Al-Kitab Journal for Human Sciences Vol.6, No.10 -2023
http:// doi:www.doi.org/10.32441/kjhs,6.10.18

Al-Kitab Journal for Human Sciences (KJHS)
Scientific Biannual Refereed Journal
P-ISSN2617-460x, E-ISSN (3005-8643)
https://isnra.net/index.php/KJHS/about/editorialTeam

The Obligatory Applicable Law to Brokerage in the Stock Market: A Comparative Study

Hudhaifa Raad Ali — Assistant lecturer
Dr. Wissam Tawfiq Abdullah — Assistant Professor
College of Rights– University of Mosul – Mosul- Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 11 Oct., 2023
Accepted: 22 Oct., 2023
Available online: 31 Dec., 2023

PP. 425-456

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE UNDER THE CC BY LICENSE
https://creativecommons.org/license/by/4.0

Corresponding author:
Assistant Lecturer: Hudhaifa Raad Ali
Dr.Wissam Tawfiq Abdullah
College of Rights - University of Mosul - Mosul - Iraq
Email:
altaieehutheifa@gmail.com

Abstract

Brokers carry out operations for the benefit of their clients, as they are prohibited from carrying them out for their personal benefit, except in cases and conditions specified by law. Despite this, we find brokers carrying out, on behalf of their clients, the operations of buying and selling a certain amount of securities offered for trading on the stock exchange, but in their personal names, as brokers act in these matters. Cases are as if they were commission agents. This situation does not arise from an automatic application of the customs applicable in brokerage contracts, but rather arises from an obligation on the brokers imposed by their professional system. There is no legal relationship between the seller and the buyer or between the broker and the client of another broker, as the relationship is limited to... The stock market is between two brokers, or more precisely, the broker contracts with another broker, and thus the process takes place between two brokers under the protection of their two agents. The seller's broker receives the sale and the buyer's broker receives the price. Each of the two brokers owns the claims of the seller and the buyer before the other, and the broker and the customer (the client) own each. One before the other, agency claims.

Keywords: financial brokerage, applicable law, mediator, administrator, securities, trading.

القانون الواجب التطبيق على الوساطة في سوق الاوراق المالية
دراسة مقارنة

حذيفة رعد علي
مدرس مساعد

الدكتور وسام توفيق عبد الله
استاذ مساعد

كلية الحقوق- جامعة الموصل – الموصل – العراق

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية
KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: 2023/10/11
تاريخ قبول النشر: 22 /2023/10
تاريخ النشر :2023/12/31

المجلد: (6)
العدد: (10) لسنة 2023م
جامعة الكتاب – كركوك – العراق

تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص (Creative Commons Attribution) لـ (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام، والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: م.م حذيفة رعد علي

الدكتور وسام توفيق عبدالله(2023)

القانون الواجب التطبيق على الوساطة في سوق الاوراق المالية – دراسة مقارنة

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

https://doi.org/
P-ISSN:1609-591X
E-ISSN: -X
kjhs@uoalkitab.edu.iq

المستخلص

إن سوق الأوراق المالية هو سوق كأي سوق آخر تتداول فيه السلع والخدمات، إلا أن السلع المتداولة فيه هي من نوع معين، تتمثل بالأوراق المالية كالأسهم والسندات، التي لم تعد عبارة عن أوراق مادية يحملها صاحبها، بل تغير شكلها بحيث أصبحت مجرد قيد يرد في حساب، عبر أيجاد نظام يسمى " بنظام الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية "، إذ يجب أن يتم قيد تلك الأوراق المالية في السوق أولا، لكي يسمح بتداولها فيه ومتى ما تم قيدها، فإنه لا يسمح بتاتا بتداولها خارج السوق الذي تم فيه القيد، وأي تداول خارج السوق، يقع باطلا كأصل عام.

ولكي تتم عمليات تداول الأوراق المالية، فإنه لا بد من صدور أمر من العميل (صاحب الورقة المالية) إلى الوسيط، لكي يتحرك للقيام بالعملية حسب نوع الأمر وشروطه، كونه أمر بيع أو شراء، وكون العملية آجلة أو فورية، ذلك ان التعامل بسوق الأوراق المالية لا يتم مباشرة بين المتعاملين أصحاب الأوراق المالية، وإنما يجب أن يتم من قبل متخصصين يطلق عليهم "الوسطاء الماليون" المرخص لهم رسميا من قبل السوق للقيام بعمليات الوساطة، ويقوم الوسيط المالي بمهنة التوسط بين المتعاملين في سوق الأوراق المالية مقابل نسبة من العمولة محددة في التشريعات عادة، ورغم ذلك نجد الوسطاء يقومون لحساب زبائنهم بعمليات شراء وبيع كمية معينة من الأوراق المالية المطروحة للتداول في البورصة، ولكن بأسمائهم الشخصية، إذ إن الوسطاء يتصرفون في هذه الحالات كما لو أنهم وكلاء بالعمولة وهذا الوضع لا ينشأ عن تطبيق تلقائي للأعراف المعمول بها في عقود الوساطة، بل ينشأ عن التزام على عاتق الوسطاء يفرضه نظامهم المهني، فلا توجد أية علاقة قانونية بين البائع والمشتري أو بين الوسيط وزبون وسيط آخر، إذ تنحصر العلاقة في سوق البورصة بين وسيطين، أو بمعنى أدق فإن الوسيط يتعاقد مع وسيط آخر، وبذلك تتم العملية بين وسيطين لذمة وكيليهما، ويتسلم وسيط البائع المبيع ويسلم وسيط المشترى الثمن، ويملك كل من الوسيطين قبل الآخر دعاوى البائع والمشتري، ويملك الوسيط والزبون (العميل)، كل منهما قبل الآخر، دعاوى الوكالة.

الكلمات المفتاحية: الوساطة المالية، القانون الواجب التطبيق، الوسيط، الآمر، الأوراق المالية، التداول.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن الإحاطة بموضوع البحث وإلقاء الضوء على مضامينه يقتضي عرض هذه المقدمة على وفق ما يأتي:

أولا: التعريف بموضوع البحث

شهدت أسواق الأوراق المالية في الدول المتقدمة تطورا مهما، على الصعيدين التشريعي والتقني، ويعد هذا التطور من أبرز علامات الاقتصاديات المتقدمة، وبالرغم من الدور الكبير الذي تمثله هذه أسواق الأوراق المالية في تجميع المدخرات، وتوجيهها نحو الاستثمار في المشاريع الإنتاجية المختلفة مما يؤدي حتما إلى المساهمة في تطوير الاقتصاد الوطني فإن هذا الموضوع ما زال مبهما لشريحة كبيرة من الناس.

ولا شك أن التطور المستمر للاتصالات الدولية و تزايد عدد الشركات الكبرى التي تتراكم فيها رؤوس اموال عملاقة يقتضي استثمار جزء من هذه الأموال في دول أخرى غير التي توجد فيها تلك الشركات، إذ أصبحت الأموال تنتقل من دولة الى أخرى بصفة مستقلة لحصول المضاربين على عائد أفضل من استخدام اموالهم في أسواق الاموال الأجنبية، ومن ناحية أخرى فإن الشركات العملاقة لكي تحصل على تقويم أعلى للأوراق المالية التي تصدرها فإنها تهتم بتقييدها لا في أسواق الأوراق المالية في بلدها الاصلي فحسب، بل في أسواق الأموال في الدول الأجنبية ايضا، فضلا عن أن السندات التي تصدرها الدول او الشركات بمبالغ هائلة تستلزم الالتجاء الى أصحاب رؤوس الأموال في الدول كافة، وليتحقق ذلك، فإن هذه الأوراق المالية ستقيد في الدول التي يكتتب فيها المستثمرون.

وتتم عمليات السوق أي تداول الأوراق المالية سواء كان بالبيع أو الشراء بواسطة الوسطاء الماليين في السوق لحساب مصدري الاوامر (الزبائن او الموكلين) خارج السوق، ومصدر الأمر بالبيع أو الشراء قد يكون شخصاً أجنبياً طبيعياً أو معنوياً مقيما في الدولة التي يوجد فيها السوق او خارجها ونتيجة لذلك تنشأ علاقتان، الأولى: بين الوسيط المالي ومصدر الأمر (الموكل)؛ والثانية: بين الوسطاء الماليين فيما بينهم أي بين وسيط الآمر بالبيع مثلا ووسيط الآمر بالشراء وهكذا، وهنا تثار مشكلة تنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين بشأن تلك العلاقات الخاصة وذلك لتطرق العنصر الأجنبي فيها.

ثانيا: أهمية موضوع البحث

تتمثل أهمية موضوع البحث في أنه يعالج موضوعاً مهماً على المستوى التشريعي والقضائي، فلا يمكن بأي حال من الأحوال تجاهل وجود تشابك في العلاقات القانونية الناجمة عن عمليات التداول في سوق الأوراق المالية وحصول منازعات تتعلق بها، فهذا الوجود يتأكد يوماً بعد يوم، وأن أهميته تزداد على مر الأيام.

وعند تصدي القضاء العراقي إلى منازعة من هذا القبيل سوف تثار بلا شك أمامه العديد من الأسئلة، وستكون هناك حاجة ملحة للإجابة عنها ، ولعل من أهمها تلك التي تتعلق بمعرفة القانون الذي يحكم العلاقة التي تربط الوسيط المالي بالآمر وتلك التي تربط الوسطاء الماليين فيما بينهم، وسنحاول الإجابة عنها مستعين في ذلك بجهود الفقه واجتهادات القضاء الذي تعرض لهذا النوع من المنازعات وجهود الهيئات الدولية المهتمة بعمليات التداول في سوق الأوراق المالية بوصفها تدخل في إطار التجارة الدولية.

وتظهر أهمية هذا البحث أيضاً في مساعدة أطراف العلاقات القانونية في عمليات التداول في تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقات وتحديد المحكمة التي يلجؤون إليها لتسوية نزاعهم وحماية حقوقهم ومراكزهم القانونية وتبصيرهم بالحلول التي يمكن بإتباعها ضمان أكبر قدر من الحماية القضائية

لتلك الحقوق والمراكز القانونية.

ثالثا: أسباب اختيار موضوع البحث

تكمن أسباب اختيار موضوع البحث في تسليط الضوء على واقع العلاقات القانونية الناشئة عن سوق الأوراق المالية في العراق في ظل الوضع الراهن سياسيا واقتصاديا ومحاولة تقييم تلك العلاقات وابداء الرأي بشأنها من ناحية القانون المطبق عليها بالمقارنة مع بعض الدول المشابهة في هذا الصدد، اذ ان المشرع العراقي في القانون المؤقت لأسواق الاوراق المالية العراقي رقم ٧٤ لعام ٢٠٠٤ م لم ينص على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات المالية المشوبة بعنصر أجنبي في أطار عمليات التداول في سوق الأوراق المالية، فضلا عن تسليط الضوء على ما يمكن أن يثيره تداول الأوراق المالية الأجنبية في العراق وتداول الاوراق المالية العراقية في الخارج من مشكلات قانونية وعملية تتعلق بالقانون الذي يحكم العلاقات القانونية التي تحكم عمليات تداول الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية، فضلا عن ان موضوع البحث لم يلق اهتمام الباحثين في الوطن العربي عموما وفي الفقه العراقي على وجه الخصوص بالشكل الكافي لندرة المصادر والمراجع فضلا عن عدم وجود دراسة متخصصة في هذه الجزئية التي نحن بصددها لنقص الدراسات والبحوث التي تتعلق بسوق الأوراق المالية من الجانب التشريعي (القانوني) عموما وعمليات التداول على وجه الخصوص، إذا ما قورنت بالدراسات والبحوث التي تتعلق بالموضوع نفسه من الجانب الاقتصادي.

ثالثا: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في الخصائص المميزة للعلاقات التي تثيرها عمليات التداول في سوق الأوراق المالية وما ينتج عنها من منازعات وما تتطلبه من حلول سواء على مستوى تحديد المحكمة المختصة بنظرها ام على مستوى القانون الواجب التطبيق عليها، فهناك علاقة مصدر الامر بالوسيط المالي وهناك علاقة الوسيط المالي بالوسيط المالي الآخر المكلف من آمره بإتمام عملية التداول للأوراق المالية، وهذه العلاقات القانونية قد تنفذ بصورة تقليدية في داخل قاعة التداول وقد تتم عملية التداول عن بعد، فكل هذا التشابك يثير إشكالية كيفية تحديد القانون الذي يحكمها ومتى نتحرر من قيود النصوص القانونية التي تحكم عمليات التداول في السوق.

فضلاً عن عدم وجود تنظيم قانوني خاص بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية التي تثيرها عمليات التداول في سوق الأوراق المالية أو الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات التي تثيرها تلك العمليات في نطاق القانون العراقي أو القوانين محل المقارنة وإنما يتم ذلك وفقاً للقواعد العامة في تحديد الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي، فضلا عن ندرة الأحكام القضائية التي يمكن أنْ نستند إليها في الوصول إلى حل مناسب لبعض المشكلات القانونية التي يفرزها الواقع.

