

A**الأمم المتحدة**Distr.
GENERAL

A/CN.9/458/Add.2

22 January 1999

ARABIC

ORIGINAL: ENGLISH

الجمعية العامة

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
 الدورة الثانية والثلاثون
 فيينا ، ١٧ أيار/مايو - ٤ حزيران/يونيه ١٩٩٩

مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص

**مشاريع فضول لدليل تشريعي بشأن مشاريع
 البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص**

تقرير الأمين العام

اضافة

الفصل الأول - اعتبارات تشريعية عامة**المحتويات****الفقرات الصفحة**

٢	توصيات تشريعية
٥	٥٥-١	ملاحظات بشأن التوصيات التشريعية
٥	١٥-١	ألف - ملاحظات عامة
٥	٥-٢	١ - القانون المستوري ومشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص
٦	١١-٦	٢ - اختيار النهج التشريعي
٨	١٥-١٢	٣ - النظام القانوني لمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص
٩	٢٥-١٦	باء - نطاق السلطة المخولة بمنح الامتيازات

الفقرات الصفحة

٩	١٨-١٧	الوكالات المأئونة ومبادرات النشاط ذات الصلة	- ١
١٠	٢٢-١٩	الغرض من الامتيازات ونطاقها	- ٢
١١	٢٥-٢٣	امتلاك البنية التحتية واستخدامها	- ٣
١٢	٣٢-٢٦	جيم - التنسيق الإداري	
١٢	٢٨-٢٧	١ - تنسيق التدابير التحضيرية	
١٣	٣٢-٢٩	٢ - الترتيبات اللازمة لتسهيل اصدار الرخص والأنون	
١٤	٥٥-٣٣	دال - السلطة المخولة بتنظيم خدمات البنية التحتية	
١٥	٤٩-٣٦	١ - الهيئات الرقابية	
١٩	٥٥-٥٠	٢ - العمليات والإجراءات الرقابية	

توصيات تشريعية

اعتبارات عامة (الفقرات ١٥-١)

(١) ينبغي أن يوفر القانون للسلطات المتعاقدة في البلد المضيف الصلاحية الشرعية الضرورية لمنع امتيازات لانشاء البنية التحتية وتشغيلها . ومن المستصوب اعادة النظر في الأحكام الدستورية الراهنة بغية القضاء على القيود غير المرغوب فيها التي تعرقل مشاركة القطاع الخاص في انشاء وتشغيل البنية التحتية ، أو القضاء على التقييدات التي تحد من استخدام الملكية العامة من جانب كيانات من القطاع الخاص ، والقضاء على العقبات أمام الملكية الخاصة للبنية التحتية .

نطاق السلطة في منح امتيازات (الفقرات ١٦ - ٢٥)

(٢) قد يود البلد المضيف أن ينظر في اعتماد أحكام تشريعية من شأنها أن :

(أ) تأذن للسلطات المتعاقدة في البلد المضيف ، بما في ذلك ، حسب الاقتضاء ، السلطات الوطنية والإقليمية والمحلية ، بأن تمنح امتيازات من أجل تشييد وتشغيل بنية تحتية لمرافق أو شبكات بنية تحتية جديدة أو من أجل صيانة مراافق وشبكات البنية التحتية القائمة واصلاحها وتجميدها وتحديثها وتوسيعها وتشغيلها ، أو فقط من أجل ادارة وتنفيذ خدمة عمومية تقع داخل نطاق اختصاصها ؛

(ب) تأذن بمنح امتيازات تستغرق كامل المنطقة الواقعة تحت الاختصاص القضائي للسلطة المتعاقدة أو بمنح امتيازات تمتد لتشمل فقط قسما فرعيا جغرافيا من المنطقة ، مع الاستثناء أو بدونه ، حسب الاقتضاء ، وفقا للقوانين واللوائح والسياسات المنطبقة على القطاع المعنى ؛

(ج) تأذن للسلطة المتعاقدة أو لوكالات أخرى تابعة للحكومة بأن تحيل إلى صاحب الامتياز أو تتيح له من الأرضي العمومية أو البنية التحتية العمومية القائمة ما قد يكون لازما من أجل تنفيذ المشروع .

التنسيق الاداري (الفقرات ٢٧-٣٢)

(٣) قد يود البلد المضيف أن ينظر في اعتماد الأحكام التشريعية التي تقتضي ما يلي :

(أ) أن تضطلع السلطات المتعاقدة المهتمة بإنشاء مشاريع بنية تحتية مولدة من القطاع الخاص ، في نطاق اختصاصها بتقييم أولي لجدواها ، بما في ذلك الجوانب الاقتصادية والمالية مثل

المزايا الاقتصادية المتوقعة من المشروع ، والتكلفة المقدرة وال الإيرادات الممكناة المرتقبة من تشغيل مرفق البنية التحتية ، وكذلك الأثر البيئي للمشروع :

(ب) أن تقوم السلطة المتعاقدة المعنية باعادة النظر في الاشتراكات القانونية أو الرقابية المتعلقة بتشغيل مرفق البنية التحتية من النوع المقترن بهدف الاهداء الى الهيئات الحكومية الرئيسية التي يتعين عليها اعطاء الموافقة أو التصاريح أو الأذون أو تلك التي يلزم خلافاً لذلك اسهامها من أجل تنفيذ المشروع ، وأن تقوم باتخاذ التدابير الضرورية لتنسيق اسهامها في المشروع المقترن .

السلطة المخولة بتنظيم خدمات البنية التحتية (الفقرات ٣٢-٥٥)

(٤) قد يرغب البلد المضيف في النظر في اعتماد أحكام تشريعية لغرض :

(أ) الفصل بين المهام التشغيلية والرقابية واسناد الاختصاص الرقابي لهيئات مستقلة قانونياً ووظيفياً :

(ب) منح الهيئة الرقابية قدرًا كافيًا من الاستقلالية الذاتية لضمان أن تتخذ قراراتها دون تدخل سياسي أو ضغوط غير مناسبة من متعهدي البنية التحتية ومقدمي الخدمات العمومية .

(٥) وقد يرغب البلد المضيف في النظر في اعتماد أحكام تشريعية من شأنها :

(أ) أن تشرط نشر القواعد المنظمة للإجراءات الرقابية :

(ب) أن تشرط أن تبين القرارات الرقابية الأسباب التي تستند إليها وأن تكون متاحة لاطلاع الأطراف عليها عن طريق النشر أو بوسائل أخرى :

(ج) أن تنص على إجراءات الاستئناف ازاء قرارات الهيئات الرقابية وسبل الانتصاف الواقية لحماية مقدمي الخدمات العمومية من القرارات الاستبدادية التي تتخذها الهيئات الرقابية .

ملاحظات بشأن التوصيات التشريعية

ألف - ملاحظات عامة

١ - يتطلب النجاح في تنفيذ مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص اطارات قانونية يتيح للسلطات المتعاقدة في البلد المضييف السلطة الالزمة لمنع امتيازات لانشاء بنية تحتية وتشغيلها . ووفقا للتقاليد القانونية والسياسية للبلد ، قد تستمد هذه السلطة من القواعد الدستورية أو القوانين أو اللوائح القائمة أو مجموعة المسائل السابقات القانونية ، أو أنه يلزم انشاء مثل هذه السلطة بأحكام جديدة . ويتناول هذا الفرع بعض المسائل العامة التي ربما يرغب المشرعون المحليون في تدارسها عند اقامة الاطار القانوني لمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص . فأولا ، من الأهمية للهيئة التشريعية أن تنظر في الآثار القانونية التي قد يسفر عنها القانون الدستوري للبلد المضييف من أجل تنفيذ تلك المشاريع . وثانيا ، يتعين الاختيار بشأن مستوى ونوع الصك أو الصكوك التي يلزم سنها ونطاق تطبيقها . وأخيرا ، من الأهمية النظر في مدى تقبل مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص في العرف القانوني للبلد ، وخاصة ما هو النظام القانوني الذي سيطبق عليها .

