

القانون الواجب التطبيق على عقد وساطة بورصة الاوراق المالية الدولية

م. د. ريا سامي سعيد

م. د. شيماء فوزي احمد

جامعة الموصل / كلية الحقوق

The Law applicable to the International stock exchange brokerage contract

Dr.. Raya Sami Said

Dr.. Shaima Fawzy Ahmed

University of Mawsal / College of Law

المستخلص/ان تنامي حجم اقتصاديات الدول تجاه التعامل في الاسواق المالية "البورصة" في ظل التوجه اليها من خلال حركات البيع والشراء، قد ادى ذلك الى ازدهار حركة التبادل والتداول في عالمنا المعاصر، وهذا ادى الى فتح اسواق ومنافذ كثيرة من اجل تنشيط حركة الاسهم في الشركات الكبرى، وهذا لا يتم الا من خلال وسطاء ماليين،وعليه اصبح للوسيط اعتبار خاص في التشريعات والاتفاقيات كي لا يترك الامر مفتوحا وغير منظم، ومن ثم فان خدمات الوسيط المالي يحتاجها الكثير من المتعاملين في البورصة، لذلك ليس من المستغرب ان تحرص تلك الشركات على ابرام عقد الوساطة، ليقوموا بالانابة عنهم بالمسائل المتعلقة بالبورصة، ويعد عقد الوساطة الدولي من العقود التي يبرز فيها الطابع الدولي في العصر الحديث بسبب اتساع رقعة نظام الاقتصاد الحر وامتداد التعاملات المالية بين الدول، ولكون الوكالات التجارية اصبحت الاداة المثلى التي يستعين بها كل تاجر لممارسة نشاطه العابر للحدود، يعد الوسيط المالي الدولي صاحب الاداء الجوهرى في عقد بيع الأوراق المالية، والذي يبرم هذه العقود باسم وحساب الموكل والذي قد يكون وطني او اجنبي، ولم تعرف التشريعات الوطنية عقد الوساطة الدولي، وانما اكتفت بتعريف الوسيط المالي الذي لم يتحدد فيه طبيعة عمله ومسؤوليته عن العقود التي يبرمها، كذلك لم تتطرق التشريعات الى مشكلة القانون الذي يطبق عقد الوساطة الدولي، بل اعتمدت على قواعد اسناد جامدة دون مراعاة للطبيعة الخاصة لهذه العقود، التي تتلائم مع ضوابط اسناد مرنة تراعي فيها طبيعتها الخاصة باعتبارها من العقود التجارية الدولية. الكلمات المفتاحية: عقد , الوساطة , القانون الواجب

Abstract/The growing of economies size of the states led to wafer of the exchange movement in financial markets, these perfom to reopen new



markets to activate shares movement in Global companies all this need to financial mediators which have importance role in acts and International treaties to organize its work. needing to services of mediators push the all projects to concluding many mediation contracts to act behalf of this project in all matters related by markets, in modern age the mediation contract consider from the contract which have International Impact , International Impact , that resulted on importance of commercial agency which used by merchant to practice his activities across state International finical mediator consider as cover ston in sale money bills contract, which conclude the contract behalf the Clint which be citizen or foreign .The national acts define the financial meditor and not determine the nature its work and its respon- sibilites upon the contracts which concluding by him and on these contracts instead of that on rules don't appropriate with the nature of these contracts , the special nature of these contracts require realistic rules adapting with it . **Keywords:** contract, mediation, obligatory law

المقدمة / اولاً: موضوع البحث تعد عقود الوساطة المالية من العلاقات القانونية التي يبرز فيها الطابع الدولي لعلاقات القانون الخاص في العصر الحديث، لاسبب اتباع نظام الاقتصاد الحر واتساع رقعة النشاطات والتعاملات المالية بين الدول فحسب، وانما لان الوساطة المالية من شأنها تمكين الطرف الاخر المقيم في بلد آخر من التعاقد دون ان يتكبد عناء ومشقة الانتقال اليه ولاشك فيه ان الوكالات التجارية قد امست الاداة المثلى التي يستعين بها التاجر لمباشرة نشاطه التجاري العابر للحدود، ومن نافلة القول- ان صور الوكالة تنحصر في وكالة العقود والوكالة بالعمولة، حيث تعتبر هاتين الصورتين الابرز بين عقود الوساطة التجارية، لكن توجد الى جانب هذه الصور الخاصة بعقود الوساطة، صور اخرى نادراً ما تناولتها اقلام الفقهاء، تأتي في مقدمتها عقد الوساطة في الأوراق المالية، حيث يؤدي الوسيط الماليين الذي يعملون في البورصات دوراً لايمكن تجاهله في العلاقات التجارية الدولية بالنظر الى كونهم بمثابة المعابر او الجسور التي تربط بين التجار من ناحية وعملائهم من ناحية اخرى، وذلك نتيجة تزايد عدد الشركات الكبرى التي تتراكم فيها رؤوس اموال عملاقة يقتضي استثمار جزء من هذه الاموال في دول اخرى، اي ان المضاربين لا يكتفون باجراء عمليات في بورصات بلادهم بل يأمل المضاربون الحصول على عائد افضل من استخدام اموالهم في البورصات الاجنبية.

ثانياً: اهمية البحث يلعب وسيط الأوراق المالية دور جوهرياً بل هو طرف رئيسي في عقد بيع الأوراق المالية، حيث حظرت التشريعات التعاقد بيعا وشراء في بورصة الأوراق المالية الا عن طريق وسيط مرخص له بذلك، ولا تخفى الاهمية القصوى لبورصات الأوراق المالية في الانظمة

الاقتصادية لكافة دول العالم وما ينجم عنها من ارباح وخسائر بالمليارات لكافة المتعاملين فيها سواء كانت شركات مصدرة للأوراق المالية او مستثمرين، لذلك كان لزاما" البحث عن اهمية عقود البيع والشراء لهذه الأوراق، والتي تتم بموجب عقد بين الوسيط لحساب الموكل، والذي قد يكون وطني او اجنبي، وهنا تبدو الحاجة الى الوسطاء الماليين لان دورهم لا يقتصر على اقليم دولتهم وانما تتعدى الى النطاق الدولي، ونظرا لاهمية الوسيط المالي فقد احاطته التشريعات بتنظيم صارم على تصرفاته.

ولم تعرف التشريعات الوطنية كالقانون العراقي والمصري والاردني والقوانين الاخرى عقد الوساطة وانما عرفت الوسيط المالي فقط، ولم يحدد الفقه ذلك في تعريفاته لعقد الوساطة طبيعة الشخص الذي يمارس اعمال الوساطة، وحصر عمل الوسيط في بيع وشراء الأوراق المالية، فهل يقتصر دور الوسيط على هذين التصرفين القانونيين فقط، كذلك لم تحدد تعريفات الفقهاء لهذا العقد مدى مسؤولية الوسيط عن العقود التي يبرمها لمصلحة عميله.

ولما كان عقد الوساطة المالية لم يلق بعد المكانة والاهتمام في مؤلفات الكتاب والفقهاء، فقد كان الامر ذاته يتعلق بمشكلة تنازع القوانين في هذه العقود، فقد اغفلت التشريعات العراقي والمصري والاردني، وضع قواعد اسناد مكثفية بنصوص المواد الداخلية التي وضعت قواعد اسناد جامدة دون مراعاة للطبيعة الخاصة لهذه العقود.

ثالثاً: اهداف البحث

- ١- تحديد طبيعة نشاط الوساطة، وبيان مسؤولية الوسيط في العقد الذي يبرمه مع الغير لمصلحة العميل او المستثمر.
- ٢- بيان مدى اهمية الوساطة المالية باعتبارها اهم حلقات الدولة الاقتصادية المتكونة من المشروعات الاقتصادية وسوق رأس المال وشركات الوساطة والمستثمرين.
- ٣- بيان الدور الذي يلعبه الوسيط المالي في تخفيض تكاليف التعامل في الاصول المالية المباشرة، وبيان خصائص نشاط الوسيط في بيع وشراء القيم المنقولة وابرار العقود مع الغير وضمان تنفيذ الصفقة لمصلحة المستثمر.
- ٤- تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة المالية ونطاق تطبيقه، وذلك للتصدي لمسألة اولية تعد المدخل الطبيعي للدراسة، وهي تحديد معيار دولية العقد.
- ٥- بيان مدى ملائمة اعمال قواعد الاسناد التقليدية ومدى انطباقها على عقود الوساطة المالية ذي الطابع الدولي.



٦- مدى انطباق ضوابط الاسناد المرن عند اعمالها على عقد الوساطة في الأوراق

المالية، في ظل غياب ضوابط الاسناد الأخرى.

رابعاً: صعوبات البحث لم يعالج المشرع العراقي مقتضيات تكوين عقد الوساطة المالي، بل اشار الى تعريف الوسيط المالي في نص المادة (١٠) / فقرة ٢ من التعليمات الخاصة بتداول الأوراق المالية لسنة ٢٠١٥، لكنه لم يكن تعريف جامع ومانع للوسيط، حيث لم يبين طبيعة الشخص الذي يمارس اعمال الوساطة ومدى مسؤوليته في العقد ولم يحدد نوع الشركة التي تمارس الوساطة المالية على عكس التشريعات المقارنة كالاردني والمصري.

رابعاً: صعوبات البحث لم يعالج المشرع العراقي مقتضيات تكوين عقد الوساطة المالي، بل اشار الى تعريف الوسيط المالي في نص المادة (١٠) / فقرة ٢ من التعليمات الخاصة بتداول الأوراق المالية لسنة ٢٠١٥، لكنه لم يكن تعريف جامع ومانع للوسيط، حيث لم يبين طبيعة الشخص الذي يمارس اعمال الوساطة ومدى مسؤوليته في العقد ولم يحدد نوع الشركة التي تمارس الوساطة المالية على عكس التشريعات المقارنة كالاردني والمصري.

تظهر الاشكالية حول تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة المالية ذات الطابع الدولي، من خلال تحديد معيار العقد الدولي الذي يفترض بوجوده توافر الطابع الدولي لعقود الوساطة، بالاضافة الى البحث عن الحلول القانونية عند غياب ارادة الاطراف الصريحة او الضمنية، كذلك عدم وجود قواعد اختصاص تشريعية تشمل عقود الوساطة سواء على الصعيد الوطني او الدولي، وكذلك عدم وجود اتفاقيات دولية تشمل كل جوانب الوساطة في الأوراق المالية، كاتفاقية لاهاي عام ١٩٧٨، واتفاقية روما لعام ١٩٨٠ وهي ليست خاصة بعقود الوساطة التجارية بل تشمل كل الالتزامات العقدية، وكذلك اتفاقية لاهاي ٢٠٠٦ واتفاقية اليونيدرو لسنة ٢٠٠٩، وكذلك ندرة المراجع والدراسات في هذا المجال.

خامساً: نطاق البحث سوف يتم لقاء الضوء على عقود الوساطة في بورصة الأوراق المالية من حيث التعريف بعقود الوساطة وبيان مفهومها واختلافها على عما يشابهها من اوضاع، وما يعد من عقود الوساطة وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وكذلك البحث عن انسب المعايير لاضفاء الصفة الدولية على عقد وساطة الأوراق المالية، ويتولد عن عقد الوساطة ثلاث علاقات تعاقدية، وعلى رأسها، العقد الذي ينشأ بين الاصيل والوسيط المالي ويسمى الجانب الداخلي لهذه العقود، اما العلاقات الأخرى التي تنشأ بين الاصيل والغير من جهة وبين الوسيط المالي والغير من جهة أخرى، والتي سوف يتم بيانها في دراسات أخرى مستقبلية.

سادساً: منهجية البحث لقد اتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، لاسيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة تحدد القانون الواجب التطبيق على عقود وساطة الأوراق المالية، سواء في التشريعات العربية كالعراقي والمصري والاردني، وتم الاستعانة بمجموعة من التشريعات على سبيل الاستئناس كالقانون الفرنسي والبحريني لبيان قواعدها الخاصة بهذه العقود، وكذلك تمت الاستعانة بالقواعد الاتفاقية التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية والتمثيل التجاري، واتفاقية روما لعام ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، واتفاقية لاهاي لسنة ٢٠٠٦ الخاصة بالحقوق المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط، واتفاقية اليونيدرو لسنة ٢٠٠٩ بشأن القواعد الموضوعية لتداول الأوراق المالية المودعة لدى وسيط.

سابعاً: خطة البحث لقد تم تقسيم بحثنا الى المبحثين الاتيين:

المبحث الاول: مفهوم عقد الوساطة المالية.

المطلب الاول: تعريف عقد الوساطة المالية .

الفرع الاول: تعريف عقد الوساطة في الاصطلاح التشريعي.

الفرع الثاني: تعريف عقد الوساطة في الاصطلاح الفقهي.

المطلب الثاني: اهمية عقد الوساطة المالية وخصائص نشاط الوسيط في سوق الاوراق المالية.

الفرع الاول: اهمية عقد الوساطة المالية التجارية.

الفرع الثاني: خصائص نشاط الوسيط في سوق الاوراق المالية.

المطلب الثالث: تمييز عقد الوساطة المالية عما يشته به من اوضاع.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة التجاري الدولي.

المطلب الاول : معايير دولية العقد.

