الطبيعة القانونية لعقد الوساطة التجارية وقواعد ابرامه
(دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المصري)

بحث تقدم به الباحث
عمار ناهض محمد الشمري
جامعة قم الحكومية

بأشراف الدكتور
محمد صالحي مازندراني
جامعة قم الحكومية

البريد الإلكتروني Email : ammar161996@gmail.com

الكلمات المفتاحية: العقد ، الوساطة ،التجارية، القانون العراقي ، القانون المصري.

كيفية اقتباس البحث

الشمري، عمار ناهض محمد، محمد صالحي مازندراني ، الطبيعة القانونية لعقد الوساطة التجارية وقواعد ابرامه (دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المصري)، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، نيسان ٢٠٢٤،المجلد:١٤ ،العدد:٢ .

هذا البحث من نوع الوصول المفتوح مرخص بموجب رخصة المشاع الإبداعي لحقوق التأليف والنشر (Creative Commons Attribution) تتيح فقط للآخرين تحميل البحث ومشاركته مع الآخرين بشرط نَسب العمل الأصلي للمؤلف، ودون القيام بأي تعديل أو استخدامه لأغراض تجارية.

مفهرسة في Indexed
IASJ

مسجلة في Registered
ROAD

The legal scope of the commercial mediation contract A comparative study between Iraqi law and Egyptian law

Research submitted by the Researcher
Ammar Nahed Muhammad
Al-Shammari
Qom State University

Under the supervision of Dr
Muhammad Salehi
Mazandarani
Qom State University

Keywords : contract, mediation, commercial, Iraqi law, Egyptian law.

How To Cite This Article
Al-Shammari, Ammar Nahed Muhammad, Muhammad Salehi Mazandarani, The legal scope of the commercial mediation contractA comparative study between Iraqi law and Egyptian law, Journal Of Babylon Center For Humanities Studies, April 2024,Volume:14,Issue 2.

This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

Abstract

The legal scope is intended to give an explicit legal description of a specific incident or term, and due to the absence of regulating the commercial mediation contract from some positive legislation, different jurisprudential opinions have emerged regarding determining the legal nature of the contract in question, as the issue of the legal nature of the commercial mediation contract raises theoretical and practical difficulties and that the legal nature for a commercial mediation contract. The legal conditioning of the relationship between the broker and the investor determines the nature of the provisions to which he is subject, and thus defines his rights and obligations. Determining the legal nature in this way is useful in determining the legal system to which the broker is subject. There is no dispute that the brokerage process in the trading of securities gives the broker a commercial character. Because the trader is every natural or legal person who carries out a commercial business in his

name and for his account professionally. The importance and necessity of researching the issue of the legal nature of the commercial mediation contract lies in the Iraqi legislator's regulation of the commercial mediation contract (indication) in the Indication Law No. 58 of the year 1987, which was accurate in some aspects and on the other hand was devoid of accuracy, so I chose this topic to show the points of accuracy and flaws in its subject. Commercial mediation in Iraqi legislationThe Iraqi legislation was devoid of regulating many matters in the law of significance, while other laws stipulated them, including the Egyptian one with which he compared them. We have explained that and the reasons that led us to the necessity of stipulating them in the Iraqi legislation.

الملخص

يراد بالطبيعة القانونيّة اعطاء الوصف القانوني الصريح لواقعة او مصطلح معين، ونظراً لغياب تنظيم عقد الوساطة التجارية عن بعض التشريعات الوضعيّة، فقد ظهرت آراء فقهية مختلفة بشأن تحديد الطبيعة القانونيّة للعقد محل البحث، إذ يثير موضوع الطبيعة القانونيّة لعقد الوساطة التجارية الصعوبات النظرية والعملية وان الطبيعة القانونية لعقد الوساطة التجارية. تحدد التكييف القانوني للعلاقة بين الوسيط والمستثمر طبيعة الأحكام التي يخضع لها ، وبالتالي تحديد حقوقه والتزاماته ، ويفيد تحديد الطبيعة القانونية على هذا النحو في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له الوسيط . ولا خلاف في أن عملية الوساطة في تداول الأوراق المالية تكسب الوسيط الصفة التجارية ، لأن التاجر هو كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً **ان** اهمية وضرورة البحث على موضوع الطبيعة القانونية لعقد الوساطة التجارية تكمن في تنظيم المشرع العراقي لعقد الوساطة التجارية (الدلالة) في قانون الدلالة المرقم ٥٨ السنة ١٩٨٧ دقيقا في بعض الجوانب ومن ناحية أخرى كانت يخلو من الدقة، فاخترت هذا الموضوع لبيان مواطن الدقة والخلل في موضوعة الوساطة التجارية في التشريع العراقي.

أن التشريع العراقي قد جاء خاليا من تنظيم أمور كثيرة في قانون الدلالة في حين نصت عليها القوانين الأخرى ومنها المصري التي قارن بها فقد بينا ذلك والأسباب التي دفعتنا إلى ضرورة النص عليها في التشريع العراقي.

المقدمة

اولا: مشكلة البحث

ان عقد الوساطة التجارية يعتبر واحدًا من أبرز الآليات التي تمكّن المنتجين والمصنعين من توزيع منتجاتهم بفعالية على نطاق واسع دون الحاجة إلى التورط المباشر في عمليات البيع والتوزيع. يتضمن هذا العقد اتفاقًا بين المجهز (المنتج) والموزع الذي يتعهد بتوزيع المنتجات في سوق معين، سواء كان ذلك على مستوى إقليمي أو دولي. واحدة من السمات المميزة لهذا العقد هي أن الموزع يُعتبر تاجرًا مستقلاً، وهذا يعني أنه يتمتع بحرية كبيرة في إدارة أنشطته التجارية داخل السوق المحددة.

ثانيا : اهمية البحث

ان اهمية وضرورة البحث على موضوع الطبيعة القانونية لعقد الوساطة التجارية تكمن في تنظيم المشرع العراقي لعقد الوساطة التجارية (الدلالة) في قانون الدلالة المرقم ٥٨ السنة ١٩٨٧ دقيقا في بعض الجوانب ومن ناحية أخرى كانت يخلو من الدقة، فاخترت هذا الموضوع لبيان مواطن الدقة والخلل في موضوعة الوساطة التجارية في التشريع العراقي

أن التشريع العراقي قد جاء خاليا من تنظيم أمور كثيرة في قانون الدلالة في حين نصت عليها القوانين الأخرى ومنها المصري التي قارن بها فقد بينا ذلك والأسباب التي دفعتنا إلى ضرورة النص عليها في التشريع العراقي

ثالثا: منهج البحث

يعتمد أسلوب البحث في بحثنا هذا المستل من رسالتنا المقدمة الى جامعة قم الحكومية في الجمهورية الاسلامية الايرانية على أسلوب التحليل المقارن الذي يستغرق وقتاً طويلاً لعدد من القوانين، وهو مبني على القانون العراقي والمصري، وما يلي مبني على السوابق في العملية القانونية، لذلك إيجاد جهد هادف في القانون المذكور حول إمكانية مراجعة القوانين العامة في الأمور المدنية والتجارية من أجل إيجاد حلول للمشاكل التي تثيرها العملية المذكورة.

ثالثا : خطة البحث

تم تقسيم البحث الى المقدمة فالمبحث الاول الاساس القانوني لعقد الوساطة التجارية وفيه المطلب الاول : التعريف بالأساس القانوني لعقد الوساطة التجارية والمطلب الثاني: قواعد ابرامه ثم المبحث الثاني الطبيعة القانونية لعقد الوساطة التجارية وفيه المطلب الاول الوسيط في سوق الاوراق المالية والمطلب الثاني الوسيط وكيل بالعمولة ثم المطلب الثالث الوسيط في مركز قانوني خاص ثم الخاتمة فالمصادر.

المبحث الاول

الإساس القانوني لعقد الوساطة التجارية

ان جوهر هذا العقد هو تكليف الوسيط من قبل الموسط بإيجاد متعاقد لإبرام صفقة معينة مقابل اجر فمهمة الوسيط هي التقريب بين شخصين يرغبان في التعاقد فهو وسيط يعمل باسمه الشخصي وبكل استقلال عن أطراف التعاقد الاصلي الذي يسعى هو لإبرامه دون ان يتدخل في هذا العقد كما يقوم الوسيط بعمل مادي هو التوسط لإيجاد متعاقد اخر لإبرام عقد معين [١] .

