

July 2014

The Legal Nature of Arbitration Disputes in the Iraqi Market for Securities: A Comparative Study.

Nasser Jalal

law, Salah Aldin University, Arbeel, Irak, nasir_al_assaf@hotmail.com

Zaala Said Yahya

Faculty of Law and Politics at the University of Salah al-Din - Erbil- Iraq, jalasaeed@yahoo.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Dispute Resolution and Arbitration Commons](#)

Recommended Citation

Jalal, Nasser and Yahya, Zaala Said (2014) "The Legal Nature of Arbitration Disputes in the Iraqi Market for Securities: A Comparative Study.," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2014 : No. 59 , Article 2.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2014/iss59/2

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

The Legal Nature of Arbitration Disputes in the Iraqi Market for Securities: A Comparative Study.

Cover Page Footnote

Dr. Nasser Khalil Jalal, Assistant Professor of comparative civil law, Salah Aldin University, Arbeel, Irak
nasir_al_assaf@hotmail.com Dr. Zala Saeed Yahia, Assistant Professor of commercial law, Salah Aldin
University, Arbeel, Irak jalasaeed@yahoo.com

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية: دراسة مقارنة*

د. ناصر خليل جلال*

د. زالة سعيد يحيى**

ملخص البحث:

يَنْتَهِجُ بعض التشريعات العربية فكرة جعل التحكيم آلياً وحيدة لِحَلِّ المنازعات الناشئة في سوق الأوراق المالية، ومن بينها القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي المرقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤، الذي عالج التحكيم بوصفه آلياً رئيسية لِفِض المنازعات في السوق. وفي عين هذا المنحى تمت معالجة التحكيم من لدن النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية الصادر سنة ٢٠٠٨. ولكن هذا التنظيم يثير إشكالات عدة، من حيث هل للتحكيم طبيعة اختيارية تعتمد على إرادة الأطراف أم أنها إجبارية تستند إلى إرادة المشرع في اللجوء إليها، ومدى توافقه مع نصوص القانون والدستور؟ في هذا الإطار لاحظنا أن المشرع العراقي لم يستفد من تجارب تشريعات أسواق المال العربية والتي تصدت للمسألة إما بالتعديل (التشريع الإماراتي) أو بإلغاء النصوص (التشريع المصري) بل وحتى بإصدار قوانين جديدة (التشريع الكويتي). عليه حاولنا أن نُبيِّن ماهية العمل التحكيمي في سوق العراق للأوراق المالية، وطبيعة القرارات

* أجاز للنشر بتاريخ ٢٠١٢/١١/٥.

* أستاذ القانون المدني المساعد - كلية القانون والسياسة بجامعة صلاح الدين - أربيل، العراق.

** مدرس القانون التجاري. كلية القانون والسياسة بجامعة صلاح الدين - أربيل، العراق.

الصادرة من لجنة التحكيم ذات الصلة، فهل هي ذات طبيعة قضائية أم إدارية أم تحكيمية؟ فضلاً عن ضرورة تسليط الضوء على طبيعة اللجنة ذاتها، وبيان دور حرية إرادة الأطراف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات السوق.

وقد تبيّن لنا في سياق هذا البحث من خلال اعتماد المنهج المقارن لمعالجة قوانين عدة وجود اتجاهين رئيسيين في بيان تشكيل لجنة التحكيم في سوق الأوراق المالية، أولهما تتشكل اللجنة بقرار من جهة إدارية. وثانيهما يترك مسألة تشكيل لجنة التحكيم لإرادة الأطراف أنفسهم. أما المشرع العراقي فقد انتهج نهجاً مغايراً لكليهما وهو أنه قد ميّز بين مرحلة انتقالية، وفيها يقوم بالتحكيم موظفو السوق أو الأعضاء المخولون العاملون في قاعة التداول، وبين مرحلة ثانية يقوم فيها مجلس المحافظين بتشكيل تلك اللجنة. فالعمل التحكيمي في سوق العراق للأوراق المالية هو ذو طبيعة خاصة، لكون التحكيم في منازعات المتعاملين لا يشتمل على الاتفاق ولا القضاء. ومن حيث حرية إرادة الأطراف وجدنا بأنها هي الأخرى ذات طبيعة مزدوجة، فهي اختيارية بالنسبة إلى المنازعات الناشئة بين الأعضاء والمتعاملين. وهي إجبارية بشأن المنازعات التي تنشأ بين الأعضاء أنفسهم.

المقدمة:

يُعد القضاء بمثابة الوسيلة التقليدية لفضّ أيّ نزاع، إلا أن المشرعين ولجملة من الأسباب باتوا مُؤرّينَ بآلياتٍ جديدة لحل وتسوية المنازعات، كالوساطة والتوفيق والتحكيم وسوى ذلك مما اصطلح عليه في الفقه بالوسائل البديلة لتسوية المنازعات. وقد انعكس ذلك في الدول ذوات أسواق المال المتطورة عبر توجه التشريعات فيها

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

صوب انتهاج طريق التحكيم لحل المنازعات، غير أن تشريعات بعض الدول العربية قد انحرفت عن تلك الجادة عند أخذها بفكرة التحكيم، من حيث إنها جعلت منه الوسيلة الوحيدة لحل تلك المنازعات وذلك خلافاً للدراج بهذا الشأن في أسواق الأوراق المالية العالمية. ونظراً لحدائثة تشريعات الدول العربية، فهي تشتمل على ثغراتٍ عدة، بعضها يرجع إلى عدم الاحتراف والخبرة في هذا المجال مقارنةً مع أسواق بعض الدول المتقدمة اقتصادياً كالولايات المتحدة واليابان وألمانيا على سبيل المثال، والبعض الآخر من الثغرات يرجع إلى التشريعات بذاتها.

وفي ضوء ذلك، تتجسد أهمية البحث في كون القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية الصادر عن سلطة الائتلاف بالأمر رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ قد عالج في القسم (١٤) منه التحكيم بوصفه آلية رئيسية لفض منازعات سوق العراق للأوراق المالية. وفي عين هذا المنحى تمت معالجة التحكيم من لدن النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية الصادر سنة ٢٠٠٨، اعتقاداً من المشرع بكون التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض أي نزاع ينشأ سواء بين الوسطاء الماليين أو بينهم وبين المتعاملين في السوق، وذلك لما يتسم به التحكيم عادةً من السرعة والسرية والدقة والخبرة في إصدار القرارات. غير أن مفهوم التحكيم في كلا التشريعين يكتنفه الغموض في جوانب عدة شكلية وموضوعية. مما يدفعنا إلى أن نُسَبِرَ غُور الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات سوق العراق للأوراق المالية، وذلك من خلال مقارنته بالتشريعات الأخرى لاسيما الإماراتية منها والكويتية والأردنية.

تتجلى مشكلة البحث في كون القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي والنظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية قد جاءا بأحكام مختلفة وأحياناً متناقضة حتى مع أقرب القوانين إليه من حيث التنظيم. مما يثير إشكالات عدة، فهل لهذا التحكيم طبيعة اختيارية تعتمد على إرادة الأطراف أو أنها إجبارية تستند

إلى إرادة المشرع في اللجوء إليها؟ وفيما إذا كانت طبيعة إجبارية فإننا نكون حينها أمام مشكلة أخرى وهي مدى توافق ذلك مع نصوص القانون والدستور. أيضاً تحديد ماهية العمل التحكيمي في سوق العراق للأوراق المالية، فهل هو عقد أو قضاءً أو عملٌ مزدوج أو أنه ذو طبيعة خاصة؟ وكذلك ينبغي تبيان طبيعة القرارات الصادرة من لجنة التحكيم في سوق العراق للأوراق المالية، فهل هي ذات طبيعة قضائية أو إدارية أو أنها تحكيمية؟ فضلاً عن ضرورة تسليط الضوء على طبيعة اللجنة ذاتها.

وتقوم فرضية البحث على فكرة أن لجنة التحكيم في سوق الأوراق المالية إذا كانت لجنة تحكيمية فقراراتها لا تكون سوى تحكيمية. وأيضاً إذا كان المشرع قد ألزم أطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم في حال نشوبه فإن التحكيم سيكون إجبارياً. وبغية التثبت من هذه الفرضية، سنحاول في هذه الدراسة أولاً تسليط الضوء على التنظيم القانوني للتحكيم في سوق العراق للأوراق المالية من جهة، والطبيعة القانونية لقرارات لجنة التحكيم فيها من جهة أخرى. ثم سنعمد ثانياً إلى بيان دور حرية إرادة الأطراف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات سوق العراق للأوراق المالية. وفي كلا المحورين سيتم اعتماد المنهج المقارن لما لهذا المنهج من قابلية على الكشف عن الماهية والحيثيات.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للجنة التحكيم

والعمل التحكيمي في سوق العراق للأوراق المالية

إنَّ البحث في الطبيعة القانونية للتحكيم والعمل التحكيمي في سوق العراق للأوراق المالية^(١)، يقتضي تسليط الضوء على التنظيم التشريعي للتحكيم في القانون العراقي أولاً، ثم نلجُ في دراسة الطبيعة القانونية للجنة التحكيم في سوق الأوراق المالية ثانياً. ومن بعدئذٍ نعالج الطبيعة القانونية للعمل التحكيمي في هذا السوق.

المطلب الأول

التنظيم التشريعي للتحكيم في القانون العراقي

بالرغم من أهمية التحكيم وتزايد دوره يوماً بعد آخر وضرورة وجود تشريع خاص ينظم أحكامه كما هي الحال في بعض الدول ولاسيما العربية منها^(٢)، فإن النظام القانوني في العراق لم يزل مفتقراً إلى قانون خاص بالتحكيم. ومع ذلك فإن قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل نظم التحكيم في المواد (٢٥١-٢٧٦)، والذي يجسد الأساس للتحكيم المدني والتجاري. وفي هذا

(١) عرّف المشرع العراقي في الفقرة (٣) من القسم (١) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية "سوق الأوراق المالية" بأنها سوق الأوراق المالية العراقية أو أي سوق أخرى ماثلة لها كالهئية وتنسجم مع قواعدها قد تجاز بموجب هذا القانون". ومن الجدير بالذكر أنه بموجب هذا القانون ألغيت سوق بغداد للأوراق المالية وحلّ محله سوق العراق للأوراق المالية. صدر القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية بموجب الأمر (٧٤) في ١٩ نيسان ٢٠٠٤ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد (٣٩٨٣) في حزيران ٢٠٠٤.

(٢) ومن أمثلة ذلك قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، ومجلة التحكيم التونسي الصادر بالقانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٣ وقانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٤٧/٩٧) لسنة ١٩٩٧، وكذلك قانون التحكيم الأردني رقم (٢١) لسنة ٢٠٠١. للمزيد من التفاصيل حول أهمية وسيلة التحكيم انظر:

Maurizio Gotti, Exercising power and control in arbitration proceedings, 24 *International Journal for the Semiotics of Law*, 180 (2011).

أما بخصوص مزايا وأهداف التحكيم انظر: طارق فهمي الغنم، طبيعة مهمة المحكم ص ص ٣٢-٣٩ (٢٠١١).

الخصوص تنص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين. كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين". يتضح من هذا النص لأجل حل نزاع معين عن طريق التحكيم لا بد من اتفاق أطرافه على ذلك. وإن كانت تلك المادة تتحدث عن أمرين مستقلين، الأول جواز اتفاق الأطراف على حل النزاع بينهم عن طريق التحكيم سواء كان هذا الاتفاق سابقاً على نشوء النزاع أو بعده، والثاني جواز اتفاق الأطراف على حسم جميع النزاعات التي تنشأ عن عقد معين، وفي هذه الحالة أيضاً نرى إمكانية أن يكون الاتفاق على اتباع أسلوب التحكيم قبل أو بعد نشوب النزاع. ومع اطلاق الحكم السابق نجد أن المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي تنص "لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح. ولا يصح إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ويجوز التحكيم بين الزوجين طبقاً لقانون الأحوال الشخصية وأحكام الشريعة الاسلامية". ومع كل هذه المحددات والقيود في هذا القانون من سلوك طريق التحكيم نجد أن المشرع قد نص في بعض القوانين الخاصة على جواز اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات، ومن بين تلك القوانين قانون الاستثمار الاتحادي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ وقانون الاستثمار لإقليم كردستان رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦^(٣). وكذلك القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية^(٤).

(٣) انظر المادة (٢٧) من الفصل السابع من قانون الاستثمار الاتحادي العراقي والمادة (١٧) من الفصل الثاني من قانون الاستثمار لإقليم كردستان العراق.

(٤) كانت المادة (٤٩) من قانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٩١ العراقي الملغاة (الذي تم بموجبه إنشاء أول سوق للأوراق المالية في العراق وهي سوق بغداد للأوراق المالية) تنص على "أولاً: تشكل بقرار من الوزير لجنة تحكيم يرأسها قاضي من الصنف الثاني في الأقل يختاره وزير العدل وعضوية اثنين من أعضاء المجلس تكون مهمتها الفصل في المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم ويثبت ذلك في أوراق هذه

هذا التوجه في القوانين العراقية يعكس حقائق عدة ومنها تحول فلسفة التشريع بعد العام ٢٠٠٣ في صياغة القوانين صوب التأثير بالفكر الليبرالي والنظام الرأسمالي، جنباً إلى جنب ما أفرزته العولمة وبخاصة في مجال الاستثمار. وضمن هذا الإطار كانت إرادة التشريع في إقليم كردستان أكثر ميلاً لانتهاج التحكيم، وبالتحديد في قانون الاستثمار والتعليمات الصادرة بشأنه كون الاستثمارات المحلية والاجنبية في الإقليم قد قطعت أشواطاً عدة مقارنة بباقي أنحاء العراق.

إذ إنه بعد العام ٢٠٠٣ أصدرت (سلطة الائتلاف المؤقتة)^(٥) قانوناً جديداً وهو القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤. وبموجب الفقرة الأولى من القسم (٢) من الأمر المذكور تم استحداث سوق أوراق مالية باسم سوق العراق للأوراق المالية. وقد خصص القانون القسم الرابع عشر منه للتحكيم والذي نص على أن قواعد التحكيم تسري على المنازعات التي تنشأ بين الأعضاء وبين الأعضاء والزبائن (المتعاملين). وقد بيّن المشرع المنازعات التي لا يمكن حلها إلا من خلال التحكيم^(٦). وكذلك لم يتطرق المشرع إلى مسألة كون قرارات التحكيم نهائية أو لا، وفي الوقت عينه لم يرسم للمتنازعين كيفية الطعن في قرارات لجنة التحكيم^(٧). وبغية سد هذا النقص عمد مجلس محافظي سوق العراق للأوراق المالية إلى إصدار النظام الداخلي لهذه السوق سنة ٢٠٠٨، والذي خصص القسم الثاني

المعاملات. ثانياً: تكون قرارات لجنة التحكيم ملزمة لطرفي النزاع. ثالثاً: يحدد القرار الصادر بتشكيل اللجنة الإجراءات التي تتبع لرفع النزاع والفصل فيه".
(٥) أصدر رئيس سلطة الائتلاف المؤقتة هذا القانون وفقاً لصلاحياته وبناءً على قوانين وأعراف الحرب، وانسجاماً مع قرارات مجلس الأمن الدولي بما فيها القرارات رقم (١٤٨٣) و(١٥١١) لسنة ٢٠٠٣.
(٦) الفقرة (ب-١) من القسم (١٤) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي.
(٧) انظر الفقرتين (أ) و(ب-٢) من القسم (١٤) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي.

