الأمم المتحدة

A/CN.9/471/Add.7

الجمعية العامة

Distr.: General
8 February 2000
ARABIC
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الثالثة والثلاثون
نيويورك، ١٢ حزيران/يونيه - ٧ تموز/يوليه ٢٠٠٠

مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص: مشاريع فصول لدليل تشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص

تقرير الأمين العام

إضافة

الفصل السادس - تسوية النزاعات

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
توصيات تشريعية		٢
ملاحظات بشأن التوصيات التشريعية		٣
ألف - تعليقات عامة	١-٢	٣
باء - النزاعات بين السلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز	٣-٤٢	٤
١- اعتبارات عامة بشأن طرائق منع نشوء النزاعات وتسويتها	٥-٩	٤
٢- الطرائق الشائع استخدامها لأجل منع نشوء النزاعات وتسويتها	١٠-٤٢	٦
جيم - النزاعات بين صاحب الامتياز ومقرضيه والمتعاقدين معه وموردية	٤٣	١٥
دال - النزاعات بين صاحب الامتياز وزبائنه	٤٤-٤٦	١٦

V.00-50877

توصيات تشريعية

النزاعات بين السلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز (انظر الفقرات ٣-٤٢)

التوصية ٦٨. ينبغي أن تكون لدى السلطة المتعاقدة الحرية في الاتفاق على آليات لتسوية النزاعات يعتبرها الأطراف ملائمة لاحتياجات المشروع، بما في ذلك آلية التحكيم.

[التوصية ٦٨ مكررا. ينبغي أن يبين القانون ما إذا كان يجوز للسلطة المتعاقدة أن تتذرع بحصانة السيادة، وإذا كان كذلك فإلى أي مدى، للحيلولة دون بدء إجراءات تحكيمية أو قضائية، وكذلك للطعن في إنفاذ القرار أو الحكم.]

النزاعات بين صاحب الامتياز ومقرضيه والمتعاقدين معه وموردية (انظر الفقرة ٤٣)

التوصية ٦٩. ينبغي أن يكون لدى صاحب الامتياز ومتعهدي المشروع الحرية في اختيار الآليات المناسبة لتسوية النزاعات التجارية بين متعهدي المشروع، أو النزاعات التي تنشأ بين صاحب الامتياز ومقرضيه والمتعاقدين معه وموردية وسائر الشركاء التجاريين.

النزاعات بين صاحب الامتياز وزبائنه (انظر الفقرات ٤٤-٤٦)

التوصية ٧٠. قد يكون من اللازم لصاحب الامتياز إتاحة آليات تتسم بالبساطة والفعالية لمعالجة المطالبات المقدمة من زبائنه أو مستعملي مرفق البنية التحتية.

ملاحظات بشأن التوصيات التشريعية

ألف - تعليقات عامة

١- ثمة عامل مهم لتنفيذ مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص وهو الإطار القانوني الموجود في البلد المضيف لتسوية النزاعات. ذلك أن المستثمرين والمتعاقدين والمقرضين سوف يتشجعون على المشاركة في مشاريع في البلدان التي تحدوهم فيها الثقة بأن أي نزاعات تنشأ عن عقود تشكل جزءا من المشروع ستحل بإنصاف وكفاءة. علاوة على ذلك فإن من شأن وجود اجراءات فعالة لتجنب نشوء نزاعات أو لتسويتها سريعا، أن ييسر على السلطة المتعاقدة أداء مهامها الرقابية، وأن يقلل من التكاليف الادارية الاجمالية التي تتكبدها السلطة المتعاقدة في هذا الصدد. وبغية تكوين مناخ أكثر ترحابا بالمستثمرين، ينبغي للاطار القانوني في البلد المضيف أن يساعد على انفاذ مبادىء أساسية معينة، ومنها مثلا ما يلي: ينبغي أن تُضمن للشركات الأجنبية سبل الوصول الى المحاكم بمقتضى الشروط نفسها أساسا المتاحة للشركات المحلية؛ وينبغي أن يكون للأطراف في العقود الخصوصية الحق في اختيار قانون أجنبي باعتباره القانون الواجب تطبيقه على عقودهم؛ وينبغي أن تكون الأحكام الأجنبية واجبة النفاذ؛ كما ينبغي ألا تكون هناك قيود لا ضرورة لها تحول دون الوصول الى آليات غير قضائية لتسوية النزاعات، ولا معوقات قانونية تعرقل استحداث تسهيلات لتسوية النزاعات وديا خارج اطار النظام القضائي.

٢- ومن الناحية النمطية، تستوجب مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص إنشاء شبكة من العلاقات التعاقدية والقانونية الأخرى المترابطة تشمل مختلف الأطراف. ولا بد من أن يؤخذ في الاعتبار، في الأحكام التشريعية المعنية بتسوية النزاعات الناشئة في سياق هذه المشاريع، تنوع العلاقات، مما قد يستوجب اتباع طرائق مختلفة في تسوية النزاعات حسب نوع العقد والأطراف المشاركة فيه. ويمكن تقسيم النزاعات الرئيسية الى ثلاث فئات عامة:

(أ) **النزاعات الناشئة في الاتفاقات بين صاحب الامتياز والسلطة المتعاقدة وغيرها من الهيئات الحكومية:** في معظم بلدان القانون المدني، يخضع اتفاق المشروع للقانون الاداري (انظر الفصل السابع "مجالات القانون الأخرى ذات الصلة"، الفقرات ٢٤-٢٧)، في حين يخضع هذا الاتفاق من حيث المبدأ في بلدان أخرى لقانون العقد، الذي تكمله أحكام خاصة تصاغ بشأن العقود التي تبرمها الحكومة لأجل توفير الخدمات العمومية. وقد ينطوي هذا النظام الضابط على آثار بخصوص آلية تسوية النزاعات، التي قد يكون بمستطاع الأطراف في اتفاق المشروع الاتفاق عليها. ومن الجائز أن تطبق أيضا اعتبارات مشابهة على عقود معينة تُبرم بين صاحب الامتياز وهيئات حكومية أو شركات تملكها الحكومة تورّد سلعا أو خدمات للمشروع، أو تشتري سلعا أو خدمات ينتجها مرفق البنية التحتية؛

(ب) **النزاعات الناشئة في العقود والاتفاقات التي يبرمها متعهدو المشروع أو صاحب الامتياز مع أطراف ذات صلة لأجل تنفيذ المشروع:** تشمل هذه العقود في العادة العناصر التالية على الأقل: '١' العقود بين الأطراف الذين لديهم أسهم في شركة المشروع (مثل اتفاقات أصحاب الأسهم أو الاتفاقات المتعلقة بتوفير تمويل إضافي أو الترتيبات المتعلقة بحقوق التصويت)؛ '٢' اتفاقات التمويل والاتفاقات ذات الصلة، التي تشمل الى جانب شركة المشروع أطرافا كالمصارف التجارية ومؤسسات الإقراض الحكومية ومؤسسات الإقراض الدولية ومؤمني اعتمادات التصدير؛ '٣' العقود بين شركة المشروع والمتعاقدين، الذين يمكن أن يكونوا هم أنفسهم اتحادات من المتعاقدين (كونسورتيومات)،

وموردي المعدات ومقدمي الخدمات؛ '٤' العقود المبرمة بين شركة المشروع والأطراف الذين يتولون تشغيل وصيانة مرفق المشروع؛ '٥' العقود بين صاحب الامتياز والشركات الخصوصية لتوريد السلع والخدمات اللازمة لتشغيل المرفق وصيانته؛

(ج) **النزاعات بين صاحب الامتياز وأطراف أخرى:** تشمل هذه الأطراف الأخرى مستعملي المرفق أو زبائنه. ويمكن أن يندرج في عداد هؤلاء المستعملين، مثلا، شركة للمنافع العمومية تملكها الحكومة تشتري الكهرباء أو الماء من شركة المشروع لكي تعيد بيعهما للمستعملين النهائيين؛ وشركات تجارية كالخطوط الجوية أو خطوط الشحن التي تتعاقد على استعمال مطار أو ميناء؛ أو أفراد يدفعون ثمنا لاستعمال طريق من الطرقات الخاضعة للرسوم. ومن الجائز أيضا ألا يكون الأطراف في هذه النزاعات مرتبطين بالضرورة بأي علاقة قانونية سابقة ذات طبيعة تعاقدية أو ما يشابهها.

