القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة التجارية ذو الطابع الدولي "دراسة مقارنة"

م.د صادق حمد خشوش
كلية القانون – جامعة المثنى
Sadiq.hamad@mu.edu.iq

Law applicable to a commercial mediation contract of an international nature Comparative Study"

Assoc. Prof. Dr. Sadiq Hamad Khashoush
Faculty of Law – Al-Muthanna University

المستخلص

يُعتبر عقد الوساطة التجارية من الأفكار السائدة في التعاملات التجارية بين الأشخاص، إلا أن هذا العقد لم يأخذ حقه من الاهتمام بما يتلاءم مع حاجة المستثمرين في ابرام عقد وساطة مع احدى شركات الوساطة لاستثمار تجارتهم في السوق، وبما أن هذا العقد يُرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه لذلك قد ينشأ نزاع قيما بينهم بشان تنفيذه، بالتالي يمكن تسوية هذا النزاع بين الأطراف بشكل ودي وقد يتطلب اللجوء إلى جهة مختصة لحل النزاع، سواء كانت هذه الجهة لجنة تحكيم أو لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي أو القضاء الوطني، ولكي تقوم هذه الجهة بمهامها في تسوية المنازعات المعروضة أمامها، لا بد لها من اتباع الإجراءات التي تنظمها قوانين التجارة او القواعد العامة التي يتضمنها قانون المرافعات المدنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض، الا ان الحكم او القرار الصادر في النزاع لا يتمتع بصفة الإلزام ولا يُعتبر نهائياً بالنسبة للأطراف بل يكفل القانون لأي طرف في الطعن بالحكم او القرار عند عدم الاقتناع به أمام الجهة المختصة.

Abstract

The commercial mediation contract is one of the prevailing ideas in commercial transactions between people, but this contract has not taken its due attention in a way that is appropriate to the need of investors to conclude a brokerage contract with one of the brokerage companies to invest their trade in the market, and since this contract arranges mutual obligations on the two parties, a valuable dispute may arise between them regarding its implementation, so this dispute can be settled amicably between the parties and may require resorting to a competent authority to

resolve the dispute, whether it is This body is an arbitration committee, an administrative committee with jurisdiction or the national judiciary, and in order for this body to carry out its duties in settling the disputes before it, it must follow the procedures regulated by the laws of commerce or the general rules contained in the Code of Civil Procedure to determine the law applicable to the dispute presented, but the judgment or decision issued in the dispute does not have the status of binding and is not considered final for the parties.

مقدمة

مما لا شك فيه أن الوكالات التجارية قد أسهمت بشكل كبير في تأسيس الأداة التي يستعين بها التاجر في مباشرة نشاطه التجاري عبر الحدود نظراً للمزايا التي تتمتع بها، ويمكن القول أن الوكالة التجارية تتمثل في صورتين هما الوكالة بالعقود والوكالة بالعمولة، حيث تُعتبر هاتين الصورتين الأبرز من بين عقود الوساطة التجارية، وتناولهما الفقه بالدراسة ودرج على بحثهما. وبالرغم من أهمية عقد الوساطة التجارية ذو الطابع الدولي، الا أن هذا الوع من العقود لم يحظ بالتنظيم الخاص من قبل المشرع العراقي، بحيث لم يضع المُشرع قواعد اسناد خاصة به تُحدد مدى اختصاص المحاكم العراقية بالمنازعات التي تُثار بشأنه، بل تم تنظيمه في نصوص متفرقة في بعض القوانين، كقانون تنظيم اعمال الوكالة التجارية وبعض أعمال الوساطة التجارية لسنة ١٩٨٢ وقانون الدلالة لسنة ١٩٨٧. أما على الصعيد الدولي فلم تشهد الساحة الدولية في السابق سوى ابرام بعض الاتفاقيات يمكن وصفها بمحدودة الآثار، كاتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ المتعلقة بعقود الوساطة والتمثيل، حيث اقتصرت هذه الاتفاقية على تحديد القانون الواجب التطبيق على الوسطاء المستقلين فقط دون الوسطاء التابعين، واتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ والخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي حلت محلها اللائحة رقم ٥٩٣ لسنة ٢٠٠٨ الصادرة عن البرلمان الاوروبي، فقد جاءت نصوصها عامة تشمل كافة العقود دون مراعاة طبيعة عقود الوساطة التجارية الدولية. إلى أن جاءت اتفاقية سنغافورة ٢٠١٨ (اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة عن الوساطة) والتي تهدف إلى معالجة غياب الآلية الدولية للاعتراف باتفاقيات التسوية الناتجة عن الوساطة وتنفيذها وذلك على غرار اتفاقية نيويورك للتحكيم، بالإضافة إلى قواعد الأونسيترال للوساطة ٢٠٢١ والتي تسعى إلى تقديم إطاراً تفصيلياً لإجراءات الوساطة، بما في ذلك كيفية بدء الإجراءات ودور الوسيط في ادارتها وواجباته في التعامل مع الأطراف بحيادية وانصاف.

أهمية البحث

تتمثل أهمية هذه الدراسة في البحث على مدى صلاحية القواعد العامة في تنازع القوانين للتطبيق على عقد الوساطة التجارية ذو الطابع الدولي بالإضافة إلى أهمية الدور الذي يؤديه الوسطاء أو الوكلاء في هذا النوع من العقود وما يقومون به من جهد في اقناع المستهلكين على التعاقد وشراء السلع والمنتجات المعلن عنها من خلال وسائل الإعلام المختلفة كما تتجلى أهمية هذه الدراسة في تحديد الطبيعة القانونية للوسيط في سوق الأوراق المالية (البورصة) لا سيما أن الوسيط هو الذي يقوم بمهمة التعاقد بالنيابة عن الأطراف في عقد بيع الأوراق المالية.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة هذا البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بمنازعات سوق الأوراق المالية ومدى كفاية قواعد الاسناد الوطنية لفض اشكالية تنازع القوانين في عقد الوساطة التجارية ذو الطابع الدولي وما ينشأ عنه من علاقات كما تظهر مشكلة البحث في قلة وجود قواعد الاختصاص التشريعي أو القضائي تشمل جميع صور عقود الوساطة سواء على المستوى الوطني أو المستوى الدولي.

منهجية البحث

اتبعنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن كأفضل المناهج في بحث عقد الوساطة التجارية ذو الطابع الدولي محل الدراسة سيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر منازعات عقود الوساطة التجارية الدولية وأن كانت هناك قواعد خاصة ببعض عقود الوساطة إلا انها لا تشمل جميع العقود كما أنها لا تنطبق إلا على بعض أجزاء العقد الذي تنظمه.

