما أو تجرده من سلطاته. وعلى هذا الأساس، رُئِي أنها "سلطة مختصة لمراقبة إجراء أجنبي أو الإشراف عليه لأغراض تعريف 'الإجراء الأجنبي'".[٣٨] وأشير إلى قضية شركة "ترادكس سويس" (*Tradex Swiss*)، التي اعتُبرت فيها مفوضية المصارف الاتحادية السويسرية محكمة أجنبية بموجب الفصل ١٥

(35) دليل الاشتراع، الفقرة ٢٤.

(36) A/CN.9/419، الفقرة ٢٩.

(37) *Gold & Honey*، الصفحة ٣٧١.

(38) *Betcorp*، الصفحة ٢٨٤.

لأنها راقبت تصفية أعمال سماسرة أوراق مالية، باعتبارهم مدينين، وأشرفت عليها. وفي المقابل، رأت محكمة "بيتكورب" أن إجراءات التصفية تخضع أيضا لإشراف المحاكم، لأنه يمكن للمُصفِّي أو أي دائن أن يلجأ إلى المحكمة لالتماس قرار بشأن أي مسألة تُثار في التصفية ويمكن للمحكمة أن تتخذ أي إجراء تراه مناسبا فيما يتعلق بأعمال المُصفِّي. ويمكن أن يُستوفى اشتراط قيام محكمة أجنبية بالمراقبة أو الإشراف بناء على هذا الأساس أيضا.[٣٩]

٣٣- وفي قضية "ملتيكانال" (*Multicanal*)، وهي قضية فُصل فيها بموجب القانون النموذجي ولكنها انطوت على الاعتراف بإجراء أرجنتيني في الولايات المتحدة، نظرت المحكمة في المشاركة القضائية في اتفاق لإعادة هيكلة دين. وكانت الحجة الأساسية هي أن إشراف المحكمة على الإجراء لا يفي بأغراض الاعتراف لأنه لم يُلجأ إليه في مسار القضية إلا بعد أن انتهت عملية التماس الأصوات ولم يؤذن به إلا للنظر في جوانب محدّدة من الإجراءات، مثل ما إذا كان بيان الأصول والخصوم الخاصة بالمدين وافيا بالغرض وما إذا كانت الأغلبية القانونية قد تحققت في عملية التصويت. وبعد تحليل الإجراءات الأرجنتينية تحليلا مفصّلا، خلصت المحكمة إلى أنها تتسم بالعديد من أوجه الشبه بإجراء مواز في الولايات المتحدة، بما في ذلك ما يتعلق بالإشراف القضائي، وأنها من نوع الإجراءات التي يمكن الاعتراف بها بموجب قوانين الولايات المتحدة.[٤٠]

٣٤- وثمة مسألة أخرى أثيرت في إطار هذا الجزء من التعريف وفي إطار تعريف "الممثل الأجنبي، وهي ما إذا كان الكيان المعين الذي يديره ممثل أجنبي يعد كيانا "مدينا" وفقا للقانون الداخلي الذي يُراد أن تطبقه المحكمة متلقية الطلب، حيث لم يرد تعريف لهذا المصطلح في القانون النموذجي.

٣٥- وقد أثير تساؤل من هذا القبيل في قضية "روبين ضد يوروفاينانس". ففي تلك القضية، عيّنت محكمة الولايات المتحدة حراسا قضائيين ومديرين للإشراف على جهة مدينة أطلق عليها اسم "صندوق المستهلكين الاستئماني" (The Consumers Trust). وقد اعترف بصندوق استئماني يحمل هذه الصفة باعتباره كيانا اعتباريا، أي "صندوق استئماني للأعمال التجارية"، بموجب قوانين الولايات المتحدة. وفي طلب التماس بالاعتراف قُدِّم إلى المحكمة الإنكليزية، جرى الاحتجاج بأنه ما دام القانون الإنكليزي لا يعترف بصندوق استئماني من هذا القبيل ككيان اعتباري، فهو لا يعد "مدينا" لأغراض الاعتراف بموجب التشريعات التي تستند إلى

(39) المرجع نفسه.

(40) *Multicanal*، الصفحة ٥٠٩.

القانون النموذجي. ورفض القاضي ذلك الطلب متمسكا بأن إعطاء مصطلح "المدين" "تفسيرا ضيقا" من شأنه أن يكون "انحرافا"، وذلك نظرا لأصول القانون النموذجي الدولية.[٤١]

(د) لغرض التصفية أو إعادة التنظيم

٣٦- القضايا التي تناولت هذه المسألة هي القضايا التي انطوت على تعيين حراس قضائيين، حيث كان السؤال يتعلق بالغرض من الإجراء الأجنبي وما إذا كانت الصلاحيات الممنوحة للحارس القضائي متسقة مع إجراء التصفية أو إعادة التنظيم.

