

**The Obligatory Applicable Law to Brokerage in the Stock Market:****A Comparative Study****Hudhaifa Raad Ali****Dr. Wissam Tawfiq Abdullah****Assist. Lecturer****Assist. Prof**

College of Law - University of Mosul – Mosul- Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 11 Oct., 2023

Accepted: 22 Oct., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 407-438© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>**Corresponding author:**Assistant Lecturer: Hudhaifa
Raad Ali

Dr.Wissam Tawfiq Abdullah

College of Rights - University of
Mosul - Mosul - Iraq

Email:

altaieehutheifa@gmail.com**Abstract**

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

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



القانون الواجب التطبيق على الوساطة في سوق الأوراق المالية دراسة مقارنة



الدكتور وسام توفيق عبد الله

حذيفة رعد علي

استاذ مساعد

مدرس مساعد

كلية الحقوق - جامعة الموصل - الموصل - العراق

المستخلص

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

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

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

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/١٠/١١

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/١٠/٢٢

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر
للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها
بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution)
(CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام،
والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع
للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس
العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: م.م حذيفة رعد علي

الدكتور وسام توفيق عبد الله (٢٠٢٣)

القانون الواجب التطبيق على الوساطة

في سوق الأوراق المالية - دراسة مقارنة

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

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

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

أولاً: التعريف بموضوع البحث

شهدت أسواق الأوراق المالية في الدول المتقدمة تطوراً مهماً، على الصعيدين التشريعي والتقني، ويعد هذا التطور من أبرز علامات الاقتصاديات المتقدمة، وبالرغم من الدور الكبير الذي تمثله هذه أسواق الأوراق المالية في تجميع المدخرات، وتوجيهها نحو الاستثمار في المشاريع الإنتاجية المختلفة مما يؤدي حتماً إلى المساهمة في تطوير الاقتصاد الوطني فإن هذا الموضوع ما زال مبهماً لشريحة كبيرة من الناس. ولا شك أن التطور المستمر للاتصالات الدولية و تزايد عدد الشركات الكبرى التي تتراكم فيها رؤوس أموال عملاقة يقتضي استثمار جزء من هذه الأموال في دول أخرى غير التي توجد فيها تلك الشركات، إذ أصبحت الأموال تنتقل من دولة إلى أخرى بصفة مستقلة لحصول المضاربين على عائد أفضل من استخدام أموالهم في أسواق الأموال الأجنبية، ومن ناحية أخرى فإن الشركات العملاقة لكي تحصل على تقويم أعلى للأوراق المالية التي تصدرها فإنها تهتم بتقييدها لا في أسواق الأوراق المالية في بلدها الأصلي فحسب، بل في أسواق الأموال في الدول الأجنبية أيضاً، فضلاً عن أن السندات التي تصدرها الدول أو الشركات بمبالغ هائلة تستلزم اللجوء إلى أصحاب رؤوس الأموال في الدول كافة، ولتحقق ذلك، فإن هذه الأوراق المالية ستقيد في الدول التي يكتب فيها المستثمرون.

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

ثانياً: أهمية موضوع البحث

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

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

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

لذلك الحقوق والمراكز القانونية.

ثالثاً: أسباب اختيار موضوع البحث

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

ثالثاً: مشكلة البحث

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

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

رابعاً: نطاق البحث

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

خامساً: منهجية البحث

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

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

سادساً: هيكلية البحث

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

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

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

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

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

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

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

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الوسطاء الماليين

لما كان من الممكن ان يكون أحد عناصر عقد الوساطة أجنبياً، إذ تجيز بعض الدول للأجانب ممارسة مهنة الوساطة المالية في أسواقها المالية، أي في البورصات الوطنية^(١)، فإنه من الممكن أن تُثار مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية، وهذا يستوجب تحديد القانون الواجب التطبيق من الناحية الموضوعية ومن الناحية الشكلية للعقد وذلك على وفق ما يأتي:

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

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

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية

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

(١) نقلاً عن: محمد يوسف ياسين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان، ٢٠٠٤، ص ٢٣٤ وما بعدها؛ إذ أجاز قانون سوق المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال للأعضاء المراسلين، وهم السماسرة المقيدون في البورصات الأجنبية قيدهم أو تسجيلهم في بورصة الأوراق المالية بشرط المعاملة بالمثل، وذلك بأن تقوم بورصات تلك الدول المقيد فيها هؤلاء السماسرة بمعاملة السماسر المقيدين في بورصة مصر بالمثل إذ سكتت المادة (٥٤) مكرر من ذلك القانون عن بيان جنسية هؤلاء السماسرة فقد يكون سمساراً غير مصري ومقيداً في بورصة أجنبية إذا كانت قوانين الدولة تسمح بذلك؛ ينظر: د. عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، ط١، دار النشر للجامعات، مصر، ١٩٩٨، ص ٨٣.

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

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

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية

يتطلب إبرام العقود الخاصة بالتعاملات الواردة على الأوراق المالية استيفاء الشروط الموضوعية التي يتطلبها إنشاء التصرفات الإرادية من رضا ومحل وسبب، فضلاً عن وجوب صدور التصرف الإرادي من شخص يتمتع بالأهلية، فالقاعدة العامة المستقرة في الفقه والقضاء والتشريع المقارن هي خضوع عقود المعاملة المالية الخاصة ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة^(١).

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

فالإتجاه الأول يرى إخضاع عقود بيع الأوراق المالية ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة، وإذا لم تتوافر الإرادة فتخضع لقانون البلد الذي يوجد فيه سوق الأوراق المالية التي تمت على أساسه وفي نطاق أعماله الصفقة، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الحل مشروع القانون المدني المصري في المادة (٤٣) التي نصت على أنه: "إذا لم يتفق المتعاقدان وقت إبرام العقد على القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقد التي تتم في البورصات والأسواق العامة، فإن القانون الذي يسرى هو قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق"^(٢).

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

(٢) تنظر: المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١؛ والمادة (١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٣) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبيع الدول الاشتراكية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، تصدر عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي، العدد (٢٤٥)، السنة (٦٢)، ١٩٧١، ص ٨٣.

عدم اتفاق المتعاقدين على قانون يحكم العقد، وهي قرينة محل إبرام العقد^(٤).
 اما الاتجاه الثاني فيرى إخضاع عقود البيع التي تتم في أسواق الأوراق المالية للقانون النافذ في دولة محل وجود سوق الأوراق المالية أي لقانون الدولة التي تزاوّل فيه تلك السوق اعمالها^(٥)، وأخذ بهذا الحل القضاء في بعض الدول، اذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٤ سبتمبر لعام 1940 م بإخضاع العقود التي تتم في البورصات لقانون البورصة أي لقانون البلد الذي تزاوّل فيه البورصة عملها^(٦)، وتقضى المادة (3) من الاتفاق الخاص بالبيع ذات الطابع الدولي الذي اقره مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في عام 1951م بخضوع البيع الذي يتم في البورصة والبيع بالمزاد للقانون الداخلي للدولة التي توجد بها البورصة أو يجري فيه المزاد^(٧).