خطة البحث

تطرقنا لهذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين تضمن المبحث الأول تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في مطلبين بينما تضمن المبحث الثاني تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة غياب القانون الإرادي من خلال ضوابط الإسناد الجامد في عقود الوساطة التجارية ذات الطابع الدولي في المطلب الأول ونظرية الأداء المميز ودورها في عقود الوساطة التجارية في المطلب الثاني. كما في الشكل الآتي:-

المبحث الأول : دور قواعد الاسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

المطلب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول : اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة وضمناً

الفرع الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة بالإحالة

المطلب الثاني: خضوع عقود الوساطة التجارية لمبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول: الوساطة في عقد بيع الأوراق المالية

الفرع الثاني: عقد الوساطة في مجال كرة القدم

المبحث الثاني: تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة غياب القانون الإرادي

المطلب الأول: ضوابط الإسناد الجامد في عقود الوساطة التجارية ذات الطابع الدولي

الفرع الأول: مدى صلاحية ضابط الموطن المشترك في حكم عقود الوساطة التجارية

الفرع الثاني تعيين القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية وفقاً لضابط محل الإبرام

المطلب الثاني: نظرية الأداء المميز ودورها في عقود الوساطة التجارية

الفرع الأول: مضمون نظرية الأداء المميز

الفرع الثاني: صلاحية نظرية الأداء المميز في التطبيق على عقد الوساطة التجارية

المبحث الأول

دورقواعد الاسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن غالبية التشريعات في مختلف الدول تضع قواعد اسناد وطنية خاصة بالالتزامات التعاقدية وليس بذات العقد، كالمشرع اليوناني والمشرع الإيطالي وكذلك المشرع المصري في المادة (١٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والمادة (٢٥) من القانون المدني العراقي. والعلة في ذلك تكمن بالتفرقة بين الحق ومصدره، من حيث أن الحق قد يكون حق عيني أو حق شخصي، أما مصدر الحق فقد يكون عقداً أو ميراثاً أو هبة أو وصية. وبالنظر لأهمية التفرقة بين الحق ومصدره في هذا الشأن، نجد أن مشرعي الكثير من

الدول يضعون قواعد اسناد خاصة بالحقوق العينية وكذلك قواعد اسناد خاصة بالنسبة لمصادر تلك الحقوق [١]، بالتالي قد يتم تحديد القانون الذي يحكم العقد من خلاله أطرافه أو أن يغفلون عن ذلك - وهو الغالب - فيقوم القاضي بمهمة تحديد القانون الذي يطبق على العقد نظراً لظروف وملابسات معينة.

لذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة

تقسيم:

كما هو معروف أن تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الالتزامات التعاقدية من قبل طرفي الالتزام، يعد من الآثار المهمة لمبدأ سلطان الإرادة، وعلى الرغم من الانتقادات العديدة التي وجهت لهذا المبدأ[٢]، إلا ان أغلب التشريعات الوطنية قد نصت عليه[٣]. ويتضح من خلال ذلك أن القانون الذي يُطبق على العلاقة القانونية هو قانون الإرادة، وهو ما نصت عليه صراحة المادة (٥) من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨[٤]، ولذلك صدرت العديد من الأحكام القضائية بهذا الخصوص من محكمة النقض الفرنسية[٥].

وسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

---

(١) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط ٧، ١٩٧٢، ص ٤٨٢.

(٢) د. مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، دار النشر مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ١٩٥٧، ص ٣٠٦ وما بعدها.

(٣) نص المشرع المصري في القانون المدني م (١٩) وكذلك القانون الأردني م (٢٠/١) من القانون المدني والكويتي م (٥٩/١) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، واللبناني، حيث نص المشرع المصري في المادة سالفة الذكر على أن (يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن أختلف موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه).

(٤) حيث قررت أن القانون الداخلي المختار من جانب الأطراف هو الذي يحكم علاقة التمثيل بين الأصيل والوسيط ونصت عليه كذلك اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ في مادتها الثالثة. د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٥ ص ٩١.

(٥) حيث ذهبت في أحكامها على أنه بالنسبة للعقد الدولي يمكن للأطراف قانونا أن يقرروا إخضاع علاقاتهم لقانون الإرادة وإذا كان قانون الإرادة هو الذي يحكم العقد فإن ذلك يقصد به العقود التي ترتب حقوق مالية فقط ويخرج من مجال قانون العقد العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج... وكذلك يخرج من نطاق قانون العقد العقود التي تبرم في شأن العقار حيث يخضع الأخير لقانون موقعه، وكذلك العقود التي تؤدى إلى اكتساب حق عيني على منقول حيث يحكمها قانون موقعة المال وقت تحقق السبب المكسب . د. حسن الهداوي القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول المقترحة في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،١٩٩٧ ص ١٤٩.

الفرع الأول

اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة وضمناً

أولاً: الاختيار الصريح

يكون التعبير عن الإرادة صريحًا متى ما كان هناك اتفاق بين أطراف العلاقة القانونية على تحديد قانون معين بالذات صراحةً لحكم علاقتهم العقدية، سواء ذُكر ذلك في العقد أو اتفاق لاحق، بشرط أن يكون تحديد القانون الذي يحكم العلاقة بشكل واضح وبعيد عن اللبس والغموض. وتحديد القانون الواجب التطبيق بشكل صريح من قبل أطراف العلاقة القانونية يُعتبر من الأمور بالغة الأهمية باعتباره من الضمانات الهامة للأطراف[٦]، بحيث يتكمن كل منهما من خلاله معرفة القاعدة القانونية التي يتم تطبيقها من قبل القاضي، ومما يتوافق مع الاستقرار القانوني الذي ينشده الأطراف من خلال علاقتهم القانونية، كما يسلب سُلطة التدخل من قبل القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا في حالة كون القانون الذي اختاره أطراف العلاقة

القانونية يتعارض مع النظام العام في بلد القاضي، في هذه الحالة تعود سُلطة القاضي في المفاضلة بين القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية بعد استبعاد القانون الذي يتعارض مع النظام العام في بلده، الا ان هناك بعض الآراء الفقهية التي تذهب إلى أنه في حالة استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي يخالف النظام العام في دولة القاضي يحل محله القانون الوطني لدولة القاضي ومع ذلك هناك من يُعارض هذا الرأي[٧].