المطلب الاول

الاتجاهات الفقهية في عقد الوساطة التجارية

وقد ثار الخلاف حول الطبيعة القانونية لعقد الوساطة التجارية بين اعتباره من قبيل الوكالة او من قبيل المقاولة ، فذهب اتجاه الى اعتبار الوساطة وكالة وبالتالي اعتبار الوسيط وكيلاً عن الموسط وهذا الرأي هو الاتجاه السائد في قضاء محكمة النقض المصرية فقد جاء في أحد قراراتها ((بأنه السمسار هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، وكيل بكلفة أحد المتعاقدين التوسط لدى العاقد الاخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يستحق له بمقتضى اتفاق صريح او ضمني يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يديه))[٢] .

لكن هذا الاتجاه القضائي لمحكمة النقض المصرية لم يحض بتأييد الفقه بل انتقده كثير من فقهاء القانون التجاري لاختلاف دور الوسيط عن الوكيل فالوسيط لا يتعاقد باسم موكله فهو ليس نائبا عنه وان الشخص الذي يبحث عنه هو الذي يتعاقد مباشرة مع من وسطه ففكرة النيابة هي التي تميّز بينهما فالوكيل يمثل الموكل وينوب عنه في ابرام العقد في حين ان الوسيط لا ينوب عن الموسط لذلك تنتهي مهمته بمجرد تلاقي الايجاب مع القبول بالنسبة لكل من الموسط والشخص الذي عثر عليه الوسيط [٣] .

فضلا عن ذلك فإن مهمة الوسيط هي القيام بعمل مادي هو البحث عن شخص يقبل التعاقد بالشروط التي حددها من لجأ الى توسيطه لإتمام صفقة معينة دون اشتراك من جانبه في إبرام العقد في حين ان عمل الوكيل هو عمل قانوني هو إبرام العقد باسم موكله ولحسابه بينما لا يقوم الوسيط بأي عمل قانوني لحساب عميله [٤] .

لذلك يذهب الاتجاه الثاني الى انه لا يمكن اعتبار الوساطة وكالة بل هي صورة خاصة من عقد المقاولة وهو العقد الذي يتعهد به أحد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر [٥].

واستنادا الى ما تقدم من أسباب ابتعادها عن الوكالة والاختلافات الكبيرة بينهما لذلك فإن الوساطة تعتبر صورة خاصة من صور المقاولة وليست وكالة [٦].

ويرى الباحث ان الوسيط التجاري لا يعد وكيلاً للاختلاف الجذري في دوره كوسيط عن دور الوكيل باعتبار ان الاخير ينيب من يمثله ويقوم بعمل قانوني لصالحه من خلال التعاقد باسم الموكل ولحسابه في حين ان الوسيط التجاري يقوم بعمل مادي وليس قانوني ، اما دوره كمقاول فأيضاً لا تنطبق عليه احكام عقد المقاولة من عدة وجوه منها مسؤولية المقاول تختلف عن الوسيط وكذلك الوسيط لا يضمن تنفيذ الصفقة وسلامتها من العيوب في حين ان القوانين نصت على ضمان خاص بالمقاول وكذلك فان المقاولة لا تنتهي بموت المقاول إلا اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد بينما الوساطة تنتهي بموت الموسط ، وعليه يكون عقد الوساطة التجارية عقد مسمى ومنظم في القوانين وله أحكام خاصة تميزه عن الوكالة والمقاولة.

وقد يشترط الوسيط ان يذكر اسمه في العقد الذي يتوسط فيه كوسيط او يشترك في تحرير العقد او الإشارة الى ان العقد قد تم بناءاً على وساطته وان ذلك لا يغير من طبيعة عقد الوساطة اذ يقصد الوسيط من ادراج اسمه على هذا النحو تأكيد صفته كوسيط وحفظ حقه في العمولة وخاصة اذا لم يكن قد قام بتحرير عقد مستقل بينه وبين من عهد اليه بعمل الوساطة[٧].

واذا لم يكن الوسيط وكيلا عن الموسط فإن ذلك لا يمنع من ان ينيب احد الطرفين الوسيط في ابرام العقد وحينئذ يجمع بين صفتي الوساطة والوكالة في ان واحد ولا تدخل عملية الابرام في حدود عملية الوساطة بل يقوم بها بصفته وكيلا عن المتعاقد المذكور مما يستوجب تمييز الدور الذي قام به الوسيط سواء بالنسبة للوساطة او الوكالة[٨].

ويخضع القضاء الفرنسي العلاقة في هذه الحالة الى أحكام الوكالة المأجورة او الوكالة بالعمولة حسب طبيعة العقد وليس وفقا لأحكام عقد الوساطة إذ يستغرق عقد الوكالة عقد الوساطة بانعقاد العقد ونصبح أمام عقد واحد هو وكالة عادية او وكالة بالعمولة يكون موضوعها انعقاد العقد بواسطة الوكيل نيابة عن موكله [٩].

واذا كان القضاء الفرنسي يخضع العلاقة لأحكام الوكالة حسب ما تقدم فإن ثمة رأياً يخضع عمل الوسيط في هذه الحالة لأحكام النيابة او الوكالة فضلا عن احكام الوساطة طالما كان مستقلا في القيام بعمله ولا يؤثر في استقلال الوسيط في قيامه بالوساطة التزامه بتعليمات عملية بشأن العقد المراد إبرامه لان التزامه بهذه التعليمات ينشأ عن عقد الوساطة وليس عن عقد عمل يجعله تابعا لاحد المتعاقدين [١٠] .

ويميل الباحث الى تأييد هذا الرأي اذ لا يمكن إخضاع العلاقة لاحكام الوكالة فقط وتجاهل عقد الوساطة اذ ان عمله بالاساس كان القيام بالوساطة دون التدخل بإبرام العقد لكن بتفويض الوسيط من قبل الموسط بإبرام العقد أصبحنا أمام عقدين عقد وساطة وعقد وكالة لذلك فإن عمل الوسيط يخضع في حالة إبرام العقد من قبله لاحكام الوكالة والوساطة في آن واحد لانه وسيط ووكيل في نفس الوقت .

واذا كانت الوكالة شيئاً مختلفاً عن الوساطة بما فيها الوكالة بالعمولة الا انها قد تختلط معها في بعض الامور وذلك في حالة الوساطة المالية إذ ان الاتجاه السائد في قوانين الاسواق المالية وطبيعة العمل في هذه الاسواق يميل الى حصر التعامل بالاوراق المالية المسجلة فيه بالوسطاء الماليين فقط ووكلائهم المسجلين بعد حصولهم على الاجازة بممارسة هذه المهنة وتوافر الشروط القانونية التي يتطلبها القانون فيهم [١١] وعليه فإن عقد بيع الأسهم في سوق الاوراق المالية لا يبرم الا وكالة وذلك استنادا الى نص القانون الذي حصر التعامل بالأسهم على الوسطاء ووكلائهم فقط إذ لا يسمح للمستثمر القيام بإبرام العقد للبيع او الشراء أصالة بل عن طريق وسيط مالي مجاز من قبل ادارة السوق ومسموح له بممارسة مهنة الوساطة المالية في سوق الاوراق المالية اذ يتم تكليف الوسيط من قبل عميله المستثمر بأن يجري له عملية بيع او شراء للأسهم في الاسواق المالية في هذه الحالة اذا ذكر اسم عميله في عقد البيع او الشراء كان وكيلا عنه اذ يتصرف الوسيط بالنيابة عن عميله بموجب تفويض تحريري مصادق عليه من مجلس ادارة السوق ولكن الصورة الغالبة للعمل في الاسواق المالية هي ان الوسيط المالي يعمل باسمه الشخصي على حساب عميله دون ذكر اسم هذا العميل اذ يعتبر في هذه الحالة وكيلا بالعمولة ويصبح مسؤولا امام الوسيط الاخر بحيث لا يذكر للعميل اسماً ولا يشار اليه بأي إشارة [١٢] .

