

Distr.: Limited
22 April 2013
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
ندوة دولية حول الشراكات بين القطاعين العام والخاص
فيينا، ٢-٣ أيار/مايو ٢٠١٣

ورقة مناقشة

أولاً - مقدمة

١- الهدف من الندوة هو صوغ توصية تقدّم إلى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) بشأن الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال الشراكات بين القطاعين العام والخاص. وتقدّم هذه الورقة إلى الندوة من أجل مساعدتها في إجراء مداولاتها، وقد صيغت على نحو يتماشى مع البرنامج المؤقت للندوة نفسها.

ألف - الخلفية

٢- وفقاً للجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا، في ٢٠٠٨، فإن "الحكومات ظلت على مدى الخمس عشرة سنة الأخيرة تصارع في سبيل تحقيق التنمية الاقتصادية والقدرة التنافسية من خلال تحسين البنية التحتية الأساسية. وقد باتت الحكومات تستعين على نحو متزايد بالقطاع الخاص في تمويل مشاريع البنى التحتية وتصميمها وتشغيلها. وهكذا غدت هذه الشراكات بين القطاعين العام والخاص، بعدما كانت فيما مضى نادرة ومحدودة، أداة مهمة في تحسين القدرة التنافسية الاقتصادية وخدمات البنى التحتية، وبات يُنظر إليها باطِّرادٍ على أنها آلية لسدّ القصور الذي يشوب البنى التحتية في عديد من بلدان لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا."^(١)

(1) UNECE Guidebook on Promoting Good Governance in PPPs (دليل لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا بشأن تعزيز الإدارة الرشيدة في مجال الشراكات بين القطاعين العام والخاص)، التمهيدي، متاح في الموقع التالي: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf>



٣- ويتبين من الأدلة القائمة أن هذا الاتجاه متواصل، بحيث بات يتجاوز نطاق بلدان اللجنة ونطاق الأنماط الراسخة في البلدان المتقدمة النمو (مثل أستراليا وفرنسا وكندا والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية والولايات المتحدة الأمريكية). وحسب التقديرات الواردة في المعلومات التي تلقتها الأمانة في الآونة الأخيرة، فإن قيمة الشراكات بين القطاعين العام والخاص قد تتعدى في الهند وحدها ١ ترليون دولار من دولارات الولايات المتحدة الأمريكية في السنوات الخمس المقبلة؛ ويتزايد استخدام تلك الشراكات في الصين وفي بلدان أخرى من آسيا والمحيط الهادئ وأمريكا الوسطى وأمريكا الجنوبية.^(٢)

٤- ونظراً للاستخدام المتزايد للشراكات بين القطاعين العام والخاص باعتبارها طريقة من طرائق تطوير البنية التحتية، تُعقد هذه الندوة من أجل النظر في الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً بشأن تلك الشراكات داخل الأونسيترال. ويأتي انعقادها على إثر مناقشة دارت حول ذلك الموضوع خلال الدورة الخامسة والأربعين للجنة التي عُقدت سنة ٢٠١٢.^(٣) وقد أشارت اللجنة، في تلك الدورة، إلى أن "وضع قانون نموذجي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص على المستوى الدولي قد يكون مستصوباً، نظراً لأهمية الموضوع لدى البلدان النامية؛ وأن العمل في هذا المجال يمكن أن يكون مسوَّغاً بصفة خاصة في ضوء الاستنتاجات التي خلصت إليها الدول المشاركة في مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية المستدامة المعقود في ريو دي جانيرو بالبرازيل من ٢٠ إلى ٢٢ حزيران/يونيه ٢٠١٢، والتي شجعت على استخدام الشراكات بين القطاعين العام والخاص كأداة للتنمية الاقتصادية؛^(٤) وأنه يمكن للأونسيترال أن تستفيد من الأعمال المضطلع بها حالياً في هذا المجال على المستوى الإقليمي، مثل الاقتراح الذي قدّمته المفوضية الأوروبية بشأن إصدار توجيه من البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بشأن منح عقود الامتيازات."^(٥) وقد شهد معظم السنوات

(٢) انظر على سبيل المثال: www.eria.org/projects/PPP.html؛ www.adb.org/publications/public-private-

<http://partnership-infrastructure-projects-case-studies-republic-korea>

www.iadb.org/en/projects/project-description-

www.adb.org/offices/pacific/strategy

www.iadb.org/biz/ppt/0604grahamb.ppt#444؛ [title,1303.html?id=co-t1139](http://www.iadb.org/biz/ppt/0604grahamb.ppt#444)

(٣) عُرضت على اللجنة مذكرة من الأمانة معنونة "الاستثمار وتطوير البنية التحتية: الأعمال المقبلة الممكنة"،

A/CN.9/755، البابان ٢ و٣. نص المذكرة متاح على العنوان التالي:

<http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission/sessions/45th.html>

(٤) انظر الوثيقة الختامية للمؤتمر، المعنونة "المستقبل الذي نبتغيه"، (مرفق قرار الجمعية العامة ٦٦/٢٨٨)، الفقرات

٤٦ و٧١ و٢١٧ و٢٨٠ (د).

(٥) A/67/17، تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الخامسة والأربعون، الفقرة ١١٥. نص

التقرير متاح على الموقع التالي: <http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission/sessions/45th.html>

الاثنين والعشرين المنصرمة إدراج الأونسيترال لموضوع الاشتراء وتطوير البنية التحتية في برنامج عملها، وتُعتبر نصوصها أدوات أساسية في تنظيم تطوير البنية التحتية والمواضيع ذات الصلة بصورة فعالة.^(٦)

٥- إذا خلُصت الندوة إلى أن على الأونسيترال أن تنخرط في الأعمال المتعلقة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص، وَجَبَ عليها أن تنظر في توصية تقدّم إلى اللجنة بشأن مدى الحاجة إلى العمل المراد الاضطلاع به ونطاقه. ويتطرق الباب الثاني من هذه الورقة إلى الكيفية التي تُعرَض بها تلك التوصيات ويُنظر فيها.

باء- مصادر المادة

٦- تستند هذه الورقة إلى المعلومات المتعلقة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص، والامتيازات وأنواع المشاريع المماثلة، المتاحة لدى البنك الدولي، والمرفق الاستشاري للبنية التحتية العمومية الممولة بمشاركة القطاع الخاص، ومؤسسة التمويل الدولية، والوثيقة التي أعدتها الوكالة النرويجية للتعاون الإنمائي بعنوان " PPP in Infrastructure Resource Center for Contracts, Laws and Regulation " (الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مركز موارد البنية التحتية فيما يتعلق بالعقود والقوانين والتنظيم الرقابي) (www.worldbank.org/ppp) (البنك الدولي)، والصفحات الشبكية للمصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير (www.ebrd.com/pages/sector/legal/concessions.shtml)، والموقع الشبكي للمركز الأوروبي لخبرات الشراكات بين القطاعين العام والخاص (وهذا المركز وليد مبادرة مشتركة بين المصرف الأوروبي للاستثمار والمفوضية الأوروبية والدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي والبلدان المرشحة لعضويته) (www.eib.org/epc/g2g/index.htm)؛ والصفحات الشبكية لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي حول الامتيازات (www.oecd-ilibrary.org/governance/concessions_clp-10)؛ والصفحات الشبكية للاتحاد الأوروبي حول الامتيازات (5kmhbhp8v9mw)؛

(٦) اعتمدت الأونسيترال، تنويجا لأعمال فريقها العامل الأول من عام ٢٠٠٠ إلى عام ٢٠١٢، دليل اشتراء قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاشتراء العمومي (٢٠١٢)، وقانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي (٢٠١١)، والأحكام التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (٢٠٠٣). كما اعتمدت دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (٢٠٠٠)، الذي صاغته الأمانة واستعرضته اللجنة مباشرة. واعتمدت الأونسيترال، تنويجا لأعمال فريقها الخامس من عام ١٩٨١ إلى عام ١٩٩٤، قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء السلع والإنشاءات والخدمات (١٩٩٤)، وقانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء السلع والإنشاءات (١٩٩٣)، ودليل الأونسيترال القانوني بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية (١٩٨٧).

؛ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/partnerships/concessions/index_en.htm وصفحات لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص (ولا سيما المنشور المعنون Guidebook on Promoting Good Governance in PPPs (دليل تعزيز الإدارة الرشيدة في مجال الشراكات بين القطاعين العام والخاص، المتاح في الموقع التالي: www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf)، فضلاً عن معلومات أخرى عن مسائل محدّدة حسّما يردّ بيانه أدناه. وتشير الاقتباسات التي توردها تلك الهيئات في التعليق إلى المعلومات المتاحة في مصادرها المذكورة في هذه الفقرة.

٧- وتستند هذه الورقة أيضاً إلى المواد التالية المتاحة من الأمانة بالإنكليزية فقط (والتي ستوضع على موقع الأونسيتال الشبكي في الوقت المناسب): Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules (تحليل قانوني للشراكات بين القطاعين العام والخاص فيما يتعلق بقواعد نموذجية لتلك الشراكات)، حزيران/يونيه ٢٠١٢، من إعداد سونغوو صن (عالم زائر للأونسيتال، ٢٦ تموز/يوليه ٢٠١١ - ٢٥ تموز/يوليه ٢٠١٢، "تحليل صن")؛ والتقرير المقدم إلى الدورة الثالثة لفريق الاختصاصيين في الشراكات بين القطاعين العام والخاص للجنة الاقتصادية لأوروبا، التي عُقدت يومي ١٨ و ١٩ نيسان/أبريل ٢٠١١، عن القوانين النموذجية المتعلقة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص، من إعداد مؤسسة سيمنز وسيمنز، لندن، المملكة المتحدة ("تقرير سيمنز وسيمنز")؛ وخلاصة وافية لدليل الشراكات بين القطاعين العام والخاص، وهو قيد الإعداد حالياً، وفهرس التقييم المتعلق به، ٢٠ شباط/فبراير ٢٠١٢، من إعداد كل من فنسون بيرون (خبير في الشؤون الاقتصادية والمالية) ومارك فريليت (خبير في الشؤون المؤسسية والقانونية) ("الخلاصة الوافية لدليل فريليت").

٨- وتستند هذه الورقة، في الختام، إلى المعلومات المقدّمة من الخبراء إلى الأمانة، خلال المشاورات التي عُقدت صيف عام ٢٠١٢.

جيم- المصطلحات المستخدمة

٩- ما عدا في الحالات التي تقتبس فيها هذه الورقة مادة ما من منشور أو مصدر آخر، فإنها تشير إلى جميع المشاريع الإنمائية الممولة من القطاع الخاص بتعبير "الشراكات بين القطاعين العام والخاص" (وترد المسألة الخاصة بالتعاريف في الباب ثانياً ألف-٣ أدناه).

ثانياً- بنود للمناقشة

ألف- مواضيع ذات صلة بالنظر في الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال الشراكات بين القطاعين العام والخاص

١٠- لعل الندوة تود أن تنظر في الموضوعين التاليين:

ما إذا كانت هناك حاجة تقنية إلى نص للأونسيترال بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص؛

ونطاق العمل المقبل لإعداد مثل هذا النص.