٣٧- ففي قضية مصرف ستانفورد الدولي، رأت المحكمة الدنيا أنه لتحديد ما إذا كانت الحراسة القضائية في الولايات المتحدة تعدّ إجراءً أجنبياً ضمن شروط المادة ٢، من المهم النظر في الصلاحيات والواجبات الفعلية التي منحتها محكمة الولايات المتحدة إلى الحارس القضائي أو فرضتها عليه. واستشهادا بمثال "غولد آند هوني"، قالت المحكمة إن صفة الحراسة القضائية الأجنبية يتعذّر اعتبارها عاملا مُحدِّدا في مسائل الاعتراف. ورأت المحكمة أن الغرض المذكور مرارا لأمر الحراسة القضائية هو منع التبديد والإهدار، وليس تصفية حوزة المدين أو تصفيتها؛ والخسارة التي تسعى المحكمة لمنعها هي خسارة المستثمرين؛ والصلاحيات المخوّلة للحارس القضائي والواجبات المفروضة عليه هي واجبات لجمع الموجودات والحفاظ عليها، وليس تصفيتها أو توزيعها؛ ولا يُخوَّل الحارس القضائي، بمقتضى الأمر، صلاحية توزيع موجودات المدعى عليهم.[٤٢] وإجمالا، أفضت تلك الاستنتاجات بالمحكمة إلى استخلاص أن الإجراء ليس إجراءً أجنبياً. وعند الاستئناف، رأى القاضي رئيس المحكمة، مثلما سبق ذكره، أنه في المرحلة التي نظر فيها في الطلب، لم يكن الإجراء الذي اتخذته هيئة الإشراف على الأوراق المالية إجراءً لإعادة التنظيم أو التصفية، وإنما إجراءٌ لحماية المستثمرين وموجودات المدين. ومسألة أنه يمكن لمحكمة ما في الولايات المتحدة أن تصدر لاحقا أوامر تتيح إنفاذ إجراء يمكن الاعتراف به باعتباره إجراء إعسار تعدّ مسألة غير جوهرية ما لم تصدر تلك الأوامر وعندما تصدر.[٤٣]

(هـ) مسائل يلزم النظر فيها

٣٨- لعلّ الفريق العامل يود أن ينظر في المسائل التي أثارتها القضايا المذكورة آنفا فيما يتعلق بتعريف "الإجراء الأجنبي"، بما في ذلك ما يلي:

---

(41) *Rubin v Eurofinance*، الفقرتان ٣٩ و٤٠؛ تم تأكيده لدى الاستئناف.

(42) *Stanford International Bank*، الفقرة ٨٤.

(43) *Stanford International Bank* (لدى الاستئناف)، الفقرة ٢٦.

(أ) ما إذا كان ينبغي للإجراء الأجنبي أن يستوفي جميع عناصر التعريف لكي يكون جديرا بالاعتراف به؛

(ب) ما إذا كان ينبغي وضع معايير لتقرير ما يشكّل إجراءً جماعياً، وإلى أيّ مدى يمكن أن يكون الدليل التشريعي ذا صلة في وضع تلك المعايير، وما إذا كان ينبغي اعتبار الإجراءات غير الجماعية جديرة بالاعتراف بها؛

(ج) ما إذا كانت حالة الإعسار أو الضائقة المالية عنصرا من عناصر تعريف "الإجراء الأجنبي" وتعد من ثم شرطا للاعتراف؛

(د) المقدار المطلوب من مراقبة المحكمة الأجنبية لأموال المدين وشؤونه أو إشرافها عليها لاستيفاء التعريف؛

(هـ) الوقت الذي ينبغي أن يكون الإجراء عنده لأغراض التصفية أو إعادة التنظيم – حين تقديم طلب التماس بالاعتراف أو في وقت لاحق إذا كانت ثمة إمكانية لمنح سلطات إضافية؛

(و) ما إذا كانت ثمة حاجة إلى تحديد المقصود بالدائن لأغراض القانون النموذجي.