وتبنى هذا الاتجاه الذي نحن بصده بعض تشريعات الدول، مثل القانون الكويتي رقم (٥) لعام ١٩٦١م المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في المادة رقم (٦٠) التي نصت على أنه : "يسرى على العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق"، ويلحظ من هذا النص أن المشرع يخرج العقود التي تبرم في سوق الأوراق المالية والأسواق العامة من نطاق أعمال القاعدة العامة في خضوع العقد لقانون الإرادة، ويخص هذه العقود بقاعدة إسناد تقضى بخضوعها لقانون البلد التي يوجد فيه سوق الأوراق المالية أو السوق العام الذي أبرم فيه العقد، وهو اتجاه محمود عندما قررت المادة الاختصاص الأمر لقانون البلد الذي يوجد فيه سوق الأوراق المالية أو السوق العام، إذ يؤدي ذلك إلى تحقيق خضوع العقود التي تبرم فيها لقانون واحد، وهو أمر يتطلبه استقرار المعاملات في أسواق الأوراق المالية والأسواق العامة.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠م بشأن البيع الدولي للبضائع، استبعدت بعض العقود كعقود بيع الأوراق المالية ذات الطابع الدولي من الخضوع لأحكامها طبقاً للمادة (٢) منها إذ نصت على أن: " لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على البيوع التالية:
 (أ) البضائع التي تشتري للاستعمال الشخص أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولا يفترض فيه أن يعلم، بأن البضائع اشترى لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة.

(ب) بيع لمزاد.

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

(د) الأوراق المالية والأوراق التجارية والنقود.

(هـ) السفن والمراكب والحوامات والطائرات.

(٤) د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، الجزء الثاني، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة الصادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والتشريع بالقاهرة، العدد (٣٥٢)، السنة (٦٤)، ١٩٧٢، ص ٣٨.

(٥) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٦) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، ط ٩، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص ٤٤٩.

(٧) د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، مصدر سابق، ص ٢٦٧.

(و) الكهرباء".^(٨)

ويبرر جانب من الفقه ذلك بانتفاء أي عقد بين البائع والمشتري، ولأن الأشخاص الذين أعطوا الأوامر بتنفيذ صفقاتهم في سوق محدد، إنما اختاروا ضمناً الخضوع للقوانين والأعراف السائدة في هذه السوق، ما يعني استبعاد تطبيق الاتفاقية على علاقاتهم^(٩).

فضلاً عن أن معاهدة لاهاي لعام ١٩٥٥ م حول القانون المطبق على بيع المنقولات، استبعدت من نطاق تطبيقها البيوع الحاصلة في البورصة وذلك في المادة (٣) منها^(١٠)، ولو كان البيع للأوراق المالية بيعاً دولياً، وذلك لأن بيع هذه القيم يخضع لإحكام قانونية خاصة به تكون غالباً أحكاماً ملزمة^(١١).

ويقوم هذا الاتجاه على حجة مقتضاها الحفاظ على وحدة القانون المطبق على المعاملة التي تجري في إطار سوق الأوراق المالية، والتي قد تتطلب الاعتماد بالتفصيلات الفنية التي تنظمها عادة لوائح خاصة بهذه السوق^(١٢).

ويرى جانب من الفقه أن القواعد القانونية التي تحكم علاقة الوسطاء بعضهم ببعض من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري، وهي مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها حداً كبيراً يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، وهذه القواعد لا تقتصر على قوانين أمن الأسواق، بل تضاف إليها مجموعة القوانين والأعراف المحلية، مما يؤدي إلى عدم جواز الاتفاق على خلاف ذلك، ويجب اعتماد الحل نفسه فيما يتعلق بالصفقات المعقودة مباشرة بين المشتري والبائع، إذا كان قانون السوق يجيز لهما - استثنائياً - إصدار أوامر في السوق بصورة مباشرة وبدون وسطاء، واختصاص القانون الوطني بهذه المسائل يكون اختصاصاً مقتصراً عليها وحدها، فالدولة لا يمكنها أن تقبل أن يزاحمها في اختصاصها بحكم هذه المسائل أي قانون آخر، نظراً لأهمية وحيوية المصالح التي تحميها بالنسبة للجماعة^(١٣).

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

(٨) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار الاتحاد العربي للطباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢٨٢؛ د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، ط ١، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠١، ص ١٠٧ وما بعدها.

(٩) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(١٠) محمد يوسف ياسين، المصدر نفسه، ص ١٤٢.

(١١) د. محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط ٢، الناشر دار النهضة العربية في القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٣ و ٥٩.

(١٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الفنية للطباعة والنشر بالإسكندرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٤٩٩.

(١٣) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٢؛ د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٦٣٤؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢٦ وما بعدها.

ولذلك نرى أن يأخذ به القاضي الوطني لعدم وجود نصوص أو قواعد في تشريعات دولته تحدد القانون الواجب التطبيق على العمليات التي تتم في سوق الأوراق المالية الموجودة في دولته، وذلك لتعلق الأمر بمبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً التي يلتزم القاضي الوطني بإعمالها فيما لم يرد بشأنه نص في القانون الوطني^(١٤).

ولا بد من التأكيد على أن القانون المدني العراقي لم يتضمن أي نصوص خاصة بتنازع القوانين في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية، وكذلك الحال في قانون التجارة العراقي، لذلك لا بد من تطبيق القواعد العامة في تنازع القوانين والمنصوص عليها في المواد (١٧ - ٣٣) من القانون المدني العراقي.

وبهذا الخصوص نصت المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"، كما ان القانون المدني المصري تضمن في المادة (١٩) تضمن حكماً مشابهاً لما نص عليه القانون العراقي ويتضح من نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني بان المشرع العراقي أخضع الالتزامات التعاقدية بصورة عامة للقانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً، وفي حالة عدم وجود اتفاق صريح ولم يتمكن القاضي من تحديد الإرادة الضمنية لأطراف الالتزام، يُطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن كانا في موطن واحد والا فالقانون المختص هو قانون البلد الذي تم فيه التعاقد".

"وأذا كانت الإرادة صريحة فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يكون ميسوراً، أما إذا كانت الإرادة ضمنية، فإن على القاضي ان يكشف عن هذه الإرادة المتعلقة بتركيز العقد في مكان معين، وتطبيق قانون ذلك المكان، فاتفق الطرفين مثلاً على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة معينة يعد دلالة على ان ارادة الاطراف قد انصرفت الى تطبيق قانون تلك الدولة وإبرام العقد في دولة معينة يمكن أن يعد دليلاً على اختيار الاطراف لقانون تلك الدولة"^(١٥).