رابعا: نطاق البحث

اما عن نطاق البحث، فيعالج البحث في هذا الموضع مسائل منها ما يتعلق ببيان الأشخاص الذين يقومون بعمليات التداول، وتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي تثيرها عملية التداول سواء فيما يخص علاقة مصدري الأوامر بالوسطاء الماليين ام على تلك التي تربط الوسطاء الماليين فيما بينهم.

خامسا: منهجية البحث

سنعتمد في كتابة موضوع البحث على المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال التحليل والمقارنة بين التشريع العراقي لسوق الأوراق المالية، والتشريع الفرنسي والمصري، فضلا عن التشريعات العامة ذات العلاقة كالقانون المدني في كل من العراق ومصر وفرنسا، مع الاستئناس بموقف قوانين الدول

الأخرى كلما دعت الحاجة الى ذلك، ولن تكون غاية التحليل والمقارنة هو لترجيح تشريع على تشريع آخر، وإنما ستكون غاية محددة وفق هدف هذه الدراسة المتمثل بمعرفة مواطن النقص والقصور في التشريع العراقي الحالي لسوق الأوراق المالية والقوانين ذات العلاقة فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الوساطة في سوق الأوراق المالية، فضلا عن تحليل مواقف الفقه والقضاء في الدول محل المقارنة المتيسرة في هذا المجال لوضع الحلول والمقترحات المناسبة لمواطن القصور.

سادسا: هيكلية البحث

بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود ذات العنصر الأجنبي التي يبرمها الوسطاء الماليون داخل البورصة، فإنه لا بد من تقسيم خطة البحث على وفق ما يأتي:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الوسطاء المـــــاليين.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشـــــكلية.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل (الموكل).

المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل.

المطلب الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الوسطاء الماليين

لما كان من الممكن ان يكون أحد عناصر عقد الوساطة أجنبيا، إذ تجيز بعض الدول للأجانب ممارسة مهنة الوساطة المالية في أسواقها المالية، أي في البورصات الوطنية[1]، فإنه من الممكن أن تُثار مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية، وهذا يستوجب تحديد القانون الواجب التطبيق من الناحية الموضوعية ومن الناحية الشكلية للعقد وذلك على وفق ما يأتي:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشـــــكلية.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية

تقضي القواعد العامة في القانون المدني بضرورة وجود ثلاثة أركان لكي يكون التصرف القانوني

(1) نقلا عن: محمد يوسف ياسين، ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت– لبنان ، 2004، ص234 وما بعدها؛ إذ أجاز قانون سوق المال المصري رقم (95) لسنة 1992 بشأن سوق رأس المال للأعضاء المراسلين، وهم السماسرة المقيدون في البورصات الأجنبية قيدهم أو تسجيلهم في بورصة الأوراق المالية بشرط المعاملة بالمثل، وذلك بأن تقوم بورصات تلك الدول المقيد فيها هؤلاء السماسرة بمعاملة السمسار المقيد في بورصة مصر بالمثل إذ سكتت المادة (54) مكرر من ذلك القانون عن بيان جنسية هؤلاء السماسرة فقد يكون سمساراً غير مصري ومقيدا في بورصة أجنبية إذا كانت قوانين الدولة تسمح بذلك؛ ينظر: د. عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، ط1، دار النشر للجامعات، مصر، 1998، ص83.

صحيحا، وهذا الأركان هي: "الرضا والمحل والسبب"، كما انه في التصرفات الشكلية يتطلب القانون شكلا معينا لصحة التصرف، وبناء على ذلك يتطلب إبرام العقد الخاص ببيع أو شراء الأوراق المالية في البورصة استيفاء الشروط الموضوعية التي يتطلبها إنشاء التصرفات الإرادية من رضا ومحل وسبب، فضلا عن وجوب صدور التصرف الإرادي من شخص يتمتع بالأهلية، ومراعاة الأوضاع التي نص عليها القانون، ولغرض تحديد القانون الواجب التطبيق من الناحية الموضوعية على العقد المبرم بين الوسطاء الماليين، إننا سنقسم هذا المطلب على وفق ما يأتي:

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية.

الفرع الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية.

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية

يتطلب ابرام العقود الخاصة بالتعاملات الواردة على الأوراق المالية استيفاء الشروط الموضوعية التي يتطلبها إنشاء التصرفات الإرادية من رضا ومحل وسبب، فضلا عن وجوب صدور التصرف الإرادي من شخص يتمتع بالأهلية، فالقاعدة العامة المستقرة في الفقه والقضاء والتشريع المقارن هي خضوع عقود المعاملة المالية الخاصة ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة[2].

ولقد اختلف آراء الفقهاء حول مدى خضوع العقود التي ترد على الأوراق المالية التي يبرمها الوسطاء الماليون فيما بينهم في سوق الأوراق المالية لحساب زبائنهم (موكليهم) للقاعدة العامة التي تقضي بخضوع العقود المالية الخاصة ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة من عدمه.

فالاتجاه الأول يرى إخضاع عقود بيع الأوراق المالية ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة، وإذا لم تتوافر الإرادة فتخضع لقانون البلد الذي يوجد فيه سوق الأوراق المالية التي تمت على أساسه وفي نطاق أعماله الصفقة، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الحل مشروع القانون المدني المصري في المادة (43) التي نصت على أنه: "إذا لم يتفق المتعاقدان وقت إبرام العقد على القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة، فإن القانون الذي يسرى هو قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق"[3].

وبناء على النص المتقدم يلحظ أنه بإمكان المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق وعند أغفال هذا الاتفاق يُعطى الاختصاص لقانون البلد الذي توجد فيها البورصة أو السوق العام، فظاهر النص لا يدع مجالا للشك أن تلك المادة لا تخرج العقود التي تبرم في البورصات والأسواق العامة من مجال أعمال قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وإنما تورد قرينة قانونية ينبني عليها تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة

([2]) تنظر: المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951؛ والمادة (19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

([3]) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، تصدر عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي، العدد (245)، السنة (62)، 1971، ص83.

عدم اتفاق المتعاقدين على قانون يحكم العقد، وهي قرينة محل إبرام العقد[4].

اما الاتجاه الثاني فيرى إخضاع عقود البيع التي تتم في أسواق الأوراق المالية للقانون النافذ في دولة محل وجود سوق الأوراق المالية أي لقانون الدولة التي تزاول فيه تلك السوق اعمالها[5]، وأخذ بهذا الحل القضاء في بعض الدول، اذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 4 سبتمبر لعام 1940 م بإخضاع العقود التي تتم في البورصات لقانون البورصة أي لقانون البلد الذي تزاول فيه البورصة عملها[6]، وتقضى المادة (3) من الاتفاق الخاص بالبيوع ذات الطابع الدولي الذي اقره مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في عام 1951م بخضوع البيع الذي يتم في البورصة والبيع بالمزاد للقانون الداخلي للدولة التي توجد بها البورصة أو يجري فيه المزاد[7].

وتبنى هذا الاتجاه الذي نحن بصدده بعض تشريعات الدول، مثل القانون الكويتي رقم (5) لعام 1961م المتعلق تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في المادة رقم (60) التي نصت على أنه : "يسرى على العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق"، ويلحظ من هذا النص أن المشرع يخرج العقود التي تبرم في سوق الأوراق المالية والأسواق العامة من نطاق أعمال القاعدة العامة في خضوع العقد لقانون الإرادة، ويخص هذه العقود بقاعدة إسناد تقضى بخضوعها لقانون البلد التي يوجد فيه سوق الأوراق المالية أو السوق العام الذي ابرم فيه العقد، وهو اتجاه محمود عندما قررت المادة الاختصاص الآمر لقانون البلد الذي يوجد فيه سوق الأوراق المالية أو السوق العام، إذ يؤدي ذلك إلى تحقيق خضوع العقود التي تبرم فيها لقانون واحد، وهو أمر يتطلبه استقرار المعاملات في أسواق الأوراق المالية والأسواق العامة.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن اتفاقية فيينا لعام 1980م بشأن البيع الدولي للبضائع، استبعدت بعض العقود كعقود بيع الأوراق المالية ذات الطابع الدولي من الخضوع لأحكامها طبقاً للمادة (2) منها إذ نصت على أن: " لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على البيوع التالية:

(أ) البضائع التي تشتري للاستعمال الشخص أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولا يفترض فيه أن يعلم، بأن البضائع اشتريت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة.

(ب) بيوع لمزاد.

(ج) البيوع التي تعقب الحجز أو غيرها من البيوع التي تتم بموجب أمر من السلطة القضائية.

(د) الأوراق المالية والأوراق التجارية والنقود.

(ه) السفن والمراكب والحوامات والطائرات.

([4]) د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، الجزء الثاني، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة الصادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والتشريع بالقاهرة، العدد (352)، السنة (64)، 1972، ص38.

([5]) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص141.

([6]) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، ط9، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص449.

([7]) د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، مصدر سابق، ص267.

(و) الكهرباء." [8].

ويبرر جانب من الفقه ذلك بانتفاء أي عقد بين البائع والمشتري، ولأن الأشخاص الذين أعطوا الأوامر بتنفيذ صفقاتهم في سوق محدد، إنما اختاروا ضمنياً الخضوع للقوانين والأعراف السائدة في هذه السوق، ما يعني استبعاد تطبيق الاتفاقية على علاقاتهم[9].

فضلا عن أن معاهدة لاهاي لعام 1955 م حول القانون المطبق على بيع المنقولات، استبعدت من نطاق تطبيقها البيوع الحاصلة في البورصة وذلك في المادة (3) منها[10]، ولو كان البيع للأوراق المالية بيعا دوليا، وذلك لأن بيع هذه القيم يخضع لإحكام قانونية خاصة به تكون غالبا أحكاما ملزمة[11].

ويقوم هذا الاتجاه على حجة مقتضاها الحفاظ على وحدة القانون المطبق على المعاملة التي تجري في إطار سوق الأوراق المالية، والتي قد تتطلب الاعتداد بالتفصيلات الفنية التي تنظمها عادة لوائح خاصة بهذه السوق [12].

ويرى جانب من الفقه أن القواعد القانونية التي تحكم علاقة الوسطاء بعضهم ببعض من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري، وهي مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها حداً كبيراً يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، وهذه القواعد لا تقتصر على قوانين أمن الأسواق، بل تضاف إليها مجموعة القوانين والأعراف المحلية، مما يؤدي إلى عدم جواز الاتفاق على خلاف ذلك، ويجب اعتماد الحل نفسه فيما يتعلق بالصفقات المعقودة مباشرة بين المشتري والبائع، إذا كان قانون السوق يجيز لهما- استثنائيا - إصدار أوامر في السوق بصورة مباشرة وبدون وسطاء، واختصاص القانون الوطني بهذه المسائل يكون اختصاصا مقتصراً عليها وحدها، فالدولة لا يمكنها أن تقبل أن يزاحمها في اختصاصها بحكم هذه المسائل أي قانون آخر، نظرا لأهمية وحيوية المصالح التي تحميها بالنسبة للجماعة [13].

ولا شك أن هذا الاتجاه هو الاتجاه الجدير بالتأييد، وذلك لأن قانون محل السوق هو مكان الأداء المميز الذي يقوم به الوسطاء الماليون، أي أن العقود التي يبرمونها تكون ذات صلة حقيقية بالتنظيم القانوني للسوق، الذي يتميز بالكثير من القيود والضوابط، والتي تؤثر بطريقة مباشرة على عمليات السوق،

([8]) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار التحاد العربي للطباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص282؛ د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، ط1، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2001، ص107 وما بعدها.

([9]) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص142.

([10]) محمد يوسف ياسين، المصدر نفسه، ص142.

([11]) د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط2، الناشر دار النهضة العربية في القاهرة، 2002، ص43 و59.

([12]) د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الفنية للطبعة والنشر بالإسكندرية، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص499.

([13]) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص142؛ د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص634؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص26 وما بعدها.

ولذلك نرى أن يأخذ به القاضي الوطني لعدم وجود نصوص أو قواعد في تشريعات دولته تحدد القانون الواجب التطبيق على العمليات التي تتم في سوق الأوراق المالية الموجودة في دولته، وذلك لتعلق الأمر بمبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً التي يلتزم القاضي الوطني بإعمالها فيما لم يرد بشأنه نص في القانون الوطني[14].

ولا بد من التأكيد على أن القانون المدني العراقي لم يتضمن أي نصوص خاصة بتنازع القوانين في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية، وكذلك الحال في قانون التجارة العراقي، لذلك لابد من تطبيق القواعد العامة في تنازع القوانين والمنصوص عليها في المواد (17 – 33) من القانون المدني العراقي.