باء- هل ثمة حاجة تقنية إلى نص للأونسيترال بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص؟

١- تمكين القطاع الخاص من المشاركة في تطوير البنية التحتية وتقديم الخدمات العمومية

١١- ما انفك الهدف المُعلن الأشيع من وراء تهيئة أسباب إقامة شراكات بين القطاعين العام والخاص يتمثل في تمكين القطاع الخاص من المشاركة في تطوير البنية التحتية، مع ما يستتبعه ذلك في كثير من الأحيان من تقديم الخدمات العمومية. ويشمل هذا الهدف مراعاة كون الطلب على مثل هذا الاستثمار يتجاوز الموارد المالية المتوافرة للقطاع العام من أجل تمويله، وهو وضع برز بصورة أجلى منذ اندلاع ما اصطلح على تسميته عموماً بـ "الأزمة المالية العالمية" التي نشأت في خريف عام ٢٠٠٧.

١٢- ويثير تمكين القطاع الخاص من المشاركة في عملية التطوير هذه، حسب المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير، جملة من التساؤلات: "ليس البيع الصريح للموجودات العمومية إلى أطراف ثالثة خياراً سديداً، بالنظر إلى ما يترتب على ذلك من غياب المنافسة. فقد يكون البديل المفضل [لدى الحكومات] هو منح امتيازات أو حقوق تعاقدية/حقوق ترخيص إلى كيانات القطاع الخاص، مع الاحتفاظ بالحقوق العمومية الأخرى في بعض الموجودات والاحتفاظ بملكيتها. على أن التحدي المطروح [أمام الحكومات] في هذا الصدد يتمثل في وضع نظام قانوني يشجّع الاستثمار الخاص في هذه القطاعات. ويجب [على الحكومات]، لدى وضع هذا النظام القانوني، تهيئة بيئة تشجّع الاستثمار السهمي من جانب شركات دولية تتمتع بخبرة في القطاعات المعنية. ويجب [على الحكومات] أيضاً التصدي بمهارة لما يساور المؤسسات المالية التي تمول الديون من شواغل محددة."

٢- شواغل تساور الجهات الوطنية والجهات المانحة من احتمال أن تكون الشراكات غير المنظّمة بين القطاعين العام والخاص غير فعالة وأن تفرز نتائج دون المستوى الأمثل المنشود؛ الأولوية النسبية للشراكات بين القطاعين العام والخاص وغير ذلك من المسائل التي تهم الجهات المانحة والحكومات المتلقية

١٣- لدى بعض الحكومات قوانين عامة أو قطاعية بشأن الشراكات بين القطاعين، أو هناك قوانين أخرى تتضمن حكماً تشريعياً ينص على إمكانية إقامة شراكات بين القطاعين العام والخاص. ويشير تحليل صن إلى أن كلاً من بلجيكا وإيطاليا وبولندا والبرتغال وجمهورية كوريا والبرازيل وإسبانيا اعتمدت قوانين محدّدة بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص.^(٧) وأحيطت الأمانة علماً بأن بلداناً أخرى بصدد القيام بعمل تشريعي بشأن الشراكات بين القطاعية (منها الصين). إلا أن من الواضح أنه ليس لدى العديد من الدول أيّ تشريع ذي صلة قابل عموماً للتطبيق (منها أستراليا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة على الصعيد الاتحادي، وهي جميعها تستخدم الشراكات بين القطاعين العام والخاص بانتظام).^(٨) وتتفاوت الأرقام المتعلقة بنسبة الشراكات بين القطاعين التي توجد في طور

(7) يشير تحليل صن إلى أن البرتغال سنّت مرسوم القانون رقم 2003/96 لتعهد إلى الوحدة المركزية المعنية بالشراكة بين القطاعين العام والخاص التابعة لباربوبيكا بمهمة وضع نماذج للشراكة بين القطاعين، وتقييم العروض وتحديدّها وإطلاقها وتوزيع المخاطر والإشراف على التنفيذ. فضلاً عن ذلك، فإن من الأهداف الرئيسية التي يتوخاها مرسوم قانون جديد يحمل رقم 141/2006 تعزيز إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لكنه يظل قاصراً عن تلبية الحاجة إلى إنشاء وحدة مركزية فعالة تُعنى بالشراكة بين القطاعين (مشيراً في صفحة ١٠ فيما يتعلق بالشراكة بين القطاعين في البرتغال إلى وزارة الأشغال العامة والنقل والمواصلات، ٧ أيار/مايو ٢٠٠٨). أما جمهورية كوريا فقد سنّت القانون المتعلق بالاستثمار الخاص في البنية التحتية الاجتماعية في ١٩٩٤ لتعزيز الاستثمار الخاص في تشييد البنى التحتية الاجتماعية وإدارتها. وقد أدخلت بضعة تعديلات على القانون لتوفير وسائل قانونية مرنة وتوطيد نظام الإشراف من جانب الكونغرس ومشاركة المواطنين وحماية المنافسة في العملية برمتها. ومن جهتها سنّت البرازيل في كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٤ قانوناً بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص يرمي إلى تشجيع الاستثمارات في مشاريع البنية التحتية التي تكون الحاجة إليها ماسة (مشيراً إلى مقال عن مؤلف سي. في. فيلهو وجي. بي. لي: Brazil's New Public-Private Partnership Law: One Step forward, Two Step Back (قانون البرازيل الجديد بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص: خطوة إلى الأمام، خطوتان إلى الخلف) نُشر في الصفحات ٤١٩ إلى ٤٢٦ من المجلد ٢٢ (عام ٢٠٠٥) من مجلة التحكيم الدولي Journal of International Arbitration.

(8) صن، مشيراً إلى مؤلف دافيد غافي، Outsourcing Infrastructure: Expanding the Use of Public-Private Partnerships in the United States (الاستعانة بمصادر خارجية في إنجاز البنية التحتية: توسيع نطاق استخدام الشراكات بين القطاعين العام والخاص في الولايات المتحدة)، الصفحات ٣٥١ و ٣٥٢ و ٣٥٣ (شتاء عام ٢٠١٠)، وتقرير سيمنز وسيمنز، الصفحة ٢؛ وهنريك أندرسون وآخرون، Public-Private Partnerships (٢٠١٠)، 13, Asia Link (2010). ويشير صن إلى أن أستراليا سنّت قوانين مشاريع محدّدة، وأن لدى الولايات المتحدة أحكاماً مخصّصة تغطي بعض الجوانب المحدودة من الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

الإيجاز من دون وجود قانون بشأنها، لكن يشار إلى أن هذه النسبة مرتفعة، بحيث تصل إلى ٩٠ في المائة.

١٤- وقد أُبديت شواغل إزاء كون الشراكات بين القطاعين العام والخاص تشكّل مجالاً جديداً بالنسبة للمؤسسات المالية والقانونية والحكومية مما يجعلها لا تعالج على نحو كاف؛ وإزاء قصور وعي أصحاب المصلحة بهذا الأمر؛ وكون المنازعات تؤثر في عدد كبير من المشاريع؛ إلى جانب شواغل يُبدىها ممثلو المجتمع المدني (بما في ذلك في جنوب آسيا وجنوب شرق آسيا وأمريكا الوسطى وأمريكا الجنوبية).^(٩) وتتفاوت النتائج المحققة في معاملات الشراكات بين القطاعين العام والخاص، حسب التقارير الواردة من عدد من الدول منها الهند وكندا وفرنسا والمملكة المتحدة.^(١٠) وأدت هذه المسائل، إلى جانب شواغل إزاء نوعية المشورة المسداة بشأن مشاريع الشراكات بين القطاعين العام والخاص، إلى عدة أمور منها تشكك الجمهور في قيمة العائد المالي الذي تحققه مشاريع تلك الشراكات، فضلاً عن التشكك، بوجه أعم، في مدى نجاح تلك المشاريع (يتناول الباب جيم-٢ وجيم-٤ أدناه هذه المسألة).

١٥- كما أعرب عن شواغل إزاء تأثير عدم وجود قواعد موحدة بشأن استخدام الشراكات بين القطاعين العام والخاص باعتبارها أداة لتطوير البنية التحتية وتقديم الخدمات العمومية. فمن شأن عدم اليقين القانوني أن يرفع تكاليف المعاملات لأنه قد يلزم التفاوض على الشروط المعيارية على أساس كل مشروع على حدة، وهو ما يمكن أن يثني أيضاً، كما أفادت التقارير بذلك، عن استخدام الشراكات بين القطاعين العام والخاص ويفضي إلى وضع شروط للمشاريع تتفاوت تفاوتاً شديداً، مع ما يترتب على ذلك من آثار سلبية على النتائج والقدرات. وذكر أن الشراكات بين القطاعين العام والخاص تصمّم في عدد من البلدان "بصورة ارتجالية" من دون أيّ إرشادات داخلية، وأحياناً استلهاما من أيّ أحكام مناسبة من قانون الاشتراء العمومي. وفي بلدان أخرى، تم تجاهل الموضوع لعدم وجود إطار قانوني ملائم. وقد رأى الخبراء في هذا الصدد أنه يمكن تعزيز الكفاءة العامة من خلال توحيد الإجراءات الإدارية، وفي الوقت نفسه الإبقاء على قدر كاف من المرونة من أجل تكييف الاتفاقات الخاصة بالمشاريع مع الاحتياجات الخاصة بكل مشروع على حدة.

(٩) انظر، على سبيل المثال، الأمثلة التي يوردها نيكولاس سي في: Devising Transparent and Efficient Concession Award Procedures (وضع إجراءات شفافة وكفاءة لمنح الامتيازات)، Uniform Law review/revue de Droit Uniforme, NS- Vol XVII, 2012.

(١٠) *** اقتباسات.

١٦- وأُبلغت الأمانة بأنّ من شأن نص يتناول الإطار التشريعي للشراكات بين القطاعين العام والخاص أن يشكّل أداة مهمة لكل من البلدان النامية والمتقدمة النمو التي تتمثل فيها مسألة كيفية تنظيم الشراكات بين القطاعين العام والخاص موضوع نقاش واسع باستمرار، برغم وجود عديد من مشاريع تلك الشراكات. وفضلاً عن ذلك، فإنّ تجارب بعض البلدان في مجال تلك الشراكات محدودة جداً، وقد أُفيدَ بوجود حاجة ماسة إلى معلومات وإيضاحات بشأن الموضوع.^(١١) ويشير تقرير سيمنز وسيمنز، في سياق مماثل، إلى أنّ المستثمرين قد يتجنبون التعامل مع الدول التي تفتقر إلى إطار قانوني ملائم ينظّم تلك الشراكات.^(١٢)

٣- وصف و/أو تعريف الشراكات بين القطاعين العام والخاص: مفهوم شامل أم نوع من المشاريع محدّد بوضوح؟

١٧- حسبما لاحظ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد)، فقد "بات مصطلح الشراكات بين القطاعين العام والخاص شائعاً على نحو متزايد في مجتمع المانحين. بيد أنه يغطي طائفة واسعة جداً من النهج وطائفة لا تقل اتساعاً من النتائج إذا ما اعتُبر سجل البلدان المتقدمة دليلاً يُستدل به."^(١٣)

١٨- وعادةً ما يُنظر إلى تعبير "الشراكات بين القطاعين العام والخاص" على أنه يشمل تشييد البنية التحتية المادية، مع مواكبة الاستثمار الخاص لذلك في تقديم الخدمات، لكن تلك الشراكات أصبحت وسيلة من وسائل تطوير البنية التحتية غير المادية (تكنولوجيا المعلومات) وتقديم الخدمات العمومية دون تطوير البنية التحتية. فقد شهدت سوق تمويل المشاريع تحولات كبيرة خلال العقد الأخير، وبخاصة على إثر اندلاع الأزمة المالية العالمية واستحداث وسائل جديدة لوضع ترتيبات بشأن مشاركة القطاع الخاص.^(١٤) ومن ثمّ فليس هناك فهم واضح لأنواع المشاريع التي يمكن أن تندرج ضمن تعريف لتعبير الشراكات بين القطاعين العام والخاص؛ وهي نقطة يتناولها القسم التالي بمزيد من التفصيل.