١ - القانون الدستوري ومشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص

٢ - يشير القانون الدستوري في عدد من البلدان بوجه عام إلى واجب الدولة في أن تكفل توفير الخدمات العمومية . ويورد بعض هذه القوانين الدستورية قائمة بقطاعات البنية التحتية والخدمات التي تدرج ضمن مسؤولية الدولة ، بينما تناط مهمة تحديد هذه القطاعات بالمشروع في قوانين أخرى . وتختص بعض الدساتير الوطنية على أن توفير خدمات عمومية معينة محفوظ للدولة وحدها أو لكيانات عمومية تنشأ خصيصا لهذا الغرض . غير أن هناك دساتير أخرى تخول الدولة من امتيازات لكيانات من القطاع الخاص لكي تنشئ وتشغل البنى التحتية وتتوفر الخدمات العمومية . وفي بعض البلدان ، تفرض قيود على مشاركة الأجانب في قطاعات معينة ، أو لأحكام تشترط مشاركة الدولة في رأس مال الشركات التي توفر خدمات عمومية .

٣ - وفيما يتعلق بالبلدان التي ترغب في ترويج استثمار القطاع الخاص في البنى التحتية ، من المهم أن تستعرض هذه البلدان القواعد الدستورية الراهنة حتى تتبيّن القيود التي يمكن أن تعرقل تنفيذ مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص . وفي بعض البلدان ، تأخرت مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بسبب شكوك تتعلق بمدى السلطة المخولة للدولة في اسناد هذه المشاريع . وقد ترتب أحيانا على المخاوف من أن تكون هذه المشاريع مخالفة للقواعد الدستورية بشأن احتكرات الدولة أو بشأن توفير الخدمات العمومية ، نزاعات قضائية كان لها تأثير سلبي على تنفيذ المشاريع .

٤ - ومن الأهمية كذلك مراعاة القواعد الدستورية المتعلقة بملكية الأراضي أو مرافق البنية التحتية . فالقانون الدستوري لبعض البلدان يتضمن قيوداً بشأن الملكية الخاصة للأراضي وبعض وسائل الانتاج . وثمة في بلدان أخرى اعتراف بالملكية الخاصة ، لكن الدستور يعلن أن جميع أنواع البنية التحتية أو بعضها ملك للدولة . ويمكن أن يشكل هذا النوع من المحظورات والقيود عقبة أمام تنفيذ المشاريع التي تتضمن تشغيل البنية التحتية المعنية من جانب القطاع الخاص أو تشغيلها وامتلاكها من جانب القطاع الخاص .

٥ - وبصرف النظر عما يقع عليه اختيار الحكومة فيما يتعلق بملكية البنية التحتية ، فإن من المهم بالنسبة للبلد الذي يرغب في اجتذاب استثمار القطاع الخاص في البنية التحتية أن يتحقق من أن الدولة قد أذن لها بأن تتيح لصاحب الامتياز ما يحتاج إليه من الأراضي ومن البنية التحتية الموجودة لتنفيذ مشاريع البنية التحتية . وقد وجد في بعض البلدان أن من الضروري تعديل الدستور لمنع الدولة هذه الصلاحية .

٢ - اختيار النهج التشريعي

٦ - يؤدي التشريع عادة دوراً رئيسياً في ترويج الاستثمارات الخاصة في مشاريع البنية التحتية العمومية . ومن المعهود أن القانون يجسد التزاماً سياسياً ، ويتيح حقوقاً قانونية معينة ، وقد يمثل ضماناً هاماً لاستقرار النظام القانوني والرقابي . وفي معظم البلدان ، كان تنفيذ مشاريع البنية التحتية تسبقه في الواقع تدابير تشريعية توضح القواعد العامة التي تستند بمقتضاهما تلك المشاريع ثم تنفذ .

٧ - وفي بعض البلدان تعتبر من المناسب ، في سياق الممارسة التشريعية ، اعتماد تشريعات محددة تنظم تنفيذ وتشغيل مشروع واحد أو عدة مشاريع معينة . وفي بلدان أخرى لديها عرف راسخ في مجال منح القطاع الخاص امتيازات لكي يوفر خدمات عمومية ، تخول للدولة بموجب تشريعات عامة أن تستند إلى القطاع الخاص أي نشاط ينفذه القطاع العام وتكون له قيمة اقتصادية تجعل ذلك النشاط قابلاً للاستغلال من قبل كيانات من القطاع الخاص . وتنشئ التشريعات العامة من هذا النوع إطاراً لتوفير معاملة موحدة للمسائل المشتركة بين المشاريع المملوكة من القطاع الخاص في قطاعات مختلفة من البنية التحتية . وربما ترغب البلدان التي ترى أن من المستحب اعتماد تشريعات عامة في تحديد المسائل التي يكون من الملائم التطرق إليها على هذا المستوى التشريعي ، والمسائل التي ينبغي أن تطرق إليها تشريعات محددة أو لوائح محددة أو أن يترك أمرها لاتفاق المشروع .

٨ - والتشريعات العامة ، بحكم طبيعتها ذاتها ، ليست في العادة ملائمة للتطرق إلى جميع الاشتراطات الخاصة لمختلف القطاعات . وهذا هو السبب في أن توفير خدمات عمومية معينة يخضع في عدة بلدان لتشريعات خاصة تنظم قطاعات محددة من البنية التحتية (مثلاً الاتصالات السلكية واللاسلكية ، وتوليد الطاقة الكهربائية وتوزيعها ، والنقل بالطرقات والسكك الحديدية) . ومن الحجج الداعمة لاعتماد تشريعات

خاصة بقطاع محمد ، حتى في البلدان التي اعتمدت تشريعات عامة تتطرق إلى مسائل مشتركة بين عدة قطاعات ، هو أن ذلك يتبع للمشروع أن يضع في الاعتبار هيكل السوق لدى صوغ القواعد التي تنظم أنشطة مقدمي الخدمات في كل قطاع من قطاعات البنية التحتية (أنظر أعلاه ، "مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص" ، ----) .

٩ - والتشريعات الخاصة بقطاع محمد توضح عادة سياسة الحكومة بشأن القطاع المعنى ، وتقر الآليات اللازمة لتنفيذ تلك السياسة ، وتنص على قواعد عامة لتقدير الخدمات ذات الصلة . وفي بلدان عديدة ، اعتمدت تشريعات خاصة بقطاعات محمدية في وقت كانت الدولة تحترم فيها جانبا هاما من البنية التحتية الوطنية ، بل وحتى هذه البنى بكاملها . وكانت الاستراتيجيات الوطنية التي اعتمدت في الآونة الأخيرة لترويج استثمار القطاع الخاص في البنية التحتية ، مستندة في كثير من الأحيان إلى نتائج الدراسات المستفيضة التي حللت مسائل يذكر منها مدى المنافسة التي يمكن انخالها إلى السوق في مجلتها أو إلى شرائح محددة منها ، ووضعت في الاعتبار التكاليف الاقتصادية المحتملة والفوائد المتوقعة من الغاء الاحتكارات القانونية أو البقاء عليها بالكامل أو جزئيا (أنظر "مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص" ، ----) . وفيما يتعلق بالبلدان المهتمة بترويج استثمار القطاع الخاص في البنية التحتية ، من المستصوب استعراض التشريعات الراهنة الخاصة بقطاعات محمدية للتأكد من مدى ملائمتها لمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص .

١٠ - وقد تؤدي التشريعات الخاصة بقطاع محمد كذلك دورا هاما بانشائها اطارا لتنظيم كل قطاع من قطاعات البنية التحتية (أنظر الفقرات ٣٣ - ٥٥ أدناه) . ويتسم التوجيه التشريعي بأهمية خاصة في البلدان التي تمر بالمرحلة الأولى من عملية انشاء أو تطوير قدرات تنظيمية وطنية . وهذا التشريع مفيد أيضا لطمأنة المقرضين وصاحب الامتياز بأن القانونين على اصدار اللوائح لا يتمتعون بسلطة تقديرية غير محدودة في ممارسة مهامهم ولكنهم مقيدون بثوابت ينص عليها القانون . غير أن من المستصوب بوجه عام تحجب التشريعات الصارمة أو المفرطة التفصيل ، التي لن تكون في معظم الحالات ملائمة لطول الأمد الذي تمتد عليه مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص .

