مجلة
كلية التــراث الجامعة

مجلة علمية محكمة
متعددة التخصصات نصف سنوية
العدد الأربعون
30 آب 2024
ISSN 2074-5621

رئيس هيئة التحرير
أ.د. جعفر جابر جواد

مدير التحرير
أ.م. د. حيدر محمود سلمان

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق 719 لسنة 2011

مجلة كلية التراث الجامعة معترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم (ب 3059/4) والمؤرخ في (2014/ 4/7)

التحكيم الالزامي كوسيلة لفض المنازعات في سوق الاوراق المالية

م.د. اريج محمد عبد المجيد "محمد طه"

كلية ابن خلدون الجامعة

ملخص البحث :

نستعرض مفهوم التحكيم وتمييزه عنه غيره، ثم بيان الطبيعة القانونية للجنة التحكيم والعمل التحكيمي في سوق العراق للاوراق المالية ، نبين ما هيئة العمل التحكيمي في سوق العراق للاوراق المالية ، وطبيعة القرارات الصادرة من لجنة التحكيم ذات الصلة ، فهل هي ذات طبيعة قضائية ام ادارية ام تحكيمية ؟ فضلا عن ضرورة تسليط الضوء على طبيعة اللجنة ذاتها ، وبيان دور حرية ارادة الاطراف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات السوق .

Abstract

We review the concept of arbitration and distinguish it from others, then explain the legal nature of the arbitration committee and the arbitral work in the Iraq Stock Exchange. We explain what the arbitration work body is in the Iraq Stock Exchange, and the nature of the decisions issued by the relevant arbitration committee.

Are they of a judicial, administrative, or arbitral nature? In addition to the need to shed light on the nature of the committee itself, and explain the role of the parties' free will in determining the legal nature of arbitration in market disputes.

مقدمة

يعد القضاء بمثابة وسيلة تقليدية لفض اي نزاع ، الا أن المشرعين ولجملةٍ من الاسباب باتوا مقرين بآليات جديدة لحل وتسوية المنازعات، كالتحكيم والوساطة والتوفيق وسوى ذلك مما اصطلح عليه في الفقه بالوسائل البديلة لتسوية المنازعات، وقد انعكس ذلك في الدول ذوات أسواق المال المتطورة عبر توجه التشريعات فيها، ينتهج بعض التشريعات العربية فكرة جعل التحكيم اليه وحيدة لحل المنازعات الناشئة في سوق الاوراق المالية ، ومن بينها القانون المؤقت لاسواق الاوراق المالية العراقي رقم 74 لسنة 2004 ، الذي عالج التحكيم بوصفه اليه رئيسية لفض المنازعات في السوق . وفي عين هذا المنحى تمت معالجة التحكيم من لدن النظام الداخلي لسوق العراق للاوراق المالية الصادر سنة 2008 . ولكن هذا التنظيم يثير اشكالات عدة من حيث هل للتحكيم طبيعة اختيارية تعتمد على ارادة الاطراف ام انها اجبارية تستند الى ارادة المشرع في اللجوء اليها ، ومدى توافقه مع نصوص القانون والدستور ، وفي هذا الاطار لاحظنا ان المشرع العراقي لم يستفد من تجارب تشريعات اسواق المال العربية والتي تصدت للمسألة اما بالتعديل (التشريع الاماراتي) او بإلغاء النصوص (التشريع المصري) بل وحتى باصدار قوانين جديدة (التشريع الكويتي) .

عليه حاولنا ان نبين ما هيئة العمل التحكيمي في سوق العراق للاوراق المالية ، وطبيعة القرارات الصادرة من لجنة التحكيم ذات الصلة ، فهل هي ذات طبيعة قضائية ام ادارية ام تحكيمية ؟ فضلا عن ضرورة تسليط الضوء على طبيعة اللجنة ذاتها ، وبيان دور حرية ارادة الاطراف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في منازعات السوق .

أهمية البحث

وقد تبين لنا في في سياق هذا البحث من خلال اعتماد المنهج المقارن لمعالجة قوانين عدة ، وجود اتجاهين رئيسين في بيان تشكيل لجنة التحكيم في سوق الاوراق المالية ، اولهما تشكيل اللجنة بقرار من جهة ادارية ، وثانيهما يترك مسألة تشكيل لجنة التحكيم لارادة الاطراف انفسهم . اما المشرع العراقي فقد انتهج نهجا مغايرا لكليهما وهو انه قد ميز بين مرحلة انتقالية ، وفيها يقوم بالتحكيم موظفو السوق او الاعضاء المخولون العاملون في قاعة التداول ،وبين مرحلة ثانية يقوم فيها مجلس المحافظين بتشكيل تلك اللجنة . فالعمل التحكيمي في سوق العراق للاوراق المالية هو ذو طبيعة خاصة ، لكون التحكيم في منازعات المتعاملين لا يشتمل على الاتفاق ولا القضاء ومن حيث ارادة الاطراف وجدنا

بأنها هي الاخرى ذات طبيعة مزدوجة، فهي اختيارية بالنسبة إلى المنازعات الناشئة بين الاعضاء والمتعاملين. وهي إجبارية بشأن المنازعات التي تنشب بين الاعضاء أنفسهم .

لذا يقتضي لنا استعراض مفهوم التحكيم وتمييزه عنه غيره، ثم بيان الطبيعة القانونية للجنة التحكيم والعمل التحكيمي في سوق العراق للاوراق المالية .

اهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى :

- توضيح مفهوم التحكيم وتمييزه عن غيره وانواعه و طبيعة التحكيم تمييز التحكيم عما قد يختلط به
- معرفة الطبيعة القانونية للجنة التحكيم والعمل التحكيمي في سوق العراق للاوراق المالية .
- تقديم توصيات للمشرع العراقي بضرورة إصدار قانون خاص بالتحكيم في المسائل المدنية والتجارية و إصدار قانون دائم وجديد لأسواق الأوارق المالية و جعل التحكيم في سوق الأوارق المالية اختيارياً لكل من المتعاملين والوسطاء على حد سواء.

إشكالية البحث

تتمثل المشكلة الرئيسية في هذا البحث في صعوبة تفسير طبيعة التحكيم في سوق الأوارق المالية من حيث حرية اردة الاطراف هي ذات طبيعة مزدوجة، فمن ناحية نجدها ذات طبيعة اختيارية بالنسبة إلى المنازعات الناشئة بين الأعضاء والمتعاملين. ومن ناحيةٍ أخرى هي إجبارية بشأن المنازعات التي تنشب بين الأعضاء أنفسهم، وفي هذه الحالة لا يقتصر الإجبار على إلجاء الاطراف المتنازعة إلى التحكيم بل يشمل ذلك أيضاً عدم قدرتهم على اختيار أعضاء اللجنة واختيار القواعد القانونية الموضوعية منها والشكلية التي تحكم النزاع.

منهج البحث

استخدمت في هذا البحث المنهج التحليلي الوصفي لعرض المفاهيم والتعريفات الخاصة بالبحث

ونقسم خطة البحث كما يلي :

المبحث الاول : مفهوم التحكيم وتمييزه عن غيره.

المطلب الاول : تعريف التحكيم

المطلب الثاني : أنواع التحكيم

المطلب الثالث: طبيعة التحكيم

المطلب الرابع : تمييز التحكيم عما قد يختلط به

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للجنة التحكيم والعمل التحكيمي في سوق العراق للاوراق المالية

.

المطلب الاول: التنظيم التشريعي للتحكيم في القانون العراقي

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للجنة التحكيم في سوق العراق للاوراق المالية

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للعمل التحكيمي في سوق العراق للاوراق المالية

الخاتمة

النتائج

التوصيات

المراجع

المبحث الاول : مفهوم التحكيم وتمييزه عن غيره:

لقد وقع على كاهل القضاء العادي عبئاً ثقيلاً في نظر الدعاوى على اختلاف أنواعها وطلباتها مما أدى الى ظهور العديد من الأنظمة لحل النزاعات في محاولة للتخفيف عن القضاء العادي حفاظا على مصالح الأفراد، وتنوعت وسائل حل النزاعات ما بين قضاء وتحكيم وخبرة وتوفيق و وساطة وصلح، وسأتطرق في هذا المبحث الى رؤية أساسية سريعة عن مفهوم التحكيم وانواعه وتمييزه عن الوسائل الأخرى في حل النزاعات.

يعرف التحكيم على انه وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه، فالتحكيم هو قضاء خاص قائم على إرادة الأطراف بحيث يتم الاتفاق بين طرفي النزاع على إحالة كل او بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشان علاقة تعاقدية على ان يكون

الاتفاق مكتوب سواء أكان بصورة شرط وارد في العقد أو في اتفاق منفصل يتم بموجبه تعيين هيئة التحكيم وتحديد مكان التحكيم والقانون واجب التطبيق في النزاع القائم.

المطلب الاول : تعريف التحكيم

التحكيم هو نظام خاص للتقاضي في المسائل المدنية والتجارية والإدارية، يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة أو المحكمة المختصة للفصل فيما يثور بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم، والمعنى السابق للتحكيم يكاد يجمع عليه الفقه والقضاء والتشريعات العربية والمقارنة، غير أنها قد اختلفت فيما بينها في التعبير عن هذا المعنى، فاستخدم البعض تعبير اتفاق التحكيم لوصف عملية التحكيم، وعبر البعض الآخر عن التحكيم كنظام يتضمن ضمن مراحله المختلفة اتفاق الأطراف على التحكيم، فعرفوا التحكيم، بأنه "اتفاق الأطراف على طرح منازعاتهم على محكم أو أكثر دون قضاء الدولة للفصل فيها بحكم ملزم[778].

والواقع، أن التعريف السابق للتحكيم يمتاز بالدقة والبساطة، كما أنه يتضمن مراحل عملية التحكيم، من الاتفاق على التحكيم ومرورا بالإجراءات ثم الحكم في النزاع، إلا أن تعريف اتفاق التحكيم على أنه اتفاق الأطراف فيه خلط بين اتفاق التحكيم وعملية التحكيم ذاتها، والذي لا يعدو أن يكون مفترضا أو أحد المراحل التي تمر بها عملية التحكيم، ومع تسليمنا بأن تعريف التحكيم على أنه اتفاق ليس فيه خلط بين التحكيم واتفاق التحكيم، باعتبار اتفاق التحكيم ليس إلا المرحلة الأولى والافتراضية لوجود

[778]- ورد هذا التعريف في تعريفات عدد كبير من الفقه العربي، حيث عرفه د. عبد الحميد أبو هيف بأنه "حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص"، (د. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية ،مطبعة الاعتماد ١٩٢٣، بند ١٣٦٤، ص ٩١٨) وقد عرفه د. أحمد أبو الوفا بأنه "اتفاق (=) (=) على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معنيين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة ،(د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الخامسة ١٩٨٨، ص ١٥)، كما ذهب د. محمود هاشم إلى أن السائد في الفقه القانوني أن التحكيم عبارة عن "اتفاق الخصوم على عرض نزاع معين قائم بينهم أو ما قد يثور من منازعات في خصوص عقد معين أبرم بينهم للفصل فيه، بواسطة من اختارهم الخصوم لذلك من المحكمين، وذلك بدلا من الوسيلة العادية في هذا الخصوص" (د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم ،١٩٩٠، بند ٢/٧، ص ٢٠و ٢١

التحكيم بين الأطراف[779]؛ إذ التحكيم في أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم [780]، إلا أن تعريف التحكيم على أنه اتفاق بين الأطراف على طرح نزاعهم على محكم أو أكثر دون قضاء الدولة للفصل فيه بحكم واجب الإلزام، يثير اللبس من حيث الظاهر بين التحكيم واتفاق التحكيم؛ إذ يغلب على تعريف التحكيم على أنه اتفاق أنه تعريف لاتفاق التحكيم وليس التحكيم ذاته الذي يتضمن هذا الاتفاق، وهو تعريف للجزء وليس الكل، الأمر الذي يثير اللبس والغموض بين التحكيم واتفاق التحكيم.