ثانياً: الاختيار الضمني

أما بالنسبة للإرادة الضمنية فهي وإن كانت غير معلنة إلا أنها في الواقع إرادة حقيقة، حيث من الاستحالة التوصل للإرادة الضمنية من خلال التحليل والمراجعة لظروف وملابسات التعاقد التي يقوم بها القاضي، وهذا الأخير عندما يتقصى عن إرادة أطراف العلاقة القانونية غير المعلنة يقوم بمهمة تفسير العقد، ومن الظروف التي يعتد بها قاضي الموضوع في استخلاص إرادة الأطراف الغير معلنة، الاتفاق الذي يجري بين المتعاقدين على عقد الاختصاص لمحكمة معينة في نظر النزاع الذي يمكن أن يُثار مستقبلاً فيما بينهم، كما أن هناك أكثر من ظرف يمكن أن يستعين بها قاضي الموضوع للوصول إلى إرادة الأطراف[٨]، لكن في نفس الوقت من الغير الممكن على القاضي في حالة عدم توافر الإرادة الصريحة والضمنية للأطراف، يستطيع أن يستشفها من الظروف والملابسات التي تحيط

---

(٦) د. أشرف وفا، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ص ٢١.

(٧) د. عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ٢٠١٢/٢٠١٣، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ص ٢٥٩ وما بعدها.

(٨) د. فؤاد رياض – و د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، ١٩٧٤ ، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية ص ٢٧٢ ، ٣٧٣.

بالعلاقة التعاقدية أن يحاول البحث عن الإرادة المفترضة لأطراف التعاقد، وذلك لأن الإرادة المفترضة تقوم على افتراض نظري لا أساس له وهي بالأصل إرادة غير حقيقة، وإن كان البعض يذهب الى الأخذ بالإرادة المفروضة وليس المفترضة، وتختلف الإرادة المفروضة عن الإرادة المفترضة من حيث أن الأولى هي إرادة حقيقية تقوم على قرائن في حين أن الثانية هي مجرد تصور افتراضي[٩]. والواقع أن الاعتداد بالإرادة المفروضة يستلزم البحث عن ظروف كل عقد وهو ما يلقي العبء بشكل كبير على عاتق القضاء، ولذلك نجد مشرعي بعض الدول قد وضعوا ضوابط احتياطية يستعين بها لقاضى في حالة تخلف قانون الإرادة، كالمشرع المصري والمشرع الأردني ومن هذه الضوابط قانون الموطن المشترك وقانون محل إبرام العقد [١٠].

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لقاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة الا أن هذه القاعدة كُتب لها البقاء، والإرادة التي يعتد بها الإرادة الصريحة أو الضمنية.

وبناء على ما تقدم، إمكانية أطراف عقد الوساطة اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، سواء كان هذا الاختيار صريح أو ضمني.

الفرع الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة بالإحالة

قد يتفق طرفي عقد الوساطة على جميع البنود التي تحدد الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما، بالإضافة إلى الاتفاق على وضع شرطاً في العقد يقضي بالرجوع إلى الشروط العامة أو النماذج العقدية لتكملة أي نقص يمكن أن يشوب العقد الجديد، إلا أنهما في الوقت نفسه قد أغفلا تحديد القانون الواجب التطبيق، وكان نموذج العقد أو الشروط العامة المشار إليها تتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الطرفين وذلك بالنص على قانون دولة معينة.

والتساؤل الذي يُطرح هنا، هو هل يُعتبر اتفاق طرفي عقد الوساطة بالرجوع إلى الشروط العامة أو النماذج العقدية بمثابة الإحالة والموافقة على ما تتضمنه من بنود بما فيها شرط اختيار القانون الواجب التطبيق؟، واذا كان الأمر كذلك فهل يعتبر اختيار القانون الواجب التطبيق اختياراً صريحاً أو ضمنياً ؟

يمكن ارجاع السبب في طرح مثل هكذا تساؤلات هو أنه في معظم العقود ذات الطابع الدولي، يتم اتفاق أطراف العقد على الالتزامات الأساسية في عقودهم والإحالة بشأن بقية الالتزامات إلى وثائق عامة تتضمن شرط التحكيم في النزاع الذي يمكن أن ينشأ المنازعات بينهما، بالإضافة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، ويمكن

(٩) د. عز الدين عبد الله القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ١٩٧٢.

(١٠) عز الدين عبد الله، نفس المصدر، ص ٤٣٦.

القول أن مشكلة التحكيم بالإحالة قد تم حسمها في أغلب القوانين الأجنبية[١١]. وكذلك الحال بالنسبة للقانون المصري، حيث نص المشرع المصري على أنه "يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد"[١٢].

أما في العراق، فبعد صدور القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل تم حصر العمل بالإحالة في المادة (٣١) ف١، حيث نصت على أنه "اذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فإنما تُطبق منه الاحكام الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص". إلا ان المشرع العراقي أخذ بالإحالة بصورة استثنائية في قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المادة الثانية منه والتي نصت على أن "يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، فاذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة واجبة التطبيق".

المطلب الثاني

خضوع عقود الوساطة التجارية لمبدأ سلطان الإرادة

تقسيم:

يمكن القول بأن سيادة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الوساطة التجارية بصفة عامة يستند إلى أن عقد الوساطة يعتبر عقدًا مستقلاً بذاته عن العقد المبرم بين الأصيل والغير وكذلك مستقل عن العقد المبرم بين الوسيط والغير، بالتالي لا يُستثنى العقد المبرم بين الأصيل والوسيط أيا كان مُسمى هذا الوسيط سواء كان وكيل عقود أو بالعمولة أو موزع من قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، باعتبار أن عقود الوساطة هي من العقود المالية حيث أن معظم تشريعات الدول نصت على هذه القاعدة بقولها تسري على جميع الالتزامات التعاقدية [١٣] إلا ما أُستثني منها بنص.

مما يتحتم معه توضيح بعض الاختلافات الجوهرية بين عقود الوساطة محل الدراسة. لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين. كما في الشكل كالآتي:

الفرع الأول

(١١) كالقانون الأيرلندي حيث قضى في المادة ١٠٢١ منه يكفى أن تتضمن وثيقة مكتوبة شرط التحكيم أو تحيل إلى شروط عامة تتضمن شرط التحكيم متى قبلها الطرف الآخر صراحة أو ضمنا وكذلك القانون البرتغالي الصادر في ١٩٨٦/٨/٢٩ وفي إيطاليا كذلك فسر القضاء المواد ١٣٤١ ، ١٣٤٢ من القانون المدني الإيطالي على نحو يجوز معه قبول التحكيم بالإحالة. راجع د. ناجي عبد المؤمن، جواز الاتفاق على التحكيم بالإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، بدون سنة نشر، ص ١٠ وص ١٢.