وبخصوص تطبيق نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي على الرضا في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية، فإن الاستناد إلى إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق لا

^(١٤) تنظر: المادة (٣١) من القانون المدني العراقي.

^(١٥) أكد القضاء العراقي مبدأ خضوع العقد لقانون البلد الذي تم فيه إبرامه وذلك لعدم اتفاق اطراف العلاقة على القانون الواجب التطبيق صراحةً، فقد جاء في قرار محكمة التمييز رقم (٤٥ - ١ حقوقية ١٩٥٨) والصادر في ٢٨/٥/١٩٥٨: "حيث ان العقد قد تم بين الطرفين في لندن فيكون القانون الانكليزي هو المطبق"، وجاء في قرار محكمة التمييز رقم (٢٤٠٣ حقوقية ١٩٦٦) الصادر في ١٩/٢/١٩٦٧: "ان القانون المطبق على هذه الحادثة القضائية هو القانون الانكليزي لأنه قانون الدولة التي تم فيها العقد"، القرارين مشار اليهما لدى: د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط٢، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٢، ص ٢٠٦.

يمكن الركون ليه الا في حالة اتفاق الأطراف صراحة على تحديد هذا القانون^(١٦)، أما في حالة عدم الاتفاق الصريح، فيتم تطبيق معيار بلد نشوء الالتزام بعد تطبيق قانون الموطن المشترك وهذا يتوافق مع نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي أو قانون محل تنفيذ الالتزام، أو ويكون ذلك إستنادا إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، التي يمكن الأخذ بها بموجب المادة (١/٣٠) من القانون المدني العراقي.

إن هذا الحل يؤيده الفقه المصري^(١٧) الذي أشار إلى تطبيق المادة (١٩) من القانون المدني المصري عند بحثه لهذه المسألة، وإن نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي يتطابق مع نص المادة (١٩) من القانون المدني المصري.

الفرع الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية

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

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

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

(١٦) من الجدير بالذكر انه توجد نظريتان بشأن تطبيق مبدأ قانون الارادة الاولى هي النظرية الموضوعية، وبموجبها يكون للأطراف حرية تحديد عناصر العقد مثل اختيار محل انعقاد العقد وتحديد مكان تنفيذه ومن ثم يكون للقاضي ان يتحقق من ان القانون الذي تم اختياره له علاقة بعناصر تركيز العقد، فاذا لم يعين المتعاقدان صراحة القانون الذي يحكم عقدهما فان على القاضي ان يستخلص ذلك من القرائن المستمدة من العقد؛ والنظرية الثانية هي النظرية الشخصية، وبمقتضاها يكون لطرفي العقد حق اختيار القانون الواجب التطبيق، وفي حالة عدم وجود اختيار صريح لهذا القانون فانه يجب البحث عن الارادة المفترضة للمتعاقدین بطريقة ثابتة، بمعنى انه يجب استبعاد كافة القرائن وبحث كل حالة على حدة، وعلى ذلك فان تحديد القانون الذي يحكم العقد يكون مقتصرًا على طرفيه، وليس للقاضي مراقبة الطرفين في مسلکهم هذا؛ ينظر: د. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون مكان أو سنة نشر، ص ٧٦-٧٧.

(١٧) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٨٣١.

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

لا يوجد العقد إلا باتفاق إرادتين أو التراضي بين طرفين على إحداث أثر قانوني معين، فرضا المتعاقدين أو الإرادة هو الركن الجوهرى والأساسي لإبرام العقد، أي هو نقطة ارتكاز تتجمع حولها باقي أركان العقد، فإن توافقت إرادتا الطرفين حدث التراضي بينهما^(١٨).

اذ يعد الرضا أساس التصرفات الإرادية فلا يوجد التصرف القانوني الا إذا كان الرضا موجودا وصحيحا، ووجود الرضا يقصد به التعبير عن الإرادة أي توافق الإيجاب الصادر من الطرف الأول مع قبول الطرف الثاني^(١٩).

"والإرادة كما هو معلوم شيء معنوي كامن في النفس البشرية لا يمكن الوقوف عليه أو تحديد معالم شكله إلا من خلال التعبير، ذلك المظهر المادي الذي يمكن من خلاله التعرف على ما اتجهت إليه الإرادة وفي اطار عقود الوسطاء الماليين يتخذ التعبير عن الإرادة مظهرا ماديا وهو التوقيع على العقد"^(٢٠).

ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إخضاع وجود الإرادة أو التراضي للقانون الذي يحكم العقد، وذلك لأن الأمر يتعلق بأخص المسائل التي تدخل في دائرة تطبيق هذا القانون، فضلا عن أن إخضاع وجود التراضي للقانون الذي يحكم العقد يؤدي إلى ضمان وحدة القانون الواجب التطبيق على مراحل العقد كافة، ولا سيما المرحلة الأولى من حياة العقد^(٢١)، وبهذا الحل أخذت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ م بشأن الالتزامات التعاقدية إذ قضت المادة (٨/١) منها بأن: "وجود وصحة العقد يخضعان للقانون الذي سوف يعقد له الاختصاص بتنظيم العقد وفقا لنصوص هذه الاتفاقية إذا كان إبرام العقد قد تم صحيحا".

أمّا صحة الرضا ويقصد بها أن يكون صادرا من شخص ذي أهلية وأن يكون غير مشوب بعيب من عيوب الرضا وهو الإكراه والغلط والغبن مع التغيرير والاستغلال، ولسكوت النصوص في القوانين والاتفاقيات ذات العلاقة بموضوع البحث ذهب اتجاه في الفقه^(٢٢) إلى القول: "بإخضاع صحة الرضا بصفة عامة لقانون الإرادة، وهذا المبدأ يرجع إلى قاعدة عامة تقضي بان إرادة الأطراف تعد ضابطاً للإسناد في التصرفات القانونية الدولية الخاصة، ويقصد بالعقد الدولي العقد الذي يشوبه أكثر من عنصر أجنبي والذي

(١٨) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، دار الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦، ص ١١٢٣.

(١٩) الأستاذ عبد الباقي البكري، د. محمد علي البشير، د. زهير البشير، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢، ص ٢٧٨ - ٢٧٩.

(٢٠) د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، القانون التجاري - الاوراق التجارية، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٦، ص ٢٦.

(٢١) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص ١١٢٣.

(٢٢) د. رزق الله انطاكي، السفتجة أو سند السحب ، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ١٩٦٥، ص ٢٦٧؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٨٣١.