ومادام الوكيل لم يذكر اسم عميله فإنه يعتبر ضامناً نفسه بنفسه وحيث يعتبر كل من الوسيطين بائعا ومشتريا ويظل اسم البائع في عالم الخفاء وكذلك اسم المشتري اذ يعتبر هذا التكتم من اسرار الحرفة فإن كان يجوز للعملاء ان يبيحوا ذكر اسمائهم الا ان هناك من يهمه عدم ذكر اسمه نظرا لمركزه الاجتماعي وانه ربما يكون في عدم ذكر اسمه نجاح للعملية في السوق المالي [١٣] .من كل ما تقدم يتبين ان الوسيط التجاري لايعتبر وكيلا اذ ان دوره يختلف عن دور الوكيل وان كان يجوز ان يجمع بين صفتي الوكالة والوساطة في حالة تكليفه صراحة من قبل الموسط بإبرام العقد الذي يتوسط فيه ولكن هذا العموم تقيده حالة الوساطة المالية اذ يعتبر الوسيط المالي وكيلا عن العميل اذا ذكر اسمه في عقد بيع وشراء الاسهم داخل سوق

الاوراق المالية ويخضع للاحكام العامة للوكالة اما اذا لم يذكر اسم عميله (المستثمر) في عقد البيع او الشراء فيعتبر وكيلا بالعمولة ويلتزم بالتزامات الوكيل بالعمولة الضامن

المطلب الثاني

قواعد ابرام عقد الوساطة التجارية

إنَّ تكوين في العقود يُعدّ بمثابة العمود الفقري لأي عقد كان، فمعرفة كيفية تكوين عقد الوساطة التجارية صحيحاً لازماً تستوجب معرفة الأركان والشروط المكونة له، فالركن جزء من ماهية العقد ويتوقف وجود العقد عليه كالتراضي مثلاً، فلا عقد من دون تراضٍ أو بعبارة أخرى توافق إرادتين والتي يعبر عنها بالإيجاب والقبول، وتكوين عقد الوساطة التجارية كسائر العقود الأخرى بحاجة إلى أركان العقد بوجه عام، وهي التراضي والمحل والسبب، ولا جديد يقال في ركن السبب في عقد الوساطة التجارية يضاف على ما قيل فيه بوصفه ركناً في العقد بوجه عام، فيقصد بالسبب الباعث الدافع إلى التعاقد، فيختلف من عقد إلى آخر إذ يقترن بالإرادة فيحركها، فهو أمر شخصي يكمن في النية، فالمادة (١٣٢) من قانوننا المدني تبين في فقراتها الثلاث الشروط اللازمة للسبب وهي: (١ – يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للآداب. ٢ – ويفترض في كل التزام أنّ له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ٣ – أمّا إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنّه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك.)، ويبقى ان نبحث في التراضي والمحل بوصفهما ركنين من أركان العقد؛ لذا سنوزّع هذا المبحث على فرعين حسب ما هو مبين أدناه:

الفرع الأول: التراضي في عقد الوساطة التجارية

لقد عرفت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي العقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)، ويفهم من هذه المادة بأن الرضاء الذي يتجه لإحداث غاية مشروعة هو قوام العقود ومصدر وجودها، فيلزم التراضي في عقد الوساطة التجارية اقتران إرادتين متطابقتين، أي وجود إيجاب معين وقبول مطابق له يصدران من العاقدين، فوجود التراضي في العقد يتوقف على مطابقة القبول للإيجاب في المسائل الجوهرية، أمّا المسائل التفصيليّة فإنّ القانون لم يشترط وجوب التطرق إليها لغرض انعقاد العقد وإنّما يترك أمرها إلى القانون وقواعده المكملة ناهيك عن أنّ عقود الوساطة عادةً ما تبرم وفقاً لعقود مكتوبة وموحدة يعدّها المجهز مسبقاً لجميع وسيطيه ، اذ يُعدّ التراضي ركن العقد الأساسي، فإذا فقد التراضي غاب العقد ولم ينعقد، والمقصود من التراضي هو تطابق إرادتي العاقدين، إذ إنّ ما

يصدر عن أحد العاقدين من رغبة في التعاقد عبر عنها بالرضا وتلاقي رضا الطرفين ينتج التراضي وهو قوام العقود، والمراد من الإرادة في هذا المقام هي تلك التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، كإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

إنّ التشريعات موضع المقارنة لا تختلف كثيراً في أنّ العقد عبارة عن كونه تلاقي إرادتين لإحداث أثر قانوني معين وهو ما ينطبق على عقد الوساطة التجارية إذ هو التزام أحد المتعاقدين (المجهز) في مواجهة الآخر (الوسيط) بأنْ يمكنه من الاستئثار والتفرد ببيع السلعة أو الخدمة محل العقد، داخل نطاق جغرافي معيّن، فالتراضي يجب أنْ يشمل بالضرورة شرط الحصريّة وصورته[١٤]، لذا لابد من بحث كل من المجهز والوسيط باعتبارهما المكونان لهذا التراضي.

ويدرج عقد الوساطة التجارية كما بيّنّا في خصائصه ضمن العقود الرأسية فالمجهز يتمتع في هذه العلاقة غالباً بمركز أقوى من الوسيط مما يؤهله إلى فرض بعض القيود بغية تحقيق بعض المصالح، فهذه العقود تحمل شروطاً مقيدة لحرية التجار في طريقة تصريف البضاعة باستقلال على هدى من سلطتهم التقديرية، فضلاً عن أنّ عملية الوساطة ليست بسيطة إذ إنّها قد تتطلب اتخاذ إجراءات وتدابير تنظيمية، فجرت العادة في أنْ تكون الأطر التنظيمية لهذا العقد مهيأة سلفاً كالعقود النموذجية، ممّا يثير التساؤل حول طبيعة الإرادة الثانية وهي إرادة القبول في هذا العقد ألا تعدّ مذعنة لما يمليه الموجب[١٥].

الفرع الثاني: المحل في عقد الوساطة التجارية

لابدّ لكل عقد من محل يرد عليه، وقد يكون المحل نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وفي الواقع إنّ نقل الحق العيني إنما هو القيام بعمل الا ان للمحل في عقد الوساطة التجارية أهمية خاصة، اذ هنالك تباين في تحديده في هذا العقد، فالعقد كما يرد على تنظيم العلاقة بين المتعاقدين فيما يرتبط بإبرام العقود التطبيقية المتلاحقة خلال فترة سريان العقد، فإنه كذلك قد يتعدى الدور التنظيمي ليرد على السلع والخدمات أيضا.

إنّ عقد الوساطة التجارية كما سبق وبينا من العقود الإطارية التي تنعقد في مستويين، فمستوى أعلى يعدّ الإطار التنظيمي للعلاقة التعاقديّة ما بين المجهز والوسيط وعقود بيع تطبيقية لذلك الاتفاق، فتعيين المحل في هذا العقد ذو خصوصية فريدة، إذ يتطلب بحثه في مستويين.

لا ريب في أنّ عقد الوساطة التجارية يهدف إلى تنظيم وتسهيل عملية إبرام عقود البيع التطبيقية المتلاحقة التي تبرم بين المجهز الوسيط لتنتقل بموجبها السلع والبضائع الى الوسيط خلال فترة سريان العقد بصورة عامة، لذا يرى بعض الفقه ان هذه العقود إذن هي التي تعدّ المحل لعقد الوساطة التجارية، معقبين بأن لا ضير بأن ترد العقود على القيم الاقتصادية والمالية المشروعة،

وليس ثمة مشكلة في تحديد هذه العقود، فتذكر عادة بنوعها ووصفها، كما أنّ الكم فيها يكون قابلاً للتحديد اعتماداً على النشاط الاقتصادي أو بناءً على طلب الوسيط، إلّا أنّ هنالك حداً أدنى لا يمكن أن يقل عنه في فترات زمنية محددة حسب الاتفاق، وينبغي ان تتوفر الشروط التي تتطلبها القواعد العامة في المحل، من حيث الإمكان والتعيين والمشروعية، فإنّ لم تتوافر هذه الشروط عد العقد باطلاً[١٦].

كما يرى بعض آخر من الفقه بأن الاطار التنظيمي الذي يشكله عقد الوساطة التجارية لا يمنع من أن يكون لتلك العقود التطبيقية التي يبرمها العاقدان محلٌ مستقلٌ وهي السلع والخدمات وينبغي أن تتوفر فيها القواعد العامة للمحل، موضحين بأنّ هذه الاستقلالية للعقد الكلي لا ينفي خضوعها للتنظيم الذي يفرضه عقد الوساطة التجارية، فإنّه يهدف إلى ضمان تدفق السلع والخدمات بين الطرفين واستمرار العلاقة بينهما[١٧]، وهذا ما أدى إلى أن ينقسم الفقه في هذا الشأن إلى قسمين، فمنهم من يرى بأنّ عقد التوزع الحصري لا ينفك عن عقود البيع اللاحقة، وتدفق السلع والخدمات ما هو إلا نتيجة لذلك العقد، فيما يرى فريق آخر أنّه لا يمكن الخلط بين المستويين، وهذا النقاش بدوره يُولد نقاشاً آخر يتعلق بتحديد الثمن، حسب ما نراه لاحقاً.