وبهذا الخصوص نصت المادة (1/25) من القانون المدني العراقي على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطنا فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"، "كما ان القانون المدني المصري تضمن في المادة (19) تضمن حكما مشابها لما نص عليه القانون العراقي ويتضح من نص المادة (1/25) من القانون المدني بان المشرع العراقي أخضع الالتزامات التعاقدية بصورة عامة للقانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنا، وفي حالة عدم وجود اتفاق صريح ولم يتمكن القاضي من تحديد الإرادة الضمنية لأطراف الالتزام ، يُطَبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن كانا في موطن واحد والا فالقانون المختص هو قانون البلد الذي تم فيه التعاقد".

"وأذا كانت الإرادة صريحة فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يكون ميسوراً، أما اذا كانت الإرادة ضمنية، فان على القاضي ان يكشف عن هذه الإرادة المتعلقة بتركيز العقد في مكان معين، وتطبيق قانون ذلك المكان، فاتفاق الطرفين مثلا على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة معينة يعد دلالة على ان ارادة الاطراف قد انصرفت الى تطبيق قانون تلك الدولة وإبرام العقد في دولة معينة يمكن أن يعد دليلا على اختيار الاطراف لقانون تلك الدولة"[15].

وبخصوص تطبيق نص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي على الرضا في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية، فإن الاستناد إلى إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق لا يمكن الركون ليه الا في حالة اتفاق الأطراف صراحة على تحديد هذا القانون [16]، أما في حالة عدم الاتفاق

([14]) تنظر: المادة (31) من القانون المدني العراقي.

([15]) أكد القضاء العراقي مبدأ خضوع العقد لقانون البلد الذي تم فيه ابرامه وذلك لعدم اتفاق اطراف العلاقة على القانون الواجب التطبيق صراحةً، فقد جاء في قرار محكمة التمييز رقم (45 – 1 حقوقية 1958) والصادر في 1958/5/28: "حيث ان العقد قد تم بين الطرفين في لندن فيكون القانون الانكليزي هو المطبق"، وجاء في قرار محكمة التمييز رقم (2403 حقوقية 1966) الصادر في 1967/2/19: "ان القانون المطبق على هذه الحادثة القضائية هو القانون الانكليزي لأنه قانون الدولة التي تم فيها العقد"، القرارين مشار اليهما لدى: د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط2، مطبعة الارشاد، بغداد، 1972، ص 206.

([16]) من الجدير بالذكر انه توجد نظريتان بشان تطبيق مبدأ قانون الارادة الاولى هي النظرية الموضوعية، وبموجبها يكون للأطراف حرية تحديد عناصر العقد مثل اختيار محل انعقاد العقد وتحديد مكان تنفيذه ومن ثمَّ يكون للقاضي ان يتحقق من ان القانون الذي تم اختياره له علاقة بعناصر تركيز العقد، فاذا لم يعين المتعاقدان صراحة القانون الذي يحكم

الصريح، فيتم تطبيق معيار بلد نشوء الالتزام بعد تطبيق قانون الموطن المشترك وهذا يتوافق مع نص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي أو قانون محل تنفيذ الالتزام، أو ويكون ذلك إستنادا إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، التي يمكن الأخذ بها بموجب المادة (1/30) من القانون المدني العراقي.

إن هذا الحل يؤيده الفقه المصري [17] الذي أشار إلى تطبيق المادة (19) من القانون المدني المصري عند بحثه لهذه المسالة، وإن نص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي يتطابق مع نص المادة (19) من القانون المدني المصري.

الفرع الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية

إن التعامل بالأوراق المالية بعقود البيع والشراء (عقود الوسطاء الماليين) بوصفها تصرفات قانونية ارادية يجب أن تخضع لحكم القواعد العامة، التي تقضي بان كل التزام ناتج عن تصرف قانوني ينبغي لصحته أن يصدر من شخص متمتع بالأهلية اللازمة وصحيح الرضا وان يرد على محل ممكن ومشروع، وان يقوم عل سبب حقيقي مشروع، وتحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل الخاصة بتكوين العقد والاثار الناجمة عنه سيكون على وفق ما يأتي:

أولا: نطاق القانون الواجب التطبيق بالنسبة إلى تكوين عقد الوساطة المالية

إن البحث في نطاق القانون الواجب التطبيق على تكوين العقد يتطلب التعرض لعناصر هذا التكوين أو الانعقاد وما يثيره من أحكام نعرضها على وفق ما يأتي:

1. القانون الواجب التطبيق على ركن الرضا في عقد الوساطة المالية

لا يوجد العقد إلا باتفاق إرادتين أو التراضي بين طرفين على إحداث أثر قانوني معين، فرضاء المتعاقدين أو الإرادة هو الركن الجوهري والأساسي لإبرام العقد، أي هو نقطة ارتكاز تتجمع حولها باقي أركان العقد، فإن توافقت إرادتا الطرفين حدث التراضي بينهما[18].

اذ يعد الرضا أساس التصرفات الإرادية فلا يوجد التصرف القانوني الا إذا كان الرضا موجودا وصحيحا، ووجود الرضا يقصد به التعبير عن الإرادة أي توافق الإيجاب الصادر من الطرف الأول مع قبول الطرف الثاني[19].

عقدهما فان على القاضي ان يستخلص ذلك من القرائن المستمدة من العقد؛ والنظرية الثانية هي النظرية الشخصية، وبمقتضاها يكون لطرفي العقد حق اختيار القانون الواجب التطبيق، وفي حالة عدم وجود اختيار صريح لهذا القانون فانه يجب البحث عن الارادة المفترضة للمتعاقدين بطريقة ثابتة، بمعنى انه يجب استبعاد كافة القرائن وبحث كل حالة على حدة، وعلى ذلك فان تحديد القانون الذي يحكم العقد يكون مقتصرا على طرفيه، وليس للقاضي مراقبة الطرفين في مسلكهم هذا؛ ينظر: د. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون مكان أو سنة نشر، ص76 –77.

(1) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص831.

([18]) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، دار الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996، ص1123.

([19]) الأستاذ عبد الباقي البكري، د. محمد علي البشير، د. زهير البشير، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص 278 – 279.

"والإرادة كما هو معلوم شيء معنوي كامن في النفس البشرية لا يمكن الوقوف عليه أو تحديد معالم شكله الإ من خلال التعبير، ذلك المظهر المادي الذي يمكن من خلاله التعرف على ما اتجهت إليه الإرادة وفي اطار عقود الوسطاء الماليين يتخذ التعبير عن الإرادة مظهرا ماديا وهو التوقيع على العقد"[20].

ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إخضاع_وجود الإرادة أو التراضي للقانون الذي يحكم العقد، وذلك لأن الأمر يتعلق بأخص المسائل التي تدخل في دائرة تطبيق هذا القانون، فضلا عن أن إخضاع وجود التراضي للقانون الذي يحكم العقد يؤدي إلى ضمان وحدة القانون الواجب التطبيق على مراحل العقد كافة ، ولاسيما المرحلة الأولى من حياة العقد[21]، وبهذا الحل أخذت اتفاقية روما لعام 1980 م بشأن الالتزامات التعاقدية إذ قضت المادة (8/1) منها بأن: "وجود وصحة العقد يخضعان للقانون الذي سوف يعقد له الاختصاص بتنظيم العقد وفقا لنصوص هذه الاتفاقية إذا كان إبرام العقد قد تم صحيحا".

أمَّا صحة الرضا ويقصد بها أن يكون صادرا من شخص ذي أهلية وأن يكون غير مشوب بعيب من عيوب الرضا وهو الإكراه والغلط والغبن مع التغرير والاستغلال، ولسكوت النصوص في القوانين والاتفاقيات ذات العلاقة بموضوع البحث ذهب اتجاه في الفقه[22] إلى القول: "بإخضاع صحة الرضا بصفة عامة لقانون الإرادة، وهذا المبدأ يرجع إلى قاعدة عامة تقضي بان إرادة الأطراف تعد ضابطاً للإسناد في التصرفات القانونية الدولية الخاصة، ويقصد بالعقد الدولي العقد الذي يشوبه اكثر من عنصر أجنبي والذي تمتد آثاره إلى اكثر من دولة وقد أخذت معظم القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية بهذا الاتجاه [23] ويؤكد هذا الاتجاه بإنَّ ميدان عمل الإرادة لا يتمثل في اختيار القانون الواجب التطبيق، بل في ميدان تركيز العقد في مكان معين، فالعقد لا يتحدد مقره بالنظر اليه بصفة مجردة كعقد وإنما يتحدد ذلك المقر بالنظر إلى الاحداث الخارجية مثل تبادل عبارات التراضي أو تحرير وثيقة تتضمن بنود العقد، ولما كانت هذه الاحداث تتم بإرادة الأفراد فإن مقر العقد يتحدد بالارادة، وعندما يتحدد هذا المقر فان القاضي يقوم بتطبيق القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى ذلك المقر، ولكن لا يوجد ما يمنع من اختيار القانون الواجب التطبيق

([20]) د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، القانون التجاري – الاوراق التجارية، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، 1986، ص 26

([21]) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص1123.

([22]) د. رزق الله انطاكي، السفتجة أو سند السحب ، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، 1965، ص 267؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 831.

([23]) ان الاتفاقيات الدولية تضمنت هذا الحكم ومنها اتفاقية لاهاي لعام 1951 بشأن تعيين القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي، والاتفاقية الدولية للبيع الدولي للبضائع لعام (1980) كما ان قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 تضمن في الباب الخامس منه في المواد (294 – 297) القواعد العامة في البيوع الدولية وبموجب نص المادة (294) تم تعريف البيع الدولي بانه: "بيع يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو اكثر"، كما ان المادة (295) اجازت للطرفين أن يتفقا على احكام اخرى غير منصوص عليها في هذا الباب؛ ينظر: د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج1، جامعة العلوم التطبيقية، الأردن، 1998، ص164 – 165، كما إنَّ المادة (25 – ف 1) من القانون المدني العراقي نصت على حق الافراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

على الإلتزامات التعاقدية، لأن تطبيق هذا القانون لا يتم استنادا الى هذه الإرادة مباشرة وانما يستند إلى سلطان المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية فالارادة تعد ضابط اسنادٍ يرشد الى هذا القانون"[24] .

ويرى مؤيدو هذا الاتجاه أن الأخذ بقانون الإرادة له مبرراته، ذلك ان الاتفاقيات المتعلقة بتنازع القوانين في عقود الوسطاء الماليين لم تحدد القانون الواجب التطبيق على الرضا بشكل صريح، وهذا يعني انها تركت حكم هذا الموضوع خاضعا للقواعد العامة والتي تقضي عادة بخضوع الشروط الموضوعية في التصرف القانوني لقانون الإرادة، فضلا عن أن تطبيق هذا القانون يؤدي الى خضوع العقد لإحكام قانون واحد، وهو قانون الإرادة وبذلك نتجنب تجزئة العقد ونضمن عدم إخضاع أحكامها لأكثر من قانون، فضلا عن ان حرية اطراف العلاقة القانونية في إخضاع الالتزام الناجم عن عقد الوسطاء الماليين لقانون الإرادة تكون محصورة بين اختيارين اما القانون المتفق عليه من قبل اطراف العلاقة أو قانون الوفاء به، فضلا عن ان اطراف العلاقة القانونية يقومون عادة باختيار أنسب القوانين ليكون واجب التطبيق على عقودهم، وأن تطبيق قانون الارادة يعد حلا وسطا للتوفيق بين المصالح المتعارضة لأطراف العلاقة القانونية مما يساعد على تحقيق التوازن في تلك العلاقة[25].

وبالرغم من وجاهة حجج المناصرين لمبدأ إخضاع الرضا وصحته في عقود الوسطاء الماليين لقانون الإرادة الا ان اتجاهاً آخر في الفقه ينكر أي دور للإرادة في تحديد هذا القانون، ذلك ان قانون الارادة بالمعنى المتعارف عليه كان صالحا للتطبيق في وقت لم يهيمن فيه على مضمون العقود الدولية الا في المبادلات الزراعية، فان ذلك لم يعد ذلك متمشيا مع معطيات التجارة الدولية الحديثة لأن تطبيق هذه القاعدة سيقود الى تطبيق قانون معين على تلك العقود[26]، فضلا عن ان التسليم بحق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يعد تدخلا في عمل المشرع، لأنه عبارة عن تحديد لنطاق سلطان القانون، وإذا كان الأمر كذلك فان القواعد الآمرة في القانون المختص تفرض نفسها، "والمفروض أن القانون هو الذي يحدد الاشخاص والاقوال والتصرفات التي يحكمها وليس الاشخاص هم الذين يحددون القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم [27]، إلا أنه يرد على هذه الحجة بان حرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مستمدة من مبدا سلطان الإرادة، وإنَّما من قاعدة الإسناد التي أعطت للأفراد حق اختيار القانون الواجب التطبيق".