تمتد آثاره إلى أكثر من دولة وقد أخذت معظم القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية بهذا الاتجاه^(٢٣) ويؤكد هذا الاتجاه بأن ميدان عمل الإرادة لا يتمثل في اختيار القانون الواجب التطبيق، بل في ميدان تركيز العقد في مكان معين، فالعقد لا يتحدد مقره بالنظر إليه بصفة مجردة كعقد وإنما يتحدد ذلك المقر بالنظر إلى الأحداث الخارجية مثل تبادل عبارات التراضي أو تحرير وثيقة تتضمن بنود العقد، ولما كانت هذه الأحداث تتم بإرادة الأفراد فإن مقر العقد يتحدد بالإرادة، وعندما يتحدد هذا المقر فإن القاضي يقوم بتطبيق القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى ذلك المقر، ولكن لا يوجد ما يمنع من اختيار القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، لأن تطبيق هذا القانون لا يتم استناداً إلى هذه الإرادة مباشرة وإنما يستند إلى سلطان المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية فالإرادة تعد ضابط اسناد يرشد إلى هذا القانون^(٢٤).

ويرى مؤيدو هذا الاتجاه أن الأخذ بقانون الإرادة له مبرراته، ذلك أن الاتفاقيات المتعلقة بتنازع القوانين في عقود الوسطاء الماليين لم تحدد القانون الواجب التطبيق على الرضا بشكل صريح، وهذا يعني أنها تركت حكم هذا الموضوع خاضعاً للقواعد العامة والتي تقضي عادة بخضوع الشروط الموضوعية في التصرف القانوني لقانون الإرادة، فضلاً عن أن تطبيق هذا القانون يؤدي إلى خضوع العقد لإحكام قانون واحد، وهو قانون الإرادة وبذلك نتجنب تجزئة العقد ونضمن عدم إخضاع أحكامها لأكثر من قانون، فضلاً عن أن حرية أطراف العلاقة القانونية في إخضاع الالتزام الناجم عن عقد الوسطاء الماليين لقانون الإرادة تكون محصورة بين اختيارين أما القانون المتفق عليه من قبل أطراف العلاقة أو قانون الوفاء به، فضلاً عن أن أطراف العلاقة القانونية يقومون عادة باختيار أنسب القوانين ليكون واجب التطبيق على عقودهم، وأن تطبيق قانون الإرادة يعد حلاً وسطاً للتوفيق بين المصالح المتعارضة لأطراف العلاقة القانونية مما يساعد على تحقيق التوازن في تلك العلاقة^(٢٥).

وبالرغم من وجهة حجج المناصرين لمبدأ إخضاع الرضا وصحته في عقود الوسطاء الماليين لقانون الإرادة إلا أن اتجاهاً آخر في الفقه ينكر أي دور للإرادة في تحديد هذا القانون، ذلك أن قانون الإرادة بالمعنى المتعارف عليه كان صالحاً للتطبيق في وقت لم يهيمن فيه على مضمون العقود الدولية إلا في المبادلات الزراعية، فإن ذلك لم يعد ذلك متمشياً مع معطيات التجارة الدولية الحديثة لأن تطبيق هذه القاعدة

(٢٣) ان الاتفاقيات الدولية تضمنت هذا الحكم ومنها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥١ بشأن تعيين القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي، والاتفاقية الدولية للبيع الدولي للبضائع لعام (١٩٨٠) كما أن قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ تضمن في الباب الخامس منه في المواد (٢٩٤ - ٢٩٧) القواعد العامة في البيوع الدولية وبموجب نص المادة (٢٩٤) تم تعريف البيع الدولي بأنه: "بيع يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر"، كما أن المادة (٢٩٥) أجازت للطرفين أن يتفقا على أحكام أخرى غير منصوص عليها في هذا الباب؛ ينظر: د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج ١، جامعة العلوم التطبيقية، الأردن، ١٩٩٨، ص ١٦٤ - ١٦٥، كما إن المادة (٢٥ - ف ١) من القانون المدني العراقي نصت على حق الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

(٢٤) QUADRI: Cours de droit international Prive , Cours De , Doctorat Polycopies Faculte droit Du Cairo 1954 - 1955. P.48

نقلاً عن د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٤٩.

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

سيقود الى تطبيق قانون معين على تلك العقود^(٢٦)، فضلا عن ان التسليم بحق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يعد تدخلا في عمل المشرع، لأنه عبارة عن تحديد لنطاق سلطان القانون، وإذا كان الأمر كذلك فان القواعد الأمرة في القانون المختص تفرض نفسها، "والمفروض أن القانون هو الذي يحدد الاشخاص والاقوال والتصرفات التي يحكمها وليس الاشخاص هم الذين يحددون القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم^(٢٧)، إلا أنه يرد على هذه الحجة بان حرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مستمدة من مبدأ سلطان الإرادة، وإنما من قاعدة الإسناد التي أعطت للأفراد حق اختيار القانون الواجب التطبيق".

فضلا عن أن هذا الاتجاه يرى ان تطبيق هذه القاعدة قد يؤدي الى نتائج غير مقبولة وذلك اذا كان القانون المختار من قبل الطرفين يقضي ببطلان العقد^(٢٨)، ويرد الفقه على هذه الحجة بالقول بأن إرادة الافراد لا تقوم بتعيين القانون المختص وإنما تقوم بتركيز العقد في مكان معين، فإذا تم تركيز العقد على هذا النحو فان قانون ذلك المكان هو الذي يكون واجب التطبيق، ولذلك فلا غرابة ان يقضي القانون الواجب التطبيق ببطلان العقد في بعض الحالات فهذا البطلان ليس نتيجة لتطبيق قانون اختارته ارادة المتعاقدين وانما هو نتيجة لتطبيق القواعد الأمرة في قانون المكان الذي تركز فيه العقد.

فضلا عن أن الأخذ بالإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق بفتح المجال لتحكم القضاء في تحديد هذا القانون، ولهذا الامر خطورته على تداول الأوراق المالية لأن حامل الورقة لا يمكنه معرفة القانون الواجب التطبيق ومن ثم لا يتمكن من معرفة جوهر الإلتزامات المترتبة بذمته، لأن تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة سيقوم به القضاء، وقد يصل الامر بالقاضي الى إخضاع التصرف القانوني لقانون لم يخطر على بال المتعاقدين عند ابرامهم لذلك التصرف، وان إعطاء الأفراد حق اختيار القانون الواجب التطبيق يعني جواز أن يختاروا اكثر من قانون واحد ليكون واجب التطبيق على إبرام العقد وتحديد الآثار المترتبة عليه وتنفيذها، مما يؤدي الى تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون^(٢٩).

وبناء على ما تقدم فإن الرأي الغالب - وهو الراجح - يذهب إلى إخضاع عيوب الإرادة لقانون العقد، وذلك لأن الأمر يتصل بتأمين المعاملات والإبانة في التعاقد، وقواعد حماية الإرادة من العيوب هدفها قيام عقد صحيح^(٣٠). فضلا عن أنه لما كان وجود التراضي يخضع للقانون الذي يحكم العقد فإنه يكون من غير المعقول والمقبول فصل وجود التراضي عن صحته وإخضاع كل منهما لقانون، بل يتعين خضوعهما

^(٢٦) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ١١٢٤.