جيم- التفسير الموحّد والمصدر الدولي – المادة ٨

(أ) معنى المادة ٨

٣٩- تنص المادة ٨ من القانون النموذجي على أن يولى الاعتبار في تفسير النص لمصدره الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد. ويلاحظ دليل الاشتراع أن ثمة حكما مماثلا للحكم الوارد في المادة ٨ يرد في عدد من معاهدات القانون الخاص، بما في ذلك اتفاقيات الأمم المتحدة، وفي قوانين نموذجية، بما في ذلك قوانين الأونسيترال النموذجية.(٤٤) وتُلاحَظ أهمية المادة ٨ للتفسير في قرارات عدد من المحاكم.

٤٠- ففي قضية "بير ستيرنز" (*Bear Stearns*)، على سبيل المثال، لاحظت المحكمة أن "الفصل ١٥ يوجّه المحاكم أيضا إلى الاستهداء بتطبيق قوانين مماثلة في ولايات قضائية أجنبية: 'لدى تفسير هذا الفصل، تراعي المحكمة مصدره الدولي، والحاجة إلى تشجيع تطبيق هذا الفصل على نحو يتسق مع تطبيق القوانين المماثلة التي اعتمدتها ولايات قضائية أجنبية.'"(٤٥)

(44) دليل الاشتراع، الفقرة ٩١.

(45) *Bear Stearns*، الصفحة ١٠.

وفي قضية مصرف ستانفورد الدولي، لاحظت محكمة الاستئناف أن "اللائحة المُنفِّذة [للقانون النموذجي] تشترط أن يفسّر بالإحالة إلى أي وثائق تخص فريق الأمم المتحدة العامل الذي أصدره ودليل اشتراعه الذي أُعدّ استجابة لطلب إعداده الذي قدّمته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في أيار/مايو ١٩٩٧."(٤٦) ورأت محكمة الاستئناف في قضية "رويين ضد يوروفاينانس" أن أوجه التشابه الساطعة بين بعض جوانب القانون الإنكليزي وقانون الولايات المتحدة تبرّر الأخذ بتفسير موحّد.(٤٧)

٤١- وفي قضية "بيتكورب"، ذكرت محكمة الولايات المتحدة أن الباب ١٥٠٨ من الفصل ١٥ يشترط، لدى تفسير عبارات مثل "مركز المصالح الرئيسية"، أن المحكمة "يجب أن تنظر" في الطريقة التي فُسِّرت بها تلك العبارات في ولايات قضائية أخرى اعتمدت قوانين مماثلة، مما يعني "عدم النظر في القضايا الداخلية فحسب، بل النظر أيضا في القضايا التي بتَّت فيها محاكم بلدان أخرى." ومثلما ذُكر في سجل [الولايات المتحدة] التاريخي التشريعي: "هذه المصادر ليست مقنعة فحسب، بل تعزِّز التفسير الموحّد البالغ الأهمية."(٤٨) ومثلما سبق ذكره (الفقرة ٢٨)، لم تُحط محكمة "بيتكورب" علما بالقضايا التي بتَّت فيها محاكم أخرى فحسب، بل أيضا بوثائق خلفية وإيضاحية مختلفة تتعلق بالقانون الأجنبي.

(ب) مسائل يلزم النظر فيها

٤٢- لعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر فيما إذا كان يمكن تقديم المزيد من التوجيهات بشأن المصادر التي ستستخدم لتقديم المساعدة على تفسير القانون النموذجي بموجب المادة ٨.

دال- الاعتراف

١- الاستثناءات المرتكزة على السياسة العامة – المادة ٦

(أ) تفسير المادة ٦

٤٣- تنص المادة ٦ من القانون النموذجي على استثناء من الاعتراف بإجراء أجنبي حيثما كان "واضحا أن ذلك الإجراء مخالف للسياسة العامة" للدولة متلقية الطلب. ويشير دليل

(46) *Stanford International Bank* (لدى الاستئناف)، حكم أصدره المستشار، الفقرة ٤٤؛ انظر أيضا *Rubin v Eurofinance*، الفقرة ٤٠.

(47) *Rubin v Eurofinance* (لدى الاستئناف)، الفقرة ٦٠.

(48) *Betcorp*، الصفحة ٢٨٩.