(11) صن، مقتبساً هنريك أندرسون وآخرين، سوبرا.

(12) سيمنز وسيمنز، الباب ٥.

(13) انظر الحاشية ٥٦ من تقرير الأمين العام للأونكتاد المقدم إلى الأونكتاد الثالث عشر - العولمة التي تقودها التنمية: نحو مسارات إنمائية مستدامة وشاملة، متاح في الموقع التالي:

http://unctadxi.org/en/SessionDocument/tdxiii_report_en.pdf

(14) تقرير سيمنز وسيمنز، الخلاصة الوافية.

٤ - النصوص والإرشادات القائمة المتعلقة بالشراقات بين القطاعين العام والخاص على الصعيد الدولي - هل يلزم تحديثها ومواءمتها؟

١٩ - فيما يلي أهم النصوص القانونية على الصعيدين الدولي والإقليمي التي تتناول الشراكات بين القطاعين العام والخاص، كما أُبلّغت بها إلى الأمانة، وفقاً لتسلسلها الزمني:

٢٠ - المنشور الذي أعدته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) والمعنون "المبادئ التوجيهية لتطوير البنية التحتية من خلال مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية (١٩٩٦):^(١٥) تتناول هذه المبادئ التوجيهية المسائل المالية والقانونية في وضع مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية، وتنص على توجيه أساسي لازم لوضع استراتيجيات فعالة للبناء فالتشغيل فنقل الملكية، وتوفّر معلومات عملية أساسية عن هيكل ترتيبات البناء فالتشغيل فنقل الملكية والإجراءات الخاصة بها، وترمي إلى المساعدة على تقليص الوقت الذي يستغرقه وضع مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية والتعاقد بشأنها وتقليص تكاليفها.

٢١ - دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (والتوصيات التشريعية المدمجة، ٢٠٠٠) وأحكام الأونسيترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (٢٠٠٣) ("صكا الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"):^(١٦) يتضمن الدليل التشريعي ٧١ توصية تشريعية تهدف إلى المساعدة على وضع إطار تشريعي. وتعقب هذه التوصيات والأحكام إرشادات وملاحظات تفسيرية تقدّم شرحاً تحليلياً للمسائل المالية والتنظيمية والقانونية والسياساتية وغيرها من المسائل المثارة في هذا المجال. وتجسّد الأحكام النموذجية، التي أُصدرت لاحقاً، المشورة الواردة في التوصيات التشريعية من الدليل التشريعي إلى نص تشريعي (٥١ حكماً).

(15) متاح على الموقع التالي: [www.unido.org/resources/publications/imported-publications/guidelines-for-](http://www.unido.org/resources/publications/imported-publications/guidelines-for-infrastructure-development-through-build-operate-transfer-bot-projects.html)

infrastructure-development-through-build-operate-transfer-bot-projects.html
فصلاً عن المواضيع التالية: مدخل إلى مفهوم البناء فالتشغيل فنقل الملكية؛ مراحل مشروع من مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية؛ الإطار الاقتصادي لخطط البناء فالتشغيل فنقل الملكية؛ دور الحكومة في ضمان نجاح مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية؛ نقل التكنولوجيا وبناء القدرات من خلال مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية؛ قضايا الاشتراء واختيار الجهات الراعية؛ التقييم المالي والاقتصادي لمشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية؛ استبانة المخاطر وإدارتها؛ الهيكل المالي لمشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية؛ مجموعة العقود؛ اتفاق المشروع؛ اتفاق البناء؛ عقود التشغيل والصيانة؛ نقل الملكية؛ العوامل المحددة للنجاح.

(16) متاحان على الموقع الشبكي: www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html

٢٢- يسعى منشور منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي المعنون "Basic Elements of a Law on Concession Agreements" (العناصر الأساسية لقانون بشأن اتفاقات الامتيازات) (٢٠٠٠) إلى تيسير استثمار القطاع الخاص في البنية التحتية والموارد الطبيعية للبلدان التي تمر بمرحلة انتقالية. وقد تولى إعداد العناصر الأساسية فريق خبراء عقدته المنظمة وبورصة إسطنبول من أجل وضع ١٨ حكماً رئيسياً بشأن اتفاقات الامتياز، يُقصد منها السماح بأن يصبح تمويل المشاريع خياراً أكثر قابلية للاستمرار فيما يتعلق بتمويل البنية التحتية في منطقة البحر الأسود/جنوب شرق أوروبا.^(١٧)

٢٣- أصدر منشور المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير المعنون "Core Principles for a Modern Concession Law" (المبادئ الأساسية لقانون حديث بشأن الامتياز) (٢٠٠٦) "من أجل صوغ وترويج مبادئ عصرية جديدة بشأن قوانين الامتيازات في بلدان المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير التي تجري فيها العمليات، وأيضاً بهدف حماية المستثمرين والقطاع العام. وقد استخدم دليل الأونسيترال والأحكام النموذجية باعتبارهما مرجعاً رئيسياً في صياغة المبادئ الأساسية. فكل المبادئ الأساسية العشرة إلا واحداً منها تشير تحديداً إلى واحدة أو أكثر من التوصيات الواردة في دليل الأونسيترال. كما استخدمت العناصر الأساسية التي أعدتها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي.^(١٨) (يشار إلى صكي الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص والعناصر الأساسية التي وضعتها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، والمبادئ الأساسية التي أعدتها المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير إشارة جماعية فيما تبقى من هذه الورقة بتعبير "النصوص القانونية").

٢٤- ولم يُصدر الاتحاد الأوروبي بعد قواعده محدّدة بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، لكنه أصدر سلسلة من النصوص بشأن الامتيازات. إلا أن عدة دول أعضاء أعربت عن رأي مفاده أن هناك حاجة إلى مجموعة موحّدة من قواعد الاتحاد الأوروبي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، وثمة مقترح لوضع توجيه جديد بشأن الامتيازات.^(١٩)

(17) انظر أيضاً تقرير سيمنز وسيمنز، الذي يشير إلى أن دليل الأونسيترال والأحكام النموذجية يوفران أساساً (منطلقاً) للعناصر الأساسية، المتاحة على الموقع الشبكي:

http://www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,en_33816563_33816964_33959803_1_1_1_1,00.html

(18) تقرير سيمنز وسيمنز. المبادئ الأساسية التي أعدتها المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير متاحة على الموقع الشبكي: http://www.ebrd.com/pages/sector/legal/concessions/core_principles.shtml

(19) انظر الوثائق المتاحة على الموقع الشبكي:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/partnerships/public-private/index_en.htm بما في

ذلك نص المقترح، والورقة الخضراء بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص وقانون الدعوى للجماعة

٢٥- وإضافة إلى هذه النصوص القانونية، هناك عدد كبير من الوثائق الإرشادية والتفسيرية بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، يشار إليها فيما يلي من هذه الورقة إشارةً جماعية بتعبير "المنشورات التوجيهية". وتشمل هذه المنشورات منشور المفوضية الأوروبية المعنون "Interpretative Communication on the application of Community law "on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships" (الخطاب التفسيري بشأن تطبيق قانون الدعوى للجماعة الأوروبية المتعلق بالاشتراء العمومي والامتيازات على الشراكات المؤسسية بين القطاعين العام والخاص)،^(٢٠) والذي يسعى لمعالجة انعدام اليقين القانوني فيما يتعلق بإشراك الشركاء من القطاع الخاص في مثل تلك المشاريع التي تشير المفوضية إلى أنه قد يقوّض فرص نجاحها. ويسعى منشور المركز الأوروبي لخبرات الشراكات بين القطاعين العام والخاص المعنون "Guide to Guidance" (دليل الإرشادات) (انظر "مصادر المادة" في القسم أولاً-بأعلاه) إلى تحديد أفضل الإرشادات المتاحة حالياً من المبادئ التوجيهية الخاصة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص على الصعيد العالمي، بغية مساعدة المسؤولين العموميين على تنفيذ مشاريع تلك الشراكات وتيسير استيعابهم للمسائل والإجراءات الرئيسية المتعلقة بالاشتراء في ترتيبات الشراكات بين القطاعين العام والخاص. ولا يتمثل غرض المنشور الرئيسي في تناول الأطر القانونية للشراكات بين القطاعين، وإن كان يتضمن مرفقاً مقتضباً بشأن هذا الموضوع.^(٢١) وأعدّ منشور البنك الدولي المعنون "PPP in Infrastructure Resource Centre for Contracts, Laws and Regulation" (الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مركز موارد البنية التحتية للعقود والقوانين والتنظيم الرقابي)^(٢٢) ليشكل مرجعاً متاحاً للمسؤولين الحكوميين ومديري المشاريع والمحامين المنخرطين في مشاريع البنية التحتية المنجزة في إطار الشراكات بين القطاعين العام والخاص، يسترشدون به في معالجة المسائل التعاقدية والقانونية المتعلقة بالإصلاح القانوني الخاص بالبنية التحتية ومشاريع الشراكات بين القطاعين العام والخاص، حيث يستقي هذا المنشور مواده المرجعية من مبادرات الإصلاح المتخذة على نطاق العالم. وقد استحدثت لجنة الأمم المتحدة

الأوروبية بشأن العقود والامتيازات الحكومية، COM (2004) 327 final، ٣٠ نيسان/أبريل ٢٠٠٤؛ والقرار بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص وقانون الدعوى للجماعة الأوروبية بشأن العقود والامتيازات الحكومية (٢٠٠٦/٢٠٤٣ (INI))، ٢٦ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٦.

(20) نص المنشور متاح في الموقع الشبكي التالي:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:091:0004:0009:EN:PDF>

(21) صن، سوبرا.

(22) متاحة في الموقع الشبكي: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership>

الاقتصادية لأوروبا "الأداة الوطنية لقياس مدى الاستعداد لإقامة شراكات بين القطاعين العام والخاص" ^(٢٣) لصالح الوحدات الحكومية الاستراتيجية والسياساتية من أجل قياس مدى استعدادها لتطوير القدرات والأسواق الخاصة بتلك الشراكات؛ علماً بأن هذه الأداة جزء من عُدّة الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي وضعتها اللجنة الاقتصادية لأوروبا. ويخضع المرجعان الأخيران لتحديث منتظم؛ فقد أُصدرت آخر صيغة لدليل الإرشادات في ٢٠١١، وهذه البنود الثلاثة هي المنشور التوجيهي الوحيد الذي صدر في مرحلة ما بعد الأزمة المالية (إذ لم يخضع أي من النصوص القانونية للتحديث منذ إصدارها).