^(٢٧) BATTIFOL : Les conflits de lois en matiere de contracts, these, Paris,1938, P. 9

نقلا عن: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٤٩.

^(٢٨) SAVIGNY : Traite de droit romain. TII. P.273

نقلا عن د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٥١ .

^(٢٩) ARMINJOIN: op. cit. No. 74. P.140.

^(٣٠) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، ص ١١٢٤؛ د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، مطابع الأهرام التجارية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٣٧٧.

لقانون واحد هو قانون العقد^(٣١).

ويتولى قانون العقد أيضاً بيان كيفية التعبير عن الإرادة، فهو الذي يحدد ما إذا كان يلزم أن يكون التعبير صريحاً أو ضمنياً، وهو المرجع في تحديد مدى القوة الملزمة للإيجاب، وأثر وفاة من وجه إليه الإيجاب أو فقدانه لأهليته في سقوط هذا الإيجاب، والميعاد الذي يصح فيه القبول. ويختص هذا القانون بتحديد متى يترتب على التعبير عن الإرادة أثره، وكيف يطابق القبول الإيجاب^(٣٢). وبذلك يجب إخضاع الرضا في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية لقانون محل إبرام العقد، لأنه يعد مكان التنفيذ أيضاً وهو المكان الذي يوجد فيه الحق وتتولد عن ذلك المنازعات وتتخذ الاجراءات التحفظية بشأنه، كما أن هذا المكان يتميز بكونه مؤكداً وموحداً، مما يؤدي الى عدم تجزئة العقد في حالة تنازع القوانين^(٣٣).

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

المحل هو الركن الثاني لوجود التصرف الارادي، إذ لا بد لكل تصرف (عقد أو ارادة منفردة) من محل يضاف إليه ويكون قابلاً لحكمه، وعقد الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية بوصفه تصرفاً إرادياً ينشأ عن إرادة وسيط البائع ووسيط المشتري لا بدّ له من محل يضاف إليه ويكون قابلاً لحكمه، وتطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني^(٣٤) والقواعد الخاصة بالأوراق المالية^(٣٥) إذ يشترط في محل العقد الذي هو الورقة المالية أن تكون محددة تحديداً نافياً للجهالة بأن ترد على مبلغ من النقود معيناً تعييناً نافياً للجهالة، ويتم تعيين المحل ببيان الأوصاف المميزة له من الناحيتين الكمية والنوعية. "فمن الناحية الكمية يجب أن يكون محل الورقة المالية مبلغاً من النقود معيناً من حيث المقدار، ولا يجوز أن يكون المبلغ غير محدد المقدار، ومن الناحية النوعية يجب أن يكون محل الورقة المالية مبلغاً معيناً من حيث الجنس وذلك بتسميتها والإشارة إلى جنسها ولهذا التحديد أهمية خاصة في نطاق الأوراق

(٣١) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٧١ وما بعدها؛ وتجدر الإشارة إلى الفقه الراجح يخضع الغبن لقانون العقد فهو تطبيق من تطبيقات النظريات العامة في الاستغلال ومن ثم عيباً من عيوب الإدارة؛ بل حتى لو نظر إلى الغبن في تطبيقاته التقليدية بصفة مستقلة عن نظرية الاستغلال، وباعتباره تعبير عن عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين، فإن هذا التكيف يؤدي بدوره إلى تطبيق قانون العقد؛ ينظر: د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٣٢٩؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ١١٢٤.

(٣٢) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٦٩ وما بعدها؛ د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص ٥٨٩.

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

(٣٤) طبقاً للقواعد العامة يشترط في المحل أن يكون موجوداً أو ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وقابلاً للتعامل فيه؛ تنظر: المواد (١٢٦، ١٢٧، ١٢٨، ١٨٤) من القانون المدني العراقي.

(٣٥) تنظر: المواد (١٣٣، ١٣٧، ١٤٠) من قانون التجارة العراقي النافذ؛ والمواد (٤١٦، ٥٠٨، ٥١٣) من قانون التجارة العراقي المُلغى رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.

المالية إذ إن عملة بلد الإصدار قد تختلف عن عملة بلد الوفاء فتتجمل المشكلة حينما تختلف قيمة العملة بين الدول رغم وحدة التسمية لها، وعند اختلاف القيمة رغم وحدة التسمية فإن العبرة بعملة بلد الوفاء" (٣٦).

وتعزيزاً لمبدأ التعيين يجب أن يكون مبلغ الورقة المالية غير معلق على شرط ولا مقترن به ولا مضاف إلى أجل غير محدد، لأن تعليق الدفع على شرط يجعل وفاء مبلغ الورقة المالية عند الاستحقاق أمراً صعباً ويعوق تداول هذه الورقة (٣٧).

ومن حيث شروط المحل الآخر فإنه لما كان محل العقد هو الورقة المالية، فهو ليس مستحيلاً ولا مخالفاً للنظام العام والآداب ولا ممنوع قانوناً، بل هو ممكن ومشروع في مختلف القوانين.

أمّا ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على المحل فإن الفقه الغالب يذهب إلى القول بأن المحل يخضع للقانون الواجب التطبيق على العقد، فهذا القانون هو الذي يبين شروط المحل كقابلية التعامل والوجود والتعيين والإمكان (٣٨)، وذلك لأن المحل هو جوهر أو جل مضمون العقد، وإن فلت تنظيمه من قانون العقد فماذا يبقى له ليسري عليه (٣٩).

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

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

السبب هو الركن الثالث في إنشاء التصرف الإرادي، إذ تقضي القواعد العامة بأن التصرف الإرادي سوءاً كان عقداً أم إرادة منفردة يكون باطلاً إذا كان الالتزام دون سبب أو لسبب ممنوع أو مخالف لنظام العام والآداب، ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك وإذا ذكر السبب فيعد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك (٤٠)، وقد ظهر اتجاهان في الفقه حول تحديد ركن السبب:

(٣٦) إذ نصت المادة (٢/٤٢٩) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه: "إذا عين مبلغ الكمبيالة بعملة تحمل تسمية مشتركة وتختلف قيمتها في بلد الإصدار عن قيمتها في بلد الوفاء افترض أن المقصود عملة الوفاء".

(٣٧) د. فائق الشماع، أركان التصرفات الإرادية في إنشاء الورقة التجارية، بحث منشور، مجلة القانون المقارن، العدد (١٣) السنة التاسعة، ١٩٨١، ص ١٦٢.

(٣٨) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٧٢ - ٤٧٣؛ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٧١؛ إذ يشير إلى موقف الفقه والقضاء الفرنسي، والذي يؤكد هذه القاعدة كما يبين أن هناك اتجاه آخر في الفقه يرى بأن مشروعية المحل هي مسألة أمره لا يمكن إخضاعها لقانون العقد (قانون الإرادة)، ولكنه يرفض هذه الفكرة بالقول أن قانون الإرادة يتضمن قواعد أمره لتنظيم موضوع مشروعية المحل وهذه القواعد لا يمكن للطرفين استبعادها؛ ينظر: د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص ٢٠٣ - ٢٠٤.