(١٢) المادة ١٠ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم المصري.

(١٣) أنظر المادتين الثانية والثالثة من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

الوساطة في عقد بيع الأوراق المالية

يمكن تعريف عقد بيع الأوراق المالية بانه العقد الذي يتم بمقتضاه بيع ورقة أو مجموعة من الأوراق في سوق الأوراق المالية، والشروط اللازمة في عقد بيع الأوراق المالية باعتباره من العقود التجارية هي نفس الشروط المطلوبة لصحة انعقاد العقد بصفة عامة والتي نص عليها القانون من رضا ومحل وسبب، مع ملاحظة أن الغلط في عقد البيع التجاري لا يؤدي بالنتيجة إلى بطلان العقد وإنما أثره يقتصر على إنقاص الثمن كما يرى البعض[١٤]. وينفرد عقد بيع الأوراق المالية بعدة خصائص تُميزه عن بقية البيوع التجارية من حيث أن أطرافه هم الأشخاص المسموح لهم بممارسة مهنة السمسرة في الأوراق المالية، بحيث يُعتبرون وكلاء عن أطراف العقد في حين يُعتبر كل من البائع والمشتري طرافاً غير مباشراً في العقد[١٥]. علاوة على ذلك فأن الأصل في الوسيط (السمسار) في سوق الأوراق المالية (البورصة) أنه وكيل من نوع خاص لأن الدور الذي يؤديه لا يقتصر فقط على تنفيذ الأوامر التي تصدر من عميله بل يضمن لهذا الأخير إتمام التنفيذ، ومن ثم فالوسيط في سوق الأوراق المالية يجمع بين بعض خصائص الوكالة في العقود والوكالة بالعمولة [١٦].

بالتالي يمكن القول بأنه يجوز لأطراف عقد الوساطة في الأوراق المالية تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية، إلا اختيارهم يكون محدود ومقيد بقوانين البورصة وما يتعلق بتنظيمها من لوائح.

وبعد ما انتهينا من بيان طبيعة عقد الوساطة في بيع الأوراق المالية يتعين علينا البحث في طبيعة عقد الوساطة في مجال الرياضة ونقصد بذلك عقد وكلاء اللاعبين وتحديداً في مجال كرة القدم باعتباره من أنواع عقود الوساطة التجارية لمعرفة مدى صلاحية قانون الإرادة لحكم هذا النوع من العقود.

الفرع الثاني

عقد الوساطة في مجال كرة القدم

تعد رياضة كرة القدم الأكثر فائدة من الناحية المادية من بين مجالات الرياضة على مستوى العالم، سواء كانت هذه الفائدة تعود للاعب وكيله أو للأندية بل وتشمل العاملين بها، حيث تتعدى عقود اللاعبين في كثير من الأحيان لملايين الدولارات وكذلك الحال بالنسبة لعمولة الوسيط التي قد تكون مرتفعة للغاية. وعرفت المادة (١) من لائحة وكلاء اللاعبين الصادرة عن الإتحاد الدولي لكرة القدم، وكيل اللاعب بأنه ذلك الشخص الذي يقوم بمهمة عرض اللاعب على الأندية مقابل مبلغ مالي، وذلك من أجل التفاوض او إعادة التفاوض لإبرام عقد استخدام أو عرض ناديين على بعضهما البعض لأجل التوصل إلى اتفاقية انتقال

---

(١٤) د. أكثم أمن الخولي، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار نهضة مصر للنشر والطباعة والتوزيع، القاهرة، جمهورية مصر العربية ، سنة ١٩٥٨ ، ص ١٤.

(١٥) د. طاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٧ ص ١٨٠.

(١٦) حيث أن الوكالة بالعمولة هي عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل أن يجرى باسمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل. م (١٦٦) قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ نشر بالجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر في١٩٩٩/٥/١٧.

اللاعب وفقاً للشروط الواردة في اللائحة[١٧]، وبإمكان وسيط (وكيل) اللاعبين في سبيل القيام بعمله إجراء الاتصالات بأي لاعب، شريطة أن لا يكون الأخير مرتبط بعقد وكالة مع وسيط أخر، كما يجوز للوسيط تمثيل مصالح أي نادي أو لاعب يطلب منه ذلك ويقوم بهذا الدور بناءً على عقد تمثيل يبرم بين الوسيط واللاعب أو بين الوسيط والنادي[١٨]. بالتالي فأن طرفي عقد الوساطة في مجال كرة القدم هما الوسيط (الوكيل) كطرف أول واللاعب أو النادي كطرف ثاني، وتجدر الإشارة هنا إلى أن الاتحادات الوطنية لا تحظر على اللاعبين المحليين التعاقد مع الوسطاء الأجانب، بل أن أغلب الأندية المحلية تلجأ إلى وسيط أجنبي لاسيما إذا كان يتمتع بشهرة كبيرة وذلك لغرض التفاوض والتعاقد نيابة عنها مع لاعب أجنبي.

خلاصة ما تقدم أنه يجوز للمتعاقدين تحديد قانون معين لحكم علاقتهم التعاقدية، ويُشترط أن يكون هناك صلة ما بين القانون الذي اختاره المتعاقدان والعقد الذي ينطبق عليه وسواء كان الاختيار صريحاً أو ضمنياً، بالإضافة إلى ذلك لا يوجد ما يمنع من تجزئة العقد بمعنى امكانية اختيار أكثر من قانون لحكم جوانب العقد المتعددة بشرط أن لا يكون هذا الاختيار متعارضاً مع النظام العام في دولة القاضي أو يكون منطوياً على الغش نحو القانون.