١١ - ولكل صك من الصكوك نوعيته الذاتية التي تجعله تقريبا ملائما لظروف معينة . وقد يصعب تغيير الأحكام التشريعية . وقد استعملها عديد من البلدان لارسال المبادئ العامة لتنظيم قطاعات البنية التحتية والسياسة العامة الأساسية ، والاطار المؤسسي والرقابي . بيد أن القانون قد لا يكون أفضل أداة لوضع الاشتراطات التقنية والمالية المفصلة . وهناك بلدان كثيرة فضلت سن لوائح توضح قواعد أكثر تفصيلا لتنفيذ الأحكام العامة للقوانين المطبقة بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص . وقد وجد أن من البسيط تطوير اللوائح للتغيير في البيئة ، سواء نتج التغيير من الانتقال إلى القواعد السوقية الأساسية أو من تطورات خارجية ، مثل التكنولوجيات الجديدة أو الظروف السوقية الاقتصادية المتغيرة . ومهما يكن الصك المستخدم ، فإن الوضوح والقابلية للتبني هما الأساس . بيد أن هذا لا يستلزم أن المسائل كلها لا بد وأن تعطى بكل وضوح مكان الصدارة في تسويتها .

٤ - النظام القانوني لمشاريع البنية التحتية المملوكة من القطاع الخاص

١٢ - في بعض النظم القانونية وخصوصا تلك المنتسبة إلى العرف القانوني المدني ، يخضع توفير الخدمات العمومية لمجموعة من القوانين تعرف باسم "القانون الإداري" الذي يتناول نطاقا واسعا من مهام الدولة . وفي معظم هذه البلدان توجد مفاهيم للقانون الإداري محددة المعالم ويمكن أن تشمل أنواعا معينة من مشاريع البنية التحتية ، مثل "امتياز الأشغال العمومية" ، أو "امتياز الخدمات العمومية" ، أو "التفويضات" أو "الرخص" أو "الأذون" بتوفير أشكال معينة من الخدمات العمومية . ويمكن أن يتباين مختلف حقوق الأطراف والالتزاماتها من أحكام تنظيمية أو سوابق قضائية أو من مبادئ القانون العامة ، تتبعا لنوع المشروع وطبيعة صك اسناد المشروع (مثلا ما إذا كان هذا الصك عبارة عن اتفاق ثنائي أو لجزاء من جانب واحد) .

١٣ - وفي بعض هذه النظم القانونية مثلا ، يكون للحكومة بوجه عام الحق في ابطال العقود الإدارية أو تعديل نطاقها وشروطها ، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، ويكون ذلك في العادة رهنا بتعويض متعاقديها بما يلحق بهم من خسائر أو يتکبدونه من تكاليف إضافية . ويمكن أن تشمل الحقوق الإضافية للحكومة حقوقا واسعة بشأن الرصد والتقيش ، وكذلك الحق في فرض جزاءات على المتعهد من القطاع الخاص لتخلله عن الأداء (أنظر الفصل الخامس ، "إنشاء البنية التحتية وتشغيلها" ، ----) . وتوجد في بعض البلدان أحكام خاصة بتسوية النزاعات الناشئة من عقود حكومية ، ويمكن أن تكون هناك قيود على حق الأجهزة الحكومية في الموافقة على اجراءات غير قضائية لتسوية النزاعات (أنظر الفصل الثامن ، "تسوية النزاعات" ، ----) . وفي الوقت ذاته ، تقر بعض النظم القانونية شروطا ضمنية معينة في جميع العقود الحكومية التي توفر مستوى معينا من الحماية للمتعاقدين الحكوميين ، ومن ذلك الحق في إعادة النظر في شروط العقد على أثر تغيرات طارئة في الظروف لغرض استعادة توازنه الاقتصادي والمالي (أنظر الفصل الخامس "إنشاء وتشغيل البنية التحتية" ، ----) .

١٤ - وليس وجود نظام قانوني خاص منطبق على متعهدي البنية التحتية ومقدمي الخدمات العمومية محصورا في النظم القانونية المشار إليها أعلاه . ففي عدة بلدان منتسبة إلى عرف القانون العام ، استحدثت قواعد خاصة بشأن العقود الحكومية ، وذلك في كثير من الأحيان من خلال الاستخدام الواسع لاستثمارات وشروط موحدة . وهذه القواعد الخاصة تمنع الحكومة عادة سلطات معينة لانهاء العقد أو تعديله يقابلها التزام بتعويض المتعاقد بما يتکبد من ضرر بسبب ارتكانه إلى العقد . وفي بعض الولايات القانونية العاملة بالقانون العام وضعت قواعد مفصلة لتنظيم الأنشطة التي يضطلع بها متعهدو المرافق العمومية (مثل الاتصالات السلكية واللاسلكية والسكك الحديدية والكهرباء) .

١٥ - وفي البلدان التي تخضع فيها العقود الحكومية لنظام خاص ، قد يكون من المستصوب أن تراجع الهيئة التشريعية مدى ملاءمة النظام الراهن لمشاريع البنية التحتية المملوكة من القطاع الخاص ، وأن

تحدد الصعوبات التي قد تنشأ عن تطبيق هذا النظام . ولأغراض الشفافية ولتجنب أي شكوك تنتاب المستثمرين الأجانب والمحليين المحتملين ، قد يكون من المفيد أن تدرج في تشريعات خاصة بشأن مشاريع البنية التحتية المملوكة من القطاع الخاص ، تلك الحقوق والالتزامات التي يشير إليها النظام القانوني ضمنيا أو لا يعالجها معالجة منهجية والتي ارتبى أنها مناسبة فيما يتعلق بهذه المشاريع (انظر الفصل الخامس ، "إنشاء وتشغيل البنية التحتية" ----) . وفي السياق ذاته ، يمكن أن يتبع سن تشريعات عامة فرصة للأخذ بقواعد جديدة لتسهيل مشاريع البنية التحتية المملوكة من القطاع الخاص ، أو لاستبعاد تطبيق تلك القواعد التي وجد أنها تتضمن عقبات أمام تنفيذ تلك المشاريع .

باء - نطاق السلطة المخولة بمنح الامتيازات

١٦ - يمكن أن يتطلب تنفيذ مشاريع البنية التحتية المملوكة من القطاع الخاص سن تشريعات أو لوائح خاصة تأذن للدولة باسناد مهمة توفير خدمات عمومية إلى كيانات من القطاع الخاص أو كيانات لامركزية تملكها الدولة كلياً أو جزئياً . وإلى جانب الحاجة أحياناً إلى سن تشريعي ينص صراحة على هذا الإنون من أجل الوفاء بالاحتياجات الدستورية الوطنية وغيرها من الاحتياجات ، فإن النص على هذا الإنون يمكن أن يكون تدبيراً هاماً لتعزيز ثقة المستثمرين المحتملين ، وطنيين كانوا أم أجانب ، في إطار سياسة وطنية لترويج استثمار القطاع الخاص في البنية التحتية . وفي كثير من البلدان ، لا تقتصر الأحكام التشريعية بشأن صلاحية منح الامتيازات المتعلقة بمشاريع البنية التحتية على أن تحدد الوكالات الحكومية التي خولت هذه الصلاحية . وهي عادة ما تحدد نطاق الامتيازات التي قد تمنحها السلطات المتعاقدة ، وتحدد نظام ملكية الأصول المرتبطة بالمشروع .

١ - الوكالات المأذونة وميادين النشاط ذات الصلة

١٧ - في بعض النظم القانونية حيث تكون الدولة مسؤولة بشكل مباشر عن توفير الخدمات العمومية ، لا يجوز أن تفوض هذه المهمة إلى جهة أخرى دون إذن تشريعي مسبق . لذلك فإن من الأهمية بمكان ، بالنسبة لتلك البلدان التي ترغب في اجتناب الاستثمار الخاص في البنية التحتية ، أن ينص القانون صراحة على الإنون للحكومة بأن تعهد إلى كيانات أخرى غير الأجهزة الحكومية بحق توفير خدمات عمومية معينة وفرض ثمن لقاء تلك الخدمات . وقد يكون وجود حكم عام مثل هذا في التشريعات الميسرة ذا أهمية على وجه الخصوص في تلك البلدان حيث تكون الخدمات العمومية احتكاراً للدولة ، أو حيث يتوجى إشراك الكيانات الخاصة في تقديم خدمات معينة من المعتمد اتحتها مجاناً للجمهور . وفي بعض البلدان ، أثار عدم وجود إذن تشريعي مسبق نزاعات قضائية تطعن في صلاحية صاحب الامتياز في اشتراط دفع ثمن للخدمات المقدمة .