(٣٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ١١٢٨.

(٤٠) تنظر: المادة (١/١٣٢-٢-٣) من القانون المدني العراقي؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ط ٢ دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٤٩٧.

فالالاتجاه الأول، يمثل أنصار النظرية التقليدية والسبب في نظرهم الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، أما الاتجاه الثاني، فيمثل أنصار النظرية الحديثة والذي يرون أن السبب هو الباعث الدافع على التعاقد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من تعامله بالورقة^(٤١).

"وقد درج القضاء على تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني على السبب في الأوراق المالية، فهو يتطلب أن يكون السبب موجوداً، فضلاً عن أنه لا يشترط أن يذكر السبب في العقد ولكن إذا ذكر فيجب التحقق من مشروعيته^(٤٢)، وإذا ذكر السبب فلا يشترط أن يكون مطابقاً للحقيقة بل يكفي أن يكون موافقاً للقانون^(٤٣)، وأن الأثر المترتب على انعدام السبب هو بطلان العقد^(٤٤)، فضلاً عن أن السبب يجب أن يكون مشروعاً أي غير ممنوع ولا مخالف للنظام العام والآداب وفقاً لأحكام المادة (٣/١٣٢) من القانون المدني العراقي، وعدم مشروعية السبب تؤدي إلى بطلان الورقة، إذ تفقد قوتها الصرفية (التداول) وإن كانت باقية كمستندٍ خطي"^(٤٥).

واشترط وجود السبب ومشروعيته أمر مسلم به في مختلف القوانين، ففي القانون الفرنسي يفترض المشرع أن هناك سبباً مشروعاً للالتزام بالورقة المالية ولا تأثير لعدم ذكر هذا البيان على صحتها^(٤٦).

أمّا بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على السبب في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية، فإن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى إخضاع سبب الالتزام لقانون العقد، ولهذا القانون يتم الرجوع لتحديد ما إذا كان السبب شرطاً لصحة الالتزام الصرفي أم إنه التزام مجرد عن السبب، إن إخضاع سبب العقد لهذا المبدأ يوجب الأخذ بقانون الإرادة الصريحة للمتعاقدين إن وجدت، مع ملاحظة القيد الخاص بالنظام العام إذ يجب استبعاد القانون الواجب التطبيق على العقد في جميع الأحوال التي يقرر فيها هذا القانون مشروعية السبب خلافاً للمبادئ العامة في قانون دولة القاضي^(٤٧).

فضلاً عن أن القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإرادة الصريحة هو قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام أو قانون محل تنفيذ الالتزام^(٤٨)، إن هذا الرأي يصطدم مع نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، فتطبيق قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام التعاقدية لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا تخلف شرط

(٤١) د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٤٢) قرار محكمة التمييز العراقية رقم (١٢٩٦) بتاريخ (١١/٥/١٩٦٨): "لا يشترط ذكر السبب في الكمبيالة ولكن إذا ذكر سبب الالتزام في الكمبيالة يقتضي التحقق من مشروعيته طبقاً لأحكام المادة (١٣٢) من القانون المدني؛ ينظر: حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء الحادي عشر، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٧٦-١٩٧٧، الصفحات (٧٨٣ - ٨٠٩٠ - ٨١٧).

(٤٣) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٦٢٦/ح/١٩٦٧؛ منشور في مجلة القضاء (العدد ٤)، السنة ١٩٦٩، ص ١٩٧.

(٤٤) قرار محكمة التمييز رقم ٦٢٩/ح/١٩٦٧ في ٢٤/٧/١٩٦٧: "إن الورقة التجارية لا يعتد بها إذا ثبت أن الالتزام يدفع مبلغها خال من السبب؛ منشور في مجلة القضاء، العدد ١، السنة ١٩٦٩، ص ١٩٩.

(٤٥) د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص ٥٠.

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

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

نقلاً عن هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٧٣.

(٤٨) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٨٣٢.

الموطن المشترك للمتعاقدين، ولكن يمكن للقاضي أن يطبق هذا القانون كما يطبق قانون محل تنفيذ الالتزام، باعتبارهما من الحلول المقررة في المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص وبموجب نص المادة (١/٣٠) من القانون المدني العراقي .

وهكذا تبين أن بعض الفقه يرى إخضاع سبب العقد لقانون القاضي^(٤٩)، ولكن غالبية الفقهاء - وهو الرأي الراجح - يذهبون إلى إخضاع السبب من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد، مع مراعاة القيد الخاص بالنظام العام في دولة القاضي، إذ يتعين استبعاد أحكام القانون الواجب على العقد في جميع الأحوال التي يقرر فيها هذا القانون مشروعية السبب خلافاً للمبادئ العامة في قانون القاضي، فمن غير المتصور بدهاءة أن يقضى بصحة العقد في دولة القاضي إذا ما كان يقوم على سبب غير مشروع في قانونه، وكذلك قد يستبعد قانون العقد إذا كان قانون القاضي يستلزم وجود سبب للعقد، ولم يكن العقد قائماً على سبب^(٥٠).

ومن المتفق عليه في فقه القانون الدولي الخاص إن القانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية من الناحية الموضوعية هو الذي يحدد طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة أحد هذه الشروط، فإذا كان العقد معيباً بانعدام أو نقص اهلية الملتزم بها، فإن قانون جنسية الملتزم هو الذي يحدد الاثر المترتب على ذلك، وبالنسبة للشروط الأخرى مثل: المحل، والرضا، والسبب فإن القانون الذي يحكم العقد هو الذي يبين الاثر المترتب على انعدام الإرادة أو انتفاء السبب أو عدم مشروعيته^(٥١).

إن عدم مشروعيته السبب توجب البحث في مسألة على صلة وثيقة بها وهي أوراق المجاملة، والتي يمكن تعريفها: بأنها أوراق تتضمن جميع الشروط الشكلية اللازمة لصحتها يقصد بها الحصول على ائتمان وهمي دون أن توجد لدى الموقعين عليها نية الالتزام بدفع قيمتها مع أنه قصد في حقيقة الأمر من القيام بتحريره مساعدة شخص آخر للحصول على الائتمان اللازم له لدعم حالة مالية مزعومة^(٥٢)، وتجمع كلمة الفقه والقضاء على بطلان هو النوع من الأوراق، لانتفاء ركن السبب فيها، ولكون سببها غير مشروع^(٥٣)، وهذا الرأي هو الراجح لأن الهدف منها هو إعطاء المستفيد من هذه السندات ائتمان وهمي.