٢٦- وهكذا فإنّ المسألة الأولية التي يمكن النظر فيها تتمثل فيما إذا كانت هناك مجموعة توجيهات كافية ومتسقة ومتناسكة ومحدّثة تسترشد بها الحكومات وغيرها من الأطراف بشأن الجوانب القانونية من مشاريع الشراكات بين القطاعين العام والخاص. فمن الواضح أنّ هناك مقداراً لا يستهان به من تلك التوجيهات. إلا أنه، كما يلاحظ تقرير سيمنز وسيمنز، "عند إجراء بحوثنا التحضيرية لهذا التقرير، أعرب عدد من المستجوبين عن شواغل إزاء تعدد نهج الشراكات بين القطاعين العام والخاص وممارساتها، التي تعكف مختلف هيئات الأمم المتحدة والهيئات والوكالات المتعددة الأطراف مثل المركز الأوروبي لخبرات الشراكات بين القطاعين العام والخاص، و[المصارف الإنمائية المتعددة الأطراف] على وضعها وإصدارها." ^(٢٤)

٢٧- وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى تفاوت نطاق النصوص القانونية والمنشورات التوجيهية. فأولاً يركّز صكا الأونسيرال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص حصراً على مشاريع البنية التحتية، مستبعدين مشاريع الموارد الطبيعية أو الامتيازات الخاصة بها، في حين تتضمن العناصر الأساسية التي وضعتها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي كلا نوعي تلك المشاريع. وينشأ العديد من القضايا التي برزت في الآونة الأخيرة باعتبارها شواغل - من قبيل استخدام الأراضي الزراعية من أجل التعدين، وما يستتبع ذلك من مسائل خاصة بالأمن الغذائي - من خلال الامتيازات المتعلقة بالموارد

(23) انظر:

http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2011/ppp/eArticles4/20.2_UNECE_National_PPP_readiness_self-assessment_english.pdf

(24) تقرير سيمنز وسيمنز، الباب ٣-٥-٣.

الطبيعية.^(٢٥) ثانياً لا تتناول النصوص القانونية، بوجه عام، سوى الامتيازات أو المعاملات الخاصة بإقامة البنية التحتية المادية. أي أنها لا تغطي الامتيازات التي تقتصر على تقديم الخدمات، والتي أُبْلِغَتْ بِهَا الأمانة باعتبارها شكلاً مستجداً من أشكال الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٢٨- ثالثاً من غير الواضح في بعض النظم أين يقع الخط الفاصل بين الاشتراء العمومي والشراكات بين القطاعين العام والخاص. ففي مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية (وهي موضوع مبادئ اليونيدو التوجيهية، والنموذج الرئيسي المستخدم في مبادرة التمويل الخاص في المملكة المتحدة) يقول البنك الدولي إن شركة المشروع أو متعهده يحصل عموماً على إيراداته من خلال رسم يُتقاضى من المرفق أو من الحكومة بدل الحصول عليها عبر تعريفات تُفرض على المستهلكين. وهذه الوظيفة قد تجعل مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية تدرج ضمن الاشتراء العمومي في بعض النظم (وإن لم يكن الأمر كذلك في جميع النظم)، لكن نُظماً أخرى تعتبر مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية شكلاً من أشكال الشراكات بين القطاعين العام والخاص. ومن ناحية أخرى، فإن من خصائص الامتيازات (التي كثيراً ما يُنظر إليها على أنها النوع الرئيسي من أنواع تلك الشراكات)^(٢٦) أن معظم الإيرادات أو جميعها يُستخلص من تعريفات يتحملها المستهلكون. (بوجه عام، لا يرد ذكر هذه الامتيازات في توجيه الاتحاد الأوروبي 2004/18/EC بشأن الاشتراء).^(٢٧) ويستثني تعريف "الاحتياز" الوارد في المادة ٢ من قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي مسألة الامتيازات، وإن لم يكن يستبعد مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية. فقد أُشيرَ إلى مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية باعتبارها نوعاً رئيسياً من أنواع المشاريع أفضى إلى إعداد دليل الأونسيترال التشريعي (كما ورد في تصدير الدليل)، ولم يتطرق إليها صراحة القانون النموذجي للاشتراء العمومي أو دليل التشريع المرافق له. وبالرغم من أن الاتفاق المتعلق بالاشتراء الحكومي، المبرم في إطار منظمة التجارة العالمية، لا يتضمن حكماً صريحاً بشأن الشراكات بين القطاعين العام

(25) انظر أيضاً Fairer Mining Concessions in Africa: How Can this be Achieved? (هل من سبيل إلى تحقيق امتيازات أكثر إنصافاً في مجال التعدين في أفريقيا؟)، متاح في العنوان التالي:

http://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/AEB%20VOL%203%20Issue%203%20avril%202012%20BIS_AEB%20VOL%203%20Issue%203%20avril%202012%20BIS.pdf

ونيكولاس وسوبرا والمراجع الواردة فيهما.

(26) انظر أيضاً الخلاصة الوافية لدليل فريليت في الباب ٥.

(27) متاح على العنوان التالي:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:en:NOT>

والخاص، وبالرغم من اختلاف وجهات نظر المعلقين حول ما إذا كان النص يتناول أيّ نماذج من الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإنّ بعض الدول أدخلت مشاريع البناء فالتشغيل فنقل الملكية في نصوصها.⁽²⁸⁾

٢٩- رابعاً لا تعالج النصوص مسألة بيع الموجودات أو نقلها مباشرة إلى القطاع الخاص من أجل الاستمرار في تقديم الخدمات (على نحو ما حدث، مثلاً، في مجال الاتصالات وأسواق الهواتف المحمولة)، كما أنها لا تخوض في تفاصيل التصرف في الموجودات المملوكة للقطاع العام.

٣٠- وتبعاً لذلك، فإنّ من المسائل الأولية المعروضة على الندوة النظر فيما إذا كان من المجدي للحكومات تحقيق تجانس بين العناصر الأساسية للنصوص القانونية والمنشورات التوجيهية من خلال إدراجها في نص واحد واضح وشامل يتناول هذه الجوانب القانونية.

٣١- وفي هذا السياق، لعل الندوة تود أن تنظر في تعريف معاملات الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي قد يتناولها أيّ عمل مقبل تحقيقاً لهذه الغاية. إلا أنّ الأمانة قد أُبلغت بأنّ محاولة وضع تعريف للشراكات بين القطاعين العام والخاص قد تأتي بنتائج عكسية نظراً لصعوبة التوصل إلى توافق في الآراء، ونظراً لاحتمال ظهور نماذج جديدة قد تقع خارج دائرة أيّ تعريف يجري وضعه.

٣٢- وعلى مستوى السياسات الأوسع، اقترح أيضاً وضع نهج متسق لكل طرائق تطوير البنية التحتية وتقديم الخدمات العمومية، سواء أكان ذلك عن طريق الاشتراء العمومي أم عن طريق الشراكات بين القطاعين العام والخاص أو حتى عن طريق نقل الموجودات. والمهدف السياسي المنشود من وراء هذا الاقتراح هو أن تنطوي كل هذه المعاملات على نقل الموجودات الوطنية (الموجودات أو الدخول الثابتة) إلى القطاع الخاص في إطار المشاريع المعنية. وبناء على ذلك، ينبغي أن تكون كل هذه المعاملات خاضعة لنفس الالتزامات المتعلقة بالإدارة الرشيدة وغيرها من الالتزامات المتعلقة بالسياسات ولنفس القواعد الخاصة بالمنافسة والشفافية والموضوعية في اتخاذ القرارات، وما إلى ذلك. وفي هذا الصدد فإنّ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في مادتيها ٩ ("المشتريات العمومية وإدارة الأموال العمومية")

(28) بما في ذلك، مثلاً، اليابان وكوريا والاتحاد الأوروبي. انظر أيضاً The new text of the Agreement on Government Procurement, an analysis and assessment, A. Reich, Journal of International Economic Law 12 (4), 989 – 1022. متاح على الموقع: www.unpdc.org/media/132243/ox.pdf. www.unpdc.org/media/132243/ox.pdf

و ١٢ ("القطاع الخاص") تشترط على كل دولة طرف فيها أن تتخذ تدابير مناسبة لتعزيز الشفافية والمساءلة في إدارة الأموال العمومية وأن تمنع ضلوع القطاع الخاص في الفساد وأن تفرض عقوبات مدنية أو إدارية أو جنائية مناسبة عند عدم الامتثال لهذه التدابير.^(٢٩) ولعل الندوة تود إذن النظر في مدى ضرورة إعداد توصيات متسقة بشأن كل المعاملات التي تنطوي على إدارة الأموال العمومية والموجودات الوطنية. وربما يتعين أيضاً أن يتناول نص قانوني بهذا النطاق الأعرض الاختيار من بين طرائق التمويل المختلفة لإنجاز مشروع بنية تحتية ما، حيثما وُجد اختيار (مثلاً بالقياس إلى القطاع العام)، ولعل الندوة تود النظر في تقصّي هذه المسألة نظراً للفروق الشاسعة بين الطرائق التي أُبلغت بها الأمانة.

٥- مدى التشريعات الوطنية القائمة بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص - هل يوجد معيار فعلي؟

٣٣- يشير مدى التشريعات الوطنية الخاصة بالشراكة بين القطاعين العام والخاص، كما أُبلغت به الأمانة (انظر القسم ١ أعلاه)، إلى عدم وجود صيغة غالبية من القوانين الوطنية تُتخذ معياراً فعلياً. ومع ذلك يمكن استخدام بعض مكونات القوانين السارية إلى جانب النصوص القانونية والمنشورات التوجيهية من أجل الدفع نحو اتباع نهج متسق. ولعل الندوة تود في هذا الصدد التماس مزيد من المعلومات عن آخر التطورات على المستويين الوطني والدولي.

٦- هل يشكل غياب تشريعات خاصة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص، أو وجود أحكام قانونية متفرقة، عائقاً أمام كفاءة وفعالية الشراكات بين القطاعين العام والخاص؟ وهل بإمكان نص يتناول الإطار التشريعي للشراكات بين القطاعين المساعدة على إزالة هذه العوائق؟

٣٤- لعل الندوة تود أن تنظر فيما إذا كان غياب إطار تشريعي ملائم للشراكات بين القطاعين العام والخاص يضع عراقيل في طريق إقامة شراكات بين القطاعين تتسم بالكفاءة والفعالية، وذلك بالعودة إلى المعلومات المتعلقة بالممارسة والأداء الحاليين. فغالباً ما يشار، على وجه الخصوص، إلى أن العوائق لا تنشأ بسبب غياب قانون خاص فحسب، بل أيضاً

(29) انظر أيضاً: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup4/2012-August-27-29/V1254368a.pdf>.