بينما ذهب جانب آخر – بحق – إلى أن التحكيم نظام قضائي خاص للفصل في المنازعات التي تثور بينهم بحكم ملزم دون قضاء الدولة، أو هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها، أو هو مكنة الأطراف في إقصاء منازعاتهم عن قضاء الدولة واختيار الخصوم لقاضيهم[781]، أو هو نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع ، وبتعبير آخر أنه النظام الذي بمقتضاه يمكن الفصل في المنازعة بواسطة أفراد عاديين دون قضاء الدولة ، أو هو نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقا لمقتضيات

2 - على سبيل المثال، انظر: د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٦، ص ١٠ و ١١؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ٥، ص ٦، وبند ١٠، ص ١١ وما بعدها.

3 - د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ٩٦؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٦، ص ١١.

4- في الفقه المصري انظر: د. أبو زيد رضوان، الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية السنة الأولى عدد ٢ يوليو ١٩٧٧ رقم ١٠، ص ٢٨، "الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي"، دار الفكر العربي ١٩٨١، ص ١٩، وقد ميز د. فتحي إسماعيل والي – بحق – بين التحكم كنظام بديل للقضاء العادي وبين اتفاق التحكيم، فوصف التحكيم بأنه يعد من أهم الوسائل التي يعترف بها التنظيم القانوني لتطبيق القاعدة القانونية بوسائل أخرى غير قضاء الدولة، فهو كالصلح الذي يتم باتفاق الأطراف،فيستطيعوا عن طريق هذا الاتفاق عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة

القانون والعدالة وإصدار حكم ملزم لهم [782]، فهو من أهم بدائل القضاء وهو طريق خاص للفصل في المنازعات دون قضاء الدولة المعروف ببطئه الشديد[783].

التعريف السابق للتحكيم – بحق – يميز التحكيم كنظام قانوني موازي أو بديل للقضاء عن اتفاق التحكيم، والذي لا يعدو أن يكون مفترضا أساسيا لوجود نظام التحكيم، والمرحلة الأولى والأساسية التي يمر بها نظام التحكيم؛ إذ التحكيم أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم[784]، كما أنه يتسق مع تكييف التحكيم على أنه نظام قضائي خاص إلى جانب قضاء الدولة، فهو قضاء موازي لقضاء الدولة لحل المنازعات بين الأطراف [785] كما أنه يتميز بالوضوح والدقة وعدم إثارة اللبس بين التحكيم واتفاق التحكيم، غير أن بعض الفقه الحديث قد انتقد التعريف السابق على أساس قصره لنطاق التحكيم في نطاق التسوية القضائية للمنازعات، وأن المفهوم السابق لا يتضمن كافة صور التحكيم خاصة التحكيم في مجال التجارة الدولية، الأمر الذي دفع بعض الفقه الفرنسي إلى محاولة توسيع مفهوم التحكيم وعدم قصره على تسوية المنازعات بين الأطراف فعرف التحكيم على أنه "طريقة ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تتعلق بالروابط بين شخصين أو أكثر عن طريق شخص واحد أو أكثر بناء على اتفاق خاص دون أن يخولوا تلك المهمة من قبل الدولة[786].

والواقع – بحق – أن تعريف التحكيم بأنه "طريقة ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تتعلق بالروابط بين شخصين أو أكثر عن طريق شخص واحد أو أكثر بناء على اتفاق خاص دون أن يخولوا تلك المهمة من قبل الدولة"، لا يختلف عن تعريف جمهور الفقه ولا يعتبر موسعا للتحكيم، فتقديم الحل للروابط بين الأطراف هو حل لمنازعاتهم، وليس معناه خلو تلك الروابط من المنازعات بين الأطراف؛

---

782 - د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق" منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، بند ١، ص ١٣.

6- د. أحمد صدقي، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ٥.

7-. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٩٦؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٦، ص ١١.

8- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق ص١٤ وما بعدها، وقد كان الفقه والقضاء التقليديين يعتبران التحكيم طريق استثنائي عن القضاء لحسم المنازعات؛ د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، دار المعارف ج ١، ص ٢٧

. 9. 9-Economica. 1982, n°2, p R. DAVID «l'arbiitrage dans le commerce internationl» Paris

إذ التجاء الشخص لهيئة أو جمعية لتحديد مقابل علاقته بالطرف الآخر، ليس إلا تعبيرا عن وجود نزاع بشأن هذا الأجر بينه وبين الطرف الآخر، ولا يغير من ذلك التجاء الطرفين معا لتلك الهيئة أو الجمعية؛ إذ لو خلا الأمر من النزاع لتمكن الطرفين معا من تحديده ودون الالتجاء للغير. وعلى كل الأحوال فقد عرفت المادة ١٧٩٠ من مجلة الأحكام العدلية التحكيم، على أنه "اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما يفصل خصومتهما ودعواهما [787]، كما عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم، على أنه "طريقا استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم"[788].

وعلى كل الأحوال، يكون من الأجدر تعريف التحكيم على أنه نظام خاص للتقاضي في المسائل المدنية والتجارية والإدارية – التي يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع النظام العام – يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة، للفصل فيما يثور بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم [789]، والتحكيم في أوله اتفاق ووسطه إجراء وأخره حكم [790]، وهو يمر بمراحل ثلاث تبدأ بالاتفاق على التحكيم، ثم إجراءات نظره والفصل في موضوعه، ثم تنفيذ الحكم الصادر في تلك الخصومة، ويقوم التحكيم على أساس إجازة المشرع للأفراد الاتفاق على طرح ما قد ينشأ بينهم من منازعات، سواء أكانت تلك المنازعات ناتجة عن علاقة عقدية أو غير عقدية، على محكم أو أكثر أو على هيئة مختصة بالتحكيم، بشرط قابلية تلك المنازعة للصلح وعدم

10- الأستاذ/ على حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، دار النهضة، بيروت ج ٤، ص ٥٢٣؛ الأستاذ/ سليم رستم باز، شرح المجلة" دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ص

11- نقض مدني، الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق الصادر بجلسة ١٦ فبراير ١٩٧١، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، من يناير إلى مارس ١٩٧١، ص ١٧٩، وقد رددت نفس التعريف بعض أحكام المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، حكم المحكمة الاتحادية العليا بجلسة ١١ أبريل ٢٠٠١ الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢١ ق س ٢٣ ع ٢، أ. محمد هاني إسماعيل، قضاء تمييز دبي التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة تمييز دبي في أحد عشر عاما ١٩٨٨ – ١٩٩٩، طبعة ٢٠٠٠ القاعدة ٢١١، ص ١٤٩ و ١٥٠ وما بعدها؛ د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية ٢٠٠٠، بند ٢ ص٢.

12- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق ص١٨ و١٩

13- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ٩٦؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٦، ص ١١.

14- د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ١٣، ص ٢٣.

مخالفة ذلك للنظام العام، للفصل فيها بحكم حائز على قوة الأمر المقضي Autorité de la chose jugée أو بحكم نافذ معجلاً Exécution provisoire في بعض التشريعات.

المطلب الثاني : أنواع التحكيم

التحكيم يتنوع إلى عدة أنواع بحسب الزاوية التي ينظر منها للتحكيم، فينقسم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي وتحكيم خاص وتحكيم قضائي وتحكيم عادي وتحكيم اختياري وتحكيم إجباري وتحكيم بالصلح وتحكيم مؤسسي وتحكيم حر[791]، وأخيرا ينقسم من ناحية آلية وإجراءات سيره إلى تحكيم عادي وتحكيم إلكتروني[792]، سنقتصر على بيان بعضها بإيجاز على النحو الآتي:

التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري :

من ناحية أولى، يكون التحكيم اختياريا إذا كان الالتجاء إليه بإرادة الأطراف الحرة، ويكون التحكيم إجباريا إذا كان الالتجاء إليه لا يرجع للإرادة الحرة للأطراف، بل يجب على الأطراف الالتجاء إليه لحل المنازعات المتعلقة بروابط قانونية معينة.

والتحكيم الاختياري هو الأصل في التحكيم أو هو التحكيم في معناه الصحيح، وقوام هذا التحكيم هو الإرادة الحرة للأطراف، غير أن الواقع العملي قد يشهد عدم توازن بين الأطراف الملتجئة للتحكيم، فيضطر طرف الالتجاء للتحكيم بسبب النفوذ المالي أو السياسي للطرف الآخر، كما قد يضطر طرف الالتجاء للتحكيم بسبب النفوذ القانوني للطرف الآخر، وفي كل الحالات السابقة يعتبر التحكيم السابق من نوع التحكيم الاختياري؛ إذ لا يفترض التحكيم الاختياري التوازن في المراكز القانونية للأطراف، بقدر ما يكون الالتجاء للتحكيم مصدره الإرادة الحرة لهم، بخلاف التحكيم الإجباري الذي يفترض عدم التجاء الأطراف إليه بالإرادة الحرة لكل منهم، بل نتيجة الخضوع لنظام قانوني معين، كما هو الحال في نظام التحكيم وفقا لما نصت عليه المواد ١٧٤ إلى ١٧٩ من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، والذي نص على التحكيم بعد اتخاذ الأطراف للمفاوضة والوساطة كوسائل لحل منازعات العمل الجماعية بالطرق الودية.

14- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ١٣، ص ٣٢ وما بعدها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ٢٢، ص ٦٧ وما بعدها؛ د. أحمد خليل، قواعد التحكيم دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي، منشورات الحلبي الحقوقية بند ٥، ص ١٦ وما بعدها؛ د. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقًا لقانون المرافعات، مرجع سابق، ص٤ وما بعدها؛ د. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي

- للمزيد: د. سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري الإلكتروني، مرجع سابق الإشارة، بند ٢ ص١٠ وما بعدها [792]

ويلاحظ أن التحكيم الإجباري يتميز عن قضاء الهيئات الاستثنائية والتي لا تعدو أن تكون من قضاء الدولة؛ إذ من الممكن أن يحوز الحكم الصادر في هذه الحالة القوة التنفيذية بمجرد صدوره بخلاف حكم التحكيم فلا يحوز القوة التنفيذية إلا بعد الحصول على أمر التنفيذ [793]، غير أن هناك بعض الهيئات الاستثنائية التي يطلق عليها المشرع أنها من هيئات التحكيم، تعتبر من الهيئات التحكيمية وليس من الهيئات القضائية الاستثنائية، كما هو الحال في لجنة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات العربية المتحدة ، والتي تشكل وفقا لقرار رئيس الهيئة رقم ١ لسنة ٢٠٠١ من قاض يرشحه وزير العدل وعضوية اثنين أحدهما مدير عام السوق المعنية بينما يرشح الآخر رئيس المجلس، فهذه الهيئة ليست هيئة قضائية استثنائية بقدر أنها من هيئات التحكيم، كما أن نظام قضاء الهيئات الاستثنائية يتميز عن التحكيم القضائي وفقا لقرار وزير العدل رقم ٥٤ لسنة ١٩٨٩، والذي لا يعدو أن يكون تحكيما اختياريا.

فاتفاق التحكيم إذن هو الأصل فيه، والقاعدة التي يرتكز عليها، بيد أن الاتفاق، وإن أحاط بالتحكيم في مرحلته الأولى وكان مهيمنا عليها، إلا أن دور الإرادة يتضاءل ويرتد مرتجعا في مرحلته الوسطى، وهى مرحلة التداعي التي يدخل بها التحكيم في عداد الأعمال القضائية، والتي يبدو عمل المحكمين من خلالها مؤثرا فيها، ذلك أن بدايتها تتمثل في تكوين هيئة التحكيم عن طريق اختيار أعضائها، ثم قبول المحكمين لمهمتهم وأدائهم لها في إطار من الاستقلال والحيدة، وعلى ضوء القواعد الموضوعية والإجرائية التي يقررونها إذا أغفل الطرفان المتنازعان بيانها، لتمتد سلطتهم إلى الأمر بالتدابير الوقتية والتحفظية التي يقتضيها النزاع، وبمراعاة أن جوهر ولايتهم يرتبط بضمان الفرص المتكافئة التي يتمكن الطرفان من خلالها من تعديل طلباتهما، وعرض أدلتهما الواقعية والقانونية وإبداء دفوعهما لتصل مهمتهم إلى نهايتها بقرار يصدر عنهم يكون حكما فاصلاً في الخصومة بتمامها، ولا يحول دونهم وتفسير ما يكون قد وقع في منطوق هذا القرار من غموض، أو تصحح ما يكون عالقا به من الأخطاء المادية البحتة، وحيث إن إصدار هيئة التحكيم لقرارها الفاصل في النزاع على النحو المتقدم، وإن كان منهيا لولايتها مانعا لها من العودة إلى نظر الموضوع الذي كان معروضا عليها، إلا أن الطرفين المتنازعين لا يبلغان ما رميا إليه من التحكيم، إلا بتنفيذ القرار الصادر فيه، وتلك مهمة

16- د. فتحي والي، الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢٠، ص ٣٨.