وفي نطاق القانون الدولي الخاص فإنه لما كان بطلان أوراق المجاملة هو لعدم وجود السبب فإن القانون الواجب التطبيق على السبب هو الذي يحكم هذه الحالة، هو قانون الدولة التي كان من المفروض أن يقوم فيها الشخص المجامل بالوفاء بقيمة الورقة، لو كان التزامه حقيقياً وهذا الرأي هو الأرجح لأن هذه

(٤٩) محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ط٢، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٣٢٥.

(٥٠) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، ج٢، مصدر سابق، ص٤٧٤. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٣٠.

(٥١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٨٣٣؛ د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، مصدر سابق، ص٤٧٤.

(٥٢) د. رزق الله انطاكي، مصدر سابق، ص٩٨.

(٥٣) مصطفى رضوان، مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري، ج٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص٣٠٧-٣٠٨-٣٠٩.

الدولة هي المكان الذي تم فيه التجاوز على وظيفة الائتمان التي تقوم بها الورقة المالية^(٥٤).

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

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

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

تخضع آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص للقانون الذي يحكم العقد، فهو الذي يتولى بيان الملتزمين بالعقد والمستفيدين منه سواء أكانوا من المتعاقدين أم من الغير^(٥٥)، ويرى الفقه الراجح خضوع أثر العقد بالنسبة للخلف العام للقانون الذي يحكم العقد مع مراعاة ما يدخل في نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الميراث، أي يتعين في هذه المسألة فضلاً عن تطبيق قانون العقد الرجوع إلى القانون الذي يحكم الميراث بشأن الحقوق التي يتلقاها الورثة عن المورث^(٥٦).

أما فيما يتعلق بأثر العقد بالنسبة للخلف الخاص فيرى غالبية الفقه إخضاع هذه المسألة للقانون الذي يحكم العقد، ويسري قانون العقد على أحكام التعهد على الغير والاشتراط لمصلحة الغير، وفضلاً عن ذلك يسري هذا القانون - وفقاً لرأي غالبية الفقه - على حق الدائنين في الطعن في العقد بالدعوى البوليصية، وعلى حقهم في رفع الدعوى غير المباشرة وعلى الحق في رفع الدعوى الصورية^(٥٧).

وهنا قد يُثار التساؤل بالنسبة إلى إضافة آثار تصرف الوسيط المالي (النائب) إلى العميل (الأصيل) مباشرة، ومدى نيابة النائب عن الأصيل، إذ الملاحظ في النيابة أن العقد المبرم بين النائب والغير تنصرف آثاره إلى الأصيل مباشرة، فهذا الأخير وإن لم يكن طرفاً في العقد إلا أن إرادته هي مصدر صفة النائب، كما أنها هي التي تحدد نطاق النيابة وحدودها، فأحكام النيابة تنطبق على العلاقة بين الأمر والوسيط. وبناء على ذلك ذهب غالبية الفقهاء إلى الاعتداد بإرادة الأصيل فيما يتعلق باختيار القانون الذي يحكم النيابة الاتفاقية، فالقانون الذي يتحدد وفقاً لإرادة الأصيل هو الذي يحكم انصراف آثار العقد إلى الأصيل ومدى سلطات النائب، ولا محل هنا للاعتداد بإرادتي النائب والغير وإن كانا هما المتعاقدان اللذان ينشأن العقد بإرادتهما.

ورغم ذلك فإن رأي جانب من الفقه وهو الراجح، ذهب إلى تطبيق قانون العقد الذي يبرمه الوسيط (النائب) مع الغير على المسائل السابقة، وذلك لأن النيابة تؤثر على صحة هذا العقد وأثاره، الأمر الذي

(٥٤) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، ج ١، كلية شرطة دبي، ١٩٩٧، ص ١٤٧.

(٥٥) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٧٥.

(٥٦) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

(٥٧) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٧٩؛ ويرى بعض الفقه الفرنسي أن دعوى الصورية والدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة تخضع جميعاً لقانون القاضي، لأنها ليست أثراً للعقد، بل هي ترتبط بتنظيم الضمان العام للدائنين لأنها وسائل تهديدية للتنفيذ الجبري وتحديد معنى حق الضمان العام؛ ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي أن الدعوى غير المباشرة تخضع للقانون الذي يحكم الدين المراد حمايته بها. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ص ٤٧٤.

يقتضي وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى علاقة النيابة^(٥٨).

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

يحكم قانون العقد آثاره من حيث الموضوع، فهذا القانون هو الذي يتولى تحديد موضوع التعاقد ومضمون الالتزامات التي يولدها العقد وأحكام هذه الالتزامات، وهذا الوضع يقتضي ضرورة تفسير العقد وفقا للقواعد السائدة في القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية، وذلك للتعرف على ما انصرفت إليه الإرادة^(٥٩)، ويرجع لقانون العقد فيما يتعلق بالقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، ولمدى القوة الملزمة للعقد^(٦٠)، وإذا ما تحددت الالتزامات المتولدة عن العقد، فإن أحكام هذه الالتزامات تخضع لقانون العقد.

فبالنسبة إلى آثار الالتزام، فإن قانون العقد يحكمها، فيبين هذا القانون الحالات التي يكون فيها التنفيذ عينياً والطريقة التي يجب ان يتم بها، وأهمية الأضرار، ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره، وحكم الشرط الجزائي وأحكام التعويض القانوني أي الفوائد^(٦١)، ويحدد قانون العقد المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين من حيث عناصرها وأسباب دفعها، كما يحكم هذا القانون مدى صحة شروط عدم المسؤولية^(٦٢).

أما بالنسبة إلى أوصاف الالتزام، فيحكمها قانون العقد، فهذا القانون هو الذي يتكفل ببيان مدى صحة الشرط وأثر تحققه أو تخلفه، والأجل وآثاره وأسباب سقوطه، كما يحكم تعدد محل الالتزام سواء أكان الالتزام تخييراً أم بدلياً، وكذلك تعدد طرفي الالتزام سواء فيما يتعلق بالتضامن أو عدم القابلية للانقسام^(٦٣).

وبالنسبة إلى انتقال الالتزام، فهو الآخر يخضع لقانون العقد، فهذا القانون يسري على انتقال الالتزام عن طريق حوالة الحق، لضمان وحدة القانون المطبق، والحال عينه يطبق على اسباب انقضاء الالتزام، فهي الأخرى تخضع لقانون العقد، فضلا عن خضوع الإبراء لقانون العقد لمعرفة ما إذا كانت إرادة الدائن تكفي وحدها أم أنه يتعين الاتفاق على الإبراء، وكذلك الحال مع اتحاد الذمة، إذ إن قانون العقد يسري على الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة، أما الإنابة في الوفاء، فهي عقد جديد بين الدائن والمدين، فإنها لذلك لا تخضع لقانون العقد الذي يسري على الالتزام الأصلي، بل تخضع لقانون العقد الجديد^(٦٤).