ومن خلال نصوص المواد (١٢٦ حتى ١٣١) من القانون المدني العراقي نستخلص شروط المحل وهي (ان يكون المحل ممكناً، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وان يكون مشروعاً) وهذه هي الشروط العامة التي تنطبق على السلع والخدمات محل عقد الوساطة التجاريةمعنى ذلك أنْ تكون المنتجات موجودة وقت إبرام العقد أو أنْ تكون ممكنة الوجود بعد ذلك؛ فبما أنّ محل الالتزام هو نقل حق عيني وهو نقل ملكية شيء، فيجب أن يكون الشيء موضوع الحق موجوداً وقت التعاقد وإلاّ وقع العقد باطلاً، حتى لو كان المبيع موجوداً ولكن هلك قبل إبرام العقد؛ أمّا إذا كان الشيء موجوداً وقت التعاقد ثم هلك بعد ذلك، كان العقد صحيحاً، إلّا أنّه يستحيل تنفيذه[١٨]، وبما ان عقد الوساطة التجارية يرد على نقل ملكية السلعة أو الخدمة محل الوساطة فيجب أنْ تكون تلك السلعة موجودة وقت التعاقد، إلّا أنّ العقد كما تبين سابقاً من العقود التي تمتد في الزمن وينفذ في فترات طويلة، لذا لا يمكن أن يكون المعقود عليه كله موجوداً وقت إبرام العقد، فهل يقع العقد باطلاً؟.

تجيب المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي في فقرتها (١) عن هذا التساؤل بالنص (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر).

يفهم من النصّ جواز التعاقد على شيء مستقبلي إلّا أنّه مشروط في القانون المدني العراقي

والإيراني متأثرٌ بالفقه الإسلامي كعدم جواز التعامل في التركة المستقبلة مثلاً بينما هو غير ذلك في البلجيكي والبريطاني، إذ إنّ المبيع من المثليات وهو عادةً منتج صناعي يتكرر تصنيعه باستمرار فليس بالضرورة أن يكون موجوداً وقت إبرام العقد أو خدمة توزع على الجمهور والمهم فيها أنْ تكون قابلة أو ممكنة الوجود، فإمكان أداء المجهز لالتزاماته هي التي تحدد إبرام العقد من عدمه لا وجود العين وقت إبرامه[١٩].

إن بيع الشيء المستقبل كثير الوقوع في التعاملات التجارية وينطبق على عقد الوساطة التجارية، فكثيراً ما يقع و يبرم المنتج أو المجهز على تزويد الوسيط بمقدار معين من إنتاجاته دون أن يكون قد أتمّ صنعها بل لعله لا يكون قد بدأ بذلك بعد، كأن يعهد مؤلف وساطة مؤلفه مطبوعاً إلى وسيط قبل أن يكمل تأليفه وهذه كلها عقود واقعة على نقل ملكية شيء مستقبلي وهو يقرب من بيع السلم في الفقه الإسلامي[٢٠]، أمّا ما حرمه المشرع لاعتبارات خاصة ومنع بيعه قبل تحققه كما فعل في بيع التركة المستقبليّة لا يدخل في نطاق عقود الوساطة التجارية أصلاً وكذلك الحقوق المتنازع عليها[٢١]، إذ إنّها لا يمكن أنْ تكون محالاً لعقود الوساطة.

وتشير المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى إلى أنّه (يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف) وتوضح الفقرة الثانية من المادة ذاتها بأن المحل يكفي أن يكون معلوماً لدى العاقدين بقولها (على أنّه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر) ،

يكون البيع جزافاً إذا تمّ تعيين مقدار المنتجات بنسبة مئوية معينة، كنصف ما تبقى في المخزن أو كله أو ربع الكمية وما إلى ذلك[٢٢]؛ وأما عن أهمية التمييز بين هذين النوعين من البيوع فتكمن في انتقال ملكية المنتجات والسلع، إذ في حالة البيع الجزاف تنتقل بمجرد إبرام العقد، بينما لا تنتقل في البيع بالتقدير إلاّ إذا أفرز المبيع من خلال الكيل أو القياس أو العد، ويتبع ذلك انتقال تبعة الهلاك والحق في الحصول على النتاج[٢٣].

وعلى أي حال فإنّ عقد الوساطة التجارية كسائر العقود يجب أن يكون له محل، وهذا المحل لابدّ أن يكون صالحاً للتعامل فيه، ويصبح كذلك إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص من أجله لا يأبى ذلك وكان التعامل فيه مشروعاً أي لا يكون ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام والآداب، إذ تنص على ذلك بكل وضوح الفقرة (١) من المادة (١٣٠) من قانوننا المدني بقولها (يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد

باطلاً).

يتضح ممّا تقدم أنّ عدم المشروعية الراجع إلى نصوص قانونية إنما هو مبني على اعتبارات ترجع إلى النظام العام والآداب، والغرض من النصّ عليها في القانون إنما لتوضيح حكم غامض كما في تحريم التعامل بالتركة المستقبلة أو لتحديد حكم غير محدد كما في تحديد الربا الفاحش، أو لظروف البلد الخاصة وما يتعلق منها بالمصلحة العامة كالصحة والدفاع الوطني، كحال المتاجرة بالمخدرات وبيع الرقيق والرتب والأوسمة والعملة الزائفة والتعامل بالحيوانات الموبوءة وغيرها.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الوساطة التجارية

يراد بالطبيعة القانونيّة اعطاء الوصف القانوني الصريح لواقعة او مصطلح معين، ونظراً لغياب تنظيم عقد الوساطة التجارية عن بعض التشريعات الوضعيّة، فقد ظهرت آراء فقهية مختلفة بشأن تحديد الطبيعة القانونيّة للعقد محل البحث، إذ يثير موضوع الطبيعة القانونيّة لعقد الوساطة التجارية الصعوبات النظرية والعملية لذا فأننا سنتناول في هذا المبحث الطبيعة القانونية لعقد الوساطة التجارية. يحدد التكييف القانوني للعلاقة بين الوسيط والمستثمر طبيعة الأحكام التي يخضع لها ، وبالتالي تحديد حقوقه والتزاماته ، ويفيد تحديد الطبيعة القانونية على هذا النحو في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له الوسيط [٢٤] . ولا خلاف في أن عملية الوساطه في تداول الأوراق المالية تكسب الوسيط الصفة التجارية ، لأن التاجر هو كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول بأسمه ولحسابه على وجه الأحتراف عملاً تجارياً[٢٥] .

غير أن التساؤل الذي يثار هو حول تحديد مركز الوسيط القانوني وهل يعد دلالاً أم وكيلاً أم له مركزاً قانونياً آخر يجمع الصفتين ؟ وللأجابة عن هذا التساؤل ، يمكن القول بأنه لا يوجد إتفاق في الفقه حول الموضوع [٢٦] ، إذ يتنازع الأمر ثلاثة اتجاهات فقهية في تحديد الطبيعة القانونية للوسيط ، وهذا ما نبحثه في ثلاثة مطالب وكما يأتي :-

المطلب الأول: الوسيط في سوق الأوراق المالية دلاّل

يَذهبْ البعض الى تكييف العلاقة بين الوسيط والمستثمر على أنها عقد دلالة [٢٧] . فالوسيط وفقاً لهذا الرأي ليس أكثر من دلاّل ينطبق عليه مفهوم الدلال وتسري عليه الأحكام القانونية التي يخضع لها الأخير [٢٨] ، ويستند أنصار هذا الرأي على بعض الحجج والتي من أهمها :-

أولاً : أن الوسيط ليس طرفاً أصيلاً في تعاملاته ، فهو لا يتعامل بأسمه ولا لحسابه ، بأعتبار أنه ليس بائعا للأوراق المالية ، كما أنه ليس مشتريا لها ، بل يقتصر دوره في أرشاد المستثمر

الى شخص آخر يرغب في التعاقد مع المستثمر ، وبذلك يكون العمل الذي يقوم به الوسيط مادياً ، ويستوي في ذلك أن يقوم بهذا العمل بتكليف من أحد الطرفين أو كليهما معا . فإذا كان عمل الوسيط مادياً ، فأن هذا يرجح تكييف عقده مع المستثمر على أنه عقد دلالة .