باء - النزاعات بين السلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز

٣- النزاعات التي تنشأ في اطار اتفاق المشروع كثيرا ما تنطوي على مشاكل لا تنشأ في غالب الأحيان فيما يتعلق بأنواع أخرى من العقود. وهذا يعود الى تعقّد مشاريع البنية التحتية، ووجوب أدائها على مدى فترة زمنية طويلة، مع وجود عدد من المنشآت المشاركة في مرحلتي التشييد والتشغيل. اضافة الى ذلك فإن النزاعات في اطار اتفاقات المشاريع يمكن أن تتعلق بمسائل تقنية عالية المستوى تقترن بمراحل التشييد وبالتكنولوجيا المستعملة في الأشغال وبشروط تشغيل المرفق. علاوة على أن هذه المشاريع تشتمل عادة على هيئات حكومية وتنطوي على درجة عالية من المصلحة العامة. ومن ثم فإن هذه الظروف تؤكد على الحاجة الى وجود آليات تساعد كثيرا بقدر الامكان على اجتناب تفاقم الخلافات بين الأطراف، والحفاظ على علاقة الأعمال القائمة بينهم؛ وتمنع من ثم تعطّل أشغال التشييد أو توفير الخدمات؛ وتكون مصممة على نحو يلائم الخصائص المعينة التي تتميز بها النزاعات التي قد تنشأ في هذا الصدد.

٤- ويناقش في هذا الفرع بعض الاعتبارات الرئيسية الخاصة بمختلف مراحل تنفيذ مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص. أما تسوية مظالم صاحب الامتياز فيما يتعلق بالقرارات التي تصدرها هيئات الرقابة التنظيمية فقد بُحثت في سياق السلطة المخولة بوضع ضوابط تنظيمية لخدمات البنية التحتية (انظر الفصل الأول "الإطار التشريعي والمؤسسي العام"، الفقرات ٥١-٥٣). وأما تسوية النزاعات التي تنشأ أثناء عملية اختيار صاحب الامتياز (أي النزاعات السابقة للتعاقد) فقد عولجت هي أيضا من قبل في الدليل (انظر الفصل الثالث "اختيار صاحب الامتياز"، الفقرات ١١٨-١٢٢).

١ - اعتبارات عامة بشأن طرائق منع نشوء النزاعات وتسويتها

٥- المسائل التي تؤدي في أغلب الأحيان الى اثارة نزاعات أثناء عمر اتفاق المشروع هي تلك المسائل ذات الصلة بما يمكن حدوثه من حالات الاخلال بالاتفاق أثناء مرحلة التشييد، أو أثناء تشغيل مرفق البنية التحتية، أو فيما يتعلق بانقضاء أمد اتفاق المشروع أو انهائه. وقد تكون هذه النزاعات معقدة جدا، وكثيرا ما تنطوي على أمور تقنية عالية المستوى تحتاج الى حلها بسرعة اجتنابا لتعطل تشييد أو تشغيل مرفق البنية التحتية. ولهذه الأسباب، من المستحسن للأطراف أن يلجأوا الى استنباط آليات تتيح المجال لاختيار خبراء من ذوي الاختصاص لتقديم المساعدة في تسوية النزاعات. علاوة على

ذلك، فإن طول مدة مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص يجعل من المهم استنباط آليات تحول بقدر الامكان دون نشوء النزاعات حفاظا على علاقة الأعمال بين الأطراف.

٦- وبغية تحقيق الأهداف المشار اليها أعلاه، كثيرا ما تنص اتفاقات المشاريع على أحكام شرطية مركبة بشأن تسوية النزاعات، مصممة لكي تحول قدر الامكان دون نشوء النزاعات، ولتعزيز التوصل الى حلول متفق عليها، وتطبيق طرائق فعالة في تسوية النزاعات عند نشوء النزاعات على الرغم من ذلك. ومن الناحية النمطية، تنص تلك الأحكام على سلسلة من الخطوات المتعاقبة، بدءا من التنبيه المبكر الى المسائل التي قد تتطور الى نزاع ما لم يبادر الأطراف الى اتخاذ اجراءات لمنع حدوث ذلك. وأما عند وقوع نزاع فعلا، فإن تلك الأحكام تنص على أنه ينبغي للأطراف اللجوء الى تبادل المعلومات والبحث في النزاع بغية استبانة حل له. وأما إذا لم يكن بمستطاع الأطراف حل النزاع بأنفسهم، فيجوز إذ ذاك لأي طرف أن يستوجب مشاركة طرف ثالث مستقل وغير منحاز لتقديم المساعدة الى الأطراف في العثور على حل مقبول. وفي معظم الحالات، لا تستخدم آليات تسوية النزاعات بالتخاصم إلا عندما يتعذر تسوية تلك النزاعات باللجوء الى استخدام تلك الطرائق التوفيقية.

٧- بيد أنه قد يكون ثمة حدود تقيد من حرية الأطراف في الاتفاق على طرائق معينة في منع حدوث النزاعات أو في تسوية النزاعات: أحد تلك الحدود قد ينشأ من موضوع قضية النزاع؛ والحد الآخر قد ينشأ في بعض النظم القانونية من الطابع الحكومي الذي تتسم به السلطة المتعاقدة. وفي بعض النظم القانونية درج الموقف التقليدي المتبع على أنه لا يجوز للحكومة وأجهزتها الاتفاق على طرائق معينة في تسوية النزاعات، وخصوصا التحكيم. ولكن هذا الموقف كثيرا ما يقيد حصرا بحيث يعني أنه لا يجوز تطبيقه على المنشآت العمومية ذات الطابع الصناعي أو التجاري، التي تتصرف في علاقتها مع الأطراف الثالثة بموجب القانون الخاص أو القانون التجاري.

٨- وقد تكون الحدود المقيدة لحرية الاتفاق على طرائق تسوية النزاعات، بما في ذلك التحكيم، ذات صلة أيضا بالطبيعة القانونية التي يتسم بها اتفاق المشروع. ففي اطار بعض النظم القانونية، قد ينظر لاتفاقات المشاريع على أنها عقود إدارية، مما يترتب عليه لزوم تسوية النزاعات التي تنشأ بشأنها من خلال القضاء أو من خلال المحاكم الإدارية في البلد المضيف. وفي إطار نظم قانونية أخرى، قد يكون ثمة محظورات مماثلة مدرجة صراحة في تشريعات أو سوابق قضائية واجب تطبيقها مباشرة على اتفاقات المشاريع، أو قد تكون تلك المحظورات نتيجة لممارسات تعاقد مستقرة، وذلك بالاستناد عادة الى قواعد تشريعية أو لوائح رقابة تنظيمية.

٩- أما بالنسبة الى البلدان التي ترغب في السماح باستخدام طرائق غير قضائية، بما في ذلك التحكيم، لتسوية النزاعات الناشئة فيما يتعلق بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، فمن المهم إزالة العقبات القانونية المحتملة، وتوفير إذن واضح للسلطات المتعاقدة المحلية بالاتفاق على طرائق تسوية النزاعات. ذلك أن عدم وجود مثل ذلك الإذن التشريعي قد يؤدي الى إثارة مسائل بشأن صحة الحكم الشرطي الخاص بتسوية النزاعات، وقد يسبب تأخرا في تسوية النزاعات أيضا. وعلى سبيل المثال، إذا ما وجدت هيئة التحكيم أن اتفاق التحكيم قد أبرم على نحو صحيح على الرغم من أي دفع لاحق بأن السلطة المتعاقدة لم يكن لديها اذن بابرامه، فقد تعود المسألة الى الظهور في مرحلة الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه أمام محكمة في البلد المضيف أو أمام محكمة في بلد ثالث يراد فيه الاعتراف بقرار التحكيم أو انفاذه.

٢ - الطرائق الشائع استخدامها لأجل منع نشوء النزاعات وتسويتها

١٠- تبرز الفقرات التالية السمات الأساسية في الطرائق المستخدمة لمنع نشوء النزاعات وتسويتها، وتبحث في مدى ملاءمتها لمختلف مراحل مشاريع البنية التحتية الكبيرة (أي مرحلة التشييد ومرحلة التشغيل ومرحلة ما بعد الإنهاء). ومع أن اتفاق المشروع ينص عادة على آليات مركبة لمنع حدوث النزاعات وتسوية النزاعات معا، ينبغي توخي العناية في اجتناب الاجراءات المفرطة في التعقد، أو النص على كثير جدا من التفرعات المركبة للاجراءات المختلفة. والقصد من العرض الموجز لطائفة مختارة من طرائق منع حدوث النزاعات وطرائق تسوية النزاعات الواردة في الفقرات التالية، إنما هو إعلام المشرعين عن السمات والفوائد الخصوصية التي تتصف بها هذه الطرائق المختلفة. ومن ثم فلا ينبغي أن يفهم على أنه توصية باستخدام أي مجموعة معينة من هذه الطرائق.