عشر منه للتحكيم حصراً، حيث تضمن الإشارة إلى أن السوق ستعمل على إصدار قواعد خاصة بالتحكيم لفض المنازعات وذلك في أجل لم يسمه النظام الداخلي^(٨).

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للجنة التحكيم

في سوق العراق للأوراق المالية

ينبغي العمل ابتداءً على بيان كيفية تشكيل لجنة التحكيم داخل السوق، نظراً لضرورة تحديد طبيعة الهيئة المختصة بالتحكيم وذلك من أجل تحديد طبيعة عمل لجنة التحكيم في سوق الأوراق المالية. ولاسيما أن طبيعة تلك الهيئة تتحدد في ضوء الاجابة عن هذه التساؤلات: هل اللجنة هي محكمة خاصة أو استثنائية، أو أنها هيئة تحكيم أو هي لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي؟ وهو ما سنحاول تسليط الضوء عليه في المحورين التاليين.

أولاً: تشكيل لجنة التحكيم:

يمكن تبيان اتجاهين رئيسيين حول تشكيل لجنة التحكيم في سوق الأوراق المالية. يذهب أولهما إلى تحديد المحكمين صراحةً. فقد نصّ المشرع الكويتي على إنشاء لجنة تحكيم داخل السوق تشكل بقرار من لجنة السوق برئاسة أحد القضاة يتم اختياره من قبل مجلس القضاء الأعلى. وتكون مهمة اللجنة متمثلة بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق^(٩). وفي عين هذا الاتجاه ذهب كل من المشرعين المصري والإماراتي، فنص المشرع المصري على تشكيل هيئة التحكيم بقرار من وزير العدل برئاسة أحد نواب رؤساء محاكم الاستئناف وعضوية محكم عن كل من طرفي النزاع. وفي حال تعددهم وجب اختيار محكم

(٨) الفقرة (١٢-٦) من النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية.
(٩) انظر المادة (١٣) من مرسوم تنظيم سوق الكويت للأوراق المالية لسنة ١٩٨٣ الملغاة.

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

واحد^(١٠). وكذلك المشرع الإماراتي، حيث أكد تشكيل لجنة التحكيم بناءً على قرار من رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع، بحيث تتولى تلك اللجنة مهمة الفصل في المنازعات الناشئة بين المتعاملين في السوق، وتكون برئاسة أحد القضاة بناءً على ترشيح من وزير العدل أو رئيس دوائر العدل وعضوية اثنين يُرشح أحدهما من قبل مدير عام السوق بينما يرشح الآخر من لدن رئيس المجلس^(١١). أما الاتجاه الثاني فيعمل على ترك مسألة اختيار المحكم أو لجنة التحكيم لإرادة الأطراف. ومثال ذلك القانون الأردني الذي نص على أن لكل طرف يود اللجوء إلى التحكيم وفقاً لهذه التعليمات، أن يقدم طلباً إلى أمين السر. وحدد القانون آلية اختيار الأطراف للمحكّمين والحل الواجب اتباعه فيما لو لم تتفق الأطراف على اختيار المحكم أو المحكّمين^(١٢). وقد فرق المشرع الأردني بين حالتين: الأولى، وهي التي يتفق فيها الأطراف على نظر النزاع من قبل محكم منفرد، عندها عليهم طلب تعيينه من أمين سر مجلس الإدارة. وفيما إذا لم تتمكن الأطراف من الاتفاق على تحديد شخص المحكم خلال مدة سبعة أيام من تاريخ إبلاغ الطرف المدعى عليه، تولى رئيس مجلس الإدارة تعيين المحكم. والثانية، هي التي لا تتفق الأطراف على نظر النزاع من قبل محكم منفرد، فأوجب المشرع نظر النزاع من قبل ثلاثة محكّمين. وفي هذه الحالة، يقوم كل طرف في طلب التحكيم وفي الرد عليه بتعيين محكم عنه، ويقوم رئيس مجلس الإدارة بتعيين المحكم الثالث، ما لم يكن الطرفان قد خوّلا المحكّمين المعيّنين منهما اختيار المحكم الثالث خلال ثلاثة أيام من تاريخ تعيين المحكم الثاني. فإذا لم يصل المحكّمان إلى اتفاق على اختيار المحكم الثالث

- (١٠) انظر المادة (٥٢) من قانون سوق المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢.
 (١١) انظر المادة (١٠) من نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع الإماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠١.
 (١٢) انظر المادة (٤) والمادة (٦) من تعليمات حل المنازعات الأردني الصادر بالاستناد لأحكام المادة (٢٤/ب/٧) من النظام الداخلي ليورصة عمان لسنة ٢٠٠٤.

خلال المدة المذكورة، فإن رئيس مجلس الإدارة هو الذي يقوم بتعيينه. وقد أنط
المشرع في هذه الحالة رئاسة هيئة التحكيم إلى المحكم الثالث. وربما يطرح تساؤل
بخصوص الحالة الثانية، وهو ماذا لو لم يعين أو امتنع أي طرف من الأطراف عن
تعيين محكمٍ عنه؟ تولت الفقرة (ج) من المادة السادسة بالإجابة على ذلك، إذ يقوم
رئيس مجلس الإدارة بتعيين المحكم بدلاً عنه^(١٣).

أما المشرع العراقي، فقد نص صراحة في الفقرة (ز-٣) من القسم (٨) من
القانون المؤقت على أن الجهة التي تتولى تشكيل لجنة التحكيم هي مجلس
محافظي سوق الأوراق المالية. ويبدو لنا من خلال نص القسم (١٢-٦) من النظام
الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية بأن لجنة التحكيم لم تُشكل لحد الآن إذ جاء
فيه: "حتى قيام السوق بإصدار قواعد التحكيم وتشكيل لجنة التحكيم، تُحلّ النزاعات
بواسطة موظفي السوق أو أعضاء مخولين يعملون في قاعة التداول...". ويعني
ذلك بعبارة أخرى أن المشرع قد ميّز بين مرحلتين، الأولى وهي المرحلة الانتقالية
التي تسبق قيام مجلس المحافظين بتشكيل لجنة التحكيم، والمرحلة الثانية هي التي
يقوم فيها المجلس بموجب القسم (٨) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية
بتشكيل هذه اللجنة من أي شخص يراه مناسباً. ومما لاشك فيه فإنه لا يعتري ذلك

(١٣) للمزيد حول إجراءات تشكيل هيئة التحكيم انظر المادة السادسة من تعليمات حل المنازعات
الأردني. وقد سارت في هذا الاتجاه لائحة تسوية المنازعات التي تنشأ عن التعاملات المتصلة
والمتعلقة بالأوراق المالية بطريق التحكيم القطري رقم (٤) لسنة ٢٠١٠ في المواد (١١-١٧).
بالإضافة إلى الاتجاهين السابقين حول عضوية لجنة التحكيم، يوجد هناك اتجاه ثالث
معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية وتحديداً في بورصة نيويورك. حيث يتم تقسيم اللجنة
إلى نوعين من اللجان تبعاً لعضوية أطراف النزاع. فإذا كان جميع أطراف النزاع أعضاء في
السوق فإن مجلس محافظي السوق سيعمل على تشكيل لجنة تحكيم مكونة من أعضاء السوق
أنفسهم. أما إذا كان أحد أطراف النزاع من غير أعضاء السوق فسيعمل المجلس على جعل
عضوية لجنة التحكيم من داخل السوق وخارجه. انظر:

Robert J. Zepfel, Arbitration of investor-broker disputes, 65 California Law Review, pp.
122- 124 (1977).

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

أية اشكالية قانونية. إلا أن الإشكال والغموض يكتنف المرحلة الأولى، والتي يناط فيها مهمة التحكيم إلى موظفي السوق أو للأعضاء المخولين العاملين في قاعة التداول. ففي هذه المرحلة من الذي يتمتع بإرادة الاختيار من بين هؤلاء كمحكمين لفض النزاع، مجلس محافظي السوق باعتباره الجهة الإدارية الممثلة للسوق أو يكون للأطراف الحرية في اختيار محكميهم؟ لم يُجبَ المشرع عن ذلك صراحة. بيد أنه بالرجوع إلى الفقرة الأولى من القسم (١٤) التي تنص: "... وقد يفوض سوق الأوراق المالية سلطة التحكيم لمؤسسة مخولة من قبل الهيئة، شريطة أن تكون كل قواعد التحكيم خاضعة للمصادقة، بالإضافة والإلغاء من قبل الهيئة". يظهر أن سلطة التحكيم في سوق العراق للأوراق المالية حكرٌ على السوق ولها في هذا المجال أن تقوض المؤسسات وأن تشكل اللجان، بل أن كل قواعد التحكيم تكون خاضعة لسلطتها هذه. عليه يمكن القول بأنه حتى في هذه المرحلة فإن مجلس المحافظين هو الذي يقوم باختيار المحكمين من بين موظفي السوق أو الأعضاء المخولين العاملين في قاعة التداول.

بالمقارنة مع الاتجاهين السابقين نرى اختلاف وجهة القانون العراقي عنهما. إذ يتفق مع الاتجاه الأول في أنه لا يعقد لإرادة الأطراف الحرية في اختيار المحكمين بل ينيطها بجهة إدارية إلا أنه يختلف عنه من حيث الأعضاء المكونون للجنة. إذ يلاحظ وجود قاضٍ أو أكثر في لجان التحكيم التي تتبنى الاتجاه الأول في حين لا يشترط في القانون العراقي أن تكون لجنة التحكيم مؤلفة من القضاة. وفي المقابل إذا ما قارنا موقف القانون العراقي مع التشريعات التي أخذت بالاتجاه الثاني فإن وجه التشابه يبدو من عدم اشتراط كون الأعضاء من القضاة. ووجه الاختلاف يظهر من حيث أن هذه التشريعات تعتمد بالأساس على اختيار الأطراف للمحكمين، وهذا ما لا نجده في القانون العراقي. ومع كل ما سبق نرى أن موقف

التشريع العراقي وإن كان موقفاً مختلفاً عن الاتجاهين السابقين إلا أنه أقرب ما يكون للاتجاه الأول، فالجهة الإدارية هي التي تتولى تشكيل لجنة التحكيم. ونقترح على المشرع العراقي عند صياغته لقواعد التحكيم في سوق الأوراق المالية أن يعطي فرصة للمتخاصمين في اختيار محكميهم على غرار موقف المشرعين الأردني والقطري. وفيما إذا كان مجلس المحافظين يشكك في قدرات وقابليات أي شخص كي يكون محكماً في السوق فإننا نعتقد أن الحل يكون من خلال إعداد قائمة بالخبراء المحكمين المعتمدين في سوق الأوراق المالية ويقوم أطراف النزاع باختيار محكم من بين الاسماء الموجودة في هذه القائمة.

ثانياً: طبيعة لجنة التحكيم:

وفي هذا الصعيد سنعمد إلى معالجة الطبيعة القانونية للجنة التحكيم عبر تسليط الضوء على ماهية لجنة التحكيم بذاتها، وذلك من حيث كونها محكمة استثنائية أو أنها لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي أو هي لجنة تحكيمية. وهو ما سنعالجه في المحاور الآتية الذكر.

١ , محكمة خاصة (استثنائية):

يبدو أنه وفق القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي فإن لجنة التحكيم المشكّلة هي محكمة خاصة أو استثنائية، أنشأها المشرع خارج جهة القضاء العادي بحيث إنه حولها سلطة قضائية استثنائية في منازعات معينة نظراً لخطورتها وأهميتها. وما يؤيد هذا التكيف أن المشرع قد أخرج هذه المنازعات أصلاً من ولاية القضاء العادي وحصر فض المنازعات بين الأعضاء (الوسطاء) من خلال التحكيم وحسب. وغير بعيد عن ذلك، فإن التحكيم تبعاً لهذا القانون تقوم به اللجنة التي تشكل من قبل مجلس المحافظين في سوق الأوراق المالية أو أية مؤسسة أخرى

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

مخولة من قبل الهيئة العراقية المؤقتة للسندات وسوق الأوراق المالية^(١٤). فبينما أساس التحكيم في قانون المرافعات هو اتفاق الخصوم في الالتجاء إليه وإلى المحكمين، نجد أن اللجنة وأعضاءها تشكل من قبل السلطة التنفيذية للسوق^(١٥).

خلافاً لهذا المنظور القانوني، نرى أن وصف لجنة التحكيم بكونها "محكمة" يتعارض في المقام الأول مع التسمية التشريعية لهذا النظام، وذلك إلى جانب تعارضه مع القواعد الخاصة بالأحكام الصادرة منها وقوتها التنفيذية. وكذلك نجده يتعارض من ناحية أخرى مع تشكيلة اللجنة بذاتها. إذ إنه بموجب القانون العراقي لا يُشترط في عضويتها أن يكون أحد أعضائها من رجال القضاء^(١٦). ويعد ذلك مؤشراً هاماً على انتفاء طبيعتها القضائية، فالقضاء جهاز قانوني صرف سواءً من حيث الوسائل التي يستخدمها أو من حيث الغايات التي يرمي إلى تحقيقها. فضلاً عن ذلك فإن الهيئات القضائية ينبغي أن يكون كل أعضائها من رجال القانون (القضاة) في حين أن تلك اللجنة لا يشترط أن يكون أعضاؤها من القانونيين^(١٧). وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن لجنة التحكيم ليست بمحكمة.

٢. لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي:

أن غلبة العنصر غير القضائي على لجنة التحكيم لاسيما من حيث تشكيلها ربما يقودنا إلى القول بكونها لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي. ذلك أن السلطة التنفيذية (الإدارية) هي أصلاً الجهة التي تتولى تعيين أعضاء اللجنة وتنظيم

(١٤) انظر الفقرة (١) من القسم (١٤) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي.

(١٥) انظر المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية. انظر أيضاً وجدي راغب، تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق، العدد ٤، ص ١٠٠ (١٩٨٣) ..

(١٦) قارن ذلك مع موقف المشرع الإماراتي وذلك في المادة العاشرة من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١) لسنة ٢٠٠١ في شأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع الإماراتي.

(١٧) وجدي راغب، مصدر سابق، ص ١٠٠ ..