لا شأن لإرادة هذين الطرفين بها، بل تتولاها أصلاً الدولة التي يقع التنفيذ في إقليمها؛ إذ تقوم محاكمها بفرض نوع من الرقابة على ذلك القرار، غايتها بوجه خاص ضمان أن يكون غير مناقض للنظام العام في بلدها، صادرا وفق اتفاق تحكيم لا مطعن على صحته ونفاذه، وبالتطبيق للقواعد التي تضمنها، وفي حدود المسائل الخلافية التي اشتمل عليها، وتلك هي المرحلة الثالثة للتحكيم التي تتمثل في اجتناء الفائدة المقصودة منها، والتي يتعلق بها الهدف من التحكيم ويدور حولها، وبدونها يكون عبثا، وحيث إن الشريعة العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية – المعمول بها في جمهورية مصر العربية وفقا لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتي يفصح عنها كذلك ما جاء بمضبطة الجلسة الحادية والخمسين لمجلس الشعب المعقودة في ٢٠ يناير ١٩٩٤ إبان دور الإحالة في عقد ما إلى وثيقة تشتمل على وثيقة تحكيم إذا كان هذا العقد مكتوبا، وكانت الإحالة كاشفة بدلالتها عن أن هذا الشرط جزء من العقد، وانبثاق التحكيم عن الاتفاق باعتباره مصدر وجوده هو القاعدة التي تبنتها الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي (٢١ أبريل ١٩٦١)، وذلك فيما نصت عليه من سريان أحكامها في شأن كل اتفاق يبتغيا تسوية نزاع قائم أو محتمل يرتبط بالتجارة الدولية، ويكون مبرما بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يقيمون على وجه الاعتياد وقت هذا الاتفاق بإحدى الدول المتعاقدة أو تتخذ مقرا لها فيها، ويقصد باتفاق التحكيم – في تطبيق أحكام هذه الاتفاقية – كل شرط بالتحكيم يكون مدرجا في عقد، وكذلك كل اتفاق قائم بذاته يلجأ الطرفان بمقتضاه إلى التحكيم، على أن يكون كلاهما موقعا عليه منهما أو متضمنا في رسائلهما أو برقياتهما أو غير ذلك من وسائل الاتصال بينهما، وهذه القاعدة ذاتها هي التي رددتها اتفاقية نيويورك (١٠ يونيو ١٩٥٨) التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة لقانون التجار الدولي في شأن تقيد الدول كل في نطاق إقليمها وفي مجال اعترافها بقرارات المحكمين وتنفيذها .. بالاتفاق الكتابي الذي يتعهد الأطراف فيه بعرض نزاعاتهم – ما كان منها قائما أو محتملاً – على التحكيم، وذلك كلما كان موضوعها مما يجوز التحكيم فيه، وبشرط نشوئها عن قانونية محددة ولو لم يكن العقد مصدرا لها، وأصداء هذه القاعدة تعكسها كذلك الاتفاقية المبرمة فيما بين الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية (٣٠ يناير ١٩٧٥) بإعلانها صحة كل اتفاق يتعهد بمقتضاه طرفان أو أكثر بعرض نزاعاتهم الحالية – أو ما يظهر مستقبلاً منها– على محكمين، يعينون بالكيفية التي يبينها أطراف النزاع، ما لم يفوضوا في ذلك طرفا ثالثا، كذلك تلتزم

بالأحكام السالف بيانها الاتفاقية المبرمة في شأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (١٧ مارس ١٩٦٥) [794].

وحيث إن القوانين الوطنية في عدد من الدول تقرر كذلك أن الاتفاق مصدر للتحكيم، فقد عقد قانون المرافعات المدنية الفرنسي عدة فصول ضمنها كتابه الرابع منظما بها شرط التحكيم واتفاق التحكيم، ومحددا القواعد التي تجمعهما، ومقررا بموجبها أن شرط التحكيم هو كل اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد بعرض نزاعاتهم التي يمكن أن تتولد عنه على التحكيم، ويجب أن يكون هذا الشرط مدونا في العقد الأصلي أو في وثيقة يحيل هذا الشرط إليها وإلا كان باطلاً، ويبطل هذا الشرط كذلك إذا خلا من بيان أشخاص المحكمين أو أغفل تعيينهم بأوصافهم، ويعني بطلان شرط التحكيم أن يعتبر كما لو كان غير مدون، ويجوز باتفاق مستقل أن يحيل الطرفان نزاعا قائما بينهما إلى محكم أو أكثر للفصل فيه، ولو كان عين النزاع منظورا بالفعل أمام جهة قضاء، وكلما كان الفصل في النزاع موكولاً إلى محكمين وفقا لاتفاق التحكيم، فإن عرضه على جهة قضاء يلزمها أن تقرر عدم اختصاصها بنظره، ويكون الأمر كذلك ولو كان هذا النزاع لا يزال غير معروض على المحكمين، ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، وإذا عارض أحد الطرفين المتنازعين في أصل الولاية التي يباشرها المحكم أو في مداها، كان لهذا المحكم أن يفصل في صحة إسنادها إليه، وكذلك في نطاقها، ... وحيث إن النصوص القانونية السالف بيانها تؤكد جميعها أن التحكيم وفقا لأحكامها لا يكون إلا عملاً إراديا وأن الطرفين المتنازعين إذ يبرمان فيما بينهما اتفاق تحكيم ويركنان برضائهما إليه لحل خلافاتهما، ما كان منها قائما عند إبرام هذا الاتفاق أو ما يتولد منها بعده، إنما يتوخيان عرض موضوع محدد من قبلهما على هيئة من المحكمين تتولى –بإرادتهما – الفصل فيه بما يكفل إنهاء نزاعهم بطريقة ميسرة في إجراءاتها وتكلفتها وزمنها، ليكون التحكيم بذلك نظاما بديلاً عن القضاء، فلا يجتمعان، يؤيد ذلك أن الآثار التي يرتبها اتفاق التحكيم من نوعين: آثار إيجابية، قوامها إنفاذ هذا الاتفاق من خلال عرض المسائل التي يشتمل عليها على محكمين، وأن يبذل الطرفان المتنازعين جهدهما من أجل تعيينهم وتسهيل أدائهم لواجباتهم والامتناع عن عرقلتها، وآثار سلبية جوهرها أن اتفاق التحكيم يعزل جهة

17 - حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ١٣ لسنة ١٥ ق بتاريخ ١٩٩٤/١٢/١٧، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا الجزء السادس، ص ٤١٤.

القضاء ويمنعها عن الفصل في المسائل التي أحيلت إلى المحكمين، بل إن الاتجاه السائد اليوم يخولهم عند إنكار ولايتهم، تقرير الاختصاص بما يدخل في نطاقها la compétence de leur compétence، وإن كان ذلك لا يحول بين جهة القضاء وبين أن تفرض رقابتها – في الحدود التي بينها القانون – على قراراتهم التي تنتهي بها الخصومة كلها، سواء في مجال الفصل في إدعاء بطلانها أو بمناسبة عرضها عليها لضمان التقيد بها، وحيث إنه لا ينال مما تقدم، ما ذهب إليه المدعي عليه الأول من أن النص فيه ليس تحكيما إجباريا، بل تحكيم من طبيعة قضائية تولى المشرع تنظيمه عملاً بالسلطة التي يباشرها التي عهدت إليه توزيع الولاية القضائية بين الهيئات التي اختصها بمباشرتها دون عزل بعض المنازعات عنها، و حيث ان الأصل هو اختصاص جهة القضاء العام بنظر المنازعات جميعها إلا ما استثنى بنص خاص، وكان المقرر أن انتفاء اختصاص المحاكم بالفصل في المسائل التي تناولها اتفاق التحكيم مرده أن هذا الاتفاق يمنعها من نظرها، فلا يكون لها ولاية بشأنها بعد أن حجبها عنها هذا الاتفاق، و يفرض التحكيم قسرا في العلاقة القانونية القائمة بين طرفين، لا يعدو أن يكون أحدهما مصرفا يقوم – وفقا لقانون إنشائه – بجميع الأعمال المصرفية والمالية والتجارية وأعمال الاستثمار، وثانيهما من يتعاملون معه من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، وكان التحكيم منافيا للأصل فيه، باعتبار التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يتصور إجراؤه تسلطًا أو إكراها، فإن شأن التحكيم المقرر بالنص التشريعي المطعون فيه شأن كل تحكيم أقيم دون اتفاق، أو بناء على اتفاق لا يستنهض ولاية التحكيم؛ إذ لا يعدو التحكيم – في هذه الصور جميعا – أن يكون حملاً عليه، منعدما وجودا من زاوية دستورية، فلا تتعلق به بالتالي ولاية الأنزعة أيا كان موضوعها، بما مؤداه أن اختصاص هيئة التحكيم التي أحدثها النص المطعون عليه بنظر المنازعات التي أدخلها جبرا في ولايتها، يكون منتحلاً، ومنطويا بالضرورة على حرمان المتداعيين من اللجوء – في واقعة النزاع الماثل – إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعي، فيقع – من ثم – مخالفا لنص المادة ٦٨ من الدستور."[795].

18- **حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٣ يوليو ١٩٩٩ في الدعوى المقيدة برقم ١٠٤ لسنة ٢٠١٨- ق دستورية، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن "المدعي كان قد أقام الدعوى رقم ٧٩٦٣ لسنة ١٩٩٣ مدني أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية مختصما فيها المدعي عليهما الرابع والخامس ابتغاء الحكم أولاً: بخضوع خيوط البوليستر المحلولة غير المتضخمة للبند ١/٥١ فقرة (ب) من قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٠٥ لسنة ١٩٨٩ بتعديل التعريفة الجمركية وتحصيل الرسوم المقررة طبقًا له، ثانيًا: بإلزام جمارك الإسكندرية والمنطقة الغربية برد قيمة ١٤% لمدفوعة على سبيل الأمانة خصما من خطاب الضمان الصادر من البنك التجاري الدولي البالغ قيمته ٦٦و٣٦٣١٩٤ جنيه، وقال شرحا لدعواه أن شركة... للصناعة والتجارة التي يمثلها كانت قد استوردت رسائل من تلك الخيوط، وعند تسلمها من ميناء الإسكندرية**

"وحيث أن نظام التحكيم الإجباري الذي فرضته النصوص الطعينة – ومؤداه خضوع ذوي الشأن لأحكامه قهرا – قوض أهم خصائص التحكيم ممثلة في اتفاق طرفي النزاع بإرادتهما الحرة في الأنزعة التي يحددانها وفق القواعد التي يرتضيانها، وليكون لأي منهما حق التمسك بانعدامه أو بطلانه أو بسقوطه بحسب الأحوال طبقا للقانون مما أدى إلى عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي يتناولها منتزعا ولايتها مستبدلاً بها تحكيما قسريا لا خيار لذي الشأن في رفض الامتثال له، وإلا صار قرار الإدارة الجمركية نهائيا، فإذا نزل على إرادتها وعين محكما يمثله في لجنة التحكيم الابتدائية آل أمر الفصل في النزاع عند اختلاف الحكمين إلى لجنة التحكيم العالية لتصدر في غيبته قرارا نهائيا واجب التنفيذ، وحيث أن الدستور قد كفل لكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي مخولاً إياه بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاض يكون بالنظر إلى طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لابستها، مهيئًا دون غيره للفصل فيها، كذلك فإن لحق التقاضي غاية نهائية يتوخاها تمثلها الترضية القضائية التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يطلبونها، فإذا أرهقها المشرع بقيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها كان ذلك إخلالاً بالحماية التي كفلها الدستور لهذا الحق وإنكارا لحقائق العدل في جوهر ملامحها، وحيث أن النصوص الطعينة – بالتحديد السالف بيانه – قد فرضت التحكيم قسرا على أصحاب البضاعة، وخلعت قوة تنفيذية على القرارات التي تصدرها لجان التحكيم في حقهم عند وقوع الخلاف بينهم وبين مصلحة الجمارك حول نوع البضاعة أو منشئها أو قيمتها، وكان هذا النوع من التحكيم – على ما تقدم – منافيا للأصل فيه، باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يجوز إجراؤه تسلطًا وكرها، بما مؤداه أن اختصاص جهات التحكيم التي أنشأتها النصوص الطعينة بنظر المنازعات التي أدخلتها جبرا في ولايتها يكون منتحلاً ومنعدما وجودا من زاوية دستورية ،ومنطويا بالضرورة على