الفرع الاول: المعيار القانوني.

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي.

الفرع الثالث: المعيار المختلط.

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة الدولي.

الفرع الاول: التحديد الارادي للعلاقة العقدية.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة عدو وجود الارادة او (التحديد الارادي).

المطلب الثالث: موقف الاتفاقيات من القانون الذي يحكم عقود الوساطة في الاوراق المالية الدولية.



المبحث الاول

مفهوم عقد الوساطة المالية

يتناول المبحث الاول مفهوم عقد الوساطة المالية من حيث تعريفه من خلال التطرق الى تعريف الوسيط المالي باعتباره الطرف الجوهري ومحور الذي يقوم عليه نشاط الوساطة المالية والمنظمة بشكل تفصيلي من قبل المشرع، كذلك يتناول هذا المطلب اهمية الوساطة التجارية وعقدها وبما ان عقد الوساطة المالية قد يحمل في طياته بعض اوجه التشابه مع غيره من انظمة الوساطة التجارية قد يدفع البعض الى محاولة تطبيق بعض الانظمة التي في الظاهر قد تتداخل معه الا انه في الحقيقة له طبيعته الخاصة وبالتالي هناك تنظيم خاص له فرضته طبيعته القانونية الذي جعله يتميز عن باقي عقود الوساطة التجارية، وعليه سنقسم المبحث الاول الى ثلاث مطالب وكالاتي: المطلب الاول: تعريف عقد الوساطة المالية المطلب الثاني: اهمية عقد الوساطة المالية وخصائص نشاط الوسيط في سوق الاوراق المالية. المطلب الثالث: تمييز عقد الوساطة المالية عما يستتبه به من اوضاع.

المطلب الاول

تعريف عقد الوساطة المالية

يتناول المطلب الاول تعريف الوساطة المالية من حيث الاصطلاح التشريعي ومن حيث الاصطلاح الفقهي في فرعين:

الفرع الاول

تعريف عقد الوساطة المالية في الاصطلاح التشريعي

بادى ذي بدء من خلال استقراء نصوص قوانين الدول المنظمة لأنشطة الوساطة المالية وكذلك الاتفاقيات الدولية المعنية بهذا الامر لم نقف على تعريف تشريعي يعقد الوساطة المالية وانما ما قامت به تلك التشريعات هو وضع تعريف للوسيط المالي، فوجد المشرع العراقي في القانون المؤقت لسوق الاوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ في المادة (١٠ قسم ١) عرف الوسيط المالي بانه "الوسيط: تعني الشخص المخول من قبل مجلس المحافظين بموجب الفصل (١/أ) من هذا بموجب القانون والتعامل في معاملات السندات في سوق الاوراق المالية أو الشخص المخول بموجب الفصل (٥) (أ ب) وقد يقبل المصرف كوسيط اذا خول بالعمل وفقا لتلك الصلاحية". وقد حصر المشرع العراقي بمن يمارس نشاط الوساطة المالية بالشخص المعنوي المصرف كما مر انفا والشخص الاخر هي الشركة بدليل نص المادة (١/أ - ب) من القسم الخامس من القانون المؤقت، ثم جاءت المادة (٢٢) من التعليمات الخاصة بتداول الاوراق المالية لسنة ٢٠١٥ في

مادتها (٢٢) حيث عرفت الوسيط بانه "الشركة المرخصة من قبل الهيئة والمجلس لممارسة اعمال الوساطة المالية في الاوراق المالية والمقيدة في سجل جمعية وسطاء المالي في العراق" وهنا يلاحظ ان التعليمات عند تعريفها للوسيط المالي لم تشير الى المصرف الذي اجاز له المشرع بممارسة اعمال الوساطة بدليل المادة، وهذا يعتبر تغافلا من التعليمات التي حصرت اعمال الوساطة بالشركة ومن اجل ذلك ولغرض توحيد الاحكام القانونية والتعليمات وتطبيقها على كل الاشخاص الذين يمارسون اعمال الوساطة، أدعو المشرع الى تعديل المادة (٢٢) وازافة المصرف المخول بأعمال الوساطة المالية.

اما بالنسبة لقانون الاوراق المالية الاردني رقم ١٨ سنة ٢٠١٧ المعدل فقد اخذ بنوعين من الوسطاء احدهما الوسيط المالي والثاني الوسيط لحسابه، فقد عرف الاول بانه "الشخص الذي يمارس الاوراق المالية وبيعها لحساب الغير" والثاني عرفه بانه "الشخص الذي يمارس شراء الاوراق المالية وبيعها لحسابه الخاص مباشرة من خلال السوق المالي" ويلاحظ ان المشرع الاردني قد انشأ مركزا قانونيا جديدا في سوق الاوراق المالية المتمثل بوسطاء يتداولون في الاوراق المالية لحسابهم الخاص ويتأثرون مباشرة بتقلبات السوق^(١)، ويلاحظ أيضاً ان المشرع الاردني قيد الوسيط المالي بعمليات الشراء والبيع دون الانشطة الاخرى التي تتعلق بالاوراق المالية.

بينما نجد تعريف الوسيط جاء اكثر وضوحا من خلال نص المادة (١) في قرار رقم ١٣ لسنة ١٩٨١ بإصدار اللائحة الداخلية لسوق البحرين للأوراق المالية الملغي بقانون ٥٧ لسنة ٢٠٠٩، حيث عرفت الوسيط المالي بانه "السعي في ابرام عقود بيع ورهن وهبة اسهم الشركات والشهادات المؤقتة التي تمثلها والسندات واجراء الصفقات في ايه اوراق مالية لحساب الحيز او اية وظائف اخرى يحددها المجلس نظير عمولة" ونلاحظ ان المشرع البحريني استخدم مصطلح وسيط في المادة المشار اليها انفا وكذلك استخدم في نفس الوقت مصطلح دلال في الفقرة الثانية من نفس المادة حيث نصت على "يقصد به الشخص المرخص له من قبل المجلس للقيام بأعمال الدلالة في الصفقات المتعلقة بالاوراق المالية المتداولة في السوق وكذلك الشخص الذي يقوم باعمال الدلالة نيابة عن شركة مرخص لها بالدلالة من المجلس للقيام بأعمال الدلالة في الصفقات المتعلقة بالاوراق المالية المتداولة في السوق". اما المشرع المصري لم يضع تعريفا محدد للوسيط

(١) الرزقي قاسمي، نظام الوساطة في بورصة الاوراق المالية - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خضير بسكرة، ٢٠٢١، ص ١١٩. منشور عبر الانترنت على الموقع -thesis.unive-biskra.dz/٥٦٢٩/١/.



المالي (السمسار المالي) لا في قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ولا في اللائحة التنفيذية لهذا القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣^(١).

ويلاحظ في هذه التعريفات الواردة في التشريع العراقي والقوانين المقارنة انها لم تاتي بتعريف جامع مانع للوسيط المالي تبين طبيعة الشخص الذي يمارس اعمال الوساطة ومدا مسؤولية الوسيط المالي عن العقد الذي يبرمه مع الغير لمصلحة العميل المستثمر، وبعض منها قد حصرت اعمال الوسيط المالي باعمال البيع والشراء كما هو عليه الامر في قانون الاوراق المالية الاردني في المادة (٢). ومنها لم يعرف الوسيط المالي من حيث الاصل كما هو عليه الامر القانوني المصري والفرنسي السالفي الذكر^(٢).

ولا غرابة في كل ما ذكر انه ليس من مهمة المشرع هو وضع تعريف لاصطلاح معين الا اذا اقتضت الضرورة التشريعية ذلك.

اما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فمثلا نجد ان اتفاقية لهاي لسنة ٢٠٠٦ بشأن القانون الواجب التطبيق على بعض الحقوق المتعلقة بالاوراق المالية المودعة لدى الوسيط قد عرفت الوسيط المالي في المادة (١) بانه ذلك الشخص الذي يتصرف باسم صاحب حساب الورقة المالية ويتولى تسيير العمل والانشطة المتعلقة بالحساب نيابة عنه والحفاظ على حساب الاوراق المالية".

كذلك عرفت اتفاقية اليوندر بشأن القواعد الموضوعية المتعلقة بالاوراق المالية المودعة لدى الوسيط^(٣) حيث عرفت الوسيط في المادة (٤/١) "الشخص الذي يتولى العمل او أي أنشطة منظمة اخرى للحفاظ على حساب الاوراق المالية لمصلحة الاخرين والتصرف بهذه الصفة بما في ذلك الايداع المركزي للاوراق المالية".

ويلاحظ في التعريف الذي جاءت به اتفاقية لهاي لعام ٢٠٠٦ اكثر توفيقا مما تم طرحه بالنسبة للتعريفات التي جاءت قوانين الدول محل المقارنة، حيث ابرزت دور الوسيط المالي في كونه يتصرف ويدير الاوراق المالية للعميل المستثمر بوصفه وكيل عنه ويمارس ذلك العمل باسم ولصالح ذلك العمل، وكذلك الامر فيما يتعلق باتفاقية اليوندر، وبالتالي ووفق هذه الاتفاقية فان الوسيط هو من ينوب عن الاخرين في ادارة حساب الاوراق المالية والتصرف بهذه الصفة وكذلك

(١) كذلك الامر بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي لم يعرف الوسيط المالي وانما حدد من نص المادة (١-٣٢١) الاشخاص المعنوية التي يمكنها ممارسة تقديم خدمات الاستثمار المالي في سوق المال على الرغم من حصر ممارسة اعمال الوساطة المالية بالشخص المعنوي وخاصة المادة (٢٧) من قانون سوق رأس المال والمادة (١-٣٢١) من القانون الفرنسي .

Article L٣٢١-١- Article L٥٣١-١, code moneta ire code moneta ire ef finan Dernière mondifi Januair ٢٠١٩ leg ifrance. ، مصدر سابق ، ص ١٢٠ .

(٢) كذلك الامر بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي لم يعرف الوسيط المالي وانما حدد من نص المادة (١-٣٢١) الاشخاص المعنوية التي يمكنها ممارسة تقديم خدمات الاستثمار المالي في سوق المال، مصدر نفسه، ص ١٢٠ .

(٣) ابرمت اتفاقية ليوندر في جنيف عام ٢٠٠٩ تحت اشراف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص.

اعتبرت شركة الايداع والقيود المركزي وسيط الا انها لا تتوب عن احد الاطراف بل مهمتها تقتصر على ايداع وحفظ الاوراق المالية واجراء المقاصة وتسوية المراكز المالية الناشئة عن عمليات التداول ونقل ملكية الاوراق المالية عن طريق القيد الدفترى^(١).

الفرع الثاني

تعريف عقد الوساطة في الاصطلاح الفقهي

وجدنا فيما سبق ان المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة لم تعرف عقد الوساطة وانما عرفت الوسيط المالي من اجل ذلك نجد هناك العديد من الفقه حاول وضع تعريفا لهذا العقد، حيث عرفه البعض بانه "عقد يلتزم بمقتضاه وسيط البورصة ان يقوم ببيع وشراء الاوراق المالية المقيدة في البورصة باسم وحساب العميل لقاء عمولة محددة ويكون ضامنا لتنفيذ العقد"^(٢). يلاحظ في هذا التعريف انه لم يحدد طبيعة الشخص الذي يمارس اعمال الوساطة وخاصة وان اغلب التشريعات المقارنة ومنها المشرع العراقي قد حصرت مهنة الوساطة المالية بالشخص المعنوي، كما وان هذا التعريف حصر عمل الوسيط في بيع وشراء الاوراق المالية، فهل يقتصر دور الوسيط على هذين التصرفين القانونيين. وعرفه البعض الاخر بانه "وسطاء يقومون في بيع وشراء الاوراق المالية لحساب الغير"^(٣). ويلاحظ في هذا التعريف ايضا انه لم يحدد طبيعة الشخص الذي يتداول مهنة الوساطة كما وانه لم يبين مدى مسؤوليته عن العقود التي يبرمها لمصلحة عمليه وكما وانه ايضا حصر نشاط الوسيط في عمليات البيع والشراء في البورصة، وكذلك ايضا انه لم يبين مسالة العمولة التي يمكن ان يتقاضاه الوسيط المالي، وكما يلاحظ على هذا التعريف والتعريف الذي سبقه انه لم يبين البيئة الملازمة للوسيط الذي يمارس فيها نشاطه.

ومن خلال ما تقدم سواء عند عرض تعريف الوسيط المالي والذي يعتبر الطرف الجوهري في العقد والمحور الذي تدور في فلكه الاحكام القانونية المنظمة لعقد الوساطة المالي، وما تم استعراضه في تعريف عقد الوساطة ولغرض الاستفادة قدر الامكان من كل ذلك محاولة لوضع تعريف جامع مانع لعقد الوساطة وبالتالي امكن تعريف عقد الوساطة المالية بانه "عقد يتعهد بمقتضاه الوسيط المالي والذي يتخذ شكل شركة او مصرف - وفق منظور المشرع العراقي - معتمد من قبل الجهة المختصة في سوق الاوراق المالية للقيام بكافة العمليات التي تتطلبها ادارة

(١) عبد الجليل السعيد عبد الجليل علي، الاختصاص القانوني والقضائي بعقود الوساطة التجارية الدولية اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠١٧، ص ٢٤.