(أ) التنبيه المبكّر

١١- قد تكون الأحكام الخاصة بالتنبيه المبكر أداة مهمة لاجتناب النزاعات. وبمقتضى هذه الأحكام، إذا ما شعر واحد من الأطراف في عقد ما بأن الأحداث التي وقعت، أو المطالبات التي يعتزم الطرف تقديمها، تنطوي على احتمالات تسبب نزاعات، ينبغي له أن يبادر في أسرع وقت ممكن الى توجيه انتباه الطرف الآخر الى تلك الأحداث أو المطالبات. ذلك أن حالات التأخر في تقديم تلك المطالبات لا تقتصر على كونها مصدر تنازع، لأنها من المرجح أن تفاجيء الطرف الآخر ولذا تسبب استياء وعداء، بل إنها تجعل أيضا المطالبات أصعب إثباتا. ولذلك السبب، فإن أحكام التنبيه المبكّر تستلزم نمطيا من الطرف المطالب تقديم مطالبة محددة المقدار، مشفوعة بما يثبتها من براهين ضرورية، في غضون فترة زمنية مقررة. وبغية جعل هذا الحكم نافذ المفعول، كثيرا ما يتضمن جزاء على عدم الامتثال للحكم، مثل فقدان الحق في مباشرة المطالبة قضائيا، أو زيادة عبء الاثبات. وفي مشاريع البنية التحتية، كثيرا ما ينطوي مفهوم التنبيه المبكر على إشارة الى الأحداث التي قد تؤثر تأثيرا سيئا في نوعية الأشغال أو الخدمات العمومية، أو زيادة تكاليفها، أو التسبب في حالات تأخر أو المخاطرة بتعطيل استمرارية الخدمة المقصودة. ولذا فإن أحكام التنبيه المبكّر تكون مفيدة طوال مدة مشروع البنية التحتية.

(ب) التشارك

١٢- ثمة أداة أخرى تستخدم كوسيلة لاجتناب النزاعات تسمى التشارك. الهدف المنشود في التشارك هو السعي، من خلال استراتيجيات رسمية مصوغة على نحو مشترك ومنذ بدء المشروع، الى تهيئة بيئة تسودها الثقة والعمل الجماعي والتعاون فيما بين كافة الأطراف الرئيسية المشمولة في المشروع. وقد تبين أن التشارك مفيد في اجتناب النزاعات، وفي التزام الأطراف بالعمل بكفاءة على تحقيق أهداف المشروع. ويتم تعريف علاقات التشارك الودي في حلقات عمل يحضرها الأطراف الرئيسية في المشروع، وتنظمها عادة السلطة المتعاقدة. وابان حلقة العمل الأولية، يتم تقرير فهم مشترك لمفهوم التشارك، وتحديد أهداف المشروع بالنسبة الى كافة الأطراف، وصوغ اجراء كفيل بحل المسائل الحرجة بسرعة. ثم في ختام حلقة العمل المذكورة، يصاغ ما يسمى "ميثاق التشارك" ويوقع عليه المشاركون، يبين التزامهم بالعمل متضامنين في سبيل نجاح المشروع. ويتضمن ذلك الميثاق عادة اجراء بشأن تسوية المسائل مصمما لتقرير المطالبات وحل المشاكل الأخرى، بدءا من أدنى مستوى ممكن من الادارة وفي أبكر فرصة ممكنة متاحة. واذا ما لم يتم التوصل الى حل في غضون مهلة زمنية معينة، ترفع المسألة

الى المستوى التالي من الادارة. ولا يلجأ الى استدعاء من هم غرباء عن المشروع الا في حال عدم احراز اتفاق من جانب المسؤولين عن المشروع.

(ج) التفاوض الميسّر

١٣- الغرض من هذا الإجراء هو إعانة الأطراف في عملية التفاوض، إذ يعمد الأطراف الى تعيين من يتولى مهمة التيسير عند بدء المشروع. والوظيفة المنوطة به هي تقديم المساعدة الى الأطراف في تسوية أي نزاعات، دون تقديم آراء ذاتية اليهم بشأن المسائل المطروحة، بل استمالتهم الى الدخول في تحليل شامل للأسباب الجوهرية في قضاياهم. ويجدر القول بأن هذا الإجراء يكون مفيدا بصفة خاصة عند تعدد الأطراف المعنيين، الذين قد يجدون صعوبة في التفاوض والتنسيق بشأن جميع الآراء المتباينة من دون توفر هذا التيسير.

(د) الوساطة والتوفيق

١٤- يستخدم المصطلح "التوفيق" في 'الدليل' كمفوم عريض النطاق يشير الى اجراءات يتولى فيها شخص أو هيئة تقديم المساعدة الى الأطراف بأسلوب مستقل وغير منحاز في مسعاهم الى التوصل الى تسوية ودية للنزاع القائم بينهم. كما يختلف التوفيق عن المفاوضات بين الأطراف في النزاع (التي يلاحظ نمطيا أن الأطراف يلجؤون اليها بعد نشوء النزاع) من حيث ان التوفيق يشتمل على تقديم مساعدة مستقلة وغير منحازة لأجل تسوية النزاع، في حين أن مفاوضات التسوية بين الأطراف لا تشتمل على مساعدة يقدمها شخص ثالث. أما الفرق بين التوفيق والتحكيم فهو ان التوفيق اما ينتهي الى تسوية النزاع بالاتفاق بين الأطراف واما ينتهي الى عدم النجاح في ذلك؛ ولكن في التحكيم تفرض هيئة التحكيم قرارا ملزما على الأطراف، ما لم تكن الأطراف قد سوت النزاع قبل صدور القرار. ومن حيث الممارسة المتبعة، يشار الى اجراءات التوفيق بتعابير مختلفة، ومنها "الوساطة". ومع ذلك فان ثمة تمييزا يجرى في التقاليد القانونية لدى بعض البلدان بين "التوفيق" و "الوساطة"، وذلك للتأكيد على أن هنالك طرفا ثالثا في التوفيق يحاول أن يجمع بين الأطراف المتنازعة لمساعدتها على تسوية خلافاتها صلحا، في حين أن الوساطة تمضي أبعد من ذلك اذ تتيح المجال للوسيط لكي يقترح شروطا لأجل تسوية النزاع. بيد أن المصطلحين "التوفيق" و "الوساطة" يستخدمان كمترادفين في أكثر الأحيان.

١٥- وقد أصبح التوفيق ممارسة معمولا بها أكثر فأكثر في أنحاء مختلفة من العالم، بما في ذلك المناطق التي لم يكن فيها استخدامها شائعا في الماضي. ويتبدى هذا الاتجاه في عدة ظواهر، ومنها إنشاء عدد من الهيئات الخصوصية والعمومية التي تعرض خدمات التوفيق على الأطراف المهتمين. كما أن إجراء التوفيق يتسم في العادة بأنه اجراء خصوصي وسري وغير رسمي وسهل مباشرته. وقد يكون أيضا سريعا وغير باهظ التكلفة. ومن الجائز أن يتولى الموفق عدة أدوار، ويكون دوره بصفة عامة أنشط من دور الميسر. وكثيرا ما يلجأ الموفق الى الطعن في مواقف الأطراف للتشديد على مواطن الضعف التي من شأنها في العادة أن تيسر التوصل الى اتفاق، ثم انه قد يقترح، اذا ما اذن له بذلك، تصورات ممكنة للتسوية. وهذا الاجراء بصفة عامة غير ملزم، وتتمثل مسؤولية الموفق في تيسير التسوية بتوجيه انتباه الأطراف الى المسائل المعينة والحلول الممكنة، بدلا من اصدار الأحكام. ويجدر القول بأن هذا الاجراء مفيد خصوصا عندما يكون هناك كثير من الأطراف المعنيين مما يجعل من الصعب تحقيق اتفاق ما بالمفاوضات المباشرة.

١٦- واذا ما نص الأطراف على التوفيق في اتفاق المشروع، فانه سوف يتعين عليهم تسوية عدد من المسائل الاجرائية حرصا على زيادة الفرص المتاحة للتسوية. علما بأن تسوية تلك المسائل الاجرائية انما تصبح أيسر جدا بادراج اشارة مرجعية في متن العقد الى مجموعة من قواعد التوفيق، ومنها مثلا قواعد الأونسيترال للتوفيق.[١] ولا بد من القول بأن هنالك مجموعات أخرى من قواعد التوفيق أعدتها منظمات دولية ووطنية مختلفة.