ثار خلاف بينهما وبين مصلحة الجمارك حول الرسوم الجمركية المستحقة عليها، فتمسكت الشركة بإدراجها تحت البند ١/٥١ فقرة (ب) من التعريفة الجمركية الصادر بها قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥١ لسنة ١٩٨٦ المعدل بالقانون رقم ٣٠٤ و ٣٠٥ لسنة ١٩٨٩، بينما ارتأت مصلحة الجمارك إخضاع تلك الرسائل للبند ١/٥١ فقرة (أ) من هذه التعريفة، وحتى تتمكن الشركة من تسلم بضاعتها قامت بسداد الرسوم الجمركية وفق ما انتهى إليه رأي الجمارك، وإذ قضى في تلك الدعوى بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها بالتحكيم الجمركي على سند من المادة ٥٧ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وقرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ المنفذ لأحكامهما، فقد طعن المدعي في هذا الحكم بالاستئناف رقم ٩٧٤٣ لسنة ١١٤ قضائية، وأثناء نظره

إخلال بحق التقاضي بحرمان المتداعين من اللجوء – في واقعة النزاع الموضوعي الماثل – إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعي بالمخالفة للمادة ٦٨ من الدستور"[796].

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٣ يناير ٢٠٠٢ بعدم دستورية المادة ٥٢ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن هيئة سوق المال، تأسيسا على "مؤدى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز أن

يكون التحكيم إجباريا يذعن له أطرافه أو بعضهم إنفاذًا لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، ذلك أن القاعدة التي تتأسس عليها مشروعية التحكيم، كأسلوب لفض المنازعات يغاير طريق التقاضي العادي هي قاعدة اتفاقية تنبني إرادة الأطراف فيها على أصولها وأحكامها، سواء توجهت هذه الإرادة الحرة إلى اختيار التحكيم سبيلاً لفض نزاع قائم بينهم أو لفض ما عساه أن يقع مستقبلاَ من خلافات بينهم تنشأ عن علاقاتهم التعاقدية ومن هذه القاعدة الاتفاقية تنبعث سلطة المحكمين الذين يلتزمون حدود وأحكام ما اتفق عليه أطراف التحكيم؛ ومن ثم فإن التحكيم يعتبر نظاما بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان لأن مقتضى الاتفاق عليه أن تعزل المحاكم عن نظر المسائل التي انصب عليها التحكيم استثناء من أصل خضوعها لولايتها"

ثانيا : التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح :

ومن ناحية ثانية، يتنوع التحكيم إلى تحكيم بالقضاء وتحكيم بالصلح ، ويقصد بالتحكيم بالقضاء التزام المحكم في خصومة التحكيم بالإجراءات التي نص عليها القانون في إجراء التحكيم، والتحكيم بالقضاء هو الأصل في التحكيم، بخلاف التحكيم بالصلح والذي يتحلل فيه المحكم من الإجراءات القانونية أو الإجرائية التي نص عليها القانون للقيام بالتحكيم بالصلح، وذلك فيما عدا تلك القواعد والإجراءات المتعلقة بالنظام العام، وفي الحالتين ينتهي المحكم بقرار أو حكم محكمين واجب الإلزام لجميع الأطراف الخصومة.

والجدير بالذكر، أن مهمة المحكم في التحكيم بالصلح تقترب من مهمة الموفق، غير أن الموفق أو الوسيط لا يتعدى دوره مجرد التوفيق بين إدعاءات الأطراف، ومحاولة التوفيق بين الإدعاءات المختلفة للأطراف، وأن قراره ليس له أية قوة إلزامية، وأن دوره يقتصر على مجرد التقريب بين وجهات

19- حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٣ يوليو ١٩٩٩ في الدعوى المقيدة برقم ١٠٤ لسنة ٢٠ ق دستورية.

نظر الخصوم للوصول لحل مرض للنزاع، وأنه لا يلتزم في أدائه لعمله بأية قواعد قانونية أو إجرائية محددة، وأن قراره لا يتعدى مجرد التوصية بالنسبة للخصوم، في حين يكون للمحكم في التحكيم بالصلح القضاء لطرف دون الطرف الآخر بحكم ملزم لجميع أطراف خصومة التحكيم، والأصل في التحكيم أنه عادي فلا يعتبر تحكيما مع التفويض بالصلح إلا إذا وجد اتفاق بين الخصوم على ذلك[797]

ثالثا : التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر:

يتنوع التحكيم إلى تحكيم مؤسسيArbitrage Institutionnel وتحكيم حر Arbitrage Ad hoc،

ويقصد بالتحكيم المؤسسي التحكيم المنظم عن طريق هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية أو دولية دائمة تقوم بالتحكيم وفق القواعد والإجراءات التي نصت عليها لوائحها الداخلية، مثال مركز القاهرة الإقليمي ومركز دبي للتحكيم التجاري الدولي، أما التحكيم الحر أو الطليق فهو الأصل في التحكيم وفيه يختار الأطراف من يشاءون من المحكمين، مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها والقانون الواجب التطبيق، دون الخضوع لنظام أو إجراءات محددة، كما هو الحال في التحكيم المؤسسي(٤٩).

ومؤسسات التحكيم النظامية تعد أشخاصا معنوية إدارية وليست جهة قضاء بالمعنى الدقيق(٥٠).

رابعا :التحكيم العادي والتحكيم الالكتروني :

ينقسم التحكيم من حيث أدلة الإثبات المتاحة إلى تحكيم عادي أو تقليدي وتحكيم إلكتروني، ويقصد بالتحكيم العادي أو التقليدي التحكيم الذي يتم عن طريق إجراءات التحكيم العادية، ويتم فيه التحكيم بالطرق اليدوية وبأدلة الإثبات الرسمية أو العرفية أو بأي من وسائل الإثبات الحديثة عن طريق الأشخاص، سواء أكان تحكيما اختياريا أو إجباريا أو تحكيما بالقضاء أو بالصلح، أما التحكيم الإلكتروني فهو التحكيم الذي يتم عبر شبكة الإنترنت وهو ما يسمى بالتحكيم الشبكي أو الفضائي، وفيه تتم إجراءات التحكيم عن طريق المستندات الإلكترونية[798] .

20 - د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧، ص ٢٢؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية ،مرجع سابق الإشارة، بند ٨، ص ١٢ و ١٣.

21- د. سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري الإلكتروني، مرجع سابق الإشارة، بند ٢، ص ١٠ وما بعدها

المطلب الثالث: طبيعة التحكيم

اختلف الفقه منذ الأزل في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم [799]، فذهب اتجاه إلى تغليب الطبيعة الاتفاقية أو الإرادية للتحكيم، على أساس الطابع الاتفاقي لاتفاق التحكيم ودور الإرادة في إنشائه، ودورها في اختيار المحكمين وإجراءات خصومة التحكيم والقانون الواجب التطبيق، وقد ذهب جانب آخر للقول بالطبيعة القضائية للتحكيم، على أساس ما يقوم به المحكم من الفصل في النزاع بحكم ملزم، وحيازة عمل المحكم لقوة الأمر المقضي بمجرد صدوره، وقد ذهب اتجاه ثالث للقول بالطبيعة المختلطة للتحكيم، على أساس أن التحكيم أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم، فهو يجمع بين الطبيعة الاتفاقية والقضائية، وأخيرا ذهب اتجاه للقول بالطبيعة المستقلة للتحكيم، فلا هو عمل إرادي محض ولا هو عمل قضائي محض وهو عمل خاص ومستقل.

الواقع أن التحكيم عمل في أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم، وأن الهدف الرئيسي من التحكيم ليس مجرد الاتفاق على التحكيم ولا في اختيار المحكمين أو في الإجراءات أو القانون الواجبة التطبيق؛ إذ الهدف في النهاية هو حسم النزاع بحكم ملزم؛ ومن ثم نرى سيادة الطبيعة القضائية على جميع مراحل عملية التحكيم.

المطلب الرابع : تمييز التحكيم عما قد يختلط به

ويتميز التحكيم عن التوفيق والوساطة والصلح وغيرها من الوسائل البديلة للقضاء Alternative Disputes Resolution (ADR) or Disputes Resolution، كما يتميز عن الخبرة والوكالة وقرار المهندس أو مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك، وهو ما نتناوله في الفروع الآتية تباعًا:

اولا : التحكيم والوساطة

تعتبر الوساطة La Conciliation من أكثر وأهم الوسائل البديلة للقضاء على الإطلاق في العديد من الدول مثال استراليا وكندا والولايات المتحدة الأمريكية ، والوسيط هو المتوسط بين خصمين أو المتوسط بين المتبايعين أو المتعاملين والوسيط المعتدل بين شيئين، ويقال وسيطة مؤنث جمع

22- **في عرض هذه الاتجاهات، انظر: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية،٢٠٠١، بند ١٩، ص ٣٧ ومابعدها ،"قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، مرجع سابق، بند ١٩، ص ٤٩ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤**

وسطاء، ويقال هو وسيط فيهم بمعنى أوسطهم نسبا وأرفعهم مجدا ، والوساطة في القانون الدولي محاولة دولة أو أكثر فض نزاع قائم بين دولتين أو أكثر عن طريق التفاوض[800].

والوساطة نظام يقوم بمقتضاه شخص أو هيئة أو مؤسسة بعد اختيارهم من قبل الأطراف بتقريب وجهات نظر الخصوم دون اقتراح حل للنزاع، وقد عرف أستاذنا الدكتور أحمد صاوي الوساطة بأنها حل المنازعة عن طريق وسيط يقرب وجهات نظر الخصوم عند حل يرتضونه في محضر يوقعون عليه ويوقع عليه الوسيط ويصبح ملزما لها. وقد درج جمهور الفقه على استعمال تعبير الوساطة la Conciliation بمعنى التوفيق la médiation، فيطلقونها أو يستعملونها كمترادفات لغوية مثال القول "الوساطة أو التوفيق" و "التوفيق أو الوساطة"، وقد عرف بعض الفقه التوفيق نفس تعريف الوساطة بأنه طريق ودي لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار شخص ثالث لحل النزاع عن طريق التقريب بين وجهات نظر الخصوم المختلفة دون أن يمتد دوره لاقتراح حل يرتضونه [801]

ثانيا : التحكيم والتوفيق

ورد في معاجم اللغة أن التوفيق من الله للعبد سد طريق الشر وتسهيل طريق الخير، ويقال أتيتك لتوفيق الهلال، والتوفيق في القانون الدولي محاولة إحدى الدول الإصلاح بين دولتين متنازعتين[802]

وفي الاصطلاح القانوني التوفيق نظام تقوم بمقتضاه هيئة أو مؤسسة أو فرد بعد اختيارهم من قبل الأطراف بدراسة موضوع النزاع والتشاور المستمر بين الأطراف للتقريب بين وجهات نظرهم واقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف[803]، فالوسيط يقوم بتقريب وجهات نظر الخصوم دون اقتراح حل يرتضونه، في حين يقوم الموفق بالتقريب بين وجهات نظر الخصوم مع اقتراح حل مرض للنزاع يرتضيه الخصوم، وقد عرف بعض الفقه التوفيق

---

[800]- الأستاذ إبراهيم مصطفى وحامد عبد القادر وأحمد حسن الزيات و محمد على النجار ،المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، ص ١٠٣١.