أعمالها، مما يشير ذلك إلى تبعية اللجنة لمجلس المحافظين في سوق الأوراق المالية. بينما الحال يختلف كلياً في مجال القضاء، حيث يتم تعيين القضاة وتنظيم أعمال المحاكم بموجب القانون والتمثل في قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩^(١٨). وهذا ما يؤكد فكرة أن لجنة التحكيم في أسواق رأس المال إذا لم تكن ذات صفة قضائية أو تحكيمية فإنها قطعاً ستكون لها الصفة الإدارية، ولا يغير من الطبيعة الإدارية للجنة وجود قاضي أو أكثر في عضويتها. لذا فإن مثل هذه اللجان هي في جوهرها لجان إدارية ذات اختصاص قضائي والأحكام الصادرة عنها تعتبر أحكاماً قضائية^(١٩).

إلا أن هذا التكييف القانوني يتعارض مع الإرادة الصريحة للمشرع من جهة ووظيفة هذه اللجنة من جهة أخرى. فالمصطلحات التي استخدمها المشرع تنفي عن اللجنة الصفة الإدارية، فهو لا يقرر فحسب بأنها لجنة تحكيم بل يخولها إصدار أحكام نهائية في المنازعات. كذلك فإن وظيفة هذه اللجنة لا تتعلق بنشاط الإدارة ذاتها وإنما تتعلق بالفصل في منازعات ذات صلة بمعاملات المتعاملين في السوق من أجل حماية حقوقهم. وهذا النطاق خاص بالتحكيم والقضاء المدني لا الإداري.

(١٨) إن قانون السلطة القضائية رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٧ هو النافذ والمعمول به في إقليم كردستان العراق.

(١٩) وفي خصوص طبيعة القرارات الصادرة عن الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي يوجد اختلاف في الفقه، حيث يذهب جانب منه إلى اعتبار ما يصدر عنها قراراً إدارياً في حين يذهب رأي آخر إلى اعتبار ما يصدر عن الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي حكماً قضائياً. للمزيد من التفاصيل انظر عادل الطبطبائي، الجوانب الدستورية والقانونية في عملية انشاء هيئة التحكيم، مجلة الحقوق، العدد ٤، ١٣٧ (١٩٨٣). انظر أيضاً كلا من د. مجدي ابراهيم قاسم، التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة: دراسة تحليلية نقدية لقرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (١) لسنة ٢٠٠١، بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، دبي، المنعقد بتاريخ ٦-٨ آذار ٢٠٠٧، ص ٢٧. ود. أحمد عبدالنواب، طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات العربية المتحدة، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، دبي، المنعقد بتاريخ ٢٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨، ص ١٥٠.

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

بعبارةٍ أخرى إن لجنة التحكيم ليست سوى لجنة خاصة للفصل في منازعات المتعاملين ولا يمكن بالتالي أن تكون لجنة إدارية أو أن تعتبر قراراتها إدارية^(٢٠).

٣. لجنة تحكيمية:

إن وصف اللجنة بكونها لجنة تحكيمية هو عين الوصف القانوني الذي أطلقه المشرع على اللجنة التي تقوم بفض المنازعات في سوق الأوراق المالية^(٢١). وقد عبّر المشرع العراقي عن إرادته الصريحة بذلك في أكثر من مكان من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي^(٢٢).

وما يؤكد ذلك فكرة أن المحكم يتمتع بالحرية في عمله إذ له الامتناع عن ابداء رأيه أو الامتناع عن توقيع الحكم، بينما يعد امتناع القاضي عن ذلك إنكاراً للعدالة. إذ تنص المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي: "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عدّ الحاكم ممتنعاً عن إحقاق الحق. ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق". من جانب آخر، فإن الأصل في قرارات التحكيم هو أنها تقتصر إلى قوة التنفيذ، وإنما يتطلب ذلك صدور أمر قضائي بتنفيذها، وذلك

(٢٠) وجدي راغب، مصدر سابق، ص ص ١٠١_١٠٢.

(٢١) هناك مَنْ يرى أن الصفة الأساسية في التحكيم هو عنصر الاختيار، أي انه لا يشتمل على عنصر الإلزام لأنه من المفترض أن يتم باتفاق الطرفين. فعنصر الإلزام في اللجوء إلى الهيئة ينفي الصفة الاتفاقية التي يقوم عليه التحكيم. للمزيد من التفاصيل انظر عادل الطبطبائي، مصدر سابق، ص ١٢٩ وما بعده.

(٢٢) انظر الفقرة (١) و(٢) من القسم (١٤) من القانون المؤقت. كذلك نصت الفقرة (١٢-١) من النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٨: "للسوق أن يتبنى قواعد للتحكيم خلال عملية فض النزاعات بين الأعضاء وبين الأعضاء وزياباتهم عن طريق الموافقة على إجراء التحكيم. تكون تلك القواعد في عهدة لجنة التحكيم على أن تحدد تشكيلة اللجنة ونظامها الداخلي والقواعد التي تتحكم بنشاطها. وللجنة التحكيم أن تفوض صلاحية التحكيم لجهة أخرى يصادق عليها مجلس المحافظين والهيئة على أن تكون قواعد التحكيم كافة خاضعة لمصادقة أو إلغاء أو إضافات مجلس المحافظين أو الهيئة".

خلافاً لأحكام المحاكم التي بذاتها تتمتع بقوة تنفيذية دون حاجة لأمر لاحق عليها. حيث تنص المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية على أنه: "يجوز للمحكمة أن تصدق قرار التحكيم أو تبطله كلاً أو بعضاً، ويجوز لها في حالة الإبطال كلاً أو بعضاً أن تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها". إلا أن القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي قد جاء بأحكام تخالف القاعدة العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية. إذ اعتبرت قرارات التحكيم الصادرة عن اللجنة ملزمة وتتمتع بقوة التنفيذ المباشر دون الحاجة إلى تصديق القرارات الصادرة عنها من قبل المحكمة. زد على ذلك، فإن قرارات لجنة التحكيم ذات الصلة بمنازعات الوسطاء تكون خاضعة للطعن بموجب القواعد السارية في السوق وفق شروط الطعن التي تضعها الهيئة (الهيئة العراقية المؤقتة للسندات وسوق الأوراق المالية)^(٢٣). وكذلك الحال بخصوص القرارات الصادرة بشأن المنازعات بين الوسطاء والمتعاملين، فهي الأخرى تكون خاضعة لقواعد السوق. أما في حالة الطعن في تلك القرارات فإن لكل من الطرفين أن يطعن لدى مجلس المحافظين التابع للسوق، وإذا لم يقتنع بالقرار فله الحق في الطعن أمام هيئة السوق، ويكون ذلك آخر مرحلة من مراحل الطعن. إذ تنص الفقرة (٢-ب) من القسم (١٤) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي على أنه: "بخصوص الخلافات بين الوسطاء والزبائن، فإن أيّاً من الطرفين قد يستأنف القرار عند مجلس المحافظين التابع للسوق، وإذا لم يقتنع بالقرار، فيقدم الاستئناف إلى الهيئة. إن قرار الهيئة

(٢٣) تنص الفقرة (٢-أ) من القسم (١٤) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي على أنه: "وفيما يخص الخلافات بين الوسطاء يجب أن تكون قرارات لجنة التحكيم ملزمة لجميع الأطراف وخاضعة لشروط الاستئناف كما في الهيئة لحماية المستثمرين، حسب ما ينص عليه القانون".

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

يكون ملزماً ولا يخضع إلى المزيد من الاستئناف". يؤخذ على المشرع العراقي استخدامه لتعابير مختلفة للدلالة على الطعن. فالقانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية يستخدم تعبير "الاستئناف". ومن المعلوم أن الاستئناف بموجب أحكام قانون المرافعات المدنية العراقي هو صورة من صور الطعن وليس الطعن بذاته. إذ تنص المادة (١٦٨) من قانون المرافعات المدنية على: (أن الطرق القانونية للطعن في الأحكام هي: ١- الاعتراض على الحكم الغيابي ٢- الاستئناف ٣- إعادة المحاكمة ٤- التمييز ٥- تصحيح القرار التمييزي ٦- اعتراض الغير). في حين أن النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية يستخدم مصطلح "الاعتراض" للتعبير عن الطعن، ولا يدخل الاعتراض بذاته ضمن صور الطعن المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية إلا في حالتين: أولاهما الاعتراض على الحكم الغيابي وثانيهما اعتراض الغير. ولا نتصور في هذا المقام أن يكون المقصود من الاعتراض المنصوص عليه في النظام الداخلي لسوق الأوراق المالية ذلك المفهوم الوارد في قانون المرافعات المدنية، بل المراد منه هو الطعن وفق القواعد ذات الصلة بسوق الأوراق المالية.

نخلص مما تقدم ذكره إلى القول بكون اللجنة المشكلة من قبل مجلس المحافظين في سوق العراق للأوراق المالية تغلب عليها الطبيعة التحكيمية، فهي هيئة تحكيم ذات طابع خاص يمتاز عن التحكيم الوارد في قانون المرافعات المدنية من نواحٍ كثيرة سبقت الإشارة إليها.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للعمل التحكيمي
في سوق العراق للأوراق المالية

إن اختلاف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للعمل التحكيمي، أي التحكيم بذاته، قد انعكس هو الآخر على تحديد هذه الطبيعة في التحكيم الجاري في سوق الأوراق المالية، بحيث تمحورت آراء الفقه في اتجاهات أربعة: يذهب الأول إلى كون هذا العمل تصرفاً قانونياً يعتمد على إرادة الأطراف في إبرام عقد التحكيم (اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم) ^(٢٤). ويرى اتجاه ثانٍ أن التحكيم ليس سوى عمل قضائي، وهناك اتجاه ثالث يزوج بين الرأيين الأول والثاني، بينما الرأي الرابع يرى في هذا العمل التحكيمي بأنه ذو طبيعة خاصة. ونرى من الأهمية بمكان أن نتطرق لهذه الآراء الفقهية، ثم نعمل على تحديد الرأي الأقرب إلى الصواب وفق القواعد المنظمة للتحكيم في سوق العراق للأوراق المالية.

أولاً. الطبيعة العقدية:

يذهب اتجاه في الفقه إلى اعتبار التحكيم اتفاقاً بين الأطراف المتخاصمة على حل النزاع من خلاله ^(٢٥). وفقاً لهذا الرأي فإن حكم التحكيم يعتبر جزءاً لا يتجزأ من

(٢٤) يطلق على اتفاق الأطراف على إحالة أي نزاع ينشأ بينهم قبل نشوئه مشاركة أو شرط التحكيم إذا كان وارداً في عقد معين، أما إذا كان وارداً بشكل مستقل فعندها يسمى باتفاق التحكيم. ويجوز أن يرد اتفاق التحكيم بين الأطراف بعد نشوء النزاع. للمزيد من التفاصيل انظر: عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم في البلدان العربية ص ١٥٨ وما بعدها (٢٠٠٨).

(٢٥) وهذا الاتجاه هو محل اتفاق كل من القضاء الفرنسي (في بعض أحكامه) والقضاء الإيطالي والقضاء الأمريكي في أحد قراراته. إذ إن المحكمة الأمريكية العليا في قضية "Shearson/American Express v. McMahon" سنة ١٩٨٧ قضت بشرط التحكيم السابق في منازعات الأوراق المالية، وذلك من منظور أن للتحكيم طبيعة عقدية. أما في الوقت الحاضر فإن القضاء الأمريكي يذهب خلافاً لاتجاهه السابق. إذ إنه ينظر إلى التحكيم من زاوية كونه ذا طبيعة قضائية. انظر:

Robert S. Clemente, Trends in securities industry arbitration: a view of the past, present, and the future: "the Dream, the Nightmare, and the Reality, New York State Bar Journal, P.2, (1996).

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

اتفاق التحكيم، والمحكمون هم أفراد يُعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ولا يرتقون إلى درجة القضاة^(٢٦)، كما لا يعدون حين قيامهم بالتحكيم أشخاصاً خاضعين لتوجيهات وضوابط السلطة القضائية، فهم لا يقومون بتأدية الوظيفة العامة. إذ إن حكم التحكيم يستمد قوته التنفيذية وآثاره من إرادة المتخاصمين الذين احتكموهم وطلبوا حكمهم في النزاع^(٢٧). فعملية التحكيم ككل تقوم على عمل المحكّمين المتمثل باتفاق التحكيم لا عمل المحكم الذي ليس سوى تنفيذ لاتفاقهم. حيث أن مبدأ سلطان الإرادة هو أساس العملية التحكيمية برمتها، فهذه الإرادة هي التي تخرج التحكيم من اختصاص القضاء وتحدد الجهة المختصة والمحكمين واختيار القانون الواجب التطبيق. لذا، يمكن القول بكون نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف ومن ثم فإنه ذو طبيعة عقدية^(٢٨).

بالرغم من قوة الحجج التي يستند إليها هذا الرأي فإنه لا يَسَلَّمُ من الانتقادات، لعلّ من أهمها، نفي دور المشرع في العملية التحكيمية، وتجاهله لعمل المحكم الذي يشبه عمل القاضي في كونه يفصل في النزاع بالحكم الذي يصدره. ذلك أن مصدر حجية التحكيم وقوة تنفيذه لا ترجع إلى إرادة الأطراف بل تعود إلى إرادة المشرع^(٢٩).

ثانياً: الطبيعة القضائية:

في هذا السياق هناك اتجاه آخر يعتقد بأن التحكيم يغلب عليه الطابع القضائي. ذلك أنه قضاءً إجباري ملزمٌ للخصوم متى ما اتفقوا عليه. فيتم اختيار

فضلاً على ذلك، فإن هذا الرأي يؤيده كل من: د. وجدي راغب ود. محمود مختار البربري. للمزيد من التفاصيل انظر: صالح راشد الحمراي، التحكيم الإجباري كوسيلة لفض المنازعات في سوق الأوراق المالية ص ٩٢ (٢٠٠٩).

(٢٦) خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ص ١١١ (٢٠٠٢).

(٢٧) صالح راشد الحمراي، مصدر سابق، ص ٩٤.

(28) See Andrew T. Guzman, Arbitrator liability: reconciling arbitration and mandatory rules, 49 Duke Law Journal, p.1294 (2000).

(٢٩) صالح راشد الحمراي، مصدر سابق، ص ١٠٠.

التحكيم بوصفه وسيلة لفض النزاع بناءً على إرادة الأطراف، غير أن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم فحسب بل إن عمله قضائي شأنه في ذلك شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة^(٣٠). ذلك أن إرادة الخصوم هي التي تعمل على تحريك عملية التحكيم، لكن هذا الاتفاق على آلية التحكيم ليس إلا قضاءً ملزماً للأطراف الذين رضوا أو أُلزِموا باللجوء إلى التحكيم، فليس لهم التملص من الحكم التحكيمي. فالعملية التحكيمية وفقاً لهذا المنظور ما هي إلا وسيلة تحل محل قضاء الدولة، ويعتبر الحكم الصادر منها كالحكم القضائي من حيث قوة الإلزام^(٣١). ومن بين الأسانيد القانونية التي يعتمدها هذا الرأي، إن التحكيم هو نوع من القضاء الخاص الذي يعمل إلى جانب قضاء الدولة كما هي الحال بالنسبة إلى الأحكام القضائية الأجنبية المعترف بها من قبل السلطة القضائية. بالإضافة إلى أن المشرع وهو منشئ القاعدة القانونية قد اعترف أصلاً بكون قوة الحكم التحكيمي هي على قدم المساواة مع الحكم القضائي، وبالتالي فإن كلاً من المحكم والقاضي يستمدان القوة من القانون عند تسويتهم للمنازعات المعروضة عليهما^(٣٢).

