

Distr.: General
6 March 2019
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الثانية والخمسون

فيينا، ٨-٢٦ تموز/يوليه ٢٠١٩

الشركات بين القطاعين العام والخاص: تحديثات مقترحة لدليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (الفصل السادس المنقح)

مذكّرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

٢	سادساً - تسوية المنازعات
٢	ألف - ملاحظات عامة
٣	باء - المنازعات بين السلطة المتعاقدة والشريك الخاص
	جيم - المنازعات بين مؤسسي المشروع وبين الشريك الخاص ومقرضيه والمتعاقدين معه ومورديه
٢٠	دال - المنازعات التي تشمل زبائن مرفق البنية التحتية أو مستعمليه



الرجاء إعادة استعمال الورق



سادساً - تسوية المنازعات

ألف - ملاحظات عامة

١ - ثمة عامل مهم لتنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص وهو الإطار القانوني لتسوية المنازعات الموجود في البلد المضيف. فالمستثمرون والمتعاقدون والمقرضون سوف يتشجعون على المشاركة في المشاريع عندما تكون لديهم الثقة بأن أي منازعات تنشأ عن عقود تشكل جزءاً من المشروع ستحل بشكل منصف وفعال. وعلى نفس المنوال، من شأن وجود إجراءات فعالة لتجنب نشوء منازعات أو لتسويتها سريعاً أن ييسر على السلطة المتعاقدة أداء مهامها الرقابية، وأن يقلل من التكاليف الإدارية الإجمالية التي تتكبدها السلطة المتعاقدة في هذا الصدد. وبغية إيجاد بيئة تمكينية للاستثمارات، ينبغي للإطار القانوني في البلد المضيف أن يساعد على تنفيذ مبادئ أساسية معينة، ومنها مثلاً ما يلي: ينبغي أن تضمن للشركات المحلية والأجنبية سبل اللجوء إلى المحاكم بمقتضى شروط متماثلة إلى حد بعيد؛ وينبغي أن يكون لدى الأطراف في العقود الخاصة الحق في اختيار القانون المنطبق على عقودها؛ وينبغي أن تكون الأحكام الأجنبية وقرارات التحكيم واجبة الإنفاذ؛ كما ينبغي للقانون أن يمكن الأطراف من اختيار ما يعتبرونه الأنسب والأكثر كفاءة من بين الآليات القضائية وغير القضائية الخاصة بدرء وتسوية المنازعات.

٢ - وفي العادة، تستوجب الشراكات بين القطاعين العام والخاص إنشاء شبكة من العلاقات التعاقدية والقانونية الأخرى المترابطة التي تشمل أطرافاً مختلفة. ولا بد من أن يؤخذ في الاعتبار، في الأحكام التشريعية المعنية بتسوية المنازعات الناشئة في سياق هذه المشاريع، تنوع العلاقات، مما قد يستوجب اتباع طرائق مختلفة لتسوية المنازعات حسب المرحلة التي وصل إليها المشروع ونوع المنازعة القائمة والأطراف المشاركة فيها. وقد تنشأ المنازعات منذ عملية إرساء العقد، كأن يحتج على العرض أو يُعترض على قرارات السلطة المتعاقدة أثناء هذه العملية، وخاصة الاختيار النهائي للشريك الخاص. وعادة ما تعالج هذه المنازعات وفقاً للإجراءات المتاحة عموماً للاستعراض وإجراءات تسوية المنازعات في إطار قوانين الاشتراء العمومي المعمول بها في البلد المعني (انظر الفصل الثالث "إرساء العقد"، الفقرات...). فهذا الفصل يركز على المنازعات الرئيسية التي قد تنشأ أثناء مرحلة التنفيذ وبعد إنجاز المشروع. ويمكن تقسيم هذه المنازعات إلى ثلاث فئات عامة:

(أ) المنازعات الناشئة في الاتفاقات بين الشريك الخاص والسلطة المتعاقدة وغيرها من الهيئات الحكومية. في معظم البلدان التي تتبع نظام القانون المدني، تخضع عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص للقانون الإداري (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرات...). في حين تخضع في بلدان أخرى من حيث المبدأ لقانون العقود العام، الذي تكمله أحكام خاصة تصاغ بشأن العقود التي تبرمها الحكومة لأجل توفير الخدمات العمومية. وقد ينطوي هذا النظام على آثار بخصوص آلية تسوية المنازعات، التي قد يكون بمسئطاع الأطراف في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الاتفاق عليها. وقد تطبق أيضاً اعتبارات مشابهة على عقود معينة تبرم بين الشريك الخاص وهيئات حكومية أو شركات تملكها الحكومة تورّد سلعا أو تقدم خدمات للمشروع، أو تشتري سلعا أو خدمات ينتجها مرفق البنية التحتية؛

(ب) المنازعات الناشئة في إطار العقود والاتفاقات التي يبرمها مؤسسو المشروع أو الشريك الخاص مع أطراف ذات صلة لأجل تنفيذ المشروع. وتشمل هذه العقود في العادة العناصر التالية على الأقل: '١' العقود المبرمة بين الأطراف التي لديها أسهم في شركة المشروع (مثل اتفاقات المساهمين أو الاتفاقات المتعلقة بتوفير تمويل إضافي أو الترتيبات المتعلقة بحقوق التصويت)؛ '٢' اتفاقات القروض والاتفاقات ذات الصلة، التي تشمل إلى جانب شركة المشروع أطرافاً كمصارف تجارية ومؤسسات الإقراض الحكومية ومؤسسات الإقراض الدولية ومؤمني اعتمادات التصدير؛ '٣' العقود المبرمة بين شركة المشروع والمتعاقدين، الذين يمكن أن يكونوا هم أنفسهم عبارة عن اتحادات للمتعاقدين، وموردي المعدات ومقدمي الخدمات؛ '٤' العقود المبرمة بين شركة المشروع والأطراف التي تتولى تشغيل وصيانة مرفق المشروع؛ '٥' العقود المبرمة بين الشريك الخاص والشركات الخاصة لتوريد السلع والخدمات اللازمة لتشغيل المرفق وصيانته؛

(ج) المنازعات بين الشريك الخاص وأطراف أخرى. وتشمل هذه الأطراف الأخرى مستعملي المرفق أو زبائنه، الذين يمكن أن تدرج في عدادهم، مثلاً، شركة للمرافق العمومية مملوكة للحكومة تشتري الكهرباء أو الماء من شركة المشروع لكي تعيد بيعهما للمستعملين النهائيين؛ والشركات التجارية كالخطوط الجوية أو خطوط الشحن التي تتعاقد على استعمال مطار أو ميناء؛ أو أفراد يدفعون ثمنًا مقابل استعمال طريق من الطرقات الخاضعة لرسوم المرور. وقد لا تكون الأطراف في هذه المنازعات مرتبطة بالضرورة بأي علاقة قانونية سابقة ذات طبيعة تعاقدية أو ما شابهها. وقد تنشأ المنازعات أيضاً بين الشريك الخاص والأطراف الثالثة، مثل الأشخاص الذين يعيشون في المناطق المجاورة أو الجماعات الأصلية المتأثرة بالمشروع أو ممثلي المجتمع المدني. ومن المستصوب أن يوفر القانون آليات للتشاور يمكن النظر من خلالها في آراء تلك الأطراف منذ مراحل التخطيط، وكذلك آليات لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينها وبين الشريك الخاص (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرات ...؛ انظر أيضاً الفصل الثاني "تخطيط المشروع وإعداده"، الفقرات ...).

باء- المنازعات بين السلطة المتعاقدة والشريك الخاص

٣- تنفذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، خاصة تلك التي تتعلق منها بمشاريع البنية التحتية، على مدى فترة زمنية طويلة، مع وجود عدد من المنشآت المشاركة في مرحلتَي التشييد والتشغيل. وتشرك هذه المشاريع عادة هيئات حكومية وتحظى باهتمام كبير من جانب الجمهور. ومن ثم فهذه الظروف تؤكد على الحاجة إلى وجود آليات تساعد بقدر الإمكان على اجتناب تفاقم الخلافات بين الأطراف، والحفاظ على علاقة الأعمال القائمة بينها؛ وتمنع من ثم تعطل أشغال التشييد أو تقديم الخدمات؛ وتكون مصممة على نحو يلائم الخصائص المعينة التي تتميز بها المنازعات التي قد تنشأ في هذا الصدد.

٤- ويُناقش في هذا القسم بعضُ من الاعتبارات الرئيسية الخاصة بمختلف مراحل تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص. أمّا تسوية تظلمات الشريك الخاص من قرارات هيئات الرقابة التنظيمية، فقد بُحث في سياق موضوع السلطة المخولة وضع ضوابط تنظيمية لخدمات

البنية التحتية (انظر الفصل الأول، "الإطار القانوني والمؤسسي العام"، الفقرات...). أما تسوية المنازعات التي تنشأ أثناء عملية اختيار الشريك الخاص (أي المنازعات السابقة للتعاقد)، فقد عولجت هي أيضاً من قبل في الدليل (انظر الفصل الثالث، "إرساء العقد"، الفقرات...).

١ - اعتبارات عامة بشأن طرائق منع نشوء المنازعات وتسويتها

٥ - غالباً ما تتصل المسائل، التي تؤدي إلى إثارة المنازعات طيلة تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بحالات الإخلال المحتملة بالاتفاق أثناء مرحلة التشييد أو أثناء تشغيل مرفق البنية التحتية، أو بانقضاء أمد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه. وقد تكون هذه المنازعات معقدة جداً، وكثيراً ما تنطوي على أمور جد تقنية ينبغي حلها بسرعة اجتناباً لتعطل تشييد أو تشغيل مرفق البنية التحتية. ولهذه الأسباب، من المستحسن للأطراف أن تصمم آليات تتيح المجال لاختيار خبراء من ذوي الاختصاص لتقديم المساعدة في تسوية المنازعات.

٦ - وبغية تحقيق الأهداف المشار إليها أعلاه، كثيراً ما تنص عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أحكام مركبة بشأن تسوية المنازعات، مصممة لكي تحول قدر الإمكان دون نشوء المنازعات، ولكي تعزز التوصل إلى حلول متفق عليها، وتتيح تطبيق طرائق فعالة لتسوية المنازعات عند نشوء المنازعات على الرغم من ذلك. وفي العادة، تنص تلك الأحكام على سلسلة من الخطوات المتعاقبة، بدءاً من التنبيه المبكر إلى المسائل التي قد تتطور إلى منازعة ما لم تبادر الأطراف إلى اتخاذ إجراءات لمنع حدوث ذلك. أما عند حدوث منازعة فعلاً، فمن المعتاد مثلاً أن يلزم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الطرفين بتبادل المعلومات والبحث في المنازعة بغية استبانة حل لها. أما إذا لم يكن بمسئطاع الطرفين حل المنازعة، فيجوز إذ ذاك لأي طرف أن يطلب مشاركة طرف ثالث مستقل وغير منحاز لتقديم المساعدة إلى الطرفين في العثور على حل مقبول. وفي معظم الحالات، لا تستخدم الآليات التخاصمية لتسوية المنازعات إلا عندما تتعذر تسوية تلك المنازعات من خلال تلك الطرائق التوفيقية.

