



عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

محمد يحيى سلامه أبوarmiله

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1435 هـ / 2014 م



عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

محمد يحيى سلامه أبوarmiله

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1435 هـ / 2014 م

اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

إعداد:

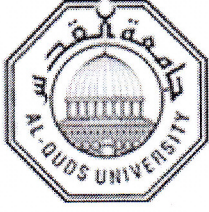
محمد يحيى سلامه أبوarmiله

بكالوريوس قانون من جامعة القدس (فلسطين)

المشرف : د. عبد الرؤوف السناوي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص
من برنامج الماجستير في القانون كلية الحقوق / جامعة القدس

1435 هـ / 2014 م



جامعة القدس
عمادة الدراسات العليا
برنامج الماجستير في القانون

إجازة الرسالة

اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

اسم الطالب: محمد يحيى سلامه أبوarmiئه
الرقم الجامعي: 21011666

المشرف: د. عبد الرؤوف السنوي

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 12 / 3 / 2014 م من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة
أسماؤهم وتواقيعهم:

1- رئيس لجنة المناقشة: د. عبد الرؤوف السنوي التوقيع:
2- ممتحناً داخلياً: د. ياسر زبيدات التوقيع:
3- ممتحناً خارجياً: أ.د. عثمان التكروري التوقيع:

القدس - فلسطين

1435 هـ / 2014 م

الإهداء

إلى من أفنى حياته في علمه ونضاله
إلى الذي علمني أنه في البدء كانت كلمة : اقرأ
إلى والدي الدكتور يحيى سلامه أبوarmiله

إلى من أفنت زهرة شبابها لترى أولادها يكملون مسيرة والدهم
فكانت التضحية ، وكان السهر ، وكان الانتظار وستقطف الثمر - بعون الله -
إلى والدتي الدكتورة دنيا عدنان أبوarmiله

إلى من تحلوا بالإخاء ، وتميزوا بالوفاء والعطاء
إخوتي وأصدقائي الأعزاء

إلى صاحبة الصرح العلمي الشامخ
جامعة القدس

إلى وطني الغالي الجريح
إليك يا فلسطين

أهديكم جميعاً هذا العمل المتواضع

الباحث

محمد يحيى سلامه أبوarmiله

إقرار :

أقر أنا معد الدراسة بأنها قدمت لجامعة القدس، لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد، وأن هذه الدراسة أو أي جزء منها، لم يقدم لنيل درجة علمية لأي جامعة أو معهد آخر.

التوقيع: 

محمد يحيى سلامه أبوارميلة

التاريخ: 12 / 3 / 2014 م

الشكر والعرفان

حق علي ، وقد بلغت هذه الدراسة نهايتها ، أن أتقدم بوافر الشكر وعظيم العرفان إلى الذي شرفني بالموافقة على الإشراف على هذه الدراسة ، أستاذي ومشرفي وصديقي الدكتور عبد الرؤوف السنوي ، الذي أتوجه إليه بكل معاني الاحترام والتقدير ، لفضله الكبير في الإبحار معي للوصول إلى ما تمنيته في هذه الدراسة ، ودعمه المتواصل لتنميتها ، فكانت ثمرة توجيهاته القيمة ومتابعته وتعاونيه ، فقد كان لإرشاداته القيمة وحرصه وجديته وثقته الأثر الكبير في تنظيم هذا العمل وإتمامه.

كما يدعوني واجبي العلمي بالتوجه بالشكر والعرفان إلى كلية الحقوق في جامعة القدس ، وأخص بالذكر أساتذتي الذين احتضنوني علمياً ، وعشت بين أيديهم طالباً ينهل من معين علمهم الذي لا ينضب.

والشكر والعرفان موصول إلى معالي وزير العدل المحامي الأستاذ علي مهنا ، على ما قدمه من عون لي في المناقشات والآراء التي كانت لها الأثر البالغ في إخراج الدراسة على هذا النحو . ولا يفوتني أن تقدم ببالغ الشكر لصديقي المحامي الأستاذ عصام التميمي على ما وفره لي من خبرة عملية في مجال التحكيم ، فكان صديقاً وزميلاً أرشدني إلى أساسيات وسيلة التحكيم في العديد من الهيئات التحكيمية التي رأسها وشاركت فيها.

وأقدم بالشكر والعرفان إلى الأخوة الزملاء في معهد الحقوق في جامعة بيرزيت ، على المساعدة العظيمة في الوصول إلى أحكام المحاكم الفلسطينية التي ارتكزت عليها بشكل كبير في هذه الدراسة.

كما وأقدم خالص شكري لوالدي الدكتور يحيى أبوarmiله على ما وفره لي من مصادر ومراجع هامة ارتكزت عليها هذه الدراسة بشكل كبير ، وعلى الدعم النفسي والمعنوي حتى ظهرت هذه الدراسة إلى حيز الوجود ، وإلى عالم النور.

الباحث

محمد يحيى سلامه أبوarmiله

ملخص

لقد تناولت الدراسة موضوع اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية والمشاكل والتحديات التي يواجهها ، وذلك بتحديد الإطار القانوني الناظم لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في ضوء النظرية العامة التي كرسها قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 من جهة ، ونظام فض المنازعات والتحكيم في سوق الأوراق المالية لسنة 2007 من جهة أخرى .

فبحثت الدراسة الموضوع من خلال ترسيخ المبادئ الأساسية لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، وذلك بتبيان مضمون اتفاق التحكيم في هذه المنازعات ، والتعرض لمعضلة غياب اتفاق التحكيم التي تؤدي إلى الدخول في وسيلة التحكيم وبدء العملية التحكيمية من غير وجود اتفاق ما بين أطراف منازعات سوق الأوراق يقضي باختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل هذه المنازعات ، ومن أجل المزاوجة ما بين الجانب النظري والجانب العملي عرّجت الدراسة على تطبيق اتفاق التحكيم في بعض المنازعات التي ألفها التعامل في سوق الأوراق المالية.

وقد هدفت الدراسة إلى إثبات أن غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية يشكل مخالفة صارخة للقواعد القانونية الدستورية ، التي حمت وكفلت حق أشخاص القانون في اللجوء إلى القضاء ، والذي يعتبر حقاً مقدساً لا يجوز إجبار أي شخص على اللجوء إلى غيره أو حرمانه منه.

واعتمدت الدراسة في معالجتها للموضوع المنهج التحليلي المقارن ، وذلك من خلال التحليل والمقارنة بين موقف المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم ونظام فض المنازعات والتحكيم في سوق الأوراق المالية مع القوانين والأنظمة المتقاربة معها ، بهدف الوصول إلى مدى صواب المشرع الفلسطيني في مسلكه في تنظيم اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية.

ولقد أظهرت الدراسة جملة من النتائج ، تتمحور أهمها في أن المنظومة القانونية الفلسطينية من خلال نظام فض المنازعات والتحكيم قد أخذت بأسلوب الغياب الكلي لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، كما أظهرت الدراسة أن هذا الغياب الكلي يؤدي إلى انتهاك حق التقاضي الذي كفله القانون الأساسي الفلسطيني ، وأيضاً مخالفته للقواعد القانونية التحكيمية التي جسدها قانون التحكيم الفلسطيني.

ومن أجل ضمان قانونية اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، أوصت الدراسة المشرع الفلسطيني بعدم إفراد قواعد قانونية خاصة تنظم التحكيم في منازعات سوق الأوراق

المالية، حيث أن القواعد القانونية العامة التي نظمت التحكيم بموجب قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 كافية بذاتها لمواجهة أي نزاع قابل للحل بوسيلة التحكيم.

كما أوصت الدراسة هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بأن تتخذ القرارات اللازمة التي توجهها لسوق فلسطين الأوراق المالية من أجل إلغاء القواعد التي كرست غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم ، كما أوصت الدراسة سوق فلسطين للأوراق المالية ذاتها بالقيام بالمبادرة الطوعية لإلغاء هذا الغياب ، وذلك كله انقاءً للإلغاء القضائي ، سواء أكان من خلال المحكمة الفلسطينية العليا ، بصفتها محكمة دستورية عليا ، أو من خلال محكمة العدل العليا الفلسطينية.

Arbitration Agreement in Securities Market Disputes

Prepared by: Muhammad Yahia Abu Rmeileh

Supervisor: Dr. Abdulraoof Sinnawi

Abstract:

The study examined the subject of arbitration agreement in securities market disputes, the problems and the challenges that accompanied it by identifying the legal framework governing the arbitration agreement in securities market disputes in respect of the general theory enshrined in the Palestinian Arbitration Law No 3 for 2000 on one hand, and the Regulation of Dispute Settlement and Arbitration in Securities Market of 2007 on the other hand.

The study discussed the subject through showing the consolidation of basic principles of the arbitration agreement in securities market disputes and stated the content of arbitration agreement in those disputes. Exposure to the absence of arbitration agreement where entry in the means of arbitration and began the arbitral process of non-existence of an agreement between the parties to the securities market disputes to choose arbitration as an alternative disputes resolution. In order to combine the theoretical and practical side, the study moved on to the application of the general content of the arbitration agreement in securities market disputes in some common disputes that had occurred in this market.

The Study aimed to demonstrate that the absence of an arbitration agreement in securities market disputes is a flagrant violation of the constitutional legal norms which protect and ensure the right of people to resort to judiciary which is a sacred right and should not prevent anyone to resort to other means.

The study dealt with the subject by relying on the analytical and comparative methods, through analysis and comparison between the position of the Palestinian Legislature in the Arbitration Law and the Regulation of Dispute Settlement and Arbitration in Securities Market with the laws and regulations included, in order to reach the validity of the Palestinian Legislator method in organizing that.

The study showed a range of results, the most important one of them embodied in the Palestinian Legal system - through the Regulation of Dispute Settlement and Arbitration in Securities Market - taken in the absence of

arbitration agreement in securities market disputes. It also showed that the complete absence of arbitration agreement leads to violation the right of litigation guaranteed by the Palestinian Basic Law, and the arbitral legal norms expressed in the Palestinian Arbitration Law.

In order to ensure the legality of arbitration agreement in securities market disputes, the study recommended that the Palestinian Legislator not to legislate special legal norms governing the arbitration in securities market disputes, because the general legal norms that organized arbitration under the Arbitration Law No. 3 of 2000 are sufficient to cope with any dispute by the means of arbitration.

The study also recommended that the Palestinian Capital Market Authority should take the necessary decisions which should be forwarded to the Palestine Securities Market, in order to abolish the rules that had been devoted to the absence of an arbitration agreement. The study also recommended that the Palestine Securities Market should carry out the voluntary initiative to abolish this absence. All of this, is to prevent the judicial abolition, whether constitutional abolition by the Palestinian Supreme Court as constitutional court or through administrative abolition by the Palestinian Supreme Court of Justice.

الإطار العام للدراسة

- المقدمة
- التطور التاريخي
- الأهمية النظرية
- الأهمية العملية
- الأهمية الآتية
- الأهداف
- الإشكالية
- المنهجية
- المخطط المنهجي

• المقدمة

الإنسان اجتماعي بطبعه ، لا يستطيع العيش دون التعامل والدخول في علاقات مع غيره ، وهذا ما سيؤدي إلى ظهور المنازعات بينه وبين أبناء جنسه ، الأمر الذي يجعل من حل تلك المنازعات أمراً حتمياً¹ ، فمنذ نشأة الخليقة وهناك صراع بين الخير والشر والحق والباطل ، وقد تطورت وسائل حل المنازعات بالتطور الذي خاضته البشرية ، إلا أنه وبعد تكشف معالم الدولة المدنية وقيامها على القواعد القانونية في إطار قالب هرمي يتربع على قمته القواعد القانونية الدستورية ، أصبح القضاء الوسيلة الأصلية في حل منازعات أشخاص القانون طبيعيين كانوا أم اعتباريين ، وهذا ما جسده حق التقاضي ، الذي يعتبر من الحقوق التي ترتبط بوجود الإنسان ويعمل في إطار المحافظة على كرامته ، من خلال تولي مهمة اقتضاء حقوق أشخاص القانون .

ولكن القضاء نتيجة لتراتبية إجراءاته المطولة وعلنيته قد يؤدي إلى إطالة أمد الوصول إلى الحق المبتغى - وإن كان في نهاية النهايات يصل إلى العدل وليس العدالة - . وأمام تلك السلبيات أدى ذلك إلى أن تثبت الوسائل البديلة لحل المنازعات (Alternative Disputes Resolutions) ومتصدرها التحكيم (Arbitration) وجودها في إطار المنظومة القانونية .

ونظراً لأن القضاء يركز على أنه حق من حقوق الإنسان الذي كفلته القواعد القانونية الدستورية والمواثيق والإعلانات الدولية لكافة أشخاص القانون ، فإن العزوف عن هذا الحق واللجوء إلى وسائل أخرى لحل النزاع ، وبالأخص التحكيم لا يتأتى إلا من خلال إرادة أطراف النزاع في اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاع ، وهذا ما يعرب عنه اتفاق التحكيم (Arbitration Agreement) .

ويجب أن لا يفهم من ذلك حرمان أشخاص القانون من حقهم في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، فالتحكيم وإن كان يقوم على مبدأ سلطان إرادة الأطراف (Party of Autonomy) في سحب نزاعهم من المحكمة المختصة به إلى شخص أو أشخاص طبيعيين يقومون بالفصل في النزاع² ، فإنه يقوم من ناحية أخرى على تقدير المشرع لهذا المبدأ ، وذلك حماية للنظام العام بشقيه : الإجرائي والموضوعي ، وهذا ما أرساه قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 م ، والذي يشكل الأصل العام لأي نص يتعلق بأمور التحكيم في المنظومة القانونية الفلسطينية .

¹ للتوسع في اجتماعية الإنسان والطابع المدني الذي يهيمن على علاقاته ، انظر : ابن خلدون ، عبد الرحمن بن محمد (ت 808 هـ) : مقدمة ابن خلدون ، تحقيق عبد الرحمن الشدادي ، طبعة خاصة ، ج 1 . بيت الفنون والعلوم والآداب ، الدار البيضاء - المغرب ، ص 67 .
² أبو الوفا ، أحمد (2001) : التحكيم الاختياري والإجباري ، الطبعة الخامسة . منشأة المعارف ، الإسكندرية - مصر ، ص 15 .

ولما كان سوق الأوراق المالية (Securities Market) يشكل إحدى الركائز الأساسية لاقتصاد أي دولة - حيث أصبحت اقتصاديات الدول تقاس بكفاءة وفعالية أسواقها - فإن التعامل والتداول فيه لا يخلو من ظهور المنازعات ، فحتمية المنازعات هي أمر يرجح احتمال حدوثه بشكل كبير³.

فإذا كانت حتمية وجود منازعات سوق الأوراق المالية هي أمر لا يمكن إنكاره ، فإن الأصل والقاعدة العامة أن القضاء هو المهد الذي يُصار إليه في حل هذه المنازعات ، ولكن نتيجة لسلبات هذه الوسيلة الأصلية ، فإن ذلك يجعل من اللجوء إلى وسيلة التحكيم بما تحمله من إيجابيات يلبي تطلعات المتعاملين في سوق الأوراق المالية في حل منازعاتهم .

ولما كانت وسيلة التحكيم ترجح إيجابياتها على سلبياتها بالنسبة لمنازعات سوق الأوراق المالية ، إلا أنه حتى يصار إلى الدخول إلى هذه الوسيلة فيجب أن يتوافر اتفاق تحكيم ما بين أطراف المنازعات القابلة للتحكيم على اختيار التحكيم كوسيلة لحله . ولأغراض بحث موضوع الدراسة ، فإننا نعرف اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية تعريفاً إجرائياً بأنه :

تساند ما بين إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون المتعاملين في سوق الأوراق المالية على اختيار التحكيم ، كوسيلة لحل نزاع قابل للتحكيم حدث أو سيحدث ما بين هؤلاء الأشخاص كوسيلة بديلة عن القضاء الذي يعتبر الوسيلة الأصلية ، على أن يكون هذا النزاع ناتجاً عن التعامل في سوق الأوراق المالية .

• التطور التاريخي

لقد مر التنظيم القانوني لوسيلة التحكيم في فلسطين بمحطات تاريخية مختلفة ، وفي كل هذه المحطات كان اتفاق التحكيم متواجداً ونصت عليه القواعد القانونية . وقد تجسدت أولى هذه المحطات في مجلة الأحكام العدلية العثمانية لسنة 1293 هجري - 1876 ميلادي - ، فبعد أن عبرت في المادة (1790) عن اتفاق التحكيم من خلال عبارة اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها نظمت المجلة التحكيم في المواد (1841 إلى 1851)⁴ .

³ قاسم ، مجدي (2007) : التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة تحليلية نقدية لقرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (1) لسنة 2001 - . في : مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات - آفاق وتحديات ، 6 - 8 مارس 2007 ، غرفة تجارة وصناعة دبي بالتعاون مع جامعة الإمارات العربية المتحدة ، دبي - الإمارات العربية المتحدة ، ص 2 .

⁴ نصت المادة (1790) من مجلة الأحكام العدلية على أنه :
" التحكيم : هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها ، لفصل خصومتها ودعواها ويقال لذلك حكم بفتحيتين ، ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة " .

التشريعات الأردنية (بدون تاريخ) : مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293 هـ . موقع التشريعات الأردنية ، ديوان التشريع والرأي ، مجلس الوزراء الأردني ، عمان - الأردن .

(http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=100&year=1900 , 04.08.2013)

وفي ظل الحقبة البريطانية ، ضرب اتفاق التحكيم وجوده في كافة القوانين التي نظمت وسيلة التحكيم في ظل هذه الحقبة ، فقد أخذ قانون (برتوكول) التحكيم لسنة 1924⁵ وقانون التحكيم لسنة 1926⁶ وقانون قرارات التحكيم الأجنبية لسنة 1930⁷ وقانون قرارات التحكيم الأجنبية رقم (17) لسنة 1934⁸ بضرورة استلزام اتفاق التحكيم للدخول في وسيلة التحكيم .

واستمر الوجود القانوني لاتفاق التحكيم بعد انتهاء الانتداب البريطاني على الأراضي الفلسطينية ، ففي قطاع غزة بقيت المنظومة القانونية البريطانية التحكيمية بما احتوته من تأكيد على أهمية اتفاق التحكيم سارية على هذا الجزء من الأراضي الفلسطينية . وأما في الضفة الغربية ، وفي ظل الحقبة الأردنية أكد قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953 على وجودية اتفاق التحكيم وضرورته في إطار وسيلة التحكيم⁹ .

وبقي خضوع شطري الوطن الفلسطيني لقوانين مختلفة تنظم وسيلة التحكيم ، وتحافظ على وجود اتفاق التحكيم ، إلى أن جاء قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 إذ ألغى كافة قوانين التحكيم السابقة ، ووجد الإطار القانوني لوسيلة التحكيم في الأراضي الفلسطينية¹⁰ . وفي ظل هذا

⁵ نصت المادة (1) من قانون (برتوكول) التحكيم لسنة 1924 على أنه :
" تعترف كل دولة من الدول المتعاقدة بصحة كل اتفاق تحكيم ، سواء أكان يتعلق بخلافات حالية أم مقبلة بما يتم الاتفاق عليه بين فرقه خاضعين لاختصاص أية دولة من الدول المتعاقدة ، ويتفقون بمقتضاه على إحالة جميع أو أي الخلافات التي قد تنشأ عن أي عقد يتعلق بمسائل تجارية أو أي أمر من الأمور التي يتاح فصلها بطريق التحكيم ، سواء أكان التحكيم سيجري في بلاد لا ينتمي إليها أي فريق من الفرقاء أم لم يكن ذلك " .
المقتفي (بدون تاريخ) : قانون (برتوكول) التحكيم لسنة 1924 . موقع المقتفي - منظومة القضاء والتشريع - ، معهد الحقوق ، جامعة بيرزيت ، بيرزيت - فلسطين .

(<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=1924&ID=573> , 04.08.2013)

⁶ نصت المادة (2) من قانون التحكيم لسنة 1926 على أنه :
" ... وتعني عبارة (اتفاق التحكيم) : الاتفاق التحريري المتضمن إحالة الخلافات الحالية أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم الهيئة التحكيمية أو المحكم مذكوراً في الاتفاق أو لم يكن " .
المقتفي (بدون تاريخ) : قانون التحكيم لسنة 1926 . موقع المقتفي - منظومة القضاء والتشريع - ، معهد الحقوق ، جامعة بيرزيت ، بيرزيت - فلسطين .

(<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?lnk=2&LegPath=1926&MID=570> , 04.08.2013)

⁷ نصت المادة (1 / 1 / 1) من قانون قرارات التحكيم الأجنبية لسنة 1930 على أنه :
" يسري هذا الفصل من القانون على كل قرار تحكيم صدر بعد اليوم الثامن من شهر تموز سنة ألف وتسعمائة وأربع وعشرين وذلك في الأحوال التالية : أ- إذا كان قد صدر بمقتضى اتفاق تحكيم مشمول بأحكام البرتوكول المدرج في ذيل برتوكول التحكيم لسنة 1924 " .
المقتفي (بدون تاريخ) : قانون قرارات التحكيم الأجنبية لسنة 1930 . موقع المقتفي - منظومة القضاء والتشريع - ، معهد الحقوق ، جامعة بيرزيت ، بيرزيت - فلسطين .

(<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=1930&ID=3> , 04.08.2013)

⁸ نصت المادة (2 / 2) من قانون قرارات التحكيم الأجنبية رقم (17) لسنة 1934 على أنه :
" تسري أحكام هذا القانون على كل قرار تحكيم صدر بعد اليوم الثامن والعشرين من شهر تموز سنة 1924 (أ) إذا كان قد صدر بمقتضى اتفاق تحكيم مشمول بأحكام البرتوكول المدرج في الذيل الثاني لهذا القانون " .
المقتفي (بدون تاريخ) : قانون قرارات التحكيم الأجنبية رقم (17) لسنة 1934 . موقع المقتفي - منظومة القضاء والتشريع - ، معهد الحقوق ، جامعة بيرزيت ، بيرزيت - فلسطين .

(<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=1934&ID=576> , 04.08.2013)

⁹ نصت المادة (2) من قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953 على أنه :
" ... وتعني عبارة (اتفاق التحكيم) : الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم ، سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكوراً في الاتفاق أم لم يكن " .
الجريدة الرسمية الأردنية (1953) : قانون التحكيم رقم (18) لسنة 1953 . العدد 1131 ، بتاريخ 17 / 1 / 1953 .
¹⁰ الجريدة الرسمية الفلسطينية (2000) : قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 . العدد 33 ، بتاريخ 30 / 6 / 2000 .

القانون وفر المشرع الفلسطيني القاعدة الصلبة لوسيلة التحكيم التي تركز بالأساس على اتفاق التحكيم ، وعرف هذا الاتفاق بموجب المادة (5 / 1) منه بأنه :

" اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل "

وعلى الرغم من أن القواعد التي أقرها قانون التحكيم الفلسطيني تكفي بذاتها لتحكم أي نزاع قابل للحل عن طريق وسيلة التحكيم¹¹ ، إلا أن قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 قد أفرّد مادة خاصة للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، حيث نصت المادة (9 / 2) منه على أنه :

" يجوز أن تنص قواعد السوق على إحالة بعض أنواع النزاعات أو جميعها إلى التحكيم "

وقد فتح هذا النص المجال أمام إخراج نظام فض المنازعات والتحكيم في سوق الأوراق المالية لسنة 2007 إلى حيز الوجود ، حيث صادق عليه مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال الفلسطينية في جلسته رقم (20) المنعقدة بتاريخ 18 / 12 / 2006 ، وذلك بموجب القرار رقم (6 / 20) ، كما صادق عليه مجلس إدارة سوق فلسطين للأوراق المالية عليه في جلسته الرابعة بتاريخ 3 / 8 / 2007¹² .

وعلى الرغم من أن نظام فض المنازعات والتحكيم يتوجب أن يتقيد بما أورده قانون التحكيم الفلسطيني ، إلا أن هذا النظام قد ضرب بعرض الحائط الجذور القانونية التاريخية للدخول في وسيلة التحكيم ، حيث إن هذا النظام قد غيب مبدأ سلطان إرادة أطراف النزاع في اختيار وسيلة التحكيم ، وذلك بعدم توافره على اتفاق التحكيم بشكل كلي ومطلق¹³ ، حيث تبدأ الإجراءات

¹¹ الجريدة الرسمية الفلسطينية (2005) : قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 . العدد 53 ، بتاريخ 28 / 2 / 2005 .

¹² النسخة الإلكترونية لهذا النظام متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :

بورصة فلسطين (بدون تاريخ) : نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 . نابلس - فلسطين .

<http://www.pex.ps/PSEWebSite/laws/%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85%20%D9%81%D8%B6%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%A7%D8%B2%D8%B9%D8%A7%D8%AA.pdf> , 05.02.2013

¹³ نصت المادة (8 / 1) من نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 على أنه :

" إذا وجدت السوق أن الشركة العضو أو الشركة المدرجة أخلت بالقانون أو أي من قواعد السوق وأنها تستحق فرض جزاء عليها، فإنه يحق لها إحالة المسألة للنظر فيها من قبل لجنة ضبط المخالفات أو من قبل هيئة تحكيم " .

وأيضاً نصت المادة (11) من هذا النظام على أنه :

" 1 - يشترط في الشكاوى ، والدعاوى والمراسلات المشابهة لها ، المقدمة للسوق ضد الشركة العضو أو الشركة المدرجة أن تكون مكتوبة وموقعة من قبل مقدمها . 2- لا يجوز تقديم أية شكاوى ، أو دعوى أو مراسلة مشابهة لها ، ضد الشركة العضو أو الشركة المدرجة إلا بشأن المخالفات التنظيمية المنصوص عليها في الفصل الثاني أو النزاعات المدنية المنصوص عليها في الفصل الثالث من هذا النظام . 3- يجب على مقدم الشكاوى أو الدعوى أو المراسلة المشابهة لها، أن يرفق بها تعهداً للسوق بدفع كافة مصاريف ونفقات الفحص والتحري والإجراءات القانونية التي تتخذها السوق ضد الشركة العضو أو الشركة المدرجة وفقاً لأحكام هذا النظام، وذلك إذا ما تبين أنه تقدم بها على سبيل الغش والخداع . 4- إذا وجدت السوق أن الأمر جدي، ومرفق به التعهد المذكور بالفقرة السابقة، تقوم بإحالاته إلى لجنة ضبط المخالفات أو إلى رئيس هيئة التحكيم حسب واقع الحال . 5. تحتفظ السوق

التحكيمية التي نص عليها النظام ، ويصدر القرار التحكيمي من غير وجود اتفاق للتحكيم يقضي بتراضي أطراف النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحله .

• الأهمية النظرية

تتمحور الأهمية النظرية للدراسة ، في تحقيق ثبوت الانسجام ما بين القواعد التي تحكم اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق مع القواعد التي أقرها قانون التحكيم ، فاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية لا يعدو أن يكون شكلا من أشكال اتفاق التحكيم العام ، الذي نظمته قانون التحكيم الفلسطيني .

كما تبرز الأهمية النظرية للدراسة ، من خلال عدم التسليم بالمقولة النظرية الرامية إلى أن التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية له من الخصوصية الكافية ، التي تجعل للمشرع تنظيمه بطريقة تتماشى مع سرعة هذا السوق ، ذلك لأن التسليم بهذه المقولة النظرية يؤدي إلى مخالفة هرمية القاعدة القانونية التي يتربع على رأسها الدستور الذي أحاط حق التقاضي بالضمانات الكافية التي لا تخضع لأي تخصيص .

• الأهمية العملية

يشكل اتفاق التحكيم خارطة طريق وسيلة التحكيم ، فهو من أهم العناصر التي من غير الممكن استبعادها في إطار هذه الوسيلة ، فإذا لم يبرز اتفاق التحكيم إلى حيز الوجود فإنه لا يوجد تحكيم بالمعنى القانوني ، ولذلك تبرز الأهمية العملية للدراسة في أن المنازعات الحاصلة أو التي ستحصل في سوق فلسطين للأوراق المالية ويتم إحالتها إلى التحكيم بدون الاستناد إلى أي اتفاق قد يفهم منه إرادة الأطراف في اللجوء إليه يؤدي إلى الاصطدام بالمبدأ العام القاضي بأنه لا يكون هناك تحكيم دون اتفاق .

بسجل للشكاوى المقدمة لها، أو الدعاوى، أو المراسلات المشابهة لها. ويجب أن يثبت في هذا السجل كل الإجراءات القانونية التي يتم اتخاذها وفقاً لهذا النظام " .
كما نصت المادة (65) من النظام على أنه :

" 1- على كل طرف يود اللجوء إلى التحكيم وفقاً لهذا النظام، أن يقدم طلباً إلى أمين السر، ويجب أن يشمل الطلب على المعلومات التالية: أ. اسم كل من المدعي والمدعى عليه وعنوانه كاملاً. ب. وصف لطبيعة وظروف النزاع الذي كان سبب التقدم بالطلب. ج. إشارة إلى موضوع الطلب والمبالغ المطلوبة والأدلة التي يستند إليها في ادعائه. د. موقفه حول عدد المحكمين واختيارهم وفقاً لأحكام المادة (57) من هذا النظام. هـ. أية معلومات أخرى ذات صلة بموضوع الطلب. 2. عند استكمال الوثائق المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، يزود أمين السر، في اليوم التالي لاستكمال الوثائق، المدعى عليه بنسخة من الطلب والوثائق المرفقة به ليرد عليها " .

وأخيراً ، نصت المادة (1 / 53) من النظام على أنه :

" إذا أحال رئيس هيئة التحكيم أو المحكم الفرد، النزاع للتحكيم فتقوم هيئة التحكيم بالفصل فيه وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 مع مراعاة النصوص التالية " .

وتتجلى الأهمية العملية للدراسة أيضاً ، في نوع المنازعات الناشئة عن التعامل في سوق الأوراق المالية ، حيث إن هذا النوع من المنازعات يتطلب محكمين على درجة من الخبرة ، يتوصلون من خلالها لأحكام عادلة ومنصفة لأطراف المنازعات ، مما يكون له الأثر الإيجابي في جذب الاستثمارات في سوق الأوراق المالية وتوسيعها ، على أن يكون ذلك كله مقيداً بالقواعد التي نظمت وسيلة التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات .

كما أن منازعات سوق الأوراق المالية من المنازعات التي تلقي على المحاكم جهداً ووقتاً كبيرين ، حيث يلجأ القضاة إلى آراء الخبراء في مثل هذه القضايا الفنية ، التي لا تحتتمل التأخير ولا التأجيل، ومن جانب آخر فهي تشغل القضاة عن الدعاوي التي لا يتم النظر فيها إلا من قبل المحاكم المختصة ، ومن هنا أصبح للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية أهمية عملية قائمة وحاجة ملحة .

• الأهمية الآتية

نتيجة للوضع الخاص لسوق الأوراق المالية الفلسطيني باعتباره سوقاً ناشئاً وواعداً فإنه يجب إحاطة المنازعات التي تنشأ في ثناياه بقدر من القواعد المقبولة عالمياً ، وبالأخص في مجال التحكيم ، ونتيجة لازدياد المستثمرين في هذا السوق سواء أكانوا أجانب أم وطنيين ، فإنه تبرز أهمية الدراسة الآتية في تحقيق التماثل بين القواعد الحاكمة لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية مع قواعد التحكيم المقبولة عالمياً ، التي أكدت ضرورة وجود اتفاق التحكيم ، فالتحكيم أصبح من أهم الأمور التي ينظر إليها المستثمر قبل الدخول في سوق الأوراق المالية ، فيضع صوب عينيه كيفية حل النزاع قبل الإقدام على الاستثمار ، حيث أصبح التحكيم الملتمزم بالقواعد المقبولة عالمياً ضماناً تحقق الأمان القانوني في التعامل في السوق ويجد المستثمر فيها ضالته .

• الأهداف

تسعى الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية :

- 1- إبراز موضوع اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية والمشاكل والتحديات التي يواجهها على الساحة العلمية القانونية الفلسطينية ، وذلك بتحديد الإطار القانوني الناظم لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في ضوء النظرية العامة التي كرسها قانون التحكيم الفلسطيني .

2- ترسيخ مبدأ سلطان الإرادة النسبي في التحكيم عموماً ، وفي منازعات سوق الأوراق المالية خصوصاً ، فهذا المبدأ يشكل دستور العملية التحكيمية الذي بدونه لا تجد هذه العملية أساسها القانوني .

3- هدف علمي يتركز في إثبات أن غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية يشكل مخالفة صارخة للقواعد القانونية الدستورية ، التي حمت وكفلت حق أشخاص القانون في اللجوء إلى القضاء ، والذي يعتبر حقاً مقدساً لا يجوز إجبار أي شخص على اللجوء إلى غيره أو حرمانه منه ، الأمر الذي يجعل من مقولة أن التحكيم ينقسم من حيث الإرادة إلى تحكيم إجباري وآخر اختياري تصطدم مع حق التقاضي الذي كفلته القواعد القانونية الدستورية .

4- حصر أهم المنازعات التي ألفها التعامل في سوق الأوراق المالية ، ومحاولة ربطها باتفاق التحكيم ، وذلك من خلال تطبيق هذا الاتفاق عليها .

5- إضافة دراسة علمية تتناول أحكام اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية الفلسطيني إلى المكتبة القانونية الفلسطينية .

6- الخروج بنتائج وتوصيات لازمة بشأن إقرار قواعد قانونية واضحة ، تعالج أهم الجوانب العلمية و العملية لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية .

• الإشكالية

نتيجة للأهمية القصوى التي ينالها اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية والدور الأساسي الذي يلعبه في ظل وسيلة التحكيم ، بما يحققه من أثر يرتكز على بدء العملية التحكيمية وعدم اللجوء إلى وسيلة القضاء في النزاع الذي تم الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة لحله ، فإن إسقاط أبعاد القواعد القانونية التي قررها قانون التحكيم على اتفاق التحكيم في هذه المنازعات ، يفرض لزماً على الدراسة بأن تتطرق من إشكالية رئيسة تتمحور حول :

ما هو الإطار القانوني الناظم لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، ومدى اتساقه والقواعد القانونية التي رسمت معالم وسيلة التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات ؟

• المنهجية

حتى تتم معالجة إشكالية الدراسة على أفضل وجه وتحقيقاً لأهميتها الفعالة ، فقد اعتمدنا على المناهج التالية :

1- المنهج الاستقرائي (التأسيلي) : وذلك بهدف استقراء القوانين الناظمة لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، ومراجعة الكتب والدراسات وغيرها من المراجع والمصادر التي وصلنا لها ، والتي تتضمن اتفاق التحكيم بشكل عام من ناحية ، والمراجع التي تبين الجانب المتعلق بخصوصية ذلك الاتفاق في منازعات سوق الأوراق المالية ، والاستفادة من هذه المراجع بالشكل المناسب في معالجة إشكالية الدراسة .

2- المنهج المقارن : وذلك بهدف المقارنة بين موقف المشرع الفلسطيني في قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 وقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 ، ونظام فض المنازعات والتحكيم في سوق الأوراق المالية لسنة 2007 مع القوانين والأنظمة المتقاربة معها، وكيفية الاستفادة من هذه نصوص في إيجاد حلول قانونية فعالة لإشكالية الدراسة .

3- المنهج الاستنباطي (التحليلي) : والذي يعتمد على التفكير المنطقي الاستنتاجي في تحليل نصوص قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 وقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 ، ونظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 ، وبحث مدى صواب المشرع الفلسطيني في مسلكه في تنظيم اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية .

• المخطط المنهجي

نظراً لأن البحث العلمي القانوني يتسم بالتحليل الذي لا يتصف بوضع الحدود الكمية على محتواه ، وإيماناً بذلك فإن بحث إشكالية الدراسة يقتضي تحديد منازعات سوق الأوراق المالية وبحثها في مجرى المناط العام لاتفاق التحكيم ، وذلك من خلال تبين مضمون هذا الاتفاق في منازعات سوق الأوراق المالية ، وفي إطار ذلك يتضح مدى التزام اتفاق التحكيم في هذه المنازعات بالقواعد التي قررها التنظيم القانوني لاتفاق التحكيم في هذا الشأن (الفصل الأول) .

وبعد ذلك ونظراً لأن القاعدة العامة في وسيلة التحكيم تقتضي بأن اتفاق التحكيم يتجسد تكييفه القانوني بأنه عمل قانوني صادر من جانبين ، فإن هذا التكييف يتوجب أن يتوافر في شتى اتفاقات التحكيم التي تحيل المنازعات القابلة للتحكيم للفصل فيها من خلال هذه الوسيلة ، ونتيجة لذلك فإن هذا التكييف - بحسب القاعدة العامة - يتوجب أن يتواجد في اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، ولكن بعد إسقاط هذا التكييف على القواعد التي نظمت اتفاق التحكيم في منازعات

سوق الأوراق المالية ، فإنه يتبين أن هذه القواعد قد انتهكت التكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم ، وذلك من خلال تقريرها غياب اتفاق التحكيم في هذه المنازعات ، وهذا ما يقتضي البحث في مصير هذا الانتهاك وذلك من خلال إلغاء القواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم (الفصل الثاني) .

وبعد تقديم الحلول القانونية التي تضمن إلغاء غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، وهذا ما يضمن سريان التكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم على الاتفاق الذي يحيل منازعات سوق الأوراق المالية للتحكيم ، فإنه يتوجب في إطار استكمال بحث اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية أن يتم التعرض لأبرز المنازعات التي تحصل في هذا السوق ، للمزاوجة ما بين الجانب النظري من جهة ، والجانب التطبيقي من جهة أخرى (الفصل الثالث) .

وبناء على ما تقدم ، فإننا نجيب عن إشكالية الدراسة من خلال المخطط المنهجي الهيكلي التالي :

الفصل الأول : مضمون اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

المبحث الأول : مفهوم اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

المطلب الأول : تعريف اتفاق التحكيم

المطلب الثاني : ماهية المنازعات في ميدان سوق الأوراق المالية

المبحث الثاني : نطاق اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

المطلب الأول : القابلية العامة للتحكيم

المطلب الثاني : خصوصية قابلية التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

الفصل الثاني : معضلة غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

المبحث الأول : ماهية غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

المطلب الأول : موقف القواعد القانونية المقارنة من غياب اتفاق التحكيم

المطلب الثاني : مظاهر غياب اتفاق التحكيم

المبحث الثاني : مصير غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للقواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم

المطلب الثاني : إلغاء القواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم

الفصل الثالث : تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية المألوفة

المبحث الأول : تطبيق اتفاق التحكيم في المنازعات المتعلقة بنزاهة التعامل في السوق

المطلب الأول : تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات الإفصاح عن المعلومات المادية

المطلب الثاني : تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات المضاربة غير المشروعة

المبحث الثاني : تطبيق اتفاق التحكيم في المنازعات المتعلقة بممارسة أعمال الأوراق
المالية

المطلب الأول : تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات مخالفة المتطلبات القانونية للعمل

المطلب الثاني : تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات استغلال ثقة العميل

مضمون اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

تعتبر إرادة الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعهم المضمون الرئيس في اتفاق التحكيم ، فلا وجود لهذا الأخير من غير وجود إرادة أقرها المشرع وسمح بها في اختيار وسيلة أخرى بخلاف الوسيلة الأصلية وهي القضاء . وإن كان هذا المضمون يشكل الفكرة العامة لاتفاق التحكيم، فإنه من غير الممكن القول بوجود مضمون من غير وجود مفهوم يجسد هذا المضمون ، وهذا ما يتطلب ضرورة العناية بالمفهوم الحامل للمضمون ، ولا يتأتى ذلك إلا بتبيين التعريف الذي يقوم عليه اتفاق التحكيم ، وهذا التعريف هو تعريف عام يتوافر في أي اتفاق تحكيم بغض النظر عن النزاع الذي يكون مداره ، ولأن مناط تناولنا لاتفاق التحكيم قد قيدناه في منازعات سوق الأوراق المالية ، فإن هذا المنطقتي يقتضي بحث منازعات سوق الأوراق المالية ، بتبيين دلالة السوق في الأوراق المالية والتوصل لمصطلح منضبط للمنازعات الواقعة في هذا السوق (المبحث الأول) .

وعلى الرغم من أن مضمون اتفاق التحكيم يستند بالأساس على إرادة أطراف النزاع التي قدرها المشرع ، فإن هذه الإرادة ليست مطلقة من أي قيد ، بل إن المشرع في إطار تنظيمه لوسيلة التحكيم عمد إلى إخراج جملة من المنازعات من أن تكون مداراً لوسيلة التحكيم ، فوضع المشرع قاعدة أمره تمنع أطراف اتفاق التحكيم من اختيار التحكيم كوسيلة لحل منازعات محددة ، وهذا ما تجلى بفكرة قابلية النزاع للتحكيم ، فهذه القابلية قد استخدمت أسلوب تحديد نطاق اتفاق التحكيم بجعله لا يقوم على مرتكز قانوني إذا كانت المنازعات التي تم الاتفاق على حلها ، تدخل في إطار ما أخرج المشرع من المنازعات التي لا تكون مداراً لاتفاق التحكيم . وإن إسقاط هذه الفكرة على منازعات سوق الأوراق المالية ، يقتضي البحث في مدى دخول هذه المنازعات في منطقة قابلية التحكيم ، فإذا انتفت عنها صفة عدم القابلية فإنه بذلك من الممكن أن تكون منازعات تصلح لها وسيلة التحكيم ، وبالتناوب تصلح لأن تكون مداراً لاتفاق التحكيم ، وأما إذا لم تدخل في هذه المنطقة فإنها تخرج من وسيلة التحكيم وبالتناوب من اتفاق التحكيم ، ومن ثم يكون مردها للوسيلة الأصلية ، وهي القضاء (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

مفهوم اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

تلعب المفاهيم (Concepts) دوراً جوهرياً في المعرفة¹ ، فهي تعمل على تجميع الأشياء والأحداث والأفكار عن طريق خصائصها المشتركة وتصنيف المعارف والأحداث والحقائق ، وتسهيل تفسيرها عند التطبيق على مواقف جديدة مشابهة للمواقف التي سبق علمها ، وتعد خطوة ضرورية للوصول إلى التعميمات والنظريات والمبادئ ، وبذلك فإن المفاهيم تعتبر مفاتيح المعرفة².

وترتيباً على ما تقدم ، فإن الوصول إلى مفهوم اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية يفترض تحليله إلى وحداته الأساسية ، مع إحداث التمييز بين مستوياته المختلفة والمتنوعة ، وفي ذلك لا بد من القيام بجملة من العمليات التي تتشابه مع بعضها بعضاً إلى حين الوصول إلى بناء صلب لهذا المفهوم ، فالتجسيد المتكامل للبناء المعرفي لمفهوم اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية لا يتأتى إلا من خلال التحليل الذي يرسم معالم اتفاق التحكيم ، وذلك بوضع الحدود التي تفصله عن غيره ، وهذا ما يتجسد في إيضاح اتفاق التحكيم سواء أكان ذلك من خلال التعريف اللغوي أو الاصطلاحي القانوني (المطلب الأول) .

وإذا خلصنا إلى تجسيد فكرة اتفاق التحكيم من خلال تعريفه، فإن ربطه بمنازعات سوق الأوراق المالية يتطلب أن نضع مداراً لهذه المنازعات من خلال الوصف الدقيق لها عبر تحديد ماهيتها، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تبين دلالة السوق في الأوراق المالية ، حيث إن هذا السوق هو الحاضن للمنازعة المتولدة في ظلّه، وبعد ذلك نعمل على ضبط مصطلح المنازعات الواقعة في سوق الأوراق المالية ، بتبيين مضمونها الذي يميزها عن غيرها من المنازعات (المطلب الثاني) .

¹ يهيمن الترابط والتطوير على العلاقة القائمة ما بين المفهوم والمعرفة ، فكما تطورت المفاهيم تطورت المعرفة ، وبذلك تشكل المفاهيم الوحدات البنائية للعلم المعرفي وتحقق وظيفته في التنوير والتفسير .

فنون ، زاهر (2012) : أثر استخدام نموذج التعلم التوليدي و العصف الذهني في تنمية المفاهيم والاتجاه نحو الأحياء لدى طلاب الصف الحادي عشر بمحافظات غزة . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين ، ص 42 - 43 .

² يتحدد المفهوم بالصفات والخصائص التي تجمع الموضوعات التي ينطبق عليها اللفظ ، تحديداً يكفي لتمييزها عن غيرها من الموضوعات ، فهو أشبه بوعاء معرفي يحمل الخصائص والهوية المميزة له ، وبذلك يتمحور المفهوم في الفكرة العامة ، التي تمثل طبقة أو مجموعة من الموضوعات أو الظواهر تحمل ذات المواصفات أو تجمعها صفة أو صفات مشتركة .

بوجمة ، سلام (2012) : تعليم وتعلم المفاهيم العلمية - مادة علوم الطبيعة والحياة نموذجاً - . مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية ، العدد 8 ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة - الجزائر ، ص 60 - 61 .

تعريف اتفاق التحكيم

يرتبط المفهوم ارتباطاً وثيقاً بالمصطلح ، حيث إن الأول هو من يعطي للثاني وجوده ، فهو من يثبتته ويسميه وينقله من وجوده الذهني التصوري التجريدي الكلي إلى عالم الإدراك الحسي المادي، ويمنحه بعد ذلك صفة التداول . و لكي يكتسب المفهوم وجوده ، فإنه لا بد من تأطيره وتسميته ، وهذا ما يتكفل المصطلح بإحداثه ، وذلك من خلال تحديد المفهوم في عالم التواصل اللغوي والمعرفي³ .

فالمصطلح (Term) هو التعارف المخصوص المتجسد في اتفاق بين مجموعة متخصصة على وضع ألفاظ تدل على مباشرة ما يتداولونه ، فهو التعبير عن مفهوم من المفاهيم العلمية الذي يتفق عليه علماء ذلك العلم⁴ ، فالاصطلاح يجعل للألفاظ مدلولات جديدة غير مدلولاتها اللغوية الأصلية⁵. ويعتبر التعريف (Definition) مفتاح المفهوم المصطلحي⁶ ، حيث إنه يحصر إطاره ويحدد معالمه مما يسمح بتصوره وتقريبه من المدارك ، فهو الوصف اللفظي للتصور⁷ .

وحتى نستطيع الوصول إلى تعريف مصطلح اتفاق التحكيم - في إطار ما تقدم - ، فإنه يتوجب بحث تعريف اتفاق التحكيم بحسب استعمال اللغويين لهاتين الكلمتين (الفرع الأول) ، ثم بعد ذلك نعبر عن مفهوم اتفاق التحكيم من خلال التعريف الاصطلاحي ، ونظراً لأننا في مضمار علم القانون ، فإنه إذا ما كان المصطلح يقتضي التجاوز من المعنى اللغوي إلى التعريف الذي يتواجد في علم معين ، فإننا ننحصر بالتجاوز إلى علم القانون دون غيره من العلوم الأخرى (الفرع الثاني).

³ ساوري ، بوشعيب (2011) : إشكالية الانتقال من المفهوم إلى المصطلح . في : الملتقى الدولي الأول في المصطلح النقدي ، 09 - 01 مارس 2011 . جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة - الجزائر ، ص 18 .

⁴ لا بد في كل مصطلح من تجاوز المعنى اللغوي والخروج منه إلى معنى خاص ليكون مصطلحاً وإلا بقي معنى لغوياً عاماً غير خاص بعلم محدد .

سلمان ، فائق (2010) : تطور المصطلح بين اللغة والكتابة . مجلة سر من رأى ، المجلد 6 ، العدد 21 ، جامعة سامراء ، سامراء - العراق ، ص 173 .

⁵ شمري ، مهدي (2011) : في المصطلح ولغة العلم . منشورات جامعة بغداد ، جامعة بغداد ، بغداد - العراق ، ص 51 .

⁶ يقوم المفهوم المصطلحي على ركنين أساسيين ، الأول يتعلق بالشكل أو التسمية وهي المفردات اللغوية التي استخدمها ، وأما الثاني فهو المفهوم أو التصور . ويوجد هذان الركنان التحديد أو التعريف الذي يقوم على الوصف اللفظي للتصور الذهني .

نوري ، مليكة (2011) : المصطلح النقدي في العصر الحديث . في : الملتقى الدولي الأول في المصطلح النقدي ، 09 - 01 مارس 2011 . جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة - الجزائر ، ص 4 .

⁷ تكمن أهمية تعريف المصطلح في أنه يميزه ويخصمه فيجعل له دلالة ملازمة له في الخطاب المتخصص ، كما يعتبر أيضاً تبييناً للمصطلح الذي يعبر عن المفهوم.

لرقش ، وهبية (2008) : المصطلح العلمي العربي وإشكالية عدم استقراره - دراسة تطبيقية على بعض مصطلحات علوم الوراثة - رسالة ماجستير ، جامعة منتوري ، قسنطينة - الجزائر ، ص 24 .

الفرع الأول : التعريف اللغوي

يعمل التعريف اللغوي على توضيح معنى الكلمة في سياقها اللغوي ، فلا يسمى اللفظ الذي يدل على المفهوم كلمة ، بل يسمى مصطلحاً ، فالكلمة لها معنى والمصطلح له مفهوم ، فالكلمة تنتمي إلى لغة عامة ، أما المصطلح فينتهي إلى لغة متخصصة ، أي اللغة العلمية أو التقنية⁸.

وإذا أردنا أن نعرف (اتفاق التحكيم) في اللغة العربية ، فإنه لا مناص لأماننا سوى العودة إلى معاجم اللغة العربية ، حيث إن المعاجم هي تلك الكتب التي تضم مفردات اللغة مقرونة بشرحها وتفسير معانيها ، فالمعاجم هي المصنوع الذي تتمثل فيه علاقة اللفظ بالمعنى ، ولذلك فإن المعاجم هي عالم معنى الكلمات الحي الذي يحقق التواصل بين الأفراد المستعملين للغة⁹.

و (اتفاق التحكيم) مركب إضافي يتكون من مضاف هو لفظة الاتفاق ، ومضاف إليه هو لفظة التحكيم ، وإذا أردنا أن نعرف (اتفاق التحكيم) تعريفاً إضافياً ، فلا بدّ أن نفكك جزئي هذا المركب، فنعرف كل جزء على حدة . وعليه ، فسنعرف المضاف (الاتفاق) (أولاً) ومن ثم نعرف المضاف إليه (التحكيم) (ثانياً) .

أولاً : معنى كلمة (اتفاق)

حتى نستطيع الوصول إلى معنى كلمة (اتفاق) في المعاجم اللغوية العربية ، فإن ذلك يقتضي إرجاعها إلى الأصل الذي أخذت منه ، ذلك أن البحث عن معنى كلمة ما في المعجم اللغوي يقتضي العودة إلى الجذر الذي أخذت منه الكلمة ، وذلك بعد إزالة الزوائد التي طرأت على الجذر .

فـ (الاتفاق) مصدر الفعل (اتفق) ، وهو فعل ثلاثي مزيد بحرفين هما الهمزة في أوله والتاء بين فاء الجذر وعينه ، جرى بناؤه على وزن (افتعل) ، وهو مأخوذ من الأصل الثلاثي المجرد (وفق)¹⁰ . ومن أجل الوقوف على المعنى اللغوي لهذه الكلمة فإنه لا بد من الخوض في غمار

⁸ تكمن العلاقة ما بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي ، في اشتراكهما في الرمز اللغوي ، حيث إن المصطلح يتوافر على كلمة أو مجموعة من الكلمات يتم استخدامها على نحو يتواءم والحقل العلمي أو التقني ، الذي استخدمت هذه الكلمة أو الكلمات للتعبير عن مفهومه، فيغاير المعنى اللغوي الذي دُرَج على استعماله في اللغة ، فالرمز في اللغة غير قاصر على علم أو طائفة معينة ، بل يكون ملكاً لمستخدمي هذه اللغة ، ويكون معناه بحسب الاستعمال العادي للغة من غير تخصص ، وفي ذلك فإن الوصول إلى معنى الكلمة في اللغة العربية يتحدد بكيفية استعمال العرب لهذه الكلمة .

قاسمي ، علي (1998) : النظرية الخاصة في علم المصطلح وتطبيقاتها في مهنة المحاماة . مجلة اللسان العربي ، العدد 45 . مكتب تنسيق التعريب ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، الرباط - المغرب ، ص 1113 - 1114 .

⁹ حسكر ، ناديا (2003) : المعجم العربي بين الواقع والطموح . مجلة مجمع اللغة العربية بدمشق ، المجلد 78 ، الجزء 3 ، مجمع اللغة العربية ، دمشق - سوريا ، ص 655 .

¹⁰ مساهمو ويكاموس (2009) : معنى كلمة اتفق . ويكاموس - القاموس الحر - .

(<http://ar.wiktionary.org/w/index.php?title=%D8%A7%D9%90%D8%AA%D9%8E%D9%91%D9%81%D9%8E%D9%82%D9%8E&oldid=356115> , 16.02.2013)

الجزر التي ترد إليه ، وهو (وفق) ، على أن يكون مرشدنا في ذلك المعاجم العربية القديم منها والحديث .

ومن جل المعاني التي أوردتها المعاجم العربية للأصل المجرد (وفق) ¹¹ ، فإنه يتبين الاتساع في معناه وتعدد المعاني الفرعية باختلاف الزوائد التي طرأت على هذا الجزر . ومن الممكن اختزال

¹¹ جاء معنى الجزر (وفق) في (معجم مقاييس اللغة) بأنه :

" الواو والفاء والقاف : كلمة تدل على ملاءمة الشينين . منه الوُوقُ : الموافقة . واتفق الشينان : تقاربا وتلاءما . ووافقت فلانا : صادفته ، كأنهما اجتماعا متوافقين " .

أبو الحسين ، أحمد بن فارس بن زكريا (ت 395 هـ) : مقاييس اللغة ، تحقيق هارون عبد السلام . الطبعة الأولى ، الجزء السادس . دار الجيل ، بيروت - لبنان ، 1991 ، ص 128 .

أما في (المنجد الأبجدي) فإنه قد ورد معنى هذا الجزر بأنه :

" وفاقا وموافقة ، ومنه وفقه صادقه ، وواقفه في أو على شيء : ضد خالفه ، ووافق بين الشينين أحم بينهما ، الاتفاق : تعاقد بين فريقين أو أكثر على أمور معينة . يقال (اتفاق اقتصادي) (اتفاق تجاري) (اتفاقاً) : صدفة " .

دار المشرق (1987) : المنجد الأبجدي ، الطبعة الخامسة . دار المشرق ، بيروت - لبنان ، ص 11 و ص 1135 .

وإن كان المجمعين السابقين قد اقتضيا في حصر المعنى المشتق من الأصل (وفق) ، فإنه من جهة أخرى ، عمد معجم اللغة العربية المعاصر ومعجم لسان العرب والمعجم الوسيط إلى التوسع في معنى هذه الكلمة واستعمالاتها . فعلى صعيد (معجم اللغة العربية المعاصر) جاء معنى (اتفق) على النحو التالي :

" اتفق ، اتفق على ، اتفق في : يتفق ، اتفقا ، فهو متفق ، والمفعول متفق عليه . اتفق الأمر : وقع عرضاً وصدفة " اتفق أن التقيت به في الخارج " ، كما اتفق : عرضاً - كيفما اتفق : على أية شاكلة ، كيفما كان . اتفق القوم : تقاربوا واتحدوا " اتفقت أقوال الشهود - اتفق مرشحان ضد ثالث - اتفق الثلاثة في حبه للموسيقى " . اتفق مع فلان : وافقه ، انسجم معه " اتفقت رغبته مع رغبتي - سياسة تتفق مع إرادة البلد - اتفق البائع مع المشتري . اتفق اتفاقاً ودياً : تفاهموا واجتمعوا على أمر " اتفقت أحزاب الأكثرية " . اتفق الشخصان على شيء / اتفق الشخصان في شيء : تواطا على أمر واحد لا خلاف فيه ، اجتمعت كلمتهما ولم يختلفا " اتفق الزوجان على عدم الشجار - اتفق مع صديقه على موعد - اتفقا أن يكون بدء مشروعهما بمبلغ بسيط " ، اتفق : مصدر اتفق ، اتفق في ، اتفق مبدي : اتفق أولي ، من حيث المبدأ باتفاق الآراء - بالإجماع - يعقد اتفاقاً مع فلان : يوقع وثيقة تراض تتم بين دولتين فأكثر على إثر نزاع بحالة النزاع على التحكيم " ، اتفق سياسي / ملزم للطرفين - اتفق عدم الاعتداء " . قبول بتراض بين طرفين فأكثر " اتفاق تجاري " . اتفاق ضمني : اتفاق حاصل بين شخصين أو أكثر بطريقة غير معلنة أو غير مباشرة ، أي بوسيلة لا تتفق والمؤلف بين الناس في الكشف عن الإرادة ، ولكن يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال ، وليس هناك فارق بين الاتفاق الصريح والاتفاق الضمني من حيث النتيجة ، اتفاقية : مصدر صناعي من اتفاق : موضوع يتفق طرفان عليه . اتفاق رسمي بين دول أو جماعات له هدف تشريعي أو اجتماعي أو سياسي " اتفاقية العمل / النقد - اتفاقية ثنائية / تجارية " .

عمر ، أحمد (2008) : معجم اللغة العربية المعاصرة ، الطبعة الأولى ، الجزء الرابع . دار عالم الكتب ، القاهرة - مصر ، ص 2473 - 2473 .

وفي (معجم لسان العرب) جاء معنى الأصل المجرد (وفق) على النحو التالي :

" وفق : الوفاق : الموافقة . والتوافق : الاتفاق والتظاهر . ابن سيده : وفق الشيء ما لاءمه وقد وافقه موافقة ووفقا واتفق معه وتوافقا . غيره : وتقول هذا ووفقه وفاقه وفاقه وسبه وعدله واحد . الليث : الوفاق كل شيء يكون متفقا على تيفاق واحد فهو وفق كقوله : يهوين شتى ويقعن وقفا ، ومنه الموافقة . تقول : وافقت فلانا في موضع كذا أي صادفته ، ووافقت فلانا على أمر كذا أي اتفقتنا عليه معا ، ووافقته أي صادفته . ووفقت أمرك أي وفقت فيه ، وأنت تفق أمرك كذلك . ويقال : وفقت أمرك تفق ، بالكسر ، فيهما أي صادفته موافقا ، وهو من التوفيق كما يقال رشدت أمرك . والوفق : من الموافقة بين الشينين كالالتحام ؛ قال عويف القوافي : يا عمر الخير الملقى وفقه سميت بالفاروق فافرق فرقه ، وجاء القوم وفقا أي متوافقين . وكنت عنده وفق طلعت الشمس أي حين طلعت أو ساعة طلعت ؛ عن الليثاني . ووفقه الله سبحانه للخير : ألهمه ، وهو من التوفيق . وفي الحديث : لا يتوفق عبد حتى يوفقه الله . وفي حديث طلحة والصبيد : إنه وفق من أكله ، أي دعا له بالتوفيق واستصوب فعله . واستوفقت الله أي سألته التوفيق . والوفق : التوفيق . وإن فلانا موفق رشيد ، وكنا من أمرنا على وفاق . ووفق أمره يفق ، قال الكسائي : يقال رشدت أمرك ووفقت رأيك ، ومعنى وفق أمره وجده موافقا . وقال الليثاني : وفقه فهمه . وفي النوادر : فلان لا يفق لكذا وكذا أي لا يقدر له لوقته . ويقال : وفقت له ووفقت له ووفقت له ووفقت له ، وذلك إذا صادفني ولقيني . وأتانا لوفق الهلال ولميفاقه وتوفيقه وتيفاقه وتوفاقه أي لطلوعه ووقته ، معناه أتانا حين الهلال . وحكى الليثاني : أتيتك لوفق تفعل ذلك وتوفاق وتيفاق وميفاق أي لحين فعلك ذلك ، وأتيتك لتوفيق ذلك وتوفق ذلك ؛ عنه أيضا لم يزد على ذلك . وفي حديث علي - رضي الله عنه - وسئل عن البيت المعمور فقال : هو بيت في السماء تيفاق الكعبة أي حذاءها ومقابلها . يقال : كان ذلك لوفق الأمر وتوفاقه وتيفاقه ، وأصل الكلمة الواو والياء زائدة . ووفق الأمر يفقه : فهمه ؛ عن الليثاني ونظيره قولهم ورع يرع وله نظائر كورم يرم ووثق يثق ، وكل لفظة منها مذكورة في موضعها . ويقال : حلوبة فلان وفق عياله أي لها لبن قدر كفايتهم لا فضل فيه ، وقيل : قدر ما يقوتهم ؛ قال الراعي : أما الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له سبب أبو زيد : من الرجال الوفيق وهو الرفيق ؛ يقال : رفيق وفيق . وأوفقت السهم إذا جع فوقه في الوتر لترمي ، لغة ، كأنه قلب أفوقت ، ولا يقال أفوقت ، واشتق هذا الفعل من موافقة الوتر محز الفوق ؛ قال الأزهري : الأصل أفوقت السهم من الفوق ، قال : ومن قال أفوقت فهو مقلوب . الأصمعي : أوفق الرامي إيفاقا إذا جعل الفوق في الوتر ؛ وأنتشد : وأوفقت للرمي حشرات الرشق ، ويقال : إنه لمستوفق له بالحجة ومفيق له إذا أصاب فيها . ابن بزرج أوفق القوم الرجل دنوا منه واجتمعت كلمتهم عليه ، وأوفقت الإبل : اصطفت واستوتت معا ، وقد سمعوا موفقا ووفقا " .

هذه المعاني التي قدمتها المعاجم العربية لهذا الأصل في اثني عشر معنى ، فقد يأتي بمعنى الملاءمة ، مثل وفق الشخص الشئيين ، كما ويأتي بمعنى الإلجام ، وفق الشخص الغرس بالأرض ، والتقارب ما بين الطرفين ، مثل أن يتوافق أحمد مع محمود على أمر معين ، فبذلك تجتمع إرادتهم على أمر معين ، كما يأتي بمعنى الانسجام والتفاهم ، ويأتي بمعنى التعاقد ، كأن يتفق الشخص على أن يشتري من البائع قطعة أرض ، ويأتي بمعنى تسوية الشيء وتعديله ، مثل أوفق الشخص التربة أي سواها وعدلها ، ويأتي بمعنى الإرشاد والاستصواب ، مثل وفقه الله أي أرشده الله ، ويأتي بمعنى الالتقاء ، كأن يقول شخص لآخر وافقني عند فلان ، أي قابلني عنده ، ويأتي بمعنى التعليق على حدوث أمر معين ، مثل أن يقول شخص لآخر لن أتيتك إلا لتوافق الشمس شروقها ، كما قد يأتي بمعنى الفهم ، كأن يقول شخص لآخر هل وفقك الأمر ؟ أي هل فهمت الأمر ، كما ويأتي بمعنى الاصطفاف والاستواء ، كقولنا بأن الإبل وفقك عند النهر ، أي اصطفت واستوت عند النهر ، كما قد يأتي بمعنى الاقتراب والدنو ، كمثل أن نقول بأن الجماعة أوفقت الشخص ، أي اقتربت ودنت منه ، وأخيراً فإنه يأتي بمعنى المفاجئة والصدفة ، كمثل قول شخص لآخر اتفق أني قابلتك اليوم ، أي صادف أني قابلتك اليوم ، فالمقابلة قد حدثت عرضاً .

ابن المنظور ، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي (ت 711 هـ) : لسان العرب ، تحقيق حسب الله محمد وآخرون . الجزء السادس عشر . دار المعارف ، القاهرة - مصر ، بدون تاريخ ، ص 4884 .
أما في (المعجم الوسيط) فقد جاء معنى الجذر (وفق) على النحو التالي :

" (وفق) الأمر الأمر ، (يَفِقُ) وفقاً كان صواباً موافقاً للمراد والأمر صادفه موافقاً لإرادته وفهمه ، (أوفق) القوم لفلان دنوا منه واجتمعت كلمتهم عليه والإبل اصطفت واستوت معا ويقال أوفق فلان لفلان كان لقاءه فجأة ومصادفة ، (وافق) فلان بين الشئيين موافقة ووفقاً لأمم وفلان صادفه وفلان فلاناً في الشئ عليه اجتمعا على أمر واحد فيه ، (وفق) بين القوم أصلح وبين الأشياء المختلفة ضمها بالمناسبة والله وفق فلاناً ألهمه الخير والله أمر فلان أعطاه له موافقاً لمراده ، (اتفق) مع فلان وافقه والأتان تقارباً واتحداً ، (توافقت) الجماعة اتفقت وتظاهرت وفي الأمر تقاربوا ، (توفق) فلان وفقه الله وأرشده وفي الحديث لا يتوفق عبد حتى يوفقه الله ، (استوفق) الله سألته التوفيق ويقال استوفق له بالحجة أصاب فيها ، (الاتفاق) في القانون الدولي اتفاق يتم بين دولتين على إثر نزاع بينهما بإحالة النزاع على التحكيم ، (الاتفاقية الدولية) ميثاق بين دولتين فأكثر يتعلق ببعض الشؤون كالضرائب والنقد والبريد والصحة والعمل ، (التوافق) - في الفلسفة - أن يسلك المرء مسلك الجماعة ويتجنب ما عنده من شذوذ في الخلق والسلوك ، (التوافق) ، يقال أتيتك لتوافق الأمر أي لحين حدوثه ، (التوفيق) يقال أتيتك لتوفيق الهلال أي حين أهل ، (التوفيق) من الله للعبد سد طريق الشر وتسهيل طريق الخير ويقال أتيتك لتوفيق الهلال أي حين أهل و (في القانون الدولي) محاولة إحدى الدول الإصلاح بين دولتين متنازعتين ، (التيفاق) يقال أتيتك لتيفاق الأمر أي لتوفيقه والبيت المعمور تيفاق الكعبة أي حذاءها ، (التيفاق) يقال أتيتك لتيفاق الهلال أي حين أهل ، (المتفق) - عند العروضيين - الدخيل الذي اضطر الشاعر إلى إعادته بعينه ، (الوفاق) - في القانون الدولي - اصطلاح يطلق على مختلف الاتفاقات الدولية في أي صورة كانت ولو بتبادل الخطابات مثلاً ، (الوفاق المعلم) اتفاق يوقعه مفاوضو الطرفين بالحروف الأولى من أسمائهم وهو لا يقيد إلا الموقعين دون غيرهم ويعد مرحلة من المراحل الموصلة إلى المعاهدة النهائية ، (وفاق الأشراف) اتفاق دولي لا يشترط فيه توافق الأوضاع التي تلتزم في المعاهدات والاعتماد في تنفيذه على شرف المتفقين وصدقهم ، (الوفق) وفق الشئ ما لاعمه ، يقال حلوبته وفق عياله لها لين قدر كفايتهم لا فضل فيه ، والمتوافقون يقال جاء القوم وفقاً أي متوافقين ، وكنت عنده وفق طلعت الشمس حين طلعت أو ساعة طلعت "

مجمع اللغة العربية (1972) : المعجم الوسيط ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني ، إخراج أنيس إبراهيم وآخرون . مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، مصر ، ص 1046 - 1047 .

ثانياً : معنى كلمة (تحكيم)

بعد تقديمنا فيما سبق استعمال العرب لكلمة (اتفاق) بردها إلى الأصل المجرد الذي أخذت منه وهو (وفق) ، فإننا سنتولى فيما يأتي العودة إلى معاجم اللغة العربية ؛ لتبين المضاف إليه في لفظ (اتفاق التحكيم) ، وهو كلمة (التحكيم) ، وذلك نظراً لأن التعريف اللغوي يقوم على الاستعمال اللغوي للكلمة بتجرد من مفهومها في حقل علمي معين .

(التحكيم) هو مصدر للفعل الماضي الرباعي (حَكَمَ) - بتشديد الكاف - فكل ما كان فعله الماضي مضعف العين (فعَلَ) ، فإنه مصدره يأتي بزيادة التاء والياء ، فينقلب إلى (تفعليل)¹² ، وحتى نستطيع التوصل لمعناه فإنه يجب إرجاعه لأصله الثلاثي ، وهو (حكم) بإسقاط التضعيف عن الكاف ، وبذلك فإن مدار بحثنا في مراجع اللغة العربية يرتكز على الأصل الثلاثي (حَكَمَ) .

ومن الممكن أن نجمل المعاني التي أوردتها معاجم اللغة العربية للأصل الثلاثي (حكم) بتبيين الإيضاح الذي يكمن وراء استعماله في اللغة العربية¹³ ، فقد يأتي بمعنى الفصل والحل ، مثل حكم

¹² سيد ، محمود (2011) : أساسيات القواعد النحوية - مصطلحاً وتطبيقاً - ، الطبعة الثالثة . الهيئة العامة السورية للكتاب ، وزارة الثقافة السورية ، دمشق - سوريا ، ص 112 .

¹³ جاء الأصل الثلاثي (حكم) في (المعجم الوجيز) على النحو التالي :

" (حكم) بالأمر - حكماً ، قضى ، يقال : حكم له ، وحكم عليه ، وحكم بينهم . و - الفرس : جعل للجامه حكمة . حكم - حكماً : صار حكيماً . (احكم) الفرس : حكمه . والشيء والأمر : أتقنه . والتجارب فلاناً : جعلته حكيماً . (حاكمته) إلى الله تعالى ، وإلى الكتاب ، وإلى المحاكم : خاصمه ودعاء إلى حكمه . و - المتهم : استجوبه فيما نسب إليه ، (حكم) فلاناً في الشيء والأمر : جعله حكماً . وفي القرآن الكريم (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) . (احتكم) الشيء والأمر : توثق وصار محكماً . و - الخصمان إلى المحاكم : رفعا خصومتها إليه . و - في الشيء والأمر : تصرف فيه كما يشاء . يقال احتكم في مال فلا ، واحتكم في أمره . (تحاكما) احتكما . (تحكم) استبدي . (استحكم) الشيء والأمر : توثق وصار محكماً . و - عليه الشيء : التيس . يقال : استحكم عليه الكلام . (الحاكم) : من نصب للحكم بين الناس ، وجمعه حكام . (الحكم) : العلم ، والتفقه . و - الحكمة . يقال : الصمت حكم . و - : القضاء . (الحكم) : من أسماء الله الحسنى . و - : الحاكم . و - : من يختار للفصل بين المتنازعين . وفي القرآن الكريم : (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها) . (الحكمة) : العلم والتفقه . وفي القرآن الكريم : (ولقد آتينا لقمان الحكمة) . و - : الفلسفة . و - : العلة . ويقال حكمة التشريع . وما الحكمة في ذلك . و - : الكلام الذي يقل لفظه ويجل معناه ، و (علم الحكمة) : الكيمياء والطب . (الحكمة) - حكمة اللجام : حديدته التي تكون في الفرس ويتصل بها الذراعان . ويقال : رفع شأنه وقدره . (الحكيم) : من أسماء الله الحسنى . والذكر الحكيم : القرآن ، لأنه الحاكم للناس وعليهم ، ولأنه محكم لا اختلاف فيه ولا اضطراب . و - الفيلسوف . و - : الطبيب ، حكماً . (المحكم) : المتقن . و - من القرآن : الظاهر الذي لا شبهة فيه ولا يحتاج إلى تأويل . وفي القرآن الكريم : (منه آيات محكمات هم أم الكتاب وأخر متشابهها) . (المحكمة) : هيئة تتولى الفصل في القضاء . و - : مكان انعقاد هيئة الحكم "

مجمع اللغة العربية (1994) : المعجم الوجيز ، طبعة وزارة التربية والتعليم . مجمع اللغة العربية ، القاهرة - مصر ، ص 165 .
وأما في (معجم النهاية في غريب الحديث والأثر) فقد ورد الأصل (حكم) على النحو التالي :

" (حكم) في أسماء الله تعالى " الحكم والحكيم " هما بمعنى الحاكم ، وهو القاضي . والحكيم فعيل بمعنى فاعل ، أو هو الذي يحكم الأشياء ويتقنها ، فهو فعيل بمعنى مفعول . وقيل : الحكيم : ذو الحكمة . والحكمة عبارة عن معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم . ويقال لمن يحسن دقائق الصناعات ويتقنها : حكيم . ومنه حديث صفة القرآن " وهو الذكر الحكيم " أي الحاكم لكم وعليكم ، أو هو المحكم الذي لا اختلاف فيه ولا اضطراب ، فعيل بمعنى مفعول ، أحكم فهو محكم . ومنه حديث ابن عباس " قرأت المحكم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم " يريد المفصل من القرآن ، لأنه لم ينسخ منه شيء . وقيل : هو ما لم يكن متشابهاً ؛ لأنه أحكم بيانه بنفسه ولم يفتقر إلى غيره . وفي حديث أبي شريح " أنه كان يكنى أبا الحكم ، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم - : إن الله هو الحكم ، وكناه بأبي شريح " . وإنما كره له ذلك لنلا يشارك الله تعالى في صفته . وفيه إن من الشعر لحكماً أي إن من الشعر كلاماً نافعاً يمنع من الجهل والسفه ، وينهى عنهما . قيل : أراد بها المواعظ والأمثال التي ينتفع بها الناس . والحكم : العلم والفقه والقضاء بالعدل ، وهو مصدر حكم يحكم . ويروى إن من الشعر لحكمة وهي بمعنى الحكم . ومنه الحديث " الصمت حكم وقليل فاعله " . ومنه الحديث الخلافة في فريش ، والحكم في الأنصار خصمهم بالحكم ؛ لأن أكثر فقهاء الصحابة فيهم : منهم معاذ بن جبل ، وأبي بن كعب ، وزيد بن ثابت ، وغيرهم . ومنه الحديث وبك حاكمت أي رفعت الحكم إليك فلا حكم إلا لك . وقيل : بك خاصمت في طلب الحكم وإبطال من نازعني في الدين ، وهي مفاعلة من الحكم . وفيه " إن الجنة للمحكمين " يروى بفتح الكاف وكسرهما ، فالفتح : هم الذين يقعون في يد العدو فيخبرون بين الشرك والقتل فيختارون القتل . قال الجوهري : هم قوم من أصحاب الأخدود فعل بهم ذلك فاخترتوا الثبات على الإيمان مع القتل . وأما بالكسر فهو المنصف من نفسه . والأول الوجه . ومنه

شخص في النزاع ما بين الطرفين ، أي حل ورفع النزاع فيما بينهما ، ويأتي بمعنى المخاصمة ، كأن نقول : حاكمت شخصاً إلى المحكمة ، أي خاصمته أمام قاضي المحكمة ، ويأتي بمعنى الإلتقان، مثل قول شخص لآخر : أحكمت الكتابة ، أي أتقنتها وأحسننت فيها ، ويأتي بمعنى التمكن ، كقولنا استحکم أحمد من الحصان ، أي تمكن منه ، ويأتي بمعنى الاستبداد ، نحو تحكّم محمود بمال أحمد ، أي استبد فيه وتصرف فيه كيفما يشاء، ويأتي بمعنى الالتهاس واختلاط الأمور ، كقول شخص لآخر : احتكّم الكلام علي ، أي اختلط الأمر ولم يفهمه جيداً ، ويأتي بمعنى العلم والتفقه والمعرفة ، نحو هذا الشخص حكيم ، أي أنه عالم ويتوافر على قدر من المعرفة ، كما أنه قد يكون اسم من أسماء الله تعالى ، مثل: الحكم والحكيم ، ويأتي بمعنى العلة التي تكمن وراء الشيء ، نحو قول حكمة المادة القانونية ، أي سبب وجود هذه المادة والعلة التي دفعت المشرع إلى وضعها ، ويأتي بمعنى المنع والرد والإيقاف ، كقولنا : حكم محمد أحمد عن الدخول في السباق ، أي منعه ورده عن الإقدام في الدخول فيه ، كما قد يأتي بمعنى انتقاء الاختلاف والإضراب ، كما في وصف آيات القرآن الكريم بأنها آيات محكمات ، أي أنه لا شبه فيها ولا تحتاج لتأويل ، فلا اختلاف فيها .

حديث كعب " إن في الجنة دارا - ووصفها ، ثم قال - : لا ينزلها إلا نبي أو صديق أو شهيد أو محكم في نفسه " . وفي حديث ابن عباس " كان الرجل يرث امرأة ذات قرابة فيعضلها حتى تموت أو ترد إليه صداقها ، فأحكم الله عن ذلك ونهى عنه " أي منع منه . يقال أحكمت فلانا : أي منعته . وبه سمي الحاكم ؛ لأنه يمنع الظالم. وقيل : هو من حكمت الفرس وأحكمته وحكمته : إذا قدعته وكففته . وفي الحديث " ما من آدمي إلا وفي رأسه حكمة " . وفي رواية " في رأس كل عبد حكمة ، إذا هم بسينة فإن شاء الله أن يقدعه بها قدعه " الحكمة : حديدة في اللجام تكون على أنف الفرس وحنكه ، تمنعه عن مخالفة راحيه . ولما كانت الحكمة تأخذ بعمق الدابة وكان الحنك متصلا بالرأس جعلها تمنع من هي في رأسه ، كما تمنع الحكمة الدابة . ومنه حديث عمر " إن العبد إذا تواضع رفع الله حكمته " أي قدره ومنزلته ، كما يقال : له عندنا حكمة : أي قدر . وفلان عالي الحكمة . وقيل : الحكمة من الإنسان : أسفل وجهه ، مستعار من موضع حكمة اللجام ، ورفعها كناية عن الإعزاز ، لأن من صفة الذليل تنكيس رأسه . ومنه الحديث " وأنا أخذ بحكمة فرسه " أي بلجامه . وفي حديث النخعي " حكم النبيتم كما تحكّم ولدك" أي امنعه من الفساد كما تمنع ولدك . وقيل : أراد حكمه في ماله إذا صلح كما تحكّم ولدك . وفيه " في أرش الجراحات الحكومة " يريد الجراحات التي ليس فيها دية مقدرة . وذلك أن يجرح في موضع من بدنه جراحة تشبّهه فيقيس الحاكم أرشها بأن يقول : لو كان هذا المجروح عبداً غير مشين بهذه الجراحة كانت قيمته مائة مثلاً ، وقيمته بعد الشين تسعون ، فقد نقص عشر قيمته ، فيوجب على الجراح عشر دية الحر لأن المجروح حر . وفيه شفاعتي لأهل الكبائر من أمتي حتى حكم وحاء هما قبيلتان جافيتان من وراء رمل بيبين " .

ابن أثير ، مجد الدين بن مبارك بن محمد (ت 606 هـ) : النهاية في غريب الحديث والأثر ، تحقيق زاوي ، طاهر وطناحي ، محمود . الجزء الأول . المكتبة العلمية ، بيروت - لبنان ، 1979 ، ص 419 - 421 .
بينما توافر (منجد الطلاب في اللغة والإعلام) على معنى الأصل الثلاثي (حكم) على النحو التالي :
" (حكم) (حكم - حكما وحكومة) بالأمر وللرجل أو عليه وبينهم : قضى وفصل . (حكم - حكما) رجه . - الفرس : وضع عليها حكمة . - عن كذا : منعه ورده . (حكم - حكمة) صار حكيماً . (حكمه) ولاه وأقامه حاكماً . - في الأمر : فوض إليه الحكم فيه . - عن كذا : أرجعه ومنه . (حاكمه) خاصمه . - حاكمه إلى الحاكم : دعاه . (أحكم) الشيء : أتقنه . - السفية : أخذ على يده وأبصره ما هو عليه . - عن الأمر : رده ومنعه . - الفرس : جعل عليه حكمه (أحكته التجارب) جعلته حكيماً . (تحكّم) في الأمر : حكم فيه وفصل برأي نفسه من غير أن يبرز وجهها للحكم . جاز فيه حكمه . تصرف فيه وفق مشيئته . (إحتكم) في الأمر : قبل التحكيم . - الناس إلى الحاكم : تحاكموا . - على فلان : طلب منه ما أراد . - في الشيء : تصرف فيه وفق مشيئته . - الأمر : وقف . (تحاكموا) إلى الحاكم : تخاصموا إليه . (استحكّم) الأمر : تمكن . صار محكماً متقناً . عليه الكلام : التمس . (الحكم) القضاء وجمعه أحكام . (الحكم) منفذ الحكم . الحاكم والفاصل يستعمل للمفرد والجمع . منها (حكم المباراة) . (رجل حكم) : مسن . (الحكمة) العدل . الحلم . الفلسفة . الكلام الموافق الحق . صواب الأمر وسداده . (الحكمة) ما أحاط بحنكي الفرس من لجامه . - من الإنسان : مقدم وجهه . القدر . المنزلة . (الحكومة) أرباب السياسة والحكم . (الحاكم) القاضي . المنفذ الحكم وجمعه حكام وحاكمون . (الحكيم) صاحب الحكمة العالم وجمعه حكماء . (المحكمة) مجلس الحكم وجمعه محاكم . (المحكم) المجرب وتأتي في المنصف من نفسه " .
دار المشرق (1991) : منجد الطلاب في اللغة والإعلام ، الطبعة 38 ، ضبط بستاني ، فؤاد . دار المشرق ، بيروت - لبنان ، ص 134 .

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي القانوني

تبين فيما سبق أن التعريف اللغوي لاتفاق التحكيم لا يقوم على اعتباره وحدة واحدة ، بل هو ينصرف بالأساس إلى إيضاح المعنى في الاستعمال اللغوي ، فيتساوى بذلك استخدام كلمتي اتفاق التحكيم في كافة ميادين الاستعمال اللغوي ، فيكون المعنى اللغوي لهاتين الكلمتين متقابلاً من ناحية اللغة العربية لدى كافة مضامين الاستعمال العامي لهذه اللغة ، وأيضاً يكون معنى هاتين الكلمتين واحداً من حيث الاستعمال اللغوي سواء أكان ذلك في ميدان علم الاجتماع أو علم القانون أو علم الفقه وبالأخص الفقه الإسلامي . ولكن القول بخصوصية لكلمتي اتفاق التحكيم في ميدان معين يتحدد بالأساس على مجاوزة المعنى اللغوي إلى مفهوم خاص بهذا الميدان ، وهذا ما يتجسد في مصطلح اتفاق التحكيم .

وبناءً على ذلك ، فإن القول بوجود مصطلح اتفاق التحكيم يرتبط أساساً باستعمال علم معين لهاتين الكلمتين في إطار علمي وفكري متخصص ، ذلك أن المصطلح يعمل على تصوير المفهوم في قالب ائتلف عليه أهل علم معين . ولكنه نتيجة لاحتضان اتفاق التحكيم من قبل أكثر من علم ، كعلم الفقه الإسلامي وعلم الاجتماع وعلم القانون ، فإن ذلك لا يؤدي إلى وحدة المفهوم الذي يعرب عنه مصطلح اتفاق التحكيم ، فهذا المصطلح في ظل هذه العلوم وإن كان يتشابه لديها ، إلا أن لكل علم معين مفهومه الخاص لاتفاق التحكيم ، والذي يستند بالأساس على مجاوزة الاستعمال العادي لكلمتي اتفاق التحكيم إلى مفهوم يتبناه العلم الذي يحتضنه . ونتيجة لانحصار دراستنا في علم القانون ، فإن ذلك يلقي التزاماً علينا بالبحث عن تعريف مصطلح اتفاق التحكيم في مضمار هذا العلم دون امتداده لغيره من العلوم ¹⁴ .

وإذا كان اتفاق التحكيم يعتبر مصطلحاً قانونياً قائماً بذاته ، فإنه من غير الممكن رسم ملامح هذا المصطلح من غير الخوض في تعريف مصطلح التحكيم ، ذلك أن هذا المصطلح الأخير يعتبر مفهومه العام شاملاً لاتفاق التحكيم باعتباره جزءاً منه ، وهذا الأمر له ما يبرره ، ذلك أنه لا وجود لوسيلة التحكيم من غير وجود اتفاق التحكيم ، ولا يوجد اتفاق تحكيم إلا في ظل وسيلة التحكيم ، الأمر الذي يلزمنا بالخوض في تعريف مصطلح التحكيم (أولاً) ، ثم التدرج بعد ذلك للوصول إلى تعريف مصطلح اتفاق التحكيم القائم بذاته (ثانياً) ، على أن يكون مرشدنا في ذلك ، التعريفات التي قدمها المشرعون الدوليون والإقليميون بالإضافة إلى المشرعين العرب ، وفي إطار ذلك نستقصي موقف مشرعينا الفلسطينيين من بين هؤلاء المشرعين .

¹⁴ يعتبر تعريف مصطلح اتفاق التحكيم في علم القانون من الأمور الجوهرية التي تعدد إلى تكريس صورة مفهوم اتفاق التحكيم في قالب القانوني الذي احتضنه ، فإذا ما كانت القاعدة العامة القاضية بأن لا معرفة من غير مصطلح ، فإنه يستوي القول بأن لا معرفة قانونية تحكيمية من غير مصطلح اتفاق التحكيم .

أولاً : تعريف مصطلح (التحكيم)

قبل الخوض في التعريفات التي قدمها المشرعون لمصطلح التحكيم ، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن الأصل والقاعدة العامة أن وظيفة تعريف المصطلحات القانونية يتولاها الفقه والقضاء دون المشرع، وهذه القاعدة العامة تُبنى عن علاقة وظيفية تكاملية ما بين المشرع من جهة والفقه والقضاء من جهة أخرى ، فمهمة وضع المصطلحات القانونية تكون من قبل المشرع ، أما مهمة وضع تعريف لهذه المصطلحات فإن المشرع يتركها للقضاء أو الفقه . ولكن نظراً لما قد يحدثه استعمال مصطلح قانوني ما في المضمار التطبيقي والتنفيذي للنص من إشكاليات ، فإن المشرع يتدخل ويعرف هذا المصطلح ، وذلك حتى لا يتم تناوله بنوع من الخروج عن المفهوم الذي تعرب عنه إرادة المشرع في هذا المصطلح ¹⁵ .

وقد طغت فكرة توزيع المهام ما بين المشرع من جهة ، والفقه والقضاء من جهة أخرى على توجه التشريعات التي نظمت التحكيم كوسيلة لحل المنازعات ، وفي إطار هذه الفكرة فإنه من الممكن رد توجه المشرعين الدوليين والإقليميين والعرب إلى اتجاهين رئيسيين ، ينصرف الاتجاه الأول إلى إجماعه عن وضع تعريف لمصطلح التحكيم تاركاً الأمر للفقه والقضاء ، بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى أن تعريف هذا المصطلح يعتبر من الأهمية بمكان في إطار التنظيم القانوني لوسيلة التحكيم ، وفي ذلك يتدخل المشرع ويضع تعريفاً لهذا المصطلح .

وقد كان برتوكول (جنيف) بشأن الشروط التحكيمية لسنة 1923 ¹⁶ واتفاقية (جنيف) بشأن تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية لسنة 1927 ¹⁷ من أبرز الأمثلة للاتجاه الأول على المستوى الدولي .

وعلى الرغم من إلغاء اتفاقية (نيويورك) بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية لسنة 1958 ¹⁸ النفاذ القانوني للاتفاقية والبرتوكول السابقين بموجب المادة (7 / 2) منها ¹⁹ ، إلا أنها قد تأثرت

¹⁵ على الرغم من أن هذا التدخل يعتبر استثنائياً من قبل المشرع والقصد منه الإيضاح وإزالة اللبس ، إلا أنه قد يحصل في الكثير من الأحيان وجود نوع من الغموض في التعريف الذي قدمه المشرع ، وبغض النظر عن ذلك فإن أهم خاصية يكتسبها التعريف التشريعي هي خاصية الثبات ، فيظل التعريف الذي قدمه المشرع قائماً إلى أن يتم تعديل النص القانوني الذي عرف المصطلح أو بإلغاء هذا النص .
¹⁶ يعتبر هذا البروتوكول من أوائل الاتفاقيات الدولية المتخصصة في مجال التحكيم التجاري الدولي التي عقدت في عهد عصبة الأمم - سابقاً - ، حيث تم التوقيع عليه في مدينة جنيف السويسرية بتاريخ 24 / 9 / 1923 ، ودخل حيز النفاذ القانوني بموجب المادة (6) منه بتاريخ 28 / 7 / 1924 . ومما يجدر الإشارة إليه أنه بمراجعة قائمة الدول التي وقعت أو صدقت عليه ، يتبين خلوها من الدول المهيمنة والمسيطرة على مجال العلاقات الدولية في تلك الفترة وهي الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي .
النسخة الإلكترونية لهذا البروتوكول باللغة الانجليزية متوفرة على الرابط التالي :

United Nations (None) : Protocol On Arbitration Clauses , Geneva , 24 September 1923 . Treaty Collection , Office Of Legal Affairs , United Nation - Un - , New York - USA .

(<http://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=543&lang=en> , 19.02.2013)

¹⁷ أبرمت هذه الاتفاقية ما بين جملة من الدول التي كانت منتمية لمنظمة عصبة الأمم المتحدة - سابقاً - ، ولقد تم التوقيع عليها في مدينة جنيف السويسرية بتاريخ 26 / 9 / 1927 ، ودخلت حيز النفاذ القانوني بموجب المادة (8) منها بتاريخ 25 / 7 / 1929 .
النسخة الإلكترونية لهذه الاتفاقية باللغة الانجليزية متوفرة على الرابط التالي :

United Nations (None) : Convention On The Execution Of Foreign Arbitral Awards , Geneva , 26 September 1927 . Treaty Collection , Office Of Legal Affairs , United Nation - Un - , New York - USA .

(<http://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=544&lang=en> , 19.02.2013)

تأثراً كبيراً بهاتين الاتفاقيتين في مضمار عدم تعريفها لمصطلح التحكيم ، وأيضاً في ذات الاتجاه ذهبت اتفاقية (واشنطن) بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965²⁰ .

ولا يعني عدم تعرض المشرع الدولي لتعريف مصطلح التحكيم أن مفهوم هذا المصطلح غير متواجد في المعاهدات والمواثيق العالمية ، بل إن المشرع الدولي قد أثر نفسه عن الدخول في تحديد جامد لهذا التعريف تاركاً الأمر للفقهاء والقضاء .

وعلى الصعيد الإقليمي ، فإن هناك جملة من الاتفاقيات الدولية التي عقدتها الجماعة الدولية على المستوى الإقليمي ، ويمتد أثرها على الدول التي اشتركت فيها في إطار الإقليم الذي يجمعها . ولقد تأثرت هذه الاتفاقيات تأثراً كبيراً بما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية ، حيث إن كلاً من اتفاقية (بنما) للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1975²¹ ، واتفاقية (مونتيفيديو) بشأن الصلاحية العابرة للحدود الإقليمية للأحكام القضائية وقرارات التحكيم لسنة 1979²² والتي عقدت ما بين الدول الأمريكية لم تذهباً لتعريف مصطلح التحكيم .

¹⁸ أعدت هذه الاتفاقية بموجب قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي لمنظمة الأمم المتحدة رقم (604) بتاريخ 3 / 5 / 1956 ، والذي خص إلى ضرورة عقد مؤتمر ما بين مفوضي دول الأمم المتحدة لغرض إبرام اتفاقية دولية بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها ، وهذا ما حدث فعلاً حيث عقد في مدينة نيويورك الأمريكية مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي ، والذي امتدت أعماله ما بين 20 مايو إلى 10 يونيو سنة 1958 ، ولقد اختتمت هذه الأعمال بإبرام اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها - اتفاقية نيويورك ، والتي دخلت حيز النفاذ القانوني بموجب المادة (12) منها بتاريخ 7 / 6 / 1959 .

النسخة الإلكترونية لهذه الاتفاقية باللغة العربية متوفرة على الرابط التالي :
لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري (بدون تاريخ) : اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها - اتفاقية نيويورك - الأمانة العامة للأمم المتحدة ، لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري (الأونسترال) ، فيينا - النمسا .

(http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/1958NYConvention_A.pdf , 19.02.2013)

¹⁹ نصت المادة (7 / 2) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه :

" ينتهي العمل ببروتوكول جنيف المتعلق بالشروط التحكيمية لعام 1923 وباتفاقية جنيف المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية لعام 1927 فيما بين الدول المتعاقدة ، بمجرد أن تصبح هذه الدول ملتزمة بهذه الاتفاقية وبقدر التزامها بها " .

²⁰ وقعت هذه الاتفاقية بتاريخ 18 / 3 / 1965 من قبل مجموعة من الدول المنتمية لمنظمة الأمم المتحدة ، وكان ذلك في عاصمة الولايات المتحدة الأمريكية واشنطن ، ولقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ القانوني بموجب المادة (68) منها بتاريخ 14 / 10 / 1966 .
النسخة الإلكترونية لهذه الاتفاقية باللغة الإنجليزية متوفرة على الرابط التالي :

International Centre For Settlement Of Investment Disputes (None) : ICSID Convention , Regulations And Rules . International Centre For Settlement Of Investment Disputes , Washington, D.C - USA .

(https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf , 19.02.2013)

²¹ وقعت هذه الاتفاقية من قبل الدول الأمريكية في مدينة بنما الواقعة في جمهورية بنما الأمريكية ، وكان ذلك خلال أعمال المؤتمر الأول للدول الأمريكية المتخصصة في القانون الدولي الخاص الذي عقد بتاريخ 30 / 1 / 1975 .

النسخة الإلكترونية لهذه الاتفاقية باللغة الإنجليزية متوفرة على الرابط التالي :

Organization Of American States (2012) : Inter-American Conventions On International Commercial Arbitration . Department of International Law - DIL - , The General Secretariat Of Organization Of American States , Washington D.C - USA .

(http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Convenciones_Interamericanas_1_2-03-12.pdf , 19.02.2013)

²² وقعت هذه الاتفاقية من قبل الدول الأمريكية في مدينة مونتيفيديو الواقعة في جمهورية الأوروغواي الأمريكية ، وكان ذلك خلال أعمال المؤتمر الثاني للدول الأمريكية المتخصصة في القانون الدولي الخاص الذي عقد بتاريخ 8 / 5 / 1979 .
النسخة الإلكترونية لهذه الاتفاقية باللغة الإنجليزية متوفرة على الرابط التالي :

وفي ذات الاتجاه لم تعرف اتفاقية موسكو لسنة 1972 بشأن تسوية المنازعات المدنية الناشئة عن علاقات التعاون الاقتصادي والعلمي التقني ، والتي عقدت ما بين جملة من الدول الاشتراكية مصطلح التحكيم²³ ، وأخيراً في هذا الاتجاه سارت اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 ، والتي عقدت ما بين دول جامعة الدول العربية²⁴ .

وأما بالنسبة للتشريعات العربية ، فإن وضع تعريف لمصطلح التحكيم قد ارتبط أساساً بكيفية تنظيم المشرع لوسيلة التحكيم ، ذلك أن هناك أسلوبين رئيسيين في هذا التنظيم ، ينصرف الأول إلى عدم إفراده تشريعاً خاصاً بذاته يتناول التحكيم ، بل يتم تنظيم أحكامه في إطار القوانين الحاكمة للإجراءات التي تتبع أمام القضاء ، وأما الاتجاه الثاني فإنه يعمل على إعطاء خصوصية واستقلالية لوسيلة التحكيم ، فيذهب إلى تنظيمها تنظيمياً خاصاً ، ويفرد لها تشريعاً معيناً يتناولها ، ويستقل عن القواعد القانونية التي تناولت الإجراءات أمام القضاء ، ويرتبط الانتقال من الأسلوب الأول إلى الأسلوب الثاني بتطور المنهج التشريعي في نظره لوسيلة التحكيم ، وفي مدى تحقيقه للاستقلال المرن لوسيلة التحكيم عن القضاء .

وبالمقارنة بين هذين الأسلوبين ، يتبين أن هناك قاعدة عامة بالنسبة لتعريف مصطلح التحكيم، فإذا ما أخذ المشرع بأسلوب عدم إفراده قانوناً خاصاً للتحكيم ، فإنه يحجم عن تعريف مصطلح التحكيم، أما إذا أخذ بأسلوب التنظيم القانوني لوسيلة التحكيم في إطار قانون خاص بها ، فإنه يعتمد إلى تعريف مصطلح التحكيم ، ولو كان ذلك باقتضاب أو بالإشارة لجزيئاته .

Organization Of American States (2012) : Inter-American Conventions On International Commercial Arbitration . Department of International Law - DIL - , The General Secretariat Of Organization Of American States , Washington D.C - USA .

(http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Convenciones_Interamericanas_1_2-03-12.pdf , 19.02.2013)

²³ وقعت هذه الاتفاقية في مدينة موسكو الروسية بتاريخ 26 / 5 / 1972 من قبل الدول الخمسة عشر التالية : (جمهورية بلغاريا الشعبية ، جمهورية ألمانيا الديمقراطية ، جمهورية هنجارية الشعبية ، جمهورية منغوليا الشعبية ، جمهورية بولندا الشعبية ، جمهورية رومانيا الاشتراكية ، الاتحاد السوفيتي - سابقاً - ، جمهورية تشيكوسلوفاكيا الاشتراكية) ، ودخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ القانوني بتاريخ 13 / 9 / 1973 .

النسخة الإلكترونية لهذه الاتفاقية باللغة الانجليزية متوفرة على الرابط التالي :

Juris International (None) : Convention on the Settlement by Arbitration of Civil Law Disputes Resulting from Relations of Economic and Scientific-Technical Cooperation - Moscow Convention - . Juris International , International Trade Centre - ITC - , Geneva - Switzerland .

(<http://www.jurisint.org/en/ins/161.html> , 19.02.2013)

²⁴ وافق مجلس وزراء العدل العرب المنبثق عن جامعة الدول العربية على هذه الاتفاقية بموجب قراره رقم (80) الذي اتخذته في دورته العادية الخامسة بتاريخ 14 / 4 / 1987 ، ولقد وقعت على هذه الاتفاقية (15) دولة من الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية ، في مقابل عشرة دول قامت بالتصديق عليها ، ومن ضمنها دولة فلسطين بتاريخ 27 / 5 / 1992 .

النسخة الإلكترونية لهذه الاتفاقية متوفرة على الرابط التالي :

جامعة الدول العربية (بدون تاريخ) : اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 . إدارة الشؤون القانونية ، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية ، القاهرة - مصر .

(<http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/34420f8049c0ec209a1a9e526698d42c/legalnet-2-2-22.pdf?MOD=AJPERES> , 19.02.2013)

وإذا ما كان الاتجاه المحجم عن تعريف مصطلح التحكيم قد لاقى قبولاً لدى عدد لا بأس به من القوانين العربية²⁵، ومجسداً لفكرة عدم الحاجة لوضع مثل هذا التعريف، استناداً إلى أن هذه المهمة ليست من ضمن المهام التي يقوم بها، فإنه إلى جانب هذا الاتجاه يوجد اتجاه آخر يرى أن وضع تعريف مصطلح التحكيم يعتبر من الأهمية بمكان في إطار رسم وسيلة التحكيم في القالب القانوني الذي ينظمها.

وفي إطار الاتجاه الذاهب إلى الحاجة لتعريف مصطلح التحكيم، فإنه من الممكن رد تدخل المشرع الدولي أو الإقليمي أو العربي بالتعريف إلى فئتين رئيسيتين، الفئة الأولى: تذهب إلى وضع تعريف لوسيلة التحكيم بذاتها، وأما الفئة الثانية فإنها تذهب إلى تدخل المشرع بالتعريف؛ لتقرير امتداد مفهوم التحكيم لبعض الأمور التي قد يؤدي التطبيق العملي لوسيلة التحكيم إلى خلاف في مدى دخولها في إطار المفهوم الذي تعرب عنه إرادة المشرع.

وعلى صعيد الفئة الأولى، فقد ذهب المشرع التونسي بموجب قانون التحكيم رقم (42) لسنة 1993 إلى تعريف التحكيم في المادة (1) منه بأنه:

" طريقة خاصة لفصل بعض أصناف المنازعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم " ²⁶.

ويندرج مشرعنا الفلسطيني ضمن هذه الفئة، حيث عرفت المادة (1) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 مصطلح التحكيم بأنه:

²⁵ وهي قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953، قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969، قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (38) لسنة 1980، قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983، قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (13) لسنة 1990، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (11) لسنة 1992، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (08 - 09) لسنة 2008، ويندرج أيضاً في ظل هذا الأسلوب استثناء المشرع الأردني بموجب قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، حيث أنه على الرغم من أنه قد أفرد قانوناً خاصاً للتحكيم إلا أنه شذ عن القاعدة العامة الذاهبة إلى أنه إذا نظم المشرع التحكيم في إطار قانون خاص، فإنه يعرف مصطلح التحكيم.

وزارة العدل الليبية (بدون تاريخ) : موسوعة القوانين القضائية (قانون المرافعات المدنية والتجارية) . وزار العدل، طرابلس - ليبيا .
(<http://www.aladel.gov.ly/main/modules/sections/item.php?itemid=28> , 05.02.2013)
الجريدة الرسمية العراقية (1969) : قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 . العدد 1766 ، بتاريخ 10 / 11 / 1969 .
الجريدة الرسمية الكويتية (1980) : قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (38) لسنة 1980 . العدد 1307 ، بتاريخ 25 / 6 / 1980 .
الجريدة الرسمية اللبنانية (1983) : قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (90) لسنة 1983 . العدد 40 ، بتاريخ 6 / 10 / 1983 .
الجريدة الرسمية القطرية (1990) : قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1990 . العدد 13 ، بتاريخ 17 / 6 / 1990 .
الجريدة الرسمية الإماراتية (1992) : قانون الإجراءات المدنية رقم (11) لسنة 1992 . العدد 235 ، بتاريخ 8 / 3 / 1992 .
الجريدة الرسمية الجزائرية (2008) : قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم (08 - 09) لسنة 2008 . العدد 21 ، بتاريخ 23 / 4 / 2008 .

الجريدة الرسمية الأردنية (2001) : قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 . العدد 4496 ، بتاريخ 16 / 7 / 2001 .
²⁶ في ذات الاتجاه عرف المشرع السوري مصطلح التحكيم بموجب المادة (1) من قانون التحكيم رقم (4) لسنة 2008 بأنه:
" أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء، سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك "

الجريدة الرسمية التونسية (1993) : قانون التحكيم - مجلة التحكيم - رقم (42) لسنة 1993 . العدد 33 ، بتاريخ 4 / 5 / 1993
الجريدة الرسمية السورية (2008) : قانون التحكيم رقم (4) لسنة 2008 . العدد 15 ، بتاريخ 2 / 4 / 2008 .

" وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه ، وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه " .

وأما بالنسبة للفئة الثانية ، فإن المشرع في ظلها قد أثر نفسه عن تعريف وسيلة التحكيم بذاتها ، ولكنه قد عمد إلى تقرير امتداد مصطلح التحكيم لأمر قد أثار خلافاً في مدى اندراجه ضمن مفهوم التحكيم ، وهذا الأمر قد تحوّل فيما إذا كان مصطلح التحكيم يشمل التحكيم الذي تتولاه هيئات التحكيم المؤسسي أم التحكيم الذي يشكل لحالات خاصة ، فتدخل المشرع ليعرف التحكيم بأنه يمتد لكلا هاتين الحالتين .

ومن أمثلة هذه الفئة على الصعيد العالمي قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985²⁷ ، وبالنسبة للتشريعات العربية ، فإن التشريعات التي تدرج تحت هذه الفئة قد تأثرت تأثراً كبيراً بتعريف المشرع المصري لمصطلح التحكيم بموجب المادة (1 / 4) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (27) لسنة 1994 التي نصت على أنه :

" ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم ، بمقتضى اتفاق الطرفين ، منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم يكن ذلك " 28 .

²⁷ عرفت المادة (2 / أ) من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 التحكيم بأنه :

" التحكيم يعني : أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا "

قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري (بدون تاريخ) : قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (المعدل في سنة 2006) . كما اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا القانون في دورتها الحادية والخمسين ، وكان ذلك بموجب قرارها رقم (40 / 72) الذي اتخذته بتاريخ 11 / 12 / 1985 .

النسخة الإلكترونية لهذا القانون باللغة العربية متوفرة على الرابط التالي :

لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري (بدون تاريخ) : قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (المعدل في سنة 2006) . الأمانة العامة للأونسترال ، لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري (الأونسترال) ، فيينا - النمسا .

(http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf , 19.02.2013)

ومن أمثلة هذه الفئة على الصعيد الإقليمي ، الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 التي عرفت التحكيم في المادة (2/1 / ب) منها بأنه :

" تسوية المنازعات ليس فقط بواسطة محكمين معينين لحالات معينة (التحكيم الخاص) ، بل وكذلك بواسطة مؤسسات تحكيمية دائمة "

تم إعداد الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 وفتح باب التوقيع عليها بتاريخ 21 / 4 / 1961 في مدينة جنيف السويسرية ، وكان ذلك بمبادرة من قبل اللجنة الاقتصادية للدول الأوروبية في الأمم المتحدة ، التي عقدت الاجتماع الخاص لمفوضي هذه الدول من أجل إخراج هذه الاتفاقية إلى حيز الوجود القانوني عبر التوقيع والتصديق عليها .
النسخة الإلكترونية لهذه الاتفاقية باللغة الإنجليزية متوفرة على الرابط التالي :

United Nations (None) : European Convention on International Commercial Arbitration , Geneva , 21 April 1961 . Treaty Collection , Office Of Legal Affairs , United Nation - Un - , New York - USA .

(http://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf , 19.02.2013)

²⁸ يطابق هذا النص حرفياً نص المادة (1 / 4) من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني رقم (47) لسنة 1997 ، وتقابل جزئياً المادة (2 / أ) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني رقم (9) لسنة 1994 التي نصت على أنه :

" التحكيم يعني أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا "

الجريدة الرسمية المصرية (1994) : قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (27) لسنة 1994 . العدد 16 ، بتاريخ 21 / 4 / 1994 .

الجريدة الرسمية العمانية (1997) : قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية رقم (47) لسنة 1997 . العدد 602 ، بتاريخ 1 / 7 / 1997 .

الجريدة الرسمية البحرينية (1994) : قانون التحكيم التجاري الدولي رقم (9) لسنة 1994 . العدد 2125 ، بتاريخ 17 / 8 / 1994 .

ومن جل هذه التعريفات لمصطلح التحكيم ، فإنه يتبين أن التحكيم يتحدد بكونه وسيلة لحل المنازعات تلعب إرادة الخصوم فيه دوراً جوهرياً ومهماً ، ولكن هذه الوسيلة إذا ما وضعناها في ميزان المقارنة مع وسيلة القضاء ، يتبين أن القضاء يعتبر حقاً أساسياً للإنسان ، ونتيجة ذلك أن وجود التحكيم كوسيلة لحل المنازعات لا يلغي دور القضاء ²⁹ .

وبذلك يعد القضاء في دولة سيادة القانون هو صاحب الولاية العامة في حل كافة المنازعات ، وهو ملجأ العدل لشعب الدولة التي تحترم وجود القانون ، فهو إلى جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية يشكل عماد الدولة المدنية ، ولكن نتيجة لإقرار المشرع لأشخاص القانون وسيلة التحكيم ، فإن اللجوء إلى هذه الوسيلة يعتبر في الأساس لجوءاً بديلاً لحل النزاع عوضاً عن القضاء ، وليس لجوءاً أصلياً لاقتضاء الحقوق أو الالتزامات التي تكون مداراً للنزاع ، ولذلك فإن التحكيم يتمحور في كونه وسيلة تتلاقى عليها إرادة أطراف النزاع من أجل حله ، بدلاً من أن يلجأوا إلى القضاء الرسمي والسيادي ، والذي يعتبر صاحب الولاية العامة لحل المنازعات ³⁰ .

وإذا ما أردنا استنباط تعريف جامع لمصطلح التحكيم ، فإنه لا بد من تحديده بأربعة مداخل رئيسية ، ينصرف الأول إلى اعتبار التحكيم وسيلة لحل النزاع ، فما وجد التحكيم وأقره المشرع إلا من أجل اقتضاء الحقوق والالتزامات . وأما المدخل الثاني فإنه يحدد التحكيم بكونه وسيلة بديلة عن وسيلة القضاء ولا يلغيها ، ونتيجة لذلك فإنه ليس مطلقاً من أي قيد ، وبالأخص في مجال المنازعات التي تكون قابلة للتحكيم – كما سيأتي – . وأما المدخل الثالث فإنه يتعلق بوجود إرادة اختيار التحكيم

²⁹ هذا ما سارت عليه محكمة الاستئناف الفلسطينية المنعقدة بغزة في الاستئناف الحقوقي رقم (174) لسنة 2000 ، حيث نص منطوق هذا القرار على أنه :

" إن الاتفاق على التحكيم في الدعوى وإحالتها إلى محكمين يترتب عليه انتهاء ولاية المحكمة على الدعوى ، وبمنعها من سماعها، إلا أنه لا ينزع عن المحكمة اختصاصها ، ذلك لأن القانون لا يسلبها سلطتها في مراقبة المحكمين ، وذلك بتصديق أو عدم تصديق أو إلغاء قراراتهم أو أحكامهم ، وقرار المحكمة بإحالة الدعوى للفصل فيها من محكمين يعتبر بالنسبة لها آخر إجراء اتخذ من قبلها بشأن تلك الدعوى المحالة للتحكيم ولا يجوز لها بعد ذلك سماع هذه الدعوى ، ولم يثبت لهذه المحكمة صدور أي حكم من المحكمين في هذه الدعوى بعد إحالتها لهم من المحكمة للفصل فيها " .

محكمة الاستئناف الفلسطينية : القرار الفاصل في الاستئناف الحقوقي رقم (174 / 2000) ، الصادر بتاريخ 26 / 1 / 2003 . غزة – فلسطين .

³⁰ في ذلك ذهبت محكمة الاستئناف الفلسطينية المنعقدة برام الله في قرارها الفاصل في الاستئناف الحقوقي رقم (59) لسنة 1994 ، حيث قضى منطوق هذا القرار بأن التحكيم يتجسد في كونه :

" طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ، فيكون مقصوراً على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم وإن لم يبين في اتفاق التحكيم موضوع النزاع على وجه الدقة فإن التحكيم يكون باطلاً " .

محكمة الاستئناف الفلسطينية : القرار الفاصل في الاستئناف الحقوقي رقم (59 / 94) ، الصادر بتاريخ 25 / 4 / 1994 . رام الله – فلسطين .

على الرغم من اتفاقنا مع الشطر الثاني من هذا القرار بكونه يحترم مبدأ سلطان إرادة الأطراف في التحكيم ، إلا أننا نخالفه فيما ذهب إليه في كون التحكيم يقضي بالخروج على ما يكفله المشرع من الضمانات في وسيلة القضاء ، ذلك أن المشرع قد حرص على تبيين الضمانات الواجب مراعاتها في التحكيم ، والتي تكفل حق الدفاع من خلال وجود نظام عام إجرائي يحكم إجراءات التحكيم ، وهذا ما تلاقته ذات المحكمة في قرار الفاصل في الاستئناف الحقوقي رقم (346) لسنة 1996 ، حيث نص منطوق هذا القرار على أنه التحكيم يتحدد بأنه :

" الطريق الاستثنائي لفض المنازعات ويستمد المحكمون سلطتهم في بحث النزاع من اتفاق التحكيم الذي يجب أن يحرر به صك المنازعات المتفق على حسمها " .

محكمة الاستئناف الفلسطينية : القرار الفاصل في الاستئناف الحقوقي رقم (346 / 99) ، الصادر بتاريخ 13 / 2 / 1997 . رام الله – فلسطين .

لدى أطراف النزاع . وأما الرابع فإنه ينصرف إلى الشخص الطبيعي الذي يتولى حل النزاع - وهو المحكم - من خلال قرار نهائي يحسم فيه النزاع ، ويتصف بصفة الإلزام . وينبأ جمع هذه المدخل مع بعضها إلى الوصول بأن مصطلح التحكيم ينصرف إلى أنه وسيلة بديلة استثنائية واختيارية أقرها المشرع لحل المنازعات الجائزة فيها ، تتأتى من خلال تساند إرادة أطراف النزاع على تعيينها وطرح النزاع أمام شخص طبيعي أو أكثر يتولى حله على نحو يحسمه بقرار نهائي ملزم .

ثانياً : تعريف مصطلح (اتفاق التحكيم)

إذ خلصنا فيما سبق إلى أن التحكيم لا يلغي القضاء ، والقضاء هو الأصل في حل المنازعات، فإن وجود التحكيم لا يتأتى إلا بوجود حرية للأطراف في اختيار هذه الوسيلة ، من خلال الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة ، فإن الخضوع لوسيلة التحكيم من غير الممكن وجوده إلا باتفاق ما بين أطراف النزاع على اختيار هذه الوسيلة ، وهذا ما يتولد عنه اتفاق التحكيم³¹ .

وبالنقيض من تعريف مصطلح التحكيم ، فإن المشرعين قد تعرضوا بالتعريف لمصطلح اتفاق التحكيم بذاته ، ويرتبط التدخل التشريعي بتعريف مصطلح اتفاق التحكيم بتحقيق قدرٍ من الاعتراف بهذا الاتفاق ، ووضع الشروط التي تكفل صحته نظراً لما قد يترتب عليه من آثار تنصرف إلى جعل التحكيم وسيلة لحل النزاع دون القضاء ، كما أن وجود اتفاق التحكيم في وسيلة التحكيم يعتبر أمراً يكتسب صفة الضرورة الملحة ، ذلك أنه لا يوجد تحكيم بغير وجود اتفاق التحكيم .

فعلى الصعيد الدولي ، ذهب بروتوكول جنيف لسنة 1923 إلى تعريف اتفاق التحكيم تعريفاً دلاليًا ، حينما أوجب على الدول المتعاقدة الاعتراف بهذا الاتفاق هذا من جهة ، ووضع التصور العام لهذا الاتفاق ، من جهة أخرى ، حيث نصت المادة (1) من هذا البروتوكول على أنه :

" كل دولة من الدول المتعاقدة تعترف بصحة أي اتفاق سواء تعلق بخلافات قائمة أو مستقبلية بين طرفين، خاضع أحدهما للولاية القضائية لدولة متعاقدة ، والآخر للولاية القضائية لدولة متعاقدة أخرى ، والذي بموجبه يتوافق الطرفان على أن يحيل إلى التحكيم كل الخلافات الناشئة فيما بينهم أو إحداها والمتصلة

³¹ هذا ما سارت عليه محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة بغزة في الطعن المدني رقم (4) لسنة 2003 ، والذي قضت بموجبه : " إن اللجوء إلى التحكيم يستند إلى توافر الإرادة السليمة غير المشوبة بالعيب وأن اتفاق التحكيم إن هو إلا تلاقي إرادة الأطراف الحرة لطرح نزاعهما أمام المحكم أو هيئة التحكيم كوسيلة بديلة لحل نزاعهما ، فإذا ما استشعرت المحكمة ما يعيب إرادة أحد أطراف النزاع عند الاتفاق على التحكيم أو بعد ذلك فإن لها أن تأذن لهذا الطرف بالرجوع عن الاتفاق " .
محكمة النقض الفلسطينية : القرار الفاصل في النقض المدني رقم (4 / 2003) ، الصادر بتاريخ 14 / 3 / 2004 . غزة - فلسطين .

بالمسائل التجارية أو أية مسألة يمكن حلها عن طريق التحكيم ، سواء جرى التحكيم في بلد غير خاضع لولايتها القضائية أي من أطراف الموضوع أم لم يكن " 32

ومن بعد توقف النفاذ القانوني لهذا البروتوكول بموجب اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، فإن هذه الاتفاقية الأخيرة قد قدمت تعريفاً لمصطلح اتفاق التحكيم يعتبر من أكثر التعريفات قبولاً على المستوى الدولي ، وقد جسدت المادة (1 / 2) هذا التعريف حينما نصت على أنه:

" اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلنا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة ، تعاقدية أو غير تعاقدية ، تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم " 33 .

وعلى الصعيد الإقليمي ، فإن الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 قد اعتمدت أسلوب تعريف مصطلح اتفاق التحكيم ، من خلال امتداد مفهوم اتفاق التحكيم ليغطي صورته المختلفة ، وأيضاً كيفية الكتابة في هذا الاتفاق لدى الدول التي تأخذ بالشكل الكتابي لاتفاق التحكيم ، فنصت المادة (1 / 2 / أ) منها على أنه :

32 أما اتفاقية جنيف بشأن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية لسنة 1927 فإنها لم تعرف مصطلح اتفاق التحكيم ، ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه الاتفاقية قد وجدت من أجل أن ترسم الغطاء القانوني لتنفيذ قرارات التحكيم في المنازعات التي تم الاتفاق على إحالتها للتحكيم بموجب بروتوكول جنيف السابق ، حيث نصت المادة (6) من اتفاقية جنيف بشأن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية لسنة 1927 على أنه :
" تسري هذه الاتفاقية فقط على قرارات التحكيم الصادرة بعد دخول بروتوكول جنيف بشأن شروط التحكيم " .
33 أما بالنسبة لاتفاقية واشنطن لسنة 1965 فقد أشارت إلى اتفاق التحكيم بشكل غير مباشر حينما تعرضت بموجب المادة (25) منها لحالات الولاية لمركز التحكيم الدولي الذي انشأ بمقتضاها ، حيث نصت هذه المادة على أنه :
" يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ من الاستثمار القائم ما بين أحد الدول المتعاقدة ومواطن من دولة متعاقدة أخرى ، وذلك من خلال الموافقة الكتابية لأطراف النزاع المقدمة للمركز ، وعندما يعطي هؤلاء الأطراف موافقتهم لا يجوز لأي طرف سحب الموافقة من جانب واحد " .
وأما قانون الأونسترال النموذجي لسنة 1985 فإنه قد توافرت المادة (7) على خيارين رئيسيين تتخذ التشريعات التي تتبنى أحكامه ، إحداها ، ويرتبط بإيراد هذا القانون النموذجي لخيارين في تنظيم اتفاق التحكيم بمدى اشتراط الشكل الكتابي في هذا الاتفاق ، فإذا ما أرادت التشريعات أن تأخذ بالشكل الكتابي لاتفاق التحكيم فإنه تتبنى الخيار الأول الذي احتضنته المادة (7) بصورتها الأولى والتي نصت على أنه :

" 1- اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلنا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة ، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وراود في عقد أو في شكل اتفاق منفصل . 2- يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً . 3- يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان محتواه مدوناً في أي شكل ، سواء أكان أم لم يكن اتفاق التحكيم أو العقد قد أبرم شفويًا أو بالتصرف أو بوسيلة أخرى . 4- يستوفي اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً ، ويقصد بتعبير الخطاب الإلكتروني أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات ويقصد بتعبير رسالة البيانات المعلومات المنشأة أو المرسله أو المتلقاه أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل ، على سبيل المثال لا الحصر ، التبادل الإلكتروني للبيانات ، والبريد الإلكتروني ، والبرق ، والتلكس والنسخ البرقي . 5- علاوة على ذلك ، يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان وارداً في تبادل لبياني ادعاء ودفاع يزعم فيهما أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر . 6- تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بندا تحكيميا اتفاق تحكيم مكتوباً ، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءاً من العقد " .

وأما إذا ما لم ترغب التشريعات التي تتبنى أحكام هذا القانون النموذجي الأخذ بالشكل الكتابي لاتفاق التحكيم ، فإن المادة (7) من هذا القانون بصورتها الثانية قد قدمت خيار آخر لتعريف اتفاق التحكيم ، وذلك بنصها على أن هذا الاتفاق هو :
" اتفاق بين الطرفين على أن يحيلنا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من منازعات بشأن علاقة قانونية محددة سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية " .

وبموجب هاتين الصورتين لتعريف اتفاق التحكيم ، فإن القانون النموذجي قد حاكى الاختلافات القائمة ما بين توجه المشرعين الوطنيين ، ولم يفرض هذا القانون صورة واحدة لتعريف مصطلح اتفاق التحكيم ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى ، فقد أطلق العنان للمشرعين بالأخذ بإحدى هاتين الصورتين بحسب مدى تقديرهم لضرورة وجود الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم .

" يعني مصطلح اتفاق التحكيم إما شرط تحكيم الذي يرد في العقد ، أو اتفاق التحكيم الموقع من قبل الأطراف ، أو وارد في تبادل الرسائل والبرقيات أو في مبرقات وسائل الاتصال عن بعد ، وفي العلاقات ما بين الدول التي لا تتطلب قوانينها أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً فإن هذا الاتفاق يتوافر في الشكل الذي تأذن به هذه القوانين " 34 .

وأما في إطار التشريعات العربية ، فإن تعريف مصطلح اتفاق التحكيم قد ارتبط أساساً بأربعة مداخل رئيسية ، يرتبط الأول بالغاية التي يتلمسها اتفاق التحكيم ، بينما يقوم الثاني على الصورة التي يتوافر عليها هذا الاتفاق ، أما المدخل الثالث فإنه يتحدد في مدى وجوب الشكل الكتابي فيه ، أما الرابع فإنه يرتبط بمدى تعلق وجود اتفاق التحكيم بالشخص أو الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون حل النزاع في إطار وسيلة التحكيم .

وعلى صعيد المدخل الأول ، فإن الغاية التي يرغب أطراف النزاع الوصول إليها في اتفاق التحكيم تتحدد في حل النزاع فيما بينهم من خلال وسيلة التحكيم دون القضاء ، وتعتبر هذه الغاية هي المفهوم الأساسي الذي يعرب عنه اتفاق التحكيم ، وبدونها فإن اتفاق التحكيم لا يتوافر على أسس قانونية ، ولا يحقق آثاره فيما بين الأطراف .

ولقد طغت هذه الغاية على تعريف اتفاق التحكيم لدى العديد من التشريعات التي تعرضت لهذا المصطلح بالتعريف ، ولعل أول التشريعات العربية التي عرفت مصطلح اتفاق التحكيم هو قانون التحكيم التونسي رقم (42) لسنة 1993 ، حيث نصت المادة (2) منه على أن :

³⁴ أما اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 فإنها قد اتخذت تعريفاً شاملاً لاتفاق التحكيم ، حيث نصت المادة (1 / ط) منها على أن اتفاق التحكيم هو :

" اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده " .
كما عرفت اتفاقية بنما للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1975 اتفاق التحكيم بموجب المادة (1) منها بأنه :
" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي تتعهد الأطراف بموجبه بأن تقدم إلى التحكيم أي خلافات نشأت أو من الممكن أن تنشأ فيما بينهم فيما يتعلق بمعاملة تجارية ، وهذا الاتفاق يجب أن يتخذ شكل صك يوقعه الطرفان ، أو في شكل تبادل للرسائل والبرقيات أو من خلال اتصالات التلكس " .

ونظراً لأن اتفاقية مونتيفيديو لسنة 1979 قد وضعت من أجل تنفيذ قرارات التحكيم الصادرة بناءً على اتفاق التحكيم بموجب اتفاقية بنما للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1975 ، فإنها لم تعرف مصطلح اتفاق التحكيم مكتفية بالإشارة إلى سريان اتفاقية بنما فيما لم يرد النص عليه فيها ، حيث نصت المادة (1) من اتفاقية مونتيفيديو لسنة 1979 على أنه :

" تسري قواعد هذه الاتفاقية على قرارات التحكيم في جميع المسائل التي لم تشملها اتفاقية الدول الأمريكية بشأن التحكيم التجاري الدولي ، والتي تم التوقيع عليها في بنما في 30 يناير 1975 " .

وبالنقيض من كل هذه التعريفات على المستوى الدولي والإقليمي ، فإن اتفاقية موسكو لسنة 1972 لم تتوافر على تعريف مصطلح اتفاق التحكيم ، بل إن مفهوم اتفاق التحكيم غير متواجد في هذه الاتفاقية ، حيث إن اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي نظمها هذه الاتفاقية يكون مقصوراً على وسيلة التحكيم أمام المحاكم التابعة لغرفة التجارة في دول أطراف هذه الاتفاقية ، حيث نصت المادة (2 / 1) من هذه الاتفاقية على أنه :

" إن جميع الخلافات المشار إليها في المادة الأولى يجب أن تخضع للتحكيم من قبل محكمة التحكيم التابعة لغرفة تجارة في دولة المدعى عليه ، أو تخضع لموافقة الأطراف لطرح الخلافات أمام مثل هذه المحكمة في دولة ثالثة تكون طرفاً في هذه الاتفاقية " .
وبذلك فإنه من غير الممكن اللجوء إلى القضاء في مثل هذه المنازعات ، الأمر الذي يشكك فيما إذا كانت اتفاقية موسكو لسنة 1972 تتبنى مفهوم التحكيم باعتباره وسيلة بديلة لحل المنازعات .

وللتوسع في ذلك ، انظر :

سامي ، فوزي (1992) : التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في قواعد الاتفاقات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية - ، الطبعة الثانية . دار الثقافة ، عمان - الأردن ، ص 70 - 71 .

" اتفاقية التحكيم هي التزام أطراف على أن يفوضوا بوساطة التحكيم كل أو بعض المنازعات القائمة أو التي قد تقوم بينهم بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية " 35

أما مشرنا الفلسطيني فقد عرف مصطلح اتفاق التحكيم بموجب المادة (5 / 1) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 حينما نصت على أن :

" اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية 36 ... " 37

وفي ضوء التعريفات المتقدمة ولكي نقف على تعريف مصطلح اتفاق التحكيم بالتحليل ، فإن ذلك يتطلب توافر أربعة عناصر رئيسية : الأول وجود طرفين أو أكثر ، حيث إن الاتفاق لا يتواجد من الناحية القانونية إلا بوجود تساند ما بين إرادة شخصين من أشخاص القانون أو أكثر . وأما العنصر الثاني فإن يتعلق بوجود علاقة قانونية ما بين هؤلاء الأشخاص عقدية كانت أم غير عقدية ، وبموجب ذلك يخرج من اتفاق التحكيم العلاقات غير القانونية . أما العنصر الثالث فإنه يتعلق بالنزاع ، حيث إنه لا يوجد اتفاق تحكيم من غير وجود نزاع ، بصرف النظر نشأ أو من الممكن أن ينشأ ما بين أطراف هذا الاتفاق . أما العنصر الرابع فإنه يتعلق بالإحالة إلى التحكيم ، وهذه هي الغاية الرئيسية التي يتلمسها اتفاق التحكيم ، ونتيجة لكون اتفاق التحكيم هو اتفاق فإنه يجب أن تتلاقى إرادة أطرافه على الإحالة إلى التحكيم ، ونظراً لأن الإحالة إلى التحكيم يترتب عليها عدم اللجوء إلى القضاء في النزاع المحال ، فإنه يجب أن تتوافر هذه الإحالة على قدر واضح من الصحة ، وتتصرف إلى اختيار التحكيم بصورة لا تثير الشك أو اللبس كوسيلة لحل النزاع .

أما المدخل الثاني لتعريف مصطلح اتفاق التحكيم ، فإنه يتعلق بمدى نشأة النزاع أو عدم نشأته وارتباطه بالإحالة على التحكيم ، وهذا الارتباط يؤدي إلى تنوع صور اتفاق التحكيم ، فقد يتخذ اتفاق التحكيم صورة الاتفاق السابق على نشأة النزاع ، فتكون الإحالة مرتبطة بنزاع مستقبلي لم يخرج إلى الواقع القانوني الخارجي ، ومن أبرز أشكال هذه الصورة شرط التحكيم. كما قد يأخذ

35 على الرغم من إطلاقه لفظ اتفاقية التحكيم على مصطلح اتفاق التحكيم إلا أنه - قانون التحكيم التونسي رقم (42) لسنة 1993 - يعتبر أول تشريع عربي يبين الغاية الرئيسية التي يذهب إلى تحقيقها مصطلح اتفاق التحكيم .
وأما التشريعات العربية التي صدرت بعد قانون التحكيم التونسي فإنها تأثرت تأثراً واضحاً بتعريف قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (27) لسنة 1994 الذي نصت المادة (10) منه على أن اتفاق التحكيم هو :
" اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية "

يقابل هذا النص المادة (7 / 1) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني رقم (9) لسنة 1994 ، وأيضاً يقابل نص (10 / 1) من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني رقم (47) لسنة 1997 .

36 إن المنقح لهذه النص بصورته التي صدر بها يتبين أن هناك بعض الكلمات التي سقطت سهواً ، ذلك أنه يتوجب أن يتم النص على إحالة النزاع للتحكيم ، فالإبقاء على صياغة النص بصورته الحالية لا ينسجم والمعنى المقصود حيث إن الإحالة التي يستهدفها النص هي الإحالة للتحكيم .

37 يماثل هذا التعريف تعريف المشرع السوري لاتفاق التحكيم بموجب المادة (1) من قانون التحكيم رقم (4) لسنة 2008 .

اتفاق التحكيم صورة الاتفاق اللاحق على نشأة النزاع ، فيكون النزاع قد وقع ما بين الأطراف ، وبعد ذلك تم الاتفاق ما بين الأطراف على حله بطريق التحكيم ، وهذا ما يتجسد في مشاركة التحكيم ، وبالإضافة إلى هاتين الصورتين المألوفتين لاتفاق التحكيم ، فإنه توجد صورة أخرى تتجسد في الإحالة ، وأكثر تطبيق عملي لهذه الصورة يحدث حينما يوقع الطرفان عقداً ما ، ويتفقون على إحالة ما لم يتم بحثه في هذا العقد لأحكام عقد آخر كان قد أبرم فيما بينهم أو لأحكام عقد نموذجي يوجد فيه اتفاق التحكيم .

وقد جاء التنظيم القانوني للصورتين الأوليين من اتفاق التحكيم في معظم التشريعات العربية على مرحلتين ، المرحلة الأولى انصرفت إلى إجازة الاتفاق السابق واللاحق ، وأما المرحلة الثانية ، فقد انصرفت إلى تقرير البطلان في حال عدم تحديد النزاع في الاتفاق اللاحق على نشأة النزاع ، ومن أمثلة ذلك قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 حينما نصت المادة (251) منه على أنه :

" يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين . كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين "

كما نصت المادة (252) منه على أنه :

" لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ، ويحدد فيها موضوع النزاع ويجوز إثبات هذا الاتفاق أثناء المرافعة بالمحكمة . فإذا أقرت المحكمة اتفاق الخصوم تقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم " 38 .

³⁸ يشابه هذا النص نص المادة (739) و المادة (739) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953 ، كما يماثل نص الفقرة الأولى والرابعة من المادة (173) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (38) لسنة 1980 ، وهذا ما يستنبط من نص المادتين (٧٦٢) و (٧٦٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983 ، كما يطابق الفقرتين الأولى والثالثة من المادة (190) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (13) لسنة 1990 ، كما أخذ بذلك قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (11) لسنة 1992 بموجب الفقرة الأولى والثالثة من المادة (203) .

أما قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (27) لسنة 1994 ، فقد نصت المادة (10 / 2) منه على أنه :
" يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين ، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (30) من هذا القانون ، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً"

وهذا ما يماثل نص المادة (10 / 2) من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني رقم (47) لسنة 1997 ، وهذا ما يستشف أيضاً من المادة (11) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 ، وأيضاً من الفقرة الأولى من المادة (7) من قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 .

وجدير بالذكر أن قانون التحكيم التونسي رقم (42) لسنة 1993 و قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (08 - 09) لسنة 2008 قد أنفردا بأسلوبهما الخاص في هذه المسألة ، حيث ذهبا إلى تعريف صور اتفاق التحكيم ، وبعد ذلك رتباً البطلان على عدم تحديد النزاع في الاتفاق اللاحق ، فعلى صعيد الاتفاق السابق نصت المادة (3) من القانون التونسي على أن :

" الشرط التحكيمي هو التزام أطراف عقد إخضاع المنازعات التي قد تتولد عن ذلك العقد للتحكيم "

أما القانون الجزائري فقد عرفه بموجب المادة (1007) منه بقوله :

" شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه ، لعرض المنازعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم " .

أما مشرعنا الفلسطيني فلقد نصت الفقرة الأولى من المادة (5) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على أنه :

" ... ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل " .

وأما بالنسبة لتقرير البطلان في حال تخلف تحديد النزاع في الاتفاق اللاحق نصت الفقرة الرابعة من ذات المادة على أنه :

" إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع ، وإلا كان باطلاً" .

ويتبين مما سبق ، أن اتفاق التحكيم قد يأخذ شكل الاتفاق السابق حينما يحصل الاتفاق على التحكيم قبل نشأة النزاع ، فيكون هذا الاتفاق سابقاً من الناحية الزمنية على وجود النزاع ما بين الأطراف ، وبالعكس من الاتفاق اللاحق فإنه يكون للأطراف في الاتفاق السابق أن يحيلوا جميع المنازعات التي ستنشأ فيما بينهم إلى التحكيم بموجب هذا الاتفاق ، ولكن ذلك ليس مطلقاً من أي قيد ، بل إنه دائماً يكون مقيداً بعلاقة قانونية محددة ، فلم يقرر المشرع الإحالة للتحكيم في شتى المنازعات ، إلا إذا كانت مربوطة بعلاقة قانونية ما بين الطرفين ، فالاتفاق السابق وإن كان يتعلق بنزاع مستقبلي إلا أنه يتعلق بعلاقة قانونية محددة ما بين أشخاص القانون دائماً ، ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يمتد للمنازعات الناشئة عن علاقة قانونية أخرى لم يُتفق على التحكيم بصدها ، فإذا كان الاتفاق السابق يتعلق بالمنازعات الناشئة عن عقد الإيجار ما بين طرفين مثلاً ، فإنه لا يمتد للمنازعات الناشئة عن عقد الوكالة المبرم ما بين ذات طرفين .

وعلى الرغم من إجازة المشرع في الاتفاق السابق الإحالة في شتى المنازعات الناشئة عن العلاقة ما بين الأطراف ، إلا أنه يجوز لأطراف هذا الاتفاق تحديد المنازعات الخاضعة له في منازعات مستقبلية معينة ، مثل الاتفاق على أن المنازعات التي تنتج عن تفسير العقد تحال إلى التحكيم ، فإن

أما بالنسبة للاتفاق اللاحق فلقد نصت المادة (4) من القانون التونسي على أن :

" الاتفاق على التحكيم هو التزام يتولى بمقتضاه أطراف نزاع قائم عرض هذا النزاع على هيئة التحكيم ، ويجوز إبرام الاتفاق على التحكيم ولو أثناء قضية منشورة أمام المحكمة " .

بينما عرفته المادة (1011) من القانون الجزائري بأنه :

" الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم " .

وعلى صعيد البطلان في الاتفاق اللاحق الذي لم يحدد المنازعات ، فلقد نصت المادة (17) من قانون التحكيم التونسي على أن :

" يجب تعيين موضوع النزاع في الاتفاق على التحكيم مع بيان أسماء المحكمين صراحة أو دلالة وإلا كان الاتفاق باطلاً" .

وهذا أيضاً ما ذهب إليه المادة (2 / 1012) من القانون الجزائري حينما نصت على أنه :

" يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم " .

ولم يشذ عن مجرى التشريعات العربية سوى قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني رقم (9) لسنة 1994 ، حيث اكتفى بإجازة صورتي اتفاق التحكيم بموجب المادة (1 / 7) التي نصت على أنه :

" ... ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل " .

ولم يشر إلى تقرير البطلان في حال عدم تحديد النزاع في الاتفاق اللاحق .

هذا الاتفاق ينصرف فقط إلى المنازعات المستقبلية المحددة في فئة المنازعات الناتجة عن التفسير ، ومن ثم لا تمتد لغيرها من المنازعات ، فلا تشمل المنازعات الناشئة عن التعويض نتيجة الإخلال بهذا العقد .

ولعل معظم التشريعات العربية قد ضربت المثال الأكثر وجوداً في الناحية العملية لهذا الاتفاق وهو شرط التحكيم ، فقد يتفق أطراف عقد البيع مثلاً وهم في مضمار إبرام هذا العقد إلى النص في العقد على أن المنازعات التي تنشأ ما بين أطرافه يتم حلها عن طريق التحكيم ، فيكون هذا شرطاً من شروط عقد البيع ، فهو يأتي من ضمن الشروط التي أوردها الطرفان في هذا العقد ، ويتم الاتفاق عليه في ذات الوقت الذي يتم الموافقة على العقد الأصلي الذي ورد فيه هذه الشرط .

ولكن هذا الشكل الأكثر رواجاً للاتفاق السابق ليس الشكل الوحيد للاتفاق السابق ، فقد يبرم الأطراف عقداً ما ، وبعد فترة معينة - قد تطول أو قد تقصر - يرغبون في جعل التحكيم وسيلة لحل المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، فيتفق الأطراف بموجب وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي على اختيار التحكيم كوسيلة لحل منازعات هذا العقد ، فهذه الوثيقة مستقلة مادياً عن العقد الأصلي ، وجاءت الموافقة عليها بعد فترة زمنية من إبرام العقد ، ولكن قبل نشأة النزاع ما بين الأطراف .

ولكن هذا الشكل الأخير من الاتفاق السابق ، يختلف اختلافاً جوهرياً عن صورة الإحالة لاتفاق تحكيم سابق ، فقد يتفق أطراف عقد ما على إحالة أحكام هذا العقد لأحكام وثيقة أخرى، تضمن شرط التحكيم لتطبيقها على ما لم ينص عليه في العقد الأصلي ، والخلاف فيما بين هاتين الصورتين ينصرف إلى أنه في الحالة الأولى يكون الطرفان قد أبرما اتفاق التحكيم السابق بمناسبة علاقة قانونية قائمة ما بين الطرفين ، أما في حالة الإحالة فإن اتفاق التحكيم يكون قد أبرم ما بين ذات الطرفين بمناسبة علاقة قانونية سابقة عن العلاقة القانونية التي يتم إيراد الإحالة فيها ، فالعلاقة التي تم الاتفاق على التحكيم بصدها أسبق من الناحية الزمنية من العلاقة القانونية التي تم استخدام صورة الإحالة فيها .

ويعتبر قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983 أول تشريع عربي يتناول صورة الإحالة ، حيث نصت المادة (763) :

" لا يصح البند التحكيمي إلا إذا كان مكتوباً في العقد الأساسي ، أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد..."³⁹

³⁹ لقد تأثرت التشريعات العربية التي صدرت بعد قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983 تأثر واضح بنص المادة (3 / 10) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (27) لسنة 1994 التي نصت على أنه : " ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد " .

أما مشرعنا الفلسطيني ، فإنه انضم إلى جملة المشرعين العرب (المشرع التونسي ، الإماراتي ، القطري ، الكويتي ، العراقي ، الليبي ، الجزائري) الذين لم ينصوا إلى اعتبار الإحالة من صور اتفاق التحكيم ، ونوصي هذه التشريعات في هذا المضمرة ، بأن تسير بركب التشريعات التي أخذت باعتبار اتفاق التحكيم صحيحاً في حالة الإحالة إلى مستند يكون فيه اتفاق التحكيم موجوداً فيه ، بشرط أن تكون هذه الإحالة واضحة وصريحة ، وذلك انسجاماً مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر من الأمور الجوهرية في وسيلة التحكيم .

وبالإضافة إلى الاتفاق السابق ، فإن اتفاق التحكيم قد يأخذ شكل الاتفاق اللاحق حينما يتفق أطرافه على إحالة نزاع نشأ فيما بينهم إلى التحكيم ، فيكون اتفاق التحكيم لاحقاً من الناحية الزمنية لنشأة النزاع ، ولقد ذهبت معظم التشريعات العربية - كما تقدم - إلى أن الخلاف الأساسي ما بين هاتين الصورتين يتحدد في وجوب تحديد النزاع بدقة في الثانية دون الأولى ، وهذا ما يؤدي إلى تقرير بطلان اتفاق التحكيم اللاحق في حال عدم تحديده للنزاع المحال إلى التحكيم .

ومن الممكن رد العلة التي دفعت التشريعات العربية إلى تقرير هذا البطلان إلى عنصر العلاقة القانونية في اتفاق التحكيم ، فإنه - كما تقدم - لا يوجد اتفاق تحكيم من غير وجود علاقة قانونية محددة ينتج عنها نزاع ، ويحيل الطرفان هذا النزاع سواء أكان سابقاً أم لاحقاً إلى التحكيم ، فإذا كانت العلاقة القانونية واضحة ما بين الطرفين في الاتفاق السابق ، ذلك أن الاتفاق السابق دائماً ما يكون بمناسبة علاقة قانونية ما بين أطرافه ، فإنه في حالة الاتفاق اللاحق فالعلاقات القانونية ما بين أشخاص القانون متعددة ، والقول بأن أي نزاع قد نشأ ما بين هؤلاء الأشخاص يكون مداراً لاتفاق التحكيم ، فإنه يؤدي إلى انحسار مفهوم التحكيم من كونه وسيلة بديلة إلى أن يكون الوسيلة الوحيدة لحل المنازعات . ونتيجة لأن اتفاق التحكيم يجب أن يرتبط بعلاقة قانونية معينة فإنه من هنا تقيد هذا الاتفاق بهذه العلاقة التي نشأ عنها النزاع ، ومن هنا تبرز الحاجة للتحديد . وعلى الصعيد العملي فإنه تبرز أهمية تحديد النزاع في الاتفاق اللاحق ، في حالة تولي المحكم حل النزاع في إطار وسيلة التحكيم ، حيث بموجب هذا التحديد يفصل المحكم في منازعات معينة وواضحة المعالم ، لا يخرج في قراره التحكيمي عنها ، وليس في منازعات غير معروفة قد لا تعد ولا تحصى .

وهذا ما يستشف أيضاً من المادة (2 / 7) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني رقم (9) لسنة 1994 ، كما أن المادة (3 / 10) من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني رقم (47) لسنة 1997 قد طابقت النص المصري بشكل حرفي ، أما قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 فإنه على الرغم من أخذه بصورة الإحالة ، إلا أنها قد جعلها صورة من صور الكتابة في اتفاق التحكيم ، حيث نصت المادة (10 / ب) منه على أنه :

" ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد "

ويعتبر قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 أحدث تشريع عربي تناول صورة الإحالة ، حيث نصت المادة (2 / 7) منه على أنه :

" يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد " .

وأما بالنسبة للمدخل الثالث لتعريف مصطلح اتفاق التحكيم ، فإنه يتعلق بمدى اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم ، ومن ثم دخولها في تعريف مصطلح التحكيم ، فإن التشريعات العربية لم تسر على وتيرة واحدة بالنسبة لهذا الاشتراط ، ومن الممكن رد تنوع التشريعات العربية بالنسبة لهذا الاشتراط إلى أربعة اتجاهات رئيسة .

ويمثل الاتجاه الأول التشريعات التي ذهبت إلى اعتبار الكتابة شرطاً لإثبات اتفاق التحكيم ، وفي ظل هذا الاتجاه يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ، حتى ولو لم يستوف شكل الكتابة ، ويترتب على ذلك أن لا تعتبر ركناً في اتفاق التحكيم ، ومن ثم فإنها لا تدخل في تعريف مصطلح التحكيم ، فيكون تعريف اتفاق التحكيم ينصرف إلى الاتفاق الذي يتفق بموجبه الأطراف على حل النزاع بطريق التحكيم ، سواء أكان في شكل كتابي أو شفوي ، ومن أبرز التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 بموجب المادة (252) منه ⁴⁰ .