(هـ) التقدير غير الملزم بواسطة خبراء

١٧- هذا اجراء في اطاره يكلف طرف ثالث بتقديم تقدير بناء على الأسباب الجوهرية للنزاع وحصيلة النتائج المقترحة. وهو يصلح كأداة لأجل "تدقيق الوقائع" مما يبين للأطراف المتخاصمين ما هي النتائج التي يمكن أن يسفر عنها اللجوء الى اجراءات ملزمة أبهظ تكلفة وأبطأ سيرا في العادة، مثل التحكيم أو اجراءات الدعاوى في المحاكم. كما ان هذا الاجراء مفيد حينما يواجه الأطراف صعوبة في الاتصال بسبب تصلب مواقفهم، أو حين لا يسعهم أن يروا بوضوح مواطن الضعف في مواقفهم أو مواطن القوة في مواقف الأطراف الأخرى. وفي العادة تعقب التقدير غير الملزم بواسطة خبراء مفاوضات إما مباشرة وإما ميسرة.

(و) المحاكمة المصغّرة

١٨- يتخذ هذا الاجراء شكل محاكمة صورية يقدم في اطارها موظفو كل طرف على مستوى الموقع بيانات عن القضية الى "هيئة محكمة" تتكون من مسؤول تنفيذي كبير لدى كل طرف وشخص ثالث محايد. وبعد تقديم تلك البيانات، الذي يتم نمطيا في غضون فترات زمنية محددة مسبقا، يجري المسؤولون التنفيذيون مفاوضات ميسرة بمساعدة شخص محايد، لمحاولة التوصل الى اتفاق بالاستفادة من المسائل التي تم تبيانها أثناء تلك "المحاكمة". وكثيرا ما يكون المستشارون القانونيون لدى الأطراف حاضرين لكي يستفاد منهم في استبانة المسائل الوثيقة الصلة بالمنازعة. والغرض من الحاكمة الصورية هو إعلام كبار المسؤولين التنفيذيين عن المسائل التي ينطوي عليها النزاع، وكذلك تسخيرها كأداة لتدقيق الوقائع لمعرفة ما يمكن أن تسفر عنه محاكمة حقيقية من نتائج في هذا الصدد.

(ز) التقدير بواسطة كبار المسؤولين التنفيذيين

١٩- هذا الاجراء مشابه لإجراء المحاكمة المصغرة، ولكنه أقل خصومة، ويستخدم نهجا أكثر توجها نحو التوافق في الآراء. يبدأ الاجراء بعرض كل طرف ورقة موقفية موجزة، تعقبها ردود موجزة أيضا. ثم يعقد "اجتماع تقديري" برئاسة شخص يقوم بمهمة الميسر، يقدم فيه أحد كبار المسؤولين التنفيذيين لدى كل طرف عروضا شفوية وجيزة تبين المسائل المحالة في الأوراق الموقفية وغير ذلك من النقاط التي يثيرها الأطراف أو الميسر. ثم يعقب هذا الاجتماع أيضا اجتماع تفاوض، يرأسه الميسر، بغية التوصل الى اتفاق. لا بد من القول بأن المحاكمة المصغرة واجراء التقدير بواسطة كبار المسؤولين التنفيذيين يغلب عليهما كليهما أن يكونا وسيلة قوية لتدقيق الوقائع أقل مرتبة من التقدير غير الملزم بواسطة خبراء، ولذا فانهما أقل احتمالا في الدفع على استصدار قرارات صعبة في حال عدم وجود ضغط تجاري يحث على القيام بذلك.

(ح) النظر في النزاعات التقنية بواسطة خبراء مستقلين

٢٠- أثناء مرحلة التشييد، قد يرغب الأطراف في النظر في النص على ترتيبات احتياطية لاحالة أنواع معينة من النزاعات الى خبير مستقل يعينه كلا الطرفين المتنازعين. وقد تكون هذه الطريقة مفيدة بصفة خاصة فيما يتعلق بالخلافات ذات الصلة بالجوانب التقنية من تشييد مرفق البنية التحتية (أي على سبيل المثال ما اذا كانت الأشغال مطابقة للمواصفات أو للمعايير التقنية التعاقدية).

٢١- ويجوز على سبيل المثال أن يعين الأطراف مفتش تصاميم أو مهندسا مشرفا، على التوالي، لاعادة النظر في الخلافات ذات الصلة بتفتيش التصميم والموافقة عليه، وبتقدم سير أشغال التشييد (انظر الفصل الرابع "تشييد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ٦٩-٧٩). وينبغي أن يكون لدى الخبراء المستقلين خبرة في تصميم وتشييد مشاريع مماثلة. كما ينبغي أن تبين في اتفاق المشروع صلاحيات الخبير المستقل (مثلا ما اذا كان للخبير المستقل أن يقدم توصيات أو يصدر قرارات ملزمة)، وكذلك الظروف التي يجوز بموجبها للأطراف التماس مشورة أو قرار من الخبير المستقل. وفي بعض مشاريع البنية التحتية الكبيرة، على سبيل المثال، يجوز لصاحب الامتياز التماس مشورة الخبير المستقل كلما طرأ خلاف بين صاحب الامتياز والسلطة المتعاقدة فيما اذا كانت جوانب معينة من التصميم أو أشغال التشييد متوافقة مع المواصفات أو الالتزامات التعاقدية الواجب تطبيقها. وقد تكون احالة مسألة الى مفتش تصاميم أو الى مهندس مشرف، حسب الاقتضاء، وثيقة الصلة خصوصا فيما يتعلق بالأحكام الواردة في اتفاق المشروع، التي تشترط الموافقة المسبقة من جانب السلطة المتعاقدة على اجراءات عمل معينة يقوم بها صاحب الامتياز، ومنها مثلا إصدار الإذن النهائي بشأن تشغيل مرفق البنية التحتية (انظر الفصل الرابع "تشييد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرة ٧٨).

٢٢- يجدر القول بأنه كثيرا ما استخدم الخبراء المستقلون لأجل تسوية النزاعات التقنية التي تنشأ في اطار عقود التشييد، ومن الجائز كذلك استخدام مختلف الآليات والاجراءات التي تتطور في سياق الممارسة المتبعة في صناعة التشييد، بعد ادخال ما يلزم من التعديلات عليها، فيما يتعلق بمشاريع البنية التحية الممولة من القطاع الخاص. بيد أنه لابد من القول أيضا بأن نطاق النزاعات بين السلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز ليس مماثلا بالضرورة بالنسبة الى النزاعات التي تنشأ نمطيا في اطار عقد تشييد. والسبب في ذلك أن الموقف الخاص بكل من السلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز بمقتضى اتفاق المشروع ليس قابلا للمقارنة تماما بموقف كل من مالك أو منفذ الأشغال بموجب عقد التشييد. وعلى سبيل المثال، فإن النزاعات بخصوص المبلغ الواجب دفعه الى المتعاقد عن كميات الأشغال التي ينفذها فعلا، وهي كثيرا ما تنشأ في عقود التشييد، ليست نزاعات نمطية فيما يخص العلاقات بين السلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز، بما أن الأخير لا يتلقى عادة دفعات مالية من السلطة المتعاقدة على أشغال التشييد المنفذة.

(ط) هيئات النظر في النزاعات

٢٣- كثيرا ما تنص اتفاقات مشاريع البنية التحتية الكبيرة على انشاء هيئات دائمة مكونة من خبراء يعينهم الطرفان المعنيان، وربما بمساعدة سلطة مخولة بالتعيين، لغرض تقديم المساعدة في تسوية النزاعات التي قد تنشأ أثناء مراحل التشييد والتشغيل (يشار إليها في 'الدليل' باسم "هيئات النظر في النزاعات"). والدعاوى التي ترفع الى هيئة للنظر في النزاعات يمكن أن تكون غير رسمية وعاجلة، ويمكن تكييفها لكي تلائم الملابسات التي يتميز بها النزاع الذي تدعى هذه الهيئات الى تسويته. ويجدر

القول بأن تعيين هيئة للنظر في النزاعات قد يحول دون تطور حالات سوء التفاهم أو الاختلافات بين الأطراف الى نزاعات رسمية من شأنها أن تستلزم التسوية في اجراءات تحكيمية أو قضائية. والواقع أن فعالية هذا الاجراء كأداة لاجتناب النزاعات هي واحد من مواطن القوة الخاصة بهذا الاجراء، علماً بأن هيئة النظر في النزاعات قد تصلح أيضا كآلية لتسوية النزاعات، وخصوصا حينما تمنح الهيئة الصلاحية لإصدار قرارات ملزمة.