٧ - بيد أنه قد تكون هناك حدود تقيد حرية الأطراف في الاتفاق على طرائق معينة لمنع حدوث المنازعات أو تسويتها: وقد ينشأ أحد تلك الحدود من موضوع قضية المنازعة؛ فيما قد ينشأ الحد الآخر في بعض النظم القانونية من الطابع الحكومي الذي تتسم به السلطة المتعاقدة. ففي بعض النظم القانونية، توجد في العادة لدى الحكومة وهيئاتها إمكانيات محدودة للاتفاق على طرائق معينة لتسوية المنازعات، وخصوصاً التحكيم، رهناً بموضوع العقد. وفي بعض البلدان، لا ينطبق هذا القيد على المنشآت العمومية ذات الطابع الصناعي أو التجاري، التي تتصرف في علاقتها مع الأطراف الثالثة طبقاً للقانون الخاص أو القانون التجاري.

٨ - وقد تكون الحدود المقيدة لحرية الاتفاق على طرائق تسوية المنازعات، بما في ذلك التحكيم، ذات صلة أيضاً بالطبيعة القانونية التي يتسم بها عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ففي إطار بعض النظم القانونية المدنية، التي تعتبر فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقوداً إدارية، قد يلزم أن تسوى المنازعات التي تنشأ بشأنها من خلال القضاء أو من خلال المحاكم الإدارية في البلد المضيف. وفي إطار نظم قانونية أخرى، قد تكون ثمة محظورات

مماثلة مدرجة صراحة في التشريعات أو السوابق القضائية التي تنطبق مباشرة على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أو قد تكون تلك المحظورات نتيجة لممارسات تعاقدية مترسخة، تستند عادة إلى قواعد تشريعية أو لوائح تنظيمية.

٩- وينبغي للسلطات المتعاقدة النظر بعناية في المزايا والمساوئ المحتملة التي تنطوي عليها مختلف طرائق تسوية المنازعات التي نوقشت في الدليل. وبالنسبة للبلدان التي ترغب في الاستفادة من الطرائق البديلة لتسوية المنازعات، بما في ذلك الطرائق المختلفة التي نوقشت في الدليل، باعتبارها بديلاً أو تكملة للفصل في المنازعات أمام المحاكم المحلية، من أجل تسوية المنازعات الناشئة فيما يتعلق بالشراكات بين القطاعين العام والخاص، من المهم إزالة العقبات القانونية المحتملة، ومنح إذن واضح للسلطات المتعاقدة المحلية بالاتفاق على طرائق تسوية المنازعات التي ترى أنها الأنسب والأكثر كفاءة. فعدم وجود مثل هذا الإذن التشريعي قد يؤدي إلى إثارة شكوك بشأن صحة الحكم الخاص بتسوية المنازعات، وقد يسبب تأخيراً في تسوية المنازعات أيضاً. وعلى سبيل المثال، إذا ما وجدت هيئة تحكيم أن اتفاق التحكيم قد أبرم على نحو صحيح على الرغم من أي دفع لاحق بأن السلطة المتعاقدة لم يكن لديها إذن بإبرامه، فقد تعود المسألة إلى الظهور في مرحلة الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه أمام محكمة في البلد المضيف أو أمام محكمة في بلد ثالث يراد الاعتراف بقرار التحكيم أو إنفاذه فيه.

٢- الطرائق الشائع استخدامها لأجل منع نشوء المنازعات وتسويتها

١٠- تبرز الفقرات التالية السمات الأساسية للطرائق المستخدمة لمنع نشوء المنازعات وتسويتها، وتبحث في مدى ملاءمتها لمختلف مراحل مشاريع البنية التحتية الكبيرة، أي مرحلة التشييد ومرحلة التشغيل ومرحلة ما بعد الإنهاء. ومع أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ينص عادة على آليات مركبة لدفع المنازعات وتسويتها، ينبغي توخي الحذر من أجل اجتناب الإجراءات المفرطة في التعقد، أو النص على كثير من التفرعات المركبة للإجراءات المختلفة. والقصد من العرض الموجز لطائفة مختارة من طرائق دفع المنازعات وطرائق تسوية المنازعات الواردة في الفقرات التالية، إنما هو إبلاغ المشرعين بالسمات والفوائد الخاصة التي تتصف بها هذه الطرائق المختلفة. ومن ثم فلا ينبغي أن يفهم على أنه توصية باستخدام أي مجموعة معينة من هذه الطرائق.

(أ) التنبيه المبكر

١١- قد تكون الأحكام الخاصة بالتنبيه المبكر أداة مهمة لاجتناب المنازعات. وبمقتضى هذه الأحكام، إذا ما شعر أحد طرفي عقد ما بأن الأحداث التي وقعت، أو المطالبات التي يعترض الطرف تقديمها، تنطوي على احتمالات تسبب منازعات، ينبغي له أن يبادر في أسرع وقت ممكن إلى توجيه انتباه الطرف الآخر إلى تلك الأحداث أو المطالبات. فالتأخر في تقديم تلك المطالبات لا يشكل فقط مصدر تنازع، لأنه من المرجح أن يفاجئ الطرف الآخر ويسبب بذلك استياء وعداء، بل إنه أيضاً يجعل المطالبات أصعب إثباتاً. ولذلك السبب، فأحكام التنبيه المبكر تستلزم في العادة من الطرف

المطالب تقدم مطالبة محددة المقدار، مشفوعة بما يثبتها من براهين ضرورية، في غضون فترة زمنية محددة. وبغية تفعيل هذا الحكم، كثيراً ما يدرج جزاء على عدم الامتثال للحكم، مثل فقدان الحق في متابعة المطالبة أو زيادة عبء الإثبات. وفي مشاريع البنية التحتية، كثيراً ما ينطوي مفهوم التنبيه المبكر على إشارة إلى الأحداث التي قد تؤثر تأثيراً سيئاً في نوعية الأشغال أو الخدمات العمومية، أو زيادة تكاليفها، أو تتسبب في حالات تأخر أو تهدد استمرارية الخدمات. ولذا فأحكام التنبيه المبكر تكون مفيدة طوال مدة مشروع البنية التحتية.

(ب) الوساطة والتوفيق

١٢ - يستخدم مصطلح "الوساطة" في الدليل كمفهوم عريض النطاق يشير إلى إجراءات يتولى فيها شخص أو هيئة تقديم المساعدة إلى الطرفين بأسلوب مستقل وغير منحاز في مساعدهما إلى التوصل إلى تسوية ودية للمنازعة القائمة بينهما. وتختلف الوساطة عن المفاوضات بين الطرفين في المنازعة (التي يلاحظ عادة أن الطرفين يلجآن إليها بعد نشوء المنازعة) من حيث إن الوساطة تنطوي على تقديم مساعدة مستقلة وغير منحازة لأجل تسوية المنازعة، في حين أن مفاوضات التسوية بين الطرفين لا تشتمل على مساعدة يقدمها شخص ثالث. أما الفرق بين الوساطة والتحكيم فهو أن الوساطة إما أن تفضي إلى تسوية المنازعة بالاتفاق بين الطرفين وإما أن تفضي إلى عدم النجاح في ذلك؛ ولكن في إطار التحكيم تفرض هيئة التحكيم قراراً ملزماً للطرفين، ما لم يكونا قد سويًا المنازعة قبل صدور قرار التحكيم. ومن حيث الممارسة العملية، يشار إلى إجراءات الوساطة بتعابير مختلفة، منها "التوفيق". ومع ذلك، ثمة تمييز في التقاليد القانونية لدى بعض البلدان بين التوفيق والوساطة، وذلك للتأكيد على أن هنالك طرفاً ثالثاً في التوفيق يحاول أن يقرب بين الطرفين المتنازعين لمساعدتهما على تسوية خلافتهما بالصلح، في حين أن الوساطة تمضي أبعد من ذلك إذ تتيح المجال للوسيط لكي يقترح شروطاً لأجل تسوية المنازعة. بيد أن مصطلحي "الوساطة" و"التوفيق" يستخدمان كمترادفين في أكثر الأحيان.

١٣ - وقد أصبحت الوساطة ممارسة معمولاً بها أكثر فأكثر في أنحاء مختلفة من العالم، بما في ذلك المناطق التي لم يكن استخدامها شائعاً فيها في الماضي. ويتبدى هذا الاتجاه في عدة ظواهر، منها سن تشريعات بشأن الوساطة في عدد متزايد من الدول، ويكون ذلك في الغالب استناداً إلى قانون الأونسيتيرال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي (٢٠٠٢)^(١) (الذي حلّ محله قانون الأونسيتيرال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة (٢٠١٨)^(٢)، وإنشاء عدة هيئات خاصة وعمومية تعرض خدمات الوساطة على الأطراف المهتمة. ويتوقف إنفاذ اتفاقات التسوية المنبثقة من الوساطة حالياً على القوانين الإجرائية والموضوعية المحلية، التي لا تزال تختلف اختلافاً كبيراً بشأن آثار اتفاق التسوية وعملية الإنفاذ.

(١) يرد نص قانون الأونسيتيرال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/57/17)، المرفق الأول.

(٢) يرد النص الرسمي لقانون الأونسيتيرال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لعام ٢٠١٨ في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والسبعون، الملحق...

وتعالج اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة^(٣) هذه المسألة من خلال توفير نظام فعال وموحد للاعتراف عبر الحدود باتفاقات التسوية التي صيغت على غرار اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام ١٩٥٨^(٤) التي لقيت نجاحاً كبيراً، وإنفاذ هذه الاتفاقات عبر الحدود.