المبحث الثاني

تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة غياب القانون الإرادي

تمهيد وتقسيم:

عند تحديد قانون معين من قبل طرفي عقد الوساطة التجارية الدولية ليحكم عقدهم فيمكن القول هنا بأن مشكلة تنازع القوانين قد تم حسمها، ولكن المشكلة تكمن في حالة عدم اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية من قبل الأطراف، ولم يتضح من خلال الظروف أن هنالك قانون آخر يراد تطبيقه على العلاقة التعاقدية، أي تعذر على القاضي من خلال ظروف وملابسات العملية العقدية لاستخلاص الإرادة الضمنية لطرفي العلاقة ولم يتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق، ويمكن معالجة مثل هكذا حالات من حلال قيام مشرعي الدول بوضع ضوابط احتياطية يمكن لقاضي الموضوع من خلالها التوصل إلى تعيين القانون الواجب التطبيق. وتختلف الدول في اسلوب تركيز العلاقات القانونية من حيث المكان، فهناك دول تضع ضوابط إسناد جامدة يتعين على القاضي الأخذ بها في حالة عدم قيام الأطراف باختيار القانون الواجب

([١٧]) كذلك عرفت لائحة وكلاء اللاعبين الصادرة عن الإتحاد القطري لكرة القدم وكيل اللاعبين players agent " بأنه الشخص الطبيعي المرخص له من قبل الإتحاد القطري لكرة القدم والذي يقوم بتقديم اللاعبين للأندية لإبرام عقد عمل أو استخدام، أو لأجل التفاوض أو إعادة التفاوض، أو لإبرام عقد مقابل أجر أو عمولة أو تقدم ناد لآخر بغرض إبرام اتفاقية انتقال لاعب. لائحة وكلاء اللاعبين الصادرة من الإتحاد القطري لكره القدم – التعريفات.

([١٨]) أنظر لائحة وكلاء اللاعبين الصادر عن الإتحاد الدولي لكرة القدم الفيفا، الفصل الرابع حقوق وواجبات الوكلاء، م ٢٢/١.

التطبيق[١٩]، بينما نجد دولاً أخرى تضع ضوابط إسناد مرنة ومنح سلطة تقديرية لقاضي الموضوع حيث تُراعى فيها طبيعة علاقة الوساطة التجارية ذات الطابع الدولي وما تملكها من خصائص.

هذا ما سنبينه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

ضوابط الإسناد الجامد في عقود الوساطة التجارية ذات الطابع الدولي

تقسيم:

ويقصد بها وضع ضوابط إسناد جامدة يتعين على القاضي الالتزام بها في تحديد القانون الواجب التطبيق، ما لم يكن هناك اختيار لقانون معين يحكم العلاقة العقدية من قبل الأطراف. وغالياً ما يكون الإسناد الجامد متوافقاً مع ما يتوقعه الأفراد بحيث يكون لديهم العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق في حال غياب قانون الإرادة، كما أن عنصر المفاجأة لا وجود له في ضابط الاسناد الجامدة، وبذلك تُصان التوقعات المشروعة للأفراد مما يحقق لهم الطمأنينة والاستقرار في نطاق المعاملات التجارية الدولية، وعلى الرغم من تلك المزايا لضابط الإسناد الجامد إلا ان هنالك بعض العيوب التي تشوبه، وفي مقدمة تلك العيوب حالة الجمود التي تصاحبه في تحديد القانون الواجب التطبيق، وعدم التمييز بين العقود خصوصاً في ظل تنوع المعاملات التجارية الدولية بشكل واسع واستحداث الكثير من العقود وما تتميز به من خصائص عن غيرها، ولذلك وجدت عدة قوانين يتم إسناد الاختصاص القانوني إليها في حال غياب قانون الإرادة تسرى على كافة العقود إلا ما أُستثني منها بنص خاص. بالتالي ينبغي علينا تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين.

الفرع الأول

مدى صلاحية ضابط الموطن المشترك في حكم عقود الوساطة التجارية

ما يُلاحظ على تشريعات بعض الدول في حالة غياب قانون إرادة الأطراف أن هنالك تأرجح بين الأخذ بضابط الموطن المشترك أو محل إبرام العقد أو محل التنفيذ[٢٠]، كالقانون المدني المصري في المادة (١٩ف١) والقانون المدني العراقي رقم٥١ لسنة ١٩٤٠ في المادة

---

(١٩) د. أشرف وفا، عقد الحوالة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، مصدر سابق، ص ٣١.

(٢٠) هناك العديد من الدول التي تأخذ بنظام الإسناد الجامد - الصارم – مثال ذلك القانون المدني الإيطالي حيث حدد ضوابط إسناد جامدة تتمثل في إخضاع العقد لقانون جنسية الطرفين إذا اتحدت جنسيتهما ولقانون مكان تنفيذ العقد في حالة اختلاف جنسية الطرفين وذلك إذا لم يتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة أخرى. وقد تبنى المشرع الإماراتي ذات الحلول حيث قرر في المادة (١٩) من القانون المدني الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ "يسرى على الالتزامات التعاقدية شكلاً وموضوعًا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا أتحد موطنا فإن اختلفا موطنًا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه". وكذلك بالنسبة للمشرع المصري حيث وضع ضوابط إسناد يتعين على القاضي الانتقال إليها عند انعدام قانون الإرادة ولكنه تبنى معيار قانون الموطن المشترك بدلاً من معيار الجنسية الوارد في القانون الإيطالي.

(٢٥ف١)، وقد يرى المُشرع وهو بصدد التركيز المكاني للعلاقة الدولية أن أفضل القوانين ذات الصلة بالعقد والتي توفر السلامة والاستقرار في المعاملات ذات الطابع الدولي بعد قانون الارادة هو قانون الموطن المشترك خاصة في الدول التي تأخذ بالموطن الواقعي، فقد يختلف الموطن الحكمي لطرفي العقد إلا أن الموطن الواقعي قد يتحد لكليهما[٢١]. وإذا كانت صلاحية ضابط الموطن المشترك تبرز بشكل واضح في مسائل الأحوال الشخصية بحيث يتحد موطن أطراف العلاقة في أغلب الأحيان، إلا أن الأمر مختلف في المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي خاصة في عقود الوساطة التجارية الدولية، ويتمثل ذلك في كون موطن أطراف عقد الوساطة يقع في اكثر من دولة، كما لو كان المنتج يقيم في دولة والوكيل او الموزع في دولة أخرى، كما ان الهدف الأساسي من إبرام عقد الوساطة التجارية هي إنابة الوسيط للمُوسط في ترويج بضائعه ومنتجاته أو قيام الوسيط بإبرام العقود باسم المُوسط أو باسمه الشخصي ولكن لحساب المُوسط في بلد آخر، فإذا اتحدا في الموطن فلا داعي هنا لإبرام عقد الوساطة، حيث يقوم المُوسط (المُوكل) بالترويج لبضائعه وإبرام الصفقات بنفسه. وينطبق الأمر كذلك بالنسبة لعقد السمسرة في الأوراق المالية، فالغالب أن يكون البائع أو المشتري للورقة المالية يقيم في بلد غير البلد الذي يقيم فيه الوسيط المالي، حيث تعتمد أوامر البورصة بين العملاء على العنوان الافتراضي الإلكتروني وليس على العنوان الحقيقي[٢٢]. فكيف يتم الأخذ بضابط الموطن المُشترك في تحديد القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالات.