٢٤- وبمقتضى إجراء هيئة النظر في النزاعات، يلجأ الأطراف نمطيا منذ مستهل المشروع، الى اختيار ثلاثة خبراء مشهود لهم بمعرفتهم في ميدان المشروع وذلك لكي تتكون منهم الهيئة. ومن الجائز تبديل هؤلاء الخبراء اذا 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 ادارة الخدمات العمومية لاحقا)، ويلاحظ أن في بعض مشاريع البنية التحتية الكبيرة أُنشئت أكثر من هيئة واحدة من هذه الهيئات. وعلى سبيل المثال، قد تعنى احدى هيئات النظر في النزاعات حصراً بالنزاعات المتعلقة بمسائل ذات طبيعة تقنية (مثلا، التصميم الهندسي، ملاءمة تكنولوجيا معينة، الامتثال للمعايير البيئية)، في حين قد تعنى هيئة أخرى بالنزاعات 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 خبيرا في النوع المعين الذي يندرج فيه المشروع، بما في ذلك الخبرة في تفسير وادارة اتفاقات المشاريع، وينبغي أن يتعهد بأن يظل محايدا لا ينحاز إلى أي من الأطراف ومستقلا عنهم. ومن الجائز تزويد هؤلاء الأشخاص بتقارير دورية عن تقدم سير تشييد مرفق البنية التحتية أو عن تشغيله، حسب الاقتضاء، ومن الجائز أيضا إعلامهم فورا بالخلافات التي تنشأ بين الأطراف. وكذلك من الجائز أن يجتمعوا مع الأطراف، إما في مراحل زمنية منتظمة واما حين تقتضي الحاجة ذلك، لأجل النظر في الخلافات التي نشأت واقتراح طرق ممكنة لحل تلك الخلافات.

٢٥- وبصفة أعضاء الهيئة وكلاء لتحاشي النزاعات، يجوز لهم القيام بزيارات دورية الى موقع المشروع، والاجتماع بالأطراف، والمواظبة على الاطلاع على تقدم سير العمل. وهذه الاجتماعات تساعد على استبانة أي احتمالات تنازع مبكرا، قبل أن تشرع في الاستفحال والتحوّل الى نزاعات تامة. وعند كشف احتمالات التنازع، تبادر الهيئة الى اقتراح حلول يرجح لها أن تكون مقبولة لدى الأطراف، باعتبار ما يمتاز به أعضاؤها من دراية ومكانة جيدة. كما ان احالة نزاع الى الهيئة تحفز على قيام الهيئة بعملية تقييم تجري على نحو غير رسمي، وذلك من الناحية النمطية بواسطة التناقش مع الطرفين المعنيين أثناء أداء زيارة موقعية منتظمة. وتتولى الهيئة ضبط المناقشة، ولكن تتاح لكل طرف الفرصة الكاملة لابداء آرائه، وتكون لدى هيئة النظر في النزاع الحرية في طرح الأسئلة وطلب تقديم مستندات وغيرها من أدلة الاثبات. وتتجلى في هذا الصدد مزايا اجراء جلسات الاستماع في موقع العمل، عاجلا بعد وقوع الأحداث وقبل تصلب المواقف الخصامية. ثم تعقد الهيئة جلسات مغلقة وتسعى الى صياغة توصية أو قرار. وأما اذا لم يقبل الأطراف هذه المقترحات، ونشأت النزاعات بالفعل، فإن مكانة الهيئة الفريدة تؤهلها - إذا ما أذن لها الأطراف - للمبادرة الى حل تلك النزاعات على نحو عاجل بفضل اطلاعها عن كثب على المشاكل والمستندات التعاقدية.

٢٦- ولكن باعتبار المدة الطويلة عادة التي تستمر خلالها مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، فإن كثيرا من الظروف الوثيقة الصلة بتنفيذها قد تتغير قبل نهاية المدة المحددة للامتياز. وفي

حين أن تأثير بعض التغيرات قد يكون مشمولا تلقائيا في اتفاق المشروع (انظر الفصل الرابع "تشييد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ١٢٦-١٣٠)، فإن ثمة تغيرات قد تكون عسيرة فلا تندرج بسهولة في اطار آلية للتعديل التلقائي، أو قد يفضل الأطراف استبعادها من إطار مثل تلك الآلية. ولذا فإن من المهم للأطراف الحرص على إنشاء آليات لمعالجة النزاعات التي قد تنشأ فيما يتعلق بالظروف المتغيرة. ولذلك أهمية خاصة في مرحلة تشغيل المشروع. وحيث يكون الأطراف قد اتفقوا على قواعد تسمح بإعادة النظر في شروط اتفاق المشروع عقب ظروف معينة، فقد يطرح تساؤل عما إذا كانت تلك الظروف قد وقعت فعلا، وإن كان كذلك، فكيف ينبغي تغيير الشروط التعاقدية أو تكملتها. وبغية تيسير فض المنازعات المحتملة واجتناب حدوث ورطة في حال عدم مقدرة الأطراف على الاتفاق على إعادة النظر في العقد، من المستصوب أن يعمد الأطراف الى توضيح ما إذا كان من الجائز أن تقوم هيئة النظر في المنازعات بتغيير أو تكملة بعض الشروط التعاقدية المعينة، والى أي مدى يجوز لها ذلك. وقد تجدر الاشارة في هذا السياق الى أن الأطراف قد لا يكون بمستطاعهم دائما الاعتماد على هيئة تحكيمية أو محكمة محلية لهذا الغرض. ويلاحظ بالفعل في بعض النظم القانونية أنه ليس لدى المحاكم والمحكّمين اختصاص تغيير أو تكملة الشروط التعاقدية. وفي إطار نظم قانونية أخرى، لا يجوز للمحاكم والمحكّمين القيام بذلك إلا إذا أذن لهم الأطراف صراحة بالقيام بذلك. وفي نظم قانونية أخرى أيضا، يجوز للمحكمين القيام بذلك ولكن لا يجوز للمحاكم.

٢٧- هذا، ويجوز أن يحدد القانون الناظم للاجراءات التحكيمية أو القضائية المدى الذي يمكن أن يأذن به الأطراف للمحكّمين أو لمحكمة بإعادة النظر في قرار صادر عن هيئة النظر في النزاعات. أما استبعاد اعادة النظر في ذلك القرار فله مزية في أن قرار هيئة النظر في النزاعات يكون نهائيا وملزما فورا. بيد أن السماح باعادة النظر في ذلك القرار يتيح للأطراف قدرا أكبر من الاطمئنان الى أن ذلك القرار سوف يكون صائباً. والأحكام الشرطية الموجودة سابقا بشأن هيئات النظر في النزاعات لم تكن تنص على أن توصياتها تصبح ملزمة اذا لم يطعن فيها في إجراءات تحكيمية أو قضائية. ولكن يلاحظ في الممارسة المتبعة أن مجموع القوة الإقناعية في التوصيات التي تصدر بالاجماع عن خبراء مستقلين متفق عليهم بين الأطراف، قد أدى الى قبول السلطات المتعاقدة وشركات المشاريع معا بالتوصيات طوعا، بدلا من اللجوء الى التخاصم القضائي. أما الأحكام التعاقدية الحديثة العهد بشأن هيئات النظر في النزاعات فتنص عادة على أن القرار الذي يصدر عن الهيئة، في حين أنه غير ملزم للأطراف على الفور، من شأنه أن يصبح ملزما ما لم يلجأ أحد الأطراف أو كلاهما الى إحالة النزاع الى التحكيم أو الى مباشرة دعوى قضائية في غضون الفترة المحددة من الزمن. وما عدا اجتناب التخاصم القضائي الذي يحتمل أن تطول مدته، كثيرا ما يضع الأطراف 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، ومستندة الى مراقبة متزامنة للمشروع قبل نشوء النزاع للمرة الأولى ووقت نشوئه أيضا.