١٤- كما أن إجراء الوساطة يتسم في العادة بأنه إجراء غير رسمي ومن السهل مباشرته، مما يجعله على العموم سريعاً وغير باهظ التكلفة. كما أن هذا الإجراء يكون خاصاً وسرياً في العادة، وإن كانت بعض الولايات القضائية تشجع على الشفافية في الوساطة التي تكون الهياكل العمومية طرفاً فيها، من خلال نشر اتفاقات التسوية، مثلاً. وقد يتولى الوسيط عدة أدوار، ويكون دوره أنشط عموماً من دور الميسر. وكثيراً ما يلجأ الوسيط إلى الطعن في سلامة مواقف الأطراف للتشديد على مواطن الضعف التي من شأنها في العادة أن تيسر التوصل إلى اتفاق، ثم إنه قد يقترح، إذا ما أُذن له بذلك، تصورات ممكنة للتسوية. وهذا الإجراء غير ملزم عموماً، وتتمثل مسؤولية الوسيط في تيسير التسوية بتوجيه انتباه الأطراف إلى مسائل معينة وإلى الحلول الممكنة لها، بدلاً من إصدار الأحكام. ويجدر القول إن هذا الإجراء مفيد خصوصاً عندما يكون هناك العديد من الأطراف المعنية، مما يجعل من الصعب تحقيق اتفاق بالمفاوضات المباشرة. وفي ضوء الآثار المالية والعملية المحتملة لاتفاق التسوية، ولأغراض الشفافية والمساءلة، قد يكون من المستصوب إخضاع تنفيذ اتفاق التسوية من جانب السلطة المتعاقدة للموافقة المسبقة من هيئة أعلى.

١٥- وإذا ما نصت الأطراف على الوساطة في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فسوف يتعين عليها تسوية مسائل إجرائية مختلفة من أجل زيادة الفرص المتاحة للتسوية. فتسوية تلك المسائل الإجرائية تصبح أيسر بكثير بإدراج إشارة مرجعية في متن العقد إلى مجموعة من القواعد، ومنها مثلاً قواعد الأونسيترال للتوفيق^(٥). وتجدد الإشارة إلى أن هناك مجموعات أخرى من قواعد الوساطة أعدتها منظمات دولية ووطنية مختلفة.

(٣) للاطلاع على النص الرسمي لـ "اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة"، كما هي معروفة، انظر قرار الجمعية العامة ١٩٨/٧٣ المؤرخة ٢٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٨.

(٤) للاطلاع على النص الرسمي لـ "اتفاقية نيويورك"، كما هي معروفة، انظر الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ٣٣٠، الرقم ٤٧٣٩، التي صدرت في سجل نصوص الاتفاقيات وغيرها من الصكوك المتعلقة بالقانون التجاري الدولي، المجلد الثاني (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.73.V.3).

(٥) للاطلاع على النص الرسمي لقواعد الأونسيترال للتوفيق، انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والثلاثون، الملحق رقم ١٧ (A/35/17)، الفقرة ١٠٦ (حولية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المجلد الحادي عشر، الجزء الأول، الفصل الثاني، ألف (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع E.81.V.8)). وقد صدرت قواعد الأونسيترال للتوفيق أيضاً في شكل كتيب (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.81.V.6). وأرفق بهذه القواعد شرط نموذجي للتوفيق، نصه كما يلي: "حينما يرغب الطرفان، في حالة حدوث نزاع ناجم عن هذا العقد أو يتصل به، في التماس تسوية ودية عن طريق التوفيق، يتم التوفيق طبقاً لنظام التوفيق للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي النافذ حالياً". وقد أوصت الجمعية العامة في قرارها ٥٢/٣٥ المؤرخ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٠ باستخدام قواعد الأونسيترال للتوفيق.

(ج) النظر في المنازعات التقنية بواسطة خبراء مستقلين

١٦- أثناء مرحلة التشييد، قد ترغب الأطراف في النظر في النص على ترتيبات لإحالة أنواع معينة من المنازعات إلى خبير مستقل يعينه الطرفان المتنازعان. وقد تكون هذه الطريقة مفيدة بصفة خاصة فيما يتعلق بالخلافات ذات الصلة بالجوانب التقنية من تشييد مرافق البنية التحتية (أي على سبيل المثال مسألة ما إذا كانت الأشغال مطابقة للمواصفات أو للمعايير التقنية التعاقدية).

١٧- ويجوز على سبيل المثال أن يعين الطرفان مفتش تصميم أو مهندساً مشرفاً، على التوالي، لإعادة النظر في الخلافات ذات الصلة بتفتيش التصميم والموافقة عليه، ويتقدم سير أشغال التشييد (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ...). وينبغي أن يكون لدى الخبراء المستقلين خبرة في تصميم وتشييد مشاريع مماثلة. كما ينبغي أن تبين في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص صلاحيات الخبير المستقل (مثلاً ما إذا كان للخبير المستقل أن يقدم توصيات أو يصدر قرارات ملزمة)، وكذلك الظروف التي يجوز بموجبها للطرفين التماس مشورة أو قرار من الخبير المستقل. وفي بعض مشاريع البنية التحتية الكبيرة، على سبيل المثال، يجوز للشريك الخاص التماس مشورة الخبير المستقل كلما طرأ خلاف بين الشريك الخاص والسلطة المتعاقدة حول ما إذا كانت جوانب معينة من التصميم أو أشغال التشييد مطابقة للمواصفات أو للالتزامات التعاقدية الواجب تطبيقها. وقد تكون إحالة مسألة ما إلى مفتش تصميم أو إلى مهندس مشرف، حسب الاقتضاء، ذات أهمية خاصة فيما يتعلق بالأحكام الواردة في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تشترط الموافقة المسبقة من جانب السلطة المتعاقدة على إجراءات معينة يقوم بها الشريك الخاص، ومنها مثلاً إصدار الإذن النهائي بتشغيل مرفق البنية التحتية (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرة ...).

١٨- وكثيراً ما يستخدم أسلوب الاستعانة بالخبراء المستقلين لأجل تسوية المنازعات التقنية التي تنشأ في إطار عقود التشييد، ومن الجائز كذلك استخدام مختلف الآليات والإجراءات التي طورت في سياق الممارسة المتبعة في صناعة التشييد، بعد إدخال ما يلزم من تعديلات عليها، فيما يتعلق بالشراكات بين القطاعين العام والخاص. ولكن تجدر الإشارة إلى أن نطاق المنازعات بين السلطة المتعاقدة والشريك الخاص ليس مماثلاً بالضرورة لنطاق المنازعات التي تنشأ عادة في إطار عقود التشييد. والسبب في ذلك أن الموقف الخاص لكل من السلطة المتعاقدة والشريك الخاص بمقتضى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ليس قابلاً للمقارنة تماماً بموقف كل من المالك ومنفذ الأشغال في إطار عقد التشييد. وعلى سبيل المثال، فالمنازعات بخصوص المبلغ الواجب دفعه إلى المتعاقد مقابل كم الأشغال المنفذة فعلاً، والتي كثيراً ما تنشأ في إطار عقود التشييد، ليست منازعات نمطية بالنسبة للعلاقات بين السلطة المتعاقدة والشريك الخاص، بما أن ذلك الشريك لا يتلقى عادة دفعات مالية من السلطة المتعاقدة مقابل أشغال التشييد المنفذة.

(د) هيئات النظر في المنازعات

١٩- كثيراً ما تنص عقود الشراكة الكبيرة بين القطاعين العام والخاص المتعلقة بالبنية التحتية على إنشاء هيئات مكونة من خبراء يعينهم الطرفان معاً، ربما بمساعدة سلطة يخول إليها التعيين، من أجل المساعدة في تسوية المنازعات التي قد تنشأ أثناء مراحل التشييد والتشغيل (يشار إليها في الدليل باسم "هيئات النظر في المنازعات"). ويمكن أن تكون هذه الهيئات دائمة أو مخصصة، حسب الحجم المتوقع للمنازعات وتقييم الأطراف لتكلفة وكفاءة كل بديل من البديلين. ويمكن للدعاوى التي ترفع إلى هيئات النظر في المنازعات أن تكون غير رسمية وعاجلة، ومكيفة لكي تلائم الخصائص التي تتميز بها المنازعة التي تدعى هذه الهيئات إلى تسويتها. ويجدر القول إن تعيين هيئة للنظر في المنازعات قد يحول دون تطور حالات سوء التفاهم أو الاختلافات بين الطرفين إلى منازعات رسمية من شأنها أن تستلزم التسوية في إجراءات تحكيمية أو قضائية. والواقع أن فعالية هذا الإجراء كأداة لاجتناب المنازعات تشكل أحد مواطن قوته، علماً بأن هيئة النظر في المنازعات قد تعمل أيضاً كآلية لتسوية المنازعات، وخصوصاً حينما تُمنح هذه الهيئة صلاحية إصدار قرارات ملزمة.

٢٠- وبعقبة إجراءات هيئة النظر في المنازعات، يلجأ الطرفان في العادة منذ مستهل المشروع إلى اختيار ثلاثة خبراء مشهود لهم بالمعرفة في ميدان المشروع لكي يكونوا الهيئة. ومن الجائز تبديل هؤلاء الخبراء إذا كان المشروع يشتمل على مراحل مختلفة قد تقتضي توفير خبرة فنية مختلفة (أي أن الخبرة الفنية اللازمة أثناء تشييد المرفق سوف تختلف عن الخبرة الفنية اللازمة أثناء إدارة الخدمة العمومية لاحقاً)، غير أن المعرفة المؤسسية قد تضيع إذا جرى تعويض الخبراء بشكل متكرر. وفي بعض مشاريع البنية التحتية الكبيرة تنشأ أكثر من هيئة واحدة من هذه الهيئات. فعلى سبيل المثال، قد تعنى إحدى هيئات النظر في المنازعات حصراً بالمنازعات المتعلقة بمسائل ذات طبيعة تقنية (مثلاً، التصميم الهندسي، ملائمة تكنولوجيا معينة، الامتثال للمعايير البيئية)، في حين قد تعنى هيئة أخرى بالمنازعات ذات الطبيعة التعاقدية أو المالية (فيما يخص على سبيل المثال مقدار التعويض الواجب دفعه عن التأخر في إصدار الرخص، أو الخلافات بشأن تطبيق صيغ تصحيح الأسعار). وينبغي أن يكون كل عضو في الهيئة خبيراً في النوع المعين الذي يندرج فيه المشروع، بما في ذلك الخبرة في تفسير وإدارة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وينبغي أن يتعهد بأن يظل محايداً ومستقلاً عن الطرفين. ومن الجائز تزويد هؤلاء الأشخاص بتقارير دورية عن تقدم عملية تشييد مرفق البنية التحتية أو عن تشغيله، حسب الاقتضاء، ومن الجائز أيضاً إعلامهم فوراً بالخلافات التي تنشأ بين الطرفين. كما يجوز أن يجتمعوا مع الطرفين، إما في مراحل زمنية منتظمة أو حين تقتضي الحاجة ذلك، لأجل النظر في الخلافات التي تنشأ واقتراح طرائق ممكنة لحل تلك الخلافات.