الفرع الثاني

تعيين القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية وفقاً لضابط محل الإبرام

اخذت العديد من التشريعات الوطنية بضابط محل الإبرام في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات العقدية كالقانون الفرنسي والقانون المصري والقانون الإماراتي، فإذا لم يتحد موطن المتعاقدين وغاب قانون الارادة تعين على القاضي الأخذ بضابط محل الإبرام في تحديد القانون الواجب التطبيق، وتأتي أهمية ضابط محل الإبرام في هذا الجانب على أساس أنه يمهد للعلاقة التعاقدية، ويأتي ضابط محل الإبرام في بعض القانونين كالقانون المصري والقانون اليمني بالترتيب الثاني بعد ضابط الموطن المشترك من حيث الأفضلية، وهي نفس المرتبة التي منحها المشرع الإيطالي لضابط محل الإبرام بعد ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين[٢٣]، فليس من السهل على المتعاقدين العلم بأحكام هذا القانون عند إبرام العقد في مكان معين يُفترض معه توطنهم أو اقامتهم فيه لمدة من

([٢١]) د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، ص ١٠٠ وما بعدها.

([٢٢]) نواف عواد مطلق القانون الواجب التطبيق على الوساطة المالية في بورصة الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ٢٠١٥، ص ١٢٣.

([٢٣]) المادة ٢٥ من القانون المدني الإيطالي.

الزمن، قد تطول هذه المدة او تقصر لأن إبرام عقود التجارة الدولية غالياً ما تستغرق وقتاً من المفاوضات التي تسبق انعقاد العقد. وقد تصدر ضابط محل الإبرام في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية فترة من الزمن خاصة عند فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، إلا أنه من وجهة نظر البعض لا يتماشى مع مقتضيات التجارة الدولية في صورها الحديثة، سيما عقود الوساطة التجارية ذات الطابع الدولي موضوع الدراسة[٢٤]. كما لا يمكن أن يكون قانون محل الإبرام هو القانون الأكثر صلةُ بالعقد من حيث الموضوع، بالإضافة إلى أن بعض العقود من حيث الشكل قد يتعلق بالنظام العام للدولة، بالتالي لا ينبغي القول بخضوع العقد من ناحية الموضوع لقانون محل الإبرام على أساس أن العقد من ناحية الشكل يخضع لنفس القانون[٢٥]. كما قد يذهب البعض مع اتجاه نية أطراف العقد إلى الخضوع لقانون محل الإبرام لأنه يتفق مع القانون الوطني للمتعاقدين أو أحدهما أو يتفق مع قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد[٢٦]. فإذا ما نظرنا إلى عقد الوساطة في الأوراق المالية وكما ذهب البعض إلى المادة (٢٨) من القانون الدولي الخاص اليوناني، حيث يُستفاد من نص المادة المذكورة خضوع العقد الذي يُبرم في سوق الأوراق المالية (البورصة) لقانون محل الإبرام[٢٧]، بالتالي فإن الذهاب مع هذا القول يؤدي إلى نوع من الخلط بين عقد بيع الورقة المالية ذاتها والذي لا يتم إلا عن طريق البورصة وبين عقد الوساطة أو السمسرة في بيع الورقة المالية، فإذا كان عقد بيع الأوراق المالية يتم داخل البورصة فإن الأمر مختلف بالنسبة لعقد الوساطة، سيما في ظل النظريات المتعددة التي طرحت في هذا الشأن، فعقد الوساطة يمكن أن ينعقد بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة من حيث الجنسية، كما يمكن أن يتم التعاقد عن طريق وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، مما يؤدي إلى انعدام الصلة بين قانون محل الإبرام وعقد الوساطة فيكون من الصعب تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، كما هو الحال بالنسبة لوكيل الإعلانات الذي غالبا ما تكون اقامته في بلد يختلف عن البلد الذي يُقيم فيها المُنتج أو صاحب البضاعة، والأمر ينطبق كذلك لوكيل اللاعبين أو الوكيل بالعمولة بحيث أصبحت الطريقة السائدة في ابرام العقود لمثل هذه الحالات تتم بواسطة التعاقد الإلكتروني أو عن طريق التواجد في أماكن معينة لفترة قصيرة من الزمن ويُبرم العقد، ومن ثم لا يُعبر ضابط محل الإبرام عن أي رابطة موضوعية بين العقد ومحل إبرامه.

المطلب الثاني

(٢٤) د. أبو العلا النمر، عقد العمل في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص ١٥١.

(٢٥) د. عادل أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٤، ص ٩٢.

(٢٦) د. أبو العلا النمر، المصدر السابق، ص ١٥٠.

(٢٧) نواف عواد مطلق، القانون الواجب التطبيق على الوساطة المالية في سوق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ١٢٥، وما بعدها.

نظرية الأداء المميزودورها في عقود الوساطة التجارية

تقسيم:

عمد الفقه إلى البحث عن ضوابط أكثر موضوعية من حيث التعبير عن الرابطة الوثيقة بين العلاقة العقدية وقانون الدولة[٢٨]. وتبنى القضاء الفرنسي نفس الفكرة في قضية عقد توريد خاص بالأجهزة الصناعية، حيث لم يحدد أطراف العقد قانوناً يحكمه، وقد عُرض الموضوع على محكمة الاستئناف في باريس بعد قيام نزاع بين الأطراف بشان العقد، والتي انتهت إلى أن تحديد قانون معين لحكم العقد يتم عن طريق النظر إلى القانون الأكثر صلة بالعقد، وهو قانون المكان الذي ينفذ فيه الالتزام الرئيسي في العقد[٢٩]، ومن هنا ظهرت نظرية الأداء المميز والتي تعني أن لكل عقد التزام رئيسي أو أداء مميز يُحدد خصائصه لا يقوم على عناصر شخصية، وإنما يتحدد هذا الأداء بطريقة موضوعية تستند إلى عناصر مادية بحتة تكاد تكون الإرادة فيها منعدمة، وذلك لأن تركيز الموضوعي للعقد يقوم على البحث عن القانون الأكثر صلة لينعقد له الاختصاص[٣٠].