بسبب غياب المؤسسات الملائمة من أجل إجراء المعاملات في حد ذاتها والافتقار إلى القدرة على ذلك.^(٣٠)

٧- مواءمة الإطار القانوني للاشتراء العمومي والشراكات بين القطاعين العام والخاص، مثلاً فيما يتعلق بإجراءات إرساء العقود المتعلقة بمشاريع البنية التحتية، وباقي مراحل دورة المشاريع

٣٥- أبلغ الخبراء الأونسيترال، مستحضرين عدم وضوح الحدود بين المشاريع التي تندرج ضمن تعريف الدول للاشتراء العمومي والمشاريع الواقعة خارج دائرة هذا التعريف (انظر القسم ٤ أعلاه)، بأنه قد تكون هناك حدود للنظر في تمكين الدول من القيام في وقت واحد بتحديث جميع أنواع الأحكام الخاصة بالبنية التحتية ونماذج تقديم الخدمات العمومية.

٣٦- وقد أثار الخبراء عدة جوانب من هذه النقطة العامة، أولها إجراءات إرساء العقود (التي تسمى في قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي ودليل الاشتراع المرافق له "إجراءات الاختيار"). ولدى العديد من الدول الآن إطار تشريعي مفصل خاص بعقود الاشتراء العمومي، ولعل التطورات الأخيرة التي تشهدها هيئات نشيطة كثيرة في مجال إصلاح الاشتراء العمومي دليل على تنامي درجة التوافق في الآراء حول هذه الإجراءات على الصعيد الدولي، ويتجلى ذلك في تعدد أوجه الشبه في العديد من قوانين الاشتراء العمومي. إلا أن إجراءات الاختيار الخاصة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص في حد ذاتها - دون بعض مشاريع البناء والتشغيل فنقل الملكية في بعض الحالات - لا تشملها، بوجه عام، قوانين الاشتراء العمومي. ومع ذلك فإن الشراكات بين القطاعين العام والخاص تُعدّ، في العديد من البلدان، منتجاً ثانوياً للاشتراء العمومي، وقد تسعى الحكومات إلى إقامة شراكات بين القطاعين العام والخاص في إطار قوانين الاشتراء العمومي. وهذا النهج يثير شواغل كبيرة نظراً لطبيعة مشاريع الشراكات بين القطاعين التي تضم عقوداً طويلة الأمد غالباً ما يتعذر تحديد شروطها مسبقاً وإنما يلزم التفاوض بشأنها أو مناقشتها، على الأقل، مع الأطراف المكلفة بتنفيذ هذه العقود.

٣٧- ويسجل تقرير سيمنز وسيمنز أن دليل الأونسيترال التشريعي يشير إلى غياب طرائق اشتراء مناسبة للشراكات بين القطاعين العام والخاص وقت إعداد ذلك التقرير الذي يشير إلى توجيه الاتحاد الأوروبي اللاحق (2004/18/EC) الذي يتضمن "الحوار التنافسي" وطرائق

(30) تقرير سيمنز وسيمنز، ٣-٥-٢ و ٣-٥-٣.

اشترى أخرى تتيح مرونة وتفاعلاً بين الجهة المشترية والموردين. وينص قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي، وهو أيضاً نص حديث العهد، على طرائق مماثلة. فمن الوارد، عندما لا يخضع قانون الاشتراء العمومي بدولة ما للتحديث بحيث ينص على اشتغال إجراءات الاختيار على إمكانية التفاعل أثناء مرحلة الاختيار، أن تسعى الحكومة إلى استخدام طرائق اشتراء أقل مرونة وأقل ملائمة لتعقد الشراكات بين القطاعين العام والخاص. وقد رُئي لهذا السبب أن الدول قد تبدي اهتمامها بوضع قانون للشراكات بين القطاعين العام والخاص على التوازي مع جهود تحديث تشريعاتها الخاصة بالاشتراء العمومي، وذلك ضماناً للاتساق بين الطرائق المتبعة وإتاحة طريقة (طرائق) اختيار ملائمة لشتى أنواع المشاريع بصرف النظر عن أشكال تمويلها.

٣٨- ولعل الندوة تود، في هذا الصدد، النظر فيما إذا كان ينبغي أن يبحث أي عمل لاحق بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص قضية جوهرية أُبلغت بها الأمانة، وهي الحاجة إلى ضمان منافسة فعلية حتى وإن تعلّق الأمر بسوق محدودة أو مركّزة، على النحو الذي قد تمثله الشراكات بين القطاعين. وقد تطرّق دليل اشتراء قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاشتراء العمومي إلى هذه النقطة، حيث أشار إلى أن "الحد من عدد المشاركين هو خير سبيل لضمان المنافسة في حالات معيّنة، مثل المشتريات البالغة التعقّد. وينشأ هذا التناقض الظاهري متى كانت تكلفة المشاركة في الإجراءات مرتفعة - فما لم يرَ الموردون أو المقاولون من تقييمهم للأوضاع أن فرصتهم في الفوز بالعقد النهائي معقولة، فلن تواتيهم الرغبة قط في المشاركة"، كما يشير الدليل إلى طريقتي اشتراء صُممتا لاستيعاب مشتريات معقّدة من هذا القبيل، وهما المناقصة المحدودة وطلب الاقتراحات المقترن بالحوار.^(٣١) كما لوحظت في هذا الصدد إمكانية إحالة قانون للشراكات بين القطاعين العام والخاص إلى إجراءات الاختيار المنصوص عليها في قانون اشتراء عمومي فعلي ومحدّث حيثما وُجد (وهنا يكون على المؤسسات أن تستفيد من القدرات القائمة عند الاقتضاء).

٣٩- ويشكّل نطاق تنظيم إجراءات الاختيار في قانون بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص مثلاً على أن مستوى التنظيم الملائم مسألة جديرة بالدراسة. فعلى سبيل المثال، في الحالات التي يمكن عادةً أن يوصي فيها قانون ما بتشكيل لجنة لتقييم الاقتراحات، فإنّ من المسائل الجديرة بدراسة أعمق ما إذا كان ينبغي أن ينظّم القانون عمل اللجنة

(31) انظر الفقرة ١٩، الصفحة ٤٦، مثلاً.

ونظامها الأساسي ومؤهلات أعضائها وواجباتهم وباقي جوانب الإدارة الرشيدة، أم أن الأخرى ترك هذه المسائل للإرشادات الداعمة.

٤٠- ولا يتناول عددٌ كبير من قوانين الاشتراء العمومي مسألة تخطيط الاشتراء ولا تنفيذ العقد في مرحلة ما بعد إجراء الاختيار ومرحلة إدارة دورة الاشتراء. وقد أشار المعلقون إلى ارتفاع درجة المخاطر المتعلقة بالإدارة الرشيدة والأداء خلال هاتين المرحلتين من الاشتراء العمومي، ورأوا أن من المستحسن النصُّ عليها في الإطار التشريعي وعلى المستوى العملي، أخذاً بعين الاعتبار ما تشترطه المادة ٩ (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بوضع نُظم فعالة وكفؤة لتدبر المخاطر والمراقبة الداخلية.^(٣٢) إلا أن التقارير تشير أيضاً إلى عدم انعقاد توافق دولي في الآراء حول اشتراطات التنفيذ وبنود العقود ذات الصلة. بيد أن النصوص القانونية والمنشورات التوجيهية بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، المشار إليها أعلاه، تشدد جميعها على الحاجة الماسة إلى إيلاء الاهتمام اللائق بهذه الجوانب من الشراكات بين القطاعين، إذ قد يكون التطرق إليها، على التوازي مع الاشتراء العمومي والشراكات بين القطاعين، فعالاً وكفؤاً بالنسبة للدول، ومن شأن تطابق الإجراءات أن يتيح أيضاً استيفاء متطلبات اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الخاصة بالإدارة الرشيدة على نحو يتواءم وسائر الجوانب المتعلقة بتطوير البنية التحتية وما يتصل بذلك من تقديم الخدمات العمومية.

٤١- وفي سياق الشراكات بين القطاعين العام والخاص، تشمل مرحلة التخطيط من دورة المشروع توزيع المخاطر والدعم الحكومي، ووضع أهداف السياسات الحكومية حسب الاقتضاء (مثلاً، مدى استخدام الأفضليات لدعم قطاعات من الاقتصاد بعينها)، والموازنة بين احتياجات القطاعين العام والخاص - معاملة المستعملين معاملةً منصفة، والتسعير، والكشف، والشروط التعاقدية، والمرونة المطلوبة لمواجهة الظروف المتغيرة، وشركة المشروع وحقوقه، وحقوق التدخل، وتغيير ملكية المشروع ومراقبته. فإجراءات الاشتراء العمومي لا تنص على حل هذه العناصر.

٤٢- ولا تقتصر عقود الشراكات بين القطاعين العام والخاص على المشاريع الطويلة الأمد، وتلك خاصية قد تشترك فيها مع بعض عقود الاشتراء العمومي، بل تشمل أيضاً

(32) تُعدّ هاتان المرحلتان، في اعتقاد مؤسسة الشفافية الدولية وآخرين، "عُرْضة للفساد على نحو متزايد" (دليل منظمة الشفافية الدولية، "Curbing Corruption in Public Procurement" (كبح الفساد في الاشتراء العمومي)، ٢٠٠٧، المتاح على الموقع التالي:

www.transparency.org/global_priorities/public_contracting/tools_public_contracting/curbing_corruption_in_pp_handbook

تمويل استثمارات هامة. ويُعدّ هذا التنفيذ المالي مثاراً لأهم وجوه الاختلاف بين عقود الشراكات بين القطاعين العام والخاص وعقود الاشتراء العمومي، وقد شكّل موضوع نقاش واسع أثناء مداولات الأونسيترال بشأن الدليل التشريعي. وهكذا قد يلزم النظر فيما يمكن أن يوصى به كاشتراطات دنيا في قانون خاص بالشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٤٣- وبناء على ذلك، ربما كان من الضروري أن تتناول أحكام بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص طائفة من القضايا أوسع مما هو مطلوب في الإطار التشريعي الناظم للاشتراء العمومي. وتبعاً لذلك، ونظراً للصعوبات التي تواجه تنظيم أفرقة مختلفة داخل الحكومات وأصحاب المصلحة الذين يُحتمل أن تتضارب مصالحهم، أوصى الخبراء باعتماد نهج حذر يتوخى تحديث كل جوانب الاشتراء العمومي والشراكات بين القطاعين العام والخاص معاً.

جيم- نطاق أيّ عمل يوصى به بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص

٤٤- لعل الندوة تودّ، إذا ارتأت أن توصي اللجنة بأن تعهد بإعداد نص قانون متسق بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، أن تنظر في العناصر الرئيسية التالية التي يُحتمل إدراجها في ذلك النص، والتي أثارها الخبراء مع الأمانة.