١٨ - وعلاوة على ذلك ، في حالة اعتماد تشريعات عامة ، من المستصوب أن يكون هناك تحديد واضح للوكالات أو المستويات الحكومية المختصة باسناد مشاريع البنية التحتية إلى القطاع الخاص . وقد يكون

من المفيد النظر في مدى الصالحيات التي يمكن أن تحتاج إليها السلطات الأخرى غير الحكومة المركزية لتنفيذ المشاريع المندرجة في مجال اختصاصها . وتوخيا للوضوح ، قد يكون من المستصوب أيضاً أن تحدد في هذه التشريعات العامة ميادين النشاط تلك التي ستمنح فيها امتيازات . فهذه الأحكام قد تكون أداة فعالة في ضمان وجود مستوى واف من التنسيق الإداري (أنظر كذلك الفقرات ٢٦ - ٣٢ ، أدناه) .

٤ - الفرض من الامتيازات ونطاقها

١٩ - قد يكون من المفيد أن يعرّف القانون طبيعة وغرض مشاريع البنية التحتية المملوكة من القطاع الخاص والتي قد تمنح بشأنها امتيازات في البلد المضيف . وقد يتّأثر نهج ممكّن لتعريف مختلف فئات المشاريع وفقاً لنطاق الحقوق والالتزامات التي يضطلع بها صاحب الامتياز (على سبيل المثال ، "البناء - التشغيل - نقل الملكية" ، "البناء - التملك - التشغيل" ، "البناء - نقل ملكية التشغيل" ، "البناء - نقل الملكية") . بيد أنه من الصعب توفير تعريف مستوفّقة جامعه لكل المخططات التي قد تدخل في المعاملة بخصوص الاستثمار الخاص في البنية التحتية نظراً لتنوعها الواسع النطاق . ويمكن كبديل لهذا ، أن ينص القانون بصفة عامة على جواز منح الامتيازات لغرض تكليف كيان ، من القطاعين الخاص أو العام ، بالتزام تنفيذ أشغال البنية التحتية والاضطلاع بخدمات عمومية معينة مقابل الحق في تحصيل ثمن لقاء استخدام المرفق أو المبني أو لقاء الخدمة أو السلع التي ينتجهما ، أو مقابل تسديد مبالغ أو تعويض يتفق عليه بين الأطراف . ويمكن للقانون كذلك أن يوضح أن الامتيازات يجوز منحها من أجل تشيد وتشغيل مرافق أو شبكة من مرافق البنية التحتية ، أو من أجل صيانة مرافق أو شبكات قائمة في البنية التحتية واصلاحها وتجديدها وتحديثها وتوسيعها وتشغيلها ، أو فقط من أجل إدارة وانفاذ خدمة عمومية .

٢٠ - وهناك مسألة هامة أخرى تعنى بطبيعة الحقوق المخلولة لصاحب الامتياز . فمن بين المسائل الأساسية الناجمة بخصوص مشاريع البنية الأساسية المملوكة من القطاع الخاص مسألة ما إذا كان الحق في تقديم الخدمة حق تخصّة خالصة له ، أو سوف تواجه شركة المشروع المنافسة من مرافق أخرى في البنية التحتية أو من مقدمي الخدمات . والاستئثار قد يسري على الحق في تقديم خدمة في منطقة جغرافية معينة (مثل شركة لتوزيع المياه في مجتمع محلي) أو يشمل إقليم البلد كله (مثل شركة سكة حديديّة وطنية) ؛ وقد يتعلّق بالحق في تقديم نوع معين من السلع أو الخدمات إلى عميل معين (مثلاً شركة لتوليد الطاقة الكهربائية هي المورد الإقليمي الوحيد إلى الشركة المرسلة والموزعة للطاقة الكهربائية) أو إلى مجموعة محدودة من العملاء (مثلاً الشركة الوطنية للمكالمات الهاتفية الخارجية توفر وصلات للشركات الهاتفية المحلية) .

٢١ - أما عن القرار بشأن منح أو عدم منح حقوق تخصّة أو استئثار إلى مشروع معين أو فئة معينة من المشاريع ، فينبغي اتخاذه في ضوء سياسة البلد المضيف ازاء القطاع المعنى . وكما ذكر من قبل ، فإن نطاق المنافسة يختلف اختلافاً كبيراً في القطاعات المختلفة للبنية التحتية . وفي حين تتصف

قطاعات معينة أو شرائح منها ، بخصائص الاحتكارات الطبيعية ، وفي هذه الحالة تكون المنافسة المفتوحة ليست في العادة هي البديل السليم اقتصاديا ، فان قطاعات أخرى في البنية التحتية ، قد فتحت أبوابها بنجاح أمام المنافسة الحرة (أنظر ، مقدمة ومعلومات خلافية عن مشاريع البنية التحتية المملوكة من القطاع الخاص" ، ----) .

٢٢ - ولهذا ، من المستحسن معالجة مسألة الاستئثار بطريقة مرنة . فبدلا من استبعاد أو تقييد امتيازات استثمارية خالصة ، قد يكون من الأفضل أن ينص القانون على ان للحكومة بمعنى امتيازات استثمارية في الحالات التي يرتأسها من المصلحة العامة ، كما في الحالات التي يكون فيها الاستئثار مبررا لغرض تحقيق السلامة التقنية أو الاقتصادية للمشروع . وقد يشترط على السلطة المتعاقدة بيان أسباب منح امتياز استثماري لكل حالة معينة . ويمكن استكمال مثل هذا التشريع العام بقوانين يختص كل منها بقطاع وتنظم مسألة الاستئثار على نحو يناسب كل قطاع على حدة .

٣ - امتلاك البنية التحتية واستخدامها

٢٣ - توجد في عدد من البلدان أحكام بشأن حفظ ممتلكات الدولة وحمايتها ، تتناول فيما تتناوله الاجراءات والشخص الخاصة اللازمة لنقل ملكية هذه الممتلكات الى كيانات من القطاع الخاص أو منح تلك الكيانات الحق في استخدام الممتلكات الحكومية . وأيا كان اختيار الحكومة المضيفة فيما يتعلق بملكية مراقب البنية التحتية المزمع بناؤها أو تحديثها أو اصلاحها ، فمن المهم أن تتوفر للسلطة المتعاقدة سلطات كافية تخولها أن تنقل أو تتيح لشركة المشروع ، حسب الاقتضاء ، أية أراض أو بني تحتية موجودة من قبل تقتضيها الحاجة الى تنفيذ المشروع لفترة لا تقل عن مدة اتفاق المشروع .

٢٤ - ويمكن أن يأتي نظام ملكية مشروع معين نتيجة لاعتبارات عملية ، يذكر منها عمر تشغيل البنية التحتية أو مصلحة الحكومة في الحفاظ على ملكية البنية التحتية . وعلاوة على ذلك ، ربما ترغب الأطراف في بعض المشاريع في التمييز بين الأصول التي يعتزم أن تملكتها الحكومة أو أن تؤول ملكيتها الى الحكومة في نهاية فترة الامتياز ، والأصول الأخرى التي يكتسبها صاحب الامتياز خلال تلك الفترة وتظل ملكا لصاحب الامتياز . وعلى أية حال ، سوف يحتاج صاحب الامتياز الى تأكيدات تطمئنه أن حقوقه ازاء أصول المشروع ، بغض النظر عن الشكل الذي تتخذه ، تقوم على سند تشريعي كاف ، وانها ستكون قادرة على اتخاذها في مواجهة الأطراف الثالثة . وسيبدي القلق ذاته كل من المقرضين وغيرهم من المستثمرين في المشروع . وعلاوة على ذلك ، فإن الحكومة ، نظرا للقيود القانونية المنطبقة في بلدان عديدة على استخدام الممتلكات العامة من قبل كيانات من القطاع الخاص ، يمكن أن تشرط حصولها على ان تشرع قبل أن تسمح لصاحب الامتياز باستخدام أي ممتلكات عمومية اضافية قد تمس إليها الحاجة من أجل تنفيذ المشروع ، مثل الأراضي المجاورة والطرق والمرافق الأخرى .