وأما الاتجاه الثاني ، فإنه ينصرف إلى اعتبار الكتابة ركناً جوهرياً في اتفاق التحكيم ، ومن ثم لا يكتسب اتفاق التحكيم وجوده القانوني إلا إذا كان مكتوباً ، فلا يكون في ظل هذا الاتجاه وجوداً قانونيً لاتفاق التحكيم الشفوي ، ويترتب على ذلك أن تدخل الكتابة كركن جوهري في تعريف مصطلح اتفاق التحكيم ، ومن ثم يكون اتفاق التحكيم هو الاتفاق المكتوب ما بين أطراف النزاع من أجل حله من خلال وسيلة التحكيم .

ولكن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه لم تتوقف عند حد اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم ، بل تعدته لتبين كيف يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، وذلك من خلال تبين الصور الكتابية التي من الممكن أن يكتسبها اتفاق التحكيم . ويعتبر قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (27) لسنة 1994 رائد التشريعات في هذا الاتجاه ، حيث نصت المادة (12) منه على أنه :

⁴⁰ نصت المادة (252) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 على أنه :
" لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ، ويحدد فيها موضوع النزاع ، ويجوز إثبات هذا الاتفاق أثناء المرافعة بالمحكمة . فإذا أقرت المحكمة اتفاق الخصوم تقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم " .
كما أخذ بذات الاتجاه قانون التحكيم التونسي رقم (42) لسنة 1993 حينما نصت المادة (6) على أنه :
" لا يثبت اتفاقية التحكيم إلا بكتاب سواء كان رسمياً ، أو خطياً ، أو محضراً جلسة ، أو محضراً لدى هيئة التحكيم التي وقع اختيارها " .
وأيضاً سار قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (13) لسنة 1990 بذات الاتجاه حينما نصت المادة (2 / 190) منه على أنه:
" لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة " .
وتتطابق هذه المادة نص المادة (2 / 203) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (11) لسنة 1992 ، وأيضاً تماثل كل من نص المادة (2 / 173) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (38) لسنة 1980 ، ونص المادة (742) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953 .

" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً . ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان ، أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل ، أو برقيات ، أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة " 41 .

وأما الاتجاه الثالث ، فإنه يجسد التشريعات التي أخذت موقفاً وسطاً من اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم ، فذهبت إلى تقرير اعتبار الكتابة ركناً في شرط التحكيم ، بينما تعتبرها شرطاً لإثبات مشاركة التحكيم ، ومن ثم فإن تعريف مصطلح اتفاق التحكيم من حيث الكتابة يختلف باختلاف صورة هذا الاتفاق ، فإن كان شرطاً فإنه يعرف بأنه اتفاق الأطراف كتابة على حل النزاع من خلال وسيلة التحكيم ، أما إذا كان مشاركة فإنها لا تدخل في تعريف مصطلح اتفاق التحكيم ، وبناء عليه من الممكن أن تكون مشاركة التحكيم شفوية ، ولقد أخذ بهذا الاتجاه كل من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983⁴² وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (08 - 09) لسنة 2008⁴³ .

وأخر اتجاه بالنسبة لاشتراط الكتابة ، ينصرف إلى عدم الجزم بكون الكتابة ركناً في اتفاق التحكيم، أم أنها شرطاً لإثبات مثل هذا الاتفاق ، فتذهب التشريعات التي أخذت بهذا الأسلوب إلى وجوب وجود الكتابة في اتفاق التحكيم ، ولكنها لم تقرر البطلان على تخلفها ، وهذا ما يثير تساؤلاً مهماً يتمحور حول :

هل الكتابة في ظل هذه التشريعات تعتبر شرطاً لإثبات اتفاق التحكيم ، يصح الاتفاق بتخلفها أم أنها ركنٌ لا يكتسب اتفاق التحكيم وجوده القانوني إلا بها ؟

⁴¹ تطابق هذه المادة ذات نص المادة (12) من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني رقم (47) لسنة 1997 ، وأيضاً تشابه نص المادة (10) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 . وقد كان قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 آخر التشريعات من حيث الفترة الزمنية التي تبنت هذا الاتجاه ، ولكنه قد أضاف إمكانية توافر الشكل الكتابي ، من خلال رسائل البريد الإلكتروني بصورة صريحة - بخلاف التشريعات السابقة له - حيث نصت المادة (8) منه على أنه :

" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ، ويكون الاتفاق مكتوباً إذا ورد في عقد أو وثيقة رسمية أو عادية أو في محضر محرر لدى هيئة التحكيم التي تم اختيارها أو في أية رسائل متبادلة عادية كانت أو مرسله بوسائل الاتصال المكتوب ، (البريد الإلكتروني، الفاكس ، التلكس) إذا كانت تثبت تلاقي إرادة مرسلها على اختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع "

⁴² نصت المادة (٧٦٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983 :
" لا يصح البند التحكيمي إلا إذا كان مكتوباً في العقد الأساسي ، أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد .. " .
وبالنسبة لمشاركة التحكيم - والتي يطلق عليه المشرع اللبناني عقد التحكيم - نصت المادة (٧٦٦) :

⁴³ نصت المادة (1 / 1008) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (08 - 09) لسنة 2008 على أن :
" يبقى شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها " .
وبمناسبة تناوله لمشاركة التحكيم نصت المادة (1012) من هذا القانون على أن :
" يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً " .

قبل الإجابة على هذا التساؤل ، فإنه يتوجب الإشارة إلى التشريعات التي أخذت بهذا الأسلوب، وهي في ظل المنظومة القانونية العربية تشريعان فقط ، وهما : قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني رقم (9) لسنة 1994 ، وقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000⁴⁴ .

وللإجابة على التساؤل حول مدى اعتبار الكتابة ركناً أو شرطاً للإثبات في ظل هذين التشريعين ، فإنه نظراً لسكوت المشرع عن عدم تقرير البطلان في حال تخلف الكتابة ، فإنه يجب النظر إلى الغاية التي يتلمسها اتفاق التحكيم ، فإن اتفاق التحكيم يرتب آثاره من خلال عدم قبول الدعوى من قبل القضاء وقبولها أمام التحكيم ، فإنه نتيجة لذلك يعتبر اتفاق التحكيم استثناءً من اللجوء إلى القضاء ، والذي يعتبر حقاً دستورياً أساسياً ، ولذلك فإنه لكونه استثناءً فإنه يجب التحوط في هذا الاتفاق ، وعدم توسيع حدوده ، ونتيجة ذلك أن الخروج عن الأصل يتطلب بالإضافة إلى الإرادة الصريحة وجوب إفراغ هذه الإرادة في قالب كتابي ، حتى يتم التأكد من قبل الأطراف على ما سيقدمون عليه ، نظراً لخطورة هذا الاتفاق على حق التقاضي، الأمر الذي يقودنا إلى أن الكتابة التي قصدها المشرع هي الكتابة التي تعتبر ركناً في اتفاق التحكيم ، وليست شرطاً للإثبات .

وآخر مدخل لتعريف مصطلح اتفاق التحكيم يتحدد في مدى ارتباط وجود هذا الاتفاق بالمحكم أو المحكمين الذين يتولون حل النزاع ، حيث ذهبت بعض التشريعات إلى أن اتفاق التحكيم الذي لا يحدد كيفية تعيين المحكم أو المحكمين أو أسمائهم يعتبر اتفاقاً باطلاً ، ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه ، إلى أن وجود المحكم يعتبر أمراً ضرورياً في تعريف اتفاق التحكيم ويدخل ضمن عناصره .

وحقيقة القول إن هناك تشريعين فقط قد أخذوا بهذا الاتجاه ، وهما قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983⁴⁵ وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (08 - 09) لسنة 2008⁴⁶ . وفي ظل هذين التشريعين فإنه من غير الممكن تعريف اتفاق التحكيم إلا

⁴⁴ نصت المادة (7 / 2) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني رقم (9) لسنة 1994 على أنه :
" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل الرسائل أو تلكسات أو برفيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع الذي يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر. وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً ، وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل في ذلك الشرط جزءاً من العقد " .

كما نصت المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه :
" ... 2- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً . 3- يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما يتبادله من رسائل أو برفيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة " .

⁴⁵ نصت المادة (٧٦٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983 :
" لا يصح البند التحكيمي إلا إذا كان مكتوباً في العقد الأساسي أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد ويجب أن يشتمل تحت طائلة بطلانه على تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم أو صفاتهم أو على بيان الطريقة التي يعين بها هؤلاء " .

كما نصت المادة (٧٦٦) من ذات القانون على أنه :
" لا يثبت عقد التحكيم إلا بالكتابة ، ويجب أن يشتمل تحت طائلة بطلانه على تحديد موضوع النزاع وعلى تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم أو صفاتهم أو على بيان الطريقة التي يعين بها هؤلاء . يعتبر عقد التحكيم ساقطاً إذ رفض المحكم المعين فيه المهمة الموكولة إليه " .

⁴⁶ نصت المادة (2 / 1008) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (08 - 09) لسنة 2008 على أنه :

بذكر تعيين المحكم أو المحكمين أو كيفية تعيينهم ، ويعتبر هذا الذكر عنصراً من عناصر التعريف، ومن ثم فإن اتفاق التحكيم تحت هذين التشريعين يتوجب تعريفه بأنه اتفاق ما بين أطراف النزاع على طرحه أمام هيئة التحكيم التي عينت أو حدد كيفية تعيينها فيه، وهذا بخلاف باقي التشريعات العربية - والتي من ضمنها مشرعنا الفلسطيني - ، التي لم تجعل من وجود المحكم أو المحكمين ركناً في اتفاق التحكيم ، ومن ثم لا يدخل كعنصر من عناصر تعريف هذا الاتفاق .

ومما تجدر الإشارة إليه أخيراً ، أنه قد يتم الخلط ما بين التحكيم واتفاق التحكيم ، فكثيراً ما يتم تعريف التحكيم بتعريف اتفاق التحكيم ، فيعرف التحكيم بأنه اتفاق ما بين طرفين على تسوية نزاع فيما بينهم من خلال عرضه على هيئة تحكيمية ، تتولى فصله بقرار نهائي ملزم ⁴⁷ .

فالعلاقة ما بين مصطلح (التحكيم) و مصطلح (اتفاق التحكيم) هي علاقة ما بين الجزء والكل ، فمن غير الممكن إطلاق مفهوم الجزء وجعله الغالب على مفهوم الكل ، فيعرف الكل بمفهوم الجزء، ذلك أنه لما كان التحكيم هو الطريق الخاص والاستثنائي لحل النزاع ، فإن اتفاق التحكيم هو جزء من هذه الوسيلة وبموجبه يعلن أطرافه عن الخضوع لوسيلة التحكيم ، والقول بانحصار مصطلح (التحكيم) في اتفاق التحكيم يهدم العملية التحكيمية المتمثلة في تولي هيئة التحكيم مهمة حل المنازعة ، وإصدار القرار التحكيمي الملزم ، ذلك أن التحكيم ليس اتفاقاً فحسب ، بل هو فضلاً عن ذلك يشمل تولي المهمة التحكيمية من خلال السير في إجراءات التحكيم حتى إصدار القرار التحكيمي ، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى ، يبرز التمييز ما بين المصطلحين في حالة وجود مبدأ سلطان الإرادة والاعتراف به ، فقد يحدث أن يهدم المشرع مبدأ سلطان الإرادة في اللجوء إلى التحكيم - كما هو الحال في منازعات سوق الأوراق المالية - بأن يقصر وسيلة حل نزاع معين على التحكيم دون القضاء ، فنكون هنا أمام غياب لسلطان إرادة الأطراف في اعتبار التحكيم وسيلة بديلة وهدم حرية اختيار هذه الوسيلة ، إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود اتفاق التحكيم ، بل يستلزم أن يكون هناك اتفاق ما بين طرفي النزاع من أجل حله عن طريق التحكيم الذي أصبح الوسيلة لحل مثل هذه المنازعات ، وقد يحدث أن يقوم المشرع بعد هدمه لمبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار التحكيم أن يغيب اتفاق التحكيم ، فتبدأ العملية التحكيمية دون وجود لاتفاق التحكيم ما بين أطراف النزاع .

" يجب أن يتضمن شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، تعيين المحكم أو المحكمين ، أو تحديد كيفية تعيينهم " .
وبخصوص مشاركة التحكيم - والتي يطلق عليه المشرع الجزائري اتفاق التحكيم - نصت المادة (2 / 1012) على أنه :
" يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم " .
⁴⁷ هذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف الفلسطينية المنعقدة برام الله في قرارها الفاصل في الاستئناف المدني رقم (9) لسنة 2009 ، حيث نص منطوق هذا القرار على أن :
" التحكيم هو اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة " .
محكمة استئناف رام الله : القرار الفاصل في الاستئناف المدني رقم (9 / 2009) ، الصادر بتاريخ 11 / 5 / 2009 . رام الله - فلسطين .

المطلب الثاني

ماهية المنازعات في ميدان سوق الأوراق المالية

خلصنا في المطلب الأول من هذا المبحث إلى أن اتفاق التحكيم يرتبط وجوداً وعدمًا بالعلاقة القانونية ، فسواء أكان اتفاقاً سابقاً أو اتفاقاً لاحقاً ، فإنه من غير الممكن سلخ اتفاق التحكيم عن العلاقة القانونية التي يستهدف منازعاتها من خلال إرادة أطرافه على اختيار التحكيم كوسيلة لحل منازعات هذه العلاقة القانونية .

واتفاق التحكيم بتعريفه الاصطلاحي القانوني يكون واحداً لدى جميع المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ عن العلاقات القانونية ، وذلك ناشئ عن إرادة المشرع التي انصرفت إلى عدم وضع نص خاص لاتفاق التحكيم في كل علاقة قانونية ، وبالتناوب في المنازعات الناجمة عنها، وذلك لأن العلاقات القانونية ليست على درجة واحدة ، كما أن المنازعات داخل إحدى هذه العلاقات متعددة ومتنوعة ، ولكل منها خصوصيتها ، مما يستعصي حصر تلك العلاقات والمنازعات . ويطغى ذلك على البحث القانوني الذي يتناول اتفاق التحكيم ، حيث إن البحث العام في تعريف اتفاق التحكيم يقف عند حد تبين مفهوم هذا المصطلح ، أما البحث الذي يتناول اتفاق التحكيم في سياق منازعات ناتجة عن علاقة قانونية محددة ، فيقتضي تجاوز البحث العام إلى بحث خاص ، يتناول بالإضافة إلى تعريف مصطلح اتفاق التحكيم ، التعرض لهذه العلاقة ومفهوم المنازعات الناجمة عنها .

ونظراً لأن مضمار دراستنا لم يتوقف عند بحث اتفاق التحكيم فقط ، بل عمدنا إلى تحديد هذا الاتفاق في المنازعات الواقعة في سوق الأوراق المالية ، فإذا كنا قد تعرضنا في المطلب الأول من هذا المبحث إلى تعريف اتفاق التحكيم ، فإن تقييده في إطار المنازعات التي حددناها يقتضي التبحر في حاضن العلاقات القانونية التي نشأت عنها هذه المنازعات ، وهو سوق الأوراق المالية ، ولا ينأت ذلك إلا من خلال إظهار دلالة السوق في الأوراق المالية ، حيث إن مثل هذا السوق لم يوجد إلا نتيجة المزاجية ما بين مفهوم السوق ومفهوم السلعة المعينة التي حددت بالأوراق المالية (الفرع الأول) . وبعد أن نخرج بهذه الدلالة ، فإن ضرورة تجاوز البحث العام إلى البحث الخاص تقتضي الإعراب عن مفهوم المنازعات الواقعة في سوق الأوراق المالية ، وذلك من خلال ضبط مصطلح هذه المنازعات (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : دلالة السوق في الأوراق المالية

يعتبر إرداف الأوراق المالية بمفهوم السوق وجعلها مصطلحاً واحداً يتجسد في سوق الأوراق المالية ، هو أمر ناتج عن وجود سوق خاص لهذه السلعة ، فمفهوم السوق (Market) يشير إلى السلعة (Commodity) والمشتريين والبائعين الذين هم في منافسة مباشرة مع بعضهم بعضاً⁴⁸ ، فالسوق يتجسد في الاجتماع الحر ما بين البائع والمشتري ، الذي يترتب عليه العلاقة المرتبطة فيما بينهم قصد التعامل والتداول في سلعة معينة ، فالسوق يتجسد في الأشخاص المتعاملين فيه ، والسلع المتداولة في ظلّه⁴⁹ . وبذلك فإن السوق لا ينحصر في مكان مادي ملموس ، بالرغم من أن المكان المادي الذي يلتقي فيه البائع والمشتري قصد سلعة معينة هو المفهوم الأكثر شيوعاً للسوق⁵⁰ .

وإسقاط ذلك على سوق الأوراق المالية ، يقتضي الإمساك بهذا السوق والخوض فيه في ظل الأسواق المختلفة إلى أن نصل إلى فئة الأسواق التي ينتمي إليها سوق الأوراق المالية (أولاً) ، وبعد ذلك نلقي الضوء على أقسام هذا السوق من منطلق السلعة التي يتم التعامل بها من خلاله، وهي الأوراق المالية (ثانياً) .

أولاً : فئة الأسواق التي ينتمي إليها سوق الأوراق المالية

تنقسم الأسواق بعموميتها من حيث السلع المتداولة فيه إلى أسواق عامة (General Markets) لا ينحصر التعامل فيها على سلعة واحدة ، بل تشمل جملة من السلع ، وإلى أسواق متخصصة (Specialized Markets) يجري التعامل فيها بسلعة أو عدد محدود من السلع⁵¹ . وترجع الحاجة لوجود الأسواق المتخصصة إلى التطور في التعامل بالسلع والحاجة إلى تنظيم يضبطه على نحو يميزه عن غيره من الأسواق العامة ، كما هو الحال في السوق المالي ، والذي يعتبر سوقاً متخصصة ينحصر التعامل فيها على سلعة واحدة دون سواها .

فالسوق المالي (Financial Market) هو ذلك السوق المتخصص الذي يجري التعامل فيه بالأدوات المالية دون غيرها من السلع⁵² ، فالأداة المالية هي التي حددت مفهوم السوق المالي ورسمت معالمه ، فلما كان السوق المتخصص يكتسب مفهومه من السلعة التي يجري التعامل بها

⁴⁸ Arun , Kumar (1998) : Marketing Management . Atlantic Publishers And Distributors , New Delhi - India , Page 1 .

⁴⁹ Sunita (2005) : Politics , Ethics And Social Responsibility of Business . Paragon Books , New Delhi - India , Page 131 .

⁵⁰ Abdul Hamid , Mar Iman (2006) : Basic Aspect Of Property Market Research . Penerbit UTM , University of Technology in Malaysia , Kuala Lumpur - Malaysia , Page 65 .

⁵¹ S. K. Pandey , And Others (2005) : Fisheries Economics And Marketing - An Introduction - . Central Institute of Fisheries Education , Mumbai - India , Page 263 .

⁵² Fabozzi , Frank (2008) : Hand Book of Finance , Volume one . John Wiley and Sons , New Jersey - USA , Page 6 .

في ظلّه⁵³، فإن التعامل بالأدوات المالية والحاجة لوجود تنظيم يحكم السوق التي يجري التعامل بها أدى إلى بلورة سوق متخصصة تنفرد به الأدوات المالية دون غيرها ، وهذا ما تجسد في السوق المالي⁵⁴ .

وجدير بالذكر أن السوق المالي يتشكل من خلال وجود قناة بين أولئك الذين يملكون فوائض مالية (المدخرين) - وهم يشكلون جانب العرض للأموال - وأولئك الذين لديهم عجز مالي (المقترضين) - وهم يشكلون جانب الطلب على الأموال -⁵⁵ ، حيث يعمل السوق المالي على انسياب الموارد المالية المعبر عنها بالأدوات المالية من الوحدات الاقتصادية ذات الفائض المالي إلى الوحدات الاقتصادية ذات العجز المالي⁵⁶ .

وعلى الرغم من انحصار السلعة المتداولة في السوق المالي بالأدوات المالية التي تشترك جميعها بنظريتها العامة ، إلا أنها ليست على نوع واحد ، فجعل الأدوات المالية جميعها يحكمها سوق واحد يجافي خصوصية كل أداة مالية ، وهذا ما دفع بالحاجة إلى وجود سوق متخصصة تحتكر نوعاً معيناً من هذه الأدوات داخل السوق المالي ، الذي هو سوق متخصص أيضاً ، وكان ذلك عن طريق المحاولة بحصر الاختلافات فيما بينها عن طريق تقريب الخصائص التي تتميز بها كل أداة

⁵³ تعبر الأداة المالية (Financial Instrument) عن الوثيقة التي لها قيمة نقدية والتي تصدرها الوحدات الاقتصادية - سواء أكانت حكومية أو خاصة - في مقابل الحصول على الأموال التي تكون بحاجة إليها ، فالأداة المالية مادية كانت أو إلكترونية هي وثيقة لها قيمة نقدية فعلية أو قيمة قابلة للتسليم والتحويل النقدي . ولكن هذه الوثيقة لا تكون لها القيمة المرجوة إلا إذا تم التعامل بها ، فأساس وجود الأداة المالية أن يكون لها قيمة في التعامل ، الأمر الذي يجعل من الأداة المالية تتجسد في الوثيقة التي تمثل اتفاق قانوني ينترتب عليه الحصول على قيمة مالية ، ولذلك فإن طرفي هذا الاتفاق يكون أحدهما مدخراً للمال والطرف الآخر بحاجة لهذا المال ، وبهذا المفهوم يندرج تحت مظلة الأداة المالية أنون الخزانية ، والأوراق النقدية ، والقبولات المصرفية والأوراق التجارية ، بوالص التأمين ، شهادات الإيداع القابلة للتداول والأوراق المالية . وللتوسع في ذلك انظر :

Shim , Jae . Siegel , Joel (1993) : Macroeconomics . Barron's Educational Series , New York - USA , Page 79 .
Morris , Virginia . Morris , Kenneth (2007) : Standard and Poor's Dictionary Of Financial Terms . Light Bulb Press , New York - USA , Page 80 .

Epstein , Barry . And Others (2009) : Wiley GAAP 2010 - Interpretation and Application of Generally Accepted Accounting Principles - . John Wiley and Sons , New Jersey - USA , Page 289.

⁵⁴ إن التعامل في الأدوات المالية لا يكون متولداً إلا عن اتفاق قانوني بين اثنين أو أكثر من الأطراف ، فالأدوات المالية تخلق حزمة من الحقوق والواجبات ما بين حائز الأداة المالية ومصدرها ، مثل الحق في الأرباح والالتزام بدفع المبلغ المطلوب من رأس المال للمصدر . ومن ناحية أخرى فهي أصل من الأصول المالية التي يمكن تحويلها ، وفي طورها الأخير تكون هدفاً للمبيعات وعقوداً للخدمات عن طريق تداولها في السوق الذي يحتضنها ، وهو السوق المالي ، وعلى ذلك فإن الحقوق والالتزامات غير التعاقدية لا تكون بالضرورة أدوات مالية ، مثل المسؤولية المترتبة عن ضريبة الدخل ، فهي ليست أداة مالية . وللتوسع في ذلك انظر :

Ferrari , Franco . Leible , Stefan (2009) : Rome I Regulation - The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe - . Sellier European Law Publishers , Munich - Germany , Page 93 .

Bhattacharyya , Asish (2006) : Financial Accounting For Business Mangers , Third Edition . Prentice - Hall of India , New Delhi - India , Page 414

⁵⁵ لما كان مدار الأداة المالية هو وجود طرفين الأول يملك المال والثاني بحاجة إليه ، فإن العلاقة ما بين هذين الطرفين أدت إلى تنقسم الأداة على نفسها إلى قسمين ، الأول يعتمد من الملكية كأساس له ، وهذا ما يتجسد في أدوات الملكية (Equity Instrument)، فهذه الأدوات تعبر عن الطرف المالك للمال والمتجسد في المدخرين للمال . أما الثاني فإنه يهيمن عليه المديونية (Debt Instrument) ويعتبر منها جوهر وجوده ، وتمثل هذا الأدوات الطرف الذي يكون بحاجة للأموال مثل الحكومة والوحدات الاقتصادية المختلفة كشركات المساهمة العامة.

Sandeep , Goel (2012) : Financial Services . Prentice - Hall of India , New Delhi - India , Page 3 .

⁵⁶ أسرج ، حسين (2002) : دور سوق الأوراق المالية في تنمية الادخار في مصر . رسالة ماجستير ، جامعة الزقازيق - بنها - مصر ، ص 23 - 30 .

مالية عن غيرها ، وفي ذلك أخذ معيار تاريخ الاستحقاق كأساس لتمييز الأدوات المالية ، حيث يتم التمييز ما بين الأدوات المالية على أساس تاريخ استحقاقها ، وبناء على معيار هذا التاريخ جرى تقسيم السوق المالي إلى سوق النقد وسوق رأس المال .

فسوق النقد (Money Market) ، هو سوق مالي متخصص يعمل في ظل السوق المالي الذي تكون الأدوات المالية سلعته الوحيدة ، إلا أنه يتميز عن غيره باشماله على الأدوات المالية التي لها تاريخ استحقاق يقل عن سنة من وقت إصدارها ، فهو سوق يتسم بقصر آجال العمليات التي تحدث على الأدوات المالية المتداولة فيه . ويغلب على هذه الأدوات في ظل هذا السوق صفة أدوات المديونية ، مثل أذون الخزانة والأوراق التجارية والقبولات المصرفية ، إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود أدوات ملكية في هذا السوق ، كما هو الحال في الأسهم المفضلة التي عرفتها بعض الأنظمة الاقتصادية⁵⁷ .

أما سوق رأس المال (Capital Market) ، فهو ذلك السوق المالي الذي تهيمن عليه الأدوات المالية طويلة الأجل ، والتي يزيد تاريخ استحقاقها عن سنة من صدورها . وبالمخالفة لسوق النقد تتسم الأدوات في ظل هذا السوق بالموازنة ما بين أدوات المديونية وأدوات الملكية⁵⁸ ، كما أن أدوات هذا السوق تتميز بطول الأجل لاستحقاقها ، ولذلك يعتبر سوق رأس المال سوق الاستثمار المعمر الذي يحتاج لفترة طويلة نسبياً حتى يُؤتي أكله⁵⁹ .

ويبوب سوق رأس المال إلى بابين رئيسيين : الأول يركز على سوق الأوراق المالية (Securities Market) ، حيث تكون الأوراق المالية هي الأدوات المالية التي يجري التعامل بها في ظلها ، أما الثاني فإنه السوق الذي لا يجري التعامل فيه بالأوراق المالية (Non - Securities Market) بل يجعل من الأدوات المالية طويلة الأجل غير الأوراق المالية مداراً له ، مثل الرهن العقاري والتأمين و التأجير التمويلي⁶⁰ .

⁵⁷ Fabozzi , Frank . Drake , Pamela (2009) : Finance - Capital Markets , Financial Management and Investment Management - . John Wiley and Sons , New Jersey - USA , Page 123 .

⁵⁸ Marks , Kenneth . And Others (2012) : Middle Market M & A - Handbook for Investment Banking and Business Consulting - . John Wiley and Sons , New Jersey - USA , Page 4 .

⁵⁹ من غير الممكن إنكار العلاقة ما بين سوق النقد وسوق رأس المال ، ذلك أن الوحدات الاقتصادية تلجأ لسوق النقد من أجل الاستثمار في المشاريع التي تنسم بالصغر والتي تمول رأس المال العامل ولفترة زمنية قصيرة نسبياً ، وفي المقابل تلجئ هذه الوحدات لسوق رأس المال من أجل تمويل المشاريع الضخمة والتي تحتاج بالعادة لوقت طويلاً نسبياً كما هو الحال في الاستثمار في مجال التكنولوجيا والطاقة والمعدات الثقيلة .

Thomas , Lloyd (2006) : Money , Banking And Financial Markets . Cengage Learning - South - Western - , Ohio - USA , Page 50 .

⁶⁰ Zaidi , S. Akbar (1999) : Issues in Pakistan's economy . Oxford University Press , University Of Oxford , Oxford - UK , Page 265.

بناءً على ما تقدم ، فإن سوق الأوراق المالية هو سوق مالي متخصص يندرج تحت طائفة سوق رأس المال ، ويتميز بأنه السوق الذي يتم فيه التعامل بالأوراق المالية بيعاً وشراءً⁶¹ ، على نحو تشكل إحدى القنوات الرئيسية التي ينساب المال فيها بين الأفراد والمؤسسات والقطاعات المختلفة في المجتمع ، مما يساعد في تعبئة المدخرات وتنميتها وتهيئتها للمجالات الاستثمارية التي يحتاجها الاقتصاد القومي⁶² .

ثانياً : أقسام سوق الأوراق المالية

تتجسد الأوراق المالية (Securities) في أنها أداة مالية تتمثل في الصك الذي يعطي لمالكة الحق في الحصول على جزء من العائد ، أو جزء من الأصول أو الحقين معا⁶³ ، فبذلك تعد الورقة المالية عقداً ينشأ عن موجودات مالية أو مطلوبات مالية على الوحدة الاقتصادية المصدرة للورقة المالية . ولقد عرفت المادة (3 / 1) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 الأوراق المالية بأنها :

" حقوق ملكية أو أدوات دين ، سواء أكانت محلية أو أجنبية، توافق الهيئة على اعتمادها كذلك "⁶⁴.

وبذلك يكون المشرع قد صنف الأوراق المالية إلى مجموعتين رئيسيتين ، تركز الأولى على حقوق الملكية حيث يكون مالكة شريكاً في الوحدة الاقتصادية المصدرة للورقة المالية ، كما هو الحال في الأسهم⁶⁵ ، بينما تقوم الثانية على أدوات المديونية فيكون مالكة دائماً لمصدر الورقة ، مثل أسناد القرض⁶⁶ .

⁶¹ Kurtz , David . Boone , Louis (2011) : Contemporary Business . John Wiley and Sons , New Jersey - USA , Page 560 .

⁶² حسين ، عصام (2008) : أسواق الأوراق المالية (البورصة) . دار أسامة للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، ص 18 .
⁶³ ونخالف ما ذهب إليه البعض : (محسن ، سميرة) (2006) : المشتقات المالية ودورها في تغطية مخاطر الأسواق المالية . رسالة ماجستير ، جامعة منتوري ، قسنطينة - الجزائر ، ص 19) في أن الصك الذي يمثل الورقة المالية لا يتوافر على أي قيمة فهو يبقى مجرد ورقة لا تتعدى حدودها ، ذلك أن الورقة المالية تجمع ما بين فكرة الحق وفكرة الصك ، حيث يعتبر صك الورقة المالية وسيلة في إثبات حقوق مالك الورقة المالية اتجاه مصدرها ، ويندمج الحق في الصك ، بحيث يكون التنازل عن صك الورقة المالية في درجة التنازل عن الحق الثابت فيه .

⁶⁴ وينطبق هذا التعريف مع تعريف المشرع الأردني للأوراق المالية بموجب المادة (3 / أ) من قانون الأوراق المالية رقم (76) لسنة 2002 ، أما المشرع المصري وفي ظل قانون سوق رأس المال رقم (95) لسنة 1992 فإنه فلم يضع تعريفاً للأوراق المالية تاركاً هذا الأمر للفقهاء واجتهاد القضاء .

الجريدة الرسمية الفلسطينية (2005) : قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 . العدد 53 ، بتاريخ 28 / 2 / 2005 .
الجريدة الرسمية الأردنية (2002) : قانون الأوراق المالية رقم (76) لسنة 2002 - قانون مؤقت - . العدد 4579 ، بتاريخ 31 / 12 / 2002 .

الجريدة الرسمية المصرية (1992) : قانون سوق رأس المال رقم (95) لسنة 1992 . العدد 25 مكرر ، بتاريخ 22 / 6 / 1992 .
⁶⁵ يعرف السهم بأنه صك متساوي القيمة يمثل حق المساهم في الشركة التي أسهم في رأس مالها وتحول له بصفته هذه ممارسة حقوقه في الشركة ولاسيما حقه في الحصول على الأرباح على أن يكون قابل للتداول بالطرق التجارية .

تكروري ، عثمان . سناوي ، عبد الرؤوف (2011) : الوجيز في شرح القانون التجاري ، الجزء الثاني ، الشركات التجارية ، مكتبة دار الفكر ، القدس - فلسطين ، ص 202 .

⁶⁶ عرفت المادة (86 / 2) من قانون الشركات التجارية الأردني رقم (12) لسنة 1964 - الساري المفعول في الضفة الغربية - أسناد القرض بأنها :

إلا أن أهم فرق ما بين هاتين المجموعتين ، هو أن حقوق الملكية تعتبر عقداً يدل على حصة في صافي الأصول المتوافر في الحصص المتبقية من أصول الوحدة الاقتصادية ، بعد خصم كل التزاماتها ، وبذلك فإن إصدار حقوق الملكية ليس التزاماً مالياً ، لأنه ينتج عنه زيادة في حقوق الملكية ، ولا يمكن أن يترتب عليه خسارة للوحدة الاقتصادية ، وهنا يظهر الفرق أيضاً بين حقوق الملكية وأدوات المديونية ، حيث إن أدوات المديونية ينتج عنها اتفاق تعاقدية بين طرفين ، لاستلام أو تسلم أموال نقدية من أحد الأطراف ، أما حقوق الملكية فيكون للوحدة الاقتصادية حق اختيار في تسليم أموال نقدية لحملة الأسهم لذا لا تعتبر التزاماً مالياً⁶⁷ .

وعلى الرغم من أن التعامل في سوق الأوراق المالية ينحصر في الأوراق المالية ، إلا أن هذه الأوراق لا تخرج إلى مجال التعامل إلا بمرورها بعدة مراحل ، الأمر الذي جعل سوق الأوراق المالية يتنوع إلى سوقين رئيسيين ، يمثل كل منها مرحلة من مراحل التعامل بالأوراق المالية لها قواعدها وخصوصيتها ، فسوق الأوراق المالية ينقسم من حيث إصدار الأوراق المالية والتداول بها إلى : سوق أولي ، وسوق ثانوي .

ويقصد بالسوق الأولي (سوق الإصدار) (Primary Market / New Issue Market) ذلك السوق الذي تدخل فيه الوحدة الاقتصادية المصدرة للأوراق المالية بائعة لها ، وبمعنى آخر أن بائع الورقة المالية هو الوحدة الاقتصادية المصدرة ، وفي هذا السوق تكون العلاقة مباشرة بين الوحدة الاقتصادية المصدرة للورقة المالية وبين المكتتب الذي يكون المشتري الأول لها ، وفي ظل هذا السوق يجري التعامل بأوراق مالية جديدة لم يسبق إصدارها ، وذلك من خلال الاكتتاب العام ، سواء تعلق ذلك بإصدار الأسهم عند تأسيس وإنشاء الشركات الجديدة ، أو زيادة رأس مالها بغرض توسيع وتنويع نشاطها أو إصدار الأسهم والسندات عند الحاجة إلى قروض طويلة الأجل ، وعادة ما تتولى عملية إصدار الأوراق المالية مؤسسات متخصصة يصطلح عليها بمؤسسات الإصدار⁶⁸ .

" وثائق ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة تعطي للمكتتبين مقابل المبالغ التي أقرضوها للشركة قرصاً طويل الأجل " .

ويطابق ذلك تعريف أسناد القرض بموجب المادة (116) من قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997 ، وهو ذات التعريف الذي يستفاد من نص المادة (49) من قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة رقم (159) لسنة 1981 .

الجريدة الرسمية الأردنية (1964) : قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 . العدد 1757 ، بتاريخ 3 / 5 / 1964 .
الجريدة الرسمية الأردنية (1997) : قانون الشركات رقم (22) لسنة 1997 . العدد 4204 ، بتاريخ 15 / 5 / 1997 .
الجريدة الرسمية المصرية (1981) : قانون رقم (159) لسنة 1981 بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة . العدد 40 ، بتاريخ 1 / 10 / 1981 .

⁶⁷ يونس ، خالد (2011) : أثر تطبيق محاسبة القيمة العادلة للأدوات المالية على عوائد الأسهم . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين ، ص 30 .

⁶⁸ سمور ، نبيل (2007) : سوق الأوراق المالية الإسلامية بين النظرية والتطبيق . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين ، ص 25 .

أما السوق الثانوي (سوق التداول) (Secondary Market / Exchange Market) ، فهو السوق الذي يتم فيه تداول الأوراق المالية التي أُصدرت في السوق الأولي . وبذلك يعتبر هذا السوق المكان الذي تتم فيه جميع المعاملات المالية بيعاً وشراءً ، والتي يترتب عليها نقل ملكية الأوراق المالية طويلة الأجل من الأسهم والسندات السابق إصدارها من مالك سابق لمشتري لاحق ، وذلك طبقاً لسعر السوق السائد للورقة المالية وقت البيع أو الشراء . ومما تجدر الإشارة إليه أن ناتج البيع أو الشراء للورقة المالية في ظل هذا السوق لا تشترك فيه الوحدة الاقتصادية المصدرة للورقة المالية ، بل يعتبر مالاً خاصاً لمالك الورقة المالية الذي يحصل على هذا الناتج المالي ، وبذلك فمالك الورقة المالية هو وحده الذي يتحمل الخسارة في حال تدنى قيمة الورقة السوقية الآتية عن القيمة التي اشترى بها تلك الورقة ، كما هو الذي يجني الأرباح في حالة ارتفاع تلك القيمة إذا ما قام ببيعها ⁶⁹ .

وقد صنف السوق الثانوي على خلفية المنافسة داخله من جهة ، والضغوط الخارجية من جانب الحكومة من جهة أخرى ، إلى أربعة أسواق أساسية . يقوم الأول منها على السوق المنظمة (البورصة ⁷⁰) (Regulated Market) ، والذي يقتصر التعامل في ظلها على الأوراق المالية المسجلة لديها ، وذلك من خلال السماسرة والعاملين المعتمدين من قبل هذه السوق . أما الثاني فإنه يتجسد بالسوق الموازي (Parallel Market) ، وهذا السوق يتمثل بالمصارف و السماسرة العاملين في الأسواق غير المنظمة المنتشرين في المناطق المختلفة ، في حين يتمثل السوق الثالث (Third Market) في بيوت السماسرة من غير أعضاء الأسواق المنظمة ، أما السوق الرابع (Fourth Market) فإنه يتم التعامل فيه بين المؤسسات الكبرى دون وسطاء أو سماسرة ⁷¹ . وتدرج الأسواق الثلاثة الأخيرة تحت نوع الأسواق غير المنظمة بمفهومها الواسع ، إذا ما تمت مقارنتها مع السوق الأول لما لهذا السوق من قواعد ولوائح تحكم نطاق عمله ، ولتدخل الدولة في ضبط سيره .

⁶⁹ عريسي ، سمير (2010) : تحليل اتجاهات المستثمرين الأفراد في سوق فلسطين للأوراق المالية - دراسة استطلاعية على المستثمرين الأفراد في قطاع غزة - . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين ، ص 24 - 25 .

⁷⁰ يختلف مصطلح سوق الأوراق المالية عن مصطلح البورصة في العديد من الجوانب ، فإذا كان كل منهما محل للبيع والشراء إلا أن البورصة تتميز عن السوق بكونها سوقاً منظمة تحكمها قوانين ولوائح وأعراف وتقاليدها ، ولذلك تنسحب كلمة السوق على البورصة بينما لا تنسحب كلمة البورصة على السوق ، لأن البورصة سلبية السوق والفرع ينسب إلى أصله ، والعكس ليس صحيحاً ، ولذلك فلا تثير على من استخدم أيّاً من اللفظين الشانعين (السوق أو البورصة) عند الإشارة إلى هذا الكيان الذي عرف منذ القرون الوسطى بالبورصات ، ومن المعلوم أنه لم يكن فيما مضى حد يفصل بورصات التجارة والبورصات المالية ولم يحدث هذا التمييز إلا بمرور الزمن واتساع دائرة الأعمال ووضوح التخصص .

رضوان ، سمير (1996) : أسواق الأوراق المالية . المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، القاهرة - مصر ، ص 29 .
⁷¹ سهو ، نزهان (2010) : أسواق الأوراق المالية في ظل تداعيات الأزمة الاقتصادية العالمية الراهنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 26 ، العدد 2 ، دمشق - سوريا ، 657 .

الفرع الثاني : ضبط مصطلح منازعات سوق الأوراق المالية

لا يظهر النزاع القانوني إلى العالم الخارجي إلا بوجود تعامل ناتج عن الأشخاص الذين يكتسبون الشخصية القانونية ، حيث إن النزاع القانوني هو ذلك النزاع الناتج عن التعامل في ميدان قانوني معين ، ولما كان ميدان السوق المتخصص هو السلعة التي يجري التعامل فيها ، فإن المنازعات الناتجة عن السوق المتخصصة من غير الممكن وجودها ، إلا إذا تم التعامل بالسلعة التي تتفرد بها هذه السوق ، وعليه فإن المنازعات الناشئة في سوق الأوراق المالية ترتبط وجوداً وعدمياً بالتعامل بالأوراق المالية ، وبذلك فإن نقطة الوصول ما بين سوق الأوراق المالية والمنازعات الناشئة في ظلها ، هو التعامل الذي يجري في السوق الذي يكون مداره الأوراق المالية ، الأمر الذي يقودنا إلى أن منازعات سوق الأوراق المالية هي منازعات التعامل بالأوراق المالية في هذا السوق .

وعلى الرغم من أن هذا التعامل هو جوهر منازعات سوق الأوراق المالية ، إلا أن الوقوف عند هذا الحد يجعل من مصطلح منازعات سوق الأوراق المالية مصطلحاً فضفاضاً يتسع لدخول العديد من المنازعات في ظلها ، ولذلك فإنه يتوجب أن يتم وضع ضوابط تحكم هذا المصطلح ، وذلك من خلال رسم حدود موضوع التعامل بالأوراق المالية ، والذي يعبر عنه العنصر الموضوعي في منازعات سوق الأوراق المالية ، من جهة (أولاً) ، ومن خلال التطرق للأشخاص الذين يتعاملون بالأوراق المالية ، من جهة أخرى ، وهذا ما يتضح بشكل جلي من خلال العنصر الشخصي لمنازعات سوق الأوراق المالية (ثانياً) .

أولاً : العنصر الموضوعي في منازعات سوق الأوراق المالية

يعتبر التعامل بالأوراق المالية (Dealing In Securities) هو مدار منازعات سوق الأوراق المالية⁷² ، ويتجسد هذا التعامل في مختلف العمليات القانونية التي يكون موضوعها هذه الأوراق⁷³ .

⁷² لتوسع أكثر في مفهوم التعامل بالأوراق المالية وأثره على المنازعات الواقعة في سوق الأوراق المالية ، أنظر :

Ahmadu , Mohammed . Hughes , Robert (2006) : Commercial Law And Practice In The South Pacific . Cavendish Publishing , London - UK , Page 107 .

Nelson , Paul (2008) : Capital Markets Law And Compliance - The Implications of MIFID - . Cambridge University Press , University Of Cambridge , Cambridge - UK , Page 14 .

⁷³ هذا ما ذهب إليه قانون صناعة الأوراق المالية الماليزي رقم (280) لسنة 1983 بتعديلاته التي أقرت في سنة 2006 ، حيث بينت المادة (2) من هذا القانون أن التعامل بالأوراق المالية يشمل كافة الأعمال القانونية التي يتخذها الشخص ، سواء بشخصه أو من خلال وكيل يمثله من أجل :

" أ- امتلاك أو التصرف أو الاشتراك من أجل ضمان الاكتتاب بالأوراق المالية . ب- القيام بأي عمل أو أي عرض لجعل شخص أو حمله أو محاولة حمله من أجل الدخول في : 1- أي اتفاق من أجل اكتساب أو التصرف أو المشاركة في الاكتتاب بالأوراق المالية . 2- أي اتفاق - بخلاف العقود الأجلية - يكون الغرض أو الهدف المعلن منه هو تأمين الربح لأي من الأطراف في عوائد الأوراق المالية أو تقليل المخاطر بالرجوع إلى التقلبات في قيمة الأوراق المالية " .

النسخة الإلكترونية لهذا القانون باللغة الإنجليزية متوفرة على الرابط التالي :

Attorney General's Chambers (2006) : Securities Industry Act Of 1983 - Incorporating All Amendments Up To 2006 . Putrajaya - Malaysia , Page 17 .

(<http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%206/Act%20280.pdf> , 21.02.2013)

وإذا كان أساس وجود أي سوق متخصص ، هو التعامل في السلعة التي ينفرد بها ، فإن التعامل بالأوراق المالية ينصرف إلى عمليات المتاجرة بالأوراق المالية (Trading In Securities) بمفهومها الواسع والتي يعتبر بيع الأوراق المالية وشراؤها جزءاً منها⁷⁴ .

ويجب أن لا يفهم من ذلك حصر منازعات التعامل بالأوراق في السوق الأولي ، ذلك أن شراء الأوراق المالية وبيعها يكون موجوداً في السوق الأولي ، كما هو موجود في السوق الثانوي الذي يكون التداول مهيمناً عليه ، فالمتاجرة بمفهومها العام تشمل التداول بالأوراق المالية⁷⁵ .

وبناء على ما تقدم ، فإن الصورة النمطية لمنازعات سوق الأوراق المالية الذاهبة إلى أنها تنحصر في منازعات التداول بالأوراق المالية هي صورة تصيبها الشذمة ، ذلك أن هذه الصورة بحد ذاتها تنكر وجود السوق الأولي ، والذي في ظلّه ظهرت الورقة المالية إلى حيز الوجود ، فنتيجة لتبويب سوق الأوراق المالية إلى سوق أولي وسوق ثانوي ؛ فإن ذلك أدى إلى أن تنقسم منازعات سوق الأوراق المالية إلى قسمين رئيسيين ، القسم الأول : يمثل منازعات إصدار الأوراق المالية في السوق الأولي ، مثل : منازعات الاكتتاب العام ، وتوزيع الأوراق المالية . أما القسم الثاني : فإنه

⁷⁴ في إطار ذلك ننتقد ما ذهب إليه المشرع السوداني في حصره للتعامل بالأوراق المالية بعمليات شراء وبيع الأوراق المالية ، حيث نصت المادة (3) من قانون سوق الخرطوم للأوراق المالية لسنة 1994 على أنه :
" التعامل بالأوراق المالية : يقصد بها عمليات شراء الأوراق المالية وبيعها مباشرة أو بالوكالة وانتقال ملكيتها ، وتثبيت هذه الملكية في سجلات السوق وفقاً لأحكام هذا القانون " .
النسخة الإلكترونية لهذا القانون متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :
سوق الخرطوم للأوراق المالية (بدون تاريخ) : قانون سوق الخرطوم للأوراق المالية لسنة 1994 . سوق الخرطوم للأوراق المالية، الخرطوم - السودان .

(http://www.kse.com.sd/show_item_ar.php?id=18&t=0 , 21.02.2013)

وفي المقابل ، أخذ قانون الأوراق المالية الكندي لمقاطعة أونتاريو لسنة 1990 بالمفهوم الواسع للمتاجرة بالأوراق المالية ، حيث نص الفصل التمهيدي الخاص بتفسيرات هذا القانون على أن المتاجرة بالأوراق المالية تشمل :
" أ- أي بيع أو تصرف في الأوراق المالية من أجل الحصول على القيمة لها اعتباراً ، سواء ما إذا كان شروط الدفع عن طريق الأقساط أو عن طريق التمويل بالهامش أو غير ذلك من الطرق ، ولكنه لا يشمل شراء الورقة المالية المنصوص عليه في البند (د) ، ونقل أو التعهد أو رهن الأوراق المالية لغرض إعطاء ضمانات للدين بحسن نية . ب- أية مشاركة بصفة تاجر في أية عملية في الأوراق المالية من خلال مرافق التداول أو نظام تقديم التقارير التجاري . ج- أي استلام لأمر شراء أو بيع ورقة مالية من خلال الأشخاص المسجلين بمقتضى القانون . د- أي نقل أو تعهد أو رهن للأوراق المالية التي تتم من خلال شخص أو شركة المذكورين في البند (ج) من تعريف (التوزيع) لغرض إعطاء ضمانات للدين بحسن نية . هـ- أي عمل أو إعلان أو عرض أو إجراء أية مفاوضات مباشرة أو غير مباشرة من أجل تعزيز أي مما ذكر سلفاً " .
النسخة الإلكترونية لهذا القانون باللغة الإنجليزية متوفرة على الرابط التالي :

E - Laws Of Ontario (None) : Securities Act - R.S.O. 1990 , CHAPTER S.5 - . Service Ontario , Ontario - Canada.

(http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90s05_e.htm , 21.02.2013)

⁷⁵ هذا ما اتجهت محكمة الاستئناف الكندية المنعقدة في أونتاريو في قرارها رقم (C34363 / 20010322) الصادر بتاريخ 22 / 3 / 2001 ، حينما نص منطوق هذا القرار على أنه :

" إذا قررت المحكمة أن تتخذ أمراً بموجب المقتضى الفرعية الأولى من القانون ، فإنه وعلى الرغم من فرض أية عقوبة منصوص عليها في المادة (122) أو أي أمر أصدرته لجنة مراقبة السوق في إطار الباب (127) ، يجوز للمحكمة أن تتخذ ما تراه مناسبة ضد أي شخص أو شركة ، بما في ذلك أن تتخذ أي من الأوامر التالية : ... 4- إلغاء أية عملية اتخذت من قبل أي شخص أو شركة متعلقة بالمتاجرة بالأوراق المالية بما في ذلك إصدار الأوراق المالية " .

Resolution Court Of Appeal For Ontario , Lawrence D. Wilder And Cassels Brock & Blackwell Vs. Ontario Securities Commission , (C34363 / 20010322) , Of 22 March 2001 .

Available At :

(<http://www.ontariocourts.ca/decisions/2001/march/wilder.htm> , 21.02.2013)

يجسد منازعات تداول الأوراق المالية في السوق الثانوي ، مثل : منازعات عمليات التداول ، والمنازعات التي ترتبط بالعلاقة القائمة ما بين المستثمر و الوسيط المالي ⁷⁶ . وعليه ، فإنه حتى يتم الوقوف على منازعات سوق الأوراق المالية فإنه يجب الأخذ بمفهوم واسع للتعامل بهذه الأوراق ⁷⁷ ، وهذا ما أخذت به المادة الأولى من نظام فض المنازعات والتحكيم الفلسطيني لسنة 2007 ⁷⁸ .

ثانياً : العنصر الشخصي في منازعات سوق الأوراق المالية

بعد أن أرسينا العنصر الموضوعي في منازعات التعامل بالأوراق المالية المتجسد في مختلف العمليات القانونية التي يكون مدارها الأوراق المالية ، فإن العنصر الشخصي في منازعات التعامل بالأوراق المالية المتمثل في أطراف المنازعة ينصرف إلى المتعاملين في سوق الأوراق المالية ، ذلك أنه كما تقدم فإنه لا توجد منازعة من غير وجود تعامل لأشخاص القانون في ميدان معين ، فإذ خلصنا إلى أن المنازعات في سوق الأوراق المالية ، هي منازعات التعامل بالأوراق المالية بمفهومها الواسع ، فإن هذا التعامل من الاستحالة بمكان خروجه إلى الحيز القانوني دون أن يقوم شخص من أشخاص القانون القيام به ، وهذا يتمثل في المتعاملين في سوق الأوراق المالية ، والذين يعتبرون بصفتهن هذه أطرافاً في منازعات هذا السوق .

تاريخياً كانت الشخصيات المشاركة في سوق الأوراق المالية (Market Participants) تتشكل من الأشخاص الراغبين في إنشاء المشروع ، والأشخاص الذي يرغبون في الحصول على عوائد مالية من خلال المشاركة في هذا المشروع ⁷⁹ ، وإن تحقق ذلك في حقة غاب فيها التنظيم القانوني

⁷⁶ Tatewaki , Kazuo (1991) : Banking And Finance In Japan - An Introduction To The Tokyo Market - . Routledge - Taylor And Francis Group - , London - UK , Page 136 .

⁷⁷ في إطار ذلك ذهبت المحكمة العليا في أيرلندا في قرارها الفاصل في قضية Fyffes Plc Vs. DCC Plc And Ors الصادر بتاريخ 21 / 12 / 2005 إلى أنه يجب أن يتم تعريف التعامل بالأوراق تعريفاً واسعاً وفضفاضاً ، وبالأخص في القيام بالتعامل سواء أكان بشكل مباشر أو غير مباشر أو عن طريق الحمل أو محاولة الحمل ، وبذلك فإنه يتوجب أن يكون استخدام مفهوم التعامل يتسم بالاستمرارية لتغطية كافة منازعات التعامل بالأوراق المالية .

Resolution of The Irish High Court , Fyffes Plc Vs. DCC Plc And Ors , IEHC 477 (2005) , Of 22 December 2005

Available At :

[http://judgmental.org.uk/judgments/IEHC/2005/\[2005\] IEHC 477.html](http://judgmental.org.uk/judgments/IEHC/2005/[2005] IEHC 477.html) , 21.02.2013

⁷⁸ عرفت المادة الأولى من نظام فض المنازعات والتحكيم الفلسطيني لسنة 2007 التعامل بالأوراق المالية بأنه : " عمليات شراء وبيع الأوراق المالية إما مباشرة أو بالوساطة و/أو تغطية إصدارات الأوراق المالية الجديدة أو بيعها بالوساطة و/أو إدارة المحافظ الاستثمارية وصناديق الاستثمار المشترك و/أو إعداد وتوزيع أبحاث تتعلق بالأوراق المالية و/أو تقديم الاستشارات المالية والاستثمارية و/أو صناعة الأسواق و/أو غيرها من النشاطات الأخرى المتعلقة بالأوراق المالية " .

النسخة الإلكترونية لهذا النظام متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :

بورصة فلسطين (بدون تاريخ) : نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 . نابلس - فلسطين .

<http://www.pex.ps/PSEWebSite/laws/%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85%20%D9%81%D8%B6%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%A7%D8%B2%D8%B9%D8%A7%D8%AA.pdf> , 21.02.2013

⁷⁹ Simmons , Michael (2002) : Securities Operations - A Guide To Trade And Position Management - . John Wiley and Sons , New Jersey - USA , Page 16 .

لسوق الأوراق المالية ، فإنه وبعد التدخل التشريعي عبر التنظيم القانوني لسوق الأوراق المالية باعتباره سوقاً متخصصة يجري التعامل فيها بالأوراق المالية أصبح المتعاملون في هذا السوق يتكونون من مصدري الورقة المالية ، والأشخاص الذين يرغبون في الاستثمار بهذه الأوراق . ولكن إن كان ذلك يتشابه مع السوق التقليدي الذي يوجد فيه بائع ومشتري ، إلا أنه في ظل التنظيم القانوني لسوق الأوراق المالية فإن التدخل التشريعي قد أدخل جملة من الأشخاص الذين يمتنون القيام بأعمال الأوراق المالية كأطراف لاعبين في سوق الأوراق المالية ، والذين قد فرض وجود بعضهم جبراً على مصدر الورقة المالية وعلى المستثمر ، مثل وسطاء الأوراق المالية⁸⁰ .

ويعتبر مصدر الورقة المالية (Issuer) اللاعب الأولي والجوهري في سوق الأوراق المالية، إذ أنه من دون وجود مصدر للورقة المالية لا يكون هناك سوق للأوراق المالية ، وإذا كان الشخص القانوني ينقسم إلى شخص طبيعي واعتباري ، فإنه وفي ظل مصدر الورقة المالية يكون هذا الشخص دائماً شخصاً اعتبارياً⁸¹ .

ومن الممكن تصنيف مصدري الأوراق المالية على أساس نوع الورقة المالية التي يصدرونها إلى قسمين رئيسيين ، الأول : ينصرف إلى المصدرين الذين تنحصر الأوراق المالية التي يصدرونها في أدوات الدين كالسندات ، ويهيمن على هذا القسم أشخاص القانون العام مثل الكيانات السيادية كالسندات التي تصدرها الحكومة الفلسطينية ، وتشمل أيضاً هيئات الحكم المحلي ، مثل السندات التي تصدرها بلدية رام الله مثلاً . وإذا ما كانت أدوات الدين هي المهيمنة على القسم السابق ، فإنه وفي ظل القسم الثاني يكون لمصدري الأوراق المالية إصدار أدوات الملكية ، كالأسهم فضلاً عن أدوات الدين كالسندات⁸² .

وإذا كان المصدر يعتبر المشارك الرئيسي الأول في سوق الأوراق المالية ، والذي يمثل الأطراف الذين يتجسدون في وحدات العجز المالي التي تكون بحاجة للأموال من أجل القيام بمشاريعهم ، فإن

⁸⁰ Kevin , S. (2006) : Security Analysis And Portfolio Management . Prentice - Hall of India , New Delhi - India , Page 20 .

⁸¹ في ذلك عرفت المادة (2) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم 12 لسنة 2004 المصدر بأنه : " الشخص الاعتباري الذي يصدر أوراقاً مالية أو يعلن عن رغبته في إصدارها " .

وللتوسع في مفهوم مصدر الورقة المالية ، راجع :

Walker , Gordon . And Others (2005) : Commercial Applications Of Company Law In New Zealand , Second Edition . CCH Publisher , Auckland - New Zealand , Page 657 .

⁸² Simmons , Michael . Dalgleish , Elaine (2006) : Corporate Actions - A Guide To Securities Event Management - . John Wiley and Sons , New Jersey - USA , Page 25 .

مما يستدعي الإشارة إليه في ظل القسم الثاني لمصدري الأوراق المالية ، أنه يسيطر عليه أشخاص القانون الخاص ، وبالأخص الشركات التجارية التي منحها المشرع صلاحية إصدار هذا الأوراق ، مثل شركات المساهمة العامة وشركات التوصية بالأسهم - في ظل النظم القانونية التي أخذت بهذا الشكل من أشكال الشركة كالمنظمة المصرية ، وذلك بموجب المادة (16 / 2) من قانون سوق رأس المال المصري - إلا أن باقي أشكال الشركة التجارية مثل الشركات العادية العامة والعادية المحدودة فضلاً عن المساهمة الخصوصية لم يمنحها المشرع من إصدار أوراق مالية في سوق الأوراق المالية .

المشارك الرئيسي الآخر في سوق الأوراق المالية يتجسد في المستثمر (Investor) ، الذي يمثل وحدات الفائض المالي التي تتوافر على الأموال التي يحتاجها الطرف الأول⁸³ .

وبالنقيض من المصدر الذي حصره المشرع في الشخص الاعتباري ، فإن المستثمر قد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً ، وهذا ما أدى إلى إحداث التمييز داخل طائفة المستثمرين ، فوجد المستثمر الفرد (Individual Investor) الذي يمتلك الأوراق المالية بشكل مباشر أو غير مباشر، والمستثمر المؤسسي (Institutional Investor) الذي يمتلك الأوراق المالية نيابة عن غيره⁸⁴ .

أما المشارك الثالث في سوق الأوراق المالية فإنه يتجسد في ممتهني القيام بأعمال الأوراق المالية ، والذين تعتبر شركات الأوراق المالية (Securities Firms) الصورة الأكثر ذيوغاً لهم⁸⁵ ، حيث تمثل هذه الشركات حلقة الوصل ما بين المستثمرين ومصدر الورقة المالية في السوق الأولي من جهة ، وما بين المستثمرين وغيرهم في السوق الثانوي من جهة أخرى⁸⁶ .

⁸³ عرفت المادة (2) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 المستثمر بأنه : " الشخص الذي يتعامل بالأوراق المالية يباع أو شراء بهدف تحقيق الربح " .

⁸⁴ Palmiter , Alan (2008) : Securities Regulation - Examples And Explanations - . Aspen Publishers , New York - USA , Page 4 - 5 .

يعتبر المستثمر الفرد النوع الطاعي في سوق الأوراق المالية الناشئ الذي لم يقطع شوطاً كبيراً في صناعة الأوراق المالية ، حيث يمثل هذا النوع الأفراد الذين يستثمرون في نصيب قليل نسبياً من الأوراق المالية ويعتمدون بالعادة على نصائح وتوجيهات الوسطاء الماليين ، ونتيجة لمحدودية استثمار المستثمر الفرد فإنه يطلق عليه المستثمر بالتجزئة (Retail Investor) .

Fraser , Austin . Fisher Investments (2010) : Fisher Investments On Emerging Markets . John Wiley and Sons , New Jersey - USA , Page 182 .

في حين كان وجود المستثمر المؤسسي مرتبطاً بالتطور الحاصل في صناعة الأوراق المالية، ولذلك فإن هذا النوع يعتبر هو النوع الغالب في الأسواق المتطورة ، ويجسد هذا النوع المستثمرين الذي يتوافرون على أصول مالية تتسم بالضخامة الاقتصادية ، ويتصف استثمار هذا النوع بالإدارة المدروسة بشكل فني ومحترف ، ومن أبرز الأمثلة على المستثمر المؤسسي صناديق الاستثمار المشترك ، صناديق التقاعد ، البنوك التجارية و المؤسسات المالية .

Baikie , Timothy (2003) : Getting And Staying Listed In Canada - A Primer For Public Company Executives And Their Professional Advisors - . CCH Canadian Limited Publisher , Toronto - Canada , Page 5 .

⁸⁵ نتيجة لأن الأنشطة التي تقوم بها شركات الأوراق المالية تأتي أن يقوم بها شخص طبيعي ، فإن المشرع الفلسطيني قصد حصراً في الشخص الاعتباري المتوافر على شكل الشركات التجارية ، حيث عرف قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 في المادة (2) شركة الأوراق المالية بأنها :

" الشركة التي يكون نشاطها الرئيس القيام بأعمال متعلقة بتداول الأوراق المالية لحساب الآخرين أو لحسابها الخاص ، والنشاطات الأخرى وفق القانون " .

⁸⁶ يتركز النشاط الأساسي لشركات الأوراق المالية في القيام بأعمال الأوراق المالية (Securities Business) ، ولقد عرفت اللائحة التنفيذية للقانون التجاري الأسترالي لسنة 2001 في المادة (7 . 5 . 7) أعمال الأوراق المالية بأنها :

" أعمال الخدمات المالية المتعلقة بالتعامل بالأوراق المالية " .
النسخة الإلكترونية لهذا القانون متوفرة على الرابط التالي :

Commonwealth Consolidated Regulations (None) : CORPORATIONS REGULATIONS 2001 . Australasian Legal Information Institute , Sydney - Australia .

(http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_reg/cr2001281 , 22.02.2013)

وفي إطار الخدمات المالية وتحت عنوان الخدمات التي تقدمها شركة الأوراق المالية نصت المادة (40) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني على أنه :

" تشمل الخدمات التي تقدمها شركة الأوراق المالية بشكل منفرد أو مجتمع ما يلي : 1- إدارة محفظة الأوراق المالية لحسابها أو لحساب الآخرين . 2- القيام بدور متعهد التغطية أو وكيل الإصدار . 3- تسويق الأوراق المالية . 4- إدارة الصناديق الاستثمارية . 5- إدارة الإصدارات الأولية . 6- القيام بأعمال مستشار الاستثمار . 7- الوساطة المالية . 8- أي أعمال أخرى توافق عليها الهيئة " .

وتلعب شركات الأوراق المالية الدور الحيوي في سوق الأوراق المالية ، وتعتبر هذه الشركات مرآة السوق ، ويشكل نجاحها في تأدية أعمالها نجاحاً لسوق الأوراق المالية⁸⁷ ، نظراً لأنها تشكل قلب هذا السوق والمحرك العملي له من جهة⁸⁸ ، ولغرض بعضها ، مثل : شركات الوساطة من قبل المشرع من جهة أخرى⁸⁹ .

ومما يتوجب الإشارة إليه في ظل طائفة ممتثني أعمال الأوراق المالية ، أن المشرع الفلسطيني قد سمح بوجود بعض الأشخاص الطبيعيين الذين يمتنون القيام ببعض أعمال الأوراق المالية ، إلا أن وجود مثل هؤلاء الأشخاص لا يعني إطلاقهم من أي رقابة ، بل هم يخضعون في مدى احترامهم للقواعد القانونية الحاكمة لسوق الأوراق المالية إلى رقابة هيئة سوق رأس المال - التي سنتطرق لدورها الرقابي بشكل موسع فيما بعد - ، كما أن هؤلاء الأشخاص قد يعملون بشكل حر من غير أن يرتبطوا بأي شركة من شركات الأوراق المالية ، مثل مستشار الاستثمار ، أو بشكل مقيد

⁸⁷ Andrian , Tobias . Song Shin , Hyun (2010) : The Changing Nature Of Financial Intermediation And The Financial Crisis Of 2007-09 (Staff Report / No. 439) . Federal Reserve Bank Of New York , New York - USA , Page 5 .

⁸⁸ مما تجدر الإشارة إليه ، أن شركات الأوراق المالية تتعدد بتنوع الخدمات التي تقدمها ويتنوع السوق الذي توجد فيه ، ففي ظل السوق الأولي تهيمن شركات متعهدي التغطية (Underwriter) على الخدمات المالية في هذا السوق ، فلما كان جوهر هذا السوق ينصرف إلى ضخ أوراق مالية للمرة الأولى من خلال الاكتتاب بها ، فإن القيام بأعمال الاكتتاب العام المسجدة لطرح الأوراق المالية لجمهور المستثمرين سواء أكان ذلك من خلال شراء الأوراق المالية من قبل المصدر وإعادة بيعها لجمهور المستثمرين أو بيع الأوراق المالية نيابة عنه لم يطلقها المشرع لكافة الأشخاص ، بل حصرها في متعهدي التغطية ووكلاء الإصدار ، حيث نصت المادة (24) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني على أنه :

" لا يجوز طرح الأوراق المالية للاكتتاب العام إلا بواسطة متعهد التغطية أو وكيل الإصدار " .

أما في ظل السوق الثانوي فإن شركات الوساطة المالية (Securities Broker) تعتبر من أهم الشركات المالية التي فرضها المشرع في هذا السوق ، ويبرز الدور الحيوي لهذه الشركات من خلال القيام بدور الوساطة في التداول ما بين بائع الورقة المالية ومشتريها في السوق الثانوي ، فضلاً عن ذلك فإنها تقوم بالعديد من الأعمال الريادية في السوق مثل تقديم المشورة والنصيحة للمستثمرين عن السوق وعن التعامل في أوراق مالية محددة ، وإيضاح حالة الأوراق المالية في الحاضر واتجاهها في المستقبل عبر دراسة فنية للقيمة السوقية ، وأيضاً من خلال إرسال الأوراق المالية إلى مختلف الشركات لتسجيل اسم المشتري ، والتفويض في عمليات الشراء والبيع للمستثمرين الذين يملكون محافظ الأوراق المالية ، كما أنها تلزم بحفظ أسرار المستثمرين المتعاملين معها وإتمام الصفقات عند تكولهم من أجل تحقيق استقرار التعامل في سوق الأوراق المالية .

براوري ، شعبان (2002) : بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي . دار الفكر ، دمشق- سوريا ، ص 57 .
ولتوسع أكثر في أصناف شركات الأوراق المالية ، انظر :

Wilson , Karl (1993) : Asia Pacific Securities Handbook . Philip Jay Publishing , Hong Kong - China , Page 199.
United States Government Accountability Office (2004) : Financial Regulation - Industry Changes Prompt Need To Reconsider U.S Regulatory Structure - (Report To The Chairman Committee On Banking , Housing and Urban Affairs , U.S. Senate) . United States Government Accountability Office - GAO - , Washington, DC- USA , Page 27.

⁸⁹ نتيجة لأن التدخل التشريعي في تنظيم سوق الأوراق المالية يهدف إلى حماية المستثمرين وبالأخص الصغار منهم ، والحاجة لوجود أشخاص يملكون من الخبرة الفنية والمدرسة المتعلقة بالتعامل بالأوراق المالية فإن القوانين الحاكمة لسوق الأوراق المالية قد تواترت على فرض شركات الوساطة جبراً على المتعاملين في السوق ، فلا يجوز القيام بالتداول من دون أن يمر هذا التداول عبر وسطاء للأوراق المالية وفي إطار ذلك نصت المادة (10) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 على أنه :

" لا يجوز تداول الأوراق المالية المدرجة لدى السوق إلا من قبل الشركات الأعضاء في السوق، سواء تم ذلك لحسابها أم لحساب الغير "

كما نصت المادة (18) من قانون سوق رأس المال المصري رقم (95) لسنة 1992 على أنه :

" يكون التعامل في الأوراق المالية المقيدة بالبورصة بواسطة إحدى الشركات المرخص لها بذلك وإلا وقع التعامل باطلاً "

في حين نصت المادة (69) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (76) لسنة 2002 في فقرتها الثانية على أنه :

" لا يجوز التداول في السوق إلا بواسطة عقود تداول بين الوسطاء ، مدونة في سجلات السوق وتتم لحسابهم أو لحساب عملائهم "

وللتوسع في مدى ارتباط شركات الأوراق المالية بحاجة المستثمرين إلى الخبرة الفنية التي تتعلق بالتعامل بالأوراق المالية ، انظر :

مداني ، أحمد (2002) : الوساطة في المعاملات المالية - السمسرة - . رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، الجزائر - الجزائر ، ص 52 .

كموظفين لدى إحدى شركات الأوراق المالية ، كما هو الحال في الوسيط المعتمد ، الذي يعمل لدى شركة وساطة الأوراق المالية .

المبحث الثاني

نطاق اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

يعتبر مبدأ سلطان إرادة الأطراف حجر الزاوية في وسيلة التحكيم ، سواء أكان ذلك في اختيار هذه الوسيلة منذ البداية ، أو بعد انصراف إرادة الأطراف إلى اختيار هذه الوسيلة والدخول في مقومتها القانونية والتي تبدأ باتفاق التحكيم ، إلا أن الأخذ بمبدأ سلطان إرادة الأطراف على إطلاقه لا ينسجم والطبيعة القانونية للتحكيم القائمة على اعتباره وسيلة بديلة لحل المنازعات ، ولذلك يتدخل المشرع ، ويضع ضوابط تقيد مبدأ سلطان إرادة الأطراف ، فيخرج جملة من المنازعات من أن تكون قابلة لاتفاق الأطراف على التحكيم بصدها .

ويتجسد تدخل المشرع هذا في فكرة قانونية ترتكز على قابلية المنازعات للتحكيم ، ولذلك فإن هذه الفكرة تعتبر قيدياً على أطراف النزاع ، فتحد من نطاق اتفاق التحكيم ، فيفقد اتفاق التحكيم قوامه القانوني إذا تم الاتفاق على التحكيم بصدد نزاع أخرج المشرع من قابليته للتحكيم .

ويلحق البطلان اتفاق التحكيم في حال كان موضوعه منازعة أخرجها المشرع من قابليتها للتحكيم ، ويمتد هذا البطلان في حال القيام بالعملية التحكيمية إلى بطلان القرار التحكيمي الذي صدر في نزاع أخرجها المشرع من قابليته للتحكيم . ولهذا فإن كون المنازعة قابلة للتحكيم ، وبالتناوب قابلة لاتفاق أطرافها على التحكيم بصدها تعتبر نطاقاً يحد من حرية الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعهم ، ومن ثم فإن المنازعات التي أخرجها المشرع من حدود اتفاق التحكيم بصدها تشكل قيدياً على اتفاق التحكيم ، وتخرج من النطاق الذي وفره المشرع لاتفاق التحكيم .

وحتى يتسم تناولنا لنطاق اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية بالمنهجية ، فإنه يستوجب أن يتم الخوض في النظرية العامة لقابلية المنازعات للتحكيم ، والتي تشكل النطاق العام لأي اتفاق تحكيمي (**المطلب الأول**) ، وبعد ذلك نسقط هذه النظرية العامة على منازعات سوق الأوراق المالية ، لنخرج من خلال ذلك بالمنازعات القابلة للتحكيم في ميدان سوق الأوراق المالية ، والتي تكتسب قدراً من الخصوصية في مدى اعتبارها منازعات قابلة للتحكيم (**المطلب الثاني**) .

المطلب الأول

القابلية العامة للتحكيم

حتى يتسنى لنا الوصول إلى الغاية التي تلمسها المشرع من تدخله في نطاق اتفاق التحكيم ، فإنه يتوجب أن نتعرض لمفهوم قابلية التحكيم التي تعتبر فكرة قانونية صرفة من اختصاص المشرع وحده ، والتي تنصرف إلى أن اتفاق التحكيم في أي نزاع يجب أن يلتزم بها ، فنطاق اتفاق التحكيم في نزاع ما يكون فحوص نطاقه في مدى قابلية هذا النزاع لأن يكون نزاعاً تحكيمياً ، ومن ثم يجوز التحكيم بصده (الفرع الأول) .

ولكن المشرع لم يطلق فكرة القابلية للتحكيم بشكل عام ، بل رسم حدودها بأن بين المنازعات التي لا يجوز التحكيم فيها ، ومن ثم فإن أي نزاع يخرج من المنازعات التي نفى المشرع عنها عدم القابلية تصلح لأن تكون موضوعاً لاتفاق الأطراف على التحكيم فيها ، وهذا ما يتطلب تحليل صورة انقضاء قابلية التحكيم ، فإذا تم استيضاح المنازعات التي لا يجوز التحكيم فيها ، فإنه من السهولة بمكان معرفة المنازعات التي يجوز فيها التحكيم ، وذلك عن طريق مفهوم المخالفة للمنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : مفهوم قابلية التحكيم

لما كان التحكيم يتجسد بكونه وسيلة بديلة لحل المنازعات ترتكز بالأساس على مبدأ سلطان إرادة الأطراف ، فإن إطلاق هذه الوسيلة لتسوية كافة المنازعات يتنافى والطبيعة التي نشأ بها ، ولذلك فإن المشرع يتدخل ويخرج جملة من المنازعات من أن تكون قابلة للتحكيم ، ومن ثم لا يجوز لأطراف هذه المنازعات الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة لحلها (أولاً) . ولكن التنظيم القانوني لإقصاء المشرع لبعض المنازعات من دخولها في منطقة التحكيم ، ومن ثم عدم جواز اتفاق الأشخاص على التحكيم بصدها لم يسر على وتيرة واحدة بين التشريعات العربية ، فمنها من حصر فكرة قابلية التحكيم في نوع واحد من المنازعات ، ومنها من مد هذه الفكرة لتشمل أنواعاً متعددة منها (ثانياً) .

أولاً : فلسفة قابلية التحكيم

الأصل والقاعدة العامة أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل المنع ، وبناءً على ذلك فإنه يجوز لمن يكتسب الشخصية القانونية - طبيعية كانت أو اعتبارية - اختيار التحكيم كوسيلة لحل كافة منازعات العلاقات القانونية التي يرتبط بها مع غيره من أشخاص القانون .

ولكن هذه القاعدة العامة في إطار وسيلة التحكيم ونظراً لكونها خروجاً عن الوسيلة الأصلية - وهي القضاء - ، فإن المشرع يتدخل ويخرج بعض المنازعات من أن تكون قابلة للتحكيم ، ومن ثم فإنه لا يجوز لأطراف العلاقات القانونية التي نشأت بينهم مثل هذه المنازعات الاتفاق فيما بينهم على التحكيم بصدده هذه المنازعات .

وهذا الأمر يقودنا إلى أن تدخل المشرع باستبعاد وسيلة التحكيم عن بعض المنازعات يتسم بالاستثنائية ، بمعنى أن كافة المنازعات التي لم ينص المشرع على حظر التحكيم فيها تعتبر منازعات تحكيمية يجوز لأطرافها اختيار التحكيم كوسيلة لحلها . ويترتب على ذلك نتيجة قانونية مهمة ، تتمثل في أن المنازعات التي لا يجوز التحكيم فيها تكتسب صفة الحصرية ، حيث إنه لا يجوز القياس عليها أو التوسع فيها ، لأن مثل هذا القياس أو التوسع يؤدي إلى تحميل النص القانوني أكثر مما يحتمل ، فضلاً عن أنه يصادر إرادة الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات .

ومما تجدر الإشارة إليه ، أن تدخل المشرع في إخراج بعض المنازعات من قابليتها للتحكيم لم يأتي من فراغ ، حيث إن هذا التدخل يُرد لخصوصية التحكيم باعتباره وسيلة بديلة لحل المنازعات وبكونه طريقاً استثنائياً يلجأ إليه أطراف النزاع بدلاً من اللجوء إلى وسيلة القضاء الأصلية ، وبذلك يضع المشرع نصب عينه في تدخله هذه الخصوصية ، ويوازنها مع بعض المصالح والحقوق التي تتصرف إليها إرادته بحصر حلها عن طريق وسيلة القضاء دون غيرها من الوسائل .

ويعتبر تحقيق المصلحة العامة مناط هذه الموازنة ، سواء أكانت مصلحة عامة تتعلق بالمصالح العليا للدولة أو تتعلق بحماية حقوق بعض أشخاص القانون ومصالحهم التي يستشعر المشرع مدى حاجتها للحماية اللازمة ، ومن ثم يبعدها من أن تكون منازعات قابلة لأن يتفق أطرافها على التحكيم بصددها ، وذلك من منطلق أنه إذا لم يتم مراعاة حقوق هؤلاء الأشخاص ومصالحهم فإن ذلك سيؤدي إلى إخلال بالمصلحة العامة .

وبذلك فإن فكرة القابلية للتحكيم (Arbitrability) تعرب عما إذا كان نوع معين من المنازعات قابلاً للحل عن طريق التحكيم ، أو إذا كان حله محصوراً في الولاية الرسمية للدولة سواء تجسدت هذه الولاية في المحاكم المحلية أو أحد أجهزة الدولة المختصة⁹⁰ .

⁹⁰ Bantekas , Ilias (2008) : The Foundations Of Arbitrability In International Commercial Arbitration . In: Australian Year Book of International Law , Volume 27 . LexisNexis - Butterworths - , Sydney - Australia , Page 193 .

ثانياً : صور التنظيم القانوني لقابلية التحكيم

تعتبر فكرة القابلية للتحكيم من الاختصاص المطلق للمشرع ، ذلك أن المشرع وفي إطار تنظيمه لوسيلة التحكيم يحصر المنازعات التي لا يجوز التحكيم بصدها ، وبذلك فإن تحديد ما إذا كان نزاع معين قابلاً للحل بطريق التحكيم أم لا يرد للمشرع ، فالمشرع وحده هو الذي يقرر صلاحية التحكيم لحل بعض المنازعات ، وذلك كله من منطلق الفلسفة التي تقف وراء فكرة قابلية التحكيم ، فإما أن يقرر المشرع بأن التحكيم يصلح لحل النزاع ، أو أن ذلك يصطدم بالمصلحة العامة ، ومن ثم لا يصلح التحكيم كوسيلة لحله .

ولقد تنوعت التشريعات العربية في كيفية تنظيمها لفكرة قابلية التحكيم ، ومن الممكن رد هذا التنوع إلى زمرتين رئيسيتين ، الزمرة الأولى من التشريعات العربية ذهبت إلى حصر مفهوم قابلية التحكيم في نزاع واحد ، أما الزمرة الثانية فإنها قد شملت ما ذهبت إليه الزمرة الأولى ، ولكنها مدت فكرة قابلية التحكيم لبعض المنازعات الأخرى .

فعلى صعيد الزمرة الأولى ، تعتبر المنازعات التي يجوز فيها الصلح هي الغالبة لدى هذه التشريعات في تنظيم فكرة قابلية التحكيم ، حيث إن التشريعات العربية التي تتدرج ضمن هذه الزمرة قد حصرت المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم في المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ، وبمفهوم المخالفة فإن المنازعات التي يصلح اختيار التحكيم كوسيلة لحلها : هي تلك المنازعات التي تتصف بجواز الصلح فيها .

ولعل أول قانون عربي ساري المفعول - إلى وقتنا هذا - قد جعل من المنازعات القابلة للصلح معياراً لقابلية المنازعات للتحكيم هو قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 ، حيث نصت المادة (255) منه على أنه :

" لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح " ⁹¹ .

⁹¹ ولقد سار في ذات الاتجاه قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (38) لسنة 1980 ، ولكنه استبدل تعبير عدم صحة التحكيم في المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح بتعبير عدم جواز التحكيم في المسائل التي تخرج من قابليتها للصلح ، حيث نصت المادة (173 / 2) منه على أنه :

" لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح "

وهذا ما يطابق حرفياً ما ذهب إليه قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (13) لسنة 1990 بموجب المادة (190 / 3) منه ، وأيضاً يطابق نص المادة (203 / 4) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (11) لسنة 1992 ، كما أنه يطابق ما سار عليه قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (27) لسنة 1994 بموجب المادة (11) منه ، فضلاً عن أنه يطابق قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني رقم (47) لسنة 1997 بموجب المادة (11) ، وأخيراً فإنه يطابق ما ذهب إليه قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 في ثنايا نص المادة (9) منه .

ومما تجدر الإشارة إليه ، أن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983 يندرج ضمن هذه الزمرة ، ولكن بشكل مغاير لما تواءمت عليه منهجية الصياغة القانونية التي توافرت عليها القوانين العربية السابقة ، ولعل ذلك مرده لاعتماد المشرع اللبناني أسلوب الفصل في تعريف صور اتفاق التحكيم ، حيث إن هذا المشرع قد عرف شرط التحكيم - والذي اصطلح عليه بمصطلح البند التحكيمي - في

وإلى جانب هذه الزمرة التي حصرت فكرة قابلية التحكيم في المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح، فإن هناك زمرة ثانية من التشريعات العربية التي مدت فكرة قابلية التحكيم لمنازعات أخرى غير المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ، وفي ظل هذه الزمرة الأخيرة ، فإن فكرة قابلية التحكيم تتعدد فيها حالات المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم ، ولكن ذلك لا يعني نكرانها لانتفاء التحكيم في المنازعات التي يجوز فيها الصلح ، بل إنه في ظل التشريعات التي تندرج ضمن هذه الزمرة يصلح التحكيم في المنازعات التي يجوز فيها الصلح سواء أكان ذلك بمفهوم المخالفة للنص الذي حظر التحكيم في المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ، أو من خلال سريان القاعدة العامة القاضية بأن المطلق يجري على إطلاقه ، وذلك في حالة التشريعات التي لم تنص على عدم قابلية المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح للتحكيم .

ويعتبر قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953 من أوائل القوانين العربية التي أخذت بتعدد المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم ، حيث إن هذا القانون قد حصر المنازعات التي لا يجوز اختيار التحكيم كوسيلة لحلها في خمس منازعات رئيسية ، الأولى : تمثل المنازعات المتعلقة بالنظام العام ، والثانية : تتعلق ببعض المنازعات العمالية ، أما الثالثة : فإنها تتمثل في المنازعات المتعلقة بالجنسية ، بينما تجسد الرابعة والخامسة : في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والمنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ⁹² .

مادة تختلف عن المادة التي عرفت مشاركة التحكيم - والتي اصطلح عليها بمصلح العقد التحكيمي - ، ولذلك فإنه يورد معيار قابلية النزاع للتحكيم من منطلق قابليته للصلح في كل صورة من صور اتفاق التحكيم ، فأفقد نصت المادة (762) التي عرفت شرط التحكيم على أنه : " يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بنداً ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره " .

في حين نصت المادة (765) والتي عرفت مشاركة التحكيم - العقد التحكيمي - على أن :

" العقد التحكيمي عقد بموجبه يتفق الأطراف فيه على حل نزاع قابل للصلح ناشئ بينهم عن طريق تحكيم شخص أو عدة أشخاص " .

⁹² نصت المادة (740) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953 على أنه :

1- لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة والمنازعات المتعلقة بالجنسية أو بالحالة الشخصية بما في ذلك التفريق البدني على أنه يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديراً لنفقة واجبة في النظام الزوجي والعائلي أو في الخلاف على مقدار المهر أو الباننة أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية .

2- ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ولا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح " .

أما قانون التحكيم التونسي رقم (42) لسنة 1993 ، فإنه قد سلم بما ذهب إليه المشرع الليبي بعدم جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والمنازعات المتعلقة بالنظام العام وتلك المتعلقة بالجنسية وأيضاً المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها ، ولكنه لم يسلم بعدم قابلية بعض المنازعات العمالية للتحكيم ، فضلاً عن أنه قد أضاف بعض المنازعات المتعلقة بالدولة وأدخلها ضمن المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم ، حيث نصت المادة (7) من هذا القانون على أنه :

" لا يجوز التحكيم : أولاً - في المسائل المتعلقة بالنظام العام . ثانياً - في المنازعات المتعلقة بالجنسية . ثالثاً- في المنازعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها . رابعاً- في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح . خامساً- في المنازعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه المنازعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة " .

كما يندرج قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (08 - 09) لسنة 2008 ضمن القوانين التي أخذت بتعدد المنازعات التي لا يجوز في التحكيم ، ولكن هذا القانون وبموجب المادة (1006 / 2) منه قد اقتضب في ذكر هذه المنازعات ، وحصرها في حالتين رئيسيتين ، الأولى تتعلق بالمنازعات المتعلقة بالنظام العام ، أما الثانية فإنها تتعلق بمنازعات الأحوال الشخصية ، حيث نصت هذه المادة على أنه :

" لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم " .

أما المشرع الفلسطيني فإنه قد أخذ موقفاً وسطاً من حيث قابلية التحكيم ، حيث إنه لم يتوسع كثيراً في المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم ، وفي المقابل فإنه لم يتناس أن تدخله في هذا المضمار مرهوناً بحماية المصلحة العامة ، ولذلك فإنه حصر الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم في ثلاث حالات رئيسية ، وهي : المنازعات التي تتعلق بالنظام العام ، والمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وأخيراً المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ، حيث نصت المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه :

" لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية : 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين .
2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً . 3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية " .

الفرع الثاني : تحليل صور انتفاء قابلية التحكيم

بناءً على ما تقدم ، فإن المشرع لم يضع تعريفاً لفكرة قابلية التحكيم ، بل وضع الحالات التي لا يجوز التحكيم فيها ، والتي من الممكن ردها - في ظل الموقف المتوسط الذي مثله المشرع الفلسطيني - إلى ثلاث طوائف رئيسية : تتصل الأولى بالمنازعات المتعلقة بالنظام العام ، بينما تتجسد الثانية في المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ، أما الثالثة فإنها تركز على منازعات الأحوال الشخصية .

ويكتسب التعرض لهذه المنازعات أهمية عملية تتجاوز أهميتها النظرية ، حيث إنه بمفهوم المخالفة فإن أي نزاع يخرج من هذه الطوائف الثلاثة فإنه يجوز التحكيم فيه ، وبالتناوب يجوز اتفاق الأطراف على التحكيم بصدده .

وحتى نصل إلى تحليل صور انتفاء قابلية التحكيم بشكل معمق ، فإنه لا بد من التطرق لأولى هذه المنازعات ، وهي المنازعات التي يكون جوهرها النظام العام ، وذلك بالتوسع في مفهوم هذه المنازعات ، لما في ذلك من أثر بالغ الأهمية سنتطرق إليه بشكل تفصيلي حينما نتعرض لخصوصية التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية (أولاً) .

وبعد ذلك نتولى تفصيل المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ، وتلك المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وإذا ما خالصنا من ذلك فإننا سنحاول تفصي مدى إمكانية إدخال هذه المنازعات الأخيرة تحت مظلة

وأيضاً يندرج ضمن هذه الزمرة قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 حينما قضت المادة (2 / 9) بعدم جواز التحكيم في المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ، وتلك المتعلقة بالنظام العام أو الجنسية وأيضاً المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، حيث نصت هذه المادة على أنه :

" لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ، أو المخالفة للنظام العام أو المتعلقة بالجنسية، أو بالأحوال الشخصية باستثناء الآثار المالية المترتبة عليها " .

المنازعات المتصلة بالنظام العام ، على أن يكون مرشدنا في ذلك التحليل القانوني ، من جهة ، وما سارت عليه التشريعات التي أخذت بهذا الأسلوب ، من جهة أخرى (ثانياً) .

أولاً : منازعات النظام العام

تعتبر المنازعات المتعلقة بالنظام العام (Public Policy Disputes) من أهم المنازعات التي توخى المشرع فيها المصلحة العليا للمجتمع ، التي ترمي إلى سريان القضاء وبالأخص الوطني عليها . فالنظام العام يتمحور في القواعد الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، والتي تستند على المصلحة العامة سواء أكانت سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم أدبية ، ويقوم النظام العام على أهداف محصورة في الأمن العام و السكينة العامة من جهة ، والصحة العامة والآداب العامة من جهة أخرى⁹³ .

وفي ظل فكرة النظام العام فإن أهدافه ترجح على اتفاق الأطراف على مخالفته ، وبذلك فإن المسائل المتعلقة بالنظام العام تكتسب صفة الإلزامية المطلقة ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وفي ذلك ذهبته محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله في قرارها الفاصل في الاستئناف المدني رقم (113) لسنة 2009⁹⁴ ، حينما عرفت القواعد الحاكمة للنظام العام بأنها :

" قواعد أمرة يعدم أمامها سلطان إرادة الأفراد فلا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها ، وإلا وقعت اتفاقاتهم باطلة بطلاناً مطلقاً لا تصححه إجازة و لا يرد عليه قبول " .

وترجع العلة من انتفاء اتفاق الأطراف على التحكيم في المنازعات التي تتعلق بالنظام العام إلى أن المشرع يستشعر أهمية خضوع هذه المنازعات لرقابة السلطة العامة وإشرافها ، التي تتمحور وظيفتها في السهر على تحقيق المصلحة العامة⁹⁵ .

⁹³ عمرو ، عدنان (2010) : مبادئ القانون الإداري - ماهية القانون الإداري ، التنظيم الإداري والنشاط الإداري - ، الطبعة الثالثة . المطبعة الحديثة ، القدس - فلسطين ، ص 166 .

⁹⁴ محكمة استئناف القدس : القرار الفاصل في الاستئناف المدني رقم (113 / 2009) ، الصادر بتاريخ 17 / 5 / 2010 . رام الله - فلسطين .

⁹⁵ في ذلك ذهبته محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله في الاستئناف المدني رقم (30) لسنة 2010 ، حيث نص منطوق هذا القرار على أنه :

" لما كان القانون واضح وجلي بخصوص الأمور والمسائل التي تخضع للتحكيم وبالتالي فإنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، والهدف من ذلك هو أن تخضع هذه المسائل لرقابة وإشراف السلطة العامة التي يعينها وبهمها أن تسري عليها قواعد عامة موحدة ، ولما كان النظام العام قوامه المصلحة العامة فإنه لا يجوز التحكيم في أي نزاع يعود حق الفصل فيه إلى لجنة معينة بمقتضى قوانين خاصة " .
محكمة استئناف القدس : القرار الفاصل في الاستئناف المدني رقم (30 / 2010) ، الصادر بتاريخ 27 / 12 / 2010 . رام الله - فلسطين .

وبذلك فإن الفصل في نزاع متعلق بالنظام العام عن طريق اختيار أطرافه التحكيم كوسيلة للفصل فيه ، يعتبر اعتداءً على مفهوم القاعدة القانونية الأمرة بمفهومها الواسع ، والحكم فيه من خلال وسيلة التحكيم يشكل التجسيد الأكبر لهذا الاعتداء⁹⁶ .

وفي إطار قيد النظام العام تعتبر المنازعات الجنائية (Criminal Disputes) من أهم المنازعات التي تخرج من قابلية اتفاق الأطراف على التحكيم بصددها ، وفي ظل هذه المنازعات فإن القانون الجنائي يعتبر الحاضن لها ، وذلك من خلال تكريسه لمبدأ الشرعية الجنائية الدستورية بتحديدته للجريمة وأركانها من جهة ، والجزاء الجنائي المترتب على اقترافها ، والمتمثل في العقوبة والتدابير الاحترازية ، من جهة أخرى . ولذلك فإن هذا القانون يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام العام ، ويجسد أهدافه بصورتها الكبرى من حيث مد نطاقه لتوفير الحماية للحقوق والمصالح التي كفل القانون وجودها واستمراريتها⁹⁷ .

ونتيجة لارتباط المنازعات الجنائية بالنظام العام عبر حرص المشرع الجنائي على ترسيخ حماية الحقوق والحريات العامة التي تواترت الدساتير على توفير مظلة من الحماية القانونية لها ، فإنه لا يجوز اتفاق الأطراف على التحكيم بصدده هذه المنازعات ، فلا يجوز الاتفاق على التحكيم بصدده تحديد مسؤولية الجاني الجنائية ، وما إذا كان ما ارتكبه يعد جريمة أم لا ، فضلاً عن عدم القابلية للتحكيم في تحديد العقوبة المترتبة على الجريمة ، كما لا يجوز التحكيم بصدده تحديد النص الواجب الإلتباع في قانون العقوبات جزاء على ما ارتكبه الجاني⁹⁸ .

وقد يحدث أن يستفيد طرفا النزاع من المميزات التي يوفرها التحكيم من سرية ومرونة ، إلى أن يتم اتفاق الأطراف على تحكيم في مسألة جنائية ، كما هو الحال في غسيل الأموال ، فقد يستخدم التحكيم كوسيلة لإكساء المشروعية للأموال المتمخضة عن جريمة معينة ، ونتيجة لذلك فقد حرص المشرع على أن تبقى المنازعات الجنائية من الاختصاص المطلق للقضاء ، وأن يستبعد جواز اتفاق

⁹⁶ في ذلك ذهب محكمة النقض المنعقدة في رام الله في النقض المدني رقم (273) لسنة 2011 ، والذي جاء في منطوقه :
" إن ما توصلت إليه محكمة البداية بصفتها الاستئنافية في قرارها المطعون فيه من أن المقصود بالمسائل المتعلقة بالنظام العام وفق نص المادة (4) من القانون هي الاتفاق على إحالة نزاع يعتبر الحكم به لأي طرف مخالف للقانون هو قول يتفق وأحكام القانون والغاية التي شرع فيها التحكيم وفق نص المادة الخامسة من القانون التي نصت على أن التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية " .
محكمة النقض الفلسطينية : القرار الفاصل في النقض المدني رقم (273 / 2011) ، الصادر بتاريخ 2012 / 3 / 27 . رام الله - فلسطين .
⁹⁷ وجد القانون الجنائي من أجل صون حقوق الإنسان وأساسيات وجوده في المجتمع وتحقيق التعايش المشترك بينه وبين جنسه ، كحق الإنسان في الحياة وحقه في سلامة جسده وحقه في الحرية وملكية الأموال . وتنزل أحكام هذا القانون بالأشخاص الذين يخلون بها أنواعاً من الجزاءات تتناسب في شدتها مع أهمية تلك الحقوق ، والتي تكون من نفس جنسها في كثير من الأحيان .
سعيد ، كامل (2002) : شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات - دراسة مقارنة - ، الطبعة الأولى . دار الثقافة ، عمان - الأردن ، ص 16 .

للتوسع في فلسفة وجود القانون الجنائي ومدى الحاجة للجزاء الجنائي في المجتمع ، أنظر :
Douglas , Husak (2010) : The Philosophy Of Criminal Law - Selected Essays - . Oxford University Press , University Of Oxford , Oxford - UK , page 394 .

⁹⁸ عرفه ، محمد (2006) : التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي . مركز الدراسات والبحوث ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض - السعودية ، ص 146 .

الأطراف على التحكيم بصدها⁹⁹ ، وإن كان هناك اتفاق تحكيم من هذا القبيل ، فإن هذا الاتفاق لا يمنع القضاء من نظر النزاع الجنائي¹⁰⁰ .

ومما تجدر الإشارة إليه ، أن المنازعات الجنائية في الغالب ينتج عنها مسؤوليتان قانونيتان : تتمثل الأولى في الدعوى الجنائية ، والثانية تتجسد في الدعوى المدنية الناشئة عن النتائج المدنية التي خلفتها الجريمة ، فإذا ما أرسينا عدم قابلية الأولى للتحكيم نظراً لتعلقها بالنظام العام ، فإن النتائج المدنية المترتبة عن الدعوى الأولى (Civil Consequences) يجوز اتفاق الأطراف على التحكيم بصدها ، وذلك من باب عدم تعلق المنازعات المدنية بالنظام العام ، وعليه فإنه يجوز اتفاق التحكيم بصدد تحديد التعويض عن الأضرار الناجمة عن الجريمة¹⁰¹ .

وإلى جانب المنازعات الجنائية ، تعتبر منازعات القرارات الإدارية (Administrative Decrees) من أهم المنازعات التي تخرج من قابلية اتفاق التحكيم فيها ، حيث إن هذه المنازعات وبالأخص منازعات إلغاء القرار الإداري الذي تواترت محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله على تعريفه بأنه :

" إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من صلاحية بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث أو تغيير مركز قانوني " ¹⁰² .

⁹⁹ Dragor , Hiber . Vladimir , Pavic (2008) : Arbitration And Crime . Journal Of International Arbitration , Volume 25 , Issue 4 , Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rij - Netherlands , Page 462 .

¹⁰⁰ في ذلك ذهب المحكمة الهندية العليا في قرارها الفاصل في قضية State Of Orissa & Ors. vs. Ujjal Kumar Burdhan الصادر بتاريخ 19 / 3 / 2012 إلى أن :

" وجود اتفاق التحكيم ما بين أطراف النزاع لا يمكن أن يسحب اختصاص المحكمة في الأعمال الجرمية " .

Resolution Of The Indian High Court , State Of Orissa & Ors. vs. Ujjal Kumar Burdhan , Of 19 March 2012 . Available At :

(<http://www.indiankanoon.org/doc/44770847> , 23.02.2013)

¹⁰¹ Loukas , Mistelis . Stavros , Brekoulakis (2009) Arbitrability - International And Comparative Perspectives - . Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rij - Netherlands , Page 216 .

¹⁰² محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (97 / 24) ، الصادر بتاريخ 28 / 12 / 1999 . رام الله - فلسطين .

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (97 / 37) ، الصادر بتاريخ 21 / 11 / 1999 . رام الله - فلسطين .

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (97 / 48) ، الصادر بتاريخ 3 / 6 / 2006 . رام الله - فلسطين .

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (98 / 74) ، الصادر بتاريخ 11 / 6 / 2003 . رام الله - فلسطين .

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (99 / 61) ، الصادر بتاريخ 21 / 10 / 2003 . رام الله - فلسطين .

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (99 / 65) ، الصادر بتاريخ 22 / 6 / 2004 . رام الله - فلسطين .

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (2005 / 17) ، الصادر بتاريخ 20 / 9 / 2005 . رام الله - فلسطين .

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (2008 / 107) ، الصادر بتاريخ 14 / 1 / 2009 . رام الله - فلسطين .

وتعتبر منازعات القرارات الإدارية من أهم المنازعات التي يتم فيها تجسيد النظام في حدودها القصوى ، ذلك أن إفصاح الإدارة عن إرادتها يكون دائماً مستهدفاً لتحقيق المصلحة العامة ، والتي تعتبر جزءاً أساسياً من النظام العام ، فمن غير الممكن تقبل انعزال القرار الإداري عن النظام العام.

فلما كانت المصلحة العامة المرتبطة بتحقيق أهداف النظام العام تعتبر الغاية الرئيسة التي يجب أن ينلمسها مصدر القرار الإداري ، وأن يقدمها على أية مصلحة شخصية¹⁰³ ، فإن مناط القرار الإداري يدور وجوداً وعدمًا مع النظام العام ، الأمر الذي يجعل من القرار الإداري الذي لا يحقق المصلحة العامة المجسدة للنظام العام عرضةً للإلغاء من خلال محكمة القضاء الإداري¹⁰⁴ .

فنتيجة لتجسيد القرار الإداري للنظام العام من خلال تركيز غايته في المصلحة العامة ، فإنه ومن باب النظام العام تأبى منازعات إلغاء القرارات الإدارية الدخول في فكرة قابلية التحكيم، ومن ثم لا يجوز للأطراف الاتفاق على اختيار التحكيم فيها كوسيلة لحلها¹⁰⁵ .

¹⁰³ وهذا ما ذهبت إليه محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في قرارها الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (110) لسنة 1999. محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (99 / 110) ، الصادر بتاريخ 16 / 5 / 2002 . رام الله - فلسطين.
¹⁰⁴ في ذلك ذهبت محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى رقم (12) لسنة 1997 ، حيث نص منطوق هذا القرار على أنه :
" وحيث أنه من المسلمات أنه من حق القضاء الإداري (محكمة العدل العليا) البحث عن مدى صحة الوقائع المادية التي بني عليها القرار موضوع الطعن ، باعتبار أن تلك الوقائع من العناصر التي يقوم عليها القرار الإداري ، وذلك حتى يتسنى لهذا القضاء تقدير تلك الوقائع لتقدير الصحيح لينزل عليها حكم القانون ، ذلك لأن السلطة التقديرية للإدارة أو الجهة التي أصدرت القرار لا تحول دون الرقابة القضائية بالنسبة لشرعية وصحة القرار الإداري ، ذلك لأن السلطة التقديرية التي منحها المشرع للإدارة ليست امتيازاً خاصاً لتلك الإدارة أو الجهة وإنما هي ضرورة استلزامها حسن سير المرافق العامة وتحقيق العدالة عند تطبيق القانون على المواطنين ، وهي على هذا الأساس سلطة ليست مطلقة وإنما مقيدة ومحدودة ، فهي مقيدة بالصالح ومحدودة بحسن استعمال تلك السلطة في الحدود التي يستلزمها ذلك الصالح العام وتقتضيها العدالة ، مما يلزم معه لسلامة القرارات الإدارية أن يكون هدفها هو المصلحة العامة ، وعدم تجاوز حدودها أو إساءة استعمالها أو مخالفتها لصحيح القانون وأحكامه والإجراءات الواجب إتباعها " .

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (12 / 97) ، الصادر بتاريخ 16 / 3 / 1998 . رام الله - فلسطين .
وهذا أيضاً ما تكرر بشكل صريح في قرار محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (31) لسنة 2004 ، حيث نص منطوق هذا القرار على أنه :

" إن الأصل في القرار الإداري هو صدوره بريء في بواعثه وأهدافه ، والنوعي عليه بإساءة استعمال السلطة مؤداه انحرافه عن المصلحة العامة ، أو مجاوزته لأغراض بذاتها رصدها المشرع عليه ، وأنه متى كان هذا العيب ينال من الغاية التي توختها اللجنة المحلية للتنظيم والبناء في قرارها فإنه يعد عيباً قسدياً لا يفترض ، وإنما يتعين أن يقوم الدليل عليه من وقائع محددة لها وجود في أوراق الدعوى وهو ما تخلف في الطعن المائل مما يتعين معه رد هذا الطعن " .
محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (31 / 2004) ، الصادر بتاريخ 10 / 9 / 2008 . رام الله - فلسطين.

¹⁰⁵ في ذلك نصت المادة (3) من قانون التحكيم الصيني لسنة 1994 والذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 1 / 9 / 1995 :
" لا يجوز التحكيم في المنازعات التالية : ... 2- المنازعات الإدارية التي يجب أن يتم التعامل معها من قبل الهيئات والأجهزة الإدارية على النحو الذي رسمه القانون " .

النسخة الإلكترونية لهذا القانون باللغة الإنجليزية متوفرة على الرابط التالي :

(<http://www.jus.uio.no/lm/china.arbitration.law.1994> , 23.02.2013)

ثانياً : منازعات الأحوال الشخصية والمنازعات التي لا يجوز فيها الصلح

تتمثل الطائفة الثانية من المنازعات التي تخرج من قابليتها للتحكيم في تلك المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية (Personal Status) ، والتي تتجسد في أنها جملة من الأوصاف المادية أو العائلية لشخص محدد ، والتي تميزه عن غيره من بني جنسه ، وترتب آثاراً قانونية في ظل المنظومة القانونية الحاكمة للمجتمع ، مثل كونه ذكراً أو أنثى ، متزوجاً ، أرملاً ، مطلقاً ، وكون الطفل شرعياً أم لا ، والعته والجنون ، وكونه يتمتع بالأهلية المطلقة أم المحدودة¹⁰⁶ .

ومن الممكن إرجاع موضوعات الأحوال الشخصية في إطارها العام إلى ثلاثة أقسام رئيسية : الأول يعرب عن أحكام الزواج وطرق انحلاله ، وما يترتب على ذلك من عدة ونفقة ونسب وحضانة وطلاق ، في حين أن الثاني يركز على أحكام الأهلية والحجر والوصاية على الصغير والوصية في وجوه الخير ، أما الثالث فإنه يتمحور حول أحكام الإرث وما يتعلق به والذي يطلق عليه الفقه الإسلامي مصطلح (علم الفرائض)¹⁰⁷ .

وتعتبر المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية خارجة عن نطاق اتفاق الأطراف على التحكيم فيها بصريح نص المشرع ، ولعل السبب الجوهرى الذي يرجع إليه في عدم قابلية هذه المنازعات للتحكيم ، هو أن خضوع الأحوال الشخصية لمنظومة قانونية حرص المشرع فيها إلى أن تستمد من الديانة التي ينتمي إليها الشخص ، تأبى أن تكون محلاً لاتفاق الأطراف على مخالفتها .

ومما تجدر الإشارة إليه ، أن حظر قابلية منازعات الأحوال الشخصية لاتفاق الأطراف على تحكيم فيها ينصرف إلى مسائل الأحوال الشخصية البحتة ، فلا يجوز التحكيم في منازعة تتصل بما إذا كان الولد شرعياً أم متبنياً أم لا ، أو بمنازعة تتصل بما إذا كان عقد الزواج صحيحاً أو باطلاً ، أو بمنازعة تتصل بما إذا كان الشخص يعتبر وارثاً أم غير وارث¹⁰⁸ .

إلا أن المنازعات المالية الناشئة عن مسائل الأحوال الشخصية فمن الممكن أن تكون مداراً لاتفاق الأطراف على التحكيم فيها ، وهذا ما أكدته المادة (2) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (39) لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000¹⁰⁹ ، بقولها :

¹⁰⁶ Jamal , Nasir (1990) : The Islamic Law Of Personal Status , Second Edition . Graham And Trotman , London - UK , Page 30 .

¹⁰⁷ عياش ، شفيق . عساف ، محمد (2002) : نظرات جلية في شرح قانون الأحوال الشخصية المعمول به في المحاكم الشرعية ، الطبعة الأولى . مكتبة دار الفكر ، القدس - فلسطين ، ص 11 .

¹⁰⁸ Christopher , KOCH (2012) : A Tale Of Two Cities! – Arbitrating Trust Disputes And The ICC's Arbitration Clause For Trust Disputes - . In : Yearbook on International Arbitration , Volume 2 . Neuer Wissenschaftlicher Verlag - NWV - , Vienna - Austria , Page 187 .

¹⁰⁹ الجريدة الرسمية الفلسطينية (2004) : قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 . العدد 50 ، بتاريخ 29 / 8 / 2004 .

" لا يجوز التحكيم في المسائل التي تتعلق بالنظام العام ، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانونا كالعقوبات والمنازعات المتعلقة بالجنسية، وكل ما هو متعلق بالأحوال الشخصية : كالطلاق ، والنسب ، والإرث ، والنفقة، على أنه يجوز أن يكون موضوعاً للتحكيم تقديراً لنفقة واجبة ، أو تقديراً لمهر ، أو أية دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية " .

وأما الطائفة الثالثة من المنازعات التي تخرج من قابليتها للتحكيم فهي تلك المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها ، وفي ظل هذه الطائفة ، أخذ المشرع من قابلية النزاع للصلح (Compromise) كأساس لعدم قابلية التحكيم ، ولكن المشرع في إطار تنظيمه للتحكيم لم يعين ماهية المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ، وهذا ما يستلزم العودة للقانون المدني الذي نظم أحكام الصلح باعتباره عقداً مدنياً ، وفي ظل ذلك حددت المادة (551) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 الصادر بتاريخ 16 / 7 / 1948 المسائل التي لا يجوز الصلح ¹¹⁰ ، بنصها على أنه :

" لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " .

وبإحداث المقاربة ما بين المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها ، والمنازعات التي تتعلق بالأحوال الشخصية البحتة من جهة ، والمنازعات التي تتعلق بالنظام العام من جهة أخرى ، يتبين أن جميعها يضمم فيها مبدأ سلطان إرادة الأطراف ، حيث إنه لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، فهي قواعد أمر في ذاتها - وإن اختلفت الفلسفة التي تقف وراء محدودية سلطان الإرادة بصدها - ، وبذلك فإن المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح وتلك المتعلقة بالأحوال الشخصية تندرج تحت مظلة مفهوم النظام العام بفكرته العامة المطاطة .

وعلى الرغم من أن جل التشريعات العربية قد اتخذت من عدم جواز الصلح في المنازعات كأساس لانقضاء القابلية على التحكيم بصدها ، فإن الأخذ بمفهوم النظام العام ، وجعله معيار تحديد قابلية أي نزاع للتحكيم يغطي المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها فضلا عن المنازعات التي تتعلق بالأحوال الشخصية البحتة ، ولعل توجه المشرع الفرنسي في هذا المضمار يرجح على أسلوب التشريعات العربية في تحديد القابلية للتحكيم ، حيث نصت المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي على أنه :

¹¹⁰ الجريدة الرسمية المصرية (1948) : القانون رقم (131) لسنة 1948 بإصدار القانون المدني . العدد 108 مكرر (أ) ، بتاريخ 1948 / 7 / 29 .

" لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، كما لا يجوز في المسائل المتعلقة بالطلاق أو الانفصال القضائي أو بالخلافات المتعلقة بالهيئات والمؤسسات العامة ، وبشكل عام في كل المسائل التي تتعلق بالنظام العام " ¹¹¹

وعلى الرغم من ضربه للأمتثلة في المنازعات التي لا يجوز الاتفاق على التحكيم في صدها، إلا أنه - المشرع الفرنسي - عاد ووضع القاعدة العامة المتمثلة في انتفاء التحكيم في أي نزاع يرتبط بالنظام العام ، الأمر الذي يجعل من تلك المنازعات التي سبق وأوردها أمتثلة على المنازعات التي تتعلق بالنظام العام ، وهذا ما يتفق والتحليل القانوني لمنازعات الأحوال الشخصية والمنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ، ففي هاتين الطائفتين من المنازعات تنقلص إرادة الأطراف ، فلا يجوز لهم الاتفاق على مخالفة الأحكام التي تتضمنها ، فهي بمجملها قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وهذا هو جوهر المنازعات المتعلقة بالنظام العام.

¹¹¹ قمنا بترجمة نص هذه المادة من النسخة الإنجليزية للقانون المدني الفرنسي المتوفرة على الرابط التالي :

Legifrance (None) : Civil Code , Translated By Georges Rouhette , With The Assistance Of Anne Rouhette - Berton . Legifrance - Le Service Public De La Diffusion Du Droit - , Paris - France , Page 228 .
(http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf , 16.02.2013)

المطلب الثاني

خصوصية قابلية التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

إذا كانت المنازعات الجنائية ومنازعات القرارات الإدارية تخرج من قابليتها لاتفاق الأطراف على التحكيم بصدها ، فإن المقاربة ما بين هاتين الطائفتين وإسقاطها على منازعات سوق الأوراق المالية يكتسب أهمية متعاضمة الأثر ، ذلك لأن المشرع قد أحاط هذه المنازعات بالحماية الجنائية من ناحية (الفرع الأول) ، وأطلق العنان لاختصاص هيئة سوق رأس المال في الإشراف والمراقبة على التعامل في السوق من خلال القرارات الإدارية الصادرة عنها ، من ناحية أخرى (الفرع الثاني) ، وهذا ما يؤدي إلى التشكيك في مدى القابلية التحكيمية الفورية لمنازعات سوق الأوراق المالية .

الفرع الأول : امتداد الحماية الجنائية لمنازعات سوق الأوراق المالية

تعتبر الحاجة لوجود تنظيم قانوني صارم يحكم سوق الأوراق المالية من أهم الأمور التي تحافظ على فعالية هذا السوق ومثاقفه ، وفي نهاية النهايات تحافظ على وجود السوق المالي ، حيث إن مقدرة النظام القانوني الحاكم لسوق الأوراق المالية في توفير السلامة والأمان في التعامل يعتبر أساس المفاضلة ما بين أسواق الأوراق المالية ، حيث إن المستثمر يضع نصب عينيه السوق الذي يوفر نظامه القانوني قدراً معقولاً من السلامة والمساواة والأمان في التعامل، ولذلك يحرص المشرع في التشريعات الحاكمة لسوق الأوراق المالية إلى التدخل من خلال استعماله لسياسته الجنائية ، وتجريم الممارسات الضارة في سوق الأوراق المالية .

إلا أن هذه السياسة في التشريعات الحاكمة لسوق الأوراق المالية لم تجر على وتيرة واحدة ، ومن الممكن الأخذ بأسلوب صياغة مبدأ الشرعية الجنائية (The Principle Of Criminal Legality) كأساس للتمييز ما بين السياسات الجنائية الحاكمة لسوق الأوراق المالية ، فلما كان هذا المبدأ ينصرف إلى أن لا جريمة ولا جزاء جنائي إلا بنص قانوني أو بناء على نص قانوني (Nullum Crimen Sine Lege , Nulla Poena Sine Lege - No Crime, No Punishment - Without A Previous Penal Law)¹¹² ، فإنه يقوم على قسمين : الأول يتعلق بالجريمة وأركانها ، والثاني ينصرف إلى الجزاء الجنائي المترتب على الجريمة سواء أكان عقوبة جنائية أو تدبيراً احترازياً¹¹³ .

¹¹² Joel , Samaha (2010) : Criminal Law , Tenth Edition. Cengage Learning Publisher , California - USA , Page 40 .

¹¹³ David , Brody . And Others (2001) : Criminal Law. Aspen Publishers - Wolter Kluwer Company - , New York - USA , Page 62 .

And :

وبإسقاط هذا المبدأ بشطريه على السياسة الجنائية الحاكمة لسوق الأوراق المالية ، فإن هذه السياسة قد تتخذ أحد أسلوبين : يمثل الأول السياسة الجنائية التي تذهب إلى الجمع بين أركان الجريمة والجزاء المترتب على مقارفتها في مادة قانونية واحدة ، أما الثاني فإنه يمثل السياسة الجنائية التي تفصل ما بين أركان الجريمة والجزاء الجنائي الذي يترتب على ارتكابها ، حيث يتم النص على الجريمة في مادة من مواد قانون الأوراق المالية ، ويتم النص على الجزاء الجنائي في مادة قانونية أخرى تختلف عن المادة التي تناولت الجريمة وأركانها .

وحتى نستطيع تناول قابلية التحكيم في منازعات سوق الأوراق في ظل وجود هذه السياسية الجنائية، فإنه لا مناص أمامنا سوى البحث عن المنازعات التي يجوز فيها التحكيم في ظل أسلوب هذه السياسة ، فننتاول في البداية المنازعات التي يجوز التحكيم فيها في ظل أسلوب وحدة شطري مبدأ الشرعية الجنائية (أولاً) ، ثم نتناول بشيء من الإسهاب المنازعات التي تتصف بالتحكيمية في ظل أسلوب فصل شطري مبدأ الشرعية الجنائية ، وذلك لأن منازعات سوق الأوراق المالية في ظل هذا الأسلوب تتصف بالحماية الجنائية المطلقة ، وهذا ما يؤدي إلى إثارة الريبة حول مدى قابلية هذه المنازعات للتحكيم بموجب هذا الأسلوب (ثانياً) .

أولاً : المنازعات القابلة للتحكيم في ظل أسلوب وحدة شطري مبدأ الشرعية الجنائية

يقوم أسلوب وحدة شطري مبدأ الشرعية الجنائية على الجمع ما بين قسمي مبدأ الشرعية الجنائية في نص واحد ، وذلك بأن يتم النص على الجريمة وأركانها وجزائها الجنائي في مادة قانونية واحدة، وبهذا الأسلوب أخذ المشرع المصري في ظل قانون سوق رأس المال رقم (95) لسنة 1992¹¹⁴ ، فاستوفت العديد من نصوصه الحماية الجنائية من خلال تجريم سلوكيات معينة ، وتقرير الجزاء الجنائي المترتب عليها ، وذلك بأن يستجمع النص القانوني الواحد هذين الركنين .

ولقد خصص المشرع المصري الباب السادس من قانون سوق رأس المال في المواد (63 - 69) لحصر السلوكيات التي تشكل جريمة جنائية ، وقرر لها الجزاء المترتب على مقارفتها بشكل متماسك وصارم ، فعلى صعيد ممارسة الأنشطة التي نص عليها القانون دون استيفاء الترخيص اللازم ، وطرح الأوراق المالية للاكتتاب العام بصورة مخالفة للقانون ، وغيرها من الجرائم نصت المادة (63) على أنه :

Andrea , Campbell . Ralph , Ohm (2007) : LEGAL EASE - A Guide To Criminal Law , Evidence, And Procedure - , Second Edition . Charles C Thomas , Illinois - USA , Page 13 .

¹¹⁴ الجريدة الرسمية المصرية (1992) : قانون سوق رأس المال رقم (95) لسنة 1992 . العدد 25 مكرر ، بتاريخ 22 / 6 / 1992 .

" مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ، منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على خمس سنوات ، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ، ولا تزيد على مائة ألف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين : 1- كل من باشر نشاطا من الأنشطة الخاضعة لأحكام هذا القانون دون أن يكون مرخصا له في ذلك . 2- كل من طرح للاكتتاب أوراقا مالية أو تلقى عنها أموالا بأية صورة بالمخالفة لأحكام هذا القانون . 3- كل من اثبت عمدا في نشرات الاكتتاب أو أوراق التأسيس أو الترخيص ، أو غير ذلك من التقارير أو الوثائق أو الإعلانات المتعلقة بالشركة بيانات غير صحيحة، أو مخالفة لأحكام هذا القانون أو غير في هذه البيانات بعد اعتمادها من الهيئة أو عرضها عليها . 4- كل من أصدر عمدا بيانات غير صحيحة عن الأوراق المالية التي تتلقى الاكتتاب فيها جهة مرخص لها بتلقي الاكتتابات . 5- كل من زور في سجلات الشركة أو أثبت فيها عمدا وقائع غير صحيحة ، أو عرض تقارير على الجمعية العامة للشركة تتضمن بيانات كاذبة . 6- كل من عمل على قيد سعر غير حقيقي أو عملية صورية أو حاول بطريق التدليس التأثير على أسعار السوق . 7- كل من قيد في البورصة أوراقا مالية بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية" 115 .

115 أما بالنسبة لجريمة تداول المطلعين وإفشاء المعلومات لغير المرجع المختص ، نصت المادة (64) من قانون سوق رأس المال على أنه:

" مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أفشى سرا اتصل به بحكم عمله تطبيقا لأحكام هذا القانون ، أو حقق نفعاً منه هو أو زوجه أو أولاده أو أثبت في تقاريره وقائع غير صحيحة ، أو أغفل في هذه التقارير وقائع تؤثر في نتائجها " .

وقد بينت المادة (65) العديد من الجرائم التي أشركتها معاً في الجزاء الجنائي المترتب على مقارفتها ، فالجرائم المتعلقة بتقديم تقارير النصف السنوية والقوائم المالية كالميزانية السنوية ، و تداول الأوراق المالية المقيدة في سوق الأوراق المالية خارج السوق ، فضلاً عن وقف الشركة لنشاطها وتصفية أعمالها بدون موافقة مجلس إدارة الهيئة ، بالإضافة إلى إخطار رئيس الهيئة بالقرارات التي تصدر بتعيين أعضاء مجالس الإدارة والمديرين المسؤولين عن الإدارة العامة لأعمال صندوق الاستثمار خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إصدارها ، وعدم تقديم البيانات والمستخرجات وصور المستندات التي يطلبها موظفو الهيئة الذين تم منحهم صفة الضابطة القضائية، تعتبر جميعها جرائم تستوفي فرض الجزاء الجنائي المتجدد في عقوبتي الحبس والغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين .

نصت المادة (65) من قانون سوق رأس المال المصري رقم (95) لسنة 1992 على أنه :

" مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ، ولا تزيد على خمسين ألف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المواد أرقام (6 ، 7 ، 17 ، 33 ، 39) ، والفقرة الثانية من المادة (49) من هذا القانون " .

في حين بينت المادة (65) مكرر المضافة بالقانون رقم (143) لسنة 2004 أن التأخير في تسليم القوائم المالية وفقاً لقواعد الإفصاح والقواعد المتعلقة ببيع وشطب الأوراق المالية وفق نص المادة (16) من القانون تعتبر جريمة جنائية تستوفي فرض الجزاء الجنائي المحدد في المادة (65) والمتمثل بعقوبة الغرامة المالية والتي قدرها ألفاً جنيه عن كل يوم من أيام التأخير في تسليم القوائم المالية .

نصت المادة (65) مكرر المضافة بالقانون رقم (143) لسنة 2004 على أنه :

" يعاقب بغرامة قدرها ألفاً جنيه على كل يوم من أيام التأخير في تسليم القوائم المالية وفقاً لقواعد الإفصاح المرتبطة بها والمتعلقة بقواعد قيد وشطب الأوراق المالية المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون ، ويجوز لرئيس مجلس إدارة الهيئة أو من يفوضه أن يعرض التصالح عن هذه الجريمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، مقابل أداء نصف الغرامة المستحقة ، ويترتب على التصالح وتنفيذه انقضاء الدعوى الجنائية " .

أما بالنسبة للتصرف في الأوراق المالية دون مراعاة القواعد التي تكتسب الصفة الأمرة في القانون ، فإن المادة (66) رتب على مقارفة ذلك عقوبة الغرامة المالية التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه .

نصت المادة (66) من قانون سوق رأس المال المصري رقم (95) لسنة 1992 على أنه :

" يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ، ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه ، كل من يتصرف في أوراق مالية على خلاف القواعد المقررة في هذا القانون ، ويعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة مدير الشركة الذي يخالف أحكام الفقرة الثانية من المادة (8) من هذا القانون " .

أما بالنسبة للمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية كالشركات وخصوصاً مسؤولية القائم بأعمال الإدارة الفعلية فيها ، فلقد نصت المادة (68) على أنه :

" يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية بالشركة ، بالعقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون ، وتكون أموال الشركة ضامنة في جميع الأحوال للوفاء بما يحكم به من غرامات مالية " .

ومما يستدعي الانتباه في ظل قانون سوق رأس المال المصري ، نص المادة (67) التي قضت بأنه :

" مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ، منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب بغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ، ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه كل من يخالف أحد الأحكام المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية لهذا القانون "

وتعتبر هذه المادة نوعاً من أنواع التفويض التشريعي ، ولكنه تفويض مقيد في أركان الجريمة دون الجزاء الجنائي المقرر لها ، حيث إن الجريمة تتشكل بالمخالفة لأي نص من نصوص اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال ، فإذا ما خالف أي شخص أحكام أي مادة من مواد اللائحة التنفيذية ، فإنه يتعرض للعقوبة التي نص عليها قانون سوق رأس المال ، والمتمثلة بالغرامة المالية التي تتراوح ما بين ألفي جنيه و عشرة آلاف جنيه .

وبإسقاط النظرية العامة لقابلية التحكيم على منازعات سوق الأوراق المالية في ظل أسلوب وحدة شطري مبدأ الشرعية الجنائية ، فإنه يتبين أن المنازعات التي تم النص عليها كجريمة جنائية ، هي المشمولة بالحماية الجنائية فقط ، أما باقي المنازعات التي لم يتم النص عليها بهذا الأسلوب لا تمت إليها الحماية الجنائية ، ومن ثم لا تتصف المنازعات الناشئة عنها بالجنائية .

وبذلك فإنه ينتج طائفتان من المنازعات التي يجوز التحكيم فيها ، وبالتناوب جواز اتفاق أطرافها على اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع ، الأولى تتجسد في منازعات الدعوى المدنية الناشئة عن الدعوى الجنائية في المسائل التي تم نص عليها كجريمة جنائية ، في حين تتجسد الطائفة الثانية في المنازعات المدنية التي تخرج عن نطاق الحماية الجنائية ، وهذه المنازعات تتصف بالمدنية منذ البداية ، فلا ترتبط بمنزعة جنائية سابقة ، فالنص الذي تناولها لا تتوافر فيه صفة النص الجرمي .

ثانياً : المنازعات القابلة للتحكيم في ظل أسلوب فصل شطري مبدأ الشرعية الجنائية

يرتكز أسلوب فصل شطري مبدأ الشرعية الجنائية على توزيع مبدأ الشرعية ما بين النصوص القانونية الحاكمة لسوق الأوراق المالية ، حيث إنه بموجب هذا الأسلوب يتم النص على الجريمة وأركانها في نص قانوني غير النص الذي يحدد الجزاء الجنائي المترتب على مقارفة الجريمة ، ويكتسب هذا الأسلوب في التشريعات التي أخذت به في القوانين الحاكمة لسوق الأوراق المالية كالقانون الفلسطيني والأردني منهج الحماية الجنائية المطلقة ، ذلك أن كافة المنازعات الناشئة عن

وأخيراً فقد أوردت المادة (69) الصورة العامة للتدابير الاحترازية التي يكون للحكمة المختصة فرضها فضلاً عن العقوبات المقررة للجريمة ، حيث نصت هذه المادة على أنه :

" يجوز فضلاً عن العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة ، الحكم بالحرمان من مزاولة المهنة أو بخطر مزاولة النشاط الذي وقعت الجريمة بمناسبته ، وذلك لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، ويكون الحكم بذلك وجوباً في حالة العود".

قانون الأوراق المالية والأنظمة واللوائح والقرارات بموجب هذا الأسلوب تعتبر منازعات جنائية ، ومن ثم لا يعرف هذا الأسلوب التحديد الحصري للشطر الأول لمبدأ الشرعية الجنائية المتمثل في الجريمة وأركانها ، وفي المقابل فإن الشطر الثاني لهذا المبدأ والمتجسد في الجزاء الجنائي هو واحد لكل الجرائم .

ولقد أخذ المشرع الفلسطيني بهذا الأسلوب ، حيث حصر الشطر الثاني لمبدأ الشرعية الجنائية، والمتمثل في الجزاء الجنائي المترتب على ارتكاب الجريمة بموجب المادة (100) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004¹¹⁶ ، والتي نصت على أنه :

" 1- يعاقب بغرامة لا تزيد على مائة ألف (100000) ديناراً أردنياً أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو الحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بكلتا هاتين العقوبتين كل شخص يخالف أحكام هذا القانون أو اللوائح أو التعليمات أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه ، بالإضافة إلى إلزام الشخص المخالف بإعادة الربح الذي حققه أو تضمينه قيمة الخسارة التي وقعت على الغير . 2- يخضع الشريك والمتدخل والمعرض لأحكام الفقرتين (أ) و (ب) من البند 4 من هذه المادة . 3- يكون المحكوم عليه بأي مخالفة مسئولاً عن تعويض أي شخص تضرر من جراء المخالفة بمقدار الخسارة التي تكبدها ذلك الشخص ، وما فاته من ربح . 4- بالإضافة إلى فرض الغرامات المنصوص عليها في هذه المادة، وبعد ما تثبته الهيئة عن أية مخالفات لهذا القانون أو اللوائح أو التعليمات أو أي من قواعد السوق ، يجوز للمحكمة أيضاً القيام بما يلي : أ- أن تأمر بتجميد أصول الشخص لضمان توافر أموال كافية لتغطية أية دفعات مستقبلية من الغرامات أو الأضرار . ب- تعيين حارس قضائي لهذه الأصول . 5- يجوز للمحكمة بموجب طلب من الهيئة أن تقوم بما يلي : أ- أن تلغي أي أمر أو موافقة أو توكيل تم الحصول عليه نتيجة لمخالفة هذا القانون . ب- إنهاء أو إبطال أي شراء أو بيع أو إصدار تم تنفيذه ، أو سيتم تنفيذه نتيجة لمخالفة هذا القانون . ج- منع ممارسة حقوق التصويت المكتسبة خلال صفقة تمت نتيجة لمخالفة هذا القانون " .

أما المشرع الأردني وبموجب المادة (110) من قانون الأوراق المالية رقم (76) لسنة 2002¹¹⁷، فإنه قد سار في ذات الأسلوب الذي أخذ به المشرع الفلسطيني ، حيث رسمت الفقرة (أ) من هذه المادة الجزاء الجنائي العام لكافة الجرائم الناتجة عن مخالفة أي من أحكام قانون الأوراق المالية أو الأنظمة أو التعليمات أو القرارات الصادرة بمقتضاه والمتجسد في عقوبة الغرامة المالية المتمثلة في الغرامة التي لا تزيد على - 100.000 - مائة ألف دينار، بالإضافة إلى غرامة لا تقل عن ضعف الربح الذي حققه ، أو ضعف الخسارة التي تجنبها على أن لا تزيد على خمسة أضعاف ذلك الربح أو الخسارة¹¹⁸ .

¹¹⁶ الجريدة الرسمية الفلسطينية (2005) : قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 . العدد 53 ، بتاريخ 28 / 2 / 2005 .
¹¹⁷ الجريدة الرسمية الأردنية (2002) : قانون الأوراق المالية رقم (76) لسنة 2002 - قانون مؤقت - . العدد 4579 ، بتاريخ 31 / 12 / 2002 .

¹¹⁸ نصت المادة (110) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (76) لسنة 2002 على أنه :

ولكنه وبموجب الفقرة (ب) من المادة (110) اختلف المشرع الأردني عن الفلسطيني بأن أعطى لجملة من الجرائم عناية خاصة ، وأفردها بجزاء جنائي خاص بها يضاف إلى الجزاء الجنائي العام المتمثل في الغرامة المالية ، فجريمة التصرف بالأوراق المالية دون تفويض خطي من مالكةا أو دون وجود اتفاقية خطية تخول ذلك ، وجريمة تداول المطلعين وإفشاء المعلومات لغير المرجع المختص بالإضافة إلى جريمة بث الشائعات وترويجهما ، يترتب على مقارفتها فضلاً عن الغرامة المالية عقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات ¹¹⁹ .

وإن كان الهدف الذي يقف وراء السياسة الجنائية التي أخذت بأسلوب فصل شطري مبدأ الشرعية الجنائية يتجسد في توفير قدرٍ من الأمان القانوني للتعامل في سوق الأوراق المالية ، بأن تمتد له يد الحماية الجنائية في كافة مراحلها ، إلا أن الأخذ به قد يؤدي للاصطدام مع استثنائية النص الجنائي ، والذي يعتبر في أساسه قيدها على الحرية المطلقة من أجل حماية النسيج الاجتماعي ، وبذلك فإن المشرع الدستوري حرص على تأكيد شطري مبدأ الشرعية الجنائية الدستورية ، كما أن الأخذ بهذا الأسلوب يؤدي إلى مساواة مختلف الجرائم الواقعة في سوق الأوراق المالية من حيث الجزاء الجنائي المترتب عليها ، وفي ذلك إنكار لتتنوع الخطورة الإجرامية ما بين الجرائم الواقعة في سوق الأوراق المالية ، فالخطورة الإجرامية في مثل هذه الجرائم مختلفة ، وإن إحداث المساواة من حيث الجزاء الجنائي لا يتماشى وخصوصية كل جريمة من جرائم سوق الأوراق المالية ¹²⁰ .

" أ- يعاقب كل من يخالف أيًا من أحكام هذا القانون أو الأنظمة أو التعليمات أو القرارات الصادرة بمقتضاه بغرامة لا تزيد على (100.000) مائة ألف دينار ، بالإضافة إلى غرامة لا تقل عن ضعف الربح الذي حققه أو ضعف الخسارة التي تجنيها على أن لا تزيد على خمسة أضعاف ذلك الربح أو الخسارة . ب- مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر وبالإضافة إلى الغرامات المبينة في الفقرة (أ) من هذه المادة ، يعاقب كل من يخالف أيًا من أحكام المواد المبينة أدناه بما يلي: 1- الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات لمخالفة أحكام الفقرة (ج) من المادة (63) والفقرتين (أ) و (ب) من المادة (108) والمادة (109) من هذا القانون . 2- الحبس مدة لا تزيد على سنة لمخالفة أحكام البند (1) من الفقرة (أ) من المادة (34) والفقرة (د) من المادة (42) والفقرتين (أ) و (ب) من المادة (47) من هذا القانون . ج- للمحكمة المختصة أن لا تحكم بعقوبة الحبس إذا كانت المخالفة للمرة الأولى أو إذا أودع المخالف لصندوق المحكمة أو للهيئة مبلغا كافيا لدفع قيمة الغرامات التي قد يحكم بها ، شريطة دفعها قبل اكتساب الحكم الدرجة القطعية . د- يعاقب الشريك والمتدخل والمحرز بالعقوبة ذاتها . هـ- يعتبر أعضاء مجالس الإدارة وأعضاء هيئة المديرين والشركاء المتضامنون والموظفون المعينون لدى الشخص الاعتباري المخالف مسؤولين عن المخالفة ما لم يثبت عدم علمهم بارتكابها . و- يكون المحكوم عليه بأي مخالفة سواء أكان ذلك عن قصد أو تقصير أو إهمال مسؤولا عن تعويض أي شخص تضرر جراء المخالفة بمقدار الخسارة التي تكبدها أو الربح الذي فاتته . ز- للمحكمة المختصة إلقاء الحجز على موجودات أي شخص يحاكم لديها ضمنا لسداد الغرامات والتعويضات التي قد يحكم بها ولها أن تعين قيما على هذه الموجودات " .

¹¹⁹ في حين استوجبت جريمة القيام بالعرض العام دون تقديم نشرة إصدار للهيئة مرفق بها جميع المعلومات والبيانات ، التي تمكن المستثمر من اتخاذ قراره الاستثماري ، بالإضافة إلى جريمة الشخص الذي يقوم ببيع أوراق مالية من خلال عرض عام بدون نشرة إصدار نافذة المفعول ، فضلاً عن جريمة ممارسة الأنشطة المرتبطة بتقديم الخدمات المالية مثل الوسيط المالي وأمين الإصدار والحافظ الأمين دون الحصول على ترخيص من الهيئة حسب القانون ، وجريمة الشخص الطبيعي الذي يكون معتمدا لدى شركات الأوراق المالية للقيام بمهامه دون اعتماده من الهيئة ، تستوجب بالإضافة للغرامة المالية عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة .

¹²⁰ على أنه يتوجب أن لا يفهم من ذلك إنكار الحماية الجنائية لمنزعات سوق الأوراق المالية ، بل اعتماد الخطورة الإجرامية للسلوك الضار الذي يمثل اعتداء على المصلحة أو الحق الذي حماه قانون الأوراق المالية معيارا في التجريم ، فيرجح المشرع الخطورة الإجرامية لبعض السلوكيات ، وينقلها من أصلها العام المتمثل في الإباحة إلى نطاق الحماية الجزائية ، وفي ذلك يتم التمييز في الجزاء الجنائي ما بين جريمة وأخرى على أساس الخطورة الإجرامية للفعل المرتكب ، وذلك من منطلق تحقيق الردع العام والخاص .

وبناء على ما تقدم ، فإن منازعات سوق الأوراق المالية في المنظومة القانونية الفلسطينية والأردنية قد أحاطها المشرع بالحماية الجنائية المطلقة ، ومن ثم فإن أي نزاع نشأ خلافاً لأحكام القانون أو الأنظمة أو التعليمات أو القرارات الصادرة بمقتضاه فإنها تشكل جريمة جنائية .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإنه يمنع الاتفاق على التحكيم في صدد منازعات سوق الأوراق المالية بشكل مباشر ، ونقصد بذلك أنه إذا ما كانت جل منازعات سوق الأوراق المالية هي منازعات جنائية ، فإن الدعوى الجنائية - بمعظمها - ينجم عنها بالتبعية دعوى مدنية ، وبذلك فإن التحكيم ينحصر في هذا الفرض في المنازعات المدنية الناجمة عن الدعوى الجنائية ، وليس في الدعوى الجنائية في ذاتها ، وفي ذلك تطبق المبادئ العامة التي تحكم الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الناشئة عنها ، وبالأخص فيما يتعلق بإلزام السير في الدعوى الجنائية في البداية ، وبعد انتهائها يتم السير في الدعوى المدنية الناشئة عنها ، وهذا ما يتجسد في قاعدة الجنائي يعقل المدني (Le Criminel Tient Le Civil En Etat - Criminal Case Glut Impedes Civil Suits)¹²¹ ، ولكن قد يثير تطبيق هذه القاعدة في مضمار التحكيم في الدعوى المدنية الناشئة عن الدعوى الجنائية في ظل منازعات سوق الأوراق المالية إشكاليات عملية عديدة .

فحتى يتم تطبيق قاعدة الجنائي يعقل المدني ، فإنه يلزم توافر ثلاثة شروط رئيسة : يتعلق الأول بوجود رفع الدعوى الجنائية قبل رفع الدعوى المدنية أو أثناء السير فيها ، أما الثاني فإنه يتجسد بالإلزامية وحدة الموضوع والسبب في الدعويين ، بينما يرتبط الثالث بعدم صدور حكم بات ونهائي في الدعوى الجنائية¹²² .

ومن أجل إسقاط هذه الشروط على التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، فإنه يجب أن نستعمل هذا الإسقاط إلى حين أن نبحت مدى صحة اتفاق التحكيم بذاته في ظل هذه المنازعات ، وذلك لأن أعمال قاعدة الجنائي يعقل المدني يفترض أن تكون الدعوى المدنية صالحة ومقبولة ، وفي ظل وسيلة التحكيم فإنه يجب أن يكون اتفاق التحكيم بذاته صحيحاً وصالحاً ، وذلك نظراً لأنه أساس وجود العملية التحكيمية .

وفي إطار البحث عن مدى سلامة اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، فإنه يجب التفريق ما بين حالتين : الحالة الأولى تتمثل في اتفاق أطراف اتفاق التحكيم على تحديد المنازعات

¹²¹ Cairns , Walter . MacKeon , Robert (1995) : Introduction To French Law , First Edition . Cavendish Publishing , London - UK , Page 172 .

¹²² صالح ، نبیه (2006) : شرح مبادئ قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني - دراسة مقارنة - ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية . دار الفكر ، القدس - فلسطين ، ص 404 - 408 .

المحالة إلى التحكيم بشكل واضح وصريح ، والحالة الثانية تتجسد في حالة اتفاق التحكيم العام ، والتي ترتبط بصورة الاتفاق المسبق وبالأخص شرط التحكيم .

فأما الحالة الأولى ، فإنها لا تثير إشكالية في تحديد مدى سلامة اتفاق التحكيم ، فهي لا تخلو من فرضين ، فإما أن يحدد أطراف اتفاق التحكيم المنازعات الجنائية ، كما هو الحال في الاتفاق على تحديد مدى ما إذا كان أحد الأطراف خالف أحكام القانون أم لا ، أي الاتفاق على التحكيم في تحديد ما إذا كان الشخص قد ارتكب الجريمة أم لم يرتكبها ، وفي ظل هذا الفرض فإن اتفاق التحكيم بذاته يكون باطلاً ، نظراً لأنه تناول مسألة لا يجوز الاتفاق على التحكيم بصدها ، وهي المنازعات الجنائية التي تتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام .

وأما الفرض الثاني ، فإنه يتعلق في حالة اتفاق أطراف اتفاق التحكيم على إحالة المنازعات المدنية الناشئة عن الدعوى الجنائية ، ففي ظل هذه الحالة فإن اتفاق التحكيم بذاته يكون صحيحاً ، لتناوله منازعات تدخل في نطاق اتفاق التحكيم ، تتمثل في النتائج المدنية المترتبة على الدعوى الجنائية ، وهي منازعات تخرج من مظلة النظام العام .

ومما تجدر الإشارة إليه في هذه الحالة ، أنها تسري على اتفاق التحكيم بصورتيه سواء أكان اتفاقاً سابقاً أم اتفاقاً لاحقاً ، ولكنها تسري بشكل إجباري على الاتفاق اللاحق ، نظراً لأن اتفاق التحكيم اللاحق على نشأة النزاع يجب تحديد النزاع فيه وإلا كان باطلاً ، أما في صورة الاتفاق السابق فإنها تسري بشكل اختياري ، ويكون مرد ذلك لإرادة أطراف اتفاق التحكيم ، حيث إن الاتفاق السابق يصح ، حتى ولو لم يتم تحديد النزاع بدقة متى كان مرتبطاً بعلاقة قانونية معينة ومحددة ، ولكن قد يتفق أطراف اتفاق التحكيم السابق على تحديد النزاع فيه ، ومن ثم فإن نطاقه يكون مقيداً في المنازعات التي تم الاتفاق عليها .

أما الحالة الثانية ، فإنها تتعلق في حالة اتفاق التحكيم العام ، أي الاتفاق الذي لا يحدد النزاع بدقة ، وهذه الصورة تنحصر فقط في اتفاق التحكيم السابق على نشأة النزاع ، وبالأخص شرط التحكيم ، فقد يرد شرط التحكيم مثلاً في عقد الوساطة المالية الذي يبرم ما بين المستثمر (العميل) وشركة الوساطة ، ويكون هذا الشرط غير محدد للمنازعات ، فقد يأتي هذا الاتفاق بصيغة عامة تتجسد مثلاً في أن جميع المنازعات الناشئة عن هذا العقد يصار إلى حلها بطريق التحكيم ، فماذا يكون حكم هذا الشرط ؟

للإجابة على هذا التساؤل ، يجب بدايةً الإشارة إلى أن شرط التحكيم هذا يمثل خليطاً ما بين فرضي الحالة الأولى ، فهو في شق منه صحيح وباطل في شقه الآخر ، ووضع ذلك في تصور قانوني ذهني يؤدي بنا إلى الوصول إلى أن إرادة أطراف شرط التحكيم قد انصرفت إلى التحكيم في

المنازعات الجنائية الناشئة عن هذا العقد ، وفي ذات الوقت انصرفت أيضاً إلى التحكيم في المنازعات المدنية الناشئة عن الدعوى الجنائية .

وبذلك فإن هذا الشرط ليس باطلاً كله وليس صحيحاً كله ، ونتيجة لذلك فإنه في مثل هذه الحالة يجري تجزئة اتفاق التحكيم ، وهذه التجزئة لها مردود نظري وآخر عملي ، فعلى صعيد المردود النظري ، فإن تجزئة اتفاق التحكيم تؤدي إلى الإهدار النظري لإرادة الأطراف في جعل المنازعات الجنائية داخلة في إطار اتفاق التحكيم ، بمعنى أن إرادة أطراف اتفاق التحكيم قد انصرفت بالأساس إلى التحكيم في المنازعات المدنية الناشئة عن الدعوى الجنائية ، ولم تتصرف إلى المنازعات الجنائية بذاتها .

وأما المردود العملي لتجزئة اتفاق التحكيم ، فإنه يتجسد في التزام الهيئة التحكيمية إذا ما عرض عليها طلب يتعلق في المسائل الجنائية أن ترد هذا الطلب ، نظراً لأن هذا الطلب يخرج من نطاق اختصاصها ، فالهيئة التحكيمية تختص في المنازعات التي تدخل في فكرة القابلية العامة للتحكيم ، فأى نزاع يخرج من هذه الفكرة فإنه يخرج بالضرورة من اختصاصها .