الفرع الأول

مضمون نظرية الأداء المميز

يقصد بنظرية الأداء المميز في هذا الصدد هو الأداء الذي يميز بين عقد معين عن غيره من العقود. وتقوم هذه نظرية على معاملة كل عقد بشكل منفرد أو معاملة كل طائفة متشابهة من العقود، فهناك أداء يُميز عقد العمل عن عقد القرض، كذلك الحال بالنسبة لعقد الوساطة التجارية ذو الطابع الدولي بمختلف أنواعه، ووفقا لنظرية الأداء المميز فإن العناصر التي تستمد بها العلاقة العقدية تركيزها تكون من ذات العلاقة وليس من خارجها، وبذلك يتعين على القاضي البحث في كل حالة عن القانون الأكثر صلة بالعقد وهو في الغالب قانون الدولة التي يرتبط بها العقد، وقد وضعت اتفاقية روما قرينة مؤداها أن أكثر القوانين صلةً بالعقد هو قانون البلد الذي يُقيم به المدين بالالتزام الرئيسي في العقد[٣١]. وقد أخذت بعض التشريعات الوطنية بمعيار الأداء المميز في العلاقات الخاصة الدولية لثبوت عدم جدوى ضوابط الإسناد الجامدة[٣٢]. ففي القانون العراقي نجد أن نظرية الأداء

([٢٨]) لاحت في الأفق نظرية جديدة كرسها القضاء السويسري في حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر عام١٩٥٢ في قضية "chevally Genimpartex S.A" أنظر: د. عادل أبو هشيمة، مصدر سابق، ص ٩٧ وما بعدها.

([٢٩]) د. عادل أبو هشيمة، نفس المصدر، ص ٩٩ وما بعدها.

([٣٠]) د. عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية- دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٤، ص ٦٢.

([٣١]) د. أشرف وفا، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، مصدر سابق، ص ٤٣.

([٣٢]) ويقف القانون السويسري على رأس هذه التشريعات حيث قرر أن العقد يحكمه قانون الدولة الذي يرتبط به، ثم تلا ذلك بقوله أن هذا الارتباط يتحقق بالنسبة للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الذي يتعين عليه تقديم الأداء

المميز معياراً لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ذو الطابع الدولي، وتفترض أن القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة العقدية هو قانون محل الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز أو الأداء الجوهري وقت ابرام العقد. كما وتُلزم هذه النظرية القضاء العراقي بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة في حال عدم وجود نص تشريعي واضح، وذلك بموجب نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي. كما أقر المشرع المصري بنظرية الأداء المميز في المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري، حيث نصت على"... وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع". وكذلك الأمر بالنسبة للقانون السويسري حيث أعتبر أن القانون الاكثر صلةً بالعقد هو قانون الدولة التي يوجد فيها محل إقامة المدين بالأداء المميز أو قانون الدولة التي توجد فيها المؤسسة المهنية للمدين. وبناءً على ذلك، إذا كان المدين بالأداء المميز شخصاً معنوياً أو شركة فنجد هنا أن الأداء المميز يتحقق في البلد الذي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيسي للشخص المعنوي، كما هو الحال بالنسبة لشركات الوساطة في الأوراق المالية، حيث أن وسيط البورصة لابد أن يكون شخصاً معنوياً ومن ثم يكون القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة هو قانون الدولة التي يمارس فيها الوسيط نشاطه وذلك لوجود مركز الإدارة الرئيسي فيها. وقد اخذت محكمة استئناف غرونوبل بضابط الأداء المميز في حكمها الصادر في سبتمبر عام ١٩٩٥ في العقد المُبرم بين شركة إيطالية مقرها الرئيسي في إيطاليا ومشتري فرنسي حيث انتهت المحكمة إلى تطبيق القانون الإيطالي باعتباره قانون المدين بالأداء المميز وهو تسليم المبيع، وكذلك أخذ قانون التحكيم الرياضي الذي يحكم إجراءات الدعوى التحكيمية بنظرية الأداء المميز[٣٣].

الفرع الثاني

صلاحية نظرية الأداء المميز في التطبيق على عقد الوساطة التجارية

المميز، ويعتبر أداء مميز على وجه الخصوص العمل المتطلب من قبل الوسطاء التجاريين، وكذلك القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في ١٥ يونيو ١٩٧٨، أعتد بفكرة الأداء المميز كأساس لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقود الملزمة للجانبين وحدد نماذج لقانون الدولة التي ينفذ فيها الأداء المميز، مثال دولة البورصة والتي يقيد بها عقد بيع الورقة المالية وكذلك البيوع التي تتم بالمزاد وكذلك دولة البنك بالنسبة لعمليات البنوك وما إلى ذلك من صور جمة للعقود وأخيرا ينص القانون الأردني الصادر في ١٤ يونيو ٢٠٠١ والمتعلق بالتحكيم م / ١٣٦٠ / ب" (في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة التي لديها أكثر الروابط وثوقا مع النزاع). أنظر د. عادل أبو هشيمة، مصدر سابق، ص ١٠٢.

(٣٣) أنظر المادة ٦٧ وما بعدها من قانون التحكيم الرياضي الدولي لاسيما القواعد المعمول بها أمام غرفة التحكيم الاستئنافية في محكمة التحكيم الرياضي الدولي.

قد يُلاحظ في العديد من العلاقات العقدية تواجد أداء مميز مشترك بينها، بالتالي ليس بالضرورة أن يكون لكل عقد أداء مميز أو التزام رئيسي مختلف عن غيره، فعلي سبيل المثال ومن خلال النظر على عقد الوساطة التجارية محل الدراسة يتضح لنا أن الأداء المميز الذي يقع على عاتق الوسيط هو التزام رئيسي يتمثل بأداء عمل قانوني لحساب المُوكل مقابل التزام الأخير بدفع العمولة أو المقابل المادي، بالتالي يُعتبر التزام الموكل التزاماً ثانوياً ومن ثم يتعين على القاضي تطبيق قانون المدين (الوسيط) بهذا الالتزام الرئيسي.