(٣٠) ومن أنصار هذا الرأي كل من: د. أبو زيد رضوان ود. فتحي والي ود. عبدالعزيز سرحان. للمزيد من التفاصيل انظر: خالد محمد القاضي، مصدر سابق، ص ١١٢. انظر أيضاً:

Robert S. Clemente, op.cit. P.300.

(٣١) قارن مع:

Peter M. Mundheim, The Desirability of punitive damages in securities arbitration: challenges facing the industry regulators in the Wake of Mastrobuono, 144 University of Pennsylvania Law Review, pp.203-205 (1995).

وقد أقرت محكمة النقض المصرية الطبيعة القضائية للتحكيم في حكم لها في القضية رقم (٢١٨٦) سنة (٥٣) قضائية في ١٢/٦/١٩٨٦، مشار إليه عند طارق فهمي الغنام، مصدر سابق، ص ١٥.

(32) See Maurizio Gotti, op.cit., p. 183 .

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

يؤخذ على هذا الاتجاه أنه لا يشترط في المحكم توافر نفس الشروط التي يشترط القانون توافرها في القاضي من جانب، ومن جانب آخر فإن حجية الحكم التحكيمي لا تعتبر من النظام العام على خلاف الحكم القضائي الذي تعتبر حجتيه من صلب النظام العام. فالحكم الصادر من القضاء يتمتع بالقوة التنفيذية على عكس الحكم الصادر من المحكم الذي لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد تصديقه من القضاء^(٣٣).

ثالثاً. الطبيعة المختلطة

يذهب اتجاه ثالث إلى أن التحكيم هو عقد من حيث إنشائه. إذ إنه يعتمد على إرادة الأطراف، وفي الوقت نفسه فإن التحكيم هو قضاءً من حيث كونه يلزم الأطراف بالحكم الصادر عنه بغير القوة الإلزامية للعقد^(٣٤). بموجب هذا الاتجاه الفقهي فإن للتحكيم الصفة العقدية حين الإنشاء ولكن بعد ذلك يدخل الأطراف في إجراءات عرض النزاع أمام هيئة التحكيم وفقاً للقانون، وهذه العملية تتسم بكونها قضائية حينما يكتسب الحكم التحكيمي قوة التنفيذ بنص القانون^(٣٥). ومن دعاة هذا الرأي من يشدد على أن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً وليس قضاءً محضاً وإنما هو نظام يمرُّ بعدة مراحل، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراءات وفي آخره حكم ملزم^(٣٦).

يؤخذ على هذا الرأي أنه من الصعب تحديد الفاصلة الزمنية بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية للتحكيم من جانب، ومن جانب آخر فإن التحكيم على خلاف أغلب العقود لا ينشئ مراكز قانونية بل إنه ينصب على الآثار الناشئة عن

(٣٣) طارق فهمي الغنام، مصدر سابق، ص ٢١.

(٣٤) انظر خالد محمد القاضي، مصدر سابق، ص ١١٣. ود. أحمد عبدالنواب، مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٣٥) انظر صالح راشد الحمراي، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٣٦) ومنهم د. محسن شفيق، للمزيد من التفاصيل انظر خالد محمد القاضي، مصدر سابق، ص ١١٤.

هذا العقد. أما من حيث قوة التنفيذ، فيلاحظ أن الأحكام القضائية هي في مرتبة أعلى من حكم التحكيم. إذ إن الحكم القضائي يكون لها حجية الأمر المقضي فيه والتي تمنع معها رفع دعوى بطلان الحكم، بينما يستطيع الأطراف رفع الدعوى عنها في حكم التحكيم. فضلاً عن ذلك، فإن الأحكام التحكيمية تعززها القوة وبالتالي تستلزم أمراً قضائياً^(٣٧). من جهة أخرى نجد أن التحكيم وإن كان فيه خصال الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية غير أنه لا يمكن أن تضى عليه الطبيعتان العقدية والقضائية في آن واحد، فقد تكون إرادة المشرع هي أساس التحكيم في التحكيم الإجباري لا العقد بذاته^(٣٨).

رابعاً. الطبيعة الخاصة

يذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يمكن القول بكون التحكيم ذا طبيعة عقدية أو قضائية، بل لا يمكن الأخذ بالفكرة التي تخط بينهما. ذلك أن التحكيم متميز عن كل منهما فهو نظام قانوني ذو طبيعة خاصة؛ لأنه من الصعب النظر إلى التحكيم كعقد، ذلك لأنّ الاتفاق على التحكيم لا يحسم النزاع وهو ليس بجوهر التحكيم، ودليل ذلك عدم وجود الاتفاق في التحكيم الإجباري، فالحكم التحكيمي لا يمكن أن تتسحب عليه الصفة الرضائية أي التعاقدية. وفق هذا المنظور فإن الطبيعة القضائية أيضاً لا تتسجم مع التحكيم؛ لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة، فالمحكم لا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة كتوقيع الغرامات على الخصوم أو طلب الشهود. فضلاً عن اختلاف الإجراءات من نزاع إلى آخر، وإن حجية الحكم الصادر في التحكيم تختلف عن حجية الحكم الصادر من القضاء، فهو لا يتمتع بما يتمتع به حكم القضاء من قوة تنفيذية جبرية. عليه أن التحكيم أداة

(٣٧) صالح راشد الحمراي، مصدر سابق، ص ١٠٦..

(٣٨) المصدر نفسه، ص ١٠٧.

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

متميزة لحل المنازعات، لكونه يشتمل على الاتفاق والقضاء بيد أنه يتميز عنهما في الوقت نفسه. لذا فمن غير المسوّغ أن تسبغ عليه سمات أنظمة قانونية يتشابه معها في نواحٍ ويختلف عنها في أخرى^(٣٩).

على أية حال، إذا ما قارنًا هذه الآراء بالنصوص التي تعالج التحكيم في سوق العراق للأوراق المالية، فيمكننا القول بكون الرأي الأخير هو الذي يصدق عليه والقائل بالطبيعة الخاصة للتحكيم^(٤٠). وثمة اعتبارات أخرى دعتنا للأخذ بهذا الاعتقاد، منها أنه لا يوجد في هذا النوع من التحكيم اتفاق مسبق وهو ما يطلق عليه باتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم ولاسيما في المنازعات التي تنشأ بين الوسطاء في السوق. وفي الوقت ذاته هو ليس بقضاء ولا يمت له بصلة، فحتى أن أمكن إسباغ هذه الطبيعة على التحكيم بصورة عامة فإنه من غير الممكن الأخذ به في التحكيم لحل منازعات سوق الأوراق المالية. ذلك أن القرارات التحكيمية في هذه المنازعات لا تتطلب حتى مصادقة المحكمة المختصة كما هي الحال في قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات الأخرى.

المبحث الثاني

دور إرادة الأطراف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

تلعب إرادة الأطراف دوراً مهماً في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بصورة عامة والتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية بخاصة. وبغية الإلمام بجوانب الموضوع، نرى ضرورة البحث أولاً في منازعات هذا السوق ومن ثم بيان العلاقة بين إرادة الأطراف وتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

(٣٩) خالد محمد القاضي، مصدر سابق، ص ص ١١٤ - ١١٥. ويذهب في نفس هذا الاتجاه د. أحمد محمد حشيش. للمزيد من التفاصيل انظر صالح راشد الحمراي، مصدر سابق، ص ١٠٨.
(٤٠) انظر القسم (١٢) من النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية..

المطلب الأول

منازعات سوق الأوراق المالية

لا تخضع المنازعات كافة الناشئة في سوق الأوراق المالية للحل بطريق التحكيم بل يتحدد ذلك من حيث الأطراف ومن حيث نوع المنازعة. لذا فإن الإحاطة بموضوع منازعات سوق الأوراق المالية تتطلب أولاً التعرف على أطراف المنازعة ومن بعد ذلك على المنازعات الخاضعة للتحكيم.

أولاً: أطراف منازعات سوق الأوراق المالية:

وفقاً للفقرة (١) من القسم (١٤) من القانون المؤقت لابد من أن تنشأ الخلافات (أو المنازعات) بين الأعضاء في السوق وبين الأعضاء وزبائنهم (المتعاملين) في السوق نفسها. ولكن المشرع العراقي قد أشار في القسم نفسه من الفقرة (١/ب) إلى أن اللجنة الخاصة بالتحكيم تحل الخلافات التي قد تنشأ بين وسيطين أو أكثر، أو بين الوسطاء والزبائن ولكن بشروط معينة. مما يفهم من ذلك أن التحكيم في سوق العراق للأوراق المالية يشمل المنازعات التي تظهر بين الأعضاء في السوق وبين الأعضاء وزبائنهم من جهة، وكذلك بين الوسطاء وبين الوسطاء وزبائنهم من جهة أخرى. وفي هذا الخصوص يبرز تساؤل جوهري: من هم الأعضاء؟ ومن هم "الوسطاء"؟ وهل "الوسيط" عضو في السوق أم أن للمشرع العراقي مقاصد أخرى من وراء مفهوم "الوسيط"؟

فالعضو في أية سوق للأوراق المالية هو من يكتسب صفة العضوية وفق شروط وضوابط محددة في القوانين المنظمة لأعمال السوق^(٤١). وهو ما يؤكد أن

(٤١) د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، بعض جوانب النظام القانوني لأسواق رأس المال: دراسة في تشريعات مصر والكويت والأردن مقارنة بالنظامين الفرنسي والأميركي ص ٨٢ (١٩٩٥). انظر أيضاً:

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

الاتجاه السائد في القوانين المقارنة يوسع من نطاق العضوية ليشمل كلاً من: "التجار" و"المصدرين" و"الوسطاء"^(٤٢). بينما عمد المشرع العراقي إلى حصر العضوية في سوق العراق بـ "الوسطاء المجازين" فقط. إذ نصَّ في الفقرة (٩) من القسم الأول على أن "العضو" في سوق الأوراق المالية يعني "الوسيط المجاز في سوق الأوراق المالية". وعرّف الوسيط بكونه الشخص المخوّل من قبل معاملات السندات في سوق الأوراق المالية أو الشخص القانوني المخول بموجب الفصل (٥) (١-ب)...". فلم يفرق المشرع العراقي بين العضو والوسيط في سوق الأوراق المالية من حيث التعريف، وفي الوقت عينه عمل على اعتبارهما شخصين منفصلين من حيث التحكيم دون أن يبيّن وجه سببٍ لذلك، وهذا في حد ذاته يعتبر تناقضاً بين النصوص التشريعية يستلزم تلافيه. وقد عرف العضو في الفقرة (١-١٧) من النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٨ (بشكل أدق مما هو منصوص في القانون المؤقت) بأنه: "الوسيط المجاز من قبل مجلس محافظي السوق". فهذا التعريف يحدد أيضاً الجهة التي لها حق منح الإجازة للوسيط وهو مجلس محافظي السوق. وعلى أية حال فإنه يقصد بعضو الهيئة الوارد في القانون المؤقت لأسواق المال العراقي الوسيط المالي المجاز. اي انه وفقاً للقانون المؤقت فإن لجنة التحكيم في سوق العراق للأوراق المالية تتولى تسوية المنازعات الناشئة بين الوسطاء أو بينهم وبين المتعاملين معهم.

وحين تُقارن ذلك مع القوانين الأخرى نجد أن المشرعين المصري والإماراتي قد اتفقا على حل النزاعات الناشئة بين "المتعاملين" في مجال الأوراق المالية عن

Jill I. Gross, Securities mediation: dispute resolution for the individual investor, Ohio State Journal on Dispute Resolution, P.3 (2006). Also see Norman S. Poser, Making securities arbitration work, Securities Symposium, SMU Law Review, P.280 (1996).

(٤٢) انظر الفقرة (١٠) من القسم (١) من القانون المؤقت.

طريق التحكيم^(٤٣). بينما حصر المشرع الأردني التحكيم بالنزاعات ما بين "المتعاملين" في السوق وبين "الأعضاء" دون النزاعات التي تكون "البورصة" طرفاً فيها^(٤٤). أما المشرع الكويتي فقد أجاز تسوية المنازعات الناشئة عن الالتزامات المقررة في قانون أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية أو أي قانون آخر إذا ما تعلقت بمعاملات سوق المال عن طريق التحكيم^(٤٥). وهو بذلك إنما يريد تحقيق أكثر من غاية، أولاًها هو التوسيع من نطاق مفهوم المنازعات ليشمل جميع المتعاملين في السوق دون تمييز بين نزاعات الأعضاء والمتداولين في السوق كل منهما على حدة^(٤٦). وثانيها هو توسيع صلاحيات هيئة السوق بغية معالجة المشاكل في السوق بصورة ذاتية بالشكل الذي يزيد من استقلالية السوق. وثالثها هو أن المشرع الكويتي أراد أن يوجد لنفسه مخرجاً من المعضلة التي أوقع المشرع العراقي نفسه فيها. ولعل المشرع الأردني من كل ذلك هو الأقرب إلى الصواب، إذ إنه قد استبعد "البورصة" من التحكيم عندما تكون طرفاً في النزاع لكي لا تكون الخصم والحكم في أن وأحد.

ثانياً. منازعات سوق الأوراق المالية التي تحل بالتحكيم

لقد اشترط المشرع العراقي للتحكيم في نزاع معين أن يتعلق هذا النزاع بالتعامل في السندات المطروحة في السوق^(٤٧). وفي هذا السياق تجدر الإشارة إلى أن المشرع

(٤٣) انظر المادة (٥٢) من قانون سوق المال المصري، والمادة (٢) من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١) لسنة ٢٠٠١ في شأن نظام التحكيم الإماراتي.

(٤٤) انظر الفقرة (ج/م) من المادة (٣) من تعليمات حل المنازعات الأردني.

(٤٥) انظر المادة (١٤٨) من قانون إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية الكويتي الجديد رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ والمادة (٤٤٤) من اللائحة التنفيذية لهذا لقانون.

(٤٦) انظر المادة (١) من نفس القانون حول تعريفات الأعضاء والمتداولين في السوق.

(٤٧) وقد عرف المشرع العراقي "مركز الإيداع" في الفقرة (١٣) من القسم (١) من القانون المؤقت بأن: "مركز الإيداع يعني الإيداع العراقي والذي سيكون الجهة المركزية التي تقوم بإجراء التسوية والتصفية لكل التعاملات بالسندات".