24- د. محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٥، ص ٢٣.

[802]- الأستاذ إبراهيم مصطفى وحامد عبد القادر وأحمد حسن الزيات و محمد على النجار ،المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، ص ١٠٤٧.

[803]- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق الإشارة، بند ١٩، ص ٥٦ و ٥٧.

نفس تعريف الوساطة بأنه طريق ودي لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار شخص ثالث لحل النزاع عن طريق التقريب بين وجهات نظر الخصوم المختلفة دون أن يمتد دوره لاقتراح حل يرتضونه[٦٩]. الواقع أن التعريف السابق فيه خلط بين التوفيق والوساطة، والذي يتعدى دور الوساطة بين الأطراف في إمكانية اقتراح الموفق لحل مرض للأطراف.

ويقترب التوفيق من الصلح في أن عمل الموفق لا يكون له أي قوة إلزامية في مواجهة الأطراف ولا يحوز أي حجية قانونية، بخلاف حكم التحكيم الذي يكون ملزما للأطراف كما يكون حائزا على قوة الأمر المقضي من لحظة صدوره ، وقد عرفت المادة ٣/١ من القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التوفيق التجاري الدولي الصادر في ٢٠٠٢/١١/١٩ التوفيق على أنه "عملية يطلب فيها الطرفان إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما للتوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة"[804]والتوفيق هو من الوسائل البديلة للقضاء في حل المنازعات؛ إذ يمكن الالتجاء بعدها للتحكيم لحسم النزاع، كما عرفت المادة ١٨ من لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لمركز أبو ظبي لعام ١٩٩٣، التوفيق بأنه "وسيلة من وسائل حل المنازعات التجارية وديا بموجبها تقوم هيئة التوفيق بمساعدة أطراف النزاع على الحد من اتساعه واقتراح أفضل الحلول لحله وديا بما يكفل تجنب المنازعة التحكيمية أو القضائية، وبما يحقق للأطراف استمرار مصالحهم القائمة أو المستقبلة.

جدير بالذكر، أن نظام التوفيق قد ينقلب إلى تحكيم، إذا ما اتفق الأطراف على أن يتولى الموفق بين الأطراف المتنازعة إجراء التحكيم في حالة فشل التوفيق.

والتوفيق هو طريق ودي لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار شخص ثالث لحل النزاع عن طريق التقريب بين وجهات نظر الخصوم المختلفة دون أن يمتد دوره لاقتراح حل يرتضونه، وقد عرفت المادة ٣/١ من القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التوفيق التجاري الدولي الصادر في ٢٠٠٢/١١/١٩ التوفيق على أنه "عملية يطلب فيها الطرفان إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة قانونية عقدية أو غير

804 د. فتحي والي " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق" مرجع سابق بند ٧ ص ٢١ وما بعدها.

عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة"[805]، والتوفيق هو من الوسائل البديلة للقضاء في ويقتصر دور الموفق – كما هو الحال في الصلح – في التقريب بين وجهات نظر الخصوم للوصول لترضية أو تسوية مقبولة للنزاع، وله الاستعانة بمن يلزم من ذوي الخبرة، وتنتهي مهمته بتقديم التوصيات لأطراف النزاع ، فإذا قبلوها أثبت ذلك في اتفاق يوقعه الطرفان ، ويعتبر الاتفاق السابق بمثابة صلح مدني بين الطرفين، يجوز للأطراف التمسك في مواجهته بأسباب البطلان الممكنة، وإذا لم يقبلها الطرفان جاز لهما اختيار الوسيلة البديلة للقضاء أو الالتجاء للقضاء، وعمل الموفق أو الوسيط ليس إلا اقتراح الحلول الملائمة للطرفين، دون أن تكون له سلطة فرض تسوية عليهما، فهو موفق وليس محكما بين الأطراف، ودور الموفق ينتهي بنجاح إذا تمكن من إبرام صلح بين الطرفين، وعمل الموفق في هذه الحالة لا يحوز حجية الأمر المقضي ولا يمنع الأطراف من الالتجاء للقضاء أو التحكيم بحسب الأحوال.

ثالثا :التحكيم والصلح

يتميز التحكيم عن الصلح المدني بين الأطراف، ويعد الصلح من الوسائل البديلة للقضاء، والتي تتمتع بذاتية مستقلة عن التحكيم[806]، والصلح كالتحكيم يفترض نزاعا بين الأطراف غير أنه في الصلح يتم حل النزاع بإرادة الأطراف من بداية النزاع حتى نهايته، بخلاف التحكيم، فقد يحكم المحكم لطرف دون الطرف الآخر، وأساس ذلك أنه في الصلح يتم حل النزاع بعمل تعاقدي، أما في التحكيم فيتم حل النزاع بعمل قضائي، يحوز قوة الأمر المقضي، أما في الصلح فينتهي النزاع بعمل تعاقدي يمكن مهاجمته كأي عقد بدعوى بطلان أصليه شأنه شأن العقود المدنية، وقد عرفت المادة ٥٤٩ من القانون المدني المصري الصلح بأنه "عقد يحسم به الطرفان نزاعا محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، والصلح كالتحكيم يفترض أن هناك نزاعا بين الأطراف، سواء أكان نزاعا محتملاً أو فعليا، فالصلح يكون بصدد نزاع قائم أو محتمل، فإذا لم يكن هناك نزاع قائم أو محتمل لم نكن بصدد صلح، وإذا كان هناك نزاع قائم ومطروح على القضاء وحسمه الطرفان بالصلح، كان

---

[805]- **د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧، ص ٢١ وما بعدها.**

[806]- **د. محمود هاشم، اتفاق التحكيم وأثره، مرجع سابق، بند ١، ص ٥؛ د. وجدي راغب ،تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة التحكيم، مجلة الحقوق جامعة الكويت، س ٧**

هذا صلحا قضائيا، وفي هذه الحالة يشترط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع، وإلا حسم النزاع بالحكم لا بالصلح، وعمل هذا المصلح لا يحوز قوة الأمر المقضي، وهو تصرف تعاقدي يخضع لما تخضع له جميع التصرفات والعقود من أحكام، وأول هذه الأحكام هو جواز التمسك في مواجهته بكل أنواع البطلان المدني[807]، والصلح كنظام لحل المنازعات يختلف عن التحكيم، في أن المصلح أو الموفق أو الوسيط يحاول التوفيق بين ادعاءات الخصوم المختلفة، محاولاً الوصول لتسوية ودية مرضية تنتهي بحل تعاقدي للنزاع؛ إذ يبدأ الصلح وينتهي بإرادة الأطراف، بينما يبدأ التحكيم بإرادة الأطراف عن طريق اتفاق التحكيم، وينتهي التحكيم بعمل قضائي ملزم لجميع الأطراف يتمثل في حكم التحكيم، ولذا يعتبر حكم التحكيم سند تنفيذي متى صدر الأمر بتنفيذه وفقا للقانون المصري أو تمت المصادقة عليه في القانون الإماراتي، ولا يكون الصلح كذلك إلا إذا ورد في محرر موثق أو أقر به الخصم أمام المحكمة وتم إثباته في محضر الجلسة[808].

رابعا : التحكيم والخبرة

يتميز التحكيم عن الخبرة l'expertise؛ إذ الخبرة من الأعمال المعاونة للقضاء فيما يعرض عليه من منازعات، كما أنها وسيلة لبيان الرأي الفني في المسائل الواقعية الودية التي تحتاج في استجلاء حقيقتها لعلم أو فن معين، بينما يرمي التحكيم كنظام بديل للقضاء لحسم المنازعات بين الخصوم، والقضاة هم الخبراء والمعنيون بتطبيق القانون في الخصومة، وهم المختصون بالتكييف القانوني لكل واقعة من الوقائع فيها، وقد استقرت أحكام القضاء والفقه على أن المحكمة هي الخبير الأعلى في الخصومة، غير أن هناك من المسائل الواقعية ما تحتاج في فهمها وتكييفها الاستعانة بمن هم أهل للخبرة في هذا المجال، وعلى الأساس السابق أجاز القانون للقضاة الاستعانة بالخبراء، والأصل في الخبرة أنها وسيلة من وسائل الإثبات التي يجوز أن يلجأ إليها القاضي في الدعاوى التي تحتاج الإلمام بعلم أو فن لا يدخل في دائرة عمل أو معرفة أو ثقافة القاضي، والالتجاء للخبرة يكون من تلقاء نفس

807- فتحي والي، الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، بند ٤٦٠، ص ٩٤٢

808- د. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية ،٢٠٠١، بند ١٤٥، ص ٢٨٧ وما بعدها؛ د. على الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، دراسة مقارنة، رسالة جامعة القاهرة، غير معروف سنة النشر، بند ٤، ص ٦ وما بعدها.

المحكمة office du Juge إذا تبين لها الحاجة للخبرة أو بناء على طلب أحد الخصوم [809]، وأعمال الخبرة قد تتم بقرار من المحكمة المختصة أو المحكم في خصومة التحكيم وقد تتم باتفاق بين الأطراف قبل النزاع، ولاشك أن النوع الأول من الخبرة لا يثير التباسا مع التحكيم؛ إذ الخبير في هذه الحالة شخص معاون للقضاء أو المحكم يتولى إبداء رأيه بصفة استشارية في المسألة المطروحة عليه من قبل المحكمة، ورأي الخبير استشاري وغير ملزمللمحكمة التي لها أن تأخذ به أو لا تأخذ به، وهو يتميز عن عمل المحكم الذي يتمثل في إصداره لحكم قضائي حائز على الحجية وملزم لجميع الأطراف ،وبإمكان تنفيذه بعد الحصول على أمر التنفيذ في القانون المصري أو بالتصديق عليه في القانون الإماراتي، وفي هذه يكون التمييز واضحا بين الخبرة القضائية والتحكيم بشكل لا يثير أي لبس أو غموض.

غير أن الخبرة قد تتم باتفاق بين الأطراف قبل النزاع، وهذا النوع من الخبرة يطلق عليه الخبرة الودية أو الاتفاقية [810]، وفي هذه الحالة قد يثير عمل الخبير التباسا مع عمل المحكم، وفي الحقيقة فإن عمل الخبير ليس إلا تقديرا لمسألة فنية لحالة بعينها، وليس حكما ملزما للأطراف؛ إذ يمكن للأطراف الاعتراض على هذا التقرير، ويكون معيار التمييز بين عمل المحكم والخبير في هذه الحالة قائما على أساس طبيعة المهمة المكلف بها الشخص، فإذا اقتصر على مجرد تقرير الناحية الفنية في المسألة المطروحة عليه، عد ذلك عملاً من أعمال الخبرة، التي لا تتعدى الصفة الاستشارية غير الملزمة بين الأطراف، أما إذا كانت المهمة هي الفصل في نزاع قانوني وتقرير حقوق طرفي النزاع المطروح بناء على اتفاق تحكيم للمسائل المتنازع عليها عد ذلك تحكيم، يستوي في هذا أن يكون عمل الخبير أو المحكم متعلقاً بالواقع أو القانون؛ إذ يمكن للمحكم أن يكون محكما في مسائل تتعلق بالواقع ويعد عمله حكم تحكيم، في حين يقتصر عمل الخبير في البحث في المسائل الواقعية ولا يجوز له

[809]- د. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، مرجع سابق، بند ١٤٥، ص ٢٨٧ وما بعدها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق بند ٢١، ص ٦٣ وما بعدها؛ د. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقًا لقانون المرافعات ،مرجع سابق الإشارة، ص ٣٠ وما بعدها؛ د. على الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة ،دراسة مقارنة، مرجع سابق بند ٥، ص ٧، انظر: للمؤلف، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ٢٠٠٦ بند ٥٤١ ص٧٧٠ وما بعدها.