٢١- وبصفة أعضاء الهيئة وكلاء يسعون إلى تجنب نشوء المنازعات، يجوز لهم القيام بزيارات دورية إلى موقع المشروع، والاجتماع بالأطراف، والمواظبة على الاطلاع على تقدم سير العمل. فهذه الاجتماعات قد تساعد على استبانة أي احتمالات للتنازع بشكل مبكر، قبل أن تتفاقم وتتحوّل إلى منازعات حقيقية. وعند كشف احتمالات للتنازع، تبادر الهيئة إلى اقتراح حلول يرحح أن تكون مقبولة لدى الأطراف، بحكم ما يمتاز به أعضاؤها من دراية ومكانة جيدة. كما أن إحالة منازعة ما إلى الهيئة تحفز على قيام هذه الهيئة بعملية تقييم تجري على نحو غير رسمي،

ويجري ذلك في العادة عن طريق المناقشة مع الأطراف أثناء القيام بزيارة ميدانية منتظمة. وتتولى الهيئة ضبط المناقشة، ولكن تتاح لكل طرف الفرصة الكاملة لإبداء آرائه، وتكون لدى هيئة النظر في المنازعات الحرية في طرح الأسئلة وطلب تقديم مستندات وغيرها من الأدلة. وتتجلى في هذا الصدد مزايا التعجيل بإجراء جلسات الاستماع في موقع العمل عقب وقوع الأحداث وقبل تصلب المواقف الخصامية. ثم تعقد الهيئة جلسات مغلقة وتسعى إلى صياغة توصية أو قرار. وإذا لم تقبل الأطراف هذه المقترحات، ونشأت المنازعات بالفعل، فإن الهيئة تكون في وضعية فريدة تؤهلها - إذا ما أذنت لها الأطراف بذلك - للمبادرة إلى حل تلك المنازعات على نحو عاجل بفضل اطلاعها عن كثب على المشاكل والمستندات التعاقدية.

٢٢- ولكن باعتبار المدة الطويلة عادة التي تستمر خلالها الشراكات بين القطاعين العام والخاص، فإن كثيراً من الظروف الوثيقة الصلة بتنفيذها قد تتغير قبل نهاية المدة المحددة للامتياز. وفي حين أن تأثير بعض التغيرات قد يكون مشمولاً تلقائياً في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ...)، فإن ثمة تغيرات قد تكون عسيرة فلا تندرج بسهولة في إطار آلية للتعديل التلقائي، أو قد تفضل الأطراف استبعادها من إطار مثل تلك الآلية. ولذا فإن من المهم للأطراف الحرص على إنشاء آليات لمعالجة المنازعات التي قد تنشأ فيما يتعلق بالظروف المتغيرة. ولذلك أهمية خاصة في مرحلة تشغيل المشروع. وحيث تكون الأطراف قد اتفقت على قواعد تسمح بتنقيح شروط عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقب حدوث ظروف معينة، قد يطرح تساؤل عما إذا كانت تلك الظروف قد وقعت فعلاً، وإن كان الأمر كذلك، فكيف ينبغي تغيير الشروط التعاقدية أو تكملتها. وبغية تيسير فض المنازعات المحتملة واجتنباب السير نحو طريق مسدود في حال عدم مقدرة الأطراف على الاتفاق على تنقيح العقد، من المستصوب أن تعتمد الأطراف إلى توضيح ما إذا كان من الجائز أن تقوم هيئة النظر في المنازعات بتغيير أو تكملة بعض الشروط التعاقدية، وإلى أي مدى يجوز لها القيام بذلك. وقد يلاحظ في هذا السياق أن الأطراف قد لا يكون بمسئطاعها دائماً الاعتماد على هيئة تحكيمية أو محكمة محلية لهذا الغرض. ويلاحظ بالفعل في بعض النظم القانونية أنه ليست لدى المحاكم والمحكمين صلاحية تغيير أو تكملة الشروط التعاقدية. وفي إطار نظم قانونية أخرى، يجوز للمحاكم والمحكمين القيام بذلك فقط إذا أذنت لهم الأطراف صراحة بالقيام بذلك. وفي نظم قانونية أخرى، يجوز للمحكمين القيام بذلك ولكن لا يجوز ذلك للمحاكم.

٢٣- ويجوز أن يحدد القانون الناظم للإجراءات التحكيمية أو القضائية إلى أي مدى يمكن للأطراف أن تأذن للمحكمين أو للمحكمة بإعادة النظر في قرار صادر عن هيئة النظر في المنازعات. أما استبعاد إعادة النظر في ذلك القرار فله مزية هي أن قرار هيئة النظر في المنازعات يكون نهائياً وملزماً فوراً. بيد أن السماح بإعادة النظر في ذلك القرار يتيح للأطراف قدراً أكبر من الاطمئنان إلى أن ذلك القرار سوف يكون صائباً. والبنود الموجودة سابقاً بشأن هيئات النظر في المنازعات لم تكن تنص على أن توصياتها ستصبح ملزمة إذا لم يطعن فيها في إجراءات تحكيمية أو قضائية. ولكن يلاحظ في الممارسة المتبعة أن ما تنسم به التوصيات التي تصدر بالإجماع عن خبراء مستقلين متفق عليهم بين الطرفين من قدرة عامة على الإقناع قد أدى إلى قبول السلطات المتعاقدة وشركات المشاريع معاً بالتوصيات طوعاً، بدلاً من اللجوء إلى التحصم القضائي أو التحكيم. أما

الأحكام التعاقدية الحديثة بشأن هيئات النظر في المنازعات فتتص عادة على أن القرار الذي يصدر عن الهيئة، وإن كان غير ملزم للطرفين على الفور، من شأنه أن يصبح ملزماً ما لم يلجأ أحد الطرفين أو كلاهما إلى إحالة المنازعة إلى التحكيم أو إلى مباشرة دعوى قضائية في غضون فترة زمنية محددة. وإلى جانب تفادي التخاصم القضائي أو التحكيم اللذين يحتمل أن تطول مدتهما، كثيراً ما يضع الطرفان في الحسبان الصعوبة المحتملة في مواجهة ما قد تعتبره المحكمة أو هيئة التحكيم توصية قوية، من حيث إنها تكون صادرة عن خبراء مستقلين ملمين بالمشروع منذ البدء، وتستند إلى مراقبة معاصرة للمشروع قبل نشوء المنازعة للمرة الأولى ووقت نشوئها أيضاً.

٢٤- وقد توافق الأطراف على جعل قرار الهيئة نهائياً وملزماً، مع أن هذا نادر الحدوث جداً. ولكن ينبغي الإشارة إلى أنه على الرغم من اتفاق الأطراف على الالتزام بقرار الهيئة، فإنه يلاحظ في إطار الكثير من النظم القانونية أن القرار الصادر عن هيئة النظر في المنازعات، وإن كان ملزماً كعقد، قد لا يكون قابلاً للإنفاذ في إجراءات الدعاوى المستعجلة، مثل إجراءات إنفاذ قرار تحكيم، لأنه لا يتمتع بصفة قرار تحكيم. وإذا ما توخت الأطراف النص على إجراءات للبت في مسألة أمام هيئة النظر في المنازعات، فسوف يتعين عليها تسوية جوانب مختلفة من تلك الإجراءات في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ومن المستحسن أن يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بما أمكن من الدقة السلطات المخولة لهيئة النظر في المنازعات. أما فيما يتعلق بطبيعة الوظائف المناطة بالهيئة، فقد يأذن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لهيئة النظر في المنازعات بالقيام بتقرير الوقائع والأمر بتدابير مؤقتة. كما أنه قد يحدد الوظائف التي ينبغي أن تؤديها هيئة النظر في المنازعات، وكذلك نوع المسائل التي قد تعالجها. وإذا كان مسموحاً للأطراف بمباشرة إجراءات تحكيمية أو قضائية في غضون فترة محددة من الزمن بعد صدور القرار، فقد تنص الأطراف على أن تقرير الوقائع الذي تقوم به هيئة النظر في المنازعات ينبغي النظر إليه على أنه تقرير حاسم في الإجراءات التحكيمية أو القضائية. كما أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص قد يلزم أيضاً الأطراف بتنفيذ قرار صادر عن هيئة النظر في المنازعات بخصوص التدابير المؤقتة، أو قرار بشأن جوهر المسائل المحددة؛ وإذا ما تخلفت الأطراف عن القيام بذلك، فسيعتبر أنها تخلفت عن أداء التزام تعاقدي. أما بخصوص مدة وظائف الهيئة، فقد ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن تستمر الهيئة في أداء وظائفها لفترة معينة إلى ما بعد انقضاء أمد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه، من أجل معالجة المنازعات التي قد تنشأ في تلك المرحلة (على سبيل المثال، المنازعات بشأن وضعية الموجودات المسلمة إلى السلطة التعاقدية والتعويض المستحق عليها).

(هـ) هيئات الاحتكام في المنازعات

٢٥- في مشاريع البنى التحتية الكبيرة، قد تنص عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على آلية محددة لتسوية المنازعات من أجل تسوية المطالبات بين الأطراف. ومن بين هذه الآليات هيئة الاحتكام في المنازعات، حيث تسوي الأطراف المطالبات المتنازع بشأنها باستخدام إجراء متفق عليه يبت بموجبه في المطالبة المحتكم إليه (ويسمى أحياناً عضو هيئة الاحتكام في المنازعات) أو فريق مكون من ثلاثة من المحتكم إليهم. وعادة ما يرم الطرفان اللذان يسعيان إلى حل المنازعات

عن طريق هيئة لحل المنازعات اتفاقاً للاحتكام في المنازعات؛ وفي العادة، يبرم اتفاق الاحتكام في المنازعات هذا بين كلا الطرفين في العقد الأصلي للشراكة بين القطاعين العام والخاص والمحتكم إليه الوحيد أو الفريق المكون من ثلاثة محتكم إليهم. وعموماً، يصف اتفاق الاحتكام في المنازعات أيضاً إجراءات الاحتكام، بما في ذلك التزامات الأطراف في اتفاق الاحتكام في المنازعات، وشروط الدفع الخاصة بالمحتكم إليه أو المحتكم إليهم، والمنازعات بشأن القرار الذي يتخذه المحتكم إليه. وقد تنطوي المنازعات التي تنشأ في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أحياناً على مسائل حساسة تتعلق بالسياسة العامة وقد تكون لدى بعض الأطراف الثالثة مصلحة مشروعة في نتيجة الاحتكام. ولذلك، من المستصوب بالنسبة للسلطة المتعاقدة والشريك الخاص أن يضع ذلك في الاعتبار، ويتخذ ما قد يلزم من إجراءات من أجل تمكين هذه الأطراف الثالثة من تقديم آرائها أو الاطلاع على الإجراءات.^(٦) ويمكن أن يصبح اتفاق الاحتكام نافذاً في تاريخ بدء متفق عليه، أو حين يقوم كل من الطرفين والمحتكم إليه (أو المحتكم إليهم عندما يتعلق الأمر بفريق) بتوقيع الاتفاق، أي التاريخ كان الأقرب عهداً.