٢٥ - لذلك من المستصوب أن يوضح القانون المختص طبيعة الحقوق في الممتلكات ، ان وجدت ، التي يمكن منحها لصاحب الامتياز مع مراعاة نوع البنية التحتية المعنية . وعلاوة على ذلك ، قد يكون من المفيد أن يأنن القانون للحكومة بمنع صاحب الامتياز الحق في استخدام الأراضي والطرق وغيرها من مرافق الدعم التي لا تتصل اتصالاً مباشراً بالمشروع ، حسبما يتضمنه تشيد البنية التحتية وتشغيلها ، بموجب الأحكام والشروط التي سينص عليها اتفاق المشروع .

جيم - التنسيق الاداري

٢٦ - تبعاً للبنية الادارية للبلد المضيف ، يمكن أن تقتضي مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص اشراك عدة وكالات حكومية على مستويات مختلفة . فعلى سبيل المثال ، يمكن أن تؤول صلاحية وضع لوائح وقواعد لأنشطة المعنية ، كلياً أو جزئياً ، إلى وكالة حكومية على مستوى مختلف عن مستوى الوكالة المسؤولة عن توفير الخدمة المعنية . كما يمكن أن تناط كلتا الوظيفتين التنظيمية والتشغيلية بكيان واحد ، على حين ترکز صلاحية استناد العقود الحكومية في يد وكالة حكومية مختلفة . وفيما يتعلق بالمشاريع التي تتطوّر على استثمار أجنبى ، قد يحدث أيضاً أن تدرج بعض الصالحيات المحددة ضمن ولاية الوكالة التابعة للحكومة المضيفة والمسؤولة عن الموافقة على مقترحات الاستثمارات الأجنبية .

١ - تنسيق التدابير التحضيرية

٢٧ - من بين التدابير الهامة لضمان النجاح في تنفيذ مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص اشتراط بأن تضطلع الوكالة الحكومية المختصة بتقييم أولي لجذور المشروع ، بما في ذلك الجوانب الاقتصادية والمالية مثل المزايا الاقتصادية المتوقعة من المشروع والتكاليف المقدرة والإيرادات المحتملة المرتقبة من تشغيل مرفق البنية التحتية والتأثير البيئي للمشروع . وسوف تؤدي الاستنتاجات الأولية التي يتم التوصل إليها في هذه المرحلة دوراً حاسماً في تصور نوع مشاركة القطاع الخاص التي يسعى للحصول عليها في تنفيذ المشروع ، مثل ما إذا كان المرفق الأساسي سيصبح ملكاً للحكومة ، وتقوم المؤسسة الخاصة بتشغيله بصفة مؤقتة ، أو ما إذا كان المرفق الأساسي سيكون ملكاً لشركة المشروع .

٢٨ - وبعد تحديد معالم المشروع المقبل ، يعود إلى الحكومة أمر البت في وضع أولويته النسبية وأمر تخصيص الموارد البشرية وغيرها من الموارد الالزمة لتنفيذها . ومن المستحب عندئذ أن تقوم الحكومة باعإدة النظر فيما هناك من متطلبات قانونية أو تنظيمية تتعلق بتشغيل مرافق البنية التحتية من النوع المقترن ، بهدف تحديد الهيئات الحكومية الرئيسية التي يشرط الحصول على اسهامها من أجل تنفيذ المشروع . ومن الأهمية أيضاً في هذه المرحلة النظر في تدابير قد تمس الحاجة إليها من أجل أن تضطلع السلطة المتعاقدة وغيرها من الوكالات الحكومية الأخرى المعنية بالالتزامات التي قد ترتبها على نحو معقول بخصوص المشروع . وعلى سبيل المثال ، فإن الحكومة قد تحتاج إلى أن تتخذ سلفاً ترتيبات

ميزانية ليتسنى لها الوفاء بالالتزامات المالية على امتداد عدد من دورات الميزانية ، مثل الالتزامات الطويلة الأجل لشراء مدخلات المشروع (أنظر الفصل الخامس "ادارة المشروع" ، ----). وعلاوة على ذلك ، قد تمس الحاجة الى اتخاذ سلسلة من التدابير الادارية لتنفيذ بعض أشكال الدعم المقدم للمشروع ، مثل الاعفاءات الضريبية والتيسيرات الجمركية (أنظر الفصل الثاني ، "الدعم الحكومي" ، ----) ، كما ان الوقت المطلوب قد يكون وقتا طويلا .

٢ - الترتيبات الازمة لتيسير اصدار الرخص والأذون

٢٩ - يمكن أن تؤدي التشريعات دورا مفيدة في تيسير اصدار الموافقات والرخص التي قد تكون هناك حاجة اليها في تنفيذ مشروع ما (كالرخص اللازم تقديمها بموجب لوائح الصرف الأجنبي ؛ والرخص المتعلقة بتأسيس صاحب الامتياز ، والان بتوظيف الأجانب ؛ ورسوم التسجيل والختم لاستخدام الأراضي أو امتلاكها ؛ ورخص استيراد المعدات واللوازم ؛ ورخص التشييد ؛ ورخص تركيب الكابلات أو الأنابيب ؛ ورخص وضع المرفق موضع التشغيل ؛ وتخصيص النطاق الترددي للاتصالات المتنقلة) . ويمكن أن تدرج الرخص والأذون الازمة في نطاق اختصاص هيئات مختلفة على مختلف مستويات الادارة ، وقد يتسم بالأهمية الوقت الازم لاصدارها خصوصا عندما لا تكون الأجهزة أو المكاتب المختصة قد شاركت بالموافقة في الأصل في تصور المشروع أو التفاوض بشأن شروطه .

٣٠ - وفي الوقت الذي يتم فيه التوقيع على اتفاق المشروع ، يكون صاحب الامتياز قد أنفق في العادة وقتا طويلا واستثمر مبالغ كبيرة في المشروع (مثلا في اعداد دراسات الجدوى ووثائق التصميم الهندسي وغيرها من الوثائق التقنية ؛ واعداد وثائق المناقضة والمشاركة في عملية المناقصة ؛ والتفاوض بشأن اتفاق المشروع ، واتفاقات القروض وغير تلك من العقود ذات الصلة بالمشروع ؛ وتعيين الخبراء الاستشاريين والمستشارين). وقد يؤدي احتمال عدم الحصول على الرخص الازمة لتشييد المرفق الى تثبيط عزم المستثمرين الجادين وبثنيهم عن التنافس للحصول على المشروع . وعلاوة على ذلك ، قد يؤدي التأخير في وضع مشروع البنية التحتية موضع التشغيل نتيجة لفقدان الرخص الازمة الى إلحاق الضرر بالسلامة المالية للمشروع أو يتسبب في خسارة فادحة للمستثمرين فيه . وعندما لا يتتسنى استرداد التكاليف المالية الإضافية بواسطة تمديد فترة الامتياز ، أو زيادة التعريفات الجمركية ، أو فرض أسعار أعلى ، يمكن لصاحب الامتياز التوجه الى الحكومة للحصول على تعويض أو دعم . وكثيرا ما تترتب على تلك زيادة في تكلفة المشروع وفي تكلفته للجمهور .

٣١ - وهكذا فإن اجراء تقدير مبكر للرخص الازمة لمشروع معين ، قد يساعد على تجنب التأخير في مرحلة التنفيذ . وقد يتمثل أحد التدابير الممكنة لزيادة التنسيق في إصدار الرخص والموافقات في أن تناط بهيئة واحدة صلاحية تلقي طلبات الرخص وحالاتها الى الأجهزة المختصة ورصد اصدار جميع الرخص المذكورة في طلب تقديم المقترنات وغير تلك من الرخص التي يمكن اشتراطها بموجب لوائح

لاحقة . كما يمكن أن يأنن القانون للوكالات المعنية باصدار رخص مؤقتة واتاحة فترة زمنية معينة تعتبر هذه الرخص بعد انتقضاتها قد منحت ما لم ترفض كتابة .