[810]- د. على الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، بند 17ص13

التعرض للمسائل القانونية [811]، ولا يغير من ذلك أن يكون عمل الخبير ملزما في المسألة المعين فيها؛ إذ المعيار بين عمل المحكم والخبير لا يتعلق بإلزامية القرار الصادر منهما، بل المعول عليه في هذه الحالة يكون بطبيعة المهمة المكلف بها كل منهما، وبما إذا كان المقصود منها الفصل في مسألة فنية أو الفصل في نزاع قائم بينهما بقرار يترتب عليه تقرير حقوق مباشرة لأحد الطرفين، وفي المقابل ترتيب التزام على الطرف الآخر، كما لا يغير من ذلك أن يكون عمل الخبير مقررا لحقوق الأطراف؛ إذ قد يعتمد تقرير حقوق الأطراف على رأي فني للخبير، ولا يعد ذلك حكما تحكيميا حائزا على حجية الأمر المقضي أو واجب التنفيذ بل يعد من أعمال الخبرة، لأن تقرير الحقوق بين الأطراف يتم بطريقة غير مباشرة، بخلاف حكم المحكمين الذي يقرر الحقوق مباشرة بين الأطراف المتنازعة[812]

خامسا : التحكيم والوكالة

الوكالة هي عقد بين الموكل والوكيل يلتزم فيه الوكيل بالعمل باسم وحساب الموكل، ويتميز التحكيم عن الوكالة باسم ولصالح موكله، أما المحكم فيتمثل دوره في الفصل في النزاع بحكم ملزم؛ إذ يتحلل المحكم بمجرد تعيينه من أي تبعية للطرف الذي عينه، ولا يكون ممثلاً من الناحية القانونية لهذا الطرف، في حين أن سلطات الوكيل لا يمكن بحال من الأحوال أن تتجاوز سلطات موكله، أما المحكم لا يتقيد بسلطات من اختاره من الخصوم ، وقد قررت محكمة استئناف القاهرة بأن المحكم يصبح في منزلة القاضي بمجرد قبول المهمة المسندة إليه، بل هو قاض يجب أن تتوافر فيه ضمانتي الحيدة والاستقلال عن جميع أطراف النزاع بما فيهم الخصم الذي اختاره.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للجنة التحكيم والعمل التحكيمي في سوق العراق للاوراق المالية

ان البحث في الطبيعة القانونية للتحكيم والعمل التحكيمي في سوق العراق للاوراق المالية [813] ، يقتضي تسليط الضوء على التنظيم التشريعي للتحكيم في القانونُ في دراسة الطبيعة القانونية للجنة

811- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة، بند ١٠، ص ٢٦ وما بعدها؛ د. على الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، دراسة مقارنة، مرجع سابق بند ١٣، ص ١٦.

812- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة، بند ١٠، ص ٢٦ وما بعدها.

36- عرف المشرع العراقي في الفقرة 3 من القسم1 (من القانون المؤقت لأسواق الأوارق المالية) سوق الأوارق المالية" بأنها سوق الأوارق المالية العراقية أو أيّ سوق أخرى مماثلة لها كالهيئة وتنسجم مع قواعدها قد تجاز بموجب هذا القانون". ومن الجدير بالذكر أنه بموجب هذا القانون ألغيت سوق بغداد للأوارق المالية وحلّ محله سوق العراقي للأوارق المالية. صدر القانون المؤقت لأسواق الأوارق المالية بموجب الأمر 74 في 19 نيسان 2004 والمنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 3983 في حزيران 2004.

التحكيم في سوق الاوراق المالية العراقي اولاً ، ثم نلج في دراسة الطبيعة القانونية للجنة التحكيم في سوق الاوراق المالية ثانيا. ومن بعدئذٍ نعالج الطبيعة القانونية للعمل التحكيمي في هذا السوق .

المطلب الاول: التنظيم التشريعي للتحكيم في القانون العراقي

بالرغم من أهميةِ التحكيم وتزايد دوره يوماً بعد آخر وضرورة وجود تشريع خاص ينظم أحكامه كما هي الحال في بعض الدول ولاسيما العربية منها [814]، فإ ن النظام القانوني في العراق لم يزل مفتقرا إلى قانون خاص بالتحكيم. ومع ذلك قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل نظم التحكيم في المواد (251–276)، والذي يجسد الاساس للتحكيم المدني والتجاري. وفي هذا الخصوص تنص المادة (251) من قانون المرافعات المدنية "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين. يتضح من هذا النص لاجل حل نزاع معين عن طريق التحكيم سواء كان هذا من اتفاق أطرافه على ذلك. وان كانت تلك المادة تتحدث عن أمرين مستقلين، الاول جواز اتفاق الاطراف على حل النزاع بينهم عن طريق التحكيم سواء كان هذا الاتفاق سابقاً على نشوء النزاع أو بعده، والثاني جواز اتفاق الاطراف على حل حسم جميع النزاعات التي تنشأ عن عقد معين، وفي هذه الحالة أيضاً نرى مكانيةإ أن يكون الاتفاق على اتباع أسلوب التحكيم قبل أو بعد نشوب النزاع. ومع اطلاق الحكم السابق نجد أن المادة (257) من قانون المرافعات المدنية العراقيْ تنص "لا يصح التحكيم الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح. وال يصح الا ممن له أهلية التصرف في حقوقهِ ويجوز التحكيم بين الزوجين طبقا لقانون الاحوال الشخصية واحكام 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

37- ومن أمثلة ذلك قانون التحكيم المصري رقم7 لسنة 1994، ومجلة التحكيم التونسي الصادر بالقانون رقم42 لسنة 1993 وقانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم(47/97) لسنة 1997 ، وكذلك قانون التحكيم الأردني رقم21 لسنة 2001. 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 ووأهداف التحكيم انظر: طارق فهمي الغنام، طبيعة مهمة المحكم ص 32-39 (2011)

13 لسنة 2006 [815]وقانون الاستثمار لاقليم كوردستان رقم 4 لسنة 2006 وكذلك القانون المؤقت لاسواق الاوراق المالية [816].

هذا التوجه في القوانين العراقية يعكس حقائق عدة ومنها تحول فلسفة التشريع بعد العام 2003 في صياغة القوانين صوب التأثر بالفكر الليبرالي والنظام الرأسمالي، جنباً إلى جنب ما أفرزته العولمة وبخاصة في مجال الاستثمار. وضمن هذا الاطار كانت ارادة التشريع في اقليم كوردستان اكثر ميلا لانتهاج التحكيم، وبالتحديد في قانون الاستثمار والتعليمات الصادرة بشأنه كون الاستثمارات المحلية والاجنبية في الاقليم قد قطعت أشواطاً عدة مقارنة بباقي العراق.

إذ إنه بعد عام 2003 أصدرت (سلطة الائتلاف المؤقتة) [817]قانوناً جديدا وهو القانون المؤقت لاسواق الاوراق المالية رقم 47 لسنة 2004 وبموجب الفقرة الاولى من القسم 2 من الامر المذكور تم استحداث سوق أوراق مالية باسم سوق العراق للاوراق المالية . وقد خصص القانون القسم الرابع عشر منه للتحكيم والذي نص على أن قواعد التحكيم تسري على المنازعات التي تنشأ بين الاعضاء وبين المشرع المنازعات التي لا يمكن حلهاَ الا من خلال التحكيم [818]. وكذلك لم يتطرق المشرع إلى مسألة كون قرارات التحكيم نهائية او لا ، وفي الوقت عينه لم يرسم للمتنازعين كيفية الطعن في قرارات لجنةِ التحكيم [819].وبغية سد هذا النقص عمد مجلس محافظي سوق العراق المالية للاوراق

---

[815]- انظر المادة27 من الفصل السابع من قانون الاستثمار الاتحادي العراقي والمادة17 من الفصل الثاني من قانون الاستثمار لإقليم كوردستان العراقي .

39 - كانت المادة 49 من قانون رقم24 لسنة 1991 العراقي الملغاة (الذي تم بموجبه إنشاء أول سوق للأوارق المالية في العراق وهي سوق بغداد للأوارق المالية) تنص على "أولاً: تشكل بقرار من الوزير لجنة تحكيم يرأسها قاضٍ 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 اقرارا بقبول التحكيم ويثبت ذلك في أوارق هذه المعاملات. ثانياً: تكون قرارات لجنة التحكيم ملزمة لطرفي النزاع. ثالثاً: يحدد القرار الصادر بتشكيل اللجنة الاجراءات التي تتبع لرفع النزاع والفصل فيه."

40- أصدر رئيس سلطة الائتلاف المؤقتة هذا القانون وفقاً لصلاحياته وبناءً على قوانين واعراف الحرب, وانسجاماً مع قرارات مجلس الأمن الدولي بما فيها القرارات رقم (1483) و(1511) لسنة 2003.

41- الفقرة (ب-1) من القسم14 من القانون المؤقت لأسواق الأوارق المالية العراقي.

42- انظر الفقرتين (أ و ب- 2)من القسم 14 من القانون المؤقت لأسواق الأوارق المالية العراقي.

المالية الى اصدار النظام الداخلي لهذه السوق سنة ،2008 والذي خصص القسم الثاني عشر منه للتحكيم حصرا ، حيث تضمن الاشارة الى أن السوق ستعمل على إصدار قواعد خاصة بالتحكيم لفض المنازعات وذلك في أجل لم يسمه النظام الداخلي[820] .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للجنة التحكيم في سوق العراق للاوراق المالية :

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

اولاً : تشكيل لجنة التحكيم :

يمكن تبيان اتجاهين رئيسيين حول تشكيل لجنة التحكيم في سوق الاوراق المالية . يذهب اولهما الى تحديد المحكمين صراحة . فقد نص المشرع الكويتي على إنشاء لجنة تحكيم داخل السوق تشكل بقرار من لجنة السوق برئاسة أحد القضاة يتم اختياره من قبل مجلس القضاء الاعلى. وتكون مهمة اللجنة متمثلة بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق[821] . وفي عين هذا الاتجاهَ ذهب كل من المشرعين المصري والاماراتي ، فنص المشرع المصري على تشكيل هيئة التحكيمٍ بقرار من وزير العدل برئاسة أحد نواب رؤساء محاكم الاستئنافّ وعضوية محكم عن كل من طرفي النزاع. وفي حال تعددهم وجب اختيار محكم واحد [822].وكذلك المشرع الاماراتي، حيث أكد على تشكيل لجنة التحكيم بناء على قرار من رئيس مجلس إدارة هيئة الاوراق المالية والسلع، بحيث تتولى تلك اللجنة مهمة الفصل في المنازعات الناشئة بين المتعاملين في السوق، وتكون برئاسة أحد

43 - **الفقرة (12-6) من النظام الداخلي لسوق العراق للأوارق المالية .**

44- **انظر المادة(13) من مرسوم تنظيم سوق الكويت للأوارق المالية لسنة 1983 الملغاة**

45- انظر المادة52 من قانون سوق المال المصري رقم95 لسنة 1992

القضاةُ بناء على ترشيح من وزير العدل أو رئيس دوائر العدل وعضوية اثنين من قبل مدير عام السوق بينما يرشح الاخر من لدن رئيس المجلس[823] .

أما الاتجاه الثاني فيعمل على ترك مسألة اختيار المحكم أو لجنة التحكيم لارادة الاطراف. ومثال ذلك القانون الاردني الذي نص على أن لكل طرف يود اللجوء إلى التحكيم وفقاً التعليمات، أن يقدم طلباً إلى أمين السر. وحدد القانون آلية اختيار الاطراف للمحكمين والحل الواجب اتباعه فيما لو لم تتفق الاطراف على اختيار المحكم أو المحكمين [824].

وقد فرق المشرع الاردني بين حالتين: الاولى، وهي التي يتفق فيه الاطراف على نظر النزاع من قبل محكم منفرد، عندها عليهم طلب تعيينه من أمين سر مجلس الادارة وفيما اذا لم تتمكن الاطراف من الاتفاق على تحديد شخص المحكم خلال مدة سبعة إيام من تاريخ ابلاغ الطرف المدعى عليه، تولى رئيس مجلس الادارة تعيين المحكم. والثانية، هي التي لا تتفق الاطراف على نظر النزاع من قبل محكم منفرد، فأوجب المشرع نظر النزاع من قبل ثلاثة محكمين.