٤٥- وهذه المسائل الرئيسية التي حدّدها الخبراء قد تناولها بوجه عام، وإن بدرجات متفاوتة من التفصيل، كلٌّ من المبادئ الأساسية التي أعدّها المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير، والعناصر الأساسية التي وضعتها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، وصكي الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص. ومن بين هذه النصوص الثلاثة، يُعتبر صكا الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، مجتمعين، الأكثر تفصيلاً ويمكن اتخاذهما قائمة مرجعية لاستبانة ما إذا كان النظام القانوني مناسباً للشراكات بين القطاعين العام والخاص. ولعل الندوة تود أن توصي بتقييم نطاق تغطية السياسات العامة والمجالات التشريعية في جميع النصوص القانونية والمنشورات التوجيهية المشار إليها آنفاً ومضاهاته بنطاق تغطيتها في النصوص الوطنية المناظرة لها، من أجل تحديد العناصر الأساسية اللازمة لدعم تنفيذ مشاريع الشراكات بين القطاعين العام والخاص وتقييم ما إذا كانت جميع تلك العناصر واردة في صكي الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص. وهذا هو النهج الذي يتّبعه "دليل الإرشادات" الذي أعدّه المركز الأوروبي لخبرات الشراكات بين القطاعين العام والخاص والذي تتبعه، كما يشير إلى ذلك تقرير سيمنز وسيمنز، مجموعة أدوات لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا الخاصة

بالشراكات بين القطاعين العام والخاص. وتشمل مجموعة الأدوات تلك "أداة لقياس الاستعداد لإقامة شراكات بين القطاعين العام والخاص تستند إلى 'قائمة مرجعية' للسياسات العامة والمجالات التشريعية مماثلة لها [أُغفلت الحاشية]. وتشكّل مجموعة الأدوات المذكورة وثيقة حية تُضاهي تدريجياً بمنشورات مماثلة لبلوغ درجة من المواءمة بين مصارف التنمية والمركز الأوروبي لخبرات الشراكات بين القطاعين العام والخاص والأمم المتحدة. وثمة إمكانية، في أيّ إعادة نظر لاحقة في دليل الأونسيترال، لمواءمة ومقابلة هذه المجالات السياسية والتشريعية "التمكينية" مع أداة قياس الاستعداد لإقامة الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا في إطار مبادرة المواءمة الأوسع هذه." (٣٣)

١ - الأحكام الدنيا الممكنة، أو العناصر الأساسية، لنص قانوني بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص

٤٦ - يتمثل المجال الأساسي الأول، الذي تسلّط عليه النصوص القانونية السارية الضوء، في البيئة القانونية والتنظيمية المستقرة والقابلة للتنبؤ بها. وثمة درجة عالية من الاتفاق على أن هذا المجال ينبغي أن يشمل ما يلي:

- (أ) إطاراً دستورياً وتشريعياً ومؤسسياً واضحاً (عاماً وقطاعياً عند الاقتضاء)؛
- (ب) قواعد واضحة بشأن مشاركة القطاع الخاص؛
- (ج) الإنصاف والشفافية في قواعد وإجراءات الامتياز وإمكانية الوصول إليها؛
- (د) معالجة الحسابات وتوخي الشفافية في الدفاتر والسجلات والسماح بالوصول إليها؛
- (هـ) الاتساق مع نظام الدولة القانوني؛
- (و) التفاعل مع قوانين أخرى؛
- (ز) نطاق السلطة المخوَّلة بمنح الامتيازات وإبرام العقود؛
- (ح) التنسيق الإداري بين السلطات العمومية (مثلاً من أجل إصدار الرُّخص والتصاريح)؛

(33) تقرير سيمنز وسيمنز، الباب ٣-٥-٣.

(ط) السلطة المخوَّلة بوضع ضوابط تنظيمية لخدمات البنية التحتية؛

(ي) الشفافية طيلة أطوار المشروع؛

(ك) عواقب الممارسات الفاسدة.

ويتناول صكا الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص وغيرهما من النصوص القانونية عدداً كبيراً من هذه القضايا فعلاً، وإن لم تتناول جميعها المسائل كلّها، لا سيما عواقب الممارسات الفاسدة.

٤٧- أما المجال الأساسي الثاني، الذي أوصى به جميع الخبراء أيضاً والذي تتناوله النصوص القانونية والمنشورات التوجيهية، فهو ضمان التخطيط الفعال للمشاريع، بما في ذلك توزيع مخاطر المشاريع ودعم الحكومات والجهات المانحة. ويشير البنك الدولي إلى وجود مجموعة واسعة من المخاطر المحتملة يتعين مراعاتها في الشراكات بين القطاعين العام والخاص. فعلى الصعيد المنهجي، تشمل تلك المجموعة المخاطر الناشئة عند عدم وجود نظام قانوني ورقابي ملائم، والمخاطر الناشئة عن طبيعة مسؤولية الحكومات عن تقديم الخدمات. ويشير البنك أيضاً إلى مخاطر ناجمة عن كون تكاليف الإعداد والاشتراء والتكاليف الجارية في مشاريع الشراكات بين القطاعين العام والخاص يرحَّح أن تكون أعلى مما تستلزمه عمليات الاشتراء العمومي التقليدية (وهي عناصر يمكن إدراجها في مقياس القطاع العام المتَّخذ أساساً للمقارنة أو غيره من طرائق التقييم المستخدمة في اختيار طرائق تطوير البنية التحتية، كما سلفت الإشارة إلى ذلك). أما على صعيد المشروع، فيشير البنك الدولي إلى قضايا التمويل الناشئة في سياق مشروع منجز في إطار شراكة بين القطاعين العام والخاص، وإلى الحاجة إلى تحديد الحالات الطارئة التي يتعين أن يتناولها العقد. ونظراً لتعذر إمكانية تبين هذه الحالات الطارئة والنص عليها، ونظراً لحتمية نشوء قضايا وأحداث غير متوقَّعة في مثل هذه العقود الطويلة الأمد، ينبغي التخطيط لإعادة التفاوض وإدخال تغييرات على المشروع أو حتى لإنهاء العقود. ويمكن أن يتطرق اتفاق مشروع الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى بعض تلك العناصر، بما فيها توزيع المخاطر. وتتناول النصوص القانونية والمنشورات التوجيهية هذه النقطة، إلى جانب مسألة الدعم الحكومي في حال تغيّر العبء الرقابي التنظيمي أو الظروف الاقتصادية. وهكذا تشير توصية الأونسيترال التشريعية ١٢ إلى أنه لا ينبغي فرض قيود قانونية أو رقابية تنظيمية لا لزوم لها تحدّ من القدرة على الاتفاق بشأن توزيع المخاطر فيما يتعلق بمشروع شراكة بين القطاعين العام والخاص، بيد أن الأمانة أبلغت بأن هذا الحكم قد أفضى إلى (أ) قصور شديد في مقدار المرونة يشوب قوانين الامتيازات فيما يتعلق بالقطاع

الخاص؛^(٣٤) وفي الرأي المقابل (ب) قصور يشوب الإرشادات. ولعل الندوة تود أن توصي بأن يكون إجراء استعراض شامل بشأن الممارسة المتبعة في هذا المجال جزءاً من أي عمل مقبل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٤٨ - ويتصل المجال الأساسي الثالث، الذي يتناوله القسم السابق، بإجراءات الاختيار. فالمبادئ والإجراءات الأساسية تجسّد، من حيث الجوهر، المبادئ والإجراءات المقبولة على نطاق واسع في سياق الاشتراء العمومي، وهي على النحو التالي:

(أ) الإنصاف والشفافية والمنافسة باعتبارها مبادئ إرشادية؛

(ب) الإجراءات التي يجري التكليف بها من أجل: الاختيار الأولي، ومشاركة اتحادات الشركات (الكونسورتيومات)، والطرائق والتقنيات المعتمدة (إجراءات المرحلة الواحدة، إجراءات المرحلتين، المصدر الواحد، المفاوضات)؛ ومقارنة الاقتراحات وتقييمها؛

(ج) متطلبات الشفافية (شروط الإعلانات، ومعايير التقييم، والإيضاحات والتعديلات)؛

(د) السرية؛

(هـ) الإشعارات بإرساء العقود؛

(و) حفظ السجل؛

(ز) سبل الانتصاف والتحديات المطروحة (تتطلب اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أيضاً أحكاماً في هذا الصدد).

٤٩ - والمجال الأساسي الرابع هو اتفاق المشروع. فقد أوصى الخبراء، فيما يتصل بنطاق المسائل الخاصة باتفاق المشروع وتشغيل المشروع، بأن تنطبق الأحكام إلى العناصر التالية:

(أ) أحكام وشروط اتفاق الامتياز؛

(ب) القانون المنظم، والولاية القضائية؛

(ج) قوة الإلزام وصلاحيّة عقد الامتياز؛

(د) استقلالية الأطراف؛

(34) تقرير سيمنز وسيمنز، الباب ٣-٥-١.

(هـ) تنظيم صاحب الامتياز، وملكية الموجودات، وحيازة الحقوق في موقع المشروع، وحقوق الانتفاع، والترتيبات المالية، والمصالح الضمانية، وإحالات العقد ونقله أو نقل مصالح السيطرة لدى صاحب الامتياز؛

(و) تشغيل البنية التحتية، وتدارك التغيرات الحاصلة في التشريع وفي بنود التثبيت (فيما يتعلق بالشراكات الدولية بين القطاعين العام والخاص)؛

(ز) مدة عقد المشروع وتمديده وإنهاؤه؛

(ح) التعديلات المدخلة على عقد المشروع، بما في ذلك استبدال صاحب الامتياز؛

(ط) حقوق الأطراف الثالثة مثل حقوق التدخل وحقوق المصارف والمستثمرين والمتعاقدين من الباطن، والمستعملين.

٥٠- وهنا أيضاً، يتناول صكاً الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص وغيرهما من النصوص القانونية عدداً كبيراً من هذه القضايا فعلاً، إلا أن النهج المتبع فيها غير مفصل بقدر كاف. فتوصية الأونسيترال التشريعية ٤٠ تشير إلى أن من الجائز أن يحدد القانون الشروط ذات الصلة التي يجب توفرها في اتفاق المشروع، لكنها لا تحدد ماهية تلك الشروط. وقد لاحظ المعلقون أن النصوص القانونية تركز عموماً على المحتويات الرئيسية للأحكام التشريعية التي تتيح استخدام الشراكات بين القطاعين العام والخاص، أكثر مما تركز على هيكل مشاريع تلك الشراكات وأحكام ترتيبات المشاريع. وهذا الوضع يناقض ما أُبلغ عن وروده في بعض التشريعات الداخلية، وقد قُدِّمَ إلى الأمانة اقتراح مفاده أنه قد تكون هناك جدوى في إعادة النظر في مدى الحكم الذي يمكن أن يرد في أي نص قانوني مقبل (مما يشمل النص على تعزيز اليقين والكفاءة الإدارية، وتبديد الشواغل إزاء الشراكات غير المنظمة بين القطاعين العام والخاص، على نحو ما ورد في القسم بـ٢ أعلاه). ويرى بعض الخبراء، منهم مَنْ وَرَدَ ذكرهم في تقرير سيمنز وسيمنز، أن هناك حاجة إلى قدر مناسب من المرونة للتفاوض بشأن الأحكام التعاقدية الملائمة للمشروع المعني وتفادي الصرامة القانونية المفرطة في القانون.^(٣٥) ويرى آخرون احتمال ورود طلبات إرشادات واحتمال طلب بنود نموذجية من جانب دول وجهات أخرى قليلة الخبرة في التفاوض على مشاريع الشراكات بين القطاعين، لا سيما حين تكون الطلبات التجارية على

(35) المرجع نفسه، الباب ٣-٥-١.