فإذ خلصنا إلى أن اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في ظل أسلوب الفصل ما بين شطري مبدأ الشرعية الجنائية ، ينحصر فقط في الدعوى المدنية الناشئة عن الدعوى الجنائية ، فإن العودة لقاعدة الجنائي يعقل المدني يقتضي بالضرورة بحث شروط أعمال هذه القاعدة في ظل هذه المنازعات .

فعلى صعيد الشرط الأول المتعلق بوجود أن يتم رفع الدعوى الجزائية قبل رفع الدعوى المدنية أو أثناء سيرها ، فإنه يجب التفريق ما بين ثلاث حالات رئيسية : تتعلق الحالة الأولى بوجود اتفاق التحكيم ، ولكن لم تبدأ الإجراءات التحكيمية ، ففي مثل هذه الحالة إذا تم رفع الدعوى الجنائية فإنه يجب أن لا تبدأ إجراءات التحكيم إلا بعد صدور حكم جنائي من المحكمة المختصة ، أما الحالة الثانية ، فإنها تتعلق بوجود اتفاق التحكيم ، وأن الهيئة التحكيمية قد باشرت إجراءات التحكيم وبدأت بنظر النزاع ، فإنه في هذه الحالة إذا كانت الدعوى الجنائية قد أقيمت ، فإنه يجب على الهيئة التحكيمية أن توقف الإجراءات إلى حين صدور الحكم الجنائي .

وأما الحالة الثالثة ، فإنها تتعلق بوجود اتفاق التحكيم وبدأ إجراءات التحكيم ، ولم يتم رفع الدعوى الجنائية سواء أكان ذلك قبل بدء الإجراءات أو أثناءها ، فإنه في مثل هذه الحالة لا يتم أعمال قاعدة الجنائي يعقل المدني ، بل تسري الإجراءات التحكيمية بمجراها الطبيعي التي تنتهي بصدور قرار التحكيم المنهي للنزاع .

وبالنسبة للشرط الثاني لإعمال قاعدة الجنائي يعقل المدني والمتعلق بوحدة السبب والموضوع ما بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الناشئة عنها ، فإنه يجب الإشارة إلى أن المنازعات المشمولة بالحماية الجنائية في ظل أسلوب الفصل ما بين شطري مبدأ الشرعية الجنائية هي المنازعات الناشئة عن مخالفة أحكام قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه ، ولذلك فإنه يجب حتى يتم إعمال قاعدة الجنائي يعقل المدني أن تستوفي كل من الدعوى الجنائية والدعوى المدنية ذات السبب والموضوع بحسب ما تقدم .

وأخيراً ، وحتى يتم تطبيق قاعدة الجنائي يعقل المدني فلا بد أن تكون الدعوى الجنائية منظورة أمام القضاء ، فإيقاف نظر الدعوى المدنية إلى حين البت في الدعوى الجنائية ينحصر نطاقه الزمني في الفترة الممتدة من نظر الدعوى الأخيرة إلى حين صدور حكم بات ونهائي فيها ، فإذا صدر الحكم الفاصل في الدعوى الجنائية واستوفى كافة طرق الطعن فإنه لا مجال لإعمال قاعدة الجنائي يعقل المدني ، وهذا القيد يعتبر منطقياً ، نظراً لأن أساس وجود قاعدة الجنائي يعقل المدني يرتبط بوجود دعويين قيد النظر ، فإذا انتهت الدعوى الجنائية بصدور الحكم البات والنهائي فيها ، فإنه لا يوجد ما يبرر منطقياً وعملياً وقف نظر الدعوى المدنية .

وبإسقاط ذلك على اتفاق التحكيم والإجراءات التحكيمية في منازعات سوق الأوراق المالية ، فإنه ونظراً لأن قابلية التحكيم في مثل هذه المنازعات تنحصر في الدعوى المدنية الناشئة عن الدعوى الجنائية ، فيجب عدم بدء الإجراءات التحكيمية أو وقفها - إذا كانت قد بدأت - ، إلى حين أن يصدر الحكم الجنائي البات والنهائي في الدعوى الجنائية من قبل المحكمة المختصة ، وبعد خروج هذا الحكم إلى حيز الوجود القانوني بصفته حكماً باتاً ونهائياً ، فإنه تبدأ الإجراءات التحكيمية أو يستأنف السير فيها إذا تم وقفها .

ومن جملة ما تقدم ، فإذا كانت قاعدة الجنائي يعقل المدني تعتبر من المبادئ الرئيسية التي تحكم العلاقة ما بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الناشئة عنها ، فإنه تفرغ عن هذه القاعدة ينبأ المنطق القانوني السليم عن تقبل فكرة أن الجزائي يعقل التحكيم ، (Le Criminel Tient Le Le Criminel Tient Le) . (Arbitrage En Etat - Criminal Case Glut Impedes Arbitration Procedure) .

الفرع الثاني : اتساع الدور الرقابي لهيئة سوق رأس المال

يرجع السبب الرئيس لوجود التدخل القانوني في تنظيم قطاع سوق الأوراق المالية إلى تحقيق قدر من العدالة والمساواة في التعامل في هذا السوق ، فيأتي المشرع ، ويبين كيفية تنظيم الأوراق المالية ويضع حدوداً فاصلة ما بين السلوكيات الواجبة الإلتباع ، والأخرى التي لا يتوجب سلوك طريقها ، ويكون مناط هذا التدخل هو أن يتم الحفاظ على سلامة التعامل في سوق الأوراق المالية ، فيكون سوقاً عادلاً يوفر الحماية الفعالة لكافة المتعاملين فيه ، وعلى قدم المساواة فيما بينهم ، وفي هذا الإطار خرجت القوانين الحاكمة لقطاع سوق الأوراق المالية ، مثل قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 ، والذي قام برسم الأطر العامة والتفصيلية التي تضبط سير قطاع الأوراق المالية في الأراضي الفلسطينية .

وتحقيقاً لسلامة التعامل في السوق فإن المشرع - كما تقدم - قد أحاط القواعد القانونية الحاكمة للسوق بالحماية الجزائية الشاملة ، التي امتدت لأحكام قانون الأوراق المالية ذاته والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه ، وفضلاً عن ذلك فإن المشرع وفي إطار تحقيقه لسلامة التعامل هذه فإنه قد عمد إلى إنشاء شخص عام اعتباري ، يتولى الرقابة والإشراف على سوق الأوراق المالية وعلى سلامة التعامل فيه ، وهذا ما تجسد في هيئة سوق رأس المال الفلسطينية التي أنشئت بموجب قانون هيئة سوق رأس المال رقم (13) لسنة 2004¹²³ .

وحتى نستطيع استقصاء قابلية التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في ظل الدور الذي تلعبه هيئة سوق رأس المال في قطاع سوق الأوراق المالية ، فإنه يتوجب أن نبحث في المظاهر الرقابية العامة التي تتولاها هذه الهيئة (أولاً) ، ومن ثم نبحث في المنازعات القابلة للتحكيم من منطلق هذا

¹²³ تعتبر الحاجة إلى وجود مرفق عام يتولى الإشراف والرقابة على سير قطاع الأوراق المالية بنحو يحافظ على توفير الأمان القانوني للمتعاملين في هذا السوق هي أساس استمراريته ، فإذا كان من الممكن عملياً وجود سوق معين من غير وجود رقابة ، إلا أن مثل هذا السوق من غير الممكن أن يستمر في وجوده ، حيث إن فتح المجال أمام المتعاملين في سوق معين يؤدي إلى تغليب مصالحهم على مصالح غيرهم بل أيضاً على مصالح السوق ذاته ، فالغاية التي يتلمسها أي متعامل في سوق الأوراق المالية هي مصلحته الشخصية ، فإطلاق العنان لهذه الغاية من غير قيد ولا رقيب يؤدي إلى فشل السوق في تأديته لرسالته .
وفي ظل هذا الإطار أنشأ المشرع هيئة سوق رأس المال وخصها بتنظيم قانوني صارم ، وكان ذلك بموجب قانون هيئة سوق رأس المال رقم (13) لسنة 2004 ، حيث نصت المادة (1 / 2) منه على أنه :

" تنشأ بمقتضى هذا القانون هيئة تسمى (هيئة سوق رأس المال) تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري والأهلية القانونية لمباشرة جميع الأعمال والتصرفات التي تكفل لها تحقيق أغراضها ، بما في ذلك تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة اللازمة لسير أعمالها وممارسة نشاطها والتصرف فيها وفق أحكام القانون " .

الجريدة الرسمية الفلسطينية (2005) : قانون هيئة سوق رأس المال رقم (13) لسنة 2004 . العدد 53 ، بتاريخ 28 / 2 / 2005 .
ويصدر هذا القانون أصبحت هيئة سوق رأس المال المرفق العام المنظم والمشرف والمراقب على سوق الأوراق المالية ، ومنذ ذلك الوقت باشرت الهيئة عملها من أجل تحقيق قدر من الأمان القانوني الذي كفله المشرع في التعامل في سوق الأوراق المالية ، حيث تم إصدار مجموعة من القرارات والتعاميم التي تنظم عمل هذا القطاع في العديد من المجالات ، مثل : إصدار الأوراق المالية والإفصاح والرقابة والتراخيص وتحديد عمولات التداول ، كما واكبت الهيئة أهم التطورات والتشريعات في قطاع الأوراق المالية من خلال تطبيقها للتعليمات التي أقرها مجلس إدارتها .

هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (بدون تاريخ) : نبذة عن قطاع الأوراق المالية . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .
(<http://www.pcma.ps/securitiesSector/Pages/Introduction.aspx> , 24.02.2013)

الدور الرقابي ، والذي يتشابه تشابهاً كبيراً مع دور الحماية الجنائية المطلقة في ظل أسلوب فصل شطري مبدأ الشرعية الجنائية (ثانياً) .

أولاً : مظاهر الدور الرقابي لهيئة سوق رأس المال

على الرغم من أن هيئة سوق رأس المال وجدت من أجل أن تكون مرفقا عاما رقابيا يتولى الإشراف على ضبط سير قطاع الأوراق المالية ، إلا أنه إذا تم النظر بعمق لهذا الوجود ، لتبين أن الهيئة قد وجدت من أجل تعظيم دور هذا القطاع بجعله يقوم على التزام بالمأسسة الصحيحة¹²⁴ .

ومن غير الممكن وضع هذا الهدف العام في مضمار التطبيق العملي من غير وجود الرقابة التي تباشرها هيئة سوق رأس المال¹²⁵ ، حيث تتولى الهيئة الرقابة على مكونات قطاع الأوراق المالية، حيث تخضع لرقابتها كافة الأجهزة التي يتكون منها قطاع الأوراق المالية ، فتتولى في البداية الرقابة على أسواق الأوراق المالية العاملة في فلسطين¹²⁶ ، كما تباشر الهيئة الرقابة على كل من مركز الإيداع والتحويل¹²⁷ و شركات الأوراق المالية¹²⁸ ، وممتهني أعمال الأوراق المالية - طبيعيين كانوا أم اعتباريين - ، فضلاً عن رقابتها على جمهور المستثمرين¹²⁹ ، وذلك لتتأكد من عدم انحراف تعاملاتهم عن الإطار العام الذي وفرته القواعد القانونية الحاكمة لسوق الأوراق المالية¹³⁰ .

¹²⁴ هذا ما كرسه قانون هيئة سوق رأس المال في صدر المادة (3) منه والتي نصت على أنه : " تهدف الهيئة إلى تهيئة المناخ الملائم لتحقيق استقرار ونمو رأس المال ، وتنظيم وتطوير ومراقبة سوق رأس المال في فلسطين، وحماية حقوق المستثمرين ... " .

¹²⁵ لذلك فقد ربطت المادة (3) من قانون هيئة سوق رأس المال هدف الهيئة العام بوجود الرقابة التي تتولاها على قطاع الأوراق المالية فنصت على أنه :

" وعليها في سبيل تحقيق هذه الأهداف القيام بما يلي : 1- الإشراف على : أ- سوق الأوراق المالية بما يكفل سلامة التعامل. ب- شركات التأمين . ج- شركات التأجير التمويلي . د- شركات تمويل الرهن العقاري . 2- التنظيم والرقابة والإشراف على نشاط المؤسسات المالية غير المصرفية بما فيها تداول الأوراق المالية والخدمات المالية غير المصرفية . 3- تنظيم الإفصاح عن أية بيانات أو معلومات تخص القطاع المالي غير المصرفي . 4- مراقبة تطور المؤسسات المالية غير المصرفية بما يضمن سلامة عملها " .

¹²⁶ المادة (6 / 5) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 .

¹²⁷ المادة (15) و (16) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 .

¹²⁸ المادة (46) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 .

¹²⁹ المادة (11) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 .

¹³⁰ كما تتولى هيئة سوق رأس المال بموجب المواد (33 و 35 و 36) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 الرقابة على عمليات الأوراق المالية سواء أكان ذلك من خلال الإشراف على الاكتتاب أو الإشراف على التداول ، فيكون للهيئة الرقابة على طرح الأوراق المالية الجديدة للجمهور ، فتراقب مدى توافر البيانات الصحيحة والكافية عنها للمستثمرين واتباع الإجراءات والقواعد المنظمة لترحها ، وأن الجهات المختصة قد وفرت البيانات الكافية في الوقت المناسب عن الأوراق المالية المطروحة ، وبالإضافة لذلك تعمل هيئة سوق رأس المال وبموجب المواد (11 و 12 و 91) من ذات القانون على مراقبة تداول الأوراق المالية في الأسواق العاملة للتأكد من أن التعامل غير مشوب بالغش أو الاحتيال أو المضاربات الوهمية ومن أن كل المعاملات على هذه الأوراق قد تمت حسب قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه .

وبمقتضى المواد (42 و 44 و 46) من قانون الأوراق المالية تتولى هيئة سوق رأس المال منح التراخيص اللازمة لشركات العاملة في الأوراق المالية لمزاولة نشاطها . وتتنوع المجالات المهنية التي تشرف الهيئة على ترخيص المتعاملين فيها ، ومن أهم تلك المجالات بموجب المادة (40) من ذات القانون الوساطة المالية و وكلاء الإصدارات و متعهدي التغطية ، فضلاً عن منحها تراخيص مستشاري الاستثمار والحافظ الأمين وأمناء ومدراء الاستثمار .

وبالإضافة إلى كون الهيئة مرفقاً عاماً إشرافياً على قطاع الأوراق المالية ، فإنها من ناحية أخرى تعتبر مرفقاً عاماً لتوقيع الجزاءات الإدارية على مخالفتي القواعد القانونية الحاكمة لسوق الأوراق المالية ، فقد أوجدت المادة (12 / 3) من قانون الأوراق المالية نوعاً من الجزاءات الإدارية المحدودة التي تباشرها الهيئة على الشركات المدرجة في سوق الأوراق المالية ، مثل : تعليق العضوية ، وإلغاء الترخيص ، وتعليق التداول¹³¹ ، إلا أن هذه الجزاءات الإدارية لا تكفي في ذاتها لضبط سير قطاع الأوراق المالية على النحو الذي ينسجم والنظام القانوني الذي يحكمه ، ذلك لأنها تحكم ممتهني أعمال الأوراق المالية وجزئياً المساهمين ، فأدى ذلك إلى أن يصدر قرار مجلس الوزراء رقم (12) لسنة 2008 بشأن نظام العقوبات والغرامات على المتعاملين في قطاع الأوراق المالية¹³² .

¹³¹ نصت المادة (12 / 3) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 على أنه :
" وفقاً للإجراءات وبموجب الشروط الواردة في اللوائح ، يجوز للهيئة الطلب من السوق ما يلي : أ- تعليق عضوية شركة أوراق مالية . ب- إلغاء ترخيص أية شركة أوراق مالية عضواً في السوق . ج- تعليق التداول في السوق ، إذا اتضح بأن أسباباً قاهرة تحول دون إمكانية التداول حسب رأي الهيئة . د- تعليق أو شطب تداول أي ورقة مالية في السوق أو أحد أنواع الترخيص " .
¹³² الجريدة الرسمية الفلسطينية (2009) : قرار مجلس الوزراء رقم (12) لسنة 2008 بشأن نظام العقوبات والغرامات للمتعاملين في قطاع الأوراق المالية . العدد 79 ، بتاريخ 2009 / 2 / 9 .
مما يتوجب الإشارة إليه أن مخالفتي القواعد الحاكمة لقطاع الأوراق المالية هم من الكثرة بمكان ، ففي إطارهم العام يشملون المتعاملين الرئيسيين في سوق الأوراق المالية كالشركات المدرجة وجمهور المستثمرين وممتهني أعمال الأوراق المالية سواء أكانوا أشخاصاً اعتبارية أو أشخاصاً طبيعية ، إلا أن المادة (2) من هذا النظام نصت على أنه :
" يطبق هذا النظام على الجهات التالية : 1- السوق . 2- الشركات الأعضاء والعاملين فيها . 3- الشركات المصدرة . 4- الأشخاص المهنيين . 5- صناديق الاستثمار . 6- أية جهات أخرى يصدر قرار من المجلس بتطبيق أحكام هذا النظام عليها وفقاً لأحكام القانون " .
ويتبين من هذا المادة أن الأشخاص الخاضعين لهذا النظام بالمقارنة مع المتعاملين الرئيسيين ، ينحصر في الشركات المدرجة والسوق وممتهني الخدمات المالية ، إلا أنها لا تشمل جمهور المستثمرين في سوق الأوراق المالية ، ولكن وفي إطار الفقرة السادسة من هذه المادة فإنه يتبين صلاحية مجلس الإدارة بإصدار القرارات التي تنص على سريان أحكام هذا النظام على جهات أخرى بخلاف الجهات المحددة في الفقرات السابقة ، وبذلك قد تشمل جمهور المستثمرين ، وأكثر صورة عملية لهذه الفقرة تكون حينما تصدر تعليمات عن مجلس الوزراء أو قرارات عن مجلس الهيئة تضبط سير سلوكيات أو أعمال متخصصة من أعمال الأوراق المالية وتنص هذه التعليمات على سريان أحكام هذا النظام على مخالفتي هذه التعليمات ، مثل قرار مجلس الوزراء رقم (14) لسنة 2009 بنظام المحافظة على سرية المعلومات في قطاع الأوراق المالية ، الذي نصت المادة (19) منه على أنه :
" يحق للهيئة ، عند مخالفة أحكام هذا النظام ، اتخاذ الإجراءات التأديبية والغرامات والعقوبات بحق المخالفين وفقاً لنظام العقوبات والغرامات على المتعاملين في قطاع الأوراق المالية الساري " .
الجريدة الرسمية الفلسطينية (2010) : قرار مجلس الوزراء رقم (14) لسنة 2009 بشأن نظام المحافظة على سرية المعلومات في قطاع الأوراق المالية . العدد 86 ، بتاريخ 2010 / 6 / 9 .
وبالإضافة لأسلوب الإحالة اللاحقة لأحكام النظام ، فإن الهيئة لها أن تخضع لأحكام هذا النظام أي شخص ارتكب مخالفة لأحكام قانون الأوراق المالية بغض النظر عن كونه خاضعاً لأحكام هذا النظام أم لا ، وفي ذلك نصت المادة (2 / 8) من النظام على أنه :
" إذا تبين للمجلس بأن الشخص المعني قد ارتكب أية مخالفة أو شرع بارتكاب أية مخالفة منصوص عليها في القوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات السارية ، فإنه يحق له فرض العقوبة الموصى بها من اللجنة المختصة أو اتخاذ الإجراء الذي يراه مناسباً بموجب هذا النظام بحيث يتناسب وحجم المخالفة مع مراعاة المعايير المنصوص عليها في المادة (10) من هذا النظام " .
كما أنه من الممكن استنباط توسع اختصاص أحكام هذا النظام من المادة (12) منه والتي نصت على فرض عقوبات بدرجات مختلفة عن الدرجة التي يتم فرضها على الشخص الذي ارتكب المخالفة لأول مرة ، ولقد حددت هذه المادة في فقراتها العشرة مخالفات محددة وبعد ذلك وفي فقرتها الحادية عشر أوردت تطبيقاً عاماً يقتضي تطبيق عقوبات من درجة مختلفة لمرتكب المخالفة لأول مرة ، ويشمل هذا التطبيق العام كافة أحكام قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه ، وعليه فإن هذا التطبيق العام الذي يفرض في حالة تكرار المخالفة لأحكام قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه ، فإنه أيضاً تسري أحكام هذا النظام على كل من يخالف أحكام قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه لأول مرة .

ولقد رسمت المادة (11) من نظام العقوبات والغرامات على المتعاملين في قطاع الأوراق المالية الإطار العام للعقوبات التي يتم فرضها على الأشخاص الذي يخالفون أحكام القواعد القانونية ، التي تضبط سير قطاع الأوراق المالية ، حيث نصت هذه المادة على أنه :

" تصنف العقوبات التي تفرضها الهيئة على النحو التالي : 1- عقوبة الدرجة الأولى : وتتمثل بتوجيه إنذار خطي للمخالف ، لتصويب أوضاعه وعدم تكرار المخالفة . 2- عقوبة الدرجة الثانية والثالثة والرابعة: وتتمثل بالآتي : أ. عقوبة الدرجة الثانية: 1- غرامة مالية لا تقل عن خمسمائة دينار أردني (500) ، ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أردني (10.000) أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً . 2- غرامة مالية لا تقل عن عشرة آلاف دينار أردني ، ولا تزيد على ثلاثين ألف دينار أردني (30.000) أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً . 3- غرامة مالية لا تقل عن ثلاثين ألف دينار أردني، ولا تزيد على ستين ألف دينار أردني (60.000)، أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً. 4- غرامة مالية لا تقل عن ستين ألف دينار أردني (60.000)، ولا تزيد على مائة ألف دينار أردني (100.000) ، أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً. ب. عقوبة الدرجة الثالثة: 1- تعليق تداول الشركة العضو ، أو تعليق ترخيص بعض أو جميع أنشطتها أو الأشخاص المرخصين من الهيئة لفترة مؤقتة حسب ما يراه المجلس مناسباً. 2- إيقاف الشركة المدرجة عن التداول، أو تعليق إدراجها لفترة مؤقتة حسب ما يراه المجلس مناسباً. ج- عقوبة الدرجة الرابعة: 1- إلغاء وشطب ترخيص بعض أو جميع أنشطة الشركة العضو أو الأشخاص المرخصين من الهيئة . 2- إيقاف الشركة المدرجة عن التداول بشكل نهائي ، والطلب من السوق شطب إدراجها " 133 .

¹³³ مما يلاحظ على هذه المادة أنها اتبعت أسلوب التدرج في فرض الجزاءات الإدارية ، حيث أنها صنفت هذه الجزاءات إلى أصناف متعددة يكون للهيئة اختيار أي منها في فرضها على الشخص المخالف للقواعد القانونية التي تضبط سير سوق الأوراق المالية ، إلا أن اختيار الهيئة هذا ليس مطلقاً من أي قيد ، بل إنه مقيد بما أورده المادة (10) من النظام ، حينما وضعت المعايير التي يجب مراعاتها عند اتخاذ القرار بفرض الجزاء الإداري على الشخص المخالف ، حيث نصت هذه المادة على أنه :

" على المجلس ، وعند فرض أي عقوبة أو اتخاذ أي إجراء بحق الشخص المخالف وفق أحكام هذا النظام ، أن يراعي في قراره أن تكون العقوبة أو طبيعة الإجراء يتناسب مع مقتضيات المصلحة العامة أخذاً بعين الاعتبار ما يلي : 1- انطواء المخالفة على أحد أساليب الخداع أو التدليس أو التلاعب أو الاحتيال أو الإهمال المتعمد الجسيم كما نص عليه القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه أو أي قانون ساري آخر . 2- حجم الأضرار التي لحقت بأي شخص بشكل مباشر أو غير مباشر نتيجة المخالفة. 3- حجم الإثراء غير المشروع أو الانتفاع الذي حققه الشخص المخالف مع مراعاة ما إذا كان هناك أي تعويض سيتم دفعه للمتضرر . 4- أي معيار آخر تقتضيه قواعد العدالة والإنصاف "

وإذا اتخذ مجلس إدارة الهيئة قراره بفرض العقوبة على الشخص المخالف ، فإن هذا القرار لا يكون نهائياً وسارياً بأثر مباشر ، بل يكون للشخص لهذا الشخص أن يتظلم من القرار أمام مجلس إدارة الهيئة ، وقد نظمت المادة (16) من النظام أحكام التظلم حينما نصت على أنه :

" 1- يجوز للشخص الذي فرضت عليه عقوبة من قبل الهيئة أن يتظلم أمام المجلس خلال (21) يوماً من تاريخ فرض العقوبة ، وبانقضاء مدة التظلم يعتبر قرار المجلس نهائياً . 2- ينظر المجلس في النظام ويصدر قراره النهائي بشأنه خلال مدة لا تتجاوز (15) يوماً من تاريخ تقديمه . 3- وفي جميع الأحوال ، يحق للشخص الطعن في قرار المجلس أمام القضاء وذلك بعد مرور مدة التظلم أو صدور قرار نهائي عن المجلس وفقاً للقوانين المعمول بها "

ويعتبر التظلم نوعاً من الرقابة الإدارية التي تباشرها الإدارة - هيئة سوق رأس المال - بناءً على طلب يقدم إليها من الأشخاص ذوي المصلحة الذي أضر بهم القرار الإداري بفرض العقوبة ، وتتبلور الفائدة المتحصلة من وراء هذا التظلم في إتاحة الفرصة لأصحاب المصلحة من ذوي الصفة في تقديم التظلمات إلى هيئة سوق رأس المال في إسهام هؤلاء الأشخاص في تحقيق مقتضيات مبدأ المشروعية وهو يلي بصورة أو بأخرى مبدأ الديمقراطية الإدارية المتمثل في ضرورة إسهام الشخص أو الجمهور في المشاركة في تسيير شؤون الإدارة وعدم اتخاذ المواقف السلبية إزاء ما تصدره جهة الإدارة ، فالتظلم بذلك يكون صورة من صورة الرقابة الإدارية التي تتجلى في كشف الإدارة المتجسدة في هيئة سوق رأس المال عدم مشروعية تصرفها أو عدم ملاءمته نتيجة تظلم يرفع إليها مم تضرروا نتيجة هذه التصرفات ، ولذلك فإن التظلم يتجسد في كونه لجوء صاحب الشأن إلى الإدارة شاكياً من قرار إداري يعتقد أنه معيب ، وسبب له ضرراً ويطلب بإلغاء هذا القرار كلياً أو جزئياً .

خييلي ، محمد (2009) : التظلم الإداري - دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والإمارات العربية المتحدة . رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط ، عمان - الأردن ، ص 20 - 25 .

وبناءً على ما تقدم ، فإن منازعات سوق الأوراق المالية فضلاً عن كونها تشكل جريمة جنائية، فإنها أيضاً تعتبر موضوعاً لتوقيع الجزاءات التأديبية ، فلما كانت القواعد القانونية الحاكمة لسوق الأوراق المالية تشملها الحماية الجزائية في جملها ، فإنها من ناحية أخرى ونتيجة لتوسع الاختصاص الرقابي لهيئة سوق رأس المال في توقيع الجزاءات التأديبية على مخالفتي أحكام القانون والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه ، فإنه تعتبر كل مخالفة لأحكام القواعد القانونية الحاكمة لسوق الأوراق المالية جريمة جنائية ، ومخالفة تستحق توقيع الجزاء التأديبي في وقت واحد .

ولكن لا يعني ذلك اندماج الجزاء الجنائي مع الجزاء التأديبي ، ففي الحالة التي يشكل سلوك ما جريمة جنائية ، وفي ذات الوقت مخالفة إدارية فإنه يصار إلى تطبيق مبدأ استقلال النظام التأديبي عن النظام الجنائي ، فالعقاب التأديبي ، وإن كان عقاباً ، إلا أنه لا يختلط أبداً مع العقاب الجنائي¹³⁴ ، فهذا الأخير لا يختص بفرد أو طائفة ، وإنما يسري على جميع الأفراد بما في ذلك الموظفين ، ولكنه لا يقتصر عليهم ، وهو يتدخل بالنسبة للأفعال التي توصف بأنها جرائم ، والتي لا ترتبط بممارسة وظيفة ما ، وهو يؤدي إلى توقيع جزاءات تمس المتهم ليس في وظيفته ، وإنما في مرتبته وملكيته ، واختلاف العقابين في الطبيعة يؤدي إلى استقلالهما ، حيث يظهر هذا الاستقلال في أن العديد من التصرفات يمكن أن تكون أخطاءً تأديبية دون أن تكون جرائم ، وكذلك العكس¹³⁵ .

ولهذا السبب يعتبر كل منهما قانوناً قائماً بذاته ، والنتائج المترتبة على ذلك في غاية الأهمية ، فكل من الجريمتين لها ميدان تطبيق خاص ، ولها غرض تسعى إلى تحقيقه ، وكل منها تختلف عن

وتحليلاً لأحكام التظلم وفق نص المادة (16) السالفة الذكر ، يتبين أن الفقرة الأولى منها اعتبرت التظلم المقدم للمجلس هو تظلم جوازي ، فيكون للشخص أن يسلك سبيل التظلم أو أن يسلك سبيل القضاء من أجل الطعن على قرار مجلس الإدارة ، وقد حددت الفقرة الأولى من هذه المادة مدة (21) يوماً من تاريخ فرض العقوبة لكي يكون للشخص بالتظلم من القرار ، وأما الفقرة فقد حددت مدة (15) من تاريخ تقديم التظلم لكي يصدر المجلس قراره بالنظر في التظلم المقدم ، ولكن التظلم المنصوص عليه في المادة (16) يعتبر جوازياً ، إلا أن الفقرة الثالثة من هذه المادة قد وضعت قيد زمني للطعن في القرار أمام القضاء مفاده أن تنتضي مدة التظلم سواء تم تقديم التظلم أم لا .¹³⁴ لا يجوز الخلط بين الجريمة الجنائية والمخالفة التأديبية ، وإذا كان لا يثور شك في أن النظامين التأديبي والجنائي نظامان للعقاب ، بقصد كفاية احترام قيمة جماعية معينة ، إلا أنهما يختلفان في العديد من النواحي . فعلى صعيد الركن القانوني فإن الجرائم الجنائية مقننة عملاً بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، بخلاف معظم الجرائم التأديبية، فلا يوجد نص تشريعي يحددها على سبيل الحصر ويحدد عقوبة لكل منها ، حيث إن النصوص القانونية ليست هي المصدر الوحيد للجرائم التأديبية ، وإنما يتمثل العنصر القانوني في نص قانوني يحدد أفعالاً معينة تعتبر جريمة تأديبية ، كالجرائم التأديبية التي ورد النص عليها في بعض القوانين الخاصة أو اللوائح الخاصة بالجزاءات ، ولذلك فإن الجريمة التأديبية أوسع نطاقاً من الجريمة الجنائية ، كما تختلف الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية من حيث الهدف ، فالنظام التأديبي يهدف إلى ضمان سير المرفق العام بانتظام وباضطراد وتحقيق الاستقرار في التعامل ، أما في النظام الجزائي فالأمر يتعلق بحماية المجتمع كله وضمان استقراره وأمنه ، وأما من حيث نوع العقاب المفروض ، فإن الجزاء في القانون الجنائي يمس الفرد في حياته وماله ، وأهليته القانونية ، وحرية ، وللأراضي الحرية في تقدير العقوبة وفق الواقعة المنظور أمامه ضمن الحدود المسموح بها قانوناً ، بينما العقاب التأديبي يتعلق بإيقاع مجموعة من الجزاءات المحددة على سبيل الحصر ، وبناءً على ذلك فإن الجزاءات الجنائية لا تفرض إلا بعد استيفاء ضمانات أوسع على عكس العقوبة التأديبية ، أما من حيث الإجراءات ، فالإجراءات الواجب اتباعها في المخالفة الإدارية منذ ارتكاب الشخص للمخالفة ومسألتها عنها حتى إيقاع الجزاء عليه تنظمها قوانين خاصة بالمرفق العام ، أما الجريمة في المجال الجنائي فلها أصولها الخاصة التي تنظمها القوانين العامة كقانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية الذي ينظم الإجراءات اللازمة لإقامة الدعوى الجزائية على مرتكب الجريمة . جمعات ، أكرم (2010) : العلاقة بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية - دراسة مقارنة - . رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان - الأردن ، ص 74 - 77 .

¹³⁵ سعيد ، كامل (2002) : شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات . دار الثقافة ، عمان - الأردن ، ص 34 .

الأخرى في طبيعتها ، والغرض الذي ترمي إليه ، وهذا الاستقلال قائم ولو كان ثمة ارتباط بين الجريمتين ، فقد ينطوي الفعل الذي يأتيه الفاعل على جريمتين في وقت واحد: جنائية ، وتأديبية ، وحتى مع اتحاد وضعهما فإن ذلك لا يخل باستقلال فكرة العقاب التأديبي عن العقاب الجنائي¹³⁶ .

وفي ذلك لا يستعمل اتخاذ العقاب الإداري إلى حين صدور العقاب الجزائي ، فكل منهما يسير في اتجاه متوازٍ مع بعضهما بعض ، على العكس من علاقة النظام الجزائي بالنظام المدني في التعويض عن الأضرار الناشئة عن الجريمة ، حيث إنه في الحالة الأولى الجزائي لا يعقل الإداري، بينما في الحالة الثانية فإن الجزائي يعقل المدني ، وهذا ما تجسد عملياً في قيام هيئة سوق رأس المال باتخاذ العديد من القرارات بتوقيع العقوبات الإدارية على الأشخاص المخالفين لأحكام قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه ، دون أن يتم تحريك أي دعوى جزائية بحق المخالف¹³⁷ .

ثانياً : المنازعات القابلة للتحكيم في ظل الدور الرقابي لهيئة سوق رأس المال

بناءً على ما تقدم ، فإنه ونتيجة لكون هيئة سوق رأس المال تعتبر مرفقاً عاماً ، فإنها تعمل على القيام بنشاطها الإداري من خلال القرارات الإدارية التي تصدرها ، فإن القرارات الصادرة عن هيئة سوق رأس في إطار عملها الرقابي وبالأخص في توقيع الجزاءات التأديبية تعتبر قرارات إدارية ، ويسري عليها النظرية العامة في القرارات الإدارية .

وإذا ما كان التكييف القانوني لقرارات الهيئة بتوقيع الجزاءات التأديبية يتحدد بكونها قرارات إدارية، فإنه وبهدي ما قدمنا من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات القرارات الإدارية نتيجة لتعلقها بالنظام العام ، فإن استئزال ذلك على قرارات هيئة سوق رأس المال بتوقيع الجزاءات التأديبية يجعل الاتفاق على التحكيم بصدده القرارات باطلاً ، لخروج منازعات القرارات الإدارية من جواز التحكيم بصددها .

فتكون منازعات قرارات هيئة سوق رأس المال بتوقيع الجزاءات الإدارية من اختصاص القضاء الإداري ، الذي يباشر الرقابة على مشروعية هذه القرارات من خلال دعوى الإلغاء ، وهذه الدعوى تعتبر من النظام العام ، والهدف من رفعها هو تحقيق المصلحة العامة عن طريق حماية مبدأ المشروعية ، ونتيجة لذلك لا يجوز للأفراد التنازل عنها ، وإذا ما حصل مثل هذا التنازل فإنه

¹³⁶ جبوري ، أنس . جبوري ، أشرف (2010) : العلاقة بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية . مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثاني ، المجلد الثامن ، جامعة تكريت ، تكريت - العراق ، ص 293 .

¹³⁷ وهذا ما سنتطرق إليه بشكل تفصيلي في الفصل الثالث من هذه الرسالة ، حيث سنضع قرارات هيئة سوق رأس المال التي صدرت في حق مخالفين قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه موضع التطبيق العملي ، وذلك من خلال الاستشهاد به على المخالفات والسلوكيات الضارة الواقعة في سوق الأوراق المالية .

يكون باطلاً ولا يمكن الاحتجاج به ، ذلك أن مناط النزاع في دعوى الإلغاء هو مخاصمة مشروعية القرار الإداري ، كما أن النزاع المثار ليس نزاعاً بين أطراف متساوية ، فالخصومة في دعوى الإلغاء ليست خصومة بين طرفين متكافئين بالمعنى المعروف في الدعاوى الأخرى ، بقدر ما هي خصومة للقرار نفسه¹³⁸ .

ونتيجة لتعلق دعوى الإلغاء بالنظام العام فإنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم بصدد فحص مشروعية القرار الإداري الصادر عن هيئة سوق رأس المال بتوقيع الجزاء التأديبي ، ولكن المشكلة تثور في مسألة التعويض عن الضرر الناشئ عن القرار الإداري غير المشروع ، ذلك أن القرار الإداري الصادر عن الإدارة متى رتب أضراراً بحقوق الأشخاص المالية والأدبية ، فإنه يكون موجباً للتعويض عن ذلك الضرر ، وذلك عن طريق إعادة المركز القانوني للفرد كما كان عليه ، أو تعويضه عما لحق به من ضرر ، فالتعويض يجبر الضرر الذي يلحق بالأشخاص عند ممارسة الإدارة لأعمالها ، ويقوم هذا التعويض على أساس أن يتحمل مسبب الضرر المسؤولية عن أعماله متى خالف القواعد القانونية¹³⁹ ، فإذا ما اتخذت هيئة سوق رأس المال قراراً بفرض العقوبة التأديبية على الشخص المخالف ، وتم رفع دعوى الإلغاء أمام القضاء وخلص القضاء الإداري بأنه قرار غير مشروع ، وترتب على هذا القرار أضرار بحق الشخص الذي كان يعتبر مخالفاً ، فهل يجوز التحكيم في التعويض الناشئ عن القرار الإداري غير المشروع ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل يقتضي التطرق إلى مسألة اختصاص القضاء الإداري ، فالقضاء الإداري قد يكون قضاء إلغاء ، حينما ينحصر اختصاصه في فحص مشروعية القرار الإداري دون أن يمتد لتعديله ، أو الحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عنه ، في حين يكون قضاءً شاملاً حينما يمتد اختصاصه فضلاً عن إلغاء القرار الإداري إلى تعديله أو تقرير التعويض عن الأضرار الناشئة عنه . فهذه مسألة خلافية تبنى على أساس مدى ازدواجية القضاء الإداري ، حيث إن القضاء الإداري ينقسم إلى قسمين رئيسيين : الأول هو قضاء الإلغاء ، ويكون اختصاصه منحصراً في إلغاء القرارات الإدارية ، أما القسم الثاني فإنه يتمثل بالقضاء الشامل الذي يمتد فضلاً عن إلغاء القرار الإداري إلى التعويض عن الأضرار الناشئة عن هذا القرار¹⁴⁰ .

وبالعودة إلى أحكام القضاء الفلسطيني ، فإنه يتبين أن اختصاص القضاء الإداري الفلسطيني ينحصر فقط في قضاء الإلغاء دون أن يمتد للقضاء الشامل ، وفي ذلك ذهب محكمة العدل العليا

¹³⁸ كشاكش ، كريم (2006) : ميعاد دعوى الإلغاء في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية . مجلة أبحاث اليرموك ، المجلد 22 ، العدد 3 ، جامعة اليرموك ، أربد - الأردن ، ص 632 .

¹³⁹ دروي ، فواز (2010) : مسؤولية السلطة التنفيذية عن أعمالها وعلاقتها بأعمال السيادة في النظام الديمقراطي - دراسة مقارنة ، الأردن ، مصر ، فرنسا - رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان - الأردن ، ص 142 .

¹⁴⁰ عمرو ، عدنان (2001) : إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين . الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن ، رام الله - فلسطين ، ص 8 - 15 .

السلطانية المنعقدة في رام الله في قرارها الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (182) لسنة 2005¹⁴¹ ،
حينما نص هذا القرار على أن :

" الرواتب والعلاوات التي يستحقها الموظف عن خدمته الوظيفية تعتبر ديناً في ذمة الخزينة حتى يتقاضاها ، فإن النزاع حولها هو نزاع مدني تنظره المحاكم العادية كدعوى دين عادي ، والدعوى بهذه الصفة تخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا الذي هو اختصاص قضاء إلغاء وليس اختصاص قضاء كامل"¹⁴² .

وبذلك فإن القضاء الإداري في فلسطين ، هو قضاء إلغاء يختص بالنظر في القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة بصفتها شخصاً عاماً ، لذلك فإن قرار محكمة العدل العليا يكون منصباً على تأكيد القرار كونه صحيحاً ومطابقاً للقانون ، أو إلغائه كونه متعلقاً بسبب من أسباب الطعن بالإلغاء كعيب الاختصاص مثلاً، وبالتالي فإن سبب الطعن هذا يشكل فكرة من أفكار الحكم الذي ستناقشه المحكمة ، وتقرر فيما إذا كان صحيحاً ، ومن ثم إلغاء القرار الإداري ، أو أن تقرر رد سبب الطعن ، ومن ثم تأكيد القرار¹⁴³ .

وبناءً عليه ، فإن اختصاص محكمة العدل العليا يكون منحصرًا في دعوى الإلغاء ، أما التعويض عن القرارات الإدارية أو الالتزامات المالية التي تترتب على الإدارة فتكون من اختصاص القضاء المدني صاحب الولاية العامة ، وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة استئناف رام الله في قرارها الفصل في الاستئناف المدني رقم (209) لسنة 2010¹⁴⁴ .

¹⁴¹ محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (182 / 2005) ، الصادر بتاريخ 4 / 6 / 2007 . رام الله - فلسطين .

¹⁴² كما ذهبت إلى ذلك أيضاً في قرارها الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (275) لسنة 2008 ، والذي نص منطوق هذا القرار على :
" إن صلاحية محكمة العدل العليا في دعوى الإلغاء لا تنسحب إلى تعديل القرار المطلوب إلغاءه أو إصدار أمر إلى الإدارة بالقيام بعمل معين لأن صلاحيتها هي صلاحية إلغاء لا صلاحية إنشاء كما يستبعد على محكمة العدل العليا الأخذ بأي من الطلبات (سواء من المستدعي أو المستدعى ضده) التي تخرج بحكم طبيعتها عن مهمات القضاء الإداري وصلاحياته مثل استصدار أوامر للإدارة للإعلان عن بعض القرارات الإدارية ، أو أن تحل محكمة العدل العليا محل الإدارة في إعطاء القرارات أو تعديل القرارات الإدارية " .

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (275 / 2008) الصادر بتاريخ 25 / 2 / 2009 . رام الله - فلسطين .

¹⁴³ معهد الحقوق (2007) : أصول استنباط المبادئ القانونية . معهد الحقوق ، جامعة بيرزيت ، بيرزيت - فلسطين ، ص 30 .
¹⁴⁴ نص منطوق هذا القرار على أنه :

" إن المشرع الفلسطيني في قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 قد حدد وعلى سبيل الحصر اختصاص محكمة العدل العليا في المادة (33) منه وجاء في الفقرة رقم (4) أن محكمة العدل العليا تختص بنظر المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستبعاد أو الفصل وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية . وبالوقوف على هذا النص ، نجد أن المشرع قد حصر المنازعات التي تدخل في اختصاص محكمة العدل العليا بخصوص الموظفين العموميين فيما يتعلق باستحقاقهم للترقيات أو العلاوات وغيرها ، ولم يرد النص على اختصاص المحكمة الإدارية بالمطالبات ببديل تلك المعطيات إذ يعقد الاختصاص في مثل هذه الحالات للمحاكم النظامية المدنية كونها صاحبة الولاية العامة في نظر المنازعات واختصاص محكمة العدل العليا هو استثناء ويبقى الاستثناء مقيد ومحصور ولا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره ، كي لا يفقد الغاية منه وعليه وطالما أن النظام القضائي والقانوني الفلسطيني فيما يتعلق بالقضاء الإداري جعله قضاء إلغاء فقط وفق صريح نص المواد (32-34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الساري وعليه تكون المحاكم النظامية المدنية هي المختصة بنظر الدعوى محل البحث من حيث المبدأ العام للمطالبات المالية الخاصة بالموظفين العموميين " .

وباستئزال ذلك على قرارات هيئة سوق رأس المال في توقيع الجزاءات التأديبية ، يتبين أن القاضي الإداري الفلسطيني تنحصر وظيفته في إلغاء قرار هيئة سوق رأس المال غير المشروع ، ويتوقف عند هذا الحد ، أما التعويض عن الأضرار الناشئة عن هذا القرار فإنه يكون نزاعاً مدنياً ، يقوم على المسؤولية المدنية لهيئة سوق رأس المال بالتعويض عن الأضرار التي تترتب عن قرارها غير المشروع ، ويقع ذلك من اختصاص القضاء المدني ، وترتيباً على ذلك فإنه لا يجوز التحكيم في دعوى إلغاء قرار هيئة سوق رأس المال ، إلا أنه يجوز التحكيم في دعوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن هذا القرار ، نتيجة لاتصافها بالنزاع المدني ، وعدم تعلقها بالنظام العام .

إلا أن ذلك لا يأتي بصورة مباشرة ، فإنه لما كان مدار الدعوى المدنية في هذه الحالة متجسداً في التعويض عن قرار هيئة سوق رأس المال غير المشروع ، فإنه يجب أن يتوافر عنصران رئيسان : الأول يتعلق بوجود القرار الإداري ، ومن ثم فإنه لا يجوز الاتفاق المسبق على التعويض عن قرار هيئة سوق رأس المال ، الذي لم يصدر ولم يخرج إلى حيز الوجود القانوني ، وأما الثاني فإنه يتصل بإثبات عدم مشروعية القرار الذي رتب أضراراً على المخاطب به ، والذي يحدد إذا ما كان القرار الإداري معيباً ، هو القضاء الإداري عن طريق مباشرة اختصاصه بالفصل في دعوى إلغاء القرار الإداري ، ولذلك فإنه يلزم أن يتم استمهال حل النزاع الناتج عن التعويض عن القرار الإداري المعيب ، إلى حين أن يقرر القاضي الإداري مدى مشروعية هذا القرار .

معضلة غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

الأصل والقاعدة العامة أن التنظيم القانوني لاتفاق التحكيم الذي رسم وحدد معالمه قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 لا تختلف أحكامه من نزاع لآخر ، بل له تكييف قانوني عام واحد ، ينصرف إلى استيعابه لكل المنازعات القابلة للتحكيم ، ولذلك فإن وضع هذا الاتفاق في إطار منازعات معينة ، كما هو الحال في منازعات سوق الأوراق المالية - التي قيدنا دراستنا لاتفاق التحكيم بها - يقتضي استقصاء مدى التزام القواعد الناظمة لسوق الأوراق المالية بعمومية اتفاق التحكيم .

وفي إطار ذلك تبين أن هذه الأخيرة قد خرجت عن التكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم ، وذلك من خلال تكريس نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 ، الصادر عن شركة سوق فلسطين للأوراق المالية الغياب الكلي لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية، وذلك من خلال استبدال مبدأ سلطان الإرادة المشتركة لأطراف منازعات سوق الأوراق المالية التحكيمية بإرادة أطراف أخرى ، فنتم إحالة النزاع للتحكيم من غير وجود اتفاق يجمع أطراف هذه المنازعة ، ينجم عنه اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحلها ، وهذا ما تجسد في غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية (المبحث الأول) .

ولكن من غير الممكن التسليم بغياب اتفاق التحكيم ، وذلك لتعارضه مع التكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم ، الأمر الذي يستلزم البحث في مصير هذا الغياب ، وذلك بالتعرض للطبيعة القانونية للقواعد التي كرست الغياب ، ومن ثم استقصاء مدى إلغاء غياب اتفاق التحكيم ، سواء أكان ذلك إلغاءً دستورياً أو إلغاءً إدارياً . ويكتسب التعرض لمصير غياب اتفاق التحكيم أهمية بالغة الأثر ، وذلك لأنه إذا تم إلغاء غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، فإن ذلك يضمن عودة اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية إلى ما قرره قانون التحكيم الفلسطيني من تكييف قانوني لاتفاق التحكيم (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

ماهية غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

يعتبر اتفاق التحكيم حجر الزاوية في وسيلة التحكيم ، فإذا تم إسقاطه من هذه الوسيلة ، فإن ذلك يؤدي إلى عدم اعتبار الخوض في التحكيم وسيلة بديلة لحل النزاع ، حيث تفقد وسيلة التحكيم وجودها ، وهذا ما يمكن أن نصلح عليه بغياب اتفاق التحكيم . فالمقصود بغياب اتفاق التحكيم : هو أن تقرر القاعدة القانونية في إطار التنظيم القانوني الخاص للتحكيم في منازعات معينة إلزام أطراف هذه المنازعات على الدخول في وسيلة التحكيم ، والبدء في إجراءاتها وإصدار القرار التحكيمي من غير وجود اتفاق ما بين أطرافها على اختيار التحكيم كوسيلة لحلها .

ويختلف غياب اتفاق التحكيم اختلافاً جوهرياً عن الإلزام على التحكيم ، ذلك أن مضمون الأول يقضي بعدم وجود اتفاق ما بين الأطراف لإحالة النزاع للتحكيم ، أما الثاني فإن مضمونه يشترط أن يكون هناك اتفاق للتحكيم ، ولكن يتم الضغط على إرادة أحد الأطراف من أجل إبرام اتفاق التحكيم¹⁴⁵ . كما يختلف غياب اتفاق التحكيم عن التحكيم القسري أو ما يصطلح عليه بالتحكيم الإلزامي ، حيث إنه في إطار التنظيم القانوني الخاص للأخير تقرر القاعدة القانونية بأن التحكيم يعد الوسيلة الوحيدة في فصل المنازعات ، ويتم قصر وسائل حل المنازعات على التحكيم دون غيره ، ولكن بعد ذلك قد يأخذ التنظيم القانوني بوجود اتفاق التحكيم ، وذلك من خلال استلزام هذا الاتفاق من أجل الدخول في وسيلة التحكيم التي أصبحت الوسيلة الوحيدة لحل المنازعات ، أو أن يأخذ التنظيم القانوني بغياب اتفاق التحكيم ، فتبدأ إجراءات التحكيم ، ويصدر القرار التحكيمي في حالة لا يوجد فيها اتفاق للتحكيم .

ولقد أخذت المنظومة القانونية الفلسطينية بغياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، وذلك بتقرير القواعد التي نظمت التحكيم في هذه المنازعات لعدد من الحالات التي يتم بموجبها الدخول في وسيلة التحكيم من غير وجود اتفاق للتحكيم ، وفي ظل ذلك يكون اتفاق التحكيم واقعاً ما بين مطرقة قواعد سوق الأوراق المالية التي كرسست غيابه ، وما بين سندان القواعد القانونية التحكيمية المتجسدة في قانون التحكيم الفلسطيني ، التي استلزمت وجود اتفاق للتحكيم من أجل

¹⁴⁵ جدير بالذكر أن القضاء الفلسطيني قد تعرض لمسألة الإلزام على التحكيم ، وكان ذلك في قرار محكمة الاستئناف الفلسطينية العليا المنعقدة في غزة ، في قرارها الفاصل في الاستئناف الحقوق رقم (233) لسنة 2000 ، حيث تدور وقائع هذا القرار في أنه وقع نزاع ما بين طرفين بصدد سيارة نقل (قاطرة ومقطورة) ، وتم الضغط على إرادة أحد الأطراف من أجل إبرام اتفاق يحيل هذا النزاع للتحكيم ، وتم هذا الضغط من قبل المكتب الخاص التابع لجهاز الأمن ، وعلى أساس هذا الاتفاق تم إصدار قرار التحكيم الذي ألزم الطرف الذي تم الضغط على إرادته بتسليم السيارة موضوع النزاع أو أن يدفع قيمتها البالغة (240.000) شيكل إسرائيلي ، ولكن المحكمة في قرارها قضت بفسخها قرار التحكيم هذا ، وذلك بمخالفته الأسس التي يقوم عليها التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات .
محكمة الاستئناف الفلسطينية العليا : القرار الفاصل في الاستئناف الحقوقي رقم (2000 / 233) ، الصادر بتاريخ 14 / 3 / 2001 . غزة - فلسطين .

الدخول في وسيلة التحكيم ، ولذلك فقد أطلقنا على هذا المطلب معضلة غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية .

ومن أجل بحث ماهية غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، فإن ذلك يستلزم التعرض لموقف القواعد القانونية المقارنة من هذا الغياب ، وذلك لمعرفة الأسلوب الذي أخذت به المنظومة القانونية الفلسطينية في إطار المنهج الذي ينظم غياب اتفاق التحكيم في المنازعات الواقعة في سوق الأوراق المالية (المطلب الأول) .

وبعد إظهار موقف القواعد الفلسطينية النازمة للتحكيم في منازعات سوق الأوراق من مسألة غياب اتفاق التحكيم ، فإن استكمال بحث معضلة غياب اتفاق التحكيم يلزم الوقوف على مظاهر هذا الغياب ، وذلك من خلال تحليل صورته وآثاره (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

موقف القواعد القانونية المقارنة من غياب اتفاق التحكيم

الأصل أن القاعدة القانونية تكون وليدة الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في المجتمع ، فيتدخل المشرع لتنظيم مسألة معينة تبرز الحاجة إلى تقنينها من أجل حماية النسيج الاجتماعي ، الذي تحكمه القاعدة القانونية ، وفي إطار ذلك نظم المشرع التحكيم ورسم حدوده وضوابطه ، فالقاعدة العامة أن التحكيم يكون واحداً بالنسبة لكافة المنازعات التي يجوز التحكيم بصددتها ، فالقول بخصوصية التحكيم في نزاع معين ، ينصرف إلى مدى قابلية هذا النزاع للتحكيم من عدمه - وذلك بحسب الضوابط التي رسمها التنظيم القانوني لوسيلة التحكيم - . فالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات المصرفية أو العلامات التجارية أو التحكيم في منازعات الأراضي هو واحد لدى جميعها ، إلا أنه يختلف من حيث قابلية تلك المنازعات للتحكيم أم لا ، وبذلك فإن الأصل هو انتفاء التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات بعينها ، فيكتفي التنظيم القانوني للتحكيم في المنازعات المحددة بالأصل الموجود في التنظيم القانوني للتحكيم بشكل عام ، وإذا ما أراد المشرع أن يتدخل في نزاع معين من باب التحكيم ، فيكون بوضع ضوابط تحكم قابليته للتحكيم ، وذلك كله من منطلق الأساسيات التي نظمها القانون لوسيلة التحكيم بشكل عام .

وبناءً على ما سبق ، فلم ينظم المرسوم الإشتراعي اللبناني رقم (120) لسنة 1983 الخاص بتنظيم بورصة بيروت¹⁴⁶ ومن بعده قانون الأسواق المالية اللبناني رقم (161) لسنة 2011¹⁴⁷

¹⁴⁶ الجريدة الرسمية اللبنانية (1983) : المرسوم الإشتراعي رقم (120) لسنة 1983 الخاص بتنظيم بورصة بيروت . العدد 45 ، بتاريخ 1983 / 9 / 16 .
¹⁴⁷ الجريدة الرسمية اللبنانية (2011) : قانون الأسواق المالية رقم (161) لسنة 2011 . العدد 39 ، بتاريخ 2011 / 8 / 25 .

التحكيم في المنازعات الواقعة في سوق الأوراق المالية ، تاركاً ذلك للنظرية العامة التي أوردها التنظيم القانوني للتحكيم في الجمهورية اللبنانية . وفي ذات النهج سار المشرع التونسي بموجب القواعد القانونية الحاكمة لسوق الأوراق المالية التونسي ، فلم يفرد القانون رقم (117) لسنة 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية¹⁴⁸ ، وأيضاً القانون رقم (92) لسنة 1999 المتعلق بأحكام ترمي إلى دفع السوق المالية¹⁴⁹ ، فضلاً عن القانون رقم (96) لسنة 2005 المتعلق بتدعيم سلامة العلاقات المالية¹⁵⁰ أحكاماً خاصة للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية .

وبذلك يكون التحكيم في المنظومة القانونية اللبنانية في منازعات سوق الأوراق المالية مرده لقانون أصول المحاكمات المدنية ، الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم (90) لسنة 1983 ، والذي نظم التحكيم في المواد (762 - 821) منه ، وأيضاً يرد التحكيم في مثل هذه المنازعات في المنظومة القانونية التونسية إلى قانون التحكيم التونسي رقم (42) لسنة 1993 .

وعلى صعيد الالتزام بالتكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم ، وبالأخص مبدأ سلطان الإرادة في هذا الاتفاق ، فإن التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في ظل المنظومة القانونية اللبنانية والتونسية قد ظل محافظاً على مبدأ سلطان إرادة الأطراف ، من خلال الاعتراف بوجود اتفاق التحكيم ، وذلك بموجب التنظيم القانوني للتحكيم بشكل عام ، وليس بموجب تنظيم قانوني خاص للتحكيم في مثل هذه المنازعات ، حيث نأى المشرعان اللبناني والتونسي عن التدخل في التحكيم بموجب المنظومة القانونية الحاكمة لسوق الأوراق المالية .

ويعتبر أسلوب الإحجام عن أفراد أحكام خاصة للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية - والذي تبناه المشرعان اللبناني والتونسي - أسلوباً يتسم بالرجاحة القانونية ، ذلك أنه لما كان التحكيم يتجسد بكونه وسيلة لاقتضاء الحقوق والالتزامات ، فالأصل أن يتساوي لديها وهذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن القواعد القانونية التي نظمت التحكيم تعتبر الشريعة العامة والتي يتقيد بها المشرع ذاته في مجال التحكيم ، ومن ثم فإن أفراد أحكام خاصة للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية - مع تقدير فكرة القابلية للتحكيم - يتوجب أن لا يأتي بجديد ، حيث إن القواعد القانونية التي نظمت التحكيم كافية بذاتها لمواجهة أي نزاع قابل للحل بوسيلة التحكيم .

¹⁴⁸ الجريدة الرسمية التونسية (1994) : القانون رقم (117) لسنة 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية . العدد 90 ، بتاريخ 15 / 1994 .

¹⁴⁹ الجريدة الرسمية التونسية (1999) : القانون رقم (92) لسنة 1999 المتعلق بأحكام ترمي إلى دفع السوق المالية . العدد 67 ، بتاريخ 8 / 1999 .

¹⁵⁰ الجريدة الرسمية التونسية (2005) : القانون رقم (96) لسنة 2005 المتعلق بتدعيم سلامة العلاقات المالية . العدد 84 ، بتاريخ 21 / 2005 .

وعلى الرغم من رجاحة أسلوب الإحجام هذا ، فقد عمدت جملة من التشريعات العربية إلى تنظيم التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، فأفردت لها تنظيمًا قانونياً يخصها عن غيرها من المنازعات ، ولكن المقاربة ما بين هذه التشريعات ينبئ أن الالتزام بالتكليف القانوني لاتفاق التحكيم في نطاق مبدأ سلطان الإرادة لم يجرِ على وتيرة واحدة ، فمنها من قدر مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اللجوء ، واختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات (الفرع الأول) ، وفي المقابل فهناك من التشريعات جعلت العلاقة القائمة ما بين اللجوء للتحكيم ومبدأ سلطان الإرادة أن تتخذ منحى مصادرة إرادة الأطراف في اللجوء لهذه الوسيلة، وذلك من خلال غياب اتفاق التحكيم (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : أساليب القواعد القانونية المقارنة التي اعترفت بوجود اتفاق التحكيم

نحت زمرة من التشريعات العربية منحى تنظيم التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، فأفردت قواعد قانونية خاصة تنظم التحكيم في مثل هذه المنازعات ، ولكنها على الرغم من ذلك تقيدت بالأحكام العامة التي رسمتها النظرية العامة المتوافرة في القواعد القانونية التي نظمت التحكيم بشكل عام ، وبالأخص في مجال مبدأ سلطان الإرادة ، فظل التحكيم - حتى وبعد تنظيمه لدى هذه التشريعات - محتفظاً بكونه وسيلة بديلة لحل المنازعات .

ولكن التنظيم القانوني الخاص لدى مثل هذه التشريعات لم يجرِ على وتيرة واحدة ، من حيث الفترة الزمنية اللازمة للاعتراف بمبدأ سلطان إرادة الأطراف ، فمنها من أخذ بالأسلوب المتدرج الذي كان يسوده غياب مبدأ سلطان إرادة الأطراف ، ولكن تدرج بالاعتراف بهذا المبدأ عبر تعديل التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، مثل : مصر ، والإمارات ، وسلطنة عُمان ، والكويت ، وقطر ، والبحرين (أولاً) ، ومنها من أخذ بالاعتراف بمبدأ سلطان إرادة الأطراف في ذات الزمان الذي تم فيه تنظيم التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، مثل : الأردن ، وليبيا (ثانياً) .

أولاً : أسلوب الاعتراف المتدرج

تعتبر المنظومة القانونية المصرية من أهم المنظومات التي أخذت بالأسلوب المتدرج للاعتراف بمبدأ سلطان الإدارة ، فالتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية يعود تنظيمه القانوني إلى قانون سوق رأس المال رقم (95) لسنة 1992¹⁵¹ ، والذي كرس غياب مبدأ سلطان إرادة الأطراف بحدوده القصوى ، فنصت المادة (52) منه على أنه :

¹⁵¹ الجريدة الرسمية المصرية (1992) : قانون سوق رأس المال رقم (95) لسنة 1992 . العدد 25 مكرر ، بتاريخ 22 / 6 / 1992 .

" يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره . وتشكل هيئة التحكيم بقرار من وزير العدل برئاسة أحد نواب رؤساء محاكم الاستئناف وعضوية محكم عن كل من طرفي النزاع . وإذا تعدد أحد طرفي النزاع وجب عليهم اختيار محكم واحد . ويكون الطعن في الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم أمام محكمة الاستئناف المختصة . وفي جميع الأحوال تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافاذة ما لم تقرر محكمة الطعن وقف تنفيذها " 152 .

وقد بقي غياب مبدأ سلطان إرادة الأطراف في منازعات سوق الأوراق المالية سارياً إلى أن حكمت المحكمة الدستورية المصرية بتاريخ 13 / 1 / 2002 بعدم دستوريته¹⁵³ ، وبذلك أصبح غياب مبدأ سلطان إرادة الأطراف في التحكيم في هذه المنازعات ساقطاً في المنظومة القانونية المصرية ، وبذلك عاد مبدأ سلطان إرادة الأطراف في التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية إلى الحياة من جديد ، وذلك بسريان أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (27) لسنة 1994 ، والذي حافظ على مبدأ سلطان إرادة الأطراف من ناحية، وبغياب تنظيم قانوني خاص للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية من ناحية أخرى .

وظلت المنظومة القانونية المصرية في فترة غياب التنظيم القانوني الخاص للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية إلى أن صدر قانون تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية رقم (10) لسنة 2009¹⁵⁴ ، ونظم التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، ولكن مع الحفاظ على مبادئ قانون التحكيم المصري وأحكامه التي بوجه خاص حافظت على مبدأ سلطان إرادة الأطراف ، حيث نصت المادة (10) من هذا القانون على أنه :

¹⁵² من الملاحظ على التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في المنظومة المصرية - سابقاً - أنه لم يأخذ بأسلوب إحالة النزاع للتحكيم من قبل هيئة سوق المال أو سوق الأوراق المالية ، بل أخذ بأسلوب غياب اتفاق التحكيم ، حيث تبدأ العملية التحكيمية من غير توافر اتفاق ما بين أطراف النزاع على تسويته عن طريق التحكيم ، كما هو الحال في إبطال قرارات الجمعية العامة الضارة ، حيث نصت المادة (10) من قانون سوق رأس المال المصري على أنه :

" لمجلس إدارة الهيئة بناء على أسباب جديدها عدد من المساهمين الذين يملكون 5 % على الأقل من أسهم الشركة وبعد التثبت وقف قرارات الجمعية العامة للشركة التي تصدر لصالح فئة معينة من المساهمين أو للإضرار بهم أو لجلب نفع خاص لأعضاء مجلس الإدارة أو غيرهم . وعلى أصحاب الشأن عرض طلب إبطال قرارات الجمعية العامة على هيئة التحكيم المنصوص عليها في الباب الخامس من هذا القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور القرار ، فإذا انقضت المدة دون اتخاذ هذا الإجراء اعتبر الوقف كان لم يكن "

وهذا أيضاً ما أكدته المادة (57) من قانون سوق رأس المال المصري ، حيث أنها لم تشترط في طلب التحكيم وجود اتفاق التحكيم ما بين طرفي النزاع ، فنصت على :

" يجب أن يبين في طلب التحكيم أسماء الخصوم وممثلهم القانونيين ، واسم المحكم وموضوع النزاع وطلبات المدعى ، ويرفق بالطلب جميع المستندات المؤيدة له ، وما يفيد سداد رسم التحكيم " .

كما قد كرس قرار وزير الاقتصاد و التجارة الخارجية المصري رقم (135) لسنة 1993 الصادر بتاريخ 7 / 4 / 1993 باللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم (95) لسنة 1992 غياب سلطان إرادة الأطراف بنص المادة (59) التي قضت بأنه :

" يتم الفصل في المنازعات الناشئة بين المساهمين والشركاء أو بين الشركة والمتعاملين معها ، عن طريق التحكيم طبقاً للمواد من 52 : 61 من القانون 95 لسنة 1992 ولائحته التنفيذية ، ويكون الطعن في الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم أمام محكمة الاستئناف المختصة ، وفي جميع الأحوال تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافاذة ، ما لم تقرر محكمة الطعن وقف تنفيذها ولا يخل كل ما تقدم بما ورد بالمادة (10) من القانون 95 لسنة 1992 " .

¹⁵³ سنتطرق لهذا الحكم بشيء من التفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل .

¹⁵⁴ الجريدة الرسمية المصرية (2009) : قانون تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية رقم (10) لسنة 2009 . العدد 9 مكرر ، بتاريخ 1 / 3 / 2009 .

" ينشأ بقرار من رئيس الجمهورية مركز للتحكيم وتسوية في المنازعات التي تنشأ بسبب تطبيق أحكام القوانين الخاصة بالمعاملات المالية غير المصرفية ، يجوز لأطراف المنازعة اللجوء إليه إذا ما اتفقا ابتداءً أو لاحقاً على تسوية النزاع عن طريق التحكيم ، وذلك كله مع مراعاة أحكام القوانين المصرية المنظمة للتحكيم وتسوية المنازعات . ويصدر بالنظام الأساسي لمركز التحكيم وتسوية المنازعات وبتحديد القواعد والإجراءات المنظمة له والرسوم التي يتقاضاها قرار من الوزير المختص " .

وفي ذات أسلوب التدرج أخذت المنظومة القانونية الإماراتية ، ولكن بطريقة مغايرة للمنظومة القانونية المصرية ، فلم ينظم القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2000 الخاص بهيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع الصادر بتاريخ 29 / 1 / 2000¹⁵⁵ غياب مبدأ سلطان إرادة الأطراف ، بل أبقى الأمر على عموميته ، فنصت المادة (4) منه على أنه :

" أولاً : للهيئة – في سبيل تحقيق أغراضها – ممارسة الصلاحيات الآتية : ... 2- وضع الأنظمة التالية بالتشاور والتنسيق مع الأسواق المرخصة في الدولة : ... و- نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع " .

وعلى الرغم من أن هذا النص لا يحمل أية معاني لغياب سلطان إرادة الأطراف ، وأن اختصاص الهيئة بوضع نظام التحكيم يتوجب أن يكون مقيداً بقانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (11) لسنة 1992 ، والذي نظم التحكيم بصورته العامة في المواد (203 - 218) ، إلا أن قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (1) لسنة 2001 في شأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع¹⁵⁶ قد خرج عن هذا الأصل ، وعمل على تكريس غياب سلطان إرادة الأطراف بشكل واضح وجلي ، فقد نصت المادة (2) منه على أنه :

" يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية والسلع عن طريق التحكيم دون غيره ، وتطبق في هذا الشأن أحكام هذا النظام ، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم والتزاماً بتنفيذ حكم المحكمين وتنازلاً عن طريق الطعن فيه عدا ما هو مقرر في هذا النظام " .

¹⁵⁵ النسخة الإلكترونية لهذا القانون متوفرة على الرابط التالي :

هيئة الأوراق المالية والسلع (بدون تاريخ) : قانون اتحادي رقم (4) لسنة 2000 في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع . أبو ظبي – الإمارات العربية المتحدة .

(<http://www.sca.gov.ae/pages/scadownload.aspx?FileUrl=http://www.sca.gov.ae/Arabic/legalaffairs/Legallaws/SCAlaw.doc&FileName=SCAlaw> , 04.02.2013)

¹⁵⁶ النسخة الإلكترونية لهذا القرار متوفرة على الرابط التالي :

هيئة الأوراق المالية والسلع (بدون تاريخ) : قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (1) لسنة 2001 في شأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع . أبو ظبي – الإمارات العربية المتحدة .

(<http://www.sca.gov.ae/pages/scadownload.aspx?FileUrl=http://www.sca.gov.ae/Arabic/legalaffairs/Legallaws/SCA-1-2001.doc&FileName=SCA-1-2001> , 04.02.2013)

وبقيت المنظومة القانونية الإماراتية تعيش فترة غياب مبدأ سلطان الإرادة منذ صدور هذا القرار إلى أن تم تعديل نص المادة (2) منه بموجب القرار رقم (35 / ر) لسنة 2008¹⁵⁷، وأعاد هذا القرار مبدأ سلطان إرادة الأطراف لوضعه الطبيعي ، وأصبحت المادة (2) بصورتها الحالية والسارية المفعول تنص 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 " 158 .

ولقد انفردت المنظومة القانونية الكويتية بطريقتها الخاصة بالأخذ بأسلوب تدرج الاعتراف بمبدأ سلطان إرادة الأطراف ، حيث إنها قد علقت الاعتراف بمبدأ سلطان إرادة الأطراف على صدور نظام من هيئة أسواق المال الكويتية ، والذي لم يتم صدوره إلى يومنا هذا .

ويعود التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية الكويتي إلى نص المادة (13) من المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية الصادر بتاريخ 14 / 8 / 1983¹⁵⁹ ، والتي كرسست غياب مبدأ سلطان إرادة الأطراف بشكل مطلق ، ونصت هذه المادة على أنه :

" تنشأ داخل السوق لجنة تحكيم تتشكل بقرار من لجنة السوق برئاسة أحد القضاة يختاره مجلس القضاء الأعلى ، وتكون مهمتها الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم ، ويثبت ذلك في أوراق هذه المعاملات . وتكون القرارات الصادرة عن اللجنة ملزمة لطرفي النزاع ، ويبين القرار الصادر بتشكيل اللجنة الإجراءات التي تتبع لرفع النزاع والفصل فيه " 160 .

¹⁵⁷ أدمجت المواد التي تناولها هذا القرار بالتعديل في النسخة الإلكترونية التي النهائية للقرار رقم (1) لسنة 2001 ، المتوفرة على الرابط التالي :

هيئة الأوراق المالية والسلع (بدون تاريخ) : قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (1) لسنة 2001 في شأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع مع تعديلاته السارية المفعول . أبو ظبي - الإمارات العربية المتحدة .

<http://www.sca.gov.ae/pages/scadownload.aspx?FileUrl=http://www.sca.gov.ae/Arabic/legalaffairs/Legallaws/SCA-1-2001.doc&FileName=SCA-1-2001> , 04.02.2013)

¹⁵⁸ مما تجدر الإشارة إليه أن هذه المادة وبصورتها الحالية وإن كانت قد تبنت مبدأ سلطان إرادة الأطراف ، إلا أنها قد قيدته وذلك بأن جعلت الاتفاق على التحكيم ما بين أطراف النزاع يؤدي إلى الخضوع لنظام التحكيم الذي وضعته الهيئة ، فهو اتفاق يعلن فيه أطرافه على الخضوع لهذا النظام ، وكان الأصل أن يتم إطلاق مبدأ سلطان إرادة الأطراف فيكون للأطراف حق الاختيار ما بين الخضوع للقواعد والإجراءات التي نص عليها هذا النظام أو اختيار أية قواعد أخرى أو بالحد الأدنى اختيار القواعد التي جاء بها التنظيم القانوني للتحكيم بشكل عام في قانون أصول الإجراءات المدنية الإماراتي .

¹⁵⁹ الجريدة الرسمية الكويتية (1983) : المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية . العدد 1492 ، بتاريخ 14 / 8 / 1983 .
¹⁶⁰ وكان آخر تشكيل لهذه اللجنة قد تم بموجب قرار لجنة السوق رقم (3) لسنة 2005 في شأن تشكيل لجنة التحكيم الصادر بتاريخ 10 / 2 / 2010 / والتي نصت المادة (1) منه على أنه :

" تشكل لجنة التحكيم في سوق الكويت للأوراق المالية من السادة التالية أسماؤهم : (1) المستشار / علي ميثيب ناصر المطيريات ، رئيساً . (2) أحمد راشد الهارون ، عضواً . (3) عبد العزيز دخيل الدخيل ، عضواً . (4) رشيد السيد يوسف الطبطيني ، عضواً بديلاً . (5) طارق أحمد الأيوب ، عضواً بديلاً " .

النسخة الإلكترونية لهذا القرار متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :
سوق الكويت للأوراق المالية (بدون تاريخ) : قرار لجنة السوق رقم (3) لسنة 2005 في شأن تشكيل لجنة التحكيم . الكويت - الكويت .
<http://www.kuwaitse.com/A/kse/Decision3-2005.aspx> , 04.02.2013)

وبتاريخ 21 / 2 / 2010 صدر قانون هيئة أسواق المال الكويتية رقم (7) لسنة 2010¹⁶¹، والذي حافظ على مبدأ سلطان إرادة الأطراف باعتبار التحكيم وسيلة بديلة لحل المنازعات الناشئة عن التعامل في سوق الأوراق المالية ، وذلك بموجب المادة (148) منه، والتي نصت على أنه :

" يجوز تسوية المنازعات الناشئة عن الالتزامات المقررة في هذا القانون أو أي قانون آخر إذا تعلقت بمعاملات سوق المال عن طريق نظام التحكيم ، وذلك وفقا للنظام الخاص بالتحكيم الذي تضعه الهيئة " .

وعلى الرغم من أن المشرع الكويتي في ظل هذا القانون قد أخذ بالإلغاء العام لكافة القوانين المخالفة له ، وذلك بموجب المادة (164) منه ، والذي كان من المفترض أن يشمل كل أحكام المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية والقرارات الصادرة بمقتضاه¹⁶² ، إلا أنه قد استثنى من هذا الإلغاء قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم (2) لسنة 1984 الخاص بتشكيل لجنة التحكيم والقواعد والإجراءات المتبعة أمامها ، والذي صدر إنفاذاً للمادة (13) من المرسوم السابق ، وذلك بموجب المادة (153) التي نصت على أنه:

" استثناء من أحكام المادة (164) تسري بشأن تسوية المنازعات الناشئة على تطبيق هذا القانون بطريق التحكيم الأحكام الواردة بالقرار رقم (2) لسنة 1984 ، بإنشاء لجنة التحكيم والقواعد والإجراءات المتبعة أمامها إلى حين إصدار الهيئة نظاماً للتحكيم " .

وبذلك نكون أمام غياب مؤقت لمبدأ سلطان إرادة الأطراف ، فهو غياب مرحلي إلى أن يتم صدور نظام من هيئة سوق الأوراق المالية ، ولكن نتيجة لمرور أكثر من سنتين ونيف على صدور قانون هيئة سوق الأوراق المالية ، فإن عدم صدور النظام هو بالملق مرده لتراخي هيئة أسواق المال الكويتية عن القيام بمهمتها الأولى ، التي تتجسد بالقيام بالخطوات المرحلية اللازمة من أجل خلق بيئة خصبة لقانون هيئة أسواق المال الكويتية رقم (7) لسنة 2010 .

ويشابه المشرع القطري المشرع الكويتي بذات المنهج الذي اتبعه ، وذلك بتعليقه الاعتراف بمبدأ سلطان إرادة الأطراف على صدور نظام ينظم التحكيم بشكل يحافظ على هذا المبدأ ، إلا أنه يختلف عنه من حيث إخراج هذا النظام إلى الواقع القانوني . ويرجع التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية القطري إلى المادة (19) من قانون إنشاء سوق الدوحة للأوراق المالية رقم (14) لسنة 1995¹⁶³ ، والتي نصت على أنه :

¹⁶¹ الجريدة الرسمية الكويتية (2010) : قانون هيئة أسواق المال الكويتية رقم (7) لسنة 2010 . العدد 964 ، بتاريخ 28 / 2 / 2010 .

¹⁶² تنص المادة (164) من قانون هيئة أسواق المال الكويتية رقم (7) لسنة 2010 على أنه :
" يعتبر هذا القانون، قانونا خاصا كما تعتبر أحكامه أحكاما خاصة، ويلغى كل نص في قانون عام أو خاص يتعارض مع أحكامه".

¹⁶³ الجريدة الرسمية القطرية (1995) : قانون إنشاء سوق الدوحة للأوراق المالية رقم (14) لسنة 1995 . العدد 10 ، بتاريخ 1 / 1 / 1995 .

" تنشأ بقرار من اللجنة ، لجنة تحكيم داخلية برئاسة قاضٍ يختاره وزير العدل ، بناءً على اقتراح رئيس المحاكم العدلية ، وعضوية اثنين تختارهما اللجنة ، أحدهما من غير أعضائها . وتختص بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق . ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم ، على أن يتم إثبات ذلك في أوراق هذه المعاملات . وتكون القرارات الصادرة من لجنة التحكيم ملزمة لأطراف النزاع . وتبين اللائحة الداخلية للسوق الإجراءات التي تتبع لرفع النزاع والفصل فيه " .

وظل غياب مبدأ سلطان إرادة الأطراف حتى في ظل قانون هيئة قطر للأسواق المالية وشركة سوق الدوحة للأوراق المالية رقم (33) لسنة 2005¹⁶⁴ ، إلا أنه وبعد خمس سنوات على صدور هذا القانون عاد مبدأ سلطان إرادة الأطراف إلى الوجود في ظل المنظومة القانونية القطرية ، وكان ذلك بصور قرار هيئة قطر للأسواق المالية رقم (4) لسنة 2010 الخاص بلائحة تسوية المنازعات التي تنشأ عن التعاملات المتصلة ، والمتعلقة بالأوراق المالية بطريق التحكيم الصادر بتاريخ 2010 /12/29¹⁶⁵ ، والذي كرست المادة (2) منه وجود مبدأ سلطان الإرادة والاعتراف به¹⁶⁶ ، وذلك عن طريق اعتبار التحكيم وسيلة بديلة لحل منازعات سوق الأوراق المالية ، هذا من جهة ، وتتطلبها لوجود اتفاق التحكيم ما بين أطراف النزاع سواء اتخذ شكل الاتفاق المسبق على تسوية النزاع عن طريق التحكيم بموجب أحكام هذا القرار - وذلك من خلال شرط التحكيم - ، أو اتخذ شكل الاتفاق اللاحق على نشوء النزاع من خلال وجود مشاركة التحكيم ما بين أطراف النزاع القائم ، من جهة أخرى .

ومما تجدر الإشارة إليه أنه تم إلغاء القانون رقم (23) لسنة 2005 بموجب المادة (56) من قانون هيئة قطر للأسواق المالية رقم (8) لسنة 2012¹⁶⁷ ، إلا أن هذا القانون وفي ظل المادة (55) منه قد استثنى اللوائح والنظم والتعليمات الصادرة بموجب القانون السابق من الإلغاء ، ومن ضمنها قرار هيئة قطر للأسواق المالية رقم (4) لسنة 2010 الخاص بلائحة تسوية المنازعات

¹⁶⁴ نصت المادة (41) من قانون هيئة قطر للأسواق المالية وشركة سوق الدوحة للأوراق المالية رقم (33) لسنة 2005 على أنه: " تستمر لجان التحكيم والتأديب المنصوص عليها في القانون رقم (14) لسنة 1995 المشار إليه ، في نظر التحكيمات والمخالفات والتظلمات المنظورة أمامها طبقاً للإجراءات والقواعد المعمول بها ، إلى حين صدور اللوائح الخاصة في هذا الشأن". الجريدة الرسمية القطرية (2005) : قانون هيئة قطر للأسواق المالية وشركة سوق الدوحة للأوراق المالية رقم (33) لسنة 2005 . العدد 12 ، بتاريخ 29 / 12 / 2005 .

¹⁶⁵ النسخة الإلكترونية لهذا القرار متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :
هيئة قطر للأسواق المالية (بدون تاريخ) : قرار هيئة قطر للأسواق المالية رقم (4) لسنة 2010 الخاص بلائحة تسوية المنازعات التي تنشأ عن التعاملات المتصلة والمتعلقة بالأوراق المالية بطريق التحكيم . الدوحة - قطر .

(http://65.17.223.148/mritems/streams/2011/1/4/1_356_1_11.pdf , 04.02.2013)

¹⁶⁶ نصت المادة (2) من قرار هيئة قطر للأسواق المالية رقم (4) لسنة 2010 الخاص بلائحة تسوية المنازعات التي تنشأ عن التعاملات المتصلة والمتعلقة بالأوراق المالية بطريق التحكيم على أنه :

" تختص اللجنة بتسوية المنازعات ، التي تنشأ عن التعاملات المتصلة والمتعلقة بالأوراق المالية في الأسواق المالية ، بطريق التحكيم وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذه اللائحة في أي من الحالتين التاليتين : 1- إذا تضمن العقد المبرم بين أطراف المنازعة شرطاً ينص على أن تحل جميع المنازعات المتصلة أو المتعلقة بالعقد نهائياً ، وفقاً لأحكام هذه اللائحة. 2- إذا اتفق أطراف المنازعة بعد نشوب النزاع ، على أن يتم حله نهائياً وفقاً لأحكام هذه اللائحة " .

¹⁶⁷ الجريدة الرسمية القطرية (2012) : قانون رقم (8) لسنة 2012 بشأن هيئة قطر للأسواق المالية . العدد 11 ، بتاريخ 18 / 9 / 2012 .

التي تنشأ عن التعاملات المتصلة والمتعلقة بالأوراق المالية بطريق التحكيم ، وذلك إلى أن يصدر مجلس إدارة هيئة قطر للأسواق المالية من خلال رئيسه اللوائح والنظم الجديدة اللازمة لتنفيذ القانون الجديد¹⁶⁸ . وبذلك فإن القرار رقم (4) لسنة 2010 يظل ساري المفعول إلى أن يفعل مجلس إدارة الهيئة اختصاصه ، ويصدر نظاماً جديداً للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، وذلك بموجب المادة (30) من القانون رقم (8) لسنة 2012¹⁶⁹ .

وإذا كانت التشريعات السابقة قد تدرجت في الأخذ بمبدأ سلطان إرادة الأطراف من خلال إعادة تنظيم التحكيم في منازعات سوق الأوراق ، فإن هناك من التشريعات التي أخذت بمبدأ التدرج قد انتقلت من مرحلة غياب مبدأ سلطان إرادة الأطراف إلى وجود هذا المبدأ والاعتراف به ، إما عبر إلغاء التنظيم القانوني السابق ، وإحلال مبدأ الاختصاص القضائي النوعي (مبدأ الاختصاص الحصري) ، مثل سلطنة عُمان ، أو من خلال إلغاء التنظيم القانوني السابق دون القيام بإيراد تنظيم قانوني خاص للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، مكتفية بما أورده في التنظيم القانوني العام للتحكيم مثل البحرين .

وقد أخذ المشرع العماني بأسلوب الاختصاص القضائي النوعي (الاختصاص الحصري) بعد تعديله للمادة (62) من المرسوم السلطاني رقم (80) لسنة 1998 الخاص بإصدار قانون سوق رأس المال¹⁷⁰ ، والتي جسدت غياب مبدأ سلطان إرادة الأطراف وهدمته كلياً ، وذلك من خلال جعل التحكيم الوسيلة الوحيدة لحل منازعات سوق الأوراق المالية ، فكانت هذه المادة تنص قبل تعديلها على أنه :

" يكون حل المنازعات بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية بطريق التحكيم طبقاً لأحكام قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 97 / 47 " .

وبعد مرور ما يقارب أربع سنوات على صدور هذا المرسوم ، صدر المرسوم السلطاني رقم (18) لسنة 2002 بتعديل بعض أحكام قانون سوق رأس المال بتاريخ 2 / 3 / 2002¹⁷¹ ، ليستبدل نص المادة السابقة بنص جديد ، تبنى من خلاله مبدأ الاختصاص القضائي النوعي (مبدأ

¹⁶⁸ نصت المادة (55) من القانون رقم (8) لسنة 2012 على أنه :

" يصدر الرئيس اللوائح والنظم والقرارات والتعليمات والتعاميم اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون ، وإلى حين صدورهما يستمر العمل باللوائح والنظم والقرارات والتعليمات والتعاميم المعمول بها حالياً ، بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون " .

¹⁶⁹ نصت المادة (30) من قانون هيئة قطر للأسواق المالية رقم (8) لسنة 2012 على أنه :

" يصدر المجلس كافة اللوائح والنظم والقرارات اللازمة لتنظيم أنشطة الأسواق المالية ، وله بوجه خاص ما يلي : ... 10- إنشاء آليات لفض المنازعات التي تنشأ عن التعاملات المتصلة والمتعلقة بالأوراق المالية ، وبوجه خاص لجنة لتسوية المنازعات من خلال التحكيم وغيره من وسائل فض المنازعات ، ولجنة للمحاسبة عن مخالفة أحكام هذا القانون ولوائحه ونظمه " .

¹⁷⁰ الجريدة الرسمية العمانية (1998) : المرسوم السلطاني رقم (80) لسنة 1998 الخاص بإصدار قانون سوق رأس المال . العدد 635 ، بتاريخ 15 / 11 / 1998 .

¹⁷¹ الجريدة الرسمية العمانية (2002) : المرسوم السلطاني رقم (18) لسنة 2002 بتعديل بعض أحكام قانون سوق رأس المال . العدد 715 ، بتاريخ 17 / 3 / 2002 .

الاختصاص الحصري) لمنازعات سوق الأوراق المالية ، وجعلها من اختصاص المحكمة الابتدائية المختصة ، فنصت المادة (62) بصورتها المعدلة على أنه :

" تختص المحكمة الابتدائية (الدائرة المختصة) بالفصل بصفة عاجلة في المنازعات بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية " .

ويشير الأخذ بمبدأ الاختصاص القضائي النوعي (الاختصاص الحصري) في المنظومة القانونية العمانية إشكالية ، تتمحور في مدى قابلية منازعات سوق الأوراق المالية لحلها عن طريق التحكيم ، ولا تخرج الإجابة عن هذه الإشكالية عن فرضين ، فإما أن تكون هذه المنازعات قابلة للتحكيم نظراً لخروجها من حالات انتفاء قابلية التحكيم ، وإما يمنع التحكيم بصددها ، نظراً لأنها من اختصاص القضاء بموجب مبدأ الاختصاص القضائي النوعي (مبدأ الاختصاص الحصري) .

ومما تجدر الإشارة إليه أن مبدأ الاختصاص القضائي النوعي (مبدأ الاختصاص الحصري) يختلف عن استبعاد التحكيم ، فاستبعاد التحكيم يكون بنص صريح بعدم قابلية نزاع معين لتسويته عن طريق التحكيم ، كما هو الحال في النزاعات المتعلقة بالنظام العام أو النزاعات المتعلقة بأمور الأحوال الشخصية البحتة ، إلا أن مدلول مبدأ الاختصاص القضائي النوعي (مبدأ الاختصاص الحصري) يبرز عندما يخص المشرع نزاعات معينة لمحكمة من محاكم الدولة دون غيرها من المحاكم ، ويرجع ذلك للفلسفة التي يتبناها المشرع في إطار تنظيمه للهيكليّة القضائية في الدولة ، وذلك حتى لا يتم الوقوع في إشكالية تنازع الاختصاص بين محكمتين من ذات الدرجة .

إلا أن الاختصاص القضائي النوعي (الاختصاص الحصري) بموجب ما تقدم لا يمنع من اللجوء للتحكيم ، فيكون لأطراف النزاع حق الاختيار ما بين التحكيم أو القضاء ، ولكن إذا ما تم اللجوء إلى القضاء ، فيجب أن يتقيدوا بقواعد الاختصاص النوعي التي نظمتها القاعدة القانونية¹⁷² ، وعليه فإن منازعات سوق الأوراق المالية العمانية في ظل المادة (62) من المرسوم السلطاني رقم (80) لسنة 1998 الخاص بإصدار قانون سوق رأس المال بصورتها المعدلة لا تمنع من اللجوء للتحكيم في صدد منازعات سوق الأوراق المالية ، ويطبق بهذا الشأن التنظيم القانوني العام للتحكيم المحافظ على مبدأ سلطان إرادة الأطراف في المنظومة القانونية العمانية ، والتي يمثلها المرسوم السلطاني رقم (47) لسنة 1997 الخاص بإصدار قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الصادر بتاريخ 28 / 6 / 1997 .

¹⁷² لتوسع في مدلول مبدأ الاختصاص القضائي النوعي (مبدأ الاختصاص الحصري) ، أنظر : تميمي ، عصام (2008) : التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية . دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ، ص 170 - 176 .

وفي المقابل فقد تبني المشرع البحريني أسلوب الاعتراف المتدرج بمبدأ سلطان إرادة الأطراف ، وذلك من خلال الانتقال من مرحلة غياب هذا المبدأ إلى إلغاء التنظيم القانوني الذي كان يقضي بغيابه ، فقد غاب مبدأ سلطان إرادة الأطراف بموجب المادة (13) من المرسوم بقانون رقم (4) لسنة 1987 بإنشاء سوق البحرين للأوراق المالية وتنظيمه ، الصادر بتاريخ 25 / 2 / 1987¹⁷³ ، والتي نصت على أنه :

" تنشأ داخل السوق لجنة تحكيم تشكل بقرار من مجلس إدارة السوق برئاسة أحد رجال القضاء ، يرشحه وزير العدل والشئون الإسلامية ، وعضوية اثنين أحدهما من غير أعضاء المجلس ، وتكون مهمتها الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق . ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم ويثبت ذلك في أوراق هذه المعاملات ، وتكون القرارات الصادرة عن اللجنة ملزمة لطرفي النزاع. وتبين اللائحة الداخلية للسوق الإجراءات التي تتبع لرفع النزاع والفصل فيه ومكافآت الأعضاء " .

وقد كررت المادة (56) من قرار وزير التجارة والزراعة البحريني رقم (13) لسنة 1988 بإصدار اللائحة الداخلية لسوق البحرين للأوراق المالية الصادر بتاريخ 24 / 12 / 1988¹⁷⁴ ذات أحكام المادة (13) السابقة ، إلا أن هذا القرار وبعدما هدم مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل منازعات سوق الأوراق المالية ، كرس غياب اتفاق التحكيم ما بين أطراف النزاع ، فبموجب المادتين (57) و (62) فإنه يكون لأحد أطراف النزاع أن ينفرد في اللجوء للتحكيم ، ومن غير توافر الرضا للطرف الآخر ، الأمر الذي يكرس غياب اتفاق التحكيم ويهدم مبدأ سلطان إرادة الأطراف بصورة معمقة .

وبقي غياب مبدأ سلطان إرادة الأطراف موجوداً في المنظومة القانونية البحرينية ، إلى أن صدر القانون رقم (57) لسنة 2009 بشأن سوق البحرين للأوراق المالية¹⁷⁵ ، والذي نصت مادته الأولى على أنه :

" يلغى المرسوم بقانون رقم (4) لسنة 1987 بإنشاء وتنظيم سوق البحرين للأوراق المالية المعدل بالمرسوم بقانون رقم (21) لسنة 2002 بعد توفيق أوضاع سوق البحرين للأوراق المالية خلال مدة ستة

¹⁷³ النسخة الإلكترونية لهذا المرسوم متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :

شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي ، مملكة البحرين (بدون تاريخ) : مرسوم بقانون رقم (4) لسنة 1987 بإنشاء وتنظيم سوق البحرين للأوراق المالية .

(<http://www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/LawAsPDF.aspx?opt&country=6&LawID=3577> , 04.02.2013)

¹⁷⁴ النسخة الإلكترونية لهذا القرار متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :

بورصة البحرين (بدون تاريخ) : قرار رقم (13) لسنة 1988 بإصدار اللائحة الداخلية لسوق البحرين للأوراق المالية . المنامة – البحرين .

(http://www.bahrainbourse.net/downloads/law/Internal_Ar.pdf , 04.02.2013)

¹⁷⁵ الجريدة الرسمية البحرينية (2009) : قانون رقم (57) لسنة 2009 بشأن سوق البحرين للأوراق المالية . العدد 2927 ، بتاريخ 24 / 2009 / 12 .

أشهر ، تبدأ من اليوم التالي لتاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، كما يلغى أي نص يتعارض مع هذا القانون " .

وبذلك رد لمبدأ سلطان إرادة الأطراف حريته من خلال إلغاء القانون الذي كان يكرسه ، وبموجب هذا الإلغاء فإن منازعات سوق الأوراق المالية في المنظومة القانونية البحرينية يحكمها قانون التحكيم البحريني (9) لسنة 1994 الصادر بتاريخ 16 / 8 / 1994 ، الذي اعترف ونظم مبدأ سلطان إرادة الأطراف .

ثانياً : أسلوب الاعتراف الفوري

إلى جانب أسلوب التدرج الذي يعاب عليه طول المدة الزمنية التي استلزمت المشرع في الانتقال من غياب مبدأ سلطان إرادة الأطراف إلى الاعتراف به ، فقد أخذت بعض التشريعات مثل الأردن وليبيا بالأسلوب الفوري للاعتراف بمبدأ سلطان إرادة الأطراف ، فلم يَغِب مبدأ سلطان إرادة الأطراف في ظل هذه التشريعات ، ولعل ذلك مرده الاستفادة من التجارب التشريعية الأخرى ، التي احتاجت لفترة زمنية قد تكون طويلة نسبياً ما بين غياب سلطان إرادة الأطراف ووجوده بشكل حقيقي .

وبالإطلاع على المنظومة القانونية الأردنية ، يتبين أن قانون الأوراق المالية رقم (23) لسنة 1997¹⁷⁶ ومن بعده قانون الأوراق المالية رقم (76) لسنة 2002¹⁷⁷ لم يعنيا بتنظيم التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، إلا أن تعليمات حل المنازعات في بورصة عمان لسنة 2004 النافذة المفعول بتاريخ 1 / 9 / 2004¹⁷⁸ قد نظمت التحكيم في هذه المنازعات¹⁷⁹ ، ولكن على نحو يحافظ على مبدأ سلطان إرادة الأطراف ، فلم يَغِب هذا المبدأ لا من حيث اختيارية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات ، ولا من حيث اتفاق التحكيم الذي تستلزمه ، حيث نص المادة (3) من هذه التعليمات على أنه :

¹⁷⁶ الجريدة الرسمية الأردنية (1997) : قانون الأوراق المالية رقم (23) لسنة 1997 - قانون مؤقت - . العدد 4204 ، بتاريخ 15 / 5 / 1997 .

¹⁷⁷ الجريدة الرسمية الأردنية (2002) : قانون الأوراق المالية رقم (76) لسنة 2002 - قانون مؤقت - . العدد 4579 ، بتاريخ 31 / 12 / 2002 .

¹⁷⁸ النسخة الإلكترونية لهذه التعليمات متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :

بورصة عمان (بدون تاريخ) : تعليمات حل المنازعات في بورصة عمان لسنة 2004 . عمان - الأردن .

(<http://www.ase.com.jo/ar/node/808> , 05.02.2013)

¹⁷⁹ صدرت هذه التعليمات بموجب المادة (24) من النظام الداخلي لبورصة عمان لسنة 2004 النافذ المفعول بتاريخ 1 / 4 / 2004

التي نصت على أنه :

" يتولى مجلس الإدارة المهام والصلاحيات التالية : ... ب- وضع الأنظمة الداخلية والتعليمات اللازمة لإدارة شؤون البورصة ، بموافقة المجلس بما في ذلك : 7- حل النزاعات بين أعضاء البورصة وبين الأعضاء وعملاتهم " .

" أ- يحل أي نزاع ينشأ بين الأعضاء وعملائهم عن طريق إجراءات التحكيم في البورصة في أي من الحالات التالية : 1- إذا تضمنت الاتفاقية المبرمة بين الطرفين شرطا تحكيميا ينص على أن جميع الخلافات المتصلة بالاتفاقية ، أو التي تتعلق بها تحل نهائيا وفقا لأحكام تعليمات حل المنازعات في البورصة بواسطة محكم فرد أو أكثر وفقا لاتفاق الطرفين . 2- إذا اتفق الطرفان بعد نشوء النزاع على أن يتم حله نهائيا وفقا لأحكام تعليمات حل المنازعات في البورصة ، وذلك في حال عدم وجود شرط تحكيمي . ب- تحل النزاعات التي تنشأ بين الأعضاء بخصوص نشاطات الوساطة المالية وفقا لأحكام هذه التعليمات إذا اتفق الطرفان على حل النزاع نهائيا عن طريق إجراءات التحكيم وفقا لأحكام لهذه التعليمات . ج- لا تخضع النزاعات التي تكون البورصة طرفا فيها لإجراءات التحكيم وفقا لأحكام هذه التعليمات " .

وإلى جانب المشرع الأردني أخذ المشرع الليبي بالأسلوب الفوري للاعتراف بمبدأ سلطان إرادة الأطراف ، وذلك بموجب قانون سوق المال رقم (11) لسنة 2010 ، والصادر بتاريخ 28 / 2 / 2010¹⁸⁰ ، حيث رسمت جوهر هذا المبدأ المادة (61) من هذا القانون بقولها :

" ينشأ مجلس للتوفيق والتحكيم بهيئة سوق المال ، يتولى فض المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية من وسطاء وعملائهم وغيرهم ، وذلك بناء على طلب منهم . وتتولى الهيئة إصدار نظام عمل المجلس وقواعد التوفيق والتحكيم وإجراءاته ، وتسري أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية ، فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون " .

وبذلك حافظت هذه المادة على مبدأ سلطان إرادة الأطراف من حيث الاعتراف بأن التحكيم هو وسيلة بديلة لا يُصادر في اللجوء إليها مبدأ سلطان إرادة الأطراف ، ومما يتوجب الإشارة إليه أن الشرط الأخير من هذه المادة المتعلق بسريان أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية يتوجب أن لا يفهم منه سريان تلك الأحكام المتعلقة بالتداعي أمام القضاء ، بل المقصود من ذلك سريان أحكام المواد المنظمة للتحكيم ، وهي المواد (739 - 777) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي .

ومما تجدر الإشارة إليه في المنظومة القانونية الليبية ، أنه قد صدر قرار أمين لجنة إدارة سوق الأوراق المالية الليبي رقم (80) لسنة 2008 بشأن اعتماد النظام الداخلي لمجلس التوفيق والتحكيم بالسوق الصادر بتاريخ 17 / 11 / 2008¹⁸¹ ، والذي كرس وجود مبدأ سلطان إرادة

¹⁸⁰ النسخة الإلكترونية لهذه القانون متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :

سوق المال الليبي (بدون تاريخ) : قانون سوق المال رقم (11) لسنة 2010 . طرابلس - ليبيا .

http://www.lsm.ly/LSM_LegalDepartment/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%B1%D9%82%D9%85%2011.pdf , 05.02.2013)

¹⁸¹ النسخة الإلكترونية لهذا القرار متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :

سوق المال الليبي (بدون تاريخ) : قرار أمين لجنة إدارة السوق رقم (80) لسنة 2008 بشأن اعتماد النظام الداخلي لمجلس التوفيق والتحكيم بالسوق . طرابلس - ليبيا .

http://www.lsm.ly/LSM_LegalDepartment/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%B1%D9%82%D9%85%2011.pdf , 05.02.2013)

الأطراف في وسيلة التحكيم ، وذلك بأن استلزمت المادة (12) منه على أن يرفق صورة اتفاق التحكيم أو صورة العقد المتضمن شرط التحكيم بالطلب الكتابي الذي تستهل به إجراءات التحكيم لدى المجلس¹⁸² ، ويتبين من ذلك تجسيد مبدأ سلطان إرادة الأطراف بضرورة وجود اتفاق للتحكيم ما بين أطراف النزاع .

ومما يستدعي الوقوف عليه من باب سلطان إرادة الأطراف في ظل المنظومة القانونية الليبية، هو ما جاءت به المادة (17) من القرار رقم (80) لسنة 2008 التي نصت على أنه :

" يجوز في الأحوال التي لا يتوافر فيها شرط ولا اتفاق على التحكيم ، وكذلك في الأحوال التي يشير فيها شرط التحكيم إلى نظام آخر ، أن يتقدم الراغب في إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بطلب إجراء التحكيم طبقاً للمادة (12) ، وفي هذه الحالة يقوم أمين سر المجلس بإخطار الطرف الآخر بصورة من الطلب والمرفات، طالباً منه تحديد موقفه من الطلب سلباً أو إيجاباً خلال أسبوعين " .

ولعل المتفحص لهذه المادة باستقلال عن باقي مواد القرار قد يؤدي به التحليل القانوني إلى الوصول إلى أن هذه المادة تكرر غياب سلطان إرادة الأطراف ، وذلك بإجازة التحكيم من غير وجود اتفاق ما بين أطراف النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعهم ، إلا أن المادة (19) قد رسمت الأثر المترتب على تقديم طلب تحكيم من أحد الأطراف دون موافقة الطرف الآخر فنصت على أنه :

" إذا لم يتقدم الطرف الآخر بأي رد على الإخطار الموجه إليه طبقاً لنص المادة (17) أو رد برفض التحكيم ، يتخذ المجلس قراراً بعدم إمكانية السير في إجراءات التحكيم ، ويقوم أمين السر بإبلاغ هذا القرار إلى طالب التحكيم " .

وعليه ، فإنه في ظل المنظومة القانونية الليبية مازال مبدأ سلطان إرادة الأطراف متمسكاً بوجوده ، والاعتراف به سواء في اختيارية وسيلة التحكيم أو باستلزامه اتفاق التحكيم ما بين أطراف النزاع .

¹⁸² نصت المادة (12) من القرار رقم (80) لسنة 2008 على أنه :

" تستهل إجراءات التحكيم بطلب كتابي من أصل وصور يعدد الخصوم بوجه من الطرف الراغب في مباشرته إلى أمين سر المجلس مرفقاً بالطلب صك مصدق بقيمة الرسم الأولي لصالح السوق وفقاً لجدول رسوم التوفيق والتحكيم . ويجب أن يتضمن طلب التحكيم على الأخص البيانات الآتية :... 2- صورة اتفاق التحكيم أو صورة العقد المتضمن شرط التحكيم وذلك في حالة وجود اتفاق مسبق على التحكيم " .

الفرع الثاني : أساليب القواعد القانونية المقارنة التي أخذت بغياب اتفاق التحكيم

لما كان التحكيم من ممتلكات الوسائل البديلة لحل المنازعات ، فإنه يقوم على مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع ، وبذلك فإنه يتوجب عدم إغلاق باب استخدام الوسائل البديلة الأخرى أو استخدام القضاء لحل النزاع ، فالأساس الذي تقوم عليه الوسائل البديلة لحل المنازعات هو حرية الاختيار ، فيكون أمام الأطراف جملة من الوسائل إلا أنه بعد ترجيح إيجابيات وسيلة معينة على سلبيات الوسائل الأخرى ، فإنه يقع عليها اختيار أطراف النزاع . وعلى الرغم من اعتبار ذلك من المسلمات في إطار وسيلة التحكيم إلا أن بعض التشريعات التي نظمتها في منازعات سوق الأوراق المالية قد لجأت إلى هدم مبدأ سلطان إرادة الأطراف في استخدام وسيلة أخرى لحل هذه المنازعات .

وعلى الرغم من إجماع التشريعات التي أخذت بهذا الأسلوب على نفيها لمبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات ، إلا أنها اختلفت فيما بينها من حيث نطاق هذا النفي ، فمنها من أخذ بأسلوب النفي الكلي لمبدأ سلطان إرادة الأطراف مثل فلسطين (أولاً) ، ومنها من أخذ بالنفي الجزئي لهذا المبدأ ، كما هو الحال في سوريا والعراق والجزائر (ثانياً) .

أولاً : أسلوب الغياب الكلي

لقد أخذ المشرع الفلسطيني بأسلوب الغياب الكلي لمبدأ سلطان إرادة الأطراف ، وذلك بهدمه لحجر الزاوية في التحكيم المتمثل في اتفاق التحكيم . ويعود التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في فلسطين إلى قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 الصادر بتاريخ 1 / 12 / 2004¹⁸³ ، الذي نصت المادة (9 / 2) منه على أنه :

" يجوز أن تنص قواعد السوق على إحالة بعض أنواع النزاعات أو جميعها إلى التحكيم " .

وقد فتح هذا النص المجال أمام إخراج نظام فض المنازعات والتحكيم في سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007 إلى حيز الوجود¹⁸⁴ ، وعلى الرغم من أن نص المادة (9 / 2) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني لا يتضمن في طياته أي إهدار لمبدأ سلطان الإرادة ، حيث إن هذا النص

¹⁸³ الجريدة الرسمية الفلسطينية (2005) : قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 . العدد 53 ، بتاريخ 28 / 2 / 2005 .
¹⁸⁴ صادق مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال الفلسطينية على نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 في جلسته رقم (20) المنعقدة بتاريخ 18 / 12 / 2006 وذلك بموجب القرار رقم (6 / 20) ، كما صادق عليه مجلس إدارة سوق فلسطين للأوراق المالية عليه في جلسته الرابعة بتاريخ 3 / 8 / 2007 .

النسخة الإلكترونية لهذا النظام متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :

بورصة فلسطين (بدون تاريخ) : نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 . نابلس - فلسطين .

<http://www.pex.ps/PSEWebSite/laws/%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85%20%D9%81%D8%B6%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%A7%D8%B2%D8%B9%D8%A7%D8%AA.pdf> , 05.02.2013

يفهم منه إجازة التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، فهذا نص خاص يتناول فكرة قابلية التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية - مع مراعاة ما أورده القانون بخصوص المنازعات الجنائية وقرارات هيئة سوق رأس المال الفلسطينية - ، وبذلك فإن اختصاص السوق بوضع قواعد تحكم إحالة منازعات سوق الأوراق المالية للتحكيم يتوجب أن تكون مقيدةً بقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 .

إلا أن نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 قد غيب مبدأ سلطان إرادة الأطراف داخل وسيلة التحكيم ، بعدم توافرها على اتفاق التحكيم بشكل كلي ومطلق¹⁸⁵ ، وقد تأتي ذلك في أربع حالات، الأولى تقوم على إحالة السوق المفردة للنزاع للتحكيم¹⁸⁶ ، والثانية تكون بإحالة السوق للنزاع بناءً على طلب¹⁸⁷ ، بينما تقوم الثالثة على إحالة النزاع للتحكيم من قبل أحد الأطراف عن طريق تقديمه لطلب التحكيم¹⁸⁸ ، أما الحالة الرابعة فموجبها يتولى رئيس هيئة التحكيم أو المحكم الفرد إحالة النزاع للتحكيم¹⁸⁹ .

ثانياً : أسلوب الغياب الجزئي

إلى جانب أسلوب الغياب الكلي ، فإن بعض التشريعات التي نظمت التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية قد أخذت بأسلوب الغياب الجزئي لمبدأ سلطان الإرادة في هذه الوسيلة ، حيث حصرت نفي مبدأ سلطان إرادة الأطراف في بعض المنازعات ، وأطلقت وجود هذا المبدأ في

¹⁸⁵ سنتناول معضلة غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في إطار المنظومة القانونية الفلسطيني والحالات الأربع هذه بشكل تفصيلي ، وذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب .

¹⁸⁶ وذلك بموجب نص المادة (8 / 1) من نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 التي قضت بأنه :
" إذا وجدت السوق أن الشركة العضو أو الشركة المدرجة أخلت بالقانون أو أي من قواعد السوق ، وأنها تستحق فرض جزاء عليها، فإنه يحق لها إحالة المسألة للنظر فيها من قبل لجنة ضبط المخالفات أو من قبل هيئة تحكيم " .

¹⁸⁷ نصت المادة (11) من نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 على أنه :

" 1 - يشترط في الشكاوى ، والدعاوى والمراسلات المشابهة لها ، المقدمة للسوق ضد الشركة العضو أو الشركة المدرجة أن تكون مكتوبة وموقعة من قبل مقدمها . 2- لا يجوز تقديم أية شكوى ، أو دعوى أو مراسلة مشابهة لها ، ضد الشركة العضو أو الشركة المدرجة إلا بشأن المخالفات التنظيمية المنصوص عليها في الفصل الثاني أو النزاعات المدنية المنصوص عليها في الفصل الثالث من هذا النظام . 3- يجب على مقدم الشكوى، أو الدعوى أو المراسلة المشابهة لها، أن يرفق بها تعهداً للسوق بدفع كافة مصاريف ونفقات الفحص والتحري والإجراءات القانونية ، التي تتخذها السوق ضد الشركة العضو أو الشركة المدرجة وفقاً لأحكام هذا النظام، وذلك إذا ما تبين أنه تقدم بها على سبيل الغش والخداع . 4- إذا وجدت السوق أن الأمر جدي، ومرفق به التعهد المذكور بالفقرة السابقة، تقوم بإحالته إلى لجنة ضبط المخالفات أو إلى رئيس هيئة التحكيم حسب واقع الحال . 5. تحتفظ السوق بسجل للشكاوى المقدمة لها، أو الدعاوى، أو المراسلات المشابهة لها. ويجب أن يثبت في هذا السجل كل الإجراءات القانونية التي يتم اتخاذها وفقاً لهذا النظام " .

¹⁸⁸ وذلك بموجب المادة (65) من نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 التي نصت على أنه :

" 1- على كل طرف يود اللجوء إلى التحكيم وفقاً لهذا النظام، أن يقدم طلباً إلى أمين السر، ويجب أن يشمل الطلب على المعلومات التالية: أ. اسم كل من المدعي والمدعى عليه وعنوانه كاملاً. ب. وصف لطبيعة وظروف النزاع الذي كان سبب التقدم بالطلب. ج. إشارة إلى موضوع الطلب والمبالغ المطلوبة والأدلة التي يستند إليها في ادعائه. د. موقفه حول عدد المحكمين واختيارهم وفقاً لأحكام المادة (57) من هذا النظام. هـ. أية معلومات أخرى ذات صلة بموضوع الطلب. 2. عند استكمال الوثائق المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، يزود أمين السر، في اليوم التالي لاستكمال الوثائق، المدعى عليه بنسخة من الطلب والوثائق المرفقة به ليرد عليها " .

¹⁸⁹ نصت المادة (53 / 1) من نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 على أنه :

" إذا أحال رئيس هيئة التحكيم أو المحكم الفرد، النزاع للتحكيم فتقوم هيئة التحكيم بالفصل فيه وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 مع مراعاة النصوص التالية " .

المنازعات الأخرى ، وبذلك يشترك هذا الأسلوب مع أسلوب الغياب الكلي بأخذه فكرة غياب اتفاق التحكيم في بعض الحالات ، إلا أنه يختلف عنه في تقديره لإرادة الأطراف في حالات أخرى .

وقد أخذت المنظومة القانونية السورية بأسلوب الغياب الجزئي بموجب قانون سوق الأوراق المالية رقم (55) لسنة 2006 الصادر بتاريخ 1 / 10 / 2006¹⁹⁰ الذي نصت المادة (71) منه على أنه :

" أ- في حال نشوء أي نزاع بين الأعضاء في السوق أو الأشخاص الممثلين لهم فيما يتعلق بممارستهم لأعمالهم في السوق ، فإنه يتم الفصل في جميع المنازعات عن طريق التحكيم . ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم . ويحدد نظام التحكيم وفض المنازعات في السوق ، الإجراءات والقواعد المتعلقة بهذا التحكيم . ب- على المحكمة التي يرفع إليها نزاع مشمول حله بأحكام نظام التحكيم وفض المنازعات في السوق ، أن تحكم بعدم قبول الدعوى . ج - لا تخضع النزاعات التي تكون الهيئة أو السوق أو المركز طرفاً فيها لإجراءات التحكيم المنصوص عليها في نظام التحكيم وفض المنازعات في السوق " .

وبموجب هذا النص أصدر مجلس إدارة سوق دمشق للأوراق المالية بتاريخ 5 / 10 / 2011 القرار رقم (722) المتعلق بنظام التحكيم في سوق دمشق للأوراق المالية¹⁹¹ ، وعلى الرغم من أن هذا النظام قد أبقى على التحكيم كوسيلة اتفاقية بتعريفه للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في مادته الأولى بأنه :

" أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاعات بدلاً من القضاء، بين الأشخاص الخاضعين لقانون السوق، وفقاً لأحكام هذا النظام " .

إلا أنه قد خرج عن هذا المفهوم في المادة الثانية منه التي غاب فيها اتفاق التحكيم بالنسبة للنزاعات الناشئة بين أعضاء السوق ، واستبدل اتفاق التحكيم بالتعامل في السوق كإقرار بقبول التحكيم ، حيث نصت المادة (2 / أ) من النظام على أنه :

" بالرغم من أي اتفاق مخالف ، تحال إلى التحكيم وفق أحكام هذا النظام النزاعات بين الأعضاء في السوق أو الأشخاص الممثلين لهم وعمالئهم فيما يتعلق بالتعامل في السوق ، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً منهم بقبول التحكيم " .

¹⁹⁰ النسخة الإلكترونية لهذا القانون متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :
هيئة الأوراق والأسواق المالية السورية (بدون تاريخ) : قانون سوق الأوراق المالية رقم (55) لسنة 2006 وتعديلاته . دمشق - سوريا .
(http://scfms.sy/files/docs/ar_section_1115_1.pdf , 05.02.2013)

¹⁹¹ النسخة الإلكترونية لهذا القرار متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :
سوق دمشق للأوراق المالية (بدون تاريخ) : القرار رقم (722) المتعلق بنظام التحكيم في سوق دمشق للأوراق المالية . دمشق - سوريا .
(http://www.dse.sy/includes-pdf/law_ar_958.pdf , 05.02.2013)

ولكن نظام التحكيم هذا أبقى على وجود اتفاق التحكيم بالنسبة للمنازعات الناشئة بين الشركة المدرجة ومساهميها ، فقد نصت المادة (2 / ب) منه على أنه :

" يجوز الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذا النظام بصدد النزاعات الناشئة بين أي شركة مدرجة ومساهميها، بشأن تداول أوراقها المالية في السوق " 192 .

وإلى جانب المشرع السوري أخذ المشرع العراقي بأسلوب النفي الجزئي لمبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل منازعات سوق الأوراق المالية¹⁹³ ، وذلك بموجب أمر سلطة الائتلاف رقم (74) بالقانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية الصادر بتاريخ 19 / 4 / 2004 ، والذي نص على استحداث لجنة لفصل منازعات الأوراق المالية عن طريق التحكيم ، فقد نصت المادة (3 / 8) من هذا الأمر على أنه :

¹⁹² مما تجدر الإشارة إليه أن نظام التحكيم في سوق دمشق للأوراق المالية رقم (772) لسنة 2011 قد أبعده المنازعات التي تكون فيها السوق أو الهيئة طرفاً فيها عن التحكيم فقد نصت المادة (3) منه على أنه :

" لا تخضع النزاعات التي تكون الهيئة أو السوق أو مركز المقاصة والحفظ المركزي طرفاً فيها لأحكام هذا النظام " .
¹⁹³ يعود التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في جمهورية العراق إلى قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم (24) لسنة 1991 الصادر بتاريخ 6 / 8 / 1991 ، حيث وضعت المادة (49) منه أساس التحكيم في هذه المنازعات ، حيث نصت على أنه :

" 1- تشكل بقرار من الوزير لجنة تحكيم يرأسها قاض 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 المعاملات . 2- تكون قرارات لجنة التحكيم ملزمة لطرفي النزاع . 3- يحدد القرار الصادر بتشكيل اللجنة الإجراءات التي تتبع لرفع النزاع والفصل فيه " .

الجريدة الرسمية العراقية (1991) : قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم (24) لسنة 1991 . العدد 3367 ، بتاريخ 19 / 8 / 1991 .
وقد ظل هذا القانون ساري المفعول إلى أن تم إلغائه بموجب أمر سلطة الائتلاف رقم (74) بالقانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية الصادر بتاريخ 19 / 4 / 2004 .

الجريدة الرسمية العراقية (2004) : أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (74) بالقانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية . العدد 3983 ، بتاريخ 1 / 6 / 2004 .

وقد بقي هذا الأمر ساري المفعول بموجب قرار مجلس الرئاسة العراقي بالقانون رقم (47) لسنة 2008 بشأن قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (74) لسنة 2004 الصادر بتاريخ 12 / 11 / 2008 ، والذي نصت مادته الأولى على أنه :

" تستمر هيئة الأوراق المالية بممارسة عملها على وفق أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (74) لسنة 2004 " كما نصت المادة (2) منه على أنه :

" ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعد نافذاً من تاريخ 19 / 4 / 2006 ولحين صدور قانون جديد لهيئة الأوراق المالية " .
الجريدة الرسمية العراقية (2008) : قرار مجلس الرئاسة العراقي بالقانون رقم (47) لسنة 2008 بشأن قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (74) لسنة 2004 . العدد 4098 ، بتاريخ 24 / 11 / 2008 .

ومما تجدر الإشارة إليه ، أنه قد تم وضع مشروع قانون الأوراق المالية العراقي لسنة 2008 ، وبموجب المادة (39 / ب) منه فقد تم ربط ترخيص سوق الأوراق المالية بوجود نظام للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، وذلك إذا ما طلبت هيئة الأوراق المالية مثل هذا النظام ، حيث نص هذه المادة على أنه :

" يشترط لترخيص سوق الأوراق المالية أن تنص أدواته التنظيمية وقواعده وإجراءاته على ما يلي: ... 13- إذا ما طلبت الهيئة ذلك ، أن تتضمن قواعد السوق أحكاماً تنظم التحكيم في النزاعات الناشئة فيما بين أي من الأعضاء أو المشاركين في السوق أو الأشخاص المنتسبين أو بين أي من المذكورين وعملائهم "

ونظراً لأن هذا المشروع لم يتم إقراره بصدوره كقانون ساري المفعول ، فإننا نتمنى تعديل هذه المادة بأن يتم النص على مراعاة الأحكام المنظمة للتحكيم في القانون العراقي ، وبالأخص تلك التي تناولها قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 الذي رسم النظرية العامة للتحكيم في المنظومة القانونية العراقي وذلك في المواد (251 - 276) ، وبذلك يتم الحفاظ على مبدأ سلطان إرادة الأطراف سواء في اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل منازعات سوق الأوراق المالية ، أو بوجود اتفاق التحكيم داخل هذه الوسيلة .

للإطلاع على مسودة مشروع قانون الأوراق المالية العراقي ، أنظر :

هيئة الأوراق المالية العراقية (بدون تاريخ) : مشروع قانون هيئة الأوراق المالية الدائم . بغداد - العراق .

(<http://www.isc.gov.iq/sites/isc.gov.iq/files/SecuritiesLawArVersionclean-1.pdf> , 04.02.2013)

" لمجلس الإدارة تشكيل لجان لبيان احتياجات السوق على أن تحدد قواعد السوق عمل هذه اللجان ،
وتتضمن تلك اللجان ما يأتي : ... ز- لجنة التحكيم " .

كما وقد نظم هذا القانون نفي مبدأ إرادة الأطراف على مستويين ، الأول ذهب إلى غياب اتفاق التحكيم بشكل مطلق في المنازعات الحاصلة ما بين أعضاء السوق ، وأما المستوى الثاني فقد اعترف بمبدأ سلطان إرادة الأطراف في المنازعات التي تحصل ما بين أعضاء السوق والعملاء الذي يرتبطون معها ، بقصد التعامل بالأوراق المالية ، وفي ذلك نصت المادة (14 / 1) من أمر سلطة الائتلاف 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 ، والإضافة والإلغاء من قبل الهيئة".

ويتبين من هذا النص أن اختصاص التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في المنظومة القانونية العراقية يكون من الاختصاصات الأصلية لهيئة الأوراق المالية ، والتي قد تفوض صلاحيتها في التحكيم للجنة التحكيم الموجودة في السوق¹⁹⁴ ، إلا أن هذا التفويض لم يأت مفرغاً من أي قيد ، بل قد قيده الشرط الثاني من المادة (14 / 1) من الأمر المذكور آنفاً في المنازعات التي تقع ما بين الأعضاء في السوق ، مثل المنازعات التي تحدث ما بين وسيطين أو أكثر ، أو ما بين الأعضاء والعملاء الذين يرتبطون معهم كمنازعات الوسطاء وعمالئهم ، ولكن ذلك كله محصور في النزاعات التي تعود إلى التعامل في السندات المطروحة في السوق ، أو النزاعات الخاصة بتصفية وتسوية السندات من خلال الإيداع .

وعلى صعيد مدى استلزام توافر مبدأ سلطان إرادة الأطراف في التحكيم ، فإن الشرط الأخير من المادة (14 / 1) قد جعل من تعامل الوسيط بالسندات في السوق كاعتراف من قبله لحل أية خلافات عن طريق التحكيم ، أما بالنسبة للعملاء الذي يرتبطون مع الوسيط في منازعات فإنه

¹⁹⁴ وبموجب ذلك فقد نصت المادة (12 / 1) من قرار مجلس محافظي السوق بالنظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية النافذ بتاريخ 31 / 12 / 2008 على أن :

" للسوق أن يتبنى قواعد التحكيم خلال عملية فض النزاعات بين الأعضاء وزبائنهم عن طريق الموافقة على إجراء التحكيم . تكون تلك القواعد في عهده لجنة التحكيم على أن تحدد تشكيلة اللجنة ونظامها الداخلي والقواعد التي تتحكم بنشاطها . وللجنة التحكيم أن تفوض صلاحية التحكيم لجهة أخرى بصادق عليها مجلس المحافظين والهيئة على أن تكون كافة قواعد التحكيم خاضعة لمصادقة أو إلغاء أو إضافات مجلس المحافظين أو الهيئة " .

كما قد قلص هذا النظام مبدأ سلطان إرادة الأطراف ، بأن نظم غياب اتفاق التحكيم واستبدله بالتعامل بالأسهم في السوق ، على أن هذا الغياب ينحصر من الناحية الشخصية في أعضاء السوق ، وفي ذلك نصت المادة (12 / 2) من النظام على أنه :

" يعتبر التداول بالأسهم الذي يجري داخل السوق بمثابة موافقة العضو على أي نزاع للتحكيم " .
النسخة الإلكترونية لهذا النظام متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي :

سوق العراق للأوراق المالية (بدون تاريخ) : النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية لسنة 2008 . بغداد - العراق .

(<http://www.isx-iq.net/isxportal/portal/rules.html> , 05.02.2013)

يستلزم موافقتهم على التحكيم ، وذلك تجسيدا للشطر الأول من المادة (14 / 1) من أمر سلطة الائتلاف .

وأخيراً ، وفي ظل المرسوم التشريعي رقم (93 - 10) لسنة 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة الصادر بتاريخ 23 / 5 / 1993 ، فقد أخذ المشرع الجزائري بأسلوب النفي الجزئي لمبدأ سلطان إرادة الأطراف¹⁹⁵ ، فقد حددت المادة (54) دوافع عمل الغرفة التحكيمية المختصة - والتي تعتبر جزءاً من لجنة فصل المنازعات - بالفصل في المنازعات التقنية الناتجة عن تفسير القوانين واللوائح السارية ، التي تحكم سوق الأوراق المالية في أربع حالات أساسية¹⁹⁶ : الأولى تكون بطلب من اللجنة ذاتها ، فتحيل النزاع للتحكيم ومن غير تدخل أطراف النزاع ، بينما تكون الثانية بناءً على طلب المراقب الذي يطلب من اللجنة تسوية النزاع عن طريق التحكيم ، أما الثالثة فإنها تكون بناءً على طلب من أطراف النزاع على إحالته للتحكيم ، في حين تنحصر الحالة الرابعة في التظلم الذي يقدم للجنة من قبل من له مصلحة¹⁹⁷ .

وبذلك يغيب مبدأ سلطان إرادة الأطراف في الحالة الأولى والثانية والرابعة ، بينما يبقى وجود هذا المبدأ في الحالة الثالثة الذي تستلزم موافقة أطراف النزاع ، وذلك لأن المادة (54) لم تتطلب تفرد أحد الأطراف في التقدم إلى حل النزاعات بطريق التحكيم من خلال اللجنة ، الأمر الذي يستلزم موافقة أطراف النزاع على إحالته للتحكيم .

¹⁹⁵ الجريدة الرسمية الجزائرية (1993) : مرسوم تشريعي رقم (93 - 10) مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1413 هـ الموافق 23 مايو سنة 1993 م ، يتعلق ببورصة القيم المنقولة . العدد 34 ، بتاريخ 23 / 5 / 1993 .

¹⁹⁶ تعتبر الغرفة التحكيمية جزءاً من لجنة صل المنازعات التي رسمت المادة (51) من المرسوم التشريعي رقم (93 - 10) لسنة 1993 تشكيلها ، حيث قضت هذه المادة بأنه:

" أ- تنشأ ضمن اللجنة غرفة تأديبية وتحكيمية تتألف زيادة على رئيسها من : 1- عضوين منتخبين من بين أعضاء اللجنة طوال مدة انتدابهما . 2- قاضيين يعينهما وزير العدل ويختاران لكفائتهما في المجالين الاقتصادي والمالي . ب- يتولى رئيس اللجنة رئاسة الغرفة " .

وقد حددت المادة (52) اختصاص الغرفة التحكيمية بنصها على أنه :

" تكون الغرفة المذكورة أعلاه مختصة في المجال التحكيمي لدراسة أي نزاع تقني ناتج عن تفسير القوانين واللوائح السارية على سير البورصة، وتتدخل فيما يأتي: 1- بين الوسطاء في عمليات البورصة . 2- بين الوسطاء في عمليات البورصة وشركة إدارة بورصة القيم . 3- بين الوسطاء في عمليات البورصة والشركات المصدرة للأسهم . 4- بين الوسطاء في عمليات البورصة والأميرين بالسحب في البورصة " .

¹⁹⁷ نصت المادة (54) من المرسوم التشريعي رقم (93 - 10) لسنة 1993 على أنه :

" تعمل اللجنة حسب الدوافع الآتية : 1- بطلب من اللجنة . 2- بطلب من المراقب المذكور في المادة (46) أعلاه . 3- بطلب من الأطراف المذكورة في المادة 52 أعلاه . 4- بناء على تظلم أي طرف له مصلحة " .

مظاهر غياب اتفاق التحكيم

تبين من خلال الفرع الأول من هذا المطلب أن المنظومة القانونية الفلسطينية قد أخذت بغياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، وفي هذا الإطار فإن المنظومة القانونية الفلسطينية بالمقارنة مع باقي المنظومات القانونية العربية قد انفردت في اتخاذ أسلوبها في غياب اتفاق التحكيم، حيث إنها اعتمدت أسلوب الغياب الكلي لاتفاق التحكيم ، فلا يتواجد في ظل نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 ، والذي نظم التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية مبدأ سلطان الإرادة المشترك لأطراف منازعات السوق .

ومن أجل الخوض في مظاهر غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية وفق النظام السالف الذكر ، فإن ذلك يستلزم أن نتعرض لصور هذا الغياب وتحليلها ، وذلك عن طريق تفصيل الحالات التي بموجبها يتم إحالة المنازعات الواقعة في سوق الأوراق المالية للتحكيم (الفرع الأول)، ثم نبحت بعد ذلك في آثار غياب اتفاق التحكيم ، بما فيها من انتهاك لحق التقاضي ، ومخالفة القواعد القانونية التي رسمها قانون التحكيم (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تحليل صور غياب اتفاق التحكيم

الأصل أن لا يتم السير في إجراءات التحكيم دون وجود اتفاق ما بين الأطراف يقضي بفض نزاعهم عن طريق التحكيم ، فاتفاق التحكيم هو نواة العملية التحكيمية ، وبدونه لا تتوفر هذه العملية على ما تركز إليه ، وذلك لأن التحكيم هو وسيلة بديلة لحل المنازعات بعيدا عن القضاء ، فيحتاج إلى وجود اتفاق ما بين الطرفين¹⁹⁸ .

وإن كان ما تقدم يعد من المسلمات ، إلا أن أحكام نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 قد تواترت على تكريس غياب اتفاق التحكيم ، حيث استعوضت إرادة أطراف النزاع المشتركة في اللجوء إلى التحكيم بإرادة أخرى غير إرادتهم ، وقد كرس هذا النظام غياب اتفاق التحكيم من خلال صورتين رئيسيتين ، تنصرف الأولى في حلول إرادة السوق محل إرادة أطراف النزاع بإحالاته للتحكيم (أولاً) ، أما الثانية فإنها تتجسد في إحالة النزاع للتحكيم من غير إرادة السوق ، سواء أكان ذلك بتفرد أحد أطراف النزاع بالإحالة للتحكيم ، أو كان بالإحالة من هيئة التحكيم (ثانياً) .

¹⁹⁸ يعتبر وجود اتفاق ما بين طرفي النزاع يقضي بإحالة النزاع فيما بينهم ، عن طريق التحكيم القيد الأساسي للجوء للتحكيم وبدء العملية التحكيمية ، وهذا القيد يكون ملزما لطرفيه ، فلا يكون لأحد أن يلجأ إلى التحكيم من غير وجود لاتفاق التحكيم ، فلا نكون أمام التحكيم بالمفهوم القانوني إلا بوجود اتفاق يعبر عن تلاقح إرادة طرفي النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بإحالاته إلى التحكيم ، وبذلك فإن الخضوع لوسيلة التحكيم لا يتأتى إلا من خلال وجود إرادة أطراف هذا النزاع بالإحالة للتحكيم .

أولاً : الإحالة للتحكيم بإرادة السوق

يرتكز غياب اتفاق التحكيم في ظل هذه الصورة على استبدال إرادة أطراف النزاع المشتركة في إحالته للتحكيم بإرادة السوق ، حيث تقوم السوق بإحالة النزاع للتحكيم من غير وجود اتفاق ما بين أطراف النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحله ، وما يميز هذه الصورة من غياب اتفاق التحكيم أن الغياب يأتي في مواجهة طرفي النزاع ، فبغض النظر عن توافر رضا أحد طرفي النزاع على اختيار وسيلة التحكيم أو عدم توافره ، فإن الإحالة إلى هذه الوسيلة تأتي بفرض من قبل السوق وبشكل لا يوجد فيه اتفاق للتحكيم .

وفي إطار قواعد نظام فض المنازعات والتحكيم ، فإن غياب اتفاق التحكيم في ظل صورة الإحالة بإرادة السوق قد يأتي في إحدى حالتين ، فالحالة الأولى تركز على الإحالة بإرادة السوق المنفردة من غير وجود تدخل في الإحالة من قبل أي شخص آخر ، أما الحالة الثانية فإنها تستند على إحالة النزاع للتحكيم من قبل السوق ، ولكن بناءً على طلب يقدمه المتضرر للسوق .

وعلى صعيد الحالة الأولى ، فإن الإحالة للتحكيم تأتي بإرادة السوق المنفردة ، فلا يشترك في الإحالة إرادة أي شخص آخر غير إرادة السوق ، فالسوق هي - وذلك نظراً لأن اصطلاح السوق المقصود في النظام هو شركة سوق فلسطين للأوراق المالية - التي تقوم بإحالة النزاع للتحكيم من غير تعقيب سابق أو لاحق من قبل أي شخص . ولقد كرست المادة (8 / 1) من نظام فض المنازعات والتحكيم هذه الحالة بقولها :

" إذا وجدت السوق أن الشركة العضو أو الشركة المدرجة أخلت بالقانون أو أي من قواعد السوق وأنها تستحق فرض جزاء عليها ، فإنه يحق لها إحالة المسألة للنظر فيها من قبل لجنة ضبط المخالفات أو من قبل هيئة تحكيم " .

ومن أجل تحليل الإحالة للتحكيم بإرادة السوق المنفردة وفق النص السالف الذكر ، فإنه يجب أن نتطرق لشروط تطبيقها ، فحتى تدخل الإحالة للتحكيم بإرادة السوق المنفردة معترك التطبيق العملي، فإنه يجب استيفاء ثلاثة شروط أساسية ، ومن غير توافر هذه الشروط ، فإنه لا نكون أمام إحالة للتحكيم بإرادة السوق المنفردة .

وأول هذه الشروط يتمثل في وجود مخالفة للقاعدة القانونية الموزعة مابين قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 من جهة ، وقواعد السوق من جهة أخرى ، وبالعودة لتعريف القانون وقواعد السوق بموجب المادة (1) من نظام فض المنازعات والتحكيم نجد أنها عرفت القانون بأنه:

" قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 وتعديلاته وتعليماته والأنظمة الصادرة بمقتضاه " .

أما قواعد السوق فقد عرفتھا ذات المادة بأنھا :

" أنظمة السوق المعتمدة من الهيئة ، والتعليمات والقرارات والتوجيهات الصادرة عن السوق بموجب هذه القواعد " .

وإذا سلمنا بتعريف القانون بموجب هذه المادة ، فإنه من غير الممكن التسليم بتعريف قواعد السوق، نظرا لتصادمه مع قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 ، الذي عرف قواعد السوق في المادة (2) منه بأنها :

" الأنظمة والتعليمات التي تقرها السوق ، وتوافق عليها الهيئة لتنظيم عمل السوق " .

فإذ أردنا إحداث المقارنة ما بين التعريفين ، يتبين إجماعهما على كون أنظمة السوق يتوجب اعتمادها من هيئة سوق رأس المال ، ولكنهما اختلفا بالنسبة للتعليمات ، حيث إن تعريف القانون ينصرف إلى أنه يتوجب أن تعتمد التعليمات من قبل الهيئة ، أما في ظل نظام فض المنازعات والتحكيم فإنه أخرج التعليمات من اعتماد الهيئة ، حيث إن التعريف قد رهن الأنظمة باعتماد الهيئة، أما التعليمات فلم يمد هذا الاعتماد إليها ، الأمر الذي يقودنا بأن تعريف نظام فض المنازعات بالنسبة للتعليمات قد خالف قانون الأوراق المالية في المادة (8) منه ، التي قضت بضرورة وجوب اعتماد التعليمات من قبل الهيئة¹⁹⁹ .

ومما يتطلب بحثه في ظل هذا الشرط هو مدى استغراق المخالفات التي يجوز إحالتها للتحكيم لكافة القواعد القانونية المقررة في قانون الأوراق المالية و قواعد السوق ، أم انصرافها لمخالفات معينة تقتصر على بعض القواعد القانونية دون غيره ، وهذا ما يؤولنا إلى التساؤل عمَّ إذا كانت المنازعات التي يكون للسوق إحالتها للتحكيم تخرج عن التقيد الذي جاءت به المادة (54) التي نصت على أنه :

" لا يجوز الفصل عن طريق التحكيم وفقاً لهذا النظام إلا في المنازعات التالية : 1- المنازعات الناشئة عن تعامل الشركات الأعضاء بالأوراق المالية ، سواء كان النزاع : أ- بين شركتين أعضاء لدى السوق . ب- بين شخصين كل منهما يعمل لدى شركة عضو . ج. بين شركة عضو وشخص يعمل لدى شركة عضو أخرى . 2- المنازعات الناشئة عن تسوية عمليات تداول الأوراق المالية ، سواء كان النزاع : أ- بين السوق وبنك التسوية . ب- بين السوق وشركة عضو . ج- بين شركة عضو وبنك التسوية .

¹⁹⁹ نصت المادة (8) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 على أنه :

" على السوق أن تقدم إلى الهيئة الأنظمة الداخلية والتعليمات الخاصة بها (قواعد السوق) ، وأي تعديلات تطرأ عليها للموافقة قبل بدء العمل بها ، وللهيئة الطلب من السوق إجراء تعديلات عليها خلال مدة محددة في الطلب ، وتعتبر تلك التعديلات نافذة اعتباراً من التاريخ الذي تحدده الهيئة " .

د- بين شركة عضو وشركة عضو أخرى . 3- المنازعات الناشئة عن استثمارات الجمهور بالأوراق المالية ، سواء كان النزاع : أ- بين العميل وشركة عضو أو أحد الأشخاص العاملين لديها . ومع مراعاة نص المادة (8) ، إذا كانت عضوية الشركة قد تم تعليقها أو إلغاؤها فلا يجوز الفصل في النزاع من خلال التحكيم وفقاً لهذا النظام إلا بموافقة العميل الخطية على ذلك . ب- العميل وشركة مدرجة . 4- المنازعات المدنية الناشئة عن تقديم معلومات أو وثائق غير صحيحة أو مضللة ، سواء عند تقديم الشركة طلب الحصول على العضوية أو طلب الإدراج في السوق أو بعد ذلك ، والمنازعات المدنية الناشئة عن عدم تقديم معلومات أو وثائق كان من الواجب عليها تقديمها " .

وبالعودة إلى نص المادة (1 / 8) من نظام فض المنازعات والتحكيم ، يتبين أنها انصرفت بصيغتها إلى أن تشمل كافة المنازعات الناتجة عن مخالفة قانون الأوراق المالية وقواعد السوق دون تقييد ، وبذلك نكون هنا أمام تعارض بين ما بين نصوص نظام فض المنازعات فيما بينها ، فالمادة (54) قد رسمت القاعدة العامة بعدم جواز الفصل عن طريق التحكيم وفقاً لهذا النظام ، إلا في المنازعات المحددة في هذه المادة ، وفي المقابل تذهب المادة (1 / 8) إلى اشتغالها لكافة المخالفات الناتجة عن الإخلال بقانون الأوراق المالية وقواعد السوق .

ولكن من الممكن رفع هذا التعارض بإتباع هدى القاعدة العامة القائمة على أن الخاص يقيد العام، فالمادة (1 / 8) قد جاءت في الفصل الأول والذي تم تسميته بـ (الأحكام العامة) ، أما المادة (54) قد جاءت في الفصل الثالث المعنون بـ (التحكيم) ، وهذا ما يقودنا إلى أن الفصل الأول يعتبر الإطار العام الذي يحكم نظام فض المنازعات والتحكيم ، أما الفصل الثالث فإنه يعتبر الفصل المتخصص الذي تناول التحكيم وبين قواعده وأحكامه ، وبذلك فإن المادة (54) تعتبر مقيدة بالمادة (1 / 8) من نظام فض المنازعات والتحكيم .

أما الشرط الثاني الذي يستلزم توافره حتى نكون أمام إحالة السوق المنفردة ، فإنه يتمثل بأن يكون مرتكب الإخلال بقانون الأوراق المالية وقواعد السوق ، هو شركة عضو في السوق أو شركة مدرجة فيه ²⁰⁰ .

ولما كان النزاع الذي تتم إحالته للتحكيم يتوجب أن يكون على الأقل ما بين طرفين ، فإنه قد يحدث في ظل نص المادة (1 / 8) أن لا يكون إلا طرفاً واحداً في النزاع ، وهو الشركة العضو أو الشركة المدرجة ، فنتيجة الإخلال بقانون الأوراق المالية أو قواعد السوق قد لا يقتضي بالضرورة وجود طرفين ، الأمر الذي يجعل من ذلك إفراغاً لمفهوم التحكيم من محتواه ، ومن غير الممكن

²⁰⁰ عرفت المادة (1) من نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 الشركة العضو بأنها :

" شركة الأوراق المالية المنتسبة لعضوية كل من السوق ومركز الإيداع والتحويل والمرخص لها من قبل الهيئة " .
في حين لم تعرف هذه المادة الشركة المدرجة ، بل اكتفت بتعريف الإدراج بقولها :

" الإدراج : ويعني إتاحة تداول أسهم الشركة (أو الأوراق المالية الأخرى لأية جهة مصدرة) في السوق وإجراء عمليات تسوية صفقات بيع وشراء الأسهم (أو الأوراق المالية الأخرى) ونقل ملكيتها من خلال مركز الإيداع والتحويل في السوق " .

القول بأن السوق هي التي تكون الطرف المقابل للشركة العضو أو الشركة المدرجة في هذه الإحالة، لأنها تقوم بدورها الرقابي الذي رسمه لها قانون الأوراق المالية ، وليست كشركة مدرجة . ومن ناحية أخرى فإن هذا النص قد يثير العديد من المخاوف القانونية المتمثلة في تضارب المصالح، فنتيجة لتحول سوق فلسطين للأوراق المالية من شركة مساهمة خصوصية إلى شركة مساهمة عامة وإدراجها في السوق ، وبذلك تعتبر شركة مدرجة تسري عليها أحكام هذا النوع من الشركات مع الأخذ بعين الاعتبار الخصوصية التي رسمها قانون الأوراق المالية ، فإن وضع نص المادة (8 / 1) قد يثير وجود تضارب للمصالح لأنه - كما سيأتي في الشرط الثالث - يتبين أن السوق بإرادتها المنفردة تقدر مدى الحاجة لإحالة النزاع للتحكيم ، فقد تكون الشركة المدرجة التي أخلت بالقانون هي شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، وإن إنزال هذا النص على حكم هذه الحالة يقودنا إلى أنه إذا أخلت شركة سوق فلسطين للأوراق المالية بالقانون أو قواعد السوق فإنه سيطرح التساؤل عن مدى إحالة السوق للنزاع الذي تكون هي مخلة فيه للقانون أو قواعد السوق ، الأمر الذي يقودنا بأن نص المادة (8 / 1) في صورته الحالية يحقق تضارب المصالح بشكل واضح وصريح .

أما الشرط الثالث والأخير الذي يجب توافره في الإحالة المنفردة من قبل السوق ، فإنه يتجسد بأن تجد السوق أن النزاع يستحق فرض الجزاء ، حيث جعل نص المادة (8 / 1) الإحالة للتحكيم مرهونا بإرادة السوق المنفردة ، والتي تقدر ما إذا كانت المخالفة تستدعي الإحالة للتحكيم أم لا ، ولكن النظام لم يترك هذه الإرادة المنفردة حرة بلا قيد ، بل يجب أن تكون المخالفة تستدعي توقيع الجزاء حتى تتم الإحالة ، ولكن حتى في ظل هذا القيد تكون إرادة السوق مطلقة ، فقد تتصرف إرادتها إلى أن المخالفة لا تستدعي توقيع الجزاء ، ومن ثم لا تحيل المخالفة للتحكيم .