٢٨- وقد يوافق الأطراف على جعل قرار الهيئة نهائيا وملزما، مع أن هذا نادر الحدوث جدا . ولكن ينبغي القول بأنه على الرغم من اتفاق الأطراف على الالتزام بقرار الهيئة، فإنه يلاحظ في إطار الكثير من النظم القانونية أن القرار الصادر عن هيئة النظر في النزاعات، في حين كونه ملزما كعقد، قد لا يكون قابلا لإنفاذه في إجراءات الدعاوى المستعجلة، مثل اجراءات انفاذ قرار تحكيم، لأنه لا يتمتع بصفة قرار تحكيم. واذا ما توخى الأطراف النص على اجراءات للبت في مسألة أمام هيئة للنظر في النزاعات، فسوف يكون من الضروري لهم تسوية مختلف جوانب تلك الاجراءات في اتفاق المشروع. ومن المستحسن أن يحدد اتفاق المشروع، بما أمكن من الدقة، السلطة المخولة لهيئة النظر في النزاعات. أما فيما يتعلق بطبيعة الوظائف المنوطة بالهيئة، فقد يأذن اتفاق المشروع لهيئة النظر في النزاعات بالقيام

بتقرير الوقائع والأمر بتدابير مؤقتة. كما أنه قد يحدد الوظائف التي ينبغي أن تؤديها هيئة النظر في النزاعات، وكذلك نوع المسائل التي قد تعالجها. واذا كان مسموحا للأطراف بمباشرة إجراءات تحكيمية أو قضائية في غضون فترة محددة من الزمن بعد صدور القرار، فقد ينص الأطراف على التحديد أن تقرير الوقائع الذي تقوم به هيئة للنظر في النزاعات ينبغي النظر اليه على أنه تقرير حاسم في الاجراءات التحكيمية أو القضائية. كما ان اتفاق المشروع قد يلزم أيضا الأطراف بتنفيذ قرار صادر عن هيئة النظر في النزاعات بخصوص التدابير المؤقتة، أو قرار بشأن جوهر المسائل المحددة؛ واذا ما تخلف الأطراف عن القيام بذلك، فانهم سيعتبرون متخلفين عن أداء التزام تعاقدي. وأما بخصوص مدة وظائف الهيئة، فقد ينص اتفاق المشروع على أن تستمر الهيئة بأداء وظائفها لفترة معينة الى ما بعد انقضاء أمد اتفاق المشروع أو انهائه، لأجل معالجة النزاعات التي قد تنشأ في تلك المرحلة (على سبيل المثال، النزاعات بشأن وضعية الموجودات المسلّمة الى السلطة التعاقدية والتعويض المستحق عليها).

(ي) التحكيم غير الملزم

٢٩- هذا الاجراء يستخدم أحيانا حينما يؤول الى الاخفاق استخدام طرائق أقل نزوعا الى المخاصمة، مثل اجراءات التفاوض الميسّر أو التوفيق أو هيئة النظر في النزاعات. وتصرف شؤون التحكيم غير الملزم بالطريقة نفسها التي تصرف بها شؤون التحكيم الملزم، ومن الجائز تطبيق القواعد نفسها عليها، ما عدا أن هذا الاجراء ينتهي بتوصية. ويتوخى في هذا الاجراء أن الأطراف سوف يلجؤون الى مباشرة التخاصم بالتقاضي إذا ما ظل النزاع بلا تسوية بواسطة التحكيم غير الملزم. وأولئك الذين يختارون هذا الاجراء انما يفعلون ذلك (أ) اذا ما كان لديهم تحفظات بشأن الطبيعة الالزامية التي يتسم بها التحكيم؛ أو (ب) كحافز لاجتناب التحكيم والتخاصم بالتقاضي؛ أي التحكيم لأنه سيبدو أمرا لا داعي له في مكابدة الاجراء نفسه مرتين، والتخاصم بالتقاضي بسبب طوله وتكلفته.

(ك) التحكيم

٣٠- في السنوات الأخيرة أخذ يكثر اللجوء الى التحكيم لأجل تسوية النزاعات التي تنشأ في اطار مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص. ويستخدم التحكيم من الناحية النمطية، على حد سواء لأجل تسوية النزاعات التي تنشأ أثناء تشييد أو تشغيل مرفق البنية التحتية، وتسوية النزاعات ذات الصلة بانقضاء أمد اتفاق المشروع أو انهائه . ويفضل اللجوء الى التحكيم المستثمرون والمقرضون من القطاع الخاص، وخصوصا الأجانب منهم، لأن من الجائز أن يعمد الأطراف الى ترتيب صيغة اجراءات دعاوى التحكيم بحيث تكون أقل خضوعا للشكليات من اجراءات الدعاوى القضائية، وأفضل ملاءمة لاحتياجات الأطراف وللسمات الخصوصية التي تتصف بها النزاعات المحتمل نشوءها في اطار اتفاق المشروع. كما يستطيع الأطراف اختيار أشخاص من المحكّمين من ذوي المعرفة الناجمة عن الخبرة في النوع المعين الذي ينضوي فيه المشروع. ويمكن للأطراف أيضا اختيار المكان الذي يراد أن يتم فيه سير إجراءات التحكيم. ويستطيعون أيضا اختيار اللغة أو اللغات المراد استخدامها في إجراءات التحكيم. ويجدر القول بأن اجراءات التحكيم تكون أقل عرقلة لعلاقات الأعمال التجارية بين الأطراف من إجراءات الدعاوى القضائية. كما أن اجراءات دعاوى التحكيم وقرارات التحكيم نفسها يمكن الحفاظ على سريتها، في حين يتعذر ذلك عادة في الدعاوى القضائية وأحكامها. كما يجدر القول علاوة على ذلك بأن القبول الواسع النطاق باتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وانفاذها لعام ١٩٥٨[٢] ييسر انفاذ قرارات التحكيم في بلدان غير البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم.

٣١- وفيما يتعلق على الخصوص بمشاريع البنية التحتية التي يشترك فيها مستثمرون أجانب، تجدر الاشارة الى أن توفير اطار لتسوية النزاعات بين السلطة المتعاقدة وشركات أجنبية مشاركة في اتحاد شركات مشروع ما، قد يكون من خلال اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ورعايا دول أخرى.[٢] وقد أنشئ بموجب هذه الاتفاقية، والتي انضم اليها حتى الآن ١٣١ دولة، المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية (ICSID). والمركز المذكور هو منظمة دولية مستقلة ذاتيا ولها روابط وثيقة بالبنك الدولي. ويوفر المركز مرافق لتسهيل التوفيق والتحكيم بشأن النزاعات بين البلدان الأعضاء والمستثمرين الذين يستوفون شروط اعتبارهم رعايا بلدان أعضاء أخرى. واللجوء الى المركز التماسا للتوفيق والتحكيم طوعي. الا انه عند ابداء الأطراف في عقد أو نزاع موافقتهم على اللجوء الى التحكيم بمقتضى اتفاقية المركز، لا يستطيع أي منهم أن يسحب موافقته أحاديا. وتقتضي الاتفاقية من كافة أعضاء المركز، سواء أكانوا أو لم يكونوا أطرافا في النزاع، الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة عن المركز وانفاذها. ومن الجائز للأطراف في المركز أن يعطوا موافقتهم بشأن نزاع قائم، أو بخصوص صنف محدد من نزاعات قد تنشأ في المستقبل. بيد أنه لا حاجة الى ابداء موافقة الأطراف صراحة فيما يتعلق بمشروع معين؛ اذ ان من الجائز لأي بلد مضيف أن يتيح الامكانية في تشريعاته بشأن ترويج الاستثمار لإخضاع النزاعات التي تنشأ عن أصناف معينة من الاستثمارات الى الولاية القضائية للمركز، ومن الجائز للمستثمر أن يعطي موافقته كتابة بقبول الامكانية المتاحة.

٣٢- كما ان اتفاقات الاستثمار الثنائية قد توفر أيضا اطارا لتسوية النزاعات بين السلطة المتعاقدة والشركات الأجنبية. وفي المعاهدات التي تعقد من ذلك النحو، يلاحظ من الناحية النمطية أن الدولة المضيفة تقدم الى المستثمرين الذين يستوفون شروط اعتبارهم من رعايا الدولة الموقّعة الأخرى، عددا من التأكيدات والضمانات (انظر الفصل السابع "مجالات أخرى من القانون ذات صلة"، الفقرات ٤-٦)، وتعرب عن موافقتها على التحكيم، وذلك على سبيل المثال بإحالة النزاع الى المركز أو الى هيئة تحكيم تطبق قواعد الأونسيترال للتحكيم.