فضلا عن أن هذا الاتجاه يرى ان تطبيق هذه القاعدة قد يؤدي الى نتائج غير مقبولة وذلك اذا كان القانون المختار من قبل الطرفين يقضي ببطلان العقد[28]، ويرد الفقه على هذه الحجة بالقول بأن إرادة الافراد لا تقوم بتعيين القانون المختص وإنما تقوم بتركيز العقد في مكان معين، فإذا تم تركيز العقد على هذا

([24]) QUADRI: Cours de droit international Prive , Cours De , Doctorat Polycopies Faculte droit Du Cairo 1954 – 1955. P.48

نقلا عن د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 649.

(25) LESCOT et ROBLOT: " traite de droit commercial " , Tome 2ed , 1999 . No. 1050. P. 560.

[26]) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص1124.

([27]) BATTIFOL : Les conflits de lois en matiere de contracts, these, Paris,1938, P. 9

نقلا عن: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 649.

([28]) SAVIGNY : Traite de droit romain. TII. P.273

نقلا عن د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص651 .

النحو فان قانون ذلك المكان هو الذي يكون واجب التطبيق، ولذلك فلا غرابة ان يقضي القانون الواجب التطبيق ببطلان العقد في بعض الحالات فهذا البطلان ليس نتيجة لتطبيق قانون اختارته ارادة المتعاقدين وانما هو نتيجة لتطبيق القواعد الآمرة في قانون المكان الذي تركز فيه العقد.

فضلا عن أن الأخذ بالإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق بفتح المجال لتحكم القضاء في تحديد هذا القانون، ولهذا الامر خطورته على تداول الأوراق المالية لأن حامل الورقة لا يمكنه معرفة القانون الواجب التطبيق ومن ثمَّ لا يتمكن من معرفة جوهر الإلتزامات المترتبة بذمته، لأن تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة سيقوم به القضاء، وقد يصل الامر بالقاضي الى إخضاع التصرف القانوني لقانون لم يخطر على بال المتعاقدين عند ابرامهم لذلك التصرف، وان إعطاء الأفراد حق اختيار القانون الواجب التطبيق يعني جواز أن يختاروا اكثر من قانون واحد ليكون واجب التطبيق على إبرام العقد وتحديد الآثار المترتبة عليه وتنفيذها، مما يؤدي الى تجزئة العقد واخضاعه لأكثر من قانون[29].

وبناء على ما تقدم فإن الرأي الغالب - وهو الراجح - يذهب إلى إخضاع عيوب الإرادة لقانون العقد، وذلك لأن الأمر يتصل بتأمين المعاملات والإبانة في التعاقد، وقواعد حماية الإرادة من العيوب هدفها قيام عقد صحيح[30]. فضلا عن أنه لما كان وجود التراضي يخضع للقانون الذي يحكم العقد فإنه يكون من غير المعقول والمقبول فصل وجود التراضي عن صحته وإخضاع كل منهما لقانون، بل يتعين خضوعهما لقانون واحد هو قانون العقد[31].

ويتولى قانون العقد أيضا بيان كيفية التعبير عن الإرادة، فهو الذي يحدد ما إذا كان يلزم أن يكون التعبير صريحا أو ضمنياً، وهو المرجع في تحديد مدى القوة الملزمة للإيجاب، وأثر وفاة من وجه إليه الإيجاب أو فقدانه لأهليته في سقوط هذا الإيجاب، والميعاد الذي يصح فيه القبول. ويختص هذا القانون بتحديد متى يترتب على التعبير عن الإرادة أثره، وكيف يطابق القبول الإيجاب[32].

وبذلك يجب اخضاع الرضا في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية لقانون محل إبرام العقد، لأنه يعد مكان التنفيذ أيضا وهو المكان الذي يوجد فيه الحق وتتولد عن ذلك المنازعات وتتخذ

([1]) ARMINJOIN: op. cit. No. 74. P.140.

([30]) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، ص1124؛ د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، مطابع الأهرام التجارية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص377.

([31]) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، مصدر سابق، ص471 وما بعدها؛ وتجدر الإشارة إلى الفقه الراجح يخضع الغبن لقانون العقد فهو تطبيق من تطبيقات النظرية العامة في الاستغلال ومن ثم عيباً من عيوب الإدارة؛ بل حتى لو نظر إلى الغبن في تطبيقاته التقليدية بصفة مستقلة عن نظرية الاستغلال، وباعتباره تعبير عن عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين، فإن هذا التكيف يؤدي بدورة إلى تطبيق قانون العقد؛ ينظر: د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998، ص329؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص1124.

([32]) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، ج2، مصدر سابق، ص469 وما بعدها؛ د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجديدة، الإسكندرية، 1992، ص589.

الاجراءات التحفظية بشأنه، كما أن هذا المكان يتميز بكونه مؤكداً وموحداً، مما يؤدي الى عدم تجزئة العقد في حالة تنازع القوانين[33] .

2. القانون الواجب التطبيق على ركن المحل في عقد الوساطة المالية

المحل هو الركن الثاني لوجود التصرف الارادي، إذ لا بد لكل تصرف (عقد أو ارادة منفردة) من محل يضاف إليه ويكون قابلا لحكمه، وعقد الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية بوصفه تصرفا إرادياً ينشأ عن إرادة وسيط البائع ووسيط المشتري لا بدَّ له من محلٍ يضاف إليه ويكون قابلا لحكمه، وتطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني[34] والقواعد الخاصة بالأوراق المالية[35] إذ يشترط في محل العقد الذي هو الورقة المالية أن تكون محددة تحديدا نافيا للجهالة بان ترد على مبلغ من النقود معينا تعيينا نافيا للجهالة، ويتم تعيين المحل ببيان الأوصاف المميزة له من الناحيتين الكمية والنوعية.

"فمن الناحية الكمية يجب أن يكون محل الورقة المالية مبلغا من النقود معينا من حيث المقدار، ولا يجوز ان يكون المبلغ غير محدد المقدار، ومن الناحية النوعية يجب ان يكون محل الورقة المالية مبلغا معينا من حيث الجنس وذلك بتسميتها والإشارة إلى جنسها ولهذا التحديد أهمية خاصة في نطاق الأوراق المالية إذ إن عملة بلد الإصدار قد تختلف عن عملة بلد الوفاء فتنجم المشكلة حينما تختلف قيمة العملة بين الدول رغم وحدة التسمية لها، وعند اختلاف القيمة رغم وحدة التسمية فان العبرة بعملة بلد الوفاء" [36].

وتعزيزا لمبدأ التعيين يجب ان يكون مبلغ الورقة المالية غير معلق على شرط ولا مقترن به ولا مضاف إلى أجل غير محدد، لأن تعليق الدفع على شرط يجعل وفاء مبلغ الورقة المالية عند الاستحقاق امرا صعبا ويعوق تداول هذه الورقة[37].

ومن حيث شروط المحل الآخر فانه لما كان محل العقد هو الورقة المالية، فهو ليس مستحيلا ولا مخالفا للنظام العام والاداب ولا ممنوع قانونا، بل هو ممكن ومشروع في مختلف القوانين.

أمَّا ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على المحل فان الفقه الغالب يذهب الى القول بأن المحل يخضع للقانون الواجب التطبيق على العقد، فهذا القانون هو الذي يبين شروط المحل كالقابلية لتعامل والوجود والتعيين والإمكان[38]، وذلك لأن المحل هو جوهر أو جل مضمون العقد، وإن فلت تنظيمه من

---

(175) LOUSSOUARN et BREDIN : op. cit. No. 453. P. 547 – 548

(34) طبقا للقواعد العامة يشترط في المحل ان يكون موجودا أو ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين وقابلا للتعامل فيه؛ تنظر: المواد (126 ، 127، 128، 184) من القانون المدني العراقي.

(35) تنظر: المواد (133، 137، 140) من قانون التجارة العراقي النافذ؛ والمواد (416، 508، 513) من قانون التجارة العراقي المُلغى رقم 149 لسنة 1970.

(36) اذ نصت المادة (2/429) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على أنه: "اذا عين مبلغ الكمبيالة بعملة تحمل تسمية مشتركة وتختلف قيمتها في بلد الاصدار عن قيمتها في بلد الوفاء افترض ان المقصود عملة الوفاء".

(37) د. فائق الشماع، اركان التصرفات الارادية في انشاء الورقة التجارية، بحث منشور، مجلة القانون المقارن، العدد (13) السنة التاسعة، 1981، ص 162.

(38) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، ج2، مصدر سابق، ص472 – 473؛ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص671؛ اذ يشير الى موقف الفقه والقضاء الفرنسي، والذي يؤكد

قانون العقد فماذا يبقى له ليسري عليه[39].

ولم تتعرض الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية التي تناولت تنظيم تنازع القوانين في الأوراق المالية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المحل والسبب في ذلك يتمثل بأن المحل في الأوراق المالية يكون دائما مبلغا من النقود وهو جائز ومشروع في جميع التشريعات.

3. القانون الواجب التطبيق على ركن السبب في عقد الوساطة المالية

السبب هو الركن الثالث في إنشاء التصرف الإرادي، إذ تقضي القواعد العامة بأن التصرف الإرادي سوءا كان عقدا أم إرادة منفردة يكون باطلا اذا كان الالتزام دون سبب أو لسبب ممنوع أو مخالف لنظام العام والآداب، ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك وإذا ذكر السبب فيعد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك[40]، وقد ظهر اتجاهان في الفقه حول تحديد ركن السبب:

فالاتجاه الأول، يمثله أنصار النظرية التقليدية والسبب في نظرهم الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه، اما الاتجاه الثاني، فيمثله انصار النظرية الحديثة والذي يرون ان السبب هو الباعث الدافع على التعاقد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من تعامله بالورقة[41].

"وقد درج القضاء على تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني على السبب في الأوراق المالية، فهو يتطلب أن يكون السبب موجودا، فضلا عن أنه لا يشترط ان يذكر السبب في العقد ولكن إذا ذكر فيجب التحقق من مشروعيته[42]، وإذا ذكر السبب فلا يشترط أن يكون مطابقا للحقيقة بل يكفي أن يكون موافقا للقانون[43]، وان الاثر المترتب على انعدام السبب هو بطلان العقد[44]، فضلا عن ان السبب يجب ان يكون مشروعا أي غير ممنوع ولا مخالف للنظام العام والاداب وفقا لاحكام المادة (3/132) من القانون المدني العراقي، وعدم مشروعية السبب تؤدي إلى بطلان الورقة، إذ تفقد قوتها الصرفية (التداول) وان كانت باقية كمستندٍ خطي"[45].

هذه القاعدة كما يبين ان هناك اتجاه آخر في الفقه يرى بان مشروعية المحل هي مسالة امره لا يمكن اخضاعها لقانون العقد (قانون الارادة)، ولكنه يرفض هذه الفكرة بالقول ان قانون الارادة يتضمن قواعد امرة لتنظيم موضوع مشروعية المحل وهذه القواعد لا يمكن للطرفين استبعادها؛ ينظر: د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص203 – 204.

([39]) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص1128.

(40) تنظر: المادة (1/132-2-3) من القانون المدني العراقي؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ط 2 دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص497.

(41) د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص 163.

(42) قرار محكمة التمييز العراقية رقم (1296) بتاريخ (1968/5/11): "لا يشترط ذكر السبب في الكمبيالة ولكن اذا ذكر سبب الالتزام في الكمبيالة يقتضي التحقق من مشروعيته طبقا لاحكام المادة (132) من القانون المدني"؛ ينظر: حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء الحادي عشر، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1976-1977، الصفحات (783 –8090 – 817).

(43) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 626/ح /1967؛ منشور في مجلة القضاء (العدد 4) ،السنة 1969، ص197.

(44) قرار محكمة التمييز رقم 629/ح /1967 في 24 /7/1967: "ان الورقة التجارية لا يعتد بها اذا ثبت ان الالتزام يدفع مبلغها خال من السبب"؛ منشور في مجلة القضاء، العدد 1 ،السنة 1969، ص199.

(45) د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص50.

واشتراط وجود السبب ومشروعيته أمر مسلم به في مختلف القوانين، ففي القانون الفرنسي يفترض المشرع ان هناك سبباً مشروعاً للالتزام بالورقة المالية ولا تأثير لعدم ذكر هذا البيان على صحتها [46].