وفي هذه الحالة، يقوم كل طرف في طلب التحكيم وفي الرد عليه بتعيين محكم عنه، ويقوم رئيس مجلس الادارة بتعيين المحكم الثالث، مالم يكن الطرفان قد خولا المحكمين المعينين منهما اختيار المحكم الثالث خلال ثلاثة أيام من تاريخ تعيين المحكم الثاني. فإذا لم يصل المحكمان إلى اتفاق على اختيار المحكم الثالث خلال المدة المذكورة، فإن رئيس مجلس الادارة هو الذي يقوم بتعيينه. وقد أناط 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 الاطراف عن تعيين محكم عنه ؟ تولت الفقرة (ج) من المادة السادسة بالاجابة على ذلك، إذ يقوم رئيس مجلس الادارة بتعيين المحكم بدلا عنه [825].

46 - انظر المادة10 من نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوارق المالية والسلع الاماراتي رقم (1) لسنة 2001

47- انظر المادة14 والمادة 6 من تعليمات حل المنازعات الاردني الصادر بالاستناد لاحكام المادة (24/ب/7) من النظام الداخلي لبورصة عمان لسنة 2004

48- للمزيد حول اجراءات 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 بالأوارق المالية بطريق التحكيم القطري رقم4 لسنة 2010 في المواد(11-17) . بالإضافة إلى الاتجاهيَن السابقيَن حول عضوية لجنة التحكيم، يوجد هنالك اتجاهٌ ثالثٌ معمولٌ به في الولايات المتحدة الأمريكية وتحديداً في بورصة نيويورك. حيث يتم تقسيم اللجنة إلى نوعين من اللجان تبعاً لعضوية اطراف النزاع .فإذا كان جميع اطراف النزاع

فاما المشرع العراقي، فقد نص صراحة في الفقرة (ز–3) من القسم (8) من القانون المؤقت على أن الجهة التي تتولى تشكيل لجنة التحكيم هي مجلس محافظي سوق الاوراق المالية. ويبدو لنا من خلال نص القسم (12–6) من النظام الداخلي لسوق العراق للاوراق المالية بان لجنة التحكيم لم تشكل لحد الان اذ جاء فيه: "حتى قيام السوق ب إصدار قواعد التحكيم وتشكيل لجنة التحكيم، تحل النزاعات بواسطة موظفي السوق أو أعضاء مخولين يعملون في قاعة التداول...". ويعني ذلك بعبارة أخرى أن بين مرحلتين، الاولى وهي المرحلة الانتقالية التي تسبق قيام مجلس المحافظين بتشكيل لجنة التحكيم، والمرحلة الثانية هي التي يقوم فيها المجلس بموجب القسم (8) من القانون المؤقت لاسواق الاوراق المالية بتشكيل هذه اللجنة من أي شخص يراه مناسباً.

ومما لا شك فيه فانه لا يعتري ذلك أية اشكالية قانونية. الا أن الاشكال والغموض يكتنف المرحلة الاولى والتي يناط فيها مهمة التحكيم إلى موظفي السوق أو لاعضاء المخولين العاملين في قاعة التداول . ففي هذه المرحلة من الذي يتمتع بارادة الاختيار من بين هؤلاء كمحكمين لفض النزاعِ مجلس محافظي السوق باعتباره الجهة الادارية الممثلة للسوق او يكون للاطراف الحرية في اختيار محكميهم؟ لم يجب المشرع عن ذلك صراحة. بيد أنه بالرجوع إلى الفقرة الاولى من القسم (14) التي تنص: "... وقد يفوض سوق الاوراق المالية سلطة التحكيم لمؤسسة مخولة من قبل الهيئة، شريطة أن تكون كل قواعد التحكيم خاضعة للمصادقة، الاضافة والالغاء من قبل الهيئة". يظهر أنّ سلطة التحكيم في سوق العراق للاوراق المالية حكرعلى السوق ولها في هذا المجال أن تفوض المؤسسات وأن تشكل اللجان، بل أن كل قواعد التحكيم تكون خاضعة لسلطتها هذه. عليه يمكن القول بأنه حتى في هذه المرحلة مجلس فإن المحافظين هو الذي يقوم باختيار المحكمين من بين موظفي السوق أو الاعضاء المخولين العاملين في قاعة التداول..

أعضاء في السوق فإن مجلس محافظي السوق سيعمل على تشكيل لجنة تحكيمٍ مكونة من أعضاء السوق أنفسهم. أما إذا كان أحد اطراف 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. 124 221-)1977(

بالمقارنة مع الاتجاهين السابقين نرى اختلاف وجهة القانون العراقي عنهما. اذ يتفق مع الاتجاه الاول في أنه لا يعقد لارادة الاطراف الحرية في اختيار المحكمين بل ينيطها بجهة إدارية الا أنه يختلف عنه من حيث الاعضاء المكونون للجنة. إذٍ يلاحظ وجود قاض أو أكثر في لجان التحكيم التي تتبنى الاتجاه 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 الاعضاء من القضاة. ووجه الاختلاف يظهر من حيث أن هذه التشريعات تعتمد بالاساس على اختيار الاطراف، للمحكمين وهذا ما لا نجده في القانون العراقي. ومع كل ما سبق نرى أن موقف التشريع العراقي و ان كان موقفاً مختلفاً للاتجاهين السابقين الا أنه اقرب ما يكون للاتجاه الاول ، فالجهة الادارية هي التي تتولى تشكيل لجنة التحكيم. ونقترح على المشرع العراقي عند صياغته لقواعد التحكيم في سوق العراق للاوراق المالية أنَ يعطي فرصة للمتخاصمين في اختيار محكميهم على غرار موقف المشرعي الاردني والقطري. وفيما اذا كان مجلس المحافظين يشكك في قدرات وقابليات أي شخص كي يكون محكماً في السوق فإننا نعتقد أن الحل يكون من خلال اعداد قائمة بالخبراء المحكمين المعتمدين في سوق الاوراق المالية ويقوم أطراف النزاع باختيار محكم من بين الاسماء الموجودة في هذه القائمة.

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

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للعمل التحكيمي في سوق العراق للاوراق المالية :

ان اختلاف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للعمل التحكيمي، أي التحكيم بذاتهِ، قد انعكس هو الاخر على تحديد هذه الطبيعة في التحكيم الجاري في سوق الاوراق المالية، بحيث تمحورت آراء الفقه في اتجاهات اربعة: يذهب الاول الى كون هذا العمل تصرفاً قانونياً يعتمد على ارادة الاطراف في ابرام عقد التحكيم (اتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم[826]). ويرى اتجاه ثان أن التحكيم ليس سوى عمل

[826]- يطلق على اتفاق الاطراف على إحالة أي نزاع ينشأ بينهم قبل نشوئهِ مشارطة 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 الاطراف بعد نشوء النزاع. للمزيد من التفاصيل انظر: عبدالحميد الأحدب ،موسوعة التحكيم في البلدان العربية 158 وما بعدها)2008.

قضائي، وهناك اتجاه ثالث يزاوج بين الرأيين الاول والثاني، بينما الرأي الرابع يرى في هذا العمل التحكيمي بأنه ذو طبيعة خاصة ونرى من الاهمية بمكان أنٍ نتطرق لهذه الاراء الفقهية، ثم نعمل على تحديد الرأي الاقرب إلى الصواب وفق القواعد المنظمة للتحكيم في سوق العراق للاوراق المالية.

اولا : الطبيعة العقدية :

يذهب اتجاه في الفقه إلى اعتبار التحكيم اتفاقاً بين الاطراف المتخاصمة على حل النزاع من خلاله[827].

وفقاً لهذا الرأي فإن حكم التحكيم يعتبر جزء لا يتجزأ من اتفاق التحكيم، والمحكمون هم افراد يعهد اليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ولا يرتقون إلى درجة القضاة [828]، كما لا يعدون حين قيامهم بالتحكيم أشخاصاً خاضعين لتوجيهات وضوابط السلطة القضائية، فهم لا يقومون بتأدية الوظيفة العامة. إذ ان حكم التحكيم يستمد قوته التنفيذية وآثاره من إرادة المتخاصمين الذين احتكموهم وطلبوا حكمهم في النزاع [829]. فعملية التحكيم ككل تقوم على عمل المحتكمين المتمثل باتفاق التحكيم لا عمل المحكم الذي ليس سوى تنفيذ لاتفاقهم .

827- 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 1987 قضت بشرط التحكيم السابق في منازعات الأوارق المالية، وذلك من منظور أن للتحكيم طبيعة عقدية. أما في الوقت الحاضر فإن القضاء الامريكي 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).

828- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ص 111 (2002)

52- صالح راشد الحمراني، مصدر سابق، ص 94.

(See Andrew T. Guzman, Arbitrator liability: reconciling arbitration and mandatory rules, 49 - 53 Law Journal, p.1294 (2000). Duke

54- صالح راشد الحمراني، مصدر سابق، 100

حيث أن مبدأ سلطان الارادة هو أساس العملية التحكيمية برمتها، فهذه الارادة هي التي تخرج التحكيم من اختصاص القضاء وتحدد الجهة المختصة والمحكمين واختيار القانون الواجب التطبيق. لذا، يمكن القول بكون نظام التحكيم يقوم على أساس ارادة الاطراف ومن ثم فإنه ذو طبيعة عقدية[830].

بالرغم من قوة الحجج التي يستند اليها هذا الرأي فانه لا يسلم من الانتقادات ، لعل 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 الاطراف بل تعود إلى ارادة المشرع [831]

ثانياً: الطبيعة القضائية :

في هذا السياق هناك اتجاه آخر يعتقد بأن التحكيم يغلب عليه الطابع القضائي ذلك انه قضاء اجباري ملزم للخصوم متى ما اتفقوا عليه.

التحكيم بوصفه وسيلة لفض النزاع بناء إرادة الاطراف ، غير أن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم فحسب بل ان عمله قضائي شأنه في ذلك شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة[832] ذلك أن إرادة الخصوم هي التي تعمل على تحريك عملية التحكيم، لكن هذا الاتفاق على

للمزيد من التفاصيل انظر: خالد محمد القاضي، مصدر سابق، ص 112. انظر أيضاً: Robert S. Clemente, op.cit. P.300.

-56 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 محمكة النقض المصرية الطبيعة القضائية للتحكيم في حكم لها في القضية رقم 2186 سنة53 قضائية في1986/12/6، مشار إليه عند طارق فهمي الغنام، مصدر سابق، ص15.

57 See Maurizio Gotti, op.cit., p. 183

[831]- طارق فهمي الغنام، مصدر سابق، ص 21.

59- انظر خالد محمد القاضي، مصدر سابق، ص 311. ود. أحمد عبدالتواب، مصدر سابق ،ص 127.

آلية التحكيم ليس الا قضاء ملزماً للاطراف الذين رضوا او الزموا باللجوء للتحكيم ، فليس لهم التملص من الحكم التحكيمي. فالعملية التحكيمية وفقاً لهذا المنظور ما هي الا وسيلة تحل محل قضاء الدولة، ويعتبر الحكم الصادر منها كالحكم القضائي من حيث قوة الالزام [833]. ومن بين الاسانيد القانونية التي يعتمدها هذا الرأي، ان التحكيم هو نوع من القضاء الخاص الذي يعمل إلى جانب قضاء الدولة كما هي الحال بالنسبة الى الاحكام القضائيةالاجنبية المعترف بها من قبل السلطة القضائية .بالاضافة الى ان المشرع هو منشئ القاعدة القانونية قد اعترف اصلا بكون قوة الحكم التحكيمي هي على قدم المساواة مع الحكم القضائي، وبالتالي فإن كلا من المحكم والقاضي يستمدان القوة من القانون عند تسويتهم للمنازعات المعروضة عليهما [834].

يؤخذ على هذا الاتجاه أنه لا يشترط في المحكم توافر نفس الشروط التي يشترط القانون توافرها في القاضي من جانب، ومن جانب آخر حجية الحكم التحكيمي لا تعتبر من النظام العام على خلاف الحكم القضائي الذي تعتبر حجيته من صلب النظام العام. فالحكم الصادر من القضاء يتمتع بالقوة التنفيذية على عكس الحكم الصادر من المحكم الذي لا يتمتع بالقوة التنفيذية الا بعد تصديقه من القضاء[835].