ومما تجدر الإشارة إليه في ظل هذه الإحالة المنفردة أن نظام فض المنازعات والتحكيم قد خلط ما بين الجزاء الإداري والجزاء المدني ، الأمر الذي لا يستقيم وفكرة موضوع النزاع المحال للتحكيم. وقد طغى هذا الخلط على تنفيذ الجزاء الذي يخلص إليه قرار التحكيم بموجب نظام فض المنازعات والتحكيم ، حيث إن هذا النظام قد أفسح المجال لإرادة السوق بأن تأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالمخالفة حينما تقرر فرض الجزاء بموجب قرار التحكيم ، مثل سجل المخالفات التي قامت به الشركة²⁰¹ ، وبذلك يكون قرار التحكيم الذي تخلص به هيئة التحكيم قابلاً للتعديل بحسب

²⁰¹ في ذلك نصت المادة (8 / 2) من نظام ف المنازعات والتحكيم لسنة 2007 على أنه :
" عند تحديد فرض الجزاء على الشركة العضو أو الشركة المدرجة وفقاً للفقرة السابقة ، يجب على السوق أن تأخذ بالاعتبار كل الظروف المحيطة بالمسألة بما في ذلك ، على وجه الخصوص ، سجل المخالفات للشركة العضو أو الشركة المدرجة أو الجزاء الذي تم فرضه في حالات ارتكبت فيها مخالفات مماثلة من قبل الشركة العضو أو الشركة المدرجة نفسها أو من قبل غيرها من الشركات " .

الظروف التي تراها السوق ، وهذا ما يصطدم مع نهائية قرار التحكيم التي رسمها قانون التحكيم الفلسطيني .

وإذ ما افترضنا صحة الإحالة المنفردة للسوق للتحكيم ، وأردنا الخوض بها في ظل الواقعة القانونية، فإن إحالة السوق للنزاع للتحكيم تكيف بأنها عمل قانوني إنفرادي ، ينصرف إلى إحداث الآثار القانونية المتمثلة في تولى الهيئة التحكيمية المنصوص عليها في نظام فض المنازعات والتحكيم حل النزاع دون القضاء ، وذلك نظرا لاستبعاد النص السابق وجود إرادة أخرى تشترك مع السوق بإحالة النزاع للتحكيم .

ولكن إذا تم السير على هدى التكيف القانوني السليم لاتفاق التحكيم ، القائم على اعتبار أن هذا الاتفاق هو عمل قانوني صادر من جانبيين ، فإن الإحالة المنفردة للسوق تصطدم مع هذا التكيف ، الأمر الذي يقودنا إلى اعتبار إحالة السوق المنفردة للنزاع للتحكيم تعتبر واقعة مادية لا عملاً قانونياً، وبذلك فإن نص المادة (8 / 1) من نظام فض المنازعات والتحكيم يشكل انتهاكا صارخا للتكيف القانوني السليم لاتفاق التحكيم .

وبعد أن عمدنا فيما سبق إلى تحليل الحالة الأولى من غياب اتفاق التحكيم في ظل صورة إحالة النزاع للتحكيم بإرادة السوق ، فإننا سننتقل فيما يلي إلى تحليل الحالة الثانية من هذه الصورة ، حيث إن نظام فض المنازعات والتحكيم وفي إطار تكريسه لغياب اتفاق التحكيم قد جاء بحالة ثانية، تتم فيها إحالة النزاع للتحكيم من قبل السوق في مناخ لا يتواجد فيه اتفاق للتحكيم ما بين أطراف النزاع ، وقد تجلّى ذلك في إحالة النزاع للتحكيم من قبل السوق، ولكن بناء على طلب يقدمه المتضرر للسوق من أجل إحالته للتحكيم ، وهذا ما جسده المادة (11) من نظام فض المنازعات والتحكيم التي نصت على أنه :

" 1- يشترط في الشكاوى ، والدعاوى والمراسلات المشابهة لها ، المقدمة للسوق ضد الشركة العضو أو الشركة المدرجة أن تكون مكتوبة وموقعة من قبل مقدمها . 2- لا يجوز تقديم أية شكاوى، أو دعوى أو مراسلة مشابهة لها ، ضد الشركة العضو أو الشركة المدرجة إلا بشأن المخالفات التنظيمية المنصوص عليها في الفصل الثاني ، أو المنازعات المدنية المنصوص عليها في الفصل الثالث من هذا النظام . 3- يجب على مقدم الشكاوى ، أو الدعوى أو المراسلة المشابهة لها ، أن يرفق بها تعهداً للسوق بدفع كافة مصاريف ونفقات الفحص، والتحري والإجراءات القانونية التي تتخذها السوق ضد الشركة العضو أو الشركة المدرجة وفقاً لأحكام هذا النظام ، وذلك إذا ما تبين أنه تقدم بها على سبيل الغش والخداع. 4- إذا وجدت السوق أن الأمر جدي ، ومرفق به التعهد المذكور بالفقرة السابقة ، تقوم بإحالته إلى لجنة ضبط المخالفات أو إلى رئيس هيئة التحكيم حسب واقع الحال. 5- تحتفظ السوق بسجل للشكاوى المقدمة لها ،

أو الدعاوى ، أو المراسلات المشابهة لها. ويجب أن يثبت في هذا السجل كل الإجراءات القانونية التي يتم اتخاذها وفقاً لهذا النظام " .

وحتى نستطيع تحليل هذه الحالة من غياب اتفاق التحكيم ، فإنه يجب في البداية التثبت من ماهية العمل الذي سيتم تقديمه للسوق ، وعلى أثره سيتم إحالة النزاع للتحكيم ، حيث إن النص السابق قد استعمل الشكوى والدعوى والمراسلات المشابهة لها . ويعتبر الخوض في هذه المصطلحات من الأهمية بمكان في تحديد أي منها ينطبق على وسيلة التحكيم ، ذلك أن النص السابق قد جمع ما بين الجزاءات الإدارية التي تتولاها لجنة ضبط المخالفات وما بين الجانب التحكيمي ، الذي يتمثل في هيئة التحكيم .

فبالنسبة للمصطلح الأول والتمثل في الشكوى ، فلما كان هذا المصطلح يعتبر من ممتلكات القاعدة القانونية الإجرائية في إطار المنازعات الجزائية والمنازعات الإدارية وينحصر استعماله في الجانب الإجرائي لهذين النوعين من المنازعات ، فإن استعماله في ظل وسيلة التحكيم التي هي بالأساس وسيلة لاقتضاء الحقوق والالتزامات المدنية بمفهومها العام وفق منطقة قابلية التحكيم يصطدم والفلسفة التي تقوم عليها هذه الوسيلة ، فضلاً عن عدم انطباقه وفق نص المادة (11) من نظام فض المنازعات والتحكيم السالفة الذكر²⁰² .

أما المصطلح الثاني الذي استخدمه نص المادة (11) فإنه يتجسد في الدعوى ، ومن غير الممكن التسليم بهذا المصطلح في إطار وسيلة التحكيم ، وذلك لسببين جوهريين ، يقوم السبب الأول منها على أن الدعوى التحكيمية هي الدعوى التي يتم طرحها أمام هيئة التحكيم ، وليس أمام أية هيئة أخرى ، لأن الدعوى وفق نص المادة (11) لا يترتب عليها الإحالة المباشرة للتحكيم ، بل يتم تقديمها للسوق التي تقدر مدى جدية النزاع ، وبعد ذلك تحيله للتحكيم ، فإنه من غير الممكن أن يستجيب المنطق القانوني السليم إلى أن الدعوى التحكيمية يسبقها ذات الدعوى التي تقدم أمام السوق. أما السبب الثاني فإنه يتعلق بعدم انطباق مصطلح الدعوى إذا كان المقصود منه الدعوى القضائية ، وذلك لأن السوق لا تعتبر إطلاقاً من ضمن المحاكم الفلسطينية . وهذا ما يقودنا إلى عدم صلاحية استعمال مصطلح الدعوى في ظل وسيلة التحكيم .

²⁰² ذلك أن نص المادة (11) من النظام قد حصر تطبيقه بموجب الفقرة الثانية منه في المخالفات التنظيمية المنصوص عليها في الفصل الثاني أو المنازعات المدنية المنصوص عليها في الفصل الثالث من النظام ، وبالعودة للفصل الثاني فإنه يتبين أن هذا الفصل ينظم عمل لجنة ضبط المخالفات ، أما الفصل الثاني فإنه ينظم التحكيم ، وبناء عليه فإنه إذا كان من الممكن التسليم بمصطلح الشكوى في إطار الفصل الثاني ، فإنه من غير الممكن التسليم بمصطلح الشكوى في إطار الفصل الثالث ، وذلك لأن نص المادة (11) قد حصر تطبيقه بالنسبة لوسيلة التحكيم وفق الفقرة الثانية منها في المنازعات المدنية المنصوص عليها في الفصل الثالث ، وهذا ما يقودنا إلى عدم انطباق مصطلح الشكوى على المنازعات القابلة للتحكيم وفق نظام فض المنازعات والتحكيم .

وبالنسبة لمصطلح المراسلات المشابهة لها ، فإن هذا المصطلح يقوم على إحداث المشابهة ما بين الدعوى والمراسلات التي تشابهها ، حيث إن هذا المصطلح قد جاء بعد مصطلح الدعوى ، وأردف في نهايته بحرف الجر اللام والضمير المتصل الهاء الذي يعود على الدعوى . ويثير هذا المصطلح بعض الغموض ، لأنه لا يجزم بأن هذه المراسلات هي الدعوى ، بل هي تشبهها ، ولذلك فإنه لا يمكن التسليم بعمومية هذا المصطلح ، ولكن من الممكن أن نجلي غموض هذا المصطلح من خلال مضمون الدعوى ، حيث إن الدعوى بعموميتها تستند إلى أنه طلب يقدم إلى القضاء ، وعليه فإن المراسلات المشابهة لها يتوجب أن تشترك معها في عنصر الطلب دون عنصر تقديمه للقضاء ، وبناء عليه فإن العمل القانوني الذي يقدم للسوق هو الطلب الذي يقدمه الشخص الذي يكون طرفاً في المنازعات المدنية المحددة في الفصل الثالث ، والذي يكشف به أن نزاعاً قد حصل بينه وبين الشركة العضو أو الشركة المدرجة ، ويرغب بإحالة النزاع للتحكيم .

واستكمالاً لتحليل الحالة الثانية من غياب اتفاق التحكيم المتمثلة في إحالة النزاع للتحكيم من قبل السوق بناءً على طلب ، فإن المادة (11) من نظام فض المنازعات والتحكيم التي نظمت هذه الحالة قد وضعت أربعة قيود أساسية حتى تتم الإحالة للتحكيم ، وأول هذه القيود يتمحور حول موضوع النزاع ، حيث لم تطلق المادة (11) المنازعات التي يجوز تقديم الطلب بصددها من غير قيد ، بل قد قصرتها الفقرة الثانية من هذه المادة على المنازعات المدنية المنصوص عليها في الفصل الثالث .

وبالعودة لهذا الفصل الذي توافر على اسم التحكيم ، فإنه يتبين أن المادة (54) من هذا الفصل ، قد حددت المنازعات التي يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم ، ولكن إذا ما تم المقارنة ما بين القيد الوارد في المادة (11) والمنازعات التي حددتها المادة (54) ، فإنه يتبين أن المنازعات التي يجوز تقديم الطلب بصددها من أجل الولوج في نظام التحكيم هي المنازعات التي نصت عليها الفقرة الرابعة من المادة (54) ، والمحصورة في المنازعات المدنية الناشئة عن تقديم معلومات أو وثائق غير صحيحة أو مضللة ، سواء عند تقديم الشركة طلب الحصول على العضوية أو طلب الإدراج في السوق أو بعد ذلك ، والمنازعات المدنية الناشئة عن عدم تقديم معلومات أو وثائق كان من الواجب عليها تقديمها²⁰³ .

أما بالنسبة للقيد الثاني الذي سطرته المادة (11) من نظام فض المنازعات والتحكيم ، فإنه يتصل بشخص مقدم الطلب والمقدم ضده الطلب ، فالفقرة الأولى من هذه المادة قد قصرت الحق في تقديم

²⁰³ يترتب على هذا القيد حرمان أحد أطراف هذه المنازعات من اللجوء إلى التحكيم بشكل إنفرادي بموجب تقديمه لطلب التحكيم من خلال نص المادة (65) ، فإذا ما حصلت المنازعات المدنية هذه ، فإنه يتوجب العبور في إجراءات تقديم الطلب التي نصت عليها المادة (11) ، وبذلك تكون هذه المنازعات خارجة عن إرادة الأطراف باللجوء بصددها إلى التحكيم بموجب نظام فض المنازعات والتحكيم ، وتبقى محصورة إما بإحالة السوق من تلقاء نفسها أو الإحالة بناءً على شكوى بحسب الإجراءات المنصوص عليها في المادة (11) .

الطلب على المتضرر من المنازعات المدنية المنصوص عليها في المادة (54) من النظام ، أما المقدم ضده الطلب فقد حددته ذات الفقرة بالشركة العضو في السوق أو الشركة المدرجة فيه ²⁰⁴ .

ومما يستدعي الاهتمام أن تقديم الطلب بذاته لا يكفي لأن تقوم السوق بإحالة النزاع للتحكيم ، حيث إن الفقرة الثالثة من المادة (11) قد وضعت قيداً ثالثاً على الإحالة ، وتمثل هذا القيد في اشتراط أن يرفق مع الطلب تعهداً للسوق ، بدفع كافة مصاريف الفحص والتحري والإجراءات القانونية ونفقاتها التي تتخذها السوق ضد الشركة العضو أو الشركة المدرجة ، وذلك إذا ما تبين للسوق أن مقدم الطلب قد تقدم به على سبيل الغش والخداع ²⁰⁵ .

وأخيراً فإن القيد الرابع للإحالة إلى التحكيم بناء على طلب ، يتمثل في إرادة السوق بإحالة النزاع للتحكيم ، حيث إنه على الرغم من استيفاء كافة الإجراءات التي تطرقنا لها في القيود الثلاثة السابقة، فإن الإحالة للتحكيم من غير الممكن أن ترى النور إلا إذا قامت السوق بإحالة النزاع للتحكيم ، ذلك أن الفقرة الرابعة من المادة (11) قد أعطت هذا الاختصاص للسوق ، فمتى تبين للسوق بأن النزاع جدي ومرفق بالطلب التعهد الذي بينها في القيد الثالث فإنها تحيل النزاع لرئيس هيئة التحكيم .

وبذلك يتبين أن تقديم الطلب بذاته لا يؤدي إلى الإحالة للتحكيم ، حيث إن الإحالة تأتي من قبل إرادة السوق ، وليس من قبل مقدم الطلب ، فغياب اتفاق التحكيم قد جاء في نهاية حالة الإحالة للتحكيم بناء على طلب من خلال إرادة السوق ، وهذا ما يؤدي إذا ما أردنا أن نحدث المقارنة ما بين هذه الحالة وحالة إحالة النزاع للتحكيم بإرادة السوق المنفردة إلى أن نقع في اللبس ، ومن الممكن رفع هذا اللبس من خلال تقرير أن حالة إحالة النزاع للتحكيم بإرادة السوق المنفردة تعتبر أشمل من حالة الإحالة بناء على طلب ، حيث إن السوق وبموجب الحالة الأولى يكون لها أن تحيل كافة المنازعات الناشئة عن مخالفة قانون الأوراق المالية وقواعد السوق ، والتي من ضمنها المنازعات التي يجوز فيها تقديم طلب للسوق ، ومن ثم فإن وجود الحالة الثانية من الممكن رده إلى تراخي السوق عن القيام بواجبها ، بحسب الإحالة المنفردة للتحكيم .

²⁰⁴ ينجم عن هذا التحديد فقدان فرعيان ، الأول يتعلق بالشركة المدرجة أو الشركة العضو ، فلا تملك الشركة العضو أو المدرجة أن تتقدم بطلب ضد الشخص الذي يكون طرفاً في المنازعات المدنية المنصوص عليها في المادة (54) ، الأمر الذي يجعل الشخص الذي يكون طرفاً في هذه المنازعات يتفرد بتقديم الطلب دون الشركة العضو أو الشركة المدرجة التي ترتبط معه في هذه المنازعات . أما القيد الفرعي الثاني فإنه يتعلق بمقدم الطلب ، فلا يكون لهذا الشخص أن يستعمل الطلب ضد شخص آخر غير الشركة المدرجة أو الشركة العضو ، فلا يكون له مثلاً تقديم طلب ضد مستشاره المالي أو مستشاره الاستثماري الطبيعي بصدد منازعات مدنية ناشئة عن العقد الذي يربطه به .

²⁰⁵ يختلف هذا القيد عن حالة إذ ما خسر أحد أطراف النزاع دعواه أمام هيئة التحكيم وبالأخص إذا ما ترتب على ذلك مبالغ مالية يتوجب أن يدفعها كتعويض للشركة المدرجة أو الشركة العضو ، ذلك أن أساس التزامه بها كان قرار التحكيم . أما التعهد بالمبالغ الذي جاءت بها الفقرة الثالثة من المادة (11) فهي مبالغ تسبق الإحالة إلى التحكيم ، وهي تشكل مقابلاً عن نفقات عن الفحص والتحري التي ستجربها السوق للتأكد من أن الطلب لم يجري تقديمه على أساس من الغش والخداع . ولكن نظراً لأنه لم يتم تحديد ماهية الغش أو الخداع المقصود في المادة (11) في ظل فقرتها الثالثة ، فإن ذلك سيفتح المجال أمام إرادة السوق في أن تحدد ما هو الغش وما هو الخداع .

ثانياً : الإحالة للتحكيم من غير إرادة السوق

تختلف هذه الصورة من غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية عن الصورة السابقة ، في أن الإحالة إلى التحكيم لا تكون من قبل السوق ، بل تتأتى الإحالة للتحكيم في إطار حالتين ، تتمثل الحالة الأولى في الإحالة من قبل أحد أطراف النزاع ، أما الحالة الثانية فإنها تتم من خلال إحالة هيئة التحكيم النزاع للتحكيم .

فعلى صعيد الحالة الأولى ، فإنها تتمحور حول قيام أحد أطراف النزاع بإحالته للتحكيم بشكل انفرادي من غير وجود اتفاق للتحكيم ، يجمع هذا الطرف مع الطرف الآخر في المنازعة ، وتتم هذه الحالة في إطار نظام فض المنازعات والتحكيم من خلال الدخول في إجراءات الاختصاص التحكيمي الانفرادي من قبل أحد أطراف منازعة من منازعات سوق الأوراق المالية.

وأولى إجراءات الاختصاص التحكيمي الانفرادي تتأتى من خلال قيام المدعي بتقديم طلب التحكيم إلى أمين السر الذي نصت المادة (66 / 1) من نظام فض المنازعات والتحكيم على احتوائها المعلومات والوثائق التالية :

" على كل طرف يود اللجوء إلى التحكيم وفقاً لهذا النظام ، أن يقدم طلباً إلى أمين السر ، ويجب أن يشتمل الطلب على المعلومات التالية : أ- اسم كل من المدعي والمدعى عليه وعنوانه كاملاً . ب- وصف لطبيعة وظروف النزاع الذي كان سبب التقدم بالطلب . ج- إشارة إلى موضوع الطلب والمبالغ المطلوبة والأدلة التي يستند إليها في ادعائه . د- موقفه حول عدد المحكمين واختيارهم وفقاً لأحكام المادة (57) من هذا النظام . هـ - أية معلومات أخرى ذات صلة بموضوع الطلب "

وبعد أن يمر يومٌ واحدٌ على استكمال طلب التحكيم لهذه المعلومات والوثائق ، يقوم أمين السر بموجب (66 / 2) من النظام بتزويد المدعى عليه بنسخة من الطلب والوثائق المرفقة به ليرد عليه ، وذلك خلال خمسة أيام من تاريخ تسلمه هذا الطلب²⁰⁶ . وعند الانتهاء من تبادل الوثائق وتعيين المحكمين ، يقوم أمين السر برفع الملف التحكيمي بما يشمله من طلب المدعي ورد المدعى عليه إلى هيئة التحكيم ، والتي تتولى بعد ذلك القيام بمهمتها المتمثلة في فصل النزاع²⁰⁷ .

²⁰⁶ يجب أن يتضمن رد المدعى عليه المعلومات التي قضت المادة (68) من نظام فض المنازعات والتحكيم بتضمينها فيه ، حيث نصت هذه المادة على أنه :

" 1- يتعين على المدعى عليه أن يرد على الطلب خلال (5) خمسة أيام عمل من تاريخ تسلمه للطلب ، ويقدم الرد إلى أمين السر مشتملاً على المعلومات التالية : أ- رأيه حول طبيعة وظروف النزاع . ب- جوابه على طلبات المدعي والوثائق والأدلة التي يستند إليها . ج- رده على المقترحات المقدمة حول عدد المحكمين واختيارهم . د- أية معلومات أخرى ذات صلة بموضوع النزاع . 2- يرفق المدعى عليه مع رده على الطلب أي ادعاء متقابل له على طلب التحكيم ، ويتضمن الادعاء المتقابل بيان الوقائع التي أدت إلى نشوئه والمبلغ المدعى به بالتقابل . 3- يرسل أمين السر نسخة من الرد والوثائق المرفقة به إلى المدعى في اليوم التالي لتاريخ تسلمه للرد . 4- إذا تضمن رد المدعى عليه ادعاءً مقابلاً ، يتعين على المدعى الرد عليه خلال (5) خمسة أيام عمل من تسلمه للادعاء المقابل "

²⁰⁷ نصت المادة (70) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :

وجدير بالذكر أن الاختصاص التحكيمي الانفرادي وفق ما تقدم يختلف اختلافاً جوهرياً عن الإيجابار على التحكيم - الذي تعرضنا له في بداية هذا المطلب - ، حيث إنه في حالة الاختصاص التحكيمي الانفرادي يقوم المدعي بتقديم طلب التحكيم إلى أمين السر ، والذي يترتب عليه الدخول في الاختصاص الانفرادي رغم عدم وجود اتفاق للتحكيم ما بين المدعي والمدعى عليه . أما في حالة الإيجابار على التحكيم ، فإن تطبيقه يفترض وجود طرف يرغب في اللجوء إلى التحكيم ، والطرف الآخر لا يريد ذلك فيضغط الأول على الثاني من أجل إبرام اتفاق التحكيم ، وهذا غير متوفر في حالة الاختصاص التحكيمي الانفرادي .

وأيضاً من غير الممكن اعتبار تقديم طلب التحكيم من قبل المدعي لأمين السر الذي بدوره يرسله للمدعى عليه مشروع اتفاق تحكيم ، فإذا رد المدعى عليه على هذا الطلب ، فإنه يكون وافق على التحكيم ، وذلك لسببين جوهريين ، يرتكز السبب الأول على أن تقديم طلب التحكيم والرد عليه يندرج تحت مظلة أصول التحكيم ، حيث إن هذه الأصول تتم بعد الاتفاق على التحكيم ، فمن الاستحالة بمكان في وسيلة التحكيم أن تأتي الأصول قبل اتفاق التحكيم ، ولذلك فإن هذه الحالة تعبر عن غياب لاتفاق للتحكيم²⁰⁸ .

أما السبب الثاني ، فإنه يتجسد في حالة عدم قيام المدعى عليه في الرد على طلب تحكيم الذي قدمه المدعي ، فإذا ما افترضنا أن تقديم طلب التحكيم يعتبر مشروعاً لاتفاق التحكيم ، فإن عدم رد المدعى عليه على هذا الطلب يعتبر رفضاً لهذا المشروع ، حيث إن عدم الرد يؤدي إلى أن تبدأ إجراءات التحكيم في غياب المدعى عليه²⁰⁹ .

" 1- عند الانتهاء من إجراءات تبادل الوثائق وتعيين المحكمين ، يرفع أمين السر ملف النزاع إلى هيئة التحكيم . 2- تقوم هيئة التحكيم بتعيين كاتب للجلسات ودراسة القضية في ضوء المستندات واللوائح المقدمة من الطرفين ، وتقوم بناء على طلب أحدهما بسماع أقوالهما بصورة وجاهية ، كما تستطيع من تلقاء نفسها أن تقرر سماعها دون طلب منهما ، ولهيئة التحكيم الحق بأن تقرر الاستماع إلى أي شخص آخر بحضور الطرفين أو بعد دعوتها حسب الأصول " .

²⁰⁸ تفرغاً عن هذا السبب فإن تقرير مدة خمسة أيام من أجل أن يتقدم المدعى عليه برد على طلب المدعي فإن هذه المدة لا تكفي بذاتها لحصر دفع المدعى عليه والأدلة التي سيستند عليها ، كما أنه قد يكون من الصعب على المدعى عليه خلال هذه المدة من إيجاد المحامي المناسب الذي سيوكله ، كما أن تقرير مثل هذه المدة يخالف ما قرره قانون التحكيم الفلسطيني في هذا الصدد ، حيث نصت المادة (2 / 23 / أ) منه على أنه :

" يجب على المدعى عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه بيان المدعي ومشمولاته أن يتقدم بمذكرة جوابية وافية مرفقاً معها نسخاً عن المستندات التي يستند إليها ويرسل نسخاً من المذكرة والمستندات إلى المدعي وهيئة التحكيم " .

ويعتبر تقرير مدة الثلاثين يوماً وفق المادة السابقة من ضمن النظام العام الإجرائي ، حيث أنه نتيجة لكون التحكيم يعتبر وسيلة بديلة عن وسيلة القضاء الأصلية فإن المشرع قد أحاط هذه الوسيلة بقدر من الضمانات الإجرائية التي تحافظ على سلامة الإجراءات وأيضاً حماية لحق أطراف النزاع في الدفاع .

²⁰⁹ نصت المادة (2 / 72) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :

" إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور الجلسات رغم دعوته حسب الأصول ، كان لهيئة التحكيم بعد التأكد من عدم وجود عذر مقبول ، أن تتابع مهمتها وتعتبر الإجراءات قد تمت في مواجهة الطرفين " .

ويختلف نص هذه المادة اختلافاً جوهرياً عن ما قرره المادة (2 / 26) من قانون التحكيم الفلسطيني التي نصت على أنه :

" إذا لم يقدم المدعى عليه دون عذر مقبول مذكرته الجوابية وفقاً للفقرة (1) من المادة (23) المذكورة أعلاه فيجب على هيئة التحكيم بناء على طلب المدعي أن تستمر في إجراءاتها دون أن يعتبر ذلك إقراراً من المدعى عليه بادعاء المدعي ، وحينئذ لهيئة التحكيم أن تصدر قرارها غيابياً استناداً إلى عناصر الإثبات المقدمة أمامها " .

ذلك أن نص المادة الأخيرة من قانون التحكيم الفلسطيني من غير الممكن أن ترى مجالاً للتطبيق إلا إذا كان هناك اتفاقاً للتحكيم ما بين المدعي والمدعى عليه وبعد الدخول في أصول التحكيم لا يقدم المدعى عليه المذكرة الجوابية ، وبناء عليه فإن الأساس القانوني الذي يجب النظر إليه

وآخر ما يجب التطرق إليه في صدد تحليل غياب اتفاق التحكيم الناتج عن الاختصاص التحكيمي الانفرادي ، هو المركز القانوني لأمين السر ، حيث إن هذا الشخص يلعب دوراً جوهرياً في إطار الاختصاص التحكيمي الانفرادي . ولقد عرفت المادة (1) من نظام فض المنازعات والتحكيم أمين السر بأنه :

" الشخص الذي يتم تحديده من قبل رئيس لجنة ضبط المخالفات أو رئيس هيئة التحكيم للمساعدة في إدارة الدعاوى ، والذي قد يكون موظف السوق المعني بطلبات العضوية ، أو المعني بطلبات الإدراج ، أو أحد موظفي الدائرة القانونية " .

وما يهمننا في هذا التعريف هو الشق المتعلق بالجانب التحكيمي دون ذلك المتعلق بالجانب التأديبي الذي تعبر عنه لجنة ضبط المخالفات ، وفي إطار ذلك فإنه يتبين أن أمين السر يتم تعيينه من قبل رئيس هيئة التحكيم ، ونتيجة لذلك فإن وجود أمين السر يأتي بعد وجود رئيس هيئة التحكيم ، ذلك أن الأخير هو الذي يملك اختصاص تعيين الأول .

وبإسقاط ذلك على الدور الذي يقوم به أمين السر في الاختصاص التحكيمي الانفرادي ، يتضح أن هذا الشخص يقوم بتلقي طلب التحكيم من قبل المدعي ، والرد عليه من قبل المدعى عليه وإرسال كل واحد للآخر ، ولكن في ظل هذه الحالة لا يكون هناك رئيس لهيئة التحكيم ، بل لا توجد هيئة تحكيم مشكلة ، وأبرز ما يؤكد ذلك هو اشتراط تضمين طلب التحكيم والرد عليه بالمعلومات المتعلقة بعدد المحكمين وكيفية اختيارهم . فإذا كانت هيئة التحكيم لم تشكل بعد ، وأن أمين السر يتم تعيينه من خلال رئيس هيئة التحكيم ، فإن الوجود القانوني لعمل أمين يستلزم وجود هيئة التحكيم في البداية ، الأمر الذي يجعل من قيام أمين السر بمهامه قبل تشكيل هيئة التحكيم يتصف بعدم الصحة القانونية .

وبالإضافة إلى ذلك ، فإن اشتراط أن يكون أمين السر موظفاً في السوق ، سواء أكان موظفاً يعنى بطلبات العضوية أو الإدراج أو حتى من موظفي الدائرة القانونية ، فإنه بهذا الوصف يعمل على اعتداء على اختصاص هيئة التحكيم ، حيث إن الذي يتولى الاتصال وتنظيم الأمور الإجرائية في الخصومة التحكيمية هي هيئة التحكيم ، التي قد تختار رئيساً إجرائياً للقيام بذلك وليس أي شخص غريب عنها .

وإذا خلصنا فيما سبق إلى تحليل الحالة الأولى لغياب اتفاق التحكيم في ظل صورة الإحالة من غير وجود إرادة السوق ، فإن الحالة الثانية في إطار هذه الصورة تتمثل في حلول إرادة رئيس هيئة

في ظل هذه الحالة هو وجود اتفاق التحكيم الذي يجعل من السير في إجراءات التحكيم رغم عدم قيام المدعى عليه بالرد ، فإذا غاب اتفاق التحكيم كما هو الحال في الاختصاص التحكيمي الانفرادي فإن ذلك قد تأتي من غير وجود اتفاق ما بين المدعي والمدعى عليه على اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاع ، الأمر الذي يجعل من هذه الحالة تشابه الاختصاص القضائي .

التحكيم أو المحكم الفرد مكان الإرادة المشتركة لأطراف النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة لحله ، ولقد عبرت عن ذلك المادة (53 / 1) من نظام فض المنازعات والتحكيم التي نصت على أنه :

" إذا أحال رئيس هيئة التحكيم أو المحكم الفرد النزاع للتحكيم ، فتقوم هيئة التحكيم بالفصل فيه وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 مع مراعاة النصوص التالية " .

وتعتبر هذه الحالة غريبة جداً في إطار وسيلة التحكيم ، وذلك لأن المهمة التحكيمية لهيئة التحكيم لا تظهر إلى حيز الوجود القانوني إلا بعد المرور بثلاثة مراحل أساسية . وأولى هذه المراحل تتعلق بوجود اتفاق ما بين أطراف النزاع الناشئ القابل للتحكيم أو الذي سينشأ على اختيار التحكيم كوسيلة لحله ، حيث إن هيئة التحكيم من غير الممكن أن تقوم بعملها إلا بوجود اتفاق تحكيم ، ويتأكد ذلك من خلال اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في اختصاصها ، وهو الذي يرتبط وجوداً وعدمياً مع هذا الاتفاق²¹⁰ . وحتى يتسم قيام الهيئة بالمهمة التحكيمية فيجب أن يكون بموجب اتفاق تحكيم صحيح ، حيث إن المشرع الفلسطيني جعل من بطلان اتفاق التحكيم سبباً رئيساً للطعن في قرار التحكيم الذي نتج عن قيام هيئة التحكيم بمهمتها²¹¹ .

أما المرحلة الثانية فإنها ترتبط بتشكيل هيئة التحكيم ، فحتى تقوم هيئة التحكيم بالمهمة التحكيمية فيجب بعد أن يتم الاتفاق ما بين أطراف النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة لحله ، أن يتفقوا على اختيار الهيئة التي ستتولى حل النزاع ، وأن تقبل هذه الهيئة القيام بهذه المهمة .

فعلى صعيد اختيار هيئة التحكيم ، فإن الهيئة وبموجب المادة (8 / 1) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 من غير الممكن أن تكون موجودة إلا إذا تم الاتفاق على تعيينها من قبل الأطراف - مع مراعاة الحالات التي تقوم المحكمة المختصة بتعيين محكمين من قائمة المحكمين المعتمدين لدى وزارة العدل²¹² -²¹³ . وبعد أن يتم اختيار هيئة التحكيم ، فإنه حتى

²¹⁰ نصت المادة (16) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه :

" تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور التالية : 1- المسائل المتعلقة بالاختصاص . 2- المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم... " .

²¹¹ هذا ما أكدته المادة (43 / 4) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 التي نصت على أنه :
" يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية : 4- بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته " .

²¹² نصت المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه :

" 1- بناءً على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكماً أو مرجحاً من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل وذلك في الحالات الآتية: أ- إذا كان اتفاق التحكيم يقضي بإحالة النزاع إلى محكم واحد ولم يتفق الأطراف على تسمية ذلك المحكم . ب- إذا كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من قبله ولم يتم بذلك . ج- إذا لم يقبل المحكم مهمته كتابة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه باختياره محكماً . د- إذا اعتذر المحكم أو محكم أحد الأطراف في التحكيم المتعدد عن القيام بالتحكيم أو أصبح غير أهل لذلك أو غير قادر عليه ولم يعين الأطراف أو ذلك الطرف خلفاً له . هـ- إذا كان على المحكمين تعيين مرجح ولم يتفقوا . و- إذا رفض أو اعتذر المرجح عن القيام بالتحكيم، ولم يتضمن اتفاق التحكيم كيفية تعيين خلف له ولم يتفق الأطراف على تعيين ذلك الخلف . 2- تصدر المحكمة قرارها بالتعيين خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة الطلب، ويكون القرار غير قابل للطعن " .

²¹³ نصت المادة (8 / 1) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه :

تستطيع الهيئة أن تقوم بعملها فإنه يجب عليها أن تقبل القيام بالمهمة التحكيمية ، ذلك لأنه بحسب الأصل العام من غير الممكن القول بجبر أحد أن يكون محكماً . وبموجب المادة (1 / 12) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 هناك حالتان لقبول المهمة التحكيمية ، الأولى تكون بالتوقيع على اتفاق التحكيم ، أما الثانية فإنها تتم من خلال القبول الكتابي بعد إبرام الاتفاق كتابةً²¹⁴ .

وإن كان كل ما سبق يتعلق بأسس القيام بالمهمة التحكيمية التي تسبق النظر في النزاع الذي تم الاتفاق على إحالته للتحكيم ، فإن الدخول في المعترك العملي للمهمة التحكيمية يتوجب أن يتم بموجب طرح النزاع أمام هيئة التحكيم²¹⁵ ، وقبل هذا الطرح فإن هيئة التحكيم لا تستطيع القيام بالمهمة التحكيمية ، فاختيار أطراف النزاع هيئة التحكيم وقيامها بمهمتها التحكيمية يكون مرهوناً بطرح النزاع أمامها ، فإذا لم يتم طرح النزاع ، فإن هيئة التحكيم قبل ذلك من غير الممكن أن تتولى مهمة حل النزاع .

وبإسقاط ما تقدم على نص المادة (1 / 53) من نظام فض المنازعات والتحكيم السالف الذكر ، يتبين أنه يتعارض وبشكل كلي مع كيفية قيام هيئة التحكيم بعملها ، حيث إنه انتهك المراحل الثلاثة الأساسية للقيام بالمهمة التحكيمية ، فعلى صعيد المرحلة الأولى المتمثلة بوجود اتفاق التحكيم ، فإنه قد تم انتهاكها من خلال استبدال إرادة أطراف النزاع المشتركة في اختيار التحكيم بإرادة رئيس هيئة التحكيم أو المحكم الفرد ، وبذلك فإن إحالة النزاع من قبل هذين الشخصين الأخيرين تعبر عن غياب كلي لاتفاق التحكيم ، حيث لا يوجد هناك اتفاق ما بين طرفي النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لعله .

أما المرحلة الثانية ، والمتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم ، فإن وجود الهيئة مربوط باختیار الأطراف وقبولها للمهمة التحكيمية ، وإذا افترضنا بأنه تم تشكيل الهيئة وقبلت المهمة التحكيمية ، فإن إعطاءها الحق بعد ذلك بإحالة النزاع أو عدم إحالته للتحكيم يعتبر انتهاكاً لعدم القيام بالمهمة التحكيمية بعد القبول بها ، حيث إنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتخلى عن القيام بمهمة التحكيم دون وجود عذر مقبول²¹⁶ .

²¹⁴ " تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر " .
نصت المادة (1 / 12) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه :

" يثبت قبول المحكم لمهمته كتابةً أو بتوقيعه على اتفاق التحكيم ... " .
²¹⁵ نصت المادة (20) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه :

" تباشر هيئة التحكيم عملها فور إحالة النزاع إليها بعد قبولها مهمة التحكيم بين الأطراف " .
²¹⁶ نصت المادة (2 / 12) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه :

" لا يجوز للمحكم بدون عذر أن يتخلى عن إجراء التحكيم بعد قبوله مهمته " .

وأخيراً ، فإن نص المادة (53 / 1) من نظام فض المنازعات والتحكيم قد انتهك المرحلة الثالثة للقيام بالمهمة التحكيمية ، حيث إن الإحالة للتحكيم عبر طرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم لا يتأتى إلا من قبل أطراف النزاع ، فدور الهيئة في القيام بالمهمة التحكيمية يبقى محجوراً حتى يتقدم أحد الأطراف بإحالة النزاع للتحكيم من خلال تقديمه ببيان التحكيم الخطي الذي نصت عليه المادة (23) من قانون التحكيم الفلسطيني .

وعلى ضوء هذا التحليل فإن قيام رئيس هيئة التحكيم أو المحكم الفرد بإحالة النزاع للتحكيم وفق نص المادة (53 / 1) من النظام ، يؤدي إلى مخالفة ما أوجبه قانون التحكيم الفلسطيني في هذا الصدد ، حيث إن هذا القانون قد استلزم أن يتقدم أطراف النزاع المتفق على إحالته للتحكيم بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم ، ودون هذا الطرح لا تستطيع هيئة التحكيم القيام بمهمتها التحكيمية .

الفرع الثاني : آثار غياب اتفاق التحكيم

يؤدي غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية إلى أن يتم الركون إلى القواعد التحكيمية التي جاء بها نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 ، والذي جسد صور غياب اتفاق التحكيم في حدوده القصوى ، حيث تكون هذه القواعد هي الحاكمة لوسيلة التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية .

ولا يتعارض ما تقدم مع ما جاءت به المادة (53 / 1) من النظام ، التي قضت بأن هيئة التحكيم تقوم بالفصل في موضوع النزاع وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم ، وذلك لأن هذه المادة جعلت من القواعد الإجرائية التي نص عليها النظام هي المقدمة في التطبيق على قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 ، وبذلك تكون قواعد نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 هي التي تتطوي تحت مظلتها وسيلة التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية .

وإذا أردنا المقارنة ما بين القواعد التحكيمية التي جاء بها هذا النظام والتكييف القانوني لاتفاق التحكيم ، فضلاً عن طبيعة التحكيم ذاتها ، يتبين أن هذه القواعد تثير جملة من الآثار ، والتي من الممكن ردها إلى أثرين رئيسيين . يمثل الأثر الأول علاقة غياب اتفاق التحكيم والسير في إجراءات التحكيم مع حق التقاضي ، فهذا الغياب يؤدي إلى أن يتم الدخول في إطار وسيلة التحكيم دون وجود اتفاق للتحكيم مما يترتب عليها انتهاكاً لحق اللجوء إلى القضاء ، والذي يعتبر الوسيلة الأصلية لحل المنازعات (أولاً) .

أما الأثر الثاني ، فإنه يمثل مخالفة القواعد التحكيمية التي احتواها نظام فض المنازعات والتحكيم للقواعد القانونية التحكيمية التي يمثلها قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 ، حيث إن هذه القواعد الأخيرة تعبر عن الشريعة العامة التي تحكم التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات ، والتي يتوجب أن لا يخرج التنظيم القانوني الخاص لمنازعات سوق الأوراق المالية عنها (ثانياً) .

أولاً : انتهاك حق التقاضي

يعتبر حق التقاضي من الحقوق الأصلية للإنسان ، حيث إن مضمونه العام يتجسد في حق الشخص في الالتجاء إلى القضاء لاستيفاء حق له ، أو لدفع اعتداء عن ذلك الحق ، ونتيجة لذلك فإن حق التقاضي يرتبط بجميع الحقوق الأخرى التي يقرها الدستور وتنظمها القوانين ، فحق التقاضي هو الأداة التي يمكن استخدامها للدفاع عن تلك الحقوق ، وهو بمثابة حامي هذه الحقوق ، فإذا ما تم انتهاكها من شخص أو سلطة ما يمكن لصاحب المصلحة اللجوء إلى القضاء لرد هذا الانتهاك²¹⁷ .

ولأهمية حق التقاضي ، فقد كفلته القواعد القانونية الدولية والوطنية ، وجعلته من الحقوق التي ترتبط بوجود الإنسان وحماية حقوقه الأخرى . فعلى الصعيد الدولي كفل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 هذا الحق²¹⁸ ، وذلك بموجب المادة (8) منه التي نصت على أن :

" لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون " .

كما قد كفل هذا الحق في إطار العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966²¹⁹ ، حيث نصت المادة (14 / 1) منه على أن :

" الناس جميعاً سواء أمام القضاء . ومن حق كل فرد ، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية ، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلمي من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية ، منشأة بحكم القانون ... " .

²¹⁷ برغوثي ، معين (2006) : حالة السلطة القضائية ومنظومة العدل في العام 2005 . الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله- فلسطين ، ص 14 – 15 .

²¹⁸ الأمم المتحدة (بدون تاريخ) : الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 ، باريس ، 10 ديسمبر 1948 . الأمم المتحدة ، نيويورك - الولايات المتحدة الأمريكية .

(<http://www.un.org/ar/documents/udhr> , 04.03.2013)

²¹⁹ الأمم المتحدة (بدون تاريخ) : العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 ، نيويورك ، 16 ديسمبر 1966 . الأمم المتحدة ، نيويورك - الولايات المتحدة الأمريكية .

(<http://www.un.org/ar/events/motherlanguageday/pdf/ccpr.pdf> , 04.03.2013)

أما على الصعيد الوطني ، فإن حق التقاضي في إطار المنظومة القانونية الفلسطينية يعتبر من الحقوق الدستورية التي نص عليها القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003²²⁰ ، فقد تم كفالة هذا الحق بموجب المادة (30) من هذا القانون الأساسي التي نصت على أنه :

" 1- التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا . 2- يحظر النص في القوانين على تحصيل أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء . 3- يترتب على الخطأ القضائي تعويض من السلطة الوطنية يحدد القانون شروطه وكيفياته " .

وأما بالنسبة لأحكام القضاء الفلسطيني بخصوص حق التقاضي ، فلقد تواترت محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله على احترام هذا الحق ، حيث نصت ثلاثة قرارات لهذه المحكمة وهي القرارات رقم (216) و (217) و (203) التي صدرت في سنة 2008 وبصورة حرفية على اعتبار حق التقاضي من الحقوق الدستورية التي لا يجوز التغول عليها ، وجاء النص على النحو الآتي :

" وحيث أن أحكام القانون التي اتجهت لها إرادة واضع الدستور ، هي الأحكام القانونية التي أقرت من الجهة المختصة في السلطة الوطنية الفلسطينية ، وهي السلطة التشريعية حيث تلك الأحكام ضمنمت الحرية الفردية للإنسان ضمن نطاق القانون ، واعتبرت المتهم بريئاً حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه . ولما كان حق التقاضي مضموناً ومكفولاً للناس كافة ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ضمن نظام قانوني لإجراءات التقاضي نصت عليها القوانين المطبقة أمام المحاكم النظامية " ²²¹.

وفي إطار ما تقدم يعتبر العنصر الهام في حق التقاضي ، هو اللجوء إلى القاضي من أجل حل المنازعات التي يتمحور مضمونها في الحصول على حق أو رفع الاعتداءات عن ذلك الحق التي يتعرض لها من يكتسب الشخصية القانونية ، وهذا ما يتجسد في مبدأ القاضي الطبيعي ، حيث إن هذا المبدأ يشكل ضماناً أساسية لتوفير المحاكمة العادلة في إطار حق التقاضي²²² ، ويقضي هذا

²²⁰ نشر هذا القانون في العدد الممتاز من الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع الفلسطينية) في شهر يوليو من العام 2002

²²¹ محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (2008 / 216) ، الصادر بتاريخ 21 / 8 / 2008 . رام الله - فلسطين .

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (2008 / 217) ، الصادر بتاريخ 21 / 8 / 2008 . رام الله - فلسطين .

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (2008 / 203) ، الصادر بتاريخ 19 / 8 / 2008 . رام الله - فلسطين .

²²² من الممكن فهم مبدأ القاضي الطبيعي ، وذلك من خلال العلة التي تدور مع وجوده ، حيث أن مبدأ القاضي يقوم على فكرة الاحتراف القائم على فكرة الاحتراف القائم على معرفة القانون الذي ينظم العلاقات بين الأشخاص وقانون أخلاق مهنة القضاء . وعلى هذا تأتي قاعدة تخصص القضاء ، بقصر العمل القضائي على فئات محددة مؤهلة تأهيلاً قانونياً وتملك الخبرة والتجربة التي تمكن القاضي من أداء اختصاصاته القضائية بكفاءة عالية وفعالية، فوجود القاضي الطبيعي المؤهل والكفاء من شأنه أن يؤكد استقلال القضاء ، لأنه بفضل ذلك يكون القاضي قادراً على أداء العدالة بالحكم في المنازعات طبقاً للقانون . فعدم المثل أمام غير القاضي الطبيعي العادي يسمح لغيره بنظر

المبدأ بمحاكمة الشخص من قبل قاضٍ أو محكمة عادية متخصصة ومنشأة مسبقاً ، وإنفاذاً لهذا المبدأ تحظر المحاكم الاستثنائية كالمحاكم الخاصة ، ومحاكم الطوارئ ، والمحاكم ذات الأثر الرجعي²²³ .

وفي ظل القواعد القانونية الدستورية التي كفلت حق التقاضي ، فإنه وفي دولة القانون وبمنطق مبدأ المشروعية فإن الحتمية التي لا جدال فيها ، هي أنه لا يجوز حرمان الأشخاص من اللجوء إلى القضاء أو عدم السماح لهم من مخاصمة الآخرين ، سواء أكان الطرف الآخر شخصاً أم سلطةً ما ، مما يشكل تعدياً على القانون وسيادته كتعبير عن إرادة الأمة ، كما ويشكل اعتداء صارخاً على السلطة القضائية واستقلالها إزاء السلطتين التنفيذية والتشريعية ، وبالنتيجة يتعارض بشكل أساسي مع حق التقاضي كحق دستوري ، وعليه فإن أي انتهاك لهذا الحق يعد عملاً غير مشروع ، ويتصف بعدم الدستورية²²⁴ .

وعلى الرغم من أن ما سبق يعتبر من المسلمات في ظل القانون الدستوري ومواثيق حقوق الإنسان، إلا أن نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 قد أمعن في انتهاكه لحق التقاضي ، فلأن غياب اتفاق التحكيم يؤدي إلى الدخول في وسيلة التحكيم في إطار هذا النظام، فإن قواعد هذا الأخير قد انتهكت حق التقاضي في مرحلتين رئيسيتين : الأولى تتعلق بتقرير الأثر السلبي لاتفاق التحكيم رغم غيابه ، أما الثانية فإنه تتعلق بنهائية وقابلية قرارات التحكيم التي تصدر بموجبها بدون وجود لأي اتفاق تحكيم .

فعلى صعيد الحالة الأولى ، نصت المادة (76) من النظام على أنه :

" لا يترتب على الطلب من المحكمة المدنية المختصة النظر في أمر من اختصاص هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم ، ويجوز لهيئة التحكيم المضي في تلك الإجراءات وإصدار قرار التحكيم " .

وقد يتبادر للمتفحص الأولي أن هذه المادة تعمل على تأكيد الأثر السلبي لاتفاق التحكيم الذي قرره المادة (7) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 التي نصت على أنه:

النزاع ، الأمر الذي يخل بالمساواة بين المتقاضين ، كما أن في ذلك اعتداء على اختصاص القاضي الطبيعي حين يشاركه غير القضاة في ممارسة اختصاصات القضاء في المنازعات، الأمر الذي يمس بنزاهة واستقلالية القضاء .
خالدي ، أحمد (2002) : معوقات استقلال السلطة القضائية الفلسطينية - دراسة مقارنة في ظل التشريعات الفلسطينية 1994 - 1998 - .
مجلة جامعة النجاح للأبحاث ، المجلد 16 ، العدد 2 ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين ، ص 376 .
²²³ اللجنة الدولية للحقوقيين (2007) : المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة ، والمحامين ، وممثلي النيابة العامة ، - دليل الممارسين رقم 1 - ، الطبعة الأولى ، النسخة العربية . اللجنة الدولية للحقوقيين ، جنيف - سويسرا ، ص 5 .
²²⁴ بوريني ، عمر (2007) : القضاء الإداري الأردني والمحاكمة العادلة . مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 23 ، العدد 2 ، جامعة دمشق ، دمشق - سوريا ، ص 56 - 57 .

" 1- إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم ، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء ، وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتضت بصفة اتفاق التحكيم .
2- لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم والاستمرار فيه أو إصدار قرار التحكيم " .

ولكن إذا تم التعمق بهذين النصين والمقارنة فيما بينهما من باب غياب اتفاق التحكيم في الأول ووجوده في الثاني ، يتبين أن الأساس القانوني الذي يجعل لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر النزاع أمامها ، على الرغم من وجود دعوى يتم نظرها أمام القضاء ، هو وجود اتفاق التحكيم الذي يخول لهذه الهيئة نظر هذا النزاع ، فإذا لم يوجد اتفاق تحكيم فإنه بالأساس لا يكون للهيئة نظر النزاع ، وبالتناوب لا يكون لها الاستمرار في نظره ، إذا تم رفع دعوى بشأنه أمام القضاء .

وبإسقاط ذلك على القواعد التي جاء بها نظام فض المنازعات والتحكيم ، يتضح أن استمرار هيئة التحكيم المشكلة وفق هذا النظام يتأتى دون وجود اتفاق تحكيم ، وهذا ما يعني أن قيامها بعملها هذا لا يدخل بالمطلق تحت مظلة التحكيم كوسيلة بديلة عن الوسيلة الأصلية ، وهي القضاء ، وفي ذلك انتهاك صارخ لحق التقاضي ، حيث إنه يتم محاكمة أطراف منازعات سوق الأوراق المالية أمام هيئة لا تعتبر هيئة تحكيمية بموجب قانون التحكيم ، وأيضاً لا تعتبر هيئة قضائية لأنها ليست من ضمن المحاكم العادية التي تنتمي للسلطة القضائية ، وهذا ما يشكل مخالفة لمبدأ القاضي الطبيعي .

أما الحالة الثانية التي انتهك فيها حق التقاضي في ظل نظام فض المنازعات والتحكيم تتمثل في تقرير نهائية وفورية تنفيذ قرارات التحكيم التي تصدر بموجب هذا النظام ، حيث نصت المادة (80) من النظام على أنه :

" تكون قرارات هيئة التحكيم نهائية ونافذة " .

كما نصت المادة (81) من ذات النظام على أنه :

" 1- إذا لم يقم المحكوم عليه بدفع التعويض المحكوم به للمحكوم له خلال مدة (30) ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه نسخة من قرار التحكيم، فإنه يلتزم بدفع فائدة عن المبلغ المحكوم به بنسبة (9%) سنوياً ، وذلك من تاريخ تبليغه القرار .
2- يحق لهيئة التحكيم ، عند إصدار القرار ، أن تقرر غرامة لا تزيد عن (10,000) عشرة آلاف دينار ليتم إيقاعه على الطرف الصادر ضده قرار التحكيم ، إذا لم يلتزم بقرار التحكيم والمبالغ المفروضة بموجبه خلال المدة المذكورة في الفقرة السابقة " .

ويرتبط هذان النصان ارتباطاً وثيقاً بمسألة الطعن في قرار التحكيم ، فالأصل والقاعدة العامة أن قرار التحكيم يعتبر قراراً نهائياً في إطار وسيلة التحكيم ، فلا يجري استئناف هذا القرار أمام هيئة تحكيم أخرى أو أمام أية محكمة ، ولأن التحكيم يعتبر وسيلة بديلة لحل النزاعات ، ويمثل استثناءً عن الوسيلة الأصلية وهي القضاء ، فإن المشرع قد أحاط قرار تحكيم بقدر من الحرص ، وذلك من خلال الرقابة اللاحقة للقضاء المتمثلة في الطعن بهذا القرار ، والتي هي بالأساس تكون رقابة إجرائية ، واستثناءً تكون موضوعية فيما يتعلق بالنظام العام ، حيث نصت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه :

" يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية : 1- إذا كان أحد أطراف التحكيم فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته ، ما لم يكن ممثلاً تمثيلاً قانونياً صحيحاً . 2- إذا كان قد أصاب هيئة التحكيم أو أحد أعضائها عارض من عوارض الأهلية قبل صدور قرار التحكيم . 3- مخالفته للنظام العام في فلسطين . 4- بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته . 5- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه . 6- إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم . 7- إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع " .

ولذلك فإن قرار التحكيم لا يعتبر قراراً قابلاً للتنفيذ الفوري ، بل يجب الدخول في إجراءات الطعن في هذا القرار أمام القضاء ، والتفيد بالمدد الزمنية اللازمة ، فقد أوجبت المادة (44) من قانون التحكيم الفلسطيني أن يتم تقديم طلب الطعن خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لصدور قرار التحكيم إن كان وجاهياً ، وإلا فمن اليوم التالي لتاريخه - مع مراعاة حالة إذا بني الطعن على أن قرار التحكيم قد استحصل من خلال الغش أو الخداع حيث تبدأ مدة الثلاثين يوماً من تاريخ اكتشاف الغش أو الخداع .

وبعد انتهاء مدة الثلاثين يوماً هذه ، ولم يتم الطعن في قرار التحكيم أمام المحكمة المختصة ، فإنه وبموجب الفقرة الأولى من المادة (45) من قانون التحكيم الفلسطيني ، فإن هذه المحكمة تصدر قراراً بتصديق القرار وإكسابه الصيغة التنفيذية ، وبموجب الفقرة الثانية من ذات المادة فإن المحكمة المختصة إذا قضت برفض طلب الطعن ، فإنها تقرر صحة قرار التحكيم ، وتكسبه الصيغة التنفيذية .

وعلى هدي ما تقدم ، فإن نظام فض المنازعات والتحكيم قد خالف ما قرره قانون التحكيم الفلسطيني فيما يتعلق بنهائية قرار التحكيم وقابليته للتنفيذ بعد أن تجري عليها الرقابة القضائية اللاحقة ، فحتى يصار إلى القول بأن قرار التحكيم يعتبر قراراً نهائياً ، فإنه يجب أن يصدر في ظل

وجود اتفاق التحكيم ، فالمرتكز الأساسي في الدخول لوسيلة التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع - سابقاً أو لاحقاً - على اختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعهم ، ولذلك فإن قرارات التحكيم الصادرة بموجب نظام فض المنازعات والتحكيم في شق النهائية من غير الممكن التسليم بنهائيتها لأنها قد صدرت في حالة يغيب فيها اتفاق التحكيم .

أما بالنسبة لشق قابلية التنفيذ ، فإن نصوص النظام في هذا الصدد السالف ذكرها قد أنكرت مبدأ الرقابة القضائية على قرارات التحكيم ، حيث إن قرار التحكيم في ظل هذا النظام يعتبر مشمولاً بالتنفيذ الفوري ، ويلتزم المخاطبون به بتنفيذ مقتضاه ، دون إعطاء المجال لأحد منهم التقدم للمحكمة المختصة للطعن في هذا القرار ، بل إن النظام قد أمعن في إهدار مبدأ الرقابة القضائية ، من خلال ترتيب الغرامات المالية التي يتوجب دفعها في حال عدم الالتزام بمضمون القرار .

وفي إطار هاتين الحالتين ، فإن قواعد نظام فض المنازعات والتحكيم قد سلخت مفهوم القرار التحكيمي عن قرارات التحكيم الصادرة بموجب هذا النظام ، حيث إن هذه القرارات من الاستحالة بمكان اعتبارها قرارات تحكيم صحيحة ، ومن ثم فهي لا تدرج تحت مظلة التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات ، كما أنها ليست أحكام قضائية نتيجة لعدم اعتبار الهيئة التي أصدرته جزءاً من المحاكم العادية .

وبناءً عليه ، فإن قرارات التحكيم التي تصدر بموجب نظام فض المنازعات والتحكيم قد صدرت بناءً على محاكمة أطراف منازعات سوق الأوراق المالية أمام هيئة لا تعتبر في ظل وسيلة التحكيم هيئة تحكيم صحيحة أو محكمة من المحاكم التي تدرج تحت مظلة السلطة القضائية ، مما يجعل من مثول ومحاكمة أطراف هذه المنازعات أمام الهيئة التي تشكل بموجب نظام فض المنازعات والتحكيم ليس مثولاً أمام القاضي الطبيعي ، وهذا ما يؤدي إلى انتهاك حق التقاضي .

وأخيراً ، ونتيجة لاعتبار حق التقاضي من الحقوق الأساسية التي نصت عليها القواعد القانونية الدستورية المتمثلة في القانون الأساسي الفلسطيني ، فإن غياب اتفاق التحكيم من خلال انتهاكه لهذا الحق يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية والمدنية الناشئة عنه بالتقادم ، حيث نصت المادة (32) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2005 على أنه :

" كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون ، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ، ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر " .

ثانياً : مخالفة قانون التحكيم الفلسطيني

تمثل القواعد القانونية التي رسمها قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 الشريعة العامة الحاكمة للتحكيم ، وهي بذاتها كافية لاستيعاب جميع المنازعات القابلة للتحكيم ، فالأصل - وفق ما بيناه في بداية الفرع الأول من هذا المطلب - هو انتفاء التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات بعينها، فيكتفي التنظيم القانوني للتحكيم في المنازعات المحددة بالأصل الموجود في التنظيم القانوني للتحكيم بشكل عام ، ولكن نظام فض المنازعات والتحكيم قد درجت مواده على مخالفة هذا الأصل العام ، حيث إن هناك العديد من هذه المواد تصطم وبشكل مباشر مع قانون التحكيم الفلسطيني ، مما يؤدي إلى استبدال القواعد القانونية التحكيمية التي جاء بها قانون التحكيم بقواعد مخالفة له ، جاء بها نظام فض المنازعات والتحكيم .

وتعتبر القواعد الناظمة للتحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم التي تخالف قانون التحكيم من الكثرة بمكان في مواد هذا النظام ، ولكن من الممكن رد حالات المخالفة إلى زمرتين رئيسيتين يندرج تحت كل منها العديد من الحالات الفرعية . ففي إطار الزمرة الأولى يندرج في ثناياها فئتين من المخالفات ، تمثل الأولى القواعد التي تحكم الخصومة التحكيمية ، أما الثانية ، فإنها تتعلق بالهيئة التحكيمية وتشكيلها وإقالتها وردّها .

فعلى صعيد القواعد الناظمة للخصومة التحكيمية ، فإن نظام فض المنازعات والتحكيم قد خالف قانون التحكيم بخصوص القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، فضلاً عن وضعه قيداً زمنياً لإحالة النزاع إلى التحكيم ومخالفة القواعد المقررة لمكان التحكيم .

فبالنسبة للقواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، نصت المادة (53 / 2) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :

" تقوم هيئة التحكيم بالفصل في موضوع النزاع وفقاً للنصوص ذات العلاقة في التشريع الفلسطيني".

ولقد صادر هذا النص حق الأطراف في اختيار القواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، وبذلك فإنه لا يكون للأطراف اختيار قانون آخر غير القانون الفلسطيني لتطبيقه على موضوع النزاع . وتعتبر هذه المخالفة انتهاكاً لإحدى الإيجابيات التي تقف وراء اختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لحل النزاع ، وبالأخص في حالة التحكيم الدولي ، فهذه المادة تخالف ما نصت عليه المادة (19 / 2) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 بشأن جواز اتفاق الأطراف في التحكيم الدولي على اختيار القواعد الموضوعية التي تطبق على موضوع النزاع²²⁵ .

²²⁵ نصت المادة (19 / 2) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على أنه :

أما بالنسبة لمكان التحكيم ، نصت المادة (59) من النظام على أنه :

" يجب أن يتم التحكيم وفقاً لهذا النظام في مقر السوق ، وتكون السوق مقراً لإجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك " .

وحتى ننظر لهذه المادة نظرة المتفحص الدقيق ، فإنه يجب التمييز ما بين مكان التحكيم وما بين مكان الجلسات التحكيمية التي تعقدتها هيئة التحكيم ، ففي ظل المادة السابقة فإن مكان التحكيم يتحدد في مقر السوق ، ومن ثم لا يكون لأطراف النزاع اختيار مكان آخر غير مقر السوق ، أما بالنسبة لمكان جلسات التحكيم فإنه أيضاً يكون في مقر السوق ، ولكن إذا توافر اتفاق ما بين أطراف النزاع على اختيار مكان آخر فإنه يعتد بهذا الاتفاق²²⁶ .

ويكتسب هذا التمييز أهمية بالغة الأثر في حالة التحكيم الدولي ، حيث إنه من الممكن للأطراف الاتفاق على مكان التحكيم في دولة ما ، ولكن قد تعقد هيئة التحكيم جلساتها في دولة أخرى غير دولة مكان التحكيم ، وهذا له أهمية كبيرة في تحديد أجنبية قرار التحكيم ، حيث إن قرار التحكيم يكتسب جنسية الدولة التي صدر فيها ، وليس جنسية الدولة التي تم عقد إجراءات التحكيم فيها . وبذلك يعتبر نص المادة (59) وفق التحليل المتقدم ، مخالفاً لما أقره قانون التحكيم الفلسطيني بموجب المادة (21) ، والتي عملت على تكريس مبدأ سلطان إرادة أطراف النزاع في اختيار مكان التحكيم²²⁷ .

" 1- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبيق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني . 2- إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني ، مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع " . على الرغم من أن هذه المادة قد أعطت الأطراف في التحكيم الدولي فقط اختيار القواعد الواجبة التطبيق ، إلا أنها بحاجة للتعديل ، وذلك لثلاثة أسباب رئيسية ، الأول يمثل في أن هذه المادة قد خلطت ما بين القواعد القانونية الموضوعية والقواعد القانونية الإجرائية الواجبة الإلتزام أمام هيئة التحكيم . أما السبب الثاني فإنه يتمحور حول أن نص المادة يجافي مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون الموضوعي الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، حيث أنه حصر هذا الفرض في التحكيم الدولي، ولم يمهده إلى غيره. أما السبب الثالث فإنه يتجسد في أن نص المادة شد عن المبادئ التي يجب اتخاذها في حال تخلف اتفاق الأطراف على اختيار القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع .

وأمام هذه الأسباب فإننا نأمل تعديل هذه المادة ، وفي هذا صدد نتمنى أن يأخذ المشرع الفلسطيني في إطار تعديل قانون التحكيم الفلسطيني بما نصت عليه المادة (28) من قانون الأونسترال النموذجي لسنة 1985 المعدل في سنة 2006 ، التي نصت على أنه :

" 1- تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانوني التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع . وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشر إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك . 2- إذا لم يعين الطرفان أية قواعد ، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق . 3- لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى ، أو كمحكم عادل منصف ، إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة . 4- في جميع الأحوال ، فصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد، وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة "

²²⁶ ما يؤيد رأينا في ذلك هو أن نص المادة السابقة يحتوي على شطرين ، الأول يتعلق بمكان التحكيم والذي لم يرد فيه وجود اتفاق لأطراف النزاع يصار إلى الأخذ به من أجل العزوف عن مقر السوق ، أما الشطر الثاني والذي تم فصله عن الشطر بموجب علامة الترقيم الفاصلة ، فإنه قد تناول اتفاق أطراف النزاع الذي يعتد به بدلاً من الركوز لمقر السوق كمكان لجلسات التحكيم .

²²⁷ نصت المادة (21) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على أنه :
" إذا لم يتفق أطراف التحكيم على مكان إجرائه ، فإنه يُجرى في المكان الذي تحدده هيئة التحكيم مع مراعاة ظروف النزاع وملاءمة المكان لأطرافه ، ويجوز لهيئة التحكيم عقد جلسة أو أكثر في أي مكان تراه مناسباً " .

وبخصوص القيد الزمني لإحالة النزاع إلى التحكيم ، نصت المادة (55) من النظام على أنه :

" لا تجوز إحالة أي من النزاعات المذكورة في المادة السابقة إلى التحكيم بعد مضي سنة واحدة على نشوء النزاع " 228 .

ويعتبر هذا النص غريباً نوعاً ما في إطار التنظيم القانوني لوسيلة التحكيم ، حيث إن القواعد القانونية التحكيمية التي تنظم التحكيم بصدد جانب المنازعات تتدخل فقط في تحديد ما إذا كانت المنازعة تدخل في منطقة قابلية التحكيم أم تخرج عنها ، ولا يمتد هذا التدخل لتقرير مدة زمنية للمنازعات القابلة للتحكيم ، وهذا ما قرره قانون التحكيم الفلسطيني في المادة (4) منه عندما أخرج جملة من المنازعات من قابليتها للتحكيم ، وبمفهوم المخالفة فإن أي نزاع لا ينتمي إلى هذه المنازعات ، فإنه يجوز إحالته للتحكيم وبغض النظر عن ربطه بمدة زمنية محددة .

وأما بالنسبة للفئة الثانية من مخالفات نظام فض المنازعات والتحكيم لقانون التحكيم الفلسطيني في إطار الزمرة الأولى ، فإنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بهيئة التحكيم التي تشكل بموجب نظام فض المنازعات والتحكيم ، حيث إن هذا النظام قد خالف قانون التحكيم فيما يتعلق بحرية اختيار المحكمين واختصاص المحكمة المختصة بتعيينهم ، فضلاً عن أنه خالف القانون بخصوص نزاهة المحكم ورده وإقالته ، وأيضاً خالفه في جبر المحكم على حلف اليمين قبل القيام بالمهمة التحكيمية .

فعلى صعيد إهدار حرية الأطراف في اختيار المحكمين ، نصت المادة (58 / 1) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :

" يتم اختيار أعضاء هيئة التحكيم من الأسماء الواردة على القائمة الأولى أو الثانية المعتمدة من قبل السوق " .

وبذلك فإن النص السابق قد صادر حرية اختيار أطراف النزاع للمحكمين ، وذلك من خلال جبرهم على اختيار المحكمين من ضمن القائمتين المعتمدتين من قبل السوق ، فلا يكون لأطراف النزاع اختيار محكمين آخرين غير المحكمين المقيدتين في القائمتين اللتين نصت المادة (56) من النظام عليهما²²⁹ . ويعتبر نص المادة (58 / 1) مخالفاً وبشكل كلي لما وفره قانون التحكيم الفلسطيني

²²⁸ من الممكن الإطلاق على هذا النص التقادم التحكيمي المسقط ، حيث إن مدة السنة التي أوردتها تعتبر قديماً على إحالة النزاع ، فإذا لم تتم إحالة النزاع للتحكيم خلالها ، فإنه يسقط الحق في إحالة النزاع للتحكيم بموجب صور غياب اتفاق التحكيم . وتقريباً عن ذلك ، وإذا نظرنا لهذا النص من زاوية انتهاك غياب اتفاق التحكيم لحق التقاضي ، فإن انتهاك حق التقاضي يبقى قائماً إلا حين مرور مدة السنة ، وبعد هذه المدة يرتفع عن حق التقاضي الانتهاك الذي كان واقعاً عليه من جراء غياب اتفاق التحكيم .

²²⁹ نصت المادة (56) من نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 على أنه :

" 1- يجب على السوق وضع قائمتين بأسماء المحكمين الذين يفصلون في النزاعات وفقاً لهذا النظام . 2- يجب أن تتوفر في كل محكم من المحكمين الواردة أسماؤهم على القائمة الأولى الشروط التالية : أ- أن يكون حاصلاً على الأقل على الشهادة الجامعية الأولى في القانون من جامعة معترف بها . ب- أن يكون حاصلاً على إجازة مزاولة مهنة المحاماة من نقابة محامي فلسطين . ج- أن تكون لديه خبرة في العمل لمدة خمس سنوات على الأقل في أي من المجالات التالية : 1- ممارسة مهنة المحاماة . 2- التعليم

من ميزة في اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع بعيداً عن القضاء ، فهو بالمقارنة مع القضاء يكون للأطراف في وسيلة التحكيم اختيار محكميهم ، أما في إطار وسيلة القضاء ، فإنه من غير الممكن أن يختار الأطراف القضاة الذين ينظرون النزاع ²³⁰.

كما قد تمت مخالفة اختيار المحكمين في حالة عدم الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم من محكم فرد ، وذلك بإعطاء مدير التحكيم اختصاص تعيين المحكم الثالث الذي يعين بعد أن يقوم كل طرف بتعيين محكمٍ عنه ، حيث نصت المادة (3 / 58) من النظام على أنه :

" إذا لم يتفق الطرفان على تعيين محكم فرد ، فيحال النزاع للنظر به من قبل ثلاثة محكمين ، وفي هذه الحالة ، يقوم كل طرف في طلب التحكيم وفي الرد عليه بتعيين محكم عنه ، ويقوم مدير التحكيم بتعيين المحكم الثالث ، ما لم يكن الطرفان قد خولا المحكمين المعينين منهما اختيار المحكم الثالث خلال ثلاثة أيام من تاريخ تعيين المحكم الثاني ، فإذا لم يتمكن المحكمان من الاتفاق على اختيار المحكم الثالث خلال المدة المذكورة ، يقوم مدير التحكيم بتعيينه ، ويتولى المحكم الثالث في جميع الأحوال رئاسة هيئة التحكيم " .

ومن أجل إيضاح مخالفة النص السابق لقانون التحكيم الفلسطيني ، فإنه يجب النظر إليه في ضوء المبدأ العام الذي قرره نص المادة (1 / 8) من قانون التحكيم الفلسطيني ، حيث إنه يكون لأطراف النزاع مطلق الحرية في اختيار هيئة التحكيم ، فإذا اختاروا أن تكون هيئة التحكيم ثلاثية مثلاً ²³¹ ، فقد يتفقوا على أن يختار كل طرف محكماً عنه ، كما قد يتفقوا على المحكم الثالث ، وبذلك يكون نص المادة (3 / 58) من النظام قد خالف قانون التحكيم في كيفية اختيار هيئة التحكيم إذا تعددت ، وذلك من خلال سحب سلطة اختصاص تعيين المحكم الثالث من قبل الأطراف وإعطائها لمدير التحكيم الذي يقوم بتعيين المحكم الثالث جبراً عن أطراف النزاع .

القانوني الجامعي . 3- العمل في سلك القضاء أو التحكيم . 4- العمل كمستشار قانوني لدى إحدى الشركات . 3- يجب أن يكون المحكم الوارد اسمه على القائمة الثانية واحداً من الأشخاص التاليين : أ- الشخص الذي عمل لمدة ثلاث سنوات في مجال الأوراق المالية لدى : 1- شركة أوراق مالية . 2- أية جهة حكومية أو بلدية . 3- أية مؤسسة عامة . 4- السوق ، ويشترط في هذه الحالة أن هذا الشخص لم يعد موظفاً لدى السوق . 5- مستشار إصدار أوراق مالية . ب- المحامي أو المحاسب أو أي خبير آخر خصص ما لا يقل عن 35 % من نشاطه المهني خلال السنتين السابقتين لتقديم خدماته لأي من الجهات المذكورة في البند السابق من هذه الفقرة " .

لقد توسعت هذه المادة في شروط المحكم توسع يخالف الشروط العامة التي يجب توافرها في المحكم ، حيث أنه وفق الأصل العام يجوز لأطراف النزاع اختيار أي شخص لأن يكون محكماً للنزاع ، متى استوفى الشروط العامة دون غيرها ، حيث نصت المادة (9) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه :

" يجب أن يكون المحكم أهلاً للتصرفات القانونية ، ومتمتعاً بحقوقه المدنية غير محكوم عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره " .

²³⁰ تأكيداً لحرية اختيار المحكمين نصت المادة (1 / 8) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه :

" تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر " .

²³¹ لم ينص قانون التحكيم الفلسطيني على وترية عدد المحكمين في هيئة التحكيم إذا تعددت، وهذا ما يؤدي من الناحية العملية إلى وجود هيئة تحكيم مشكلة من محكمين اثنين فقط ، وهذا يتنافى وكيفية صدور قرار التحكيم بالأغلبية ، حيث أنه قد يحدث عملياً في حال كانت الهيئة مشكلة من محكمين اثنين أن يصدر كل منهما قراراً يخالف الآخر ، الأمر الذي يطرح مشكلة تتمثل في أي من هذين القرارين يعتبر قرار تحكيم نهائي ورافع للنزاع. وأيضاً إذ كان هذا غير مقبول في وسيلة القضاء الأصلية ، فإنه من باب أولى أن يكون غير مقبول في وسيلة التحكيم التي تعتبر وسيلة بديلة عن الأصل العام .

ولكن ما يجب الإشارة إليه ، أن نص المادة (58 / 3) في شطره الأخير قد اعترف باتفاق أطراف النزاع على تخويل المحكم الأول والمحكم الثاني اللذين يتم اختيارهما من قبل أطراف النزاع سلطة تعيين المحكم الثالث ، ولكن هذا الاعتراف أيضاً مخالف لما قرره قانون التحكيم الفلسطيني بموجب المادة (8 / 2) منه ²³² ، وذلك لأن مناط تخويل المحكم الأول والمحكم الثاني تعيين المحكم الثالث يرتبط وجوداً وعدمياً مع عدم اتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم وفق نص المادة (8 / 1) من قانون التحكيم .

ومن ناحية أخرى ، فإن نص المادة (58 / 3) يعتبر مخالفاً لما قرره قانون التحكيم الفلسطيني بالنسبة للتعيين القضائي للمحكمين ، وذلك بإعطاء مدير التحكيم اختصاص تعيين المحكم الثالث في حالة عدم اتفاق المحكمين على تعيين المحكم ، ولقد تكررت هذه المخالفة أيضاً بالنسبة لتعيين المحكم الفرد في حال عدم اتفاق أطراف النزاع على تعيينه ، وأيضاً في حالة امتناع طرف من أطراف النزاع عن تعيين محكمٍ عنه ²³³ ، وتعتبر هذه الحالات انتهاكاً صارخاً لاختصاص المحكمة المختصة في تعيين المحكمين ، وفق ما قرره المادة (11) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 ²³⁴ .

وأما بالنسبة لنزاهة المحكم ، فإن الأصل في تعيين المحكم ، هو أن يتم إحالة موضوع النزاع إلى شخص تتوافر في النزاهة والاستقلالية ، حتى يستطيع الفصل في النزاع بتجرد كامل عن الظروف التي تحيط بشخصه بالنزاع ، ولقد أكد قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 هذه النزاهة

²³² نصت المادة (8 / 2) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على أنه :
" إذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكماً ، ويختار المحكوم مرجحاً إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك " .

وجدير بالذكر أن وجود مفهوم المحكم المرجح قد أثار العديد من الإشكاليات في الناحية العملية ، تمثلت أهمها في أن هيئة التحكيم لا تقوم بتعيين هذا المحكم إلا بعد استنفاد كافة إجراءات التحكيم والوصول إلى قرارين من قبل هيئة التحكيم أحدهما يخالف الآخر ، فلا يتم تعيين المحكم المرجح إلا في مرحلة الاختلاف. وهذا ما يؤدي إلى سلخ مفهوم المحكم عن المحكم المرجح الذي يتوجب أن يكون حاضراً من بداية الإجراءات ، كما أنه من ناحية أخرى قد ترفض هيئة التحكيم تعيين المحكم المرجح منذ البداية ، وهذا ما يؤدي إلى الوصول إلى قرار تحكيم صادر عن هيئة تتشكل من عضوين فقط .

ولذلك فالأسلم إسقاط مفهوم المحكم المرجح من المنظومة القانونية الفلسطينية ، وليس في ذلك شذوذ عن النهج التشريعي المألوف في تنظيم وسيلة التحكيم ، ومن أمثلة التشريعات العربية التي أسقطت مفهوم المحكم المرجح : قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 وقانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 .

²³³ هذا ما جسده الفقرة الثانية والرابعة من المادة (58) من نظام فض المنازعات والتحكيم حينما نصت على أنه :
" 2- إذا اتفقت الأطراف على أن ينظر النزاع من قبل محكم منفرد ، فلأطراف تعيينه خطياً ، باتفاق يبلغ إلى أمين السر ، وإذا لم يتفق على هذا التعيين خلال (7) سبعة أيام من تاريخ إبلاغ الطرف الآخر بطلب التحكيم ، يقوم مدير التحكيم بتعيين المحكم الفرد ... 4- إذا امتنع أحد الطرفين عن تعيين محكمه كما هو مذكور في الفقرة الثانية من هذه المادة ، يقوم مدير التحكيم بتعيين المحكم بدلاً عنه " .

²³⁴ نصت المادة (11) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على أنه :
" 1- بناءً على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكماً أو مرجحاً من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل وذلك في الحالات الآتية : أ- إذا كان اتفاق التحكيم يقضي بإحالة النزاع إلى محكم واحد ولم يتفق الأطراف على تسمية ذلك المحكم . ب- إذا كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من قبله ولم يقر بذلك . ج- إذا لم يقبل المحكم مهمته كتابة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه باختياره محكماً . د- إذا اعتذر المحكم أو محكم أحد الأطراف في التحكيم المتعدد عن القيام بالتحكيم أو أصبح غير أهل لذلك أو غير قادر عليه ولم يعين الأطراف أو ذلك الطرف خلفاً له . هـ- إذا كان على المحكمين تعيين مرجح ولم يتفقوا . و- إذا رفض أو اعتذر المرجح عن القيام بالتحكيم ، ولم يتضمن اتفاق التحكيم كيفية تعيين خلف له ولم يتفق الأطراف على تعيين ذلك الخلف . 2- تصدر المحكمة قرارها بالتعيين خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة الطلب ، ويكون القرار غير قابل للطعن " .

والاستقلالية بموجب المادة (1 / 12) منه ، وذلك حينما أوجب على المحكم أن يفصح لأطراف النزاع عند قبوله للمهمة التحكيمية عن أية ظروف من شأنها أن تثير الشكوك حول استقلاله أو حيده²³⁵ . وعلى الرغم من أن إفصاح المحكم للأطراف وفق هذه المادة يعتبر من بديهيات القيام بالعملية التحكيمية ، إلا أن نظام فض المنازعات والتحكيم وبموجب المادة (1 / 64) منه قد خالف هذا المبدأ ، وذلك من خلال إلزام المحكم بالإفصاح لمدير التحكيم ، وليس لأطراف النزاع عن أية ظروف من شأنها أن تؤثر على نزاهة واستقلالية العملية التحكيمية²³⁶ .

كما قد خالف نظام المنازعات والتحكيم قانون التحكيم الفلسطيني فيما يتعلق في الجهة التي يقدم إليها طلب رد المحكم من قبل أحد أطراف النزاع ، وذلك إذا وجدت ظروف تثير الشكوك حول حياديته واستقلاله ، حيث أوجبت المادة (1 / 65) من النظام أن طلب الرد يقدم لأمين السر ، والذي بدوره يرفعه لمجلس إدارة السوق²³⁷ . وبناءً على ذلك فإن الذي يفصل في طلب الرد هو مجلس إدارة السوق ، وهذا ما يشكل مخالفة لما نص عليه قانون التحكيم الفلسطيني ، حينما قضت المادة (14) منه بأن طلب الرد يقدم إلى هيئة التحكيم ، وفي حال رفضها لهذا الطلب فإنه يكون لمقدمه أن يلجأ إلى المحكمة المختصة²³⁸ .

²³⁵ نصت المادة (1 / 12) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على أنه :
" ثبت قبول المحكم لمهمته كتابة أو بتوقيعه على اتفاق التحكيم ، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاليته أو حيده " .
وإذا كان هذا النص للوهلة الأولى يلبى إرادة الأطراف بأنهم أحالوا النزاع على محكم مستقل ونزيه ، إلا أنه جاء معيباً لأنه اشترط وجود النزاهة والاستقلال فقط عند قبول مهمة التحكيم أما بعد ذلك فإنه من الممكن أن تنتفي نزاهته أو استقلاله ولا يؤثر ذلك على عملية التحكيمية ، وذلك لاشتراط هذا النص للنزاهة والاستقلال عند القبول بالمهمة التحكيمية فقط ، وعلى ذلك نأمل أن يتم تعديل هذا النص يجعلها يمد أسباب قيام النزاهة والاستقلالية إلى العملية التحكيمية برمتها ، وبهذا الصدد من الممكن الاستعانة بما أوردها قانون الأونسترال النموذجي ، حيث نصت المادة (12) منه على أنه :

" على الشخص حين يفتح بقصد احتمال تعيينه محكماً أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده واستقلاله . و على المحكم منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم ، أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظرف من هذا القبيل ، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها " .

²³⁶ نصت المادة (1 / 64) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :
" يجب على كل محكم ، سواء عند بدء التحكيم أو أثناء السير في الإجراءات ، أن يبلغ مدير التحكيم بكل شيء يؤثر على مشاركته في هيئة التحكيم وعلى قدرته على اتخاذ قرار نزيه ، مثل : أ- أية منفعة مادية أو شخصية للمحكم أو لأي من أفراد عائلته أو موظفيه الحاليين أو شركائه من نتيجة التحكيم ، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة . ب- أية علاقة عمل أو قرابة أو علاقة اجتماعية أو غيرها للمحكم أو لأي من أفراد عائلته أو موظفيه الحاليين أو شركائه بأي طرف من أطراف النزاع أو وكيله أو بأي شخص يعلم أنه سيطلب للشهادة ، سواء كانت هذه العلاقة مباشرة أو غير مباشرة " .

²³⁷ نصت المادة (1 / 65) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :
" 1- يحق لأي طرف أن يطلب رد أي محكم يرى عدم استقلاليته أو ارتباطه بأي شكل بموضوع النزاع ، ويقدم طلب الرد إلى أمين السر خلال (3) ثلاثة أيام من تاريخ تبليغه بقرار تعيين المحكم ، ويعود لمجلس الإدارة حق الفصل في هذا الطلب حسب تقديره " .

ولقد عرفت المادة (1) من ذات النظام مجلس الإدارة بأنه :
" مجلس الإدارة : ويعني مجلس إدارة السوق " .

²³⁸ نصت المادة (14) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على أنه :
" 1- إذا نشأ لدى أحد أطراف النزاع سبب لطلب رد هيئة التحكيم أو أي من أعضائها فعليه أن يتقدم بطلب الرد كتابياً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم إلى هيئة التحكيم أو إلى مؤسسة التحكيم إذا كان التحكيم مؤسسياً . 2- إذا رفض طلب الرد يحق لطالبيه الطعن في القرار أمام المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن . 3- يترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن فيه أمام المحكمة وقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن " .

وآخر مخالفة بالنسبة للمحكّمين ، فإنها تتمثل في إلزام المحكم بموجب المادة (61) من النظام بحلف اليمين أمام مدير التحكيم ، بأنه سيبلغ قصار جهده على إصدار قرار التحكيم النزيه والعدل²³⁹ ، ومن غير الممكن تفحص هذه المخالفة إلا باللجوء إلى الفرق ما بين المحكم والقاضي بالنسبة لحلف اليمين ، فلما كان أطراف النزاع أمام وسيلة القضاء ملزمين بالقاضي الذي تعينه الدولة حسب توزيع العمل القضائي لدى المحاكم ، دون أن يكون لهؤلاء الأطراف حرية الاختيار في اللجوء إلى قاضٍ معينٍ ، فلا بد من تحليف القاضي اليمين قبل مباشرة عمله لإعطاء أطراف النزاع خاصة والمواطنين عامة الثقة به ، وبالأحكام التي سيصدرها ، أما المحكم ونتيجة لمبدأ سلطان الإرادة فيتم اختياره من قبل أطراف النزاع التحكيمي ، بعد أن يكونوا قد تحروا عن مقدرته وصفاته الشخصية ، و لذلك لم يعد ما يبرر تحليفه اليمين قبل مباشرته التحكيم ، وهذا ما ذهب إليه قانون التحكيم الفلسطيني ، حيث إنه لم يشر في أي مادة من مواده على وجوب تحليف المحكم اليمين ، وبذلك يكون ما قضت به المادة (61) من النظام مخالفاً لقانون التحكيم .

وبعد أن حصرنا وفق ما تقدم الحالات التي خالف فيها نظام فض المنازعات والتحكيم قانون التحكيم الفلسطيني في إطار الزمرة الأولى ، فإننا سنتولى فيما يلي حصر حالات المخالفات في ظل الزمرة الثانية ، والتي تشمل فئتين رئيسيتين : الأولى تتعلق بالأعمال الإجرائية التي تباشر أمام هيئة التحكيم بعد تشكيلها ، أما الثانية فإنها تتعلق بقرار التحكيم .

فعلى صعيد الفئة الأولى ، فإن نظام فض المنازعات والتحكيم قد خالف قانون التحكيم في ثلاث حالات أساسية . وأول هذه الحالات تتعلق بممارسة بعض الأشخاص مهام هيئة التحكيم دون أن يكونوا من ضمن الهيئة التي تم تشكيلها باتفاق أطراف النزاع ، وقد تجلّى ذلك بإدخال شخصين للقيام ببعض هذا المهام ، سواء أكان ذلك بشكل دائم أم بشكل مؤقت ، فبالنسبة للشخص الذي يقوم ببعض مهام العملية التحكيمية بشكل دائم فلقد نصت المادة (57) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :

" يعين مجلس الإدارة مديراً للتحكيم من بين المحكّمين الواردة أسماؤهم على قائمة المحكّمين الأولى، ويكون مسؤولاً عن القيام بكل المهام الإدارية والتنظيمية المرتبطة بالفصل في كل النزاعات عن طريق التحكيم وفقاً لهذا النظام . ويجوز له - في سبيل تنفيذه هذه المهام - أن يستعين بأمين السر " .

ويتبين من خلال هذا النص أن مدير التحكيم الذي يعين من قبل مجلس إدارة السوق يقوم بمهام الرئيس الإجرائي ضمن هيئة التحكيم ، دون أن يكون هذا الشخص معيناً من قبل الأطراف ، وهذا

²³⁹ نصت المادة (61) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :
" يجب على كل عضو في هيئة التحكيم أن يحلف اليمين أمام مدير التحكيم على أنه سيعمل على إصدار القرار النزيه والعدل في ضوء البيانات التي يتم تقديمها لهيئة التحكيم " .

ما يشكل اعتداءً على مبدأ تشكيل هيئة التحكيم بحرية اختيار أطراف النزاع في تعيين هيئة التحكيم الذي قرره المادة (8 / 1) من قانون التحكيم الفلسطيني .

وإمعاناً بانتهاك نظام فض المنازعات والتحكيم لهذا المبدأ ، فإنه قد أدخل شخصاً آخر للقيام ببعض مهام هيئة التحكيم ، وقد تجلّى ذلك من خلال إعطاء هيئة التحكيم بموجب المادة (74) من النظام اختصاص نذب أحد أعضاء الدائرة القانونية في السوق تولي مهمة التحقيق في النزاع المطروح أمامها²⁴⁰ ، ولكن هذا النذب يأتي بشكل اختياري ومؤقت من قبل هيئة التحكيم، وهذا ما يؤدي إلى أن يتولى شخص غريب عن هيئة التحكيم التي تم تعيينها باتفاق أطراف النزاع بعض مهام هذه الهيئة .

وأما الحالة الثانية التي خالف فيها نظام فض المنازعات والتحكيم قانون التحكيم في ظل الفئّة الثانية، فإنها تتصل باتخاذ الإجراءات التحفظية والحصول على أدلة . فعلى صعيد اتخاذ الإجراءات التحفظية ، فإن النظام وبموجب المادة (73) ، قد خالف قانون التحكيم فيما يتعلق باتخاذ الإجراءات التحفظية أثناء نظر النزاع أمام هيئة التحكيم ، حيث إن القانون وبموجب المادة (33) منه قد قرر مبدأً عاماً بشأن اتخاذ الإجراءات التحفظية ، يقوم بشكل أساسي على النص على ذلك في اتفاق التحكيم²⁴¹ ، فإذا لم يتم النص في اتفاق التحكيم على أن يكون لهيئة التحكيم اتخاذ الإجراءات التحفظية ، فإنه لا يجوز لهذه الهيئة بعد ذلك - حتى ولو تقدم لها أحد الأطراف - أن تقوم باتخاذ هذه الإجراءات .

وأما بالنسبة للمخالفة المتعلقة بالحصول على الأدلة ، فقد نصت المادة (71) من النظام على أنه :

" لهيئة التحكيم ولأي من الطرفين - بموافقة هيئة التحكيم - الحصول على أدلة من الجهات المعنية في فلسطين ، وفي حال امتناع أية جهة عن ذلك يكون لهيئة التحكيم طلب المساعدة من أية محكمة مختصة

²⁴⁰ نصت المادة (74) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :

" تتولى هيئة التحكيم مهمة التحقيق في المنازعة المعروضة عليها إذا دعت الحاجة لذلك ، ولها أن تنتدب أحد أعضائها أو أن تطلب من الدائرة القانونية تولي ذلك " .

²⁴¹ نصت المادة (73) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :

" 1- يجوز لأحد الطرفين أن يطلب إلى أية سلطة قضائية اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية طبقاً لأحكام القانون قبل البدء في إجراءات التحكيم ، دون أن يشكل هذا الطلب مخالفة لاتفاق التحكيم ودون المساس بسلطة هيئة التحكيم ، ويجب دون إبطاء إبلاغ مثل هذا الطلب والإجراءات التي اتخذتها السلطة القضائية إلى أمين السر وعلى هذا الأخير إعلام هيئة التحكيم بها . وعلى هيئة التحكيم طلب إلغاء أو تثبيت تلك التدابير المؤقتة والتحفظية في ضوء قرار التحكيم النهائي . 2- يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيّاً من الطرفين - بناء على طلب أحدهما - باتخاذ تدبير وقائي مؤقت ، تراه ضرورياً لموضوع النزاع ، ولها أن تطلب تقديم الضمان المناسب فيما يتعلق بالتدبير المتخذ " .

وجدير بالذكر أنه قد ورد سهواً في ظل الفقرة الأولى من المادة (73) السابقة مصطلح اتفاق التحكيم ، وما يؤيد رأينا في ذلك أن النظام قد كرس غياب اتفاق التحكيم في أقصى صورته .

أما قانون التحكيم ، فلقد نصت المادة (33) منه على أنه :

" يجوز لهيئة التحكيم أثناء نظر النزاع أن تصدر أمراً باتخاذ أية إجراءات تحفظية أو مستعجلة تراها مناسبة بحق أحد أطراف التحكيم ، إذا نص اتفاق التحكيم على ذلك ويكون لهذا الأمر قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة ، ويجري تنفيذه بذات الطريق الذي تنفذ به الأحكام والقرارات " .

في فلسطين للحصول على تلك الأدلة . وللمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود اختصاصها ووفقاً للقواعد المعمول بها لديها بشأن الأدلة " .

ونظراً لأن الحصول على الأدلة وفق النص السابق يقوم عندما تبدأ هيئة التحكيم بمباشرة المهمة التحكيمية ، فإنه بذلك يكون بعد أن يتم وجود اتفاق للتحكيم ما بين أطراف النزاع ، وبناء عليه وفي إطار غياب اتفاق التحكيم وفق ما كرسه نظام فض المنازعات والتحكيم ، فإن الحصول على الأدلة قد فقد أساسه القانوني المتمثل بوجود اتفاق التحكيم ، وهذا ما يشكل مخالفة لقانون التحكيم .

وآخر حالة في إطار الفئة الثانية من الزمرة الثانية من المخالفات التي وقع فيها نظام فض المنازعات والتحكيم فإنها تتصل بالمساواة ما بين أطراف النزاع أمام هيئة التحكيم ، حيث نصت المادة (63) من النظام على أنه :

" تلتزم هيئة التحكيم بتقديم العون للطرف الذي ليس له محام ، على أن لا يؤثر ذلك على حيادها ، كأن ترشده للتركيز على جانب معين أثناء نظر النزاع أو أن تبين له أهمية تقديم ملخص لادعائه عند بدء أول جلسة " .

على الرغم من أن هذا النص في ظاهره يوفر ضمانات إجرائية لأحد أطراف النزاع الذي لم يُوكَل عنه محامٍ أمام هيئة التحكيم ، إلا أن هذا النص وبعيداً عن فكرة الحيادة التي أكد عليها ، فإنه قد خالف مبدأ مساواة أطراف النزاع في المعاملة أمام هيئة التحكيم ، فبغض النظر عن وجود محامٍ لأحد الأطراف وعدم وجوده للطرف الآخر ، فإنه يجب أن يكون هناك معاملة متساوية فيما بينهم ، فإذا أرادت هيئة التحكيم أن ترشد طرفاً منهما إلى التركيز على جانب معين من النزاع ، فإنها يجب أن ترشد الطرف الآخر في ذات الصدد ، وهذا ما يؤدي إلى مخالفة مبدأ المساواة ، الذي جاء قانون التحكيم في فحواه العام حاضناً له ، وأيضاً يعتبر مخالفة لللائحة التنفيذية لقانون التحكيم بموجب المادة (35) منها التي أقرت مبدأ المساواة²⁴² .

وبعد أن بينا فيما سبق المخالفات التي وقع فيها نظام فض المنازعات والتحكيم في إطار الفئة الأولى من الزمرة الثانية من المخالفات ، فإننا سننتقل بعد ذلك إلى تبين المخالفات في ظل الفئة الثانية ، والتي تتصل اتصالاً وثيقاً بمخالفة قواعد قانون التحكيم فيما يتعلق بقرار التحكيم، حيث إن النظام قد خالف قانون التحكيم بهذا الصدد في خمس حالات أساسية .

²⁴² نصت المادة (35) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على أنه :
" تكفل هيئة التحكيم جميع حقوق الدفاع لأطراف النزاع ، وتعاملهم على قدم المساواة وتتيح لكل طرف منهم في جميع الإجراءات الفرصة الكاملة لعرض قضيته " .

وأول هذه الحالات تتعلق بعدم اشتغال قرار التحكيم على اتفاق التحكيم ، حيث إن المادة (79) من النظام والتي بيّنت مشتملات قرار التحكيم قد خلت كلياً من ذكر اتفاق التحكيم ضمن هذه المشتملات²⁴³ . ومن الممكن اعتبار هذه الحالة ليست غريبة في إطار نظام فض المنازعات والتحكيم ، وذلك لأنه قد درج على تكريس غياب اتفاق التحكيم ، إلا أنها تعتبر غريبة في ظل قانون التحكيم الذي فرضت المادة (39 / 1) وجوب أن يشتمل قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم²⁴⁴ ، وجدير بالذكر أن قرار التحكيم الذي لا يتوافر فيه إيذاناً لاتفاق التحكيم يعتبر قراراً باطلاً ، وهذا ما يعتبر سبباً من أسباب الطعن في قرار التحكيم أمام المحكمة المختصة²⁴⁵ .

وأما الحالة الثانية التي خالف فيها نظام فض المنازعات والتحكيم قانون التحكيم بصدد قرار التحكيم، فإنها قد تمحورت حول مدة إصدار هذا القرار ، حيث نصت المادة (78 / 1) من النظام على أنه :

" يجب على هيئة التحكيم إصدار قرارها الفاصل في النزاع خلال (30) ثلاثين يوماً من اختتام البينات ورفع الجلسة للقرار " .

وحتى نستطيع رصد هذه المخالفة ، فيجب النظر إليها في ضوء المدة الزمنية التي قررها قانون التحكيم لإصدار قرار التحكيم ، وذلك وفق المادة (38) منه التي نصت على أنه :

" 1- أ- على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان .
ب- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم ، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر .
2- إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (1) أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم ، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة .
3- تصدر هيئة التحكيم قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم ، ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك ... " .

²⁴³ نصت المادة (79) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :
" يجب أن يتضمن قرار التحكيم: 1- أسماء الأطراف ووكلائهم ، إذا كان لأي منهم وكيل . 2- تاريخ تقديم الدعوى وتاريخ إصدار القرار فيها . 3- عدد جلسات التحكيم، وزمان ومكان كل منها . 4- ملخصاً لمحل النزاع . 5- الطلبات التي تقدم بها كل طرف وما إذا تمت إجابتها ، جميعها أو بعضها ، بموجب قرار التحكيم والأسباب التي دعت إلى ذلك . 6- مع مراعاة نص المادتين (11 و 12) من هذا النظام ، الطرف الذي يتحمل نفقات التحكيم وأتعاب أعضاء هيئة التحكيم أو مقدار مساهمة كل من الطرفين فيها . 7- أسماء أعضاء هيئة التحكيم ، وتوقيع الأعضاء الذين أصدروا القرار".

²⁴⁴ نصت المادة (39 / 1) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على أنه :
" يجب أن يشتمل قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم وأطرافه وموضوعه والبيانات المستمعة والمبرزة والطلبات وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخ ومكان صدوره وتوقيع هيئة التحكيم " .

²⁴⁵ نصت المادة (43 / 6) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على أنه :
" يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: 6...- إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم " .

وبإحداث المقارنة فيما بين النصين السالفي الذكر ، يتبين أن نظام فض المنازعات والتحكيم قد خالف قانون التحكيم الفلسطيني في الأصل ، والبديل الذي يصرار إليه في تعيين مدة إصدار قرار التحكيم في حال تخلف الأصل ، فالأصل وفق قانون التحكيم أن يكون للأطراف سلطة تعيين المدة الزمنية اللازمة لإصدار قرار التحكيم ، أما النظام فقد خالف هذا الأصل بعدم إعطاء الأطراف سلطة تعيين هذه المدة ، فلا يكون لأطراف النزاع الاتفاق على مدة زمنية تلزم هيئة التحكيم باتخاذ قرار التحكيم خلالها .

أما بالنسبة للبديل الذي يصرار إلى الأخذ به في حال تخلف وجود اتفاق ما بين أطراف النزاع في تعيين المدة الزمنية التي يتم اتخاذ قرار التحكيم خلالها ، فإن القانون قد فرق ما بين أمرين ، فقد وضع القانون المدة الزمنية الكاملة لاتخاذ قرار التحكيم من بدء إجراءات التحكيم اثني عشر شهراً ، ويكون لهيئة التحكيم تمديد هذه المدة لمدة لا تزيد عن ستة أشهر ، وأما المدة الزمنية الثانية التي رسمها قانون التحكيم ، فإنها قد تحددت بمدة ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم . ولقد خالف النظام هاتين المديتين بعدم الاعتراف بالمدة الزمنية الأولى ، وبتخفيض المدة الزمنية الثانية إلى ثلاثين يوماً ، وهذا ما يشكل انتهاكاً للنظام العام الإجرائي الذي سطره قانون التحكيم .

وإذا كانت الحالتان السابقتان قد عبرتا عن المخالفات التي تقع قبل أن يخرج قرار التحكيم إلى النور ، فإن الحالتين الأخيرتين تتصلاً بالمخالفات التي ترافق إخراج هذا القرار إلى الواقع القانوني . فعلى صعيد الحالة الثالثة التي خالف فيها نظام فض المنازعات والتحكيم قانون التحكيم فإنها تتعلق بكيفية إصدار قرار التحكيم . ومن أجل رصد هذه المخالفة ، فإنه وبالنقيض على ما سرنا عليه سابقاً ، فإننا سنثبت ما أورده قانون التحكيم أولاً ، وبعد ذلك نتعرض لما قرره النظام ، وذلك لسبب رئيسي يقوم على التخطي في نصوص النظام في كيفية إصدار قرار التحكيم .

فبالنسبة لقانون التحكيم ، فإن المادة (40) منه نصت على أنه :

" تصدر هيئة التحكيم قرارها بحضور الأطراف ، فإذا تغيب أحدهم أو أكثر عن حضور جلسة النطق بالقرار على الرغم من تبليغه بذلك ، تصدر الهيئة قرارها في تلك الجلسة وتقوم بتبليغه للطرف الغائب ، ويعتبر القرار بمثابة الحضور في مواجهته ، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك " .

أما نظام فض المنازعات والتحكيم ، فلقد نصت المادة (84) منه على أنه :

" 1- يصدر قرار التحكيم في نسخة أصلية تودعها هيئة التحكيم لدى أمين السر وتسلم الهيئة نسخة منه²⁴⁶ . 2- يدعو أمين السر الطرفين لاستلام قرار التحكيم حال وروده إليه . 3- يسلم أمين السر نسخة

²⁴⁶ عرفت المادة (1) من نظام فض المنازعات والتحكيم الهيئة بأنها :
" الهيئة : وتعني هيئة سوق رأس المال الفلسطيني " .

مصدقة من قرار التحكيم لأي من الطرفين يطلب استلام القرار شريطة أن يكون الطرفان أو أحدهما قد دفع مصاريف التحكيم كاملة . 4- يجوز لأي من الطرفين ، في أي وقت ، أن يطلب من أمين السر صوراً إضافية طبق الأصل عن الحكم الصادر " .

وأيضاً نصت المادة (3 / 78) من هذا النظام على أن :

" يجب على هيئة التحكيم أن تقدم قرارها لمدير التحكيم فوراً ليقوم بدوره بإرسال نسخة عنه إلى كل طرف أو وكيله . ويجوز لمدير التحكيم أن يمتنع عن ذلك ، إلى أن يقوم الطرف المعني بدفع ما ألزمه قرار التحكيم به من نفقات وأتعاب " .

وباستقضاء كيفية إصدار قرار التحكيم من خلال النصوص السابقة ، يتبين أن الأصل والقاعدة العامة وفق ما أقره قانون التحكيم هو أن تقوم هيئة التحكيم وخلال المدة الزمنية المقررة بدعوة طرفي النزاع وبعد انتهاء الإجراءات إلى جلسة تسمى جلسة إصدار القرار ، وفي ظل هذه الجلسة يصدر قرار التحكيم بحضور الطرفين ، وبشكل مباشر يتم تسليم قرار التحكيم لكل منهما ، فلا يكون ما بين طرفي النزاع وقرار التحكيم حجاباً إلا هيئة التحكيم التي تستكمل مهمتها التحكيمية بإصدار هذا القرار وتسليمه إليهما .

وبإسقاط هذا الأصل العام على نصي نظام فض المنازعات والتحكيم ، يتبين أن هذين النصين قد أوجداً فاصلاً شخصياً ما بين قرار التحكيم وأطراف النزاع ، وبذلك تكون المخالفة لقانون التحكيم واضحة وجلية . ولكن المشكلة في هذين النصين أن الفاصل الشخصي الذي يحول ما بين طرفي النزاع وقرار التحكيم لم يكن شخصاً واحداً ، بل كان تارة أمين السر ، وتارة أخرى مدير التحكيم ، وهذا ما يؤدي إلى التخبط فيما بينهما .

فبالنسبة للفاصل الشخصي الأول والتمثل في أمين السر ، فإن تحليل نص المادة (87) الحاضنة له يبنى بأنه لا يوجد جلسة لإصدار قرار التحكيم ، بل يتم إصدار القرار من خلال قيام هيئة التحكيم بتسليم النسخة الأصلية له لأمين السر ، والذي يقوم بدوره بدعوة طرفي النزاع من أجل تسليم القرار ، وهذا ما يؤدي إلى مخالفة قانون التحكيم ، وذلك من خلال الحيلولة ما بين قرار التحكيم وأطراف النزاع .

أما بخصوص الفاصل الشخصي الثاني والمتجسد في مدير التحكيم ، فإن نص المادة (3 / 78) قد ألزمت هيئة التحكيم بتقديم قرار التحكيم لهذا المدير ، الذي يرسل نسخة منه لأطراف النزاع ، ولكن هذه الحالة تختلف عن الحالة الأولى في أن التزام الهيئة بتسليم قرار التحكيم للمدير يكتسب قوة في التطبيق أكثر من التزام الهيئة بتسليم القرار لأمين السر ، وذلك لأنه في حالة مدير التحكيم تلتزم هيئة التحكيم بتسليمه فوراً ، وهذا ما لا يتواجد في حالة أمين السر . كما أن إعطاء مدير

التحكيم سلطة الامتتاع عن تسليم قرار التحكيم لأحد الأطراف إذا لم يقم بدفع المبالغ المالية المترتبة تؤدي إلى ترجيح حالة مدير التحكيم على حالة أمين السر . وهذا ما يثير مشكلة عملية على درجة من الخطورة ، تتمثل في أنه إذا لم يطلع أطراف النزاع على قرار التحكيم ، فإنه من غير الممكن أن يعرفوا المبالغ المالية المترتبة عليهم في هذا القرار .

وتفريعاً عن مخالفة كيفية صدور قرار التحكيم ، وذلك من خلال وجود الفاصل الشخصي ما بين أطراف النزاع وقرار التحكيم ، فإن هذه المخالفة أيضاً ترتبط بمخالفة أخرى تتعلق بسرية قرار التحكيم ، حيث نصت المادة (41) من قانون التحكيم على أنه :

" بما لا يتعارض مع أحكام القانون لا يجوز نشر قرار التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة " .

وبذلك فإن تسليم قرار التحكيم لأشخاص غريبين عن هيئة التحكيم وعن أطراف النزاع يؤدي إلى انتهاك السرية التي يكتسبها قرار التحكيم ، إلا أن نظام فض المنازعات والتحكيم قد خالف الأصل العام الذي جاء به قانون التحكيم ، حيث إنه ألزم هيئة التحكيم بتسليم قرار التحكيم لمدير التحكيم ولأمين السر ، وفضلاً عن ذلك فإن هذه المخالفة تمتد إلى الفقرة الأولى من المادة (84) التي أوجبت تسليم القرار إلى هيئة سوق رأس المال .

وآخر حالة قد خالف فيها نظام فض المنازعات والتحكيم قانون التحكيم فيما يتعلق بقرار التحكيم ، فإنها ترتبط بالمدة الزمنية اللازم خلالها تصحيح ما قد يرد في القرار من أخطاء مادية أو حسابية ، حيث أن المادة (83) من هذا النظام قد أوجبت على الشخص الذي يطلب تصحيح قرار التحكيم من هذه الأخطاء أن يتقدم بطلبه خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلم القرار ²⁴⁷ ، وهذا ما يشكل مخالفة واضحة لقانون التحكيم الذي وضع بموجب المادة (42) منه مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم القرار ، لأن يتم تصحيح ما ورد في قرار التحكيم من أخطاء مادية أو حسابية، وتعتبر هذه المدة الزمنية من النظام العام الإجرائي ، والتي وضعت بالأساس من أجل حماية المصالح الإجرائية لأطراف النزاع ، ولذلك فإن مخالفتها يترتب عليه الإخلال بالنظام العام

²⁴⁷ نصت المادة (83) من نظام فض المنازعات والتحكيم على أنه :

" 1- يجوز لأي من طرفي النزاع خلال (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه قرار التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم تصحيح ما يكون قد وقع في القرار من أخطاء مادية أو حسابية أو مطبعية أو أية أخطاء أخرى ، كما يجوز له أن يطلب منها تفسير نقطة معينة في القرار أو إصدار قرار إضافي بالنسبة للمطالبات التي أغفلها قرار التحكيم . وإذا رأت هيئة التحكيم أن للطلب ما يبرره فإنها تجري التصحيح أو تصدر التفسير خلال (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلم الطلب ويكون التفسير جزءاً من قرار التحكيم ، أما إصدار قرار التحكيم الإضافي ، فيتم بعد إبلاغ الطرف الآخر ومضي (30) يوماً من تاريخ تسلم الطلب . 2- لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أن تصحح أي خطأ من النوع المشار إليه في الفقرة السابقة ، وذلك خلال (15) يوماً من تاريخ صدور قرار التحكيم . ولها عند الاقتضاء أن تمدد مهلة إجراء التصحيح أو إعطاء التفسير أو إصدار قرار التحكيم الإضافي " .

الإجرائي الذي درج قانون التحكيم على حمايته وتوفيره في إطار تنظيم وسيلة التحكيم كوسيلة بديلة
لحل المنازعات²⁴⁸ .

²⁴⁸ نصت المادة (42) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على أنه :

" 1- يجوز لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من أحد الأطراف شريطة أن يقدم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه قرار التحكيم أو إعلان الطرف الآخر أن تصحح ما يكون قد وقع في قرارها من أخطاء حسابية أو كتابية أو أية أخطاء مادية ، ويجري هذا التصحيح على نسخة القرار الأصلية ويوقع عليها بواسطة هيئة التحكيم . 2- يجب إجراء التصحيح خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم إذا كان التصحيح من تلقاء ذات الهيئة ، وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ طلب التصحيح إذا كان التصحيح بناءً على طلب أحد الأطراف . 3- يجوز لهيئة التحكيم بناءً على طلب يتقدم به أحد الأطراف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه قرار التحكيم وبشرط إعلان الطرف الآخر تفسير نقطة معينة وردت في قرار التحكيم أو جزء منه ، فإذا اقتنعت هيئة التحكيم بطلب التفسير تصدر قرارها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الطلب ، ويعتبر قرار التفسير متمماً لقرار التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه . 4- عند تعذر اجتماع هيئة التحكيم بسبب وفاة المحكم أو إصابته بمرض يعيقه عن أداء مهمته تحل المحكمة المختصة محل هيئة التحكيم، إلا إذا اتفق صراحة على خلاف ذلك " .

المبحث الثاني

مصير غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

خلصنا في المبحث الأول من هذا الفصل إلى أن التكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم لم يجرِ الالتزام به في منازعات سوق الأوراق المالية ، حيث رافق تنظيم وسيلة التحكيم في هذه المنازعات مخالفة واضحة للتكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم ، وقد تجلت هذه المخالفة في معضلة غياب هذا الاتفاق بشكل واضح وجلي .

وفي ضوء ما تقدم ، ومن أجل أن لا نقف عند النقد والنقد فقط ، فإن استشراف المستقبل القانوني لغياب اتفاق التحكيم يقتضي البحث عن حلول لهذا الغياب ، وذلك من خلال البحث عن المصير القانوني لغياب اتفاق التحكيم ، فعدم التطرق لهذا المصير يؤدي إلى أن يتسم بحثنا لمدى التزام القواعد الحاكمة لسوق الأوراق المالية بالتكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم، بالبحث النظري الذي يقف عند حد تبين عدم الالتزام ، ولا يقدم حلاً قانونية لعدم الالتزام هذا.

وبناء عليه ، فإننا سنتولى في هذا المطلب محاولة البحث عن مصير غياب اتفاق التحكيم ، وذلك من أجل إرجاع التكييف القانوني لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية إلى التكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم ، والذي يعتبر تكييفاً عاماً يصلح لكافة المنازعات التي تدخل في منطقة قابلية التحكيم .

وحتى نستقصي مصير غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، فيجب بداية أن نتطرق للطبيعة القانونية للقواعد الحاكمة لغياب اتفاق التحكيم في هذه المنازعات ، وسبب البحث في الطبيعة القانونية هذه ، يعود إلى خصوصية النظام الذي كرس غياب اتفاق التحكيم في أجلى صورهِ (المطلب الأول) .

وبعد أن نخلص إلى طبيعة هذه القواعد ، فإنه سننتقل فيما بعد إلى البحث عن كيفية إلغاء غياب اتفاق التحكيم ، وذلك من خلال إلغاء القواعد التي كرس غياب اتفاق التحكيم ، ذلك أن التسليم بغياب اتفاق التحكيم يؤدي إلى التسليم بخروج التنظيم القانوني للتحكيم في المنازعات القابلة للتحكيم عن التنظيم القانوني العام لوسيلة التحكيم الذي قرره قانون التحكيم الفلسطيني ، وهذا ما يصطدم بمخالفة التكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للقواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم

يعتبر نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 المنظم الأساسي لغياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، وحتى نستطيع الخوض في الطبيعة القانونية التي يرد إليها هذا النظام بما احتواه من مواد تركز غياب اتفاق التحكيم ، فإنه من غير الممكن بحث ذلك إلا ببحث التكييف القانوني لمصدر هذا النظام ، ذلك أن نظام فض المنازعات والتحكيم قد صدر من قبل شركة تجارية ، وهي شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (الفرع الأول) . وبعد تمحيص التطورات القانونية التي رافقت تأسيس هذه الشركة ، فإننا سننتقل بعد ذلك إلى الخوض في التكييف القانوني لنظام فض المنازعات والتحكيم (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : التكييف القانوني لمصدر القواعد (سوق فلسطين للأوراق المالية)

على الرغم من أن الأهمية الاقتصادية لسوق فلسطين للأوراق المالية من غير الممكن إنكارها²⁴⁹ ، إلا أن أهميته القانونية لا تقل عن أهميته الاقتصادية ، وفي إطار هذه الأهمية فإن نقطة البداية فيها، تتمثل في التكييف القانوني لسوق فلسطين للأوراق المالية ، حيث إنه قد مر بمحطات قانونية مختلفة جعلت له قدرًا من الخصوصية القانونية في الشكل القانوني الذي توافر عليه (أولاً) ، فضلاً عن أن هذه المحطات لم ينفأ عنها عدم انسجامها مع القاعدة القانونية الفلسطينية ، مما يشكك بمدى قانونية تأسيس سوق فلسطين للأوراق المالية (ثانياً) .

أولاً : المحطات القانونية التي رافقت تأسيس سوق فلسطين للأوراق المالية

أدرك عدد من رواد القطاع الخاص الفلسطيني أهمية إنشاء سوق نظامية للتعامل بالأوراق المالية ، وفق أسس عصرية تعمل على استقطاب رؤوس الأموال الفلسطينية من داخل فلسطين وخارجها وجذب الاستثمارات الأجنبية وتوفير التمويل طويل الأجل للمشروعات الإنتاجية ومشروعات البنية التحتية²⁵⁰ ، ونتيجة لهذه الحاجة الماسة أخذت شركة فلسطين للتنمية والاستثمار (PADICO) - والتي تعتبر الفاعل الرئيسي في القطاع الخاص الفلسطيني - على عاتقها القيام بدراسة اقتصادية

²⁴⁹ يمثل سوق الأوراق المالية العنصر الذي لا غنى عنه في الدولة التي تأخذ بنظام الاقتصاد الحر ، كأساس للمنظومة الحاكمة لاقتصادها ، فيرتبط سوق الأوراق المالية وجوداً وعمداً مع وجود نظام الاقتصاد الحر ، فلا توجد دولة - نظرياً على الأقل - تأخذ بنظام الاقتصاد الحر لا يوجد بها سوق للأوراق المالية ، وهذا ما يتواجد في دولة فلسطين ، حيث أن سوق فلسطين للأوراق المالية يعتبر من العناصر الأساسية في النظام الاقتصادي الفلسطيني ، الذي أقامه القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وفق المادة (21 / 1) منه على أسس ومبادئ الاقتصاد الحر. ولتوسع في الأهمية الاقتصادية لسوق الأوراق المالية ، انظر :

Mitsuru , Misawa (2011) : Current Business And Legal Issues In Japan's Banking And Finance Industry , Second Edition . World Scientific Publishing , City Of Singapore - Singapore , Page 394 .

²⁵⁰ سلفيتي ، عبد الرحمن (2004) : تأثير ضريبة الدخل في تمويل الشركات المساهمة العامة المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية . رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين ، ص 134 .

شاملة حول إقامة سوق للأوراق المالية في الأراضي الفلسطينية²⁵¹، وتكللت هذه الدراسة بتأسيس شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، وتسجيلها لدى مراقب الشركات في وزارة الاقتصاد الوطني الفلسطينية بتاريخ 27 / 3 / 1995 تحت رقم (563108810)²⁵² .

وبتاريخ 19 / 7 / 1995 تقدمت شركة (PADICO) بالدراسة التي أعدها لوزارة المالية الفلسطينية ، داعية الوزارة إلى التعاقد على إطلاق سوق للأوراق المالية من خلال شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية التابعة لها ، وقد حصلت بذلك على موافقة مبدئية اعتبرت خطوة مرحلية ممهدة لتأسيس سوق للأوراق المالية في الأراضي الفلسطينية²⁵³ . ولما استوفت المرحلة التحضيرية للسوق أسسها العملية تعاقدت شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية مع وزارة المالية ممثلة عن السلطة الوطنية الفلسطينية ، من أجل المباشرة الرسمية لأعمال سوق فلسطين للأوراق المالية ، و تكلل ذلك بالتوقيع على اتفاقية التشغيل بتاريخ 7 / 11 / 1996 ، والتي تعتبر حجر الزاوية في الوجود القانوني لسوق فلسطين للأوراق المالية²⁵⁴.

وقد تناولت اتفاقية التشغيل العديد من الصلاحيات التي أنطتها وزارة المالية الفلسطينية بشركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، والتي من الممكن ردها إلى ثلاثة عشر بنداً ، الأول منها يتعلق برسم السياسة العامة لعمل السوق ، أما الثاني فإنه يركز على وضع التنظيم والهيكل الإداري ، في

²⁵¹ تأسست شركة فلسطين للتنمية والاستثمار المحدودة (PADICO) كشركة مساهمة قابضة محدودة المسؤولية ، بموجب قانون الشركة غير المقيمة (Offshore Company) لجمهورية ليبيا بتاريخ 14 / 10 / 1993 ، وتم تسجيلها في مدينة منروفا عاصمة جمهورية ليبيا عملاً بقانون الأعمال الليبيري لسنة 1976 تحت رقم LEW / 7280 / 10 / 93 . وتستثمر هذه الشركة في مختلف القطاعات الاقتصادية في فلسطين من خلال الشركات الحليفة والتابعة لها والتي بلغت 30 شركة ، ويعتبر القطاع الصناعي والزراعي وقطاع المقاولات والاتصالات ، فضلاً عن قطاع السياحة والخدمات المالية من أهم استثماراتها في الأراضي الفلسطينية .

شركة فلسطين للتنمية والاستثمار (2007) : التقرير السنوي للعام 2007 المقدم إلى الهيئة العامة للمساهمين . شركة فلسطين للتنمية والاستثمار ، رام الله - فلسطين ، ص 1 و ص 28 .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا التقرير السنوي عبر الرابط التالي :

<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Annual-Audited-2007-PADICO-31032008.pdf> ،

03.03.2013)

وأيضاً :

سوق فلسطين للأوراق المالية (2009) : دليل الشركات المساهمة العامة للعام 2008 - الشركات المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية - سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين ، ص 98 .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الدليل عبر الرابط التالي :

<http://www.pex.ps/psewebsite/publications/PSE-Companies-Guide-2008.pdf> ، 03.03.2013)

²⁵² شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (2012) : كتاب الشركة للإدارة العامة للأوراق المالية في هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بشأن الإفصاح عن البيانات المالية المرحلية للربع الأول من عام 2012 ، تحت إشارة رقم 01 / 04 / 12 / PSE - Disclosure ، بتاريخ 4 / 29 / 2012 . شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين ، ص 12 .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Quarter1-2012-PSE-29042012.pdf> ، 03.03.2013)

²⁵³ داوود ، عبد اللطيف (2006) : العوامل المؤثرة على سيولة السهم في سوق فلسطين للأوراق المالية . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين ، ص 36 .

²⁵⁴ بحيصي ، عصام . نجم ، أنور (2009) : مدى إدراك المستثمرين في سوق فلسطين للأوراق المالية لأهمية استخدام المعلومات المحاسبية لترشيد قراراتهم الاستثمارية . مجلة الجامعة الإسلامية ، المجلد السابع عشر ، العدد الثاني ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين ، ص 722 .

حين كان وضع الأسس والأنظمة والتعليمات اللازمة لممارسة السوق لعملها محور البند الثالث ، أما الرابع فتجسد في قبول شركات الأوراق المالية المؤهلة ، كأعضاء في السوق وتنظيم أعمالها فضلاً عن الإشراف عليها وعلى مستخدميها ، أما البند الخامس فتركز في فرض العقوبات على الأعضاء في السوق ومستخدميهم في حالة ارتكابهم لأي مخالفة بموجب القانون و/أو الأنظمة والتعليمات الصادرة عن السوق ²⁵⁵ .

وبعد اكتسابه شرعيته القانونية بموجب اتفاقية التشغيل دخل السوق في معترك نشاطه العملي، وعقدت أول جلسة تداول بتاريخ 18 / 2 / 1997 ²⁵⁶ . ومن أجل أن تضمن شركة سوق فلسطين للأوراق المالية سلامة وأمان المستثمرين والمتعاملين في السوق قامت بتوفير الأنظمة الإلكترونية لتعاملاتها بالأوراق المالية ، حيث تكفل السرعة والدقة وسلامة التعامل لجميع المتعاملين بالأوراق المالية ، بغض النظر عن مواقعهم الجغرافية أو حجم تعاملاتهم ²⁵⁷ .

وبقي الإطار القانوني الحاكم لسوق فلسطين للأوراق المالية متمحوراً حول اتفاقية التشغيل التي أعطته الولادة القانونية له ، إلى أن صدر قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 بتاريخ 1 / 12 / 2004 ، والذي وضع الإطار القانوني الحاكم لقطاع الأوراق المالية ، كما نظم الإطار القانوني لسوق الأوراق المالية . فبعد أن عرف السوق في مادته الثانية بأنه :

" سوق فلسطين للأوراق المالية أو أي سوق لتداول الأوراق المالية مرخص من قبل الهيئة وفقاً لأحكام القانون " .

²⁵⁵ بينما تمثل البند السادس في تسجيل مستخدمي شركات الأوراق المالية الأعضاء في السوق والترخيص لهم ، أما البند السابع فتمثل في تنظيم وإجراء الامتحانات والمقابلات اللازمة ، للتأكد من تأهيل المستخدمين لدى الأعضاء في السوق ، أما البند الثامن فإنه اتخذ من إيقاف التداول في أي من الأوراق المالية المدرجة في السوق وللمدة التي تراها إدارة السوق مناسبة مداراً له ، في حين تركز البند التاسع في منع أي تعامل بالأوراق المالية الخاصة بأية شركة في السوق إذا كان مثل هذا التعامل من شأنه أن يؤدي إلى التأثير على مصلحة مساهمي الشركة . وبالإضافة إلى ذلك جسد البند العاشر تعطيل أعمال السوق من خلال إيقاف التداول فيه عند الاقتضاء بعد التشاور مع وزارة المالية ، أما البند الحادي عشر فذهب إلى أن من حق السوق تحديد الرسوم والعمولات التي يتقاضها الأعضاء في السوق مقابل بين وشراء الأوراق المالية المدرجة في السوق ، أما البند الثاني عشر فقد نحا منحى تحديد وفرض وتحصيل الرسوم والعمولات التي تشكل إيرادات السوق والتي تتمثل في رسوم إدراج الشركات والأوراق المالية فضلاً عن رسوم العضوية في السوق وعمولات التداول ، وأخيراً تناول البند الثالث عشر صلاحية السوق في وضع شروط وأسس لإدراج الأوراق المالية بجميع أنواعها في السوق ورفض إدراج أية أوراق مالية لا تنطبق شروط ومتطلبات الإدراج عليها .

خويره ، محفوظ (2004) : التخطيط الضريبي في الشركات المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية - دراسة ميدانية - رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين ، ص 65 - 66 .

²⁵⁶ شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (2011) : التقرير السنوي لشركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة العامة المحدودة للعام 2010 . شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين ، ص 8 .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Annual-Report-2010-PSE-26122011.pdf> , 03.03.2013)

²⁵⁷ بذلك ساهمت السوق بتوفير تكافؤ الفرص لجميع المستثمرين بالإضافة إلى أنها كانت أول سوق عربي تتبنى أتمتة جميع عملياتها سواء المتعلقة بالتداول أو بإيداع وتحويل الأوراق المالية .

عويسي ، سمير (2010) : تحليل اتجاهات المستثمرين الأفراد في سوق فلسطين للأوراق المالية - دراسة استطلاعية على المستثمرين الأفراد في قطاع غزة - رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين ، ص 33 .

وأوضح القواعد الحاكمة لتأسيس أسواق الأوراق المالية في الأراضي الفلسطينية بموجب المادة (5) التي نصت على أنه :

" 1- تؤسس في فلسطين سوق أو أكثر للأوراق المالية تتمتع بشخصية اعتبارية ذات استقلال مالي وإداري . 2- تكون الأسواق حصراً هي الجهة الوحيدة المصرح لها بمزاولة العمل كسوق نظامي لتداول الأوراق المالية في فلسطين . 3- يتولى إدارة السوق مجلس إدارة ومدير تنفيذي متفرغ ، وفقاً لنظام وهيكلية تضعها الهيئة لهذا الغرض . 4- لا يحق لرئيس مجلس الإدارة ونائبه أن يكون شريكاً أو عضواً في مجلس إدارة أو هيئة مديريين أو موظفاً لدى أي عضو في السوق ، أو أن يكون ممثلاً له . 5- يجوز إعادة هيكلية السوق بقرار من الهيئة . 6- تخضع السوق لرقابة الهيئة وإشرافها ، والتفتيش عليها ويجوز للهيئة التدقيق على سجلاتها " .

كما أنه وبصدور قانون هيئة سوق رأس المال رقم (13) لسنة 2004 بذات التاريخ ، أصبح سوق الأوراق المالية خاضعاً لإشراف هيئة سوق رأس المال الفلسطيني ورقابتها ، والتي أنيط بها بموجب المادة (3) من هذا القانون :

" ... تهيئة المناخ الملائم لتحقيق استقرار ونمو رأس المال ، وتنظيم وتطوير ومراقبة سوق رأس المال في فلسطين، وحماية حقوق المستثمرين، وعليها في سبيل تحقيق هذه الأهداف القيام بما يلي وفقاً لأحكام القانون : 1- الإشراف على : أ- سوق الأوراق المالية بما يكفل سلامة التعامل . ب- شركات التأمين . ج- شركات التأجير التمويلي . د- شركات تمويل الرهن العقاري . 2- التنظيم والرقابة والإشراف على نشاطات المؤسسات المالية غير المصرفية بما فيها تداول الأوراق المالية والخدمات المالية غير المصرفية . 3- تنظيم الإفصاح عن أية بيانات أو معلومات تخص القطاع المالي غير المصرفي . 4- مراقبة تطور المؤسسات المالية غير المصرفية بما يضمن سلامة عملها " .

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن اتفاقية التشغيل ما بين شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية ووزارة المالية قد تم إلغاؤها بتاريخ 20 / 8 / 2007 ، بموجب قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (75) لسنة 2007 ، والذي نص في المادة (1) منه على أنه :

" تعتبر الاتفاقية الموقعة ما بين شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية المحدودة ووزارة المالية الموقعة بتاريخ 7 / 11 / 1996 م منتهية حكماً ، وتنظم العلاقة ما بين السلطة الوطنية الفلسطينية وشركة سوق فلسطين للأوراق المالية بموجب قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004م وقانون سوق رأس المال رقم (13) لسنة 2004 " .

وفي اجتماع الهيئة العامة غير العادي لشركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية، والذي عقد بتاريخ 27 / 4 / 2006 تقرر تغيير الشكل القانوني للشركة بتحويلها من شركة مساهمة

خصوصية إلى شركة مساهمة عامة ، وطرح نسبة من أسهمها للاكتتاب العام ، وإدراجها في سوق فلسطين للأوراق المالية²⁵⁸ .

وبموجب ذلك ، تقدمت شركة سوق فلسطين للأوراق المالية بطلب لوزارة الاقتصاد الوطني الفلسطيني من أجل تحويلها من شركة مساهمة خصوصية إلى شركة مساهمة عامة . وعلى الرغم من انسجام هذا التوجه مع مبادئ حوكمة الشركات ، وتحقيق القدر الأكبر من النزاهة والشفافية ، إلا أن هذا الطلب قد عطل بشكل مؤقت من قبل وزير الاقتصاد الأسبق في ظل الحكومة الفلسطينية العاشرة حكومة (حركة حماس)²⁵⁹ .

وبعد تولي حكومة جديدة بعيد الانقسام الذي أفضى إلى وجود حكومة تسيير الأعمال في الضفة الغربية ، فضلاً عن الحكومة المقالة في قطاع غزة²⁶⁰ ، أصدر وزير الاقتصاد السابق في حكومة تسيير الأعمال بتاريخ 4 / 2 / 2010 قراره رقم (2) لسنة 2010 بالموافقة على طلب شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، الذي تم تقديمه في منتصف سنة 2006 ، حيث نصت المادة (2) من هذا القرار على أنه :

" يكلف مراقب الشركات باستكمال تحويل شركة سوق فلسطين للأوراق المالية من شركة مساهمة خصوصية إلى شركة مساهمة عامة " .

²⁵⁸ شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (2012) : كتاب الشركة للإدارة العامة للأوراق المالية في هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بشأن الإفصاح عن البيانات المالية المرحلية للنصف الأول من عام 2012 ، تحت إشارة رقم 05 / 07 / 12 / PSE - Disclosure ، بتاريخ 17 / 7 / 2012 . شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين ، ص 12 .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Semi-Annual-2012-PSE-17072012.pdf> , 03.03.2013)

²⁵⁹ لعل السبب الذي يرجع إليه هذا التعطيل ، تنامي الاعتقاد لدى الحكومة بأن سوق الأوراق المالية يتوجب أن يكون تابعاً للدولة ، حيث عمدت وزارة الاقتصاد على الإطلاع على التجارب في الدول المجاورة ، وتبين لها أن معظم الأسواق تعتبر مرفقاً عاماً تابعاً للدولة ، أما السبب الآخر فإنه تمثل باستخدام مسألة التحويل كوسيلة للضغط على شركة فلسطين للتنمية والاستثمار (PADICO) المالكة الرئيسية في شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، كي تسجل نفسها كشركة أجنبية لدى وزارة الاقتصاد الفلسطيني .

سوق فلسطين للأوراق المالية (2007) : مشروع قانون الشركات - رحلة ثماني سنوات بين وزارة الاقتصاد وديوان الفتوى والمجلس التشريعي ، حالة استعصاء لخمس وزراء - . مجلة سوق المال الفلسطيني ، العدد الثاني . سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين ، ص 8 .

²⁶⁰ وبعد تسجيل شركة (PADICO) بتاريخ 3 / 12 / 2010 كشركة أجنبية عاملة في الأراضي الفلسطينية لدى مراقب الشركات في وزارة الاقتصاد الوطني الفلسطينية تحت رقم (562801332) .

شركة فلسطين للتنمية والاستثمار المحدودة (2011) : كتاب الرئيس التنفيذي للشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن البيانات المالية المرحلية للنصف الأول من العام 2011 ، تحت إشارة رقم 041 / 2011 / LR ، بتاريخ 15 / 8 / 2011 . شركة فلسطين للتنمية والاستثمار المحدودة ، رام الله - فلسطين ، ص 19 .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Semi-Annual-2011-PADICO-15082011.pdf> ,

02.04.2013)

وبموجب قرار الوزير هذا ، تحولت سوق فلسطين للأوراق المالية من شركة مساهمة خصوصية إلى شركة مساهمة عامة ، وسجلت الشركة بتاريخ 4 / 2 / 2010 لدى مراقب الشركات في فلسطين ، كشركة مساهمة عامة تحت رقم (562601187)²⁶¹ .

وبتاريخ 23 / 2 / 2010 فعلت هيئة سوق رأس المال الفلسطينية اختصاصها المنوط بها بموجب المادة (5) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 ، وأصدرت قرارها رقم (2 - أ . و . 2010) القاضي بإعادة هيكلة سوق فلسطين للأوراق المالية ، والذي نصت المادة (2) منه على أنه :

" تؤسس شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، شركة مساهمة خصوصية تسمى (شركة بورصة فلسطين) وفقاً لما يلي : 1- تؤول إلى شركة (بورصة فلسطين) كافة مسؤوليات وصلاحيات السوق النظامي الخاصة ، بتداول الأوراق المالية المنصوص عليه في قانون الأوراق المالية والتشريعات الصادرة بمقتضاه والترخيص الصادرة ، بما في ذلك التراخيص الصادرة عن الهيئة . باستثناء ما هو من اختصاص مركز الإيداع والتحويل وفقاً لما حدد في هذا القرار أو أي تشريع آخر . 2- تتم إدارة (شركة بورصة فلسطين) وفقاً للأحكام الواردة في المادة (5) من قانون الأوراق المالية " .

وبتاريخ 10 / 3 / 2010 أصدرت هيئة سوق رأس المال الفلسطينية تعليمات ترخيص الأسواق المالية رقم (1) لسنة 2010 ، وبعد أن وضعت الهيئة في هذه التعليمات جملة من الشروط من أجل ترخيص أسواق الأوراق المالية نصت المادة (1 / 10) منها على أنه :

" تعتبر (شركة سوق فلسطين للأوراق المالية) حائزة على ترخيص لممارسة أعمال أسواق الأوراق المالية ، كما لو كان الترخيص صادراً وفقاً لأحكام هذه التعليمات . ويتوجب عليها تصويب أوضاعها ، وتسديد الرسوم السنوية المفروضة عليها وفقاً لنظام الرسوم الساري اعتباراً من تاريخ صدور هذه التعليمات " .

وبعد أن استوفت سوق فلسطين للأوراق المالية شكل شركة المساهمة العامة أصبح عليها التزاماً قانونياً بأن تتقدم بطلب لإدراجها في السوق ، حيث نصت المادة (2 / 103) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 على أنه :

" يجب على جميع الشركات المساهمة العامة أن تقدم طلباً للإدراج في السوق " .

²⁶¹ شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (2013) : التقرير السنوي لشركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة العامة المحدودة للعام 2012 . شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين ، ص 78 .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا التقرير عبر الرابط التالي :
(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Annual-Report-2012-PSE-24022013.pdf> , 03.03.2013)

وبموجب ذلك ، تقدمت شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة العامة بتاريخ 1 / 3 / 2012 طلباً لبورصة فلسطين للأوراق المالية للإدراج فيها²⁶² . وبتاريخ 3 / 4 / 2012 عقدت سوق فلسطين للأوراق المالية اجتماعين للهيئة العامة ، الأول كان اجتماعاً عادياً امتدت مدته الزمنية من الساعة 12.30 إلى الساعة 13.00 ظهراً ، أما الثاني فكان اجتماعاً غير عادي للهيئة العامة للشركة وامتد من الساعة 13.00 إلى الساعة 13.30 ، وفي هذا الاجتماع الأخير اتخذت الهيئة العامة غير العادية لشركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة العامة قراراً بالإجماع على إدراج أسهم الشركة في بورصة فلسطين²⁶³ .

وعلى الرغم من أن الموافقة النهائية للإدراج اتخذت بتاريخ 3 / 4 / 2012 ، إلا أن الرئيس التنفيذي لبورصة فلسطين وبتاريخ 21 / 3 / 2012 ، أصدر التعميم رقم (أ . م 02) لسنة 2012 بشأن إدراج وبدء تداول شركة سوق فلسطين للأوراق المالية²⁶⁴ ، ولقد وجه هذا التعميم لشركات الأوراق المالية وشركات المساهمة المدرجة في بورصة فلسطين ، ولقد نص على أنه :

" يسرنا إعلامكم ببدء التداول على أسهم شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (PSE) في البورصة، اعتباراً من جلسة يوم الأربعاء الموافق 4 / 4 / 2012 " .

ثانياً : مدى قانونية تأسيس سوق فلسطين للأوراق المالية

تعتبر اتفاقية التشغيل المبرمة ما بين شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ووزارة المالية الفلسطينية حجر الزاوية والأساس القانوني لوجود سوق الأوراق المالية في فلسطين ، ويرتبط الخوض في غمار قانونية تأسيس سوق فلسطين للأوراق المالية البحث في مدى توافر اتفاقية التشغيل هذه على المقومات القانونية ، التي يجب وجودها في العقد الذي يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام .

²⁶² بورصة فلسطين (2012) : طلب إدراج شركة سوق فلسطين للأوراق المالية في بورصة فلسطين . بورصة فلسطين ، نابلس - فلسطين.

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الطلب عبر الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Listing-Application-PSE-01032012.pdf> , 03.03.2013)

²⁶³ سوق فلسطين للأوراق المالية (2012) : كتاب الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن نتائج اجتماع الهيئة العامة غير العادي . سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/General-Assembly-Decisions-PSE-03042012.pdf> ,

03.03.2013)

²⁶⁴ بورصة فلسطين (2012) : تعميم البورصة رقم (أ . م 02 / 2012) بشأن إدراج وبدء تداول شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (PSE) ، تحت إشارة رقم 12 / 03 / 02 / PEX ، بتاريخ 21 / 3 / 2012 . بورصة فلسطين ، نابلس - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا التعميم عبر الرابط التالي :

(http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/CircularAM02_PSE%20Listing_21032012.pdf ,

03.03.2013)

ولأن طرفي اتفاقية التشغيل يمثلان أشخاصاً مختلفين من أشخاص القانون ، فالأول هو شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، وهي من أشخاص القانون الخاص الذي تم تسجيله بموجب قانون الشركات التجارية رقم (12) لسنة 1964 ، أما الطرف الثاني فإنه يتجسد في وزارة المالية الممثلة للإدارة العامة ، والتي تعتبر من أشخاص القانون العام ، فإن ذلك يجعل من التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذه الاتفاقية يطفو إلى سطح التحليل القانوني ، فهل هي عقد يخضع للقانون الخاص الذي يهيمن عليه القانون المدني باعتباره صاحب النظرية العامة في العقود أم أنها تخضع لنظام قانوني خاص بها ؟

تنقسم العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها إلى زمريتين رئيسيتين ، تمثل الأولى العقود الإدارية الخاصة (Private Contracts) ، والتي تأخذ من نزول الإدارة عملاً لها من امتيازات السلطة العامة أساساً لها ، فتتعاقد الإدارة بذات الطرق والأساليب التي يتم التعاقد بها في ظل القانون الخاص ، وتخضع هذه الأنواع من العقود للقانون الخاص ، وفي ظل هذا النوع من العقود يتساوى أطراف التعاقد ، فلا يكون لأي منهما امتيازات تختلف عن الآخر ، فهي عقد تعقده الإدارة على قدم المساواة مع الطرف الآخر في العقد²⁶⁵ ، والخلافات التي تنشأ عن هذا النوع من العقود لا تختلف عن الخلافات التي تظهر في أي عقد ما بين أطراف القانون الخاص²⁶⁶ ، وبذلك تخضع الخلافات الناشئة عنه لاختصاص المحاكم العادية ، وليست الإدارية²⁶⁷.

أما الزمرة الثانية من العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها ، فإنها تتجسد في العقود الإدارية العامة (Public Contract) ، وتظهر في هذا النوع من العقود امتيازات السلطة العامة في أقصى حدودها ، فعلى الرغم من مشابهة هذا النوع من العقود للعقود الإدارية الخاصة ، من حيث إنها تعقد ما بين الإدارة وأشخاص القانون الخاص ، إلا أنها تختلف عنها من حيث مدى توافر ووجود

²⁶⁵ فتدخل الإدارة بموجب هذا النوع من العقود في الميدان المدني والتجاري ، مثلها مثل أشخاص القانون الخاص ، وبذلك يتنوع هذا من العقود بتنوع العلاقة التي تحكمها مع الطرف الآخر ، فقد تكون عقوداً تجارية وقد تكون مدنية ، سواء أكانت مسماة أم تخضع للنظرية العامة التي رسمها القانون المدني ، ونتيجة لخضوعها لأحكام القانون الخاص فإنه عادة ما يتم الاصطلاح عليه بعقود القانون الخاص التي تكون الإدارة طرفاً فيها (Private Law Contracts) .

Liana , Teodora (2010) : The Distinction Of The Administrative Contract From Other Types Of Contracts . The Annals of The "Stefan Cel Mare" , Volume 10 , University of Suceava , Suceava - Romania , Page 410 .

²⁶⁶Mahendra , Singh (2001) : German Administrative Law In Common Law Perspective , Second Edition . Springer Publishing Group , Berlin - Germany , page 94 .

²⁶⁷ في ذلك ذهبت قرار محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في قرارها الفاصل في دعوى الإلغاء رقم الدعوى رقم (30) لسنة 2003 ، حيث نص منطوق هذا القرار على أنه :

" بعد التدقيق في ملف الاستدعاء بكافة محتوياته بما في ذلك البيانات المقدمة فيه وخاصة شهادة المستدعي نجد أن هناك اتفاقاً بينه وبين بلدية دورا بخصوص اشتراكه وتزويده بالتيار الكهربائي بقوة (400) أمبير وأن هذه الاتفاقية - حسبما صرح- موجودة في البلدية وواضح أن البلدية قد أخلت - حسبما يدعي- بهذه الاتفاقية حيث رفضت تنفيذها . يتضح من ذلك أن هذا الاستدعاء يقوم على أساس إخلال الجهة المستدعي ضدها بالاتفاقية المبرمة مع المستدعي ، وبالتالي فإن النزاع بين الطرفين ينحصر في تنفيذ تلك الاتفاقية وهو نزاع يخرج النظر فيه عن اختصاص القضاء الإداري ليدخل في اختصاص وصلاحيات المحكمة المدنية المختصة "

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (30 / 2003) ، الصادر بتاريخ 17 / 3 / 2004 . رام الله - فلسطين .

امتيازات السلطة العامة في العقد ، فهي عقد يختل فيه التوازن ، وتندعم المساواة في ظلّه ما بين أطراف العقد ، فتكون الإدارة بامتيازات السلطة العامة طرفاً فيه في مقابل شخص من أشخاص القانون الخاص ، الذي لا تتوافر فيه مثل هذه الامتيازات²⁶⁸ ، كما أن هذا النوع من العقود يظهر فيه عدم المساواة في المصلحة ما بين أطرافه ، ففي ظل عقود القانون الخاص ، فإن كل طرف سواء أكانت الإدارة أم المتعاقد يسعى لمصلحته الشخصية المتمثلة في العقد ، أما في ظل عقود القانون العام ، فإنه وعلى الرغم من سعي المتعاقد من القانون الخاص إلى مصلحته إلا أن الإدارة تكون على النقيض من ذلك ، حيث إن دخولها في مثل هذا النوع من العقود يكون مناطه تحقيق المصلحة العامة²⁶⁹ .

فلما كان عدم توازن المصالح ما بين المتعاقدين هو معيار رئيسي في العقود الإدارية العامة ، فإن ذلك أدى إلى ضرورة أن يحتوي هذا النوع من العقود أحكاماً مغايرة للأحكام التي تتوافر عليها عقود القانون الخاص²⁷⁰ ، وهذا ما تجسد في البنود المفرطة (Excessive Clauses) التي تعمل على تحقيق المصلحة العامة وتكريس وجودها ، مثل فرض الجزاءات على المتعاقد كغرامات التأخير ، ومصادرة الكفالة التي يجب توفيرها من أجل ضمان حسن تنفيذ العقد ، فضلاً عن إعطاء المتعاقد سلطة وضع القواعد تحت إشراف الإدارة لتنظيم العمل وحق الإدارة في فسخ العقد من جانب واحد ، فمثل هذه البنود غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ووضعت من أجل تحقيق المصلحة العامة²⁷¹ .