ثانياً : إذا لم يكن في تعامله لمصلحة المستثمر وكيلاً عنه ، فأنه لا يعد ولذات الأسباب وكيلا بالعمولة . ففضلا عن قيام الوكيل بالعمولة بتصرف قانوني لا بعمل مادي فهو حينما يتعاقد لمصلحة موكله ، إنما يتعاقد بأسمه لا بأسم موكله ، ويترتب على ذلك أنه يعد أصيلاً في علاقته مع الغير الذي يتعاقد معه ، ذلك أن الغير يجهل وجود أصيل في هذا التعامل ، وهو في كل ذلك يختلف عن الوسيط وعن الدور الذي يقوم به في السوق التجارية [٢٩] .

ثالثا : إن قوانين سوق المال ، ومنها قانون سوق العراق للأوراق المالية تبين أن الوسيط يتولى أعمال الوساطة في الأوراق المالية [٣٠] . ومفهوم الوساطة لا يخرج عن مفهوم الدلالة [٣١] .

إلاّ أن هذه الحجج يمكن الرد عليها وكما يأتي :-

أولا : إن نصوص قوانين أسواق المال تبين أن الوسيط لا يقوم بأعمال مادية فقط، فالمستثمر ممنوع وبنص القانون ، من ممارسة الأعمال القانونية الا من خلال الوسيط فهو – أي الوسيط – لا يمارس أعمالاً مادية فقط وأنما يمارس الأعمال القانونية ، كالتعاقد نيابةً عن البائع أو المشتري ، وهذا يعني أنه يتجاوز عمل الدلالة ، كما أن التفسير الصحيح لنص المادة (٢٥٦) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م هو أن الوسيط (السمسار) لا يقف دوره عند البحث عن شخص يقبل التعاقد مع المستثمر ، ولكنه يقوم بأبرام العقد نيابةً عن مصدر الأمر ، فهو يحترف القيام بالتصرفات القانونية لحساب العملاء مقابل أجر [٣٢] .

ثانياً : أما بالنسبة للحجة الثانية والتي تستند على أن الوسيط ليس وكيلا بالعمولة، فأن هذا لا ينفي أن يكون للوسيط مركزاً آخر غير مركز الدلال ، وهذا ما تؤكده النصوص القانونية الخاصة بأسواق المال والتي تحصر التعامل في سوق الأوراق المالية بالوسطاء المخولين [٣٣]والمقصود بالتعامل [٣٤] ، هو التداول في الأوراق المالية ، أي بمعنى آخر أبرام العقود داخل القاعة، ولا يمكن أن يكون أي معنى لمصطلح (التعامل) في النصوص القانونية الا مفهوم التصرف القانوني [٣٥] ، وهذا ينفي عن الوسيط القيام بعمل مادي .

ثالثاً : أما بالنسبة للحجة الثالثة ، فعلى الرغم من أن قوانين سوق المال ومنها قانون سوق العراق للأوراق المالية تبين أن الوسيط يتولى عملية الوساطة المالية، إلاّ أنه عند الرجوع الى النصوص الأخرى من القانون العراقي [٣٦] ، نجد أن هذه الوساطة ذات طبيعة خاصة ، فالوسيط

فيها ليس بمركز الدلاّل وإنما يقوم بتصرفات قانونية في التعامل بالأوراق المالية ، ولكن لمصلحة العميل المستثمر .

وخلاصة الأمر ، نجد أن الوسيط في سوق الأوراق المالية لا يمكن أن يكون بمركز الدلال لما تبين لنا من ضعف الحجج التي أعتمد عليها مناصرو هذا الاتجاه الفقهي.

المطلب الثاني: الوسيط وكيل بالعمولة

يذهب جانب آخر من الفقه الى أن مركز الوسيط هو أكثر من مركز الدلال الذي تقتصر مهمته على التقريب بين طرفي عقد البيع للأوراق المالية ، إذ يفصح مضمون العقد بين الوسيط والمستثمر على أن الوسيط يمثل المستثمر في عقد بيع الأوراق المالية إبراماً وتنفيذاً [٣٧] ، وعلى هذا فهو وكيل عن المستثمر ، ويتعاقد مع الطرف الآخر نيابةً عن المستثمر ، وهو يتعاقد بأسمه الشخصي وليس بأسم المستثمر ، فضلاً عن ذلك فهو يضمن تنفيذ هذا العقد ، بحيث أذا كان مكلفا ببيع أوراق مالية ، فأنه يبحث عن مشتر ويتعاقد معه بأسمه الشخصي ويضمن حسن تنفيذ العقد بتسليم الأوراق الى المشتري والثمن الى البائع، وبالتالي يقوم بعمل قانوني هو أبرام العقد لحساب العميل الموكل ، ومن ثم فأن وسيط الأوراق المالية يكون في مركز الوكيل بالعمولة [٣٨].

ويستند أنصار هذا الأتجاه الفقهي في دعم رأيهم على بعض حجج من أهمها :-

أولاً : إن وجود الوسيط في سوق الأوراق المالية أمر الزامي يتجاوز مجرد قيام الوسيط بالبحث عمن يتعاقد مع المستثمر [٣٩] . فالغرض من وجوده في الحقيقة هو ان يكون التعاقد في سوق الأوراق المالية يحصل بين الوسطاء أنفسهم ودون تدخل من البائع أو من المشتري [٤٠] .

وأكثر من ذلك يقتصر حق الدخول الى قاعة التداول على هذه الطائفة ، واذا تم التعاقد بدونها فأنه يؤدي الى البطلان [٤١] .

ثانياً : كما أن الوسيط يباشر عمله عن طريق التعاقد بأسمه الشخصي ولكن لحساب المستثمر كما هو الحال في الوكيل بالعمولة [٤٢] ، وهذا ما يجعل الوسيط مسؤولاً قبل من تعاقد معه [٤٣] ، فإذا تلقى الوسيط أمراً بالبيع من المستثمر فأنه يعد بالنسبة للمشتري بائعاً ، واذا أمره المستثمر بالشراء فأنه يعد مشتريا بالنسبة للبائع [٤٤] .

ثالثا : فضلا عن كل ما تقدم يعد الوسيط في سوق الأوراق المالية وكيلاً بالعمولة استناداً الى طبيعة محل التعاقد بأعتبار الأوراق المالية من المنقولات ، لأن محل نشاط الوكيل بالعمولة يتمثل بالمنقولات والعقارات [٤٥] .

إلا أن هذه الحجج يمكن الرد عليها وكما يأتي :-

أولا :- بالنسبة للحجة الأولى والقائمة على أن وجود الوسيط في سوق الأوراق المالية أمر الزامي ، فما هو الا مسألة تنظيمية ، وكذلك مكان النشاط المتمثل بسوق الأوراق المالية وحصر حق الدخول الى قاعة التداول في السوق لا يمكن الأخذ به كمعيار لاسباغ وصف الوكيل بالعمولة على وسيط الأوراق المالية [٤٦] .

ثانيا :- أما بالنسبة لتعاقد الوسيط بأسمه الشخصي ولكن لحساب المستثمر ، كما هو الحال في الوكيل بالعمولة ، فيمكن الرد عليه من خلال التباين الواضح في النصوص القانونية في القوانين محل المقارنة ، فنص المادة (٢٥٦) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ تلزم شركة السمسرة (الوساطة) بالتعاقد باسم ولحساب المستثمر وليس باسم شركة الوساطة، وكذلك نص الفقرة (ب) من المادة (١١) من تعليمات تداول الاوراق المالية لسنة ٢٠٠٧م الصادرة عن سوق العراق للأوراق المالية والتي تلزم المستثمر المشتري بتسديد قيمة الاوراق المالية المشتراة لصالحه قبل تنفيذ عملية الشراء ، وما جاء في الفقرة (ج) من المادة (٤٩) من النظام الداخلي لسوق عمان المالي من الحظر على الوسيط أن يوقّع نيابة عن المستثمر في عقود تخويل الاوراق المالية .

ثالثاً :- اما محل التعاقد المتمثل بالأوراق المالية وكونها من المنقولات ، وان محل نشاط عمل الوكيل بالعمولة يتمثل بالمنقولات فيمكن الرد عليه ، بان مهنة الوساطة قائمة على الاوراق المالية ، بل ان حصر عمل الوسيط بالأوراق المالية واحتكار مهمة الوساطة لها بقوة القانون هو المعيار المميز لعمل الوسيط خلافاً للوكيل بالعمولة الذي من الجائز ان يكون محل نشاطه اوراقا مالية او غيرها من المنقولات [٤٧] .