الاشتراع إلى أنه ينبغي تفسير هذا الاستثناء على نحو مقيَّد، وأنه لا يُقصد تطبيقه إلا في ظروف استثنائية تتعلق بمسائل ذات أهمية جوهرية لدى الدولة المشترعة.[٤٩] وأكّدت المناقشة التي جرت في الدورة الثلاثين للجنة أن المقصود من المادة ألا تشير إلا إلى مبادئ القانون الأساسية، وخصوصا الضمانات الدستورية والحقوق الفردية، وينبغي ألا يستخدم إلا لرفض تطبيق قانون أجنبي، على سبيل المثال، عندما يكون ذلك مخالفا لهذه المبادئ الأساسية. ولوحظ، مثلا، أنه لو طبّقت المحاكم مفهومها "الداخلي" الواسع للسياسة العامة، "لما اعترف إلا بعدد قليل للغاية من القرارات القضائية الأجنبية، حيث إن غالبية الإجراءات الأجنبية تخرج من ناحية أو أخرى عن إجراءات تشكل، داخليا، مسائل تحكمها قواعد إلزامية."[٥٠] وقد استخدمت الكلمة "واضحا" لتجنّب موقف يُعرقَل فيه التعاون في إطار القانون النموذجي لأنه رُئي أن خطوة معيّنة أو إجراءً معينا مخالف لمجرد نقطة تقنية ذات طابع إلزامي.[٥١]

٤٤- ففي قضية "إيفيدر\" (*Ephedra*)، التي انطوت على اعتراف بإجراء كندي في الولايات المتحدة، رُئي أن عدم القدرة على إجراء محاكمة أمام هيئة محلّفين بشأن بعض المسائل المُراد تسويتها في الإجراءات الكندية، وفي ظروف يوجد فيها حق دستوري يقضي بإجراء محاكمة من هذا القبيل في الولايات المتحدة، لا "يتعارض تعارضا واضحا مع السياسة العامة للولايات المتحدة." وقضت المحكمة بأنه ينبغي أن يفسر الاستثناء تفسيرا ضيقا يقتصر على سياسات الولايات المتحدة الأساسية جدا.[٥٢]

٤٥- في قضية "إرنست آند يونغ"، أثارت الأطراف المعترضة على الاعتراف في الولايات المتحدة بالحراسة القضائية الكندية حجتين تتصلان بالاستثناءات المرتكزة على السياسة العامة. فذهبت الأطراف، في البداية، إلى أن المستثمرين في كولورادو (أو على نطاق أوسع، المستثمرين في الولايات المتحدة) من المحتمل أن يتلقوا مقدارا أقل في دعوى الحراسة القضائية الكندية، والتي تشمل دائنين من كندا وإسرائيل، من تلك التي كانوا سيحصلون عليها من محكمة ولاية كولورادو أو المحكمة الاتحادية. ومع ذلك، لم تقتنع المحكمة بهذه الحجة على أساس أن جميع المستثمرين قد تضرروا وينبغي أن يتشاركوا في الموجودات التي تراكمت في تلك الدعوى القضائية، بغض النظر عن الجنسية أو اللغة.[٥٣]

(49) دليل الاشتراع، الفقرات ٨٦-٨٩.

(50) A/52/17، الفقرة ١٧١.

(51) المرجع نفسه، الفقرة ١٧٢.

(52) *Ephedra*، الصفحتان ٣٣٦-٣٣٧.

(53) *Ernst & Young*، الصفحة ٧٨١.

٤٦- وثانيا، احتجت الأطراف المعترضة بأن التكاليف المرتبطة بإجراءات الحراسة القضائية الكندية سوف تستنفد موجودات المدينين إلى درجة أن حصص المستثمرين المتضررين ستكون ضئيلة. غير أنه، خلافا للإشارة إلى أن الشركة القائمة بالحراسة القضائية هي مؤسسة دولية، لم تقدم الأطراف المعترضة أي أدلة لتعضيد ذلك الادعاء. ورأت محكمة الولايات المتحدة أن تكاليف التصفية واقعية، سواء أكانت تلك الإجراءات محلية أم أجنبية. ونتيجة لذلك، لم تجد أي دليل لدعم استنتاجا مفاده أن إجراء الحراسة القضائية من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة مختلفة جذريا حتى يوصف بأنه "يتعارض بشكل واضح" مع سياسة الولايات المتحدة العامة.

٤٧- وفي قضية "غولد آند هوني"، رفضت محكمة الولايات المتحدة الاعتراف بإجراءات إسرائيلية لاعتبارات السياسة العامة. فبعد أن بدأت إجراءات بموجب الفصل ١١ في الولايات المتحدة وبعد أن بدأ نفاذ الوقف التلقائي، صدر أمر بالحراسة القضائية في إسرائيل بخصوص الشركة المدينة نفسها. ورفض القاضي في الولايات المتحدة الاعتراف بذلك الإجراء الإسرائيلي "لأن مثل هذا الاعتراف سيكون مكافأة على انتهاك الوقف التلقائي و[الأوامر اللاحقة من محكمة الولايات المتحدة] بشأن الوقف، وإضفاء للشرعية على ذلك الانتهاك".[٥٤] ولأن من شأن الاعتراف أن يعوق بشدة قدرة المحاكم في الولايات المتحدة على تنفيذ اثنين من أهم السياسات الأساسية ومن أغراض الوقف التلقائي - أي منع أحد الدائنين من الحصول على ميزة على غيره من الدائنين، وضمان توزيع موجودات المدين على جميع الدائنين وفقا لأولوياتهم النسبية بشكل فعّال ومنظّم"[٥٥] - فقد رأى القاضي أن المعيار العالي اللازم لإثبات الاستثناء المرتكز على السياسة العامة قد استوفي.