وفي إطار العقود الإدارية العامة ، فإنها ومن باب تدخل المشرع لإفراد أحكام خاصة بها فإن هذه العقود تنقسم إلى قسمين فرعيين ، الأول يمثل العقود الإدارية المسماة ، وهي تلك العقود التي تخضع لأحكام القانون العام ، بغض النظر عما تضمنته بنودها من أحكام تبعتها أو تقربها من العقود الخاصة ، مثل عقود الامتياز ، وعقود الأشغال العامة ، وعقود التوظيف في الإدارات الحكومية ، وعقود التموين والتوريد ، أما القسم الثاني فإنه يتجسد في العقود الإدارية غير المسماة ،

²⁶⁸ John , Bell . And Others (1998) : French Administrative Law , Fifth Edition . Oxford University Press , University Of Oxford , Oxford - UK , Page 202 - 205 .

²⁶⁹ Alan , Mewett (1959) : The Theory Of Government Contracts . McGill Law Journal , Volume 5 , Issue Number 4 , McGill University , Montreal - Canada , Page 223 - 224

²⁷⁰ فنتيجة للتناقض في المصالح ما بين مصلحة المتعاقد من القانون الخاص الذي يضع نصب عينيه مصلحته الخاصة ، وما بين مصلحة الإدارة التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة ، فهذا ما أدى إلى أن تتميز العقود العامة بأحكام موضوعية تعمل على تحقيق المصلحة العامة من جهة ولا تغفل المصلحة الشخصية للمتعاقد المنتمي لأشخاص القانون الخاص ، وهذا ما أدى إلى خضوعها لأحكام القانون العام بخلاف العقود الإدارية الخاصة التي يحكمها القانون الخاص .

Sophie , Boyron (2009) : The Public - Private Divide And The Law of Government Contracts - Assessing A Comparative Effort - . In : The Public - Private Law Divide: Potential for Transformation ? . British Institute of International And Comparative Law , London - UK , Page 222 - 225 .

²⁷¹ Ismail , Mohamed (2011) : Globalization And New International Public Works Agreements In Developing Countries . Ashgate Publishing Company , Surrey - UK , page 25 - 26 .

فلم يتدخل المشرع ، وينظم أحكامها سواء في صورتها العامة أم في بعض جزئياتها ، وبالتالي فإنه يخضع تكييفها للنظرية العامة للعقود الإدارية²⁷² .

ويعتبر عقد الامتياز (Concession Contract) من أهم العقود الإدارية العامة وأكثرها ارتباطاً بالمصلحة العامة ، فهو عقد إداري يتولى فيه المتعاقد مع الإدارة بمقتضاه وعلى مسؤوليته وتحت رقابة وإشراف الإدارة استغلال و إدارة مرفق عام ، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة بسير المرافق العامة ، فضلا عن البنود غير المألوفة في عقود القانون الخاص من أجل تحقيق المصلحة العامة ، وتوفير المساواة بين المستفيدين من المرفق العام الذي سيتم إدارته عبر حامل الامتياز²⁷³ .

وبإسقاط جل ما تقدم على بنود اتفاقية التشغيل المبرمة ما بين وزارة المالية الفلسطينية وما بين شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية ، فإنه يتبين أن من ضمن الشروط الواردة في هذه الاتفاقية ما ينطوي على اعتبارها عقد امتياز ما بين القطاع الخاص والسلطة العامة، وذلك لاحتوائها على شروط غير مألوفة في العقود الإدارية الخاصة ، حيث يعتبر تدخل الإدارة في إلزام الشركات المساهمة العامة بالإدراج في السوق ، وتنفيذ القرارات الصادرة عنها ، بصفتها صاحبة السلطة والسيادة لا بصفتها فرداً عادياً ، وهدفت تحقيق المصلحة العامة ، وكذلك تعيين أحد أعضاء هيئة المديرين من قبل وزارة المالية ، بند غير مألوف في عقود القانون الخاص، يحمل طابع القانون العام ، ومن جهة أخرى ، إعطاء السوق حق فرض الغرامات ، وقبول الأعضاء ، وغيرها من الصلاحيات ، وهو كذلك بند غير مألوف في العقود الخاصة ، ذلك أنه امتياز من امتيازات السلطة العامة نقلته الإدارة للغير²⁷⁴ .

وبذلك تكون شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية ، تحددت غايتها في القيام باستثمار مشروع ذي امتياز ، حيث إن الشركة - وبموجب الاتفاقية - قد قامت باستثمار رأس مالها في مشروع هو سوق الأوراق المالي الفلسطيني ، وإن الخط الواضح في اسم الشركة والمرفق العام الذي تتولى إدارته والاستثمار فيه يؤدي إلى مشكلة في الفصل فيما بينهما ، وهذا ما يتطلب بحث ما إذا كان سوق الأوراق المالية بذاته يعتبر مرفقاً عاماً أم لا ؟

²⁷² عمرو ، عدنان (2010) : مبادئ القانون الإداري - وسائل تنفيذ النشاط الإداري - . المطبعة العربية الحديثة ، القدس - فلسطين ، ص 128 .

²⁷³ مراد ، بلكعبيات (2012) : دور الدولة في منح الامتياز في قانون الاستثمار الجزائري . مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد السابع ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة - الجزائر ، ص 232 .

²⁷⁴ عمارنة ، محمد (2012) : رقابة هيئة سوق رأس المال الفلسطينية على الشركات المساهمة - دراسة مقارنة - . رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، القاهرة - مصر ، ص 156 .

حقيقة ، إن الإجابة على هذا التساؤل قد سبقنا إليها الديوان الخاص بتفسير القوانين في المملكة الأردنية الهاشمية ، وذلك بموجب قراره رقم (1) لسنة 2012²⁷⁵ ، حيث إنه قد تقدم رئيس الوزراء الأردني بكتاب إلى الديوان طالباً منه تفسير عدد من نصوص قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت رقم (76) لسنة 2002 لبيان ما إذا كانت بورصة عمان تعتبر مؤسسة عامة (مرفقاً عاماً) أم مؤسسة خاصة .

ولقد خلص قرار الديوان إلى اعتبار بورصة عمان مؤسسة عامة ، وليست بالمطلق مؤسسة خاصة، ولكن هذا القرار قد ميز ما بين المؤسسة العامة الرسمية والمؤسسة العامة غير الرسمية ، حيث إن الأولى يجب أن تتوفر فيها خمسة شروط أساسية ، الأول يتمثل في أن تكون المؤسسة من أشخاص القانون الإداري ، وتدار وفقاً لتنظيم القانون العام وأساليبه ، وتستخدم السلطة العامة في سبيل تحقيق أهدافها ، أما الثاني فإنه يتعلق بأن تكون الخدمات التي تقوم بها المؤسسة خدمات عامة ، أما الثالث فإنه يتمحور حول أموال المؤسسة ، وذلك بأن تعتبر أموالها أموالاً عامة ، وأن تتبع في حساباتها ورقابته القواعد المتبعة بشأن أموال الدولة ، بينما يستند الرابع على موظفي المؤسسة ، وذلك بأن يعتبر موظفوها موظفين عموميين وقراراتهم قرارات إدارية ، أما الخامس ، فإنه يتعلق بكون المؤسسة لها حق إبرام العقود وأن تتمتع بامتيازات مالية مختلفة .

أما بالنسبة لشروط المؤسسة العامة غير الرسمية ، فإن لها أربعة شروط رئيسية ، الأول يتمحور حول نشأتها ، وذلك بأن تنشأ بقانون أو أي أداة تشريعية أخرى ، والثانية يتصل بشخصية المؤسسة، وذلك بأن تمنح الشخصية المعنوية ، بينما ارتكز الشرط الثالث على أغراض المؤسسة ، حيث يتوجب أن تكون أغراضها ذات نفع عام ، وأخيراً فإن الشرط الرابع يتمثل في رقابة الدولة ، حيث يستلزم حتى تكون المؤسسة عامة غير رسمية أن تعمل تحت إشراف الدولة ورقابته .

ونتيجة لعدم انطباق شروط المؤسسة العامة الرسمية على بورصة عمان ، فإن الديوان قد ذهب في قراره إلى اعتبارها مؤسسة عامة غير رسمية ، وذلك بعد بحث انطباق شروط الأخيرة عليها .

وفي ظل قرار الديوان الخاص بتفسير القوانين ، فإن إسقاط ما خلص إليه على سوق الأوراق المالية الفلسطيني في ظل اتفاقية التشغيل المبرمة ما بين سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية ووزارة المالية الفلسطينية يكتسب أهمية بالغة الأثر في تحديد الشكل القانوني لسوق الأوراق المالية الفلسطيني ، فإذا نجحنا في إثبات توافر شروط المؤسسة العامة الرسمية أو غير الرسمية عليه ، فإن ذلك يقودنا إلى أن السوق ليس بالمطلق مؤسسة خاصة تنتمي للقطاع الخاص .

²⁷⁵ المجلس القضائي الأردني (2012) : قرار رقم (1) لسنة 2012 الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين . الديوان الخاص بتفسير القوانين ، المجلس القضائي الأردني ، عمان - الأردن .

(<http://www.ic.jo/node/2348> , 09.03.2013)

وأول ما ينفي المؤسسة الخاصة عن السوق ، هو أن شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية قد تأسست قبل توقيع اتفاقية التشغيل ، فلو كان السوق مؤسسة خاصة فما كان من داع لتوقيع الاتفاقية ، ولقامت الشركة بهذا المشروع من غير وجود ارتباط عقدي بينها وبين وزارة المالية .

وأما بالنسبة لبحث شروط المؤسسة العامة الرسمية في سوق الأوراق المالية ، فإنه يجب الإشارة إلى أن انقضاء شرط واحد منها ، يؤدي إلى نفي شكل المؤسسة العامة الرسمية عنه ، وبداية فإن السوق ليس من ضمن أشخاص القانون الإداري الذي يدار وفقاً لتنظيم القانون العام ، فهو من المرافق العامة الاقتصادية التي تدار بطريقة مختلفة عن المرافق الإدارية البحتة ، وهذا ما تم تأكيده في قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 ، كما أن موظفي السوق ليسوا موظفين عامين ، كما أن قراراتهم ليست قرارات إدارية ، وبالإضافة إلى ذلك فإن أموال السوق ليست أموالاً عامة . ودون البحث في باقي الشروط ، فإن ما بيناه يكفي بذاته لاعتبار سوق الأوراق المالية ليس مؤسسة عامة رسمية .

أما بخصوص بحث شروط المؤسسة العامة غير الرسمية في سوق الأوراق المالية ، فبالنسبة للشرط الأول والمتمثل في النشأة بنص قانوني أو بمقتضاه أداة تشريعية ، فإن تنظيم شركات المساهمة العامة بموجب قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 من غير الممكن وجوده إلا بوجود سوق للأوراق المالية فيجري طرح أوراق الشركات المالية فيه للاكتتاب العام ، فضلاً عن ذلك فإن القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2002 ومن بعده القانون الأساس المعدل لسنة 2003 قد نصت المادة (84 / 1) من الأول والمادة (93 / 1) من الثاني على أنه :

" ينظم القانون الأحكام الخاصة بسلطة النقد والمصارف وسوق الأوراق المالية وشركات الصرافة والتأمين وسائر المؤسسات المالية والائتمانية " .

وهذا ما تؤكد أيضاً بقانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 ، الذي نظم سوق الأوراق المالية الفلسطيني ، وبالإضافة إلى ذلك وبغض النظر عن مدى صحة اتفاقية التشغيل - والتي سوف نتعرض لها بشيء من التفصيل - فإن الاتفاقية إذا ما تم إتباع القواعد المقررة لعقدتها صحيحة ، فإنها تعتبر بذاتها أداة تشريعية لنشأة السوق .

وأما بالنسبة للشرط الثاني ، فإن منح الشخصية القانونية لسوق الأوراق المالية يضرب بجذوره في القواعد القانونية التي تعرضنا لها ، وأيضاً الاتفاقية بذاتها من الممكن اعتبارها مانحة الشخصية القانونية للسوق ، وبخصوص الشرط الثالث ، فإن السوق يقدم جملة من الخدمات العامة ، على رأسها إدراج الشركة والتداول على أوراقها المالية ، وبالنسبة للشرط الرابع ، فإن السوق قد خضع

لرقابة وزارة المالية عند إبرام الاتفاقية ، وبعدها قد خضع لإشراف هيئة سوق رأس المال الفلسطينية .

وبتحليل ما تقدم ، فإنه يتبين أن اتفاقية التشغيل المبرمة ما بين شركة سوق فلسطين للأوراق المالية تعتبر عقد امتياز لمؤسسة عامة غير رسمية (مرفق عام) ، حيث إن شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية قد حظيت بعقد امتياز من قبل وزارة المالية الفلسطينية لإدارة مؤسسة عام غير رسمية ، وهي سوق الأوراق المالية الفلسطيني .

وإذ انتهينا إلى اعتبار هذه الاتفاقية عقد امتياز ، فإنه يجب أن يتم الالتزام بالقواعد القانونية المقررة في مثل هذه العقود ، وأول أمر يجب الالتزام به هو شكل الشركة التجارية التي تتعاقد مع الإدارة ، حيث إنه وبالعودة لنصوص قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 في هذا الصدد ، نستنتج أن الشكل القانوني للشركة التجارية التي تكون غايتها القيام بمشروع ذي امتياز يجب أن تكون شركة مساهمة عامة ²⁷⁶ . وبإسقاط ذلك على حالة سوق الأوراق المالية الفلسطيني ، يتبين المخالفة الصريحة لهذا الشكل ، حيث إن الشركة التي حظيت بالقيام بالاستثمار في مشروع سوق الأوراق المالية الفلسطيني هي شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية وليست شركة مساهمة عامة ، وهذا ما يؤدي إلى بطلان الاتفاقية، وذلك لبطلان ركن من أركان التعاقد والمتمثل في شخصية المتعاقد .

ونتيجة لعدم المصادقة على هذه الاتفاقية بقانون ، فإنه من الممكن اعتبار ذلك مخالفاً لما تم تقريره في الدستور الأردني لسنة 1952 ، الذي كان سارياً وقت إبرامها ²⁷⁷ ، حيث نصت المادة (117) منه على أنه :

²⁷⁶ نصت الفقرة الثانية والثالثة من المادة (50) من قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 على أنه :
" 2- يجوز للمؤسسين أن يغطوا كامل قيمة الأسهم وحدهم أو بالاشتراك مع غيرهم دون أن يطرحوها للاكتتاب العام ، ويستثنى من ذلك الشركات التي تكون غايتها القيام باستثمار مشروع ذي امتياز أو بمشاريع صناعية يزيد رأسمالها على خمسين ألف دينار. إذ لا يجوز للمؤسسين فيها تغطية ما يزيد على (50%) من رأس المال ، ويطرح الباقي للاكتتاب العام بمقتضى هذا القانون ، وإذا بقيت الأسهم المطروحة، كلها أو بعضها بدون اكتتاب بعد انقضاء ثلاثة أشهر على طرحها يسمح للمؤسسين بعد موافقة الوزير بتغطية الأسهم المتبقية بدون تغطية . 3- أما الشركات التي تكون غايتها القيام باستثمار مشروع ذي امتياز أو إقامة مشاريع صناعية يزيد رأسمالها على خمسين ألف دينار ، والتي يشترك في تأسيسها أجنبي ، فيجوز للمؤسسين تغطية ما لا يزيد عن 75% من رأسمالها ، ويطرح الباقي للاكتتاب العام وفقاً لنص الفقرة السابقة على أن تراعى أحكام القوانين والأنظمة المرعية المتعلقة بتوظيف رؤوس الأموال الأجنبية في المملكة " .

وإن النظر لهاتين الفقرتين يقتضي بالضرورة ذكر المادة (2 / 39) من ذات القانون الشركات التي نصت على أنه :
" تقسم الشركات المساهمة المحدودة إلى نوعين : أ- الشركة المساهمة العامة المحدودة : وهي الشركة الخالية من العنوان ويتألف رأسمالها من أسهم قابلة للتداول وتطرح للاكتتاب العام وتكون مسؤولية المساهمين بها محدودة بمقدار مساهمة كل منهم برأسمال الشركة. ب- الشركة المساهمة الخصوصية : وهي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم لا تطرح للاكتتاب العام ، وتكون مسؤولية المساهمين بها محدودة بمقدار مساهمة كل منهم برأسمال الشركة " .

وبذلك نستنتج أن الشكل القانوني للشركة التجارية التي تكون غايتها القيام بمشروع ذي امتياز يجب أن تكون شركة مساهمة عامة .
²⁷⁷ لا تخلو هذه الحجة من الضعف ، وذلك لأن القرار رقم (1) لسنة 1994 الصادر عن رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية والذي هو رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ، قد نصت المادة (1) منه على أنه :

" يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 5 / 6 / 1967 في الأراضي الفلسطينية (الضفة الغربية وقطاع غزة) حتى يتم توحيدها " .

" كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون " .

وإذا ما سلمنا بصحة هذه الاتفاقية واستمرار وجودها القانوني ، فإنه يجب الإشارة إلى أنها قد ألغيت بشكل ضمني بتاريخ 29 / 5 / 2002 ، وذلك بموجب المادة (84 / 1) السالفة الذكر من القانون الأساسي لسنة 2002 ، حيث إن هذه المادة قد قررت بأن تنظيم أحكام سوق الأوراق المالية تكون بقانون ، وهذا ما يؤدي إلى عدم تنظيم أحكام سوق الأوراق المالية بموجب اتفاقية تشغيل ، وإذا ما أردنا أن نعترف بصحة هذه الاتفاقية ، فيجب أن يصدر القانون الذي ينظم سوق الأوراق المالية ، وينص على كيفية منح امتياز إدارته وتشغيله لإحدى شركات المساهمة العامة²⁷⁸ .

وهذا أيضاً ما ينطبق على القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 الصادر بتاريخ 18 / 3 / 2003 ، وذلك لأن المادة (93 / 1) منه قد جاءت بشكل حرفي تطابق المادة (84 / 1) من القانون الأساسي لسنة 2002 .

وأما بالنسبة للإلغاء الصريح للاتفاقية ، فإنه قد وقع حينما اتخذ مجلس الوزراء الفلسطيني بتاريخ 20 / 8 / 2007 قراراً بإلغائها صراحة ، ولكن المشكلة في هذا القرار أنه حينما قرر الإلغاء أبقى العلاقة قائمة ما بين السلطة الوطنية الفلسطينية وشركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، وذلك من خلال نصه على تنظيم هذه العلاقة بموجب قانون الأوراق المالية، وهذا ما يؤدي إلى الوقوع في التناقض .

فإلغاء اتفاقية التشغيل ما بين شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ووزارة المالية يؤدي إلى إسقاط الامتياز الممنوح للأولى في إدارة سوق الأوراق المالية الفلسطيني وتشغيله ، ولا يعني هذا الإسقاط إنهاء الوجود القانوني للشركة ، بل تبقى قائمة كشركة تجارية مسجلة ، ولكن لا يكون لها دور في إدارة السوق وتشغيله ، نظراً لإسقاط الامتياز عنها .

وهذا ما يدفعنا إلى التطرق لكيفية تنظيم سوق الأوراق المالية الفلسطيني في ظل قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 ، وأول أمر يجب التطرق إليه في ظل هذا القانون هو تعريف السوق ، حيث عرفته المادة (2) منه بأنه :

فإن ما أخذنا النص بحرفيته ، فإن ذلك يقودنا إلى القوانين والأنظمة والأوامر هي التي تبقى سارية ، أما بالنسبة للدستور فإنه لم يرد ذكره ، ولكن من الممكن اعتبار أن هذه القوانين قد صدرت بناء على الدستور ، ومن ثم فإن المقصود بالقوانين هي القاعدة القانونية بعموميتها والتي تشمل الدستور . وهذا اجتهاد منا ، ولذلك فإن ذهبنا بالقول بأن هذه الحجة لا تخلو من الضعف .²⁷⁸ مثل ما حدث في امتياز تطوير المدن الصناعية أو المناطق الصناعية الحرة وتشغيلها التي تم تنظيم منحها بموجب قانون المدن والمناطق الصناعية الحرة رقم (10) لسنة 1998 .

" السوق : سوق فلسطين للأوراق المالية أو أي سوق لتداول الأوراق المالية مرخص من قبل الهيئة وفقاً لأحكام القانون " .

وإن النظر لهذا النص في إطار القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 ، يتبين أنه انتهك أحكام هذا القانون الأساسي ، وتجلّى ذلك في مخالفتين رئيسيتين ، الأولى بإيراده سوق فلسطين للأوراق المالية بالاسم ، ومن غير الممكن القول بأن المقصود هنا ليس شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، وذلك لأن النص في شطره الأخير قد نص على أي سوق لتداول الأوراق المالية مرخص من قبل الهيئة ، وذات الحجة أيضاً تسري على عدم التسليم بأن المقصود بسوق فلسطين للأوراق المالية ، هو سوق الأوراق المالية الفلسطيني . وهذا ما يؤدي إلى أن يسري قانون الأوراق المالية بأثر رجعي بالنسبة لشركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، فلا يسري عليها ترخيص هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، كما هو الحال بالنسبة للأسواق التي سيتم تأسيسها - وهذا ما سيتضح في تعليمات الهيئة بخصوص ترخيص الأسواق المالية - ، ونتيجة لذلك فإن الشرط الأول من تعريف السوق بموجب قانون الأوراق المالية يخالف ما قرره القانون الأساسي بعدم رجعية القوانين ، حيث نصت المادة (117) منه على أنه :

" لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ويجوز عند الاقتضاء في غير المواد الجزائية النص على خلاف ذلك " .

أما المخالفة الثانية التي وقع فيها نص قانون الأوراق المالية ، فإنها تتعلق بإمكانية تعدد أسواق الأوراق المالية في دولة فلسطين ، وبحث هذه المخالفة يقتضي تثبيت المادة (93 / 1) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 مرة أخرى :

" ينظم القانون الأحكام الخاصة بسلطة النقد والمصارف وسوق الأوراق المالية وشركات الصرافة والتأمين وسائر المؤسسات المالية والائتمانية " .

ومن خلال تحليل هذا النص ، يتبين أنه ذكر سلطة النقد بصيغة المفرد ، مؤكداً بذلك عدم وجود أكثر من سلطة للنقد ، وهذا ما سار عليه قانون سلطة النقد الفلسطينية رقم (2) لسنة 1997 ، وأما بالنسبة للمصارف فإنه قد أوردتها بصيغة الجمع مؤكداً بذلك إمكانية إنشاء أكثر من مصرف في فلسطين ، وهذا ما سار عليه قانون المصارف رقم (2) لسنة 2002 حينما عرف المصرف في المادة (1) منه بأنه :

" المصرف : أي مصرف رخص له بإجراء المعاملات المصرفية في فلسطين وفقاً لأحكام قانون المصارف " .

وبذلك من الممكن تعدد المصارف متى تم القيام بأعمالها في إطار قانون المصارف هذا . وهذا ما ينطبق على شركات الصرافة والتأمين في ظل القوانين التي نظمت أحكامهن .

ومن خلال ما تقدم ، فإن إسقاط ذلك على سوق الأوراق المالية يوضح بأن القانون الأساسي قد قصد سوقاً واحداً للأوراق المالية ، وليس أكثر من سوق ، ولو أراد الأخذ بتعدد الأسواق لنص على ذلك صراحة ، كما نص بالنسبة للمصارف وشركات الصرافة والتأمين . وبناءً عليه فإن الشرط الثاني من نص قانون الأوراق المالية قد خالف القانون الأساسي بأخذه بتعدد أسواق الأوراق المالية ، في الوقت الذي أخذ الأول بفرديّة السوق .

ويجب الإشارة ، إلى أن هذه المخالفات الدستورية لا تؤدي إلى فقدان شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة الخصوصية وجودها القانوني ، بل تبقى شركة تجارية ، ويحكمها قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 ، وبذلك فإن تحولها من شكل شركة المساهمة الخصوصية إلى شكل شركة المساهمة العامة ، هو أمر قانوني واقعي ، ولكن إدراج الشركة في السوق هو الأمر المخالف ، وهذا ما سنتناوله بعد أن نبين الإجراءات التي اتخذتها هيئة سوق رأس المال في الشكل القانوني للشركة .

ولأن قانون الأوراق المالية قد أخذ بالوجود القانوني لسوق فلسطين للأوراق المالية ، أصدرت هيئة سوق رأس المال الفلسطينية قرار بإعادة هيكلة السوق ، وهذا القرار قد صدر بناءً على المادة (5 / 5) من قانون الأوراق المالية التي نصت على أنه :

" يجوز إعادة هيكلة السوق بقرار من الهيئة " .

وإن صدور هذا القرار بذاته ، هو تأكيد على أن قانون الأوراق المالية في تعريفه للسوق قد قصد شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، وذلك لأنه إذا ما فرضَ بأن المقصود هو سوق الأوراق المالية الفلسطيني أو شركة سوق أوراق مالية أخرى ، فإن هذا الفرض يؤدي إلى أن لا تستطيع الهيئة إعادة هيكلة السوق ، إلا إذا تم ترخيصه من قبلها ، وهذا ما لم يحدث ، حيث إن تعليمات ترخيص الأسواق المالية قد صدرت في وقت لاحق لصدور قرار إعادة الهيكلة .

وعودة على مضمون قرار هيئة سوق رأس المال بإعادة الهيكلة ، فإن نصوص هذا القرار قد جاءت بشكل مخالف للقاعدة القانونية الفلسطينية ، وأولى هذه المخالفات تتعلق بإلزام شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة العامة - بعدما تم تحويلها- بتأسيس شركة بورصة فلسطين المساهمة الخصوصية ، وهذا تأسيس قد رافقته جملة من المخالفات ، على رأسها مخالفته لقانون الشركات ، حيث إن الشركة بمفهومها العام وفق قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 هي

ارتباط بين شخصين أو أكثر ، ولذلك فإنه لا يوجد في ظل المنظومة القانونية الفلسطينية شركة الشخص الواحد ، حتى لو كان هذا الشخص شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً - مع مراعاة حالة الشركة قابضة والسيطرة - ، وبناء عليه فإن إلزام شركة سوق فلسطين للأوراق المالية بتأسيس شركة بورصة فلسطين ، يؤدي إلى أن تكون الشركة الأخيرة شركة شخص واحد تنفرد بتأسيسها شركة سوق فلسطين للأوراق المالية .

وإذا ما افترضنا بأن شركة سوق فلسطين للأوراق وفق القرار تعتبر المسيطرة على شركة بورصة فلسطين ، فإن ذلك يؤدي إلى أن تتحول شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة العامة إلى شركة قابضة ، وذلك إيفاءً لما قرره القرار بقانون رقم (6) لسنة 2008 بتعديل قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 ، وهذا ما لم يحدث ، حيث بقيت شركة سوق فلسطين للأوراق المالية شركة مساهمة عامة عادية ولم تتحول إلى شركة قابضة، بل إنها هي بذاتها شركة تابعة لشركة فلسطين للتنمية والاستثمار (PADICO) . فضلاً عن ذلك ، فإن شركة بورصة فلسطين لم يتم تأسيسها إلى غاية هذا اليوم ، بل تعتبر سوق فلسطين للأوراق المالية مسمى بورصة فلسطين هو الهوية الجديدة لها ، وليس عبارة عن شركة تجارية تلتزم بتأسيسها .

وبالإضافة إلى ما تقدم ، فإن إناطة الهيئة بموجب قرار إعادة الهيكلة لشركة بورصة فلسطين كافة صلاحية السوق النظامية ، وحصولها على الترخيص يصطدم بما قرره قانون الأوراق المالية ، وأيضاً ما قرره قرار إعادة الهيكلة هذا ، ذلك أن الشركة حتى ولو كانت تابعة لشركة أخرى فإنها تملك الشخصية القانونية المستقلة عن الشركة التي أسستها ، وعليه فإن قانون الأوراق المالية قد ذهب إلى أن السوق هو سوق فلسطين للأوراق المالية ، وليست شركة تابعة لها ، كما أن القرار بذاته حينما قرر بأن سوق فلسطين للأوراق المالية تعتبر هي السوق، فإن ذلك يؤدي إلى أن هذه الشركة هي التي حصلت على الترخيص ، وليست شركة بورصة فلسطين²⁷⁹ .

²⁷⁹ جدير بالذكر ، أن قرار إعادة هيكلة سوق فلسطين للأوراق المالية قد خالف قانون الأوراق المالية ، وتجدد ذلك حينما ألزمت هيئة سوق رأس المال شركة سوق فلسطين للأوراق المالية بتأسيس شركة المقاصة والإيداع الوطنية ، حيث نص البند الثالث من قرار إعادة الهيكلة على أنه :

" تؤسس شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، شركة مساهمة تسمى (شركة المقاصة والإيداع الوطنية) وفقاً لما يلي :

- 1- تؤول إلى (شركة المقاصة والإيداع الوطنية) مسؤوليات وصلاحيات مركز الإيداع والتحويل والتسوية القائمة حالياً ، والصلاحيات والمسؤوليات المنصوص عليها في قانون الأوراق المالية ، كما تؤول إليها كافة صلاحيات ومسؤوليات السوق الحالية ذات العلاقة بعمليات الإيداع والتحويل والتسوية . 2- يتولى إدارة (شركة المقاصة والإيداع الوطنية) مجلس إدارة يتكون من خمسة أعضاء على النحو التالي : أ- ممثلين اثنين عن شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ومن بينهم رئيس المجلس . ب- ممثل عن شركات الأوراق المالية . ت- عضو مستقل تسميه شركة سوق فلسطين للأوراق المالية . ث- عضو مستقل تسميه الهيئة . 3- يجب أن تتوافر شروط العضو المستقل الواردة في مدونة قواعد حوكمة الشركات في فلسطين على الأعضاء المستقلين الذي يتم تسميتهم من قبل الهيئة والسوق المالي . 4- تقوم (شركة المقاصة والإيداع الوطنية) بتقديم هيكل تنظيمي ، وأدلة إجراءات العمل للحصول على موافقة الهيئة عليها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تسجيل الشركة "

ولكن اختصاص إنشاء أو تأسيس أو إدارة مركز للإيداع والتحويل هو اختصاص حصري لهيئة سوق رأس المال ، ولا يجوز لها أن تتنازل عن هذا الاختصاص ، فتحت عنوان (التفرد) نصت المادة (15) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 على أنه :

" لا يحق لأي شخص غير الهيئة أن ينشئ أو يؤسس أو يدير مركزاً آخر يقدم أية تسهيلات كمكان إيداع للأوراق المالية أو يقدم خدمات المقاصة والتسوية للسوق وأعضائه "

وأما بخصوص تعليمات هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بشأن ترخيص الأسواق المالية ، فإنها قد صدرت بعد قرار إعادة الهيكلة ، وقد وضعت هذه التعليمات مرحلتين أساسيتين للترخيص ، مرحلة مبدئية وأخرى نهائية ، ولكن بعد أن وضعت هاتين المرحلتين قررت التعليمات بأن شركة سوق فلسطين للأوراق المالية تعتبر سوقاً مرخصاً كما لو كانت قد تقدمت هذه الشركة للهيئة ، ومررت بالمرحلة المبدئية والنهائية وتم ترخيصها . ويجب الإشارة إلى أن مصطلح ترخيص الأسواق المالية لم يرد إلا في المادة (2) من قانون الأوراق المالية التي عرفت السوق ، وبذلك ما سقناه من مخالفة دستورية وقع فيه هذا التعريف ، فإنه أيضاً ينطبق على تعليمات ترخيص الأوراق المالية .

وأخيراً بالنسبة لمرحلة الإدراج ، فقد أصابها مخالفة جوهرية يجب الإشارة إليها تتعلق بتضارب المصالح ، وحتى نستطيع فهم هذه المخالفة يجب الإشارة إلى أعضاء مجلس إدارة شركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة العامة بموجب طلب الإدراج الذي تقدمت به هذه الشركة لشركة بورصة فلسطين هم :

" رئيس مجلس الإدارة : 1- أ. د. رامي حمد الله / ممثل عن شركة فلسطين للتنمية والاستثمار . 2- نائب الرئيس : د. فاروق زعيتر / ممثل عن شركة فلسطين للتنمية والاستثمار . 3- عضو مجلس إدارة : السيد زياد الترك / ممثل عن شركة فلسطين للتنمية والاستثمار . 3- عضو مجلس إدارة : السيد سمير حليله / ممثل عن شركة فلسطين للتنمية والاستثمار . 4- عضو مجلس إدارة : د. باسم خالد مكحول / ممثل عن شركة فلسطين للتنمية والاستثمار . 5- عضو مجلس إدارة : السيد رومن ماثيو / ممثل عن شركة فلسطين للتنمية والاستثمار . 7- عضو مجلس إدارة : د. منذر العمري / ممثل عن شركة السنايل للتجارة والاستثمار " .

وهؤلاء الأشخاص هم ذات أعضاء مجلس إدارة بورصة فلسطين في وقت تقديم طلب الإدراج²⁸⁰ ، فالمشكلة في الإدراج تتجسد في أن الذي وافق على الإدراج ، هو ذاته الذي تقدم بطلب الإدراج ، وبمعنى آخر أن سوق فلسطين للأوراق المالية كشركة مساهمة قد تقدمت بطلب لإدراج أسهمها في شركة بورصة فلسطين المساهمة الخصوصية ، وبذلك قد تقدمت بطلب لإدراج أسهمها في نفسها ، كما أنها هي التي وافقت على إدراج أوراقها المالية في نفسها . وبغض النظر عن استيفاء المتطلبات القانونية للإدراج ، فإن ذلك يؤدي إلى أن تكون الموافقة على طلب الإدراج قد اتخذت في جو لا يسوده نزاهة وشفافية اتخاذ القرار .

²⁸⁰ بورصة فلسطين (بدون تاريخ) : حول بورصة فلسطين - مجلس الإدارة . بورصة فلسطين ، نابلس - فلسطين .
(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/AboutPSE.aspx?TabIndex=1> , 03.03.2013)

الفرع الثاني : التكيف القانوني للقواعد (نظام فض المنازعات والتحكيم)

أثبتنا فيما تقدم عدم قانونية تأسيس شركة سوق فلسطين للأوراق المالية التي أصدرت نظام فض المنازعات والتحكيم ، وذلك لمخالفتها بشكل كلي لهرمية القاعدة القانونية ، سواء تلك المتجسدة في القانون الأساسي المتربع على هرم القاعدة القانونية الفلسطينية ، أو بالمخالفة لقانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 ، فضلاً عن مخالفة قرارات هيئة سوق رأس المال الفلسطيني ذاتها .

وإذا كان من الممكن الاعتماد في عدم قانونية نظام فض المنازعات والتحكيم على أساس عدم قانونية تأسيس مصدره ، فإن استكمال تحديد الطبيعة القانونية للقواعد النازمة لغياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية يقتضي الخوض في التكيف القانوني لهذا النظام في ذاته . ومن أجل أن نستطيع الوصول إلى تكييف نظام فض المنازعات والتحكيم ، فإنه يجب أن نتعرض لموقعه القانوني في ظل القواعد القانونية الحاكمة لسوق الأوراق المالية ، ومن غير الممكن الوصول إلى ذلك إلا بتبيين مدى إلزام قواعد هذا النظام (أولاً) .

وبعد ذلك نتطرق لمسألة على درجة عالية من الأهمية في ظل التكيف القانوني لنظام المنازعات والتحكيم ، فنتيجة للمشابهة الجزئية لقواعد التحكيم التي جاء بها هذا النظام لقواعد التحكيم المؤسسي ، فإن ذلك يتطلب بحث مدى اعتبار قواعد النظام بالنسبة للتحكيم قواعد تحكيمية مؤسسية (ثانياً) .

أولاً : مدى إلزامية قواعد التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم

تعتبر القواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم جزءاً لا يتجزأ من هذا النظام ، ولذلك فإن البحث في إلزامية القواعد التي قررت الغياب يقتضي بالضرورة الخوض في إلزامية نظام فض المنازعات والتحكيم ذاته .

ومن أجل أن نصل لإلزامية نظام فض المنازعات والتحكيم ، فإنه يجب العودة إلى الأساس القانوني الذي خول سوق فلسطين للأوراق المالية إصدار هذا النظام ، ويجد هذا الأساس مرتكزه في نص المادة (9 / 2) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 التي نصت على أنه :

" يجوز أن تنص قواعد السوق على إحالة بعض أنواع النزاعات أو جميعها إلى التحكيم " .

وفي ضوء هذا النص ، فإن تحليله يتطلب الوقوف على ثلاثة أمور أساسية ، وأول هذه الأمور يتعلق بمفهوم الإحالة الواردة فيه ، فإذا نظرنا لإحالة المنازعات في ظل الأصل العام المتجسد في انتفاء التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات معينة ، وأن المشرع إذا أراد أن يتدخل في بعض هذه

المنازعات ، فإنه يتدخل من باب قابلية التحكيم ، فإن المشرع وفق النص السابق قد قرر قاعدة عامة ، مفادها أن كافة منازعات سوق الأوراق المالية قابلة للإحالة للتحكيم ، وأورد تفويضاً تشريعياً لقواعد السوق ، بأن تنص على تقييد هذه القاعدة من خلال قصر الإحالة على بعض المنازعات ، أو تأتي بتأكيد لما أورده بإحالة كافة المنازعات للتحكيم .

وجدير بالذكر أن إحالة جميع المنازعات للتحكيم تتطلب التقيد بقانون التحكيم الفلسطيني ، فليس المقصود بالإحالة للتحكيم الإحالة المطلقة لكل المنازعات ، بل يجب التقيد بما أورده قانون التحكيم في هذه الصدد ، وذلك بمراعاة ما أورده في المادة (4) منه ، حينما أخرج بعض المنازعات من قابلية التحكيم ، ولذلك فإن المقصود بإحالة كافة المنازعات بموجب النص السابق ، هي إحالة كافة منازعات سوق الأوراق المالية القابلة للتحكيم .

أما بالنسبة لإحالة بعض المنازعات للتحكيم ، فإنها تعتبر قيداً إضافياً على منطقة قابلية التحكيم، فإذا كان قانون التحكيم قد حدد قابلية المنازعات للتحكيم من خلال إخراج بعض المنازعات من قابليتها للإحالة إلى التحكيم ، فإن باقي المنازعات التي لم يرد ذكرها تقبل الإحالة للتحكيم ، ولذلك فإن إحالة بعض المنازعات وفق النص السابق يتوافر وجودها من خلال التفويض لقواعد السوق بأن تخرج بعض المنازعات القابلة للتحكيم من الإحالة للتحكيم ، وهذا الإخراج لا يصطدم والأصل المتجسد في انتفاء التنظيم القانوني لمنازعات معينة ، وذلك لأنه قد تعلق بمنطقة قابلية التحكيم .

ومن الضرورة الإشارة إلى أن إحالة المنازعات للتحكيم وفق ما بيناه لم تأخذ بالتحكيم القصري ، حيث إن النص السابق لم ينص على أن التحكيم يعتبر الوسيلة الوحيدة لحل منازعات سوق الأوراق المالية ، فلم يتدخل النص السابق في ثوابت التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات . وتفريعاً عن ذلك ، فإن النص السابق لم يكرس غياب اتفاق التحكيم ، حيث إنه لم ينص على عنصر شخصي في الإحالة للتحكيم ، ذلك أن النص السابق قد أخذ بعنصر موضوعي للإحالة للتحكيم ، وهو قواعد السوق ، حيث إن قواعد السوق هي التي تنص على إحالة النزاع للتحكيم ، فمثلاً قد تنص قواعد السوق على أن المنازعات المدنية الناشئة عن تحريف المعلومات المادية تقبل الإحالة للتحكيم وتقف عند هذا الأمر ، فلم يرد في النص السابق أن الإحالة للتحكيم تتم من خلال أشخاص معينين ، فلم يأت في النص السابق مثلاً بأنه يجوز أن تنص قواعد السوق على أن تحيل السوق بعض المنازعات للتحكيم ، وأيضاً لم يرد ما يشير إلى أنه لمدير التحكيم أو رئيس هيئة التحكيم إحالة النزاع للتحكيم ، ولذلك فإن الإحالة المقصودة في النص السابق ، هي إحالة موضوعية وليست شخصية .

أما الأمر الثاني الذي يجب الوقوف عليه في ظل نص المادة (9 / 2) من قانون الأوراق المالية ، فإنه يتصل بالقواعد التي تحدد إحالة المنازعات للتحكيم ، ذلك أن هذا النص قد قصر القواعد التي تقرر الإحالة على قواعد السوق . ولقد عرفت المادة (2) من قانون الأوراق المالية قواعد السوق بأنها :

" الأنظمة والتعليمات التي تقرها السوق وتوافق عليها الهيئة لتنظيم عمل السوق " .

وفي ثنايا هذا التعريف يتبين أن قواعد السوق ، هي تلك الأنظمة والتعليمات التي تعدها السوق ويتم اعتمادها والموافقة عليها من قبل هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، وبذلك فإنه يجب أن يتم اعتماد قواعد السوق من قبل مجلس إدارة السوق ، وبعد ذلك يتم رفعها لهيئة سوق رأس المال التي تقرر الموافقة عليها ، وهذا ما أرسته المادة (8) من قانون الأوراق المالية حينما نصت على أنه :

" على السوق أن تقدم إلى الهيئة الأنظمة الداخلية والتعليمات الخاصة بها (قواعد السوق) ، وأي تعديلات تطرأ عليها للموافقة قبل بدء العمل بها ، وللهيئة الطلب من السوق إجراء تعديلات عليها خلال مدة محددة في الطلب ، وتعتبر تلك التعديلات نافذة اعتباراً من التاريخ الذي تحدده الهيئة " .

وعليه فإن قواعد السوق لا تكون سارية المفعول من الوقت الذي يصادق عليها مجلس إدارة السوق، بل من الوقت الذي تصادق عليه هيئة سوق رأس المال الفلسطينية .

وأما الأمر الثالث الذي يجب التطرق إليه من أجل تحليل نص المادة (9 / 2) من قانون الأوراق المالية ، فإنه يتمحور حول جوازية صدور قواعد السوق التي تقرر الإحالة إلى التحكيم ، ذلك أن النص قد استهل شطره الأول بأنه " يجوز أن تنص قواعد السوق " ، وهذا الأمر له أهمية كبيرة في وسيلة التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، حيث إنه في الفترة التي تسبق صدور قواعد السوق التي تقرر إحالة المنازعات إلى التحكيم ، فإن ذلك لا يعني انتفاء التنظيم القانوني لوسيلة التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، نظراً لعدم صدور القواعد ، بل إن هذا التنظيم يرى وجوده القانوني في الأصل العام المتجسد في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 ، وأما إذا صدرت قواعد السوق هذه ، فإن منطقة قابلية المنازعات للتحكيم في ظلها يصر إلى الأخذ بها ، وأما باقي مرتكزات التحكيم فإنه يتم العودة بها إلى قانون التحكيم الفلسطيني .

ونتيجة لجوازية صدور قواعد السوق التي تحيل المنازعات إلى التحكيم ، فإن سوق فلسطين للأوراق المالية قد فعلت الاختصاص الممنوح لها بموجب نص المادة (9 / 2) من قانون الأوراق المالية ، وأصدرت نظام فض المنازعات والتحكيم ، والذي يعبر عن قواعد السوق التي تحيل المنازعات للتحكيم .

ولأن نظام فض المنازعات والتحكيم يعتبر من ضمن قواعد السوق ، فإنه يجب التقيد بما أورده قانون الأوراق المالية في هذا الصدد ، فيجب في البداية أن يتم إعداد هذا النظام من قبل السوق ويعتمده مجلس إدارتها ، وبعد ذلك يرفع لهيئة سوق رأس المال الفلسطينية من أجل الموافقة عليه ، ويسري من تاريخ موافقة الهيئة عليه .

إلا أن نظام فض المنازعات والتحكيم قد صدر بشكل مخالف لهذه الأسس القانونية ، حيث إنه تم المصادقة على هذا النظام من قبل مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال الفلسطينية في جلسته رقم (20) المنعقدة بتاريخ 18 / 12 / 2006 بموجب القرار رقم (6 / 20) ، أما السوق فقد صادق مجلس إدارتها على هذا النظام في جلسته الرابعة بتاريخ 3 / 8 / 2007 .

وبذلك يكون نظام فض المنازعات والتحكيم قد صدر على نحو مخالف لقانون الأوراق المالية، حيث إنه تم إقراره والموافقة عليه من قبل الهيئة في وقت سابق على اعتماده من قبل السوق ، وهذا ما يؤدي إلى أن نكون أمام فرضين ، كلاهما مخالف لقانون الأوراق المالية ، فإما أن يكون هناك نظام آخر ، غير النظام الذي اعتمده مجلس إدارة السوق تقدمت به السوق إلى الهيئة وطلبت الموافقة عليه واعتماده ، وبعد ذلك قامت السوق في وقت لاحق باعتماد نظام آخر ، وإما أن تكون الهيئة هي التي وضعت نظام فض المنازعات وأقرته ، وبعد ذلك اعتمده مجلس إدارة السوق .

وإذا ما افترضنا بأن نظام فض المنازعات والتحكيم الحالي هو ذات النظام الذي صادقت عليه هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، وأنه صدر بشكل صحيح ، فإن إلزامية هذا النظام تأتي من شقين ، الشق الأول يتمثل في اعتبار هذا النظام من قواعد السوق التي تم تكريس التزام الخضوع إليها في قانون الأوراق المالية . أما الشق الثاني ، فإنه يتجسد في نظام فض المنازعات ذاته ، حيث نصت المادة (1 / 2) منه على أنه :

" يعتبر التعامل والإدراج والعضوية لدى السوق إقراراً بالخضوع لأحكام هذا النظام ، والتزاماً بتنفيذ القرارات الصادرة بمقتضاه " .

ومن غير الممكن الركون لهذا النص بالنسبة للقواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم في ظل نظام فض المنازعات والتحكيم ، ذلك أن الخضوع لوسيلة التحكيم من غير الممكن أن يجد النور إلا بوجود اتفاق ما بين أطراف النزاع على إحالته للتحكيم . كما أنه من غير الممكن التسليم بأن التعامل والإدراج والعضوية لدى السوق يعتبر إقراراً بالخضوع للقواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم ، وذلك لأن التعامل والإدراج والعضوية يعتبر جوهر منازعات سوق الأوراق المالية . وفضلاً عن ذلك ، فإن الخضوع لوسيلة التحكيم بصدد منازعات سوق الأوراق المالية ، والنتيجة عن التعامل في السوق بمفهومه الواسع لا يتوافر إلا بناء على اختيار حر من أطراف النزاع لوسيلة

التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات ، فلا يتم العزوف عن هذا الاختيار إلى غياب اتفاق التحكيم ، بناءً على قواعد يعتبر التعامل في السوق إقراراً بالخضوع إليها .

ومن جل ما تقدم ، يتبين أن القواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم ، تعتبر من قواعد السوق التي صدرت بشكل مخالف لقانون الأوراق المالية ، وأيضاً بشكل مخالف للسند القانوني الذي منح سوق فلسطين للأوراق المالية إصدارها .

ثانياً : مدى اعتبار قواعد التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم قواعد تحكيمية مؤسسية

ترتكز قواعد التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم على توفير جانب إشرافي على العملية التحكيمية ، فيتم التحكيم من خلال هذه القواعد تحت رعاية السوق وتنظيم مدير التحكيم ، فضلاً عن الدور الذي يقوم به أمين السر ، ونتيجة لذلك فإن هذه القواعد قد تختلط بالتحكيم المؤسسي الذي يفرد قواعد خاصة للقيام بالعملية التحكيمية .

ومن أجل أن نستطيع أن نثبت أو ننفي اعتبار قواعد التحكيم في ظل نظام فض المنازعات والتحكيم قواعد تحكيمية مؤسسية ، فإنه يجب في البداية أن نتعرض لمفهوم التحكيم المؤسسي واختلافه عن التحكيم الخاص ، وبعد ذلك نتعرض للأساس القانوني لسريان قواعد التحكيم المؤسسية في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 ، وفي ثنايا ذلك نسقط ما نخلص إليه على قواعد التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم .

ينقسم التحكيم من حيث الإطار القانوني الذي يجري تحت مظلته إجراءات التحكيم إلى فئتين رئيسيتين ، تمثل الفئة الأولى التحكيم الخاص ، أما الفئة الثانية فإنها تركز على التحكيم المؤسسي²⁸¹ . ولقد عرف البند الرابع والخامس من المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني هاتين الفئتين بقوله :

" لغايات هذا القانون يكون التحكيم : ... رابعاً : خاصاً إذا لم تقم بتنظيمه مؤسسة مختصة بالتحكيم .
خامساً : مؤسسياً إذا تم من خلال مؤسسة مختصة بتنظيم التحكيم والإشراف عليه سواء كانت داخل فلسطين أو خارجها " .

ففي ظل التحكيم الخاص (Ad Hoc Arbitration) يقوم أطراف النزاع بتنظيم كافة الإجراءات التي تنظم العملية التحكيمية ، وذلك من خلال استخدام قواعد مصممة خصيصاً لتوائم متطلبات

²⁸¹ Sammartano , Mauro (2001) : International Arbitration - Law And Practice - , Second Edition . Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rijn , Netherlands , Page 4 .

الطرفين وظروف النزاع²⁸²، ويشكل قانون التحكيم في بعض جوانب هذه الإجراءات الجانب التعويضي في حالة عدم الاتفاق، ويضع حداً أدنى من الشروط التي لا يجب النزول عنها.

أما بالنسبة للتحكيم المؤسسي (Institutional Arbitration)، فإن العملية التحكيمية تجري وفقاً للقواعد الإجرائية الصادرة عن مؤسسة التحكيم التي تدير عموم هذه العملية، وإدارة العملية التحكيمية عادة ما تتطوي على القيام بتعيين المحكمين وردهم، وذلك حينما يفشل طرفا النزاع بالتوصل إلى اتفاق بشأن هذه المسائل، كما تشمل أيضاً تقديم طلب التحكيم، وبعض التقارير الأخرى، وكيفية التعامل مع المحكمين المقيدين لديها، ورسوم العملية التحكيمية وأتعابها²⁸³.

وبناءً على ما تقدم، فإن العنصر الرئيس الذي يؤدي إلى إحداث المفارقة ما بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي هو القواعد الإجرائية²⁸⁴، ففي التحكيم الخاص تصمم القواعد الإجرائية من قبل الطرفين بشكل خاص لكل نزاع، ولذلك فإنه يصدق عليه اصطلاح التحكيم الخاص، كما أن هذه القواعد لا تجري تحت رعاية سلطة معينة أو إشرافها، ولذلك فإنه يصدق عليه اصطلاح التحكيم الحر، حيث لا يتقيد الأطراف بقواعد إجرائية معينة - مع مراعاة القواعد الأمرة التي أوردها قانون التحكيم - .

أما في التحكيم المؤسسي، فإنه يجري تقييد العملية التحكيمية بقواعد إجرائية موضوعة مسبقاً لحل المنازعات التحكيمية، ولذلك فإنه يصدق عليه اصطلاح التحكيم المنظم، وتجري العملية التحكيمية تحت رعاية وإشراف مؤسسة التحكيم، ولذلك فإنه يصدق عليه اصطلاح التحكيم المؤسسي.

وبعد أن فرقنا ما بين التحكيم المؤسسي والتحكيم الخاص، فإننا سننتقل فيما يلي لتبيين الأساس القانوني الذي يؤدي إلى سريان القواعد التحكيمية المؤسسية على العملية التحكيمية.

وحتى نكون أمام التحكيم المؤسسي، فيجب أن يقر المشرع وجود مثل هذا التحكيم، فلا وجود للتحكيم المؤسسي إلا من خلال إقرار المشرع لأطراف النزاع اختيار القواعد التحكيمية المؤسسية التي تسري على العملية التحكيمية، وفي ذلك نصت المادة (10) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه :

²⁸² Paulsson , Jan (1999) : The Freshfields Guide To Arbitration And ADR - Clauses In International Contracts- , Second Revised Edition . Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rijn , Netherlands , Page 6 .

²⁸³ Born , Gary (2010) : International Arbitration And Forum Selection Agreements - Drafting And Enforcing- , Third Edition . Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rijn , Netherlands , Page 44 - 45 .

²⁸⁴ Lindholm , Carita (2013) : Ad Hoc Arbitration Vs. Institutional Arbitration . In : Moss , Giuditta (Editor) International Commercial Arbitration - Different Forms And Their Features - . Cambridge University Press , University Of Cambridge , Cambridge - UK , Page 61 - 62 .

" بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون ، إذا عين اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم ، فإنه يتم في إطار قواعدها تنظيم إجراءات التحكيم ، بما في ذلك صلاحية تعيين هيئة التحكيم والإشراف عليها وتحديد النفقات اللازمة وكيفية توزيعها على الأطراف والبت في طلب رد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها " .

وفي إطار هذا النص ، فإن المشرع قد وضع ثلاثة شروط أساسية حتى يكون لأطراف النزاع اختيار قواعد تحكيمية مؤسسية ، الأول يتمثل في وجود اتفاق تحكيم ما بين أطراف النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحله ، فمن غير الممكن أن تسري قواعد التحكيم المؤسسية إلا إذا وجد اتفاق تحكيم ، ذلك لأن اتفاق التحكيم يعتبر الشرط المفترض في التحكيم المؤسسي ، حيث إن التحكيم المؤسسي في الأساس يقوم على القواعد الإجرائية التي ستسري على العملية التحكيمية ، وهذه الأخيرة لا تكتسب وجودها القانوني إلا بأن يسبقها اختيار أطراف النزاع لوسيلة التحكيم كوسيلة بديلة لحله ، وهذا ما يتجسد في اتفاق التحكيم .

أما الشرط الثاني ، فإنه يتمحور حول اختيار أطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم المؤسسي والعزوف عن التحكيم الخاص ، فقوام التحكيم المؤسسي هو إرادة الأطراف التي انصرفت إلى جعل قواعد مؤسسة التحكيم تسري على العملية التحكيمية ، فالأطراف هم الذين يحددون ما إذا كانوا سيلجأون إلى التحكيم الخاص أم التحكيم المؤسسي²⁸⁵ ، وذلك من خلال أن يدرج أطراف النزاع في اتفاق التحكيم إشارة إلى سريان القواعد التحكيمية المؤسسية على العملية التحكيمية²⁸⁶ .

أما الشرط الثالث ، فإنه يركز على ترجيح القواعد الإجرائية التي جاء بها قانون التحكيم على قواعد مؤسسة التحكيم إذا وقع التعارض فيما بينهما ، حيث إن المشرع استهل النص السابق بعبارة بما لا يتعارض ، وبذلك فإنه يجب على القواعد التحكيمية المؤسسية أن لا تخالف قانون التحكيم .

وبإسقاط هذه الشروط على قواعد التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم ، يتبين أن هذه القواعد من غير الممكن إدراجها تحت القواعد التحكيمية المؤسسية بشكل مطلق ، فبالنسبة للشرط الأول والمتمثل في وجود اتفاق التحكيم ، فإن قواعد التحكيم في النظام قد كرست غياب اتفاق التحكيم في أقصى صورته . وأما بخصوص الشرط الثاني المتمثل في اختيار قواعد التحكيم في النظام ، فإن أطراف النزاع لا يملكون اللجوء إلى قواعد تحكيمية مؤسسية أخرى أو اختيار التحكيم الخاص . وأخيراً وبالنسبة للشرط الثالث والمتمثل في عدم وجود التعارض ، فإن قواعد التحكيم في النظام قد

²⁸⁵ Morrissey , Joseph . Graves , Jack (2008) : International Sales Law and Arbitration - Problems , Cases , And Commentary . Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rijn , Netherlands , Page 322 .

²⁸⁶ Schafer , Erik . And Others (2005) : ICC Arbitration In Practice . Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rijn , Netherlands , Page 10 .

خالفت القواعد القانونية التحكيمية بشكل كبير ، الأمر الذي يقودنا إلى القول بأن قواعد التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم ليست قواعد تحكيمية مؤسسية .

المطلب الثاني

إلغاء القواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم

بعد أن بينا في المطلب الأول من هذا المبحث الطبيعة القانونية للقواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية من خلال الربط بينها وبين نظام فض المنازعات والتحكيم الذي نظمها ، فإنه تبين أن هذه القواعد قد صدرت بشكل مخالف لهرمية القاعدة القانونية الفلسطينية .

وحتى نستطيع إرجاع اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية إلى التكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم ، فإنه لا بدّ من الخوض في إلغاء القواعد التي كرس غيابه ، وذلك من منطلق الأصل المتجذر في النظام القانوني القاضي بأن القاعدة القانونية تبقى نافذة وسارية إلى أن يتم إلغاؤها ، سواء أكان إلغاء كلياً لهذه القاعدة أو إلغاؤها واستبدالها بقاعدة قانونية متفقة وهرمية القاعدة القانونية من خلال تعديلها .

ونظراً لخصوصية نظام فض المنازعات والتحكيم الذي كرس غياب اتفاق التحكيم ، وذلك لصدوره من شخص ينتمي إلى عائلة أشخاص القانون الخاص ، فإن البحث في إلغائه لا يخلو من بعض العقبات ، وهذا ما يلقي علينا بالتزام الخوض في إلغائه ، سواء أكان ذلك إلغاءً دستورياً من خلال المحكمة العليا الفلسطينية التي أنيط بها مؤقتاً اختصاص القضاء الدستوري في المنظومة القانونية الفلسطينية (الفرع الأول) ، أو بإلغاء القرارات الإدارية التي أدت إلى المساهمة في صدور هذا النظام ، وذلك من خلال بحث إمكانية إلغائها من خلال القضاء الإداري الفلسطيني ، المتمثل في محكمة العدل العليا الفلسطينية ، أو من خلال إلغاء الإدارة المتجسدة في هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : إلغاء القواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم إلغاءً دستورياً

بيننا في المطلب الأول من هذا المبحث انتهاك نظام فض المنازعات والتحكيم للقواعد القانونية الدستورية التي جاء بها القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 ، ومن أجل بحث رفع هذا الانتهاك ، فإنه لا بد من إلغاء النظام إلغاءً دستورياً ، ومن غير الممكن الوصول إلى ذلك إلا بالتطرق لتدرج القواعد القانونية بمفهومها الواسع ، وهذا التدرج يشكل منارة بحث مدى التزام القواعد القانونية فيما بينها .

فالقواعد القانونية تمتاز بسريان قالب الهرمي عليها ، حيث إن مختلف القواعد القانونية تتسلسل في ثلاث درجات ، أعلاها القواعد القانونية الدستورية ، وأوسطها القانون بمعناه الخاص ، الذي يشكل التشريع العادي الصادر من السلطة التشريعية مرتكزه الأساسي ، وأدناه التشريعات الفرعية التي تتمثل في اللوائح والأنظمة والتعليمات ²⁸⁷ . ويؤدي هذا التدرج إلى وجوب تقييد القاعدة القانونية الأدنى بالقاعدة الأعلى وعدم مخالفتها ، وهذا ما يستتبع أن تنقيد كافة القواعد القانونية الأدنى للقواعد الدستورية بها ، وذلك نتيجة لتربع القواعد الأخيرة على هرم القانونية ، وهذا ما يعرب عنه مبدأ سمو الدستور على مختلف القانونية الأخرى في الدولة ²⁸⁸ .

وفي واقعنا الفلسطيني يعتبر القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 وثيقة دستورية ، ويحمل الكثير من الأحكام والمبادئ الدستورية ، وعلى رأسها مبدأ سموه على كافة القواعد القانونية التالية له في الترتيب ، وبعد الدستور تأتي القوانين العادية التي يصدرها المجلس التشريعي الفلسطيني ، والتي يجب أن لا تخالف أي قاعدة قانونية واردة في القانون الأساسي.

وتأتي اللوائح والأنظمة في مرتبة أدنى من القانون ، فلا يجوز لهذه اللوائح والأنظمة أن تخالف القانون العادي ، وبالتناوب يجب أن لا تخالف القانون الأساسي ، وتأتي التعليمات فيما بعد الأنظمة واللوائح ، وهذه التعليمات تعتبر في أدنى سلم القاعدة القانونية - وإن كان يأتي بعدها بعض القواعد القانونية التي تعتبر أدنى مرتبة منها - ، وهذه التعليمات يسري عليها مبدأ تدرج القاعدة القانونية ، فلا يجوز للقاعدة الأدنى في الترتيب أن تخالف القواعد التي تعلوها .

وإذا ما نظرنا بشكل تصاعدي لمبدأ هرمية القاعدة القانونية ، وأسقطناه على القواعد التي كرس غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، فإنه يتضح - كما بينا سابقاً - أنها تنتمي إلى عائلة قواعد السوق ، وهذا القواعد تقع في أدنى هرم القاعدة القانونية بالنسبة للقواعد القانونية الحاكمة لقطاع الأوراق المالية ، فهذه القواعد لا يجوز لها أن تخالف التعليمات والقرارات التي تضعها هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، كما لا يجوز لها أن تخالف الأنظمة التي يضعها مجلس الوزراء المتصلة في تنظيم قطاع الأوراق المالية ، كما لا يجوز لها أن تخالف القوانين ، مثل قانون الأوراق المالية وقانون هيئة سوق رأس المال ، فضلاً عن أنها لا يجوز أن تخالف القوانين ذات العلاقة بها مثل قانون التحكيم ، كما أنه لا يجوز لها أن تخالف القرارات بقوانين الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي الفلسطيني القرار بقانون

²⁸⁷ للتوسع في مبدأ هرمية القاعدة القانونية الذي قدمه قديماً الفقيه هانس كلسن ، أنظر :

Peczenik , Aleksander (2009) : On Law And Reason . Springer Science And Business Media , Berlin - Germany , Page 7 .

²⁸⁸ عبد الله ، عمر (2001) : الرقابة على دستورية القوانين - دراسة مقارنة - . مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 17 ، العدد 2 ، جامعة دمشق ، دمشق - سوريا ، ص 2 .

رقم (17) لسنة 2009 بشأن التعامل في البورصات الأجنبية ، وأخيراً فإنها لا يجوز لها أن تخالف القانون الأساسي الذي يعتبر الوثيقة الدستورية التي تحتوي جملة من القواعد القانونية الدستورية .

وفي إطار قواعد القانون الأساسي ، فقد أثبتنا فيما سبق انتهاك نظام فض المنازعات والتحكيم لبعض القواعد القانونية الدستورية ، وهذا ما يؤدي إلى أن هذه القواعد تعتبر قواعد غير دستورية ، حيث إن نظام فض المنازعات والتحكيم هو بالمطلق يأتي في مرتبة أدنى من القانون الأساسي ، الأمر الذي يجعل من مخالفة أي قاعد قانونية أدنى من القاعدة القانونية الدستورية لهذه القاعدة الأخيرة مشوبة بعيب عدم الدستورية ، مما يستوجب إلغاؤها أو تعديلها²⁸⁹ .

وإذا كنا قد أثبتنا المخالفات الدستورية التي وقع فيها نظام فض المنازعات والتحكيم ، فإن هذا الإثبات لا يعدو أن يكون عملاً بحثياً ، ذلك أن الذي يتولى الرقابة على دستورية القواعد القانونية هي جهات أخرى غير الباحث الأكاديمي ، فالرقابة على مدى دستورية القواعد القانونية قد تكون رقابة سياسية ، وقد تكون رقابة قضائية ، كما أنها قد تكون رقابة داخلية ، وقد تكون رقابة شعبية ، وعلى الرغم من تعدد أنواع الرقابة إلا أن أكثرها أهمية وفاعلية هي الرقابة الدستورية التي تتولاها المحاكم الدستورية ، التي ينادى بها اختصاص الكشف عن مدى التزام القاعدة القانونية الأدنى بالقاعدة القانونية الدستورية²⁹⁰ .

وفي ظل الرقابة القضائية الدستورية ، فنظراً لأن دولتين عربيتين - مصر والكويت - قد خاضتا تجربة الإلغاء القضائي الدستوري للقواعد التي كرست غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، فإنه لا بد من التطرق إلى هاتين التجربتين ، والاستفادة بما خلصنا إليه (أولاً) ، وبعد ذلك نبحث إمكانية التوجه إلى المحكمة الفلسطينية العليا بصفتها محكمة دستورية العليا لإلغاء القواعد ، التي كرست غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم ، سواء أكان ذلك إلغاءً مباشراً من خلال إلغاء القواعد ذاتها ، أو إلغاء غير مباشر من إلغاء القواعد الأخرى التي يؤدي إلغاؤها إلى إلغاء القواعد التي كرست غياب اتفاق التحكيم بشكل تبعي لإلغائها (ثانياً) .

²⁸⁹ جبوري ، فوزي (2010) : نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق . مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 2 ، العدد 7 ، جامعة تكريت ، تكريت - العراق ، ص 178 .
²⁹⁰ طلبه ، نسرين (2011) : الرقابة على دستورية القوانين . مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 27 ، العدد 1 ، جامعة دمشق ، دمشق - سوريا ، ص 495 - 498 .

أولاً : التجارب العربية الدستورية في إلغاء غياب اتفاق التحكيم

لقد سرح أمام المحكمة الدستورية العليا المصرية والمحكمة الدستورية الكويتية فرصة النظر في مدى دستورية غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية . وعلى الرغم من أن المحكمة الدستورية العليا المصرية هي السابقة في الحكم بعدم دستورية غياب اتفاق التحكيم في هذه المنازعات ، إلا أن المحكمة الدستورية الكويتية لم تستند من هذه التجربة الرائدة .

فعلى صعيد تجربة المحكمة الدستورية العليا المصرية ، فإنها قد تمثلت في حكمها في الدعوى الدستورية رقم (55) لسنة (23 ق) الصادر بتاريخ 13 / 1 / 2002²⁹¹ . وتعود وقائع هذا الحكم إلى تاريخ 1 / 12 / 1999 ، حيث إنه في هذا التاريخ قامت الجمعية العمومية لشركة (سيناء للتنمية السياحية) بالموافقة على اتخاذ سبعة قرارات رئيسة قد أضرت بمساهمين رئيسين في هذه الشركة المساهمة العامة ، وهما شركة (الأهلي للتنمية والاستثمار) وشركة (أيه دي أي للتنمية السياحية) ، ولم ترضَ هاتان الأخيرتان بقرار الجمعية العامة ، ولذلك تقدمتا بطلب إلى الهيئة العامة لسوق المال المصرية من أجل وقف هذه القرارات ، والقيام بطرح النزاع أمام هيئة التحكيم المشكلة بموجب قانون سوق رأس المال رقم (95) لسنة 1992 ، وذلك إنفاذاً للمادة (10) من هذا القانون التي قضت بأنه :

" لمجلس إدارة الهيئة بناء على أسباب جدية يبيدها عدد من المساهمين الذين يملكون (5 %) على الأقل من أسهم الشركة ، وبعد التثبت وقف قرارات الجمعية العامة للشركة التي تصدر لصالح فئة معينة من المساهمين ، أو للإضرار بهم أو لجلب نفع خاص لأعضاء مجلس الإدارة أو غيرهم . وعلى أصحاب الشأن عرض طلب إبطال قرارات الجمعية العامة على هيئة التحكيم المنصوص عليها في الباب الخامس من هذا القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور القرار ، فإذا انقضت المدة دون اتخاذ هذا الإجراء اعتبر الوقف كان لم يكن " .

وبالفعل فقد أجابت الهيئة الشركتين لطلبهما ، ولجأتا إلى هيئة التحكيم التي فرضتها المادة (52) من قانون سوق رأس المال التي نصت على أنه :

" يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره . وتشكل هيئة التحكيم بقرار من وزير العدل برئاسة أحد نواب رؤساء محاكم الاستئناف وعضوية محكم عن كل من طرفي النزاع . وإذا تعدد أحد طرفي النزاع وجب عليهم اختيار محكم واحد . ويكون الطعن في الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم أمام محكمة الاستئناف

²⁹¹ الجريدة الرسمية المصرية (2002) : حكم المحكمة الدستورية العليا للدعوة رقم (55) لسنة (23 ق) - دستورية - الصادرة بجلسة 2002 / 1 / 13 . العدد 4 تابع ، بتاريخ 24 / 1 / 2002 .

المختصة . وفي جميع الأحوال تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافاة ما لم تقرر محكمة الطعن وقف تنفيذها " .

وقد قضت هيئة التحكيم هذه ببطلان القرارات السبعة التي أضرت بشركة (الأهلي للتنمية والاستثمار) وشركة (أيه دي أي للتنمية السياحية) ، وكان ذلك بموجب قرارها التحكيمي رقم (1) لسنة 2000 . إلا أن شركة (سيناء للتنمية السياحية) لم ترضَ بهذا القرار ، وطعنت فيه بالاستئناف أمام محكمة استئناف القاهرة بموجب الاستئناف رقم (50) لسنة 117 ق تحكيم تجاري، كما أقامت أمام تلك المحكمة الدعوى رقم (87) لسنة 117 ق تحكيم تجاري من أجل بطلان قرار التحكيم .

وفي الجلسة المنعقدة بتاريخ 12 / 3 / 2001 قررت محكمة استئناف القاهرة بعد ضم الدعويين إحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا المصرية للفصل في مدى دستورية المادتين (10 و 52) من قانون سوق رأس المال . وبتاريخ 7 / 4 / 2001 ورد إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا ملف الدعويين ، وتقدمت شركة (سيناء للتنمية السياحية) بمذكرة لهذه المحكمة طلبت فيها الحكم بعدم دستورية هاتين المادتين ، وسقوط المواد المرتبطة بها عضويًا ، كما قدمت كل من هيئة سوق المال وهيئة قضايا الدولة مذكرتين طلبتا فيهما رد الدعوى .

وفي الجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد 13 / 1 / 2002 أصدرت المحكمة الدستورية العليا قرارها بعدم دستورية المادتين (10 و 52) من قانون سوق رأس المال ، وذلك لانتهاكهما حق التقاضي الذي كفله الدستور المصري لسنة 1971 - الذي كان ساريًا وقت إصدار الحكم- وذلك بموجب المادة (68) منه التي نصت على أنه :

" التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا . ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء " 292 .

كما قد قضى الحكم بسقوط كافة المواد المرتبطة عضويًا بالمادتين السالفتين الذكر . حيث نص منطوق هذا الحكم على أنه :

" وحيث أن حكم الإحالة يعني على النصين المطعون عليهما - المحددين نطاقاً على النحو المتقدم - أنهما جعلاً للجوء إلى التحكيم طريقاً إجبارياً ، للتقاضي على خلاف الأصل من أنه وسيلة اختيارية لفض

²⁹² الجريدة الرسمية المصرية (1971) : الدستور المصري - دستور 1971 - . العدد 36 مكرر (أ) ، بتاريخ 12 / 9 / 1971 .

المنازعات لا تنشأ إلا عن الإرادة الحرة لأطرافه ، فحالا بذلك دون اللجوء إلى القضاء ابتداءً بما يخل بحق التقاضي المنصوص عليه في المادة (68) من الدستور .

وحيث أن هذا النعي صحيح ، ذلك أن مؤدي ما جري به قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن له أطراف أو بعضهم ، إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها، ذلك أن القاعدة التي تتأسس عليه مشروعية التحكيم ، كأسلوب لفض المنازعات يغير طريق التقاضي هي قاعدة اتفاقية تتبني إدارة سببياً لفض نزاع قائم بينهم أو لفض ما عساه أن يقع مستقبلاً من خلافات بينهم تنشأ عن علاقاتهم التعاقدية ومن هذه القاعدة الاتفاقية تتبعت سلطة المحكمين الذين يلتزمون حدود وأحكام ما أتفق عليه أطراف التحكيم ، ومن ثم فإن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان ، لأن مقتضى الاتفاق عليه أن تعزل المحاكم عن نظر المسائل التي أنصب عليه التحكيم استثناءً من أصل خضوعها لولايتها ، وعلى ذلك فإنه إذا قام المشرع بفرض التحكيم قسراً بقاعدة قانونية أمره دون خيار في اللجوء إلى القضاء ، فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق التقاضي الذي كفله الدستور لكل مواطن بنص مادته الثامنة والستين ، التي أكدت أن اللجوء إلى القضاء للحصول على الترضية القضائية دون قيود تعثر الحصول عليها أو تحول دونها هو أحد الحقوق الجوهرية التي تبني عليها دولة القانون ويتحقق بها سيادته .

وحيث أن البين من النصين المطعون عليها - بالتحديد السالف بيانه - أن المشرع أنشأ بموجبها نظاماً للتحكيم الإجباري كجهة بديلة عن القضاء لفض المنازعات بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية ، وأسبغ على القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم في هذا الشأن قوة تنفيذية ، في حين أن المقرر أن التحكيم لا ينزع عن القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداءً ، إلا إذا كان متولداً عن الإرادة الحرة لأطرافه ، بما مؤداه أن اختصاص هيئة التحكيم المنشأة بموجب النصين السالفين بالفصل في المنازعات التي أدخلت جبراً في ولايتها يكون منطوقاً بالضرورة على إخلال بحق التقاضي بحرمان ذوي الشأن من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي ، بغير طريق الاتفاق الإرادي على ذلك وهو ما يخالف المادة (68) من الدستور .

وحيث أن المواد من (53) إلى (62) من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم (95) لسنة 1992 ، والتي تتناول تنظيم إجراءات التحكيم ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالمادة (52) منه ، كما أن تلك المادة هي الأساس التشريعي الذي تقوم عليه المادتان (210 ، 212) من قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم (135) لسنة 1993 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال ، فإن هذه النصوص جميعها تسقط حتماً كأثر للحكم بعدم دستورية المادة (52) المشار إليها.

فهذه الأسباب ، حكمت المحكمة : أولاً : بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (10) والمادة (52) من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم (95) لسنة 1992 . ثانياً : بسقوط نصوص المواد (53 و 54 و 55 و 56 و 57 و 58 و 59 و 60 و 61 و 62) من القانون المشار إليه ، ونص المادتين (210 و 212) من قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم (135) لسنة 1993 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المشار إليه " .

وأما بالنسبة لتجربة المحكمة الدستورية الكويتية ، فإنها قد تجسدت في حكمها في الدعوى رقم (8) لسنة 2010²⁹³ ، وتتلخص الوقائع التي بني عليها هذا الحكم ، في النزاع الذي حدث ما بين (الشركة الدولية للإجارة والاستثمار) و شركة (الأبراج القابضة) ضد شركة (الوطني للوساطة المالية) ، ومفاد هذا النزاع أن شركة (الوطني للوساطة المالية) تدعي بأن (الشركة الدولية للإجارة والاستثمار) قد أصدرت لها أمراً بشراء (24.180.000) سهماً من أسهم شركة (الشبكة القابضة) باسم شركة (الأبراج القابضة) ، ولصالح المحافظ الخاصة بشركات (الأبراج لمقاولات تنظيف المباني) و (الأبراج لنقل المواد الثمينة) و (الأبراج لمقاولات مكافحة القوارض) و (المسيلة للتجهيزات الغذائية) . وبإدعاء شركة (الوطني للوساطة المالية) أن كلاً من شركة (الشركة الدولية للإجارة والاستثمار) و شركة (الأبراج القابضة) لم تقوما بسداد المبالغ المالية الناتجة عن شراء هذه الأسهم ، والمتمثلة في (3.546.137.220) ديناراً كويتياً ، بالإضافة إلى مبلغ (7.493.327) ديناراً كويتياً قيمة ما تكبدته الشركة من أضرار وخسائر .

ولأن الشركتين لم تقوما بأداء هذه المبالغ ، ومطالبة السوق لشركة الوساطة بأداء المبلغ المالي الناتج عن الشراء ، فإن شركة الوساطة المالية قد قامت بسداد مبلغ الأسهم للسوق ، ولكنها لم ترضَ نكران الشركتين دفع المبالغ المالية ، وعليه فقد تقدمت بطلب تحكيم للجنة التحكيم لسوق الكويت الأوراق المالية قيد تحت رقم (19) لسنة 2008 ، وذلك إنفاذاً لما قضت به المادة (12) من المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية التي نصت على أنه:

" تنشأ داخل السوق لجنة تحكيم تشكل بقرار من لجنة السوق برئاسة أحد رجال القضاء ، يختاره مجلس القضاء الأعلى ، وتكون مهمتها الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق ، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم ويثبت ذلك في أوراق هذه المعاملات . وتكون القرارات الصادرة عن اللجنة ملزمة لطرفي النزاع ، ويبين القرار الصادر بتشكيل اللجنة الإجراءات التي تتبع لرفع النزاع والفصل فيه " .

وبتاريخ 17 / 2 / 2009 أصدرت لجنة التحكيم السالف ذكرها قرارها التحكيمي الذي خلص إلى إلزام (الشركة الدولية للإجارة والاستثمار) و شركة (الأبراج القابضة) بالتضامن بأن تدفعا لشركة (الوطني للوساطة المالية) مبلغ مقداره (3.546.137.220) ديناراً كويتياً ، وذلك مقابل الأسهم التي تم شرائها ، بالإضافة إلى مبلغ (7.493.327) ديناراً كويتياً قيمة ما تكبدته الشركة من أضرار وخسائر .

²⁹³ الجريدة الرسمية الكويتية (2011) : حكم المحكمة الدستورية في الدعوى الدستورية رقم (8) لسنة 2010 الصادر بجلسة 6 / 7 / 2011 . العدد 1032 ، بتاريخ 19 / 6 / 2011 .
الجريدة الرسمية الكويتية (2010) : حكم لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في الطعن رقم (32) و (34) لسنة 2009 الصادر بجلسة 18 / 1 / 2010 . العدد 960 ، بتاريخ 31 / 1 / 2010 .

ولم يرقَ هذا القرار قبول الشركتين ، وذلك بإدعائهم أن الشركات التي تمت لصالحها عملية شراء الأسهم غير تابعة لأي من الشركتين ، وأن صدور حكم التحكيم مبني على غياب اتفاق التحكيم ، ولذلك فقد تقدمتا بدعوى أمام المحكمة التجارية الكويتية قيدت برقم (1603) لسنة 2009 تجاري كلي / 21 ، يطلبون بموجبها الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم الصادر من لجنة التحكيم لسوق الكويت للأوراق المالية ، لحين الفصل في الدعوى بحكم بات ، وفي الموضوع بإلغاء هذا الحكم والقضاء ببطلانه وما يترتب على ذلك من آثار .

وقد نظرت محكمة الموضوع الطعنين بجلسة 16 / 12 / 2009 ، وقررت ضم الطعن الثاني إلى الأول للارتباط وليصدر فيهما حكم واحد ، وأثناء نظر الدعوى أمام المحكمة دفعت المدعيتان بعدم دستورية المادة (13) من المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية لسنة 1983 التي نصت على أنه :

" تنشأ داخل السوق لجنة تحكيم تشكل بقرار من لجنة السوق برئاسة أحد القضاة ، يختاره مجلس القضاء الأعلى ، وتكون مهمتها الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم ويثبت ذلك في أوراق هذه المعاملات . وتكون القرارات الصادرة عن اللجنة ملزمة لطرفي النزاع ، ويبين القرار الصادر بتشكيل اللجنة الإجراءات التي تتبع لرفع النزاع والفصل فيه " .

وكان مبني الدفع بعدم دستورية هذا النص ، يرتكز على مخالفته للمادة (166) من الدستور الكويتي لسنة 1962 التي نصت على أنه :

" حق النفاضي مكفول للناس ، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق"²⁹⁴.

وعلى الرغم من وضوح المخالفة الدستورية ، إلا أن محكمة الموضوع وبجلسة 31 / 5 / 2009 حكمت بعدم جدية الدفع بعدم الدستورية ، وفي موضوع الدعوى برفضها . وهذا ما لم تقبله المدعيتان ، مما دفعهما بالطعن في هذا الحكم في شقه المتعلق بعدم جدية الدفع بعدم الدستورية أمام لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية بالطعنين رقم (32) و (34) لسنة 2009 . وبجلسة 18 / 1 / 2010 قضت لجنة فحص الطعون بإلغاء الحكم المطعون فيه ، وذلك فيما تضمنه من عدم جدية الدفع بعدم دستورية نص المادة (13) من مرسوم تنظيم سوق الكويت للأوراق المالية وإحالة النزاع إلى المحكمة الدستورية بكامل هيئتها للفصل فيه ، حيث جرى قيد الدعوى في سجل المحكمة الدستورية برقم (8) لسنة 2010 .

²⁹⁴ الجريدة الرسمية الكويتية (1962) : دستور دولة الكويت . عدد خاص ، بتاريخ 12 / 11 / 1962 .

وبتاريخ 27 / 6 / 2011 أصدرت المحكمة الدستورية حكمها في الدعوى ، ولكن هذا الحكم يشوبه التناقض فيما بين أجزائه ، حيث قرر في بدايته أن التحكيم يعتبر وسيلة بديلة لحل المنازعات، ولا يجوز جعله الوسيلة الوحيدة لحل المنازعات ، وذلك لأنه يؤدي إلى انتهاك حق التقاضي الذي كفله الدستور الكويتي ، فمن غير الممكن أن يوجد التحكيم إلا بوجود اتفاق ما بين أطراف النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة لحله ، حيث نص الشق الأول من هذا الحكم على أنه :

" وحيث إن المادة (13) من المرسوم الصادر بتاريخ 14 / 8 / 1983 بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية تنص على أن (تنشأ داخل السوق لجنة تحكيم تشكل بقرار من لجنة السوق برئاسة أحد رجال القضاء يختاره مجلس القضاء الأعلى ، وتكون مهمتها الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق ، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم ، ويثبت ذلك في أوراق هذه المعاملات . وتكون القرارات الصادرة عن اللجنة ملزمة لطرفي النزاع ويبين القرار الصادر بتشكيل اللجنة الإجراءات التي تتبع لرفع النزاع والفصل فيه) .

وحيث إن مبنى النعي على نص المادة سالفه البيان - حسبما يبين من حكم الإحالة - أنه قد خالف المادة (166) من الدستور ، إذ أنشأت نظاماً للتحكيم الإلزامي كجهة بديلة عن القضاء لفض المنازعات بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية ، وأصبغ على القرارات التي تصدرها لجنة التحكيم في هذا الشأن قوة تنفيذية ، في حين أنه من المقرر - كأصل عام - أن التحكيم لا ينزع عن القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداءً إلا إذا كان متولداً عن الإرادة الحرة لأطرافه ، فضلاً عن أن التحكيم هو محض طريق استثنائي لفص الخصومات وهو مقصور حتماً على ما تتصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، فالإرادة هي أساس التحكيم ، ومن ثم لا يجوز أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها ، وبما مؤداه أن اختصاص لجنة التحكيم في المادة سالفه الذكر ينطوي بالضرورة على إخلال بحق التقاضي الذي كفله الدستور بحرمان ذوي الشأن من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي .

وحيث إنه من المصطلح عليه أن التحكيم هو اتفاق يجري بين طرفي النزاع بإرادتهما الحرة على عرضه على محكم من الأعيان ، يعين باختيارهما أو بتقويض منهما ، وفقاً للحدود والأوضاع التي تترضي إرادتهما عليها ، ويتحدد به مجال النزاع بينهما وموضع ، ليفصل فيه بقرار يقطع دابر الخصومة بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية . وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم ، التزامهما بالنزول على القرار الصادر فيه ، وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه . وبالتالي فلأن رضاه طرفي الخصومة هو أساس التحكيم بتلاقي إرادتهما على هذا الطريق لفض مجالات الخصام فيما بينهما بدلاً من القضاء " .

وإذا نظرنا للشق الأول لتبين بكل وضوح تأكيده على الطبيعة الاختيارية للتحكيم ، وأهمية وجود اتفاق التحكيم ، أما الشق الثاني فإنه قد خالف الشق الأول على أساس تنظيم حق التقاضي تشريعياً ، وذلك من خلال غياب اتفاق التحكيم وبجعله الوسيلة الوحيدة لحل منازعات سوق الأوراق المالية لا

يصطدم وحق التقاضي الدستوري ، ولذلك فإن نص المادة (13) من المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية لا تشوبه شائبة الدستورية ، حيث نص الشق الثاني على أنه :

" وحيث إنه من المستقر عليه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه ليس هنالك من تناقض بين حق التقاضي - كحق دستوري أصيل - وبين تنظيمه تشريعياً ، بشرط ألا يتخذ من هذا وسيلة إلى حظر هذا الحق أو إهداره .

لما كان ذلك ، وكان الواضح من النص المطعون عليه - سالف البيان - أنه بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للمنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في سوق الكويت للأوراق المالية ، واصطباغها بسمات معينة ذات طابع خاص من شأنها التأثير على أداء السوق ، أنشئت لجنة سميت (لجنة تحكيم) داخل السوق ، روعي في تكوينها أن تجمع بين العنصر القضائي والعناصر الفنية ذات الخبرة في هذا المجال ، على أن تكون اللجنة مستقلة ومحيدة ، ولديها القدرة على الفصل السريع في تلك المنازعات بما يتلاءم مع طبيعتها ، وذلك من خلال توفير ضمانات التقاضي أمامها ، فجرى تشكيلها برئاسة أحد رجال القضاء يختاره المجلس الأعلى للقضاء ، وعضوية اثنين من أعضاء لجنة السوق، بحيث تختص بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق بقرارات ملزمة لطرفي النزاع ، ونظم القرار الصادر بالإجراءات المتبعة أمامها ، إجراءات قيد صحف المنازعات، وإعلان الخصوم بميعاد الجلسة المعينة لنظرها ، وخول اللجنة في سبيل أداء مهمتها التحقيق في المنازعات المعروضة عليها إذا دعت الحاجة لذلك ، أو ندب أحد أعضائها أو أحد أعضاء جهاز التحقيق بالسوق للقيام به ، ونص على أن تقضي في هذه المنازعات على مقتضى القانون والأعراف السارية مع مراعاة القواعد المعمول بها في السوق ، على أن يكون قرارها نهائياً، صادراً بعد مداولة سرية - لا يجوز أن يشترك فيها غير أعضاء اللجنة الذين حضروا الجلسات - وأن يكون مكتوباً ومشمئلاً على الأسباب التي بنى عليها ، وينفذ طبقاً للقواعد الواردة بقانون المرافعات المدنية والتجارية .

وكان مؤدى ما تقدم ، أن لجنة التحكيم التي أنشئت داخل السوق في حقيقتها لا تعدو أن تكون هيئة ذات اختصاص قضائي ، عهد إليها الفصل في خصومات معينة بقرارات حاسمة بعد إتباع إجراءات قضائية ، لها كافة سمات إجراءات التقاضي وضمائنه . وغني عن البيان أنه ليس من شأن إسباغ وصف النهائية على القرارات الصادرة عنها أن يحول بين أصحاب الشأن وبين المنازعة فيها ، إذ جاء إطلاق وصف (لجنة تحكيم) على الهيئة التي أصدرتها ، وإلزامها بإيداع أصل قرارها ومرفقاته إدارة كتاب المحكمة الكلية خلال عشرة الأيام التالية لصدوره ، وإخطار الخصوم بحصول ذلك الإيداع ، دالاً بذلك على تعيين وسيلة الطعن على تلك القرارات ، بأن يكون بدعوى بطلان ترفع إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع ، كما هو الحال بالنسبة لأحكام المحكمين ، وذلك وفقاً للمادتين (186) و (187) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، إذا توافرت حالة من الحالات التي عدتها المادة الأولى ، ليكون من حق المحكمة إذا حكمت ببطلان القرار أن تعرض لموضوع النزاع وتقضي فيه . الأمر الذي لا يكون معه النص المطعون عليه قد أخل بالحق في التقاضي ، ومن ثم يتعين القضاء برفض الدعوى .

فلهذه الأسباب ، حكمت المحكمة : برفض الدعوى " .

وإذا أردنا التعليق على هذا الحكم ، فإن الشطر الأول ليس بحاجة إلى تفصيله ، لأنه قد عبر عن الطبيعة الاختيارية لوسيلة التحكيم ، فضلاً عن تأكيده على أهمية وجود اتفاق التحكيم ، ولكن ما يحتاج إلى قدرٍ من البيان هو الشطر الثاني ، ذلك لأنه على أساسه فقط قد حكم برفض الدعوى .

فلما كان مرتكز الحكم يقوم على افتراض أن لجنة التحكيم هي لجنة ذات اختصاص قضائي ، وتدرج تحت باب التنظيم القانوني لحق التقاضي ، فإن التسليم بهذا الافتراض يؤدي إلى الوقوع في مخالفة الدستور الكويتي ذاته ، حيث إن حق التقاضي المقصود به اللجوء إلى القاضي الطبيعي أولاً ، ذلك أن القضاء هو الوسيلة الأصلية في حل المنازعات ، ومن غير الممكن العزوف عن اللجوء إلى القضاء الطبيعي واختيار وسيلة التحكيم مثلاً إلا بوجود اتفاق ما بين أطراف النزاع على ذلك ، وعليه فإن حكم المحكمة في هذا الصدد قد خالف المادة (166) من الدستور الكويتي ، وذلك لأن وجود لجنة التحكيم وجعلها الوسيلة الوحيدة لحل المنازعات وقيامها بعملها من غير وجود اتفاق تحكيم يؤدي إلى عرقلة حق التقاضي ، حيث تحول لجنة التحكيم ما بين أطراف منازعات سوق الأوراق المالية وما بين لجوئهم إلى قاضيهم الطبيعي بشكل ابتدائي .

وإذا افترضنا بأن لجنة التحكيم هي هيئة ذات اختصاص قضائي ، فإن ذلك يخالف الدستور الكويتي الذي قصر تولى القيام تولى القضاء على السلطة القضائية ، حيث نصت المادة (53) من هذا الدستور على أنه :

" السلطة القضائية تتولاها المحاكم باسم الأمير ، في حدود الدستور " .

فلجنة التحكيم ليست بالمطلق من ضمن المحاكم النظامية في دولة الكويت ، ولا يتعارض مع ذلك وجود العنصر القضائي فيها ، كما أن القول بغير ذلك يؤدي إلى أن تكون لجنة التحكيم من ضمن المحاكم الخاصة ، والتي يشكل وجودها مخالفة أساسية لحق التقاضي . وتقريباً عن ذلك ، فإنه من غير الممكن اعتبار لجنة التحكيم لجنة ذات اختصاص قضائي ، لأن ذلك يعتبر تنازلاً وانتقاصاً من اختصاصات السلطة القضائية ، وهذا ما حظره الدستور الكويتي بموجب المادة (50) التي نصت على أنه :

" يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور . ولا يجوز لأي سلطة منها

النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور " .

ثانياً : الإلغاء الدستوري للقواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم في المنظومة القانونية الفلسطينية

تطرقنا فيما سبق إلى التجربتين المصرية والكويتية في إلغاء غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية وذلك من خلال المحكمة الدستورية في كل منها ، وتكتسب هاتان التجربتان ثقلاً قانونياً من الممكن الاستفادة منه في بحث إمكانية إلغاء غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية تحت مظلة المنظومة القانونية الفلسطينية .

وقبل الخوض في كيفية الإلغاء القضائي الدستوري للقواعد التي كرست غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم ، فإنه لا بد من الوقوف على الجهة القضائية التي أنيط بها اختصاص الفصل في دستورية القواعد القانونية ، ومدى اتفاقها مع القانون الأساسي الفلسطيني الذي يشكل الوثيقة الدستورية التي تترتب على هرم القاعدة القانونية في دولة فلسطين .

وفي إطار ذلك ، فقد أناط القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 بالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية اختصاص النظر في دستورية القواعد القانونية ، حيث نصت المادة (103) من هذا القانون الأساسي على أنه :

" 1- تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في : أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها . ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات . ج- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي . 2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا ، والإجراءات الواجبة للإتباع، والآثار المترتبة على أحكامها " .

ولكن المادة (104) من هذا القانون الأساسي قد أسندت - مؤقتاً - اختصاص المحكمة الدستورية العليا إلى المحكمة العليا الفلسطينية ، حيث نصت هذه المادة على أنه :

" تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ، ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة " .

وبذلك فإن الجهة القضائية التي تتولى الفصل في دستورية القواعد القانونية في المنظومة القانونية الفلسطينية هي المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها محكمة دستورية عليا . وهذا ما تم تأكيده في قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 و قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة

2002²⁹⁵. إلا أنه وبتاريخ 17 / 2 / 2006 قد صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 ، والذي نصت المادة (1 / 1) منه على أنه :

" تنشأ بمقتضى أحكام هذا القانون محكمة دستورية عليا ، وهي هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في فلسطين ، ويشار إليها فيما بعد بالمحكمة " ²⁹⁶ .

وبالنسبة لاختصاص المحكمة نصت المادة (24) من قانون إنشائها على أنه :

" تختص المحكمة دون غيرها بما يلي : 1- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة . 2- تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها. 3- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي . 4- الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها . 5- البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً لأحكام البند (1 / ج) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م ، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه " .

وعلى الرغم من صدور قانون المحكمة الدستورية العليا هذا ، إلا أنه حتى يومنا هذا لم يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية²⁹⁷ ، الأمر الذي أدى إلى أن تمارس المحكمة العليا اختصاصات المحكمة الدستورية العليا بصفة مؤقتة ، حيث تتعد المحكمة العليا لأغراض هذه الاختصاصات باعتبارها محكمة دستورية عليا ، وتتقيد بقانون هذه المحكمة الأخيرة .

وبناءً على ما تقدم ، فإن الجهة القضائية المختصة للنظر في مدى دستورية القواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية هي المحكمة العليا الفلسطينية التي تتعد بصفتها محكمة دستورية عليا .

²⁹⁵ نصت المادة (37) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2004 والمادة (83) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 وبصورة متطابقة حرفياً على أنه :

" تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ، لحين تشكيلها بقانون ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة " .

²⁹⁶ كما نصت المادة (2) من هذا القانون على كيفية تشكيل المحكمة وذلك بقولها :
" تؤلف المحكمة من رئيس ونائب له وسبعة قضاة ، وتتعد هيئة المحكمة من رئيس وستة قضاة على الأقل ، وتصدر قراراتها بالأغلبية " .

²⁹⁷ وهذا ما يتضح من التشكيلات القضائية التي تم اتخاذها النصف الأول من الشهر الثامن من سنة 2013 ، حيث أن هذه التشكيلات قد جاءت خالية من تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ، وللإطلاع على هذه التشكيلات أنظر :

مجلس القضاء الأعلى (2013) : التشكيلات القضائية 2013 - 2014 . مجلس القضاء الأعلى ، رام الله - فلسطين .
(http://www.courts.gov.ps/details_ar.aspx?id=Bo6eHDa718573515aBo6eHD , 20.08.2013)

ومن أجل أن نبحت إمكانية الإلغاء القضائي الدستوري للقواعد التي كرسست غياب اتفاق التحكيم ، فإنه لا بد من الإشارة إلى كيفية رفع الدعوى الدستورية في ظل قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006 ، وهذا ما نصت عليه المادة (27) من هذا القانون بقولها:

" تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي : 1- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون . 2- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية . 3- إذا دفع الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي ، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز تسعين يوماً ، لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد، اعتبر الدفع كأن لم يكن . 4- إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها ، وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نصاً غير دستوري متصل بالنزاع ، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول " .

وفي ضوء هذا النص ، يتبين أن المشرع الفلسطيني قد تبني أربعة طرق لتحريك الدعوى الدستورية . تجد الطريقة الأولى أساسها عن طريق الدعوى الأصلية التي تتم بشكل مباشر أمام المحكمة الدستورية العليا من قبل المتضرر من النص الذي يخالف القانون الأساسي . أما الطريقة الثانية فإنها تتمثل في حالة إذا تبين لإحدى المحاكم وأثناء نظرها لدعوى ما أن هناك قاعدة قانونية تلحقها شائبة عدم الدستورية ، فتقرر هذه المحكمة وقف الدعوى ، وإحالة الأمر للمحكمة الدستورية العليا حتى تفصل في الدستورية . أما الطريقة الثالثة ، فإنها تعبر عن حالة متطورة للطريقة الثانية، حيث تتوفر هذه الطريقة من خلال قيام أحد أطراف الدعوى المقامة أمام محكمة ما بالدفع بعدم دستورية قاعدة قانونية معينة ، وبعد أن تقرر محكمة الموضوع جدية إبداء هذا الدفع توقف الدعوى أمامها وتحيل الأمر للمحكمة الدستورية . وأخيراً ، فإن الطريقة الرابعة تتمثل في حالة التصدي ، ويكون ذلك حينما تتعرض المحكمة الدستورية ذاتها لمدى دستورية قاعدة قانونية معينة أثناء قيامها باختصاصها ، ويحدث ذلك عملياً عندما يطرح نزاع أمام المحكمة الدستورية ، وأثناء نظرها لهذا النزاع يتضح للمحكمة أن قاعدة قانونية معينة تتصل بالنزاع تشوبها عدم الدستورية²⁹⁸ .

²⁹⁸ كيلاني ، زيد (2012) : الطعن في دستورية القوانين - دراسة مقارنة - . رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين ، ص 50 وما بعدها .

ونظراً لخصوصية القواعد التي كرسست غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم، فإن البحث في إمكانية رفع الدعوى الدستورية وفق ما تقدم لإلغائها يختلف عن النهج الذي تم على أساسه رفع الدعوى الدستوري في التجريبتين المصرية والكويتية ، حيث أن الدعوى الدستورية في ظل هاتين التجريبتين قد تم تحريكها من خلال الدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية قاعدة قانونية صادرة من سلطة عامة ، ففي التجربة المصرية كانت القاعدة القانونية التي تم الطعن فيها واردة في قانون صادر عن مجلس الشعب المصري ، وهو قانون سوق رأس المال ، وفي التجربة الكويتية تم الطعن في المرسوم الصادر عن أمير دولة الكويت السلطة العامة العليا في الدولة الكويتية ، ولكن الأمر مختلف في المنظومة القانونية الفلسطينية ، وذلك لأن نظام فض المنازعات والتحكيم الذي انتهك حق التقاضي - الذي كفله القانون الأساسي الفلسطيني - قد صدر عن شخص ينتمي إلى القانون الخاص ، وهو شركة سوق فلسطين للأوراق المالية .

وأمام هذه الحالة الخاصة لنظام فض المنازعات والتحكيم ، فإن البحث في إمكانية إلغائه أمام المحكمة الدستورية لا يخلو من بعض الصعوبات ، وفي إطار ذلك فإن البحث في هذا الإلغاء لا يخلو من ثلاثة فروض رئيسة . يستند الفرض الأول منها على الطعن في نصوص نظام فض المنازعات والتحكيم ، التي كرسست غياب اتفاق التحكيم ذاتها ، وهذا الفرض قد يشوبه الضعف ، وذلك لأن المحكمة الدستورية تراقب على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات التي تكون صادرة من سلطة عامة ، ونتيجة لذلك فإنه قد ترد المحكمة الدستورية دعوى الطعن في إلغاء النصوص التي كرسست غياب اتفاق التحكيم ، نظراً لأنها صادرة من شركة تجارية تنتمي إلى القطاع الخاص .

ولكن ما دفعنا إلى إيراد هذا الفرض هو ما قضى به الشرط الأخير من المادة (103 / 1 / أ) من القانون الأساسي حيث نص هذا الشرط على أنه :

" تشكل محكمة دستورية عليا بقانون ، وتتولى النظر في : أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها..." .

حيث إن الشرط الأخير من هذه المادة قد أورد عبارة " وغيرها " ، وهذا ما قد يفتح المجال أمام إدراج نظام فض المنازعات والتحكيم تحت هذه عبارة .

وعلى الرغم من ذلك ، فقد يحدث أن تفسر المحكمة الدستورية عبارة " وغيرها " بأنها معطوفة على القوانين و اللوائح والنظم ، وعليه يجب أن يشترك المعطوف بصفات المعطوف عليه ، بأن يكون صادراً من سلطة عامة ، أو أن تفسر المحكمة الدستورية هذه العبارة بأن المقصود بها

القرارات الإدارية ، وبذلك فإن التوجه لإلغاء القواعد التي كرسست غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم ذاتها قد لا يحكم له النجاح .

وأمام احتمالية عدم نجاح الطعن في القواعد التي كرسست غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم ذاته ، فإن ذلك يقودنا إلى البحث في إلغاء الأساس القانوني الذي أدى إلى صدور هذه القواعد ، والذي يركز على المادة (9 / 2) من قانون الأوراق المالية ، وهذا الفرض - أيضاً - قد يخلو من النجاح ، وذلك لأنه - كما بيناه في تحليل هذا النص - من الممكن أن تفسر المحكمة الدستورية الإحالة المقصودة فيه تدخل تحت منطقة قابلية النزاع للتحكيم .

وأخيراً ، فإن الفرض الثالث الذي نسوقه لإمكانية إلغاء القواعد التي كرسست غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم الصادر عن شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، يستند بشكل أساسي على الإلغاء الدستوري لوجود هذه الشركة باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الخاص يتولى إدارة مرفق عام ، وخروج قانون الأوراق المالية على ما قرره القانون الأساسي من وجود سوق واحد للأوراق المالية ، وليس أكثر من سوق ، وذلك وفق ما بيناه في قانونية تأسيس سوق فلسطين للأوراق المالية .

وإذا كتب النجاح لهذا الفرض ، فإن إلغاء القواعد التي كرسست غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم يأتي إلغاءً تبعياً للإلغاء الدستوري لمصدر هذه القواعد وهو شركة سوق فلسطين للأوراق المالية .

الفرع الثاني : إلغاء القواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم إلغاءً إدارياً

قد لا يؤول التوجه إلى المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها محكمة دستورية من أجل إلغاء قواعد نظام فض المنازعات والتحكيم التي كرسست غياب اتفاق التحكيم أكله بإلغاء هذه القواعد ، وهذا ما يفرض علينا التزاماً بالخوض في إمكانية إلغائه من باب آخر غير الإلغاء القضائي الدستوري ، ويستند هذا الباب على إلغاء القرارات الإدارية التي ساهمت في صدور هذا النظام من خلال القضاء الإداري الفلسطيني المتمثل في محكمة العدل العليا الفلسطينية (أولاً) .

وحتى إذا ما فشلنا بإلغاء القواعد التي كرسست غياب اتفاق التحكيم من باب محكمة العدل العليا، فإن ذلك لا يغلق الباب أمام بحثنا المستمر لإلغاء هذه القواعد ، حيث إنه من الممكن إلغاء هذه القواعد من خلال هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، والتي تعتبر المرفق العام الذي يقوم بمهام الرقابة على سوق الأوراق المالية (ثانياً) .

أولاً : الإلغاء من قبل محكمة العدل العليا الفلسطينية

لا يوجد قانون خاص بمحكمة العدل العليا الفلسطينية - كما هو الحال في أغلب الدول العربية - وإنما جاءت النصوص التي تعالج اختصاصات وتشكيل هذه المحكمة متفرقة ما بين قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 وقانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001²⁹⁹ .

وتعتبر محكمة العدل العليا الفلسطينية الجهة القضائية الوحيدة صاحبة الاختصاص بالنظر في الطعون المتعلقة بالجانب الإداري ، فلا يوجد في المنظومة القانونية الفلسطينية محاكم إدارية متخصصة ، ولذلك فالقضاء الإداري في دولة فلسطين يقوم على درجة تقاضي واحدة ، حيث إن محكمة العدل العليا هي محكمة أول وآخر درجة ، وأحكامها لا تقبل المراجعة بأي طريق من طرق الطعن³⁰⁰ .

ولقد حددت المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية اختصاصات محكمة العدل العليا على سبيل الحصر بقولها :

" تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي : 1- الطعون الخاصة بالانتخابات . 2- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام ، بما في ذلك النقابات المهنية . 3- الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع. 4- المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستيداع أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية . 5- رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها . 6- سائر المنازعات الإدارية . 7- المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة . 8- أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون " .

وعلى الرغم من الاختصاصات الواسعة لمحكمة العدل العليا بموجب النص السالف الذكر ، إلا أن بحث إمكانية إلغاء القواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم على أساس مخالفتها لهرمية القاعدة القانونية ، سواء تلك المتمثلة في القانون الأساسي أو تلك الموجودة في قانون الأوراق المالية أو في قانون التحكيم لا يخلو من العقبات القانونية.

²⁹⁹ أبو كشك ، عبير (2011) : سلطة التأديب بين الإدارة والقضاء - دراسة مقارنة - . رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين ، ص 69 .
³⁰⁰ عياش ، أمجد (2007) : ضمانات المساءلة التأديبية للموظف العام - دراسة مقارنة - . رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين ، ص 82 - 81 .

فإذا ما أردنا أن نطعن بالقواعد التي كرس غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم ذاتها ، فإننا سننصطدم بأن هذا النظام صادر عن شخص من أشخاص القانون الخاص، وهذا ما يؤدي إلى عدم قبول دعوى الإلغاء ، حيث إن القرارات القابلة للإلغاء أمام محكمة العدل العليا هي القرارات الصادرة من أشخاص القانون العام ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في قرارها الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (19) لسنة 1999³⁰¹ ، حيث نص منطوق هذا الحكم على أن :

" القرارات الخاضعة للطعن أمام محكمة العدل العليا ، هي القرارات الإدارية الصادرة عن سلطة إدارية أو مؤسسة عامة أو شخص من أشخاص القانون العام³⁰²

وبذلك فإنه من غير الممكن التوجه لمحكمة العدل العليا بالطعن على القواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم من باب القرارات الإدارية ، وذلك لأن النظام الذي احتضنها قد صدر عن شركة تجارية ، وهي شركة سوق فلسطين للأوراق المالية، والتي تعتبر من أشخاص القانون الخاص .

ونظراً لوجوب كون القرار صادراً من شخص من أشخاص القانون العام حتى يقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا ، فإن ذلك قد يثير التساؤل حول إمكانية الطعن في قرار هيئة سوق رأس المال الفلسطينية رقم (6 / 20) بالمصادقة على نظام فض المنازعات والتحكيم، حيث إن هذه الهيئة هي من أشخاص القانون العام .

وعلى الرغم من اعتبار هيئة سوق رأس المال من أشخاص القانون العام ، وأن قراراتها تعتبر قرارات إدارية ، ولكن بالنسبة لقرارها بالمصادقة على نظام فض المنازعات والتحكيم ، وإن كان يعتبر قراراً إدارياً ، إلا أنه لا يعتبر قراراً قابلاً للطعن أمام محكمة العدل العليا ، وذلك لسبب رئيس ، يتمثل في أن هذا القرار قد صدر بمناسبة مباشرة هيئة سوق رأس المال أعمالها الرقابية على سوق فلسطين للأوراق المالية ، ومثل هذا القرار ليس هو القرار المنعي عليه ، حيث إن مصدر القرار الحقيقي ، هو شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، وليس هيئة سوق رأس المال

³⁰¹ محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (19 / 99) ، الصادر بتاريخ 16 / 9 / 1999 . رام الله - فلسطين .

³⁰² كما قد تأكد ذلك وبشيء من التفصيل في القرار ذات المحكمة الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (444) لسنة 2010 ، حيث نص هذا القرار على :

" إن الفقه والقضاء الإداريين مستقران على أن اختصاص القضاء الإداري لا يتحقق إلا باتصال المنازعة بسلطة إدارية ، وإن القرار كي يعد قراراً إدارياً لا بد أن يصدر عن سلطة إدارية ، أي من شخص من أشخاص القانون العام ، وإن المنازعات مع أشخاص القانون الخاص وأياً كانت صلة الإدارة بهذه الأشخاص الخاصة يخرج عن اختصاص القضاء الإداري . إن قرارات الهيئات والمؤسسات الخاصة ولو كانت متمتعة بالشخصية المعنوية واعترف لها بصفة النفع العام يخرج الطعن فيها بالإلغاء عن اختصاص القضاء الإداري "

محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (444 / 2010) ، الصادر بتاريخ 16 / 5 / 2011 . رام الله - فلسطين .

الفلسطينية ، ونتيجة ذلك أن الطعن يجب أن يوجه ضد القرار الصادر من سوق فلسطين للأوراق المالية ، وهذا ما يعيدنا إلى ما بيناه سابقاً ، فقد ذهبت محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في قرارها الفاصل في دعوى رقم (124) لسنة 2005 إلى عدم قبول الطعن إلا في القرار الذي يكون صادراً عن المصدر الحقيقي له³⁰³ ، حيث نص منطوق هذا القرار على أنه :

" إن الخصومة في القضايا الإدارية تكون ضد مصدر القرار الذي يعتبر الخصم الحقيقي فيها " .

ولقد خاضت محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله تجربة مماثلة للطعن في التصديق ، وكان ذلك بموجب قرارها الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (13) لسنة 2004 ، وتتمثل وقائع هذا القرار في أن مجلس إدارة سلطة النقد والذي يخضع لرقابة رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وإشرافه قد أصدر بعض القرارات ، ورفعها لرئيس السلطة الذي صادق عليها ، وبعد ذلك بفترة معقولة طعن المستدعي بقرار الرئيس بالمصادقة على قرارات مجلس إدارة سلطة ، ولكن محكمة العدل العليا ردت هذا الطعن³⁰⁴ ، ولقد نص منطوق هذا القرار على أنه :

" بتطبيق قانون سلطة النقد رقم (2) لسنة 1997 فإن المادة (17 / ب) منه تقضي أن مجلس إدارة سلطة النقد ، هو السلطة العليا لإصدار القرارات في سلطة النقد والمكلف بإقرار سياسات سلطة النقد والإشراف على إدارة عملياتها ، ويتمتع بالصلاحيات العاملة لتحقيق أغراضها وفقاً للقانون . أما الفقرة (ب) من المادة ذاتها يكون المجلس أي مجلس إدارة سلطة النقد مسئولاً أمام رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية . ومن هنا فإذا كان مجلس إدارة سلطة النقد يمارس أعماله تحت مسؤولية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ، فلا ضير على إدارة هذا المجلس إذا ما عرض قرارات يتخذها على رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ، بل إن الواجب القانوني يحتم على مجلس الإدارة ، ذلك أن يعمل تحت مسؤولية الرئيس وفق المادة الأنفة الذكر ، وفي هذا المجال ، فإننا لا نجد أي قرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ما يمكن تسميته قراراً إدارياً قابلاً للطعن ما دام أن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية قد بارك قرارات مجلس إدارة سلطة النقد ، واستند إليها في إصدار هذه الكتب التي لا تشكل برأينا قراراً إدارياً وفق تعريف الفقه الإداري ، على أنه قرار إداري قابل للطعن فيه ، وأن مباركة وتصديق رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية على أي قرار هو بمثابة مباركة وتأييد للقرارات الصادرة عن مجلس إدارة سلطة النقد التي لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية حق الإطلاع عليها وإعلامه بها ، ما دام أن القانون قد نص على مسؤولية مجلس الإدارة أمام السيد الرئيس " .

وأمام عدم قابلية الطعن بنظام فض المنازعات والتحكيم وقرار هيئة سوق رأس المال بالمصادقة عليه ، وذلك بشكل مباشر ، فإنه من الممكن إلغاء نظام فض المنازعات والتحكيم بشكل غير

³⁰³ محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (124 / 2005) ، الصادر بتاريخ 6 / 5 / 2006 . رام الله - فلسطين .

³⁰⁴ محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (13 / 2004) ، الصادر بتاريخ 31 / 5 / 2004 . رام الله - فلسطين .

مباشر، وذلك بالطبع في القرار الإداري الذي أدى إلى استمرار وجوده القانوني، ويتجسد هذا القرار الإداري في تعليمات ترخيص الأسواق المالية رقم (1) لسنة 2010 .

فلقد نصت الفقرة الرابعة من المادة (6) من هذه التعليمات على أنه :

" لا يجوز للشركة الحائزة على الموافقة المبدئية مباشرة نشاطها إلا بعد الحصول على الموافقة النهائية من الهيئة ، ويشترط للحصول على الموافقة النهائية استيفاء الشركة المتقدمة بالطلب ما يلي: ...4- تقديم قواعد السوق لموافقة الهيئة عليها " .

وبموجب هذا النص فلا تستطيع الشركة التي تحصل على الموافقة المبدئية من أجل القيام بنشاط أسواق الأوراق المالية القيام بأي عمل إلا بتقديم قواعد السوق للهيئة من أجل الموافقة عليها ، وإذا كنا قد أثبتنا سابقاً أن نظام فض المنازعات والتحكيم يعتبر من قواعد السوق ، وهذا ما يفرض على سوق فلسطين للأوراق المالية تقديمه للسوق بعد صدور هذه التعليمات من أجل الموافقة عليه ، وهذا ما لم يحدث ، حيث قضت المادة (10 / 1) من ذات التعليمات على اعتبار شركة سوق فلسطين للأوراق المالية حائزة على ترخيص لممارسة أعمال الأوراق المالية ، كما لو كان الترخيص صادراً وفقاً لأحكام هذه التعليمات ، وبذلك فإن نظام فض المنازعات قد استمر وجوده القانوني بموجب هذه المادة .

ويعتبر ما قضت به المادة (10 / 1) مخالفاً للمبدأ الدستوري القاضي بسريان القاعدة القانونية على الماضي ، حيث إن هذا النص قد أخذ بوجود سوق فلسطين للأوراق المالية المخالف للقانون كأساس له . وعلى الرغم من ثقل هذا الطرح ، فإنه قد يحدث أن تفسر محكمة العدل العليا الفلسطينية بأن هذا النص يتفق ومبدأ عدم رجعية القاعدة القانونية ، وذلك بأن هذه التعليمات لا تسري على المراكز القانونية السابقة المتمثلة في وجود سوق فلسطين للأوراق المالية ، وحتى في إطار ذلك ، فإنه ونظراً لوجوب الترخيص السنوي للأسواق المالية ، فإنه من الممكن القول بأن التعليمات لا تسري على المراكز القانونية التي سبقت صدورها ، ولكن بعد دخولها حيز التنفيذ ، ومن خلال تجديد الترخيص فإن ذلك يؤدي إلى سريان هذه التعليمات ، الأمر الذي يقودنا إلى أنه من الممكن الطعن في تعليمات هيئة سوق رأس المال الفلسطينية أمام محكمة العدل العليا الفلسطينية، وهذا ما يكفل بشكل تبعي إلغاء نظام فض المنازعات والتحكيم الذي كرس غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية.

وبالإضافة إلى ما تقدم ، تجدر الإشارة إلى أنه من الممكن الطعن في قرار هيئة سوق رأس المال رقم (2 - أ . و . 2010) القاضي بإعادة هيكلة سوق فلسطين للأوراق المالية ، وذلك لمخالفة هذا القرار لقانون الشركات التجارية رقم (12) لسنة 1964 ، وهذا ما يؤدي بشكل غير مباشر

إلى إلغاء نظام فض المنازعات والتحكيم بشكل غير مباشر لإلغاء الأساس القانوني لوجود شركة (بورصة فلسطين) .

وأما إذا فشلنا في إلغاء القواعد التي كرسست غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم من خلال محكمة العدل العليا الفلسطينية - سواء أكان ذلك إلغاءً مباشراً أو بشكل غير مباشر - ، فإنه الممكن التوجه لهذه المحكمة من باب أنها محكمة من لا محكمة له ، وذلك بموجب الفقرة السابعة من المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية التي نصت على أنه :

" تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي : ... 7- المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة ، تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة " .

ثانياً : الإلغاء من قبل هيئة سوق رأس المال الفلسطينية

نتيجة للدور الرقابي الذي تقوم به هيئة سوق رأس المال الفلسطينية في الرقابة والإشراف على سوق الأوراق المالية ، فإنه من الممكن الاستناد على هذا الدور من أجل إلغاء القواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم ، حيث إن التوجه لمحكمة العدل العليا من أجل إلغاء هذه القواعد لا يخلو من العراقيل والصعوبات القانونية ، فقد لا يكتب لإلغائها من خلال محكمة العدل العليا النجاح المضمون ، وهذا ما يستلزم البحث عن طريق آخر لإلغائه ، ويتمحور هذا الطريق في الدور الرقابي الذي تباشره هيئة سوق رأس المال الفلسطينية .

وأول ما يمكن القول به في إلغاء القواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم من باب الدور الرقابي لهيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، فإنه يستند على سحب قرارها بالمصادقة على هذا النظام . فصحيح أن قرارها هذا لا يعتبر قراراً قابلاً للطعن أمام محكمة العدل العليا الفلسطينية ، إلا أن ذلك لا ينفي عنه صفة القرار الإداري . فإذا ما سحبت هيئة سوق رأس المال قرارها بالمصادقة على نظام فض المنازعات والتحكيم ، فإن ذلك يلزم الهيئة بتقديمه من جديد إليها من أجل المصادقة عليه ، وهنا يكون لهيئة سوق رأس المال الدور الرقابي في النظر إلى نظام فض المنازعات والتحكيم ، من باب أنه لا يخالف مبدأ هرمية القاعدة القانونية .

وجدير بالذكر أن سحب القرار الإداري والمتمثل في المصادقة من غير الممكن التثريب عليه، من باب أنه يأتي بعد مدة طويلة أدت إلى إنشاء مراكز قانونية ، وذلك لأن القرار الإداري الذي يخالف القانون مخالفة جسيمة ، لا يتقيد بمدة زمنية من أجل إلغائه ، وهذا ما ذهبت محكمة العدل العليا

الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، في قرارها الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (3) لسنة 1998³⁰⁵ ،
حيث نص منطوق هذا القرار على أنه :

" نخلص مما تقدم إلى أن القرارين المطعون فيهما قد صدرا لتصويب وضع وقع مخالفاً للقانون مخالفة جسيمة ، تتمثل في إصدار رخص أبنية على أرض مؤجرة ، دون أن يتم ابتداء تسجيل عقد الإجارة لدى دائرة تسجيل الأراضي المختصة ، وذلك وفق ما يتطلبه نص الفقرة (26) من المادة (2) لقانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم (79) لسنة 66 ، وأن ما قامت به الجهة مصدره تلك الرخص من سحبها وإلغائها نابع من صلاحياتها المخولة لها قانوناً ، وما لها من حق في ممارسة تصرفاتها بموجب سلطتها المقيدة والمشروطة بقانونية هذه التصرفات ، بحيث يكون لها إذا أخطأت في تطبيق القانون أو تبين لها فيما بعد أن تصرفها كان خاطئاً أن تسحب القرار المخالف للقانون مخالفة جسيمة دون التقيد بميعاد ، ودون الالتفات إلى أي ادعاء بحق مكتسب ما دام أن الأصل في القرار المعيب والمخالف للقانون أنه لا يكسب حقاً ولا يكتسب أية حصانة ضد إلغائه أو سحبه في أي وقت دون التقيد بميعاد أو مدة " .

وإذا ما افترضنا بأن هيئة سوق رأس المال لا ترغب في سحب قرارها بالمصادقة على نظام فض المنازعات والتحكيم ، فإنه وفي ظل الدور الرقابي للهيئة يجوز لها أن توجه للسوق تعليمات خطية من أجل تحقيق المصلحة العامة ، والتي من ضمنها آلية تطبيق السوق للقواعد الصادرة عنها ، حيث نصت المادة (12) من قانون الأوراق المالية على أنه :

" دون الانتقاص من صلاحيات الهيئة المنصوص عليها في قانون هيئة سوق رأس المال والمادة (11) أعلاه : 1- يجوز للهيئة إصدار تعليمات خطية للسوق لخدمة المصلحة العامة ، فيما يتعلق بما يلي : ...
د- آلية تطبيق السوق لقواعده وتعليماته وإجراءاته . هـ- أية مواضيع أخرى ترى الهيئة أنها ضرورية لتنفيذ هذا القانون " .

وبذلك فإنه من الممكن أن توجه هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بتعليمات خطية لسوق فلسطين للأوراق المالية بصدد التزام نظام فض المنازعات والتحكيم بهرمية القاعدة القانونية ، التي تضمن إلغاء غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية .

وأخيراً ، وقبل إقفالنا لبحثنا في إلغاء غياب اتفاق التحكيم في ظل نظام فض المنازعات والتحكيم الصادر عن سوق فلسطين للأوراق المالية ، فإنه يجب الإشارة إلى أنه من الممكن أن لا ينجح إلغاء القواعد التي قررت هذا الغياب ، سواء أكان ذلك من خلال المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية أو من خلال محكمة العدل العليا ، أو حتى من خلال الدور الرقابي لهيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، فإنه لا مناص أمامنا سوى اللجوء إلى المادة (95) من نظام فض المنازعات والتحكيم ذاته ، التي نصت على أنه :

³⁰⁵ محكمة العدل العليا الفلسطينية : القرار الفاصل في دعوى الإلغاء رقم (98 / 3) ، الصادر بتاريخ 16 / 6 / 2004 . رام الله - فلسطين.

" يجوز لمجلس الإدارة تعديل الأحكام الواردة في هذا النظام في أي وقت . ويصبح النظام المعدل نافذاً لدى المصادقة عليه من قبل الهيئة ، ومن التاريخ الذي تحدده الهيئة " .

وبموجب هذا النص ، فإنه يكون لمجلس إدارة سوق فلسطين للأوراق المالية إلغاء غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، عبر تعديل المواد التي كرسست هذا الغياب بشكل يتواءم مع هرمية القاعدة القانونية ، وأن يرفع النظام بعد ذلك لمصادقة الهيئة ، وبذلك يرجع التكييف القانون لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية إلى ما قرره قانون التحكيم الفلسطيني من تكييف قانوني عام لاتفاق التحكيم .

تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية المألوفة

بعد أن قدمنا الحلول القانونية التي تضمن إلغاء غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، وهذا ما يضمن سريان التكييف القانوني العام لاتفاق التحكيم الذي قرره قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على الاتفاق الذي يحيل منازعات سوق الأوراق المالية للتحكيم ، فإنه يتوجب في إطار استكمالنا لبحث اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية أن نتعرض لأبرز المنازعات التي تحصل في هذا السوق ، للمزاوجة ما بين الجانب النظري من جهة ، والجانب التطبيقي من جهة أخرى ، حيث سنعمد في ظل هذا الفصل إلى الخوض في المنازعات التي ألفتها التعامل في هذا السوق، ونستقصي في كل واحدة منها كيفية تطبيق اتفاق التحكيم فيها .

ومن الممكن تقسيم المنازعات التي ألفتها التعامل في سوق الأوراق المالية إلى طائفتين رئيسيتين : تركز الطائفة الأولى على المنازعات المتعلقة بنزاهة التعامل في السوق ، ويغلب على هذا النوع من المنازعات أن أطرافها هم المتعاملون في السوق بكل أطيافهم ، فهذه المنازعات قد تحدث من قبل مصدري الأوراق المالية والمستثمرين ، فضلاً عن أنها تحدث من قبل ممتهني القيام بأعمال الأوراق المالية . وتكتسي هذه المنازعات ثوب الأثر الممتد للأضرار الناشئة عنها ، فمثل هذه المنازعات لا تتسحب آثارها على بعض المتعاملين فقط ، بل تتسحب على السوق بأكمله ، وبشكل مباشر ، مما يؤدي إلى تدني مستوى نزاهة التعامل في السوق الذي تشيع فيه مثل هذه المنازعات (المبحث الأول) .

وبالنقيض من المنازعات المتعلقة بالنزاهة ، فإن هناك طائفة من المنازعات المألوفة التي تقع في ميدان سوق الأوراق المالية ينحصر أطرافها ما بين فئتين محددتين من المتعاملين في السوق ، وهما : ممتهنو القيام بأعمال الأوراق المالية وعملائهم المستثمرين الذي يرتبطون بعلاقات تعاقدية معهم ، ونتيجة لهذا الارتباط التعاقدية فإن المنازعات الناشئة ما بين هاتين الفئتين تتصف بالمنازعات المحدودة الأثر ، حيث إن الآثار الضارة لمثل هذه المنازعات في الغالب منها تنحصر في ما بين ممتهن أعمال الأوراق المالية وعميله ، ولا تمتد هذه الآثار إلى السوق بأكمله بشكل مباشر (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

تطبيق اتفاق التحكيم في المنازعات المتعلقة بنزاهة التعامل في السوق

الأصل والقاعدة العامة في سوق الأوراق المالية أن يجري التعامل ما بين المتعاملين فيه على قدم وساق ، حيث يتساوى كل المتعاملين في هذا التعامل ، فالمساواة ما بين المتعاملين تعتبر من أهم الأمور التي تكفل لسوق الأوراق المالية تحقيق رسالته والاستمرار في عمله ، فضلاً عن أنها تعمل على جذب أكبر قدر ممكن من المتعاملين .

وعلى الرغم من ذلك ، فإنه إذا تم النظر لمبدأ المساواة نظرة المتفحص الأولي ، فإنه قد يستشف أنه يتعارض مع مبدأ المنافسة ما بين المتعاملين في السوق ، فكل واحد من المتعاملين يركز هدفه الأساسي في الدخول إلى السوق على تعظيم مصلحته الشخصية المادية أو المعنوية ، ولكن إذا تم النظر بشكل أكثر تعمقاً لمبدأ المساواة فإنه يؤدي إلى تعظيم المصلحة الشخصية لكل المتعاملين ، فسعي كل متعامل إلى تحقيق مصلحته يتوقف عند الحد الذي تبدأ مصلحة المتعاملين الآخرين ، وهذا ما يتحقق بالتعامل النزيه في سوق الأوراق المالية .

وبناءً عليه ، فالعلاقة ما بين مبدأ المساواة ومبدأ حرية تعظيم المصلحة الشخصية للمتعاملين في السوق هي علاقة ما بين المحدد و المحدد ، فمبدأ المساواة يعمل على تحديد كيفية قيام المتعاملين في سوق الأوراق المالية بتعظيم مصالحهم الشخصية من خلال الربح المادي أو المعنوي . فالإطار المحدد لمباشرة هذا التعظيم ينحصر نطاقه في عدم اعتدائه على المساواة ما بين المتعاملين في السوق ، فإذا ما حدث أن خرج تعظيم المصلحة الشخصية لأحد المتعاملين عن تعظيم المصلحة الشخصية للمتعاملين الآخرين ، فإن ذلك يؤدي إلى اتصاف هذا السلوك بعدم المساواة في التعامل في سوق الأوراق المالية .

ويأخذ الخروج عن مبدأ المساواة في التعامل في سوق الأوراق المالية أحد شكلين رئيسيين : الأول ينصرف إلى تعظيم المصلحة الشخصية لأحد المتعاملين في مقابل تعظيم المصلحة الشخصية لمتعامل آخر ، أما الثاني فإنه يحدث حينما يعلي أحد المتعاملين مصلحته الشخصية في مقابل المصلحة الشخصية لباقي المتعاملين . ويعتبر هذا الشكل الأخير من أخطر أشكال الخروج على مبدأ المساواة في التعامل في سوق الأوراق المالية ، ففي ظلّه قد يعتمد أحد المتعاملين تفضيل مصلحته الشخصية ليس في مقابل متعامل واحد بل في مقابل جميع المتعاملين ، الأمر الذي يؤدي في نهاية النهايات إلى أن يتم النظر إلى مصلحته الشخصية في مقابل سوق الأوراق المالية بأكمله ، ونتيجة لذلك فإن هذا الشكل يؤدي إلى إهدار مبدأ التعامل النزيه والعدل في سوق الأوراق المالية .

وتعتبر المنازعات المتعلقة بالإفصاح عن المعلومات المادية من أخطر المنازعات التي يخلت فيها مبدأ التعامل النزيه والعدل في سوق الأوراق المالية ، حيث إن اتخاذ القرار الاستثماري في مجمله يبنى على المعلومات التي تصل إلى المتعاملين في السوق ، فإذا ما حدث أن تم التلاعب بمثل هذه المعلومات من خلال تحريفها أو استغلالها قبل الإفراج عنها عن طريق قنوات الإفصاح إلى المتعاملين في السوق ، فإن النهاية التي لا ملاذ منها هي عدم نزاهة اتخاذ القرار ، واحتكار فئات معينة للمعلومات التي لها من تأثير في اتخاذ القرارات الاستثمارية في سوق الأوراق المالية (المطلب الأول) .

وبالإضافة إلى المنازعات المتعلقة بالإفصاح ، فإن أقصى صور إهدار مبدأ نزاهة التعامل في سوق الأوراق المالية تتجلى في حالة قيام بعض المتعاملين في السوق بالتحكم به من خلال استخدام جملة من الوسائل غير المشروعة ، وهذا التحكم يؤدي إلى استبدال قانون العرض والطلب كمعيار لتحديد القيمة السوقية للأوراق المالية برغبة وهوى المتعاملين الذي يتحكمون بالسوق ، مما يجعل من غياب مبدأ التعامل النزيه والعدل سوق الأوراق المالية أمراً لا يمكن استبعاده ، ويؤدي ذلك إذا ما شاع في سوق ما إلى خلق صورة نمطية تعرب عن أنه سوق تنعدم فيه المساواة ما بين المتعاملين (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات الإفصاح عن المعلومات المادية

تعتبر المعلومات عماد الاستثمار في سوق الأوراق المالية ، فهي تحدد المركز المالي والإداري لمصدر الورقة المالية ، كما تعتبر انعكاساً لعلاقة المصدر بالواقع الاجتماعي والبيئي الذي يعيش فيه ، وعلى أساسها يتم اتخاذ القرار الاستثماري إما بالبيع أو الشراء أو حتى بالاحتفاظ . وإذا كانت القيمة السوقية للورقة المادية تتحدد على أساس قانون العرض والطلب عن طريق التداول عليها في سوق الأوراق المالية ، فإن هذا التداول يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمعلومات التي يتم الإفصاح عنها ، فأى تغيير في هذه المعلومات ينعكس بشكل مباشر على القيمة السوقية للورقة المالية ، وذلك تبعاً للتغيرات الحاصلة في مصدر الورقة المالية أو القطاع الذي يعمل فيه أو المرتبط به ، أو حتى في التغيرات على مستوى الدولة التي يعمل فيها مصدر الورقة المالية³⁰⁶ .

وبذلك فإن المرتكز الأساسي الذي يستند عليه سوق الأوراق المالية يتجسد في الإفصاح عن المعلومات التي يتم الاعتماد عليها في اتخاذ القرار الاستثماري . ولقد أخذ المشرع الفلسطيني

³⁰⁶ نزال ، عبد الله (2011) : كفاءة تسعير الأوراق المالية في السوق المالي الإسلامي . في : الملتقى الدولي الأول لمعهد العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التيسير بعنوان الاقتصاد الإسلامي - الواقع ورهانات المستقبل - ، 23 - 24 فبراير 2011 ، جامعة غرداية ، غرداية - الجزائر ، ص 3 .

بالمعيار المادي للمعلومة الواجب الإفصاح عنها ، فعرف قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 الإفصاح في المادة (2) منه بأنه :

" الكشف عن المعلومات التي تهم المستثمرين والجمهور التي تؤثر في سعر الورقة المالية " .

فمادية المعلومة (Materiality) تنبئ عن العلاقة ما بين المعلومة من جهة ، وما بين تأثيرها على القيمة السوقية للورقة المالية إذا ما تم الإفراج عنها عن طريق قنوات الإفصاح المتبعة من جهة أخرى . وعليه ، فإن المعلومات المادية هي تلك المعلومات التي قد يؤدي حذفها أو تحريفها إلى التأثير على القرارات الاستثمارية التي اتخذها مستخدمو المعلومات³⁰⁷ .

ويعمل الإفصاح (Disclosure) على توفير المعلومات المادية اللازمة لمساعدة المتعاملين في سوق الأوراق المالية باتخاذ القرارات المناسبة ، فيحقق الإفصاح جملة من المزايا ، على رأسها أنه يلعب دوراً هاماً في تحديد القيمة السوقية للورقة المالية ، حيث يؤدي الإفصاح إلى تخفيض عدم التأكيد فيما يتعلق بالاستثمار ، وإقبال المدخرين على تقديم أموالهم للمستثمرين ، حيث تكون المعلومات متوفرة للجميع دون تحيز³⁰⁸ .

ويرتبط الإفصاح عن المعلومات المادية ارتباطاً وثيقاً باستمرارية سوق الأوراق المالية ، كما أنه يحافظ على الوجود المادي والمالي لمصدري الأوراق المالية ، وهذا ما قد حققته حوكمة الشركات (Corporate Governance)³⁰⁹ بشكل فعال ، يكفل استمرارية شركات المساهمة المصدرة للأوراق المالية مما يؤدي إلى كفالة وجود سوق الأوراق المالية³¹⁰ .

³⁰⁷ عنزي ، نايف (2012) : الإفصاح وفق قانون هيئة الأوراق المالية الكويتي والأردني - دراسة مقارنة - . رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان - الأردن ، ص 44 .

³⁰⁸ كما يعمل الإفصاح عن المعلومات بصورة دورية على تخفيض عدم تماثل المعلومات الذي تستغله الأطراف داخل مصدر الورقة المالية ، لتحقيق مكاسب غير عادية خاصة بها . وبالإضافة إلى ذلك يعمل الإفصاح على مساعدة المستخدمين للمعلومات المادية في الاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية من خلال اتخاذ القرار الأمثل بالاعتماد على المعلومات المفصح . فضلاً عن ذلك ، فإن الإفصاح يساعد إدارة مصدر الورقة المالية في إظهار مساهمته في تقديم الخدمات التي يقدمها ومسؤوليته الاجتماعية تجاه المجتمع ككل ، كما يهدف الإفصاح إلى تحقيق الشفافية الجوهرية اللازمة لتحقيق سوق منظم كفاء يوفر قدرًا من المساواة ما بين المتعاملين فيه ، وبذلك يكون وسيلة ضرورية ولازمة لانضباط سوق الأوراق المالية .

عاشور ، عثمان (2008) : مدى التزام الشركات الصناعية المساهمة الفلسطينية بمتطلبات الإفصاح المحاسبي في قوائمها المالية وفقاً للمعيار المحاسبي الدولي رقم (1) - دراسة تحليلية من وجهة نظر مدقي الحسابات في فلسطين - . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين ، ص 25

³⁰⁹ عرفت مدونة حوكمة الشركات في فلسطين لسنة 2009 الحوكمة بأنها :

" مجموعة القواعد والإجراءات التي يتم بموجبها إدارة الشركة والرقابة عليها ، عن طريق تنظيم العلاقات بين مجلس الإدارة ، والإدارة التنفيذية والمساهمين ، وأصحاب المصالح الآخرين ، وكذلك المسؤولية الاجتماعية والبيئية للشركة "

اللجنة الوطنية للحوكمة (2009) : قواعد حوكمة الشركات في فلسطين . اللجنة الوطنية للحوكمة ، رام الله - فلسطين ، ص 14 .
وتحليل هذا التعريف يقتضي الوقوف على الغاية التي تتلمسها الحوكمة ، فحوكمة الشركات وبالأخص حوكمة الشركات المساهمة العامة المدرجة في سوق الأوراق المالية تمثل الحلقة التي تمارس الشركة بها وجودها ، والتي يسودها الشفافية والنزاهة والمساءلة والقيادة الفاعلة ، وذلك من خلال مجموعة من القوانين والأنظمة والمعايير المناسبة ، حيث أن هناك أسلوباً لإدارة الشركة يكون حده الأدنى القواعد القانونية التي تتناول كيفية إدارتها مثل قانون الشركات أو تلك التي تضع بعض الضوابط لدخولها في سوق الأوراق المالية، مثل قانون الأوراق المالية وغيرها من القوانين ذات العلاقة ، بالإضافة إلى بعض الأنظمة التي تتكون من عمل الشركة كعقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي ، أو تلك الأنظمة التي تضعها الهيئات المشرفة على الشركات مثل أنظمة سوق الأوراق المالية وأنظمة هيئة سوق رأس المال والمعايير التي تلتزم الشركة بها مثل معايير المحاسبة الدولية ومعايير الإفصاح . فوجود الأسلوب القويم يجعل الشركة تنبئ في مناخ الشفافية والإفصاح ، فتكون

وعلى الرغم من أهمية وجود الإفصاح في سوق الأوراق المالية ، إلا أن الواقع العملي ينبئ عن قيام بعض المتعاملين ببعض الممارسات والسلوكيات التي تخالف الإفصاح ، وتهدر مبدأ وجوده ، فقد ينحو بعضهم نحو تحريف المعلومات الواجب الإفصاح عنها سواء أكان ذلك عن طريق عدم أو تأخر الإفصاح عن المعلومات ، بل قد يذهب بعضهم إلى ما هو أبعد من ذلك ، فيعملون على خلق الإشاعات التي تخالف واقع المعلومات الواجب الإفصاح عنها وبثها ، مما يؤثر على نزاهة التعامل في سوق الأوراق المالية ، هذا من ناحية (الفرع الأول) .

ومن ناحية أخرى ، فإنه قد يعتمد بعض المتعاملين وبالأخص الذين يرتبطون بعلاقات مباشرة أو غير مباشرة مع مصدر الورقة المالية إلى تأخير الإفصاح عن المعلومات ، من أجل الاستفادة من فترة عدم الإفصاح عنها في القيام بتعاملات تعلق فيها فائدتهم الشخصية ، سواء أكان ذلك عن طريق تداول بناءً على المعلومات التي لم يتم الإفصاح عنها ، أو عن طريق إفشائهم للمعلومات الواجب الإفصاح عنها لغير المرجع المختص (الفرع الثاني) .

هناك قابلية للمساءلة للقيادات و حماية لحقوق القائمين على هيكلة الشركة مثل المديرين العاميين ومجلس الإدارة والمساهمين و الأطراف الأخرى التي تربطها مصلحة بالشركة كالدائنين وحملة السندات ، وإيجاد التوازن بين مصالح هذه الفئات .³¹⁰ يعتبر مبدأ الإفصاح وشفافية المعلومات حجر الزاوية في حوكمة الشركات ، حيث أن الحوكمة بعنصرها المتعلق بالإفصاح تمكن المستثمر من اتخاذ القرار الاستثماري المستنير ، فتوفير المعلومات الدقيقة والصحيحة وفي الوقت المناسب حول مصدر الورقة مالية تعتبر من أهم الأدوات التي تحمي المستثمر ، خاصة فيما يتعلق بالمعلومات الجوهرية والمهمة مثل المعلومات المالية والملكية وعوامل المخاطر .
Tarinyeba , Winifred (2006) : Corporate Governance In Uganda - The Role Of Bank Finance - . Master Thesis , Stanford University , California - USA , Page 9 .

ومما تجدر الإشارة إليه ، أنه حتى يحقق مصدر الورقة المالية غاياته في جذب الاستثمارات الكافية لتمويل أنشطته المختلفة واكتساب ثقة المستثمرين ، فإنه يتوجب عليها الكشف عن حساباتها وأنشطتها وهيكلتها ومسؤولياتها وغيرها من الأمور المهمة التي تؤثر في قرارات المستثمرين . وعلى الرغم من أن الإفصاح يخلق بطبيعته ضرراً بالنسبة للمصدر بسبب التكلفة الإضافية اللازمة لإصدار المعلومات بالإضافة إلى وضع عملياته ونشاطه تحت المجهر من قبل الجمهور بما في ذلك المنافسين ، إلا أن ذلك لا يساوي شيئاً أمام حماية المساهمين وأصحاب المصالح والمستثمرين المستقبليين وهذا له إيجابيته في رفع قدرة المصدر وسيولتها ، ولذلك يعتبر مبدأ الإفصاح والشفافية وما يتضمنه في جعبته من إعداد ومراجعة المعلومات المالية وغير المالية وتقديم التقارير والإفصاح عنها من الأسس الهامة التي تركز عليها حوكمة الشركات السليمة .

جيهلمان ، جريجوري (2002) : هل يكون الإفصاح بلا حدود ؟ ، مركز المشروعات الدولية الخاصة ، القاهرة ، مصر ، ص 1-2 .
ومن الممكن إرجاع الأسباب التي تربط حوكمة الشركات بأداء القيمة السوقية للأوراق المالية إلى أربعة أسباب رئيسية ، الأول يتجسد في أن نوعية المعلومات المتاحة لجمهور المستثمرين تمثل انعكاساً لجودة الحوكمة ، حيث أن الإفصاح والشفافية - والذي هو أحد مبادئ الحوكمة الشركات - يضمن الإفصاح عن المعلومات الجوهرية والمهمة ، فيتوجب في ظل الإفصاح عن الأهداف المالية ونشر القوائم المالية السنوية ونصف السنوية في الوقت المناسب وفي موعدها ، الإفصاح الفوري عن النتائج بدون أي تسريبات مسبقة، الإفصاح بوضوح عن النتائج والمعلومات المتعلقة بها ، تقديم الحسابات طبقاً لمبادئ المحاسبة العامة المقبولة دولياً ، الإفصاح الفوري عن المعلومات السوقية الحساسة ، توفير إمكانية وصول المستثمرين إلى الإدارة العليا ، فضلاً عن وضع موقع على شبكة الإنترنت يجري فيها تحديث المعلومات بسرعة .
أما السبب الثاني فإنه يتمثل بأن حوكمة الشركات تعد انعكاساً لنوعية الإدارة ، حيث تتأكد الإدارة الواعية من ارتفاع مستوى حوكمة الشركة هو المفتاح الذي يربطها بأداء القيمة السوقية للورقة المالية ، على عكس الإدارة غير الواعية التي تسعى دوماً للحصول على منافع ذاتية من ضعف مستوى الحوكمة مما يؤثر سلباً على أداء القيمة السوقية .

بينما يتجسد السبب الثالث في أن ما تمتلكه حوكمة الشركات من آليات رقابية على الإدارة ، ستمنعها من التلاعب بالمعلومات الداخلية، مما يؤدي وإلى حد ما إلى تماثل المعلومات بين المستثمرين والذي سينعكس في النهاية على أداء القيمة السوقية للورقة المالية.
وأخيراً ، فإنه توجد علاقة ارتباط طردية بين درجة حوكمة الشركات ومستوى كفاءة سوق الأوراق المالية ، حيث تعكس أسعار الأسهم المعلومات المتاحة عن الأداء المستقبلي للشركات المدرجة في السوق .

عبد الحكيم ، هشام . دلول ، عماد (2009) : حوكمة الشركات ودورها في التقييم العادل للأسهم العادية - دراسة تطبيقية في سوق العراق للأوراق المالية - . مجلة الإدارة والاقتصاد ، العدد 77 ، المجلد 4 ، الجامعة المستنصرية ، بغداد - العراق ، ص 48 .

ومن أجل استكمال العلاقة ما بين هذه المنازعات واتفاق التحكيم ، فإننا سنتولى تطبيق هذا الاتفاق في كل منازعة على حدة ، وذلك من خلال البحث عن كيفية الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة لحلها .

الفرع الأول : منازعات تحريف المعلومات المادية

الأصل والقاعدة العامة في ظل مبدأ الإفصاح والشفافية أن يتم الإفصاح عن كافة المعلومات المادية بصورة حقيقية وصحيحة في الوقت المناسب ، إلا أن بعض المتعاملين في سوق الأوراق المالية قد يذهبون إلى تحريف هذه المعلومات من أجل التأثير على القيمة السوقية لورقة مالية ما ، وذلك بهدف الحصول على ربح مادي من خلال الفارق الربحي الذي يجنونه من اختلاف القيمة السوقية للورقة المالية ، تبعاً للمعلومات المادية المراد تحريفها ، فضلاً عن تحقيقهم الربح المعنوي المتمثل في تعزيز مقدرتهم على المنافسة في السوق .