الخلاصة : نستنتج مما سبق ذكره من المآخذ على حجج هذا الاتجاه الفقهي ، عدم إمكان رد الوسيط الى نظام قانوني معين ، فالوسيط ليس دلالا فقط كما أنه ليس وكيلاً بالعمولة [٤٨] . لذلك برز أتجاه فقهي آخر منطلقا من الواقع العملي وما يجري عليه العمل في سوق الأوراق المالية من جهة ، وما تؤكد عليه نصوص القانون التي تنظم التعامل في سوق الأوراق المالية من جهةٍ أخرى .

المطلب الثالث: الوسيط في مركز قانوني خاص(له طبيعة خاصه)

تبين لنا فيما سبق من استعراض الاتجاهين الفقهيين السابقين ، والذي يذهب أحدهما كما رأينا الى تكييف العلاقة التي تربط الوسيط المستثمر بعقد دلالة ، وأن الوسيط ما هو إلا دلاّل يقوم بأعمال الوساطة بين البائع والمشتري للأوراق المالية[٤٩] ، بينما يذهب الاتجاه الآخر إلى تكييف

العلاقة بين الوسيط والمستثمر على أنها عقد وكالة بالعمولة ، وإذا كان لكل من الرأيين حججه التي تدعمه وتسنده ، إلاّ أن لكل واحد منهما أيضا مآخذه التي تمنع الأخذ به على أطلاقه ، فالوسيط في سوق الأوراق المالية ليس دلالاً فقط ، كما أنه ليس وكيلاً بالعمولة فحسب ، ولذلك وانطلاقا من الطبيعة الخاصة لعمل الوسيط وما تفرضه قوانين أسواق المال من قواعد وأحكام خاصة من جهة ، وما يجري عليه التعامل في سوق الأوراق المالية من جهة أخرى [٥٠] ، برز أتجاه في الفقه يرى بأن للوسيط طبيعة خاصة ، فقد روعي في اختياره توافر صفات فنية وخبره لا تتوافر في غيره بموجب النصوص الواردة في قوانين أسواق المال ، لذلك فهو يجمع بين صفتي الدلال والوكيل ، وهذا الاتجاه الفقهي الذي يرى بالجمع انقسم على أتجاهين :

الاتجاه الأول[٥١] :- يرى بأن الوسيط يجمع بين صفتي الدلاّل والوكيل بالعمولة ، فالوسيط وفقا لهذا الرأي لا يعد وكيلاً بالعمولة في كل حالة لا يتعاقد فيها باسمه الشخصي لحساب المستثمر ، بل يكون دلاّلاً إذا توقف دوره عند العثور على الطرف الآخر الراغب في التعاقد ، أما إذا كان مأذوناً في التوقيع باسمه الشخصي وهو الفرض الغالب لحساب المستثمر فهو وكيل بالعمولة .

الاتجاه الثاني [٥٢]:- يرى أن الوسيط يجمع بين صفتي الدلال والوكيل التجاري. فالوسيط وفقاً لهذا الرأي سواء في عمله بصفته دلال أو بصفته وكيل عن المستثمر يقوم بعمل تجاري ويعد في ذات الوقت تاجراً ، فعقد الدلالة من أعمال الوساطة التجارية التي تعد عملاً تجارياً بموجب نص الفقرة السادسة عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ ، كما أن الوكالة التي يقوم بها هي وكالة تجارية تخضع لأحكام الوكالة التجارية ولا تتم الاّ مقابل أجر يتمثل بالعمولة التي يتقاضاه من المستثمر [٥٣] ، ومن جانب آخر يعد وسيط الأوراق المالية ، كما يرى البعض في نفس هذا الاتجاه [٥٤] . وكيلاً تجارياً ، فهو يحترف إجراء المعاملات التجارية عن الغير ، وطبقا لنص المادة (١٤٨) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م (تطبق أحكام الوكالة التجارية إذا كان الوكيل محترفا إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير) . إذ لا يعد الوسيط وكيلاً بالعمولة لأن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه ولحساب الموكل أما الوسيط فأنه يتعاقد باسم ولحساب المستثمر [٥٥] ويستند أصحاب هذا الاتجاه الفقهي الذي يرى بأن الوسيط يجمع بين صفتي الدلال والوكيل على الحجج الآتية :-

أولاً :- إن المستثمر ممنوع وبنص القانون من أن يتعامل بالأوراق المالية مباشرةً، إذ يقتصر مثل هذا التعامل على الوسطاء المجازين في السوق ، لذا فأنه يتعاقد مع الوسيط إذا رغب في بيع أو شراء أوراق مالية[٥٦] ، إذ يقوم الوسيط بعرض أوامر البيع أو الشراء على اللوحات المعدة لهذا الغرض [٥٧] .

فالوسيط إذا تولى مهمة إيجاد من يرغب بالشراء أو البيع ، وهو في دوره هذا يكون في المركز القانوني للدلال . الاّ أن مهمته لا تنتهي عند هذا الحد ، إذ أن الوسيط وبعد إيجاد الراغب في التعاقد (وهو لا يعدو أن يكون وسيطاً آخر يمثل مستثمراً آخر) يقوم بأبرام العقد نيابةً عن المستثمر [٥٨] ، وهو في عمله هذا يعد وكيلاً عن المستثمر .

ثانياً :- أذا كان التعامل بالأوراق المالية في السوق والمتمثل بإيجاد الراغب في التعاقد يقتصر على الوسطاء ، إلا أن هذا العمل يترتب عليه فضلاً عن ذلك انتقال ملكية هذه الأوراق من البائع الى المشتري من دون أن يتوقف هذا الأثر على تعاقد لاحق بين المشتري والبائع ، وهذا يدل على أن كل وسيط يعد نائبا عن المستثمر وليس مجرد دلالّ تنتهي مهمته بإيجاد من سيتعامل معه المستثمر [٥٩] .

ثالثاً :- كما أن نصوص قوانين أسواق المال تبين أن الوسيط فضلا عن كونه دلاّلا يقوم بأعمال الوساطة ، يكون كذلك وكيلاً عن المستثمر ، فنص المادة (٢٥٦) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م ، تلزم شركة السمسرة (الوساطة) بالتعاقد باسم ولحساب العميل . وكذلك نصوص المواد (٩، ١١ ، ١٢) من القسم (٥) من قانون سوق العراق للأوراق المالية ، رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤م تلزم الوسيط بالتعامل نيابة عن المستثمر في الأوراق المالية بيعاً أو شراءً [٦٠] .

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الاتجاه الفقهي الذي يرى بأن للوسيط مركز قانوني خاص مختلف عن مركز الدلال أو الوكيل بالعمولة ، ويخضع لقواعد وأحكام خاصة تفرضها قوانين أسواق المال ، وهو يجمع بين صفتي الدلال والوكيل التجاري إذا توقف دوره على شراء وبيع الأوراق المالية باسم ولحساب المستثمر[٦١] . أما إذا كان مأذوناً له في التوقيع باسمه الشخصي ولكن لحساب المستثمر ، وكما هو الحال في القانون العراقي يكون في مركز الجمع بين الدلال والوكيل بالعمولة ، إذ لا يوجد نص في قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ ولا في تعليمات التداول حكم مشابه لنص الفقرة (١) من المادة (٢٥٦) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ يلزم الوسيط بالبيع والشراء باسم ولحساب العميل ، بل على العكس من ذلك تدل نصوص تعليمات التداول على عدم وجود أسم البائع أو المشتري في عقود التداول [٦٢] ، كما أن عمليات التداول تتم بين الوسطاء وحدهم [٦٣] ، كما بينت تعليمات التداول لسنة ٢٠٠٧ الصادرة عن سوق العراق للأوراق المالية ، أن الوسيط يقوم بالتداول لصالح المستثمر [٦٤] .

الخاتمة

اولا: النتائج

١-لم تقم التشريعات موضع المقارنة بتعريف عقد الوساطة التجارية، أما الفقه فلم تكن كلمته موحدة في تعريف العقد، مما حدا بنا للسعي الى تقديم تعريف مقترح للعقد بأنه (اتفاق يلتزم بموجبه المجهز بتزويد الموزع وحده ضمن منطقة جغرافية محددة وخلال مدة زمنية معينة بالمنتجات أو الخدمات التي ينتجها أو له صلاحية وسائطها بغية إعادة بيعها للمستهلك، أو موزع آخر باسمه ولحسابه الخاص، وفقاً لإطار تنظيمي متفق عليه).