٤٨- وفي قضية "ميتكاليف آند مانسفيلد" *(Metcalfe and Mansfield)*، سعى الممثل الأجنبي الكندي، بالإضافة إلى الاعتراف، إلى إنفاذ أوامر كندية معينة في الولايات المتحدة، وفقا للقانون المنطبق على إنفاذ الأحكام الأجنبية ومبادئ المجاملة القضائية والسياسة العامة المنصوص عليها في الفصل ١٥. ولم يصدر أي اعتراض على الاعتراف بالإجراءات الكندية. ولاحظت المحكمة، وهي تستشهد بقضية " بِيرَ ستيرنز"، أنه بينما استند الاعتراف إلى معايير موضوعية في الولايات المتحدة بما يعادل المادة ١٧ من القانون النموذجي، يعد الانتصاف اللاحق لبدء الإجراءات تقديريا لحد كبير وقد استند إلى عوامل ذاتية تجسّد مبادئ المجاملة القضائية. ورأت المحكمة أن تدابير الانتصاف الممنوحة في الإجراء الأجنبي وتدابير الانتصاف المتاحة في إجراء

(54) *Gold & Honey*، الصفحة ٣٧١.

(55) المرجع نفسه، الصفحة ٣٧٢.

الولايات المتحدة لا يلزم أن تكون متطابقة. وكان القرار الأساسي الذي اشترطت المحكمة إثباته هو ما إذا كانت الإجراءات المتبعة في كندا تفي بمعايير العدالة الأساسية في الولايات المتحدة. وخلصت المحكمة إلى أن الحكم الوارد في الفصل ١٥ والمعادل للمادة ٦ لا يحول دون منح المجاملة القضائية للأوامر الكندية في هذه الحالة.(٥٦)

٤٩- وثمة مسألة أثارت شيئا من الاهتمام وهي ما إذا كان يمكن استخدام الاستثناءات المرتكزة على السياسة العامة لمعالجة مشكلة من قبيل المفاضلة بين المحاكم التي تفضي إلى وضع المدين في موقف أكثر ملاءمة، مع ما يترتب على ذلك من مساس بالدائنين، أو لمعالجة تصرفات منافية للقانون في الدولة المعترفة. وفي قضية لم يُفصل فيها بموجب القانون النموذجي، ولكنها تتصل بقضية مصرف ستانفورد الدولي، رأت محكمة كندية أن سلوك المُصفِّين في أنتيغوا، الذين كانوا يلتمسون الاعتراف في كندا، يخالف القانون الكندي. وقد أدّى ذلك إلى عدم تأهّلهم للتصرف وتقديم طلبهم بالتماس الاعتراف في كندا بالإجراء المتخذ في أنتيغوا.(٥٧)

(ب) مسائل يلزم النظر فيها

٥٠- لعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر في المسألتين التاليتين فيما يتعلق باستخدام وتفسير الاستثناءات المرتكزة على السياسة العامة بموجب المادة ٦:

(أ) ما إذا كان التوسّع في سرد الظروف التي يجوز أن تنفّذ فيها الاستثناءات المرتكزة على السياسة العامة من قبل محكمة تنظر في مسائل الاعتراف بموجب القانون النموذجي من شأنه أن يساعد على تفسير تلك المادة وتطبيقها؛

(ب) ما إذا كان ينبغي، في الحالات التي ينتهك فيها مقدِّم طلبِ انتصاف بموجب القانون النموذجي قوانينَ البلد أو إجراءاتِه الراسخة، اتخاذ ذلك الانتهاك أساسا لرفض الاعتراف بمقتضى الاستثناءات المرتكزة على السياسة العامة.

---

(56) *Metcalfe and Mansfield*، الصفحتان ٦٩٧-٦٩٨.

(57) في قضية إفلاس مصرف ستانفورد الدولي، ١١ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٩، المحكمة العليا، منطقة مونتريال، كويبك، قرار بشأن الطلب المقدَّم من المُصفِّين، الفقرة ٥٩.