٢٦- وكما هو الشأن بالنسبة لهيئات النظر في المنازعات، يمكن لهيئات الاحتكام في المنازعات أن تكون هيئات دائمة، أو يجوز، من أجل التحكم في التكاليف، أن تُعين للنظر في منازعة معينة، حسب الحاجة. ويختار الطرفان المحتكم إليه أو فريق المحتكم إليهم الثلاثة. وعندما يتعلق الأمر بفريق، يعين كل طرف محتكما إليه واحداً لكي يوافق عليه الطرف الآخر، وبعد استشارة هذين المحتكم إليهما، يتفق الطرفان على المحتكم إليه الثالث الذي سيكون بمثابة رئيس هيئة الاحتكام في المنازعة. وعند اختيار المحتكم إليه، يستند الطرفان إلى عدة عوامل. وتشمل هذه العوامل عادةً عروضاً إيضاحية من المحتكم إليه حول خبرته في العمل الذي يتعين على المتعاقد إنجازه بموجب العقد، وتجربة المحتكم إليه في تفسير وثائق العقود والطلاقة اللغوية التي يتمتع بها المحتكم إليه في لغة التواصل المنصوص عليها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ويعين المحتكم إليه بصفته الشخصية ويتعين عليه عادةً أن يكفل التحلي بالنزاهة والاستقلالية وأن يوافق على ذلك، وهو ملزم بالإفصاح للطرفين عن أي حقائق أو ظروف قد تبدو متعارضة مع نزاهته واستقلاليتته.

٢٧- ويمكن للأطراف في اتفاق الاحتكام في المنازعات الطعن في تعيين المحتكم إليه بسبب غياب الاستقلالية، بصرف النظر عن أي إفصاح يقوم به أو لا يقوم به المحتكم إليه. ويجوز للطرف الذي يطعن في التعيين إحالة مسألة انعدام الاستقلالية إلى المؤسسة المعنية المنصوص عليها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو، إذا اعتبر ذلك ضرورياً أو من باب الحذر، إحالة هذه المسألة إلى مهني مستقل أو هيئة مهنية مستقلة من أجل استعراض الطعن وتقييمه. وإذا رأى المهني أو رأت الهيئة المهنية أن المحتكم إليه لم يعد مستقلاً بحسب اتفاق الاحتكام في المنازعة،

(٦) يمكن أن توضع هذه الإجراءات، مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال، على غرار قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول (للاطلاع على النص الرسمي "لقواعد الشفافية"، انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٧ والتصويب (A/68/17 و Corr.1)، المرفق الأول. استنسخت قواعد الشفافية أيضاً في شكل كتيب. وقد أوصت الجمعية العامة في قرارها ١٠٩/٦٨ المؤرخ ١٦ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٣ باستخدام قواعد الشفافية.

ينبغي فصل المحتكم إليه المعني وينبغي للمؤسسة المكلفة بالتعيين أن تعين محتكما إليه جديدا دون إبطال. وتشترك الأطراف عادة في تحمل تكاليف الطعن.

٢٨- وعلاوة على ذلك، يخضع المحتكم إليه للعديد من الالتزامات العامة. وتشمل الالتزامات النموذجية ألا تكون للمحتكم إليه أي مصلحة مالية أو غير مالية في المشروع، وألا يكون قد عمل من قبل بصفته مستشارا أو بصفة أخرى لدى أي طرف، وألا يصرح أن له أي صلة سابقة سواء مهنية أو شخصيا بالمشروع أو برب العمل، من بين الالتزامات الأخرى التي قد تتفق عليها الأطراف والمنصوص عليها في اتفاق الاحتكام في المنازعات. وفي بعض الحالات، يمكن للأطراف أن تتفق أيضاً على عدم تطبيق بعض الالتزامات، مثل عدم العمل في السابق كمستشار أو غير ذلك لدى أي طرف، إذا كانت هذه المعلومة قد أفصح عنها خطيا للطرف الآخر.

٢٩- وبالمثل، يخضع الطرفان نفسيهما للالتزامات عامة بموجب اتفاق الاحتكام في المنازعات كذلك. ويمكن أن تشمل هذه الالتزامات شروطا تنص على أن أيا من الطرفين لن يطلب النصح أو المشورة من المحتكم إليه بشأن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلا في السياق العادي لأنشطة هيئة الاحتكام في المنازعات بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص واتفاق الاحتكام في المنازعات، أو عندما يتفق الطرفان معا على إحالة المسألة إلى هيئة الاحتكام في المنازعات بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وعلاوة على ذلك، عادة ما يتعهد الطرفان بعدم تعيين المحتكم إليه كمحكم في أي عملية تحكيم بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو استدعائه كشاهد قصد تقديم أدلة من أجل أي عملية تحكيم بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وبإعفائه من أي مطالبات أو من المسؤولية عن أي فعل قام به أو أغفل القيام به في إطار الاضطلاع الفعلي أو المفترض بمهام عمله، إلا إذا تبين أن الفعل أو إغفال القيام به كان عن سوء نية. كما يلتزم الطرفان عادة بإعفاء المحتكم إليه من أي مطالبات متى أعفي من المسؤولية، وبوفاقان عادة على تعويض المحتكم إليه تكافليا وتضامنيا. وإذا طلب من المحتكم إليه إجراء زيارة ميدانية وحضور جلسة استماع، سيتعين على الطرف المحيل أيضاً أن يوفر درجة الأمن المناسبة بما يقابل مبلغا يعادل النفقات المعقولة التي سيتكبدها المحتكم إليه.

٣٠- ويمكن توضيح أجر المحتكم إليه في اتفاق الاحتكام في المنازعات أيضاً. وفي العادة، يوضح اتفاق الاحتكام في المنازعة العملة التي ستعتمد بالنسبة لأجر المحتكم إليه ومقدم الأتعاب والأتعاب اليومية وتسديد التكاليف المعقولة اللازمة، بما في ذلك السفر الضروري، أو أي ضرائب مفروضة. وينص على مقدم الأتعاب والأتعاب اليومية بالتفصيل ويمكن للأطراف أن تتفق على جعل هذه التكاليف ثابتة خلال فترة محددة. كما يتعين على الأطراف الدفع دون إبطاء ويتوقع من المحتكم إليهم أن يقدموا الفواتير مع وصف كاف للأنشطة المنجزة. كما يسمح اتفاق الاحتكام في المنازعات للأطراف بترتيب طريقة الدفع للمحتكم إليه. وإذا تعذر على الأطراف الاتفاق على المبلغ المخصص للمحتكم إليه، يقرره الكيان أو الموظف المكلف بالتعيين والوارد اسمه في المشروع. وإذا لم يدفع للمحتكم إليه في غضون فترة زمنية محددة بعد تقديم الفواتير الصحيحة، يمكن للمحتكم إليه أن يختار تعليق خدماته دون إشعار أو الاستقالة بإعطاء إشعار صحيح.

٣١- كما يتعين على المحتكم إليهم الأعضاء في هيئة الاحتكام في المنازعات اتباع القواعد الإجرائية المحددة في اتفاق الاحتكام في المنازعات. وتبين هذه القواعد الإجرائية ما يتعين على هيئة الاحتكام في المنازعات عمله خلال الزيارات الميدانية من حيث التوقيت وجدول الأعمال والانتظام؛ ويتعين عليها أيضاً أن تطلع على التقدم المحرز في المشروع أو أي مشاكل أو مطالبات محتملة أو قائمة وأن تظل على دراية بما يجد من تطورات في هذا الشأن. وعلاوة على ذلك، تبين هذه القواعد أيضاً بالتفصيل ما يتوقع من الطرفين عمله خلال جلسة الاستماع أو تقديم المطالبة، بما في ذلك موافاة هيئة الاحتكام في المنازعات بنسخة واحدة من جميع الوثائق التي قد تطالب بها هذه الهيئة، مع موافاة الطرف الآخر في نفس الوقت بنسخ منها في جميع الاتصالات التي تجري بين هيئة الاحتكام في المنازعات، وإذا كانت الهيئة تتكون من ثلاثة أشخاص، إرسال نسخ من جميع الوثائق المطلوبة إلى الأشخاص الثلاثة جميعهم.

٣٢- وتوضح القواعد الإجرائية أيضاً كيفية إجراء جلسات الاستماع المتعلقة بالمنازعات وكيف ينبغي معالجة حالات الغموض والأخطاء في الوقائع أو من حيث المبدأ التي تصدر عن هيئة الاحتكام في المنازعات. فمثلاً، إذا كانت هناك أخطاء في الوقائع أو من حيث المبدأ وإذا اتفق المحتكم إليهم الأعضاء في هيئة الاحتكام في المنازعات على أن القرار يتضمن أخطاء في الوقائع أو من حيث المبدأ خلال الفترة الزمنية المنصوص عليها، ينبغي لهيئة الاحتكام في المنازعات أن تحبر الأطراف بالخطأ وأن تصدر إضافة خطية إلى قرارها. وفي حالة وجود غموض، يطبق إجراء مماثل. وإذا رأى أي طرف أن القرار يتضمن غموضاً، يجوز لذلك الطرف أن يسعى إلى الحصول على توضيح من هيئة الاحتكام في المنازعات، وخلال فترة زمنية محددة تحسب من تاريخ تسلم ذلك الطلب، ينبغي لهيئة الاحتكام في المنازعات الرد عليه مع إرسال نسخة إلى الطرف الآخر. وإذا رأت هيئة الاحتكام في المنازعات أن القرار تضمن فعلاً خطأ أو غموضاً، يمكنها أن تصحح قرارها عن طريق إصدار إضافة إلى قرارها الأصلي.