(٢) طاهر شوقي محمد مؤمن، عقد بيع الاوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٣٨٧.

(٣) د. عبد الفضيل محمد احمد، بورصات الاوراق المالية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، العدد ٤، لسنة ١٩٨٨، ص ٥؛ نقلا عن محمد حسن عبد المجيد، السمسة في سوق الاوراق المالية، دار الكتب القانونية- القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٣.



وتداول باسم لحساب العميل المستثمر بما يحقق فيها مصلحته في سوق الاوراق المالية مقابل عمولة محددة ويكون ضامنا لتنفيذ هذه العمليات".

المطلب الثاني

اهمية عقد الوساطة المالية وخصائص نشاط الوسيط في سوق الاوراق المالية

يتناول المطلب الثاني اهمية عقد الوساطة المالية في فرعه الاول وخصائص نشاط الوسيط في سوق الاوراق المالية في فرعه الثاني وكالاتي:

الفرع الاول

أهمية عقد الوساطة المالية

تبرز اهمية الوساطة المالية بموجب عقد الوساطة المالية باعتبارها اهم حلقات الدولة الاقتصادية المتكونة من المشروعات الاقتصادية وسوق راس المال وشركات الوساطة والمستثمرين^(١). وذلك من خلال استقطاب الاستثمارات ورؤوس الاموال من الاسواق المحلية والاجنبية ينعكس بشكل ايجابي في توفير مصادر لتمويل المشروعات والمساعدة في ايجاد بيئة استثمارية قياسية^(٢)، وكذلك تظهر اهمية نشاط الوساطة المالية في تقديم العديد من الخدمات للمستثمرين سواء كان على مستوى الشركات الافراد ابرزها توفير الحماية اللازمة للمستثمرين الذين ليس لديهم الخبرة الكافية في الولوج في جمال الاستثمار في الاوراق المالية من استغلال المضاربين المحترفين، وكذلك حمايتهم قدر الامكان من التعرض لخسائر جسيمة في السوق التي يقوم بافتعالها كبار المستثمرين^(٣) كذلك تبدو اهمية الوساطة المالية في توفير الوقت في تنفيذ الصفقات من خلال سرعة الحصول على اوامر مطابقة للأوامر المعروضة بالبيع او الشراء، فان لم يجد امكته عرضها على غيره من الوسطاء لتنفيذ اوامر البيع او الشراء، وبالتالي ستنفذ تلك الصفقات في اوقات قياسية مقارنة اذا تولى هذه العملية المستثمر بنفسه^(٤).

وكذلك مساعدة الشركات المصدرة للأوراق المالية في جميع المراحل بدأ من تحضيرها للدخول في سوق المال في اوقات قياسية ما كان للشركات تحقيقها لو عملت بمفردها ويرجع ذلك الى جهلها

(١) كمال كامل عبد الجواد الشافعي الاطار التنظيمي لشركات الوساطة المالية في فلسطين – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق – جامعة بيرزيت، ٢٠٠٨، ص ٤١، منشور عبر الانترنت. fada.birzeit.edu/bitstream

(٢) بن عزوز عبد الرحمن، دور الوساطة في تنشيط سوق الاوراق المالية مع الاشارة لحالة بورصة تونس رسالة جامعية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم تسيير – جامعة منتوري، قسنطينة، ص ٨١، منشور عبر الانترنت bnu.umc.edu.dz

(٣) عمر ناطق يحيى، الالية القانونية لعمل سوق الاوراق المالية عبر شركات الوساطة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٠٧.

(٤) بن عزوز عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٧٧.

بضوابط الادراج^(١). "كذلك يلعب الوسيط دور مهم في تخفيض تكاليف التعامل في الاصول المالية المباشرة حيث ان عدد المرات التي يقوم فيها الوسيط الحاليون بعمليات شراء او بيع اصول مالية يكون اقل من عدد المرات التي يقوم فيها المدخرون النهائيون بعمليات متشابهة وبالطبع فان تخفيض عدد العمليات يعني تخفيض في تكاليف القيام بها"^(٢). واخيرا رفع مستوى الوعي الاستثماري باعتباره مستشارا للعملاء وبمراقبة لمجريات الامور في البورصة، والدراسات والابحاث التي يقدمها حول المشاريع الاقتصادية تحت اشراف الجهات المختصة في السوق^(٣).

الفرع الثاني

خصائص نشاط الوسيط في سوق الاوراق المالية

يمارس الوسيط المالي داخل سوق الاوراق المالية نشاطات متعددة ولكن النشاط الرئيسي الذي يبرز في هذا المجال هو بيع وشراء القيم المنقولة ومن ثم عند ممارسته لهذا النشاط يبرم عقدا مع الغير والمتمثلة بعقد الوساطة والذي يتصف بخصائص تتصف بها معظم العقود الملزمة للجانبين في كونها عقود معاوضة وكما وانه عقد احتمالي غير محدد والصفة المميزة لهذا العقد حسب تعبير البعض في انه من عقود (المساومة) التي يستبعد فيها ان تكون من عقود الاذعان^(٤)، على الرغم من ذلك فان المشرع العراقي لم ينظم المقتضيات العامة التي تحكم تكوين عقد الوساطة المالية وترك امر تنظيمه لادارة اطراف العقد هو الوسيط والعميل المستثمر، فالوسيط المالي لا يمارس أي عمل من اعمال الوساطة المالية لصالح المستثمر ما لم يحصل على تفويض منه وكما نصت عليه في المادة (١) من تعليمات تداول الاوراق المالية بانه "الطلب الذي يقدمه المستثمر للوسيط طالبا منه ومفوضا اياه تنفيذ صفقة شراء او بيع ورقة مالية بناء على شروط محددة من قبل المستثمر وفقا لاحكام هذه التعليمات" و"ثم ذهبت المادة (٣/أ) من هذه التعليمات الى "يحظر على الوسيط التداول بالأوراق المالية لصالح أي من زبائنه الا بعد ان يبرم معه اتفاقية تبين حقوق والتزامات كلا الطرفين"^(٥)، وان شرط التوثيق الذي جاءت به المادة (٤) هي شرط للاثبات وليس للانعقاد والتي يمكن اثبات على وجود التفويض بكافة طرق الاثبات ومنها التسجيلات الصوتية المسجلة.

(١) الرزقي قاسمي، مصدر سابق، ص ١٣٤.

(٢) بن عزوز عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٨١.

(٣) كمال كامل عبد الجواد الشافعي، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٤) الرزقي قاسمي، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(٥) المادة (١١) من التعليمات الخاصة بتداول الاوراق المالية العراقية.



وعلى اية حال يمكن تحديد ابرز خصائص نشاط الوساطة المالية بأنها : -
أولاً - حصر نشاط الوساطة على الاشخاص المعنوية وهذا ما اخذ به المشرع العراقي صراحة في المادة (١/٥) من القانون المؤقت لسوق الاوراق المالية حيث نصت على "يكون الوسيط المخول للعمل في سوق الاوراق المالية واحدا مما ياتي" - مصرف مخول بموجب قانون المصارف... ب- شركة انشأت وفقا لقانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ او قوانينه اللاحقة وتعديلاته... ج- شركة انشأت بموجب قانون معين...".

وعلى الرغم من ان المشرع حذا حذو القوانين محل المقارنة بحصر ممارسة نشاط الوساطة المالية بالشخص المعنوي^(١)، لكن المشرع العراقي لم يحدد نوع الشركة التي تمارس الوساطة المالية فكل ما يتطلبه هو ان يكون الغرض من انشاءها ان تكون متخصصة في النشاطات المتعلقة بتداول السندات او ادارة استثمارات او عمل استشارات استثمارية، وهذا يعني يمكن لاي شركة ان تمارس هذا العمل حتى وان كانت مشروعاً فردياً او شركة محدودة ذات الشخص الواحد، وهذا ربما يوقعنا في المحذور في امكانية وفاة مؤسس المشروع الفردي كذلك محدودة المسؤولية ذات الشخص الواحد مما يؤدي الى انقضاءها خاصة وان عقد الوساطة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي مما يترتب عليه حدوث عوائق قد تواجه المستثمرين نتيجة تعاملهم ومع وسيط في هكذا نوع من الشركات وهذا الاحتمال ايضا يمكن ان تتصوره بالنسبة لشركات الاشخاص التي اجاز المشرع فيها الى امكانية تحولها الى مشروع فردي عندما لا يبقى في الشركة الا شخص واحد^(٢) باستثناء الشركة البسيطة^(٣). بينما نجد في القوانين محل المقارنة عندما اشترطت ان يكون الشخص المعنوي شركة اوجبت ان تكون شركة مساهمة كما هو عليه الحال من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية وتنظيمها لسنة ٢٠٠٥ الاردني حيث نصت على "يكون طالب الترخيص مصرفاً" او شركة مساهمة خاصة او ذات مسؤولية محدودة تتحصر غايتها الرئيسية في اعمال الخدمات المالية او الحفظ الامين" وكذلك المادة (٢٩/أ) من قانون سوق رأس المال المصري الزمت ان يكون طالب الترخيص في مزاولة اعمال الوسيط المالي هي شركة مساهمة او شركة توصية بالاسهم^(٤) وبناء على ما تقدم ادعو المشرع العراقي الى حصر ممارسة اعمال الوساطة بالشركات المساهمة او المحدودة، او على اقل تقدير ان يشترط حتى وان كانت

(١) ما عدا المشرع البحريني اجاز ان يكون الوسيط شخصاً طبيعياً او معنوياً استناداً الى المادة ١٦ من مرسوم بقانون رقم (٤) لسنة ١٩٧٨ الملغي لسنة ١٩٨٧ الملغي بقانون ٥٧ لسنة ٢٠٠٩ بانشاء وتنظيم سوق البحرين للاوراق المالية.
(٢) المادة ١٥٣/١٥٣ ثانياً من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل.
(٣) المادة (١٩٠/١٩٠) ثانياً من قانون الشركات العراقي.
(٤) كذلك الامر بالنسبة للمشرع الفرنسي حيث حصر ان يكون مزاولة اعمال الوساطة المالية بالشركات التجارية بصفة عامة، الزرقي قاسمي، مصدر سابق، ص ١٣٢.

الشركة القائمة على الاعتبار الشخصي ان لا يقل عدد اعضاءها في جميع الاحوال عن شخصين استثناء من القاعدة العامة التي اجازت تحول الشركة الى مشروع فردي.

ثانيا - لزوم الاستعانة بالوسيط في سوق الاوراق المالية وهذا ما اكدت عليه صراحة المادة (٣/أ) القسم (٣) من تعليمات تداول الاوراق المالية العراقي لعام ٢٠١٥، حيث نصت على "حصر كافة التعاملات في سوق الاوراق المالية بالوسطاء المخولين من قبل السوق للتعاطي بمثل هذه التعاملات"^(١).

ولكن المشرع العراقي لم يبين الحكم القانوني في حال اذا ما خالف المستثمر حكم المادة (٣/أ) القسم (٣) فيما اذا كان تصرفه باطلا ام موقوفاً على اجازة الجهة المختصة، بخلاف ما ذهب اليه المشرع المصري حيث نص صراحة على بطلان التصرف المخالف لحكم القاعدة حيث نصت المادة (٢/١٨) من قانون راسمال المصري على "... يكون التعامل في الاوراق المالية المقيدة بالبورصة بواسطة احدى الشركات المرخص لها ذلك والا وقع باطلا". لذلك ادعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (٣/أ) القسم الثالث) من القانون الموقت ليكون النص كالآتي "تحصر كافة التعاملات في الاوراق المالية بالوسطاء المخولين من قبل السوق للتعاطي بمثل هذه التعاملات والا وقعت هذه التعاملات باطلة" وكذلك نص المادة (٢/أ) من تعليمات تداول الاوراق المالية لعام ٢٠١٥ لتكون "يتم التداول في السوق من خلال الوسطاء حصرا والا وقع باطلا وتثبت عمليات التداول بموجب قيود في سجلات السوق تطابق في كل جلسة تداول"، ان اقتراح هذا التعديل في القانون المؤقت وتعليماته اثره في استقرار التعامل وسد باب التأويل بشأن الحكم في مخالفة هذه القاعدة.

ومما تجدر الاشارة اليه ان احتكار هذا العمل من قبل الوسطاء الماليين يتبع بالضرورة ان نص المادة (٣/أ) قسم (٣) والمادة (٢/أ) تشير الى "وعلى وجه الالتزام ان يمارس هذا العمل داخل سوق الاوراق المالية" وكذلك استنادا الى المادة (٣/ب) قسم (٣) من القانون المؤقت لسوق الاوراق المالية العراقي.

ثالثا - ضمان تنفيذ الصفقات المتعلقة بالأوراق المالية من خلال استقرار نصوص التعليمات الخاصة بتداول الاوراق المالية العراقية نجد ان الوسيط المالي يكون ضامنا لتنفيذ الصفقة لمصلحة المستثمر بدليل نص المادة (٣/ج) التي تنص على "على الوسيط ان يضمن الاتفاقية التي يبرمها مع مستثمره..." كذلك (٣/د) حيث نصت على "لا يجوز للوسيط بموجب أي اتفاقية

(١) المادة (٢/أ) من تعليمات تداول الاوراق المالية العراقي لعام ٢٠١٥ انظر المادة (٦) من قانون الاوراق المالية الاردني.