ولأن تحريف المعلومات المادية يؤدي إلى آثار لا يحمد عقباها في التعامل في سوق الأوراق المالية، فإن المشرع الفلسطيني وبموجب المادة (87) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 لم يتوان عن حظر كافة صور هذا التحريف³¹¹ . وفي إطار ذلك ، فإن التحريف في المعلومات المادية قد يتخذ صورة موضوعية حينما تكون المعلومات المفصح عنها - التي تكتسب صفة التأثير الجوهرية على القرارات الاستثمارية - لا تحاكي واقعها الموضوعي الصحيح (أولاً) ، كما قد يأخذ صورة التحريف الزمني حينما يتخلف الإفصاح عن المعلومات المادية في المدة القانونية الواجب الإفصاح عن تلك المعلومات خلالها (ثانياً) .

أولاً : التحريف الموضوعي

يستند التحريف الموضوعي على أن المعلومات المادية في ظله لا تتفق ومعيار الصحة الذي يجب أن يتوافر في هذه المعلومات ، فالركن الأساسي في المعلومات المادية هو صحتها ، حيث إن هذه المعلومات ترتب آثاراً عميقة في السوق أو القيمة السوقية للأوراق المالية . ومن غير اكتساب المعلومات المادية صفة الصحة ، فإن ذلك يؤدي إلى إرباك في اتخاذ القرارات الاستثمارية .

³¹¹ نصت المادة (87) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 على أنه :
" 1- لا يجوز لأي شخص له علاقة مباشرة أو غير مباشرة بخصوص أي صفقة تتضمن شراء أو بيع أو تبادل أي أوراق مالية أو تقديم أي مشورة للاستثمار أو أي تفويض أو موافقة أو أي نيابة أو معلومات أخرى سواء أخذت من مالكي الأوراق المالية أو نشرت حول أي اجتماع أو أي فعل آخر يقوم به مالكو الأوراق المالية أو أي عرض عطاء لاكتتاب الأوراق المالية أو أي محاولة لدعم أو رفض طلب الاكتتاب، القيام بما يلي: أ- استخدام أي وسيلة أو حيلة لخداع شخص آخر . ب- القيام بأي ممارسة أو فعل يشوبه غش أو خداع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة . 2- استخدام الغش والخداع في عملية الإقناع للتأثير في قرارات أي شخص بما في ذلك : أ- معلومات كانت خاطئة أو مضللة أو مخادعة . ب- إخفاء وتضليل المعلومات الجوهرية . ج- الإصدار أو النشر المتهور أو المضلل لأي نشرة أو وعد أو تنبؤ يتصف بالخطأ أو التضليل أو الخداع " .

ومن الممكن رد منازعات التحريف الموضوعي إلى فئتين : تمثل الفئة الأولى حالة إذا تم الإفصاح عن المعلومات المادية ، وجرى التحريف الموضوعي في هذا الإفصاح . أما الفئة الثانية فإنها تركز على عدم وجود إفصاح عن المعلومات المادية ، وفي ظل هذه الفئة يقوم بعض المتعاملين بتعبئة عدم وجود الإفصاح عن المعلومات المادية بمعلومات يقل فيها معيار الموثوقية ، وهذا ما يتمثل في الإشاعات .

فعلى صعيد الفئة الأولى من منازعات التحريف الموضوعي ، فإن المعلومات المفصح عنها لا تتفق وصحتها الواجب أن تتلمسها حينما يتم الإفصاح عنها ، فتتحرف دقة المعلومة المفصح عنها عن حقيقتها ، وفي إطار هذه الفئة فإن الإفصاح الذي يحتوي معلومات محرفة يأخذ إحدى صورتين ، فإما أن يكون إفصاحاً خاطئاً ، وإما أن يكون إفصاحاً مضللاً .

فبالنسبة للإفصاح الخاطئ (False Disclosure) فإنه يستند على ذلك الإفصاح الذي يحتوي بياناً خاطئاً عن المعلومة المادية (False Statement) ، وهذا النوع من التحريف للمعلومات المادية لا يتوافر فيه معيار صحة المعلومات المادية ، فالمعلومة المحرفة فيه لا يتوافر فيها أي نوع من أنواع الصحة³¹² . ونتيجة لعدم اكتساب صفة الصحة المطلقة في الإفصاح الخاطئ ، فإنه يعتبر من أنواع الكذب في المعلومات المادية ، ذلك أنه لما كانت المعلومة المكذوبة تستند بالأساس على إلقاء بيان يفتقد معيار الصحة فيه ويستبدل بمعيار عدم الصحة الذي يؤدي إلى عدم تسليم متلقي هذه المعلومات بصحتها ، فإن المعلومة المادية المحرفة في ظل الإفصاح الخاطئ تكون معلومة مغلوطة، على أنه يجب توافر نية التسبب للآخرين بخلق معتقدات خاطئة في ظل هذه المعلومة المغلوطة³¹³ .

وإذا كان الإفصاح الخاطئ يركز بالأساس على عدم صحة المعلومة بشكل مطلق ، فإن النوع الثاني من التحريف الموضوعي الذي يرافق الكشف عن المعلومات المادية قد يتخذ صورة الإفصاح

³¹² في إطار الإفصاح الخاطئ فإن هناك نوعين من المعلومات المادية المغلوطة ، وفي ظل النوع الأول منها تكون المعلومة المادية المحرفة تخالف بشكل مطلق الواقع الحقيقي لهذه المعلومة ، مثل أن تفصح الشركة في إفصاح مستقل بأنه لا يوجد أي قضية مرفوعة ضدها وفي الواقع هناك سيل من القضايا المرفوعة ضدها ، وأيضاً قد يتوافر ذلك حينما تفصح الشركة بأنها قد فسخت تعاقدها مع مدقق الحسابات الذي قام بتزوير بعض البيانات ميزانية الشركة الفائزة في الوقت الذي استمر التعاقد معه .

أما النوع الثاني من الإفصاح الخاطئ فإنه يتمثل في إفصاح معلومة مادية غير موجودة ، وذلك بأن يقوم الأشخاص الملزمون بالإفصاح بإدراج معلومة منعدمة الوجود على أرض الواقع في وثيقة الإفصاح . وفي ظل هذا النوع يتم الإفصاح عن معلومة غير موجودة ولا يوجد لها أساس من الصحة ، مثل أن تفصح الشركة المدرجة بأنها قد حصلت على امتياز من أجل إدارة مرفق ما وفي الواقع لا يكون هناك امتياز ما قد تم منحه ، أو أن تفصح الشركة المدرجة بأنها قامت بتصنيع منتج جديد سيرفع بيعه وتسويقه من ربحية الشركة في الوقت أن هذا المنتج غير موجود أصلاً .

Zhu , Sanzhu (2007) : Securities Dispute Resolution In China . Ashgate Publishing , Hampshire - UK , Page 161 .

³¹³ Carson , Thomas (2012) : Deception And Information Disclosure In Business And Business And Professional Ethics . In : Brenkert , George . Beauchamp , Tom (Editors) The Oxford Handbook Of Business Ethics . Oxford University Press , University Of Oxford , Oxford - UK , Page 339 .

المضلل ، ويعتبر هذا النوع من التحريف من أخطر التحريفات لتعدد صورته ، فضلاً عن احتوائه في جزء منه على قدر من الصحة .

ويعرف الإفصاح المضلل (Misleading Disclosure) بأنه الإفصاح عن المعلومات المادية في شكل بيان يؤدي إلى الوقوع في الخطأ ، حيث إن البيان الذي يحتوي معلومة مادية يكتسب صفة التضليل ، إذا ترتب عليه أن يقود أحد أفراد الجمهور العاديين المتلقي له إلى الخطأ³¹⁴ .

وبذلك فإن الإفصاح المضلل لا يقصد به الإفصاح الخاطيء ، فهو إفصاح يحتوي على المعلومات المادية التي في ظاهرها تعتبر معلومة صحيحة ، ولكن إذا تم التعمق فيه فإنه يتبين أن المعلومات المادية في ظله لا تتصف بالصحة المطلقة ، بل تكون معلومة مادية تعبر بشكل جزئي عن الصحة³¹⁵ ، ونتيجة لذلك ، فإن الإفصاح المضلل يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالخداع (Deception) ، فهو في ظاهره إفصاح صحيح ، ولكن في باطنه يحتوي تحريفاً للمعلومات المادية³¹⁶ .

³¹⁴ Tomasic , Roman . And Others (2002) : Corporations Law In Australia , Second Edition . The Federation Press , Sydney - Australia , Page 552 - 553 .

³¹⁵ في ظل الإفصاح المضلل فإن المعلومة المادية تكتسب صفة التضليل إذا توافر أحد سببين ، الأول يقوم على أن المعلومات التي تم الكشف عنها لا تصف الوقائع بدقة ، أما السبب الثاني فإنه يتمثل في أن الإفصاح عن المعلومات المادية لم يكن كافياً ، بل كان إفصاحاً جزئياً وليس إفصاحاً كاملاً .

Jacobs , Arnol (1973) : What Is A Misleading Statement Or Omission Under Rule 10B-5 ? . Fordham Law Review , Volume 42 , Issue 2 , Fordham University , New York - USA , Page 247 .

وبالنسبة للسبب الأول فإنه يمثل الصورة النمطية للإفصاح المضلل ، وذلك لأنه يقوم في ظاهره على درجة عالية من الصحة ولكنه لا يحاكي الواقع بشكل المطلوب ، وهذه الصورة تمثل مخالفة لصفة الدقة التي يجب أن تتوافر في المعلومة المادية ، حيث إن الذي يركن للإفصاح المضلل في ظل هذه الصورة قد يصيبه الارتباك في حال معرفة واقع المعلومة المادية التي تم الإفصاح ، لأن الخداع في ظله يكون في أقصى أشكاله ، وهذا ما سيوضح من الحالات الثلاث التي سنسوقها لهذه الصورة من الإفصاح المضلل .

تجسد الحالة الأولى في تضخيم المعلومة المادية ، وذلك يحدث حينما يتم الإفصاح عن المعلومة المادية بشكل يتسم إما بالزيادة أو النقصان ، فالمعلومة المادية في حالة التضخيم تتكون من جزئين الأول صحيح ، أما الثاني والمتمثل بالزيادة أو النقصان فإنه يشوبه عدم الصحة ، وبذلك تكون المعلومة المادية في ظل هذا المثال معلومة نصف صحيحة .

وأبرز مثال على حالة التضخيم يكون عن طريق تحريف مقدار المعلومة المادية ، ومن الممكن أخذ مقادير البيانات المالية التي تحتويها التقارير الدورية (الربعية والنصف سنوية) التي تفصح عنها الشركة المدرجة خلال سنتها المالية مثلاً على هذا التحريف ، والتي بموجب المادة (37) من نظام الإفصاح لسنة 2007 المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية تشمل قائمة الميزانية ، و بيان الأرباح والخسائر ، بما في ذلك صافي الربح أو الخسارة بالنسبة لكل ورقة مالية ، فضلاً عن قائمة التدفقات النقدية ، وفي ظل ذلك ، فمثلاً قد يذكر بيان الأرباح والخسائر في التقرير النصف السنوي أن أرباح الشركة في نصف السنة المالية كانت (1.000.000) دينار أردني في الواقع أن الأرباح كانت (800.000) دينار أردني ، فالمعلومة المادية في هذه الحالة تكون معلومة صحيحة في مقدار (800.000) ، وغير صحيحة بالنسبة لـ (200.000) دينار التي تم زيادتها .

أما الحالة الثانية ، فإنها تتجسد في اختلاف تمثيل المعلومة المادية الواحدة في ذات الإفصاح ، ويحدث ذلك حينما يحتوي التقرير الدوري الذي تصدره الشركة تمثيل بيانات الأرباح والخسائر في رسوم هندسية تخالف البيانات الكتابية المرفقة بذات التقرير ، فقد يحصل أن تحدد الأرباح إذا ما قورنت بالخسائر بنسبة (40 %) وفي ذات التقرير يبين الرسم الهندسي وبالأخص إذا ما تم بطريق الدوائر البيانية أن المقدار الممثل للربح أكثر من الخسارة .

بينما تمثل الحالة الثالثة عدم محاكاة المعلومة المادية بشكل دقيق يخلق انطباعاً بدقة هذه المعلومة ، وذلك بهدف استغلال ثقة المتعاملين الذين لا يتوافرون على قدر من الخبرة ، مثل أن تفصح الشركة في أنها في طور عقد شراكة إستراتيجية مع شركة " اكس العالمية " مثلاً ، فإن المستثمر العادي قد يستقبلها في أن الشركة المدرجة توقع عقد شراكة إستراتيجية مع شركة " اكس " المعروفة والتي تمارس أعمالها على المستوى الدولي ، في حين أن شركة " اكس العالمية " هو أسم شركة محلية ، وليست تلك الشركة المعروفة . وأيضاً قد يحصل ذلك ، حينما يتم الإفصاح بأن رئيس مجلس الإدارة يحمل درجة الدكتوراه التي تمكنه من إدارة الشركة بنجاح ، وفي الواقع أن هذا الشخص يحمل درجة الدكتوراه في تخصص التاريخ مثلاً وخبرته في مجال الإدارة ليست بالقدر الكافي .

أما السبب الثاني الذي يؤدي إذا تم توافره في المعلومة المادية أن تكتسب صفة التضليل ، فإنه يتجسد في حالة الإفصاح الجزئي ، وهذا ما يطلق عليه نظرية الفسيفساء (Mosaic) ، وفي ظل هذه النظرية تكون كافة المعلومات المادية الواردة في الإفصاح صحيحة حرفياً ، إلا أن هذا الإفصاح لم يشمل المعلومات المادية ذات العلاقة بالمعلومات المادية الواردة في ذلك الإفصاح . ونتيجة لعدم الاشتمال هذا فإنه يعتبر إفصاحاً مضللاً ، وذلك لأن جمهور المستثمرين لا يقدر على تجميع الصورة الدقيقة عن كافة المعلومات المادية التي يجب أن يتم الإفصاح عنها . ولذلك فإن المعلومات المادية ذات العلاقة التي لم يتم الإفصاح عنها نظرية الحقائق المدفونة (Buried Facts) .

وإذا كان كل ما سبق يتعلق بالمعلومات المادية الموثوقة التي تصدر من الأشخاص الملزمين بالإفصاح عنها ، فإن الفئة الثانية لمنازعات التحريف الموضوعي للمعلومات المادية في سوق الأوراق المالية تحصل حينما يتم إصدار أو ترويج شائعة في السوق ، تعتبر على درجة عالية من قلة الموثوقية .

وتعرف الشائعة (Rumor) بأنها فرضية تتعلق بأمر مشكوك في وجودها ، عرضت في وقت غابت فيها المعلومات التي يمكن التحقق منها والمتعلقة بهذه الأمور ، وتصيب الأشخاص بنوع من افتقار السيطرة على قراراتهم بناءً على هذه الفرضية ، وهذا ما قد يجعلهم يصابون بالقلق فيما بعد، إذا ما اعتمدوا على هذه الفرضية ، فيتخوفون إذا ما كانت هذه الفرضية تلامس الصحة أم الخطأ ، فلا يكون هناك جزم بصحة المعلومة التي احتوتها الفرضية³¹⁷ .

ومما تتوجب الإشارة إليه أن سلوك بث الشائعات وترويجها قد تقودنا النظرة الأولية إليه ، بأن لا يعتبر من قبل الإفصاح الموضوعي نظراً لعدم الإفصاح عن المعلومات المادية حتى يجري تحريفها، ولكن القول بذلك يتنافي وحقيقة الإشاعات والمعلومات المادية ، حيث إن أسلوب بث الشائعات وترويجها يعتبر انتهاكاً للقواعد القانونية التي حددت الآليات والأشخاص الملزمين

Prentice , Robert . Langmore , John (1994) : Beware Of Vaporware - Product Hype And The securities Fraud Liability Of High Tech Companies - . Harvard Journal Of Law And Technology . Volume 8 , Issue 1 , Harvard University , Massachusetts - USA , Page 22.

فقد يأخذ الإفصاح الجزئي أسلوب حذف أو إسقاط المعلومات المادية ، وأكثر ما يحدث هذا الأسلوب حينما يتوجب الإفصاح عن جملة مع المعلومات المادية في إفصاح واحد وتكون كافة المعلومات المادية الموجودة في هذا الإفصاح صحيحة ولكن هناك معلومة أو جملة من المعلومات قد تم حذفها من هذا الإفصاح ، ولعل أبرز مثال على ذلك التقرير السنوي الذي تفصح عنه الشركة المدرجة في نهاية كل سنة مالية، والذي نصت المادة (19) من نظام الإفصاح لسنة 2007 المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية على أنه :

" مع عدم الإخلال بأحكام هذا النظام ، يجب أن يتضمن التقرير السنوي على سبيل المثال لا الحصر المعلومات التالية إضافة إلى أية معلومات أخرى تحددها السوق : 1- أعمال الشركة المدرجة . 2- توقعات الشركة المدرجة المستقبلية . 3- البحث والتطوير . 4- مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية . 5- الممتلكات . 6- الإجراءات القانونية والقضايا . 7- سياسة ومخاطر الاستثمار . 8- المسائل التي أحيلت للتصويت عليها من قبل حملة فئة من فئات الأوراق المالية . 9- طبيعة سوق التداول وحجمه . 10- السيطرة على الشركة المدرجة . 11- الأسهم وعواندها . 12- الوضع المالي . 13- مدققو الحسابات . 14- عقود عمل أعضاء مجلس الإدارة وموظفي الإدارة التنفيذية . 15- الصفقات الرئيسية والأطراف ذوي العلاقة . 16- شكل وآلية إيصال المعلومات للمساهمين "

ونظراً لأن كل معلومة من هذه المعلومات تحتوي في ثناياها جملة من المعلومات الفرعية ، فإن تحريف المعلومات في التقرير السنوي عن طريق الحذف ، قد يتأتى نتيجة حذف أي من المعلومات الستة العشر الرئيسية بشكل كامل ، مثل أن يتم إسقاط بند الإجراءات القانونية والقضائية التي تكون الشركة طرفاً فيها وفي الواقع يكون هناك جملة من القضايا المرفوعة ضد الشركة والتي قد تؤثر إذا ما تم الحكم على الشركة فيها بارهاق مالية الشركة ، ولكن أخطر أنواع التحريف قد يتأتى نتيجة إسقاط معلومة فرعية من المعلومة الرئيسية ، فقد يذكر التقرير السنوي في بند الممتلكات أن الشركة تملك جملة من العقارات وأن يغفل التقرير أن الشركة قد باعت عقاراً معيناً من هذه العقارات .

كما قد يحصل الإفصاح الجزئي حينما يتم اقتطاع بعض الدراسات والإفصاح عنها بشكل جزئي في إفصاح مستقل ، مثل أن تجري الشركة المدرجة دراسة خلصت بأن الشركة ستحقق أرباحاً في ثلاثة أشهر قادمة وتقف إلى حد هنا ، وفي الواقع أن الدراسة قد خلصت بأن الشركة ستحقق أرباحاً كبيرة في ثلاثة أشهر القادمة إذا ما أقدمت على عقد إلى تصنيع منتج معين . وأيضاً قد يحصل الإفصاح الجزئي حينما تفصح الشركة بأنها ستستثري الحقوق المالية لبراءة اختراع ما بسعر تنافسي مثلاً (5.000.000) دينار أردني ، ولم يوضح هذا الإفصاح أن هذا السعر قبل الضريبة أم بعدها ، وقد يكون سعرها بعد الضريبة أكثر من ذلك .

³¹⁶ Office Of Consumer Protection Of Wisconsin State (1977) : Handbook On Consumer Fraud And Unfair Business Practices . Office Of Consumer Protection , Department Of Justice , Wisconsin - USA , Page 15 .

³¹⁷ Dunn , Henry . Allen , Charlotte (2005) : Rumors , Urban Legends And Internet Hoaxes . In : Johnston , Timothy (Editor) , Proceedings Of The Annual Meeting Of The Association Of Collegiate Marketing Educators , 1 - 5 March 2005 . The Association Of Collegiate Marketing Educators , Texas - USA , Page 86 .

بالإفصاح عن المعلومات المادية ، فالإشاعة تعمل على تحريف صحة وثقة المعلومة المادية ، ففي ظل أسلوب بث الشائعات وإصدارها تكون المعلومة المادية غير موجودة ، ويجري تعبئة عدم الوجود هذا بمعلومات من غير الممكن الجزم بصحتها ، حيث تكون نسبة صحة المعلومة التي احتوتها الإشاعة تساوي نسبة خطئها ، فمعيار الصدق فيها متأرجح بين الخطأ والصواب ³¹⁸ .

ومن أهم أنماط الإشاعة في سوق الأوراق المالية ، إشاعة قرب توزيع أرباح الأسهم ، وإشاعة اندماج الشركة ، وإشاعة زيادة أرباح الشركة ، وإشاعة دخول مستثمرين مؤثرين ، وإشاعة توسع مستقبلي للشركة ، وإشاعة خفض سعر الفائدة أو زيادته . وتؤدي مثل هذه الأنماط إلى التأثير على كمية الأوراق المالية المتداولة وقيمتها السوقية ، وجميعها يؤدي إلى أرباح وخسائر غير مبررة ³¹⁹ ، فهي تهدف إلى استبدال معيار الثقة بالمعلومات المادية بمعيار خلق الاعتقاد الذي يكون في ظله المتعامل في السوق غير متأكد من صحة المعلومة ، فهو يكون في منطقة متأرجحة ما بين صحة المعلومة وعدم صحتها ، ونتيجة لخطورة هذه الشائعات ، فإن المشرع الفلسطيني وبموجب المادة (1 / 99) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 قد حظر إصدارها أو ترويجها ³²⁰ .

ثانياً : التحريف الزمني

يقوم التحريف الزمني للمعلومات المادية على فرضية قوامها أن المعلومات التي كانت واصلية لجمهور المتعاملين والسوق وهيئة سوق رأس المال تعتبر مختلفة عن المعلومات الواجبة الإفصاح ، والتي لم يتم الإفصاح عنها أو تأخر الإفصاح عنها .

ويختلف هذا النوع من التحريف عن التحريف الموضوعي في أن المعلومات المادية في ظله تكون صحيحة ولا يشوبها أي نوع من الانحراف الموضوعي الذي ينبأ عن وجود معلومة مادية خاطئة أو مضللة ، ولكن التحريف الزمني يركز على أن تحريف الوقت الذي يتم فيه الإفصاح عن

³¹⁸ في إطار ذلك تتعدد الخصائص التي تكتسبها الإشاعة ، إلا أن أكثر خاصيتين تعبر عن حقيقة الشائعة ، هما خاصتا انتفاء الموثوقية وخلق الاعتقاد ، فبالنسبة لخاصية انتفاء الموثوقية (Unauthenticated) فإن الإشاعة قائمة على فرضية من المعلومة التي تفقر لبيانات توثق هذه المعلومة ، حيث إن الإشاعة من الممكن أن تتأكد كمعلومة صحيحة أو خاطئة في نقطة معينة في المستقبل . وهنا يبرز الفرق ما بين المعلومات الموثوقة والفرضية التي تحتويها الإشاعة ، فالمعلومات دائما يتم تأكيدها على الفور ، في حين أن الشائعة لا يتم تأكيدها بذات الفورية ، فقد يجري تأكيدها أو رفضها في وقت ما في المستقبل .
أما خاصية خلق الاعتقاد (Belief Creation) ، فإن الإشاعة في ظلها هي إلقاء يهدف في المقام الأول إلى خلق الاعتقاد ، وذلك لأنها قد تكون صحيحة ، وقد تكون كاذبة ، فلا يتم الجزم بصحة المعلومة التي تقوم عليها الإشاعة ، وهذه الخاصية تجعل الشخص الذي يتخذ قراره بناء عليها أن يتأثر بمدى اعتقاد الآخرين بصحة المعلومة .

Schindler , Mark (2007) : Rumors In Financial Markets - Insights Into Behavioral Finance - . John Wiley and Sons , New Jersey - USA , Page 5.

³¹⁹ حقباني ، مفرج (2003) : الآثار الاقتصادية المصاحبة لانتشار الشائعات . في : الشائعات في عصر المعلومات ، الطبعة الأولى . جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض - السعودية ، ص 142 .

³²⁰ نصت المادة (1 / 99) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 على أنه :
" يحظر على أي شخص بث أو ترويج الشائعات أو إعطاء معلومات أو بيانات أو تصريحات مضللة أو غير صحيحة قد تؤثر على أسعار الأوراق المالية المدرجة في السوق أو على سمعة الجهة المصدرة " .

المعلومات المادية ، حيث إن القاعدة العامة تقتضي أن يتم تغيير المعلومات المادية الواصلة للمتعاملين عن طريق معلومات أخرى يكون واجب الإفصاح عنها في الوقت الذي رسمته القواعد القانونية النازمة للإفصاح ، فإذا تخلف الإفصاح في ظل هذا الوقت ، فإننا نكون أمام حالة تتحرف فيها المعلومات السابقة عن محاكاة الواقع . فإذا أراد المتعامل أن يتخذ قراره بناءً على المعلومات السابقة - والتي تم الإفصاح عنها - ، فإنه سيصطدم بعد ذلك بمخالفة هذه المعلومات للواقع الحالي الذي كان يتوجب أن تكشفه المعلومات التي لم يتم الإفصاح عنها ، أو تأخر الإفصاح عنها .

ونتيجة للدور الرقابي الذي يلعبه سوق الأوراق المالية وهيئة سوق رأس المال فإن ذلك يقلل من حالة الانعدام الكلي للإفصاح الذي لا يلحقه إفصاح متأخر . ولكن إذا ما نظرنا للنتيجة النهائية للإفصاح ، فإن الإفصاح المتأخر قد يتأتى نتيجة أن يفرج المصدر بشكل طوعي عن المعلومات المادية ولكن بشكل متأخر ، وقد يتأتى نتيجة الإفراج الإجمالي عن طريق إلزام هيئة سوق رأس المال بالإفصاح ، فيتم الإفصاح عن طريق الإلزام .

فعلى صعيد الحالة العملية الأولى ، فإنها تتمثل بالإفصاح عن التقرير السنوي الذي ألزمت المادة (1 / 35) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 كافة الشركات المدرجة في السوق بالإفصاح عنه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ انتهاء السنة المالية للشركة³²¹ .

وقد حصل أن قامت شركة " البنك الإسلامي العربي " بالإفصاح عن التقرير السنوي للعام 2011 بشكل مغل بهذه المدة ، حيث كان من الواجب أن يتم الإفصاح عن هذا التقرير خلال ثلاثة أشهر من تاريخ انتهاء السنة المالية للشركة ، والتي انتهت بتاريخ 31 / 12 / 2011³²² ، فكان يجب أن يتم الإفصاح عن هذا التقرير السنوي خلال الفترة الممتدة من 31 / 12 / 2011 إلى 31 / 3 /

³²¹ نصت المادة (1 / 35) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 هذه المادة على أنه :
" على كل مصدر أن يقدم إلى الهيئة والسوق تقارير سنوية خلال الأشهر الثلاثة الأولى التي تلي نهاية كل سنة مالية ، ويجب أن يتضمن التقرير المعلومات التالية : أ- معلومات كاملة عن المصدر ومجالات نشاطه . ب- أسماء أعضاء مجلس إدارته ومديره والمالكين الرئيسيين . ج- معلومات مالية تبين بوضوح الوضع المالي للمصدر ، وتشمل الشركات الحليفة والتابعة . د- التغييرات والمؤشرات المستقبلية المتوقعة من قبل المصدر والتي لها أثر جوهري على أوضاع المصدر المالية"
يقابل هذا النص نص المادة (3 / 1 / ب) من نظام الإفصاح لسنة 2007 المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية .
³²² هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة البنك الإسلامي العربي لقانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 ونظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية ، تحت إشارة رقم 145 / DG / 2012 ، بتاريخ 19 / 4 / 2013 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا القرار عبر الرابط التالي :
(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/AIB.pdf , 02.04.2013)

وأيضاً :
شركة البنك الإسلامي العربي (2012) : كتاب رئيس مجلس إدارة الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن التقرير السنوي للعام 2011 . شركة البنك الإسلامي العربي ، رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :
(<http://www.pex.ps/psewebsite/Generalizations/Annual-Report-2011-AIB-15042012.pdf> , 02.04.2013)

2012 ، وهذا ما لم يحصل ، حيث تأخر الإفصاح 12 يوماً بعد الفترة القانونية الملزمة للإفصاح ، وكان ذلك بتاريخ 12 / 4 / 2012³²³ .

أما الحالة العملية الثانية ، فإنها تتعلق بالإفصاح عن البيانات المالية نصف السنوية³²⁴ ، والتي حددت المادة (3 / 1 / ج) من نظام الإفصاح لسنة 2007 المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية مدة خمسة وأربعين يوماً من تاريخ انقضاء نصف السنة المالية للشركة للإفصاح عن هذه البيانات³²⁵ .

³²³ مما تجدر الإشارة إليه أن مدة خمسة والأربعين يوماً المقررة للإفصاح عن التقرير السنوي ، هي ذات المدة المقررة للإفصاح عن البيانات المالية الختامية الأولية ، حيث نصت المادة (3 / 1 / أ) من نظام الإفصاح لسنة 2007 المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية على أنه :

" لغايات تطبيق هذا النظام وتنفيذ أحكامه يجب على الشركات المدرجة لدى السوق القيام بما يلي : أ- الإفصاح للسوق عن البيانات المالية الختامية الأولية ، مدققة من المدقق الداخلي ، بأسرع وقت ممكن خلال فترة (45) خمسة وأربعين يوماً من تاريخ انتهاء السنة المالية للشركة "

كما نص تعميم هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بخصوص إفصاح الشركات المدرجة ، والذي جاء تحت الإشارة رقم (1 خ / 1 / 2007) على أنه :

" تقوم الشركات المدرجة بالإفصاح للسوق مع إرسال نسخة إلى الهيئة بالتوازي وفي نفس الوقت عما يلي : 1- البيانات المالية الختامية الأولية على أن تكون مدققة من المدقق الداخلي وذلك خلال فترة لا تزيد عن 45 يوماً من تاريخ انتهاء السنة المالية للشركة "

وقد حصل أن انتهكت شركة " مصايف رام الله " المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية المدة الزمنية التي رسمتها المادة السابقة ، ولقد تجسد ذلك في الإفصاح عن البيانات المالية الختامية الأولية عن السنة المالية التي انتهت بتاريخ 31 / 12 / 2012 ، حيث قامت الشركة بالإفصاح عن هذه البيانات بتاريخ 20 / 2 / 2012 ، وبذلك تكون الشركة قد تأخرت بالإفصاح عن هذه البيانات ستة أيام بعد انتهاء المدة القانونية اللازمة للإفصاح ، حيث كان يجب أن يتم الإفصاح عن البيانات المالية الختامية الأولية هذه خلال 45 يوماً من انتهاء السنة المالية ، وهي الفترة الممتدة من 31 / 12 / 2012 إلى 14 / 2 / 2012 .

هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2013) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة مصايف رام الله لتعميم الهيئة بشأن إفصاح الشركات المدرجة ونظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية ، تحت إشارة رقم 2013 / DG104 / GMA ، بتاريخ 26 / 2 / 2013 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا القرار عبر الرابط التالي :

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/secmasyf.pdf , 02.04.2013)

وأيضاً :

شركة مصايف رام الله (2013) : كتاب رئيس مجلس إدارة الشركة ليورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن البيانات المالية الأولية عن السنة المنتهية في 31 كانون الأول 2012 . شركة مصايف رام الله ، رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/psewebsite/Generalizations/FS-Annual-Preliminary-2012-RSR-20022013.pdf> ,

02.04.2013)

³²⁴ أوجبت المادة (38) من نظام الإفصاح لسنة 2007 المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية أن يحتوي المعلومات المادية التالية:

" 1- يجب أن يتضمن التقرير المالي نصف السنوي المدقق البيانات المالية التالية : أ- الميزانية العامة . ب- حساب الأرباح والخسائر . ج- بيان التغيرات في حقوق المساهمين . د- قائمة التدفق النقدي . هـ- الإيضاحات الضرورية . 2- يجب أن تتضمن التقارير الدورية (نصف السنوية) الإشارة، على الأقل، إلى البيانات التالية: أ- العدد الحقيقي للأوراق المالية في نهاية الفترة نصف السنوية . ب- الإدارة . ج- التغير الذي يطرأ على إدارة الشركة المدرجة، أو مدققي حساباتها، أو السيطرة عليها، أو نشاطاتها أو أعمالها الرئيسية . د- اكتساب أي من الموجودات الرئيسية للشركة المدرجة أو التصرف فيها . هـ- أية إجراءات قانونية رئيسية . و- أية زيادة أو نقصان أساسي في المبلغ غير المدفوع من الأوراق المالية أو الديون . ز- القرارات الأساسية التي اتخذتها حملة أية ورقة مالية . ح- أية أحداث أو معلومات أخرى تعتقد الشركة المدرجة بأنها مهمة لحملة الأوراق المالية "

³²⁵ نصت المادة (3 / 1 / ج) من نظام الإفصاح لسنة 2007 المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية على أنه :

" لغايات تطبيق هذا النظام وتنفيذ أحكامه يجب على الشركات المدرجة لدى السوق القيام بما يلي : ... ج- الإفصاح للسوق عن البيانات المالية نصف السنوية من خلال إعداد التقرير نصف السنوي خلال فترة أقصاها (45) خمسة وأربعين يوماً من تاريخ انقضاء نصف السنة المالية للشركة مراجعة من قبل مدقق الحسابات المعتمد "

ولقد خالفت شركة " القدس للمستحضرات الطبية " المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية هذه المدة المقررة للإفصاح عن البيانات المالية نصف السنوية³²⁶ ، وكان ذلك بخصوص الإفصاح عن البيانات المالية للنصف الأول من سنة 2012 ، التي انتهت فترتها المالية بتاريخ 30 / 6 / 2012 ، حيث إنها لم تفصح عن هذه البيانات خلال مدة خمسة وأربعين يوماً ، والتي تمتد ما بين 1 / 7 / 2012 إلى 15 / 8 / 2012 ، وهذا ما دفع هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بإنزال العقوبة التأديبية بحقها ، وإلزامها بالإفصاح عن هذه البيانات المالية بموعد أقصاه 15 / 9 / 2012³²⁷ ، وهذا ما حدث بالفعل³²⁸ .

³²⁶ مما يتوجب الإشارة إليه أن الإفصاح عن البيانات المالية نصف السنوية يختلف عن الإفصاح عن البيانات المالية الربعية ، والتي أوجبت المادة (37) من نظام الإفصاح لسنة 2007 المتبع في السوق أن تحتوي البيانات التالي :

" 1- يجب أن تتضمن التقارير الدورية (ربع السنوية) الإشارة إلى البيانات المالية التالية : أ- قائمة الميزانية . ب- بيان الأرباح والخسائر، بما في ذلك صافي الربح أو الخسارة بالنسبة لكل ورقة مالية . ج- قائمة التدفقات النقدية . د- يتم الإفصاح عن المعلومات الواردة أعلاه وفقاً للنظام الموحد للتقارير المالية والملاحق المرفقة به (انظر ملحق هذا النظام) . 2- يجب أن تتضمن التقارير الدورية (ربع السنوية) الإشارة على الأقل إلى البيانات التالية : أ- العدد الحقيقي للأوراق المالية في نهاية الفترة ربع السنوية . ب- الإدارة . ج- التغيير الذي يطرأ على إدارة الشركة المدرجة ، أو مدققي حساباتها ، أو السيطرة عليها ، أو نشاطاتها أو أعمالها الرئيسية . د- اكتساب أي من الموجودات الرئيسية للشركة المدرجة أو التصرف فيها . هـ- أية إجراءات قانونية رئيسية . و- أية زيادة أو نقصان أساسي في المبلغ غير المدفوع من الأوراق المالية أو الديون . ز- القرارات الأساسية التي اتخذها حملة أية ورقة مالية . ح- أية أحداث أو معلومات أخرى تعتقد الشركة المدرجة بأنها مهمة لحملة الأوراق المالية " .

فلم يطلق النظام السالف الذكر الإفصاح عن هذه البيانات من غير قيد ، بل قد حدد مدة شهر من تاريخ انتهاء كل ثلاثة شهور من السنة المالية للشركة ، حيث نصت المادة (3 / 1 / د) على أنه :

" لغايات تطبيق هذا النظام وتنفيذ أحكامه يجب على الشركات المدرجة لدى السوق القيام بما يلي : ... د- الإفصاح للسوق عن البيانات المرحلية من خلال إعداد تقرير دوري (ربع سنوي) وفقاً لمعايير المحاسبة الدولية ، وذلك خلال فترة أقصاها شهر واحد من تاريخ انتهاء كل ثلاثة شهور على أن يكون مراجعاً من قبل المدقق الداخلي للشركة ، إن وجد. ويستثنى من ذلك آخر تقرير (تقرير نهاية السنة المالية) حيث يصدر كتقرير نهائي حسب الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة " .

وعلى الرغم من إلزامية قواعد الإفصاح السابقة ، إلا أن شركة " فلسطين للتأمين " المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية قامت بالإفصاح عن البيانات المالية للربع الأول من سنة 2012 بشكل مخل بهذه القواعد ، حيث كان يجب الإفصاح عن هذه البيانات خلال الفترة الزمنية الممتدة ما بين 1 / 4 / 2012 إلى 30 / 4 / 2012 ، وهذه الفترة تمثل مدة الشهر ، التي تلي تاريخ انقضاء الشهر الثالثة من سنة 2012 ، إلا أن الإفصاح قد حصل بتاريخ 2 / 5 / 2012 ، وبذلك يكون الإفصاح عن البيانات المالية الربعية قد تأخر يومين بعد الفترة القانونية الملزمة للإفصاح .

هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة فلسطين للتأمين لنظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية بخصوص الإفصاح عن البيانات المالية للربع الأول من عام 2012 ، تحت إشارة رقم / 198 / DG / GMA / 2012 ، بتاريخ 15 / 5 / 2012 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا القرار عبر الرابط التالي :

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/doc20120515120750.pdf , 02.04.2013)

وأيضاً :

شركة فلسطين للتأمين (2012) : كتاب الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن البيانات المالية المرحلية للربع الأول من عام 2012 ، تحت إشارة رقم 265 / د . م / 2012 ، بتاريخ 2 / 5 / 2012 . شركة فلسطين للتأمين ، رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Quarter1-2012-PICO-03052012.pdf> , 02.04.2013)

³²⁷ هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة القدس للمستحضرات الطبية للمادة (3 / 1 / ج) من نظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية ، بخصوص الإفصاح عن البيانات المالية نصف السنوية لعام 2012 ، تحت إشارة رقم 349 / DG / GMA / 2012 ، بتاريخ 26 / 8 / 2012 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا القرار عبر الرابط التالي :

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/sec56.pdf , 02.04.2013)

³²⁸ شركة القدس للمستحضرات الطبية (2012) : كتاب رئيس مجلس إدارة الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن البيانات المالية المرحلية للنصف الأول من العام 2012 ، بتاريخ 15 / 9 / 2012 . شركة القدس للمستحضرات الطبية ، رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Semi-Annual-2012-JPH-16092012.pdf> , 02.04.2013)

أما الحالة العملية الثالثة ، فإنها تتمثل في الإفصاح عن مواعيد اجتماعات مجلس إدارة الشركة المدرجة ، حيث إن تعميم هيئة سوق رأس المال الصادر بخصوص الإفصاح عن الأمور الجوهرية للشركة المدرجة تحت إشارة رقم (CMA / SSD / 78 / 2006) قد أوجب أن يتم الإفصاح عن هذا الموعد قبل عشرة أيام على الأقل من عقد الاجتماع³²⁹ .

وقد حدث أن قامت " الشركة العالمية المتحدة للتأمين " المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية بالإفصاح عن موعد اجتماع مجلس إدارتها بشكل مغل بهذا التعميم ، حيث كان من المقرر عقد الاجتماع بتاريخ 15 / 2 / 2012 ، وقامت الشركة بالإفصاح عن نيتها بعقدته بتاريخ 13 / 2 / 2012 ، أي قبل يومين من تاريخ انعقاد . ومما يلفت الانتباه أن هذا الاجتماع لم يكن اجتماعاً روتينياً ، حيث إن جدول أعمال هذا الاجتماع قد احتوى بعض المعلومات المادية ، وتعتبر مناقشة البيانات المالية المدققة للسنة المالية المنتهية في 31 / 12 / 2011 ، وإقرار موعد انعقاد الهيئة العامة لسنة 2012 من أهم هذه المعلومات³³⁰ .

وأخيراً ، فإن الحالة العملية الرابعة تتعلق بالإفصاح عن قرارات مجلس إدارة الشركة المدرجة ، والتي ألزمت المادة (2 / 43) من نظام الإفصاح لسنة 2007 المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية بالإفصاح عن محتوياتها خلال يوم واحد من تاريخ عقد الاجتماع³³¹ .

وتختلف هذه الحالة عن الحالة السابقة ، حيث إن هذه الحالة ترتبط بالاجتماع الذي عقد وانتهى، وصدر فيها قرارات جوهرية تحمل معلومات مادية ، أما في ظل الحالة السابقة فإن الاجتماع لم يحدث بعد ، فالمعلومة المادية في ظلها تتعلق بموعد الاجتماع وجدول أعماله .

³²⁹ نص تعميم هيئة سوق رأس المال الصادر بخصوص الإفصاح عن الأمور الجوهرية للشركة المدرجة تحت إشارة رقم (CMA / SSD / 78 / 2006) على أنه :

" استناداً إلى قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 وإلى تعميمات هيئة سوق رأس المال الصادرة ، يتوجب على الشركات المدرجة الالتزام بالإفصاح عما يلي : ... 11- الإفصاح عن موعد اجتماع مجلس الإدارة ، وذلك قبل 10 أيام من تاريخ انعقاد الاجتماع على الأقل " .

³³⁰ هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة الشركة العالمية المتحدة للتأمين لنظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية وتعميم الهيئة ، تحت إشارة رقم 2012 / DG87 / GMA ، بتاريخ 12 / 3 / 2012 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا القرار عبر الرابط التالي :

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/securities1222.pdf , 02.04.2013)

وأيضاً :

الشركة العالمية المتحدة للتأمين (2012) : كتاب نائب المدير العام للشؤون المالية والإدارية للشركة ليورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن موعد اجتماع مجلس الإدارة الذي سيعقد بتاريخ 15 / 2 / 2012 ، تحت إشارة رقم 2012 / 004 / GM ، بتاريخ 13 / 2 / 2012 . الشركة العالمية المتحدة للتأمين ، رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Board-Meeting-Date-GUI-13022012.pdf> , 02.04.2013)

³³¹ نصت المادة (2 / 43) من نظام الإفصاح لسنة 2007 المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية على أنه :
" تلزم الشركة المدرجة بالإفصاح للسوق حالاً عن قرارات مجلس الإدارة التي تؤثر على أسعار الأوراق المالية ، وبما لا يزيد عن يوم عمل واحد من تاريخ اتخاذ القرار "

وقد حصل أن قامت شركة " ترست العالمية للتأمين " المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية بالإفصاح عن القرارات التي اتخذت في اجتماع مجلس إدارتها بشكل مغل بالمادة السابقة ، حيث إن الاجتماع تم عقده بتاريخ 16 / 2 / 2011 ، إلا أن الإفصاح عن القرارات التي اتخذت في هذا الاجتماع حدث بتاريخ 20 / 2 / 2011³³² . وعلى الرغم من أن فترة تأخر الإفصاح كانت أربعة أيام ، إلا أنه نظراً لاتخاذ قرارات جوهرية في هذا الاجتماع تحمل جملة من المعلومات المادية ، فإن مخالفة شركة " ترست العالمية للتأمين " تعتبر من أقصى صور التحريف الزمني للمعلومات المادية³³³ .

وفي نهاية تناولنا لمنازعات تحريف المعلومات المادية في سوق الأوراق المالية ، وبعد أن فرغنا من تناول صور التحريف الذي يرد على هذه المعلومات ، فإننا سنتولى فيما يلي تطبيق اتفاق التحكيم في مثل هذه المنازعات ، وذلك بالبحث عن كيفية الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة لحلها. ويرتبط هذا البحث ارتباطاً وثيقاً باستكمال العلاقة ما بين منازعات تحريف المعلومات المادية واتفاق التحكيم ، والذي قيدنا تناولنا لمنازعات سوق الأوراق المالية به .

وفي مضمار تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات تحريف المعلومات المادية ، يجب أن نفرق ما بين زمريتين رئيسيتين ، يندرج في ثنايا كل واحدة منها عدد من الحالات الفرعية . تتمثل الزمرة الأولى في تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات تحريف المعلومات المادية ما بين الشخص الذي اتخذ قراره بالتداول على ورقة مالية بناءً على معلومات مادية جرى تحريفها وبين الشخص القائم بالتحريف ، أما الزمرة الثانية فإنها ترتبط بتطبيق اتفاق التحكيم في منازعات تحريف المعلومات المادية ما بين مصدر الورقة الورقية التي جرى تحريف تلك المعلومات المتعلقة بها وبين الشخص القائم بالتحريف .

³³² هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة ترست العالمية للتأمين لنظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية ، تحت إشارة رقم 2012 / DG71 / GMA ، بتاريخ 28 / 2 / 2012 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا القرار عبر الرابط التالي :

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/aaaaa.pdf , 02.04.2013)

³³³ نصت وثيقة الإفصاح عن القرارات التي اتخذت في هذا الاجتماع على أنه :
" ... يسرنا إعلامكم أن مجلس الإدارة قد عقد اجتماعه يوم الأربعاء الموافق 16 شباط 2011 ، ونورد لكم أهم القرارات التي اتخذت في الاجتماع : 1- تم اعتماد مسودة البيانات المالية كما في 31 كانون أول 2010 ، والموافقة على إصدارها بشكل نهائي .
2- التوصية إلى الجمعية العامة بالموافقة على توزيع أسهم مجانية لزيادة رأس المال المدفوع إلى عشرة ملايين سهم / دولار تمسباً مع المتطلبات القانون لتغطية رأس المال المصرح به ، وذلك من الأرباح المدورة والاحتياطي الاختياري . 3- الدعوة إلى اجتماع الجمعية العامة العادية يوم الأحد الموافق 27 آذار 2011 . 4- الدعوة إلى اجتماع الجمعية العامة غير العادية يوم الأحد الموافق 27 آذار 2011 للموافقة على زيادة رأس المال المدفوع "

شركة ترست العالمية للتأمين (2011) : كتاب مدير عام الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن قرارات اجتماع مجلس الإدارة الذي عقد بتاريخ 16 شباط 2011 ، تحت إشارة رقم 11 - 021 - AN ، بتاريخ 20 / 2 / 2011 . شركة ترست العالمية للتأمين ، رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :
(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Board-Meeting-Decisions-TRUST-20022011.pdf> , 02.04.2013)

فعلى صعيد الزمرة الأولى ، فإنها تقوم على وجود متعامل قد أجرى عملاً قانونياً ، كالبيع أو الشراء على ورقة المالية ما ، بناءً على معلومات مادية تم تحريفها ، وفي ظل هذه الزمرة ، فإن اتفاق التحكيم اللاحق على نشأة النزاع ما بين المتعامل المتضرر والقائم بالتحريف لا يثير أية إشكالية ، فيكون للمتعامل أن يبرم مع القائم بالتحريف اتفاق تحكيم لاحق لحل المنازعات التي نشأت عن الأضرار المدنية التي لحقت به جراء هذا التحريف³³⁴ .

وأما بالنسبة لاتفاق التحكيم السابق على نشأة النزاع ، وبالأخص شرط التحكيم إذا ورد في عقد الشركة المصدرة ، فإنه يثير جملة من الإشكاليات في تطبيق هذا الشرط على منازعات تحريف المعلومات المادية ، وهذا ما يتضح من خلال التطرق للحالات الفرعية التي يثيرها تطبيق مثل هذا الشرط .

وأول حالة فرعية لتطبيق اتفاق التحكيم السابق ، والمتمثل في شرط التحكيم الذي يرد في عقد الشركة المصدرة ، تتجسد في مدى انسحابه ليغطي منازعات تحريف المعلومات المادية التي يكون كلا أطرافها مالكاً لورقة مالية لذات الشركة المصدرة ، فيكون في ظل هذه الحالة شخص يملك إحدى أدوات الدين ، مثل : أسناد القرض ، أو أدوات الملكية كالأسهم التي تصدرها الشركة ، وقد اتخذ قراره بالتداول بناءً على معلومات مادية قام بتحريفها مالك لإحدى أدوات الدين ، أو أدوات الملكية لذات الشركة المصدرة .

وفي ظل هذه الحالة الفرعية فإنه يجب إحداث المفارقة ما بين مالكي أدوات الملكية ومالكي أدوات المديونية ، فإذا كانت الصورة النمطية تذهب إلى أن شرط التحكيم الوارد في عقد الشركاء ينصرف إلى الأشخاص الذين أصبحوا شركاء في هذه الشركة ، فإنه من الاستحالة بمكان انسحابه على الشخص الذي يصبح دائماً للشركة ، فعقد الشركة الذي يحتوي شرط تحكيم يتم إبرامه مع الشركاء ، وتنصرف آثاره إلى أشخاصهم ، وفي الصدد الذي تم الاتفاق على التحكيم فيه ، وبإسقاط ذلك على الشخص الذي يملك إحدى أدوات المديونية كأسناد القرض يتبين أنه ليس طرفاً في عقد الشركة ، ولا في شرط التحكيم الذي ورد في هذا العقد ، وانطلاقاً من ذلك لا يسري شرط التحكيم على منازعات تحريف المعلومات المادية التي يكون أحد أطرافها مالكاً لإحدى أدوات الدين مثل أسناد القرض .

³³⁴ جدير بالذكر أن جوازية اتفاق التحكيم اللاحق تنسحب على الشخص القائم بالتحريف بغض النظر عن توافر علاقة تربطه بمصدر الورقة المالية ، فاتفاق التحكيم اللاحق من الممكن تطبيقه في منازعات تحريف المعلومات المادية التي يكون في ظلها القائم بالتحريف أحد المساهمين أو مالكي أسناد القرض ، وأيضاً من الممكن تطبيقه إذا كان القائم بالتحريف إدارة الشركة أو أي من الأشخاص المهنيين المرتبطين معها ، وينسحب ذلك أيضاً إذا كان القائم بالتحريف لا يرتبط بأي علاقة مع مصدر الورقة المالية مثل الشركات المصدرة الأخرى وشركات الأوراق المالية ، وأيضاً ينسحب على الأشخاص الطبيعيين الذين لا تتوافر أي صلة بينهم وبين الشركة المصدرة ، وهذا ما يتحقق بشكل جلي بالنسبة لمصدري ومروجي الإشاعات .

وبمفهوم المخالفة ، فإن شرط التحكيم من الممكن امتداده لمنازعات تحريف المعلومات التي يكون كلا طرفيها مالكاً لأدوات الملكية كألسهم ، ولكن ذلك قد يثير إشكالية تتجسد في حالة المساهم الذي باع الأسهم التي يمتلكها بناءً على المعلومات المحرفة ، وهذا ما يؤدي إلى طرح سؤال مفاده : هل شرط التحكيم الذي ورد في عقد الشركة يبقى أثره قائماً بالنسبة للمساهم الذي باع أسهمه ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل ، والنظر له نظرة المتعمق لا تخلو من فرضين ، يذهب الفرض الأول إلى أن شرط التحكيم يبقى قائماً بالنسبة للشركاء - المنتظمين في مالكي الأسهم - ، ولكن المساهم الذي باع أسهمه نتيجة معلومات محرفة ، فإنه يبيعه هذه الأسهم أصبح خارج الشركة ، ومن ثم لا يسري شرط التحكيم في حقه ، وبذلك فإنه لا مناص إلا باللجوء إلى اتفاق تحكيم لاحق على نشأة نزاع يتمثل في مشاركة التحكيم .

أما الفرض الثاني ، فإنه يتمثل في أن شرط التحكيم ، وبالأخص الشرط العام الذي لا يحدد منازعات بعينها ، ينصرف إلى كافة المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، فعملية بيع الأسهم بناءً على معلومات محرفة تعتبر منازعة قانونية ، فهي منازعة ناشئة عن هذا العقد ، ومن ثم فإن شرط التحكيم يبقى قائماً ما بين المساهم الذي باع أسهمه ، والمساهم الذي قام بتحريف المعلومات .

وحتى لا يتسم تناولنا لهذين الفرضين بالفلسفة التي لا تحقق نتيجة قانونية سليمة ، فإننا نرجح الفرض الثاني ، وذلك لأن إيراد شرط التحكيم الذي لا يحدد منازعات بعينها ، يجعل من كافة المنازعات المدنية الناشئة عن عقد الشركة هي منازعات تحكيمية ، وبذلك فإن عملية بيع الأسهم هو عمل قانوني ، نشأ في رحاب عقد الشركة التي انتمى إليه البائع من خلال الأسهم التي كان يملكها في الشركة المصدرة .

أما الحالة الفرعية الثانية لتطبيق شرط التحكيم في منازعات تحريف المعلومات المادية ، فنتحقق في مدى امتداد هذا الشرط ، ليغطي منازعات تحريف المعلومات المادية التي يكون في ظلها القائم بالتحريف هو رئيس أو أحد أعضاء مجلس الإدارة ، وتحليل هذه الحالة ينبأ بوجود صورتين لتطبيق شرط التحكيم ، يستند الأول على أن رئيس مجلس الإدارة وأعضاءه ونظراً لأنهم يعتبرون مساهمين في الشركة ، وجرى انتخابهم من قبل الهيئة العامة للشركة فإن تطبيق شرط التحكيم يكون هو ذات التطبيق السابق الذي تناولناه في الحالة السابقة .

ولكن الصورة الثانية لتطبيق شرط التحكيم في هذه الحالة الفرعية ، تتمثل في إمكانية جمهور المساهمين في الشركة الاعتراف بشرط التحكيم الوارد في عقد الشركة ، وذلك من منطلق اعتبار تحريف المعلومات يعتبر إخلالاً بالالتزامات الملقاة على عاتق إدارة الشركة .

وتختلف هذه الحالة عن الحالة السابقة في أن جمهور المساهمين في ظلها يعتبرون متضررين بطريقة غير مباشرة من جراء قيام رئيس مجلس إدارة الشركة أو أحد أعضائه بتحريف المعلومات المادية ، وذلك من اعتبار أن هذا الأمر وبموجب المادة (128 / 1) من قانون الشركات الأردني رقم (12) لسنة 1964 الساري المفعول في الضفة الغربية يمثل مخالفة للقوانين والأنظمة ، تستوجب المسؤولية المدنية اتجاه جمهور المستثمرين في الشركة ³³⁵ .

وإذا تم النظر بشكل أولي لهذا الفرض ، فإن ذلك يقودنا إلى أن أي مساهم في الشركة التي أوردت شرط تحكيم في عقدها ، أن يستند لهذا الشرط في أن يختصم رئيس مجلس إدارة هذه الشركة أو أحد أعضائه تحكيمياً جراء تحريف المعلومات . ولكن النظر بتعمق أكثر في مواد قانون الشركات السالف الذكر ، يتبين أن المادة (130) منه قد رسمت القيود التي ترد على هذا الفرض ، وذلك بأن أعطت الحق في ذلك إلى الشركة ، وإذا لم تمارسه فإنه لكل مساهم أن يدعي بالنيابة عنها بقدر مصلحته في الشركة ³³⁶ .

وفي ظل ذلك ، فإن شرط التحكيم الوارد في عقد الشركة يبقى قائماً ، ويكون للشركة وحدها وليس للمساهمين - ابتداءً - اختصاص رئيس مجلس إدارتها وأعضائه تحكيمياً عن تحريف المعلومات المادية باعتبارها مخالفة ارتكبوها ضد القوانين والأنظمة ، ولكن في حالة عدم الاختصاص من قبل الشركة ، فإنه يكون لأي مساهم أن يختصم رئيس مجلس إدارة الشركة وأعضائه تحكيمياً ، ولكن بقدر المصلحة التي تجسدها مساهمته في الشركة .

أما الحالة الفرعية الثالثة ، فإنها تتمثل في تطبيق شرط التحكيم بالنسبة للمنازعات التي يكون القائم بتحريف المعلومات هو أحد الأشخاص الذين ترتبط الشركة بهم ارتباطاً مهنيّاً أو وظيفياً ، مثل : مدير الشركة ، والموظفين فيها ، ومدقق الحسابات ، فإنه يجب الإشارة إلى أن هؤلاء الأشخاص لا يعتبرون شركاء في الشركة ، ومن ثم لا يسري في حقهم شرط التحكيم الذي يرد في عقد الشركة . ولكن إذا احتوى العقد الذي ارتبطت بموجبه الشركة مع هؤلاء الأشخاص شرط تحكيم ، فإن هذا الشرط يسري عليهم ، ولكن بمعزل عن شرط التحكيم الذي ورد في عقد الشركة .

وأخيراً ، فإن الزمرة الثانية من تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات تحريف المعلومات المادية ، ترتبط بالاتفاق على التحكيم ما بين الشركة المصدرة التي جرى تحريف المعلومات المادية التي

³³⁵ نصت المادة (128 / 1) من قانون الشركات الأردني رقم (12) لسنة 1964 الساري المفعول في الضفة الغربية على أنه :
" رئيس وأعضاء مجلس الإدارة مسئولون عن كل مخالفة ارتكبوها ضد القوانين والأنظمة والتعليمات العامة أو ضد نظام الشركة " .

³³⁶ نصت المادة (130) من قانون الشركات الأردني رقم (12) لسنة 1964 الساري المفعول في الضفة الغربية على أنه :
" إن حق إقامة الدعوى بمقتضى المادتين السابقتين يعود للشركة . وإذا لم تمارس هذا الحق فلكل مساهم أن يدعي بالنيابة عنها بقدر المصلحة التي تكون له في الشركة " .

تتعلق بها والشخص القائم بالتحريف . وتختلف هذه الزمرة عن الزمرة السابقة في أن الشركة المصدرة هي بذاتها التي تكون متضررة من التحريف الذي وقع على المعلومات المادية ، حيث إن تحريف المعلومات المادية ينشئ العديد من الأضرار في حق هذه الشركة ، بل قد يترتب على ذلك أن تمنى الشركة بخسائر فادحة ، نتيجة بيع مالكي أوراقها المالية بناء على هذا التحريف .

وتطبيق اتفاق التحكيم في ظل هذه الزمرة لا يختلف كثيراً عن تطبيقه في الزمرة السابقة ، فبالنسبة لاتفاق التحكيم اللاحق على نشأة النزاع ، فإنه لا يشير إشكاليات قانونية تذكر ، فيكون للشركة أن تتفق بشكل لاحق على وقوع تحريف المعلومات مع القائم بالتحريف على اختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعهم . وأيضاً ينسحب عدم الاختلاف على شرط التحكيم ، متى ورد في عقد الشركة ، مع الأخذ بعين الاعتبار المفارقة التي أحدثتها ما بين مالكي أدوات دين وأدوات الملكية ، بالإضافة إلى عدم سريانه في حق الأشخاص الذين يرتبطون مع الشركة بارتباطات مهنية أو وظيفية .

الفرع الثاني : منازعات تداول المطلعين على المعلومات المادية الداخلية

يرتبط الإفصاح عن المعلومات المادية ارتباطاً وثيقاً بكفاءة سوق الأوراق المالية (Market Efficiency) ، فكلما كان السوق سريعاً باستجابته للمعلومات المادية كان سوقاً كفوفاً ، حيث إن نظرية كفاءة سوق الأوراق المالية تقضي بأن السوق يكون كفوفاً حينما يعكس التعامل فيه المعلومات المتاحة والمفصح عنها³³⁷ .

وفي ظل نظرية كفاءة السوق ، فإنه يسيطر على المعلومات المادية مبدأ الإفصاح الدوري والمستمر ، حيث إن احتكار هذه المعلومات وعدم الإفصاح عنها يؤثران بلا أدنى شك على قرارات التداول في سوق الأوراق المالية ، فإذا ما وردت المعلومات المادية فإنه يجب الإفصاح ، ولكن قبل فترة الإفصاح عن المعلومات المادية تكون هذه المعلومات منحصرة ما بين يدي فئة قليلة من المتعاملين ، وفي ظل هذه الفترة تعتبر المعلومات المادية معلومات سرية غير مفصح عنها .

وترتبط سرية المعلومات في سوق الأوراق المالية ارتباطاً وثيقاً بالإفصاح ، وعلى الرغم من أن الصورة النمطية تجعل من هذين الأمرين على النقيض فيما بينهما ، إلا أنه إذا ما نظرنا بشكل معمق أكثر لتبين وضوح هذه العلاقة . فالأصل هو الإفصاح والاستثناء هو سرية المعلومات ، ولكن نظراً لأن المعلومات المادية وبالأخص المعلومات التي تلتزم الشركة المدرجة بالإفصاح عنها في مواعيد معينة ، مثل التقرير السنوي والذي يحتاج لفترة معينة حتى يتم تحضيره من أجل الإفصاح عنه ، فإن المعلومات في مرحلة التحضير هذه تكون سرية لا يعلم بها جمهور المتعاملين،

³³⁷ Steinberg , Marc (1984) : Securities Regulation - Liabilities And Remedies - , First Edition . American Lawyer Media - ALM - , New York - USA , Page 84 .

وفي ظل هذه الفترة فإنه قد يقدم بعض الأشخاص المطلعين على هذه المعلومات قبل الجمهور باتخاذ قرار بالتداول بناء على هذه المعلومات التي لم يتم الإفصاح عنها ، ويقتنص فرصة عدم الإفصاح من أجل اتخاذ قرار بالتداول بناء على هذه المعلومة ، الأمر الذي يجعله في موقع أفضل من نظرائه المتعاملين الذين لم يطلعوا على هذه المعلومات ، وهذا ما يتحقق في سلوك تداول المطلعين³³⁸ .

ويُعرّف تداول المطلعين (Insider Trading) بأنه ذلك التداول في سوق الأوراق المالية الذي يتم من قبل الأشخاص الذين في حوزتهم معلومات مادية سرية وغير عامة ، والتي من شأنها أن تكون هامة لباقي المتعاملين في اتخاذ قرارهم بالتداول ، من خلال شراء أو بيع ورقة مالية ما³³⁹ .

ونتيجة للآثار الضارة التي ترافق تداول المطلعين ، من انتهاك لكفاءة السوق ومبدأ المساواة في الحصول على المعلومات المادية ما بين المتعاملين في السوق ، فضلاً عن مخالفته لقواعد الإفصاح، فإن المشرع الفلسطيني وبموجب المادة (89) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 قد حظر هذا التداول³⁴⁰ .

وحتى نستطيع الإحاطة بمنازعات تداول المطلعين ، فإن ذلك يتطلب الخوض في مقومات هذا التداول ، وذلك بإيضاح المرتكزات التي يستند عليها تداول المطلعين (أولاً) ، وبعد ذلك نتطرق لصور تداول المطلعين ، وذلك من خلال تبين الأساليب التي يتم بها مثل هذا التداول (ثانياً) ،

³³⁸ Macey , Jonathan (1991) : Insider Trading - Economics , Politics , And Policy - . American Enterprise Institute For Public Policy Research , Washington , D. C - USA , Page 21 .

على الرغم من أن تداول المطلعين يؤدي إلى أن يعكس التعامل في السوق المعلومات التي تم الكشف عنها بطريق غير مباشر من خلال الأشخاص المطلعين ، إلا ذلك لا يندرج تحت نظرية السوق الكفاء ، بل هذا السلوك من أكثر السلوكيات انتهاكاً لهذه النظرية ، حيث أن كفاءة السوق تقتض أن يتساوى كافة المتعاملين في الحصول على المعلومات المادية ، وفي ظل تداول المطلعين فإن هذه المعلومات غير متاحة لجمهور المتعاملين ، بل إنها متوفرة فقط لبعض المتعاملين ، وهذا ما يؤدي إلى عدم تماثل المعلومات المادية لكافة المتعاملين ، وهذا ما يؤدي إلى تقيض كفاءة سوق الأوراق المالية .

Poe , Jerry . Gallinger , George (1995) : Essentials Of Finance - An Integrated Approach - . Prentice Hall , New Jersey - USA , Page 21 .

وجدير بالذكر أن تداول المطلعين يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمنازعات الإفصاح عن المعلومات المادية ، وأكثر هذه المنازعات التي يرتبط بها هي منازعات التحريف الزمني للمعلومات المادية ، فقد يعمد الشخص المزم بالإفصاح عن المعلومات المادية بتأخير إفصاحه حتى يسمح لنفسه أو لغيره بالقيام بإجراء التداول بناء على هذه المعلومات ، والتي في ظل فترة التأخر في الإفصاح قد تخلفت لباقي المتعاملين فيكون في موقف متميز وأفضل من غيره .

³³⁹ Jr , Charles E. Rounds . III , Charles E. Rounds (2013) : Loring And Rounds - A Trustee's Handbook - . Wolters Kluwer Law And Business , New York - USA , Page 754 .

³⁴⁰ نصت المادة (89) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 على أنه :
" 1- لا يجوز لأي مطلع ، أثناء حيازته لمعلومات غير منشورة أو يشترى أو يبيع بشكل مباشر أو غير مباشر ، لحسابه أو لحساب غيره ، أوراقاً مالية خاصة بأي مصدر ذي علاقة بهذه المعلومات ، ولا يعتبر أن المطلع قد خالف هذه المادة : أ- إذا بين أن المعلومات ليست معلومات بحاجة لنشر . ب- إذا كان الطرف الآخر للصفقة مدركاً فعلاً للمعلومات . 2- منذ اللحظة التي يبرز فيها موضوع يتطلب النشر من قبل مصدر بموجب هذا القانون ، وحتى وقت الإفصاح وفقاً لأنظمتها ، يمنع الأشخاص التالون والمدركون للموضوع من التعامل مباشرة أو غير مباشرة بالأوراق المالية للمصدر ومشاركه : أ- المصدر . ب- أي شركات تابعة للمصدر . ج- أي مساهم مسيطر أو عضو مجلس إدارة أو مدير أو مسئول أو موظف مطلع أو وكيل مطلع أو أي شخص مطلع يقوم بالتعامل مع المصدر أو مع أي شركة تابعة للمصدر أو موظفي السوق والهيئة . 3- يجوز للهيئة أن تحدد بموجب تعليمات الشركات التابعة والمساهم المسيطر لأغراض هذه المادة " .

وبعد أن ننتهي من ذلك ، نوضح كيفية الاتفاق على التحكيم في منازعات تداول المطلعين التي ترتب أضراراً مدنية في سوق الأوراق المالية .

أولاً : مرتكزات تداول المطلعين

لما كان تداول المطلعين ينصرف إلى اتخاذ المطلع ، الذي دخلت في حيازته معلومات مادية داخلية تتعلق بأوراق مالية ، أو مصدر ما قراره بالتداول بناء على تلك المعلومات³⁴¹ ، فإنه بذلك لا نكون أمام تداول المطلعين إلا بوجود مرتكزين رئيسيين ، الأول يتعلق بالمعلومات التي تم اتخاذ القرار بالتداول بناء عليها ، أما المرتكز الثاني فإنه يتجسد في المطلع ، وهو ذلك الشخص الذي دخلت في حيازته هذه المعلومات .

فعلى صعيد المعلومات محل تداول المطلعين ، فإن الأساس الذي يقوم عليه تداول المطلعين هو اقتناص فرصة عدم الإفصاح أو تأخره عن المعلومات المادية ، من أجل القيام بالتداول بناء على هذه المعلومات على نحو يجعل من المتداول في مركز أفضل من غيره . فالمعلومات محل تداول المطلعين تكون معلومات غير مفصح عنها ، يترتب إذا تم استخدامها لأغراض تحقيق الربح ، التأثير على القيمة السوقية للورقة المالية³⁴² ، وذلك من خلال التأثير على قرارات التداول ، مما يؤدي في النهاية إلى التأثير على اتجاهات التعامل في سوق الأوراق المالية .

وبناءً على ذلك ، فإن المعلومة محل تداول المطلعين يتوجب أن تكون معلومة سرية غير مفصح عنها ، وأنها معلومة دقيقة وصحيحة ، من شأنها التأثير على التعامل في سوق الأوراق المالية ، فضلاً عن تعلقها بأوراق مالية أو مصدر الأوراق المالية³⁴³ . ولكن إذا ما نظرنا لهذه الخصائص فإنه يتبين أن خصائص الصحة والدقة والتأثير على التعامل في سوق الأوراق المالية ، والتعلق بالأوراق المالية أو مصدر تلك الأوراق هي جميعها خصائص للمعلومات المادية ، الأمر الذي يقودنا إلى أن خصائص المعلومات محل تداول المطلعين هي خاصيتان رئيسيتان ، الأولى هي الخاصية المادية ، والثانية هي خاصية الداخلية ، المتمثلة في عدم الإفصاح عنها لجمهور

³⁴¹ Blitz , Dennis (2008) : Save Smart , Earn More - The New Rules For Retirement Investing - . Adams Business - Adams Media - , Massachusetts - USA , Page 81 .

³⁴² آل شبيب ، دريد . جبوري ، عبد الرحمن (2005) : أهمية تطوير هيئة الرقابة على الأوراق المالية لرفع كفاءة السوق المالي - حالة شركة وورلد كم الأمريكية - . في : المؤتمر العلمي السنوي الرابع حول الريادة والإبداع بعنوان (استراتيجيات الأعمال في مواجهة تحديات العولمة) ، 15 - 16 مارس 2005 ، جامعة فيلادلفيا ، عمان - الأردن ، ص 9 .

³⁴³ لصاصمة ، عبد العزيز . عوفي ، بدر (2009) : مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن التجارة المضللة والخاطئة - دراسة مقارنة - . مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 25 ، العدد الأول ، جامعة دمشق ، دمشق - سوريا ، ص 361 - 362 . وأيضاً :

Kaptan , S.S (2001) : Investment Management , First Edition . Sarup And Sons , New Delhi - India , Page 171

المتعاملين، ولذلك فإن المعلومات محل تداول المطلعين هي تلك المعلومات المادية غير المتوفرة للعامّة³⁴⁴ .

ولقد عرف المشرع الفلسطيني المعلومة الداخلية (Inside Information) في المادة (2) من قانون الأوراق المالية (12) لسنة 2004 بأنها :

" المعلومات الخاصة بالمصدر أو أوراقه المالية التي لم تنشر بعد "345 .

وبتحليل هذا التعريف فإن المعلومة الداخلية حتى تكتسب هذه الصفة ، فإنه يجب أن يتوافر فيها شرطان ، الأول : عدم الإفصاح المتجسد في انتفاء النشر ، أما الثاني : فإنه يتمثل في التعلق بالمصدر أو أوراقه المالية³⁴⁶ .

ومما يتوجب الإشارة إليه ، أن المعلومات الداخلية يهيمن عليها نظرية الإفصاح أو الامتناع (Abstain or Disclose) ، وتفرض هذه النظرية على الشخص الذي دخلت في حيازته المعلومات الداخلية واجباً يتعلق بشقين ، فإما أن يفصح عن هذه المعلومات بحسب قنوات الإفصاح المحددة ، وبعد ذلك إذا ما تم التداول فإنه لا يتصف بتداول المطلعين ، أو أن يمتنع عن التداول بناءً على هذه المعلومات ، إلى حين أن يتم الإفصاح عنها بحسب قنوات الإفصاح المحددة ، فيكون عليه واجب الانتظار حتى يتم الإفصاح³⁴⁷ ، وبعد الإفصاح يتساوى مع غيره من المتعاملين في سوق الأوراق المالية³⁴⁸ .

³⁴⁴ Liaw , K. (2012) : The Business Of Investment Banking - A comprehensive Overview - , Third Edition . John Wiley And Sons , New Jersey - USA , Page 306 .

³⁴⁵ نظراً لأننا تناولنا تداول المطلعين تحت موضوع منازعات الإفصاح عن المعلومات المادية وتطرقنا لها في بداية هذا الفرع ، فإنه وبخصوص المعلومات المادية وخصائصها نحيلها إلى ما تناولناه سابقاً ، ونحصر بحثنا هنا بالمعلومات الداخلية .
³⁴⁶ على صعيد الشرط الأول ، فإذا نظرنا إليه من منطلق العلة التي تدور مع منع المطلعين من التداول على المعلومات محل تداول المطلعين، يتبين أن الهدف الذي يتلمسه هذا المنع هو تحقيق العدالة ما بين جميع المتعاملين في السوق ، وتوفير المعلومات لكافة المتعاملين ، وذلك لأن هؤلاء المطلعين أسبق من غيرهم في الإطلاع على المعلومات مما يجعل من فرضية تحقيق الأرباح غير الاعتيادية هو حقيقة بالنسبة لتداولاتهم ، ونتيجة لذلك يتوجب حتى تكون المعلومة محلاً لتداول المطلعين أن تكون معلومة داخلية لم يتم نشرها ، فتبقى المعلومة في داخل الكيان الذي حدثت فيه .

طاقم برنامج التوعية الاستثمارية في سوق فلسطين للأوراق المالية (2008) : أسئلة متكررة وإجاباتها . برنامج التوعية الاستثمارية، سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين ، ص 33 .

أما بالنسبة للشرط الثاني ، فإنه يجسد العلاقة ما بين داخلية المعلومة وماديتها ، حيث أن المعلومات الداخلية إذا تم الإفصاح عنها فإنها ستؤدي إلى التأثير على التعامل في سوق الأوراق المالية ، وهذا التأثير قد يأتي نتيجة تعلق هذه المعلومة بمصدر ما أو أوراقه المالية . فمثلاً المفاوضات التي يجريها المصدر حول عقد امتياز لإدارة مرفق عام سيحظى به فإنها معلومة خاصة بالمصدر ، وأيضاً إذا كانت الإدارة تحقق مع المدير العام للمصدر بشأن مخالفة إدارية ارتكبتها وعلى أثرها سيتم فصله فهذه المعلومة خاصة بالمصدر ، كما أنه أيضاً إذا كان المصدر بنوي الاتفاق مع شركة معينة على الاندماج فيما بينهما فإن هذه المعلومة متعلقة بالأوراق المالية الخاصة بالمصدر ، وأيضاً إذا كان المصدر بنوي توزيع أرباح على مساهميه فهي معلومة خاصة بالأوراق المالية التي يصدرها المصدر ، ومثل هذه المعلومات إذا تم الإفصاح عنها فإن ذلك سيؤدي إلى التأثير على المصدر وأوراقه المالية في آن واحد .

³⁴⁷ Naftalis , Gary (1995) : Insider Trading - An Overview - . In : Atkins , Richard (Editor) , The Alleged Transnational Criminal - The Second Biennial International Criminal Law Seminar - , Martinus Nijhoff Publishers , Hague - Netherland , Page 254 .

³⁴⁸ في ظل هذه النظرية ، فإنه يجب الإشارة أن تطبيق الشق الأول يكون منصرفاً إلى الأشخاص الملزمين بالإفصاح عن المعلومات الداخلية، ومثل هؤلاء الأشخاص قد فرضت عليهم القواعد الناظمة للإفصاح أن يقوموا على الفور بالكشف عن هذه المعلومات ، وأما الأشخاص غير

وإذ ما أرسينا فيما سبق المرتكز الأول لتداول المطلعين المستند على المعلومات ، فإن المرتكز الثاني يتمثل في شخص المطلع الذي دخلت في حيازته المعلومات الداخلية المادية . ولقد عرف قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 المطلع في المادة الثانية منه بأنه :

" الشخص الذي يطلع على المعلومات الداخلية بحكم منصبه أو وظيفته أو ملكيته أو علاقته بشكل مباشر أو غير مباشر بمن يحوز المعلومات " .

وفي إطار هذا التعريف ، فإنه من الممكن اتخاذ معيار قانونية الإطلاع على المعلومات الداخلية الجوهرية كأساس لتصنيف المطلعين ، وفي ظل هذا المعيار نكون أمام صنفين رئيسيين من المطلعين : الأول يتعلق بالأشخاص الذي يطلعون على المعلومات الداخلية الجوهرية بطريقة قانونية ، سواء أكان ذلك من خلال مناصبهم أو وظائفهم أو ملكياتهم ، أما الصنف الثاني ، فإنه يتجسد في الأشخاص الذي يتصلون بالمعلومات الداخلية المادية بطريقة غير قانونية ، حيث لا يكون هناك حق لهم بالإطلاع على هذه المعلومات ، مثل قيام الشخص الذي اطلع بصورة قانونية على المعلومات المادية الداخلية بتسريبها لشخص آخر يحظر عليه هذا الإطلاع³⁴⁹ .

ثانياً : أساليب تداول المطلعين

يتمثل سلوك تداول المطلعين بأن يقوم الشخص الذي دخلت في حيازته المعلومات الداخلية والمادية باتخاذ قراره بالتداول بناءً على هذه المعلومات ، وعلى الرغم من أن السلوك في نهايته ينصرف إلى التداول بناءً على هذه المعلومات ، إلا أنه إذا ما قارنا الشخص الذي اطلع على المعلومات المادية الداخلية والشخص الذي قد قام بالتداول بناءً على هذه المعلومات ، فإن ذلك يؤدي إلى أن يتخذ تداول المطلعين أسلوبين رئيسيين ، فقد يتخذ هذا التداول أسلوباً بسيطاً حينما يكون الشخص الذي اطلع على المعلومات المادية الداخلية هو نفسه الشخص الذي تداول بناءً عليها ، كما قد يتخذ تداول المطلعين أسلوباً مركباً ، حينما يكون هناك شخصاً فاصلاً ما بين المعلومات المادية الداخلية والشخص الذي أصدر قرار التداول بناءً على المعلومات التي دخلت في حيازته .

الملزمين بالإفصاح عن المعلومات المادية فإنه يطبق عليهم الشق الثاني من النظرية ، نظراً لعدم وجود التزام قانوني بالإفصاح عن هذه المعلومات .

³⁴⁹ في إطار الصنف الأول يملك الشخص الصلاحية القانونية بالإطلاع على المعلومات الداخلية المادية ، فيتصل هذا الشخص اتصالاً مباشراً بهذه المعلومات بطريقة مباشرة وقانونية ، وذلك بحكم منصبه مثل رئيس هيئة سوق رأس المال ، أو بحكم وظيفته مثل المدير العام في الشركة المصدرة للأوراق المالية أو مدقق الحسابات ، أو بحكم ملكيته ، مثل أعضاء مجلس الإدارة والمساهم الاستراتيجي ، فمثل هؤلاء الأشخاص قد اتصلوا بطريقة مباشرة بالمعلومات المادية الداخلية ، نظراً لأن الوظيفة أو المنصب أو الملكية هي التي تسمح لهم بالإطلاع على هذه المعلومات ، ولذلك فإن إطلاعهم على هذه المعلومات يكون اطلاعاً قانونياً .

أما في ظل الصنف الثاني ، فإن الشخص قد اطلع على المعلومات الداخلية المادية على نحو لا يسمح له القانون بالإطلاع عليها ، وينقسم هذا الصنف إلى طائفتين فرعيتين ، الأولى تتعلق بالشخص الذي يطلع على المعلومات من غير أن يسرب شخص مطلع قانوني إليه هذه المعلومات ، أما الطائفة الفرعية الثانية ، فإنها تتأى نتيجة قيام الشخص الذي اطلع بصورة قانونية على المعلومات المادية الداخلية بتسريبها لشخص آخر يحظر عليه هذا الإطلاع . ونظراً لارتباط هاتين الطائفتين بصور تداول المطلعين ، فإننا سنخوض فيهما في معرض تناولنا لأساليب هذا التداول .

فعلى صعيد الأسلوب البسيط ، يقوم المطلع الذي دخلت في حيازته المعلومة المادية الداخلية ، باتخاذ قراره بالتداول عن طريق إصدار أمر البيع أو الشراء على الورقة المالية التي اتصلت بالمعلومات الداخلية المادية ، في الوقت الذي يكون هذا الشخص قد اتصل بهذه المعلومات بشكل مباشر ، وما يميز هذا الأسلوب أن الشخص الذي اطلع على المعلومات والشخص الذي قام بالتداول بناءً على هذه المعلومات هو شخصٌ واحدٌ ، فلا يكون في ظل هذا الأسلوب فاصل شخصي ما بين المعلومة وما بين التداول بناءً عليها ، فالمعلومات دخلت في حيازة الشخص الذي قام بالتداول بشكل مباشر ، دون أن يقوم شخص آخر بتسريب هذه المعلومات إليه³⁵⁰ .

وقد احتضن سوق فلسطين للأوراق المالية حالة عملية لتداول المطلعين في أسلوبه البسيط ، وتجسدت هذه الحالة حينما قام السيد " جمال نايف براهيمة " رئيس مجلس إدارة " الشركة العالمية المتحدة للتأمين " بتاريخ 8 / 2 / 2012 بشراء ما مجموعه (4.100) سهم من أسهم الشركة خلال فترة تعليق ومنع تداول رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة والأشخاص المطلعين والممتدة خلال عشرة أيام العمل التي تسبق ، أو تلي اجتماع مجلس إدارة الشركة³⁵¹ .

وباستحضار العناصر الرئيسية التي يقوم عليها تداول المطلعين ، والمتمثلة في وجود المعلومة المادية الداخلية والمطلع والقيام بالتداول ، وإسقاط هذه المعلومات على هذه الحالة يتبين أنها تتدرج بشكل واضح تحت مضمار تداول المطلعين .

فعلى صعيد المعلومة محل تداول المطلعين ، فإنه في شقها المتعلق بماديتها ، فإنها قد تجسدت في توزيع أسهم مجانية على المساهمين في " الشركة العالمية المتحدة للتأمين " ، فقد عقد مجلس إدارة الشركة جلسته الأولى للعام 2012 صباح يوم الأربعاء الموافق 15 / 2 / 2012 ، وتم اتخاذ قرار برفع توصية للهيئة العامة لتوزيع أسهم مجانية للمساهمين بنسبة (10%) من رأسمال الشركة البالغ (5.000.000) دولار أمريكي³⁵² . وعلى الرغم من أن هذه توصية من مجلس إدارة

³⁵⁰ في ظل الأسلوب البسيط ، قد يكون الشخص الذي اتخذ قرار التداول قد اتخذته باسمه ولحسابه ، وهذه الصورة المعتادة ، ولعل أبرز مثال على ذلك أن يتخذ عضو مجلس الإدارة قرار التداول بناءً على معلومات مادية داخلية باسمه ولحسابه الخاص ، كما قد يكون الشخص الذي اتخذ قرار التداول ممثلاً قانونياً عن شخصاً آخر كما هو الحال في الوصي الذي يتخذ قرار التداول لحساب الشخص الذي يتولاه ، وأيضاً قد يقوم ممثل الشخص الاعتباري الذي دخلت في حيازته المعلومة الداخلية المادية بالتداول باسم الشخص المعنوي ولحسابه .
³⁵¹ هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة رئيس مجلس إدارة الشركة العالمية للتأمين لتعميم الهيئة بشأن شفافية تداول الأوراق المالية ، تحت إشارة رقم 2012 / DG86 / GMA ، بتاريخ 12 / 3 / 2012 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا القرار عبر الرابط التالي :

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/securities2.pdf , 30.03.2013)

³⁵² الشركة العالمية المتحدة للتأمين (2012) : كتاب رئيس مجلس إدارة الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن محتويات قرارات مجلس الإدارة في جلسته المعقودة بتاريخ 15 / 2 / 2012 ، تحت إشارة رقم 2012 / 005 / GM ، بتاريخ 15 / 2 / 2012 . الشركة العالمية المتحدة للتأمين ، رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Board-Meeting-Decisions-GUI-15022012.pdf> ,

30.03.2013)

الشركة إلا أن الهيئة العامة غير العادية للشركة في اجتماعها المعقود بتاريخ 22 / 3 / 2012 قد وافقت على زيادة رأسمال الشركة المدفوع من (5.000.000) دولار أمريكي إلى (5.500.000) دولار أمريكي ، عن طريق توزيع نصف مليون سهم مجاني على المساهمين بقيمة اسمية للسهم الواحد دولار أمريكي واحد ، وذلك بنسبة (10 %) من رأسمال الشركة ³⁵³ .

وعليه فإن توزيع الأرباح يعتبر معلومة مادية نظراً لما يحدث إفصاح هذه المعلومة من تأثير على جمهور المتعاملين ، فيقدم المستثمرون المحتملون على اتخاذ قرارهم الاستثماري بشراء أسهم هذه الشركة ، حتى يستفيدوا من الأرباح التي سيتم توزيعها عليهم ، بعد أن يصبحوا مساهمين فيها ، كما قد يؤثر إفصاح هذه المعلومة على قرار المساهمين السابقين في الشركة ، فيعمدون لشراء جملة من هذه الأسهم ، أو بأقله يحتفظون بهذه الأسهم حتى يستفيدوا من الأرباح التي سيتم توزيعها .

أما في شق داخلية المعلومة ، فإن توزيع الأسهم قد تأتي من خلال موافقة الهيئة العامة غير العادية على التوصية التي اتخذها مجلس إدارة الشركة في اجتماعه المعقود بتاريخ 15 / 2 / 2012 . وقد يتبادر للمتفحص الأولي بأن التداول قد جرى قبل هذا الاجتماع بسبعة أيام ، مما يجعل من فرض وجود تداول المطلعين غير صحيح .

ولأن عملية صنع القرارات في مجلس إدارة الشركة تحتاج لفترة من الزمن ، فإن القرارات لا تتخذ بشكل يتسم بالصدفة ، بل تحتاج لتحضير المحتويات التي سيتم تداولها في القرار ، فإن العلم بأن مجلس الإدارة قد يوافق على اتخاذ قرار ما يتوجب الرجوع إلى المرحلة التي تسبق اتخاذ القرار ، وبالأخص إذا ما كان الشخص الذي يكون في مضمار المسؤولية رئيس مجلس الإدارة ، والذي يعتبر المحرك الفعال في الشركة ، وهو المحضر الأول للمعلومات التي يتم عرضها على مجلس الإدارة . ولأن الفترة الممتدة ما بين مرحلة صنع القرار واتخاذها قد تطول وقد تقصر ، إلا أنه في مضمار تداول المطلعين ، فقد حددتها هيئة سوق رأس المال الفلسطينية تحديداً صريحاً في عشرة الأيام التي تسبق أو تلي اجتماع مجلس الإدارة إلى حين الإفصاح عن محتويات قرارات المجلس ³⁵⁴ . وبذلك فإن التداول قد اتخذ في مرحلة صنع القرار ، والتي تسبق الإفصاح عن القرار ، فهي مرحلة سرية لم يتم الإفصاح عنها .

³⁵³ الشركة العالمية المتحدة للتأمين (2012) : إفصاح الشركة لبورصة فلسطين عن نتائج اجتماع الهيئة العامة غير العادي المنعقد بتاريخ 22 / 3 / 2012 . الشركة العالمية المتحدة للتأمين . رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا المستند عبر الرابط التالي :

<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/General-Assembly-Decisions-GUI-25032012.pdf>

30.03.2013)

³⁵⁴ في ذلك نصت المادة (1 / أ) من قرار هيئة سوق رأس المال بشأن شفاافية تداول الأوراق المالية الصادر بتاريخ 9 / 6 / 2013 تحت إشارة رقم 304 / CMA / DG على أنه :

وأما على صعيد المطلع وإجراء التداول بناء على المعلومة المادية الداخلية ، فإن المطلع يتمثل في شخص رئيس مجلس إدارة الشركة ، والذي يعتبر في ظل تداول المطلعين من أهم الأشخاص الذين تتصل بهم المعلومات المادية بحكم منصبه الذي يشغله ³⁵⁵ .

وأما بالنسبة للتداول بناء على هذه المعلومات ، فإن المطلع قد اتخذ قراره الاستثماري بشراء (4.100) سهم من أسهم الشركة التي يتزأس مجلس إدارتها ، وقد تم هذا الشراء عن طريق شركة " العربي جروب للاستثمار " ، والتي يعتبر المطلع عميلها ، وكان ذلك يوم الأربعاء الموافق 2012 / 2 / 8 ³⁵⁶ .

وبناء على تحليل مرتكزات تداول المطلعين في ظل الحالة السابقة ، فإنه يتبين أنها تتدرج بشكل واضح وجلي تحت مظلة تداول المطلعين بأسلوبه البسيط ، حيث إن الشخص الذي اطلع على المعلومة المادية الداخلية ، هو ذات الشخص الذي قام بالتداول بناء على هذه المعلومات.

وإذا كان الأسلوب البسيط لا يتولد في ظله إلا وجود مطلع واحد قام بالتداول ، بناء على المعلومات الداخلية المادية ، فإن تداول المطلعين قد يحدث بأسلوب مركب، ويتجسد هذا الأسلوب حينما يقوم المطلع بتسريب المعلومات محل تداول المطلعين لشخص أو أشخاص آخرين يقومون بإجراء التداول .

وفي ظل الأسلوب المركب فبالإضافة إلى توافر مرتكزات تداول المطلعين ، فإنه يجب أن يتوافر شخصان يتصلان بالمعلومات المادية الداخلية ، وأن يحصل اتفاق فيما بينهما على تحقيق مكاسب

" يحظر على أي مطلع تداول سهم الشركة المدرجة خلال عشرة أيام التي تسبق اجتماع مجلس إدارة الشركة ، والتي يتم فيها مناقشة معلومات جوهرية ، وذلك لحين الإفصاح عن قرارات مجلس الإدارة للعموم ، ولغايات هذا القرار تشمل المعلومات الجوهرية ما يلي : ... 2- زيادة أو تخفيض رأس مال الشركة المدرجة . 3- توزيع أرباح على المساهمين ..."

وهذا ما كانت قضت به المادة (3) من تعميم هيئة سوق رأس المال الفلسطينية رقم (7 خ) الصادر بتاريخ 2005 / 10 / 30 تحت إشارة CMA / 065 / 2005 حيث نصت على أنه :

" يمنع رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركات المصدرة ومديرها وأي من أقاربهم حتى الدرجة الثانية من تداول أسهم الشركة المصدرة التي يمثلونها أو يعملون على إدارتها خلال عشرة أيام العامل التي تسبق و / أو تلي اجتماع مجلس الإدارة وذلك لحين إعلان قرارات مجلس الإدارة للعموم "

ومما يتوجب الإشارة إليه أن هذا التعميم قد تم إلغاؤه بموجب قرار هيئة سوق رأس المال بشأن شفافية تداول الأوراق المالية الصادر بتاريخ 2013 / 6 / 9 تحت إشارة رقم DG / CMA 304 / 2005 ، حيث نصت المادة (4) منه على أنه :

" يلغى العمل بالتعميم رقم (7 خ) بشأن شفافية تداول الأوراق المالية الصادر في 2005 / 10 / 30 ، والقرار رقم (7 - أ . و / 2010) بشأن تداول أسهم الشركة بعد الاطلاع أو المصادقة على البيانات المالية الصادرين عن الهيئة "

³⁵⁵ في ذلك نصت المادة (2) من قرار هيئة سوق رأس المال بشأن شفافية تداول الأوراق المالية الصادر بتاريخ 2013 / 6 / 9 تحت إشارة رقم DG / CMA 304 / 2005 على أنه :

" لغايات الإفصاح والمنع من التداول ، يعتبر المذكورون أدناه مطلعون : 1- أعضاء مجلس إدارة الشركة وممثلوهم وزوجاتهم أزواجهم وأبنائهم القاصرين ... "

³⁵⁶ شركة العربي جروب للاستثمار (2012) : كتاب الشركة ليورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن شراء مجموعة من أسهم الشركة العالمية المتحدة للتأمين من قبل العميل جمال نايف حافظ براهيمة ، تحت إشارة رقم ش . ع . ج / 589 / 2012 ، بتاريخ 2012 / 2 / 8 . شركة العربي جروب للاستثمار ، رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties_GUI_08022012.pdf

30.03.2013

شخصية لكليهما ، وعليه حتى نكون أمام الأسلوب المركب يلزم أن يتوافر الشخص المطلع على المعلومات المادية الداخلية (Tippee / Insider) الذي سبق وأن اطلع على المعلومات المادية ، وأن يكون هناك شخص آخر قد سرب الشخص المطلع المعلومات المادية الداخلية إليه (Tipper / Outsider) ، وبذلك يكون الأول على اتصال مباشر بالمعلومات المادية الداخلية والثاني كان على صلة غير مباشرة جراء قيام الأول بتسريبها إليه³⁵⁷ .

ومما يجدر الإشارة إليه أن الأسلوب المركب لتداول المطلعين يرتبط ارتباطاً وثيقاً بسلوك إفشاء المعلومات الداخلية الجوهرية لغير المرجع المختص ، ذلك أن الأسلوب المركب قوامه وجود تسريب لهذه المعلومات لشخص لا يلزم القانون بإفشاء المعلومات المادية الداخلية إليه³⁵⁸ ، وبذلك فإن الشخص المطلع في ظل الأسلوب المركب دائماً يكون أمام سلوكين ، السلوك الأول : يتمثل بإفشاء المعلومات ، والثاني : يتجسد في تداول المطلعين³⁵⁹ .

وأخيراً ففي ظل الأسلوب المركب ، يجب التمييز ما بين الشخص الذي تم تسريب المعلومات إليه ، والشخص الذي اطلع على المعلومات نتيجة لقيامه بالإطلاع على المعلومات المادية الداخلية بشكل مخالف للقانون عن طريق اختلاسه لهذه المعلومات ، ففي ظل حالة التسريب يكون الشخص المطلع قد عمد إلى تسريب المعلومات ، أما في ظل الحالة الثانية ، فإن الشخص الذي قام بالإطلاع على هذه المعلومات لم يكن نتيجة للتسريب ، بل كان نتيجة لاختلاسه لهذه المعلومات ، من دون وجود اتفاق ما بين شخص قد سبق واطلع على هذه المعلومات ، وقام بتسريب المعلومات إليه³⁶⁰ .

وقبل أن نغلق بحثنا في منازعات تداول المطلعين ، وحتى لا ينسلخ تناولنا لهذه المنازعات عن تعلق منازعات سوق الأوراق المالية باتفاق التحكيم ، فحري بنا أن نتطرق لكيفية الاتفاق على التحكيم في منازعات تداول المطلعين .

³⁵⁷ Levy , Steven (2011) : Regulation Of Securities - Sec Answer Book , Fourth Edition - . Wolters Kluwer Law And Business , New York - USA , Chapter 18 , Page 12 .

³⁵⁸ اللوزي ، أحمد . (2010) : الحماية الجزائية لتداول الأوراق المالية - دراسة مقارنة - . دار الثقافة ، عمان - الأردن . ، ص 132 - 134 .

³⁵⁹ من خلال ذلك ، يتبين أن الأسلوب المركب يعتبر سلوكاً متطوراً لسلوك إفشاء المعلومات الداخلية المادية لغير المرجع المختص ، فقد يحدث أن يتفق المسرب والمسرّب إليه أن يتم اقتسام الأرباح الناتجة عن إجراء التداول بناءً على المعلومات المادية الداخلية التي وقع التسريب عليها ، ولكن أكثر الصور خطورة للأسلوب المركب هو التداول غير المباشر ، وذلك حينما يكون الشخص المسرب إليه عبارة عن صورة للمطلع ، فيعمل المطلع بالتداول بطريق غير مباشر من خلال الشخص الذي لا يعلم بالمعلومات الداخلية المادية والذي تم تسريب المعلومات إليه .

³⁶⁰ وعليه فإن الأسلوب المركب قد حصل في ظل الحالة الأولى نتيجة لوجود شخصين ، أما في ظل الحالة الثانية فإننا نكون أمام الأسلوب البسيط للتداول المطلعين نظراً لعدم وجود تسريب للمعلومات الداخلية المادية لشخص لا يلزم القانون بإفشاء المعلومات إليه ، ولعل أكثر الحالات العملية لهذه الحالة تبرز بشكل جلي في العلاقة القائمة ما بين المطلع وما بين أفراد أسرته ، فقد يحصل مثلاً أن تقوم زوجة رئيس مجلس إدارة الشركة بالإطلاع على أوراق زوجها ، ويتبين بأن من ضمن هذه المعلومات مسودة تقرير مجلس الإدارة ، الذي يحتوي على معلومات داخلية مادية ، وتقوم بالتداول بناءً على ذلك دون علم زوجها بهذا الإطلاع .

وفي إطار تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات تداول المطلعين ، فإن المنازعات التي ترتب أضرار مدنية من جراء هذا التداول ، فمن الممكن ردها إلى ثلاث فئات : تتمثل الفئة الأولى في الطرف الآخر المقابل في عقد التداول في مواجهة المطلع ، أما الثانية فإنها ترتبط بجمهور المساهمين في مواجهة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة ، إذا كان هؤلاء هم الذين قاموا بتداول المطلعين ، بينما تتعلق الفئة الثالثة بالشركة المصدرة للأوراق المالية في مواجهة المطلع الذي أجرى تداول المطلعين على أوراقها المالية . وبالنسبة للحالتين الأخيرتين فإن تطبيق اتفاق التحكيم فيهما لا يختلف عما تعرضنا إليه في تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات تحريف المعلومات المادية ، ولذلك فإننا نحيل تطبيق اتفاق التحكيم في هاتين الفئتين إلى ما أوردنا سابقاً ، ونحصر بحثنا في الفئة الأولى .

وفي ظل منازعة تداول المطلعين القائمة ما بين المطلع والشخص الذي عقد المطلع التداول معه بناءً على معلومات مادية داخلية ، فإن العلاقة القائمة ما بينهم هي علاقة عقدية قوامها عقد التداول ، ولذلك فإن المسؤولية المدنية الناشئة عن التداول هي مسؤولية عقدية ، وذلك لأن التعامل يفرض على المتعامل التزاماً عقدياً بالإفصاح والمصارحة عن المعلومات المادية الداخلية السابقة على التعاقد ، هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى ، يمكن تطبيق أحكام التغيرير مع الغبن الفاحش ، لأن عدم الإدلاء بالمعلومات المادية الداخلية قد يؤدي بالمتعاقد الآخر إلى عدم إبرام العقد لو علم بتلك المعلومات ، ولذلك يتعين إعلامه بالمعلومات المادية الداخلية قبل إبرام الصفقة ، لتمكينه من اتخاذ القرار المناسب³⁶¹ .

ونظراً لأن عقد التداول لا يتم بشكل كتابي ، فإن القول بإدراج شرط التحكيم ضمنه يخالف ركن الكتابة في اتفاق التحكيم ، ولذلك فإنه لا مناص أمام المطلع والمتعاقد الآخر إلا أن يتفقا على التحكيم بشكل لاحق على نشأة النزاع ، أو أن يعتدا بشرط التحكيم الذي قد يرد في عقد الشركة المصدرة ، متى كان كلا الطرفين قد أصبحا يحملان الورقة المالية لذات الشركة .

وفي ظل حالة اتفاق التحكيم اللاحق على نشأة النزاع ، فإن تطبيقه في المنازعة القائمة ما بين المطلع والمتعاقد الآخر في إطار الأسلوب البسيط لتداول المطلعين لا يثير إشكاليات عملية ، وذلك لأن المطلع والمتداول هو شخص واحد . أما بالنسبة لتطبيق الاتفاق اللاحق على تداول المطلعين في أسلوبه المركب فقد يحتاج لشيء من الإيضاح ، وذلك لأن أطراف هذه المنازعة ثلاثة أشخاص : الأول هو الشخص الذي سرب المعلومات المادية الداخلية ، والثاني هو الشخص الذي قام بالتداول

³⁶¹ زايد ، أحمد . خشروم ، عبد الله (2007) : المسؤولية المدنية للتعامل المحظور بأسمهم الشركات المساهمة العامة - دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون البريطاني - . مجلة المنارة ، المجلد 13 ، العدد 9 ، جامعة آل البيت ، المفرق - الأردن ، ص 166 .

بناء على المعلومات التي تم تسريبها إليه ، وأما الشخص الثالث فهو الطرف الآخر في عقد التداول الذي تم بينه وبين الشخص الثاني .

فإذا اتفق المتعاقد الآخر والمسرب إليه - الشخص الذي قام بالتداول - على اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع المتجسد في الأضرار المدنية التي نشأت جراء تداول المطلعين ، فإن مثل هذا الاتفاق لا يمتد ليسري في حق الشخص الذي سرب المعلومات ، وذلك لأنه ليس طرفاً في اتفاق التحكيم ، إلا أن ذلك لا يمنع من استحضاره كشاهد أمام هيئة التحكيم التي ستشكل بموجب اتفاق التحكيم ، وذلك من أجل إثبات وقوع التسريب . كما أنه من الممكن أن يتفق المتعاقد الآخر والمسرب والمسرب إليه على التحكيم بشكل لاحق لنشأة النزاع ، وفي ظل هذه الحالة فإن المسرب يعتبر طرفاً في اتفاق التحكيم ، ومن ثم تسري آثاره في حقه .

وأما بالنسبة لتطبيق شرط التحكيم الذي قد يرد في عقد الشركة المصدرة في منازعات تداول المطلعين ، فإنه يجب أن نبين أربعة أمور أساسية : وأول هذه الأمور ، أن هذا الشرط لا يمتد إلى المطلعين بحكم مناصبهم أو وظائفهم ، لأنهم ليسوا أطرافاً في عقد الشركة ، وبالتناوب في شرط التحكيم الوارد فيه . وأما الأمر الثاني الذي يجب تبيينه ، فإنه يتعلق بعدم امتداد هذا الشرط للمتعاقد الآخر الذي أصبح يملك أدوات المديونية التي تصدرها الشركة مثل أسناد القرض ، وذلك لذات الأسباب التي أوردناها في معرض تناول تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات تحريف المعلومات المادية .

أما الأمر الثالث الذي يجب تبيينه ، فإنه يتعلق بأن شرط التحكيم يمتد فقط إذا كان المطلع والمتعاقد الآخر أصبحوا يملكون إحدى أدوات الملكية مثل الأسهم ، وذلك بأن يكون المطلع مساهماً في الشركة ، مثل عضو مجلس الإدارة الذي تنتخبه الهيئة العامة المكونة من جمهور المساهمين في الشركة ، ويصبح المتعاقد الآخر مساهماً في الشركة ، وبذلك يكونون شركاء في شركة واحدة ، ويسري عليهم عقد الشركة بما في ذلك شرط التحكيم إذا ورد فيه .

وأخيراً ، فإن الأمر الرابع يتعلق بأن تطبيق شرط التحكيم الذي يرد في عقد الشركة يثير إشكالية عملية ، تتجسد في مدى امتداده ليغطي منازعات تداول المطلعين في أسلوبه المركب ، فإنه في البداية يجب أن يكون الشخص الذي تم تسريب المعلومات إليه ، وقام بالتداول والمتعاقد الآخر يملكون إحدى أدوات الملكية التي تصدرها الشركة مثل الأسهم ، حتى يصار إلى امتداد شرط التحكيم لمنازعة تداول المطلعين . أما بالنسبة للشخص الذي سرب المعلومات ، فإنه إذا كان من ضمن المطلعين بحكم مناصبهم أو وظائفهم ، فإنه لا يسري عليه هذا الشرط ، بحكم أنه ليس طرفاً في عقد الشركة ، أما إذا كان من طائفة المطلعين بحكم ملكيتهم ، مثل المساهم الاستراتيجي أو

رئيس وأعضاء مجلس الإدارة ، فإنه يسري عليه شرط التحكيم ، نظراً لأنه طرف في عقد الشركة الذي احتوى هذا الشرط .

المطلب الثاني

تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات المضاربة غير المشروعة

تمثل قابلية الأوراق المالية للتداول في سوق الأوراق المالية إحدى أهم الحقوق التي خصها المشرع بهذه الأوراق ، فالورقة المالية ما هي إلا سلعة يتم تداولها في سوق خاص يحتضن التعامل الجاري عليها ، وهو سوق الأوراق المالية ، فإذا تم سلخ الورقة المالية عن التداول فإن ذلك يؤدي إلى إهدار قابلية الورقة المالية للانتقال من شخص لآخر ، وهذا ما يؤدي في النهاية إلى عدم وجود سوق الأوراق المالية ، ونتيجة لذلك فإنه لا يوجد سوق للأوراق المالية من غير اكتساب الورقة المالية خاصة التداول .

والتداول (Trading) إن كان ينصرف إلى بيع الورقة المالية أو شرائها في السوق عبر الأوامر التي يرسلها إلى الوسيط الذي يرتبط معه ، إلا أنه قد تتعدد الأهداف التي تقف وراء هذا التداول ، فقد تتأتى عملية التداول بقصد الاستثمار ، كما قد تتأتى بقصد المضاربة ، وقد يذهب بعض الأشخاص إلى ما هو أبعد من ذلك ، فيقومون بعميلة التداول من أجل المقامرة . ويكتسب التطرق لهذه الأهداف أهمية بالغة الأثر في تحديد مفهوم المضاربة غير المشروعة ، والتي خصصنا هذا المطلب لتناول المنازعات الناشئة عنها ³⁶² .

فعلى صعيد الاستثمار (Investment) ، فإن المتداول المستثمر في سوق الأوراق المالية يضع أمواله بغية هدف رئيس ، يتمثل في الحصول على تدفق مستمر من العوائد ، حيث أن المتداول المستثمر يشعر بالقلق من تذبذب القيمة السوقية للورقة المالية ، ولذلك فإنه يقوم بالتداول قصد الحصول على دخل ثابت ³⁶³ . ولذلك فإن مثل هذا المتداول يضع نصب عينيه الأرباح التي يتم توزيعها من قبل مصدر الورقة المالية ، حيث إن مصدري الأوراق المالية يعملون ما بين الفينة والأخرى على توزيع أرباح لحملة الأسهم أو استهلاك بعض أسناد القرض ، فالهدف من التداول

³⁶² من الممكن الركون لمعاري الدقة والمخاطرة من أجل إحداث التمييز ما بين الاستثمار والمضاربة والمقامرة ، فعلى الرغم من أن منطق الاستثمار والمضاربة والمقامرة هو توظيف المال بهدف تحقيق العائد ، إلا أن درجة المخاطرة في العمليات الثلاثة متفاوتة ، فنتيجة لاستناد الاستثمار على أسس دراسات ودراسات تبين فرص النجاح وطبيعة المخاطر التي قد تصادف النشاط الاستثماري ، فالمخاطرة الناجمة عن الاستثمار قد تكون أقل من غيرها ، أما بالنسبة للمضاربة فإن درجت المخاطرة تعلو بشكل أكبر من الاستثمار ، وذلك نظراً لبنائها على التحليلات أو التنبؤات ، أما في ظل حالة المقامرة فإن المخاطرة تكون في أوجها ، نظراً لعدم الاستناد إلى أي شيء سوى الحظ والانفعالات . خالد ، غسان (2008) : مفهوم الاستثمار وواقعه التشريعي في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية - دراسة تحليلية نقدية - . مجلة جامعة النجاح للأبحاث - العلوم الإنسانية - ، المجلد 22 ، العدد 4 ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين ، ص 1166 - 1167 .

³⁶³ Anbuvelan , K (2005) : Management Concept For Civil Engineers , First Edition . Laxmi Publications , New Delhi - India , Page 65 .

في مثل هذه الحالة يقوم على الاحتفاظ بالورقة المالية ، والحصول على الأرباح من مصدر الورقة المالية ³⁶⁴ .

أما بالنسبة للمضاربة (Speculation) ، فلقد عرفها أنصار الاقتصاد التطبيقي بأنها بيع الورقة المالية أو شراؤها ليس بغرض الاستثمار ، بل بغرض الاستفاد من التغيرات التي تحدث على القيمة السوقية للورقة في الأجل القصير ³⁶⁵ . فالمتداول في ظل المضاربة يهدف إلى الحصول على الأرباح الناتجة جراء عمليات تداول على الورقة ، فيحصل المتداول فيها على الأرباح الناتجة عن فرق القيمة السوقية للورقة المالية ، ولذلك فإن الهدف الذي يسعى وراءه المتداول المضارب ، هو التخلص من الورقة المالية التي تنخفض قيمتها السوقية في مقابل امتلاكه الورقة المالية التي ترتفع قيمتها السوقية ³⁶⁶ .

أما المقامرة (Gambling) فهي شكل متطرف من المضاربة ، وتحدث عندما يتم اتخاذ قرارات التداول بناءً على الحظ أو الحسد أو الانفعالات ³⁶⁷ ، ونتيجة لعدم بناء هذه القرارات على التحليل

³⁶⁴ يستند الاستثمار في ظل هذا المنطلق على الدراسات القائمة على التحليل الأساسي (Fundamental Analysis) ، وهي طريقة علمية تقوم على تحليل البيانات والمعلومات المالية والاقتصادية بهدف التعرف على عوائد الأوراق المالية المتوقعة والمخاطر المصاحبة لها . وذلك من خلال تحليل مجموعة من المتغيرات الاقتصادية ، مثل متغيرات الاقتصاد الكلية كتحليل الناتج القومي ومعدلات التضخم ، و متغيرات الاقتصاد القطاعية كحجم الاستثمار وحجم التسهيلات الائتمانية ، فضلاً عن المتغيرات الاقتصادية الجزئية مثل تحليل حجم القروض الممنوحة لمصدر الأوراق المالية المراد الاستثمار فيها ، بالإضافة إلى السياسات الاقتصادية ، مثل تحليل سياسات الإنفاق العام والضرائب والرسوم ، وتحليل السياسات النقدية كمعدلات الفائدة وعرض النقود والتسهيلات المصرفية وترتيب أصول المصارف .

موسوي ، حيدر (2009) : أثر الأداء المالي للمصارف الإسلامية في مؤشرات سوق الأوراق المالية - الأردن والسعودية حالة تطبيقية للمدة 1990 - 2007 . رسالة دكتوراه ، جامعة الكوفة ، الكوفة - العراق ، ص 54 - 55 .

³⁶⁵ ساعاتي ، عبد الرحيم (2007) : المضاربة والقمار في الأسواق المالية المعاصرة - تحليل اقتصادي وشرعي . - مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - ، المجلد 20 ، العدد 1 ، جامعة الملك عبد العزيز ، جدة - السعودية ، ص 7 .

³⁶⁶ يركز المتداول في ظل مضاربهه على التحليل الفني (Technical Analysis) ، ويقوم هذا النوع من التحليل على ممارسة التنبؤ في مؤشرات الأوراق المالية على أساس القيمة السوقية للورقة المالية في الماضي والحاضر ومجموعة من المعلومات الفنية . ويستند التحليل الفني على جملة من الأدوات الرياضية والإحصائية التي يتم توظيفها من أجل استقراء المعلومات الموجودة التي تهدف إلى التنبؤ بوجود حدث مرتقب قد يؤدي إلى انخفاض القيمة السوقية للورقة المالية أو ارتفاعها .

Moubarak , Paul . Steele , Amy (2012) : Internet Stock Trading And Market Research For The Small Investor , First Edition . I Universe , Indiana - USA , Page 131 .

وبالإضافة إلى ذلك ، يستند التحليل الفني على المبدأ الذي يتمحور مضمونه بأن القيمة السوقية للورقة المالية تلخص كل شيء ، فالقيمة السوقية المتجددة في سعر الورقة المالية تتحدد بمقابلة أوامر الشراء والبيع ، فكافة المعلومات والأحداث السياسية والعوامل الاقتصادية ستؤثر على البائعين والشارين للورقة المالية ، و بالتالي على العلاقة بين العرض والطلب ، فعندما يزيد العرض عن الطلب تنخفض القيمة السوقية و عندما يزيد الطلب عن العرض ترتفع القيمة السوقية . لذلك فإن السؤال الرئيس الذي يسعى التحليل الفني للإجابة عنه هو كيف ستتحرك القيمة السوقية في المستقبل و ليس السبب الذي يدفع إلى هذا التحرك .

شرابي ، عماد الدين (2011) : اتخاذ قرار الاستثمار في الأسهم بالاعتماد على التحليل الفني - دراسة تطبيقية على عشرين مؤسسة مدرجة في CAC 40 . - رسالة ماجستير ، جامعة منتوري ، قسنطينة - الجزائر ، ص 45 - 46 .

³⁶⁷ تختلف هذه المقامرة عن المقامرة العادية التي تخالف النظام العام ، حيث أن المقامرة في سوق الأوراق المالية هي نوع من التداول القانوني للأوراق المالية ، ولكن يأتي نتيجة عدم الركون إلى دراسات أو تحليل ، ونتيجة لذلك تصدق مقولة أن المضاربة هي مشروع يقوم على الحسابات ولكن المقامرة مشروع لا يستند إلى أية حسابات .

Nelson , S.A (2007) : The ABC Speculation , Reprinted Edition .Cosimo Publications , New York - USA , Page 21 .

الفني أو الأساسي ، فإن المخاطر في المقامرة تكون أكبر بكثير من الاستثمار أو المضاربة العادية³⁶⁸ .

وفي إطار القاعدة القانونية وبعيداً عن قواعد الإلزام الاجتماعي كالقواعد الأخلاقية أو الدينية ، فإن المشرع لم يحظر الاستثمار أو المضاربة وحتى المقامرة ، إلا أنه قد حظر سلوكيات هذه العمليات حينما تصطدم بمصلحة المتعاملين الآخرين أو مصلحة السوق نفسه ، ومن هذا المنطلق تكون المضاربة أو المقامرة أو الاستثمار غير مشروعة ، حينما يتم استخدامها بطريق يؤدي إلى الاعتداء على مصلحة المتعاملين في السوق أو مصلحة السوق ذاته .

فإذا تدخل المضارب بأفعال من شأنها إحداث ارتفاع أو انخفاض مصطنع في الأسعار ، فتصبح المضاربة غير مشروعة (Illegal Speculation) ، حيث إن هذه المضاربة اعتمدت على طرق احتيالية للتلاعب في الأسعار وإحداث تموجات شديدة في حدودها القصوى بطريقة مفتعلة ، بغرض الاستفادة من فروق الأسعار³⁶⁹ .

وبناءً عليه ، تعتبر منازعات المضاربة غير المشروعة من المنازعات التي يرمي فيها المتداولون إلى إحداث تغيرات مفتعلة في السوق ، فيستبدلون بقانون العرض والطلب الذي على أساسه يتم تحديد القيمة السوقية للورقة المالية القيمة التي يريدونها ، وهذا ما يعرف بالتلاعب بالأسعار (Price Manipulation) ، حيث يعمد المتداولون إلى تفويض القيمة السوقية للورقة المالية والتأثير على تحديد دقتها ، فلا تكون القيمة السوقية تعكس الواقع الحقيقي وفق المجرى العادي للتداول في سوق الأوراق المالية ، وهذا ما يؤدي إلى رفع نسبة المخاطر في التعامل في السوق ، فضلاً عن تقليل كفاءة السوق³⁷⁰ .

وقد تحدث منازعات المضاربة غير المشروعة جراء قيام شخص أو أكثر بإجراء هذه المضاربة ، من غير أن يتواجدوا على تنظيم يعمل على التحكم بالسوق (الفرع الأول) ، كما قد تحدث منازعات المضاربة غير المشروعة من خلال الاتفاق ما بين مجموعة من المتداولين، والتي قد يشترك معهم بعض الأطراف داخل مصدري الأوراق المالية على إنشاء تنظيم يعمل على التحكم بالسوق، ويعملون على المحافظة على هذا التنظيم (الفرع الثاني) .

³⁶⁸ Ranganayakulu , K.C.S.(1999) : Dictionary Of Investment Management . Atlantic Publishers And Distributors , New Delhi - India , Page 59 .

³⁶⁹ بربري ، صالح (2007) : المضاربة والتلاعب بالأسعار في سوق الأوراق المالية - دراسة قانونية - . في : مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات - أفاق وتحديات - ، 6 - 8 مارس 2007 ، غرفة تجارة وصناعة دبي بالتعاون مع جامعة الإمارات العربية المتحدة ، دبي - الإمارات العربية المتحدة ، ص 5 .

³⁷⁰ Kyle , Albert . Viswanathan , S. (2008) : How To Define Illegal Price Manipulation ? . American Economic Review , Volume 98 , Issue 2 , American Economic Association , Pennsylvania - USA , Page 274 .

وفي إطار تطرقنا لهاتين المنازعتين ، فإننا سنتولى استكمال العلاقة بينهما وبين اتفاق التحكيم، وذلك من أجل أن لا ينسلخ بحثنا لمنازعات المضاربة غير المشروعة عن تعليق دراستنا لمنازعات سوق الأوراق المالية باتفاق التحكيم ، وفي ظل ذلك سنوضح كيفية الاتفاق على التحكيم في منازعات المضاربة غير المشروعة الفردية ، والتي لا يترتب عليها إنشاء تنظيمات التحكم والتلاعب ، وبعدها نطبق اتفاق التحكيم في منازعات المضاربة غير المشروعة التنظيمية ، التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بوجود اتفاقيات التلاعب .

الفرع الأول : منازعات المضاربة غير المشروعة ذات البعد الفردي

تمثل طائفة منازعات المضاربة غير المشروعة ذات البعد الفردي الصورة التقليدية لمنازعات المضاربة غير المشروعة ، ذلك أن هذه الطائفة من المنازعات لا يترتب عليها إنشاء تنظيم للتحكم بالسوق أو بالقيمة السوقية لورقة مالية ما ، فيكون الهدف الذي يقف وراء هذه المنازعات هو تحقيق مصالح القائمين بسلوكيات المضاربة غير المشروعة ، ولا تمتد إلى خدمة مصالح جسم يتم إنشاؤه من أجل القيام بمثل هذه السلوكيات .

ولا يقدح بوجود البعد الفردي في ظل هذه الطائفة وجود اشتراك ما بين متداول وآخر للقيام بسلوكيات المضاربة غير المشروعة ، حيث إن مثل هذا الاشتراك لا يؤدي إلى وجود جسم يعمل على التلاعب في السوق أو القيمة السوقية للورقة المالية ، فما هي إلا سلوكيات يقوم بها بعض المتداولين من أجل خدمة مصلحتهم الشخصية بشكل مباشر ، وذلك من أجل الحصول على الربح المتأتي من التلاعب .

ومما يتوجب الإشارة إليه أن الربح المقصود في المضاربة غير المشروعة ، وإن كان ينصرف في صورته النمطية إلى تلك الأرباح المتأتية من فروق القيمة السوقية للورقة المالية، إلا أنه أيضاً ينصرف إلى تلك الأرباح المتأتية من التمسك بالورقة المالية قادراً من الزمن من أجل التحكم بهذه القيمة ، إلى أن يحصل الارتفاع المنشود فيحدث البيع بالقيمة التي يريدها المتلاعب .

وتعتبر منازعات المضاربة غير المشروعة من الكثرة بمكان ، وقابلة للتطور بتطور عقلية المتداولين ، إلا أنه حتى نستطيع الإحاطة بجزء من منازعات المضاربة غير المشروعة ، فإننا سنأخذ صورتين منها ، تنصرف الأولى إلى منازعات التداول المظهري (أولاً) ، أما الصورة الثانية فإنها تمثل منازعات الشراء بغرض الاحتكار (ثانياً) .

وحتى لا يتسم بحثنا لهاتين الصورتين بشيء من الجمود ، فإننا سنتولى استحضار أمثلة عليها من المنازعات التي حصلت في سوق فلسطين للأوراق المالية ، والتي أصدرت هيئة سوق رأس المال

قرارات بفرض العقوبات التأديبية على القائمين بها ، وذلك من أجل المزاوجة ما بين الجانب النظري من جهة والجانب التطبيقي من جهة أخرى .

أولاً : التداول المظهري

الأصل والقاعدة العامة في سوق الأوراق المالية أن القيمة السوقية للورقة المالية تتحدد على أسس العرض والطلب عن طريق تداولها من كافة المتداولين في السوق الثانوي ، وعلى أساس هذا العرض والطلب تتجه القيمة السوقية إما نحو الارتفاع أو الانخفاض أو الحيادية ، ولكن قد ينحو بعض المتداولين نحو القيام بإحداث تغيير في اتجاه الورقة المالية بشكل انفرادي، عن طريق قيامهم بجملة من عمليات التداول على ورقة مالية من أجل التأثير على اتجاه الورقة المالية ، فقد يكون اتجاه القيمة السوقية للورقة المالية في منحنى الانخفاض ، ومن أجل تغيير هذا الاتجاه يعتمد بعض المتداولين منفردين أو بالتواطؤ مع بعضهم أو بعض الوسطاء ، وذلك بإجراء جملة من التداولات الوهمية على الورقة المالية ، وذلك من أجل نقل اتجاه القيمة السوقية لهذه الورقة إلى اتجاه الحيادية أو الارتفاع ، وهذا ما يتحقق من خلال التداول المظهري .

ويعرف التداول المظهري (Wash Sale) : بأنه خلق تعامل صوري نشط على ورقة مالية محددة ، في الوقت الذي لا يوجد فيه تعامل فعلي يذكر على تلك الورقة ، كأن يمتلك شخص ما عدداً معيناً من الأسهم ، فيبيعها بيعاً صورياً لأحد أقاربه أو أصدقائه ، ثم يعاود شراءها في مدة زمنية قصيرة قد تكون في نفس اليوم لإيهام المتعاملين بأن تغيرات سعرية حدثت لسعر تلك الورقة، وأن تعاملًا نشطاً يجري عليها³⁷¹ . وبذلك فإن التداول المظهري يتجسد بأنه تقنية من التداول يعتمد لها بعض المتداولين من أجل التلاعب في سوق الأوراق المالية ، من خلال إعطاء المتداولين بأن مظهراً نشطاً قد جرى في السوق على ورقة مالية معينة³⁷² .

ويشكل التداول المظهري أحد أهم المنازعات في سوق الأوراق المالية ، ذلك أن تحديد القيمة السوقية للورقة ، يتحدد بالأصل من غير انفراد مجموعة قليلة من المتداولين في تحديد هذه القيمة ، فالأصل أن هذه القيمة تحدد في جو يسوده نزاهة التعامل والشفافية ، فتعكس القيمة السوقية حقيقة تداول كافة المتداولين .

³⁷¹ بوهاوة ، سعيد (2010) : التلاعب في الأسواق المالية - عرض تحليلي نقدي - . في : الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي ، 25 - 29 ديسمبر 2010 . رابطة العالم الإسلامي ، مكة المكرمة - السعودية ، ص 13 .

³⁷² Jordan , Cally (1995) : Regulation Of Canadian Capital Markets In The 1990s - The United States In The Driver's Seat . Pacific Rim Law And Policy Journal , Volume 4 , Issue 3 , University Of Washington , Washington - USA , Page 614 .

ونظراً لاعتداء التداول المظهري على استقرار سوق الأوراق المالية وتحقيق الشفافية والنزاهة فيه، فقد حظر قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 هذا التداول ، وفي إطار هذا الحظر عمدت المادة (88) من هذا القانون على حصر كافة سلوكيات التداول المظهري المباشرة وغير المباشرة وحظرت وجودها ³⁷³ .

ومما لا شك فيه أن التداول المظهري يؤثر سلباً على دقة القيمة السوقية للورقة المالية ، فهذا التداول يؤدي إلى خلق وهم في سوق الأوراق المالية بأنه سوق عميقة ، تكثر فيه التعاملات الحقيقية على الأوراق المالية ، وهذا ما يؤدي إلى أن يعتقد المتداولون الذين يشترون الورقة المالية التي جرى عليها التداول المظهري بأنهم يحصلون على أسعار تنافسية ، في حين أنها ليست كذلك . كما يؤدي التداول المظهري إلى التأثير في سعر الإغلاق اليومي للورقة المالية، وهذا السعر عادة ما يتم تحديده على أساس حجم التداولات على الورقة المالية في ذات اليوم ، فيعمد المتداول في هذا النوع من التداول إلى رفع سعر الإغلاق من أجل خلق وهم كاذب ، بأنه سعر يمثل كما هائلاً من التعاملات التي جرت على الورقة المالية ³⁷⁴ .

وقد يرتبط التداول المظهري بمنازعات أخرى واقعة في سوق الأوراق المالية ، وأكثر المنازعات ارتباطاً بهذا التداول هي منازعات عدم ملاءمة الاستشارة ، فقد يعمد الوسيط المالي إلى القيام بجملة من عمليات التداول ، يهدف من خلالها إلى تحقيق قدرٍ من التأثير في القيمة السوقية للورقة المالية ، فيخلق بذلك وهماً ، بأنه يوجد كم من التداولات على هذه الورقة المالية ، وبعد ذلك يقدم استشارته لعميله من أجل شراء الورقة المالية ، التي أجرى عليها التداول المظهري ، وذلك على أساس أن هذه الورقة المالية تلائم احتياجاته وأهدافه الاستثمارية ، فضلاً عن أنها تعد استثماراً ناجحاً نتيجة لارتفاع القيمة السوقية ، والتي قام هو بإنفراد أو بتواطؤ مع بعض المتداولين العملاء لديه من أجل رفعها عبر التداول المظهري ، ونتيجة لهذه الاستشارة المبنية على التداول المظهري،

³⁷³ نصت المادة (88) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 على أنه :

" 1- لا يجوز لأي شخص القيام بأي فعل ينتج عنه ما يلي : أ- أحجام تداول وهمية . ب- التأثير على سعر أي ورقة مالية بشكل يضلل الآخرين . 2- لا يجوز لأي شخص أن يخلق بشكل مباشر أو غير مباشر صورة زائفة أو مضللة بخصوص حجم الصفقات أو سعر أية ورقة مالية، وذلك باللجوء إلى : أ- تداول أوراق مالية لا تشمل تغيراً حقيقياً في الملكية الفعلية أو للشخص المستفيد النهائي . ب- إصدار أمر بشراء أو بيع مثل هذه الورقة المالية مع العلم بأن أمراً مماثلاً سيصدر من هذا الشخص أو أشخاص آخرين يعملون بالاتفاق معه لشراء أو بيع كمية مماثلة من هذه الأوراق في نفس الوقت والسعر . ج- الدخول في صفقات وهمية أخرى بنية التأثير وذبذبة أسعار السوق لهذه الأوراق المالية أو تضخمها أو مجرد التعبير عن نية التذبذب أو التسبب به . 3- لا يجوز لأي شخص بصورة مباشرة أو غير مباشرة، القيام بأي صفقة في الأوراق المالية لمصدر يقوم : أ- برفع سعرها بغرض الحث على شراء الورقة المالية نفسها أو ورقة مالية أخرى للمصدر نفسه . ب- أو بخفض السعر بغرض حث الآخرين على بيع الورقة المالية نفسها أو ورقة مالية أخرى للمصدر نفسه . ج- أو بخلق عملية تداول فعلية أو صورية، بغرض حث الآخرين على شراء أو بيع الورقة المالية نفسها أو ورقة مالية أخرى . 4- للهيئة أن تحدد بتعليمات أي : من الأعمال المخالفة الأخرى التي تعتبر تلاعباً أو تداولاً وهمياً غير مذكورة في هذا الفصل "

³⁷⁴ Staff Of The Federal Energy Regulatory Commission (2002) : Initial Report On Company-Specific Separate Proceedings And Generic Reevaluations ; Published Natural Gas Price Data ; And Enron Trading Strategies - Fact Finding Investigation Of Potential Manipulation Of Electric And Natural Gas Prices (Docket Report / No. PA02 - 2 - 000) . Federal Energy Regulatory Commission , Washington , DC - USA , Page 54 .

فإن عميل شركة الوساطة يعتمد إلى شراء الورقة المالية ، وبذلك تزداد نسبة عمولة شركة الوساطة.

وقد حدث في سوق الأوراق المالية الفلسطيني حالة عملية تحقق فيها التداول المظهري بشكل واضح وجلي ، وتمثل ذلك في قيام المتداول " مأمون يوسف دغمش " بالتواطؤ مع شركة " الوساطة للأوراق المالية " بإجراء جملة من التداولات على سهم شركة " الاتصالات الفلسطينية " المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية في الفترة الزمنية الواقعة ما بين 15 / 5 / 2011 إلى 9 / 6 / 2011 ، وكان الهدف من تلك التداولات الوصول بطريق الغش والخداع والتضليل ، لرفع سعر الورقة المالية لشركة الاتصالات الفلسطينية³⁷⁵ .

ومن الملاحظ على هذه الحالة أن التداول المظهري لم يسلك طريقه النمطي عن طريق قيام المتداول بإجراء هذا التداول منفرداً ، بل تم ذلك عن طريق الاشتراك مع شركة الوساطة التي كان المتداول عميلها ، وبذلك قامت الشركة بالمحافظة على مصالح عميلها الشخصية ، وتفضيلها على واجبها المتمثل في المحافظة على نزاهة التعامل بالأوراق المالية ، مما يؤدي إلى التأثير السلبي على استقرار السوق ، كما أن في ذلك مصلحة أكيدة لشركة الوساطة نظراً لارتفاع التداولات التي تمت على سهم " شركة الاتصالات الفلسطينية " ، وتحقق ذلك من خلال قيام عملاء هذه الشركة بإعطائها أوامر شراء سهم الاتصالات ، مما يعني زيادة عمولة شركة الوساطة عن كل عملية تداول .

وبالعودة إلى بيانات التداول التاريخية لسهم " شركة الاتصالات الفلسطينية " في خلال الفترة التي تم فيها التداول المظهري ، والممتدة من 15 / 5 / 2011 إلى 9 / 6 / 2011 يتبين أن قيام المتداول بإجراء تداولاته المظهرية قد أثر بالفعل على القيمة السوقية للورقة المالية ، فضلاً عن تأثيره على حجم التداولات وعلى قيمة التداول . فإذا ما أخذنا الحد التاريخي الأدنى للتداول المظهري المتمثل في يوم الأحد الموافق الخامس عشر من الشهر الخامس ، وقارناه بالحد التاريخي الأعلى المتجدد في يوم الثلاثاء الموافق التاسع من الشهر الخامس ، يتبين أن سعر إغلاق سهم شركة الاتصالات

³⁷⁵ هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2011) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة السيد مأمون يوسف دغمش لقانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 بتاريخ 27 / 7 / 2011 تحت إشارة رقم GMA / DG / 165 / 2011 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا القرار عبر الرابط التالي :

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/securities%2021111.pdf , 26.03.2013)

وأيضاً أنظر :

هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2011) : كتاب هيئة سوق رأس المال للمدير التنفيذي لبورصة فلسطين السيد أحمد عويضة من أجل مخالفة شركة الوساطة للأوراق المالية لقواعد السلوك المهني للعمل داخل السوق ، ونظام تداول الأوراق المالية بتاريخ 26 / 7 / 2011 تحت إشارة رقم GMA / DG / 167 / 2011 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/securities%2020wasata.pdf , 26.03.2013)

في يوم الحد الأدنى كان (5.01) دينار أردني ، في مقابل (5.52) دينار أردني ليوم الحد الأعلى ، أما بالنسبة لعدد التداولات ، فقد كانت في يوم الحد الأدنى إحدى وعشرين عملية تداول ، بينما وصلت في يوم الحد الأعلى مئة وثمانين عمليات تداول . وعلى صعيد حجم قيمة التداول فقد كانت في يوم الحد الأدنى (346639.29) ديناراً أردنياً ، أما في يوم الحد الأعلى فقد وصلت لذروتها ، فكان حجم قيمة التداول لسهم شركة الاتصالات في ذلك اليوم (2194926.11) ديناراً أردنياً³⁷⁶.

ثانياً : الشراء بغرض الاحتكار

يعتبر الشراء بغرض الاحتكار (Cornering The Market) أحد أهم الممارسات التي يختل فيها توازن الشفافية والعدالة في سوق الأوراق المالية ، بل يؤدي إلى تحكّم عدد قليل من المتداولين في الورقة المالية ، ومن ثمّ التحكّم في القيمة السوقية لهذه الورقة³⁷⁷ ، وفي ظلّ هذا الشراء نكون أمام أفراد متداول أو متداولين - سواء أكانوا طبيعيين أم اعتباريين - يعملون على التحكّم في سوق ورقة مالية معينة ، ونتيجة لتمكّن هؤلاء المتداولين للورقة المالية ، فإنهم يعملون على تحديد قيمتها السوقية ، وهذا ما يؤدي إلى إحداث خلل في قانون العرض والطلب الذي يحكم تحديد القيمة السوقية للورقة المالية .

ويعرف الشراء بغرض الاحتكار ، بأنه شراء كمية كبيرة من الأوراق المالية المؤثرة في مصدر ما بما يكفل للمشتري السيطرة بموجب تلك الأوراق التي اشتراها ، هذا من ناحية ، وتضخيم القيمة السوقية لتلك الأوراق من ناحية أخرى . وعادة ما يحتفظ المشتري في ظلّ الشراء بغرض الاحتكار بالأوراق المالية التي اشتراها لمدة طويلة نسبياً حتى تتضخم قيمتها السوقية مما يؤدي إلى بيعها بقيمة باهظة وأكثر ارتفاعاً من قيمتها السوقية الحقيقية³⁷⁸ .

ومما يتوجب الإشارة إليه أنه إذا ما تمّ الإمعان في الشراء بغرض الاحتكار وممارسته بشكل واسع فإنه سيؤدي في النهاية إلى إحداث خلل في سوق الأوراق المالية ، بل قد يؤدي إلى انهياره³⁷⁹ ، ذلك أن الاحتكار في تحديد القيمة السوقية للورقة المالية أو التدخل في قانون العرض والطلب لورقة

³⁷⁶ قمنا باستخلاص هذا التأثير عن طريق استخدام برنامج فحص بيانات التداول الذي توفره شركة سوق فلسطين للأوراق المالية على موقعها الإلكتروني ، ومن الممكن الرجوع لهذا البرنامج عن طريق الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/ListedCompanies.aspx?Tabindex=1> , 26.03.2013)

³⁷⁷ دنيا ، شوقي (2010) : التلاعب في الأسواق المالية . في : الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي ، 25 - 29 ديسمبر 2010 . رابطة العالم الإسلامي ، مكة المكرمة - السعودية ، ص 12 .

³⁷⁸ Sea Siu , Lucia (2010) : Gangs In the Markets - Network based Cognition In China's Futures Industry - . International Journal Of China Studies , Volume 1 , Issue 2 , Institute Of China Studies , University of Malaya , Kuala Lumpur - Malaysia , Page 375 .

³⁷⁹ Frye , Timothy (2000) : Brokers and Bureaucrats - Building Market Institutions in Russia - . University of Michigan Press , University of Michigan , Michigan - USA , Page 58 .

مالية ما يؤدي إلى فقدان سوق الأوراق المالية لأحد مقوماته والتمثل في وجود النزاهة والشفافية في التعامل ، مما يترتب عليه انصراف المستثمرين عن السوق الذي تنتشر فيه ظواهر الشراء بغرض الاحتكار ، فسيطرة شخص أو مجموعة صغيرة من الأشخاص على سوق الورقة المالية يؤدي إلى زوال مفهوم السوق الحرة التي يتساوى فيها المستثمرون من الوجود الواقعي³⁸⁰ .

وقد ترتبط منازعات الشراء بغرض الاحتكار بغيرها من المنازعات التي تقع في سوق الأوراق المالية ، فقد يلجأ المشتري بغرض الاحتكار إلى بث الشائعات وترويجها بهدف تقليل القيمة السوقية للورقة المالية ، وجعلها اتجاهاً ينحى اتجاه الانخفاض من أجل شراء الورقة المالية بقيمة سوقية أقل من قيمتها الحقيقية ، ومن يتقدم ويشتري هذه الورقة المالية التي انخفضت قيمتها السوقية ، وبعد شرائه لكمية من الأوراق المالية ، فإنه بعد ذلك قد يعتمد إلى بث الشائعات وترويجها مرة أخرى ، ولكن من أجل رفع القيمة السوقية للورقة وجعل اتجاهها ينحو اتجاه الارتفاع من أجل بيع الورقة المالية بقيمة سوقية أكبر من تلك التي اشتراها ، بل ونتيجة لاحتكاره لهذه الورقة المالية ، فإنه قد يعتمد إلى تحديد القيمة السوقية عن طريق إحجامه عن بيعها ، وبذلك نكون أمام جدلية العرض والطلب الأزلية ، المتمثلة في أنه كل ما زاد الطلب على ورقة مالية ارتفعت القيمة السوقية لهذه الورقة ، ونتيجة لذلك فقد لا يقوم المحتكر ببيع الورقة المالية إلا إذا ما وصلت للقيمة التي يرغبها .

ونظراً لأن الشراء بغرض الاحتكار يقوم على شراء مجموعة كبيرة من الأوراق المالية التي يصدرها مصدر ما ، فإنه بذلك يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمنازعات عروض الشراء العام ، حيث إن المشرع قد استشرى المستقبل ، وذلك من خلال إحاطته بحالة قيام بعض المتداولين بشراء مجموعة كبيرة من الأوراق المالية ، ونتيجة لخطورة هذا الشراء ، فلقد أحاطه المشرع بمجموعة من القواعد والإجراءات التي تختلف عن التداول العادي ، الذي يركز على إرسال أمر للوسيط بشراء مجموعة من الأوراق المالية . وكأثر لهذا الارتباط ، فإن منازعات الشراء العام الذي يحصل من غير إتباع الإجراءات التي نص عليها المشرع تعتبر منازعات للشراء بغرض الاحتكار³⁸¹ .

ويعتبر إبلاغ هيئة سوق رأس المال والسوق من أول الإجراءات التي يجب اتباعها في عرض الشراء العام³⁸² ، وبعد هذا الإبلاغ ، يقوم الشخص - طبيعياً كان أو اعتبارياً - الذي ينوي شراء 10 % أو ما يجاوزها من الأوراق المالية التي يصدرها مصدر ما بتقديم تقرير عن نفسه ، وعن

³⁸⁰ Bishop , John (2000) : Ethics And Capitalism - A Guide To The Issues . In : Ethics and Capitalism . University Of Toronto Press , University Of Toronto , Toronto - Canada , Page 15 .

³⁸¹ عرفت المادة (2) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 العرض العام بأنه :

" الطلب الذي يتقدم به شخص لشراء 10% أو أكثر من الأوراق المالية للمصدر " .

³⁸² نصت المادة (1 / 82) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 على أنه :

" يجب على كل شخص يشتري أو يبيع الأوراق المالية لمصدر ما بشكل مباشر أو غير مباشر (بما في ذلك الشراء أو البيع من خلال حقوق المنتفعين) والتي قد تزيد عن العشرة في المائة من الأوراق المالية التي لها حق التصويت ، أن يبلغ الهيئة والسوق خلال سبعة أيام عمل " .

تفاصيل العرض العام الذي ينوي بمقتضاه شراء الأوراق المالية بالنسبة المشار إليها سلفاً ، كما يتوجب عليه أن يعلن للجمهور هذا العرض ، على أن تقديم هذا التقرير لا يعني الموافقة على العرض العام ، بل هو إجراء أولي من ضمن جملة الإجراءات الواجبة الاتباع في العرض العام³⁸³ .

ومن أجل المحافظة على دقة المعلومات ، التي يتوجب تقديمها في التقرير الذي يقدم للهيئة - والذي هو أيضاً ذات التقرير الذي يقدم للسوق ومصدر الورقة المالية - ، فإن تعليمات هيئة سوق رأس المال الفلسطينية رقم (5) لسنة 2008 بشأن إصدار الأوراق المالية قد أوجبت أن يتم تضمين هذا التقرير جملة من المعلومات ، مثل اسمه ، واسم الشركة التي ينوي تملك الأسهم بها ، ومركزها الرئيسي ، وعدد الأسهم المملوكة له ، والغاية من التملك ، فضلاً عن السعر الذي ينوي تنفيذ العرض العام على أساسه ، وأيضاً اسم شركة الأوراق المالية التي ستقوم بإدارة عملية العرض العام³⁸⁴ .

وبعد تقديم هذا التقرير يقوم الشخص الذي يرغب بتقديم العرض العام بتعيين شركة الأوراق المالية، وذلك لإدارة عملية العرض العام بما في ذلك تنفيذ عملية الشراء . وتلتزم هذه الشركة بعد التعاقد مع الشخص الذي ينوي تقديم العرض العام ، بالإعلان عن محتويات تقرير هذا العرض في صحيفتين يوميتين محليتين مرتين على الأقل ، وذلك قبل مدة لا تقل عن سبعة أيام عمل من التاريخ المحدد ؛ لإجراء العملية وذلك بعد إقراره من الهيئة³⁸⁵ .

³⁸³ في ذلك نصت المادة (83) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 على أنه :
" على أي شخص يطلب عرضاً عاماً أن يقدم إلى الهيئة والمصدر والسوق ، إذا كانت الأوراق المالية مدرجة في السوق، تقريراً عن نفسه وعن العرض العام وذلك قبل طلب العرض ، وعليه أن يعلن للجمهور ذلك العرض وفقاً لتعليمات الهيئة وقواعد السوق".

³⁸⁴ نصت المادة (38 / 1) من تعليمات هيئة سوق رأس المال الفلسطينية رقم (5) لسنة 2008 بشأن إصدار الأوراق المالية على أنه :
" يجب على أي شخص يرغب بتملك أوراق مالية لأي مصدر عن طريق العرض العام التقدم إلى الهيئة بطلب للموافقة على العرض للحصول على الموافقة قبل اتخاذ أي إجراء، ويرفق بالطلب تقرير يتضمن المعلومات التالية : أ- الاسم الكامل للشخص الذي ينوي تملك الأسهم عن طريق العام وعنوانه إذا كان شخصاً طبيعياً . ب- الاسم الكامل باللغة العربية والإنجليزية للشخص الذي ينوي تملك الأسهم عن طريق العرض العام إذا كان شخصاً معنوياً وغاياته ورأسماله وعنوانه ومركزه الرئيسي وأسماء أشخاص الإدارة العليا ذوي السلطة التنفيذية والمساهمين الذين تزيد نسبة تملكهم عن (5%) من رأس المال فيه ونسبة مساهمة كل منهم في الشركة المنوي تملك الأسهم بها ، وذلك في حال كون الشخص الذي يرغب بتملك الأسهم شخصاً اعتبارياً . ج- اسم الشركة المنوي تملك الأسهم بها ومركزها الرئيسي وغاياتها ورأسماليها وعنوانها . د- عدد الأسهم المملوكة للشخص الذي ينوي تملك الأسهم . هـ - الحد الأدنى والأعلى لعدد الأسهم المنوي تملكها من خلال العرض العام ونسبة كل منهما من رأسمال الشركة المنوي تملك أسهمها وعلى أن لا تقل نسبة الحد الأدنى المذكورة أعلاه عن (10%) من أسهم الشركة المنوي تملك أسهمها .
و- الغاية من تملك الأسهم بشكل تفصيلي . ز- السعر الذي ينوي الشخص تنفيذ العرض العام عليه مع الإشارة إلى أن هذا السعر هو سعر مبدئي يمكن رفعه خلال جلسة التداول التي تم من خلالها العرض العام من قبل الشخص مقدم الطلب، علماً بأن الشخص المتقدم بالعرض العام سيقوم بدفع مبلغ لجميع البائعين للأوراق المالية ، التي تم عليها العرض العام وفق أعلى سعر تم الشراء به .
ح- اسم شركة الأوراق المالية التي ستقوم بإدارة عملية العرض العام " .