بنود من قبيل بنود التثبيت كبيرة، ونظراً لضرورة تحديد الحوافز واشتراطات الأداء تحديداً واضحاً في اتفاق المشروع (البنك الدولي). وينبغي التركيز على اشتراطات أداء تستند إلى النواتج ويسهل نسبها. وعليه، فمن الواضح أن أي عمل مقبل بشأن هذا الجانب من الشراكات بين القطاعين العام والخاص يجب أن يقرب وجهات النظر المتباينة حول هذا الموضوع، فضلاً عن مضامين أي بنود يوصى بها أو أي بنود إلزامية؛ فكما يشير تقرير سيمنز وسيمنز تكون لاختيار القانون فيما يتعلق بالشراكة المعنية آثاراً معينة.⁽³⁶⁾ ولعل الندوة تود أن تنظر في هذه المسألة بشيء من التفصيل، باعتبار أنه قد يكون لها أثر كبير في إمكانية التوصل إلى توافق في الآراء بشأن جانب مهم من أي نص قانوني مقبل.

٢- مواءمة ودمج النصوص القانونية والمنشورات التوجيهية

٥١- لدى تحديد نطاق أي عمل مقبل بشأن إعداد نص قانوني، ستكون مسألة مواءمة ودمج شتى مكونات صكي الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص والنصوص القانونية الأخرى والمنشورات التوجيهية، الوارد بيانها في القسم باء-٤ أعلاه، مسألة وثيقة الصلة بالموضوع. فعلى هذا المستوى الأكثر اتساقاً بالطابع التقني، يحدد تقرير سيمنز وسيمنز سلسلة من البنود لم تتناولها أحكام الأونسيترال النموذجية لكنها ترد في التوصيات التشريعية، وتشمل مسائل التطبيق العام مثل السماح بالامتيازات فيما يتعلق بكل من منشآت البنية التحتية القائمة والجديدة؛ والولاية القضائية للسلطات المتعاقدة ونطاق الامتيازات الممنوحة؛ وضمان تنسيق موافقات القطاع العام؛ وضمان الفصل المناسب بين أدوار الهيئات الرقابية ومقدمي الخدمات، واستقلالية تلك الهيئات الرقابية؛ واشتراط تدابير تكفل الشفافية والاستعراض المستقل في القرارات والعمليات الرقابية؛ وإنشاء آليات مناسبة لتسوية المنازعات. وفيما يتعلق بترتيبات مشاريع الشراكات بين القطاعين العام والخاص، يشير تقرير سيمنز وسيمنز إلى أن آليات الرصد والموافقة بالنسبة للبنية التحتية والمتعاقدين من الباطن الرئيسيين؛ والحرية في اختيار القانون الناظم للعلاقات التعاقدية والقوة القاهرة وسبل الانتصاف عند حدوث تقصير، هي كلها من بين القضايا التي ينبغي النظر في إدراجها في أي نص قانوني مقبل. وعلاوة على ذلك، يلاحظ التقرير المذكور أن منح الأفضلية للمؤسسات المحلية وأسعار العروض التعويضية، وهما مسألتان نوقشتا في الإرشادات، لا تردان لا في التوصيات التشريعية ولا في الأحكام التشريعية النموذجية، لكن يشار إليهما في الدليل التشريعي على أنهما مسألتان ذات صلة؛ وأن الأحكام الخاصة بسبل الانتصاف لا تتناول

(36) المرجع نفسه.

مسألة الانتصاف، وأنه ينبغي النص على مسألة الحصانة السيادية التي تُعتبر مسألة جوهرية في إنفاذ الالتزامات وأحد المحددات الرئيسية لليقين القانوني (وقد أُبرزت هذه النقاط أيضاً في مشاورات الخبراء). ويرى تقرير سيمنز وسيمنز أيضاً أن مسائل الولاية القضائية، وتوزيع المخاطر، واختيار القانون، ومحتويات العقد وإنهائه، وتغيير معالم السيطرة، والمصالح الضمانية، وحماية البيئة، وتدابير مكافحة الفساد؛ هي كلها مسائل قد يكون من المفيد تعزيزها في أي نص جديد بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٥٢- وتشير جميع النصوص القانونية إلى مجالات قانونية أخرى يتعين أخذها بعين الاعتبار (لا سيما بشأن الاشتراء، والمعاملات المضمونة، وحماية البيئة، ومكافحة الفساد، والجزاءات، والتحكيم، والإعسار). ولعل الندوة تود أن توصي باستعراض التعليق على هذا الموضوع، الوارد في صكي الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، لضمان تحديثه بقدر كاف.

٥٣- وأوصى الخبراء كذلك بالنظر في أن يتضمن أي عمل مقبل ثلاثة مواضيع أخرى، وهي ضمان التوازن الاقتصادي للمشروع لكفالة نجاح واستدامة الشراكات بين القطاعين العام والخاص؛ والمسائل القانونية الخاصة بالعقود المنصفة؛ وكيفية تقييم الاقتراحات في تلك الشراكات عندما لا تتحمل الحكومة أي تكلفة بشأنها. وسوف تكون المسألة الأخيرة وثيقة الصلة بالموضوع عند النظر فيما إذا كانت شراكة بين القطاع العام والخاص تعود، أو عادت بالفعل، على الحكومة المعنية بمنفعة مالية، وهي إحدى المسائل التي تحدد مدى نجاح تلك الشراكة (انظر القسم الوارد أدناه بخصوص مسألة أخرى).

٣- تسوية المنازعات والاقتراحات غير الملتزمة

٥٤- ثمة مجالان آخران على جانب من الأهمية أثيرا خلال المشاورات مع الأمانة، وهما سبل الانتصاف وتسوية المنازعات، خلال مرحلة ما قبل إرساء العقد وأثناء تنفيذ المشروع على حد سواء؛ ومعاملة الاقتراحات غير الملتزمة. ولئن كان صكا الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص يتناول هذين الموضوعين، فقد رئي أن من اللازم استحداث أحكام أكثر تفصيلاً تأخذ بعين الاعتبار التجارب التي روكت على مر السنين منذ إصدار هذين الصكين.

٥٥- وقد أثارَت اللجنة عام ٢٠١٢ مسألة تسوية المنازعات باعتبارها إحدى القضايا المطروحة.^(٣٧) فقد رئي، على الخصوص، أن المنازعات التي تنشأ في سياق الشراكات بين القطاعين العام والخاص تُرفع أحياناً إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، ومع ذلك ينبغي أن تضع الأونسيترال نظاماً وطنياً لمنع المنازعات وتسويتها، بالاستناد إلى أحكام تسوية المنازعات الواردة في الفصل السادس من الدليل التشريعي، ومع اختيار المحفل المناسب. ورأت اللجنة أنه "فيما يتعلق بالرقابة وتسوية المنازعات محلياً، شُدّد على أنه ينبغي تناول هذين الموضوعين معاً، اتساقاً مع النهج الذي أُتبِع في مؤتمر الأونسيترال لعام ٢٠٠٧ تحت عنوان "قانون عصري للتجارة العالمية"؛ وأنه ينبغي النظر في تطوير القدرات المحلية على معالجة المنازعات التي تنشأ في سياق الشراكات بين القطاعين العام والخاص؛ وأن إعداد قانون نموذجي بشأن هذين الموضوعين يمكن أن يسهم كثيراً في تطوير تلك القدرات؛ وأن هذين الموضوعين ينبغي أن يشملا آليات منع المنازعات، وأن يستهدفا في هذا الصدد وضع لوائح تنظيمية تلبي احتياجات القطاع الخاص، بتوفير فرصة للمستثمرين لتقديم تعليقات بشأن وضع القواعد واللوائح التنظيمية التي تسري عليهم."^(٣٨)

٥٦- وفيما يخص الاقتراحات غير الملتزمة، تنص توصية الأونسيترال التشريعية ٣٠ على أنه (على سبيل الاستثناء من إجراءات الاختيار)، "يجوز أن يُؤذن للسلطة المتعاقدة أن تتناول اقتراحات غير ملتزمة، بمقتضى إجراءات محدّدة منشأة بموجب القانون بشأن تناول الاقتراحات غير الملتزمة، شريطة ألا تتعلق تلك الاقتراحات بمشروع باشرت السلطة المتعاقدة إجراءات اختيار بشأنه أو أعلنتها،" ثم تمضي في تناول إجراءات البت في مقبولة الاقتراحات غير الملتزمة (مثل الإجراءات الخاصة غير التنافسية في تناول الاقتراحات التي

(37) انظر "الاشتراء وتطوير البنية التحتية: الأعمال المقبلة الممكنة"، مذكرة من الأمانة، A/CN.9/755، الفقرتان ٢٧-٢٨ (وهي متاحة على العنوان التالي:

<http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission/sessions/45th.html>. وتشير المذكرة إلى أنه "يمكن أن تشمل محتويات أي نص مستقبلي في هذا المجال "بنداً يدرج في الاتفاقات واللوائح التنظيمية بشأن التبادل المنتظم للمعلومات بين المنظّم والمشغل؛ ونظم 'إنذار مبكر' عند نشوء المشاكل، ربما على شكل آلية دائمة (شبيهة بمجالس استعراض العقود، أو آلية دائمة أخرى لتطبيق الخبرة الفنية المستقلة) لمعالجة المشاكل في بداياتها من خلال ضمان التنفيذ الصحيح للوائح التنظيمية من جانب المنظّم والامتثال بحسن نية من جانب المشغل". واقتراناً بتلك الأحكام، أوصي بضرورة أن تكون آلية تسوية المنازعات (بما في ذلك اختيار أعضاء الهيئة ذات الصلة وضمان الكفاءة) والإدارة المتصلة بها مستقلة عن الشؤون السياسية وعن السياسات الحكومية القصيرة الأجل وأن يُنظر إليها على هذا النحو".

(38) A/67/17، تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الخامسة والأربعون، الفقرة ١١٨. التقرير متاح على العنوان التالي: <http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission/sessions/45th.html>.

يُدعى أنها تنطوي على مفاهيم أو تكنولوجيا جديدة). وتُسهب الإرشادات في تناول المسائل السياسية ذات الصلة؛ فقد أبلغت الأمانة بضرورة إعادة النظر في كلٍّ من النهج السياسي والتوصية على ضوء الممارسة المتبعة منذ إصدار صكي الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص.

٥٧- وأشارت اللجنة إلى أن هناك مسائل أخرى لا يتناولها صكا الأونسيترال في الوقت الراهن، لكنها جديرة بالدراسة فيما يخص العمل المقبل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، ومن ذلك مسألة منع مقاول من بيع الشيء موضوع الامتياز إلى جهة أخرى دون الحصول على موافقة الحكومة.^(٣٩)

٤- ما نوع (أنواع) الشراكات بين القطاعين العام والخاص الذي (التي) ينبغي تناوله (تناولها)؟

٥٨- لعل الندوة تود، في ضوء المناقشة بشأن تباين نطاق النصوص القانونية والمنشورات التوجيهية، أن تقدّم توصيات بشأن أنواع الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي يمكن أن يتناولها أي نص قانوني لاحق بشأن الشراكات بين القطاعين. فأولاً قد تكون هناك مسائل تنشأ في قطاعات بعينها جديرة بمعالجة خاصة.^(٤٠) ثانياً، قد تكون هناك فئات لمثل هذه الشراكات بين القطاعين العام والخاص من شأنها أن تثير قضايا من الصعوبة بحيث يمكن أن يؤدي إدراجها إلى تأخير صياغة نص متفق عليه بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، ولهذا السبب ينبغي فرزها من أجل تناولها في مشروع منفصل، إن كانت الأونسيترال ستتناولها أصلاً. ومن الأمثلة التي قد ترغب الندوة في النظر فيها استخدام الامتيازات في تطوير النفط والغاز.