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

قد استخدم مصطلح "السندات" في القانون المؤقت، إلا أنه قصد به الأوراق المالية المتداولة في السوق. فقد نصَّ في الفقرة (١٥) من القسم (١) على أن: "السندات: هي أسهم تجارية ذات قيمة مالية، من ضمنها أسهم الشركات المساهمة أو الأموال المشتركة، الحكومية أو التي تصدرها الشركات، حقوق بيع السندات، شركات محدودة أو أية أشكال استثمارية أخرى"^(٤٨). إلا أن هذه الثغرة الموجودة في القانون المؤقت قد تمَّ تداركها في النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٨، في القسم (١٢-١-٢) وذلك بالنص على أنه: "للجنة التحكيم أن تفصل بين النزاعات التي تحدث بين عضوين أو أكثر أو بين الأعضاء والزبائن والتي:

(أ) تتعلق بتداول الأوراق المالية الجارية في السوق

(ب) الخاضعة لعملية المقاصة والتسوية عن طريق مركز الإيداع

(ج) باقي الأمور المتعلقة بعمل السوق التي قد تخضعها اللجنة لعملية التحكيم".

وفي ذلك إشارة إلى وجود ثغرة أخرى في التشريع العراقي تضاف إلى ما سبق، وهي نشوء التناقض ما بين القانون المؤقت والنظام الداخلي لسوق العراق والذي لا بد من أن يفسر القانون ويُبين سبل العمل به لا أن يتناقض معه. لكون ذلك يشكل إخلالاً بمبدأ تدرج القاعدة القانونية، فالنظام الداخلي باعتباره تشريعاً فرعياً لا يمكن أن يتناقض مع تشريع عادي إذ يعلوه في المرتبة وهذا ما يؤدي إلى عدم مشروعية هذه القاعدة^(٤٩).

وحيثما نقارن ذلك مع القوانين الأخرى ذات الصلة، نجد أن المشرعين المصري والإماراتي يسيران في الاتجاه نفسه من حيث حصر التحكيم بالمنازعات

(٤٨) قارن ذلك مع القسم (١-١١) من النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية حول تعريف الأوراق المالية.

(٤٩) للمزيد انظر حسن كبيرة، المدخل إلى القانون ص ٢٤٧ (دون سنة نشر).

الناشئة عن التعامل بالأوراق المالية^(٥٠). أما المشرع الأردني فقد حصر التحكيم بالمنازعات الخاصة بنشاطات الوساطة المالية دون غيرها^(٥١)، بينما المشرع الكويتي قد عمل مجدداً على التوسيع من دائرة المنازعات التي تنشأ في السوق دون تحديدها^(٥٢).

المطلب الثاني

طبيعة التحكيم في منازعات

سوق الأوراق المالية من حيث إرادة الأطراف

يستلزم هذا المطلب الحديث عن أنواع التحكيم من حيث حرية إرادة الأطراف، ومن بعدها بيان هذا الدور في التحكيم المقرر في سوق العراق للأوراق المالية. وكذلك البحث فيما إذا كانت حرية إرادة الأطراف مسلوية في اختيار طريقة فض المنازعات ومدى موافقة ذلك للنصوص التشريعية والدستورية.

أولاً: التحكيم من حيث إرادة الأطراف:

للتحكيم بصورة عامة تصنيفات وأنماط عديدة، فالتحكيم قد يكون اختيارياً أو إجبارياً وقد يكون التحكيم مؤسسياً أو حرراً، ومن الممكن أن يكون التحكيم وطنياً أو دولياً وغيرها من التصنيفات. إلا أن ما يهمنا هنا لأغراض البحث هو التصنيف الأول، والذي يقسم التحكيم إلى اختياري وإجباري. فالأصل أن يكون التحكيم اختيارياً والذي يعتمد على حرية إرادة الأطراف ومبدأ سلطان الإرادة أي اتفاق الأطراف، فالخصوم هم الذين يعينون المحكمين ويحددون بمقتضى هذا الاتفاق

(٥٠) انظر المادة (٥٢) من قانون سوق المال المصري، والمادة (٢) من نظام التحكيم الإماراتي.
(٥١) انظر الفقرة (ب) من المادة (٣) من تعليمات حل المنازعات الأردني.
(٥٢) انظر المادة (١٤٨) من قانون إنشاء هيئة أسواق المال الكويتي الجديد.

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

إجراءات التحكيم^(٥٣). لذا نرى أن أغلب قوانين التحكيم تعرف التحكيم على أنه اتفاق. فعلى سبيل المثال تنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ والفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني والصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٤٧/٩٧) لسنة ١٩٩٧ بأنه "ينصرف لفظ: التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولي إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم يكن كذلك". بل أن بعض قوانين التحكيم كقانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ قصرت تطبيق القانون على هذا النوع تحديداً، وذلك بنصه في المادة الثالثة منه: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية"^(٥٤).

أما التحكيم الإلزامي فهو ذلك التحكيم الذي يكون مفروضاً على الخصوم بنص القانون. ويذهب رأي في الفقه إلى أن التحكيم الإلزامي هو على نوعين، الأول يفرض فيه المشرع التحكيم كآلية لفض المنازعات، وفي نفس الوقت يترك الحرية للأطراف في تحديد المحكمين وإجراءات التحكيم. أما في النوع الثاني فإن المشرع يضع تنظيمياً مفصلاً للتحكيم وإجراءاته ولا يكون لإرادة الخصوم أي دور في ذلك. ووفقاً لهذا الرأي فإن الأول يعد تحكيمياً بالمعنى الفني الدقيق بينما الثاني

(٥٣) د. عماد الدين محمد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الإنترنت، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، دبي، المنعقد بتاريخ ٢٨-٣٠ أبريل ٢٠٠٨، ص ١٠٣٠. وللمزيد من التفاصيل حول الطابع الاختياري للتحكيم انظر:

Peter M. Mundheim, op.cit., pp.202-203. .

(٥٤) انظر بهذا الصدد أيضاً المادة (٢٥١) قانون المرافعات المدنية.

لا يمكن اعتباره من قبيل التحكيم بهذا المعنى^(٥٥). وفي هذا الصدد نرى أن المقصود من التحكيم الإجمالي هو ذلك التحكيم الذي لا يترك القانون المجال أمام إرادة الأطراف، في حال نشوء نزاع ما، من سلوك أي طريق آخر سوى التحكيم لفض هذا النزاع. لذا لا يغير من الطبيعة الإجمالية للتحكيم سماح المشرع للأطراف الذين فرض عليهم سلوك هذه الوسيلة لتسوية منازعاتهم، بالتحكم في إجراءات التحكيم واختيار المحكمين.

ثانياً- التحكيم في سوق العراق للأوراق المالية بين الاختيارية والإجبارية:

نصّ المشرع العراقي في الفقرة (١) من القسم (١٤) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية على أنه "قد تتخذ السوق ضوابط تخص الهيئة في تفويضها السلطة للقيام بالتحكيم في الخلافات بين الأعضاء وبين الأعضاء وزبائنهم الذين يقبلون بالتحكيم، وقد يفوض سوق الأوراق المالية سلطة التحكيم لمؤسسة مخولة من قبل الهيئة، شريطة أن تكون كل قواعد التحكيم خاضعة للمصادقة، بالإضافة والإلغاء من قبل الهيئة... يُعتبر التعامل بالسندات في السوق كاعتراف من قبل الوسيط لحل أية خلافات عن طريق التحكيم...".

وفي ضوء ذلك يتبين وجود اختلاف ما بين المبادئ العامة المستقرة في القانون بشكل عام وبين القانون المؤقت نفسه من حيث كيفية التقاضي أو فضّ المنازعات بين الأعضاء أو بين الأعضاء والمتعاملين في سوق الأوراق المالية. إذ إن لكل فرد الحق في اختيار طريقة التقاضي وحلّ منازعاته مع الغير، هذا من جانب ومن جانب آخر وجود تعارض للقانون المؤقت مع قانون المرافعات المدنية

(٥٥) وهذا المنظور هو محل تأييد كل من د. حفيظة السيد الحداد ود. محسن شفيق. للمزيد من التفاصيل انظر د. عماد الدين المحمد، مصدر سابق، ص ١٠٣٢.

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل من حيث التحكيم في المنازعات التي يجوز فيها الصلح ومن حيث كون التحكيم اختيارياً^(٥٦).

مما يُثير جملة من التساؤلات مثل: ما هي طريقة فض المنازعات في سوق العراق للأوراق المالية؟ فهل هو التحكيم حصراً أم أن للخصوم سلوك طرق فض المنازعات الأخرى أيضاً؟ وبالتالي هل التحكيم في سوق العراق للأوراق المالية ذو طبيعة اختيارية أو إجبارية؟ وإذا كان التحكيم هو السبيل الوحيد لحل المنازعات، إلا يتعارض ذلك مع المبادئ العامة لحل المنازعات؟ ثم إلا يتناقض ذلك مع ما هو منصوص عليه في قانون المرافعات المدنية والدستور؟

أن الإجابة عن هذه التساؤلات تساعد في الكشف عن الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات السوق، لذا نرى ضرورة الخوض في ذلك من خلال المحورين التاليين.

١. من حيث تحديد طريقة فض المنازعات:

عمدَ المشرع العراقي إلى تحديد التحكيم حصراً بكونه الطريقة الوحيدة لحل المنازعات بين الأعضاء في السوق. وآية ذلك ما نصَّ عليه القسم (١٤) من القانون المؤقت، وكذلك الفقرة (١٢-٢) من النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية. مما يدعونا إلى التساؤل عن الاعتبارات التي اعتمدها المشرع العراقي ودفعته للجوء إلى التحكيم بوصفه الوسيلة الوحيدة لفض المنازعات: هل يرجع ذلك إلى الطبيعة الخاصة للمعاملات التجارية في هذا السوق^(٥٧)، أم أن السبب يعود إلى كون طبيعة التعاملات التجارية تقتضي السرعة في فض المنازعات وتنفيذ الأحكام ذات الصلة، أو أن الأمر يرجع إلى ضرورة توفير الجهد والوقت وبساطة

(٥٦) انظر المواد (٢٥١) و (٢٥٣) و (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل.
(٥٧) انظر الفقرة (١٦) من المادة (٥) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ.

[الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية]

الإجراءات والحفاظ على سرية الحسابات والأرصدة، من حيث اعتقاد المالكين بأن الكشف عن ذلك قد يُلحقُ بهم الضررَ مادياً ومعنوياً؟

بالرغم من الطبيعة الخاصة للمعاملات التجارية في أية سوق للأوراق المالية، فإنها لا تخرج عن كونها عموماً من الأعمال التجارية التي تمتاز بالسرعة في انجاز الأعمال، والائتمان والثقة بين المتعاملين فيها^(٥٨). إذ إن الأصل في أي عمل تجاري هو سرعة النظر في القضايا ذات العلاقة بالأعمال التجارية والتجار لدى المحاكم، إضافة إلى أن تنفيذ بعض القرارات يتم دون أن تكتسب الدرجة القطعية^(٥٩). من جانب آخر، لا بد من الأخذ بالحسبان فكرة أن العدول عن مبدأ العلانية، المعمول به أصلاً في القضاء العادي، قد تم اللجوء إليه كون أغلب المتعاملين لا يريدون الكشف عن حساباتهم وأرصدتهم المالية. ولكن إلا يمس ذلك حق المتعامل في السوق في اللجوء إلى القضاء العادي لفض منازعاته؟

في هذا السياق تجدرُ ملاحظة اتفاق المشرع العراقي مع المشرع المصري على فكرة اعتبار التحكيم وسيلةً وحيدة لفض المنازعات في سوق الأوراق المالية. فقد قضت المادة (٥٢) من قانون سوق المال المصري بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون في ما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية وذلك عن طريق التحكيم حصراً. بحيث أضحى التحكيم بذلك إجبارياً وهو السبيل الحصري للفصل في هذه المنازعات. فلا يجوز الترافع بشأنها أمام القضاء، وذلك لاعتبار مفاده الحصر على سرعة الفصل في المنازعات ولكي يتوافق ذلك

(٥٨) للمزيد من التفاصيل انظر د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري - العقود التجارية وعمليات البنوك ص ١١ (١٩٩٩). ود. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية ص ٤٠ (٢٠٠٨).

(٥٩) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري - القسم الأول، النظرية العامة - التاجر - العقود التجارية - العمليات المصرفية - القطاع التجاري الاشتراكي ص ص ٤٢-٤٣ (١٩٨٧).

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

مع مزايا التحكيم لاسيما السرية النسبية التي يوفرها هذا السبيل تحديداً من بين سبل التقاضي الأخرى^(٦٠). وفي هذا الإطار فقد كان المشرع الإماراتي قبل تعديل المادة (٢) من قرار مجلس إدارة الهيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع بموجب القرار رقم (٣٥/ر) لسنة ٢٠٠٨ لا يترك الحرية للأفراد المتعاملين في السوق باللجوء إلى القضاء لحل خلافاتهم، بل كان يفرض عليهم التحكيم فرضاً في هذا الخصوص. إلا أنه قد غير موقفه هذا بالتعديل المذكور، فقد نص في المادة (٢) من قرار مجلس إدارة الهيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع رقم (١) لسنة ٢٠٠١ بخصوص نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع على أنه: "يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع عن طريق التحكيم في الحالات التي يتفق الأطراف فيها على ذلك، ويطبق في هذا الشأن أحكام هذا النظام"^(٦١).

في مقابل ذلك، ذهب المشرع الأردني خلافاً لذلك إلى ترك حرية الاختيار للأفراد في كيفية فض منازعاتهم ذات الصلة. إذ إنه قد نص في تعليمات حل المنازعات في بورصة عمان على تسوية الخلافات عن طريق التحكيم ولكن شريطة النص على ذلك، أو الاتفاق عليه مسبقاً من قبل أطراف النزاع، أو بعد نشوئه^(٦٢).

(٦٠) نصت المادة (٥٢) الملغاة من قانون سوق المال المصري على أنه: "يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره". للمزيد من التفاصيل انظر د. ماجد راغب الحلوة، الرقابة الإدارية على الأوراق المالية، بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، دبي، المنعقد بتاريخ ٦-٨ آذار ٢٠٠٦، ص ١٥.

(٦١) وفي هذا الإطار نصت المادة الثالثة من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١) لسنة ٢٠٠١ في شأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع "يجوز أن يختار طرفا التحكيم أشخاصاً للنيابة عنهما أو لمساعدتهما على أن تُوفى للجنة مسبقاً بأسماء هؤلاء وعناوينهم كتابةً وأن يُحدد ما إذا كان اختيارهم لغرض النيابة أو المساعدة".

(٦٢) انظر المادة (٣) من تعليمات حل المنازعات الأردني الصادرة استناداً إلى أحكام المادة (٢٤/ب/٧) من النظام الداخلي لبورصة عمان لسنة ٢٠٠٤..