امَّا بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على السبب في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية، فان الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى اخضاع سبب الالتزام لقانون العقد، ولهذا القانون يتم الرجوع لتحديد ما اذا كان السبب شرطا لصحة الالتزام الصرفي أم إنه التزام مجرد عن السبب، ان اخضاع سبب العقد لهذا المبدأ يوجب الاخذ بقانون الإرادة الصريحة للمتعاقدين ان وجدت، مع ملاحظة القيد الخاص بالنظام العام إذْ يجب استبعاد القانون الواجب التطبيق على العقد في جميع الأحوال التي يقرر فيها هذا القانون مشروعية السبب خلافا للمبادئ العامة في قانون دولة القاضي[47].

فضلاً عن ان القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإرادة الصريحة هو قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام أو قانون محل تنفيذ الالتزام[48]، ان هذا الرأي يصطدم مع نص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي، فتطبيق قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام التعاقدي لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا تخلف شرط الموطن المشترك للمتعاقدين، ولكن يمكن للقاضي أن يطبق هذا القانون كما يطبق قانون محل تنفيذ الالتزام، باعتبارهما من الحلول المقررة في المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص وبموجب نص المادة (1/30) من القانون المدني العراقي .

وهكذا تبين أن بعض الفقه يرى إخضاع سبب العقد لقانون القاضي[49]، ولكن غالبية الفقهاء - وهو الرأي الراجح - يذهبون إلى إخضاع السبب من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد، مع مراعاة القيد الخاص بالنظام العام في دولة القاضي، إذ يتعين استبعاد أحكام القانون الواجب على العقد في جميع الأحوال التي يقرر فيها هذا القانون مشروعية السبب خلافاً للمبادئ العامة في قانون القاضي، فمن غير المتصور بداهة أن يقضى بصحة العقد في دولة القاضي إذا ما كان يقوم على سبب غير مشروع في قانونه، وكذلك قد يستبعد قانون العقد إذا كان قانون القاضي يستلزم وجود سبب للتعاقد، ولم يكن العقد قائما على سبب[50].

ومن المتفق عليه في فقه القانون الدولي الخاص إن القانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية من الناحية الموضوعية هو الذي يحدد طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة أحد هذه الشروط، فاذا كان العقد معيبا بانعدام أو نقص اهلية الملتزم بها، فان قانون جنسية الملتزم هو الذي

(4) LOUSSOUARN et BREDIN: op. cit. No.455.

(5) BATIFFOL: op. cit. No. 407. P. 252.

نقلا عن هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص673.

(48) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص832.

([49]) محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ط2، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص325.

([50]) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، ج2، مصدر سابق، ص474. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص330.

يحدد الاثر المترتب على ذلك، وبالنسبة للشروط الاخرى مثل: المحل، والرضا، والسبب فإن القانون الذي يحكم العقد هو الذي يبين الاثر المترتب على انعدام الإرادة أو انتفاء السبب أو عدم مشروعيته[51].

إن عدم مشروعيته السبب توجب البحث في مسألة على صلة وثيقة بها وهي اوراق المجاملة، والتي يمكن تعريفها: بأنها أوراق تتضمن جميع الشروط الشكلية اللازمة لصحتها يقصد بها الحصول على ائتمان وهمي دون ان توجد لدى الموقعين عليها نية الالتزام بدفع قيمتها مع انه قصد في حقيقة الامر من القيام بتحريره مساعدة شخص آخر للحصول على الائتمان اللازم له لدعم حالة مالية مزعزعة[52] ، وتجمع كلمة الفقه والقضاء على بطلان هو النوع من الأوراق، لانتفاء ركن السبب فيها، ولكون سببها غير مشروع[53]، وهذا الرأي هو الراجح لأن الهدف منها هو إعطاء المستفيد من هذه السندات ائتمان وهمي.

وفي نطاق القانون الدولي الخاص فانه لما كان بطلان اوراق المجاملة هو لعدم وجود السبب فان القانون الواجب التطبيق على السبب هو الذي يحكم هذه الحالة، هو قانون الدولة التي كان من المفروض ان يقوم فيها الشخص المجامل بالوفاء بقيمة الورقة، لو كان التزامه حقيقيا وهذا الرأي هو الأرجح لأن هذه الدولة هي المكان الذي تم فيه التجاوز على وظيفة الائتمان التي تقوم بها الورقة المالية[54].

ثانيا: نطاق القانون الواجب التطبيق بالنسبة إلى آثار عقد الوساطة المالية

تخضع آثار العقد بصفة عامة لقانون العقد أي للقانون الذي يحكم العقد، غير أن هذا التعميم يحتاج إلى شيء من التفصيل، وذلك على وفق ما يأتي:

1. القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الوساطة المالية بالنسبة إلى الأشخاص.

تخضع آثار العقد بالنسبة الى الأشخاص للقانون الذي يحكم العقد، فهو الذي يتولى بيان الملتزمين بالعقد والمستفيدين منه سواء أكانوا من المتعاقدين أم من الغير[55]، ويرى الفقه الراجح خضوع أثر العقد بالنسبة للخلف العام للقانون الذي يحكم العقد مع مراعاة ما يدخل في نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الميراث، أي يتعين في هذه المسألة فضلا عن تطبيق قانون العقد الرجوع إلى القانون الذي يحكم الميراث بشأن الحقوق التي يتلقاها الورثة عن المورث[56].

أما فيما يتعلق بأثر العقد بالنسبة للخلف الخاص فيرى غالبية الفقه إخضاع هذه المسألة للقانون الذي يحكم العقد، ويسري قانون العقد على أحكام التعهد على الغير والاشتراط لمصلحة الغير، وفضلا عن ذلك يسري هذا القانون - وفقا لرأي غالبية الفقه - على حق الدائنين في الطعن في العقد بالدعوى البوليصية،

(51) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص833؛ د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، مصدر سابق، ص474.

(52) د. رزق الله انطاكي، مصدر سابق، ص98.

(53) مصطفى رضوان، مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري، ج2، منشاة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص307-308-309.

(54) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، ج1، كلية شرطة دبي، 1997، ص147.

(55) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، مصدر سابق، ص475.

(56) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص320.

وعلى حقهم في رفع الدعوى غير المباشرة وعلى الحق في رفع الدعوى الصورية[57].

وهنا قد يُثار التساؤل بالنسبة إلى إضافة آثار تصرف الوسيط المالي (النائب) إلى العميل (الأصيل) مباشرة، ومدى نيابة النائب عن الأصيل، إذ الملاحظ في النيابة أن العقد المبرم بين النائب والغير تنصرف آثاره إلى الأصيل مباشرة، فهذا الأخير وإن لم يكن طرفا في العقد إلا أن إرادته هي مصدر صفة النائب، كما أنها هي التي تحدد نطاق النيابة وحدودها، فأحكام النيابة تنطبق على العلاقة بين الآمر والوسيط.

وبناء على ذلك ذهب غالبية الفقهاء إلى الاعتداد بإرادة الأصيل فيما يتعلق باختيار القانون الذي يحكم النيابة الاتفاقية، فالقانون الذي يتحدد وفقاً لإرادة الأصيل هو الذي يحكم انصراف آثار العقد إلى الأصيل ومدى سلطات النائب، ولا محل هنا للاعتداد بإرادتي النائب والغير وإن كانا هما المتعاقدان اللذان ينشآن العقد بإرادتهما.

ورغم ذلك فإن رأي جانب من الفقه وهو الراجح، ذهب إلى تطبيق قانون العقد الذي يبرمه الوسيط (النائب) مع الغير على المسائل السابقة، وذلك لأن النيابة تؤثر على صحة هذا العقد وآثاره، الأمر الذي يقتضي وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى علاقة النيابة[58].

2. القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الوساطة المالية بالنسبة إلى الموضوع.

يحكم قانون العقد آثاره من حيث الموضوع، فهذا القانون هو الذي يتولى تحديد موضوع التعاقد ومضمون الالتزامات التي يولدها العقد وأحكام هذه الالتزامات، وهذا الوضع يقتضي ضرورة تفسير العقد وفقا للقواعد السائدة في القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية، وذلك للتعرف على ما انصرفت إليه الإرادة[59]، ويرجع لقانون العقد فيما يتعلق بالقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، ولمدى القوة الملزمة للعقد[60]، وإذا ما تحددت الالتزامات المتولدة عن العقد، فإن أحكام هذه الالتزامات تخضع لقانون العقد.

فبالنسبة إلى آثار الالتزام، فإن قانون العقد يحكمها، فيبين هذا القانون الحالات التي يكون فيها التنفيذ عينياً والطريقة التي يجب ان يتم بها، وأهمية الأعذار، ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره، وحكم الشرط الجزائي وأحكام التعويض القانوني أي الفوائد[61]، ويحدد قانون العقد المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين من حيث عناصرها وأسباب دفعها، كما

([57]) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص379؛ ويرى بعض الفقه الفرنسي أن دعوى الصورية والدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة تخضع جميعاً لقانون القاضي، لأنها ليست أثراً للعقد، بل هي ترتبط بتنظيم الضمان العام للدائنين لأنها وسائل تمهيدية للتنفيذ الجبري وتحديد معنى حق الضمان العام؛ ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي أن الدعوى غير المباشرة تخضع للقانون الذي يحكم الدين المراد حمايته بها. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ص474.

([58]) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص333؛ د. جمال مرسي، النيابة في التصرفات القانونية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب،1980، ص398 وما بعدها.

([59]) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص320؛ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص334.

([60]) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص320.

([61]) د. منصور مصطفى منصور، المصدر نفسه، ص320.

يحكم هذا القانون مدى صحة شروط عدم المسؤولية[62].

أما بالنسبة الى أوصاف الالتزام، فيحكمها قانون العقد، فهذا القانون هو الذي يتكفل ببيان مدى صحة الشرط وأثر تحققه أو تخلفه، والأجل وآثاره وأسباب سقوطه، كما يحكم تعدد محل الالتزام سواء أكان الالتزام تخييرياً أم بدليا، وكذلك تعدد طرفي الالتزام سواء فيما يتعلق بالتضامن أو عدم القابلية للانقسام[63].

وبالنسبة إلى انتقال الالتزام، فهو الآخر يخضع لقانون العقد، فهذا القانون يسري على انتقال الالتزام عن طريق حوالة الحق، لضمان وحدة القانون المطبق، والحال عينه يطبق على اسباب انقضاء الالتزام، فهي الأخرى تخضع لقانون العقد، فضلا عن خضوع الإبراء لقانون العقد لمعرفة ما إذا كانت إرادة الدائن تكفي وحدها أم أنه يتعين الاتفاق على الإبراء، وكذلك الحال مع اتحاد الذمة، إذ إن قانون العقد يسري على الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة، أما الإنابة في الوفاء، فهي عقد جديد بين الدائن والمدين، فإنها لذلك لا تخضع لقانون العقد الذي يسري على الالتزام الأصلي، بل تخضع لقانون العقد الجديد[64].

أما فيما يتعلق بالمقاصة، فإنه يتعين التفرقة في شأنها بين ما إذا كانت اتفاقية أم قضائية أم قانونية، فالمقاصة الاتفاقية تعد عقدا جديداً مستقلا، ومن ثم فإنها تخضع للقانون الخاص بهذا العقد، وذلك بغض النظر عن القانونين اللذين يحكمان الدينين اللذين تقع أو تتحقق بينهما المقاصة[65]، أما المقاصة القضائية فإنها تخضع لقانون القاضي، وذلك لأن الأمر يتعلق بمدى سلطة القاضي في إجراء مقاصة لم تتوفر شروطها القانونية، أي لتعلق الأمر بسلطة المحكمة في سد النقص في الشروط اللازمة لوقوع المقاصة، وبالنسبة للمقاصة القانونية فإنه لا صعوبة في الأمر إذا كان الدينان خاضعين لقانون واحد، فإن المقاصة تخضع لهذا القانون، سواء في ذلك أكان الدينان تعاقديين أم كان أحدهما تعاقدياً والآخر غير تعاقدي.

وبخصوص التقادم المسقط، فقد ثار الخلاف فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم التقادم المسقط، ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إخضاع التقادم المسقط لقانون العقد أيضا، وتجدر الإشارة إلى أن أهلية التعاقد تخضع لقانون جنسية المتعاقد وقت إبرام العقد، أما عن بطلان العقد، فهو الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، وهو يدخل في مضمون الفكرة المسندة للالتزامات التعاقدية، ومن ثم يخضع للقانون الذي يحكم العقد، فهذا القانون هو الذي يحدد متى يعد العقد باطلا ومتى يعد قابلا للإبطال، كما يبين الشخص الذي يجوز له التمسك بالبطلان ومدى إمكانية إجازة العقد القابل للإبطال، وتقادم أو سقوط دعوى البطلان[66].

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشـــــكلية

يتطلب ابرام التصرفات القانونية مراعاة الجوانب الشكلية التي يستلزمها القانون وسواء كانت الشكلية ركناً في التصرف أم أنها مجرد وسيلة للاثبات أو الإشهار وعقد الوساطة المالية كغيره من العقود

(62) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجديدة، الإسكندرية، 1992، ص592.