ويكتسب إيراد هذه المعلومات ضمن التقرير الذي يقدمه الشخص الذي ينوي القيام بعرض الشراء العام من الأهمية بمكان ، للتأكد من جدية هذا العرض ، وأيضاً لمنع الاحتيال الذي قد يترتب عليه الوقوع في إشكاليات لا يحمد عقباها .
³⁸⁵ الفرقتين الثانية والثالثة من المادة (38) من تعليمات هيئة سوق رأس المال بشأن إصدار الأوراق المالية رقم (5) لسنة 2008.

وإذا كانت هذه الإجراءات واجبة الاتباع قبل القيام بعملية عرض الشراء العام ، فإن القواعد الناظمة لسوق الأوراق المالية قد أحاطت تنفيذ هذه العملية بقدر من الضمانات التي تحافظ على مصالح مصدر الورقة المالية ، ومصالح المتعاملين في السوق ، وأيضاً مصلحة السوق ذاته .

وفي مقدمة الإجراءات الواجبة الاتباع في تنفيذ عملية العرض العام ، هي إيقاف أسهم الشركة التي سيجري عليها العرض العام في جلسة تنفيذ هذه العملية³⁸⁶ ، وبعد ذلك تنتقل عملية تنفيذ العرض العام إلى مرحلة تلقي الطلبات من قبل المتداولين ، حيث يتم تنفيذ العرض العام عن طريق السوق ، من خلال آلية تسمح للوسطاء بإدخال طلبات المساهمين الراغبين ببيع أسهمهم وعلى السعر المحدد للعرض العام ، وذلك خلال الدقيقة الخامسة عشرة الأولى التي تسبق موعد افتتاح جلسة التداول³⁸⁷ .

وبعد أن يتم تلقي الطلبات تنتقل عملية تنفيذ العرض العام لمرحلة حصر الطلبات ، وهذه المرحلة تعتبر أهم مرحلة من مراحل العرض العام ، وفي ذلك لا يخلو الأمر من ثلاثة فروض : يمثل الفرض الأول حالة إذا كانت طلبات بيع الأوراق المالية تتراوح ما بين الحد الأعلى والحد الأدنى للأوراق المالية المطلوب شراؤها بموجب العرض ، فإنه يتم تنفيذ عملية الشراء العام³⁸⁸ ، بينما الفرض الثاني يجسد حالة إذا قلت عدد طلبات بيع الأوراق المالية عن الحد الأدنى ، فإنه في مثل هذه الحالة يتم إلغاء العملية ، أما الفرض الثالث فإنه يمثل حالة إذا كانت طلبات البيع أكثر من الحد الأعلى للأوراق المالية المطلوب شراؤها ، فإنه في مثل هذه الحالة يتم تخصيص الأوراق المالية كلُّ بنسبة عدد الأوراق المالية المطلوب شراؤها ، مقارنة مع مجمل عدد الأوراق المعروضة للبيع³⁸⁹ .

وآخر إجراء يجب اتباعه بعد تنفيذ عملية الشراء العام ، يتمثل في قيام شركة الأوراق المالية التي أجرت تنفيذ العملية بتقديم تقرير للهيئة والسوق عن النتائج التي خلص إليها العرض العام، على أن يتم نشر هذا التقرير في صحيفة يومية من أجل توفير المعلومات للجمهور عن هذه النتائج³⁹⁰ .

³⁸⁶ في ذلك نصت المادة (1) من قرار المدير العام لهيئة سوق رأس المال رقم (3) لسنة 2009 بخصوص أحكام ومتطلبات العرض العام على أنه :

" يتم إيقاف سهم الشركة التي سيجري تنفيذ العرض العام على ورقتها المالية في يوم تنفيذ جلسة العرض العام " .
ونتيجة للإجراءات غير العادية التي يتوجب اتباعها في العرض العام ، ولحماية السوق ذاته ، فإنه تنفيذ عملية العرض العام تنحصر فقط في الأوراق المالية التي يصدرها مصدر واحد في جلسة التداول الواحدة ، حيث أن تنفيذ أكثر من عملية قد يؤدي إلى حدوث إرباك في السوق نتيجة لوجوب توقيف أسهم المصدر الذي يجري عليه تنفيذ العرض العام ، وفي ذلك نصت المادة (2) من قرار المدير العام لهيئة سوق رأس المال السالف الذكر على أنه :

" لا يجوز تنفيذ عرض عام على أكثر من ورقة مالية واحدة خلال جلسة التداول الواحدة " .
³⁸⁷ المادة (4 / 38) من تعليمات هيئة سوق رأس المال رقم (5) لسنة 2008 بشأن إصدار الأوراق المالية .

³⁸⁸ إذ ما تم نجاح تنفيذ عملية العرض العام فإن المشتري يلزم بأن يدفع لكافة مالكي الأوراق المالية التي جرى عليها الشراء مبلغاً يمثل أعلى سعر تم دفعه في تنفيذ العملية، وفي ذلك نصت المادة (2 / 84) من قانون الأوراق المالية على أنه :
" على الشخص الذي طلب العرض العام أن يدفع لأي شخص من مالكي الأوراق المالية التي كانت هدفاً للعرض العام ويرغب في بيعها مبلغاً مساوياً لأعلى سعر دفعه إلى أي من الباعين دون تمييز " .

³⁸⁹ المادة (4 / 38) من تعليمات هيئة سوق رأس المال رقم (5) لسنة 2008 بشأن إصدار الأوراق المالية .
³⁹⁰ نصت المادة (4) من قرار المدير العام لهيئة سوق رأس المال رقم (3) لسنة 2009 على أنه :

ومن أجل أن لا يتسم تطرقنا لمنازعات الشراء بغرض الاحتكار في ظل الارتباط الوثيق بينها وبين منازعات عروض الشراء العامة بالتطرق النظري ، فإننا سنتناول حالة عملية لهذه المنازعة ، والتي صدر بصدها قراراً من هيئة سوق رأس المال الفلسطينية .

فقد حصل الشراء بغرض الاحتكار في سوق فلسطين للأوراق المالية في حالة قيام شركة " ترست العقارية " بتاريخ 20 / 3 / 2012 بشراء ما مجموعه (50.000) سهماً من أسهم شركة " التكافل الفلسطينية للتأمين " ، المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية . وترتب على هذا الشراء أن أصبحت شركة " ترست العقارية " تملك ما نسبته (12.75 %) من رأسمال شركة " التكافل الفلسطينية للتأمين " ، وقد تم هذا الشراء بشكل مخالف لأحكام عروض الشراء العامة التي نظمها قانون الأوراق المالية الفلسطيني ، وتعليمات وقرارات هيئة سوق رأس المال ذات العلاقة ، وبالأخص فيما يتعلق بالإفصاح للهيئة والسوق والجمهور عن هذا الشراء ، ونتيجة لذلك حددت الهيئة لشركة " ترست العقارية " موعداً أقصاه 29 / 3 / 2012 حتى تقوم بالإفصاح اللازم³⁹¹ .

ومما يجدر الإشارة إليه في الحالة السابقة ، أن قرار الشراء الحاصل قد اتخذ من قبل مستثمر مؤسسي - اعتباري - ، وليس من قبل مستثمر طبيعي ، ذلك أن مشتري الأوراق المالية كان شركة " ترست العقارية " ، التي هي شركة مساهمة خصوصية مسجلة في وزارة الاقتصاد الفلسطيني تحت رقم (562420703) ، وهي شركة مملوكة بصورة شبه كلية لشركة " ترست العالمية للتأمين " المساهمة العامة والمدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية³⁹² ، هذا من الناحية.

ومن ناحية أخرى ، فإنه وباستجلاء الوقائع يتبين أن الشراء قد ترتب عليه الهيمنة والسيطرة على الورقة المالية ، ذلك أنه قد وقع على نسبة وصلت إلى (12.75 %) من رأسمال شركة " التكافل الفلسطينية للتأمين " . وقد اشترت شركة " ترست العقارية " هذه الأسهم التي كانت مملوكة لشركة

" تقوم شركة الأوراق المالية بتزويد الهيئة والسوق بتقرير خطي يبين نتائج العرض العام فور الانتهاء من تنفيذ جلسة العرض العام ونشر هذا التقرير في صحيفة يومية واحدة " .
³⁹¹ هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة ترست العقارية لقانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 ، تحت إشارة رقم 2012 / DG128 / GMA ، بتاريخ 8 / 4 / 2012. هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا القرار عبر الرابط التالي :

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/Trust.pdf , 26.03.2013)

³⁹² شركة ترست العالمية للتأمين (2004) : البيانات المالية الموحدة وتقرير مدقق الحسابات المستقل للسنة المنتهية في 31 ديسمبر 2004 . شركة ترست العالمية للتأمين المساهمة العامة المحدودة ، رام الله - فلسطين ، ص 7 .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذه البيانات المالية عبر الرابط التالي :

(<http://www.p-s-e.com/psewebsite/Generalizations/FS-Annual-Audited-2004-TRUST-15032008.pdf> , 27.03.2013)

وأيضاً :

شركة ترست العالمية للتأمين (2010) : التقرير السنوي للعام 2010 . شركة ترست العالمية للتأمين ، رام الله - فلسطين ، ص 27 .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا التقرير عبر الرابط التالي :

(<http://trustpalestine.com/UploadCenter/Files/1333010526.pdf> , 27.03.2013)

" الائتمان للاستثمار والتنمية " ، التي كانت عضو مجلس إدارة شركة "التكافل الفلسطينية للتأمين" ، وكان ذلك عبر توجيهه لأمر شراء إلى شركة " الهدف الأردن للوساطة المالية " والتي كانت شركة " ترست العقارية " عميلتها ³⁹³ .

وبعد عشرين يوماً من الشراء ، تم عقد اجتماع الهيئة العامة لشركة " التكافل الفلسطينية للتأمين" بتاريخ 29 / 4 / 2012 ، والذي ترتب عليه انتخاب شركة " ترست العقارية " كعضو لمجلس إدارة شركة " التكافل الفلسطينية للتأمين " لأربع سنوات قادمة ³⁹⁴ .

وفي اجتماع مجلس إدارة الشركة رقم (3) لسنة 2012 المنعقد بتاريخ 29 / 4 / 2012 ، تم انتخاب " شركة ترست العقارية " نائباً لرئيس مجلس الإدارة ، ومثلها في ذلك الوقت السيد " إيهاب الأشقر " ³⁹⁵ .

وتعتبر هذه الحالة من أعقد تعقيدات الشراء بغرض الاحتكار ، لأنه تم الشراء الاحتكاري بشكل تدريجي ، حيث إنه بالعودة إلى بيانات تداول شركة " ترست " على أسهم شركة " التكافل الفلسطينية للتأمين " يتبين بشكل واضح وجلي إرادة الشركة الأولى بالهيمنة والسيطرة على الثانية .

حيث إنه بتاريخ 30 / 5 / 2011 اشترت شركة " ترست " (46.900) سهم من أسهم شركة " التكافل الفلسطينية للتأمين " ، وكان ذلك من خلال شركة " الشركة العالمية للأوراق المالية " ³⁹⁶ ،

³⁹³ شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية (2012) : كتاب مدير تداول الشركة لبورصة فلسطين بشأن إفصاح بيع أسهم شركة الائتمان للاستثمار والتنمية ، بتاريخ 21 / 3 / 2012 . شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية . نابلس - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :
(http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties TIC 21032012.pdf) ،
27.03.2013)

وأيضاً :
شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية (2012) : كتاب مدير تداول الشركة لبورصة فلسطين بشأن إفصاح شراء أسهم شركة تكافل فلسطين للتأمين من قبل شركة ترست العقارية ، بتاريخ 21 / 3 / 2012 . شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية . نابلس - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :
(http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties2 TIC 21032012.pdf) ،
27.03.2013)

³⁹⁴ شركة التكافل الفلسطينية للتأمين (2012) : إفصاح الشركة لبورصة فلسطين عن نتائج اجتماع الهيئة العامة المنعقد بتاريخ 29 / 4 / 2012 . شركة التكافل الفلسطينية للتأمين . رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا المستند عبر الرابط التالي :
(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/General-Assembly-Decisions-TIC-10042012.pdf>) ،
27.03.2013)

³⁹⁵ شركة التكافل الفلسطينية للتأمين (2012) : كتاب مدير عام الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن قرار مجلس الإدارة رقم 3 / 2012 ، تحت إشارة رقم ش ت ف م / 5 / 1788 / 2012 ، بتاريخ 29 / 4 / 2012 . شركة التكافل الفلسطينية للتأمين . رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :
(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Board-Meeting-Decisions-TIC-02052012.pdf>) ،
27.03.2013)

³⁹⁶ الشركة العالمية للأوراق المالية (2011) : كتاب الشركة لبورصة فلسطين بشأن إفصاح شراء أسهم شركة تكافل فلسطين للتأمين من قبل شركة ترست العقارية ، بتاريخ 30 / 5 / 2011 . الشركة العالمية للأوراق المالية . رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

وهذه النسبة من الأسهم تقارب ذات النسبة التي أصدرت هيئة سوق رأس المال قرارها لشركة " ترست " بالإفصاح عنها .

وبعد ذلك ، وبتاريخ 20 / 3 / 2012 اشترت ما مجموعه (50.000) سهماً ، وهي الأسهم التي صدر بصددها قرار هيئة سوق رأس المال .

ونظراً لاستشعار شركة " ترست " انتباه هيئة سوق رأس المال لتداولاتها على أسهم شركة " التكافل الفلسطينية للتأمين " ، فقد قلصت نسبة تداولاتها ، فبتاريخ 26 / 7 / 2012 اشترت (2.000) سهماً ، وكان ذلك عن طريق " الشركة الوطنية للأوراق المالية " ³⁹⁷ .

ولقد أمعنت شركة " ترست " بعد ذلك بشراء أسهم شركة " التكافل الفلسطينية للتأمين " بشكل معمق أكثر من البداية ، ولكن في ظل ذلك ، تم إجراء العديد من عمليات الشراء بأسهم تعتبر نوعاً ما كبيرة إذا ما قورنت برأسمال الشركة من ناحية ، وحجم التداولات التي تمت على أسهم شركة " التكافل " من ناحية أخرى ، فبتاريخ 15 / 5 / 2012 اشترت شركة " ترست " ما مجموعه (50.000) سهماً من أسهم شركة " التكافل " ، وكان ذلك عن طريق " الشركة العالمية للأوراق المالية " ³⁹⁸ .

وبتاريخ 3 / 6 / 2012 قامت شركة " ترست " بشراء (20.000) سهماً ، وكان ذلك من خلال شركة " المتحدة للأوراق المالية " ³⁹⁹ .

ومما يلفت الانتباه في هذه الحالة ، هو كتاب المدير العام لشركة " التكافل الفلسطينية للتأمين " بشأن الإفصاح عن القوائم المالية للشركة في نهاية 30 / 6 / 2012 ، والذي نصت صفحته الرابعة وتحت بند السيطرة على أنه :

(http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties_TIC_30052011.pdf)

28.03.2013)

³⁹⁷ الشركة الوطنية للأوراق المالية (2012) : كتاب الشركة لبورصة فلسطين بشأن إفصاح شراء أسهم شركة تكافل فلسطين للتأمين من قبل شركة ترست العقارية ، بتاريخ 26 / 7 / 2012 . الشركة الوطنية للأوراق المالية . رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties_TIC_26072012.pdf)

28.03.2013)

³⁹⁸ الشركة العالمية للأوراق المالية (2012) : كتاب الشركة لبورصة فلسطين بشأن إفصاح شراء أسهم شركة تكافل فلسطين للتأمين من قبل شركة ترست العقارية ، بتاريخ 16 / 5 / 2012 . الشركة العالمية للأوراق المالية . رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties2_TIC_16052012.pdf)

28.03.2013)

³⁹⁹ الشركة المتحدة للأوراق المالية (2012) : كتاب نائب المدير العام لشؤون التداول إلى بورصة فلسطين بشأن إفصاح شراء أسهم شركة تكافل فلسطين للتأمين من قبل شركة ترست العقارية ، بتاريخ 3 / 6 / 2012 . الشركة المتحدة للأوراق المالية . رام الله - فلسطين .
ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties_TIC_03062012.pdf)

28.03.2013)

" لم تظهر أية بوادر من قبل أي من مساهمي الشركة تدل على نيتهم للسيطرة على المجموعة" ⁴⁰⁰ .

وأخيراً ، وبتاريخ 3 / 4 / 2013 اشترت شركة " ترست " أكبر قيمة من الأسهم بالمقارنة مع كل ما سبق ، حيث أنه قد بلغ قيمة ما أشرته (73.356) سهماً ، وقد ترتب على هذا الشراء أن ارتفعت نسبة مساهمتها في شركة " التكافل الفلسطينية للتأمين " من (14.186%) إلى (15.054%)⁴⁰¹ .

وتعتبر الحالة السابقة التي أوردنا من أخطر حالات الشراء بغرض الاحتكار ، حيث يتبين بشكل واضح وجلي رغبة شركة " ترست " باحتكار الأوراق المالية الصادرة عن شركة " التكافل " ، وذلك من خلال عدد الأسهم الكبيرة نسبياً التي تم شراؤها ، كما يتبين ذلك أيضاً من خلال مخالفة القواعد والإجراءات الواجبة الاتباع في عروض الشراء العام .

ومما يتوجب الإشارة أن شركة " ترست " لم تقم ببيع الأوراق المالية التي اشترتها ، ولكن إجماعها عن البيع يؤدي في نهاية النهايات إلى تحكمها بالقيمة السوقية للورقة المالية ، وهذا ما سينعكس على قانون العرض والطلب على هذه الورقة ، فكلما قل العرض زاد الطلب ، حيث إنه قد يحدث في المستقبل أن تقوم ببيع الأوراق المالية التي امتلكتها ، ولكن بالسعر الذي تحدده ، نظراً لأنها تملك القدر الأكبر من الأوراق المالية .

وبعد أن انتهينا من تناول أبرز صور منازعات المضاربة غير المشروعة ذات البعد الفردي ، فإن استكمال العلاقة بينها وبين اتفاق التحكيم يستلزم التطرق لكيفية تطبيق اتفاق التحكيم في هذه المنازعات .

ولأن منازعات المضاربة ذات البعد الفردي تؤدي إلى إنشاء العديد من الأضرار المدنية في مواجهة الشركة المصدرة للأوراق المالية ، التي جرى عليها المضاربة غير المشروعة ، وأيضاً في مواجهة المتداولين الذين يعتبرون ضحايا هذه المضاربة ، فإنه يجب أن نفرق ما بين هاتين الحالتين .

⁴⁰⁰ شركة التكافل الفلسطينية للتأمين (2012) : كتاب مدير عام الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن البيانات المالية كما في 30 حزيران 2012 ، تحت إشارة رقم ش ت ف / م / 5 / 2452 / 2012 ، بتاريخ 13 / 8 / 2012 . شركة التكافل الفلسطينية للتأمين . رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Semi-Annual-2012-TIC-14082012.pdf> , 28.03.2013)

⁴⁰¹ شركة ترست العقارية (2013) : كتاب الشركة لبورصة فلسطين بشأن إفصاح المطلعين ، بتاريخ 3 / 4 / 2013 . شركة ترست العقارية . رام الله - فلسطين .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties_TIC_03042013.pdf ,

26.05.2013)

فالحالة الأولى من تطبيق اتفاق التحكيم في هذه المنازعات ، تتجسد في مدى صحة اختصاص الشركة للقائم بأعمال المضاربة غير المشروعة اختصاصاً تحكيمياً ، فإذا كان الأمر سهلاً بالنسبة لوسيلة القضاء حيث يكون للشركة أن ترفع دعوى تطالب بها بالأضرار المدنية التي وقعت جراء المضاربة غير المشروعة ، إلا أن ذلك في وسيلة التحكيم قد يحتاج إلى شيء من الإيضاح .

فبالنسبة لاتفاق التحكيم اللاحق ، فإنه لا يثير مشكلات عملية ، حيث إنه يجوز للشركة والقائم بأعمال المضاربة غير المشروعة أن يتفقا بشكل لاحق لنشأة النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعهم .

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم السابق ، وبالأخص شرط التحكيم إذا ورد في عقد الشركة ، فإنه إذا كان شرط التحكيم قد ورد عاماً بتناوله جميع المنازعات الناشئة عن العقد ، فإنه يصر إلى سريان هذا الشرط على منازعات المضاربة غير المشروعة ، متى وقعت هذه المضاربة على أسهم الشركة ، وليس على أسناد القرض ، وذلك لأن مالكي أسناد القرض يعتبرون دائنين للشركة ، وليس شركاء فيها كما هو الحال بالنسبة للمساهمين ، حتى يصر إلى أن يسري عليهم عقد الشركة .

أما إذا كان شرط التحكيم قد حصر منازعات معينة ، فإنه يصر إلى التقيد بهذه المنازعات ، ومن ثم البحث في مدى اندراج منازعات المضاربة غير المشروعة في ثنايا هذه المنازعات ، فإذا كان شرط التحكيم يتناول منازعات تفسير العقد ، فإن ذلك لا يؤدي إلى اندراج منازعات المضاربة غير المشروعة من ضمنها .

وأما الحالة الثانية من تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات المضاربة غير المشروعة للبعد الفردي ، فإنها تمثل شخص المتداول ، الذي قام باتخاذ قرار التداول على الورقة المالية التي جرت عليها أعمال المضاربة غير المشروعة ، وهذه الحالة تمثل فئة واسعة وعريضة من المتداولين .

وفي هذه الصدد يجب أن نفرق ما بين أمرين ، الأمر الأول يمثل الخطوة الأولية في منازعات المضاربة غير المشروعة ، وذلك حينما يقوم القائم بهذه المضاربة بشراء الأوراق المالية من قبل بعض المتداولين ، فإن المتداول في ظل هذه الخطوة لم يلحقه ضرر ، ذلك أن الشراء في الخطوة الأولى لأعمال المضاربة غير المشروعة يعتبر شراءً عادياً ، وجاء بموجب القيمة السوقية الحقيقية للورقة المالية .

أما الأمر الثاني ، فإنه يمثل الخطوة المتأخرة من المضاربة غير المشروعة ، وذلك حينما يقوم القائم بأعمال هذه المضاربة بالبيع ، فإنه بذلك يحدث أضراراً للمتعاقد الآخر ، حيث إن القيمة السوقية في مثل هذه الحالة لم تحدد على أساس قانون العرض والطلب ، بل بناءً على هوى وإرادة

المضارب مضاربة غير مشروعة . وفي ظل ذلك فإنه يجوز الاتفاق على التحكيم بشكل لاحق لنشأة النزاع ما بين المتعاقد الآخر والقائم بأعمال المضاربة غير المشروعة ، وأيضاً من الممكن الاعتداد بشرط التحكيم ، إذا ورد في عقد الشركة ، متى كانت المضاربة غير المشروعة قد جرت على أسهم الشركة وليس أسناد قرضها .

وإن كان تطبيق ذلك يعتبر سهلاً بالنسبة لمنازعات التداول المظهري ، إلا أنه قد يحتاج إلى قدرٍ من التبيين بالنسبة لمنازعات الشراء بغرض الاحتكار ، وبالأخص في حالة الإحجام عن البيع ، مما يؤدي إلى ارتفاع القيمة السوقية للورقة ، والتي تعتبر أيضاً من منازعات الاستثمار ، إذا ما أدى ذلك إلى دخول الشخص الذي قام بأعمال الشراء بغرض الاحتكار في الهيكل الإداري للشركة .

ومن أجل تبين اتفاق التحكيم في منازعات الشراء بغرض الاحتكار الذي يتم بالمخالفة لقواعد عروض الشراء العام ، فإنه يجب كخطوة أولية أن نجيب عن تساؤل مفاده : هل يجوز الاتفاق على التحكيم بشأن بطلان الشراء الذي تم بالمخالفة لقواعد عروض الشراء العام ؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل ، يتوجب الإشارة إلى أن القواعد التي قررها المشرع بالنسبة لعروض الشراء العام ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام العام ، حيث إن هذه القواعد قد وجدت من أجل حماية مصالح المتداولين ومصدر الورقة المالية فضلاً عن مصلحة السوق ، ونتيجة لذلك فإنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم بصدد تقرير مدى صحة الشراء العام من عدمه ، وذلك لأن المنازعات المرتبطة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة لحلها .

ولكن بالنسبة للأضرار المدنية الناشئة عن الشراء بغرض الاحتكار ، والذي تم بالمخالفة لقواعد عروض الشراء العامة ، فإنه من الممكن الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة لحلها ، وفي هذا الصدد إذا كان عقد الشركة يحتوي على شرط التحكيم ، فإنه يكون للمساهمين اختصام القائم بالشراء بغرض الاحتكار اختصاصاً تحكيمياً بموجب هذا الشرط ، ويجب الإشارة إلى أن هذا الاختصام وعلى الرغم من بطلان الشراء بغرض الاحتكار ، إلا أنه ونتيجة لاستقلال شرط التحكيم عن المنازعة التي تم الاتفاق على التحكيم بصدده ، فإن بطلان كل منهما لا يؤثر على الآخر .

فإذا ما حدث وأن أبطلت الهيئات المشرفة على السوق ، كهيئة سوق رأس المال أو القضاء الشراء الذي تم بالمخالفة لقواعد عروض الشراء العام ، فإن ذلك يؤدي إلى إلحاق أضرارٍ بالأشخاص الذين باعوا هذا القائم بهذا الشراء أوراقهم المالية ، فإنه في مثل هذا الفرض من الممكن الاتفاق بشكل لاحق لنشأة النزاع ما بين الأشخاص الذين اشترى منهم ، للمطالبة بالأضرار المدنية المتولدة عن بطلان هذا الشراء ، أو الاعتداد بشرط التحكيم متى ورد في عقد الشركة .

الفرع الثاني : منازعات المضاربة غير المشروعة ذات البعد التنظيمي

إذا كانت الصورة النمطية لمنازعات المضاربة غير المشروعة تستند إلى وجود متداول أو أكثر يقفون وراء التلاعب بالقيمة السوقية للورقة المالية ، فإن منازعات هذه المضاربة قد تتخذ بعداً تنظيمياً ، وذلك حينما يستند مخطط التلاعب إلى تنظيم يتم إنشاؤه بالاشتراك مع مجموعة من الأشخاص ، يكون هدفه الرئيس التلاعب بالقيمة السوقية للأوراق المالية⁴⁰² ، وهذا ما يعرف بعمليات التلاعب المنظمة (Pools Operation) .

ولأن منازعات المضاربة غير المشروعة التي تتخذ بعداً تنظيمياً تقوم على وجود تنظيمات التلاعب، فإنها بذلك تعتبر الشكل الأكثر تطوراً لمنازعات المضاربة غير المشروعة ، حيث إن في مثل هذه المنازعات يعمل الأشخاص المشتركون في تنظيم التلاعب على القيام بالمحافظة على مصالح التنظيم بشكل مباشر ، وهذا ما يؤدي إلى إعلاء مصالحهم الشخصية بشكل تبعي لتحقيق مصلحة التنظيم ، فمصلحة الأشخاص المشتركين في التنظيم تكون مرهونة بنجاح هذا التنظيم ، فكلما حقق أهدافه ، وذلك ببلورتها إلى أمر واقع من خلال المشتركين فيه، تحققت مصلحة هؤلاء المشتركين بالحصول على الأرباح الناتجة من جراء عمليات التلاعب .

ومن أجل أن يتسم تناولنا لمنازعات المضاربة غير المشروعة ذات البعد التنظيمي بقدرٍ من المنهجية ، فإن ذلك يستلزم أن نتطرق لكيفية إنشاء تنظيمات المضاربة غير المشروعة ، والتي تستند بشكل أساسي على إبرام اتفاقيات التلاعب ما بين جملة من الأشخاص ، من أجل إنشاء تنظيم يعمل على التلاعب بالقيمة السوقية للورقة المالية (أولاً) .

وبعد ذلك نتطرق إلى إثبات مخالفة إنشاء هذه التنظيمات للنظام العام في سوق الأوراق المالية، الذي يستند بشكل أساسي على قانون العرض والطلب ، ويكتسب هذا الإثبات أهمية بالغة الأثر في تطبيق اتفاق التحكيم في المنازعات المتولدة عن اتفاقيات إنشاء تنظيمات التلاعب (ثانياً) .

أولاً : كيفية إنشاء تنظيمات المضاربة غير المشروعة

يعرف تنظيم المضاربة غير المشروعة (تنظيم التلاعب) ، بأنه مجموعة منظمة يتم إنشاؤها بموجب اتفاق مؤقت ، ما بين جملة من الأشخاص الذين يضاربون في سوق الأوراق المالية على القيام بأعمال التلاعب بالقيمة السوقية للأوراق المالية المدرجة في السوق . ويعتبر هذا التنظيم من أخطر السلوكيات في سوق الأوراق المالية ، حيث إن مثل هذا التنظيم يقوم على الجمع ما بين رأس

⁴⁰² Clunie , James (2010) : Predatory Trading And Crowded Exits - New Thinking On Market Volatility - , First Edition . Harriman House , Hampshire - UK , Page 137 .

المال ومهارات المضاربة ، فضلاً عن وجود الأشخاص الذي يملكون النفوذ وشبكات الاتصالات ، فيتم صهر كل تلك الصفات في مشروع يقوم على قدرٍ من النموذجية والاحترافية في التلاعب بالقيم السوقية للأوراق المالية⁴⁰³ .

ويعتبر عنصر رأس المال من أهم عناصر تنظيم التلاعب ، حيث إن مخطط التلاعب يضع نصب عينيه الأوراق المالية التي تكون قيمتها السوقية مرتفعة نوعاً ما ، ونتيجة لذلك فإن تنظيم التلاعب يهدف إلى تجميع أكبر قدر من أصحاب رؤوس الأموال ضمن أعضائه ، وذلك من أجل أن يتم تنفيذ التلاعب بطريق يؤدي في نهاية نهاياته إلى الأرباح الطائلة التي سيتقاسمها المشاركون في التنظيم⁴⁰⁴ ، فمن غير وجود عنصر رأس المال لا يستطيع التنظيم الوصول إلى مراده⁴⁰⁵ .

في ظل ما تقدم ، فإن حجر الزاوية في إنشاء تنظيمات المضاربة غير المشروعة ، يتمثل في اتفاقيات التلاعب (Pools Agreements) ، حيث إن هذه الاتفاقيات يتم إبرامها بواسطة شخصين أو أكثر ، و تستهدف إحداث تغيرات مفتعلة في القيمة السوقية للأوراق المالية بغرض تحقيق الربح لتنظيم التلاعب . و قد تشمل العضوية في مثل الاتفاقيات على وسطاء الأوراق المالية، والعاملين في بعض الشركات التي لها أوراق مالية متداولة⁴⁰⁶ .

وتتنوع اتفاقيات التلاعب بتنوع مخطط التنظيم في التلاعب بقيمة الأوراق المالية السوقية ، حيث إنه يوجد نوعان من هذه الاتفاقيات : يتمثل النوع الأول في اتفاقيات التداول ، بينما يتجسد الثاني في اتفاقيات الاختيار⁴⁰⁷ . ويستند الاختلاف فيما بينهما على كيفية اكتساب التنظيم للأوراق المالية محل التلاعب ، حيث إن الحصول على الأوراق المالية في ظل اتفاقيات التداول يتم من خلال

⁴⁰³ Poitras , Geoffrey (2002) : Risk Management , Speculation , And Derivative Securities . Academic Press , California - USA , Page 42 .

⁴⁰⁴ Scott , David (2003) : Wall Street Words - An A To Z Guide To Investment Terms For Today's Investor - , Third Edition . Houghton Mifflin , Massachusetts - USA , Page 277 .

⁴⁰⁵ من أجل أن يحقق تنظيم التلاعب أهدافه وينجح في الوصول إليها ، فإنه عادة ما يتولى إدارته مديرون مهرة يتوافرون على الخبرة الكافية والمعرفة في خبايا السوق أو مصدر الأوراق المالية التي سيجري عليها التلاعب ، مثل المديرون التنفيذيون للمصدر أو الوسطاء الطبيعيين الذين لهم تاريخ في المهنة . إلا أن أكثر الأشخاص الذين يفتشهم التنظيم ليكونوا مدراء له هم الأشخاص الإداريون في السوق ، حيث إن معرفتهم في السوق ومهارتهم في تنفيذ الأوامر ، فضلاً عن قدرتهم عن التغاضي عن سلوكيات التنظيم كلها صفات تثير رغبة التنظيم . ومما يتوجب الإشارة إليه أن مدير التنظيم لا يقوم بأعماله بدون مقابل ، حيث إن هناك نوعين من الأرباح قد يختار إحداها ، فإما أن يكون مديراً عادياً ويأخذ راتباً مقابل إدارته ، وإما أن يكون شريكاً في هذا التنظيم من خلال حصوله على نسبة معينة مثلاً 10 % من الأرباح الصافية ، ويعتبر النوع الأخير من أكثر الطرق إغراءً ، وذلك لأن المشاركة تكون في الأرباح فقط ، فلا توجد مشاركة في الخسائر التي قد يمتد بها التنظيم .

Teweles , Richard . Bradley , Edward (1998) : The Stock Market , Seventh Edition . John Wiley and Sons , New York - USA , Page 338 .

⁴⁰⁶ عبدلي ، ساري (2012) : أساليب قياس أداء حافظة الأوراق المالية - دراسة حالة بورصة دار البيضاء للقيم المنقولة لسنة 2011 - . رسالة ماجستير ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة - الجزائر ، ص 27 .

⁴⁰⁷ Francis , Jack (1988) : Management Of Investments , Second Edition . McGraw - Hill , New York - USA , Page 118 .

التداول بشكل مباشر عبر السوق ، أما في حالة اتفاقيات الاختيار ، فإن الحصول على الأوراق المالية يستند إلى وجود صفقة اختيار تتم ما بين التنظيم والشركة المصدرة للورقة المالية⁴⁰⁸ .

ففي ظل اتفاقيات التداول (Pools Trading Agreements) يهدف تنظيم التلاعب إلى الحصول على الأوراق المالية ، من خلال ترويج إشاعات عن سوء حالة مصدر ورقة مالية معينة ، أو من خلال قيام الوسطاء باستغلال ثقة عملائهم ، والإيعاز لهم بالتخلص من ورقة مالية معينة ، وفي ظل هذا المناخ الذي يتسم بزيادة العرض نتيجة اندفاع مالكي هذه الأوراق للتخلص منها بأدنى خسارة ممكنة ، تنجھ القيمة السوقية للأوراق المالية نحو الانخفاض حتى تصل إلى أدنى حد ممكن لها ، وحينئذٍ يسعى التنظيم لشرائها ، ثم يبدأ بعد ذلك في نشر معلومات عن تحسن ملحوظ في أداء مصدر هذه الأوراق ، كما يسعى الوسطاء إلى إقناع عملائهم بشراء تلك الأوراق ، فيزداد الطلب وتبدأ القيمة السوقية للورقة في الارتفاع ، فيسارع التنظيم بإبرام صفقات صورية عليها ، حتى يسود الاعتقاد بأن هناك تعاملًا نشطًا على تلك الأوراق ، مما يؤدي إلى المزيد من التحسن في قيمتها السوقية ، وعندئذٍ يقوم التنظيم ببيعها محققاً بذلك أرباحاً طائلة⁴⁰⁹ .

أما بالنسبة لاتفاقيات الاختيار (Pools Option Agreements) ، فإن هذا النوع من الاتفاقيات يستلزم في العادة أن يكون ضمن أطرافها بعض من أعضاء مجلس إدارة الشركة المصدرة للورقة المالية ، ويتمثل دور هؤلاء الأشخاص في المساعدة على إبرام صفقة اختيار بين تنظيم التلاعب وهذه الشركة ، يتجسد مضمونها في أن يحصل التنظيم على الحق في شراء كمية كبيرة من الأوراق المالية للمصدر بشكل مستقبلي بالقيمة السوقية الجارية للورقة المالية ، في الوقت الذي تم في إبرام صفقة الاختيار ، ومن خلال المعلومات المضللة عن مستقبل مزدهر للشركة ، إضافة إلى استغلال الوسطاء الأعضاء في التنظيم لثقة عملائهم تأخذ القيمة السوقية للأوراق المالية في الارتفاع ، فيسارع التنظيم في ممارسة جملة من التداولات المظهرية بقيمة أعلى ، مما يؤدي إلى ارتفاع مضطرد في القيمة السوقية للورقة المالية حتى تصل إلى أقصاه . وهنا يسارع التنظيم في تنفيذ حق الاختيار ، حيث يقوم بشراء الأوراق المالية من المنشأة بالسعر المتفق عليه ، ثم يقوم ببيعها بالسعر السائد محققاً أرباحاً طائلة⁴¹⁰ .

⁴⁰⁸ Poitras , Geoffrey (2012) : From The Renaissance Exchange To Cyberspace - A History Of Stock Market Globalization . In : Poitras , Geoffrey (Editor) Handbook Of Research On Stock Market Globalization . Edward Elgar Publishing , Gloucestershire - UK , Page 104 .

⁴⁰⁹ ضب ، علي . ناصر ، فاطمة (2011) : سلوك المردودية على الأسهم والمخاطرة في الأسواق المالية الإسلامية والتقليدية - دراسة قياسية ومقارنة بين بورصتي ماليزيا وتل أبيب خلال الفترة 1997 - 2010 . في : الملتقى الدولي الأول لمعهد العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير ، بعنوان (الاقتصاد الإسلامي ، الواقع ورهانات المستقبل) ، 23 - 24 فبراير 2011 ، جامعة غرداية ، غرداية - الجزائر ، ص 9 .

⁴¹⁰ هندي ، منير (1993) : الأوراق المالية وأسواق رأس المال . منشآت المعارف ، الإسكندرية - مصر ، ص 180 .

ومما يتوجب الإشارة إليه أن وجود أعضاء مجلس إدارة الشركة المصدرة للأوراق المالية ، سواء أكان ذلك في ظل اتفاقيات التجارة أو اتفاقيات الاختيار ، يساعد التنظيم في الحصول على المعلومات المادية الداخلية من قبل هؤلاء الأشخاص ، وهذا ما يضمن دقة قرارات التداول ، التي يتخذها الأشخاص المشاركون لمصلحة التنظيم .

ثانياً : مخالفة تنظيمات المضاربة غير المشروعة للنظام العام

يستند تحديد القيمة السوقية للأوراق المالية في السوق على قانون العرض والطلب ، فيتم تحديد القيمة على أساس جملة التداولات التي تتم من قبل المتداولين في السوق ، وهذا التداول يتوجب أن يسوده النزاهة والشفافية ، فلا ينفرد متداول أو مجموعة من المتداولين في تحديد هذه القيمة السوقية للأوراق المالية . فوجود سوق الأوراق المالية - وبالأخص السوق الثانوي- يرتبط أساساً بقانون العرض والطلب ، ونتيجة لذلك فإن هذا القانون يعتبر من النظام العام في سوق الأوراق المالية ، فأى تحويل أو تغيير له يعتبر مخالفاً للنظام العام .

وتعتبر اتفاقيات التلاعب التي يتم على أساسها إنشاء تنظيمات المضاربة غير المشروعة من أبرز صور انتهاك قانون العرض والطلب ، حيث إن القيمة السوقية للورقة المالية لم يجرِ تحديدها على أساس جملة تداولات المتداولين في السوق في جو يسوده النزاهة والشفافية ، بل تم تحديد هذه القيمة بناءً على رغبة التنظيم ، وذلك من خلال الأعضاء المشاركين فيه .

وبعيداً عن المنازعات التي ترتبط باتفاقيات التلاعب - مثل منازعات استغلال ثقة العملاء - فإن مخالفة هذه الاتفاقيات للنظام العام عبر انتهاكها لقانون العرض والطلب يؤدي إلى بطلانها، والبطلان في هذه الاتفاقيات يستند إلى عدم مشروعية سبب إبرامها ، فإذا كانت النظرية العامة للعقد توجب أن يتوافر العقد على رضا ومحل وسبب ، فإن السبب يتوجب أن يكون مشروعاً ، فإذا شاب هذا السبب عدم المشروعية فإن ذلك يؤدي إلى أن يهدم الركن الثالث في العقد ، وهذا ما يؤدي إلى بطلانه ، وبناءً عليه تبطل اتفاقيات التلاعب .

وتلقي مخالفة اتفاقيات التلاعب للنظام العام في سوق الأوراق المالية بطلانها على تطبيق اتفاق التحكيم في المنازعات المتولدة عن مثل هذه الاتفاقيات ، وفي هذا الصدد يجب أن نفرق ما بين المنازعات التي تنشأ ما بين أعضاء التنظيم ، وما بين المنازعات التي تحدث ما بين التنظيم والأشخاص الذين تضرروا من أعمال التلاعب التي قام بها هذا التنظيم .

فعلى صعيد منازعات أعضاء التنظيم ، فإن اتفاق التحكيم ، سواء أكان اتفاقاً سابقاً ، مثل شرط التحكيم الذي يكون وارداً في اتفاقية التلاعب ، أو كان بموجب اتفاق منفصل عن هذه الاتفاقية ،

وحتى اتفاق التحكيم اللاحق - مشاركة التحكيم - يعتبر اتفاقاً باطلاً ، وذلك لخروج المنازعات التي تم الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة لحلها من منطقة قابلية التحكيم، حيث إن كل ما يخالف النظام العام لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات المتولدة عنه، فاتفاقية التلاعب وجدت من أجل التلاعب بالقيمة السوقية للأوراق المالية ، وهذا ما يؤدي إلى مخالفتها للنظام ، فنتيجة لذلك يبطل اتفاق التحكيم السابق أو اللاحق بصدد المنازعات التي تحدث ما بين أطراف اتفاقية التلاعب.

أما بالنسبة للمنازعات التي تحصل ما بين التنظيم والأشخاص الذين تضرروا مدنياً من التلاعب الذي قام به التنظيم ، فإن تطبيق اتفاق التحكيم فيه يحتاج إلى شيء من الإيضاح ، وفي هذا الصدد يجب أن نبين نقطتين على درجة عالية من الأهمية ، تتمثل النقطة الأولى في أن اتفاق التحكيم الذي يبرم بمناسبة اتفاقية التلاعب التي على أساسها تم إنشاء التنظيم ، فإنه - فضلاً عن بطلانه - لا يسري على الأشخاص الذين تضرروا من عمليات التلاعب ، وذلك لأنهم لم يكونوا طرفاً في إبرام هذا الاتفاق ، فاتفاق التحكيم نسبي في أثره لا يسري إلا في حق من أبرمه .

أما النقطة الثانية ، فإنها تتمثل في مدى إبرام اتفاق التحكيم ما بين التنظيم من جهة ، وما بين الأشخاص الذين تضرروا من أعمال هذا التنظيم من جهة أخرى ، فنظراً لأن التنظيم قد تم إنشاؤه على أساس اتفاقية التلاعب ، ونظراً لبطلان هذه الاتفاقية ، فإن التنظيم بذاته يعتبر باطلاً ، وعليه فإن تنظيم التلاعب غير متواجد من الناحية القانونية ، ولذلك فإنه لا يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم ما بين التنظيم وما بين الأشخاص الذين تضرروا من جراء أعمال التنظيم ، وهذا البطلان يستمد وجوده من انتفاء أهلية التنظيم ، فاتفاق التحكيم لا يعقد إلا ممن يملك أهلية التصرف في حقوقه .

وأمام بطلان اتفاق التحكيم في الحالات المتقدمة ، فإن تطبيق اتفاق في المنازعات الناشئة ما بين التنظيم وما بين الأشخاص الذين تضرروا مدنياً من أعمال التنظيم ، فمن غير الممكن القول بوجوده، إلا بإبرام اتفاق تحكيم لاحق على نشأة النزاع ما بين أعضاء التنظيم بصفتهم الشخصية وما بين الأشخاص الذين تضرروا مدنياً من أعمال التنظيم .

المبحث الثاني

تطبيق اتفاق التحكيم في المنازعات المتعلقة بممارسة أعمال الأوراق المالية

تعتبر إقامة سوق الأوراق المالية على درجة عالية من المأسسة الصحيحة إحدى أهم الخطوات التي يعزى إليها تدخل المشرع في تنظيم قطاع الأوراق المالية والأسواق التي احتضنتها ، ومن هذا المنطلق فإن المشرع في إطار تدخله هذا قد أوجد جملة من الأشخاص المهنيين الذين يحترفون القيام بأعمال الأوراق المالية ، بل إن المشرع قد فرض بعض هؤلاء الأشخاص فرضاً قانونياً على المتعاملين في سوق الأوراق المالية - كما هو الحال في وسطاء الأوراق المالية - ، فأصبح محترفو أعمال الأوراق المالية جزءاً لا يتجزأ من سوق الأوراق المالية .

وتمثل المنازعات التي تحصل ما بين محترفي أعمال الأوراق المالية والعملاء الذين يرتبطون معهم بعلاقات تعاقدية من أكثر المنازعات حدوثاً في سوق الأوراق المالية ، وإذا ما أردنا أن نحدث مقارنة أولية ما بين منازعات أعمال الأوراق المالية ومنازعات نزاهة التعامل في السوق، فإن المنازعات الأولى ينحصر السواد الأعظم من أضرارها فيما بين العميل من جهة، ومحترف أعمال الأوراق المالية من جهة أخرى ، وهذا بخلاف منازعات نزاهة التعامل في السوق التي يشمل أضرارها مجمل سوق الأوراق المالية ، وبالإضافة إلى ذلك ، فإنه إذا كان المتعامل في ظل منازعات نزاهة التعامل في السوق يعلي مصلحته الشخصية في مواجهة باقي المتعاملين وفي النهاية في مواجهة السوق بأكمله ، فإنه في ظل منازعات أعمال الأوراق المالية يعلي المتعامل - والذي هو في العادة محترف أعمال الأوراق المالية - مصلحته الشخصية في مواجهة مصلحة عميله ، فيرجح مصلحته الشخصية على مصلحة العميل الذي يرتبط معه .

ومن الممكن رد المنازعات التي أُلْفها سوق الأوراق المالية في ميدان العلاقة ما بين ممتني أعمال الأوراق المالية وعمالهم إلى طائفتين رئيسيتين : تتجسد الطائفة الأولى في منازعات مخالفة المتطلبات القانونية للعمل ، حيث يلزم الشخص الذي يمتن أعمال الأوراق المالية بالقيام باستيفاء المتطلبات القانونية للقيام بعمله (**المطلب الأول**) ، أما الطائفة الثانية لهذه المنازعات فإنها تتمثل في منازعات استغلال ثقة العميل ، وفي ظل هذه الطائفة فإن ممتن أعمال الأوراق المالية ينتهك أسس العلاقة المبنية بينه وبين عميله ، والتي تقوم بشكل أساسي على الثقة المتبادلة ما بين الطرفين (**المطلب الثاني**) .

ولئلا يخرج بحثنا لهاتين الطائفتين من المنازعات عن محاكاة الواقع التحكيمي الذي في ظله قيدنا تناولنا لمنازعات سوق الأوراق المالية باتفاق التحكيم ، فإننا سنتولى ربط كل طائفة من هاتين

المنازعتين باتفاق التحكيم ، من خلال البحث عن كيفية الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة لحل مثل تلك المنازعات .

المطلب الأول

تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات مخالفة المتطلبات القانونية للعمل

يعتبر تنظيم مهنة أعمال الأوراق المالية من خلال ضرورة استيفاء الشروط اللازمة لممارسة تلك المهنة من الأمور التي ترفد سوق الأوراق المالية بالأشخاص الذين يكونون على درجة عالية من الكفاءة والخبرة المهنية ، فوجوب ترخيص ممتهني أعمال الأوراق المالية يعتبر أحد أهم الضمانات التي تؤدي إلى المحافظة على العلاقة المتبادلة ما بين المتعاملين في السوق ، ويوفر قدرًا من الحماية لبعض المتعاملين الذين لا تتوفر لديهم الخبرات والتأهيل المهني الكافي ، فضلاً عن أنه يؤدي إلى إبعاد بعض الأشخاص الذين لا تتوفر فيهم الشروط اللازمة لممارسة تلك الأعمال ، مما يؤدي إلى المحافظة على سلامة سوق الأوراق المالية وضبط وتيرة التعامل في هذا السوق .

وعلى الرغم من ذلك ، فإنه قد ينحو بعض الأشخاص إلى امتحان أعمال الأوراق المالية من غير وجود ترخيص مسبق من الجهات المختصة للقيام بمثل تلك الأعمال ، وفي ظل هذا النوع من المنازعات تتجلى مخالفة المتطلبات القانونية للعمل في أقصى صورها ، وتمثل هذه المنازعات أخطر أنواع المنازعات الواقعة في ميدان سوق الأوراق المالية ، وذلك لأن عدم الترخيص يؤدي إلى دخول بعض الأشخاص إلى مهنة أعمال الأوراق المالية ، دون التأكد من استيفاء الشروط اللازمة لمباشرتهم لعملهم (الفرع الأول) .

كما أن مخالفة المتطلبات القانونية لأعمال الأوراق المالية قد تتأتى من خلال قيام ممتهني أعمال الأوراق المالية بمباشرة أعماله من غير وجود تفويض مسبق من قبل عميله للقيام بالأعمال التي أنيط بالقيام بها ، وتعتبر هذه المنازعة صورة متطورة لمنازعات عدم الترخيص ، حيث إنه في ظلها يكون ممتهني أعمال الأوراق المالية قد استوفى الترخيص اللازم ، ولكن في إطار علاقته مع العميل الذي يرتبط معه يقوم بعمله دون وجود موافقة مسبقة للعميل للقيام بهذه الأعمال (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : منازعات عدم الترخيص

ترتبط منازعات عدم الترخيص (Unregistered Disputes) تاريخياً بوجود التدخل التشريعي في تنظيم سوق الأوراق المالية ، ذلك أن الهدف الرئيس الذي يضعه المشرع صوب عينيه في إطار القوانين الحاكمة لسوق الأوراق المالية هو حماية المتعاملين ، وبالأخص المستثمرين في

السوق ، فيتدخل المشرع ويضبط ممارسة أعمال الأوراق المالية من خلال حصول الشخص الذي يقوم بهذه الأعمال - طبيعياً كان أو اعتبارياً - على الترخيص اللازم من قبل الهيئة التي تشرف على سوق الأوراق المالية⁴¹¹ ، فضلاً عن وجوب التسجيل لدى السوق (أولاً) .

ونظراً لما يترتب على منازعات عدم الترخيص من أضرار محدقة تلحق بالمستثمر الذي يتعامل مع الشخص غير المرخص ، فإنها تؤدي إلى تدني مستوى الأمان القانوني في التعامل بسوق الأوراق المالية ، ولذلك فإنها تعتبر من أهم وأخطر المنازعات الواقعة في السوق ، حيث إنه تتعدد الحالات التي يظهر فيها الشخص بكونه غير مستوفٍ للترخيص اللازم للقيام بعمله ، وهذا ما يقتضي الخوض في أبرز صور المنازعات المتفرعة عن عدم ترخيص ممتهني أعمال الأوراق المالية (ثانياً) .

أولاً : الجهات المختصة بترخيص ممتهني أعمال الأوراق المالية

تعتبر الحاجة لوجود إطار مؤسسي وتوفير قدرٍ من النزاهة والشفافية في التعامل في سوق الأوراق المالية من الدوافع الرئيسية ، التي من أجلها وجدت الرقابة والإشراف على القائمين بأعمال الأوراق المالية ، وهذا ما ينأتى من خلال وجوب ترخيص الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين ، الذين يقومون بأعمال الأوراق المالية من قبل هيئة سوق رأس المال الذي ارتبط وجوب ترخيص هؤلاء الأشخاص بوجودها .

ويعتبر الوضع القانوني في فلسطين مختلفاً عما هو في الدول الأخرى ، ذلك أن التسجيل والترخيص كان يتم في البداية من قبل سوق فلسطين للأوراق المالية ، وليس من قبل الهيئة المشرفة على السوق ، وذلك لأن وجود السوق كان أسبق من الناحية الزمنية من وجود الهيئة، فكانت السوق وبموجب اتفاقية التشغيل المبرمة بينها وبين وزارة المالية الفلسطينية تتولى اعتماد ممتهني الخدمات المالية لديها دون الحاجة للترخيص من هيئات إضافية .

ولكن مع دخول قانوني الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 وقانون هيئة سوق رأس المال رقم (13) لسنة 2004 حيز النفاذ القانوني ، أصبح يتوجب على أي شخص يعمل على تقديم الخدمات المالية في سوق الأوراق المالية استيفاء الترخيص اللازم من قبل الهيئة فضلاً عن وجوب تسجيله في السوق .

⁴¹¹ Colby , Robert . Schwartz , Lanny (2012) : What Is a Broker-Dealer? . In : Broker-Dealer Regulation , Second Edition . Practising Law Institute , New York - USA , Page 4 .

وقد رسمت المادة (42) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني الإطار العام لوجوب ترخيص وتسجيل ممتهني أعمال الأوراق المالية ، فاشتترطت هذه المادة في فقرتها الأولى على جميع الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين يعملون على تقديم خدمات الأوراق المالية بوجوب استيفاء الترخيص من قبل الهيئة ووجوب التسجيل لدى السوق ، في حين خولت الهيئة بموجب الفقرة الخامسة من ذات المادة اختصاص إصدار التعليمات التي تحدد إجراءات الترخيص ، ومتطلبات التأهيل ، وأسس الاحتفاظ بالحد الأدنى من رأس المال ، والوضع المالي ، وملاءمة الإدارة والمستويات المهنية والفنية ، ونظراً لتنوع نشاطات الخدمات المالية في ظل سوق الأوراق المالية فقد نص الشرط الأخير من هذه الفقرة على أن للهيئة صلاحية تحديد المتطلبات المختلفة لكل نشاط من أنشطة أعمال الأوراق المالية .

أما في ظل قانون هيئة سوق رأس المال الفلسطيني فقد عدت المادة (3) منه أهداف الهيئة ومهامها ، والتي من ضمنها الإشراف على سوق الأوراق المالية بما يكفل سلامة التعامل ، فضلاً عن الرقابة والإشراف على نشاطات المؤسسات المالية غير المصرفية ، بما فيها تداول الأوراق المالية والخدمات المالية غير المصرفية ، بالإضافة إلى مراقبة تطور المؤسسات المالية غير المصرفية ، بما يضمن سلامة عملها في تقديم الخدمات التي تختص بها . أما المادة (7) من ذات القانون والتي أناطت مجلس إدارة الهيئة بالعديد من المهام ، التي من ضمنها النظر في طلبات الترخيص والموافقة عليها ، فضلاً عن شطب أو تعليق أو إلغاء الترخيص وفرض الغرامات وفقاً للقانون .

وبالنسبة لضرورة التسجيل والعضوية في السوق ، فقد ألزمت المادة (45 / 1) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 جميع الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين يعملون على تقديم خدمات الأوراق المالية ، بالحصول على عضوية السوق لتداول الأوراق المالية في السوق ، كما فرضت على جميع هؤلاء الأشخاص الالتزام بأحكام القانون واللوائح والتعليمات وقواعد السوق الصادرة بمقتضاه . وفي ظل هذا الالتزام أصدرت سوق فلسطين للأوراق المالية نظام العضوية لسنة 2007⁴¹² ، والذي اتبع أسلوب الموافقة المتدرجة للحصول على العضوية ، فيتوجب على طالب الحصول على العضوية أن يتقدم بطلب للجنة التي يشكلها المدير التنفيذي لسوق فلسطين للأوراق المالية للنظر في عضويته⁴¹³ ، ويعتبر تقديم الطلب الخطوة الأولى التي يعلن فيها عن الدخول في مرحلة الموافقة المبدئية للحصول على العضوية⁴¹⁴ ، وبعد استيفاء

⁴¹² صادق مجلس إدارة شركة سوق فلسطين للأوراق المالية على هذا النظام في جلسته الرابعة بتاريخ 3 / 8 / 2006 ، كما صادق مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال الفلسطينية على هذا النظام في جلسته رقم (20) المنعقدة بتاريخ 18 / 12 / 2006 بموجب قراره رقم (2 / 20) .

⁴¹³ المادة (1) من نظام العضوية في سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007 .

⁴¹⁴ نصت المادة (1 / 2) من نظام العضوية في سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007 على أنه :

الشروط اللازمة في ظل الموافقة المبدئية ، ينتقل مقدم الطلب إلى مرحلة الموافقة النهائية ، والذي يصبح فيها مقدم الطلب حاصلاً على الموافقة النهائية اللازمة لممارسة أعمال الأوراق المالية ⁴¹⁵ .

وبناءً على ما تقدم ، فإنه لا يكون لأي شخص أن يباشر أي عمل يتعلق بالأوراق المالية من غير استيفاء الترخيص اللازم لذلك ، ونظراً لحساسية هذه الأعمال ، فقد عمدت هيئة سوق رأس المال على إصدار سلسلة من التعليمات التي تنظم شروط ممارسة نشاطات معينة من أعمال الأوراق المالية ، وقد كان أولها تعليمات ترخيص شركات الأوراق المالية رقم (1) لسنة 2006 ، والتي

" تنظر السوق في طلبات العضوية للشركات طالبة الترخيص من الهيئة ، وتكون شروط الموافقة المبدئية على العضوية كما يلي:

أ- أن تكون الشركة قد تقدمت بطلب ترخيص إلى الهيئة وحول الطلب إلى السوق . ب- أن تكون الشركة المتقدمة للعضوية مؤسسة ومسجلة في فلسطين . ويجوز لشركة الأوراق المالية العضو فيسوق أجنبية التقدم بطلب العضوية لدى السوق إذا كان لها في فلسطين فرع أو شركة تابعة أو شركة قابضة أو شركة حليفة . ج- أن تتحدد غايات وأعمال الشركة بموجب عقد تأسيسها ونظامها الداخلي بالتعامل بالأوراق المالية عن طريق الوساطة أو غيرها من الأعمال المحددة في القانون ، وأن لا يكون مسموحاً لها أن تمارس أية أعمال تجارية أخرى بما في ذلك الأعمال المصرفية والاتجار بالعملة، إلا بموجب ترخيص إضافي من جهات الاختصاص ، وبشرط الفصل الكامل بين هذه النشاطات والنشاط الأساسي المتعلق بالأوراق المالية الذي أهلها للحصول على عضوية السوق . د- أن لا يقل رأس مال الشركة المدفوع عن (2,000,000) مليوني دولار أمريكي أو ما يعادلها من العملة المتداولة قانوناً على أن يكون (1,000,000) مليون دولار أمريكي منه أو ما يعادلها من العملة المتداولة قانوناً أموالاً نقدية أو أصولاً سائلة ، وذلك للشركات الراغبة في بيع وشراء الأوراق المالية المدرجة في السوق ، سواء لحساب العملاء أو لحسابها الخاص . وفي حال رغبت الشركة بممارسة نشاطات أخرى مثل تغطية وبيع إصدارات الأوراق المالية الجديدة وإدارة المحافظ الاستثمارية يجب أن لا يقل رأسمالها عن (4,000,000) أربعة ملايين دولار أمريكي أو ما يعادلها من العملة المتداولة قانوناً على أن يكون (2,000,000) مليوناً دولار أمريكي أو ما يعادلها من العملة المتداولة قانوناً أموالاً نقدية أو أصولاً سائلة . هـ - ألا يكون أي من أعضاء مجلس إدارة الشركة أو هيئة مديريها، حسب الحال ، قد توقف عن دفع ديونه التجارية، حتى لو لم يقترن ذلك بإشهار إفلاسه ، أو يكون قد أشهر إفلاسه ولم يرد له اعتباره، أو يكون قد حُكم عليه في جريمة مخلة بالشرف والأمانة ولم يُرد له اعتباره . و- أن لا تقل نسبة أعضاء مجلس الإدارة ، الذين يتمتعون بدرجة في مجال الأوراق المالية عن 30 % من مجموع أعضاء مجلس إدارة الشركة العضو . ز- أن لا يكون عضو مجلس الإدارة، أو أحد موظفي الإدارة التنفيذية ، عضواً في مجلس إدارة شركة أخرى أو شركة مدرجة (إلا إذا كانت الشركة العضو نفسها مدرجة)، أو أن يعمل في أية وظيفة أخرى لدى شركة مدرجة في السوق، أو أن يعمل لدى الهيئة أو السوق . ح- أن تتعهد الشركة بالالتزام بأحكام القانون وقواعد السوق، وأن تلتزم بالحصول على موافقة السوق في الأمور والقرارات التي تحتاج لمثل هذه الموافقة بموجب قواعد السوق . ط- أن تتعهد الشركة وتلتزم بقبول حق السوق في فرض العقوبات والإجراءات الاحترازية التي تنص عليها الأنظمة والتعليمات الداخلية للسوق ومن بينها الغرامات المالية والحجز على أموال وموجودات الشركة وإيقاف الشركة أو أي من موظفيها عن العمل بشكل جزئي أو كلي بموجب القانون . ي- أن تلتزم الشركة بعدم توظيف أي شخص كمسؤول إداري أو مستشار مالي أو مهني يتعاطى تداول الأوراق المالية ما لم يكن قد رخص له من الهيئة وسجل لدى السوق "

⁴¹⁵ نصت المادة (1 / 3) من نظام العضوية في سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007 على أنه :

" للحصول على الموافقة النهائية لعضوية السوق ، يجب على الشركة خلال فترة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ الموافقة المبدئية أن : أ- تحصل على ترخيص الهيئة . ب- تفتح حساب تسوية لدى بنك التسوية . ج- إذا رغبت الشركة في بيع وشراء الأوراق المالية المدرجة في السوق لحساب العملاء أو لحسابها الخاص فقط، وجب عليها أن تساهم في أية صناديق أو تأمين مشترك تؤسسها السوق، وأن تقدم غطاءً بقيمة (1,500,000) مليون ونصف مليون دينار أردني أو ما يعادلها بالدولار الأمريكي كحد أدنى لضمان تقاض صفقات تداولها اليومية في السوق، سواء كان ذلك خطاب ضمان لمصلحة بنك التسوية، أو إيداع المبلغ لدى بنك التسوية . وإذا رغبت الشركة في ممارسة نشاطات أخرى مثل تغطية وبيع إصدارات الأوراق المالية الجديدة وإدارة المحافظ الاستثمارية وجب أن لا تقل قيمة الغطاء عن (3,000,000) ثلاثة ملايين دينار أردني أو ما يعادلها بالدولار الأمريكي . د- إذا رغبت الشركة في بيع وشراء الأوراق المالية المدرجة في السوق لحساب العملاء أو لحسابها الخاص فقط ، وجب عليها أن تقدم اشتراكات وودائع صناديق ضمان عمليات التسوية في حال تأسيس مثل هذه الصناديق، أو خطاب ضمان لمصلحة السوق بقيمة (300,000) ثلاثمائة ألف دينار أردني أو ما يعادلها بالدولار الأمريكي صادر من بنك يعمل في فلسطين ويكون الضمان نافذاً لمدة سنة ويجدد تلقائياً ، ويغطي أية مسؤولية للشركة العضو تجاه السوق أو الشركات الأعضاء أو العملاء . وإذا رغبت الشركة في ممارسة نشاطات أخرى مثل تغطية وبيع إصدارات الأوراق المالية الجديدة وإدارة المحافظ الاستثمارية وجب أن تكون قيمة خطاب الضمان (600,000) ستمائة ألف دينار أردني أو ما يعادلها بالدولار الأمريكي . هـ - توفر مقراً رئيسياً لممارسة أعمالها يكون مستوفياً للشروط التي تحددها السوق من حين لآخر ، وكذلك توفير الأجهزة التي تلزم لعملها وفقاً للمواصفات المحددة من قبل السوق (حسب Members Operations Manual المقدم من قبل السوق) . و. لا تقبل عضوية شركة الأوراق المالية إلا بعد تعيينها على الأقل : 1- مديراً عاماً متفرغاً حاصلاً على مؤهل جامعي وأن يكون قد عمل في مؤسسات مالية أو مصرفية لمدة لا تقل عن سبع سنوات . 2- نائب مدير عام متفرغاً حاصلاً على مؤهل جامعي وأن يكون قد عمل في مؤسسات مالية أو مصرفية لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات . 3- وسيطاً معتمداً واحداً على الأقل موافق عليه من قبل السوق . 4- مديراً مالياً موافقاً عليه من قبل السوق "

وضعت الشروط العامة للحصول على ترخيص أعمال الأوراق المالية ، سواء أكان ذلك في إطار الشخص الاعتباري المتجسد في شكل الشركة التجارية المساهمة الخصوصية أو العامة ، أوفي إطار الشخص الطبيعي المعتمد والمستخدم لدى شركة الأوراق المالية ، والذي يعمل على تقديم خدمات الأوراق المالية ، وبموجب هذه التعليمات لا يجوز مباشرة أعمال الوساطة المالية ، وإدارة محافظ الأوراق المالية ، ومتعهدي التغطية ، ووكيل الإصدار ، وتسويق الأوراق المالية ، وإدارة الإصدارات الأولية أو الثانوية ، ومستشار الاستثمار ، والمستشار المالي ، والحافظ الأمين دون الحصول على الترخيص اللازم من قبل هيئة سوق رأس المال ⁴¹⁶ .

ثانياً : صور عدم الترخيص

رسمت المادة (62 / 1) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 الإطار العام لمنازعات عدم ترخيص ممتهني أعمال الأوراق المالية ، حيث حظرت على أي شخص أن يظهر في تعامله مع أي شخص آخر بأنه ممتن لأعمال الأوراق المالية ، وأنه استوفى الترخيص اللازم للقيام بأعماله ⁴¹⁷ . وبمزاوجة الإطار العام هذا والواقع العملي فإنه من الممكن رد منازعات عدم ترخيص ممتهني أعمال الأوراق المالية إلى زمرتين رئيسيتين ، تركز الزمرة الأولى منها على انتفاء وجود الترخيص ، وفي ظلها يمارس الشخص الطبيعي أو الاعتباري المتجسد في شكل الشركة التجارية أعمال الأوراق المالية دون وجود أي ترخيص قد صدر من أجل القيام بأعماله ، فلم يسبق للشخص الطبيعي أو الاعتباري في ظل هذه الزمرة أن حصل على ترخيص من قبل هيئة سوق رأس المال أو السوق للقيام بأعمال الأوراق المالية .

وتعتبر منازعات انتفاء ترخيص الشخص الطبيعي ، الذي يمتن القيام بأعمال الأوراق المالية أكثر وقوعاً من منازعات انتفاء ترخيص شركات الأوراق المالية ، وذلك لأن شركات الأوراق المالية تمر بمراحل متعددة من أجل وصولها إلى ممارستها النهائية لعملها في خدمات الأوراق المالية ، كما أن وجوب أن يكون كافة الأشخاص المهنيين الموظفين لدى شركات الأوراق المالية يجعل من

⁴¹⁶ نتيجة لتنوع أعمال الأوراق المالية والحاجة لوجود رقابة على القائمين بها ، سواء أكانت سابقة من خلال استيفاء الترخيص اللازم أو كانت رقابة لاحقة من خلال الإشراف على ممارسة أعمال الأوراق ، فإن هيئة سوق رأس المال قد عمدت إلى إصدار جملة من التعليمات التي تحكم أعمال الأوراق المالية وذلك من أجل ضمان نزاهة وكفاءة سوق الأوراق المالية واستمراريتها ، فأصدرت تعليمات ترخيص صناديق الاستثمار رقم (2) لسنة 2006 التي تحكم كافة مرحلة حياة صندوق الاستثمار باعتباره أحد أعدت سوق الأوراق المالية ، وبعدها أصدرت تعليمات رقم (3) لسنة 2008 بشأن شروط وأحكام منح الترخيص المهني للمستشار المالي ومستشار الاستثمار . ولحقاً بركب الاستثمار المؤسسي أصدرت هيئة سوق رأس المال تعليمات اعتماد مزاولة إدارة محافظ العملاء لدى شركات الأوراق المالية رقم (6) لسنة 2008 ، وأخيراً أصدرت هيئة سوق رأس المال تعليمات ترخيص أمين الإصدار رقم (1) لسنة 2011 .

⁴¹⁷ نصت المادة (62 / 1) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 على أنه :
" يحظر على أي شخص غير مرخص له أن يظهر أمام الغير بصفة مرخص له بصورة مباشرة أو غير مباشرة . أو أن يعلن عن نفسه كمرخص له بأي وسيلة من وسائل الإعلام المختلفة " .

تعدد هؤلاء الأشخاص الطبيعيين أمراً لا يمكن استبعاده ، وهذا ما يبرز بشكل جلي من خلال قائمة هيئة سوق رأس المال بالوسطاء المعتمدين من قبل الهيئة للعام 2013⁴¹⁸ .

فتعامل العميل المستثمر مع شركة الأوراق المالية ينجم عنه أن يتعامل مع الشخص المهني المرخص الذي يعمل لدى هذه الشركة ، الأمر الذي يجعل من وجوب ترخيص هذا الشخص أمراً يعمل على تحقيق قدر من الحرفية والمهنية في القيام بأعمال الأوراق المالية ، وبالأخص في الأعمال التي تتطلب قدراً من الخبرة المهنية كما هو الحال في مهنة الوسيط المعتمد .

وفي ظل هذه الحالة ، فإنه يجب التمييز ما بين القيام بأعمال الوساطة المالية التي تعتبر حكرراً على الشخص الاعتباري المتجسد في شكل الشركة التجارية ، وما بين الشخص الطبيعي الموظف لدى شركة الوساطة ، والذي يقوم بالأعمال المهنية ويرتبط مع عميل الشركة ، وفي ظل ذلك فإنه يتوجب في البداية أن تكون شركة الوساطة المالية قد استوفت الترخيص والعضوية اللازمة ، وفي المقابل فإنه يجب على الشخص الطبيعي الموظف لدى شركة الوساطة والذي يعمل على تقديم أعمال الوساطة المالية لعميل شركة الوساطة أن يكون مرخصاً للقيام بأعماله .

أما الزمرة الثانية ، فإنها تركز بالأساس على صدور ترخيص للشخص للقيام بأعمال الأوراق المالية ، إلا أنه قد تجاوز هذا الترخيص ، فيكون الشخص في ظل هذا التجاوز غير مرخص للقيام بأعمال الأوراق المالية .

وقد تأخذ منازعات تجاوز الترخيص أربعة أشكال رئيسية ، يرتكز الشكل الأول على منازعات تجاوز النشاط المرخص ، وفي ظل هذا الشكل يكون الشخص مرخصاً للقيام بنشاط معين من أنشطة الأوراق المالية فقط ، ويتجاوز نطاق ترخيصه للقيام بعمل يتطلب ترخيصاً إضافياً للقيام به، فيكون هذا الشخص في إطار هذا العمل المتجاوز غير مرخص ، كما هو الحال في قيام الشخص المرخص للقيام بأعمال مستشار الاستثمار بالقيام بأعمال الأوراق المالية الأخرى، مثل نشاط الوساطة المالية دون الحصول على ترخيص إضافي⁴¹⁹ .

⁴¹⁸ أصدرت سوق فلسطين للأوراق المالية مع بداية عام 2013 قائمة بالأشخاص المهنيين الطبيعيين المرخصين ، للقيام أعمال الوسيط المعتمد ، ويتبين من هذه القائمة تعدد وجود الأشخاص المهنيين الطبيعيين لدى شركة الأوراق المالية الواحدة ، فبموجب هذه القائمة ، حصلت شركة سهم للاستثمار والأوراق المالية على أكبر عدد من الوسطاء الماليين المعتمدين والمرخصين من الهيئة فكان عددهم تسعة أشخاص ، في حين اقتسم المرتبة الثانية كلٌّ من شركة لوتس للاستثمارات المالية وشركة الوطنية للأوراق المالية بواقع ستة وسطاء لكل منها ، وكذلك في المرتبة الثالثة فقد اقتسمتها شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية وشركة الوساطة للأوراق المالية فكان العدد الخامس من الوسطاء المعتمدين نصيب كل منها ، بينما جاء في المرتبة الرابعة شركة المتحدة للأوراق المالية والتي بلغ عدد الوسطاء المالي المعتمدين العاملين لديها أربعة وسطاء مرخصين ، وأخيراً في المرتبة الخامسة جاءت شركة العالمية للأوراق المالية وشركة العربي جروب للاستثمار ، واللذان كانتا العدد الثالث من الوسطاء المعتمدين والمرخصين نصيب كل منها .

هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2013) : الوسطاء المعتمدين من قبل هيئة سوق رأس المال الفلسطينية لعام 2013 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/licensees_Docs/Licensed%20Brokers_2011.pdf , 23.03.2013)

⁴¹⁹ في ذلك نصت المادة (2 / 42) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 على أنه :

أما الشكل الثاني ، فإنه يستند على منازعات التجاوز المكاني للترخيص الممنوح ، وذلك بأن يكون الشخص مرخصاً للقيام بأعمال الأوراق المالية في نطاق مكاني محدد ، ويتجاوزه لنطاق مكاني آخر ، فيكون في ظل هذا التجاوز غير مرخص للقيام بعمله ، كما هو الحال في شركة الوساطة التي رخصت للقيام بأعمال الوساطة المالية في سوق فلسطين للأوراق المالية، وتقوم بممارسة أعمال الوساطة في السوق الأمريكي دون الحصول على ترخيص من الهيئة للقيام بهذا العمل ، أو تكون الشركة مرخصة للقيام بأعمال الوساطة المالية في السوق السعودي ، وتباشر أعمال الوساطة المالية في السوق القطري مثلاً⁴²⁰ .

أما الشكل الثالث فإنه يستمد وجوده من منازعات التجاوز الشخصي للترخيص ، وتحدث هذه المنازعات من قبل الشخص الطبيعي المرخص للقيام بعمل من أعمال الأوراق المالية ، ويقوم بتأدية خدماته لدى شركة مرخصة معينة ، ويتجاوز هذا الترخيص من خلال قيامه بأعماله لدى شركة أخرى بخلاف الشركة التي رخص للقيام بأعماله لديها⁴²¹ .

وأخيراً ، فإن الشكل الرابع لمنازعات عدم الترخيص يرتكز على التجاوز الزمني ، وذلك بأن يستمر الشخص المرخص للقيام بأعمال الأوراق المالية بعد انتهاء المدة الزمنية لترخيصه دون القيام بتجديد هذا الترخيص⁴²² .

" يجوز لشركة الأوراق المالية المرخص لها أن تقوم بأعمال مستشار للاستثمار دون ترخيص إضافي ، ولكن لا يجوز لمستشار الاستثمار القيام بالأعمال الخاصة بشركة الأوراق المالية دون ترخيص إضافي " .⁴²⁰ مما يتوجب الإشارة إليه أن المادة الأولى من القرار بقانون رقم (17) لسنة 2009 بشأن التعامل في البورصات الأجنبية قد أوردت حظراً عاماً على جميع شركات الوساطة المرخصة في فلسطين القيام بأعمالها في أي سوق أجنبي ، إلا أنه وبعد الحظر العام هذا استثنى القرار بقانون بموجب المادة (2 / 3) منه شركات الأوراق المالية المرخصة من قبل الهيئة والمسموح لها بممارسة نشاطات وأعمال الوساطة في الأسواق الأجنبية من قبل الهيئة وفقاً لأحكام قانون هيئة سوق رأس المال وقانون الأوراق المالية . وهذا ما يقودنا إلى أنه إذا أرادت شركة الوساطة المرخصة في فلسطين القيام بأعمال الوساطة في سوق أجنبي أن تحصل على ترخيص إضافي من الهيئة وذلك من أجل القيام بأعمالها وحتى تخرج من الحظر العام الذي أوردته المادة الأولى من القرار بقانون السالف الذكر . ولقد أصدرت هيئة سوق رأس المال الفلسطينية في بداية عام 2013 قائمة بأسماء شركات الوساطة التي تباشر أعمالها في الأسواق الأجنبية ، والتي بموجبها تعددت هذه الأسواق الأجنبية ، وقد امتلك سوق عمان المالي حصة الأسد من عدد شركات الوساطة الفلسطينية المرخصة ، للقيام بأعمال الوساطة فيها حيث بلغ عددها ثمان شركات ، بينما احتل سوق دبي المالي المرتبة الثانية بعدد ست شركات ، أما في المرتبة الثالثة فقد اشتركت به سوق أبو ظبي للأوراق المالية والبورصة المصرية بخمس شركات لكل منها ، في حين كان في المرتبة الرابعة السوق الأمريكي بواقع ثلاث شركات ، وأخيراً تقاسم المرتبة الخامسة كلٌّ من سوق المملكة العربية السعودية وسوق قطر للأوراق المالية بواقع شركة مرخصة واحدة لكل منها .

هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2013) : الجهات المرخصة من قبل هيئة سوق رأس المال الفلسطينية لممارسة الأعمال والنشاطات المالية لعام 2013 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/licensees_Docs/Licensed%20Firms_2011.pdf , 22.03.2013)

⁴²¹ في ذلك نصت المادة (3 / 29) من تعليمات هيئة سوق رأس المال الفلسطينية رقم (1) لسنة 2006 بشأن ترخيص شركات الأوراق المالية على أنه :

" يحظر على المرخص له مزاولة أي عمل مرخص إلا من خلال شركة واحدة " .

⁴²² في ذلك نصت المادة (9) من تعليمات هيئة سوق رأس المال الفلسطينية رقم (1) لسنة 2006 بشأن ترخيص شركات الأوراق المالية على أنه :

" 1- تنتهي الرخصة الممنوحة بموجب هذه التعليمات في (31) من شهر كانون أول (ديسمبر) من كل سنة . 2- للهيئة إصدار رخصة جديدة للسنة التالية بناءً على طلب خطي يقدم لهذه الغاية من قبل الشركة وبعد دفع الرسوم المقررة . 3- يجوز للهيئة طلب أي معلومات إضافية عند تقديم طلب تجديد الترخيص . 4- يتعين تقديم طلبات تجديد الترخيص قبل مدة لا تقل عن ستين يوماً من بداية السنة الجديدة " .

أما بالنسبة لتجديد ترخيص الشخص الطبيعي المهني ، فقد نصت المادة (34) من ذات التعليمات على أنه :

وبعد أن تناولنا صور منازعات عدم ترخيص ممتني أعمال الأوراق المالية ، فإننا سنتولى فيما يلي البحث عن كيفية تطبيق اتفاق التحكيم في مثل هذه المنازعات ، وذلك حتى نستطيع المزاوجة ما بين صور منازعات عدم الترخيص من جهة واتفاق التحكيم من جهة أخرى .

فعلى صعيد منازعات انتفاء الترخيص والتي يكون في ظلها الشخص غير حاصل على ترخيص مسبق للقيام بأعمال الأوراق المالية ، فإن اتفاق التحكيم اللاحق على نشأة النزاع لا يثير أية إشكالية، فيكون للعميل الذي ارتبط مع الشخص الاعتباري - شركة الأوراق المالية- الذي ثبت أنه لم يستوف الترخيص اللازم أن يتفق معه على إحالة النزاع المتمثل في الأضرار المدنية للتحكيم .

أما بالنسبة للشخص الطبيعي المرخص والمعتمد لدى إحدى شركات الأوراق المالية ، فإن اتفاق التحكيم اللاحق على نشأة النزاع والمبرم ما بين العميل والشركة يغطي مثل هذه المنازعات ، ذلك أن شركة الأوراق المالية تكون مسؤولة عن مخالفة الأشخاص الطبيعيين الذين تستخدمهم للقيام بمهامها ، ففي مثل هذه الحالة تكون شركة الأوراق المالية مسؤولة اتجاه عميلها عن انتفاء ترخيص الشخص الطبيعي المعتمد لديها ، وذلك من منطلق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه⁴²³ .

أما بالنسبة للشخص الطبيعي المرخص للقيام بأعمال الأوراق المالية والذي يباشر أعماله من غير ارتباط مهني مع أي من شركات الأوراق المالية ، كما هو الحال في مستشار الاستثمار ، فإنه يكون لعميل مثل هذا الشخص الاتفاق على التحكيم بشكل لاحق لنشأة النزاع المتمثل في انتفاء ترخيص هذا الشخص .

وأما بالنسبة لاتفاق التحكيم السابق وبالأخص شرط التحكيم الذي يرد في العقد المبرم ما بين العميل والشخص الذي تبين أنه لم يحصل على الترخيص ، فإنه وفي ظل مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه ، فإن العقد بأصله يعتبر باطلاً ، ولكن ذلك لا يؤثر على شرط التحكيم ، فبطلان العقد الأصلي لا يؤثر على بطلان شرط التحكيم .

وحتى يستوفي تطرقنا لتطبيق اتفاق التحكيم في منازعات عدم الترخيص قدرأ من الكفاية ، فإنه يتوجب أن نتطرق لكيفية الاتفاق على التحكيم في ظل الزمرة الثانية لمنازعات عدم الترخيص ، والمتمثلة في منازعات تجاوز الترخيص .

" 1- مدة الترخيص المهني الممنوح بموجب هذه التعليمات هي سنة . 2- يجدد الترخيص المهني سنوياً بموجب تعليمات الهيئة بعد دفع الرسوم المقررة " .
⁴²³ في ذلك نصت المادة (2 / 6) من قواعد السلوك المهني للعمل داخل سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007 على أنه :
" تكون الشركة العضو مسؤولة عن مخالفة مستخدميها للقانون وقواعد السوق " .

ونظراً لوجوب تحديد النزاع في اتفاق التحكيم اللاحق ، فإن تطبيق هذه الصورة من اتفاق التحكيم في منازعات تجاوز الترخيص لا تخرج عن الإطار العام ، القاضي بجواز الاتفاق على التحكيم في أي نزاع لاحق على نشأة النزاع متى تم تحديد موضوعه بشكل دقيق في اتفاق التحكيم ، فيكون للعميل وممتهن أعمال الأوراق المالية الذي تجاوز ترخيصه الاتفاق بشكل لاحق على إحالة الأضرار المدنية الناشئة عن تجاوز الترخيص للتحكيم .

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم السابق وبالأخص شرط التحكيم ، فإن تطبيقه في منازعات الشكل الأول والثاني والثالث لمنازعات تجاوز الترخيص يحتاج إلى قدر من التحليل ، حيث إن شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم ما بين العميل وممتهن أعمال الأوراق المالية في ظل المبدأ العام القاضي بأن اتفاق التحكيم يعتبر اتفاقاً نسبياً لا يسري إلا في صدد العلاقة التي ورد فيها، فإن شرط التحكيم قد ورد في مناسبة إبرام العقد لمباشرة نشاط معين من أعمال الأوراق المالية ، ولذلك فإن شرط التحكيم يحكم منازعات هذا النشاط فقط ، ولا يمتد لغيره من المنازعات ، ولذلك فإن تجاوز ممتهن أعمال الأوراق المالية لنشاط آخر غير النشاط الذي ورد في العقد المبرم ما بينه وبين العميل يؤدي إلى خروج منازعات هذا التجاوز عن المنازعات التي جاء في مناسبتها شرط التحكيم ، ومن ثم لا يصار إلى الاعتراف بشرط التحكيم في مثل هذه المنازعات .

ولكن بالنسبة لتطبيق شرط التحكيم في منازعات الشكل الرابع من تجاوز الترخيص والمتمثل في تجاوز الترخيص الزمني ، فإنه يثير معضلة عملية ، تتمحور حول : هل شرط التحكيم يغطي مثل هذه المنازعات أم أنه يخرج عنها فلا يصار إلى الاعتراف به ، ومن ثم لا مناص إذا ما أراد أطراف النزاع اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع الاتفاقي لاحقاً على نشأة النزاع ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقضي المقارنة ما بين منازعات الشكل الأول والثاني والثالث مع منازعات الشكل الرابع ، حيث إنه إذا كانت من منازعات الأشكال الثلاثة الأولى قد خرجت من اتفاق التحكيم من منطلق نسبية اتفاق التحكيم ، وذلك لأن شرط التحكيم قد ورد بصدد علاقة قانونية محددة ، وأن التجاوز قد انصرف إلى علاقة قانونية غير العلاقة التي جاء في مناسبتها شرط التحكيم .

إلا أنه بالنسبة لمنازعات تجاوز الترخيص الزمني ، فإن ممتهن أعمال الأوراق المالية قد قام بذات جنس عمله ، ولكنه خالف المدة الزمنية المحددة في الترخيص الذي منح له ، وهذا ما يؤدي إلى أن يعتبر عمله في هذا التجاوز باطلاً ، وإذا نظرنا لذلك من منظور مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، فإن بطلان أي منهما لا يؤثر على الآخر ، ومن هذا المنطلق فإن شرط التحكيم من الممكن الاعتراف به ، فيكون للعميل اختصام ممتهن أعمال الأوراق المالية الذي ارتبط معه برباط

تعاقدية اختصاصاً تحكيمياً على أساس شرط التحكيم الوارد في العقد ، وأيضاً من الممكن تأسيس ذلك على أن شرط التحكيم لم يخرج عن العلاقة القانونية التي جاء بمناسبةها .

الفرع الثاني : منازعات عدم التفويض

أصبح وجود ممتهني أعمال الأوراق المالية أمراً لا يمكن إنكاره ، وبالأخص بعد تدخل المشرع في تنظيم قطاع الأوراق المالية⁴²⁴ ، وعلى الرغم من هذا الوجود إلا أن ممتهني أعمال الأوراق المالية لا يقومون بتأدية أعمالهم من غير قيد أو ضابط يحكم عملهم ، ذلك أن هؤلاء الأشخاص يقومون بعملهم بموجب عمل قانوني ملزم لجانبين يجمعهما مع العميل الذي يرتبطون معه ، وهذا ما يتجلى في العقد الذي يتم إبرامه ما بين ممتهن أعمال الأوراق المالية من جهة ، والعميل الذي يقوم ممتهن أعمال الأوراق المالية بتقديم خدماته له ، ولذلك فالضابط الذي يحكم العلاقة ما بين ممتهن أعمال الأوراق المالية وعميله هو العقد الذي بموجبه يفوض العميل ممتهن أعمال الأوراق المالية بالقيام بأعمال الأوراق المالية نيابة عنه أو لصالحه .

وإذا كان ما تقدم يعتبر من الأمور الجوهرية التي تضبط عمل ممتهني أعمال الأوراق المالية، إلا أن بعض ممتهني هذه الأعمال - وفي إطار قيامهم بعملهم لصالح عميلهم - قد يقومون ببعض الأعمال من غير وجود تفويض مسبق ينبأ عن موافقة حقيقية في إطار القواعد القانونية التي نظمت ضوابط العقد المبرم ما بين ممتهن أعمال الأوراق المالية وعميله ، وهذا ما يحدث في منازعات عدم التفويض (Unauthorized Trading)⁴²⁵ ، حيث يقوم ممتهن أعمال الأوراق بإجراء بعض الصفقات في حساب عميله دون وجود تفويض مسبق من قبل هذا العميل⁴²⁶ .

ومن الممكن تقسيم القواعد الناظمة لسوق الأوراق المالية التي يتم انتهاكها في حالة منازعات عدم التفويض إلى مجموعتين رئيسيتين : تركز المجموعة الأولى على مخالفة المتطلبات القانونية التي توجب على ممتهن أعمال الأوراق المالية أن يرتبط مع عميله بموجب ارتباط عقدي خطي يجمعهما، وبموجب هذا الارتباط يحصل ممتهن أعمال الأوراق المالية على تفويض من قبل العميل بإجراء أعمال الأوراق المالية لصالحه أو نيابة عنه (أولاً) ، أما المجموعة الثانية من منازعات

⁴²⁴ يلعب ممتهنو أعمال الأوراق المالية دوراً جوهرياً في سوق الأوراق المالية ، فهم وإلى جانب المستثمرين ومصدري الأوراق المالية يعتبرون ركناً جوهرياً من أركان المتعاملين في السوق ، فلا يوجد - في إطار الأسواق المنظمة تشريعاً - سوقاً للأوراق المالية من غير وجود أشخاص يمتنون القيام بأعمال الأوراق المالية .

⁴²⁵ تعتبر منازعات عدم التفويض من المنازعات التي تظهر فيها مخالفة المتطلبات القانونية ، للقيام بأعمال الأوراق المالية بشكل واضح وجلي ، حيث فرضت القواعد الناظمة لسوق الأوراق المالية جملة من الضوابط التي تنظم العلاقة التي تربط ممتهن أعمال الأوراق المالية وعميله ، فانتهاك هذه المتطلبات يؤدي إلى مخالفة قواعد العمل التي رسمها المشرع في إطار تنظيمه لأعمال ممتهني أعمال الأوراق المالية .

⁴²⁶ Anjier , John . Denegre , George (2001) : A Bull Market For Investor Claims - Disputes Between Customers And Brokers / Brokerage Firms - . Louisiana Bar Journal , Volume 49 , Issue 4 , Louisiana State Bar Association , Louisiana - USA , Page 284 - 285 .

عدم تفويض فإنها تحصل حينما يقوم ممتهن أعمال الأوراق المالية بإجراء بعض الأعمال في حساب عميله الذي يرتبط معه برباط عقدي خطي دون تفويض منه ⁴²⁷ (ثانياً) .

أولاً : عدم التفويض السابق

الأصل في العقود الرضائية وعدم اشتراط شكلية معينة فتنشأ بمجرد توافق الإرادتين ، ويكفي تبادل الإيجاب والقبول وتوافقهما ، ومع ذلك فقد تضيف القاعدة القانونية بعض الأعمال الشكلية إلى رضا طرفي العقد لانعقاده ، وذلك حتى يتحقق الاستقرار في التعامل ، ورغبة من المشرع في تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية وسياسية يقدرها ، حينما يضيف ركناً شكلياً لإرادة المتعاقدين .

ونتيجة لخطورة العقود التي تبرم ما بين العملاء وممتهني أعمال الأوراق المالية ، فقد درجت القواعد القانونية الفلسطينية النازمة لسوق الأوراق المالية على إضافة ركن الكتابة إلى الرضا والمحل والسبب في مثل هذه العقود ، ومن هذا المنطلق فإن كل العقود التي تعقد ما بين ممتهني أعمال الأوراق المالية والعميل الذي يرتبط معها تعتبر عقوداً شكلية ، فكالكتابة في هذه العقود هي ركنٌ شكليٌ وليست شرطاً للإثبات ، فلا يعقد العقد إلا بتوافر ركن الكتابة .

وتعتبر تعليمات مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال رقم (1) لسنة 2006 ، بشأن ترخيص شركات الأوراق المالية المبين الرئيس لضرورة إضافة ركن الكتابة للعقود المبرمة ما بين العميل وشركة الأوراق المالية ، حيث زخرت مواد هذه التعليمات باشتراط وجوب الكتابة في هذه العقود ، ولقد تكرر ذلك في العديد من مواد هذه التعليمات .

وتقف المادة (7) من هذه التعليمات في مقدمة المواد التي احتوت الشكل الكتابي للعقود المبرمة ما بين ممتهني أعمال الأوراق المالية والعملاء الذين يرتبطون معهم ، حيث ربطت هذه المادة ما بين ترخيص ممتهن أعمال الأوراق المالية ووجوب تقديمه صورة عن نموذج اتفاقية التعامل في الأوراق المالية التي سيستخدمها ممتهن أعمال الأوراق المالية في إطار علاقته مع عميله ⁴²⁸ . وبعد

⁴²⁷ Schulz , Douglas (1994) : When Is An Order An Order ? Unauthorized Trading By Securities Brokers . In : Securities Arbitration , Unauthorized Trading Chapter . Practicing Law Institute - PLI - , New York - USA , Page 3 .

⁴²⁸ نصت المادة (7) من تعليمات مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال رقم (1) لسنة 2006 بشأن ترخيص شركات الأوراق المالية على أنه :

" يقدم طلب الترخيص لممارسة أي من الأعمال والنشاطات المالية المنصوص عليها في القانون وفي المادة (3) من هذه التعليمات خطياً إلى الهيئة وفق النموذج المعد لهذه الغاية من قبل الهيئة. ومذيلاً بتوقيع مقدمه مع تعهده تحت طائلة المسائلة القانونية بصحة المعلومات الواردة في طلب الترخيص. ويجب أن يكون مبيناً فيه أو مرفقاً معه ما يلي : ... 13- نموذج اتفاقية التعامل في الأوراق المالية ، ونموذج فتح الحساب ونماذج كشوف حساب العملاء الدورية ، والكشوف التنظيمية اللازمة لسير العمل. ويجوز لمقدم الطلب تزويد الهيئة بالنماذج والكشوف بعد الحصول على الترخيص " .

هذه المادة توالى المواد التي تبين اشتراط الشكل الكتابي في ممارسة بعض أعمال الأوراق المالية بذاتها ، كما هو الحال في ممارسة أعمال مدير الإصدار والحافظ الأمين⁴²⁹ .

وعلى الرغم من تبين المواد السابقة للشكل الكتابي للعقود التي تبرم في إطار ممارسة أعمال الأوراق المالية ، سواء أكان ذلك في ربط تقديم الترخيص بوجود صورة عن الاتفاقية التي سيستخدمها ممتن أعمال الأوراق المالية ، أو تبين ذلك لبعض أعمال الأوراق المالية ، إلا أن نص المادة (43) من تعليمات ترخيص الشركات السالفة الذكر قد رسمت الإطار العام لوجوب اشتراط الركن الكتابي في العلاقة ما بين شركات الأوراق المالية وعملائها ، حيث قضت بوجوب تنظيم علاقة الشركة بالغير - بما فيهم العملاء - بموجب اتفاقيات خطية⁴³⁰ .

وعلى الرغم من شمولية المواد التي تناولتها تعليمات ترخيص شركات الأوراق المالية ، وذلك بانصرافها إلى كل الشركات التي تمارس أعمال الأوراق المالية ، إلا أن الهيئة في إطار تنظيمها لبعض أعمال الأوراق المالية قد درجت على أفراد نصوص خاصة في التعليمات التي أصدرتها ، وتبين وجوب اشتراط الشكل الكتابي في العقود التي تبرم ما بين بعض شركات الأوراق المالية والعملاء الذي يتعاقدون معها ، كما هو الحال بالنسبة للشركات التي تتولى أعمال أمين الإصدار والشركات التي تقوم بإدارة محافظ العملاء⁴³¹ .

⁴²⁹ نصت المادة (22) من تعليمات مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال رقم (1) لسنة 2006 بشأن ترخيص شركات الأوراق المالية على أنه :

" يمارس مدير الإصدار أعمال تغطية الإصدار بموجب اتفاقية التغطية المبرمة بينه وبين المصدر " .
كما نصت المادة (2 / 26) من ذات التعليمات على أنه :

" يمارس الحافظ الأمين أعماله بموجب اتفاقية موقعة بينه وبين المستثمر " .
⁴³⁰ نصت المادة (43) من تعليمات مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال رقم (1) لسنة 2006 بشأن ترخيص شركات الأوراق المالية على أنه :

" تنظم علاقة الشركة بالغير . بما في ذلك العملاء . بموجب اتفاقيات خطية تعقد بين ذوي العلاقة " .
وأيضاً تكرر ذلك في المادة (1 / 56) من ذات التعليمات حيث نصت على أنه :

" 1- على الشركة أن تضع إجراءات عمل خطية للتعامل مع العملاء تكون متفقة مع معايير العمل المتبعة ، بحيث تمكنها من خدمة العملاء بصورة مناسبة، كما يتوجب عليها أن تتخذ الخطوات الضرورية للإشراف على هذه الإجراءات ومتابعتها بصورة ملائمة . على أن تكون متفقة مع الأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بهذا الخصوص " .
وبالإضافة إلى ذلك ، فقد بينت المادة (57) من تعليمات ترخيص شركات الأوراق المالية ضرورة وجود العقد الكتابي الذي يعقد ما بين العميل وشركة الأوراق المالية ، ولقد اعتبرت هذه المادة الشكل الكتابي من الأمور التي يجب على أساسها أن يتم تنظيم العلاقة ما بين العملاء وشركات الأوراق المالية ، فنصت على أنه :

" 1- تنظم العلاقة بين العملاء والشركة بموجب اتفاقية خطية لكل نشاط من النشاطات المالية والخدمات التي تقدمها الشركة لعميلها . ويجب أن تكون متوافقة مع أحكام القانون والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة عن الهيئة بمقتضاه . 2- على الشركة أو الأشخاص المهنيين لديها عند تعاملهم بالأوراق المالية لصالح العملاء المصادقة على صحة توقيعاتهم. وذلك بعد التثبت من هويتهم وأهليتهم للتعاقد على أن تتحمل الشركة مسؤولية صحة تلك التوقيعات " .

⁴³¹ نصت المادة (5) من تعليمات مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال رقم (1) لسنة 2011 م بشأن ترخيص أمين الإصدار على أنه:
" تقدم طلبات الترخيص لممارسة أعمال الإصدار خطياً إلى الهيئة وفق النموذج المعد لهذه الغاية موقعاً من الجهة طالبة الترخيص مع التعهد بصحة المعلومات الواردة فيه ويكون مبنياً فيه ومرفقاً به ما يلي : ... 10- إجراءات العمل الخطية المنوي تطبيقها ... 15- نسخة من أي اتفاقية يبرمها طالب الترخيص مع أي طرف آخر للقيام بمتطلبات العمل " .

وهذا أيضاً ما جاءت به تعليمات هيئة سوق رأس المال رقم (6) لسنة 2008 بشأن اعتماد مزاولة إدارة محافظ العملاء لدى شركات الأوراق المالية ، حيث أوجبت المادة (3) منها على مدير الاستثمار الذي يتولى إدارة محافظ العملاء لدى شركة الأوراق المالية أن يقوم بأعماله بموجب الاتفاق الخطي المبرم مع العميل ، فنصت هذه المادة على أنه :

وبالإضافة إلى النصوص التي جاءت بها تعليمات ترخيص شركات الأوراق المالية ، والتي جاءت بشكل مباشر لتنظيم أعمال ممتهني الأوراق المالية الذين يباشرون أعمالهم في إطار الشخصية القانونية الاعتبارية المتجسدة في شكل الشركات التجارية ، فإن هناك بعض التعليمات التي أصدرتها هيئة سوق رأس المال التي تتناول تنظيم أعمال ممتهني الأوراق المالية الذين يتوافرون على الشخصية القانونية الطبيعية ، ولقد أوجبت هذه التعليمات وجوب اشتراط الشكل الكتابي كركن أساسي في العقود التي تبرم ما بين الشخص الطبيعي الذي يمتن أعمال الأوراق المالية ، مثل : المستشار المالي ، ومستشار الاستثمار ، والعميل الذي يرتبط معه ⁴³² .

وفي إطار ما تقدم ، فإن عدم التزام ممتهن الأوراق المالية بالشكل الكتابي للعقد المبرم مع عميله يؤدي إلى عدم وجود العقد من الناحية القانونية ، فالكتابة في مثل هذه العقود تعتبر ركناً للانقضاء وليس شرطاً للإثبات ، ونتيجة لذلك فإنه إذا لم يلتزم ممتهن الأوراق المالية بهذا الشكل ، فإن قيامه بعمله فيما بعد يؤدي إلى أن يمارس عمله من غير وجود تفويض من قبل العميل للقيام بأعمال الأوراق المالية ، ولقد أدرجنا منازعات عدم الالتزام هذا تحت (عنوان عدم التفويض السابق) ، وذلك لأن ممتهن الأوراق المالية يقوم بأعماله من غير وجود عقد كامل الأركان يجمعه مع عميله .

وإن تحليل ذلك ، يؤدي إلى أن ترتكب منازعات عدم التفويض السابق على مرحلتين ، تمثل المرحلة الأولى حالة نادرة من التعامل ، وهي أن يقوم ممتهن الأوراق المالية بالقيام بأعماله لصالح العميل ، من غير وجود أي ارتباط عقدي كتابي أو شفوي ، وهذه المرحلة تعتبر نادرة في التعامل في سوق الأوراق المالية ، ذلك لأن ممتهن الأوراق المالية يقوم بعمله لقاء أتعاب مالية ، يتم الاتفاق عليها بينه وبين العميل ، وهذا ما يؤدي منطقياً إلى ضرورة وجود ارتباط عقدي كتابياً كان أو شفويّاً .

أما المرحلة الثانية من منازعات عدم التفويض السابق ، فإنها تتجسد في وجود ارتباط عقدي ما بين ممتهن أعمال الأوراق المالية وعميله ، ولكن هذا العقد لم يتم إفراغه في شكل كتابي ، حيث يبرم ممتهن أعمال الأوراق المالية والعميل الذي يرغب بالحصول على الخدمات من هذا الممتن عقداً

" يجب على مدير الاستثمار القيام بما يلي : 1- إدارة محفظة الأوراق المالية العائدة لعملاء الشركة الموافق لها بمزاولة هذا النشاط، وفقاً للاتفاقية الموقعة معه، مع بذل قدر كافٍ من العناية المهنية الضرورية ... " .
⁴³² في ظل هذا السياق ربطت المادة (3) من تعليمات هيئة سوق رأس المال رقم (3) لسنة 2008 بشأن شروط وأحكام منح الترخيص المهني للمستشار المالي ومستشار الاستثمار ترخيص المستشار المالي الطبيعي بوجوب تقديمه نسخة عن الاتفاق الخطي المعتمد الذي يوقعه المستشار المالي مع عملائه عند تقديمه طلب الترخيص ، حيث نصت هذه المادة على أنه :
" يجب على الشخص الطبيعي الذي يمارس مهام المستشار المالي الالتزام بالشروط التالية : ... 5- تزويد الهيئة بنموذج الاتفاق الخطي المعتمد لديها الذي يوقعه المستشار المالي مع عملائه عند تقديمه طلب الترخيص " .
وأيضاً تكرر ذلك بالنسبة لمستشار الاستثمار الطبيعي وذلك بموجب المادة (6) من ذات التعليمات ، حيث نصت هذه المادة على أنه :
" يجب على الشخص الطبيعي الذي يمارس مهام مستشار الاستثمار الالتزام بالشروط التالية : ... 5- يجب تزويد الهيئة بنموذج الاتفاق الخطي الذي يوقعه مستشار الاستثمار مع عملائه عند تقديمه طلب الترخيص " .

شفوياً ، وتختلف هذه المرحلة عن المرحلة الأولى في وجود العقد ، فيكون هناك عقدًا اكتمل فيه ركن الرضا والمحل والسبب ، ولكن تخلف فيه ركن الكتابة .

ثانياً : عدم التفويض اللاحق

إذا كانت الصورة الأولى من منازعات عدم التفويض تقتضي أن يقوم ممتن أعمال الأوراق المالية بتقديم خدماته من غير وجود عقد خطي بينه وبين عميله ، فإن الصورة الثانية لمنازعات عدم التفويض تحصل حينما يقوم ممتن أعمال الأوراق المالية بعد الارتباط العقدي الخطي مع عميله ببعض الأعمال في حساب العميل ، دون وجود تفويض من قبله للقيام بهذه الأعمال⁴³³ .

ولقد أطلقنا على هذه الطائفة من المنازعات التفويض اللاحق ، نظراً لوجود ارتباط عقدي سابق بين ممتن أعمال الأوراق المالية والعميل ينشأ عن تفويض العميل ممتن أعمال الأوراق المالية بالقيام بهذه الأعمال نيابة عنه أو لصالحه ، ولكن التفويض انتفى في المرحلة اللاحقة للارتباط العقدي ، وذلك بقيام ممتن أعمال الأوراق المالية بالقيام ببعض الأعمال في حساب العميل دون وجود تفويض من قبل العميل للقيام بمثل تلك الأعمال⁴³⁴ .

وتعتبر أكثر حالة عملية تمثل منازعات التفويض اللاحق قيام وسيط الأوراق المالية أو مستشار الاستثمار بإدخال أمر البيع أو الشراء على ورقة مالية ما لحساب العميل ، دون أن يكون هناك تفويض من قبل العميل للقيام بهذا العمل⁴³⁵ . ولقد رسمت المادة (44 / 1) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 النظرية العامة لوجوب وجود التفويض من قبل العميل ، حيث فرضت هذه المادة التزاماً عاماً على كافة شركات الأوراق المالية ومستشاري الاستثمار ، ومفاده الامتناع عن القيام بعمليات شراء وبيع الأوراق المالية في حسابات المستثمرين دون تفويض رسمي من قبلهم⁴³⁶ .

⁴³³ Roba , Carl (2004) : How to Recover Stock Market Losses With Or Without An Attorney . Specialist Press International Books - SPI - , New York - USA , Page 25 .

⁴³⁴ مما يتوجب الإشارة إليه أن منازعات عدم التفويض اللاحق هي من منازعات مخالفة المتطلبات القانونية لعمل ممتن الأوراق المالية وليست من ضمن منازعات استغلال ثقة العميل ، ذلك لأنه في ظل منازعات عدم التفويض اللاحق يقوم ممتن أعمال الأوراق المالية بأعماله بعد الارتباط العقدي دون وجود تفويض من قبل العميل ، فموافقة العميل على مثل تلك الأعمال غير متوفرة ، أما في ظل منازعات استغلال ثقة العميل فإن العميل يظهر موافقة صريحة لعمل ممتن أعمال الأوراق المالية ، ولكن قد تم استغلال الثقة الممنوحة لهذا الشخص . ومما يؤكد أن منازعات عدم التفويض اللاحق تعتبر من منازعات مخالفة متطلبات القانونية للعمل ، هو أن ممتن أعمال الأوراق المالية لا يقوم بعمله إلا بموجب الأوامر التي يلقيها إليها عميله ، وفي ذلك نصت المادة (51) من نظام تداول الأوراق المالية في سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2006 على أنه :

" يتصرف الأعضاء نيابة عن العملاء وفقاً للأوامر التي يتلقونها منهم، وعليهم التأكد من صحة تلك الأوامر وملكية العملاء للأوراق المالية والأموال اللازمة لتنفيذ الأوامر " .

⁴³⁵ Schexnayder , Martin (2009) : Securities Broker Liability In Texas . Texas Bar Journal , Volume 72 , Issue 3 , State Bar Of Texas , Texas - USA , Page 184 .

⁴³⁶ نصت المادة (44 / 1) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 على أنه :
" على شركات الأوراق المالية ومستشاري الاستثمار الالتزام بما يلي : ... س- الامتناع عن القيام بعمليات شراء وبيع متعددة لحسابات المستثمرين دون تفويض رسمي " .

ويستلزم تبين التفويض الرسمي التطرق لكيفية تلقي ممتن الأوراق المالية لهذا التفويض من قبل العميل ، حيث إن التفويض الرسمي يتجسد في وجود أمر من قبل العميل لممتن الأوراق المالية بتنفيذ عملية بيع أو شراء لورقة مالية ما . وبمفهوم المخالفة فإن عدم التفويض يحصل حينما يقوم ممتن أعمال الأوراق المالية بالقيام بإجراء صفقة في حساب العميل من دون أن يتلقى أمراً من قبل العميل أو بالمخالفة للتعليمات التي حددها العميل بموجب الأمر الذي أعطاه لممتن أعمال الأوراق المالية .

ولأن السرعة والوقت يعتبران عاملان يكتسبان أهمية بالغة الأثر في التعامل في سوق الأوراق المالية ، فإن نظام تداول الأوراق المالية في سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2006 قد راعى هذين العاملين ، بأن جعل بالإمكان للعميل إصدار أوامره للوسيط عبر وسائل الاتصال المسموعة ، مثل : المكالمات الهاتفية ، أو من خلال وسائل الاتصال المكتوبة؛ مثل : الفاكس ، أو البريد الإلكتروني⁴³⁷ .

وتعتبر الأوامر الشفوية التي يرسلها العميل للوسيط من أخطر طرق التفويض ، وذلك لصعوبة التثبت منها أو الرجوع إليها ، ومن الممكن اعتبارها من الحالات التي تلقى مجالاً رحباً لمنازعات عدم التفويض اللاحق ، وبالأخص إذا احتوت على بعض التعليمات ، فقد تحدث محادثة هاتفية يفوض فيها العميل الوسيط بالقيام بتنفيذ أمر لشراء ورقة مالية ما ، ولكن يبين له أنه يريد أن تكون هذه الورقة من ضمن قطاع شركات البنوك ، ولكن الوسيط يقوم بشراء له ورقة مالية ، ولكن ضمن قطاع الاتصالات مثلاً⁴³⁸ .

⁴³⁷ في ذلك نصت المادة (55) من نظام تداول الأوراق المالية في سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2006 على أنه :
" 1- يمكن استلام أوامر العملاء شفهيًا عبر الهاتف أو خطياً بأية وسيلة متاحة (البريد ، الفاكس ، البريد الإلكتروني ، التلكس ، الخ) . ويقوم المستشار المالي أو الوسيط المعتمد بتعبئة نموذج أمر البيع أو الشراء في حالة استلام الأمر عبر الهاتف ، أو في أية حالة لا يرسل فيها العميل نموذج الأمر أو يكون هناك نقص في المعلومات الواردة في النموذج . 2- وفي كل الحالات يجب على الشركة العضو أن تتأكد من العميل مباشرة بالنسبة لأي نقص في المعلومات غير المتكررة مثل نوع الأمر والسعر . وتلتزم الشركة العضو برفض أي طلب غير مكتمل . 3- تلتزم الشركة العضو بالاحتفاظ بأوامر عملاتها لمدة ثلاث سنوات ، وبتزويد السوق بنسخة عنها عند الطلب " .

⁴³⁸ نتيجة لخطورة التفويض الهاتفي فإن القواعد الناظمة لسوق الأوراق المالية قد أحاطت بالأوامر الهاتفية بقدر من التنظيم ، وقد تآتى ذلك في ثلاث مراحل أساسية .

تتجسد الأولى في وجوب تعزيز الأوامر المرسله عبر الهاتف خطياً ، وفي ذلك نصت المادة (56) من نظام التداول في سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2006 على أنه :

" يجب تعزيز الأوامر الهاتفية خطياً أو من خلال الفاكس خلال مدة لا تزيد عن أسبوع " .
أما المرحلة الثانية ، فإنها تتمثل بإعطاء التسجيلات الهاتفية التي تدور ما بين العميل وشركة الأوراق المالية قوة في الإثبات في العلاقة القائمة ما بينهما ، حيث نصت المادة (57) من نظام التداول لسنة 2006 على أنه :

" 1- يجب على الشركة العضو تسجيل جميع المكالمات الهاتفية مع العملاء والاحتفاظ بهذه التسجيلات لمدة ثلاث سنوات على الأقل . كما يجب على الشركة العضو تسجيل المكالمات الهاتفية التي يجريها الوسيط المعتمد مع أية جهة وخاصة عند استلام أوامر العملاء من المستشارين الماليين والوسطاء عبر الهاتف . 2- فيما يتعلق بالعلاقة بين الشركة العضو والعميل ، يكون لتسجيل المكالمات الهاتفية قوة في الإثبات " .

أما المرحلة الثالثة ، فإنها تتمثل في فرض نظام التسجيل الهاتفي للمكالمات التي تدور ما بين العميل وشركة الوساطة ، حيث أصدرت هيئة سوق رأس المال القرار رقم (6 - أ . و / 2010) بخصوص الضوابط والمتطلبات الفنية الخاصة بنظام التسجيل الهاتفي لدى شركات الأوراق المالية ، والذي اعتمد أسلوباً تكنولوجياً متطوراً في خصائص النظام التسجيلي ، الذي يجب أن يتوافر لدى كافة شركات الأوراق المالية ، حيث نصت المادة (1) من قرار هيئة سوق رأس المال الفلسطينية السالف الذكر على أنه :

وعلى الرغم من أن منازعات عدم التفويض اللاحق تظهر نتائجها بشكل مباشر ، وذلك بتنفيذ الصفقات في حساب العميل دون علم أو تفويض مسبق من قبل العميل ، إلا أن الكشف عن منازعات عدم التفويض اللاحق وعلم العميل بها يظهر في مرحلتين متأخرتين زمنياً عن حصول عدم التفويض⁴³⁹ . ترتكز المرحلة الأولى على عدم إعلام العميل فور تنفيذ الصفقة في حسابه بتفاصيل تلك الصفقة ، وتشكل هذه المرحلة مخالفة للقواعد التي تحكم علاقة ممتن أعمال الأوراق المالية بعميله ، حيث إن كل ممتن أعمال الأوراق المالية الأعضاء في السوق ، ملزمون بإعلام عملائهم فوراً عن تفاصيل أي عملية تجري في حسابه⁴⁴⁰ .

أما المرحلة الثانية التي يعلم بها العميل بحصول عدم التفويض اللاحق في حسابه فإنها تحصل حينما يرسل ممتن أعمال الأوراق المالية التقرير الذي يبين حركة الصفقات التي تم تنفيذها في حساب العميل ، حيث إن ممتن أعمال الأوراق المالية يكون ملزماً بتقديم كشف حساب لعميله كل ثلاثة أشهر ، يبين فيه الصفقات والأوامر التي تم تنفيذها في حساب العميل⁴⁴¹ .

" تلزم شركات الأوراق المالية بتلقي وتسجيل الأوامر الصادرة هاتفياً عن عملائها بشأن شراء أو بيع الأوراق المالية من خلال نظام تسجيل المكالمات الهاتفية ، وعلى الشركة تجهيز وإعداد النظام أعلاه والعميل به وفقاً للخصائص التالية : 1- تسجيل جميع المكالمات الهاتفية الواردة للشركة من العملاء بشأن الأوامر الخاصة بشراء أو بيع الأوراق المالية . 2- تسجيل جميع المكالمات الهاتفية الواردة لخدمة العملاء وموظفي التداول . 3- تسجيل جميع المكالمات الهاتفية الصادرة من الشركة إلى العملاء بشأن التأكيد على تنفيذ الأوامر الصادرة عنهم . 4- تسجيل كافة التفاصيل الخاصة بالأمر الصادر عن العميل من خلال المكالمات الهاتفية وعلى الأخص البيانات التالية : أ- اسم مصدر الأمر وصفته . ب- نوع الورقة المالية محل الأمر وكميتها . ت- نوع الأمر: شراء أو بيع . ث- سعر الورقة المالية محل الأمر . ج- مدة سريان هذا الأمر . 5- تخزين توقيت ورود الأمر الصادر عن العميل لضمان التنفيذ وفقاً لأولوية صدور الأمر . 6- ضبط توقيت الجهاز الخادم (Server) المخصص للتسجيل الهاتفي وفقاً للتوقيت المحلي لفلسطين ، ويجب أن يكون ضبط التوقيت من مسؤولية مدير النظام . 7- عدم السماح بتعديل توقيت المكالمات الواردة من عملاء الشركة . 8- عدم السماح بحذف أيًا من المكالمات المسجلة إلا بمعرفة مدير النظام ولأسباب ومبررات فنية محددة وذلك بعد الاحتفاظ بنسخ احتياطية منها . 9- الاحتفاظ بنسخ احتياطية من نظام التسجيل الهاتفي بشكل يومي Incremental Backup وبشكل شهري Full Backup خارج مقر الشركة على وسائط تخزينية بعيدة عن حدود الجهاز الخادم المختص بالتسجيل الهاتفي لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات . 10- إصدار رسالة صوتية آلية عند بدء المكالمات الواردة من العميل ، تؤكد له بأن مكالمته للشركة ستكون مسجلة ، وذلك لضمان مستوى الخدمة . 11- إمكانية إظهار المكالمات المسجلة من خلال رقم المتصل أو رقم خط متلقي المكالمات أو تاريخ ورود المكالمات وتوقيتها ، مع إمكانية إضافة الملاحظات على المكالمات الواردة والاحتفاظ بها . 12- أن تكون الملفات الناشئة عن النظام ملفات مضغوطة ومشفرة ، ولا يمكن الاستماع إليها أو فكها أو تحويلها إلى ملفات صوتية بامتدادات مختلفة Wave , Mp3 , Ram ... الخ ، إلا من خلال البرنامج نفسه وبمعرفة مدير النظام . 13- إمكانية إظهار المكالمات وتحويلها إلى امتدادات Wave لتسهيل الاستماع إليها على جهاز حاسب آلي آخر ، على أن يكون ذلك بمعرفة مدير النظام "

⁴³⁹ للتوسع في الصعوبات التي تعترض الكشف عن مدى إذا كان حساب العميل قد جرى فيه بعض الصفقات من غير تفويض من قبله ، أنظر:

Oxford Harris , Larry (2003) : Trading And Exchanges - Market Microstructure For Practitioners - . Oxford University Press , University Of Oxford , Oxford - UK , Page 166 - 167 .

⁴⁴⁰ في ذلك نصت المادة (16 / أ) من قواعد السلوك المهني للعمل داخل سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007 على أنه :
" يجب على الشركة العضو عند تنفيذ عملية بيع أو شراء لحساب العميل أن تعلم العميل بتفاصيل تلك العملية فوراً أو حسب العقد المبرم بينهما "

⁴⁴¹ في ذلك نصت المادة (41) من تعليمات مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال رقم (1) لسنة 2006 بشأن ترخيص شركات الأوراق المالية على أنه :

" 1- على الشركة إرسال كشف حساب لكل عميل من عملائها كل ثلاثة أشهر على الأقل ، تبين فيه رصيده من الأوراق المالية وتفاصيل حركات تعامله بها . 2- على الشركة تزويد عملائها عند طلبهم ببياناتها المالية السنوية ونصف السنوية . وأي تغيير في عضوية مجلس إدارتها أو الإدارة التنفيذية أو أي تغيير في كبار مساهميها أو مالكيها أو أشخاص إدارتها التنفيذية "
وأيضاً تكرر ذلك في المادة (16 / ب) من قواعد السلوك المهني للعمل داخل سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007 ، حيث نصت على أنه :

" يجب على الشركة العضو تزويد العميل بتقرير ربع سنوي عن حركة حسابية بدون مقابل " .

وبعد أن فرغنا من تناول صور منازعات عدم التفويض ، فإن تطبيق اتفاق التحكيم في مثل هذه المنازعات قد يحتاج إلى شيء من الإيضاح ، للوصول إلى كيفية الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة لحل هذه المنازعات .

فعلى صعيد منازعات عدم التفويض السابق ، فإنه يجب أن نفرق ما بين أمرين ، الأمر الأول إذا لم يكن هناك عقدٌ من الأساس ما بين ممتهن أعمال الأوراق المالية والعميل ، فمن غير الممكن في مثل هذه الحالة القول بوجود اتفاق تحكيم سابق ما بين الطرفين ، ومن ثم فإنه لا مناص أمام العميل وممتهن أعمال الأوراق المالية - إذا ما أرادوا اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع - إلا إبرام اتفاق تحكيم لاحق على نشأة النزاع .

أما الأمر الثاني في منازعات عدم التفويض السابق ، فإنه يركز على وجود ارتباط عقدي ما بين العميل وممتهن أعمال الأوراق المالية ، ولكن لم يتم إفرغه في شكل كتابي ، فإن تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات الأضرار المدنية الناشئة عن هذا العقد يفرض التمييز ما بين ثلاثة فروض ، يركز الفرض الأول على إدراج شرط التحكيم ضمن بنود العقد الشفوي ، فيكون اتفاق التحكيم في مثل هذه الحالة اتفاقاً شفويّاً وليس مكتوباً ، أما الفرض الثاني فإنه يقتضي خلو العقد الشفوي من شرط التحكيم ، وتم الاتفاق على التحكيم بشكل كتابي ما بين الطرفين ، أما الفرض الثالث فإنه يستند إلى عدم وجود أي اتفاق تحكيم سابق ما بين الطرفين .

وتحليل هذه الفروض يجب النظر إليه من منطلق ضرورة الكتابة في اتفاق التحكيم ، فعلى الرغم من أن المشرع الفلسطيني لم يبين : هل الكتابة شرطٌ للإثبات أم ركنٌ لانعقاد اتفاق التحكيم ، إلا أننا بينا فيما سبق أن تفسير موقف المشرع الفلسطيني في هذه المسألة يجب النظر إليه من منطلق خطورة اتفاق التحكيم ، باعتبار أن آثاره تمتد إلى عدم اللجوء إلى القضاء من ناحية ، واللجوء إلى التحكيم من ناحية أخرى ، وهذا ما يؤدي إلى ترجيح اعتبار الكتابة في اتفاق التحكيم ركناً لانعقاد وليس شرطاً للإثبات .

وإن إسقاط ذلك على الفروض الثلاثة التي قدمناها ، يؤدي في الفرض الأول إلى عدم الاعتداد بشرط التحكيم الشفوي الذي يرد في العقد المبرم ما بين العميل وممتهن أعمال الأوراق المالية، أما بالنسبة للفرض الثاني ، فإنه وعلى الرغم من بطلان العقد الأصلي الذي ورد فيه بمناسبة اتفاق التحكيم ، نظراً لكونه قد خالف ركن الكتابة إلا أن الاتفاق على التحكيم بشكل كتابي ومستقل عن العقد الشفوي الأصلي يؤدي إلى الاعتداد بهذا الاتفاق ، وذلك من منطلق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يرد فيه ، فبطلان أي منهما لا يؤدي إلى بطلان الآخر .

أما بالنسبة للفرض الثالث ، فإنه يمثل حالة الاتفاق اللاحق على نشأة النزاع ، وهنا يكون للعميل وممتهن أعمال الأوراق المالية أن يتفقوا بشكل لاحق على نشأة النزاع المتمثل في عدم التفويض السابق ، ولكن متى تبين النزاع بشكل واضح وصريح في اتفاق التحكيم اللاحق والذي يتمثل في مشاركة التحكيم .

ومما يتوجب توضيحه بالنسبة لتطبيق اتفاق التحكيم في منازعات عدم التفويض السابق ، أن القواعد الناظمة لسوق الأوراق المالية قد فرضت وجوب إدراج شرط التحكيم ضمن شروط العقد ، الذي تم إبرامه ما بين العميل وبعض ممتهني أعمال الأوراق المالية ، وهذا ما يتطلب الخوض في مدى رجاحة فرض مثل هذا الشرط ضمن بنود العقد ، ومن ناحية أخرى إذا ما كانت منازعات التفويض السابق تقتضي في صورتها العامة عدم وجود عقد كتابي ، فإنها تنتفي إذا تم إبرام هذا العقد بشكل كتابي واستيفائه ركن رضا وركن محل وركن السبب ، والذي يجب أن يستوفي شرط التحكيم ، فهل هذا الشرط قد جاء عن إرادة وموافقة حقيقية من قبل الطرفين؟

حتى نستطيع الإجابة على هذا التساؤل فإنه يجب إيراد النصوص التي فرضت شرط التحكيم في بعض العقود التي تبرم ما بين العميل وبعض ممتهني أعمال الأوراق المالية ، وبعد ذلك نتولى تبين مدى رجاحة إدراج مثل الشرط ضمن العقد الذي يبرم بين العميل وممتهن أعمال الأوراق المالية .

باستقراء النصوص القانونية التي نظمت أعمال ممتهني أعمال الأوراق المالية ، فإنه يتبين أن شرط التحكيم قد فرض في حالتين فقط ، تتمثل الحالة الأولى في العقد الذي يبرم ما بين العميل وشركة الوساطة ، أما الحالة الثانية فإنها قد جاءت بشكل غير مباشر بالنسبة لشركة الأوراق المالية ، التي تقوم بتقديم خدمات إدارة محافظ العملاء .

فعلى صعيد العقد المبرم ما بين العميل وشركة الوساطة ، فإن نموذج اتفاقية فتح حساب تداول رقم (CDS-F/003) الذي أصدرته سوق فلسطين للأوراق المالية بتاريخ 27 / 9 / 2010 والذي يجب على جميع شركات الوساطة التقيد والالتزام به ، قد أدرج شرط التحكيم في البند السادس منه، فتحت عنوان (تسوية الخلافات) ، نص هذا البند على أنه :

" من المفهوم والمنطق عليه أن التحكيم هو السبيل الوحيد لحل أية خلافات تنشأ عن تطبيق هذه الاتفاقية أو تفسيرها ، ويكون التحكيم من خلال محكم يختاره الفريقان حينها ، على أن يتم التحكيم في المكان الذي يختاره الفريقان وباللغة العربية ، على أن يكون القانون الفلسطيني هو القانون الذي يجب تطبيقه على هذه الاتفاقية " .

وحتى نستطيع أن نقف بالتحليل لهذا النموذج ، فإنه يجب التطرق إلى النصوص التي تبين إلزامية التقيد به ، وفي هذا الصدد نصت المادة (29) من نظام تداول الأوراق المالية لسنة 2007 على أنه :

" تبرم الشركة العضو مع العميل اتفاقية التداول بالأوراق المالية المدرجة لدى السوق وفقاً للنموذج الخاص المعد من قبل السوق لهذا الغرض "

كما نصت المادة (20) من ذات النظام على أنه :

" يجب على الشركة العضو تزويد عميلها بنسخة عن شروط اتفاقية التداول بالأوراق المالية المرفقة بهذا النظام - ملحق رقم (1) - ، والحصول على موافقة العميل الخطية على هذه الشروط " .

والغريب في الأمر أن نموذج اتفاقية تداول الأوراق المالية المرفق بنظام تداول الأوراق المالية لسنة 2007 لم يشر - لا من قريب ولا من بعيد - إلى وجوب إيراد شرط التحكيم ضمن شروط العقد الذي يبرم ما بين العميل وشركة الوساطة ، وهذا ما يؤدي إلى طرح التساؤل حول أي من النموذجين يجب التقيد والالتزام به ؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل يلزمنا النظر إليه من منظور عملي ، وذلك بمراجعة نماذج اتفاقية التداول لشركات الوساطة المرخصة من قبل الهيئة والمعتمد لدى السوق ، ويتبين بالمراجعة لنماذج اتفاقية فتح حساب تداول الأوراق المالية أن جميع الشركات الأعضاء في سوق فلسطين للأوراق المالية قد أخذت بالنموذج الذي يحتوي على شرط التحكيم⁴⁴² .

⁴⁴² شركة المتحدة للأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة المتحدة للأوراق المالية ، رام الله - فلسطين ، ص 4 .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا الكتاب عبر الرابط التالي :

(<http://www.united.ps/application/1228> , 01.04.2013)

شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين ، ص 2 .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا النموذج عبر الرابط التالي :

(<http://www.tips.ps/pdfs/Trading%20Account%20Agreement.doc> , 01.04.2013)

شركة الوطنية للأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة الوطنية للأوراق المالية ، رام الله - فلسطين ، ص 5 .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا النموذج عبر الرابط التالي :

(<http://www.alwatanieh.ps/2.pdf> , 01.04.2013)

شركة العالمية للأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة العالمية للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين ، ص 3 .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا النموذج عبر الرابط التالي :

(<http://www.gsc.ps/PDF/Trading%20Account%20Agreement.pdf> , 01.04.2013)

شركة السهم للاستثمار والأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة السهم للاستثمار والأوراق المالية ، رام الله - فلسطين ، ص 7 .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا النموذج عبر الرابط التالي :

(http://www.sahem-inv.com/agreements/NP_agreement_en.pdf , 01.04.2013)

شركة لوتس للاستثمارات المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة لوتس للاستثمارات المالية ، رام الله - فلسطين ، ص 4 .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا النموذج عبر الرابط التالي :

وأما بالنسبة لفرض شرط التحكيم ضمن شروط العقد المبرم ما بين شركة الأوراق المالية التي تقوم بتقديم خدمة إدارة المحافظ المالية والعميل الذي يرتبط معها ، فلقد نصت المادة (6) من تعليمات هيئة سوق رأس المال رقم (6) لسنة 2008 بشأن اعتماد مزاوله إدارة محافظ العملاء لدى شركات الأوراق المالية ، على أنه :

" يجب أن توقع الشركة اتفاقية تعامل مع العميل تتضمن البيانات التالية : ... 5- أسلوب تسوية أو فض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين عند تنفيذ أحكام الاتفاقية " .

على الرغم من أن هذا النص لم يشر بشكل صريح إلى التحكيم ، إلا أن أسلوب تسوية أو فض النزاع ليس المقصود به اختيار القضاء كوسيلة لحل النزاع ، وذلك لأن التقاضي حق مكفول للكافة، ولا يحتاج إلى إيراد نص خاص ضمن شروط العقد يقضي بأن الخلافات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد يصار إلى حلها بطريق القضاء ، ولذلك فإن المقصود في هذا النص هو الوسائل البديلة لحل النزاع ، مثل : التحكيم ، والوساطة ، والصلح ، ونتيجة لذلك يجب على الشركة التي تقوم بأعمال إدارة المحافظ المالية أن تورد ضمن العقد الذي تبرمه مع عميلها شرطاً خاصاً يحدد الوسيلة البديلة التي يصار اللجوء إليها في حال نشوء منازعات ناشئة عن تنفيذ العقد ، والتي قد يكون من ضمنها التحكيم ، ولذلك فإن شرط التحكيم من الممكن اعتباره من ضمن الشروط التي قد يصار إلى إراجها ضمن العقد الذي يبرم مع الشركة التي تقوم بإدارة المحافظ المالية لعملائها .

وبعد أن بينا النصوص القانونية التي فرضت إدراج شرط التحكيم ضمن العقود التي تبرم ما بين العميل وبعض ممتهني أعمال الأوراق المالية ، فإنه يجب الوقوف على مدى رجاحة هذا الإدراج .

الأصل والقاعدة العامة أن يتم إبرام اتفاق التحكيم سواء اتخذ شكل شرط التحكيم أم مشاركة التحكيم بموجب رضا صريح ، لا يشوبه أي أمر يؤدي إلى الضغط على إرادة الأطراف على اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع ، فاتفاق التحكيم من غير الممكن أن يتواجد من الناحية القانونية إلا إذا كانت إرادة أطرافه حرة بشكل مطلق ، وذلك لأن هذا الاتفاق يؤدي بأثره السلبي إلى عدم اللجوء إلى القضاء في النزاع الذي تم الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع .

<http://www.lotus-invest.ps/forms/16-02->

[2010/Trading%20Account%20Opening%20Application%20Form.pdf](http://www.lotus-invest.ps/forms/16-02-2010/Trading%20Account%20Opening%20Application%20Form.pdf) , 01.04.2013)

شركة الوساطة للأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة الوساطة للأوراق المالية ، غزة - فلسطين ، ص 2. ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا النموذج عبر الرابط التالي :

<http://www.alwasata.com/resources/file/applications/trading%20account%20ag.pdf> , 01.04.2013)

شركة العربي جروب للاستثمار (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة العربي جروب للاستثمار ، رام الله - فلسطين ، ص 5 .

ومن الممكن الوصول للنسخة الإلكترونية لهذا النموذج عبر الرابط التالي :

http://www.abinvest.ps/userfiles/Account_Form_Palestine.pdf , 01.04.2013)

وبناءً عليه ، فإن اتفاق التحكيم الذي يترأخى فيه رضا الأطراف وإرادتهم من غير الممكن الاعتداد به ، بل لا يعتبر تجاوزاً ، إذا قلنا أن مثل هذا الاتفاق يعتبر اتفاقاً باطلاً ، ولا يجوز الركون إليه في ترتيب آثار اتفاق التحكيم .

ومما يستوجب الإشارة إليه بالنسبة لشرط التحكيم الذي تم فرضه في الأمثلة السابقة ، أن هذا الشرط لم يفرضه أحد المتعاقدين في مقابل الطرف الآخر ، بل إن هذا الشرط قد تم فرضه من قبل سوق الأوراق المالية أو من قبل هيئة سوق رأس المال ، ولذلك فإن هذا الشرط لا يعتبر من ضمن عقود الإذعان التي تكون القوة التفاوضية لأحد الأطراف أقوى من قوة الطرف الآخر الذي يقوم بفرض شروطه ، فمثل هذا الشرط لم تفرضه شركة الوساطة أو شركة إدارة المحافظ المالية في مواجهة عملائهم ، بل إن هذا الشرط قد فرض على شركة الأوراق المالية وعلى عميلها .

ومما يستوجب بحثه في فرض شرط التحكيم وفق الأمثلة السابقة ، هو مدى اعتبار العقد الذي يبرم ما بين شركة الوساطة والعميل ويرد فيه شرط التحكيم عقداً نموذجياً ، ومن ثم فإن التوقيع على العقد يعتبر قبولاً بشرط التحكيم الذي يحتويه ؟

إن الإجابة على هذا السؤال ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يرد فيه، حيث إن العقد الذي يحتوي على شرط التحكيم يمثل عقدين قانونيين في عقد واحد ، فهذا العقد يحتوي على عقد قانوني موضوعي يتناول المسائل القانونية الموضوعية التي تنظم العلاقة ما بين شركة الوساطة والعميل ، أما العقد القانوني الثاني فهو العقد الإجرائي المتجسد في اتفاق التحكيم في صورته المتمثلة في شرط التحكيم ، والذي يتناول بآثره السلبي اتفاق الأطراف على عدم اللجوء إلى القضاء في النزاع الذي تم الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحله ، ويتناول بآثره الإيجابي التزام طرفا اتفاق التحكيم بحل النزاع عن طريق وسيلة التحكيم .

وبإسقاط ما تقدم على العقد النموذجي الذي يرد فيه شرط التحكيم ، يجعل من افتراض آخر يطفو على سطح التحليل القانوني ، فإذا كان العقد النموذجي يحتوي على عقد موضوعي وآخر إجرائي ، فإنه إذا كان من الممكن اعتبار شرط التحكيم عقداً نموذجياً فإن ذلك يؤدي إلى التسليم بجواز فرض هذا الشرط ، والعكس بالعكس صحيح .

وأول أمر يجب بحثه في مدى جواز اعتبار شرط التحكيم عقداً نموذجياً هو مدى سريان الفلسفة التي تقف وراء وجود العقد النموذجي عليه ، حيث إن هذه الفلسفة تتمثل في إن العقد النموذجي ما وجد إلا من أجل ضمان الحماية المتكافئة لطرفي العقد ، فالهدف من العقد النموذجي ضمان جملة من الحقوق لأحد الأطراف لا يكون للطرف الآخر أن ينتقص منها ، وبإسقاط ذلك على العقد الذي يبرم ما بين شركة الوساطة والعميل ، فإنه يتبين أن العقد النموذجي الذي فرضته سوق فلسطين

للأوراق المالية على شركات الوساطة والعميل الذي يرتبط معها كان الهدف الرئيس منه إيجاد توازن ما بين حقوق والتزامات شركة الوساطة وحقوق والتزامات العميل ، وإذا ما أردنا التمعن في هذا التوازن فإنه يتضح بأنه توازن في الحقوق والالتزامات الموضوعية التي قررها قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004، وأما إذا أردنا نمد ذلك على الحقوق الإجرائية فإن الأخذ بذلك يؤدي إلى القول بأن شرط التحكيم والذي هو عقد قانوني إجرائي ما وجد في العقد إلا من أجل ضمان الحماية المتكافئة لطرفي العقد ، وذلك بأن يكون التحكيم دون غيره هو الوسيلة التي تضمن الوصول إلى اقتضاء الحقوق والالتزامات الموضوعية ، وهذا ما يؤدي إلى الاصطدام مع حق التقاضي ، مما يجعل من اعتبار شرط التحكيم عقداً نموذجياً يخالف الفلسفة التي تقف وراء العقد النموذجي .

وأما الأمر الثاني الذي يجب بحثه في مدى جواز اعتبار شرط التحكيم عقداً نموذجياً هو مدى جواز تعديل العقد ، حيث إن العقد النموذجي يحد من قدرة أطرافه على تعديله ، فلا يملك أحد الأطراف سلطة مراجعة العقد أو تعديل بعض بنوده ، وإن تطبيق ذلك على شرط التحكيم يؤدي إلى التسليم بعدم استطاعة أحد أطراف العقد تعديل أو إزالة شرط التحكيم ، فيبقى شرط التحكيم قائماً ، فلا يستطيع أحد الأطراف إزالة هذا الشرط ، حيث إن شركة الوساطة ملزمة بالتقيد به باعتباره مفروضاً عليها من قبل سوق فلسطين للأوراق المالية ، كما لا يستطيع العميل الطلب من شركة الوساطة إزالة هذا الشرط ، نظراً لأنه مفروض عليه أيضاً ، وإن النظر إلى هذا التحليل من زاوية أن اتفاق التحكيم باعتباره عقداً قانونياً إجرائياً فإنه يستند إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، ولكن في ظل فرض شرط التحكيم وفق الحالة السابقة لا يسري هذا المبدأ ، حيث إن العقد باعتباره شريعة المتعاقدين يجب أن يصدر بناءً على إرادة حرة يكون لكلا طرفي العقد إما الاتفاق أو عدم الاتفاق ، وهذا ما لا يتوافر في شرط التحكيم الذي فرض جبراً على شركة الوساطة والعميل .

ونتيجة لهذا الفرض ، فإن الشركة و عميلها لم يظهر إرادة حقيقية وموافقة صريحة في اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع ، ولذلك فإن مثل هذا الشرط يعتبر اتفاقاً تحكيمياً باطلاً ، ومن غير الممكن الاعتماد عليه في ترتيب آثاره ، باعتباره اتفاق تحكيم كامل الأركان .

وإذا ما اعتبرنا أن فرض شرط التحكيم يؤدي إلى بطلانه ، فإن ذلك يستوجب التطرق إلى الجهة التي تقرر هذا البطلان .

حقيقة القول إن هناك جهتين تحددان بطلان فرض شرط التحكيم : تتمثل الجهة الأولى في هيئة التحكيم التي ستشكل بموجب هذا الشرط ، ذلك لأن هيئة التحكيم وبموجب مبدأ الاختصاص بالاختصاص يكون لها النظر في مدى صحة اتفاق التحكيم ، ومن هذا المنطلق فإنه يكون لأحد

الأطراف أن يدفع أمام هيئة التحكيم بعدم صحة اتفاق التحكيم ، نظراً لفرضه على الأطراف من غير موافقة وإرادة صريحة من قبلهم .

أما الجهة الثانية التي تملك النظر في بطلان فرض شرط التحكيم ، فإنها تتحدد بالمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المحال للتحكيم ، وهذه الحالة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم ، حيث إنه إذا لجأ أحد أطراف اتفاق التحكيم إلى المحكمة ، وطرح النزاع المحال للتحكيم ، فإنه يكون للطرف الآخر أن يدفع بعدم قبول الدعوى ، ويكون للمحكمة أن تجيب هذا الطرف إلى دفعه متى اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم .

وفي هذا الإطار فإن المحكمة المختصة تملك صلاحية الرقابة على صحة اتفاق التحكيم ، ونتيجة لذلك يكون للمحكمة النظر في سلامة فرض شرط التحكيم ، ويكون للطرف المقابل للطرف الذي دفع بعدم قبول الدعوى ، أن يبين أن شرط التحكيم قد تم فرضه على الأطراف ، ولم يبد أي منهما رضا صريحاً بالموافقة على هذا الشرط ، وعليه فإنه يكون للمحكمة أن تحكم بعدم صحة شرط التحكيم ، وأن تستمر في نظر الدعوى المنظورة أمامها .

وأما بالنسبة لتطبيق اتفاق التحكيم في منازعات عدم التفويض ، فإذا كانت منازعات عدم التفويض السابق قد أثارت بعض النقاط القانونية التي تحتاج إلى شيء من الإيضاح ، فإن منازعات عدم التفويض اللاحق لا تثير مثل هذه النقاط ، حيث يكون للعميل وممتهن الأوراق المالية أن يتفقا بشكل لاحق على نشأة النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع ، وكذلك الأمر بالنسبة للاتفاق السابق ، حيث إن شرط التحكيم الذي يرد في العقد المبرم ما بين ممتهن أعمال الأوراق وعميله يغطي مثل هذه المنازعات ، وذلك لأنها منازعات ترتبط بالعلاقة القانونية التي جاء بمناسبة شرط التحكيم .

المطلب الثاني

تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات استغلال ثقة العميل

تعتبر العلاقة القائمة ما بين ممتن أعمال الأوراق المالية والعميل الذي يرتبط معه من العلاقات التي يتوجب أن يتوافر فيها قدرٌ من الثقة المتبادلة ما بين أطرافها ، وتتجسد هذه الثقة بإحداث الموازنة ما بين مصلحة ممتن أعمال الأوراق المالية بحصوله على العمولة أو الأجر المالي الذي تم الاتفاق عليه ، وبين مصلحة العميل الذي يريد أن يحصل على أعمال الأوراق المالية التي تلبى الأهداف الاستثمارية التي تقف وراء دخوله كمتعامل في سوق الأوراق المالية .

وإذا كان التزام العميل في إطار علاقة الثقة هذه لا يثير إشكاليات عملية ، نظراً لقيامه بتأدية مبلغ مالي ، فإما أن يقوم بتأديته أو لا يقوم . إلا أن التزام ممتن أعمال الأوراق المالية يثير جملة من الإشكاليات ، والتي قد تطور إلى حصول منازعات ما بينه وبين عميله ، ولأنه يقوم بتأدية خدمة تتوافر على قدرٍ من الحرفية والمهنية ، تتمثل بالقيام بأعمال الأوراق المالية نيابة عن العميل أو لصالحه ، فإنه يجب أن يتوافر في هذه الخدمة الإتقان والعمل الذي يراعي فيه مصالح العميل .

وأبرز الإشكاليات العملية التي يثيرها اختلال توازن المصالح في العلاقة القائمة ما بين ممتن أعمال الأوراق المالية وعميله ، من زاوية الأول ، لا تتحصل جراء عدم قيامه بأعمال الأوراق المالية ، وذلك لرغبته في الحصول على الأجر المالي ، بل تتحصل حينما يقوم بهذه الأعمال ، ولكن بطريق يقدم فيه مصلحته الشخصية على مصلحة عميله ، وذلك من خلال قيامه بأعمال الأوراق المالية على نحو لا يكون الهدف منها مراعاة أهداف العميل الاستثمارية، بل هدفها الحصول على الأجر المالي بغض النظر عن مصالح العميل .

ونظراً لكثرة منازعات استغلال ثقة العميل في ميدان سوق الأوراق المالية ، فإننا سنأخذ نموذجين منها : يرتكز الأول على منازعات الإفراط في التداول (الفرع الأول) ، أما الثاني فإنه يستند على منازعات عدم ملاءمة الاستشارة (الفرع الثاني) ، وفي إطار هذين النموذجين نبين كيف يقوم ممتن أعمال الأوراق المالية بتقديم مصلحته الشخصية على مصلحة عميله .

ومما يتوجب الإشارة إليه ، أن تطبيق اتفاق التحكيم في مثل هاتين المنازعتين يعتبر واحداً ، نظراً للعلاقة ما بين ممتن أعمال الأوراق المالية والعميل ، التي تكون محكومة بموجب العقد الخطي الذي يتم إبرامه بينهما ، فإن منازعات استغلال ثقة العميل تكون ناتجة عن تنفيذ هذا العقد ، ولذلك فإن تطبيق اتفاق التحكيم في مثل هاتين المنازعتين ، قد يحصل بشكل سابق على نشأة النزاع حينما يرد شرط التحكيم في العقد أو بالاتفاق بشكل مسبق بموجب وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي ، يتفق فيها الطرفان على اختيار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما ، ومن

الممكن أن يتفقا على التحكيم بشكل لاحق لنشأة النزاع ، حيث يكون للعميل وممتهن أعمال الأوراق المالية إذا حصلت إحدى منازعات استغلال ثقة العميل أن يتفقا على إحالة هذه المنازعات الناشئة بينهما إلى التحكيم بموجب مشاركة تبرم بينهما .