يبرمها ان يقيد التزاماته المحددة بموجب التشريعات المعمول بها او ان يحصل على اعفاء من تلك الالتزامات ويقع باطلا أي شرط يخالف ذلك^(١) وهذا ما اتجهت اليه القوانين محل المقارنة كالمادة (١٨) من قانون سوق راسمال المصري حيث نصت على " .. وتضمن الشركة سلامة العملية التي تتم بواسطتها"^(٢). اما في التشريع الفرنسي فيكون الوسيط المالي ضامنا لتفديذ الصفقة بصفته الشخصية، ويتبين ذلك من نصوص التعليمية لسلطة سوق راس المال الفرنسية الخاصة باجراء التسوية والمقاصة في سوق القيم المنقولة والتي تنص بان يكون الوسيط المالي مدينا بثمن الاوراق المالية في حال ادخاله امر التداول في البورصة^(٣).

المطلب الثالث

تمييز عقد الوساطة المالية عما يستنبه بها من اوضاع

يعد سوق الأوراق المالية سوقا منظما، فالمرشع هو الذي يحدد قواعده وضوابط التعامل فيه، ومن ثم فان علاقة الوسيط المالي مع سوق الأوراق المالية علاقة تنظيمية، ولكن علاقته مع عميله المستثمر وان تدخل المرشع في تنظيم بعض جوانب هذه العلاقة الا انه لم يحددها بشكل تام ولا تعدو بذلك ان تكون علاقة عقدية يحكمها الاتفاق بين الطرفين^(٤).

ومن ثم نلاحظ ان هناك كثير من مظاهر هذا العقد قد يتداخل مع خصائص عقود اخرى وابرزها عقد الدلالة (السمسرة) وعقد الوكالة بالعمولة وعقد الوكالة العادية، فكان من الضرورة بمكان تمييز عقد الوساطة المالية عن غيره من العقود التي قد تتشابه معه، لما له من اهمية في الوقوف على طبيعة العقد القانونية والذي على اساسه امكن تحديد الاحكام القانونية الواجبة التطبيق والتي بدورها تحدد حقوق والتزامات اطراف هذا العقد وبناء على ذلك ومن خلال تتبع القواعد التي تحكم هذا العقد يلاحظ ان هذا الاخير يختلف عن عقد الدلالة (السمسرة) وعن كل من عقدي الوكالة بالعمولة والوكالة وسنتاوله في عده فروع اهمها:

الفرع الاول

في مدى التزام الوسيط

(١) للتفصيل انظر المادة (٥) والمادة (٤) من تعليمات الوسطاء فيما يتعلق بالملاءة المالية لشركات الوساطة المالية من تعليمات الخاصة بتداول الاوراق المالية العراقية لعام ٢٠١٥.

(٢) انظر المادة (١٢٦) والمادة (١٣٥) من اللائحة التنفيذية التي اشترطت على الوسطاء في عمليات سوق المال انشاء صندوق خاص للتأمين على العمليات المنجزة والتأمين ضد المسؤولية عن الخسائر او الضرر الذي يلحق العملاء بسبب اخطاء الشركة او مديرها او ممثليها، كذلك المادة (٨٨) من قانون الاوراق المالية الاردني.

(٣) الزرقي قاسمي، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٤) د. احمد مشنف، المركز القانوني للوسيط المالي في عمليات البورصة - دراسة مقارنة، مجلة الابحاث القانونية المعمقة عدد ٤٨، صفحة ١١، جامعة احمد زبانة - الجزائر، ص ٥، بحث منشور عبر الانترنت

https://jilrc.com/١٣٢٤١

يلاحظ ابتداءً ان الوسيط المالي يتعاقد باسم العميل ولحسابه بدليل نص المادة (٩) من القسم (٥) من القانون المؤقت لسوق الأوراق المالية حيث نصت "على الوسيط ان يعمل نيابه كما بائع او مشتري السندات بطريقة تتماشى مع القواعد المتخذة من قبل مجلس المحافظين" وهذا يعني ان الوسيط هو نائب عن البائع او المشتري وبالتالي فان المشرع لم يخرج عن القاعدة الذي يحكم عمل النائب بانه يتعاقد باسم ولحساب من كان نائب عنه (العميل المستثمر)^(١)، ويكون ضامناً لتنفيذ الصفقة، وبالتالي فان الوسيط المالي، اذا كان يلتقي مع الوكيل العادي بانه يبرم التصرف القانوني باسم ولحساب الموكل فانه لا يمكن وصف الوسيط المالي بالدلال (السمسار) الذي يقتصر دوره على التقريب بين وجهات نظر طرفين لحثهما على التعاقد وينتهي دوره عند ابرام العقد^(٢)، ولا يكون وكيلاً عن احدهما باي حال من الاحوال الهام الا اذا العقد بموجب اتفاق جديد مستقل عن عقد الدلالة ابرمه مع الدلال (السمسار) فيكون وكيلاً ودلالاً في نفس الوقت^(٣)، بينما نجد ان الوسيط المالي يتلقى اوامر البيع او الشراء من عملاءه ويبحث عن اوامر مطابقة لعرض عملية ويضمن تنفيذ الصفقة، وبالتالي فان التزامه في ذلك التزام بتحقيق نتيجة وليس في بذل عناية كما في الدلال (السمسار) او الوكيل بالعمولة او العادي^(٤)، ويدل في نفس الوقت ان الوسيط المالي ليس بوكيل عادي لان الوكيل لا يضمن تنفيذ الصفقة، وهذا العنصر الجوهرى الذي يتميز به عقد الوكيل بالعمولة عن غيره من عقود الوكالة التجارية وحتى في هذا فانه فان الاخير لا يكون ضامناً لتنفيذ الصفقة إلا بوجود اتفاق صريح بذلك او نص قانوني يجعله ضامناً، وكما وانه يتعاقد أي الوكيل بالعمولة باسمه ولحساب عمليه، وهذا ما لا نجده في الوسيط المالي ذلك لان التزام الاخير بضمان الصفقة هو التزام اصيل بنص القانون^(٥)، وبالتالي فهي لا تحتاج الى اتفاق خاص في ذلك علاوة على انه كما مر انفا يتعاقد باسم العميل ولحسابه.

الفرع الثاني

من حيث صفة من يمارس النشاط

الوساطة في سوق الأوراق المالية نشاط منظم ويترتب على ذلك عدم جواز ممارسته الا بعد الحصول على ترخيص من الجهة المختصة في السوق^(٦)، وان من يداول ذلك العمل وحسب ما

(١) انظر المادة (١/١) من قانون الدلالة العراقي رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ العراقي.

(٢) للتفصيل انظر، محمد حسن عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٣٣ وما بعدها.

(٣) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٨٤.

(٤) لافي درادكة، ليث الشيخ، مسؤولية الوسيط المالي في بورصة الأوراق المالية، كلية الحقوق جامعة اليرموك، بحث منشور عبر الانترنت ١٢٣٤٥٦٧٨٩، repository.yu.edu.jotbistream، عبد الجليل السعيد عبد الجليل، مصدر سابق، ص ١١٠.

(٥) المادة (٣/ج،د) المادة (٦/ب) من التعليمات الخاصة لتداول الاوراق المالية العراقية.

(٦) مادة (١) من تعليمات لتداول الاوراق المالية العراقي ٢٠١٥.



مر سابقا ان يكون شخصا معنويا، بينما نجد ان الوكيل بالعمولة وكذلك الوكيل العادي (يمكن ان يكون شخصا طبيعيا او معنويا وحسب الاحوال)^(١)، فضلا عن ذلك كما راينا ان المستثمر في الأوراق المالية لا يمكن بنص القانون الا اللجوء الى الوسطاء الماليين المعتمدين في سوق الأوراق المالية.

الفرع الثالث

من حيث محل العقد

الوسيط المالي في سوق الأوراق المالية يقتصر نشاطه على التعامل بالأوراق المالية من تداولها وادارة محافظها او تقديم الاستشارة وغيرها من الانشطة التي تتعلق بالأوراق المالية وان يمارس هذا النشاط في سوق الأوراق المالية وان يمارس هذا النشاط في سوق الأوراق المالية حصرا وبموجب ترخيص من الجهات المختصة^(٢)، وهذا يعني ان احتكار هذا النشاط انما تم بقوة القانون وهو المعيار المميز لعمل الوسيط عن الوكيل بالعمولة الذي يكون واسعا ويشمل مجالات تجارية مختلفة وأيا كانت الاموال المنقولة، الشيء نفسه بالنسبة للوكيل العادي والدلال (السمسار)^(٣) وبذلك يكون الوسيط المالي ذا مركز قانوني خاص يتميز به عن كل من الوكيل العادي والوكلي بالعمولة والسمسار، فله نظامه وتنظيمه الخاص في القانون المؤقت لسوق الأوراق المالية العراقي وتعليماته، وكذلك القوانين محل المقارنة، فان كان هناك تقارب في عمل الوسيط في عقد الوساطة المالية من الدلال (السمسار) والوكيل حسب الاحوال، فان هذا المركز المتميز والذي يكون جزءا من التزاماته الاصلية في عقد الوساطة المالية، وبالتالي لايمكن رد عمل الوسيط المالي الى القواعد التي تحكم الدلال (السمسار) او الوكيل العادي والوكيل بالعمولة. فهو نوع جديد من الوكالات افرزه الواقع العملي والتشريعي.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة التجاري الدولي

لما كان تحديد ما ان كان العقد داخليا او دوليا، مسألة اولية تمهيدا لتحديد لقانون الواجب التطبيق على ذلك العقد، كان لزاما قبل البحث عن اكثر القوانين، ملائمة لتطبيق على عقد الوساطة في الأوراق المالية، من بيان المعايير التقليدية التي قال بها الفقه والقضاء، وذلك لمعرفة صلاحية هذه المعايير وتطبيقها على عقد الوساطة الدولي، (مع ضرورة طرح هذه المعايير بشكل موجز

(١) مادة (١/ثانيا) من قانون الدلالة العراقي.

(٢) الرزقي قاسمي، مصدر سابق، ص ١٤٤.

(٣) عمر ناطق يحيى الحمداني، مصدر سابق، ص ١٤٨.

جداً، بسبب كثرة الدراسات التي تناولت هذه المعايير بالمناقشة والتمحيص)، وهذا ما سوف نتناوله ضمن المطلب الاول من هذا المبحث، ثم سوف نبين القانون الذي يطبق على عقد الوساطة باعتباره التزاماً تعاقدياً ضمن المطلب الثاني، ثم سوف نتطرق الى بيان موقف الاتفاقيات الدولية والقواعد الموضوعية التي تحكم عقد وساطة الأوراق المالية ضمن المطلب الثالث.

المطلب الاول

معايير دولية العقد

لما كانت مسألة تحديد المعيار الذي يجري بموجبه اصفاء صفة الطابع الدولي على العلاقة التعاقدية، قد شغلت في تطبيقاته العملية من اختلاف فقهاء القانون الدولي الخاص حيزاً كبيراً، وكان مجمل هذا الاختلاف متأرجحاً ما بين المعيار القانوني والاقتصادي والمختلط، كان لزاماً علينا ان نقوم ببيان هذه المعايير في فروع متتالية على النحو التالي بيانه.

الفرع الاول

المعيار القانوني

وهو المعيار التقليدي لإضفاء الصفة الدولية على العقود بشكل عام، فوفقاً للمعيار القانوني، يعد العقد دولياً متى ما كان يمس اكثر من نظام قانوني واحد^(١)، أي عندما ينطوي على عنصر اجنبي على الاقل او اكثر، أي ان تطرق الصفة الاجنبية لأي عنصر من عناصر العلاقات القانونية يؤدي الى استشارة قواعد تنازع القوانين، وقد اخذت اتفاقية الامم بشأن البيع الدولي للبضائع والاتفاقية العربية للتحكيم التجاري عمان (١٩٦٤) بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، واتفاقية جنيف عام (١٩٨٣) بشأن التمثيل في البيع الدولي للبضائع بهذا المعيار^(٢)، فالعنصر الاجنبي هنا هو الذي يضيف على العقد الصفة الدولية سواء تعلق بأطراف العلاقة او مكان التوطن او محل العقد او مكان تنفيذه (ولن ندخل في غمار الاختلافات الفقهية الخاصة بمدى فاعلية العنصر الاجنبي لإضفاء الصفة الدولية) بل نكتفي بالقول بالاعتداد بالعناصر المؤثرة في العلاقة العقدية فقط لإضفاء الصفة الدولية على العقد، فليس كل عنصر اجنبي يحويه العقد من شأنه اسباغ العقد بالصفة الدولية، لذلك لا بد من ترك تحديد مفهوم العقد الدولي للقاضي المرفوع امامه النزاع، باعتبار أن عمل القاضي مسألة تكييف خاضع لرقابة المحكمة العليا^(٣)، ويلاحظ ان

(١) د. محمود محمد ياقوت، الاختيار المتعدد لقانون العقد الدولي، مجلة روح القوانين، ج٢، العدد ٢١، بدون دار نشر او مكان نشر، ٢٠٠٠، ص٧.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص١٠٩.

(٣) د. حسام الدين فتحى ناصيف، عقود الوساطة في التجارة الدولية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٦.