(63) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص321.

(64) د. منصور مصطفى منصور، المصدر نفسه، ص322.

(65) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص381.

(66) مصطفى ياسين الاصبحي، مصدر سابق، ص81.

يتطلب مراعاة جوانب شكلية عديدة، الأمر الذي يستلزم تحديد القانون الواجب التطبيق على الشكل لمعرفة مدى استيفاءه للشكلية التي نص عليها هذا القانون من عدمه والآثار التي تترتب على ذلك، وهو ما سنبينه على وفق ما يأتي:

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشـــــكلية.

الفرع الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشـــــكلية.

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشـــــكلية

القاعدة العامة هي خضوع شكل عقود المعاملات المالية الخاصة الدولية لقانون محل الإبرام، هذه القاعدة مستقرة لدى الفقه والمحاكم في غالبية دول العالم كما أخذت بها العديد من التشريعات[67]، وتعد قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام قاعدة قديمة أملتها الاعتبارات العملية[68].

ويرى الفقه السائد أن قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد الإبرام ترتكز على اعتبارات عملية قوامها التيسير على المتعاملين، وذلك مراعاة لحاجة المعاملات الخاصة الدولية، ولا شك أن هذه الاعتبارات العملية تعد كافية لتبرير الأخذ بهذه القاعدة، فهي أساسها الذي تنهض عليه دون حاجة إلى البحث على أساس نظري[69]، ولما كانت قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام تؤسس على اعتبارات عملية قوامها التيسير على المتعاملين، فإن الفقه الغالب[70] - وهو الراجح - رتب على ذلك نتيجة منطقية مؤداها ضرورة التسليم بالصفة الاختيارية لهذه القاعدة، فمادام المقصود من اتباع الشكل المقرر في بلد الإبرام، هو التيسير على المتعاملين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر، فليس هناك ما يدعو إلى إجبارهم على اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام إذا كان في استطاعتهم العلم بأحكام قانون آخر يرتبط بالتصرف المبرم بينهم ارتباطاً يبرر هذا المسلك، مثل: قانون جنسيتهم أو القانون الذي انصرفت إليه إرادتهم لحكم موضوع التصرف.

الفرع الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشـــــكلية

يقصد بشكل التصرف الإطار الذي يتم فيه إفراغ الإرادة أي إظهارها إلى العالم الخارجي، أو القالب الذي يفرغ فيه ركن الرضا في العقد[71]، ولتحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة

([67]) كالقانون المدني العراقي في المادة (26) والقانون المدني المصري في المادة (20)؛ وللمزيد ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص377؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص1152.

([68]) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص374.

([69]) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، ص487 وما بعدها؛ د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص72 وما بعدها.

([70]) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص379؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص392.

([71]) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص393.

المالية من حيث الشكل، فانه لا بد من تحديد الأشكال التي تندرج تحت مفهوم شكل التصرف القانوني وتلك التي تخرج من نطاقه، وذلك على وفق ما يأتي:

أولا: المسائل التي تدخل في نطاق مفهوم شكل التصرف القانوني.

هناك مجوعة من المسائل الشكلية تندرج تحت نطاق شكل التصرف القانوني وتدخل في تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على الشكل، اذ قد يستلزم المشرع شكلا معينا كشرط لانعقاد التصرف[72]، مثل الرسمية أو الكتابة وهنا يثور السؤال عن القانون الذي تخضع له هذه الشكلية فيما إذا كان القانون الذي يحكم موضوع التصرف أم قانون محل إبرامه.

اختلف الفقهاء بشأن هذه المسألة، بناء على مدى لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف، وذلك على رأيين:

إذ ذهب الاتجاه الأول في الفقه الفرنسي[73]، والمصري[74] إلى القول بأن ما يخضع لقاعدة (قانون المحل يحكم شكل التصرف) هو فقط الشكل الخارجي الذي تتجسم فيه الإرادة، أما مسألة لزوم الشكل أو عدم لزومه لانعقاد التصرف فهي مسألة موضوعية يرجع في شأنها إلى القانون الذي يحكم موضوع التصرف، فإذا أوجب هذا القانون شكلا معيناً كركن لانعقاد التصرف يترتب على تخلفه بطلان التصرف، فإنه لا يجوز أن يفرغ التصرف إلا في الشكل الذي أوجبه القانون، فالشكلية في هذه الحالة ليست في الحقيقة مجرد مظهر خارجي للتصرف، وإنما هي شرط داخلي وجوهري، وذلك أن الغاية منه تبصرة المتعاقدين وتنبيههم إلى خطر التصرف الذي هم مقدمون على مباشرته، أي حماية رضائهم، ولذلك فاستلزامها من عدمه لا يخضع لقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه.

وقد تبنت هذا الرأي المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري[75]، إذ جاء فيها: "ويراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني، فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من إذ الموضوع"، وهو ما أخذ به المشرع العراقي في المادة (26) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: "تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها".

ومن ذلك يتضح أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف، وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية بالشكل الجوهري، تعد مسألة موضوعية تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، أما تنفيذ الشكل

([72]) لم يتردد الفقه في تأكيد أن موضوع التصرف القانوني وجوهره هو الإرادة، أما الشكل فهو إخراج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي؛ ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص383.

([73]) نقلا عن: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، مصدر سابق، ص498؛ د. هشام على صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص384.

([74]) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، دار الحقوق، القاهرة، 1992، ص150؛ د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المطبعة العالمية، القاهرة، 1968، ص500 وما بعدها.

([75]) د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري – دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة عين شمس، 1999، ص604.

الذي يتطلبه قانون الموضوع وإجراءاته، وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية بالشكل الخارجي، فهو فقط الذي يدخل في مفهوم فكرة الشكل[76].

وبناء على ذلك، يرجع إلى قانون الموضوع للبحث عما إذا كانت الرسمية مستلزمة لانعقاد التصرف، فإذا كانت مستلزمة فلا ينعقد التصرف بغيرها، ولو كان قانون بلد الإبرام لا يتطلبها، غير أنه يكفي لانعقاده اتباع الأوضاع التي تتطلبها الرسمية في بلد الإبرام[77]، وبذلك تنحصر فكرة الشكل في مفهوم ضيق، بينما تتسع فكرة الموضوع لتشمل ما أسمته المذكرة الإيضاحية بالشكل الجوهري، أي مسالة لزوم أو عدم لزوم الشكل للانعقاد[78]، وبهذا المفهوم الضيق لفكرة الشكل أخذت محكمة النقض المصرية إذ قررت في حكمها الصادر في 17 مايو لعام 1973 م بأن: "القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصره الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني، فتخضع للقانون الذي يحكم موضوع التصرف" [79].

بينما ذهب الاتجاه الثاني يمثل غالبية الفقه الفرنسي والمصري إلى وجوب إخضاع الشكل المطلوب لانعقاد التصرف لقانون محل الإبرام، إذ يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة ما إذا كان الشكل لازماً لانعقاد التصرف من عدمه[80]، ويستند أصحاب هذا الرأي في تبرير ما يذهبون إليه، بإن إخضاع الشكل اللازم لانعقاد العقد للقانون الذي يحكم موضوعه، وليس لقانون محل الإبرام - كما يذهب الرأي المخالف - يتنافى مع فكرة التيسير على المتعاملين ومع الاعتبارات العملية التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام، إذ القول بذلك يوجب على المتعاملين الرجوع إلى قانون غير قانون المكان الذي يتم فيه إبرام التصرف، وهو قانون يتعذر عليهم العلم بأحكامه، ومن ثم فإن اعتبارات التيسير تحتم الاكتفاء باتباع أحكام قانون الدولة التي أبرم فيها العقد حتى بالنسبة إلى الأشكال التي تعد ركنا لإبرام العقد وشرطا لصحته دون التقيد بما يقضي به القانون الذي يحكم موضوع التصرف[81].

فضلا عن أن القول بتطبيق القانون الذي يحكم الموضوع على مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف قد يؤدي ـــ فيما لو كان الشكل الذي يوجبه هذا القانون هو الرسمية ـــ إلى استحالة إبرام التصرف في بعض الفروض، وذلك لأن الرسمية تتطلب في أغلب الأوقات تدخل موظف رسمي هو الكاتب العدل أو الموثق وهذا الموظف يخضع في قيامه بوظيفته لقانون دولته، ومن ثم فإنه إذا لم يجد المتعاقدون في بلد الإبرام موظفاً مختصاً يقوم بإفراغ تصرفهم في الشكل الرسمي المطلوب، ولو لم يكن في هذا الدولة قنصلية تابعة للدولة التي يتعين تطبيق قانونها على موضوع التصرف، فإنه يمتنع عليهم إبرام التصرف في

([76]) د. هشام على صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص348 وما بعدها.

([77]) د. ماهر السداوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن، ملتزم الطبع والنشر مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، بدون سنة نشر، ص99.

([78]) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص385.

([79]) مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، السنة 24، الجزء الثاني، ص772.

([80]) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص179 وما بعدها؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص385 وما بعدها؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص396؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مركز الأجانب وتنازع القوانين، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة،1992، ص571.

([81]) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص395.

الدولة التي يوجدون على إقليمها، ويرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة اتساع فكرة الشكل لتشمل مسألة لزومه أو عدم لزومه لانعقاد التصرف[82] .

وبناء على ذلك، إذا كان القانون الذي يحكم الموضوع يستلزم الشكل الرسمي، بينما يكتفي قانون بلد الإبرام بالشكل العرفي، فإنه في هذه الحالة ينعقد التصرف صحيحاً إذا أفرغ في الشكل العرفي[83]، وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 19 يونيو لعام 1922 م "إذ قضت بصحة الهبة الحاصلة في كندا بين فرنسيين بالشكل المحلي العرفي، رغم أن المادة (931) من القانون المدني الفرنسي تستلزم الرسمية في الهبة"[84].

ويبدو الاتجاه الثاني هو الأولى بالاتباع في العقود المالية الخاصة ذات الطابع الدولي، لأنه الأكثر استجابة لمقتضيات التعامل الدولي التي تتطلب خضوع المتعاملين- سواء كانوا أطرافاً في العقد أم من الغير الذين يراد الاحتجاج بالعقد في مواجهتهم - لقواعد يسهل عليهم معرفتها ويتوقعون تطبيقها عليهم[85]، وبالنسبة للعقد المبرم بين الوسطاء الماليين العاملين في البورصة فإن الأمر يقتضي خضوع تلك العقود من حيث الشكل لقانون الدولة التي توجد فيها السوق، وذلك لأن القوانين المنظمة لهذا السوق تكون أحكامها آمرة ومن ثم لا يجوز إبرام العقد بالمخالفة لها.

أما ما يتعلق بمسألة نوع الشكل وأوضاعه عند لزومه، فان الفقه يجمع على أن هذه المسألة تندرج في مجال القانون الذي يحكم شكل التصرف، فيرجع لقانون محل الإبرام بالنسبة لتحديد الأوضاع الواجب مراعاتها في المحرر الرسمي، وتلك المتعلقة بالمحرر العرفي مثل: عدد النسخ المحررة، وضرورة ذكر بيانات معينة كاشتراط كتابة العقد بخط المتعاقدين من عدمه، وإمضائها أو الاكتفاء بالختم[86].

أما بخصوص الشكل اللازم لإثبات التصرف[87]، فيكاد يجمع الفقه في كل من فرنسا ومصر على أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف، وكذلك قوة الدليل في الإثبات، تخضعان للقانون الذي يحكم شكل التصرف، وذلك مراعاة للصلة الوثيقة بين شكل التصرف وبين إثباته، إذ غالباً ما يكون

([82]) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص386. د. ماهر السداوي، مصدر سابق، ص100.

([83]) د. منصور مصطفى منصور، مذكرات فن القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المعارف، القاهرة، 1957، ص181؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص395 وما بعدها؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص386.

([84]) مصطفى ياسين الأصبحي، مصدر سابق، ص607.

([85]) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص396.

([86]) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، مصدر سابق، ص152.

([87]) تنظر: المادة (12) من قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979، التي تنص على انه: "تسري في شأن الادلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي يعد فيه الدليل أو في الوقت الذي يستطاع أو ينبغي فيه اعداده"؛ وكذلك المادة (13) من القانون نفسه والتي تنص على انه: "ولا – يسري في شأن ادلة الاثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة ان تطبق القانون العراقي اذا كان دليل الاثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الاجنبي. ثانيا – يسري في شأن اجراءات الاثبات قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى".