الفرع الأول : منازعات الإفراط في التداول

يشارك عقد الوساطة المبرم ما بين العميل - المستثمر - وشركة الوساطة مع خصائص عقد الوساطة بشكله العام ، فهذا العقد يعتبر من العقود الملزمة للجانبين ، لأنه يترتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، فالتزامات أحدهما تعد حقوقاً للطرف الآخر ، فتلتزم شركة الوساطة عن طريق الوسيط الطبيعي المرخص والمعتمد لديها بتنفيذ أوامر العميل عن طريق البحث عن متعاقد يرتضي التعاقد مع العميل وفق أوامره ، وحتى يتم إبرام العقد ، فإن شركة الوساطة تقوم بهذه الجهود مقابل أجر يلتزم العميل بدفعه للشركة ، يتحقق في عمولتها . كما أنه يعتبر من عقود المعاوضة ، فيأخذ كل من العميل وشركة الوساطة عوضاً عما أعطياه ، فتأخذ شركة الوساطة العمولة المتجسدة في نسبة معينة من عملية التداول ، ويحصل العميل على مشتري أو بائع للأوراق المالية التي يريد بيعها أو شراءها وفقاً للمواصفات والشروط التي يحددها عن طريق أوامره ، التي يرسلها لشركة الوساطة ، فضلاً عن الخدمات الأخرى ، مثل: تقديم الاستشارات ، والنصح للعميل⁴⁴³ .

وعلى الرغم من هذا الاشتراك ، إلا أن عقد الوساطة المبرم ما بين المستثمر وشركة الوساطة له من الخصوصية التي تكفل حماية مصالح المستثمر ، حيث تلتزم شركة الوساطة بتقديم مصالح عميلها على مصالحها الشخصية⁴⁴⁴ . وبناءً عليه ، فإن شركة الوساطة وموظفيها يدينون بواجب الولاء والحرص الشديدين اتجاه العميل ، حيث إنهم يعتبرون مسؤولين ومؤتمنين على مصالح العملاء الذين يستثمرون عن طريقهم ، فعليهم أن يقدموا مصالح العملاء على مصالحهم الشخصية في جميع الأمور التي تدخل في إطار العلاقة القائمة بينهم⁴⁴⁵ .

ونتيجة لما تقدم ، فإنه ينتفي في الأصل تضارب المصالح ما بين العميل وشركة الوساطة ، فلا يجوز أن تتعاطى شركة الوساطة أو الوسيط المرخص والمعتمد لديها أي عمل أو نشاط يترتب

⁴⁴³ صرصور ، غادة (2008) : عقد السمسة بين الواقع والقانون - دراسة مقارنة بين القانون التجاري المصري والقانون التجاري الأردني - رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين ، ص 28 .

⁴⁴⁴ في ذلك نصت المادة (22) من نظام قواعد السلوك المهني للعمل داخل سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007 على أنه : " يجب على الشركة العضو ومستخدميها تفضيل مصالح العملاء على مصالحهم الشخصية ، واتخاذ ما يلزم من إجراءات لحماية مصالح العملاء وحماية مصداقية التعامل بالأوراق المالية " .

صادق مجلس إدارة سوق فلسطين للأوراق المالية على هذا النظام في جلسته الرابعة بتاريخ 3 / 8 / 2006 ، كما صادق مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال الفلسطينية على هذا النظام في جلسته رقم (20) المنعقدة بتاريخ 18 / 12 / 2006 بموجب القرار رقم (20 / 7) .
⁴⁴⁵ صالحه ، هاني (2007) : شركات الوساطة وأثرها على تنمية سوق فلسطين للأوراق المالية . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين ، ص 42 .

عليه منفعة لمصلحة مساهمي أو أعضاء مجلس إدارة أو مديري شركة الوساطة على حساب مصلحة العملاء بشكل مباشر أو غير مباشر⁴⁴⁶. وعليه ، فالأصل أن تأتي عمليات التداول بشكل يحقق مصلحة العميل ويحافظ عليها ، إلا أن شركة الوساطة - في بعض الأحيان - قد تتحو منحى إغراق عميلها في القيام بالعديد من عمليات التداول ، لا يكون هدفها تحقيق مصالحه ، بل إن الهدف الكامن وراءها يتجسد في الحصول على العمولة التي تتقاضاها، فكلما ازدادت عمليات التداول ازدادت عمولة شركة الوساطة ، وهذا ما يعرف بالإفراط في التداول⁴⁴⁷ .

فيحدث الإفراط في التداول (Excessive Trading / Churning) عندما تنتهك شركة الوساطة التي تمارس نوعاً من السيطرة على حجم التداول ووتيرته في حساب العميل ثقة عميلها ، ويتجسد ذلك من خلال تحقيق مصالحها الشخصية من خلال الدخول في عمليات تداول تعتبر مفرطة في ضوء طبيعة حساب العميل وأهدافه الاستثمارية ، كما تم الإعراب عنها لشركة الوساطة ، على أن يكون الهدف الذي تتوخاه شركة الوساطة من ذلك هو توليد عمولتها المتأتية من عمليات التداول المفرطة دون مراعاة لمصالح عميلها⁴⁴⁸ .

ومن أجل أن نبين ماهية إفراط التداول في إطار ما قدمناه من كيفية حدوثه ، فيتوجب أن نتطرق للنصوص القانونية التي حظرت هذا الإفراط ، سواء أكان ذلك في قانون الأوراق المالية أو في إطار قواعد السوق ، هذا من جهة (أولاً) ، وأن نبين العناصر التي يتشكل منها الإفراط في التداول ، من جهة أخرى (ثانياً) .

أولاً : القواعد القانونية التي حظرت الإفراط في التداول

لم ينص قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 بصورة صريحة على حظر الإفراط في التداول ، ولأن التداول المفرط يحدث نتيجة التأثير في قناعة شخص العميل من جهة ، وتوافر قدر من الغش والاحتيال من قبل شركة الوساطة من جهة أخرى . فإنه من الممكن إدراج التداول المفرط في ثنايا الغش والخداع الذي نصت عليه المادة (87) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني ، فقد حظرت الفقرة الأولى من هذه المادة على أي شخص - سواء أكان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً - أن يقوم بأي ممارسة أو فعل يشوبه غش أو خداع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ،

⁴⁴⁶ المادة (2 / 4) من تعليمات مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال الفلسطينية رقم (1) لسنة 2006 بشأن ترخيص شركات الأوراق المالية .

⁴⁴⁷ Durrer , Michael (1987) : Enforcing Arbitration Of Federal Securities Law Claims - The Effect Of Dean Witter Reynolds , Inc . v. Byrd - , William And Mary Law Review , Volume 28 , Issue 2 , William And Mary University , Virginia - USA , Page 344 .

⁴⁴⁸ Merdes , Ward (1988) : A Statutory Proposal To Determine Arbitral Forums For 10(b) Disputes . Santa Clara LAW Review , Volume 28 , Issue 2 , Santa Clara University , California - USA , Page 410 .

كما حظرت الفقرة الثانية من ذات المادة استخدام الغش والخداع في عملية الإقناع للتأثير في قرارات أي شخص⁴⁴⁹ .

وبينما اعتمد قانون الأوراق المالية على أسلوب الحظر الضمني للإفراط في التداول ، فإن نظام قواعد السلوك المهني للعمل داخل سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007 قد اعتمد أسلوب الحظر الصريح ، وكان ذلك بموجب المادة (9) منه ، التي ألزمت كافة أعضاء السوق بالامتناع عن تزويد العملاء بمعلومات أو توصيات أو استشارات تؤدي إلى تعاملهم بصورة مفرطة أو غير مبررة ، وذلك من أجل تحقيق مصلحة خاصة للعضو أو بهدف الحصول على العمولات⁴⁵⁰ .

كما اعتبرت الفقرة (21) من المادة (14) من لائحة الرسوم والعمولات والغرامات والعقوبات في سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007⁴⁵¹ قيام الشركة العضو في السوق بتزويد العملاء بمعلومات أو توصيات غير دقيقة أو مضللة ، أو تقديم استشارة تؤدي إلى تعاملهم بصورة مفرطة أو غير مبررة لتحقيق مصلحة خاصة أو بغرض الحصول على عمولات ، مخالفة لنظام التداول في السوق تستوجب فرض غرامة مالية ، حددت حدتها الأقصى بـ 3000 دولار أمريكي .

ثانياً : عناصر الإفراط في التداول

حتى يستطيع المستثمر - عميل شركة الوساطة - إثبات الإفراط في التداول ، فإنه يلزم أن يثبت ثلاثة عناصر رئيسية ، يتجسد العنصر الأول منها في وجود السيطرة أو التحكم في الحساب ، وهذا يوجب على المستثمر أن يثبت أن نوعاً من السيطرة قد جرت على التداول في حسابه من قبل شركة الوساطة ، أو من قبل الوسيط الطبيعي المرخص والمعتمد لديها ، ونتيجة لهذه السيطرة فإن

⁴⁴⁹ تحت عنوان الغش والخداع واستغلال المعلومات غير المنشورة نصت المادة (87) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 على أنه :

" 1- لا يجوز لأي شخص له علاقة مباشرة أو غير مباشرة بخصوص أي صفقة تتضمن شراء أو بيع أو تبادل أي أوراق مالية أو تقديم أي مشورة للاستثمار أو أي تفويض أو موافقة أو أي نيابة أو معلومات أخرى ، سواء أخذت من مالكي الأوراق المالية أو نشرت حول أي اجتماع أو أي فعل آخر يقوم به مالك الأوراق المالية أو أي عرض عطاء لاكتتاب الأوراق المالية أو أي محاولة لدعم أو رفض طلب الاكتتاب ، القيام بما يلي : أ- استخدام أي وسيلة أو حيلة لخداع شخص آخر . ب- القيام بأي ممارسة أو فعل يشوبه غش أو خداع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة . 2- استخدام الغش والخداع في عملية الإقناع للتأثير في قرارات أي شخص بما في ذلك : أ- معلومات كانت خاطئة أو مضللة أو مخادعة . ب- إخفاء وتضليل المعلومات الجوهرية . ج- الإصدار أو النشر المتهور أو المضلل لأي نشرة أو وعد أو تنبؤ يتصف بالخطأ أو التضليل أو الخداع " .

⁴⁵⁰ نصت المادة (9) من نظام قواعد السلوك المهني للعمل داخل سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007 على أنه :

" تلتزم الشركة العضو ، ومستخدموها ، بمراعاة القانون وقواعد السوق بما يتفق وسلامة التداول ويحظر على أي منهم التلاعب في السوق و/أو أسعار الأوراق المالية. وبوجه خاص يعد عملاً مخالفاً و/أو تلاعباً في الأسعار القيام بواحد أو أكثر من الأفعال التالية : ... 5- القيام بعمليات وهمية لمحاظف العملاء لمجرد الحصول على العمولة فقط ... 8- تزويد العملاء بمعلومات أو توصيات غير دقيقة أو مضللة، أو تقديم استشارات أو معلومات للعملاء تؤدي إلى تعاملهم بصورة مفرطة أو غير مبررة لتحقيق مصلحة خاصة أو بغرض الحصول على عمولات " .

صادق مجلس إدارة سوق فلسطين للأوراق المالية على هذا النظام في جلسته الرابعة بتاريخ 3 / 8 / 2006 ، كما صادق مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال الفلسطينية على هذا النظام في جلسته رقم (20) المنعقدة بتاريخ 18 / 12 / 2006 بموجب القرار رقم (20 / 7) .

⁴⁵¹ صادق مجلس إدارة سوق فلسطين للأوراق المالية بتاريخ 21 / 12 / 2006 ، كما صادق مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال الفلسطينية على هذه اللائحة بتاريخ 11 / 6 / 2007 .

الباب يكون مفتوحاً أمام شركة الوساطة أو من قبل الوسيط للتحكم ، والانخراط في عمليات التداول المفرط من أجل توليد العمولة ⁴⁵² .

وفي إطار العنصر الأول المتمثل في السيطرة ، فإنه يتوجب الإشارة إلى أن هذه السيطرة قد تتخذ شكل السيطرة الصريحة أو الضمنية ، و أبرز مثال على السيطرة الصريحة يتحقق عندما يفوض العميل شركة الوساطة خطأً بإجراء التداولات دون الرجوع إليه ⁴⁵³ ، وعلى الرغم من ندرة هذا التفويض فإن تقدير ما إذا كانت التداولات تتفق ومصحة العميل يكون مردها لضمير شركة الوساطة ، والتي قد تقدم مصلحتها في توليد عمولاتها على مصلحة عميلها ⁴⁵⁴ .

وأما في ظل السيطرة الضمنية ، فإن شركة الوساطة تملك قدرة من السلطة في التأثير على العميل، فتمارس نوعاً من التحكم غير الصريح في قرارات عميلها من أجل توليد عمولاتها ⁴⁵⁵ ، فنتيجة للعلاقة المبنية على الثقة ما بين العميل وشركة الوساطة وبالأخص الوسيط الطبيعي المرخص والمعتمد لديها - مع الأخذ بعين الاعتبار طول فترة عقد الوساطة من الناحية الزمنية - ، فإن أخذ العميل ما ينصح به الوسيط الطبيعي محمل الجد وتصديقه أمراً لا يمكن استبعاده ، وهذه العلاقة تجعل من العميل أن ينجر وراء نصائح الوسيط الذي قد يقدم له نصائح واستشارات لا تلائم أهدافه الاستثمارية ، ويكون غرضها توليد العمولات فقط، وبذلك يستغل الوسيط ثقة عميل شركة الوساطة، وأكثر تطبيق على ذلك هو حالة المستثمر قليل الخبرة في الاستثمار ، والذي يعتمد على نصائح الوسيط واستشاراته .

أما في ظل العنصر الثاني ، فإنه يتوجب على المستثمر أن يثبت أن التداول في حسابه كان مفرطاً في ضوء أهدافه الاستثمارية ⁴⁵⁶ ، ويعتبر معرفة الأهداف الاستثمارية قاعدة أساسية يتم الارتكاز

⁴⁵²Gross, Jill (2006): Securities Mediation - Dispute Resolution For The Individual Investor - . Ohio State Journal On Dispute Resolution , Volume 21 , Issue 2 , Ohio State University , Ohio - USA , Page 370 .

⁴⁵³ مما تجدر الإشارة إليه أن هذا التفويض السابق يختلف عن الحساب المدار تقديرياً (Managed Account) الذي عرفته المادة (28) / 3) من نظام تداول الأوراق المالية في سوق فلسطين للأوراق المالية لسنة 2007 بأنه :

" الحساب العادي أو المشترك الذي يتم فيه بيع وشراء الأوراق المالية من قبل الشركة العضو ، بموجب اتفاقية تفويض بين العميل والشركة العضو لإدارة هذا الحساب تحدد فيه التزامات وحقوق كل من العميل والشركة العضو وإطار الصلاحيات المفوضة للشركة العضو من قبل العميل " .

حيث إن وجود الحسابات المدارة تعمل على تقليل الإفراط في التداول لا زيادته ، حيث أن شركة الوساطة في ظل هذا النوع من الحسابات تتقاضى عمولة دورية شاملة نظير قيامها بإدارة هذا الحساب بدلاً من أن يتم دفع عمولة عن كل عملية تداول .

Watler , Mark (2010) : Arbitration Of Securities Cases And The Arbitration Fairness Act Of 2009 . Journal Of Consumer And Commercial Law , Volume 13 , Issue 2 , The Law Center of The University Of Houston , University of Houston , Texas - USA , Page 63.

⁴⁵⁴ Brown , Stewart (1996) : Churning - Excessive Trading In Retail Securities Accounts - . Financial Services Review , Volume 5 , Issue 1 , Academy Of Financial Services , Stetson University , Florida - USA , Page 44 .

⁴⁵⁵ Zepfel , Robert (1977) : Arbitration of Investor Broker Disputes . California Law Review , Volume 65 , Issue , University of California , Berkeley , California - USA , Page 138 .

⁴⁵⁶Blea , Lori (1988) : Enforceability of Pre dispute Arbitration Agreements Under the Federal Securities Laws - Shearson / American Express , Inc . v. McMahon . Pace Law Review , Volume 8 , Issue 1 , Pace University , New York - USA , Page 213 .

عليها عند قبول تنفيذ الأوامر أو تقديم النصائح و الإرشادات للعميل ، فمن أجل القيام بهاتين الوظيفتين على أكمل وجه ، فإن على الوسيط أن يبذل كل جهوده وبطريقة عملية للإطلاع على الحالة المالية و الشخصية و كذا الغاية من التوظيف لعميله ، كما يتوجب على الوسيط دراسة هذه الأهداف و فهمها و محاولة توجيهه أو تنبيهه عميله ، إذا ما اختلف محتوى الأمر عن المعلومات المقدمة عند فتح الحساب ⁴⁵⁷ .

وفي إطار هذه الأهداف ، فإنه يجري قياس التداولات المفرطة ، ومن الممكن العودة لتاريخ تداولات العميل ومقارنتها في المرحلة التي حدثت فيها التداولات المفرطة ، فإذا ما كان العميل من المستثمرين الذي يركزون استثمارهم في قطاع معين كالبنوك مثلاً ، وبعد فترة ما تكررت استثماراته بشكل مفرط في قطاع آخر ، فإن ذلك ينبئ عن وجود التداول المفرط ، كما أنه إذا ما كان العميل من المستثمرين غير النشيطين يومياً ، وبعد ذلك تحول نشاطه بشكل متكرر وكثيف بشكل شبه يومي ، فإن شبهة التداول المفرط قد تكون موجودة ، وإذا ما كان العميل قد دخل سوق الأوراق المالية من أجل الاستثمار والحصول على عوائد من توزيعات الأرباح التي يقوم بها مصدر الورقة المالية من فترة لأخرى - كما هو الحال في المستثمر المتخوف من المضاربة - وبعد فترة زمنية ينشط بشكل متكرر وفجائي في القيام بعمليات تداولات كثيفة، فإن احتمال وجود الإفراط في التداول قد تكون نسبتها عالية .

وأخيراً ، فإنه يجب على العميل أن يثبت أن سلوك الوسيط قد تأتي نتيجة احتيال أو تجاهل لمصالحه ⁴⁵⁸ ، وذلك عن طريق إثبات وجود عمدية سلوك الوسيط ، ومن الممكن أن يتحقق ذلك بسهولة إذا ما كان الوسيط قد وجه العميل ، وقدم له النصائح من أجل القيام بالتداول ، ولذلك فإن كثيراً ما ترتبط منازعات الإفراط في التداول بمنازعات عدم ملاءمة الاستشارة ، لأن أكثر الحالات التي يرتكب فيها الوسيط الإفراط في التداول تنبئ عن وجود استشارة غير ملاءمة لأهداف العميل الاستثمارية .

وقد يؤدي ارتباط منازعات التداول المفرط بمنازعات عدم ملاءمة الاستشارة إلى اضمحلال وجود انفصال فيما بينهما ، فعدم ملاءمة الاستشارة والتداول على أساس هذه الاستشارة ينجم عنه أن يقوم العميل بإصدار أمره للمستثمر بالتداول ، بناء على هذه الاستشارة غير الملاءمة، وهذا ما يترتب عليه أن تزيد عمولة الوسيط ، وفي ظل التعامل المفرط فإن الوسيط يعمل على إعطاء الاستشارة

⁴⁵⁷ عبد الرحمن ، بن عزوز (2012) : دور الوساطة المالية في تنشيط سوق الأوراق المالية مع الإشارة لحالة بورصة تونس . رسالة ماجستير ، جامعة منتوري ، قسنطينة - الجزائر ، ص 110 .

⁴⁵⁸ BuckLey , Kevin (1984) : The Severability Of Arbitrable And Nonarbitrable Securities Claims . Washington And Lee Law Review , Volume 41 , Issue 3 , Washington And Lee University , Virginia - USA , Page 1117 .

التي تقنع العميل ، بأن هذا التعامل يتلاءم مع أهدافه الاستثمارية ، في حين أنه يتلاءم فقط مع مصلحته الشخصية المتمثلة في توليد عمولته عن كل عملية تداول ، وعلى الرغم من أن أكثر الحالات العملية تنبئ بأن الوسيط في حالة التعامل المفرط يرتكب سلوك عدم ملاءمة الاستشارة ، إلا أن هذا الارتباط المعقد لا يجعل من عدم ملاءمة الاستشارة أن تكون تعاملاً مفرطاً ، والعكس بالعكس صحيح ، ومن الممكن إيجاد الحد الفاصل فيما بينهما عن طريق معيار الجودة والكمية ، ففي ظل التعامل المفرط تكون كمية التداولات مفرطة في ضوء الأهداف الاستثمارية للعميل ، أما في حالة عدم ملاءمة الاستشارة فإن جودة الأوراق المالية المشتراه لا تتلاءم وأهداف العميل الاستثمارية⁴⁵⁹ .

الفرع الثاني : منازعات عدم ملاءمة الاستشارة

يعتبر تقديم الاستشارات في سوق الأوراق المالية من أهم المرتكزات التي تعمل على المحافظة على التعامل في هذا السوق ، وبالأخص بالنسبة للمتعاملين الذين لا يتوافرون على قدر كافٍ من الخبرة الفنية في عمليات تداول الأوراق المالية ، وفي هذا الإطار يلتزم الشخص الذي يمتن تقديم الاستشارة بأن يقدم لعملائه الاستشارة التي تحافظ على مصالح عملائه ، وذلك من منطلق المبدأ العام القاضي بأن المستشار مؤتمن ، فالشخص الذي يمتن تقديم الاستشارة في مجال التعامل في سوق الأوراق المالية يتوجب عليه أن يعمل على تقديم الاستشارة بشكل يتناسب وشخصية العميل وأهدافه الاستثمارية . وفي مقابل تقديمه لهذه الاستشارة ، فإنه يحصل من العميل على عمولة معينة يتم الاتفاق عليها فيما بينهما .

ولكن قد يحدث في الواقع العملي أن ينتهك مقدم الاستشارة المبدأ العام القاضي بأن المستشار مؤتمن على مصالح من استشاره ، وذلك بأن يرحب بمصلحته الشخصية المتجسدة في الحصول على العمولة على مصلحة عميله ، فيعمل على تقديم استشارة لا تتلاءم وشخصية العميل وأهدافه الاستثمارية ، وهذا ما يعرف بمنازعات عدم ملاءمة الاستشارة .

وتحدث منازعات عدم ملاءمة الاستشارة (Unsuitability) عندما يقوم ممثل شركة الأوراق المالية أو الأشخاص المرخصون لهم بتقديم استشارة أو نصيحة لعميله المستثمر على نحو يعلم أو كان بمقدوره أن يعلم أن هذه الاستشارة أو النصيحة لا تلائم هذا العميل على أساس أهدافه

⁴⁵⁹ Macey , Jonathan . And Others (2009) : Helping Law Catch Up To Markets - Applying Broker Dealer Law To Subprime Mortgages - . The Journal Of Corporation Law , Volume 34 , Issue 3 , The University of Iowa , Iowa - USA , Page 829 .

الاستثمارية ، فتأتي الاستشارة بطريق لا يلبي غايات واحتياجات المستثمر في سوق الأوراق المالية⁴⁶⁰ .

وحتى نستطيع الإحاطة بمنازعات عدم ملاءمة الاستشارة بطريق لا يخلو من الإفراط أو التفريط ، فإنه يتوجب التطرق لممتهني أعمال الأوراق المالية الذين يقومون بتقديم أعمال الاستشارات للعملاء (أولاً) ، ومن ثم تبيين التزام هؤلاء الأشخاص بتقديم الاستشارة التي تتوافر على قدرٍ من الملاءمة للعميل وأهدافه الاستثمارية ، على أن نختم ذلك بتناول الأمور التي يجب على العميل التثبت منها ، من أجل إثبات منازعات عدم ملاءمة الاستشارة (ثانياً) .

أولاً : المهن التي ترتبط بمنازعات عدم ملاءمة الاستشارة

ترتبط منازعات عدم ملاءمة الاستشارة ارتباطاً لا يقبل الانفصال مع مهنتي مستشار الاستثمار والمستشار المالي ، حيث إن المشرع الفلسطيني قد نظم أعمال ممتهني تقديم الاستشارات في ميدان سوق الأوراق المالية في إطار هاتين المهنتين⁴⁶¹ .

وبالعودة إلى تعريف المشرع الفلسطيني للمستشار المالي ومستشار الاستثمار بموجب المادة (2) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 يتبين أن الشكل القانوني للمستشار المالي ينحصر في الشخصية القانونية الطبيعية ، فالمستشار المالي يكون دائماً شخصاً طبيعياً ، ومن الاستحالة بمكان أن يكون شخصاً اعتبارياً ، في حين أن الشكل القانوني لمستشار الاستثمار من الممكن أن يتوافر في الشخصية القانونية الطبيعية أو الشخصية القانونية الاعتبارية المتجسدة في شكل الشركة التجارية ، وذلك لإطلاق اصطلاح (الشخص) في تعريف مستشار الاستثمار⁴⁶² .

⁴⁶⁰ Bondi , Bradley (2009) : Securities Arbitrations Involving Mortgage -Backed Securities And Collateralized Mortgage Obligations : Suitable FOR Unsuitability Claims? . Fordham Journal Of Corporate And Financial Law , Volume 14 , Issue 2 , Fordham University , New York – USA , Page 256 .

⁴⁶¹ حددت تعليمات هيئة سوق رأس المال رقم (3) لسنة 2008 بشأن شروط وأحكام منح الترخيص المهني للمستشار المالي ومستشار الاستثمار مهام المستشار المالي في المادة (2) بقولها :

" يمارس المستشار المالي الأعمال والمهام التالية : 1- تقديم النصح والمشورة للمصدر ومستشار الاستثمار بخصوص إصدار الأوراق المالية سواء للاكتتاب الأولي العام أو للاكتتاب الثانوي العام . 2- إعداد التقارير والبيانات المالية وفقاً لمعايير المحاسبة الدولية الصادرة عن لجنة المعايير الدولية . 3- إعداد وصف كامل للأوراق المالية الخاصة بالمصدر ونوعيتها . 4- إعداد وإصدار التقارير وإجراء البحوث ، والجدوى المتعلقة بإصدار الأوراق المالية أو أي تغير مستقبلي للمركز المالي للمصدر . 5- تحليل البيانات المالية وإيضاحها وطرحها بطريقة واضحة للغير وتفسيرها بطريقة علمية للاسترشاد بها " .
في حين حددت المادة (5) من ذات التعليمات مهام مستشار الاستثمار بنصها على أنه :

" يكون مستشار الاستثمار طبيعياً أو اعتبارياً ويمارس الأعمال والمهام التالية : 1- تقديم النصح والإرشاد في مجال الاستثمار في الأوراق المالية بعد إصدارها لجمهور المستثمرين لحسابه الخاص أو لحساب الغير مقابل أجر أو عمولة . 2- توضيح المخاطر التي قد تنتج عن أوضاع السوق وانعكاساتها على المساهمين . 3- بيان مدى المخاطر التي قد تنتج عن التعامل بالورقة المالية محل الاستشارة . 4- الاجتماع مع العملاء والمتابعة معهم عبر الهاتف أو أية وسيلة اتصال أخرى لمناقشة التوقعات المستقبلية معهم ووضع خطط الاستثمار . 5- متابعة آخر التطورات في مجال الاستثمار في الأوراق المالية والوقوف عليها . 6- الاطلاع ومعرفة ومتابعة المتغيرات والمستجدات في قواعد وأنظمة الاستثمار وتوفير ما يلزم منها للعملاء " .
⁴⁶² عرفت المادة (2) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 المستشار المالي بأنه :

ويرتبط هذا التحليل ارتباطاً وثيقاً بحالة قيام إحدى شركات الأوراق المالية كشركة الوساطة بأعمال تقديم الاستشارات ، وهذا ما نظمه قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 بموجب المادة (42 / 2) منه⁴⁶³ ، حيث يتبين من خلال هذه المادة أن شركة الأوراق المالية تستطيع أن تقوم بأعمال مستشار الاستثمار ، دون أن تقدم طلباً لهيئة سوق رأس المال من أجل الحصول على ترخيص يمكنها القيام بهذه المهنة .

ومما يتوجب الإشارة إليه ، أن شركة الأوراق المالية حينما تقرر القيام بأعمال مستشار الاستثمار ، فإنه يتوجب عليها أن توظف شخصاً طبيعياً مرخصاً من قبل الهيئة للقيام بأعمال مستشار الاستثمار⁴⁶⁴ .

وأما بالنسبة لأعمال المستشار المالي ، ونظراً لاحتكار الشخصية الطبيعية للشكل القانوني الحاكم لهذه المهنة ، فإنه لا يوجد ترخيص من قبل الهيئة للشخصية الاعتبارية المتمثلة في شكل شركة الأوراق المالية للقيام بأعمال المستشار المالي ، ولكن ذلك لا يمنع أن توظف شركة الأوراق المالية المرخصة سابقاً من قبل الهيئة شخصاً طبيعياً مرخصاً من قبل الهيئة للقيام بتقديم الاستشارات المالية⁴⁶⁵ .

وأخيراً ، يجب الإشارة إلى أن قيام شركة الأوراق المالية بأعمال مستشار الاستثمار دون الحصول على ترخيص إضافي ، ينحصر في القيام بتقديم الاستشارات لعملاء الشركة فقط⁴⁶⁶ .

فالعلة التي تدور مع وجود هذا الاستثناء ، تتصل بأن أعمال تقديم الاستشارات لعملاء شركة الأوراق المالية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقيامها بأعمال أخرى لصالح عملائها ، فمثلاً أعمال شركة

" الشخص الطبيعي الذي يمتن تقديم النصح والإرشاد في مجال الاستثمار في الأوراق المالية للجمهور لحسابه أو لحساب شركة الأوراق المالية أو مستشار الاستثمار " .
في حين عرفت ذات المادة مستشار الاستثمار بأنه :

" الشخص الذي يمتن تقديم النصح والمشورة للأخريين بخصوص الأوراق المالية والاستثمار فيها، وإصدار التقارير وإجراء البحوث والجدوى المتعلقة بالأوراق المالية " .

⁴⁶³ نصت المادة (42 / 2) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 على أنه :
" يجوز لشركة الأوراق المالية المرخص لها أن تقوم بأعمال مستشار للاستثمار دون ترخيص إضافي ، ولكن لا يجوز لمستشار الاستثمار القيام بالأعمال الخاصة بشركة الأوراق المالية دون ترخيص إضافي " .

⁴⁶⁴ في ذلك نصت المادة (9) من تعليمات هيئة سوق رأس المال رقم (3) لسنة 2008 على أنه :

" يجوز للشركة المرخصة من الهيئة بممارسة الأعمال والنشاطات المالية أن تمارس أعمال مستشار الاستثمار دون الحصول على ترخيص إضافي ، إلا أنها تلتزم بتعيين شخص أو أشخاص مرخصين من الهيئة للقيام بأعمال مستشار الاستثمار على أن تصدر الاستشارات باسم الشركة التي تتحمل مسؤولية ما تضمنه الاستشارة " .

⁴⁶⁵ في ذلك نصت المادة (42 / 4) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 على أنه :
" لا يجوز لأي شركة أوراق مالية أو مستشار استثماري أن يوظف أي شخص كمسؤول إداري أو مستشار مالي أو مهني يتعاطى تداول الأوراق المالية ، ما لم يكن قد رخص له من الهيئة وسجل لدى السوق " .

⁴⁶⁶ في ذلك نصت الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (9) من تعليمات هيئة سوق رأس المال رقم (3) لسنة 2008 على أنه :
" 2- لا يجوز للشركة ممارسة أعمال مستشار الاستثمار إلا إذا بينت ذلك في طلب الحصول على ترخيص ممارسة الأعمال والنشاطات المالية، وتكون شهادة الترخيص الصادرة عن الهيئة متضمنة القيام بممارسة أعمال مستشار الاستثمار . 3- لغايات ممارسة أعمال مستشار الاستثمار دون ترخيص إضافي كما هو وارد في الفقرة (2) أعلاه تكون خدمات تقديم استشارات الاستثمار لعملاء الشركة فقط " .

الوساطة في إطارها الجامد تتصرف إلى القيام بتنفيذ أوامر العميل ببيع أو شراء الأوراق المالية ، ولكن حفاظاً على مصلحة هذا العميل ، فإنها تستطيع تقديم الاستشارة الملائمة التي تساعد في اتخاذ الأمر الذي يحافظ على مصلحته .

وأما إذا أرادت شركة الأوراق المالية بأن تقوم بتقديم الاستشارات لغير عملائها ، وذلك بأن تكون شركة تمتن تقديم الاستشارات بشكل عام ، فإنه يجب عليها أن تتقدم بطلب لهيئة سوق رأس المال من أجل الحصول على ترخيص مستشار الاستثمار ، الذي يتوافر على الشخصية الاعتبارية ، فالعلة التي وجد من أجلها الاستثناء هنا قد انتفت ⁴⁶⁷ .

ثانياً : أبعاد التزام ملائمة الاستشارة

الأصل والقاعدة العامة في ضوء المبدأ القاضي بأن المستشار مؤتمن على مصالح عميله : بأن يلتزم المستشار المالي أو مستشار الاستثمار بتقديم الاستشارة التي تتلاءم واحتياجات وأهداف عميله. والتزام الملائمة له بعدان رئيسان : الأول يتمثل في الملائمة المتعلقة بالعميل بحد ذاته (Customer Specific Suitability) ، وهذا ما تعرب عنه قاعدة اعرف عميلك (Know Your Customer) ، الذي يركز على الأهداف المالية والاحتياجات والظروف الأخرى الخاصة بالعميل ، وفي ظل هذا البعد يتم مراعاة الوضع المالي والضريبي للعميل ، ويأخذ بالحسبان أهدافه الاستثمارية وتطوره المالي فضلاً عن ظروفه الشخصية العامة ⁴⁶⁸ .

وأبرز مثال على عدم الملائمة في ظل هذا البعد أن يقدم المستشار المالي أو مستشار الاستثمار استشارة تكون على درجة عالية من المخاطر المالية للعميل ⁴⁶⁹ ، وهذه الحالة تبرز بشكل جلي في الأسواق المالية الناشئة ، حيث يسود المستثمرون الأفراد الذين لا يتوافرون على درجة عالية من الخبرة في إدارة المخاطر ، الأمر الذي يجعل من الاستشارة المقدمة على هذا النحو تصطم بشخصية العميل ، الذي لا يعتبر من محترفي إدارة مخاطر الاستثمار في سوق الأوراق المالية .

أما البعد الثاني لملائمة الاستشارة ، فإنه يتعلق بالأساس المعقول للورقة المالية (Reasonable Basis) ، ويركز هذا البعد على خصائص الورقة المالية الفضلى للعميل ، وهذا ما يتجسد في

⁴⁶⁷ هذا ما أكدته تعليمات هيئة سوق رأس المال رقم (3) لسنة 2008 في المادة (4 / 9) بقولها : " إذا رغبت شركة الأوراق المالية المرخصة من الهيئة بتقديم استشارات الاستثمار للغير ، فيجب عليها الحصول على ترخيص إضافي كمستشار استثمار والالتزام بتوفير رأس المال الوارد في تعليمات ترخيص شركات الأوراق المالية ودفع الرسوم المستحقة" .

⁴⁶⁸ في ذلك نصت المادة (1 / 44) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني على أنه : " على شركات الأوراق المالية ومستشاري الاستثمار الالتزام بما يلي : هـ - يجب تقديم الاستشارات للمستثمرين كل حسب احتياجاته الاستثمارية عند تقديم الاستشارة بموجب التراخيص الممنوحة" .

⁴⁶⁹ Gedicks , Frederick (2005) : Suitability Claims And Purchases Of Un recommended Securities : An Agency Theory Of Broker-Dealer Liability . Arizona State Law Journal , Volume 37 , Issue 2 , Arizona State University , Arizona - USA , Page 547 .

قاعدة اعرف الورقة المالية الخاصة بك (Know Your Security) . وفي ظل هذا البعد يلتزم مقدم الاستشارة بإجراء الأبحاث ، وتوفير المعلومات الكافية عن الورقة المالية المراد الاستثمار بها، أو الاستراتيجية الاستثمارية الهادفة لشراء ورقة مالية محددة بذاتها أو بيعها⁴⁷⁰ ، وبذلك فإن هناك التزاماً على عاتق مقدم الاستشارة بملاحقة التطورات الحاصلة بالأوراق المالية ، حتى يستطيع تقديم الاستشارة على نحو يحاكي الحاضر ويستحضر المستقبل⁴⁷¹ ، فتكون الاستشارة المقدمة من قبل مستشار الاستثمار أو المستشار المالي مبنية على قدر كافٍ من المعلومات التي تؤمن ملاءمة هذه الورقة المالية للاستثمار⁴⁷²، ويجب عليه في ظل هذا الإطار أن لا يغفل أو يحرف المعلومات التي أوردتها في استشارته لعملائه⁴⁷³ .

فبعد أن يقوم مقدم الاستشارة بإجراء الأبحاث والدراسات مرتكزاً على معلومات كافية ، فإنه يجري الموازنة ما بين صلاحية الورقة المالية للاستثمار وما بين عدم صلاحيتها من باب أنها تنقل المستثمر بها بالتزامات أو خسائر يكون في غنى عنها ، وعلى أساس هذه الموازنة يقدم استشارته لعميله .

وفي ظل الصورة النمطية لمنازعات الملاءمة المتجسدة بشراء الأوراق المالية بناءً على استشارة غير ملاءمة ، فإنه يتوجب على المدعي إثبات خمسة أمور أساسية ، الأول يتعلق بأن الأوراق المالية المشتراه غير ملاءمة لاحتياجاته الاستثمارية على نحو ألحقت أضراراً به، أما الأمر الثاني فإنه يتوجب في ظله أن يثبت أن المدعى عليه يعلم أو كان بمقدوره أن يعلم أن هذه الأوراق المالية لا تلائم المدعي ، أما الأمر الثالث فإن يتجسد بأن يثبت المدعي أن المدعى عليه قدم استشارته له بشراء هذه الأوراق المالية . كما يتوجب عليه في ظل الأمر الرابع أن يثبت أن المدعى عليه أغفل المعلومات الجوهرية الواجب الكشف عنها أو حرقها ، والتي تتعلق بمدى صلاحية الأوراق المالية

⁴⁷⁰ Sears , Steven (2012) : The Indomitable Investor - Why A Few Succeed In The Stock Market When Everyone Else Fails - . John Wiley and Sons , New Jersey - USA , Page 119 .

⁴⁷¹ في ذلك ذهبت المادة (2 / 13) من تعليمات شروط وأحكام منح الترخيص المهني للمستشار المالي ومستشار الاستثمار رقم (3) لسنة 2008 إلى أنه :

" يكون المستشار المالي و / أو مستشار الاستثمار مسؤولاً عن الاطلاع ومتابعة ومواكبة المستجدات فيما يخص مجال عمل المستشار المالي و / أو مستشار الاستثمار " .

⁴⁷² The Staff Of The USA Securities And Exchange Commission (2011) : Study On Investment Advisers And Broker - Dealers - As Required By Section 913 Of The Dodd - Frank Wall Street Reform And Consumer Protection Act - . USA Securities And Exchange Commission , Washington , DC - USA , Page 63 .

⁴⁷³ في ذلك نصت المادة (11) من تعليمات شروط وأحكام منح الترخيص المهني للمستشار المالي ومستشار الاستثمار على أنه :
" يحظر على المستشار المالي و / أو مستشار الاستثمار القيام بما يلي : ... 4- إعداد أي دراسة أو نشر إعلان يتضمن معلومات غير صحيحة أو غير مكتملة، أو إغفال المعلومة الجوهرية في الإعلان أو الدراسة المقدمة بشكل متعمد وذلك تحت طائلة المساءلة القانونية " .

للمدعي⁴⁷⁴ . وأخيراً ، فإنه يتوجب على المدعي أن يثبت أنه اعتمد على استشارة المدعي عليه في إصدار أمره الاستثماري بشراء الأوراق المالية⁴⁷⁵ .

⁴⁷⁴ في ذلك نصت المادة (1 / 13) من تعليمات شروط وأحكام منح الترخيص المهني للمستشار المالي ومستشار الاستثمار رقم (3) لسنة 2008 على أنه :

" يكون المستشار المالي و / أو مستشار الاستثمار مسئولاً عن الأضرار التي يتعرض لها مدعي الضرر إذا قام بتقديم بيان غير صحيح أو أغفل بشكل متعمد تقديم أو نشر أي معلومة جوهرية تتعلق بالوضع المالي للمصدر أو الاستثمار بالأوراق المالية " .

⁴⁷⁵ Karmel , Roberta (1995) : Is the Shingle Theory Dead? . Washington And Lee Law Review , Volume 52 , Issue 4 , Washington And Lee University , Virginia - USA , Page 1277 .

الخاتمة العامة

لما كانت إيجابيات وسيلة التحكيم ترجح على سلبياتها ، فحتى يستطيع المتعاملون في سوق الأوراق المالية الاستفادة من هذه الإيجابيات في صدد المنازعات الناتجة عن تعاملهم في السوق ، فإنه لا بد من أن يتفق أطراف النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة لحله بشكل بديل عن وسيلة القضاء الأصلية.

ولقد اتضح من خلال البحث أن اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في ظل مناطه العام لم يختلف عن اتفاق التحكيم في غيره من المنازعات ، فعلى الرغم من امتداد الحماية الجنائية، وتوسع الدور الرقابي لهيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، إلا أن ذلك لم يخرج اتفاق التحكيم عن مجرى المناط العام ، فإسقاط مفهوم قابلية النزاع للتحكيم على منازعات سوق الأوراق المالية التي جاء بها قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، وبما أوردته القواعد القانونية الناظمة لسوق الأوراق المالية من قيد إضافي على هذه القابلية ، فإن ذلك لم يخرج كل المنازعات من قابليتها للتحكيم ، بل بقيت المنازعات المدنية داخلة في إطار منطقة قابلية النزاع للتحكيم ، وهذا ما تبين بشكل أكثر تفصيلاً في تطبيق اتفاق التحكيم في المنازعات التي ألفها التعامل في سوق الأوراق المالية .

وبقي اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية مكتسباً لتكييفه القانوني العام ، الذي يتسق والقواعد التي سطرها قانون التحكيم الفلسطيني ، إلى أن أصدرت شركة سوق فلسطين للأوراق المالية نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 ، وأخرجت اتفاق التحكيم في هذه المنازعات من الثوب القانوني الذي أكساه إياه قانون التحكيم ، وتجسد ذلك من خلال تكريس هذا النظام غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، وهذا ما أدى إلى انتهاك حق التقاضي ، ومخالفة القواعد القانونية التي فصلها قانون التحكيم الفلسطيني .

ويؤدي التسليم بغياب اتفاق التحكيم وفق ما كرسه نظام فض المنازعات والتحكيم إلى مخالفة المنطق القانوني السليم ، ولذلك فإنه قد خضنا في طرح الحلول القانونية اللازمة لإلغاء هذا الغياب، سواء أكان ذلك من خلال المحكمة الفلسطينية العليا بصفتها محكمة دستورية عليا أو من خلال محكمة العدل العليا الفلسطينية وأيضاً من قبل هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، وهذا ما يضمن في النهاية عودة اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية إلى ما قرره قانون التحكيم الفلسطيني من تكييف قانوني لاتفاق التحكيم .

النتائج

لقد توصلنا في ختام هذه الرسالة لجملة من النتائج ، أبرزها :

1- امتلاك العمل القانوني الصادر من جانبين لاتفاق التحكيم : فإذا كان اتفاق التحكيم يعتبر حجر الزاوية في وسيلة التحكيم ، ومن غير وجود هذا الاتفاق لا نكون أمام التحكيم باعتباره وسيلة بديلة لحل المنازعات ، فإن اتفاق التحكيم من غير الممكن أن يرى النور إلا بوجود إرادتين تنبئ عن اختيار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات ، فلا يبرم اتفاق التحكيم بإرادة منفردة لأحد أشخاص القانون .

2- كثرة المنازعات التي وقعت في سوق فلسطين للأوراق المالية : فلقد تبين وقوع جملة من المنازعات في سوق فلسطين للأوراق المالية ، والتي قد اتخذت هيئة سوق رأس المال الفلسطينية قراراتها التأديبية فيها ، وعلى الرغم من استقلال النظام العقابي التأديبي الذي تباشره الهيئة عن النظام الجنائي الذي يمارس أمام القضاء ، إلا أن محل المنازعات في كلا هذين النظامين واحدٌ ، وهذا ما يستنتج منه ، أن هناك جرائم ارتكبت في سوق فلسطين للأوراق المالية لم يتم تحريك الدعوى الجنائية بصددها ، هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى، فإن الشق المدني الناشئ عن هذه المنازعات من الممكن اختيار التحكيم كوسيلة لحله ، وذلك على نحو يتم التقيد فيه بالقواعد القانونية في هذا الصدد .

3- فرض شرط التحكيم في العقود المبرمة ما بين العملاء وشركات وساطة الأوراق المالية : فقد تبين أن شركة سوق فلسطين للأوراق المالية قد أدرجت شرط التحكيم في نموذج اتفاقية التداول التي تعقد ما بين العميل وشركة الوساطة للأوراق المالية ، وهذا الشرط يعتبر فرضاً على كل من العميل والشركة اللذين لا يستطيعان العزوف عنه ، وهذا ما اتضح من خلال استقصاء اتفاقيات التداول المعتمدة لدى كافة شركات وساطة الأوراق المالية المعتمدة لدى سوق فلسطين للأوراق المالية .

4- انفراد المنظومة القانونية الفلسطينية في أسلوبها في تنظيم غياب اتفاق التحكيم : فلقد تبين من خلال استقصاء القواعد التي نظمت التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في المنظومات العربية من المحيط إلى الخليج ، أن المنظومة القانونية من خلال نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 قد أخذت بأسلوب الغياب الكلي لاتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية .

5- مخالفة غياب اتفاق التحكيم لهرمية القاعدة القانونية الفلسطينية : فلقد تبين من خلال الدراسة أن غياب اتفاق التحكيم بموجب نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 يؤدي إلى انتهاك حق التقاضي الذي كفله القانون الأساسي ، وأيضاً مخالفته للقواعد القانونية التحكيمية التي جسدها قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

6- صدور القواعد التي قررت غياب اتفاق التحكيم عن شركة سوق فلسطين للأوراق المالية : ذلك أن نظام فض المنازعات والتحكيم الذي كرس صور غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية قد صدر عن شخص من أشخاص القانون الخاص ، تمثل في شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، وهذا ما أدى إلى أن الطبيعة القانونية لهذا النظام تمتاز بقدر من الخصوصية في البحث القانوني .

7- عدم قانونية تأسيس سوق فلسطين للأوراق المالية : اتضح من خلال التحليل المفصل عدم قانونية تأسيس شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، والتي تعتبر مصدرة القواعد التي كرس غياب اتفاق التحكيم . وعدم القانونية قد شاب هذه الشركة من بداية اتفاقية التشغيل بينها وبين وزارة المالية الفلسطينية ، والتي تم إلغاؤها بشكل صريح وضمني ، مروراً بقانون الأوراق المالية الذي انتهك القواعد التي أرساها القانون الأساسي ، وصولاً إلى قرارات هيئة سوق رأس الفلسطينية ، والتي تحددت في قرار إعادة هيكلة سوق فلسطين للأوراق المالية أو في تعليمات ترخيص الأسواق المالية ، والتي خالفت احترام هرمية القاعدة القانونية الفلسطينية .

8- عدم قانونية القواعد التي كرس غياب اتفاق التحكيم : ففي إطار بحثنا للتكييف القانوني لنظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007 الذي كرس غياب اتفاق التحكيم، فإنه قد تبين أن هذا النظام يعتبر من قواعد السوق التي خرجت إلى حيز الوجود بشكل مخالف لقانون الأوراق المالية ، وأيضاً فقد اتضح أن قواعد التحكيم في هذا النظام من غير الممكن اعتبارها قواعد تحكيمية مؤسسية ، وذلك لمخالفتها الأبجديات التي سطرها قانون التحكيم الفلسطيني في هذا الصدد .

9- إمكانية إلغاء القواعد التي كرس غياب اتفاق التحكيم : فبعد أن أثبتنا مخالفة غياب اتفاق التحكيم والقواعد التي احتضنته ، فلقد خضنا في إمكانية إلغائه ، حيث قدمنا جملة من الحلول القانونية التي من الممكن الارتكان إليها من أجل إلغاء غياب اتفاق التحكيم، سواء أكان ذلك من خلال القضاء الدستوري الفلسطيني المتجسد مؤقتاً في المحكمة العليا الفلسطينية ، بصفتها محكمة دستورية عليا ، من باب انتهاك قواعد القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 ، والذي

يعتبر الوثيقة التي تحمل في طياتها جملة من القواعد القانونية الدستورية ، أو من خلال الإلغاء القضائي الإداري المتمثل في محكمة العدل العليا لإلغاء قرارات هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، التي ساهمت في إصدار نظام فض المنازعات والتحكيم ، أو من خلال الاعتماد على الدور الرقابي التي تباشره هيئة سوق رأس المال الفلسطينية على سوق الأوراق المالية .

التوصيات

جاءت توصيات الرسالة على النحو الآتي :

1- اعتبار الكتابة ركناً في اتفاق التحكيم : نظراً لأن المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 لم تجزم بكون الكتابة ركناً في اتفاق التحكيم ، أم أنها شرطاً لإثبات هذا الاتفاق ، فإننا نوصي المشرع الفلسطيني بالنص صراحة على اعتبار الكتابة ركناً في اتفاق التحكيم ، بحيث يبطل هذا الاتفاق إذ لم يتوافر فيه الشكل الكتابي ، وذلك لخطورة هذا الاتفاق بحسب أثره السلبي على حق التقاضي .

2- اعتبار الإحالة من صور اتفاق التحكيم : نتيجة لأن قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 لم ينص على اعتبار الإحالة من صور اتفاق التحكيم الجائزة ، فإننا نوصي المشرع الفلسطيني بالنص على اعتبار اتفاق التحكيم صحيحاً في حالة الإحالة إلى مستند ، يكون اتفاق التحكيم موجوداً فيه ، بشرط أن تكون هذه الإحالة واضحة وصريحة ، وذلك انسجاماً مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر من الأمور الجوهرية في وسيلة التحكيم .

3- عدم فرض شرط التحكيم في نماذج العقود المبرمة ما بين العملاء وشركات وساطة الأوراق المالية : نظراً لأن هذا الشرط قد تم فرضه من قبل سوق فلسطين للأوراق المالية جبراً على شركات الأوراق المالية وعلى عملائها ، فإن مثل هذا الشرط يعتبر اتفاقاً تحكيمياً باطلاً ، حيث لم يظهر المتعاقدان في ظله إرادة حقيقية وموافقة صريحة في اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع ، وعليه فإننا نوصي سوق فلسطين للأوراق المالية بعدم فرض هذا الشرط .

4- الإحجام عن أفراد أحكام خاصة للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية : نوصي المشرع الفلسطيني بأن لا يفرد قواعد قانونية تنظم التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، ذلك أنه لما كان التحكيم يتجسد بكونه وسيلة لاقتضاء الحقوق ، والالتزامات فالأصل أن يتساوى لديها ، هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى ، فإن القواعد القانونية التي نظمت التحكيم بموجب قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 تعتبر الشريعة العامة التي يتقيد بها المشرع ذاته في مجال التحكيم ، ومن ثم فإن أفراد أحكام خاصة للتحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية - مع تقدير فكرة القابلية للتحكيم - يتوجب أن لا يأتي بجديد ، حيث إن القواعد القانونية التي نظمت التحكيم بموجب قانون التحكيم كافية بذاتها لمواجهة أي نزاع قابل للحل بوسيلة التحكيم .

5- **الإلغاء الطوعي لغياب اتفاق التحكيم** : نوصي هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بما لها من دور رقابي ، بأن تتخذ القرارات اللازمة التي توجهها لسوق فلسطين الأوراق المالية من أجل إلغاء القواعد التي كرس غيب اتفاق التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم ، كما نوصي سوق فلسطين للأوراق المالية ذاتها بالقيام بالمبادرة الطوعية لإلغاء هذا الغياب، وذلك كله اتقاءً للإلغاء القضائي ، سواء أكان من خلال المحكمة الفلسطينية العليا ، بصفتها محكمة دستورية عليا ، أو من خلال محكمة العدل العليا الفلسطينية .

6- **التزام الشكل القانوني لسوق الأوراق المالية الفلسطيني بهرمية القاعدة القانونية الفلسطينية** : نوصي المشرع الفلسطيني بأن يعدل التعريف الذي أورده للسوق بموجب المادة (2) من قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 ، وذلك لأن هذا التعريف قد انتهك أحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، حيث نص هذا التعريف على سوق فلسطين للأوراق المالية بالاسم ، وهذا ما يخالف مبدأ عدم رجعية القوانين الذي أقرته المادة (117) من القانون الأساسي المعدل ، كما أخذ هذا التعريف بإمكانية تعدد أسواق الأوراق المالية في دولة فلسطين ، في الوقت الذي أخذت المادة (93 / 1) من القانون الأساسي المعدل بفردية سوق الأوراق المالية .

7- **إنشاء مركز تحكيمي مؤسسي متخصص في منازعات سوق الأوراق المالية** : على أن يقوم على الأسس التي تكفل استمرارية وجوده ، بما فيه النظام الإداري والقواعد الإجرائية التحكيمية ولوائح المحكمين المؤهلين المقيدين لديه .

8- **ضرورة تأهيل المحكمين الأفراد في مجال منازعات سوق الأوراق المالية** : نوصي بتأهيل كوادر تحكيمية وتدريبها بشكل حرفي متخصص ، من أجل إحداث النقلة النوعية في مجال حل منازعات سوق الأوراق المالية بطريق التحكيم .

9- **رفع درجة الوعي لدى المتعاملين بسوق الأوراق المالية** : نوصي السلطات المختصة ممثلة بهيئة سوق رأس المال الفلسطينية بأن تقوم بتوعية الأشخاص المتعاملين بالأسواق المالية بالسلوكيات التي حظرها المشرع ، وتبیین أثارها الخطر على كفاءة السوق .

10- **رفع مستوى البيئة التثقيفية**: نوصي بأن يتم عقد الندوات والدورات والجلسات القانونية للتعريف بدور التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية على كل المحاور الأكاديمية والحكومية ، بالإضافة إلى تشجيع مراكز البحث العلمي الفلسطينية على القيام بالأبحاث الخاصة بالتحكيم في مجال منازعات سوق الأوراق المالية ، وفي الإطار الأكاديمي نوصي

أن يكون هناك مساق خاص لتدريس التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية في كليات الحقوق الفلسطينية .

11- الاهتمام بالمراجع التحكيمية الأجنبية : نوصي بزيادة الاهتمام بالمراجع القانونية في موضوعات التحكيم عموماً ، والجانب المختص في منازعات سوق الأوراق المالية خصوصاً، كما ونوصي بترجمة المراجع الأجنبية المتخصصة في هذا المجال وتزويدها للمكتبات الفلسطينية من أجل الاستفادة منها .

المصادر والمراجع

أولاً : المصادر

أ- الاتفاقيات الدولية

- 1) الأمم المتحدة (بدون تاريخ) : الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 ، باريس ، 10 ديسمبر 1948 . الأمم المتحدة ، نيويورك - الولايات المتحدة الأمريكية .
(<http://www.un.org/ar/documents/udhr> , 04.03.2013)
- 2) الأمم المتحدة (بدون تاريخ) : العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 ، نيويورك ، 16 ديسمبر 1966 . الأمم المتحدة ، نيويورك - الولايات المتحدة الأمريكية .
(<http://www.un.org/ar/events/motherlanguageday/pdf/ccpr.pdf> , 04.03.2013)
- 3) جامعة الدول العربية (بدون تاريخ) : اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 . إدارة الشؤون القانونية ، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية ، القاهرة - مصر .
(<http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/34420f8049c0ec209a1a9e526698d42c/legalnet-2-2-22.pdf?MOD=AJPERES> , 19.02.2013)
- 4) لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري (بدون تاريخ) : اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها - اتفاقية نيويورك - الأمانة العامة للأونسترال ، لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري (الأونسترال) ، فيينا - النمسا .
(http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/1958NYConvention_A.pdf , 19.02.2013)
- 5) لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري (بدون تاريخ) : قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (المعدل في سنة 2006) . الأمانة العامة للأونسترال ، لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري (الأونسترال) ، فيينا - النمسا .
(http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf , 19.02.2013)
- 6) International Centre For Settlement Of Investment Disputes (None) : ICSID Convention , Regulations And Rules . International Centre For Settlement Of Investment Disputes , Washington, D.C - USA .
(https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf , 19.02.2013)
- 7) Juris International (None) : Convention on the Settlement by Arbitration of Civil Law Disputes Resulting from Relations of Economic and Scientific-Technical Cooperation - Moscow Convention

- . Juris International , International Trade Centre - ITC - , Geneva - Switzerland .

(<http://www.jurisint.org/en/ins/161.html> , 19.02.2013)

8) Organization Of American States (2012) : Inter-American Conventions On International Commercial Arbitration . Department of International Law - DIL - , The General Secretariat Of Organization Of American States , Washington D.C - USA .

(

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Convenciones_Interamericanas_12-03-12.pdf , 19.02.2013)

9) United Nations (None) : Convention On The Execution Of Foreign Arbitral Awards , Geneva , 26 September 1927 . Treaty Collection , Office Of Legal Affairs , United Nation - Un - , New York - USA .

(

<http://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=544&lang=en> , 19.02.2013)

10) United Nations (None) : European Convention on International Commercial Arbitration , Geneva , 21 April 1961 . Treaty Collection , Office Of Legal Affairs , United Nation - Un - , New York - USA .

(http://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf , 19.02.2013)

11) United Nations (None) : Protocol On Arbitration Clauses , Geneva , 24 September 1923 . Treaty Collection , Office Of Legal Affairs , United Nation - Un - , New York - USA .

(

<http://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=543&lang=en> , 19.02.2013)

ب- القواعد القانونية الفلسطينية

• الحقبة العثمانية

التشريعات الأردنية (بدون تاريخ) : مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293 هـ . موقع التشريعات الأردنية ، ديوان التشريع والرأي ، مجلس الوزراء الأردني ، عمان - الأردن .

(http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=100&year=1900 ,

04.08.2013)

• الحقبة البريطانية

1) المقتفي (بدون تاريخ) : قانون (برتوكول) التحكيم لسنة 1924 . موقع المقتفي

- منظومة القضاء والتشريع - ، معهد الحقوق ، جامعة بيرزيت ، بيرزيت - فلسطين .

(<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=1924&ID=573> ,

04.08.2013)

(2) المقتفي (بدون تاريخ) : قانون التحكيم لسنة 1926 . موقع المقتفي - منظومة القضاء والتشريع - ، معهد الحقوق ، جامعة بيرزيت، بيرزيت - فلسطين .

(.

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?lnk=2&LegPath=1926&MID=570> , 04.08.2013)

(3) المقتفي (بدون تاريخ) : قانون قرارات التحكيم الأجنبية لسنة 1930 . موقع المقتفي - منظومة القضاء والتشريع - ، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت ، بيرزيت - فلسطين .

(<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=1930&ID=3> , 04.08.2013)

(4) المقتفي (بدون تاريخ) : قانون قرارات التحكيم الأجنبية رقم (17) لسنة 1934 . موقع المقتفي - منظومة القضاء والتشريع - ، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت ، بيرزيت - فلسطين.

(<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=1934&ID=576> , 04.08.2013)

• الحقبة الأردنية

(1) الجريدة الرسمية الأردنية (1953) : قانون التحكيم رقم (18) لسنة 1953 . العدد 1131، بتاريخ 17 / 1 / 1953 .

(2) الجريدة الرسمية الأردنية (1964) : قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 . العدد 1757 ، بتاريخ 3 / 5 / 1964 .

• حقبة السطة الوطنية الفلسطينية

(1) الجريدة الرسمية الفلسطينية (2002) : القانون الأساسي لسنة 2002 . عدد ممتاز ، بتاريخ 7 / 7 / 2002 .

(2) الجريدة الرسمية الفلسطينية (2003) : القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 . عدد ممتاز 2 ، بتاريخ 19 / 3 / 2003 .

(3) الجريدة الرسمية الفلسطينية (2000) : قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 . العدد 33، بتاريخ 30 / 6 / 2000 .

(4) الجريدة الرسمية الفلسطينية (2001) : قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 . العدد 38 ، بتاريخ 5 / 9 / 2001 .

(5) الجريدة الرسمية الفلسطينية (2005) : قانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 . العدد 53 ، بتاريخ 28 / 2 / 2005 .

- (6) الجريدة الرسمية الفلسطينية (2005) : قانون هيئة سوق رأس المال رقم (13) لسنة 2004 . العدد 53 ، بتاريخ 28 / 2 / 2005 .
- (7) الجريدة الرسمية الفلسطينية (2004) : قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 . العدد 50 ، بتاريخ 29 / 8 / 2004 .
- (8) الجريدة الرسمية الفلسطينية (2009) : قرار مجلس الوزراء رقم (12) لسنة 2008 بشأن نظام العقوبات والغرامات للمتعاملين في قطاع الأوراق المالية . العدد 79 ، بتاريخ 9 / 2 / 2009 .
- (9) الجريدة الرسمية الفلسطينية (2010) : قرار مجلس الوزراء رقم (14) لسنة 2009 بشأن نظام المحافظة على سرية المعلومات في قطاع الأوراق المالية. العدد 86 ، بتاريخ 9 / 6 / 2010 .
- (10) بورصة فلسطين (بدون تاريخ) : نظام فض المنازعات والتحكيم لسنة 2007. نابلس - فلسطين .

(.

<http://www.pex.ps/PSEWebSite/laws/%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85%20%D9%81%D8%B6%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%A7%D8%B2%D8%B9%D8%A7%D8%AA.pdf> , 21.02.2013)

ج- القواعد القانونية العربية

• القواعد القانونية الأردنية

- (1) الجريدة الرسمية الأردنية (1953) : قانون التحكيم رقم (18) لسنة 1953 . العدد 1131 ، بتاريخ 17 / 1 / 1953 .
- (2) الجريدة الرسمية الأردنية (1964) : قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 . العدد 1757 ، بتاريخ 3 / 5 / 1964 .
- (3) الجريدة الرسمية الأردنية (1997) : قانون الأوراق المالية رقم (23) لسنة 1997 - قانون مؤقت - . العدد 4204 ، بتاريخ 15 / 5 / 1997 .
- (4) الجريدة الرسمية الأردنية (1997) : قانون الشركات رقم (22) لسنة 1997 . العدد 4204 ، بتاريخ 15 / 5 / 1997 .
- (5) الجريدة الرسمية الأردنية (2001) : قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 . العدد 4496 ، بتاريخ 16 / 7 / 2001 .

6) الجريدة الرسمية الأردنية (2002) : قانون الأوراق المالية رقم (76) لسنة 2002 - قانون مؤقت - . العدد 4579 ، بتاريخ 31 / 12 / 2002 .

7) بورصة عمان (بدون تاريخ) : تعليمات حل المنازعات في بورصة عمان لسنة 2004 . عمان - الأردن.

(<http://www.ase.com.jo/ar/node/808> , 05.02.2013)

• القواعد القانونية الإماراتية

1) الجريدة الرسمية الإماراتية (1992) : قانون الإجراءات المدنية رقم (11) لسنة 1992. العدد 235 ، بتاريخ 8 / 3 / 1992 .

2) هيئة الأوراق المالية والسلع (بدون تاريخ) : قانون اتحادي رقم (4) لسنة 2000 في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع . أبو ظبي - الإمارات العربية المتحدة.

(<http://www.sca.gov.ae/pages/scdownload.aspx?FileUrl=http://www.sca.gov.ae/Arabic/legalaffairs/LegalLaws/SCAlaw.doc&FileName=SCAlaw> , 04.02.2013)

3) هيئة الأوراق المالية والسلع (بدون تاريخ) : قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (1) لسنة 2001 في شأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع . أبو ظبي - الإمارات العربية المتحدة.

(<http://www.sca.gov.ae/pages/scdownload.aspx?FileUrl=http://www.sca.gov.ae/Arabic/legalaffairs/LegalLaws/SCA-1-2001.doc&FileName=SCA-1-2001> , 04.02.2013)

4) هيئة الأوراق المالية والسلع (بدون تاريخ) : قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (1) لسنة 2001 في شأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع مع تعديلاته السارية المفعول . أبو ظبي - الإمارات العربية المتحدة.

(<http://www.sca.gov.ae/pages/scdownload.aspx?FileUrl=http://www.sca.gov.ae/Arabic/legalaffairs/LegalLaws/SCA-1-2001.doc&FileName=SCA-1-2001> , 04.02.2013)

• القواعد القانونية البحرينية

1) شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي ، مملكة البحرين (بدون تاريخ) : مرسوم بقانون رقم (4) لسنة 1987 بإنشاء وتنظيم سوق البحرين للأوراق المالية.

(<http://www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/LawAsPDF.aspx?opt&country=6&LawID=3577> , 04.02.2013)

- (2) بورصة البحرين (بدون تاريخ) : قرار رقم (13) لسنة 1988 بإصدار اللائحة الداخلية لسوق البحرين للأوراق المالية . المنامة - البحرين.
- (http://www.bahrainbourse.net/downloads/law/Internal_Ar.pdf , 04.02.2013)
- (3) الجريدة الرسمية البحرينية (1994) : قانون التحكيم التجاري الدولي رقم (9) لسنة 1994 . العدد 2125 ، بتاريخ 17 / 8 / 1994 .
- (4) الجريدة الرسمية البحرينية (2009) : قانون رقم (57) لسنة 2009 بشأن سوق البحرين للأوراق المالية . العدد 2927 ، بتاريخ 24 / 12 / 2009 .

• القواعد القانونية التونسية

- (1) الجريدة الرسمية التونسية (1993) : قانون التحكيم - مجلة التحكيم - رقم (42) لسنة 1993 . العدد 33 ، بتاريخ 4 / 5 / 1993 .
- (2) الجريدة الرسمية التونسية (1994) : القانون رقم (117) لسنة 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية . العدد 90 ، بتاريخ 15 / 11 / 1994 .
- (3) الجريدة الرسمية التونسية (1999) : القانون رقم (92) لسنة 1999 المتعلق بأحكام ترمي إلى دفع السوق المالية . العدد 67 ، بتاريخ 20 / 8 / 1999 .
- (4) الجريدة الرسمية التونسية (2005) : القانون رقم (96) لسنة 2005 المتعلق بتدعيم سلامة العلاقات المالية . العدد 84 ، بتاريخ 21 / 10 / 2005 .

• القواعد القانونية الجزائرية

- (1) الجريدة الرسمية الجزائرية (1993) : مرسوم تشريعي رقم (93 - 10) مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1413 هـ الموافق 23 مايو سنة 1993 م ، يتعلق ببورصة القيم المنقولة . العدد 34 ، بتاريخ 23 / 5 / 1993 .
- (2) الجريدة الرسمية الجزائرية (2008) : قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم (08 - 09) لسنة 2008 . العدد 21 ، بتاريخ 23 / 4 / 2008 .

• القواعد القانونية السودانية

- سوق الخرطوم للأوراق المالية (بدون تاريخ) : قانون سوق الخرطوم للأوراق المالية لسنة 1994 . سوق الخرطوم للأوراق المالية، الخرطوم - السودان.
- (http://www.kse.com.sd/show_item_ar.php?id=18&t=0 , 21.02.2013)

• القواعد القانونية السورية

- (1) هيئة الأوراق والأسواق المالية السورية (بدون تاريخ) : قانون سوق الأوراق المالية رقم (55) لسنة 2006 وتعديلاته . دمشق - سوريا.
(http://scfms.sy/files/docs/ar_section_1115_1.pdf , 05.02.2013)
- (2) سوق دمشق للأوراق المالية (بدون تاريخ) : القرار رقم (722) المتعلق بنظام التحكيم في سوق دمشق للأوراق المالية . دمشق - سوريا.
(http://www.dse.sy/includes-pdf/law_ar_958.pdf , 05.02.2013)
- (3) الجريدة الرسمية السورية (2008) : قانون التحكيم رقم (4) لسنة 2008 . العدد 15 ، بتاريخ 2 / 4 / 2008 .

• القواعد القانونية العراقية

- (1) الجريدة الرسمية العراقية (1969) : قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 . العدد 1766 ، بتاريخ 10 / 11 / 1969 .
- (2) الجريدة الرسمية العراقية (1991) : قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم (24) لسنة 1991 . العدد 3367 ، بتاريخ 19 / 8 / 1991 .
- (3) الجريدة الرسمية العراقية (2004) : أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (74) بالقانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية . العدد 3983 ، بتاريخ 1 / 6 / 2004 .
- (4) الجريدة الرسمية العراقية (2008) : قرار مجلس الرئاسة العراقي بالقانون رقم (47) لسنة 2008 بشأن قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (74) لسنة 2004 . العدد 4098 ، بتاريخ 24 / 11 / 2008 .
- (5) سوق العراق للأوراق المالية (بدون تاريخ) : النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية لسنة 2008 . بغداد - العراق.
(<http://www.isx-iq.net/isxportal/portal/rules.html> , 05.02.2013)

• القواعد القانونية العمانية

- (1) الجريدة الرسمية العمانية (1997) : قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية رقم (47) لسنة 1997 . العدد 602 ، بتاريخ 1 / 7 / 1997 .
- (2) الجريدة الرسمية العمانية (1998) : المرسوم السلطاني رقم (80) لسنة 1998 الخاص بإصدار قانون سوق رأس المال . العدد 635 ، بتاريخ 15 / 11 / 1998 .

(3) الجريدة الرسمية العمانية (2002) : المرسوم السلطاني رقم (18) لسنة 2002 بتعديل بعض أحكام قانون سوق رأس المال . العدد 715 ، بتاريخ 17 / 3 / 2002 .

• القواعد القانونية القطرية

(1) الجريدة الرسمية القطرية (1990) : قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1990 . العدد 13 ، بتاريخ 17 / 6 / 1990 .

(2) الجريدة الرسمية القطرية (1995) : قانون إنشاء سوق الدوحة للأوراق المالية رقم (14) لسنة 1995 . العدد 10 ، بتاريخ 1 / 1 / 1995 .

(3) الجريدة الرسمية القطرية (2005) : قانون هيئة قطر للأسواق المالية وشركة سوق الدوحة للأوراق المالية رقم (33) لسنة 2005 . العدد 12 ، بتاريخ 29 / 12 / 2005 .

(4) هيئة قطر للأسواق المالية (بدون تاريخ) : قرار هيئة قطر للأسواق المالية رقم (4) لسنة 2010 الخاص بلائحة تسوية المنازعات التي تنشأ عن التعاملات المتصلة والمتعلقة بالأوراق المالية بطريق التحكيم . الدوحة - قطر.

(http://65.17.223.148/mritems/streams/2011/1/4/1_356_1_11.pdf , 04.02.2013)

(5) الجريدة الرسمية القطرية (2012) : قانون رقم (8) لسنة 2012 بشأن هيئة قطر للأسواق المالية . العدد 11 ، بتاريخ 18 / 9 / 2012 .

• القواعد القانونية الكويتية

(1) الجريدة الرسمية الكويتية (1962) : دستور دولة الكويت . عدد خاص ، بتاريخ 12 / 11 / 1962 .

(2) الجريدة الرسمية الكويتية (1980) : قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (38) لسنة 1980 . العدد 1307 ، بتاريخ 25 / 6 / 1980 .

(3) الجريدة الرسمية الكويتية (1983) : المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية . العدد 1492 ، بتاريخ 14 / 8 / 1983 .

(4) سوق الكويت للأوراق المالية (بدون تاريخ) : قرار لجنة السوق رقم (3) لسنة 2005 في شأن تشكيل لجنة التحكيم . الكويت - الكويت.

(<http://www.kuwaitse.com/A/kse/Decision3-2005.aspx> , 04.02.2013)

(5) الجريدة الرسمية الكويتية (2010) : قانون هيئة أسواق المال الكويتية رقم (7) لسنة 2010 . العدد 964 ، بتاريخ 28 / 2 / 2010 .

(6) الجريدة الرسمية الكويتية (2010) : حكم لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في الطعنين رقم (32) و (34) لسنة 2009 الصادر بجلسة 18 / 1 / 2010 . العدد 960 ، بتاريخ 31 / 1 / 2010 .

(7) الجريدة الرسمية الكويتية (2011) : حكم المحكمة الدستورية في الدعوى الدستورية رقم (8) لسنة 2010 الصادر بجلسة 7 / 6 / 2011 . العدد 1032 ، بتاريخ 19 / 6 / 2011 .

• القواعد القانونية اللبنانية

(1) الجريدة الرسمية اللبنانية (1983) : المرسوم الإشتراعي رقم (120) لسنة 1983 الخاص بتنظيم بورصة بيروت . العدد 45 ، بتاريخ 16 / 9 / 1983 .

(2) الجريدة الرسمية اللبنانية (1983) : قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (90) لسنة 1983 . العدد 40 ، بتاريخ 6 / 10 / 1983 .

(3) الجريدة الرسمية اللبنانية (2011) : قانون الأسواق المالية رقم (161) لسنة 2011 . العدد 39 ، بتاريخ 25 / 8 / 2011 .

• القواعد القانونية الليبية

(1) وزارة العدل الليبية (بدون تاريخ) : موسوعة القوانين القضائية (قانون المرافعات المدنية والتجارية) . وزار العدل ، طرابلس - ليبيا.

(<http://www.aladel.gov.ly/main/modules/sections/item.php?itemid=28> , 05.02.2013)

(2) سوق المال الليبي (بدون تاريخ) : قانون سوق المال رقم (11) لسنة 2010 . طرابلس - ليبيا.

(http://www.lsm.ly/LSM_LegalDepartment/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%B1%D9%82%D9%85%2011.pdf , 05.02.2013)

(3) سوق المال الليبي (بدون تاريخ) : قرار أمين لجنة إدارة السوق رقم (80) لسنة 2008 بشأن اعتماد النظام الداخلي لمجلس التوفيق والتحكيم بالسوق . طرابلس - ليبيا.

(http://www.lsm.ly/LSM_LegalDepartment/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%B1%D9%82%D9%85%2011.pdf , 05.02.2013)

• القواعد القانونية المصرية

- 1) الجريدة الرسمية المصرية (1971) : الدستور المصري - دستور 1971 - . العدد 36 مكرر (أ) ، بتاريخ 12 / 9 / 1971 .
- 2) الجريدة الرسمية المصرية (1948) : القانون رقم (131) لسنة 1948 بإصدار القانون المدني . العدد 108 مكرر (أ) ، بتاريخ 29 / 7 / 1948 .
- 3) الجريدة الرسمية المصرية (1981) : قانون رقم (159) لسنة 1981 بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة . العدد 40 ، بتاريخ 1 / 10 / 1981 .
- 4) الجريدة الرسمية المصرية (1992) : قانون سوق رأس المال رقم (95) لسنة 1992 . العدد 25 مكرر ، بتاريخ 22 / 6 / 1992 .
- 5) الجريدة الرسمية المصرية (1994) : قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (27) لسنة 1994 . العدد 16 ، بتاريخ 21 / 4 / 1994 .
- 6) الجريدة الرسمية المصرية (2009) : قانون تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية رقم (10) لسنة 2009 . العدد 9 مكرر ، بتاريخ 1 / 3 / 2009 .
- 7) الجريدة الرسمية المصرية (2002) : حكم المحكمة الدستورية العليا للدعوة رقم (55) لسنة (23 ق) - دستورية - الصادرة بجلسة 13 / 1 / 2002 . العدد 4 تابع ، بتاريخ 24 / 1 / 2002 .

د- القواعد القانونية الأجنبية

• Australia

Commonwealth Consolidated Regulations (None) : CORPORATIONS REGULATIONS 2001 . Australasian Legal Information Institute , Sydney - Australia .

(http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_reg/cr2001281 , 22.02.2013)

• Canada

E - Laws Of Ontario (None) : Securities Act - R.S.O. 1990 , Chapter S.5- . Service Ontario , Ontario - Canada .

(http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90s05_e.htm , 21.02.2013)

- **China**

University Of Oslo (None) : China Arbitration Law Of 1994 . Faculty Of Law , University Of Oslo , Oslo - Norway .

(<http://www.jus.uio.no/lm/china.arbitration.law.1994> , 23.02.2013)

- **France**

Legifrance (None) : French Civil Code , Translated By Georges Rouhette , With The Assistance Of Anne Rouhette - Berton . Legifrance - Le Service Public De La Diffusion Du Droit - , Paris - France .

(

http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf , 16.02.2013)

- **Malaysia**

Attorney General's Chambers (2006) : Securities Industry Act Of 1983 - Incorporating All Amendments Up To 2006 . Putrajaya – Malaysia .

(<http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%206/Act%20280.pdf> , 21.02.2013)

ثانياً : المراجع

أ- المراجع باللغة العربية

- **الكتب**

(1) ابن أثير ، مجد الدين بن مبارك بن محمد (ت 606 هـ) : النهاية في غريب الحديث والأثر ، تحقيق زاوي ، طاهر و طنّاحي ، محمود . الجزء الأول . المكتبة العلمية ، بيروت - لبنان ، 1979 .

(2) ابن المنظور ، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي (ت 711 هـ) : لسان العرب ، تحقيق حسب الله محمد وآخرون . الجزء السادس عشر . دار المعارف ، القاهرة- مصر .

(3) ابن خلدون ، عبد الرحمن بن محمد (ت 808 هـ) : مقدمة ابن خلدون ، تحقيق عبد الرحمن الشدادي ، طبعة خاصة ، ج 1 . بيت الفنون والعلوم والآداب ، الدار البيضاء - المغرب .

- 4) أبو الحسين ، أحمد بن فارس بن زكريا (ت 395 هـ) : مقاييس اللغة ، تحقيق هارون عبد السلام . الطبعة الأولى ، الجزء السادس . دار الجيل ، بيروت - لبنان ، 1991 .
- 5) أبو الوفا ، أحمد (2001) : التحكيم الاختياري والإجباري ، الطبعة الخامسة . منشأة المعارف ، الإسكندرية - مصر .
- 6) براوري ، شعبان (2002) : بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي . دار الفكر ، دمشق - سوريا .
- 7) تكروري ، عثمان . سناوي ، عبد الرؤوف (2011) : الوجيز في شرح القانون التجاري ، الجزء الثاني ، الشركات التجارية ، مكتبة دار الفكر ، القدس - فلسطين .
- 8) تميمي ، عصام (2008) : التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية . دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر .
- 9) حسين ، عصام (2008) : أسواق الأوراق المالية (البورصة) . دار أسامة للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن .
- 10) حقباني ، مفرج (2003) : الآثار الاقتصادية المصاحبة لانتشار الشائعات . في : الشائعات في عصر المعلومات ، الطبعة الأولى . جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية .
- 11) دار المشرق (1987) : المنجد الأبجدي ، الطبعة الخامسة . دار المشرق ، بيروت - لبنان .
- 12) دار المشرق (1991) : منجد الطلاب في اللغة والإعلام ، الطبعة 38 ، ضبط بستاني ، فؤاد . دار المشرق ، بيروت - لبنان .
- 13) رضوان ، سمير (1996) : أسواق الأوراق المالية . المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، القاهرة - مصر .
- 14) سامي ، فوزي (1992) : التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في قواعد الاتفاقات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية - ، الطبعة الثانية . دار الثقافة ، عمان - الأردن .
- 15) سعيد ، كامل (2002) : شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات - دراسة مقارنة - ، الطبعة الأولى . دار الثقافة ، عمان - الأردن .
- 16) سيد ، محمود (2011) : أساسيات القواعد النحوية - مصطلحاً وتطبيقاً - ، الطبعة الثالثة . الهيئة العامة السورية للكتاب ، وزارة الثقافة السورية ، دمشق - سوريا .
- 17) شمري ، مهدي (2011) : في المصطلح ولغة العلم . منشورات جامعة بغداد ، جامعة بغداد ، بغداد - العراق .

- 18) صالح ، نبيه (2006) : شرح مبادئ قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني - دراسة مقارنة - ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية . دار الفكر ، القدس - فلسطين .
- 19) عرفه ، محمد (2006) : التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي . مركز الدراسات والبحوث ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض - السعودية .
- 20) عمر ، أحمد (2008) : معجم اللغة العربية المعاصرة ، الطبعة الأولى ، الجزء الرابع . دار عالم الكتب ، القاهرة - مصر .
- 21) عمرو ، عدنان (2001) : إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين . الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن ، رام الله - فلسطين .
- 22) عمرو ، عدنان (2010) : مبادئ القانون الإداري - ماهية القانون الإداري ، التنظيم الإداري والنشاط الإداري - ، الطبعة الثالثة . المطبعة الحديثة ، القدس - فلسطين .
- 23) عمرو ، عدنان (2010) : مبادئ القانون الإداري - وسائل تنفيذ النشاط الإداري - . المطبعة العربية الحديثة ، القدس - فلسطين .
- 24) عياش ، شفيق . عساف ، محمد (2002) : نظرات جلية في شرح قانون الأحوال الشخصية المعمول به في المحاكم الشرعية ، الطبعة الأولى . مكتبة دار الفكر ، القدس - فلسطين .
- 25) اللوزي ، أحمد (2010) : الحماية الجزائية لتداول الأوراق المالية - دراسة مقارنة - . دار الثقافة ، عمان - الأردن .
- 26) مجمع اللغة العربية (1972) : المعجم الوسيط ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني ، إخراج أنيس إبراهيم وآخرون . مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، مصر .
- 27) مجمع اللغة العربية (1994) : المعجم الوجيز ، طبعة وزارة التربية والتعليم . مجمع اللغة العربية ، القاهرة - مصر .
- 28) معهد الحقوق (2007) : أصول استنباط المبادئ القانونية . معهد الحقوق ، جامعة بيرزيت ، بيرزيت - فلسطين .
- 29) هندي ، منير (1993) : الأوراق المالية وأسواق رأس المال . منشآت المعارف ، الإسكندرية - مصر .

• الرسائل العلمية

- 1) أبو كشك ، عبير (2011) : سلطة التأديب بين الإدارة والقضاء - دراسة مقارنة - . رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين .

- (2) أسرج ، حسين (2002) : دور سوق الأوراق المالية في تنمية الادخار في مصر . رسالة ماجستير ، جامعة الزقازيق - بنها - مصر .
- (3) جمعات ، أكرم (2010) : العلاقة بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية - دراسة مقارنة - . رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان - الأردن .
- (4) خويره ، محفوظ (2004) : التخطيط الضريبي في الشركات المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية - دراسة ميدانية - . رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين .
- (5) خبيلي ، محمد (2009) : التظلم الإداري - دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والإمارات العربية المتحدة . رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان - الأردن .
- (6) داوود ، عبد اللطيف (2006) : العوامل المؤثرة على سيولة السهم في سوق فلسطين للأوراق المالية . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين .
- (7) دروبي ، فواز (2010) : مسؤولية السلطة التنفيذية عن أعمالها وعلاقتها بأعمال السيادة في النظام الديمقراطي - دراسة مقارنة ، الأردن ، مصر ، فرنسا - . رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان - الأردن .
- (8) سلفيتي ، عبد الرحمن (2004) : تأثير ضريبة الدخل في تمويل الشركات المساهمة العامة المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية . رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين .
- (9) سمور ، نبيل (2007) : سوق الأوراق المالية الإسلامية بين النظرية والتطبيق . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين .
- (10) شرابي ، عماد الدين (2011) : اتخاذ قرار الاستثمار في الأسهم بالاعتماد على التحليل الفني - دراسة تطبيعية على عشرين مؤسسة مدرجة في CAC 40 - . رسالة ماجستير ، جامعة منتوري ، قسنطينة - الجزائر .
- (11) صالحه ، هاني (2007) : شركات الوساطة وأثرها على تنمية سوق فلسطين للأوراق المالية . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين .
- (12) صرصور ، غادة (2008) : عقد السمسرة بين الواقع والقانون - دراسة مقارنة بين القانون التجاري المصري والقانون التجاري الأردني - . رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين .
- (13) عاشور ، عثمان (2008) : مدى التزام الشركات الصناعية المساهمة الفلسطينية بمتطلبات الإفصاح المحاسبي في قوائمها المالية وفقاً للمعيار المحاسبي الدولي رقم (1) -

- دراسة تحليلية من وجهة نظر مدقي الحسابات في فلسطين - رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين.
- 14) عبد الرحمن ، بن عزوز (2012) : دور الوساطة المالية في تنشيط سوق الأوراق المالية مع الإشارة لحالة بورصة تونس . رسالة ماجستير ، جامعة منتوري ، قسنطينة - الجزائر .
- 15) عبدلي ، ساري (2012) : أساليب قياس أداء حافظة الأوراق المالية - دراسة حالة بورصة دار البيضاء للقيم المنقولة لسنة 2011 - رسالة ماجستير ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة - الجزائر.
- 16) عمارنة ، محمد (2012) : رقابة هيئة سوق رأس المال الفلسطينية على الشركات المساهمة - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، القاهرة - مصر .
- 17) عنزي ، نايف (2012) : الإفصاح وفق قانون هيئة الأوراق المالية الكويتي والأردني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان - الأردن .
- 18) عويسي ، سمير (2010) : تحليل اتجاهات المستثمرين الأفراد في سوق فلسطين للأوراق المالية - دراسة استطلاعية على المستثمرين الأفراد في قطاع غزة - رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين .
- 19) عياش ، أمجد (2007) : ضمانات المساءلة التأديبية للموظف العام - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين .
- 20) فنونة ، زاهر (2012) : أثر استخدام نموذج التعلم التوليدي و العصف الذهني في تنمية المفاهيم والاتجاه نحو الأحياء لدى طلاب الصف الحادي عشر بمحافظات غزة . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين .
- 21) كيلاني ، زيد (2012) : الطعن في دستورية القوانين - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين .
- 22) لرقش ، وهيبه (2008) : المصطلح العلمي العربي وإشكالية عدم استقراره - دراسة تطبيقية على بعض مصطلحات علوم الوراثة - رسالة ماجستير ، جامعة منتوري ، قسنطينة - الجزائر .
- 23) محسن ، سميرة (2006) : المشتقات المالية ودورها في تغطية مخاطر الأسواق المالية . رسالة ماجستير ، جامعة منتوري ، قسنطينة - الجزائر .
- 24) مداني ، أحمد (2002) : الوساطة في المعاملات المالية - السمسرة - رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، الجزائر - الجزائر .

25) موسوي ، حيدر (2009) : أثر الأداء المالي للمصارف الإسلامية في مؤشرات سوق الأوراق المالية - الأردن والسعودية حالة تطبيقية للمدة 1990 - 2007 - رسالة دكتوراه ، جامعة الكوفة ، الكوفة - العراق .

26) يونس ، خالد (2011) : أثر تطبيق محاسبة القيمة العادلة للأدوات المالية على عوائد الأسهم . رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين .

• الدوريات

1) بحيصي ، عصام . نجم ، أنور (2009) : مدى إدراك المستثمرين في سوق فلسطين للأوراق المالية لأهمية استخدام المعلومات المحاسبية لترشيد قراراتهم الاستثمارية . مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد السابع عشر ، العدد الثاني ، الجامعة الإسلامية ، غزة - فلسطين .

2) بوجمعة ، سلام (2012) : تعليم وتعلم المفاهيم العلمية - مادة علوم الطبيعة والحياة نموذجاً - . مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية ، العدد 8 ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة- الجزائر .

3) بوريني ، عمر (2007) : القضاء الإداري الأردني والمحاكمة العادلة . مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 23 ، العدد 2 ، جامعة دمشق ، دمشق - سوريا .

4) جبوري ، أنس . جبوري ، أشرف (2010) : العلاقة بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية . مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثاني ، المجلد الثامن ، جامعة تكريت ، تكريت - العراق .

5) جبوري ، فوزي (2010) : نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق . مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 2 ، العدد 7 ، جامعة تكريت ، تكريت - العراق .

6) حسكر ، ناديا (2003) : المعجم العربي بين الواقع والطموح . مجلة مجمع اللغة العربية بدمشق، المجلد 78 ، الجزء 3 ، مجمع اللغة العربية ، دمشق - سوريا .

7) خالد ، غسان (2008) : مفهوم الاستثمار وواقعه التشريعي في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية - دراسة تحليلية نقدية - . مجلة جامعة النجاح للأبحاث - العلوم الإنسانية - ، المجلد 22 ، العدد 4 ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين .

- 8) خالدي ، أحمد (2002) : معوقات استقلال السلطة القضائية الفلسطينية - دراسة مقارنة في ظل التشريعات الفلسطينية 1994 - 1998 - مجلة جامعة النجاح للأبحاث ، المجلد 16 ، العدد 2 ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس - فلسطين .
- 9) زايد ، أحمد . خشروم ، عبد الله (2007) : المسؤولية المدنية للتعامل المحظور بأسهم الشركات المساهمة العامة - دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون البريطاني - مجلة المنارة ، المجلد 13 ، العدد 9 ، جامعة آل البيت ، المفرق - الأردن .
- 10) ساعاتي ، عبد الرحيم (2007) : المضاربة والقمار في الأسواق المالية المعاصرة - تحليل اقتصادي وشرعي - مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - ، المجلد 20 ، العدد 1 ، جامعة الملك عبد العزيز ، جدة - السعودية .
- 11) سلمان ، فائق (2010) : تطور المصطلح بين اللغة والكتابة . مجلة سر من رأى ، المجلد 6 ، العدد 21 ، جامعة سامراء ، سامراء - العراق .
- 12) سهو ، نزهان (2010) : أسواق الأوراق المالية في ظل تداعيات الأزمة الاقتصادية العالمية الراهنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 26 ، العدد 2 ، جامعة دمشق ، دمشق - سوريا .
- 13) طلبه ، نسرین (2011) : الرقابة على دستورية القوانين . مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 27 ، العدد 1 ، جامعة دمشق ، دمشق - سوريا .
- 14) عبد الحكيم ، هشام . دلول ، عماد (2009) : حوكمة الشركات ودورها في التقييم العادل للأسهم العادية - دراسة تطبيقية في سوق العراق للأوراق المالية - مجلة الإدارة والاقتصاد ، العدد 77 ، المجلد 4 ، الجامعة المستنصرية ، بغداد - العراق .
- 15) عبد الله ، عمر (2001) : الرقابة على دستورية القوانين - دراسة مقارنة - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 17 ، العدد 2 ، جامعة دمشق ، دمشق - سوريا .
- 16) قاسمي ، علي (1998) : النظرية الخاصة في علم المصطلح وتطبيقاتها في مهنة المحاماة . مجلة اللسان العربي ، العدد 45 . مكتب تنسيق التعريب ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، الرباط - المغرب .
- 17) كشاكش ، كريم (2006) : ميعاد دعوى الإلغاء في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية . مجلة أبحاث اليرموك ، المجلد 22 ، العدد 3 ، جامعة اليرموك ، أربد - الأردن .
- 18) لصاصمة ، عبد العزيز . عوفي ، بدر (2009) : مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن التجارة المضللة والخاطئة - دراسة مقارنة - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 25 ، العدد الأول ، جامعة دمشق ، دمشق - سوريا .

19) مراد ، بلكعبيات (2012) : دور الدولة في منح الامتياز في قانون الاستثمار الجزائري .
مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد السابع ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة - الجزائر .

• أعمال المؤسسات

1) برغوئي ، معين (2006) : حالة السلطة القضائية ومنظومة العدل في العام 2005 .
الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن ، رام الله - فلسطين .

2) جيهلمان ، جريجوري (2002) : هل يكون الإفصاح بلا حدود ؟ ، مركز المشروعات الدولية الخاصة ، القاهرة ، مصر .

3) سوق فلسطين للأوراق المالية (2007) : مشروع قانون الشركات - رحلة ثماني سنوات بين وزارة الاقتصاد وديوان الفتوى والمجلس التشريعي ، حالة استعصاء لخمس وزراء - .
مجلة سوق المال الفلسطيني ، العدد الثاني . سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين .

4) طاقم برنامج التوعية الاستثمارية في سوق فلسطين للأوراق المالية (2008) : أسئلة متكررة وإجاباتها . برنامج التوعية الاستثمارية، سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين .

5) اللجنة الدولية للحقوقيين (2007) : المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة ، والمحامين ، وممثلي النيابة العامة ، - دليل الممارسين رقم 1 - ، الطبعة الأولى ، النسخة العربية. اللجنة الدولية للحقوقيين ، جنيف - سويسرا .

6) اللجنة الوطنية للحوكمة (2009) : قواعد حوكمة الشركات في فلسطين . اللجنة الوطنية للحوكمة، رام الله - فلسطين .

• الندوات والمؤتمرات

1) آل شبيب ، دريد . جبوري ، عبد الرحمن (2005) : أهمية تطوير هيئة الرقابة على الأوراق المالية لرفع كفاءة السوق المالي - حالة شركة وورلد كم الأمريكية - . في : المؤتمر العلمي السنوي الرابع حول الريادة والإبداع بعنوان (إستراتيجيات الأعمال في مواجهة تحديات العولمة) ، 15 - 16 مارس 2005 ، جامعة فيلادلفيا ، عمان - الأردن .

2) بربري ، صالح (2007) : المضاربة والتلاعب بالأسعار في سوق الأوراق المالية - دراسة قانونية - . في : مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات - آفاق وتحديات - ، 6 - 8 مارس 2007 ، غرفة تجارة وصناعة دبي بالتعاون مع جامعة الإمارات العربية المتحدة ، دبي - الإمارات العربية المتحدة .

- (3) بوهراوة ، سعيد (2010) : التلاعب في الأسواق المالية - عرض تحليلي نقدي - . في :
الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي ، 25 - 29 ديسمبر 2010 . رابطة العالم
الإسلامي ، مكة المكرمة - السعودية .
- (4) دنيا ، شوقي (2010) : التلاعب في الأسواق المالية . في : الدورة العشرون للمجمع
الفقهي الإسلامي ، 25 - 29 ديسمبر 2010 . رابطة العالم الإسلامي ، مكة المكرمة -
السعودية .
- (5) ساوري ، بوشعيب (2011) : إشكالية الانتقال من المفهوم إلى المصطلح . في : الملتقى
الدولي الأول في المصطلح النقدي ، 09 - 01 مارس 2011 . جامعة قاصدي مرباح ،
ورقلة - الجزائر .
- (6) ضب ، علي . ناصر ، فاطمة (2011) : سلوك المرودية على الأسهم والمخاطرة في
الأسواق المالية الإسلامية والتقليدية - دراسة قياسية ومقارنة بين بورصتي ماليزيا ونل
أبيب خلال الفترة 1997 - 2010 - . في : الملتقى الدولي الأول لمعهد العلوم الاقتصادية
التجارية وعلوم التسيير ، بعنوان (الاقتصاد الإسلامي ، الواقع ورهانات المستقبل) ،
23 - 24 فبراير 2011 ، جامعة غرداية ، غرداية - الجزائر .
- (7) قاسم ، مجدي (2007) : التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع في دولة
الإمارات العربية المتحدة - رسالة تحليلية نقدية لقرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم
(1) لسنة 2001 - . في : مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات - آفاق وتحديات - ،
6 - 8 مارس 2007 ، غرفة تجارة وصناعة دبي بالتعاون مع جامعة الإمارات العربية
المتحدة ، دبي - الإمارات العربية المتحدة .
- (8) نزال ، عبد الله (2011) : كفاءة تسعير الأوراق المالية في السوق المالي الإسلامي .
في : الملتقى الدولي الأول لمعهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير بعنوان الاقتصاد
الإسلامي - الواقع ورهانات المستقبل - ، 23 - 24 فبراير 2011 ، جامعة غرداية ،
غرداية - الجزائر .
- (9) نوري ، مليكة (2011) : المصطلح النقدي في العصر الحديث . في : الملتقى الدولي
الأول في المصطلح النقدي ، 09 - 01 مارس 2011 . جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة -
الجزائر .

• الإنترنت

(1) بورصة فلسطين (2012) : تعميم البورصة رقم (أ . م 02 / 2012) بشأن إدراج وبدء تداول شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (PSE) ، تحت إشارة رقم 03 / 12 / PEX 02 ، بتاريخ 21 / 3 / 2012 . بورصة فلسطين ، نابلس - فلسطين.

(
http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/CircularAM02_PSE%20Listing_21032012.pdf , 03.03.2013)

(2) بورصة فلسطين (2012) : طلب إدراج شركة سوق فلسطين للأوراق المالية في بورصة فلسطين . بورصة فلسطين ، نابلس - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Listing-Application-PSE-01032012.pdf> , 03.03.2013)

(3) بورصة فلسطين (بدون تاريخ) : برنامج فحص بيانات التداول . بورصة فلسطين ، نابلس - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/ListedCompanies.aspx?Tabindex=1> , 26.03.2013)

(4) بورصة فلسطين (بدون تاريخ) : حول بورصة فلسطين - مجلس الإدارة . بورصة فلسطين ، نابلس - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/AboutPSE.aspx?TabIndex=1> , 03.03.2013)

(5) سوق فلسطين للأوراق المالية (2009) : دليل الشركات المساهمة العامة للعام 2008 - الشركات المدرجة في سوق فلسطين للأوراق المالية - . سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/psewebsite/publications/PSE-Companies-Guide-2008.pdf> , 03.03.2013)

(6) سوق فلسطين للأوراق المالية (2012) : كتاب الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن نتائج اجتماع الهيئة العامة غير العادي . سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/General-Assembly-Decisions-PSE-03042012.pdf> , 03.03.2013)

(7) شركة البنك الإسلامي العربي (2012) : كتاب رئيس مجلس إدارة الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن التقرير السنوي للعام 2011 . شركة البنك الإسلامي العربي ، رام الله - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/psewebsite/Generalizations/Annual-Report-2011-AIB-15042012.pdf> , 02.04.2013)

8) شركة التكافل الفلسطينية للتأمين (2012) : إفصاح الشركة لبورصة فلسطين عن نتائج اجتماع الهيئة العامة المنعقد بتاريخ 29 / 4 / 2012 . شركة التكافل الفلسطينية للتأمين . رام الله - فلسطين.

([http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/General-Assembly-
Decisions-TIC-10042012.pdf](http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/General-Assembly-Decisions-TIC-10042012.pdf) , 27.03.2013)

9) شركة التكافل الفلسطينية للتأمين (2012) : كتاب مدير عام الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن قرار مجلس الإدارة رقم 3 / 2012 ، تحت إشارة رقم ش ت ف / م / 5 / 1788 / 2012 ، بتاريخ 29 / 4 / 2012 . شركة التكافل الفلسطينية للتأمين . رام الله - فلسطين.

([http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Board-Meeting-Decisions-
TIC-02052012.pdf](http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Board-Meeting-Decisions-TIC-02052012.pdf) , 27.03.2013)

10) شركة التكافل الفلسطينية للتأمين (2012) : كتاب مدير عام الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن البيانات المالية كما في 30 حزيران 2012 ، تحت إشارة رقم ش ت ف / م / 5 / 2452 / 2012 ، بتاريخ 13 / 8 / 2012 . شركة التكافل الفلسطينية للتأمين . رام الله - فلسطين.

([http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Semi-Annual-2012-
TIC-14082012.pdf](http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Semi-Annual-2012-TIC-14082012.pdf) , 28.03.2013)

11) شركة السهم للاستثمار والأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول شركة السهم للاستثمار والأوراق المالية، رام الله - فلسطين.

(http://www.sahem-inv.com/agreements/NP_agreement_en.pdf , 01.04.2013)

12) الشركة العالمية المتحدة للتأمين (2012) : إفصاح الشركة لبورصة فلسطين عن نتائج اجتماع الهيئة العامة غير العادي المنعقد بتاريخ 22 / 3 / 2012 . الشركة العالمية المتحدة للتأمين . رام الله - فلسطين.

([http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/General-Assembly-
Decisions-GUI-25032012.pdf](http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/General-Assembly-Decisions-GUI-25032012.pdf) , 30.03.2013)

13) الشركة العالمية المتحدة للتأمين (2012) : كتاب رئيس مجلس إدارة الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن محتويات قرارات مجلس الإدارة في جلسته المعقودة بتاريخ 15 / 2 / 2012 ، تحت إشارة رقم 005 / GM / 2012 ، بتاريخ 15 / 2 / 2012 . الشركة العالمية المتحدة للتأمين ، رام الله - فلسطين.

([http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Board-Meeting-Decisions-
GUI-15022012.pdf](http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Board-Meeting-Decisions-GUI-15022012.pdf) , 30.03.2013)

14) الشركة العالمية المتحدة للتأمين (2012) : كتاب نائب المدير العام للشؤون المالية والإدارية للشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن موعد اجتماع مجلس الإدارة الذي

سيعقد بتاريخ 15 / 2 / 2012 ، تحت إشارة رقم 2012 / 004 / GM ، بتاريخ 13 / 2 / 2012 . الشركة العالمية المتحدة للتأمين ، رام الله - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Board-Meeting-Date-GUI-13022012.pdf> , 02.04.2013)

15) الشركة العالمية للأوراق المالية (2011) : كتاب الشركة ليورصة فلسطين بشأن إفصاح شراء أسهم شركة تكافل فلسطين للتأمين من قبل شركة ترست العقارية ، بتاريخ 30 / 5 / 2011 . الشركة العالمية للأوراق المالية . رام الله - فلسطين.

(
http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties_TIC_30052011.pdf , 28.03.2013)

16) الشركة العالمية للأوراق المالية (2012) : كتاب الشركة ليورصة فلسطين بشأن إفصاح شراء أسهم شركة تكافل فلسطين للتأمين من قبل شركة ترست العقارية ، بتاريخ 16 / 5 / 2012 . الشركة العالمية للأوراق المالية . رام الله - فلسطين.

(
http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties2_TIC_16052012.pdf , 28.03.2013)

17) شركة العالمية للأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة العالمية للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين.
(<http://www.gsc.ps/PDF/Trading%20Account%20Agreement.pdf> , 01.04.2013)

18) شركة العربي جروب للاستثمار (2012) : كتاب الشركة ليورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن شراء مجموعة من أسهم الشركة العالمية المتحدة للتأمين من قبل العميل جمال نايف حافظ براهيمة ، تحت إشارة رقم ش . ع . ج / 589 / 2012 ، بتاريخ 8 / 2 / 2012 . شركة العربي جروب للاستثمار ، رام الله - فلسطين.

(
http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties_GUI_08022012.pdf , 30.03.2013)

19) شركة العربي جروب للاستثمار (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة العربي جروب للاستثمار ، رام الله - فلسطين.
(http://www.abinvest.ps/userfiles/Account_Form_Palestine.pdf , 01.04.2013)

20) شركة القدس للمستحضرات الطبية (2012) : كتاب رئيس مجلس إدارة الشركة ليورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن البيانات المالية المرحلية للنصف الأول من العام 2012 ، بتاريخ 15 / 9 / 2012 . شركة القدس للمستحضرات الطبية ، رام الله - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Semi-Annual-2012-JPH-16092012.pdf> , 02.04.2013)

21) الشركة المتحدة للأوراق المالية (2012) : كتاب نائب المدير العام لشؤون التداول إلى بورصة فلسطين بشأن إفصاح شراء أسهم شركة تكافل فلسطين للتأمين من قبل شركة ترست العقارية ، بتاريخ 3 / 6 / 2012 . الشركة المتحدة للأوراق المالية . رام الله - فلسطين .

(
http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties_TIC_03062012.pdf , 28.03.2013)

22) شركة المتحدة للأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة المتحدة للأوراق المالية ، رام الله - فلسطين .

(
<http://www.united.ps/application/1228> , 01.04.2013)

23) شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية (2012) : كتاب مدير تداول الشركة لبورصة فلسطين بشأن إفصاح بيع أسهم شركة الائتمان للاستثمار والتنمية ، بتاريخ 21 / 3 / 2012 . شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية . نابلس - فلسطين .

(
http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties_TIC_21032012.pdf , 27.03.2013)

24) شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية (2012) : كتاب مدير تداول الشركة لبورصة فلسطين بشأن إفصاح شراء أسهم شركة تكافل فلسطين للتأمين من قبل شركة ترست العقارية ، بتاريخ 21 / 3 / 2012 . شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية . نابلس - فلسطين .

(
http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties2_TIC_21032012.pdf , 27.03.2013)

25) شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة الهدف الأردن فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين .

(
<http://www.tjps.ps/pdfs/Trading%20Account%20Agreement.doc> , 01.04.2013)

26) شركة الوساطة للأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة الوساطة للأوراق المالية ، غزة - فلسطين .

(
http://www.alwasata.com/resources/file/applications/trading%20account%20a_g.pdf , 01.04.2013)

27) الشركة الوطنية للأوراق المالية (2012) : كتاب الشركة لبورصة فلسطين بشأن إفصاح شراء أسهم شركة تكافل فلسطين للتأمين من قبل شركة ترست العقارية ، بتاريخ 26 / 7 / 2012 . الشركة الوطنية للأوراق المالية . رام الله - فلسطين .

(.

http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties_TI_C_26072012.pdf , 28.03.2013)

(28) شركة الوطنية للأوراق المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة الوطنية للأوراق المالية ، رام الله - فلسطين.

(<http://www.alwatanieh.ps/2.pdf> , 01.04.2013)

(29) شركة ترست العالمية للتأمين (2004) : البيانات المالية الموحدة وتقرير مدقق الحسابات المستقل للسنة المنتهية في 31 ديسمبر 2004 . شركة ترست العالمية للتأمين المساهمة العامة المحدودة ، رام الله - فلسطين.

(<http://www.p-s-e.com/psewebsite/Generalizations/FS-Annual-Audited-2004-TRUST-15032008.pdf> , 27.03.2013)

(30) شركة ترست العالمية للتأمين (2010) : التقرير السنوي للعام 2010 . شركة ترست العالمية للتأمين ، رام الله - فلسطين.

(<http://trustpalestine.com/UploadCenter/Files/1333010526.pdf> , 27.03.2013)

(31) شركة ترست العالمية للتأمين (2011) : كتاب مدير عام الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن قرارات اجتماع مجلس الإدارة الذي عقد بتاريخ 16 شباط 2011 ، تحت إشارة رقم 11 - 021 - AN ، بتاريخ 20 / 2 / 2011 . شركة ترست العالمية للتأمين ، رام الله - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Board-Meeting-Decisions-TRUST-20022011.pdf> , 02.04.2013)

(32) شركة ترست العقارية (2013) : كتاب الشركة لبورصة فلسطين بشأن إفصاح المطلعين، بتاريخ 3 / 4 / 2013 . شركة ترست العقارية . رام الله - فلسطين.

(.

http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/Discl_Related%20Parties_TI_C_03042013.pdf , 26.05.2013)

(33) شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (2011) : التقرير السنوي لشركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة العامة المحدودة للعام 2010 . شركة سوق فلسطين للأوراق المالية، نابلس - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Annual-Report-2010-PSE-26122011.pdf> , 03.03.2013)

(34) شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (2012) : كتاب الشركة للإدارة العامة للأوراق المالية في هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بشأن الإفصاح عن البيانات المالية المرحلية للربع الأول من عام 2012 ، تحت إشارة رقم 12 / 04 / 01 - Disclosure PSE / ، بتاريخ 29 / 4 / 2012 . شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Quarter1-2012-PSE-29042012.pdf> , 03.03.2013)

(35) شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (2012) : كتاب الشركة للإدارة العامة للأوراق المالية في هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بشأن الإفصاح عن البيانات المالية المرحلية للنصف الأول من عام 2012 ، تحت إشارة رقم 05 / 07 / 12 / PSE - Disclosure ، بتاريخ 17 / 7 / 2012 . شركة سوق فلسطين للأوراق المالية ، نابلس - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Semi-Annual-2012-PSE-17072012.pdf> , 03.03.2013)

(36) شركة سوق فلسطين للأوراق المالية (2013) : التقرير السنوي لشركة سوق فلسطين للأوراق المالية المساهمة العامة المحدودة للعام 2012 . شركة سوق فلسطين للأوراق المالية، نابلس - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Annual-Report-2012-PSE-24022013.pdf> , 03.03.2013)

(37) شركة فلسطين للتأمين (2012) : كتاب الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن البيانات المالية المرحلية للربع الأول من عام 2012 ، تحت إشارة رقم 265 / د . م / 2012 ، بتاريخ 2 / 5 / 2012 . شركة فلسطين للتأمين ، رام الله - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Quarter1-2012-PICO-03052012.pdf> , 02.04.2013)

(38) شركة فلسطين للتنمية والاستثمار (2007) : التقرير السنوي للعام 2007 المقدم إلى الهيئة العامة للمساهمين . شركة فلسطين للتنمية والاستثمار ، رام الله - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Annual-Audited-2007-PADICO-31032008.pdf> , 03.03.2013)

(39) شركة فلسطين للتنمية والاستثمار المحدودة (2011) : كتاب الرئيس التنفيذي للشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن البيانات المالية المرحلية للنصف الأول من العام 2011 ، تحت إشارة رقم 041 / LR 2011 / ، بتاريخ 15 / 8 / 2011 . شركة فلسطين للتنمية والاستثمار المحدودة، رام الله - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/PSEWebSite/Generalizations/FS-Semi-Annual-2011-PADICO-15082011.pdf> , 02.04.2013)

(40) شركة لوتس للاستثمارات المالية (بدون تاريخ) : نموذج اتفاقية فتح حساب تداول . شركة لوتس للاستثمارات المالية ، رام الله - فلسطين.

(<http://www.lotus-invest.ps/forms/16-02-2010/Trading%20Account%20Opening%20Application%20Form.pdf> , 01.04.2013)

41) شركة مصايف رام الله (2013) : كتاب رئيس مجلس إدارة الشركة لبورصة فلسطين بشأن الإفصاح عن البيانات المالية الأولية عن السنة المنتهية في 31 كانون الأول 2012 . شركة مصايف رام الله ، رام الله - فلسطين.

(<http://www.pex.ps/psewebsite/Generalizations/FS-Annual-Preliminary-2012-RSR-20022013.pdf> , 02.04.2013)

42) مجلس القضاء الأعلى (2013) : التشكيلة القضائية 2013 - 2014 . مجلس القضاء الأعلى ، رام الله - فلسطين.

(http://www.courts.gov.ps/details_ar.aspx?id=Bo6eHda718573515aBo6eHD , 20.08.2013)

43) المجلس القضائي الأردني (2012) : قرار رقم (1) لسنة 2012 الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين . الديوان الخاص بتفسير القوانين ، المجلس القضائي الأردني ، عمان - الأردن.

(<http://www.jc.jo/node/2348> , 09.03.2013)

44) مساهمو ويكاموس (2009) : معنى كلمة اتفق . ويكاموس - القاموس الحر .

(<http://ar.wiktionary.org/w/index.php?title=%D8%A7%D9%90%D8%AA%D9%8E%D9%91%D9%81%D9%8E%D9%82%D9%8E&oldid=356115> , 16.02.2013)

45) هيئة الأوراق المالية العراقية (بدون تاريخ) : مشروع قانون هيئة الأوراق المالية الدائم . بغداد - العراق.

(<http://www.isc.gov.iq/sites/isc.gov.iq/files/SecuritiesLawArVersionclean-1.pdf> , 04.02.2013)

46) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2011) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة السيد مأمون يوسف دغمش لقانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 بتاريخ 27 / 7 / 2011 تحت إشارة رقم . GMA / DG / 165 / 2011 هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/securities%2021111.pdf , 26.03.2013)

47) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2011) : كتاب هيئة سوق رأس المال للمدير التنفيذي لبورصة فلسطين السيد أحمد عويضة من أجل مخالفة شركة الوساطة للأوراق المالية لقواعد السلوك المهني للعمل داخل السوق ونظام تداول الأوراق المالية بتاريخ 26 / 7 / 2011 تحت إشارة رقم . GMA / DG / 167 / 2011 هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين .

(
http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/securities%202%20wasata.pdf , 26.03.2013)

48) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة البنك الإسلامي العربي لقانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 ونظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية ، تحت إشارة رقم / DG145 / GMA / 2012 ، بتاريخ 19 / 4 / 2013. هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.
(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/AIB.pdf , 02.04.2013)

49) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة فلسطين للتأمين لنظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية بخصوص الإفصاح عن البيانات المالية للربع الأول من عام 2012 ، تحت إشارة رقم / DG / GMA / 2012 / 198 ، بتاريخ 15 / 5 / 2012. هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.

(
http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/doc20120515120750.pdf , 02.04.2013)

50) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة القدس للمستحضرات الطبية للمادة (3 / 1 / ج) من نظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية بخصوص الإفصاح عن البيانات المالية نصف السنوية لعام 2012 ، تحت إشارة رقم / DG349 / 2012 / GMA ، بتاريخ 26 / 8 / 2012. هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/sec56.pdf , 02.04.2013)

51) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة الشركة العالمية المتحدة للتأمين لنظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية وتعميم الهيئة ، تحت إشارة رقم / DG87 / 2012 / GMA ، بتاريخ 12 / 3 / 2012. هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/securities1222.pdf , 02.04.2013)

52) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة ترست العالمية للتأمين لنظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية ، تحت

إشارة رقم 2012 / DG71 / GMA ، بتاريخ 28 / 2 / 2012. هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/aaaaa.pdf , 02.04.2013)

(53) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة رئيس مجلس إدارة الشركة العالمية للتأمين لتعميم الهيئة بشأن شفافية تداول الأوراق المالية ، تحت إشارة رقم 2012 / DG86 / GMA ، بتاريخ 12 / 3 / 2012. هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/securities2.pdf , 30.03.2013)

(54) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2012) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة ترست العقارية لقانون الأوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 ، تحت إشارة رقم 2012 / DG128 / GMA ، بتاريخ 8 / 4 / 2012. هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/Trust.pdf , 26.03.2013)

(55) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2013) : الجهات المرخصة من قبل هيئة سوق رأس المال الفلسطينية لممارسة الأعمال والنشاطات المالية لعام 2013 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/licensees_Docs/Licensed%20Firms_2011.pdf , 22.03.2013)

(56) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2013) : الوسطاء المعتمدين من قبل هيئة سوق رأس المال الفلسطينية لعام 2013 . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/licensees_Docs/Licensed%20Brokers_2011.pdf , 23.03.2013)

(57) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (2013) : قرار هيئة سوق رأس المال في مخالفة شركة مصايف رام الله لتعميم الهيئة بشأن إفصاح الشركات المدرجة ونظام الإفصاح المتبع في سوق فلسطين للأوراق المالية ، تحت إشارة رقم 2013 / DG104 / GMA ، بتاريخ 26 / 2 / 2013. هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.

(http://www.pcma.ps/securitiesSector/Irregularities_Docs/secmasyf.pdf , 02.04.2013)

58) هيئة سوق رأس المال الفلسطينية (بدون تاريخ) : نبذة عن قطاع الأوراق المالية . هيئة سوق رأس المال الفلسطينية ، رام الله - فلسطين.
(<http://www.pcma.ps/securitiesSector/Pages/Introduction.aspx> , 24.02.2013)

ب- المراجع باللغة الإنجليزية

• Books

- 1) Abdul Hamid , Mar Iman (2006) : Basic Aspect Of Property Market Research . Penerbit UTM , University of Technology in Malaysia , Kuala Lumpur – Malaysia .
- 2) Ahmadu , Mohammed . Hughes , Robert (2006) : Commercial Law And Practice In The South Pacific . Cavendish Publishing , London – UK .
- 3) Anbuvelan , K (2005) : Management Concept For Civil Engineers , First Edition . Laxmi Publications , New Delhi – India .
- 4) Andrea , Campbell . Ralph , Ohm (2007) : LEGAL EASE - A Guide To Criminal Law , Evidence, And Procedure - , Second Edition . Charles C Thomas , Illinois – USA .
- 5) Arun , Kumar (1998) : Marketing Management . Atlantic Publishers And Distributors , New Delhi – India .
- 6) Baikie , Timothy (2003) : Getting And Staying Listed In Canada - A Primer For Public Company Executives And Their Professional Advisors - . CCH Canadian Limited Publisher , Toronto – Canada .
- 7) Bhattacharyya , Asish (2006) : Financial Accounting For Business Mangers , Third Edition . Prentice - Hall of India , New Delhi – India .
- 8) Bishop , John (2000) : Ethics And Capitalism - A Guide To The Issues . In : Ethics and Capitalism . University Of Toronto Press , University Of Toronto , Toronto – Canada .
- 9) Blitz , Dennis (2008) : Save Smart , Earn More - The New Rules For Retirement Investing - . Adams Business - Adams Media - , Massachusetts – USA .
- 10) Born , Gary (2010) : International Arbitration And Forum Selection Agreements - Drafting And Enforcing - , Third Edition . Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rijn , Netherlands .
- 11) Cairns , Walter . MacKeon , Robert (1995) : Introduction To French Law , First Edition . Cavendish Publishing , London – UK .
- 12) Carson , Thomas (2012) : Deception And Information Disclosure In Business And Business And Professional Ethics . In : Brenkert , George. Beauchamp , Tom (Editors) The Oxford Handbook Of Business Ethics. Oxford University Press , University Of Oxford , Oxford – UK .

- 13) Clunie , James (2010) : Predatory Trading And Crowded Exits - New Thinking On Market Volatility - , First Edition . Harriman House , Hampshire – UK .
- 14) Colby , Robert . Schwartz , Lanny (2012) : What Is a Broker-Dealer? . In : Broker-Dealer Regulation , Second Edition . Practising Law Institute, New York – USA .
- 15) David , Brody . And Others (2001) : Criminal Law. Aspen Publishers- Wolter Kluwer Company - , New York – USA .
- 16) Douglas , Husak (2010) : The Philosophy Of Criminal Law - Selected Essays - . Oxford University Press , University Of Oxford , Oxford – UK.
- 17) Epstein , Barry . And Others (2009) : Wiley GAAP 2010 - Interpretation and Application of Generally Accepted Accounting Principles - . John Wiley and Sons , New Jersey – USA .
- 18) Fabozzi , Frank (2008) : Hand Book of Finance , Volume one . John Wiley and Sons , New Jersey – USA .
- 19) Fabozzi , Frank . Drake , Pamela (2009) : Finance - Capital Markets , Financial Management and Investment Management - . John Wiley and Sons , New Jersey – USA .
- 20) Ferrari , Franco . Leible , Stefan (2009) : Rome I Regulation - The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe - . Sellier European Law Publishers , Munich – Germany .
- 21) Francis , Jack (1988) : Management Of Investments , Second Edition . McGraw - Hill , New York – USA .
- 22) Fraser , Austin . Fisher Investments (2010) : Fisher Investments On Emerging Markets . John Wiley and Sons , New Jersey – USA .
- 23) Frye , Timothy (2000) : Brokers and Bureaucrats - Building Market Institutions in Russia - . University of Michigan Press , University of Michigan , Michigan – USA .
- 24) Harris , Larry (2003) : Trading And Exchanges - Market Microstructure For Practitioners - . Oxford University Press , University Of Oxford , Oxford – UK.
- 25) Ismail , Mohamed (2011) : Globalization And New International Public Works Agreements In Developing Countries . Ashgate Publishing Company , Surrey – UK .
- 26) Jamal , Nasir (1990) : The Islamic Law Of Personal Status , Second Edition . Graham And Trotman , London – UK .
- 27) Joel , Samaha (2010) : Criminal Law , Tenth Edition. Cengage Learning Publisher , California – USA .
- 28) John , Bell . And Others (1998) : French Administrative Law , Fifth Edition . Oxford University Press , University Of Oxford , Oxford – UK.

- 29) Jr , Charles E. Rounds . III , Charles E. Rounds (2013) : Loring And Rounds - A Trustee's Handbook - . Wolters Kluwer Law And Business , New York – USA .
- 30) Kaptan , S.S (2001) : Investment Management , First Edition . Sarup And Sons , New Delhi – India .
- 31) Kevin , S. (2006) : Security Analysis And Portfolio Management . Prentice - Hall of India , New Delhi – India .
- 32) Kurtz , David . Boone , Louis (2011) : Contemporary Business . John Wiley and Sons , New Jersey – USA .
- 33) Levy , Steven (2011) : Regulation Of Securities - Sec Answer Book , Fourth Edition - . Wolters Kluwer Law And Business , New York – USA .
- 34) Liaw , K. (2012) : The Business Of Investment Banking - A comprehensive Overview - , Third Edition . John Wiley And Sons , New Jersey – USA .
- 35) Lindholm , Carita (2013) : Ad Hoc Arbitration Vs. Institutional Arbitration . In : Moss , Giuditta (Editor) International Commercial Arbitration - Different Forms And Their Features - . Cambridge University Press , University Of Cambridge , Cambridge – UK .
- 36) Loukas , Mistelis . Stavros , Brekoulakis (2009) Arbitrability - International And Comparative Perspectives -. Kluwer Law International, Alphen Aan Den Rij – Netherlands .
- 37) Mahendra , Singh (2001) : German Administrative Law In Common Law Perspective , Second Edition . Springer Publishing Group , Berlin–Germany .
- 38) Marks , Kenneth . And Others (2012) : Middle Market M & A - Handbook for Investment Banking and Business Consulting - . John Wiley and Sons , New Jersey – USA .
- 39) Mitsuru , Misawa (2011) : Current Business And Legal Issues In Japan's Banking And Finance Industry , Second Edition . World Scientific Publishing , City Of Singapore – Singapore .
- 40) Morris , Virginia . Morris , Kenneth (2007) : Standard and Poor's Dictionary Of Financial Terms . Light Bulb Press , New York – USA .
- 41) Morrissey , Joseph . Graves , Jack (2008) : International Sales Law and Arbitration - Problems , Cases , And Commentary . Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rijn , Netherlands .
- 42) Moubarak , Paul . Steele , Amy (2012) : Internet Stock Trading And Market Research For The Small Investor , First Edition . I Universe , Indiana – USA .
- 43) Naftalis , Gary (1995) : Insider Trading - An Overview - . In : Atkins , Richard (Editor) , The Alleged Transnational Criminal - The Second Biennial International Criminal Law Seminar - , Martinus Nijhoff Publishers , Hague – Netherland .

- 44) Nelson , Paul (2008) : Capital Markets Law And Compliance - The Implications of MIFID - . Cambridge University Press , University Of Cambridge , Cambridge – UK .
- 45) Nelson , S.A (2007) : The ABC Speculation , Reprinted Edition. Cosimo Publications , New York – USA .
- 46) Palmiter , Alan (2008) : Securities Regulation - Examples And Explanations - . Aspen Publishers , New York – USA .
- 47) Paulsson , Jan (1999) : The Freshfields Guide To Arbitration And ADR - Clauses In International Contracts - , Second Revised Edition . Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rijn , Netherlands .
- 48) Peczenik , Aleksander (2009) : On Law And Reason . Springer Science And Business Media , Berlin – Germany .
- 49) Poe , Jerry . Gallinger , George (1995) : Essentials Of Finance - An Integrated Approach - . Prentice Hall , New Jersey – USA .
- 50) Poitras , Geoffrey (2002) : Risk Management , Speculation , And Derivative Securities . Academic Press , California – USA .
- 51) Poitras , Geoffrey(2012) : From The Renaissance Exchange To Cyberspace - A History Of Stock Market Globalization . In : Poitras , Geoffrey (Editor) Handbook Of Research On Stock Market Globalization . Edward Elgar Publishing , Gloucestershire – UK .
- 52) Ranganayakulu , K.C.S.(1999) : Dictionary Of Investment Management . Atlantic Publishers And Distributors , New Delhi – India .
- 53) Roba , Carl (2004) : How to Recover Stock Market Losses With Or Without An Attorney . Specialist Press International Books - SPI - , New York – USA .
- 54) Sammartano , Mauro (2001) : International Arbitration - Law And Practice - , Second Edition . Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rijn , Netherlands .
- 55) Sandeep , Goel (2012) : Financial Services . Prentice - Hall of India , New Delhi – India .
- 56) Schafer , Erik . And Others (2005) : ICC Arbitration In Practice . Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rijn , Netherlands .
- 57) Schindler , Mark (2007) : Rumors In Financial Markets - Insights Into Behavioral Finance - . John Wiley and Sons , New Jersey – USA .
- 58) Schulz , Douglas (1994) : When Is An Order An Order ? Unauthorized Trading By Securities Brokers . In : Securities Arbitration, Unauthorized Trading Chapter . Practicing Law Institute - PLI - , New York – USA .
- 59) Scott , David (2003) : Wall Street Words - An A To Z Guide To Investment Terms For Today's Investor - , Third Edition . Houghton Mifflin , Massachusetts – USA .

- 60) Sears , Steven (2012) : The Indomitable Investor - Why A Few Succeed In The Stock Market When Everyone Else Fails - . John Wiley and Sons , New Jersey – USA .
- 61) Shim , Jae . Siegel , Joel (1993) : Macroeconomics . Barron's Educational Series , New York – USA .
- 62) Simmons , Michael (2002) : Securities Operations - A Guide To Trade And Position Management - . John Wiley and Sons , New Jersey – USA.
- 63) Simmons , Michael . Dagleish , Elaine (2006) : Corporate Actions - A Guide To Securities Event Management - . John Wiley and Sons , New Jersey – USA.
- 64) Sophie , Boyron (2009) : The Public - Private Divide And The Law of Government Contracts - Assessing A Comparative Effort - . In : The Public - Private Law Divide: Potential for Transformation ? . British Institute of International And Comparative Law , London – UK .
- 65) Steinberg , Marc (1984) : Securities Regulation - Liabilities And Remedies - , First Edition . American Lawyer Media - ALM - , New York – USA .
- 66) Sunita (2005) : Politics , Ethics And Social Responsibility of Business. Paragon Books , New Delhi - India.
- 67) Tatewaki , Kazuo (1991) : Banking And Finance In Japan - An Introduction To The Tokyo Market - . Routledge - Taylor And Francis Group - , London – UK .
- 68) Teweles , Richard . Bradley , Edward (1998) : The Stock Market , Seventh Edition . John Wiley and Sons , New York – USA .
- 69) Thomas , Lloyd (2006) : Money , Banking And Financial Markets . Cengage Learning - South - Western - , Ohio – USA .
- 70) Tomasic , Roman . And Others (2002) : Corporations Law In Australia , Second Edition . The Federation Press , Sydney – Australia .
- 71) Walker , Gordon . And Others (2005) : Commercial Applications Of Company Law In New Zealand , Second Edition . CCH Publisher , Auckland - New Zealand .
- 72) Wilson , Karl (1993) : Asia Pacific Securities Handbook . Philip Jay Publishing , Hong Kong – China .
- 73) Zaidi , S. Akbar (1999) : Issues in Pakistan's economy . Oxford University Press , University Of Oxford , Oxford – UK .
- 74) Zhu , Sanzhu (2007) : Securities Dispute Resolution In China . Ashgate Publishing , Hampshire – UK .

• Journals & Reviews

- 1) Alan , Mewett (1959) : The Theory Of Government Contracts . McGill Law Journal , Volume 5 , Issue Number 4 , McGill University , Montreal – Canada.
- 2) Anjier , John . Denegre , George (2001) : A Bull Market For Investor Claims - Disputes Between Customers And Brokers / Brokerage Firms. Louisiana Bar Journal , Volume 49 , Issue 4 , Louisiana State Bar Association , Louisiana – USA .
- 3) Bantekas , Ilias (2008) : The Foundations Of Arbitrability In International Commercial Arbitration . In: Australian Year Book of International Law , Volume 27 . LexisNexis - Butterworths - , Sydney – Australia .
- 4) Blea , Lori (1988) : Enforceability of Pre dispute Arbitration Agreements Under the Federal Securities Laws - Shearson / American Express , Inc . v. McMahon . Pace Law Review , Volume 8 , Issue 1 , Pace University , New York – USA .
- 5) Bondi , Bradley (2009) : Securities Arbitrations Involving Mortgage - Backed Securities And Collateralized Mortgage Obligations : Suitable FOR Unsuitability Claims? . Fordham Journal Of Corporate And Financial Law , Volume 14 , Issue 2 , Fordham University , New York– USA .
- 6) Brown , Stewart (1996) : Churning - Excessive Trading In Retail Securities Accounts - . Financial Services Review , Volume 5 , Issue 1 , Academy Of Financial Services , Stetson University , Florida – USA .
- 7) BuckLey , Kevin (1984) : The Severability Of Arbitrable And Nonarbitrable Securities Claims . Washington And Lee Law Review , Volume 41 , Issue 3 , Washington And Lee University , Virginia – USA .
- 8) Christopher , KOCH (2012) : A Tale Of Two Cities! – Arbitrating Trust Disputes And The ICC’s Arbitration Clause For Trust Disputes - . In : Yearbook on International Arbitration , Volume 2 . Neuer Wissenschaftlicher Verlag - NWV - , Vienna – Austria .
- 9) Dragor , Hiber . Vladimir , Pavic (2008) : Arbitration And Crime . Journal Of International Arbitration , Volume 25 , Issue 4 , Kluwer Law International , Alphen Aan Den Rij – Netherlands .
- 10) Durrer , Michael (1987) : Enforcing Arbitration Of Federal Securities Law Claims - The Effect Of Dean Witter Reynolds , Inc . v. Byrd - , William And Mary Law Review , Volume 28 , Issue 2 , William And Mary University , Virginia – USA .
- 11) Gedicks , Frederick (2005) : Suitability Claims And Purchases Of Un-Recommended Securities : An Agency Theory Of Broker-Dealer

- Liability . Arizona State Law Journal , Volume 37 , Issue 2 , Arizona State University , Arizona – USA .
- 12) Gross, Jill (2006): Securities Mediation - Dispute Resolution For The Individual Investor - . Ohio State Journal On Dispute Resolution , Volume 21 , Issue 2 , Ohio State University , Ohio – USA .
 - 13) Jacobs , Arnol (1973) : What Is A Misleading Statement Or Omission Under Rule 10B-5 ? . Fordham Law Review , Volume 42 , Issue 2 , Fordham University , New York – USA .
 - 14) Jordan , Cally (1995) : Regulation Of Canadian Capital Markets In The 1990s - The United States In The Driver's Seat . Pacific Rim Law And Policy Journal , Volume 4 , Issue 3 , University Of Washington , Washington – USA.
 - 15) Karmel , Roberta (1995) : Is the Shingle Theory Dead? . Washington And Lee Law Review , Volume 52 , Issue 4 , Washington And Lee University , Virginia – USA .
 - 16) Kyle , Albert . Viswanathan , S. (2008) : How To Define Illegal Price Manipulation ? . American Economic Review , Volume 98 , Issue 2 , American Economic Association , Pennsylvania – USA .
 - 17) Liana , Teodora (2010) : The Distinction Of The Administrative Contract From Other Types Of Contracts . The Annals of The "Stefan Cel Mare" , Volume 10 , University of Suceava , Suceava – Romania .
 - 18) Macey , Jonathan . And Others (2009) : Helping Law Catch Up To Markets - Applying Broker Dealer Law To Subprime Mortgages - . The Journal Of Corporation Law , Volume 34 , Issue 3 , The University of Iowa , Iowa – USA.
 - 19) Merdes , Ward (1988) : A Statutory Proposal To Determine Arbitral Forums For 10(b) Disputes . Santa Clara LAW Review , Volume 28 , Issue 2 , Santa Clara University , California – USA .
 - 20) Prentice , Robert . Langmore , John (1994) : Beware Of Vaporware - Product Hype And The securities Fraud Liability Of High Tech Companies - . Harvard Journal Of Law And Technology . Volume 8 , Issue 1 , Harvard University , Massachusetts – USA .
 - 21) Schexnayder , Martin (2009) : Securities Broker Liability In Texas . Texas Bar Journal , Volume 72 , Issue 3 , State Bar Of Texas , Texas – USA .
 - 22) Sea Siu , Lucia (2010) : Gangs In the Markets - Network based Cognition In China's Futures Industry - . International Journal Of China Studies , Volume 1 , Issue 2 , Institute Of China Studies , University of Malaya , Kuala Lumpur – Malaysia .
 - 23) Watler , Mark (2010) : Arbitration Of Securities Cases And The Arbitration Fairness Act Of 2009 . Journal Of Consumer And Commercial Law , Volume 13 , Issue 2 , The Law Center of The University Of Houston , University of Houston , Texas – USA .

24) Zepfel , Robert (1977) : Arbitration of Investor Broker Disputes . California Law Review , Volume 65 , Issue , University of California , Berkeley , California – USA .

- **Theses**

Tarinyeba , Winifred (2006) : Corporate Governance In Uganda - The Role Of Bank Finance - . Master Thesis , Stanford University , California–USA .

- **Institutional Works**

1) Andrian , Tobias . Song Shin , Hyun (2010) : The Changing Nature Of Financial Intermediation And The Financial Crisis Of 2007-09 (Staff Report / No. 439) . Federal Reserve Bank Of New York , New York – USA .

2) Dunn , Henry . Allen , Charlotte (2005) : Rumors , Urban Legends And Internet Hoaxes . In : Johnston , Timothy (Editor) , Proceedings Of The Annual Meeting Of The Association Of Collegiate Marketing Educators , 1 - 5 March 2005 . The Association Of Collegiate Marketing Educators , Texas – USA .

3) Macey , Jonathan (1991) : Insider Trading - Economics , Politics , And Policy - . American Enterprise Institute For Public Policy Research , Washington , D . C – USA .

4) Office Of Consumer Protection Of Wisconsin State (1977) : Handbook On Consumer Fraud And Unfair Business Practices . Office Of Consumer Protection , Department Of Justice , Wisconsin – USA .

5) S. K. Pandey , And Others (2005) : Fisheries Economics And Marketing - An Introduction - . Central Institute of Fisheries Education, Mumbai – India .

6) Staff Of The Federal Energy Regulatory Commission (2002) : Initial Report On Company-Specific Separate Proceedings And Generic Reevaluations ; Published Natural Gas Price Data ; And Enron Trading Strategies - Fact Finding Investigation Of Potential Manipulation Of Electric And Natural Gas Prices (Docket Report / No. PA02 - 2 - 000) . Federal Energy Regulatory Commission , Washington , DC – USA .

7) The Staff Of The USA Securities And Exchange Commission (2011) : Study On Investment Advisers And Broker - Dealers - As Required By Section 913 Of The Dodd - Frank Wall Street Reform And Consumer Protection Act - . USA Securities And Exchange Commission , Washington , DC – USA .

8) United States Government Accountability Office (2004) : Financial Regulation - Industry Changes Prompt Need To Reconsider U.S Regulatory Structure - (Report To The Chairman Committee On

Banking , Housing and Urban Affairs , U.S. Senate) . United States Government Accountability Office - GAO - , Washington, DC - USA .

• **Internet :**

- 1) Resolution Court Of Appeal For Ontario , Lawrence D. Wilder And Cassels Brock & Blackwell Vs. Ontario Securities Commission , (C34363 / 20010322) , Of 22 March 2001 .
(<http://www.ontariocourts.ca/decisions/2001/march/wilder.htm> , 21.02.2013)
- 2) Resolution Of The Indian High Court , State Of Orissa & Ors. vs. Ujjal Kumar Burdhan , Of 19 March 2012 .
(<http://www.indiankanoon.org/doc/44770847> , 23.02.2013)
- 3) Resolution of The Irish High Court , Fyffes Plc Vs. DCC Plc And Ors , IEHC 477 (2005) , Of 22 December 2005 .
([http://judgmental.org.uk/judgments/IEHC/2005/\[2005\] IEHC 477.html](http://judgmental.org.uk/judgments/IEHC/2005/[2005] IEHC 477.html) , 21.02.2013)

فهرس المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
أ	الإقرار
ب	الشكر والعرفان
ج	الملخص
هـ	Abstract
ز	الإطار العام للدراسة
ح	• المقدمة
ط	• التطور التاريخي
ل	• الأهمية النظرية
ل	• الأهمية العملية
م	• الأهمية الآنية
م	• الأهداف
ن	• الإشكالية
س	• المنهجية
س	• المخطط المنهجي
1	الفصل الأول : مضمون اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية
2	المبحث الأول : مفهوم اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية
3	المطلب الأول : تعريف اتفاق التحكيم
4	الفرع الأول : التعريف اللغوي
4	أولاً : معنى كلمة (الاتفاق)
7	ثانياً : معنى كلمة (تحكيم)
9	الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي القانوني
10	أولاً : تعريف مصطلح (التحكيم)
16	ثانياً : تعريف مصطلح (اتفاق التحكيم)

28	المطلب الثاني : ماهية المنازعات في ميدان سوق الأوراق المالية
29	الفرع الأول : دلالة السوق في الأوراق المالية
29	أولاً : فئة الأسواق التي ينتمي إليها سوق الأوراق المالية
32	ثانياً : أقسام سوق الأوراق المالية
35	الفرع الثاني : ضبط مصطلح منازعات سوق الأوراق المالية
35	أولاً : العنصر الموضوعي في منازعات سوق الأوراق المالية
37	ثانياً : العنصر الشخصي في منازعات سوق الأوراق المالية
42	المبحث الثاني : نطاق اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية
43	المطلب الأول : القابلية العامة للتحكيم
43	الفرع الأول : مفهوم قابلية التحكيم
43	أولاً : فلسفة قابلية التحكيم
45	ثانياً : صور التنظيم القانوني لقابلية التحكيم
47	الفرع الثاني : تحليل صور انتفاء قابلية التحكيم
48	أولاً : منازعات النظام العام
52	ثانياً : منازعات الأحوال الشخصية والمنازعات التي لا يجوز فيها الصلح
55	المطلب الثاني : خصوصية قابلية التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية
55	الفرع الأول : امتداد الحماية الجنائية لمنازعات سوق الأوراق المالية
56	أولاً : المنازعات القابلة للتحكيم في ظل أسلوب وحدة شطري مبدأ الشرعية الجنائية
58	ثانياً : المنازعات القابلة للتحكيم في ظل أسلوب فصل شطري مبدأ الشرعية الجنائية
65	الفرع الثاني : اتساع الدور الرقابي لهيئة سوق رأس المال
66	أولاً : مظاهر الدور الرقابي لهيئة سوق رأس المال
70	ثانياً : المنازعات القابلة للتحكيم في ظل الدور الرقابي لهيئة سوق رأس المال
74	الفصل الثاني : معضلة غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية
75	المبحث الأول : ماهية غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية
76	المطلب الأول : موقف القواعد القانونية المقارنة من غياب اتفاق التحكيم
78	الفرع الأول : أساليب القواعد القانونية المقارنة التي اعترفت بوجود اتفاق التحكيم

78	أولاً : أسلوب الاعتراف المتدرج
87	ثانياً : أسلوب الاعتراف الفوري
90	الفرع الثاني : أساليب القواعد القانونية المقارنة التي أخذت بغياب اتفاق التحكيم
90	أولاً : أسلوب الغياب الكلي
91	ثانياً : أسلوب الغياب الجزئي
96	المطلب الثاني : مظاهر غياب اتفاق التحكيم
96	الفرع الأول : تحليل صور غياب اتفاق التحكيم
97	أولاً : الإحالة للتحكيم بإرادة السوق
105	ثانياً : الإحالة للتحكيم من غير إرادة السوق
110	الفرع الثاني : آثار غياب اتفاق التحكيم
111	أولاً : انتهاك حق التقاضي
117	ثانياً : مخالفة قانون التحكيم الفلسطيني
131	المبحث الثاني : مصير غياب اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية
132	المطلب الأول : الطبيعة القانونية للقواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم
132	الفرع الأول : التكييف القانوني لمصدر القواعد (سوق فلسطين للأوراق المالية)
132	أولاً : المحطات القانونية التي رافقت تأسيس سوق فلسطين للأوراق المالية
138	ثانياً : مدى قانونية تأسيس سوق فلسطين للأوراق المالية
150	الفرع الثاني : التكييف القانوني للقواعد (نظام فض المنازعات والتحكيم)
150	أولاً : مدى إلزامية قواعد التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم
154	ثانياً : مدى اعتبار قواعد التحكيم في نظام فض المنازعات والتحكيم قواعد تحكيمية مؤسسية
157	المطلب الثاني : إلغاء القواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم
157	الفرع الأول : إلغاء القواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم إلغاءً دستورياً
160	أولاً : التجارب العربية الدستورية في إلغاء غياب اتفاق التحكيم
168	ثانياً : الإلغاء الدستوري للقواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم في المنظومة القانونية الفلسطينية
172	الفرع الثاني : إلغاء القواعد الناظمة لغياب اتفاق التحكيم إلغاءً إدارياً
173	أولاً : الإلغاء من قبل محكمة العدل العليا الفلسطينية
177	ثانياً : الإلغاء من قبل هيئة سوق رأس المال الفلسطينية

180	الفصل الثالث : تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية المألوفة
181	المبحث الأول : تطبيق اتفاق التحكيم في المنازعات المتعلقة بنزاهة التعامل في السوق
182	المطلب الأول : تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات الإفصاح عن المعلومات المادية
185	الفرع الأول : منازعات تحريف المعلومات المادية
185	أولاً : التحريف الموضوعي
189	ثانياً : التحريف الزمني
198	الفرع الثاني : منازعات تداول المطلعين على المعلومات المادية الداخلية
200	أولاً : مرتكزات تداول المطلعين
202	ثانياً : أساليب تداول المطلعين
209	المطلب الثاني : تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات المضاربة غير المشروعة
212	الفرع الأول : منازعات المضاربة غير المشروعة ذات البعد الفردي
213	أولاً : التداول المظهري
216	ثانياً : الشراء بغرض الاحتكار
226	الفرع الثاني : منازعات المضاربة غير المشروعة ذات البعد التنظيمي
226	أولاً : كيفية إنشاء تنظيمات المضاربة غير المشروعة
229	ثانياً : مخالفة تنظيمات المضاربة غير المشروعة للنظام العام
231	المبحث الثاني : تطبيق اتفاق التحكيم في المنازعات المتعلقة بممارسة أعمال الأوراق المالية
232	المطلب الأول : تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات مخالفة المتطلبات القانونية للعمل
232	الفرع الأول : منازعات عدم الترخيص
233	أولاً : الجهات المختصة بترخيص ممتهني أعمال الأوراق المالية
236	ثانياً : صور عدم الترخيص
241	الفرع الثاني : منازعات عدم التفويض
242	أولاً : عدم التفويض السابق
245	ثانياً : عدم التفويض اللاحق
255	المطلب الثاني : تطبيق اتفاق التحكيم في منازعات استغلال ثقة العميل

256	الفرع الأول : منازعات الإفراط في التداول
257	أولاً : القواعد القانونية التي حظرت الإفراط في التداول
258	ثانياً : عناصر الإفراط في التداول
261	الفرع الثاني : منازعات عدم ملاءمة الاستشارة
262	أولاً : المهن التي ترتبط بمنازعات عدم ملاءمة الاستشارة
264	ثانياً : أبعاد التزام ملاءمة الاستشارة
267	الخاتمة العامة
268	النتائج
271	التوصيات
274	المصادر والمراجع
311	فهرس المحتويات