ترك امر تقدير تحديد العنصر المؤثر في العلاقة العقدية للقاضي، قد يبدو مسألة غير صحيحة لان الامر هنا قد يختلف من قاضي الى اخر وفقاً لوجهة نظر كل قاضي، وهذا يؤدي الى اختلاف الاحكام وعدم توافر الاستقرار اللازم للعلاقة القانونية او قد يتمثل في ميل القاضي لتحديد دولية العقد الى تطبيق قانونه الوطني.

الفرع الثاني

المعيار الاقتصادي

ظهر هذا الاتجاه في مجال الوفاء بالديون الدولية، وبهذه المثابة اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ان العقد الدولي هو ذلك الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، أي الذي ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، أي يتضمن استيراد بضائع من الخارج، او تصدير منتجات وطنية الى دولة اجنبية أي يترتب عليه حركة ذهاب واياب للأموال عبر الحدود، وقد ذهب الفقه الى القول، بان الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال للأموال من دولة لأخرى وتتعلق بمصالح التجارة الدولية عموماً يتفق معه المعيار الاقتصادي^(١).

وطبقاً للمعيار الاقتصادي، لا يعد العقد دولياً الا اذا نتج عنه انتقال لرؤوس الاموال عبر الحدود، او كما قيل حركة مد وجزر، لرؤوس الاموال عبر الحدود، اما مجرد تطرق الصفة الاجنبية لاحد عناصر العقد، فهي غير كافية لإسباغ صفة الدولية على العقد، وعليه فان المعيار الاقتصادي يتطلب لدولية العقد وجوب انتقال قيم اقتصادية عبر الحدود ويكون في صورتين، صورة (معيار المد والجزر) التي تتطلب ان يكون الانتقال "متبادلاً" وصورة (معيار مصالح التجارة الدولية) والتي تكفي بان يكون الانتقال في اتجاه واحد^(٢)، واذا كان هذا المعيار يتميز بسهولة الوقوف عليه وخاصة بالنسبة لبعض العقود مثل عقد البيع الدولي وعقد القرض وغيرها، الا انه يأتي قاصراً وغير مناسب لبعض العقود الأخرى (كعقود الخدمات مثلاً) لأنه اذا كان من السهل معرفة حركة مد وذهاب البضائع، فانه من الصعب تحقق امكانية حركة المد وانتقال الخدمات عبر الحدود^(٣).

الفرع الثالث

المعيار المختلط (الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي)

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ٨٣-٨٤.

(٢) د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمارات في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي، ٢٠٠٦، ص ٨٣.

(٣) عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤، ص ١٠١، انظر كذلك الانتقادات الموجهة لهذا المعيار، د. محمد الروبي، دور الارادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١١٢.

نظرا لعدم صلاحية المعيارين السابقين لإضفاء الصفة الدولية على العقد، ذهبت العديد من احكام القضاء^(١)، الى الجمع بين المعيارين (القانوني والاقتصادي) لإضفاء هذه الصفة، وكذلك هذا ما اخذ به قانون التحكم المصري الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، اذ نصت المادة الثالثة منه على "يكون التحكيم دوليا في حكم القانون، اذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية...".

وبموجب هذا المعيار فانه لتحديد معيار دولية العقود، ليس مجرد توافر العنصر الاجنبي، وانما يتعين ان تهدف العملية العقدية الى انتقال الاموال والخدمات عبر الحدود، أي انه سوف تؤدي الى النظر الى العنصر الاجنبي المؤثر الذي يملك القدرة بذاته على ربط العقد بأكثر من دولة فعلاً، كما انه يجعل من المعيار الاقتصادي اداةً مسخرةً للكشف عن دولية العقد وموجهةً من قبل المعيار القانوني، وهذا ما تبنته الاتفاقيات الدولية^(٢)، واخذها بالمعيار القانوني المتطور أي تعدد بالعنصر الحاسم الذي يربط بين مصالح دولتين وتستبعد العناصر غير مؤثرة والحيادية مثل (عنصر الجنسية ومحل الابرام)^(٣).

والسؤال الذي يطرح هنا "مدى صلاحية المعيار المختلط لإضفاء الصفة الدولية على عقد الوساطة في الأوراق المالية؟" ذكرنا ان عقد الوساطة هو ان يقوم شخص يسمى (السمسار) مقابل اجر يطلق عليه عمولة السمسرة، ويقف دوره عند تعريف المتعاقدين بعضهم ببعض والتقريب من وجهة نظرهما، فهو لا يتدخل بإبرام العقد، فلا تحل ارادته محل ارادة احد الطرفين (فالأوراق المالية) تباع وتشتري داخل البورصة، وهي (سوق الأوراق المالية) التي تخضع لإشراف الدولة، والبيع والشراء يكون على يد سمسرة مرخص لهم بذلك^(٤).

وعليه فان سمسار او وسيط الأوراق المالية لا يقتصر دوره على العمل المادي بل يكون نائباً عن العميل فهو يتلقى امر البيع والشراء من العميل، ويبحث لدى غيره من الوسطاء عن عرض يطابق عرض عميله، كما يلتزم بالتحقق من شخص العميل واستلام الورقة المالية لسمسار المشتري وتسلم الثمن^(٥).

(١) د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، "دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٧.

(٢) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ٩٢، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا) لعام (١٩٨٠)، واتفاقية (لاهاي) بشأن البيع الدولي للبضائع لعام (١٩٦٤).

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٥٧.

(٤) د. سميرة القليوبي، السمسرة في القانون الكويتي، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٠، ص ٣.

(٥) كما ان القانون الزم شركة (السمسرة او الوساطة) بإبرام عقد فتح حساب مع العميل يتضمن طبيعة التعامل بينهما وجميع حقوق والتزامات الطرفين وتسوية المنازعات، وقد اعتبر غالبية الفقهاء ان عقد الوساطة في (الأوراق المالية) عقد وكالة من نوع خاص، حيث يجمع بين وكالة العقود والوكالة بالعمولة، انظر د. طاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٥٦.



وإذا ما طبقنا المعيار المختلط على عقد الوسيط المالي، نجد ان بيع الأوراق المالية يترتب عليه دخول وخروج اموال عبر الحدود، وكذلك اختلاف جنسية اطراف ومقار عمل كل طرف منهم، حيث ان السمسار شركة وطنية والمستثمر اجنبي^(١)، او العكس، وتعتبر اوامر البورصة من المسلمات التي تصدر من مستثمر وطني الى وسيط او سمسار وطني، لان عمل السماسرة في البورصة، يشترط ان يكون من الوطنيين، وقد تصدر اوامر البورصة من مستثمر اجنبي الى سمسار وطني، كما في حالة اصدار امر بيع او شراء من مستثمر اجنبي الى سمسار عراقي بالتعامل على أوراق مالية لشركة عراقية يتم تداولها في البورصة العراقية، وهذا النوع هو موضوع دراستنا، اما النوع الاول، فهو عقد داخلي بين وطنيين، كما يدخل في الدراسة، ويعتبر عقد دولي اوامر بيع الورقة المالية من مستثمر وطني الى سمسار اجنبي في بورصة الامارات او بورصة امريكا، فهذه الاوامر تتطوي على عناصر قانونية تمس اكثر من نظام قانوني من حيث اختلاف الجنسية او اختلاف الموطن، وكذلك فان تنفيذ الالتزام الخاص بالوسيط هو دولة البورصة يختلف عن دولة المستثمر، وكذلك قيد الأوراق المالية لشركات وطنية في بورصات اجنبية يتصل بأكثر من نظام قانوني، كما انه يتضمن انتقال للقيم عبر الحدود، من حيث دخول وخروج ثمن بيع او شراء الأوراق المالية.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية ذات الطابع الدولي

ان تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة المالية في غاية الاهمية، حيث اظهرت تنازع القوانين تنوع مختلف النظم القانونية، وهذا ادى الى تنوع الاحكام التي تقرها كل دولة في المسائل المتعلقة بعقود الوسطاء الماليين وذلك تبعاً لمفاهيمها الخاصة وما يتعلق بهؤلاء الوسطاء، ويعتبر مبدأ قانون الإرادة^(٢) هو المهيم على كافة العقود المالية، ويسري كذلك على عقد الوساطة المالية ذا الطابع الدولي، باعتباره من العقود المالية، وعليه سوف نقسم هذا المطلب الى الفروع الآتية:

الفرع الاول

التحديد الارادي للعلاقة التعاقدية بين اطراف عقد الوساطة المالية

(١) كما اجاز قانون سوق الأوراق المالية المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ للسماح للاجانب المقيدون في بورصات اجنبية العمل في البورصة المصرية بعد قيدهم بها بشرط المعاملة بالمثل.
(٢) انظر نص المادة (٢٥) مدني عراقي، وتقابلها المادة (١٩) مدني مصري، وكذلك المادة (٢، ٣) من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

ان سيادة مبدا قانون الارادة في عقود الوساطة التجارية، يستند الى ان عقد الوساطة يعتبر عقد مستقل عن العقد المبرم بين الاصيل والغير وكذلك مستقل عن العقد المبرم بين الوسيط والغير عن العقد الاصلي، وعليه فان عقد الوساطة المبرم بين الاصيل والوسيط لا يفلت من قاعدة خضوعه لقانون الارادة، ويشمل هذا القانون العقد المبرم بين المستثمر في الأوراق المالية سواء كان بائع او مشتري لورقة مالية، وبين شركة سمسرة في الأوراق المالية، حيث يستطيع الطرفان الاتفاق على قانون يحكم عقدهم^(١).

ولذلك يجوز لأطراف عقد الوساطة اختيار القانون الذي يطبق على علاقتهم التعاقدية الا انه يجب ان يؤخذ بالاعتبار قوانين دولة البورصة، وما تفرضه من التزامات على عاتق المتعاقدين فيها^(٢)، واذا كان بإمكان اطراف عقد الوساطة اختيار قانون معين يحكم عقدهم، الا انه من المعلوم ان نطاق حرية الافراد في هذا الاختيار يختلف في العقود الدولية عنه في العقود الداخلية، لذلك يشترط ان لا يتعارض هذا الاختيار مع النظام العام او ينطوي على غش نحو القانون^(٣)، مثال ذلك، (لو اتفق اطراف عقد الوساطة احدهما وسيط مصري مع موكل سعودي على اختيار القانون الفرنسي لحكم عقدهم ولكن لا يجوز لهم ان يجعلوا عقدهم بلا قانون أي محكوم بالشروط التعاقدية فقط، فهذا يغير غير جائز، لذلك يتعين على هؤلاء الاطراف في عقد الوساطة التجارية الدولية اختيار قانون معين برمته بما فيه من احكام امره، ولا يملكون استبعادها، حيث ان القانون المختار يندمج في العقد ويصبح جزءا منه وأحد بنوده، وقد نصت المادة (٥/فقرة ١) من معاهدة لاهاي لسنة ١٩٨٧، الخاصة بتجديد القانون الذي يحكم عقود الوساطة بشكل عام ومن بينها عقود الوساطة المالية على "يسري على روابط الوكالة والنيابة بين الموكل والوكيل القانون الداخلي الذي يختاره الاطراف"^(٤).

ويؤكد النص على اهمية سلطان الارادة بين الاصيل والوسيط المالي وذلك باستخدامها (القانون الذي يختاره الاطراف)، وكذلك يشترط وجود صلة ما بين العقد والقانون المختار ايا كانت هذه الصلة التي قد تستند الى مصلحة او جنسية الاطراف او موطن احدهما او محل التنفيذ او محل

(١) د. ماهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٨٠.
(٢) حيث يفرض قانون سوق راس المال المصري ولوائح البورصة عدة التزامات على عاتق وسطاء البورصة وكذلك بعض الالتزامات على عاتق مالكي او حائزي الأوراق المالية ومشتروها، م/٢٥٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

(٣) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٨٥.
(٤) د. عنايت عبد الحميد، اساليب فض تنازع القوانين ذات الطابع الدولي والمقارن، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٦٢، ١٩٩٥، ص ٥٥.



الابرام^(١)، لذلك يشترط في عقود الوساطة ان تكون هناك صلة مقبولة بين القانون المختار وعقد الوساطة والتي قد تكون جنسية الوسيط او قانون البورصة التي تم بيع الورقة المالية فيها.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود قانون الارادة

اذا اقام اطراف عقد الوساطة في الأوراق المالية التجارية بتحديد قانون معين ليحكم عقدهم، فتعتبر مشكلة تنازع القوانين قد حسمت، ولكن الامر سيختلف اذا لم يتم الاطراف باختيار قانون معين ليحكم عقدهم، ولم يتمكن القاضي من تحديد القانون ضمنا او باستخلاص الارادة الضمنية، لذلك فقد وضع مشرعي الدول ضوابط احتياطية يمكن للقاضي ان يتوصل عن طريقها الى القانون الواجب التطبيق^(٢)، ولما كانت الدول تختلف من حيث اسلوب تركيز العلاقات القانونية من حيث المكان، حيث تضع الدولة ضوابط اسناد جامدة يتعين على القاضي الاخذ بها، بينما نجد البعض الاخر يعطي للقاضي سلطة تقديرية حيث توضع ضوابط اسناد تراعى فيها طبيعة علاقة الوساطة الدولية وما يتميز به من علاقات ثلاثية الاطراف ومن الدول التي تأخذ بالإسناد الجامد، القانون المدني العراقي والمصري^(٣).