٣٣- وتبين القواعد الإجرائية اختصاصات هيئة الاحتكام في المنازعات. وفي العادة، يسمح لهيئة الاحتكام في المنازعات بالتحقيق في الوقائع ورفض السماح بحضور الجلسات أو الاستماع للمرافعات لأي شخص عدا ممثلي الأطراف، ومواصلة الفصل في المنازعة في حال غياب أي طرف إذا ما اطمأنت هيئة الاحتكام في المنازعات إلى أنه تلقى إشعاراً بشأن جلسة الاستماع. ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن هذه الاختصاصات يمكن أن تكون مقيدة حسب الاتفاق المبرم بين الأطراف. وتشمل باقي اختصاصات هيئة الاحتكام في المنازعات، على سبيل المثال لا الحصر، تحديد الإجراءات التي ينبغي تطبيقها في البت في منازعة والبت في ولاية هيئة الاحتكام على المنازعات ونطاق أي منازعة تحال إليها، من بين اختصاصات أخرى حسبما تتفق عليه الأطراف.

٣٤- وخلال أي جلسة استماع بشأن وجهة أي حجج تقدمها الأطراف، لا يجوز لهيئة الاحتكام في المنازعات التعبير عن أي آراء. كما يتعين على هيئة الاحتكام في المنازعات أن تعقد جلسة خاصة بعد جلسة الاستماع من أجل إجراء المناقشات وإعداد قرارها وأن تسعى إلى التوصل إلى قرار بالإجماع. وإذا تعذر ذلك، ينبغي اتخاذ قرار بأغلبية المحتكم إليهم الذين يجوز لهم أن يطلبوا إلى المحتكم إليه الذي يمثل الأقلية إعداد تقرير خطي يرفق بقرار الهيئة عادة. وأخيراً، في

حالة الفريق المكون من ثلاثة محتكم إليهم، لا يمنع غياب أحد المحتكم إليهم المحتكم إليهما الآخرين من اتخاذ قرار إلا إذا لم توافق الأطراف على هذا الترتيب، وإذا كان المحتكم إليه الغائب هو الرئيس وأوعز إلى المحتكم إليهما الآخرين بألا يتخذا أي قرار.

٣٥- ويمكن للطرفين إنهاء خدمة المحتكم إليه من خلال آليات مختلفة، مثل موافاة المحتكم إليه بإشعار بإنهاء الخدمة وفقاً لاتفاق الاحتكام في المنازعات، أو إذا لم يمثل المحتكم إليه لاتفاق الاحتكام في المنازعات. وفي حالات إنهاء الخدمة هذه، يجب على الطرفين مع الاتفاق على إنهاء الخدمة حتى يكون صحيحاً. ويجوز للمحتكم إليه أيضاً أن ينهي مشاركته في هيئة الاحتكام في المنازعات إذا لم يمثل أحد الطرفين لاتفاق الاحتكام في المنازعات. ومع ذلك، إذا لم يمثل المحتكم إليه لأي من الالتزامات الواردة في اتفاق الاحتكام في المنازعات، لا يحق لهذا المحتكم إليه تقاضي أي أتعاب أو نفقات وقد يتعين عليه أن يرد للطرفين أي أتعاب ونفقات تسلمها من أجل الإجراءات أو القرارات التي تصبح لاغية أو باطلة بسبب عدم امتثال المحتكم إليه. وفي حالة نشوء أي منازعة أو مطالبة عن مخالفة أحكام اتفاق الاحتكام في المنازعة أو إنهائه أو بطلانه، يمكن للطرفين الاتفاق على تسوية تلك المنازعات أو المطالبات عن طريق التحكيم المؤسسي. وقبل ذلك يمكن للطرفين أن يتفقا في اتفاق الاحتكام في المنازعات على الترتيبات المتعلقة بتعيين مؤسسة التحكيم أو المحكم، أو قواعد التحكيم.

٣٦- ولا يقتصر دور هيئة الاحتكام في المنازعات فقط على النظر في المنازعات المحالة إليها من خلال الآلية الرسمية لهيئة الاحتكام في المنازعات؛ إذ يمكن لهيئة الاحتكام في المنازعات المساعدة في حل القضايا التي يشترك الطرفان في إحالتها إليها. ويمكن للطرفين أن يطلبوا إلى هيئة الاحتكام في المنازعات تقديم المساعدة و/أو إجراء مناقشات غير رسمية والسعي إلى تسوية أي خلاف قد يكون نشأ بين الطرفين أثناء تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ويمكن للمساعدة غير الرسمية أن تقدم خلال اجتماعات أو زيارات ميدانية، أو غيرها من المناسبات، ما دام الطرفان حاضرين معاً في الاجتماع المعني، ما لم يتفق على خلاف ذلك. غير أن الطرفين لا يكونان ملزمين بالتصرف وفقاً لأي مشورة مقدمة خلالها، ولا تكون هيئة الاحتكام في المنازعات ملزمة بأي عملية تجرى أو قرار يصدر مستقبلاً بشأن تسوية المنازعات أو أي آراء يعبر عنها أثناء عملية تقديم المساعدة غير الرسمية.

٣٧- وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تعتمد هيئات الاحتكام في المنازعات باعتبارها الطريقة المفضلة لحل المنازعات تنص عادة على أن قرار هيئة الاحتكام في المنازعات نهائي وملزم بطبيعته. وفي بعض عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، توجد أحكام تنص على حق أي طرف من الطرفين في تقديم إشعار بعدم الرضى أو ما شابهه من الإشعارات في غضون فترة معينة. وعند انقضاء الفترة المحددة، يصبح هذا القرار الذي أصدرته هيئة الاحتكام في المنازعات نهائياً وملزماً. وإذا قدم هذا الإشعار بعدم الرضى، يكون الطرفان ملزمين بتسوية المنازعة ودياً؛ وإذا تعذر عليهما تسوية المنازعة ودياً، يمكنهما الشروع في التحكيم من أجل حلها. بيد أن إجراءات التحكيم يمكن أن تبدأ في اليوم الأخير من الفترة المعينة لكي يقدم أحد الطرفين إشعاراً بعدم الرضى حتى وإن لم تكن هناك أي محاولة لتسوية المنازعة ودياً.

(و) التحكيم

٣٨- تزايد اللجوء إلى التحكيم من أجل تسوية المنازعات التي تنشأ في إطار الشراكات بين القطاعين العام والخاص. وفي بعض النظم القانونية، ينص القانون على اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة في إطار العقود العمومية، بما في ذلك عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ويستخدم التحكيم عادة، على حد سواء لأجل تسوية المنازعات التي تنشأ أثناء تشييد أو تشغيل مرفق البنية التحتية، وتسوية المنازعات ذات الصلة بانقضاء أمد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه. ويفضل اللجوء إلى التحكيم المستثمرون والمقرضون من القطاع الخاص، ويشترطونه في العديد من الحالات، لأنّ بوسع الأطراف تنظيم إجراءات دعاوى التحكيم على نحو أقلّ خضوعاً للشكليات من إجراءات الدعاوى القضائية، وأكثر ملاءمة لاحتياجات الأطراف وللسمات الخاصة التي تتصف بها المنازعات التي يحتمل أن تنشأ في إطار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. كما تستطيع الأطراف أن تختار كمحكّمين أشخاصاً من ذوي المعرفة الناجمة عن الخبرة في النوع المعين الذي ينضوي في إطاره المشروع. ويمكن للأطراف أيضاً اختيار المكان الذي يراد أن تنجز فيه إجراءات التحكيم. وتستطيع الأطراف أيضاً اختيار اللغة أو اللغات المراد استخدامها في إجراءات التحكيم. ويجدر القول إنّ إجراءات التحكيم قد تكون أقلّ عرقلة لعلاقات الأعمال التجارية بين الأطراف من الدعاوى القضائية. كما أنّ القبول الواسع النطاق باتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها لعام ١٩٥٨ ييسر إنفاذ قرارات التحكيم في بلدان غير البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم. وإمكانية الإبقاء على سرية إجراءات التحكيم - مقابل الإجراءات القضائية التي تكون متاحة للجمهور عموماً بطبيعتها - سبب إضافي أثّر بشكل شائع في الماضي لتبرير اختيار الأطراف للتحكيم في المنازعات التجارية.

٣٩- وفيما يتعلق على الخصوص بمشاريع البنية التحتية التي يشترك فيها مستثمرون أجانب، تجدر الإشارة إلى أنّ توفير إطار لتسوية المنازعات بين السلطة المتعاقدة والشركات الأجنبية المشاركة في اتحاد شركات مشروع ما قد يكون متاحاً من خلال الانضمام إلى اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ورعايا دول أخرى.^(٧) وقد أنشئ بموجب هذه الاتفاقية، التي انضمت إليها حتى الآن ١٥٤ دولة، المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية وهو منظمة دولية مستقلة لها روابط وثيقة بالبنك الدولي. ويوفر المركز مرافق لتسهيل الوساطة والتحكيم بشأن المنازعات بين البلدان الأعضاء والمستثمرين الذين يعتبرون رعايا بلدان أعضاء أخرى. واللجوء إلى المركز التماساً للوساطة والتحكيم طوعي. إلّا أنه عند إبداء الأطراف في عقد أو منازعة موافقتها على اللجوء إلى الوساطة بمقتضى اتفاقية المركز، لا يستطيع أيٌّ منها أن يسحب موافقته أحادياً. وتقتضي الاتفاقية من كافة أعضاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، سواء أكانوا أو لم يكونوا أطرافاً في المنازعة، الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة عن المركز وإنفاذها. ومن الجائز للأطراف في تحكيم المركز أن تعطي موافقتها بشأن منازعة قائمة، أو بخصوص صنف محدد من المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل. بيد أنه لا حاجة إلى إبداء موافقة الأطراف صراحة فيما يتعلق بمشروع معين؛ إذ من الجائز لأيّ بلد مضيف أن يتيح الإمكانية في تشريعاته المتعلقة

(٧) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ٥٧٥، الرقم ٨٣٥٩.

بتشجيع عروض الاستثمار لإخضاع المنازعات التي تنشأ عن أصناف معينة من الاستثمارات للولاية القضائية للمركز، ومن الجائز للمستثمر أن يعطي موافقته بقبول العرض المتاح كتابة. وكثيراً ما تستخدم قواعد الأونسيترال للتحكيم في التحكيم الاستثماري أيضاً. غير أنه في السنوات الأخيرة، كان هناك توجه متزايد نحو تعزيز الشفافية في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وهو ما تشجع عليه قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ("قواعد الشفافية")،^(٨) التي اعتمدت في عام ٢٠١٣ واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول (نيويورك، ٢٠١٤) ("اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية")^(٩).