'١' الحصانة السيادية

٣٣- عندما يكون التحكيم مسموحا به ومتفقا عليه بين الأطراف في اتفاق المشروع، قد يحدث أن يُحبط أو يُعرقل تنفيذ الاتفاق على التحكيم اذا كان بمستطاع السلطة المتعاقدة أن ترد بحجة الحصانة السيادية، إما كمانع يحول دون البدء بإجراءات دعوى التحكيم وإما كدفاع تدرأ به عنها الاعتراف بقرار التحكيم وانفاذه. ويلاحظ أحيانا أن القانون ليس واضحا بشأن هذه المسألة، مما قد يثير دواعي قلق لدى الأطراف المعنيين (أي على سبيل المثال صاحب الامتياز ومتعهدي المشروع والمقرضين) تحسبا لاحتمال عدم سريان مفعول اتفاق التحكيم. وبغية تهدئة تلك الدواعي المقلقة المحتملة، من المستصوب اعادة النظر في القانون بشأن هذا الموضوع وتبيان المدى المتاح للسلطة المتعاقدة في جواز التذرع بالحصانة السيادية.

٣٤- إضافة الى ذلك، فإن السلطة المتعاقدة التي صدر عليها قرار تحكيم قد تلجأ الى الرد بحجة الحصانة درءا لتنفيذ حجز على ممتلكات عمومية. وهنالك طائفة من النهوج المتباينة في معالجة مسألة الحصانة السيادية من تنفيذ حجز. وعلى 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 والادعاء، على سبيل المثال بعدم امكانية الرد بحجة الحصانة بشأن أموال مخصصة لنشاط اقتصادي أو تجاري يخضع للقانون الخاص الذي يقوم عليه الادعاء، أو

بعدم امكانية الرد بحجة الحصانة بشأن موجودات ادخرتها الدولة لمواصلة أنشطتها التجارية. وفي بعض البلدان، يرتأى أن على الحكومة أن تثبت أن الموجودات المراد حجزها تستخدم في أغراض غير تجارية.

٣٥- كما يلاحظ في بعض العقود التي تشتمل على هيئات قد تلجأ الى الرد بحجة الحصانة السيادية، أن العقود قد تضمنت أحكاما تشترط بأن تتنازل الحكومة عن حقها في الرد بحجة الحصانة السيادية. ومثل هذه الموافقة أو التنازل قد يرد في اتفاق المشروع أو اتفاق دولي؛ إذ قد يكون مقصورا على الاعتراف بأن ممتلكات معينة تستخدم أو يعتزم استخدامها لأغراض تجارية. وقد يكون استخدام تلك الأحكام المكتوبة ضروريا من حيث عدم وضوح ما إذا كان إبرام اتفاق تحكيم، وكذلك مشاركة هيئة حكومية في دعوى تحكيم، يشكل تنازلا ضمنيا عن الحصانة السيادية من الخضوع لتنفيذ حجز.

٣٦- وقد يرغب المشرع في إعادة النظر في قوانينه بشأن هذه المسألة لكي يوضح، بالقدر الذي يعتبره مستصوبا، ما هي المجالات التي لا يجوز فيها للسلطات المتعاقدة الرد بحجة الحصانة السيادية.

’٢’ فعالية اتفاق التحكيم وقابلية انفاذ قرار التحكيم

٣٧- إن فعالية أي اتفاق على التحكيم تعتمد على النظام التشريعي الذي يجري التحكيم في اطاره. فإذا كان يعتبر النظام التشريعي الخاص بالتحكيم في البلد المضيف غير مرض، وذلك على سبيل المثال حيث يتبين أنه يفرض قيودا غير معقولة على استقلال الأطراف الذاتي، فقد يرغب طرف ما في الاتفاق على مكان تحكيم خارج البلد المضيف. ولذا فإن من المهم للبلد المضيف أن يضمن أن النظام التشريعي المحلي الخاص بالتحكيم في وسعه أن يسوي المسائل الاجرائية الرئيسية بطريقة مناسبة لقضايا التحكيم الدولية. ويجدر القول بأن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي يحتوي على نظام من هذا القبيل.(٤)

٣٨- أما اذا جرى التحكيم خارج البلد المضيف، أو اذا كان من شأن قرار تحكيم صدر في البلد المضيف أن يلزم انفاذه في الخارج، فإن من شأن فعالية اتفاق التحكيم أن تعتمد أيضا على التشريعات الناظمة للاعتراف بقرارات التحكيم وانفاذها. ويجدر القول بأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وانفاذها (انظر الفقرة ٣٠) تعنى بجملة أمور ومنها الاعتراف باتفاق التحكيم والأسباب التي يجوز بموجبها للمحكمة أن ترفض الاعتراف بقرار تحكيم أو انفاذه. وبات ينظر الآن عموما الى هذه الاتفاقية من حيث إنها توفر نظاما مقبولا ومتوازنا للاعتراف بقرارات التحكيم وانفاذها. كما إن كون البلد المضيف طرفا في الاتفاقية من المرجح أن يعتبر عنصرا حاسما في تقدير اليقين القانوني الذي تتسم به التعهدات الملزمة، ومدى التعويل على التحكيم كطريقة لحل النزاعات مع أطراف من البلد بواسطة التحكيم. كذلك فإن من شأنها أن تيسر إنفاذ قرار تحكيم صدر في البلد المضيف، في الخارج.

(ل) الاجراءات القضائية

٣٩- بحسب ما أشير اليه من قبل، تستوجب قواعد الزامية تتسم بطبيعة مستمدة من القانون العام، في بعض النظم القانونية، أن تكون تسوية النزاعات التي تنشأ عن اتفاقات مشاريع يعهد بموجبها الى صاحب الامتياز بتوفير خدمات عمومية، مسألة تندرج في الاختصاص الحصري للمحاكم القضائية أو الادارية المحلية. وفي بعض البلدان، تفتقر الهيئات الحكومية الى صلاحية الاتفاق على التحكيم، ماعدا

بموجب ظروف معينة (انظر الفقرات ٧-٩)، في حين تكون لدى الأطراف في نظم قانونية أخرى الحرية في الاختيار بين الاجراءات القضائية واجراءات التحكيم.

٤٠- وحيث يكون ممكنا للأطراف الاختيار بين الاجراءات القضائية والاجراءات التحكيمية، فقد ترى السلطة المتعاقدة أسبابا لترك حل أي نزاع لمحاكم البلد المضيف. إذ إن هذه المحاكم تكون ملمة بقانون البلد، الذي كثيرا ما يتضمن تشريعات محددة تنطبق مباشرة على اتفاق المشروع. وعلاوة على ذلك، فإن السلطة المتعاقدة وغيرها من الهيئات الحكومية في البلد المضيف التي قد تكون مشمولة في النزاع، قد تفضل المحاكم المحلية بسبب المامها باجراءات المحاكم ولغة الاجراءات. وقد يعتبر أيضا، بقدر ما تكون اتفاقات المشاريع منطوية على مسائل تتصل بالسياسة العامة وحماية المصلحة العامة، أن محاكم الدولة تكون في وضع أفضل لتنفيذ مفعول تلك الاتفاقات على النحو الصحيح.

٤١- بيد أن مثل هذا الرأي قد لا يحظى بالمشاركة بين السلطة المتعاقدة ومن يحتمل أن يكون من المستثمرين والممولين وأي أطراف أخرى من القطاع الخاص. فقد تعتبر هذه الأطراف أن التحكيم أفضل من الاجراءات القضائية، لأن التحكيم الذي يخضع الى الاتفاق بين الأطراف بدرجة أكبر من الاجراءات القضائية، يحظى بمكانة تؤهله لحل نزاع على نحو أكثر كفاءة. وقد يكون المستثمرون من القطاع الخاص، وخصوصا 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 النزاعات قد ساعد على اجتذاب استثمارات أجنبية لأجل تنمية البنية التحتية لديها.