وعليه سوف نتناول الاسناد الجامد والمرن وفقا للاتي:

اولا: ضوابط اسناد الاختصاص التشريعي الجامدة قد يعمد القاضي لدى قيامه بإجراء تركيز مكاني للعلاقة التعاقدية وفق اعتبارات موضوعية ان يقرر عدة ضوابط للإسناد عند غياب الارادة من قبل المتعاقدين وعلى القاضي ان يقيّد عند تحديده بالقانون الاوثق صلة بالعلاقة التعاقدية، وقد جاءت التشريعات ومن التشريع العراقي والتشريع المصري والاردني بقواعد اسناد عند غياب الارادة الصريحة والضمنية للوسيط المالي والعميل وهذه الضوابط طبقا للتسلسل الوارد في المادة (١/٢٥) مدني عراقي والمادة (١/١٩) مصري والمادة (١/٢٠) الاردني قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ثم قانون بلد ابرام العقد ثم قانون بلد التنفيذ.

• **ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين** ان ضابط اسناد الاختصاص الى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وان كان يعد من اكثر القوانين ملاءمة لحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية الا انه لا يعد كذلك بالنسبة لعقود الوساطة المالية ذات الطابع

(١) د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص في دولة الامارات العربية المتحدة، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٧٢٥.

(٢) د. عكاشة عبد العال، و د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٢٠.

(٣) انظر المادة (١/٢٥) مدني عراقي والمادة (١/١٩) مدني مصري.

الدولي والتي قد يبعد مركز الثقل فيها عن الأماكن التي يقوم هذا الضابط بتركيزه فيها، وهو ما يفرضه اتجاه القضاء الفرنسي نحو عدم الأخذ بهذا الضابط إلا إذا جرى تعزيزه بعناصر وضوابط أخرى^(١)، كما أن هذا الضابط لا يراعي الطبيعة الذاتية لعقود الوساطة الدولية والتي غالباً ما تفرض على المشروعات التجارية ضرورة الاستعانة بوسطاء ماليين مستقلين من أجل تسويق منتجاتها أو الترويج لخدماتها في إطار يتعدى حدود البلد الذي توجد فيه مكان البورصة أو السوق المالي، كما أنه توجد صعوبة بالنسبة لعقود الوساطة المالية التي يتم إبرامها عبر الإنترنت والتي يعتمد على العناوين الإلكترونية وليس الحقيقة لذلك سوف تكون بعيدة عن فكرة الموطن^(٢).

• **ضابط اختصاص محل الإبرام.** إن محل إبرام العقد هو محل الميلاد بالنسبة للأشخاص وهو موطن المتعاقدين، كما أنه تؤدي إلى السعي نحو كفالة وحدة القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية من حيث الشكل أو الموضوع، إلا أن هذا الضابط لا يجدي نفعاً في عقود الوساطة المالية الدولية، وذلك لما تشهده التجارة الدولية من متغيرات في مجمل الظروف والمصالح الاقتصادية والتي تقتضي من أحد المتعاقدين في عقود الوساطة سرعة المبادرة في إبرام عقد الوساطة المالية مع المتعاقد الآخر وذلك بدافع اغتنام الفرص وتخفيف المصالح والأرباح وهذا ما يتوقف عليه أن إبرام العقد قد يكون بالصدفة^(٣).

كما أنه يمكن القول أن صلة هذا الضابط بالعقد قد يكون عرضياً وطارئاً، وقد تكون هناك عناصر أكثر موضوعية ومعبرة عن مركز الثقل في العلاقة مثل مكان التسليم أو تنفيذ العمل وهي ليس لها أدنى صلة بمحل الإبرام، كما أنه لا يمثل القيمة احتياطية في إطار العلاقة التعاقدية بين الوسيط المالي والعميل، وهناك اتجاه قضائي في فرنسا^(٤)، يجمع بين هذا الضابط مع ضابط التنفيذ أو الاعتداد بشرط الاختصاص القضائي ولغة العقد بجانب معيار بلد الإبرام.

• **ضابط اختصاص قانون مكان التنفيذ** تبنت العديد من التشريعات ضابط محل تنفيذ العقد كأساس لتحديد القانون الذي يحكم العلاقة العقدية، وتتمثل أهمية هذا الضابط بكونه المكان الذي تتجسد فيه التزامات الأطراف، كما أنه المكان الأكثر تغييراً عن مركز الثقل

(١) د. فؤاد محمد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠١٢، ص ٧١.

(٢) د. ناصر عثمان محمد عثمان، عقود الوسطاء في سوق الأوراق المالية، ط ١، دار نهضة العربية، القاهرة، ص ٨٤.

(٣) د. ناصر عثمان محمد عثمان، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص ٢٠١.



في العلاقة التعاقدية^(١)، كما ان العقد لا يبزم الا من اجل تنفيذه، كما يمكن ان يكون مكان التنفيذ هو موطن او محل اقامة احد الطرفين، كما ان ضابط محل التنفيذ يكفل وحدة القانون الذي يحكم الرابطة العقدية.

ويتمتع مكان تنفيذ العقد بميزة خاصة في عقود الوساطة المالية حيث انه يوفر للغير فرصة التخفيف من سلطات الوكيل، كما يؤدي الى اشباع مصالح الدول الخاصة بتطبيق قوانينها، وهو ما يجعل الاطراف على علم مسبق بالقانون الذي يحكم عقدهم وهو قانون بلد البورصة او السوق المالي وذلك على اساس ان جميع عمليات البورصة من رهن وبيع وتداول تتم داخل السوق المالي، وقد يذهب البعض^(٢) الى القول بإمكانية تعدد اماكن تنفيذ العقد بتعدد الالتزامات المترتبة عليه، فقد يكلف الوكيل بآداء عدة عمليات قانونية لحساب الموكل في عدة دول، لكن يمكن الرد بانه يمكن حل هذه المشاكل او الصعوبات بإسناد الاختصاص الى قانون الدولة التي تنفذ فيها الالتزام الرئيسي.

وعليه فقد يصلح ضابط محل تنفيذ العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة التجاري الدولي، والمتعلق ببيع الأوراق المالية ولان الوسيط ينوب عن البائع مالك الورقة المالية في بيعها او النيابة عن مشتري الورقة في الشراء، والمعلوم ان بيع الورقة المالية يكون في داخل الاسواق المالية^(٣)، ومن ثم فان محل تنفيذ عقد الوساطة يكون في الدولة التي تم فيها البيع او الشراء في سوق الأوراق المالية التابعة لها، لذلك يعتبر معيار تنفيذ العقد ذا جدوى عملية لان عقد الوساطة ينفذ في ذات الدولة التي ينفذ فيها عقد البيع في الأوراق المالية.

ثانياً: الاسناد المرن في العلاقة التعاقدية (نظرية الاداء المميز) تقوم هذه النظرية على فكرة تقريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد وذلك بحسب الاداء او الالتزام الاساسي للعقد، أي ان القاضي يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية وتحديد الالتزام الجوهرية الذي يفرضه العقد^(٤)، ويمكن القول ان الاداء المميز بالنسبة للوسيط المالي في عقود الوساطة المالية التجارية هو مكان تنفيذ عقد الوساطة وهو السوق المالي (البورصة) أي يطبق قانون الدولة التي يوجد فيها البورصة، ونظرا لما يتمتع به معيار الاداء

(١) د. عادل ابو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٩٤.

(٢) د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، ط ١، ١٩٩٤، ص ٥٣٠.
(٣) نصت المادة (١٧) من قانون سوق الأوراق المالية المصري لعام ١٩٩٥ على انه على انه "لا يجوز تداول الأوراق المالية المقيدة في أي بورصة خارجها...".

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤، ص ٦٢.

المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من مرونة وملاءمة لكافة أنواع العقود فقد وجد اهتماماً عظيماً في مجال التشريعات الوطنية^(١)، والاتفاقيات الدولية^(٢)، والاحكام القضائية. وفي ظل نظرية الاداء المميز التي تتضمن تركيز العلاقة التعاقدية بالنسبة لعقود الوسيط المالي، فان الاداء المميز يتجسد في مكان تنفيذ عقد الوساطة، وكذلك خضوع الوسطاء الذين يعملون على الاقليم الوطني لحساب موكلين اجانب لرقابة الدولة حمايةً للاقتصاد الوطني^(٣) ويحدد الاداء المميز للشخص الطبيعي في محل الإقامة الاعتيادية للمدين بهذا الاداء، وعليه فان الاداء المميز يقع على عاتق الوسيط والذي يتمثل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل، اما التزام الموكل بدفع العمولة فهو التزام ثانوي.

وقد تضمنت المادة (٦) من اتفاقية لاهاي ١٩٧٨ اختصاص قانون الدولة التي يوجد بها المؤسسة المهنية للوسيط او محل اقامته المعتادة في حالة عدم اختيار المتعاقدان لقانون دولة ما، وفي حالة اذا لم يكن له مؤسسة مهنية فقد اعطت الاختصاص لقانون الدولة التي يمارس فيها الوسيط نشاطه على نحو رئيسي وجوهري، بشرط ان تكون تلك الدولة المؤسسة المهنية للأصيل او محل اقامته المعتادة^(٤).

وان اعتبارات تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها مؤسسة الوسيط المالي تتمثل بكونها المكان الذي يوجد فيه الوسيط الذي يقع على عاتقه القيام بالأداء المميز، والدور الذي يقوم به في التجارة الدولية ودوره الرئيسي في علاقة الوساطة المالية وهذا القانون غالباً ما يتوافق مع ما تذهب اليه الدول من فرض (قواعد البوليس قواعد الامن)^(٥) بهدف توفير الحماية لجميع الوسطاء الذين يمارسون نشاطهم على اقليم هذه الدول، وعليه فان موقف اتفاقية لاهاي قد تضمن انضمام ضابط المكان الذي توجد فيه المؤسسة المهنية للوسيط او محل اقامته المعتادة الى ضابط المكان الذي يمارس فيه الوسيط نشاطه على نحو رئيسي هذا يوجد صلة قوية بين ذلك المكان والعلاقة التعاقدية التي تربط الاصيل بالوسيط وهذا يؤدي الى انه اذا ما تمركز النشاط الرئيسي للوسيط مع مؤسسة او محل اقامة الاصيل سوف يكون معياراً او ضابطاً حاسماً.

(١) منها القانون الدولي الخاص السويسري المادة (١٧) والقانون الدولي الخاص المجري (المادة ٢٥)، والقانون الدولي الخاص التونسي المادة (٦٢) لسنة ١٩٩٨.

(٢) اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (المادة ٤) واتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية (المادة ٣).

(٣) د. صادق ناجي الجائقي، عقود الوكالات التجارية في العلاقات الدولية الخاصة، اطروحة دكتوراه جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ٢٠١٥، ص ١٤٦.

(٤) د. فؤاد محمد العديني، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٥) د. صادق ناجي الجائقي، مرجع سابق، ص ١٤٧.



اما في حالة كان هذا الاداء غير قابل للتحديد او في حالة تعذر تحديد الاداء المميز في العلاقة التعاقدية، فان اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ قد جاءت بقرينة مؤداة انه في حالة عدم القدرة على تحديد محل اقامة المدين بالأداء المميز فانه يتوجب على القاضي الكشف عن القانون الاوثق صلة بهذه العلاقة وذلك بالنظر الى كل حالة على حدة ووفقا لظروف وملابسات التعاقد^(١).

وقد تبنى معيار الاداء المميز العديد من التشريعات^(٢)، التي طبقت على عمليات البورصة عقود الأوراق المالية قانون الدولة التي يوجد فيها البورصة او السوق، وهذا ما يؤكد ان المشرعين قد اخرجوا العقود التي تتم وتبرم في البورصات من نطاق قانون الارادة وخضوعها الى قانون الدولة التي يوجد فيها البورصة او السوق العام مما يحقق نظرية الاداء المميز.

وتحقق هذه النظرية المرنة المطلوبة لأنها تفرق في الاسناد بين طوائف العقود المختلفة دون ان يؤدي الى الاخلال بتوقعات الافراد، كما انها تكتسب طابع موضوعي لانها لا تأخذ بالعناصر الخارجية عن العقد، بل انها تركز الرابطة العقدية بناء على الطبيعة الذاتية للرابطة والاداء الجوهري فيها، وكذلك يتميز بالسهولة والوضوح والتحديد لذلك هي تعد من انسب النظريات لتحديد القانون الذي يحكم عقد الوساطة في الأوراق المالية، خاصة ان الاداء الرئيسي فيها هو قيام الوسيط بعمل قانوني لحساب الموكل، لذلك ليس هناك من موانع من ان يأخذ القاضي الوطني بهذه النظرية اذا ما تم عرض نزاع متعلق بعقد الوساطة التجارية الدولية والتي غالبا ما يكون الوسيط (الوطني) هو المدين بالأداء المميز ويكون على القاضي الوطني الاعتراف بمحل تنفيذ الاداء المميز أي تطبيق قانون المدين به، ويستعين هنا القاضي بضوابط موضوعية مستمدة من طبيعة العلاقة ذاتها لتحديد اوثق القوانين صلة بالعقد، وخاصة اذا لم توجد نصوص او قواعد تشريعية تحدد القانون الواجب التطبيق على عقود وساطة الأوراق المالية التي يقوم بها الوسيط المالي، وهذا يعتبر من مبادئ القانون الدولي الخاص^(٣)، وعليه يكون القانون الواجب التطبيق في أي نزاع متعلق بعقود وساطة الأوراق المالية سوف يتم تطبيق قانون مكان البورصة (أي المدين بالأداء المميز) باعتباره مكاناً لمن يقوم بالأداء الرئيسي والجوهري.