وفي نفس هذا الاتجاه يعتقد المشرع الكويتي بوجود إتاحة حرية الاختيار للمتعاملين في السوق لحل نزاعاتهم، وذلك بموجب القانون الكويتي الجديد^(٦٣). إذ إنه كان يُلزم الأطراف حتى عام ٢٠١٠ بالجوء إلى التحكيم لحل خلافاتهم، وعلى نفس منوال المشرعين المصري (قبل الإلغاء) والإماراتي (قبل التعديل) والعراقي، وذلك وفقاً للمادة (١٣) من مرسوم سوق الكويت للأوراق المالية رقم (٢) لسنة ١٩٨٤. بيد أن المشرع الكويتي يستدرك في المادة (١٥٣) أنه استثناءً من أحكام المادة (١٦٤)، تسري بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون بطريق التحكيم بالأحكام الواردة بالقرار الوزاري رقم (٢) لسنة ١٩٨٤ وذلك بإنشاء لجنة التحكيم والقواعد والإجراءات المتبعة أمامها إلى حين إصدار الهيئة نظاماً للتحكيم. وكان من الأجدى للمشرع الكويتي أن يشير في لائحته التنفيذية إلى النظام الخاص بالتحكيم لا أن يُبقي الوضع كالمُعَلَّقة، فهو لم يشرع هذا النظام في القانون الجديد ولا في لائحته التنفيذية بل ترك الأمر إلى سوق الكويت للأوراق المالية^(٦٤). وهو ما يؤكد أن نظام التحكيم في الكويت لازال في طوره الانتقالي إلى حين صدور ذلك النظام من لدن سوق الكويت للأوراق المالية.

نستخلص من المتقدم ذكره، اتفاق المشرعين الإماراتي والأردني والكويتي على فكرة عدم إجبار المتعاملين في أسواق الأوراق المالية على التحكيم بوصفه السبيل الحصري لفض المنازعات ما بينهم. بينما المشرع المصري نجده بالرغم من اتفائه والمشرع العراقي على حصرية سبيل التحكيم إلا أن المحكمة الدستورية العليا في

(٦٣) تنص المادة (١٤٨) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية الكويتية على أنه: "يجوز تسوية المنازعات الناشئة عن الالتزامات المقررة في هذا القانون أو أي قانون آخر إذا تعلقت بمعاملات سوق المال عن طريق التحكيم، وذلك وفقاً للنظام الخاص بالتحكيم الذي تضعه الهيئة".
(٦٤) انظر المادة (١٤٨) من القانون الكويتي الجديد والمادة (٤٤٤) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون..

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

مصر قد دفعت به إلى إلغاء المادة (٥٢) من قانون سوق المال المصري^(٦٥). وهو ما يؤكد إمكانية بقاء المشرع العراقي منفرداً بحصرية التحكيم حين مقارنته بمعظم القوانين ذات العلاقة.

عليه نجد أن المشرع العراقي قد عزل نفسه عن جادة التشريعات المقارنة المذكورة، والتي قد صححت مسارها بحيث تعطي الحرية لإرادة الأطراف من اختيار أي طريقة لفض المنازعات والتي قد يكون من بينها التحكيم، على خلاف المشرع العراقي الذي لا يعطي فسحة من الحرية لإرادة الأطراف في اختيار الوسيلة التي قد يتغونها لفض المنازعة بل يجبرهم على اتباع وسيلة التحكيم لأجل ذلك دون سواء من الوسائل. وهذا ما يضيف على التحكيم في سوق العراق للأوراق المالية الطبيعة الإلزامية.

٢. مدى دستورية القسم (١٤) من القانون المؤقت:

تُكفل الدساتير المعاصرة حق كل فرد في اللجوء إلى القضاء لحسم منازعاته مع أقرانه، فهو حق أصيل من حقوق الإنسان الأساسية. فقد نصت الفقرة (٣) من المادة (١٩) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على أن: "التقاضي حق مصون ومكفول للجميع". مما يعني ذلك أن أصالة هذا الحق غير متأتية من المواثيق والاتفاقيات الدولية وإنما هي أصالة نابعة من الدستور العراقي نفسه من حيث تحصين هذا الحق وشموله الجميع دون استثناء. فإذن، يحق لكل فرد مواطناً كان أو أجنبياً عرض نزاعه على القضاء. غير أن ما ورد في القسم (١٤) من القانون المؤقت يتعارض مع الذي نصّ عليه الدستور صراحةً. حيث أن القانون نفسه قد ألزم المتعاملين في السوق بالتحكيم لحلّ منازعاتهم دون منحهم حرية اختيار طريقة

(٦٥) سنعمل لاحقاً على تبيان قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية بالتفصيل.

التقاضي لفض منازعاتهم تلك.

بعبارة أخرى، هل ذلك يعني أن المتعامل في السوق قد تنازل مسبقاً عن حقه في التقاضي أمام المحاكم واللجوء حصراً إلى التحكيم؟ وعلى فرض أن المتعامل في السوق قد تنازل عن حقه هذا، فهل يجوز الاعتقاد مسبقاً بتنازله عن حقه في التقاضي على اعتبار أنه قد أقر بالتحكيم سبيلاً وحيداً لفض خلافاته عموماً؟

في هذا السياق، نعتقد بعدم صواب الرأي القائل بتنازل المتعامل في السوق عن حقه في التقاضي. نظراً إلى كون هذا التنازل يُعدّ مخالفاً مخالفةً صريحة للدستور وحقوق الإنسان الأساسية في آن واحد. وهذا ما يؤكد رأينا في عدم دستورية القسم (١٤) من القانون المؤقت جملة وتفصيلاً، بحيث إنه يستوجب إحداث تغيير جوهري فيه لا مجرد التعديل. ونحن لا نفرد بمثل هذا الرأي^(٦٦)، بدليل أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد عمدت إلى إلغاء المادة (٥٢) من قانون سوق المال المصري لعدم دستورتيتها^(٦٧). وخلافاً لهذا الاتجاه رفضت المحكمة الدستورية الكويتية دعوى الطعن في عدم دستورية المادة (١٣) من مرسوم تنظيم سوق الكويت للأوراق المالية لسنة ١٩٨٣ الملغاة الذي ينص على أنه: "تتشأ داخل السوق لجنة تحكيم تُشكّل بقرار من لجنة السوق برئاسة أحد رجال القضاء يختاره مجلس القضاء الأعلى، وتكون مهمتها الفصل في جميع المنازعات المتعلقة

(٦٦) قارن ذلك مع د. أحمد عبدالنواب، مصدر سابق، ص ١٣٨..

(٦٧) قرار المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية المقيدة برقم (٥٥) لسنة (٢٣) قضائية دستورية بجلسة (١٣ كانون الثاني ٢٠٠٢). وذلك في إثر قيام شركتين بالاعتراض على القرارات الصادرة من الجمعية العمومية لهيئة سوق المال بتاريخ ١٢/١/١٩٩٩، والمطالبة بوقف العمل بتلك القرارات. وهو ما دعا الهيئة نفسها إلى ابطال العمل بالقرارات ذات الصلة. إلا أن ذلك دفع بالشركة المستأنف ضدها إلى الطعن في قرار الهيئة لدى محكمة استئناف القاهرة. مما دعا المحكمة إلى إحالة الدعوة إلى المحكمة الدستورية العليا لبيان مدى دستورية المادتين (١٠) و(٥٢) من قانون السوق المال المصري. للمزيد من التفاصيل انظر المصدر نفسه، ص ص ١٣٨-١٤٠..

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

بالمعاملات التي تتم في السوق، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم ويثبت ذلك في أوراق هذه المعاملات. وتكون القرارات الصادرة عن اللجنة ملزمةً لطرفي النزاع...^(٦٨). وهو ما يؤكد تنبّه المشرع الكويتي إلى الثغرات ذات الصلة الموجودة في المادة (١٣) تلك، ولذلك عمّد إلى إلغاء ذلك التشريع وإصدار القانون الجديد لسنة ٢٠١٠، عبر منح المتعاملين في السوق حرية اختيار طريقة التقاضي بما فيها التحكيم باعتباره إحدى سبل حلّ المنازعات. بدلاً من أن يكون التحكيم سبيلاً وحيداً لنفض المنازعات. وحسناً فعل المشرعان الكويتي والمصري من حيث قيام الأول بإصدار قانون جديد حل محل مرسوم سنة ١٩٨٣. وقيام الثاني بإلغاء المواد (٥٢-٦٢) من قانون سوق المال فضلاً على المادتين (٢١٠) و(٢١١) من قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم (١٣٥) لسنة ١٩٩٣ بإصداره اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال^(٦٩).

وخلافاً لهذا الاتجاه، عمّد المشرع الأردني إلى إفساح مجالٍ أوسع أمام المتعاملين في السوق باختيار أيّ طريق من طرق التقاضي ومن بينها التحكيم. وذلك لأن المشرع الأردني وخلافاً لغيره لم يُنظم في قانون الأوراق المالية المؤقت

(٦٨) قضت المحكمة الدستورية برفض الدعوى في الطعن المقدم من شركتي الأبراج القابضة والدولية للإجارة والاستثمار ضد شركة الوطني للوساطة المالية، فيما يتعلق بعدم دستورية نص المادة (١٣) من المرسوم الأميري الخاص بإنشاء سوق الكويت للأوراق المالية التي تقضي باختصاص لجنة التحكيم في البورصة بالفصل في أي نزاع ينشأ عن تداول الأسهم في السوق. جريدة الأنباء الكويتية، العدد (١٢٨٣٧)، ص ٣٣ (٦ ديسمبر ٢٠١١).

(٦٩) وقد استقرت المحكمة الدستورية العليا في مصر على عدم دستورية النص التشريعي الذي يفرض التحكيم إجباراً على الخصوم. حيث إنها أصدرت في جلستها المنعقدة بتاريخ (٢٠٠٣/٥/١١) في القضية رقم (٣٨٠٠) لسنة (٢٣) ق. دستورية قراراً بعدم جواز إذعان أحد الأطراف بالتحكيم الإجمالي لتنفيذاً لقاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، ذلك لأن التحكيم مصدره الاتفاق، وإليه ترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون. وللمزيد من التفاصيل انظر د. محمد سامي الشوّاء، التحكيم التجاري الدولي: أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص ٣٧-٣٨..

رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ النافذ طرق التقاضي في المنازعات الناشئة عن التعامل بالأوراق المالية في السوق، وإنما ترك ذلك أصلاً إلى المبادئ العامة المستقرة في القانون ثم نظم ذلك بتعليمات حل المنازعات لسنة ٢٠٠٤^(٧٠).

المطلب الثالث

الطبيعة الخاصة للتحكيم في سوق العراق للأوراق المالية من حيث حرية إرادته الأطراف

من مجمل ما تقدم بيانه لاحظنا أن القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي قد ألزم المتعاملين في السوق بالتحكيم ليكون الوسيلة الحصرية لفض المنازعات. مما يؤكد ذلك كونه تحكيمياً إجبارياً، إلا أنه متميز من نواحٍ عدة، فالتحكيم في هذا السوق هو في رأينا ذو طبيعة خاصة. ويمكن بحث هذه الخصوصية والتميز في النقاط التالية.

أولاً: من حيث حرية إرادة الأطراف:

ليس للأطراف أية حرية في اختيار أعضاء لجنة التحكيم، حيث أن أعضاء هذه اللجنة هم من موظفي السوق أو أعضاء مخولين من داخل السوق يعملون في قاعة التداول (في المرحلة التي تسبق إصدار مجلس المحافظين لقواعد التحكيم في السوق وتشكيله للجنة التحكيم)، وعلى فرض أن هناك اختلافاً في العضوية بين موظفي السوق والأعضاء المخولين داخل السوق، فإن مثل الاختلاف إن وجد يُعد من قبيل الاستثناء ليس إلا، ولا يجوز التوسع في الاستثناء. وفي كلا الحالين، وجود الاختلاف أو عدمه، فإن حرية الاختيار تكاد تكون معدومة. ومن جهةٍ أخرى تبرز قضية جوهرية وهي: هل لموظفي السوق الكفاءة والمؤهلات اللازمة للتمتع بعضوية لجنة التحكيم؟ حيث أن النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية لسنة

(٧٠) انظر الفقرة (أ) من المادة (٣) من تعليمات حل المنازعات الأردني.

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

٢٠٠٨ قد نص في القسم (١٤) على أنه: "يجري تعيين موظفي السوق بموجب هذا النظام وفقاً لقواعد الخدمة التي يصدرها مجلس المحافظين"، دون أن يبيّن ماهية هذه القواعد والشروط التي ينبغي أن تتوافر في موظفي السوق وكذلك الحال بالنسبة إلى الأعضاء المخولين داخل السوق. بالرغم من أن هذا النظام قد بين شروط العضوية في السوق وذلك في القسم (٥-٨)، غير أن هذه الشروط لم تشمل على شروط الخبرة والكفاءة في مجال القانون.

فضلاً عن ذلك، فإنه ليس لأطراف النزاع حتى حرية اختيار القانون الموضوعي والإجرائي الذي يُحكّم على أساسه في موضوع النزاع. وهذا يتعارض مع الأصل في التحكيم والذي أساسه التراضي والاتفاق وليس الإجماع. حيث أن هناك رأياً في الفقه يذهب إلى أن التحكيم الإجماعي لا يعد من قبيل التحكيم^(٧١)، فالأصل هو أن يقبل أطراف النزاع بالتحكيم. فمن أهم شروط التحكيم بشكل عام هو قبول أطراف النزاع بالتحكيم على نحوٍ تحريري. إذ نص المشرع العراقي في المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية على أنه: "لا يثبتُ الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة...". كما نص في المادة (٢٥٩) من القانون نفسه على أنه: "يجب أن يكون قبول المحكم للتحكيم بالكتابة ما لم يكن معيناً من قبل المحكمة، ويجوز أن يثبت القبول بتوقيع المحكم على عقد التحكيم...".

ولعل اشتراط الكتابة تحديداً نابع من فكرة عدم رفض التحكيم من قبل أطراف النزاع أو أحدهم. فإذا حدث ورفض أحدهم ذلك يجوز للطرف الآخر أن يطلب اتخاذ ما يلزم لحلّ النزاع بالتحكيم من المحكمة المختصة، وإلا أصبح اتفاق التحكيم

(٧١) للمزيد من التفاصيل انظر د. عماد الدين المحمد، مصدر سابق، ص ٨٠.

عبثاً وغير لازم للأطراف^(٧٢). وهذا لا يعني في مُجمله أن الأطراف أنفسهم قد تنازلوا عن حقهم في اللجوء إلى القضاء. أي بعبارة أخرى إن اتفاق الأطراف على التحكيم كتابياً لا يعني تنازلهم عن حقهم في اللجوء إلى القضاء. فإذا حدث ورفض أحد الأطراف تنفيذ قرار المحكمة أو رفض التحكيم لسبب ما، فإن له كل الحق في رفع النزاع إلى المحكمة المختصة^(٧٣).