٤٢- وعند النظر فيما اذا كان ينبغي حل أي نزاع بواسطة اجراءات قضائية، أو ما اذا كان ينبغي ابرام اتفاق على التحكيم، حيث يكون مثل هذا الخيار مسموحا به بموجب القانون الواجب تطبيقه، فإن العوامل التي تضعها الأطراف في الاعتبار من الناحية النمطية تشمل، على سبيل المثال، ثقة الأطراف بأن المحاكم المختصة بالفصل في النزاع ستكون غير منحازة وبأن النزاع سيحل دون تأخير مغالى فيه. ومن العوامل الاضافية التي ينبغي وضعها في الحسبان كفاءة النظام القضائي الوطني وتوافر أشكال من الانتصاف القضائي الملائمة للنزاعات التي قد تنشأ في اطار اتفاق المشروع. وعلاوة على ذلك، وبالنظر الى المسائل العالية التقنية والتعقد التي تنطوي عليها مشاريع البنية التحتية، فإن الأطراف سوف ينظرون أيضا في الآثار التي تترتب على الاستعانة بمحكمين مختارين بفضل معرفتهم وخبرتهم المعينتين في تناول المسائل التقنية في المجال الذي نشأ فيه النزاع. وقد يكون من الاعتبارات الأخرى سرية إجراءات التحكيم، والصبغة غير الرسمية نسبيا التي تتسم بها إجراءات التحكيم، وامكانية توفر قدر أكبر من المرونة لدى المحكمين عند تقرير سبل الانتصاف المناسبة، وهي كلها اعتبارات قد تكون نافعة في الحفاظ على العلاقة الطويلة الأجل التي تتضمنها اتفاقات المشاريع وكذلك في تطوير تلك العلاقة.

جيم - النزاعات بين صاحب الامتياز ومقرضيه والمتعاقدين معه وموردية

٤٣- من المقبول بصفة عامة في القوانين المحلية أن تكون لدى الأطراف في المعاملات التجارية، وخصوصا المعاملات التجارية الدولية، الحرية في الاتفاق على هيئة الحكم التي سوف تصدر قرارا ملزما في أي نزاع قد ينشأ عن هذه المعاملات. أما في المعاملات الدولية، فقد أصبح التحكيم الأسلوب المفضل فيها، سواء أسبقه التوفيق أو اقترن به أم لا. وأما في العقود بين صاحب الامتياز ومقرضيه والمتعاقدين معه وموردية، والتي تشكل على نحو ثابت جزءا من مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص،

فإن الأطراف، في كثير من البلدان، تكون لهم الحرية في اخضاع النزاعات الى التحكيم، واختيار مكان التحكيم، وتقرير ما اذا كان ينبغي أن تتولى مؤسسة للتحكيم النظر في قضية تحكيم معينة أم لا. وتعتبر هذه العقود عموما اتفاقات تجارية تنطبق عليها، فيما يتعلق بشروط تسوية النزاعات، القواعد العامة المتعلقة بالعقود التجارية. ومن ثم فإن خير نصح يسدى الى البلدان المضيفة الراغبة في اقرار مناخ قانوني مؤات لمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، أن تعيد النظر في قوانينها ذات الصلة بهذه العقود لكي تزيل أي ارتياب بصدد حرية الأطراف في الاتفاق على آليات لتسوية النزاعات يختارونها هم أنفسهم.

دال - النزاعات بين صاحب الامتياز وزبائنه

٤٤- تبعا لنوع المشروع، قد يكون من بين زبائن صاحب الامتياز طائفة متنوعة من الأشخاص والهيئات، ومنها على سبيل المثال شركة منفعة عامة تملكها الحكومة تشتري الكهرباء أو المياه من صاحب الامتياز 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 مكوس. وأما الاعتبارات والسياسات العامة المتعلقة بعقود تبرم مع المشترين النهائيين للبضائع أو الخدمات التي توردها شركة المشروع فقد تختلف بحسب اختلاف من هم الأطراف في تلك العقود، والشروط التي توفر بموجبها الخدمات، ونظام الرقابة التنظيمية الواجب تطبيقه في هذا الصدد.

٤٥- وفي بعض البلدان، يلزم القانون مقدمي الخدمات العمومية بإنشاء آليات مبسطة وفعالة خاصة بمعالجة المطالبات المقدمة من جانب زبائنهم. ومن الناحية النمطية تكون مثل هذه الرقابة التنظيمية الخاصة مقصورة على قطاعات صناعية معينة وتطبق على مشتريات السلع أو الخدمات من جانب الزبائن. علما بأن المستلزمات القانونية التي تشترط انشاء مثل هذا النوع من آليات تسوية المنازعات، من الجائز تطبيقها عموما على المطالبات المقدمة من جانب أي من زبائن صاحب الامتياز، أو من الجائز أن تكون مقصورة على الزبائن الذين هم أفراد يتصرفون بصفتهم الشخصية غير التجارية. كما أن التزام صاحب الامتياز قد يكون مقصورا على انشاء آلية لتلقي ومعالجة الشكاوى من الأفراد من الزبائن. وقد تشتمل تلك الآلية على مرفق خاص أو دائرة خاصة تنشأ ضمن اطار شركة المشروع لأجل تلقي ومعالجة المطالبات على نحو عاجل، وذلك على سبيل المثال باتاحة السبل للزبائن للحصول على استمارات قياسية للمطالبات أو أرقام هاتف مجانية لإبداء شكاواهم عما لحق بهم من غبن. وأما اذا لم تحل المسألة على نحو مرض، فمن الجائز أن يكون للزبون الحق في رفع شكوى الى هيئة رقابة تنظيمية، إن وجدت، والتي قد تكون لها في بعض البلدان السلطة التي تخولها اصدار قرار ملزم بشأن المسألة. علما بأن تلك الآليات كثيرا ما تكون اختيارية للزبائن، كما إنها من الناحية النمطية لا تحول دون لجوء الأشخاص المتظلمين الى المحاكم.

٤٦- أما اذا كان الزبائن شركات ارتفاق بمنفعة عمومية (مثلا، شركة توزيع القدرة الكهربائية) أو منشآت تجارية (على سبيل المثال، مصنع كبير يشتري القدرة مباشرة من منتج مستقل)، لها الحرية في اختيار الخدمات التي يقدمها صاحب الامتياز والتفاوض على شروط عقودها، فيلاحظ حينذاك أن الأطراف يلجأون من الناحية النمطية الى تسوية أي نزاعات بالطرائق المعتادة في العقود التجارية، بما في ذلك التحكيم. وبناء عليه، قد لا يكون ثمة حاجة الى معالجة تسوية هذه النزاعات في التشريعات ذات الصلة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص. ولكن حيث يكون زبائن صاحب الامتياز

هيئات تملكها الحكومة، فان مقدرتها على الاتفاق على طرائق تسوية النزاعات قد تكون مقيدة بقواعد القانون الاداري الناظم لتسوية النزاعات التي تشمل هيئات حكومية. وبالنسبة الى البلدان الراغبة في اتاحة المجال لاستخدام طرائق غير قضائية، بما في ذلك التحكيم، لأجل تسوية النزاعات بين صاحب الامتياز وزبائنه من هيئات تملكها الحكومة، من المهم ازالة العقبات القانونية المحتملة وتوفير اذن صريح لتلك الهيئات بالاتفاق على طرائق تسوية النزاعات (انظر الفقرات ٧-٩).

الحواشي

(١) للاطلاع على تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الثالثة عشر، انظر **الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والثلاثين، الملحق رقم ١٧** (A/35/17)، الفقرة ١٠٦ (**حولية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي**، المجلد الحادي عشر، ١٩٨٠، الجزء الأول، الفصل الثاني، الفرع ألف. (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.81.V.8)). كما استنسخت أيضا قواعد الأونسيترال للتوفيق في شكل كتيب (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.81.V.6). ومرفق بالقواعد حكم نموذجي بشأن التوفيق، نصه كما يلي: حينما يرغب الطرفان في حال حدوث نزاع ناشئ عن هذا العقد أو يتصل به، في التماس تسوية ودية عن طريق التوفيق، يتم التوفيق وفقا لقواعد الأونسيترال للتوفيق بصيغتها النافذة حاليا. كما أوصت الجمعية العامة في قرارها ٥٢/٣٥ المؤرخ ٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٠، باستخدام قواعد الأونسيترال للتوفيق.

(٢) انظر سلسلة معاهدات الأمم المتحدة، المجلد ٣٣٠، الرقم ٤٧٣٩، الصفحة ٣٨، المستنسخة في سجل نصوص الاتفاقيات وغيرها من الصكوك المتعلقة بالقانون التجاري الدولي، المجلد الثاني (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع E.73.V.3).

(٤) للاطلاع على تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الثامنة عشرة، انظر **الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الأربعين، الملحق رقم ١٧** (A/40/17)، الفقرة ٣٣٢ والمرفق الأول. كما أوصت الجمعية العامة، في قرارها ٧٢/٤٠ المؤرخ ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٥، بأن تعطي جميع الدول الاعتبار الواجب للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بالنظر الى أنه من المرغوب فيه أن يكون قانون اجراءات التحكيم موحدا، وبالنظر الى الاحتياجات المحددة لممارسات التحكيم التجاري الدولي.