المطلب الثالث

(١) كما نص القانون الدولي الخاص السويسري في المادة (١٥) على كون تحديد الملزم بالأداء المميز محدد بمحل اقامته يعتبر قرينة يمكن للقاضي عدم الاخذ بها في حالة اذا وجد القاضي ان الروابط الاكثر صلة بالعلاقة العقدية متحققة في دولة اخرى غير دولة محل اقامة الملزم بالأداء المميز.

(٢) في هذه التشريعات، القانون الدولي الخاص النمساوي (المادة ٣٩)، والقانون الدولي الخاص البيروغوسلافيا في المادة (١٦)، وكذلك المادة (٦٠) من القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ بشأن تنظيم العلاقات ذات العنصر الاجنبي، حيث نصت "يسري على العقود التي تتم في البورصات والاسواق العامة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والاسواق".

(٣) يمكن الاستعانة بهذه المبادئ وفقا للمادة (٣٠) قانون مدني عراقي والتي تقابل المادة (٢٤) مدني مصري، والمادة (٢٥) مدني اردني.

موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الذي يحكم عقود الوساطة في الأوراق المالية الدولية ان من ابرز المعاهدات التي تصدت لتوحيد ضوابط الاسناد في مجال عقود الوساطة، معاهدة روما لسنة (١٩٨٠) المتعلقة بتجديد القانون الذي يحكم العقد الدولي، وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ المتعلقة بتحديد القانون الذي يحكم عقود الوسطاء ذات الطابع الدولي، وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة (٢٠٠١) الخاصة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط وسوف نتناول مواقف هذه الاتفاقيات بشكل موجز وفقاً للآتي:

الفرع الاول

اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

تعتبر هذه الاتفاقية من اهم الاتفاقيات الدولية التي تهدف الى توحيد قواعد تنازع القوانين في الدول الاوروبية الاقتصادية وقد دخلت حيز النفاذ عام ١٩٩١ وبالرغم من انها اوربية المنشأ الا انها عالمية الأثر، اذ نصت مادتها الثانية ان القانون المعين وفقاً لها ينطبق حتى ولو كان قانون دولة غير متعاقدة^(١)، وقد نصت المادة (٣) منها على ان: "يحكم العقد بالقانون المختار من قبل الاطراف وهذا الاختيار يجب ان يكون صريحاً او مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد او من ظروف القضية..." وقد اعتدت اتفاقية روما من هذا النص بقانون الارادة الصريح او الضمني فاذا انعدم الاختيار الصريح او الضمني فان للقاضي السلطة التقديرية للبحث عن مركز ثقل العلاقة التعاقدية وقد وضعت الاتفاقية قرينة يستهدي بها القاضي في الكشف عن هذا القانون، حيث نصت (المادة ٣/فقرة ٤) على انه: "يرتبط العقد بأوثق الصلات بقانون الدولة التي توجد بها الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بالأداء المميز لحظة ابرام العقد او مركز ادارته الرئيسي اذا تعلق الامر بشخص اعتيادي او مكان المنشأة الرئيسية اذا تعلق الامر بممارسة نشاط احترافي...".

وبناء على ذلك، فان عقود الوسطاء ترتبط بأوثق الصلات بالدولة التي توجد بها المنشأة المهنية للوسيط او يوجد بها محل اقامته المعتادة اذا كان شخصاً طبيعياً، ويرتبط بقانون البلد الذي يوجد بها مركز الادارة الرئيسي اذا كان شخصاً معنوياً^(٢)، ويلاحظ بان اتفاقية روما اعتدت بفكرة الاداء المميز في حالة عدم الاختيار من قبل الاطراف وهذا ما يتوافق مع مقتضيات التجارة الدولية، وتسري هذه الاتفاقية على كافة العقود الا ما استثنى منها بنص خاص، وحيث انها لم تستثنى عقود الوساطة فليس هناك ما يمنع من خضوع هذه العقود للاتفاقية.

(١) د. حسام فتحي ناصف، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص ٤٠٠.



الفرع الثاني

اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري

تعد هذه الاتفاقية من أهم الاتفاقيات الدولية التي تهدف الى توحيد قواعد الاسناد التي يتم بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية الدولية، وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ عام ١٩٩٢، وقد حددت الاتفاقية القانون الواجب التطبيق بأنه قانون الارادة سواء كان اختيار صريح او ضمني، وفي حالة انعدام الاختيار يسري قانون الدولة التي يوجد بها المنشأة المهنية للوسيط وقت تكوين علاقة التمثيل، فان تعذر ذلك يسري قانون اقامته المعتادة^(١). وقد وضعت اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ ضوابط اسناد جامدة ولم تنطرق الى فكرة الاداء المميز، حيث اعتدت الاتفاقية بمادة (الخامسة) بقانون الارادة الذي يحكم علاقة الاصيل والوسيط ويجب ان يكون هذا الاختيار صريح او ضمني، أي ان الاتفاقية اعتدت بقانون الارادة كضابط اسناد اولي يطبق على عقود الوساطة التجارية الدولية.

وفي حالة انعدام الاختيار الصريح او الضمني يتحدد القانون الواجب التطبيق بمكان وجود المنشأة المهنية للوسيط، واذا لم يكن له منشأة وتعذر تحديد هذا المكان فيختص قانون الدولة التي توجد بها الاقامة المعتادة للوسيط^(٢)، وهذه الضوابط جامدة لا يملك القاضي الخروج عليها، وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (٦) من اتفاقية لاهاي على انه "ومع ذلك فان قانون الدولة التي يمارس فيها الوسيط نشاطه الرئيسي يكون واجب التطبيق متى كان لأصيل منشأة مهنية او اقامته معتادة في تلك الدولة"، ذهب جانب من الفقه ان هذه الفقرة تؤسس نظرية الاداء المميز وان الاتفاقية اخذت بهذه الفكرة^(٣).

الا ان التعداد الذي ذكرته الاتفاقية يبدو قريبا من موقف التشريعات الوطنية (كالعراقي والمصري والاردني) وفكرة الاداء المميز اعتبرته الاتفاقية مجرد ضابط اسناد احتياطية يعين اللجوء اليه عند عدم الاختيار، ويكون في الحالات التي يقيم الوسيط في دولة وتكون منشأته المهنية في دولة اخرى فوفقاً للاتفاقية يقدم قانون الدولة التي توجد فيها المنشأة على قانون دولة اقامة الوسيط، واذا وجد النشاط الرئيسي في نفس الدولة التي يوجد بها محل الاقامة فهنا يتقدم قانون هذه الدولة على قانون دولة المنشأة المهنية، وهذا يعتبر استثناء، اما اذا توزع النشاط الرئيسي في دولة والاقامة

(١) د. حسام فتحي ناصف، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٢) المادة (٦) في اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨.

(٣) د. فؤاد محمد العديني، مرجع سابق، ص ٨٧.

المعتادة في دولة والمنشأة المهنية في دولة فهنا يتعين تقديم قانون الدولة التي يوجد بها المنشأة المهنية للوسيط وفقاً للاتفاقية، وعلى عكس اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ التي نصت على تطبيق قانون الدولة الذي يرتبط به بالصلوات الأكثر وثوقاً في حالة انتقاء الاختيار، فان اتفاقية لاهاي سلبت من القاضي كل مكنة لتحديد القانون الاوثق صلة بالعقد، بل الزمته بضوابط معينة يأخذها ويطبقتها بالتدرج، لذلك نستطيع ان نقول بان اتفاقية لاهاي لم تأخذ بنظرية الاداء المميز .

الفرع الثالث

اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط (٢٠٠٦).

ان الحقوق الثابتة في الورقة المالية يسري عليها قانون الموقع او قانون الشخص المعنوي الذي اصدرها او قانون الارادة، الا ان عقد الوساطة المالية مستقل من عقد البيع نفسه، فالوسيط او سمسار البورصة لا تنتقل اليه ملكية الورقة المالية او الحق الثابت فيها بل ينحصر دوره في النيابة عن احد الطرفين او كليهما في بيع او شراء أوراق مالية في بورصة الأوراق المالية وفقاً لإشعار محددة بين الطرفين بناءً على عقد مبرم بين الاصيل (العميل) وسمسار الأوراق المالية، وبناء عليه يلتزم السمسار بإبرام العمليات القانونية لحساب الاصيل^(١).

وتهدف اتفاقية لاهاي الخاصة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط ٢٠٠٦ الى توفير اليقين القانوني فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على المقاصة وتسوية الديون المتعلقة بالأوراق المالية، وقد حددت هذه الاتفاقية القانون الواجب التطبيق على بعض المسائل المتعلقة بالوساطة في الأوراق المالية وان كانت لم تعطي كلها، وقد تضمنت المادة (٣) من الاتفاقية نطاق تطبيقها حيث نصت "تطبق هذه الاتفاقية في جميع الحالات التي تتضمن اختيار بين قوانين الدول المختلفة" وقد اخذت الاتفاقية في المادة الرابعة^(٢) منها بالاختيار الصريح لأطراف الاتفاق في تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم، والوسيط هنا هو سمسار الأوراق المالية الذي يتولى ادارة حسابات الأوراق المالية والحفاظ عليها لحساب الاخرين مقابل عمولة، اما (لفظ

(١) د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص ٤٠٥.
(٢) المادة (الرابعة) من اتفاقية لاهاي لعام ٢٠٠٦، نصت على "القانون الواجب التطبيق على جميع المسائل المحددة في المادة ١/٢ هو القانون الساري في الدولة التي اتفق اطراف الحساب صراحة على اعتبارها صاحبة الولاية القانونية في اتفاق الحساب، واذا كان هذا الاخير ينص صراحة على وجوب تطبيق قانون اخر على تلك المسائل فان القانون المحدد فقط طبقاً لهذه المادة يتم تطبيقه اذا كان للوسيط المعني مكتب في تلك الدولة".



المودعة لدى وسيط) يقصد به الايداع والقيود المركزي للأوراق المالية التي تصدرها الشركات وفقاً لقانون الشركات التي تصدر أوراقاً مالية وايداعها في نظام الايداع والحفظ المركزي^(١). والوسيط هنا هو سمسار الأوراق المالية والذي يتصرف نيابة عن البائع او المشتري في عقد بيع الورقة المالية، ومن ثم وفقاً للاتفاقية يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المختار صراحة في اتفاق الحساب بشرط ان يوجد على اقليم الدولة صاحبة القانون المختار مكتب للوسيط أي مقر عمله في هذه الدولة، وهنا تكون الاتفاقية قد اخذت بفكرة الاداء المميز حيث اعتدت بقانون الدولة التي يباشر بها الوسيط عمله والذي هو نفسه قانون دولة البورصة، حيث غالباً ما يقع مقر عمل الوسيط في دولة البورصة^(٢).

وعليه فان القانون الواجب التطبيق وفقاً للاتفاقية قانون الارادة وهو نفسه قانون دولة البورصة في النهاية، وذلك لوجود طرف ثالث في عقد الوساطة وهو شركة الايداع او القيد المركزي ولاسيما اذا ما اخذنا قوانين البورصة التي يتعين على السمسار الخضوع لها باعتبارها من قوانين او قواعد الامن والبوليس.

وفي حالة عدم الاتفاق الصريح، فان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد بها مكتب الوسيط، واذا كان للوسيط مكتب او مقر عمل في دولة تعدد فيها الوحدات الاقليمية (كالولايات المتحدة الامريكية) فالعبرة بقانون الولاية او الوحدة التي يوجد بها المكتب^(٣)، ويتعين على القاضي اذا انعدم الاختيار الصريح او الضمني وعدم القدرة على تحديد المكتب الذي ابرم الوسيط من خلاله اتفاق الحساب ان يطبق قانون الدولة او الوحدة الاقليمية في الدولة التي سجل الوسيط او تم تنظيمه وفقاً لقانونها وقت دخول اتفاق الحساب حيز النفاذ، أي يتم الاعتراف بقانون الدولة التي سجل فيها الوسيط أي التي حصل منها على ترخيص مزاوله مهنة السمسرة في الأوراق المالية.

وخلاصة موقف اتفاقية لاهاي لسنة (٢٠٠٦) هو ان هذه الاتفاقية وضعت ضوابط لتحديد القانون الواجب التطبيق اولها قانون الارادة الصريح والمقيد بمكان وجود مكتب الوسيط فان لم يوجد

(١) يقصد بنشاط الايداع والقيود المركزي هو كل نشاط يتناول ايداع وحفظ الأوراق المالية واجراء المقاصة وتسوية المراكز المالية الناشئة عن عمليات التداول ونقل ملكية الأوراق المالية عن طريق القيد الدفترى، ويتم التعامل على الورقة المالية من خلال شركات السمسرة التي تتولى البيع والشراء نيابة عن العملاء بناء على عقد سابق الابرام بينهما، ولا يجوز لشركة السمسرة تنفيذ اوامر البيع الا بعد التأكد من حيازة العميل للورقة المالية، او انها مقيدة باسمه في نظام الايداع والحفظ المركزي.