ولكن التساؤل الذي يُثار في هذا الصدد هو عن ما هو المقصود بقانون الوسيط باعتباره المدين بالأداء المميز، هل هو قانون محل تنفيذ الالتزام بالنسبة للوسيط أم قانون محل إقامته أو قانون جنسيته؟

أجابة اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ في المادة (٤) على هذا التساؤل حيث اعتبرت أن القانون الأكثر صلةً بالعلاقة العقدية هو قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامة الوسيط أو قانون الدولة التي توجد فيها منشأته المهنية، كما ورد في اتفاقية روما الثانية لائحة الاتحاد الأوروبي رقم ٥٩٣ لسنة ٢٠٠٨ أن عقد بيع البضائع والخدمات في حالة عدم قيام طرفاه باختيار القانون الذي يحكم عقدهم يكون محكوماً بقانون محل إقامة البائع باعتباره المدين بالأداء المميز[٣٤]. كما يوجد اتجاه داخل نظرية الأداء المميز يقرر أن القانون المقصود هنا هو قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز أو قانون مركز نشاطاته متى ما كان المدين شركة أو مؤسسة وأبرمت عقدًا متعلق بنشاطها المهني الذي تقوم به[٣٥]. ولكن لا يمكن الاخذ بهذا القول في جميع أنواع عقود الوساطة، كعقد الوساطة (السمسرة) في الأوراق المالية حيث نجد أن المدين فيه بالأداء المميز هو الوسيط (السمسار)، فإذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون مركز الإدارة الرئيسي فهذا الأمر يعد منطقياً بالدرجة الأولى، وذلك لأن الوسيط في سوق الأوراق المالية (البورصة) لا يكون إلا شركة يكون مقر ادارتها الرئيسي في دولة البورصة، بالتالي يتحد في هذا الفرض مركز الإدارة الرئيسي للوسيط مع المحل الذي يؤدي فيه التزامه الرئيسي ويتحد كذلك مع محل التنفيذ.

بالنهاية، تعد نظرية الأداء أداة فاعلة في القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وتُركز هذه النظرية على الأداء الجوهري للعقد لتحديد القانون الأكثر صلةً به، مع مراعاة العدالة والأمان القانوني.

([٣٤]) والإجابة نفسها نجدها في القانون الدولي الخاص الألماني الصادر سنة ١٩٨٦، حيث قرر في مادته ٢٨/١ في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يطبق أوثق القوانين صلة بالرابطة العقدية وفي الفقرة الثانية من ذات المادة يفترض أن الدولة التي يرتبط بها العقد بأوثق الصلات هي تلك التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بأداء المميز أو مركز إدارته الرئيسي فيما لو كان شخصًا اعتباريًا وكذلك التقرير المتعلق بمعاهدة روما يفترض أن الأداء المميز يتحقق في الدولة التي يقيم بها المدين بهذا الالتزام. أنظر د. أشرف وفا، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، مصدر سابق، ص ٤٥.

([٣٥]) د. عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية، مصدر سابق، ص ٧١.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث ومن خلال استعراض دراستنا لموضوع " القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة التجارية ذو الطابع الدولي" توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات المقترحة سنبينها فيما يأتي:-

النتائج

١- يتضح من خلال هذه الدراسة أن القانون الذي يُطبق على العلاقة القانونية هو قانون الإرادة، وهو ما نصت عليه صراحة المادة (٥) من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨، حيث قررت أن القانون الداخلي المختار من جانب الأطراف هو الذي يحكم علاقة التمثيل بين الأصيل والوسيط ونصت عليه كذلك اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ في مادتها الثالثة.

٢- كما يتضح من خلال هذه الدراسة أن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المُبرم بين المُنتج والمُستهلك أو الوكيل والمستهلك مُقيد بعدم انتقاص أي حق من حقوق المُستهلك بالتالي فهو اختيار مقيد بمصلحة المستهلك.

٣- إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة التجارية ذو الطابع الدولي بالإحالة. أما في العراق، فبعد صدور القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل تم حصر العمل بالإحالة في المادة (٣١) ف١، إلا ان المشرع العراقي أخذ بالإحالة بصورة استثنائية في قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المادة الثانية منه والتي نصت على أن "يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، فاذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة واجبة التطبيق".

٤- عدم مواكبة التشريعات الوطنية المتعلقة بعقد الوساطة التجارية ذو الطابع الدولي – محل الدراسة- للتطورات التي طرأت على الساحة الدولية.

المقترحات

١- وضع قواعد اسناد خاصة بعقد الوساطة التجارية ذو الطابع الدولي يتحدد بمقتضاها المحكمة المتخصة بنظر المنازعات التي تنشأ عنه وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود.

٢- عدم الأكتفاء بالتحكيم الاجباري كوسيلة وحيدة لفض النزاع الذي ينشأ بمناسبة عقد الوساطة الرياضية وحرمان أطرافه من اللجوء الى القضاء العادي.

٣- ضرورة تعديل نص المادة (٢٥ف١) من القانون المدني العراقي وضرورة اعتمادها على الضوابط المرنة عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني ومنها نظرية الاداء المميز.

٤- ندعو المحاكم العراقية على اختلاف درجاتها بتطبيق نظرية الاداء المميز حتى مع عدم وجود النص بتطبيقها على اعتبار ان هذه النظرية من مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة.

المصادر

١. أشرف وفا، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

٢. أكثم أمن الخولي، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار نهضة مصر للنشر والطباعة والتوزيع، القاهرة، جمهورية مصر العربية، سنة ١٩٥٨.

٣. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول المقترحة في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،١٩٩٧.

٤. طاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٧.

٥. عادل أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٤، ص ٩٢.

٦. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط ٧، ١٩٧٢.

٧. عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ٢٠١٢/٢٠١٣، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

٨. عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية– دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٤.

٩. فؤاد رياض – و د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، ١٩٧٤، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

١٠. مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين، دار النشر مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ١٩٥٧.

١١. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية.

١٢. ناجي عبد المؤمن، جواز الاتفاق على التحكيم بالإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، بدون سنة نشر.

١٣. د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٥.

الرسائل والأطاريح العلمية

١٤. أبو العلا النمر، عقد العمل في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩١.

١٥. نواف عواد مطلق القانون الواجب التطبيق على الوساطة المالية في بورصة الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ٢٠١٥.

القوانين

١٦. المادة (١٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

١٧. المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

١٨. المادة (١٩) من القانون المدني الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

١٩. المادة (٥٩) من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

٢٠. المادة (١٠) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم المصري.

٢١. قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ نشر بالجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر في١٩٩٩/٥/١٧.

٢٢. القانون الأردني الصادر في ١٤ يونيو ٢٠٠١ والمتعلق بالتحكيم م / ١٣٦٠ / ب.

٢٣. المادة (٦٧) وما بعدها من قانون التحكيم الرياضي الدولي.

٢٤. لائحة وكلاء اللاعبين الصادر عن الإتحاد الدولي لكرة القدم الفيفا، الفصل الرابع حقوق وواجبات الوكلاء، م ٢٢/١.

الاتفاقيات الدولية

٢٥. اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.