استلزام شكل معين للتصرف هو لتيسير إثباته[88]، ومقتضى هذا أنه إذا كان القانون الذي يحكم شكل التصرف لا يوجب الدليل الكتابي للإثبات بينما يوجبه قانون الموضوع أو قانون القاضي، فإنه يتعين الاعتداد بقانون محل إبرام التصرف، أي يجوز إثبات التصرف بغير الدليل الكتابي، والمنطق السابق يؤدي إلى أنه إذا كان القانون الذي يحكم الشكل يستلزم إثبات التصرف بالدليل الكتابي في حين أن قانون القاضي لا يشترط دليلاً كتابياً لإثبات التصرف، فإنه يلزم الاعتداد بما يستلزمه القانون الذي يحكم شكل التصرف، أي يتعين إثبات التصرف بالدليل الكتابي، غير أن جانبا من الفقه الفرنسي والمصري يرون أنه ليس هناك ما يدعو في هذا الفرض إلى إلزام القاضي بالدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون الذي يحكم شكل التصرف ما دام أن قانون القاضي لا يتطلبه، أي يسمح بإثبات التصرف بغير هذا الدليل، ولا شك أن هذا الرأي الفقهي هو الذي يتفق مع الاعتبارات العملية التي ترمي إلى التيسير على من يبرمون التصرفات القانونية، وهو ما يتلاءم في الوقت نفسه مع الحكمة التي تهدف قاعدة إخضاع الشكل لقانون بلد الإبرام إلى تحقيقها ابتداء[89]، هذا ويميل الفقه والقضاء الراجح في فرنسا إلي إخضاع ثبوت تاريخ المحرر للقانون الذي يحكم شكل التصرف، كما أنه يدخل في مجال تطبيق هذا القانون تحديد الطرق التي تتبع لإثبات كون المحرر ثابت التاريخ إذا لم يكن يحمل هو نفسه تاريخه الثابت [90].

ثانيا: المسائل التي تخرج من نطاق مفهوم شكل التصرف القانوني.

من المعلوم أن هناك بعض الأشكال ترتبط بنظم قانونية معينة، ومن ثم تخضع للقواعد الخاصة بهذه النظم، لذلك سنعرض لأهم هذه الأشكال وذلك بهدف استبعادها من مجال إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرف القانوني.

فالأشكال المكملة للأهلية والتي تأخذ صورة الإجراءات التي يلزم اتخاذها لتمكين ناقص الأهلية أو من ينوب عنه من مباشرة تصرف قانوني معين، فهذا النوع من الأشكال يرتبط ارتباطاً كاملا بموضوع التصرف الذي يراد القيام به أي يتعلق بعنصر في الارادة وهو الأهلية، ومن ثم فإن كل إجراء من هذه الإجراءات يخضع للقانون الذي يحكم الفكرة المسندة التي يندرج فيها كل إجراء منها[91].

أما الأشكال المتعلقة بالعلانية أو بالشهر، فهي الأوضاع التي يحددها القانون ويستلزم مراعاتها وذلك بهدف إعلام الغير بالتصرف أو الاحتجاج به في مواجهتهم[92]، وهذه الأشكال تخضع لقانون موقع المال إن تعلق الأمر بشهر الحقوق العينية لاتصالها حينئذ بمركز الأموال، كما تخضع لقانون الدولة التي

([88]) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، مصدر سابق، ص507؛ د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص 181؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص396.

([89]) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص180. د. هشام على صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص387.

([90]) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، مصدر سابق، ص508 .

([91]) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص393؛ د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص176؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد وعنايت عبد الحميد، تنازع القوانين من إذ المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص254.

([92]) د. ماهر السداوي، مصدر سابق، ص96.

يحتج فيها بالعقد في مواجهة الغير إن تعلق الأمر بنفاذ العقد في حق الغير، لأن نفاذ الحقوق في مواجهة الغير يدخل في فكرة تدابير الأمن المدني وهذه تخضع للقانون الإقليمي[93].

أما الأشكال الخاصة بإجراءات المرافعة والتي تشمل كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي، وبسير الدعاوى أمام القضاء، فتخضع هذه الإجراءات لقانون القاضي الذي ينظر الدعوى.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل (الموكل)

لا ريب أن الوسطاء الماليين الذين يعملون في البورصات يؤدون دورا لا يمكن تجاهل أهميته في العلاقات التجارية الدولية بالنظر إلى كونهم بمنزلة المعابر أو الجسور التي تربط بين التجار من ناحية، وعملائهم من ناحية أخرى، وتبدو الحاجة ملحة للجوء إلى تلك المعابر في العصر الحالي فلم يعد يقتصر نشاط الوسيط على إقليم دولته، وإنما تعدى ذلك إلى النطاق الدولي لتؤكد حركة المد والجزر التجاري فيما وراء الحدود.

فضلاً عن أن الشركات والمشروعات التجارية أصبحت ملزمة بالتعامل مع الوسطاء الماليين في البورصات من أجل شراء وبيع الأوراق المالية، ولا شك أن انتشار الوسطاء الماليين في العلاقات التجارية الدولية يرجع سببه في عصرنا الحالي إلى سهولة المواصلات وتقدم تكنولوجيا الاتصالات الأمر الذي مكن كبرى الشركات العالمية من الاعتماد عليهم[94]، في التعامل مع البورصات في الدول الأجنبية، أو بعبارة أخرى فإن الوساطة أو الوكالة أو النيابة والتمثيل التجاري، أضحت من الأمور التي لا غنى عنها في العلاقات الخاصة الدولية، خصوصا في ظل تزايد حركة السلع والمبادلات التجارية عبر الحدود.

والغالب في تلك العلاقات أن يكون أحد أطرافها موجودا في دولة تبعد كثيرا عن دولة إبرام العقد، واشتراط وجود ذلك الطرف بنفسه لإتمام العقد، يؤدي إلى تعطيل أعماله، وربما عزوفه عن إبرام العقد، ولذلك يكون من الأيسر والأوفق أن يجيز القانون لصاحب المصلحة في التعاقد أن يوكل، أو ينيب، شخصا آخر في إبرام العقد[95].

ويجمع الفقه على تكييف العقد الناشئ بين مصدر الأمر بالبيع أو الشراء للأوراق المالية في سوق الأوراق المالية والوسيط بعقد الوساطة، وعقد الوساطة هو عقد يلتزم بمقتضاه الوسيط أن يعقد باسمه الخاص ولكن لحساب مفوضه بيعا وشراء أو غيرهما من العمليات التجارية ويكون ذلك مقابل أجر[96].

واتصاف تلك العلاقات أو العقود بالطابع الدولي، يثير مشكلة تنازع القوانين الواجبة التطبيق عليها،

([93]) د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص595.

([94]) د. حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص5 وما بعدها.

([95]) د. احمد عبد الكريم سلامه، علم قاعد التنازع، مصدر سابق، 1143.

([96]) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص143؛ وعرف جانب من الفقه السمسرة بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى السمسار قبل شخص آخر يسمى مصدر الأمر أو مفوض السمسار بإيجاد متعاقد لإبرام صفقة معينة مقابل أجر"؛ د. سميحة القليوبي، عقود الوكالات التجارية والسمسرة والرهن التجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، 1980، ص489.

أي القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط (الوكيل) والعميل (الموكل)، وهو ما سنبينه على وفق ما يأتي:

المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل.

المطلب الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل.

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل

لما كانت الوساطة عقداً بين طرفين هما الوسيط (الوكيل)، ومصدر الأمر بالشراء أو البيع للأوراق المالية في البورصة هو (الموكل)، فإن الوساطة تخضع للقاعدة العامة المتعلقة بتنازع القوانين في العقود، فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يختاره صراحة المتعاقدان، أو تدل عليه ظروف الحال وفقا لما نصت عليه المادة (1/25) من القانون المدني العراقي، وقد أخذت بذلك اتفاقية لاهاي الموقعة في 14 مارس لعام 1978 م بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء والنيابة والتمثيل التجاري في المادة الخامسة التي نصت على أن: "القانون الداخلي المختار من جانب الأطراف هو الذي يحكم علاقة التمثيل بين الأصيل و الوسيط"، على أن اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق يجب أن يكون صريحاً أو ناتجاً عن تأكيد معقول من نصوص العقد والظروف الملابسة[97].

وعند انتفاء أو تخلف الإرادة الصريحة والضمنية[98]، فإن الحلول تنوعت في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى عدة اتجاهات، فالاتجاه الأول يذهب إلى خضوع علاقة الوسيط (الوكيل) بالزبون (الموكل) لقانون الدولة التي تم فيها التوكيل، وهو عادة قانون موطن الموكل أو محل التاجر الذي أمضى التوكيل، وذلك لأن التوكيل الذي أعطاه نشأ في هذا الموطن، ويستمد وجوده من قانونه[99]، أما الاتجاه الثاني، فيذهب إلى إخضاع العقد المبرم بين الوسيط والزبون لقانون محل الإبرام[100]، إلا أنه ويعاب على هذا الاتجاه أن الوسيط سيجد نشاطه خاضعا لجملة قوانين بحسب البلدان التي يتم فيها إبرام العقد، وهذا يؤدي إلى

([97]) وتتمتع الاتفاقية بمدى انطباق عالمي وهذا ما أكدت عليه المادة الرابعة منها التي قررت بأن: "القانون الذي تعينه الاتفاقية ينطبق حتى ولو كان قانون دولة غير متعاقدة"، وبفضل هذا النص يمكن القول بان الاتفاقية، في المجال المخصص لها تحل محل القانون الدولي الخاص في الدول المتعاقدة، أي أنها تعد بمثابة قانون موحد للقانون الدولي الخاص، وحددت المادة الأولى من الاتفاقية نطاق القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الخاص والتي تتكون عندما يتصرف شخص الوسيط مع الغير لحساب شخص آخر (الأصيل)، ووفقاً لتلك الصياغة يمكن القول بأتساع نطاق تطبيق الاتفاقية بحيث أنها تضم معظم عقود الوسطاء، فضلا عن انها تنطبق عندما يتصرف الوسيط باسمه الخاص أو باسم الأصيل أو الموكل وسواء كان نشاطه احترافياً أو عرضياً، وسواء كان التمثيل قانونياً أو مجرد تمثيل اقتصادي، ولا شك أن اتساع نطاق تطبيق الاتفاقية أمر يلبي مقتضيات التجارة الدولية بالنظر إلى تعاظم دور الوكلاء والممثلين التجاريين في العصر الحالي؛ د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص98 وما بعدها.

([98]) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المركز العربي للطباعة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001، ص204؛ د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص73.

([99]) د. محمد عبد المنعم رياض، مصدر سابق، ص468.

([100]) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص143.

التعارض مع النظام المهني للوسطاء الذي يحد من حريتهم العقدية، إذ إن هذا النظام يؤثر تأثيراً شديدا على علاقاتهم مع عملائهم[101].

اما الاتجاه الثالث، فيخضع العلاقة أو العقد المبرم بين العميل (الموكل) أي الأصيل، والوسيط أي الوكيل، للقانون الذي يحكم العقد الأصلي الذي يعقده الوسيط مع الغير، أي مع الوسيط الآخر، وعادة ما يكون قانون محل تنفيذ ذلك العقد، وقانون محل الإقامة العادية للوسيط (الوكيل) في ذات الوقت، على أساس أن الوسيط - الوكيل أو النائب - هو صاحب الأداء المميز، فدوره إيجابي، ولا قيمة للوساطة - الوكالة - بدون تدخله، فضلا عن ان عقد الوسيط (الوكيل) مع الزبون (الموكل) ينحصر دوره في الإعداد للعمل، أو التصرف الذي سيقوم بأدائه[102]، ويبدو لنا بان هذا الاتجاه هو الراجح، وذلك لضمان وحدة القانون الذي يطبق على العقد.

المطلب الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل

يخرج من نطاق القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط بالعميل (الموكل) كل ما تعلق بالشروط الشكلية للعقد المبرم بينهما، اذ تخضع تلك الشروط وفقاً لما استقر عليه الاتجاه الغالب فقها وقضاء وتشريعاً، كمبدأ عام لقانون محل الإبرام[103]، وفي المقابل فإن القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط والعميل يحكم كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية مثل التراضي، والمحل، والسبب[104]، ويستثنى من ذلك أهلية الأطراف والتي تخضع للقانون الشخصي لكل منهما[105]، كما يحكم قانون العقد الآثار المترتبة عليه، أي الالتزامات التي تثقل كاهل طرفي العقد الوسيط والعميل مصدر الأمر بالبيع أو الشراء للأوراق المالية (الموكل) [106]، فيحدد مدى واجب الإعلام، مهل تنفيذ الأوامر، مهل تسليم الصكوك، الرجوع عن الأوامر، فضلا عن أنه يحكم ما إذا كان يحق للوسيط تنفيذ الأمر المصدر إليه في بورصة أجنبية، ويتولى هذا القانون تفسير الأوامر الصادرة للوسيط [107].