٣٢ - بيد أنه ينبغي ملاحظة أن توزع السلطة الادارية فيما بين مستويات حكومية مختلفة (مثلا ، محلية واقليمية ومركزية) غالبا ما يعكس المبادئ الأساسية للتنظيم السياسي في البلد . ولهذا هناك حالات حيث لا تكون الحكومة في وضع يؤهلها للاضطلاع بالمسؤولية عن اصدار جميع الرخص أو انانطة هذه المهمة التنسيقية بهيئة واحدة . وفي تلك الحالات ، من المستصوب النظر في تدابير بديلة لمواجهة احتمال التأخير الذي قد ينجم من هذا التوزع في السلطة الادارية ، على سبيل المثال كالتدابير المقتصد بها جعل عملية الحصول على الشخص أكثر شفافية وفعالية . وعلاوة على ذلك ، قد ترغب الحكومة في تدارس اصدار نوع من الضمان تؤكد فيه انها ستحاول قدر الامكان مساعدة صاحب الامتياز على الحصول على الشخص التي يقتضيها القانون الوطني ، وذلك مثلا بتوفير المعلومات ومساعدة مقدمي العطاءات بخصوص الحصول على الشخص المطلوبة ، وكذلك فضلا عن الاجراءات والشروط ذات الصلة . ومن وجهة نظر عملية ، تمس الحاجة الى ضمان الاتساق في تطبيق المعايير المتعلقة باصدار الشخص وبشفافية العملية الادارية ، بالإضافة الى التنسيق بين مختلف المستويات الحكومية ومختلف الادارات الحكومية .

دال - السلطة المخولة بتنظيم خدمات البنية التحتية

٣٣ - ان تقديم خدمات عمومية معينة يخضع في عدد من البلدان الى نظام رقابي خاص . وهذا النظام الرقابي في بلد معين وقطاع معين يحدد حقوق والتزامات مقدمي الخدمات ، والمستهلكين والهيئات الرقابية والحكومة . وهذا الاطار يتتألف من قواعد واجراءات موضوعية وصكوك ومؤسسات ، وهو يمثل أداة هامة لتنفيذ السياسة الحكومية للقطاع المعنى (أنظر "مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية المملوكة من القطاع الخاص" ، ----). وقد تنظم التشريعات الاقليمية أو المحلية بعض قطاعات البنية التحتية بالكامل أو بالاتفاق مع التشريعات الوطنية ، اذ يعتمد هذا على الهيكل المؤسسي للبلد المعنى ، وعلى توزع السلطات بين مختلف السلطات بين مختلف المستويات الحكومية .

٣٤ - ويستلزم تنظيم خدمات البنية التحتية طائفه عريضة من المسائل العامة والمسائل النوعية المتعلقة بالقطاعات ، والتي قد تتبادر كثيرا وفقا للواقع الاجتماعي والسياسي والقانوني والاقتصادي في كل بلد مضيف . ورغم أن "الدليل" يناقش بين حين آخر بعض المسائل الرقابية الرئيسية التي تصادف في سياق مماثل في مختلف القطاعات (أنظر على سبيل المثال ، الفصل الخامس ، "تنفيذ المشاريع" ، ----)، فليس القصد منه أن يستوفي بشكل جامع المسائل القانونية أو السياسية الناجمة من تنظيم مختلف قطاعات البنية التحتية .

٣٥ - ويفترض "الدليل" أن البلد المضيف يوجد لديه الهياكل المؤسسية والبيروقراطية الصحيحة والموارد البشرية اللازمة لتنفيذ مشاريع البنية التحتية المملوكة من القطاع الخاص . وهذا الفرع ، وان كان يعتبر

اسهاماً مقدماً للهيئات التشريعية المحلية التي تنظر في ضرورة واستحسان انشاء هيئات رقابية لرصد عملية تقديم الخدمات العمومية ، فإنه يناقش بعض المسائل المؤسسية والإجرائية التي تنشأ في هذا الصدد . وهذه المناقشة الواردة في هذا الفرع هي تبيان لمختلف الخيارات التي استخدمت في التدابير التشريعية المحلية لانشاء اطار رقابي لمشاريع البنية التحتية المملوكة من القطاع الخاص . ويمكن الحصول على معلومات سياسية وارشادات تقنية من المؤسسات المالية الدولية التي تنفذ برامج لمساعدة أعضائها البلدان في اقامة اطار رقابي واف (مثل البنك الدولي) والمصارف الانتณائية الاقليمية .

١ - الهيئات الرقابية

٣٦ - يشير مصطلح "الهيئات الرقابية" الى الأجهزة المؤسسية الالازمة لتنفيذ ورصد القواعد التي تنظم أنشطة متعهدى البنية التحتية . ولأن القواعد الواجبة التطبيق على تشغيل البنية التحتية غالباً ما تسمح بدرجة من حرية التقدير ، فثمة حاجة الى أن تتولى جهة تفسير القواعد وتطبيقها ، ورصد الامتثال لها ، وفرض الجزاءات ، وتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ القواعد . أما المهام الرقابية المحددة ومدى حرية التقدير التي تتطوّر عليها فستقرّرها القواعد المعنية ، التي يمكن أن تختلف اختلافاً كبيراً .

(أ) الاستنادات المناظرة بالهيئات الرقابية

٣٧ - يمكن تنظيم المسؤوليات الرقابية على أساس قطاعي أو متعدد القطاعات . وقد قررت البلدان التي اختارت النهج القطاعي ، في حالات عديدة ، ادراج القطاعات أو شراحتها الوثيقة الصلة ببعضها البعض تحت نفس الهيكل الرقابي (مثلاً هيئة رقابية مشتركة للطاقة الكهربائية والغاز ؛ أو للمطارات والخطوط الجوية . وقد نظمت بلدان أخرى عملية المراقبة على أساس متعدد القطاعات ، وذلك في بعض الحالات على شكل جهة رقابية واحدة لجميع قطاعات البنية التحتية ، وفي حالات أخرى ، على شكل جهة واحدة معنية بالمرافق (المياه والطاقة الكهربائية والغاز والاتصالات السلكية واللاسلكية) وجهة أخرى بشأن النقل . وفي بعض البلدان قد تتسع الاستنادات المناظرة بالهيئات الرقابية أيضاً لتشمل قطاعات عديدة في منطقة معينة .

٣٨ - وفي العادة تدعم الهيئات الرقابية التي يقتصر اختصاصها على قطاع محدد تطوير الخبرة الفنية النوعية للقطاع . والتنظيم القطاعي النوعي المحدد قد ييسر تطوير القواعد والممارسات المصممة خصيصاً لاحتياجات القطاع المعنى . بيد أن البت فيما بين التنظيم القطاعي النوعي والتنظيم القطاعي العام يعتمد إلى حد ما على القدرة الرقابية التنظيمية لدى البلد . فالبلدان التي لها خبرة فنية محدودة وخبرات في تنظيم البنية التحتية قد تجد من الأفضل أن تخفض عدد الهيئات المستقلة وتحاول تحقيق وفورات النطاق الكبير .

(ب) الأليات المؤسسية

٣٩ - يختلف نطاق الآليات المؤسسية المعنية بمراقبة قطاعات البنية التحتية اختلافاً كبيراً . وفي حين توجد بلدان عديدة توكل مهام رقابية إلى أجهزة الحكومة (مثلاً الوزارات أو الإدارات المعنية) ، فضلت بلدان أخرى إنشاء هيئات رقابية تتمتع بحرية التصرف ، ومنفصلة عن الحكومة . وقد قرر بعض البلدان لخضاع قطاعات من البنية التحتية إلى تنظيم رقابي حر التصرف ومستقل ، في حين تركت قطاعات أخرى تحت التنظيم الرقابي الوزاري . وفي بعض الأحيان ، يتم أيضاً تقاسم السلطات بين هيئة رقابية حرية التصرف وبين الحكومة ، كما هو الحال في الأغلب فيما يتعلق بالترخيص . ومن الأهمية بمكان ، من المنتظر التشريعي استنباط ترتيبات مؤسسية من أجل المهام الرقابية التي تكفل للهيئة الرقابية قدرًا وافية من الكفاءة ، مع مراعاة التقاليд السياسية والقانونية والإدارة في البلد .