(٢) د.محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود تجارة الدولية، دار فكر الجامعي، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٢
(٣) نص المادة (٥) من الاتفاقية "اذا لم يتم تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب المادة (٤) وذكر ان الوسيط ابرم اتفاق الحساب من خلال مكتب معين، فان القانون الواجب التطبيق على جميع المسائل المحددة في المادة ٢/ هو القانون النافذ في الدولة او الوحدة الاقليمية في دولة متعددة الوحدات والتي يقع بها مكتب الوسيط".

الاختيار الصريح فيعتد القاضي بقانون الدولة التي توجد فيها مكتب الوسيط والذي ابرم من خلاله اتفاق الحساب، فان لم يوجد فيعتد القاضي بقانون الدولة التي سجل بها الوسيط وانشأ بها متى ما كان شخص اعتباري فان لم يوجد فيعتد القاضي بقانون الدولة التي يوجد فيها مكان عمل الوسيط، فان تعددت اماكن العمل فالعبرة بمكان العمل الرئيسي، وان هذه القوانين بمجموعها لا تخرج عن قانون دولة البورصة حيث انها مكان عمل الوسيط من ناحية ومكان تسجيله او تنظيمه من ناحية اخرى، وهي الدولة التي يوجد فيها المكتب الذي دخل اتفاق الحساب من خلاله حيز النفاذ وهي ايضا الدولة التي ينفذ فيها الاداء المميز الذي يقع على عاتق الوسيط وهو ابرام عقود البيع والشراء لحساب العملاء، اما باقي المسائل الاخرى فتسري في شأنها القواعد العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق في شأنها على الالتزامات التعاقدية او اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨.

الخاتمة

في ضوء موضوع بحثنا الموسوم بـ "القانون الواجب التطبيق على عقد وساطة بورصة الأوراق المالية الدولية"، فقد توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات الاتية:
أولاً: النتائج

- ١- عقد الوساطة المالية هو "عقد يتعهد بمقتضاه الوسيط المالي والذي يتخذ شكل شركة او المصرف وفق منظور المشرع العراقي معتمد من قبل الجهة المختصة في سوق الأوراق المالية للقيام بكافة العمليات التي تتطلبها ادارة وتداول الأوراق المالية باسم ولحساب العميل المستثمر في سوق الأوراق المالية مقابل عمولة محددة ويكون ضامناً لتنفيذ هذه العمليات".
- ٢- الوساطة المالية في الأوراق المالية لها نظامها الخاص تحكمها قواعد خاصة منظمة في القوانين المنظمة لسوق المال وتداول الأوراق المالية، وان الاعمال التي يقوم بها الوسيط المالي في جانب منها قد تتداخل في بعض خصائصها مع خصائص عمل السمسار (الدلال) والوكيل العادي والوكيل بالعمولة لايغني انه في ذات المركز القانوني لاي منهم، وبالتالي فان هذه الخصائص هي جزء لا يتجزأ من عمل الوسيط المالي بموجب عقد الوساطة والتي اقرها المشرع، فهذه الخصائص جعلته في مركز قانوني متميز عن اوجه الوساطة الاخرى، وبالتالي لايمكن رد عمل الوسيط المالي او نشاط الوساطة المالية الى احكام ايا من تلك الوجوه.
- ٣- يصطبغ عقد وساطة بورصة الأوراق المالية بالطابع الدولي لتطرق الصفة الاجنبية من حيث انه يتضمن دخول وخروج لثمن بيع او شراء الأوراق المالية عبر الحدود، وكذلك



- اختلاف جنسيات الاطراف ومقار عملهم، وقد تتطرق الصفة الاجنبية من خلال صدور اوامر البورصة من مستثمر اجنبي الى وسيط وطني، فهذه الاوامر تتطوي على عناصر قانونية تمكن اكثر من نظام قانوني من حيث اختلاف الجنسية او اختلاف الموطن
- ٤- ان التشريعات الوضعية استقرت على سيادة مبدأ قانون الارادة في عقود والوساطة التجارية، وهذا ينطبق على العقد المبرم بين الاصيل والوسيط في سوق الأوراق المالية، بشرط ان لا يعارض هذا الاختبار النظام العام او ينطوي على غش نحو القانون.
- ٥- وفي حالة انعدام التحديد الارادي للقانون الذي يحكم عقد الوساطة الدولية، فان بعض التشريعات قد وضعت ضوابط اسناد جامدة والتي يعمد اليها القاضي من خلال قيامه بالتركيز المكاني للعلاقة التعاقدية وفق اعتبارات موضوعية، الا ان هذه الضوابط لا تراعي الطبيعة الذاتية لعقود الوساطة الدولية، وكذلك قد تكون تلك الضوابط عرضية وطارئة ولا تعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية.
- ٦- على الرغم من عدم صلاحية ضوابط الاسناد الجامدة لتطبيقها على عقود وساطة الأوراق المالية، الا ان ضابط مكان تنفيذ العقد يوفر ميزات خاصة لهذه العقود، لكونه يحقق مصالح الدول التي تطبق قوانينها باعتبارها مكان التنفيذ، كذلك تجعل الاطراف على علم مسبق بالقانون وهو قانون بلد البورصة او السوق المالي.
- ٧- يعتبر الاسناد المرن المتمثل بـ (نظرية الاداء المميز) الاكثر توافقا مع عقود وساطة الأوراق المالية الدولية لكون هذه النظرية تتصف بالمرونة، لانها تفرق بين انواع العقود المختلفة دون ان تؤدي الى الاخلال بتوقعات الافراد، وهي تكتسب الطابع الموضوعي، لانها لا تأخذ بالعناصر الخارجية عن العقد، بل تركز على الطبيعة الذاتية للعقد والاداء الجوهري فيها والمتمثل باداء الوسيط المالي الذي يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، وهو ايضا المدين بالاداء المتميز.

ثانياً: التوصيات

- ١- ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (٢٢) من التعليمات الخاصة لتداول الأوراق المالية (٢٠١٥) وازضافة المصرف المخول كاحد الاشخاص المعنوية التي تمارس اعمال الوساطة المالية.
- ٢- ندعو المشرع العراقي الى حصر ممارسة اعمال الوساطة بالشركات المساهمة او المحدودة، او على اقل تقدير ان يشترط حتى وان كانت الشركة قائمة على الاعتبار

- الشخصي، أن لا يقل عدد اعضاءها في جميع الاحوال عن شخصين، استثناءا من القاعدة العامة التي اجازت تحول الشركة الى مشروع فردي.
- ٣- ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (٢/أ) من تعليمات تداول الأوراق المالية، لتكون "يتم التداول في السوق من خلال وسطاء حصرا والا وقع باطلا، وتثبت عمليات التداول بموجب قيود في سجلات تطابق في كل جلسة تداول".
- ٤- تعديل نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي والمقابلة لنص المادة (١٩) من القانون المدني المصري والمادة (٢٠) من القانون المدني الاردني، بالشكل الذي يعطي المرونة الكافية للقاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيق على عقود وسلطة الأوراق المالية وغيرها من العقود الدولية، بدلا من تقييد القاضي بضوابط اسناد جامدة كالموطن المشترك ومكان الابرام، ويكون نص المادة (٢٥) كالاتي: "يسري على العقود الدولية والالتزامات الناشئة عنها قانون الدولة الذي يختاره الاطراف صراحة، وعلى القاضي الاستعانة بجميع الظروف الشخصية والموضوعية للعقد، وفي حالة غياب التحديد الارادي للقانون الواجب، يسري على العقود الدولية، قانون دولة الاداء المميز للعقد الاكثر صلة".
- ٥- امكانية استعانة المشرع العراقي بنص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي، وتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن العقود الدولية، ومنها عقود وساطة الأوراق المالية الدولية.
- ٦- ضرورة قيام المشرع العراقي بإصدار قوانين خاصة بالاسواق المالية (البورصة) بحيث تتضمن تنظيم العلاقات القانونية عند وجود العنصر الاجنبي.

المصادر

اولاً: الكتب القانونية.

١. د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
٢. د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠-٢٠٠١.
٣. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٦.
٤. د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٥. د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمارات في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٦.
٦. د. حسام الدين فححي ناصيف، عقود الوطاء في التجارة الدولية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٧. د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، ط١، ١٩٩٤.
٨. د. سميحة القليوبي د. طاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٩. د. عادل ابو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٠. د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص في دولة الامارات العربية المتحدة، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.



١١. د. عكاشة عبد العال، و د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
١٢. د. عمر ناطق يحيى، الآلية القانونية لعمل سوق الاوراق المالية عبر شركات الوساطة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١١.
١٣. د. فؤاد محمد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠١٢.
١٤. د. ماهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
١٥. د. محمد الروبي، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٦. د. محمد حسن عبدالمجيد، السمسرة في سوق الاوراق المالية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٢.
١٧. د. محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية، "دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
١٨. د. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠١٢.
١٩. د. ناصر عثمان محمد عثمان، عقود الوسطاء في سوق الأوراق المالية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢٠. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥.
٢١. د. احمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط١، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٠.
٢٢. د. بطاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الاوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٢٣. د. عكاشة محمد عبدالعال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤.

ثانياً: الرسائل والاطاريح.

١. د. صادق ناجي الجانقي، عقود الوكالات التجارية في العلاقات الدولية الخاصة، اطروحة دكتوراه جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ٢٠١٥.
٢. د. عبدالجليل السعيد عبدالجليل، الاختصاص القانوني والقضائي لعقود الوساطة التجارية الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧.

ثالثاً: البحوث والدوريات.

١. د. عنایت عبد الحميد، اساليب فض تنازع القوانين ذات الطابع الدولي والمقارن، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٦٢، ١٩٩٥.
٢. د. محمود محمد ياقوت، الاختيار المتعدد لقانون العقد الدولي، مجلة روح القوانين، ج٢، العدد ٢١، بدون دار نشر او مكان نشر، ٢٠٠٠.

رابعاً: الاتفاقيات والمعاهدات.

١. اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية. اتفاقية روما اتفاقية (لاهاي) بشأن البيع الدولي للبضائع لعام (١٩٦٤).
٢. الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري عمان (١٩٦٤) بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية.
٣. اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
٤. اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا) لعام (١٩٨٠)،
٥. اتفاقية اليوريندر بشأن القواعد الموضوعية المتعلقة بالاوراق المالية .
٦. اتفاقية جنيف لعام (١٩٨٣) بشأن التمثيل في البيع الدولي للبضائع.
٧. اتفاقية لاهاي لسنة (١٩٨٧) الخاصة بتحديد القانون الذي يحكم عقود الوسطاء والتمثيل التجاري.
٨. اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على بعض الحقوق المتعلقة بالاوراق المالية المودعة لدى وسيط (٢٠٠٦).

خامساً: القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. قانون الشركات العراقي رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٧ المعدل.
٣. القانون المؤقت لسوق الاوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ العراقي.
٤. قانون الدلالة العراقي رقم (٥٨) لسنة ١٩٨٧.
٥. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٦. قانون التحكيم المصري الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
٧. قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.
٨. القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
٩. القانون الدولي الخاص السويسري ١٩٧٨.
١٠. القانون الدولي الخاص التونسي لسنة ١٩٩٨.
١١. القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١.

سادساً: التعليمات

١. التعليمات الخاصة لتداول الأوراق المالية لسنة ٢٠١٥ العراقي.
 ٢. اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢.
 ٣. قرار رقم (١٣) لسنة ١٩٨١ البحريني الملغي.
- سابعاً: بحوث الانترنت**
- ١- الرزقي قاسمي، نظام الوساطة في بورصة الأوراق المالية- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه – كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، ٢٠١٢. [Thesis.unive-biskra.dz/5629/1](https://thesis.unive-biskra.dz/5629/1).
 - ٢- كمال كامل عبدالجواد الشافعي، الاطار التنظيمي لشركات الوساطة المالية في فلسطين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق – جامعة بيرزيت، ٢٠٠٨. Fada.birzeit.edu/bistream.
 - ٣- بن عزوز عبد الرحمن، دور الوساطة في تنشيط سوق الأوراق المالية مع الاشارة لحالة بورصة تونس رسالة جامعية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم تسيير – جامعة منتوري، قسنطينة، ص ٨١، منشور عبر الانترنت bnu.umc.edu.dz
 - ٤- د. احمد مشنف، المركز القانوني للوسيط المالي في عمليات البورصة – دراسة مقارنة، مجلة الابحاث القانونية المعقدة عدد ٤٨، صفحة ١١، جامعة احمد زبانه – الجزائر، بحث منشور عبر الانترنت <https://jilrc.com/13241>.
 - ٥- لافي درادكة، ليث الشيخ، مسؤولية الوسيط المالي في بورصة الأوراق المالية، كلية الحقوق جامعة اليرموك، بحث منشور عبر الانترنت ١٢٣٤٥٦٧٨٩، repository.yu.edu.jotbistream.