ويحكم قانون العقد المبرم بين الوسيط (الوكيل) والعميل (الموكل) التزام الأول بتقديم حساب من حيث تقديم المبالغ التي تصرف فيها الوسيط والمبالغ الباقية رصيد حساب والفوائد المستحقة للمبالغ التي تسلمها، كما يحكم ذلك القانون التزام العميل (الموكل) بقبول القروض، ويحدد مسئولية الوسيط تجاه العميل في حالة

)[101](Niboyet, Traite de droit international prive Francais, sirey t. 5,1948, n. 1398.

([102]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص1108؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص204.

([103]) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص18 وما بعدها.

([104]) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص16.

([105]) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص87.

([106]) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص16 وما بعدها؛ د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق صفحة87.

)[107](Rippert et Roblot, traite de droit commercial, T.H, par Delebeque et Germain, L.D.G.J., 14 ed. 1994, n. 1827.

محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص145.

عدم تنفيذ العقد، وكذلك التزام الوسيط بعدم المنافسة ونتائج مخالفته[108]، أي أن قانون العقد يسري على المسئولية العقدية[109].

فضلاً عن أنه قانون العقد يحكم كل ما يتعلق بأجر أو مكافأة الوسيط إذ يتعين الرجوع إليه لتحديد متى يستحق الوسيط المكافأة أو الأجر أو العمولة ومتى لا يستحقها[110]، ويطبق هذا القانون على حق الوسيط بالرجوع على العميل في حالة نكوله[111]، فضلا عن انه يحكم مسألة التعويضات التي يطالب بها الوسيط عند فسخ العقد واسباب وشروط الفسخ[112] .

وإذا حدث ن تم التنازل أو تحويل العقد من جانب الوسيط إلى وسيط ثان برضاء العميل (الأصيل)، في تلك الحالة يتعين قبول مبدأ وحدة القانون بالنسبة للعقود التي تربط بين الطرفين، ومن ثم إخضاع الحوالة أو التنازل أو العقد، بعد استبدال الوسيط، للقانون نفسه الذي كان من الواجب تطبيقه على العقد قبل الاستبدال[113].

الخاتمة

بعد أن أنهينا البحث في موضوع القانون الواجب التطبيق على الوساطة في سوق الأوراق المالية – دراسة مقارنة، كان لا بد لنا من ان نبين في الخاتمة أهم ما توصلنا اليه من النتائج وما ندعو إليه من التوصيات، وذلك على وفق ما يأتي:

أولا: النتائج

1. إن عمليات تداول الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية، تتم عن طريق شركات الوساطة او السمسرة المرخص لها، والتي تقوم بتنفيذ أوامر عملائها والتي تتعدد صورها حسب رغبة المستثمرين.
2. إن عمليات التداول في سوق الأوراق المالية تتم وفق قواعد وإجراءات محددة ومرسومة اما بالطرق التقليدية أو بالطرق الحديثة.
3. إن نقطة البدء في عمليات التداول في سوق الأوراق المالية هي صدور أمر من المستثمر إلى

([108]) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص87.

([109]) وتخضع المسئولية التقصيرية لقانون محل وقوع الفعل الضار، الذي هو قانون السوق؛ محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص145.

([110]) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص88.

([111]) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص145.

([112]) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص89؛ وقد حددت المادة الثامنة من اتفاقية لاهاي لسنة 1978 سالفة الذكر بأن القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط والزبون يحكم مسالة تكوين العقد، وصحة علاقة التمثيل بين الوسيط و الوكيل، والتزامات الأطراف وشروط تنفيذ العقد، ونتائج عدم التنفيذ وانقضاء تلك الالتزامات ويحكم كذلك سلطات الوسيط من إذ وجودها، ومداها، وتعديلاها، وانتهائها، ونتائج تجاوز تلك السلطات، أو المغالاة في استعمالها، ويحكم أيضا سلطات الوسيط في التفويض في كل أو بعض اختصاصاته وفي تعين وسيط إضافي، وسلطة الوسيط في إبرام عقد لحساب الأصيل في حالة ما إذا كان ثمة تبعة لتنازع المصالح بينهما، ويسري ذلك القانون ايضا على شرط عدم المنافسة وشرط الضمان، والتعويض عن فقدان العميل.

([113]) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص90 وما بعدها.

الوسيط الذي يختاره، يعلمه برغبته في إجراء عملية من عمليات سوق الأوراق المالية سواء أكان امر بالبيع أم بالشراء.

4. لا يمكن للمستثمر إصدار أوامره بالبيع والشراء في سوق الأوراق المالية مباشرة بل يتعين عليه اختيار وسيط مالي يصدر أوامره بالبيع والشراء من خلاله، فإذا كانت عمليات التداول في سوق الأوراق المالية تتجسد في حقيقتها بعقد بيع أو شراء للأوراق المالية، فإن هذا العقد لا ينعقد بين البائع والمشتري مباشرة، إنما عن طريق تدخل وسيط مرخص له بالتعامل في سوق الأوراق المالية، وإلا وقع هذا العقد باطلاً.
5. تعتمد سوق الأوراق المالية في قيامها بوظائفها على أعضائها الذين يعدون الأداة لتنفيذ التعليمات والعمليات التي تحدث فيها على أساس انهم حلقة الوصل بينها وبين الأفراد، وتنص قوانين سوق الأوراق المالية على اقتصار التعامل فيها على الأشخاص المحترفين والمؤهلين كالوسطاء الماليين والمندوبين الرئيسيين، وذلك لحماية المستثمرين من تلاعب المضاربين المحترفين خاصة، وذلك نتيجة لتفاوت المستثمرين في الخبرة والدراية الكافية.
6. إن تداول الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية يتم من خلال علاقتين قانونيتين، الأولى: علاقة المستثمر (الآمر) بالوسيط المالي؛ والثانية: علاقة وسيط المالي بوسيط المستثمر (الآمر)الاخر، وهذه العلاقة قد تكون اجنبية في أحد عناصرها.
7. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط الوسطاء الماليين فيما بينهم من الناحية الموضوعية، هو قانون محل وجود السوق الذي تمت فيه عملية التداول، بوصف القواعد القانونية التي تحكم علاقة الوسطاء بعضهم ببعض من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري.
8. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط الوسطاء الماليين فيما بينهم من الناحية الشكلية، هو قانون محل ابرام التصرف وهو قانون محل وجود السوق، ضمانا لوحدة القانون التي يطبق على العلاقة.
9. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط المستثمر (الآمر) بالوسيط المالي من الناحية الموضوعية، هو القانون نفسه الذي يحكم العلاقة بين الوسطاء الماليين، أي الذي يحكم العقد الأصلي، بوصف ان الوسيط المالي هو صاحب الأداء المميز، فيكون قانون محل وجود السوق هو الذي يحكم هذه العلاقة.
10. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط المستثمرين بالوسطاء الماليين من الناحية الشكلية، هو قانون محل إبرام التصرف وهو قانون محل وجود السوق، ضمانا لوحدة القانون التي يطبق على العلاقة.

ثانيا: التوصيات

1. أن يكون القانون الواجب التطبيق على الأوراق المالية هو قانون موقعها وقت تحقق السبب الناقل للحق والدين الثابت فيها أسوة بالمنقولات المادية، أي أن قانون موقعها يطبق على عمليات تداول الأسهم والسندات في سوق الأوراق المالية، أما الجانب التعاقدي فهو يخضع لقانون الإرادة وفقا للمبادئ العامة (أي القانون الذي حددته إرادة أطراف العلاقة التعاقدية ان كان هناك اتفاق على تحديده)، اما ان لم يكن هناك اتفاق على تحديده فيطبق قانون محل وجود السوق التي تمت فيه عمليات التداول.
2. أما العمليات التي تتعلق بالأوراق المالية، فنقترح خضوعها لقانون البلد الذي يوجد فيه مركز إدارة الجهة التي أصدرت هذه الأوراق، اما العلاقة التعاقدية التي تجري بشأنها فتخضع لقانون الإرادة

أما إذا لم يكن هناك اتفاق على تحديده فيطبق قانون محل وجود السوق التي تمت فيه عمليات التداول.

3. عدم سريان قانون الإرادة إلا على الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين، إذ تنطبق القواعد الخاصة بأجراءات التداول في البورصة في جميع الأحوال بوصفها من القواعد العامة المتعلقة بالنظام العام.
4. النص بصورة صريحة على بطلان التداول الحاصل على الأوراق المالية المقيدة في السوق، دون الاستعانة بوسيط مالي، وذلك بحصر جميع التعاملات الحاصلة على الأوراق المالية المقيدة في البورصة بالوسطاء الماليين، وأي تعامل على هذه الأوراق دون الاستعانة بوسيط يترتب عليه بطلان التعامل.
5. عدم ترك مسألة تنظيم عمل الوسيط المالي عندما سمح أن يكون طرفا في الصفقة، للتعليمات التنظيمية، بل يجب أن يتم تنظيمها من قبل المشرع مباشرة في القانون، وذلك لخطورة المسالة النابعة من تعارض المصالح بين مصلحة الوسيط والمستثمر.
6. النص صراحة على عدم إمكانية رفض تنفيذ أوامر المستثمرين من قبل الوسطاء ما لم يكن هنالك سبب قانوني يبرر هذا الرفض.

المصادر

أولا: الكتب القانونية

1. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
2. ==========، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، دار الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996.
3. ==========، قانون العقد الدولي، المركز العربي للطباعة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001.
4. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، دار الحقوق، القاهرة، 1992.
5. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المطبعة العالمية، القاهرة، 1968.
6. جمال مرسي، النيابة في التصرفات القانونية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1980.
7. حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
8. حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج11، الدار العالمية للموسوعات، القاهرة، 1976-1977.
9. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط2، مطبعة الارشاد، بغداد، 1972.
10. رزق الله انطاكي، السفتجة أو سند السحب، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، 1965.
11. سميحة القليوبي، عقود الوكالات التجارية والسمسرة والرهن التجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، 1980.
12. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون مكان أو سنة نشر.
13. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، ط1، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة

للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2001.
14. عبد الباقي البكري، محمد علي البشير، زهير البشير، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982.
15. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ط 2 دار النهضة العربية، 1964.
16. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، ط9، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.
17. عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، ط1، دار النشر للجامعات، مصر، 1998.
18. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، ج1، كلية شرطة دبي، 1997.
19. فؤاد رياض وسامية راشد وعنايت عبد الحميد، تنازع القوانين من إذ المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
20. فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، مطابع الأهرام التجارية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
21. فوزي محمد سامي، فائق الشماع، القانون التجاري - الاوراق التجارية، مطبعة جامعة بغداد، بغداد 1986.
22. ماهر السداوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن، ملتزم الطبع والنشر مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، بدون سنة نشر.
23. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار التحاد العربي للطباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
24. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ط2، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، بدون سنة نشر.
25. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجديدة، الإسكندرية، 1992.
26. محمد يوسف ياسين، البورصة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
27. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط2، الناشر دار النهضة العربية في القاهرة، عام 2002.
28. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج1، جامعة العلوم التطبيقية، الأردن، 1998.
29. منصور مصطفى منصور، مذكرات فن القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المعارف، القاهرة، 1957.
30. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الفنية للطبعة والنشر بالإسكندرية، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1995.
31. ==========، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998.
32. ==========، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.

ثانيا: الاطاريح

1. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة عين شمس، 1999.

ثالثا: البحوث

1. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، تصدر عن الجمعية المصرية للاقتصاد الساسي، العدد (245)، لعام (62)، 1971.

2. فائق الشماع، اركان التصرفات الارادية في انشاء الورقة التجارية، بحث منشور، مجلة القانون المقارن، العدد (13) السنة التاسعة، 1981.

رابعا: القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لعام 1951.
2. قانون التجارة العراقي المُلغى رقم (149) لعام1970.
3. قانون التجارة العراقي رقم (30) لعام 1984.
4. القانون المدني المصري رقم (131) لعام 1948.
5. قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.

خامسا: الاتفاقيات الدولية

1. اتفاقية روما لعام 1980 بشأن الالتزامات التعاقدية.
2. اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980.
3. اتفاقية لاهاي لعام 1951 بشأن تعيين القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي.
4. اتفاقية لاهاي لسنة 1955 حول القانون المطبق على بيع المنقولات.
5. اتفاقية لاهاي لسنة 1978 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء والنيابة والتمثيل التجاري.

سادسا: المصادر الأجنبية

1. Niboyet, Traite de droit international prive Francais, sirey t. 5,1948.
2. Rippert et Roblot, traite de droit commercial, T.H, par Delebeque et Germain, L.D.G.J., 14 ed. 1994.
3. LESCOT et ROBLOT: " traite de droit commercial " , Tome 2ed , 1999.