٢-يُظهر البحث أهمية حقوق الحصرية في عقود الوساطة التجارية، وهي التي تميزها عن أنواع أخرى من العقود. ومن المهم ألا تؤدي هذه الحقوق إلى انحصار السوق أو تقييد المنافسة بطرق غير مشروعة. يعد عقد الوساطة التجارية نقلة مهمة للمنتجات من الشركة المصنعة إلى المستهلك من خلال وسيط متخصص، وهو علاقة تبنى على مبدأ حسن النية وتعتمد على تعاون متبادل بين الأطراف المعنية.

٣-يشمل عقد الوساطة التجارية جوانب دولية في حال كان نقل المنتجات بين دول مختلفة، مما يتطلب تطبيق قوانين الإرادة وفقًا للتشريعات المقارنة. تتطلب نهاية هذه العقود انتهاء المخزونات وتسوية وضع الموزعين الفرعيين.

ثانيا: التوصيات

١-تنظيم عقد الوساطة التجارية في القانون التجاري: يُفضل أن يُقدم مقترح لإدراج مواد محددة في القانون التجاري العراقي تنظم عقد الوساطة التجارية. نتقرح على المشرع العراقي تشريع مواد قانونية تتضمن هذه المواد تعريفًا دقيقًا لمكونات العقد وتحديداً للحقوق والواجبات المتبادلة بشكل واضح وشامل.

٢-ضمان مصروفات الموزع ومصير المخزونات: نقترح عل المشرع العراقي اضافة مواد قانونية تنظيمية تتعامل مع مصير المصروفات التي ينفقها الموزع وكيفية حفظ مخزوناته. ينبغي أن تحظى هذه المواد بعناية خاصة لضمان حفاظ الموزع على مصروفاته ومخزوناته بما يتوافق مع مصلحته.

٣-تحديد القانون المطبق على عقد الوساطة التجارية: يجب تعديل نص المادة(٣) الفقره اولا من قانون الدلالـه رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧العراقي وتكون بعدم اشتراط ان يكون الدلال عراقي الجنسية وذلك تماشيا مع متطلبات العصر الحديث والتعاملات الخارجية.

الهوامش

(١) ينظر : د. سميحة القليوبي ، الموجز ، المصدر السابق ، ص ٤٨٩ .

(٢) الطعن المرقم ٥٣٩ سنة ٣٩ في جلسة ١٩٧٥/١/٧ س٢٦ ص ١٢٤ اشار اليه د. احمد حسني ، قضاء النقض التجاري ، المبادئ التي قررتها محكمة النقض في خمسين عام ١٩٣٠-١٩٨١ مطبعة اطلس ، ص ٢٢١ .

(٣) ينظر : مصطفى رضوان ، الفقه والقضاء في القانون التجاري ، جزء اول منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٥٨ ، ص ٢٤١ ؛ وكذلك د. حسني المصري ، العقود التجارية ، المصدر السابق ، ص ١٧٨ ؛ ود.محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، الجزء الرابع ، طبعة اولى ، ١٩٥٣ ، دار النشر للمطبوعات الجامعية ، ص ٤٧٥ .

(٤) ينظر : د. محمد حسن جبر ، المصدر السابق ، ص ٦٥-٦٦ .

(٥) ينظر : المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي ويقابلها المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري اما المشرع الفرنسي فلم يأتي بتعريف لعقد المقاولة لذلك اختلف الشراح في التعريف به لعدم اتفاقهم على العنصر الذي يميز بين العقدين فمن قال منهم ان الفيصل هو في طريقة اجر العامل ، وعرفوا عقد المقاولة بانه العقد الذي يتعهد فيه شخص بأن يؤدي لاخر عملا معينا لقاء اجر يحسب على حسب اهمية العمل ، اما الشراح الذين يرون مع القضاء ان الركن الاساسي في عقد العمل هو رابطة التبعية والخضوع التي بين العامل ورب العمل كيفما كانت طريقة الاجر فيعتبرون ان هناك مقاولة كلما كان العمل المأجور يؤدي بحرية لحساب الغير وهذا الرأي هو الذي يقول به معظم الشراح (ينظر : ==
== اوبري وروه نبذة ٣٨٦٥وبلانيول ١١نبذة ٩٠٧) أشار اليهم محمد كامل مرسي العقود المسماة ، المصدر السابق ، ص ٤٧٣-٤٧٤ .

(٦) ينظر : د. مراد منير فهيم ، المصدر السابق ، ص ٥٦ .

(٧) ينظر : د. محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، طبعة ١٩٧٢ ، ص ٥٣ . أشارت اليه : د. سميحة القليوبي ، المصدر السابق ، ص ٤٩١ .

(٨) ينظر : د. علي حسن يونس ، المصدر السابق ، ص ٨٤ .

(9) Cass – civ 5 Juill 1962 R.T .dr .com . 1963 -358 Aix -24 nov -1952 -5 – 1927 .115 .1931 D.H .1.181 1931 -Janv -20 –civ –Cass -15-2-

أشارت اليه د. سميحة القليوبي –المصدر السابق ، ص ٤٩١ .

(١٠) ينظر : د. حسني المصري ، العقود التجارية ، المصدر السابق ، ص ١٧٩ .

(١١) تنص (الفقرة الثالثة / أ) من القسم الثالث للقانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية على ((تنحصر كافة التعاملات في سوق الأوراق المالية بالوسطاء المخولين من قبل السوق للتعاطي بمثل هذه التعاملات)) ويقابلها

المادة (١/٤٥) من قانون التجارة المصري والمادة (٢٤/أ) من قانون الأوراق المالية الأردني المرقم٢٣ لسنة ١٩٩٧ .

([١٢]) ينظر : د. عبد السلام ذهني ، القانون التجاري ، مطبعة الاعتماد ، مصر ، ص ٣٤٧ .

([١٣]) لاكورج ، ٢١٨ ن ١١٥٤٤ اشار اليه : الدكتور عبدالسلام ذهني ، المصدر نفسه ، ص ٢٤٨ .

١٤. خالد عبد الفتاح محمد خليل . ٢٠١٤ . عقد التوزيع في القانون الدولي . القاهرة . دار النهضة العربية . ص ٣١.

١٥. عبد الرزاق السنهوري . مصدر سابق . ص١٩١.

١٦. عطية سليمان خليفة، عباس موسى الياس . مصدر سابق . ص ١٣٢.

١٧. جعفر محمد جواد الفضلي . ٢٠٠٦ . عقد الإطار، دراسة تحليلية . بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق . تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل . مجلد ٨، السنة الحادية عشرة . عدد ٢٨ . صص ٦-٨.

١٨. عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير . مصدر سابق . ص ٩٥.

١٩. أحمد أنور محمد . ٢٠١٠ . المحل في عقد الامتياز التجاري . بيروت . منشورات الحلي . ص ٨٦.

٢٠. عقد بيع السلم، ٢٠٠٨ . هو بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل؛ محمود جلال حمزة . بيع السلم دراسة موازنة بين الفقه والقانون . بحث منشور في المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية . عمان، الاردن . تصدر عن جامعة العلوم التطبيقية، المجلد الحادي عشر . العدد الأول . ص٢٠.

٢١. عبد الرزاق السنهوري . ص ١٩٣.

٢٢. عبد الرزاق السنهوري . مصدر سابق . ص ٢٢٧.

٢٣. المصدر نفسه . ص ٢٣١.

([٢٤]) د . آلاء يعقوب يوسف ، مصدر سابق ، ص١٧٣ .

([٢٥])المادة (٧ / أولاً) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م .

([٢٦]) د . عبد الباسط كريم مولود ، مصدر سابق ، ص١٩٨ .

([٢٧]) د . طعمة محمد الشمري ، أحكام تداول الأوراق المالية في القانون الكويتي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الرابع ، السنة السابعة ١٩٨٣ ، ص٦١ .

([٢٨]) أنظر المادة (١/ ف١) من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧م النافذ ، التي تعرف الدلالة بأنها (عملٌ يبتغي القائم به تسهيل ابرام عقد لقاء أجره) .

([٢٩]) د . آلاء يعقوب يوسف ، مصدر سابق ، ص١٧٥ .

([٣٠]) أنظر الفقرة (ب) من المادة (٣) من القسم (٣) من قانون سوق العراق رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ م ، المادة (٢٧) من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م ، وكذلك الفقرة (٢) من المادة (٣) من قانون سوق الأوراق المالية السوري رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٦ م .