٤٠ - وفعالية النظام الرقابي هي في معظم الحالات دالة الموضوعية التي بها تتخذ القرارات . وهذا بدوره يتطلب أن تكون الهيئات الرقابية قادرة على اتخاذ قرارات دون تدخل أو ضغوط غير لائقة من متعمدي البنية التحتية ومقدمي الخدمات العمومية . ولبلوغ هذه النتيجة ، تشرط الأحكام التشريعية في عديد من البلدان الاستقلالية في عملية صنع القرار الرقابي التنظيمي . وبغية تحقيق المستوى المنشود من الاستقلالية ، من المستصوب فصل المهام الرقابية عن المهام التشغيلية بازالة أية مهام رقابية لا تزال مناطة بمتعمدي الخدمات العمومية واناطة هذه المهام بكيان مستقل قانونياً ووظيفياً . وتستكمл الاستقلالية الرقابية بأحكام لمنع تنازع المصالح ، مثل أن يحظر على موظفي الهيئة الرقابية أداء مهام ، أو قبول هدايا ، أو إبرام عقود أو إقامة أية علاقة أخرى (مباشرة أو عن طريق أفراد الأسرة أو وسطاء آخرين) مع الشركات الخاضعة للرقابة التنظيمية ، أو مع شركاتها الأم أو الشركات المنسبة إليها .

٤١ - وهذا يفضي إلى مسألة ذات صلة وهي ضرورة تقليل خطر القرارات التي تتخذها أو تؤثر فيها هيئة هي أيضاً مالكة لمعنفات تعمل في القطاع الخاضع للرقابة التنظيمية ، أو هيئة تعمل على أساس سياسية لا تقنية . وفي بعض البلدان رئي من الضروري توفير درجة معينة من حرية التصرف للهيئة الرقابية في مواجهة الأجهزة السياسية للحكومة . ولا ينبغي النظر إلى الاستقلال وحرية التصرف على أساس الوضع المؤسسي للوظيفة الرقابية فحسب ، بل وعلى أساس حرية تصرفها الوظيفية (أي توفر الموارد المالية والبشرية الكافية اللازمة لكي تضطلع بمسؤولياتها بطريقة وافية بالغرض) .

(ج) ولاية الهيئات الرقابية

٤٢ - غالباً ما ينص قانون إنشاء آلية رقابية على عدد من الأهداف العامة التي ينبغي لها أن توجه أعمال الهيئات الرقابية ، ومنها مثلاً ترويج المنافسة ، وحماية مصالح المستخدمين ، وتلبية الطلب ، وفعالية القطاع أو مقدمي الخدمات العامة ، وجدواها المالية ، والحفاظ على المصلحة العامة أو الالتزامات المتعلقة بتوفير الخدمات العامة ، وحماية حقوق المستثمرين . ومن شأن توفر هدف أو هدفين

أساسيين أن يساعد على توضيح ولاية الهيئات الرقابية وتحديد أولويات بين الأهداف المتضاربة في بعض الأحيان . وتتوفر ولاية واضحة قد يزيد أيضا من حرية تصرف الهيئة الرقابية ومصداقيتها .

(د) صلاحيات الهيئات الرقابية

٤٣ - يمكن أن تكون للهيئات الرقابية صلاحيات اتخاذ القرارات أو صلاحيات ارشادية أو صلاحيات استشارية محسنة أو تشكيلة من هذه الصلاحيات المختلفة حسب الموضوع . وفي بعض البلدان ، منحت الهيئات الرقابية صلاحيات محدودة في البداية ثم زالت هذه الصلاحيات في مرحلة لاحقة بعد أن حققت الهيئات سجلا من الأعمال المتواصلة التي برهنت على استقلالها ومهاراتها الحرفية . وتحدد التشريعات في كثير من الأحيان الصلاحيات المنوطة بالحكومة والأخرى المنوطة بالهيئة الرقابية . ومن المهم في هذا الصدد التزام الوضوح لتجنب حالات التنازع والريبة التي لا داعي لها . وينبغي للمستثمرين ، وكذلك المستهلكين وغيرهم من الأطراف المهتمة أن يتوجهون بمختلف الالتماسات أو الطلبات أو الشكاوى .

٤٤ - واختيار مقدمي الخدمات العامة مثلا هو في بلدان عديدة عملية تشتهر فيها الحكومة وكذلك الهيئة الرقابية . فإذا كان القرار بشأن اسناد مشروع ينطوي على رأي عام ذي طابع سياسي وليس تقنيا ، كما هو الحال في سياق خصوصة البنى التحتية في كثير من الأحيان ، غالبا ما تقع المسؤولية النهائية في هذا الخصوص على الحكومة . أما إذا كانت معايير اسناد المشروع ذات طابع تقني أكثر ، كما هو الحال فيما يتعلق بنظام ترخيص متتحرر بشأن خدمات توليد القوى الكهربائية أو خدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية ، فإن بلدانا عديدة تستند القرار إلى هيئة رقابية مستقلة . وفي حالات أخرى ، قد تضطر الحكومة إلى أن تطلب رأي الهيئة الرقابية قبل منح الامتياز . ومن جهة أخرى ، فإن بعض البلدان تستبعد التدخل المباشر من جانب الهيئات الرقابية في عملية منح الامتياز بحجة أن من شأن ذلك أن يؤثر في الكيفية التي تنظم بها هذه الهيئات توفير الخدمة المعنية في مرحلة لاحقة .

٤٥ - ويتسع اختصاص الهيئات الرقابية في العادة ليشمل جميع المنشآت التي تعمل في القطاعات التي تراقبها هذه الهيئات ، دون التمييز بين منشآت القطاع العام والقطاع الخاص . ويمكن أن يكون استخدام بعض الصلاحيات أو الصكوك الرقابية مقصورا بموجب القانون على مقدمي الخدمات العمومية المهيمنين في القطاع . فيمكن لهيئة رقابية مثلا ، ألا تكون لها صلاحيات بشأن مراقبة الأسعار إلا تجاه مقدم الخدمات العامة الراهن أو المهيمن ، بينما يمكن السماح للداخلين الجدد بتحديد أسعارهم بحرية .

٤٦ - وتتراوح المسائل التي يتعين على الهيئات الرقابية أن تتخذ قرارا بشأنها ما بين المسؤوليات المعيارية (كالقواعد المتعلقة بمنح الامتيازات وشروط المصادقة على المعدات) والى المنع الفعلي للامتيازات ؛ وتعديل تلك الصكوك ؛ والموافقة على العقود أو القرارات التي تقرّرها الجهات الخاضعة للمراقبة (كالمتعلقة مثلا بجدول زمني أو عقد يخول الوصول الى الشبكة) ؛ وتحديد التزام بشأن توفير

خدمات معينة ؛ ورصد تنفيذه ؛ والشراف على مقدمي الخدمات العامة (خصوصا الامثال لشروط الترخيص والقواعد وأهداف الأداء) ؛ وتحديد الرسوم أو تعديلها ؛ وفحص الاعانات أو الاعفاءات أو غيرها من المزايا التي يمكن أن تشوّه المنافسة في القطاع ؛ وفرض الجزاءات ؛ وتسوية المنازعات .

(ه) تشكيل الهيئات الرقابية وموظفوها

٤٧ - عند انشاء هيئة رقابية ، اختارت بضعة بلدان أن تكون الهيئة الرقابية من موظف واحد ، بينما فضل معظم البلدان الأخرى أن تكون هناك لجنة رقابية . فبامكان اللجنة توفير ضمانات أكبر للوقاية من أي تأثير أو ضغط غير مناسبين ، كما أن بامكانها أن تحد من احتمالات صدور قرارات رقابية طائشة . ومن جهة أخرى ، يمكن أن تكون الهيئة الرقابية المكونة من شخص واحد قادرة على التوصل إلى قرارات بشكل أسرع ، كما يمكن مساءلتها بشكل أكبر . ولتحسين ادارة عملية اتخاذ القرارات في هيئة رقابية ، كثيرا ما يحتفظ بعدد قليل من الأعضاء (ثلاثة أو خمسة أعضاء في العادة) . وغالبا يتم تفادي تكوين أعضاء الهيئة من أعداد زوجية تجنبها لاحتمال الوصول الى طريق مسدود ، مع أنه يمكن أن يكون للرئيس صوت ترجيحي طبعا .