وإذا ما عدنا إلى القانون المؤقت العراقي، نرى أنه يُشير صراحةً في الفقرة (١) من القسم (١٤) إلى القبول بالتحكيم باعتباره السبيل إلى حل النزاع. فاستناداً إلى هذه الفقرة فإن السوق قد تتخذ ضوابط تخص الهيئة في تفويضها السلطة للقيام بالتحكيم "في الخلافات بين الأعضاء وبين الأعضاء وزبائنهم الذين يقبلون بالتحكيم". وقد عاد المشرع ونصّ في الفقرة الأولى من القسم (١٢) من النظام الداخلي على نفس النص وبعبارة مختلفة، وبموجبه فإن للسوق أن يتبنى قواعد للتحكيم لتسوية منازعات سوق الأوراق المالية الناشئة "بين الأعضاء وبين الأعضاء وزبائنهم عن طريق الموافقة على إجراء التحكيم". فهذان النصان يجراننا للتساؤل عما إذا كان المشرع العراقي قد ترك المجال لأطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم بإرادتهم من دون إكراه، أو فيه إجبار لهم على سلوك هذه الوسيلة؟ أو أن المشرع يميز في هذا الموضوع بين المنازعات الناشئة بين الأعضاء (الوسطاء) وتلك الناشئة بين الأعضاء والزبائن (المتعاملين)؟

بالرجوع إلى أحكام الفقرة الأولى من القسم (١٤) من القانون المؤقت يلاحظ أن المشرع قد اعتبر التعامل في السندات داخل السوق بمثابة قبول من "الوسيط"

(٧٢) انظر د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري: التحكيم التجاري الدولي ص ١١٤ (١٩٩٧)..
(٧٣) انظر د. أحمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري ص ١٢٥ (١٩٨٣)..
١١٤

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

على حل الخلافات بواسطة التحكيم. وقد شدّدَ المشرع على هذا مرة أخرى في الفقرة الثانية من القسم (١٢) من النظام الداخلي باعتبار التداول بالأسهم في السوق كقبول من "العضو" (الوسيط) على حل النزاع من خلال التحكيم. إذن فإن هذين النصين يقطعان الشك باليقين في أن المشرع قد أراد التمييز في الحكم بين كون الخلاف ناشئاً بين الأعضاء أو فيما إذا كان بين الأعضاء والزبائن. ومن جانبٍ متصل، يتبادر إلى الذهن التساؤل التالي: هل مجرد التعامل في السوق يعد قبولاً للإيجاب الصادر عن هيئة السوق بقبول التحكيم حصراً؟ فإننا نذهب مع مَنْ يقول إن القبول بالتعامل في السوق ليس بمثابة القبول بالتحكيم لأنه لا يمكن توجيه الإيجاب ممن ليس طرفاً في الاتفاق، فالسكوت في هذا الصدد لا يعني الرضا. ثم إن القانون نفسه يجعل من هيئة السوق طرفاً في النزاع وهي ليست كذلك، بل إنها الجهة المعنية بتصديق قرارات المحكمين واستلام الطعون فيها. فالقانون المؤقت بذلك يتعارض مع الأصول والمبادئ القانونية الثابتة من حيث عدم جواز الجمع بين صفتي الخصم والحكم في شخصٍ واحد^(٧٤).

ومن جانب آخر فإن المشرع كان قد أجرى تمييزاً على غرار النصين السابقين أيضاً في القانون المؤقت والنظام الداخلي فيما يتعلق بالطعن في أحكام التحكيم^(٧٥). إذ ميز من حيث الحكم بين ما إذا كان النزاع ناشئاً بين الأعضاء أو كان قد نشب بين الأعضاء والزبائن، وهذا يعتبر دليلاً إضافياً يقوي ما نذهب إليه من رأي. وبذلك يمكن القول بأن المشرع العراقي قد انفرد بالجمع بين الطبيعة الاختيارية والطبيعة الإلزامية للتحكيم. إذ إن التحكيم اجباري وسبيلٌ وحيد لحل الخلافات ما

(٧٤) انظر د. أحمد عبدالنواب، مصدر سابق، ص ١٤٣..

(٧٥) انظر الفقرة (٢) من القسم (١٤) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي والفقرتين (٣-١٢) و (٤-١٢) من النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية..

بين " الوستاء " تحديداً، بينما يكون حل الخلاف ما بين "الوسطاء" و"الزبائن" عن طريق التحكيم الاختياري لا الإجمالي. وبالتالي يمكن القول إن المشرع العراقي قد أخذ بالطبيعة المزدوجة في التحكيم من حيث حرية إرادة الأطراف.

ثانياً- من حيث الطعن في قرار لجنة التحكيم:

عمل النظام الداخلي على التمييز ما بين الأعضاء أنفسهم وكذلك بين الأعضاء وزبائنهم من حيث الطعن في قرار لجنة التحكيم. فالمنازعات الناشئة بين الأعضاء أنفسهم تكون القرارات فيها ملزمة لأطراف النزاع جميعاً، على أن يكون لهم حق الاعتراض على الحكم لدى الهيئة العامة للسوق^(٧٦). أما في حالة المنازعات بين الأعضاء وزبائنهم، فيتمتع كل طرف فيها بحق الطعن في القرار لدى مجلس المحافظين، فإن لم يرض أحد الأطراف عن القرار فله الحق في الاعتراض على قرار المجلس لدى الهيئة العامة للسوق، ويكون قرار الهيئة هذه المرة قراراً ملزماً غير خاضع للاستئناف^(٧٧).

وإذا ما رجعنا إلى القانون المؤقت في قسمه (١٤)، نجد أن الفقرة (٢-أ) لا تشير صراحةً إلى شروط الطعن، وإنما علق ذلك بالرجوع "إلى القانون" دون ذكره. فهل يقصد المشرع بذلك قانون المرافعات المدنية أو أنه يقصد قانوناً آخر ربما لم يُشرع بعد لحل المنازعات في سوق الأوراق المالية؟ مما يؤكد ذلك الغموض لدى الأطراف في كيفية وشروط الطعن. ولرفع هذا الغموض فإنه حتى لو لم يعدل هذا القانون أو لم يصدر قانون جديد بدلاً من القانون المؤقت فلا بد من تلافي ذلك من

(٧٦) انظر القسم (١٢-٣) من النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية. وقد عرف القسم (١-٣) من هذا النظام "الهيئة العامة" بأنها "الهيئة المشكلة من جميع أعضاء السوق".
 (٧٧) انظر القسم (١٢-٤) من النظام الداخلي نفسه. وقد عرف القسم (١-٥) من القانون المؤقت "مجلس المحافظين" بأنه يعني "مجلس المحافظين لسوق الأوراق المالية أو المحافظين الذين يشغلون مقاعد في المجلس". أما "المحافظ" وفقاً للقسم (١-٧) من النظام الداخلي فهو "الشخص المنتخب في مجلس محافظي السوق" ..

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

خلال تعديل النظام الداخلي لسوق الأوراق المالية العراقي أو القانون المؤقت لسوق الأوراق المالية العراقي الذي لم ينظم هذه المسألة^(٧٨).

وفي موضع آخر غير بعيد، يُشير القسم (١٢-٦) من النظام الداخلي إلى أنه في حال عدم اقتناع أحد الأطراف بقرار الهيئة العامة "والذي هو غير قابل للاعتراض أصلاً"، فإن له الحق في اللجوء إلى المحاكم العراقية. ويُعد ذلك تناقضاً جوهرياً وقع فيه المشرع العراقي. فهو من جهة يؤكد عدم إمكانية الطعن في قرار الهيئة العامة، بينما يُشدّد من جهة أخرى على إمكانية رجوع الأطراف أو أحدهم إلى المحاكم العراقية. وهو ما يدفعنا إلى التشكيك في جدوى وجود التحكيم في نصوص القانون المؤقت نفسه. إذ إنه ليس هناك من حاجة إلى التحكيم وإجبار المتعاملين به طالما أن باستطاعتهم وفقاً للنص الرجوع إلى القضاء العراقي. غير أنه بالعودة للفقرة السابقة نراها تنص "حتى قيام السوق بإصدار قواعد التحكيم وتشكيل لجنة التحكيم... يحال أحد الأطراف أو كلاهم إلى المحاكم العراقية". فيتضح من ذلك أن هذا النص مؤقت إلى حين إصدار السوق لقواعد التحكيم وتشكيل مجلس المحافظين للجنة التحكيم. هذا الوضع التشريعي يُماثل الوضع في القانون الكويتي من حيث وجود مرحلة انتقالية لنظام التحكيم ولكن مع ملاحظة الفرق ما بين الوضعين. حيث نعتقد أن المشرع العراقي لم يثق بقرارات اللجنة في المرحلة الانتقالية والمشكلة من موظفي السوق أو الأعضاء المخولين من داخل السوق الذين يعملون في قاعة التداول، لذا سمح المشرع للأطراف بموجب القسم (١٢-٦) من النظام الداخلي، من اللجوء إلى المحاكم. ومع ذلك فإن هذا النص

(٧٨) عرف المشرع في القانون الدائم للأوراق المالية في القسم الأول الخاص بالتعريف بأنه "القانون الذي يخلف هذا القانون، والذي سينشئ هيكلًا تنظيمياً وقانونياً شاملاً لتجارة الأوراق المالية في العراق".

الوارد في النظام الداخلي محل انتقاد كونه يتناقض مع نصوص القانون المؤقت^(٧٩)، والذي لا يسمح باللجوء إلى المحاكم لحل المنازعات الناشئة بين الأعضاء إلا من خلال التحكيم. فعلى مجلس محافظي سوق الأوراق المالية العراقي أن ينتبه إلى هذه المسألة ويعالجها من خلال تعديل هذا النص الموجود في النظام الداخلي للسوق. بالإضافة إلى تسريعه في إصداره تعليمات حل المنازعات بالتحكيم وتشكيل لجان التحكيم بموجبها.

ويظهر تميّز التحكيم وخصوصيته في سوق العراق للأوراق المالية من خلال إجراء المقارنة بين ما تقدم ذكره بقانون المرافعات المدنية، نلاحظ أن الطعن في قرارات لجان التحكيم يكون لدى المحاكم المختصة، وذلك إما بتصديق القرار أو إبطاله كلاً أو بعضاً، ولها أيضاً إعادة القضية إلى المحكمين أنفسهم لإصلاحه مما شابه من نواقص وأخطاء^(٨٠). مما يؤكد فكرة كون الطعن في قرارات لجان التحكيم وفقاً للقانون المؤقت ليس هو الطعن نفسه وفقاً للمبادئ العامة في قانون المرافعات المدنية. إذ إن الأصل في فكرة الطعن هو الرجوع إلى المحاكم المختصة لكونها الأكثر درايةً بالقانون وتطبيقه، بينما الهيئة العامة هي أساساً ليست بجهة قضائية وربما تكون هي نفسها طرفاً في النزاع وهو ما قد ينفي عنها صفة الحياد اللازمة لتحقيق مقتضيات العدالة^(٨١).

ثالثاً: من حيث تنفيذ قرار لجنة التحكيم:

في هذا الصدد تنصّ الفقرة (١) من المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية على أنه: "لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواءً كان تعينهم قضاءً

(٧٩) انظر نص الفقرة (٢) من القسم (٢) من القانون المؤقت لأسواق العراق للأوراق المالية.

(٨٠) انظر المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية النافذ.

(٨١) قارن مع: Andrew T. Guzman, op.cit. p. 1325.

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

أو اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة". وبذلك فإن المحكمة المختصة هي الجهة المعنية بإضفاء القوة الملزمة على القرار لكي تنفذها دوائر التنفيذ. بينما القانون المؤقت قد اخضع كل ما يتعلق بالتحكيم، من حيث المصادقة والإلغاء والتعديل، إلى الهيئة العامة للسوق^(٨٢). بل أن النظام الداخلي قد عمل على منح صلاحية المصادقة والإلغاء والتعديل لمجلس المحافظين جنباً إلى جنب الهيئة العامة، وذلك على نحو مخالف للقانون المؤقت نفسه الذي حصر ممارسة هذه الصلاحية بيد الهيئة العامة دون غيرها^(٨٣). وهو ما يؤدي إلى التشكيك في القوة الإلزامية لقرار المحكمين، وذلك نظراً إلى أن قرار المحكمين لا يستمد قوته من السلطة العامة وإنما من الهيئة العامة عينها خلافاً للسبيل الأصل والمتمثل في المصادقة على القرار لدى المحاكم المختصة، لأن ذلك يوفر تبيان صحة قرار المحكمين وموافقتهم للقانون.

ومن جهة أخرى، نجد أن تنفيذ قرارات المحكمين يتم في الأصل بناءً على طلب أحد الطرفين، بينما في القانون المؤقت والنظام الداخلي تتم المصادقة على القرار أو إلغائه بصورة مباشرة من قبل مجلس المحافظين أو الهيئة العامة للسوق دون الاستناد إلى طلب أحد الطرفين. وربما يكون المشرع العراقي مصيباً في هذا الخصوص تحديداً، لأنه قد سبق منه تبيان كون المصادقة على القرار تتم لدى مجلس المحافظين أو الهيئة العامة للسوق، ثم أنه منع أطراف النزاع من اللجوء إلى المحاكم المختصة للمصادقة على القرار أو إلغائه.

وحين مقارنة ذلك ببعض تشريعات أسواق المال في الدول الأخرى، نجد هناك اتجاهين رئيسيين في هذا الخصوص، يذهب أولهما إلى الاتفاق مع المشرع العراقي

(٨٢) انظر الفقرة (١) من القسم (١٤) من القانون المؤقت.

(٨٣) انظر القسم (١٢-١) من النظام الداخلي لسوق العراق لأوراق المالية.

من حيث أن المصادقة على قرار لجنة التحكيم وتنفيذها تكون للجنة التحكيم للهيئة عينها. إذ إن المشرع الأردني قد نصَّ على أن تكون قرارات لجان التحكيم نهائية ونافاذة. وبذلك فقد قطع الطريق أمام أطراف النزاع من استئناف القرار والمصادقة عليه أو إلغائه أمام المحاكم^(٨٤). وكذلك الحال بالنسبة إلى المشرع الإماراتي، الذي نصَّ على إيداع نسخة من قرار التحكيم لدى مكتب الشؤون القانونية في السوق وليس المحكمة المختصة^(٨٥). غير أن المشرع الإماراتي نفسه قد أوجب الطعن في قرار لجان التحكيم عبر الإبطال أو الإلغاء فقط لدى المحاكم المدنية المختصة دون تمتع تلك اللجان بصلاحيه المصادقة^(٨٦). ثم إن التقدم بطلب إلغاء القرار إلى المحكمة المدنية المختصة لا يقود إلى وقف تنفيذ ذلك القرار ما لم تقرر هذه المحكمة وقف التنفيذ صراحة^(٨٧).