([٣١]) د . علي فوزي الموسوي ، مصدر سابق ، ص١٧٧ .

([٣٢]) ماهر مصطفى محمود إمام ، مصدر سابق ، ص٤٣ .

([٣٣]) أنظر الفقرة (أ) من المادة (٣) من القسم (٣) من قانون سوق العراق رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤م .

([٣٤]) أنظر الفقرة (أ) من المادة (١) من القسم (٥) من القانون العراقي رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤م ، وكذلك المادة (٤) من نفس القسم والقانون .

([٣٥]) أنظر المادة (٩) من القسم (٥) من قانون سوق العراق رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤م ، وكذلك الفقرة (أ) من المادة (٣) من تعليمات التداول لسنة ٢٠٠٧م ايضا .

([٣٦]) بالاضافة الى المادة (٩) أنظر المواد (١٠ ، ١١ ، ١٢) من القسم (٥) من قانون سوق العراق للأزراق المالية .

([٣٧]) د . عاشور عبد الجواد عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٣٧ .

([٣٨]) د . علي فوزي الموسوي ، مصدر سابق ، ص١٧٨ .

([٣٩]) د . آلاء يعقوب يوسف ، مصدر سابق ، ص١٧٦ .

([٤٠]) انظر الفقرة (أ) من المادة (٣) من القسم (٣) من القانون العراقي رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤م .

([٤١]) د . عي فوزي الموسوي ، مصدر سابق ، ص١٧٨ .

([٤٢]) د . عبد الباسط كريم مولود ، مصدر سابق ، ص١٩٧ .

([٤٣]) أنظر الفقرة (ج) من المادة (١١) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧م .

([٤٤]) د . علي فوزي الموسوي ، مصدر سابق ، ص١٧٩ .

([٤٥]) د . عبد الباسط كريم مولود ، مصدر سابق ، ص٢٠٠ .

([٤٦]) ماهر مصطفى محمود امام ، مصدر سابق ، ص٤٧ .

([٤٧]) د . آلاء يعقوب يوسف ، مصدر سابق ، ص١٧٧ .

([٤٨]) د . عبد الباسط كريم مولود ، مصدر سابق ، ص٢٠٠ .

([٤٩]) د . طعمه محمد الشمري ، مصدر سابق ، س٦١ .

([٥٠]) د . آلاء يعقوب يوسف ، مصدر سابق ، ص١٧٧ .

([٥١]) د . عاشور عبد الجواد عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٣٨ .

([٥٢]) د . آلاء يعقوب يوسف ، مصدر سابق ، ص ١٧٨–١٨٤ . ماهر مصطفى محمود إمام ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

([٥٣]) د . آلاء يعقوب يوسف ، مصدر سابق ، ص١٨٤ .

([٥٤]) ماهر مصطفى محمود إمام ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

([٥٥]) ماهر مصطفى محمود إمام ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

([٥٦]) المادتين (١١ ، ١٢) من القسم (٥) من القانون العراقي رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤م .

([٥٧]) د . أرشد فؤاد التميمي ، د . أسامة عزمي سلام ، مصدر سابق ، ص١٦٤ .

([٥٨]) المادة (٩) من القسم (٥) من القانون العراقي رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤م .

([٥٩]) د . آلاء يعقوب يوسف ، مصدر سابق ، ص١٨٠ .

([٦٠]) د . آلاء يعقوب يوسف ، مصدر سابق ، ص١٨٠ .

([٦١]) الفقرة (١) من المادة (٢٥٦) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

([٦٢]) أنظر المادة (١) من تعليمات التداول لسنة ٢٠٠٤م الصادرة عن سوق العراق للأوراق المالية (عقد القاعة) .

([٦٣]) أنظر المادة (٥٢ ومابعدها) من تعليمات التداول لسنة ٢٠٠٤م .

([٦٤]) أنظر المواد (٤ – أ ، ٥ – أ ، ٧ – أ ، ٩– ب) من تعليمات التداول لسنة ٢٠٠٤م .

المصادر

اولا: الكتب

١.إبراهيم قادم، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، مطبعة جامعة عين الشمس، القاهرة، ٢٠٠٢.

٢.أحمد أبو عيسى المحمدي، انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٣. أحمد أنور محمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٠.

٤.اشرف محمد مصطفى ابو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

٥. أنور طلبة، انحلال العقود، مكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

٦. باسم محمد صالح، القانون التجاري، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٢.

٧. حسام الدين فرج محمد، عقد الامتياز التجاري (Franchise) وأحكامه في الفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢.

٨.خالد عبد الفتاح محمد خليل، عقد التوزيع الحصري في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.

٩. درع حماد عبد، عقد الامتياز، الطبعة الأولى، ريم، ٢٠١١.

١٠. رشيد ساسان، عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانتشايز)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.

١١. زياد السبعاوي، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤.

١٢. سامي محمد فريج، دراسة المخاطر، الجوانب القانونية ، إلتزامات الأطراف، الطبعة الثالثة، دار النشر للجامعات، القاهرة، ٢٠١١.

١٣. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.

١٤. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار احياء التراث العربي، بيروت.

١٥. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، دار احياء التراث العربي، بيروت.
١٦. عبد السلام ذهني بك، القانون التجاري، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٢٧.
١٧. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج١ العاتك، بدون سنة نشر.
١٨.عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الإلتزام، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب، بدون سنة نشر.

Sources

First: books

1-Ibrahim Qadim, Restrictive Conditions in Technology Transfer Contracts and their Role in Establishing Technological Dependency at the International Level, Ain Shams University Press, Cairo, 2002.
2- Ahmed Abu Issa Al-Muhammadi, Dissolution of the Contractual Association in Egyptian Civil Law, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2004.
3- Ahmed Anwar Muhammad, The Shop in the Commercial Concession Contract, Al-Halabi Publications, Beirut, 2010.
4- Ashraf Muhammad Mustafa Abu Hussein, The Seller's Obligations in Contracting Using Modern Means of Communication, Mansha'at Al Maaref, Alexandria, 2009.
5- Anwar Tolba, Dissolution of Contracts, Modern University Office, Alexandria, 2009.
6-Bassem Muhammad Saleh, Commercial Law, Al-Sanhouri Library, Beirut, 2012.
7- Hossam El-Din Farag Muhammad, Franchise Contract and its Provisions in Islamic Jurisprudence, Dar Al-Fikr Al-Jami'i, Alexandria, 2012.
8- Khaled Abdel Fattah Muhammad Khalil, The Exclusive Distribution Contract in Private International Law, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, 2014.
9- Dara Hammad Abd, Concession Contract, first edition, Reem, 2011.
10- Rashid Sassan, Distribution Contract with a License to Use the Trademark (Franchise Contract), Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, 2013.
11- Ziad Al-Sabaawi, International Commercial Arbitration between Sharia and Law (Comparative Study), National Center for Legal Publications, Cairo, 2014.
12-Sami Muhammad Freij, Study of Risks, Legal Aspects, Obligations of Parties, third edition, Universities Publishing House, Cairo, 2011.
13-Samiha Al-Qalioubi, Al-Wasit fi Sharh Egyptian Trade Law, sixth edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2013.
14- Abd al-Razzaq al-Sanhouri, The Mediator in Explanation of the Civil Law, Sources of Obligation, Part One, Dar Ihya al-Arab Heritage, Beirut.
15- Abdel Razzaq Al-Sanhouri, Al-Waseet fi Sharh Al-Civil Law, Part 4, Dar Ihya Al-Arab Heritage, Beirut.
16- Abdel Salam Dhakli Bey, Commercial Law, Al-Etimad Press, Cairo, 1927.
17-Abdul Majeed Al-Hakim, Abdul Baqi Al-Bakri, Muhammad Taha Al-Bashir, Al-Wajeez fi The Theory of Commitment in Iraqi Civil Law, Part 1, Al-Atak, without year of publication.
18. Abdel Majeed Al-Hakim, Abdel-Baqi Al-Bakri, Muhammad Taha Al-Bashir, Civil Law and Provisions of Commitment, Part 2, Al-Atak Book Industry, without year of publication.

ثانيا: المصادر الاجنبية

1-Cheshire, Fifool & Furmston _ Law of Contract, 15th edn _ Oxford _ 2007.
2-Christine Kirchberger _ Cyber Law in Sweden _ Kluwer Law I
3-nternational _ 2011.
4-Cornelis Carel Albert Voskuil, John Anthony Wade _ Hague-Zagreb Essays (4) _ Springer _ 1983.