٤٨ - ولزيادة حرية تصرف الهيئة الرقابية ، يمكن اشراك مؤسسات مختلفة في عملية الترشيح . وفي بعض البلدان ، تعيين الهيئات الرقابية من قبل رئيس الدولة استنادا إلى قائمة مقدمة من البرلمان ؛ وفي بلدان أخرى ، يعين الفرع التنفيذي للحكومة الهيئة الرقابية ولكن رهنا بتأكيد البرلمان ، أو بناء على ترشيحات يقدمها البرلمان أو رابطات المستخدمين أو هيئات أخرى . وكثيرا ما يشترط على الهيئات الرقابية أن يتتوفر فيها القدر الأدنى من المؤهلات المهنية ، كما يشترط فيها أن تكون خالية من تنازع المصالح الذي من شأنه ألا يؤهلها لهذه الوظيفة . ويمكن ترتيب ولايات أعضاء الهيئات الرقابية على شكل تعاقبي من أجل تجنب تبديل جميع الأعضاء وتعيينهم كلية من قبل الادارة ذاتها ؛ كما أن التنظيم التعاقبي يحقق الاستمرارية في عملية اتخاذ القرارات الرقابية . وكثيرا ما تكون الولايات لأجل محدد ، ويمكن أن تكون غير قابلة للتجديد ، كما يمكن انهاؤها قبل انقضاء أجلها لأسباب محدودة فقط (منها الادانة بارتكاب جريمة ، أو عدم الأهلية الذهنية أو الاموال الجسيم أو التقصير في أداء الواجب) . وكثيرا ما تواجه الهيئات الرقابية محامين ومحاسبين وخبراء آخرين من ذوي الخبرة الذين يعملون لصالح الصناعة الخاضعة للمراقبة ، وهي تحتاج إلى اكتساب نفس القدر من الدراسة العملية والمهارات والتخصص المهني ، إما من دخل الهيئة أو عن طريق الاستعانة بمستشارين خارجيين عند الاقتضاء . وكثيرا ما يسمع لهذه الهيئات بالتعارف من الباطن مع خبراء خارجيين بشأن مهام رقابية معينة فيما عدا اتخاذ القرارات الرقابية النهائية .

(و) ميزانية الهيئة الرقابية

٤٩ - يعد توفير مصادر تمويل ثابتة من الشروط الأساسية لضمان أداء الهيئة الرقابية بشكل واف بالغرض . وفي بلدان عديدة ، تمول ميزانية الهيئة الرقابية عن طريق رسوم وضرائب أخرى تحصل من الصناعة الخاضعة للرقابة . ويمكن تحديد الرسوم على شكل نسبة مئوية من حجم أعمال مقدمي الخدمات العمومية ، أو تحصيلها مقابل منح الشخص أو الامتيازات أو غيرها من الأذون . وفي بعض البلدان ، تستكمل ميزانية الهيئة الرقابية عند الاقتضاء عن طريق تحويلات من الميزانية منصوص عليها في قانون المالية السنوية . بيد أن هذا قد يوجد عنصر ارتياح قد يقلل من حرية تصرف الهيئة الرقابية .

٤ - العمليات والإجراءات الرقابية

٥٠ - يتضمن الاطار الرقابي في العادة قواعد لجرائم تنظم الطريقة التي يتعين بها على المؤسسات المكلفة بمختلف الوظائف الرقابية ممارسة صلاحياتها .

(أ) الاجراءات

٥١ - تستوجب مصداقية العملية الرقابية توفر الشفافية والموضوعية ، بصرف النظر عما إذا كانت السلطة الرقابية تؤول إلى ادارة حكومية أو وزير أو هيئة رقابية يتمتع كل منهم بحرية التصرف . وينبغي أن تكون القواعد والإجراءات موضوعية واضحة لضمان العدل والنزاهة . ولأغراض تتعلق بالشفافية ، ينبغي أن يشترط القانون نشر هذه القواعد والإجراءات . وينبغي للقرارات الرقابية أن تبين الأسباب التي تستند إليها وأن تكون في متناول الأطراف المهمة ، من خلال المنشورات أو غيرها من الوسائل الملائمة .

٥٢ - ويمكن زيادة الشفافية ، مثلما تقتضي ذلك بعض القوانين ، بواسطة قيام الهيئة الرقابية بنشر تقرير سنوي عن القطاع ، يشمل على سبيل المثال ، القرارات المتخذة أثناء الممارسة والمنازعات التي نشأت والكيفية التي سويت بها . ويمكن أن يتضمن هذا التقرير السنوي أيضاً حسابات الهيئة الرقابية ومراجعة لها من قبل مراجع حسابات مستقل . كما تقضي التشريعات في بلدان عديدة بأن يرفع هذا التقرير السنوي إلى لجنة برلمانية .

٥٣ - ويمكن أن تؤثر القرارات الرقابية في مصالح فئات مختلفة منها الجهة المعنية بتقديم الخدمات العامة ، ومنافسوها الحاليون أو المحتملون ومستخدمو هذه الخدمات من رجال الأعمال وغيرهم . وفي بلدان عديدة تشمل العملية الرقابية إجراءات تشاورية بشأن القرارات أو التوصيات الرئيسية . وفي بعض البلدان ، تكون هذه المشاورات على شكل جلسات استماع علنية ، وتكون في بلدان أخرى على شكل

أوراق مشاورات تلتزم بشأنها تعليقات من الفئات المهمة . كما أنشأ بعض البلدان هيئات استشارية تتتألف من المستخدمين وغيرهم من الأطراف المعنية ، وتشترط هذه البلدان التماس آراء أعضاء هذه الهيئات قبل اتخاذ القرارات والتوصيات الرئيسية . ولزيادة الشفافية ، يمكن اشتراط نشر التعليقات أو التوصيات أو الآراء الناتجة عن عملية المشاورة أو اتاحتها للجمهور .

(ب) العقوبات والاستئناف

٥٤ - في عدد كثير من البلدان ، يمنع القانون الهيئات الرقابية بعض الصلاحيات القسرية أو العقابية . ويمكن لهذه أن تشمل صلاحية تعديل أو تعليق أو سحب امتياز ; والحق في تحديد أحكام العقود بين مقدمي الخدمات العمومية (مثل اتفاقات الاستفادة من هذه الخدمات أو ربط بعضها ببعض) ; وتوجيهه انذارات وأوامر إلى مقدمي الخدمات العمومية ؛ وفرض عقوبات مدنية بما في ذلك عقوبات على أي تأخير في تنفيذ قرار الهيئة الرقابية واستهلال اجراءات جنائية أو غيرها من الاجراءات القضائية .

٥٥ - وقد نص المشرعون في كثير من الأحيان على اجراءات استثنافية ضد قرارات الهيئة الرقابية . وتعتبر اجراءات الاستئناف عنصرا أساسيا لحماية مقدمي الخدمات العمومية من القرارات الاستبدادية التي تتخذها الهيئات الرقابية . غير أن قوانين بلدان عديدة تحصر الأسباب الداعية إلى الاستئناف تجنبها للريبة في المجال الرقابي ، والتي يمكن أن تنشأ عن دعوى الاستئناف التي يقصد منها في المقام الأول تأخير أثر القرارات الرقابية . ولذلك من المستحب اقامة توازن بين حماية الحقوق المنشورة لمقدمي الخدمات العمومية وفعالية النظام الرقابي . ومن الأساسي في كثير من الأحيان اتخاذ القرار بسرعة . فعلى سبيل المثال ، من شأن رفض منع منافس امكانية الاستفادة من شبكة البنية التحتية أن يدفع بذلك المنافس إلى الإفلاس اذا لم تحل المسألة على وجه السرعة . وحيثما يمنع حق الاستئناف ، ينبغي أن يستهدف هيئة تتمتع بالمهارات والدرأية الفنية المطلوبة للبت في المسألة . وتمتنع بعض القوانين مقدمي الخدمات العمومية الحق في الاستئناف ضد قرارات معينة صادرة عن الهيئة الرقابية ، وذلك أمام سلطة البلد المختصة بالتنافس ، وتمتنع قوانين أخرى الحق في الاستئناف أمام المحاكم الادارية أو القضائية .

* * *