ثالثاً. الطبيعة المختلطة:

يذهب اتجاه ثالث إلى أن التحكيم هو عقد من حيث إنشاؤه اذ انه يعتمد على إرادة الاطراف، وفي الوقت نفسه فإن التحكيم هو قضاء من حيث كونه يلزم الاطراف بالحكم الصادر عنه بغير القوة الالزامية للعقد[836] .بموجب هذا الاتجاه الفقهي فإن للتحكيم الصفة العقدية حين الانشاء ولكن بعد ذلك

60- انظر صالح راشد الحمراني، مصدر سابق، ص 105

61- ومنهم د.محسن شفيق، للمزيد من التفاصيل انظر خالد محمد القاضي، مصدر سابق، ص 114

62- صالح راشد الحمراني ، مصدر سابق، ص106.

63- المصدر نفسه، ص 107.

يدخل الاطراف في إجراءات النزاع أمام هيئة التحكيم وفقاً للقانون، وهذه العملية تتسم بكونها قضائية حينما يكتسب الحكم التحكيمي قوة التنفيذ بنص القانون [837]. ومن دعاة هذا الرأي من يشدد على ان التحكيم ليس اتفاقاً محضاً وانما هو نظام يمر بعدة مراحل ، فهو في اوله اتفاق وفي وسطه اجراءات وفي اخره حكم ملزمٍ [838] .

يؤخذ على هذا الرأي أنه من الصعب تحديد الفاصلة الزمنية بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية للتحكيم من جانب، ومن جانب آخر فان التحكيم على خلاف اغلب العقود لا ينشئ مراكز قانونية بل إنه ينصب على الاثار الناشئة عن هذا العقد. أما من حيث قوة التنفيذ، فيلاحظ أن الاحكام القضائية هي في مرتبة أعلى من حكم التحكيم. إذ ان الحكم القضائي يكون لها حجية الامر المقضي فيه والتي تمنع معها رفع دعوى بطلان الحكم، بينما يستطيع الاطراف رفع الدعوى عينها في حكم التحكيم. فضلا عن ذلك، فان الاحكام التحكيمية تعوزها القوة وبالتالي تستلزم أمرا قضائياً [839]. من جهة اخرى نجد أن التحكيم وان كان فيه خصال الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية غير انه لا يمكن أن تضفى عليه الطبيعة العقدية والقضائية في ان واحد، فقد تكون ارادة المشرع هي أساس التحكيم في التحكيم الاجباري لا العقد بذاته[840].

رابعاً. الطبيعة الخاصة:

يذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يمكن القول بكون التحكيم ذا طبيعة عقدية أو قضائية، بل لا يمكن الاخذ بالفكرة التي تخلط بينهما. ذلك أن التحكيم متميز عن كل منهما فهو نظام قانوني ذو طبيعة خاصة ، لانه من الصعب النظر إلى التحكيم كعقد، ذلك لان الاتفاق على التحكيم لا يحسم النزاع وهو ليس بجوهر التحكيم، ودليل ذلك عدم وجود الاتفاق في التحكيم الاجباري، فالحكم التحكيمي لا يمكن أن تنسحب عليه الصفة الرضائية أي التعاقدية. وفق هذا المنظور فإن الطبيعة القضائية أيضاً لا تنسجم مع التحكيم ؛ لان القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة، فالمحكم لا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة كتوقيع الغرامات على الخصوم أو طلب الشهود. فضلا عن اخلاف الاجراءات من نزاع إلى آخر، و ان 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 متميزة لحل المنازعات، لكونه يشتمل على الاتفاق والقضاء بيد أنه يتميز عنهما في الوقت نفسه. لذا فمن غير المسوغ أن تسبغ عليه سمات أنظمة قانونية يتشابه معها في نواح ويختلف عنها في أخرى [841].

على أية حال، إذا ما قارنا هذه الاراء بالنصوص التي تعالج التحكيم في سوق العراق للاوراق المالية، فيمكننا القول بكون الرأي الاخير هو الذي يصدق عليه والقائل بالطبيعة الخاصة للتحكيم [842]. وثمة اعتبارات أخرى دعتنا للاخذ بهذا الاعتقاد ، منها أنه لا يوجد في هذا النوع من التحكيم اتفاق مسبق وهو ما يطلق عليه باتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم ولا سيما 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 الاخذ به في التحكيم لحل منازعات سوق الاوراق المالية. ذلك أن القرارات التحكيمية في هذه المنازعات لا تتطلب حتى مصادقة المحكمة المختصة كما هي الحال في قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات الاخرى.

الخاتمة

نستخلص من كل ما تقدم ذكرُهُ وجودَ اتجاهيَن رئيسيَن في بيان تشكيل لجنة التحكيم في سوق الأوارق المالية، أولهما تتشكل اللجنة بقرار من جهة إدارية. وثانيهما يترك مسألة تشكيل لجنة التحكيم لارادة الاطراف أنفسهم. أما المشرع العراقي فقد انتهج نهجاً مغايرا لكليهما وهو أنه قد ميز بين مرحلةٍ 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 للأوارق المالية هو ذو طبيعةٍ خاصة، ذلك لأن التحكيم في منازعات المتعاملين لا يشتمل على الاتفاق ولا القضاء. وفي عين هذا الاتجاه وجدنا بأن اللجنة المشكلة

64- خالد محمد القاضي، مصدر سابق، ص 114-115. ويذهب في نفس هذا الاتجاه د.أحمد محمد حشيش للمزيد من التفاصيل انظر صالح راشد الحمراني، مصدر سابق، ص 108.

65 -انظر القسم(12) من النظام الداخلي لسوق العراق للأوارق المالية..

من قبل مجلس المحافظين في سوق العراق للأوارق 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 يقتنع أحدهما بالقرار فله أن يطعن فيها أمام هيئة السوق ليكون ذلك آخر مرحلةٍ من مراحل الطعن. أما القرارات الصادرة بخصوص المنازعات بين الوسطاء فتكون قابلة للطعن وفق شروط تضعها هيئة السوق .

إن طبيعة التحكيم في سوق الأوارق المالية من حيث حرية اردة الاطراف هي ذات طبيعة مزدوجة، فمن ناحية نجدها ذات طبيعة اختيارية بالنسبة إلى المنازعات الناشئة بين الأعضاء والمتعاملين. ومن ناحيةٍ أخرى هي إجبارية بشأن المنازعات التي تنشب بين الأعضاء أنفسهم، وفي هذه الحالة لا يقتصر الإجبار على إلجاء الاطراف المتنازعة إلى التحكيم بل يشمل ذلك أيضاً عدم قدرتهم على اختيار أعضاء اللجنة واختيار القواعد القانونية الموضوعية منها والشكلية التي تحكم النزاع.

التوصيات :

1- نوصي المشرع العراقي بضرورة إصدار قانون خاص بالتحكيم في المسائل المدنية والتجارية. فقواعد التحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية لم تعد تستطيع مجارة 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 باراء الفقه في هذا المجال .

2- إصدار قانون دائم وجديد لأسواق الأوارق المالية يأخذ ما يلي في حُسبانهِ:

أ- جعل التحكيم في سوق الأوارق المالية اختيارياً لكل من المتعاملين والوسطاء على حد سواء، وذلك لأن التحكيم الإجباري ينطوي على مساوئ عديدة وعلى النحو الذي يقيد من حرية الاطراف في إختيار المحكمين ولا يحقق العدالة.

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

ج- تنظيم آلية خاصة بكيفية اجراء التحكيم داخل السوق على النحو الذي لا يتعارض مع المبادئ العامة في مجال التحكيم، ويحقق متطلبات التعامل بالأوارق المالية من السرعة والسرية والائتمان في معاملات الأوارق المالية.

3. نوصي مجلسَ محافظي السوق بالتسريع في إعداد قواعد التحكيم ،وضرورة تشكيل لجنة التحكيم التي أشار إليها القانون المؤقت والنظام الداخلي لسوق العراقي للأوارق 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:

1- د. إبراهيم حرب محيسن - طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، المكتبةالقانونية، ١٩٩٩.

د. أبو زيد رضوان - الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١.

د. أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ٢٠٠٦.

- اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، بند ١١٣، ٢٠٠٨، ص ٣٣٣ وما بعدها.
- طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع لدولة الإمارات العربيةالمتحدة، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون جامعةالإمارات بعنوان: التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٨. -اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.
- الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٣. -الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعةالخامسة، ١٩٨٨.
-نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة الثامنة ،١٩٨٨.

أحمد السيد صاوي –التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية،الطبعة الثانية ،٢٠٠٤. –الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية . ٢٠٠٥

د. أحمد خليل – قواعد التحكيم دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي، منشورات الحلبي الحقوقية.

د. أحمد صدقي محمود– مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.

د. أحمد عبد الكريم سلامة قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية ، الطبعةالأولى، ٢٠٠٤.

– التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى.

د. أحمد ماهر زغلول –أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

أحمد محمد حشيش – طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي ،٢٠٠٠.

د. أحمد هندي – تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١.

د. أسامة أبو الحسن مجاهد – قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.

د. أسامة شوقي المليجي – هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

د. أشرف عبد العليم الرفاعي – اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣.

د. أشرف عبد المنعم – التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية، مجلةالدراسات القضائية الصادرة عن أكاديمية القضاء بدائرة قضاء أبوظبي،العدد رقم ٢، ٢٠١٣.

د. أياد محمود بردان – التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية.

د. سامي عبد الباقي أو صالح – التحكيم التجاري الالكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

د. سيد أحمد محمود –مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦. –نظام التحكيم، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.

سيد طه بدوي – عمليات بورصة الأوراق المالية، دراسة مقارنة بين التشريعين الفرنسي والمصري، مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، دبي، ٢٠٠٧.

الأستاذ/ صالح راشد الحمراني –التحكيم الإجباري كوسيلة لفض المنازعات في سوق الأوراق المالية،دراسة مقارنة حول مدى دستوريته، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

د. عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية ، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٣.

د. على الحديدي – دور الخبير الفني في الخصومة، دراسة مقارنة، رسالة جامعة القاهرة ، غير معروفة سنة النشر.

د. على بركات – خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة جامعةالقاهرة، ١٩٩٦.

د. على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم، طبعة ١٩٩٨.

على سيد قاسم – نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. فتحي والي –التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣. –الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١ –قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.

د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط4 ، الاسكندرية ،منشأة المعارف 1983

عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، ، طبعة ثالثة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية 2008

د. طارق فهمي الغنام، طبيعة مهمة المحكم، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية2011

د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، الطبعة الاولى ،عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع2008

د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري: التحكيم التجاري الدولي ،ج5، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع 1997

ثالثاً: المؤتمرات:

د. أحمد عبدالتواب، طبيعة التحكيم في سوق الأوارق المالية والسلع بدولة الامارات العربية المتحدة، المؤتمر السنوي السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات، دبي، المنعقد بتاريخ 28-30 إبريل2008.

د.مجدي ابراهيم قاسم، التحكيم في منازعات تداول الأوارق المالية والسلع في دولة الامارات العربية المتحدة: دراسة تحليلية نقدية لقرار هيئة الأوارق المالية والسلع رقم 1 لسنة2001، المؤتمر السنوي الخامس عشر حول أسواق الأوارق المالية والبورصات آفاق وتحديات، كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات، دبي، المنعقد بتاريخ 6-8 آذار 2007

رابعا: القوانين والأنظمة:

الدستور العراقي لسنة2005 .

قانون المراقعات المدنية رقم83 لسنة 1969العراقي .

القانون المؤقت لأسواق الأوارق المالية رقم 24 لسنة1991 العراقي الملغاة.

قانون سوق المال المصري رقم95 لسنة 1992

مجلة التحكيم التونسي الصادر بالقانون رقم 42 لسنة1993.

قانون التحكيم المصري رقم لسنة 27 لسنة 1994

قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم لسنة (47/97) لسنة 1997

قانون التحكيم الأردني رقم لسنة 21لسنة2001

التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوارق المالية والسلع الاماراتي رقم 1 لسنة 2001