٤٠ - كما أن اتفاقات الاستثمار الثنائية قد توفر أيضاً إطاراً لتسوية المنازعات بين السلطة المتعاقدة والشركات الأجنبية بخصوص المواضيع التي تغطيها اتفاقات الاستثمار الثنائية. وفي مثل هذه المعاهدات، يلاحظ عادة أن الدولة المضيفة تقدم للمستثمرين، الذين يعتبرون من رعايا الدول الموقعة الأخرى، تأكيدات و ضمانات مختلفة (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرات...)، وتعرب عن موافقتها على التحكيم، وذلك على سبيل المثال بإحالة المنازعة إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية أو إلى هيئة تحكيم تطبق قواعد الأونسيترال للتحكيم.^(١٠)

١٠٠ الحضانة السيادية

٤١ - قد يرغب المشرع في أن يستعرض قوانينه المتعلقة بالحضانة السيادية وأن يوضح ما قد يراه مستصوباً من مجالات يجوز أو لا يجوز فيها للسلطات المتعاقدة الدفع بالحضانة السيادية. وعندما يكون التحكيم مسموحاً به ومتفقاً عليه بين الأطراف في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، قد يحدث أن يُحبط أو يُعرق تنفيذ الاتفاق على التحكيم إذا كان بمسئطاع السلطة المتعاقدة الدفع بالحضانة السيادية، إما كمانع يحول دون الشروع في إجراءات التحكيم

(٨) للاطلاع على النص الرسمي للقواعد المتعلقة بالشفافية، انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٧ والتصويب (A/68/17 و Corr.1)، المرفق الأول. وصدرت القواعد المتعلقة بالشفافية أيضاً في شكل كتيب. وقد أوصت الجمعية العامة في قرارها ١٠٩/٦٨ المؤرخ ١٦ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٣ باستخدام قواعد الشفافية.

(٩) اعتمدتها الجمعية العامة في قرارها ١١٦/٦٩ المؤرخ ١٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٤. ودخلت حيز النفاذ في ١٨ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٧، الأمم المتحدة، الرقم ٥٤٧٤٩ (بخصوص وضع اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية ونصها الرسمي، انظر الموقع الشبكي:

www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html).

(١٠) صدر النص الرسمي لقواعد الأونسيترال للتحكيم، بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠، في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والأربعون، الملحق رقم ١٧ (A/43/17)، المرفق الأول (حولية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المجلد الحادي والأربعون، ٢٠١٠، الجزء الأول، الفصل الأول، ألف، المرفق الأول (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع: E.13.V.8). وقد صدرت قواعد الأونسيترال للتحكيم، بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠، أيضاً في شكل كتيب (الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠١١). وأرفق بهذه القواعد شرط نموذجي للتحكيم، نصه كما يلي: "كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو لإنهائه أو بطلانه، يسوى بطريقة التحكيم وفقاً لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي". وقد أوصت الجمعية العامة في قرارها ٢٢/٦٥ المؤرخ ٦ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠ باستخدام قواعد الأونسيترال للتحكيم.

وإما كدفاع تدراً به عنها الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه. والقانون لا يكون واضحاً بشأن هذه المسألة في بعض الأحيان، مما قد يثير دواعي قلق لدى الأطراف المعنية (على سبيل المثال، الشريك الخاص ومؤسسو المشروع والمقرضون) تحسباً لاحتمال عدم سريان مفعول اتفاق التحكيم. وبغية معالجة تلك الشواغل المحتملة، من المستصوب إعادة النظر في القانون بشأن هذا الموضوع وتبيان إلى أي مدى يمكن للسلطة المتعاقدة التذرع بالحصانة السيادية.

٤٢- وإضافة إلى ذلك، فالسلطة المتعاقدة التي صدر ضدها قرار تحكيم قد تلجأ إلى الدفع بالحصانة درءاً لتنفيذ حجز على ممتلكات عمومية. وهناك طائفة من النهج المتباينة في معالجة مسألة الحصانة السيادية من تنفيذ الحجز. فعلى سبيل المثال، بمقتضى بعض القوانين الوطنية، لا تشمل الحصانة الهيئات الحكومية عند قيامها بأنشطة تجارية. وفي بعض القوانين الوطنية الأخرى، يلزم وجود صلة تربط بين الممتلكات المراد حجزها والمطالبة، على سبيل المثال من حيث عدم إمكانية الدفع بالحصانة بشأن أموال مخصصة لنشاط اقتصادي أو تجاري يخضع للقانون الخاص الذي تقوم عليه المطالبة، أو عدم إمكانية الدفع بالحصانة بشأن الموجودات التي تجنّبها الدولة للقيام بأنشطتها التجارية. وفي بعض البلدان، يرتأى أن على الحكومة أن تثبت أن الموجودات المراد حجزها تستخدم في أغراض غير تجارية.

٤٣- كما يلاحظ في بعض العقود، التي تتعلق بهيئات يمكن أن تلجأ إلى الدفع بالحصانة السيادية، أنها تتضمن أحكاماً تشترط بأن تنازل الحكومة عن حقها في الدفع بالحصانة السيادية. وقد ترد مثل هذه الموافقة أو التنازل في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو في اتفاق دولي؛ إذ قد يكون مقصورياً على الاعتراف بأن ممتلكات معينة تستخدم أو يعتزم استخدامها لأغراض تجارية. وقد يكون استخدام تلك الأحكام المكتوبة ضرورياً نظراً لعدم وضوح ما إذا كان إبرام اتفاق تحكيم وكذلك مشاركة هيئة حكومية في إجراءات التحكيم يشكل تنازلاً ضمناً عن الحصانة السيادية من الخضوع لتنفيذ الحجز.

٢٠٠٦ نفاذ اتفاق التحكيم ووجوبية إنفاذ قرار التحكيم

٤٤- يعتمد نفاذ أي اتفاق على التحكيم على النظام التشريعي السائد في البلد حيث يوجد مقر هيئة التحكيم. فإذا كان النظام التشريعي الخاص بالتحكيم في ذلك البلد المضيف يعتبر غير مرض، وذلك على سبيل المثال حيث يتبين أنه يفرض قيوداً غير معقولة على استقلالية الأطراف، فقد يرغب طرف ما في الاتفاق على مكان تحكيم خارج البلد المضيف. ولذا، فمن المهم للبلد المضيف أن يضمن أن النظام التشريعي المحلي الخاص بالتحكيم في وسعه أن يسوي المسائل الإجرائية الرئيسية بطريقة مناسبة لقضايا التحكيم الدولية. ويرد مثل هذا النظام في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي ("القانون النموذجي للتحكيم").^(١١) أمّا إذا جرى

(١١) صدر النص الرسمي للقانون النموذجي للتحكيم، بصيغته المعتمدة في عام ١٩٨٥، في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الأربعون، الملحق رقم ١٧ (A/40/17)، المرفق الأول (حولية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المجلد السادس عشر، ١٩٨٥، الجزء الثالث، المرفق الأول) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع E.87.V.4). وصدر النص الرسمي للمواد المنقحة من القانون النموذجي للتحكيم، بصيغته المعتمدة في عام ٢٠٠٦، في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والأربعون، الملحق رقم ١٧ (A/43/17)، المرفق

التحكيم خارج البلد المضيف، أو إذا كان سيتعين أن ينفذ في الخارج قرار تحكيم صدر في البلد المضيف، فسيعتمد نفاذ اتفاق التحكيم أيضاً على التشريعات النازمة للاعتراف بقرارات التحكيم وإنفاذها. ويجدر القول إن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها (انظر الفقرة ...) تعني بجملة أمور ومنها الاعتراف باتفاق التحكيم والأسباب التي يجوز بموجبها للمحكمة أن ترفض الاعتراف بقرار تحكيم أو إنفاذه. وبات ينظر الآن عموماً إلى هذه الاتفاقية باعتبارها توفر نظاماً مقبولاً ومتوازناً للاعتراف بقرارات التحكيم وإنفاذها. كما أن كون البلد المضيف طرفاً في الاتفاقية من المرجح أن يعتبر عنصراً حاسماً في تقدير اليقين القانوني الذي تتسم به التعهدات الملزمة، ومدى التعويل على التحكيم كطريقة لحل المنازعات مع أطراف من البلد بواسطة التحكيم. ومن شأنها أيضاً أن تيسر إنفاذ قرار تحكيم صدر في البلد المضيف، في الخارج.

(ز) الإجراءات القضائية

٤٥- بحسب ما أشير إليه من قبل، توجد نظم قانونية تكون فيها تسوية المنازعات التي تنشأ عن اتفاقات تتعلق بتوفير خدمات عمومية مسألة تندرج ضمن الاختصاص الحصري للأجهزة القضائية أو الإدارية المحلية. وفي بعض البلدان، تفتقر الهيئات الحكومية إلى صلاحية الموافقة على التحكيم، إلا في ظروف معينة (انظر الفقرات ...)، في حين تكون لدى الأطراف في نظم قانونية أخرى الحرية في الاختيار بين الإجراءات القضائية وإجراءات التحكيم.

٤٦- وحيث يكون ممكناً للأطراف الاختيار بين الإجراءات القضائية والإجراءات التحكيمية، قد ترى السلطة المتعاقدة أسباباً لترك أمر حل أي منازعة لمحاكم البلد المضيف؛ إذ إن تلك المحاكم تكون ملزمة بقانون البلد، الذي كثيراً ما يتضمن تشريعات تعني بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على وجه التحديد. وعلاوة على ذلك، قد تفضل السلطة المتعاقدة أو غيرها من الهيئات الحكومية المعنية بالمنازعة المحاكم المحلية بسبب إلمامها بإجراءات المحاكم ولغة الإجراءات. ورغم أن البلدان قد لا يكون لديها جميعها قضاة مدربين أو لديهم الخبرة في أنواع المنازعات التي تنشأ في إطار مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فتوجد لدى بعض البلدان محاكم متخصصة في العقود التجارية أو العمومية المعقدة، وقواعدها المتعلقة بالإجراءات المدنية أو الإدارية قد تمكن القضاة من الحصول على المشورة من الخبراء، عند الاقتضاء. كذلك، كلما كانت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تنطوي على مسائل تتصل بالنظام العام وحماية المصلحة العامة، فإن محاكم الدولة قد تُعتبر أقدر على تفعيلها على النحو الصحيح.