٥- السعي لتحقيق أهداف السياسات الاجتماعية والاقتصادية من خلال الشراكات بين القطاعين العام والخاص

٥٩- ثمة قضية أخرى أثّرت مع الأمانة وهي مسألة الشفافية في أهداف السياسات الإنمائية التي من أجلها يُستخرّر الاستثمار الخاص في مشاريع البنية التحتية وتقديم الخدمات العمومية، والتي على ضوءها يمكن تصنيف شراكة بين القطاعين العام والخاص على أنها

(39) انظر الوثيقة A/67/17، المرجع نفسه، الفقرة ١١٩.

(40) انظر على سبيل المثال الوثائق الخاصة بمختلف القطاعات في البنك الدولي.

"ناجحة" أو غير ذلك. وتشمل عناصر هذه المسألة الكيفية التي ينبغي ويجوز بها صياغة هذه الأهداف، وكيفية معالجة الأهداف السياسية المتضاربة، وكيف ينبغي موازنة تلك الأهداف بالقياس إلى المتطلبات التجارية لصاحب الامتياز من القطاع الخاص ومستثمريه وموَّليه. وتُسلطُّ بعض الشواغل التي أثّرت بشأن الامتيازات الخاصة بالموارد الطبيعية، فيما يتعلق بالأثر البيئي وأثر ذلك على الشعوب المحلية والشعوب الأصلية، الضوء على ما ينطوي عليه تناول هذه القضايا من دقة وتعقد. ففي قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي، يخضع تنفيذ السياسات الاجتماعية-الاقتصادية من خلال الاشتراء لآليات صارمة فيما يتعلق بالشفافية ولاشتراط ذكر تلك السياسات في قانون أو في لائحة تنظيمية.^(٤١) ولعل الندوة تود أن توصي بأن يتناول أيُّ عمل لاحق هذه المسألة.

٦٠- ولعل الدول تود، بوجه أعمّ، أن تشجّع استثمار القطاع الخاص (الذي سيكون أكثره خارجياً) وتيسّره بغية تعزيز فرص تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وضمن استدامتها. ويشير تقرير سيمنز وسيمنز إلى أن الدول التي ثبت أن لديها إطاراً قانونياً فعالاً لدعم الشراكات بين القطاعين العام والخاص "ستكون أقدر على التنافس على جلب رأس المال هذا مقارنة بالبلدان التي لا يتوافر لها ذلك الإطار القانوني".^(٤٢) ولعل الندوة تود أن تنظر في مدى ضرورة تناول مناخ الاستثمار فيما يتعلق بالشراكات بين القطاعين العام والخاص لدى صياغة أيِّ نص قانوني لاحق.

٦- الخيارات فيما يتعلق بأيِّ نص لاحق بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص

٦١- تستند ولاية الأونسيترال إلى مفهوم إزاحة العوائق التي تعترض سبيل التجارة الدولية من خلال مواءمة القوانين المتعلقة بالاضطلاع بالأنشطة التجارية في سياق التجارة الدولية. ويجري تنفيذ تلك الولاية بصورة مرنة ووظيفية. فهي تُصدر طائفة متنوعة من النصوص التشريعية تشمل الاتفاقيات والقوانين النموذجية والأدلة التشريعية والأحكام النموذجية. إن الاتفاقيات ترسي واجبات قانونية ملزمة؛ أما القانون النموذجي فيوصي بنص قانوني لا اشتراعه على الصعيد الداخلي (مع إرفاق الأمثلة الصادرة مؤخراً بدليل اشتراع لها من أجل المساعدة في تنفيذها واستخدامها)؛ وتجسّد الأدلة التشريعية المبادئ أو التوصيات التشريعية في الحالات التي قد لا يحصل فيها توافق في الآراء أو قد يوجد فيها نهج واحد أو قاعدة

(41) انظر المواد ٨-١١ من القانون النموذجي والتعليق الوارد في دليل الاشتراع بشأن السياسات الاجتماعية-الاقتصادية.

(42) سيمنز وسيمنز، الباب ٥.

نموذجية واحدة؛ في حين تتضمن الأحكام النموذجية عناصر تُدرج في الاتفاقيات اللاحقة أو غيرها من النصوص القانونية.^(٤٣)

٦٢- وأُبلغت الأمانة بأن صكّي الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص يعانين من قلة استخدامهما وقلة الاعتراف بهما وبأن ما يورده من مشورة سياسية جيدة غير مستوعب بقدر كاف. ومن الأسباب التي سبقت في تفسير هذا الوضع أن الحكومات تريد مجموعة شاملة من الأحكام التشريعية النموذجية، أكثر مما تنشده إرشادات وتوضيحات بشأن السياسات العامة. وفضلاً عن ذلك، كثيراً ما تُبلغ الأونسيترال بأن بناء القدرات يتعزز بإطار تشريعي واضح يرد في أقل عدد ممكن من المصادر. وهذه الاعتبارات تشير إلى استصواب صوغ قانون نموذجي لاتخاذ نصاً بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٦٣- ويكمل نصّ الأونسيترال بشأن الاشتراء العمومي - ألا وهو القانون النموذجي للاشتراء العمومي - دليل من أدلة الاشتراء الأكثر استفاضة التي وضعتها الأونسيترال، نظرت فيه اللجنة واعتمدته في ٢٠١٢.^(٤٤) ومن ثم فإن النص يتضمن أحكاماً تشريعية نموذجية وشرحاً مفصلاً للاختيارات السياسية المعتمدة؛ ويعتمد النص في الحالات القليلة التي يفتح فيها باب الخيارات إلى شرح كيفية المفاضلة بينها. ويشتمل صكا الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص على دليل تشريعي وأحكام تشريعية نموذجية؛ ومن ثم فإن الغرض منهما هو تقديم مجموعة من الحلول التشريعية المحتملة لمسائل معينة، مع إعطاء بدائل معينة تتوقف على الاعتبارات السياسية، ولكن ليس بالضرورة مجموعة واحدة من الحلول النموذجية لتلك المسائل. ويناقش النصان مزايا مختلف الخيارات السياسية وعيوبها، ويساعدان القارئ على تقييم النهج المختلفة واختيار النهج الأنسب في

(43) لمناقشة أكثر تفصيلاً لنصوص الأونسيترال وطرائق عملها، انظر الوثيقة "دليل الأونسيترال: حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي"، وهي متاحة على العنوان التالي:

<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/general/12-57489-Guide-to-UNCITRAL-a.pdf>

(44) يفسّر دليل الاشتراء "أهداف القانون النموذجي (الواردة في ديباجته) والكيفية التي وُضعت بها أحكام القانون النموذجي لتسهم في بلوغ تلك الأهداف. فالغرض من هذا الدليل إذاً هو تعزيز فعالية القانون النموذجي بوصفه أداة لإصلاح نظم الاشتراء وتحديثها، ولا سيما حيث يضيق نطاق الإلمام بنوع إجراءات الاشتراء التي يتضمنها القانون النموذجي." ويشير دليل الاشتراء كذلك إلى أن "القانون النموذجي هو قانون إطاري من حيث إنه لا يتضمن إلا مبادئ وإجراءات رئيسية، ويناقش هذا الدليل الحاجة إلى وضع لوائح تنظيمية وإرشادات إضافية لدعم التشريعات المستندة إلى القانون النموذجي، ويجدد المسائل الرئيسية التي ينبغي تناولها في تلك اللوائح التنظيمية، كما يناقش موضوع البنى الأساسية القانونية وغيرها من البنى اللازمة لدعم تنفيذ النص تنفيذاً فعالاً."

سياق وطني معيّن، وبالتالي يوفران معياراً يمكن للحكومات والهيئات التشريعية أن تستند إليه في النظر في مدى ملاءمة الإطار التشريعي، وإن كانا لا يقدمان مجموعة واحدة من الأحكام التشريعية النموذجية تتناول جميع الجوانب القانونية من مشاريع الشراكات بين القطاعين العام والخاص على نحو ما يمكن أن يفعله قانون نموذجي (وحتى لو جُمعت كل العناصر معاً، قد يبقى العديد من الخيارات السياسية قائماً).

٦٤- ومن ناحية ثانية، فإنّ ثمة صعوبة كبيرة تعترض صوغ قانون نموذجي وتتمثل في وجود اختلافات حمة بين النظم القانونية للدول التي يمكن أن تنظر في اتخاذ النماذج الدولية أساساً تستند إليه قوانينها وفي احتمال عدم التوصل إلى توافق في الآراء بشأن بعض المسائل السياسية. ويجب أن يراعى أيّ نموذج، في سياق الشراكات بين القطاعين العام والخاص، المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة (وتشمل تلك المجالات، كما سلفت الإشارة، الاشتراء العمومي والمعاملات المضمونة وحماية البيئة ومكافحة الفساد والجزاءات والسبل البديلة لحسم المنازعات والإعسار). وتتناول نصوص أخرى من نصوص الأونسيترال عدداً كبيراً من هذه المسائل، إلا أن من الواضح أن إجراء المداولات والاتفاق بشأن قانون نموذجي يستغرقان وقتاً أطول مما يستغرقه، مثلاً، تحديث ودمج صكي الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص لا سيما إذا كان القانون النموذجي المتوخى إعداده سيُرفق بدليل اشتراع مفصّل ومحدّث.

٧- التنسيق والتعاون مع الهيئات الأخرى المشاركة في إصلاح الشراكات بين القطاعين العام والخاص ودعمها

٦٥- لعل الندوة تود، ضماناً لمستويات ملائمة من التنسيق والتعاون وضماناً للدعم المتبادل وتفادي أيّ ازدواجية في الجهود، أن تنظر في الاطلاع على الأنشطة التي تضطلع بها الهيئات المشاركة في إصلاح الشراكات بين القطاعين العام والخاص ودعمها، بما فيها المصارف الإنمائية المتعددة الأطراف ولجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا (التي افتتحت في الفلبين مركزاً دولياً للتميز في مجال الشراكات بين القطاعين العام والخاص). ولعلها تود أيضاً أن تطلع على تجارب الدول من حيث التشريعات وبناء القدرات في مجال الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٨- معلومات إضافية عن إجراءات الأونسيترال (معلومات مقدّمة من الأمانة)

٦٦- سوف تقدّم أمانة الأونسيترال، عند الاقتضاء أثناء الندوة، معلومات، عن البنود التالية التي قد تساعد الندوة في صوغ توصياتها:

- (أ) طرائق العمل والإطار الزمني المحتمل لأي عمل يوصى به بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص؛
- (ب) إعداد تقرير يقدم إلى اللجنة، إلى جانب توصيات بشأن أي عمل لاحق بخصوص الشراكات بين القطاعين العام والخاص؛
- (ج) الأولويات ضمن أنشطة الأونسيترال؛
- (د) في حال التكليف بهذا العمل، التحضير لفريق عامل اعتماداً على مشاورات الخبراء؛
- (هـ) ضمان تمثيل واسع لجميع المناطق وجميع الأطراف في المعاملات المتعلقة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص؛
- (و) الوقت اللازم للأعمال التحضيرية.
-