أما الاتجاه الثاني من القوانين المقارنة فيذهب إلى العمل بقانون المرافعات المدنية والتجارية فضلاً عن القوانين المكمله له في دعاوى غير الجزائية الناشئة عن تطبيق قانون أسواق الأوراق المالية. فالقانون الكويتي رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ بشأن هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية الكويتي الجديد ولائحته التنفيذية يعمل برأي هذا الاتجاه. لأن المشرع الكويتي قد عمل أساساً على تشكيل محكمة خاصة تسمى بـ "محكمة أسواق المال"، للنظر في الدعاوى الجزائية الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون. وتتألف هذه المحكمة من دائرتين، جزائية وغير جزائية. بحيث أن الدائرة غير الجزائية تكون مشكّلة من ثلاثة قضاة شريطة أن يكون أحدهم بدرجة مستشار على الأقل. وبذلك نخلص إلى كون المشرع الكويتي

(٨٤) انظر الفقرة (و) من المادة (١٥) من تعليمات حل النزاعات الأردني.

(٨٥) انظر المادة (٤٣) من نظام التحكيم الإماراتي.

(٨٦) انظر المواد (٤٥) و (٤٦) و (٤٧) من النظام نفسه.

(٨٧) انظر المادة (٥٠) من النظام نفسه.

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

قد أصابَ عين الصواب في رأيه هذا، لأنه قد أفرَدَ محكمة خاصة تُعنى تحديداً بالنظر في المنازعات ذات العلاقة، بحيث إنه جعل قرارات هذه المحكمة مُستقاةً من السلطة العامة بعينها لكي يُكسبها قوة القانون لا أن يجعل ذلك بيد لجانٍ أو هيئاتٍ من داخل السوق^(٨٨). ومع ذلك، يؤخذ على المشرع الكويتي أنَّه يُجوِّزُ في مكانٍ آخر تسوية المنازعات الناشئة عن الالتزامات المقررة في هذا القانون أو أي قانونٍ آخر إذا ما تعلقَت تلك المنازعات بمعاملات سوق المال عن طريق نظام التحكيم، وذلك وفقاً للنظام الخاص بالتحكيم الذي تضعه الهيئة. وهذا التجويز يتناقض صراحةً مع نص الفقرة (٢) من المادة (١٠٨) من هذا القانون. ويبدو أن هذا التناقض أصلاً هو الذي يحول بين الهيئة وبين إصدارها القرار الخاص بنظام التحكيم وفقاً لما أكدته اللائحة التنفيذية في المادة (٤٤٤) ^(٨٩).

نستخلص مما تقدم ذكره، أن طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية من حيث حرية إرادة الأطراف وفقاً للقانون المؤقت العراقي هي ذات طبيعة مزدوجة وخاصة. فهي ذات طبيعة مزدوجة لأنها ذات طبيعة اختيارية بالنسبة إلى الخلافات الناشئة بين الأعضاء والزبائن وطبيعة إجبارية بخصوص الخلافات التي تنشأ بين الأعضاء أنفسهم. وفي هذه الحالة الأخيرة لا يقتصر الإجماع على حصر لجوء الأطراف في حل نزاعاتهم إلى التحكيم، بل يشمل ذلك عدم قدرة الأطراف على اختيار أعضاء اللجنة وعدم استطاعتهم تحديد واختيار القواعد القانونية الموضوعية أو الشكلية التي تحكم على النزاع. وكذلك التحكيم في سوق الأوراق. فهي ذات طبيعة خاصة، وذلك من جوانب عدة، فهي كذلك من حيث تشكيلة اللجنة التي

(٨٨) انظر الفقرة (٢) من المادة (١٠٨) من القانون الكويتي والمادة (٤٠١) من اللائحة التنفيذية للقانون الكويتي.

(٨٩) إذ تنص على أنه: "... يضع المجلس بقرارٍ منه نظاماً خاصاً بالتحكيم تشرف الهيئة على إجراءاته".

تتألف من موظفي السوق أو الأعضاء المخولين العاملين في قاعة التداول، وأيضاً كون قيامهم بهذه المهمة مؤقتة إلى حين إصدار قواعد التحكيم وتشكيل لجنة التحكيم. وقد بدت لنا جلياً هذه الطبيعة الخاصة من حيث الطعن في قرارات التحكيم وإمكان اللجوء إلى المحاكم كحل أخير للنزاع، إلا أن هذا الإمكان باللجوء إلى المحاكم ينقضي في الوقت الذي يشكل مجلس محافظي السوق لجنة التحكيم بموجب القانون المؤقت. وهي أيضاً كذلك من حيث التنفيذ أيضاً وخصوصاً حين المقارنة بقواعد التحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية.

الخاتمة

نستخلص من كل ما تقدم ذكره وجود اتجاهين رئيسين في بيان تشكيل لجنة التحكيم في سوق الأوراق المالية، أولهما تتشكل اللجنة بقرار من جهة إدارية. وثانيهما يترك مسألة تشكيل لجنة التحكيم لإرادة الأطراف أنفسهم. أما المشرع العراقي فقد انتهج نهجاً مغايراً لكليهما وهو أنه قد ميز بين مرحلة انتقالية وفيها يقوم بالتحكيم موظفو السوق أو الأعضاء المخولون العاملون في قاعة التداول، وبين مرحلة ثانية يقوم فيها مجلس المحافظين في السوق بتشكيل تلك اللجنة.

أن العمل التحكيمي في سوق العراق للأوراق المالية هو ذو طبيعة خاصة، ذلك لأن التحكيم في منازعات المتعاملين لا يشتمل على الاتفاق ولا القضاء. وفي عين هذا الاتجاه وجدنا بأن اللجنة المشكلة من قبل مجلس المحافظين في سوق العراق للأوراق المالية تغلب عليها الطبيعة التحكيمية، فهي هيئة تحكيم ذات طابع خاص متميز عن التحكيم الوارد في قانون المرافعات المدنية. ومن جهة أخرى يمكن القول إن القرارات ذات الصلة بتسوية منازعات الوسطاء والمتعاملين يمكن الطعن فيها من قبل كلا الطرفين لدى مجلس المحافظين. فإذا لم يفتتح أحدهما بالقرار قلّة أن يطعن فيها أمام هيئة السوق ليكون ذلك آخر مرحلة من مراحل الطعن. أما القرارات الصادرة بخصوص المنازعات بين الوسطاء فتكون قابلة للطعن وفق شروط تضعها هيئة السوق.

إن طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية من حيث حرية إرادة الأطراف هي ذات طبيعة مزدوجة، فمن ناحية نجدها ذات طبيعة اختيارية بالنسبة إلى المنازعات الناشئة بين الأعضاء والمتعاملين. ومن ناحية أخرى هي إجبارية بشأن المنازعات التي تنشأ بين الأعضاء أنفسهم، وفي هذه الحالة لا يقتصر الإجبار على إلقاء

الأطراف المتنازعة إلى التحكيم بل يشمل ذلك أيضاً عدم قدرتهم على اختيار أعضاء اللجنة واختيار القواعد القانونية الموضوعية منها والشكلية التي تحكم النزاع.

التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي بضرورة إصدار قانون خاص بالتحكيم في المسائل المدنية والتجارية. فقواعد التحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية لم تعد تستطيع مجازاة التطور الحاصل في تسوية المنازعات باعتبار التحكيم من الوسائل البديلة للقضاء في فض المنازعات. ونرى أن يعتمد المشرع عند إعداده لذلك على قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وأن يستعين بخبرات هيئات التحكيم الدولية والقوانين المتطورة لبعض الدول مهتدياً بأراء الفقه في هذا المجال.

٢- إصدار قانون دائم وجديد لأسواق الأوراق المالية يأخذ ما يلي في حُسابه:

أ- جعل التحكيم في سوق الأوراق المالية اختيارياً لكل من المتعاملين والوسطاء على حد سواء، وذلك لأن التحكيم الإلزامي ينطوي على مساوئٍ جدّ عديدة وعلى النحو الذي يقيد من حرية الأطراف في اختيار المحكمين ولا يحقق العدالة.

ب- إصدار لائحة بأسماء مُحكمين مؤهلين للنظر في منازعات الأوراق المالية، وعدم حصر التحكيم بموظفي السوق ممن لا تتوافر فيهم الشروط المطلوبة.

ت- تنظيم آلية خاصة بكيفية إجراء التحكيم داخل السوق على النحو الذي لا يتعارض مع المبادئ العامة في مجال التحكيم، ويحقق متطلبات التعامل بالأوراق المالية من السرعة والسرية والائتمان في معاملات الأوراق المالية.

[د. ناصر خليل جلال ود. زائدة سعيد يحيى]

٣. نوصي مجلسَ محافظي السوق بالتسريع في إعداد قواعد التحكيم، وضرورة تشكيل لجنة التحكيم التي أشار إليها القانون المؤقت والنظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية. وبذلك يضع حداً للمرحلة الانتقالية التي نص عليها القانون المؤقت والتي أناط فيها مهمة التحكيم بموظفي السوق أو الأعضاء المخولين العاملين في قاعة التداول.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب:

١. د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، ط ٤، الإسكندرية، منشأة المعارف (١٩٨٣).
٢. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري - القسم الأول، النظرية العامة - التاجر - العقود التجارية - العمليات المصرفية - القطاع التجاري الاشتراكي، ط ٢، بغداد، منشورات دار الحكمة (١٩٨٧).
٣. د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط ٥، الإسكندرية، منشأة المعارف بالإسكندرية جلال حزي وشركاه، (دون سنة نشر).
٤. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الشروق (٢٠٠٢).
٥. صالح راشد الحمراي، التحكيم الإجباري كوسيلة لفض المنازعات في سوق الأوراق المالية، القاهرة، دار النهضة العربية (٢٠٠٩).
٦. طارق فهمي الغنام، طبيعة مهمة المحكم، ط ١، القاهرة، دار النهضة العربية (٢٠١١).
٧. د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، بعض جوانب النظام القانوني لأسواق رأس المال: دراسة في تشريعات مصر والكويت والأردن مقارنة بالنظامين الفرنسي والأميركي، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر (١٩٩٥).
٨. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، طبعة ثالثة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية (٢٠٠٨).
٩. د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع (٢٠٠٨).

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

١٠. د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري: التحكيم التجاري الدولي، ج ٥، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع (١٩٩٧).

١١. د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري- العقود التجارية وعمليات البنوك، الدار الجامعية (١٩٩٩).

ثانياً. الأبحاث والدراسات:

١٢. عادل الطبطبائي، الجوانب الدستورية والقانونية في عملية إنشاء هيئة التحكيم، مجلة الحقوق، العدد ٤، السنة السابعة، الكويت، كلية الحقوق (١٩٨٣).

١٣. وجدي راغب، تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق، العدد ٤، السنة السابعة، الكويت، كلية الحقوق (١٩٨٣).

ثالثاً: المؤتمرات:

١٤. د. أحمد عبدالنواب، طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات العربية المتحدة، المؤتمر السنوي السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، دبي، المنعقد بتاريخ ٢٨-٣٠ إبريل ٢٠٠٨.

١٥. د. عماد الدين المحمد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، المؤتمر السنوي السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، دبي، المنعقد بتاريخ ٢٨-٣٠ إبريل ٢٠٠٨.

١٦. د. ماجد راغب الحلو، الرقابة الإدارية على الأوراق المالية، المؤتمر السنوي الخامس عشر حول أسواق الأوراق المالية والبورصات آفاق وتجديات، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، دبي، المنعقد بتاريخ ٦-٨ آذار ٢٠٠٧.

١٧. د. محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي: أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، المؤتمر السنوي السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، دبي، المنعقد بتاريخ ٢٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨.

١٨. د. مجدي إبراهيم قاسم، التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة: دراسة تحليلية نقدية لقرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (١) لسنة ٢٠٠١، المؤتمر السنوي الخامس عشر حول أسواق الأوراق المالية والبورصات آفاق وتجديات، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، دبي، المنعقد بتاريخ ٦-٨ آذار ٢٠٠٧.

رابعاً: الصحف:

١٩. جريدة الأنباء الكويتية، العدد (١٢٨٣٧)، ٦ ديسمبر ٢٠١١.

خامساً: القوانين والأنظمة:

٢٠. الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

٢١. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ العراقي.

٢٢. مرسوم تنظيم سوق الكويت للأوراق المالية لسنة ١٩٨٣ الملغاة.

[د. ناصر خليل جلال ود. زالة سعيد يحيى]

٢٣. القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية رقم (٢٤) لسنة ١٩٩١ العراقي الملغاة.
٢٤. قانون سوق المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢.
٢٥. مجلة التحكيم التونسي الصادر بالقانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٣.
٢٦. قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.
٢٧. قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٤٧/٩٧) لسنة ١٩٩٧.
٢٨. قانون التحكيم الأردني رقم (٢١) لسنة ٢٠٠١.
٢٩. التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع الإماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠١.
٣٠. قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١) لسنة ٢٠٠١ في شأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع الإماراتي.
٣١. القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية بموجب الأمر (٧٤) في ١٩ نيسان ٢٠٠٤. والنظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٨.
٣٢. تعليمات حل المنازعات الأردني الصادر بالاستناد لأحكام المادة (٢٤/ب/٧) من النظام الداخلي ليورصة عمان لسنة ٢٠٠٤.
٣٣. قانون الاستثمار الاتحادي العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.
٣٤. قانون الاستثمار لإقليم كردستان العراق رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦.
٣٥. قانون السلطة القضائية رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٧ لإقليم كردستان العراق.
٣٦. لائحة تسوية المنازعات التي تنشأ عن التعاملات المتصلة والمتعلقة بالأوراق المالية بطريق التحكيم القطري رقم (٤) لسنة ٢٠١٠.

٣٧. قانون انشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية الكويتي رقم (٧) لسنة ٢٠١٠. والنظام الداخلي للقانون.

Sixth. Studies & Researches:

38. Andrew T. Guzman, “Arbitrator liability: reconciling arbitration and mandatory rules”, 49 Duke Law Journal (2000).
39. Jill I. Gross, “Securities mediation: dispute resolution for the individual investor”, Ohio State Journal on Dispute Resolution (2006).
40. Maurizio Gotti, “Exercising power and control in arbitration proceedings”, 24 International Journal for the Semiotics of Law (2011).
41. Norman S. Poser, “Making securities arbitration work, Securities Symposium”, SMU Law Review (1996).
42. Peter M. Mundheim, “The Desirability of punitive damages in securities arbitration: challenges facing the industry regulators in the Wake of Mastrobuono”, 144 University of Pennsylvania Law Review “1995”.
43. Robert J. Zepfel, “Arbitration of investor-broker disputes”, 65 California Law Review (1977).
44. Robert S. Clemente, “Trends in securities industry arbitration: a view of the past, present, and the future: the Dream, the Nightmare, and the Reality”, New York State Bar Journal (1996).