٤٧- بيد أن مثل هذا الرأي قد لا تتقاسمه السلطة المتعاقدة والمستثمرون والممولون المحتملون وأي أطراف أخرى من القطاع الخاص. فقد تعتبر هذه الأطراف أن التحكيم أفضل من الإجراءات القضائية، لأن التحكيم الذي يخضع للاتفاق بين الأطراف بدرجة أكبر من الإجراءات القضائية،

الأول. وقد صدر النص المجمع للقانون النموذجي للتحكيم أيضاً في شكل كتيب (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.08.V.4). وأوصت الجمعية العامة، في قرارها ٧٢/٤٠ المؤرخ ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٥ بأن تولي جميع الدول الاعتبار الواجب للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي نظراً لاستصواب توحيد قانون الإجراءات التحكيمية والاحتياجات الخاصة لممارسة التحكيم التجاري الدولي. وأعادت الجمعية العامة تأكيد هذه التوصية في قرارها ٣٣/٦١ المؤرخ ٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٦.

يمكن الأطراف من مواءمة الإجراءات حسب احتياجاتها. وعلاوة على ذلك، وبالنظر إلى دقة المسائل التقنية والتعقدات البالغة التي تنطوي عليها مشاريع البنية التحتية، قد تكون للأطراف مصلحة في أن تسوَّى منازعاتها عن طريق المحكمين المختارين بالنظر إلى معارفهم وخبراتهم الخاصة. وقد يكون المستثمرون من القطاع الخاص، وخصوصاً الأجانب منهم، غير راغبين في الخضوع للولاية القضائية للمحاكم المحلية التي تعمل بمقتضى قواعد لا يألفونها. وفي بعض البلدان، تبين أن السماح للأطراف باختيار آلية تسوية المنازعات قد ساعد على اجتذاب استثمارات أجنبية من أجل تنمية البنى التحتية لديها.

٤٨- وعند النظر فيما إذا كان ينبغي حل أيِّ منازعة بواسطة إجراءات قضائية، أو ما إذا كان ينبغي إبرام اتفاق على التحكيم، حيث يكون مثل هذا الخيار مسموحاً به بموجب القانون المنطبق، تشمل العوامل التي تضعها الأطراف في الاعتبار عادة، على سبيل المثال، ثقة الأطراف بأن المحاكم المختصة بالفصل في المنازعة ستكون غير منحازة وبأن المنازعة ستسوّى دون تأخير مغالى فيه. ومن العوامل الإضافية التي ينبغي وضعها في الحسبان كفاءة النظام القضائي الوطني وتوافر أشكال من الانتصاف القضائي تلائم المنازعات التي قد تنشأ في إطار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. كما سيتعين على الأطراف النظر في تحديد هيئة تسوية المنازعات الأقدر على معالجة المسائل التقنية في المجال الذي قد تنشأ فيه المنازعات في إطار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

جيم - المنازعات بين مؤسسي المشروع وبين الشريك الخاص ومقرضيه والمتعاقدين معه ومورديه

٤٩- تسلم القوانين المحلية عموماً بأن تكون لدى الأطراف في المعاملات التجارية، وخصوصاً المعاملات التجارية الدولية، الحرية في الاتفاق على هيئة الحكم التي سوف تسوي بقرار ملزم أيِّ منازعة قد تنشأ بين تلك الأطراف. أمّا في المعاملات الدولية، فقد أصبح التحكيم الأسلوب المفضل، سواء أسبقته الوساطة أو اقترن بها أم لا. أمّا العقود بين الشريك الخاص ومقرضيه والمتعاقدين معه ومورديه بشأن مشاريع البنية التحتية، فهي تعتبر عموماً اتفاقات تجارية. وتبعاً لذلك تكون في العادة لدى الأطراف في تلك العقود حرية اختيار الطريقة التي تفضلها لتسوية المنازعات، والتي تشمل التحكيم في معظم الحالات. غير أن المقرضين، وإن كانوا في معظم الحالات يفضلون التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (وكذلك - بقدر متزايد - لتسوية المنازعات التي تنشأ بين مختلف المقرضين)، يفضلون في كثير من الأحيان الإجراءات القضائية لتسوية منازعاتهم مع الشريك الخاص التي تنشأ عن اتفاقات القروض. وحيثما يكون التحكيم هو الطريقة المفضلة تود الأطراف عادة أن يكون بوسعها اختيار مكان التحكيم وتقرير ما إذا كان ينبغي أن تتولى مؤسسة تحكيم النظر في أيِّ قضية تحكيم معينة. ومن ثم فإن خير نصح يسدى إلى البلدان المضيفة الراغبة في إقرار مناخ قانوني مؤات للشراكات بين القطاعين العام والخاص هو أن تعيد النظر في قوانينها ذات الصلة بهذه العقود التجارية لكي تزيل أيَّ ارتياب بشأن حرية الأطراف في الاتفاق على آليات لتسوية المنازعات يختارونها هم أنفسهم.

دال- المنازعات التي تشمل زبائن مرفق البنية التحتية أو مستعمليه

٥٠- تبعا لنوع المشروع، يمكن أن يوفر الشريك الخاص سلعا أو خدمات لطائفة متنوعة من الأشخاص والهيئات، ومنها على سبيل المثال شركات المنفعة العامة التي تملكها الحكومة وتشتري الكهرباء أو المياه من الشريك الخاص لكي تعيد بيعهما للمستعملين النهائيين؛ أو شركات تجارية، مثل شركات الخطوط الجوية أو شركات الشحن التي تتعاقد على استخدام مطار أو ميناء؛ أو أفراد يدفعون مبلغا مقابل استخدام طريق تفرض عليه رسوم مرور. أما الاعتبارات والسياسات العامة المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العلاقات القانونية فقد تختلف بحسب اختلاف ماهية الأطراف، والشروط التي توفر بموجبها الخدمات، والنظام التنظيمي الواجب تطبيقه في هذا الصدد.

٥١- وبالإضافة إلى الشروط الخاصة المنصوص عليها في التشريعات المحددة، عندما يكون الأفراد هم المستفيدون النهائيون من الخدمات التي يقدمها الشريك الخاص، قد تنطبق أيضا قواعد خاصة تتعلق بحماية المستهلك (بالنسبة لقوانين حماية المستهلك، انظر أيضا الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرتان ٤٥ و ٤٦). وهكذا، ففي بعض البلدان، يلزم القانون مقدمي الخدمات العمومية بإنشاء آليات مبسطة وفعالة خاصة لمعالجة المطالبات المقدمة من جانب زبائنهم. وعادة ما تكون مثل هذه الرقابة التنظيمية الخاصة مقصورة على قطاعات صناعية معينة وتنطبق على مشتريات السلع أو الخدمات. وقد تطبق المستلزمات القانونية التي تشترط إنشاء مثل هذا النوع من آليات تسوية المنازعات عموماً على المطالبات المقدمة من جانب أي زبائن الشريك الخاص، أو قد تكون مقصورة على الزبائن الذين هم أفراد يتصرفون بصفته الشخصية غير التجارية. كما أن التزام الشريك الخاص قد يكون مقصوراً على إنشاء آلية لتلقي ومعالجة الشكاوى الواردة منفرادى الزبائن. وقد تشمل تلك الآلية على مرفق خاص أو دائرة خاصة ينشأ أو تنشأ ضمن إطار شركة المشروع لأجل تلقي ومعالجة المطالبات على نحو عاجل، وذلك على سبيل المثال بإتاحة السبل للزبائن للحصول على استمارات إلكترونية موحدة لتقديم المطالبات أو أرقام هاتف مجانية لتقديم شكاواهم بشأن ما لحق بهم من غبن. أما إذا لم تحل المسألة على نحو مرضٍ، فقد يكون للزبون الحق في رفع شكوى إلى هيئة تنظيمية، إن وجدت، وقد تكون لهذه الهيئات التنظيمية في بعض البلدان سلطة إصدار قرار ملزم بشأن المسألة. وكثيراً ما تكون تلك الآليات اختيارية للزبائن، كما أنها في العادة لا تحول دون لجوء الأشخاص المتظلمين إلى المحاكم.

٥٢- أما إذا كان الزبائن شركات منفعة عمومية (مثلاً، شركة لتوزيع الطاقة الكهربائية) أو منشآت تجارية (على سبيل المثال، مصنع كبير يشتري الطاقة مباشرة من منتج مستقل)، لها الحرية في اختيار الخدمات التي يقدمها الشريك الخاص والتفاوض على شروط عقودها، حينذاك تلجأ الأطراف عادة إلى تسوية أي منازعات بالطرائق المعتادة في العقود التجارية، بما في ذلك التحكيم. وبناء عليه، قد لا تكون هناك حاجة إلى معالجة تسوية هذه المنازعات في التشريعات ذات الصلة بالشركاكات بين القطاعين العام والخاص. ولكن حيث يكون زبائن الشريك الخاص هيئات تملكها الحكومة، قد تكون مقدرتها على الاتفاق على طرائق تسوية المنازعات مقيدة بقواعد القانون الإداري الذي ينظم تسوية المنازعات التي تشمل هيئات حكومية. وبالنسبة للبلدان الراغبة في إتاحة المجال لاستخدام طرائق غير قضائية، بما في ذلك التحكيم، من أجل تسوية

المنازعات بين الشريك الخاص وزبائنه من هيئات تملكها الحكومة، من المهم إزالة العقبات القانونية المحتملة وتوفير إذن صريح لتلك الهيئات بالاتفاق على طرائق تسوية المنازعات (انظر الفقرات ...).

خامساً- تسوية المنازعات

الحكم النموذجي ٥٥- المنازعات بين السلطة المتعاقدة والشريك الخاص

تسوى أيُّ منازعات بين السلطة المتعاقدة والشريك الخاص من خلال آليات لتسوية المنازعات يتفق عليها الطرفان في عقد الامتياز.^(٤٧)

الحكم النموذجي ٥٦- المنازعات التي تشمل زبائن مرفق البنية التحتية أو مستعمليه

حيثما يقوم الشريك الخاص بتوفير خدمات للجمهور أو يشغل مرافق للبنية التحتية متاحة للجمهور، يجوز للسلطة المتعاقدة إلزام الشريك الخاص بإنشاء آليات تتسم بالبساطة والفعالية لمعالجة المطالبات التي يقدمها زبائنه أو مستعملو مرفق البنية التحتية أو أطراف أخرى متأثرة بالمشروع.

الحكم النموذجي ٥٧- المنازعات الأخرى

- ١- يكون للشريك الخاص ومساهميه الحق في اختيار الآليات المناسبة لتسوية المنازعات فيما بينهم.
- ٢- يكون الشريك الخاص حراً في الاتفاق على الآليات المناسبة لتسوية المنازعات بينه وبين مقرضيه ومقاوليه ومورديه وسائر الشركاء التجاريين.

(٤٧) يمكن للدولة المشترعة أن توفر في تشريعاتها آليات لتسوية المنازعات تلائم بشكل أفضل احتياجات الشراكات بين القطاعين العام والخاص.