أما فيما يتعلق بالمقاصة، فإنه يتعين التفريق في شأنها بين ما إذا كانت اتفاقية أم قضائية أم قانونية، فالمقاصة الاتفاقية تعد عقداً جديداً مستقلاً، ومن ثم فإنها تخضع للقانون الخاص بهذا العقد، وذلك بغض النظر عن القانونين اللذين يحكمان الدينين اللذين تقع أو تتحقق بينهما المقاصة^(٦٥)، أما المقاصة القضائية

(٥٨) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٣٣٣؛ د. جمال مرسي، النيابة في التصرفات القانونية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠، ص ٣٩٨ وما بعدها.

(٥٩) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ٣٢٠؛ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٣٣٤.

(٦٠) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

(٦١) د. منصور مصطفى منصور، المصدر نفسه، ص ٣٢٠.

(٦٢) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص ٥٩٢.

(٦٣) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ٣٢١.

(٦٤) د. منصور مصطفى منصور، المصدر نفسه، ص ٣٢٢.

(٦٥) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٨١.

فإنها تخضع لقانون القاضي، وذلك لأن الأمر يتعلق بمدى سلطة القاضي في إجراء مقاصة لم تتوفر شروطها القانونية، أي لتعلق الأمر بسلطة المحكمة في سد النقص في الشروط اللازمة لوقوع المقاصة، وبالنسبة للمقاصة القانونية فإنه لا صعوبة في الأمر إذا كان الدينان خاضعين لقانون واحد، فإن المقاصة تخضع لهذا القانون، سواء في ذلك أكان الدينان تعاقبيين أم كان أحدهما تعاقدياً والآخر غير تعاقدي. وبخصوص التقادم المسقط، فقد ثار الخلاف فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم التقادم المسقط، ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إخضاع التقادم المسقط لقانون العقد أيضاً، وتجدر الإشارة إلى أن أهلية التعاقد تخضع لقانون جنسية المتعاقد وقت إبرام العقد، أما عن بطلان العقد، فهو الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، وهو يدخل في مضمون الفكرة المسندة للالتزامات التعاقدية، ومن ثم يخضع للقانون الذي يحكم العقد، فهذا القانون هو الذي يحدد متى يعد العقد باطلاً ومتى يعد قابلاً للإبطال، كما يبين الشخص الذي يجوز له التمسك بالبطلان ومدى إمكانية إجازة العقد القابل للإبطال، وتقادم أو سقوط دعوى البطلان^(٦٦).

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشكلية

يتطلب إبرام التصرفات القانونية مراعاة الجوانب الشكلية التي يستلزمها القانون وسواء كانت الشكلية ركناً في التصرف أم أنها مجرد وسيلة للاثبات أو الإشهار وعقد الوساطة المالية كغيره من العقود يتطلب مراعاة جوانب شكلية عديدة، الأمر الذي يستلزم تحديد القانون الواجب التطبيق على الشكل لمعرفة مدى استيفاءه للشكلية التي نص عليها هذا القانون من عدمه والآثار التي تترتب على ذلك، وهو ما سنبينه على وفق ما يأتي:

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

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

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشكلية

القاعدة العامة هي خضوع شكل عقود المعاملات المالية الخاصة الدولية لقانون محل الإبرام، هذه القاعدة مستقرة لدى الفقه والمحاكم في غالبية دول العالم كما أخذت بها العديد من التشريعات^(٦٧)، وتعد قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام قاعدة قديمة أملت لها الاعتبارات العملية^(٦٨).

ويرى الفقه السائد أن قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد الإبرام تركز على اعتبارات عملية قوامها التيسير على المتعاملين، وذلك مراعاة لحاجة المعاملات الخاصة الدولية، ولا شك أن هذه

(٦٦) مصطفى ياسين الاصبحي، مصدر سابق، ص ٨١.

(٦٧) كالقانون المدني العراقي في المادة (٢٦) والقانون المدني المصري في المادة (٢٠)؛ وللمزيد ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٧٧؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ١١٥٢.

(٦٨) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٧٤.

الاعتبارات العملية تعد كافية لتبرير الأخذ بهذه القاعدة، فهي أساسها الذي تنهض عليه دون حاجة إلى البحث على أساس نظري^(٦٩)، ولما كانت قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام تؤسس على اعتبارات عملية قوامها التيسير على المتعاملين، فإن الفقه الغالب^(٧٠) - وهو الراجح - رتب على ذلك نتيجة منطقية مؤداها ضرورة التسليم بالصفة الاختيارية لهذه القاعدة، فمادام المقصود من اتباع الشكل المقرر في بلد الإبرام، هو التيسير على المتعاملين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر، فليس هناك ما يدعو إلى إجبارهم على اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام إذا كان في استطاعتهم العلم بأحكام قانون آخر يرتبط بالتصرف المبرم بينهم ارتباطاً يبرر هذا المسلك، مثل: قانون جنسيتهم أو القانون الذي انصرفت إليه إرادتهم لحكم موضوع التصرف.

الفرع الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشكلية

يقصد بشكل التصرف الإطار الذي يتم فيه إفراغ الإرادة أي إظهارها إلى العالم الخارجي، أو القلب الذي يفرغ فيه ركن الرضا في العقد^(٧١)، ولتحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من حيث الشكل، فإنه لا بد من تحديد الأشكال التي تدرج تحت مفهوم شكل التصرف القانوني وتلك التي تخرج من نطاقه، وذلك على وفق ما يأتي:

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

هناك مجموعة من المسائل الشكلية تدرج تحت نطاق شكل التصرف القانوني وتدخل في تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على الشكل، إذ قد يستلزم المشرع شكلاً معيناً كشرط لانعقاد التصرف^(٧٢)، مثل الرسمية أو الكتابة وهنا يثور السؤال عن القانون الذي تخضع له هذه الشكلية فيما إذا كان القانون الذي يحكم موضوع التصرف أم قانون محل إبرامه.

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

على رأيين:

إذ ذهب الاتجاه الأول في الفقه الفرنسي^(٧٣)، والمصري^(٧٤) إلى القول بأن ما يخضع لقاعدة (قانون

(٦٩) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، ص ٤٨٧ وما بعدها؛ د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ٧٢ وما بعدها.

(٧٠) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٧٩؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٢.

(٧١) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٣.

(٧٢) لم يتردد الفقه في تأكيد أن موضوع التصرف القانوني وجوهره هو الإرادة، أما الشكل فهو إخراج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي؛ ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٣.

(٧٣) نقلاً عن: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٩٨؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٤.

(٧٤) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، دار الحقوق، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٥٠؛ د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٥٠٠ وما بعدها.

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

وقد تبنت هذا الرأي المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري^(٧٥)، إذ جاء فيها: "وبراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني، فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من إذ الموضوع"، وهو ما أخذ به المشرع العراقي في المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: "تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها".

ومن ذلك يتضح أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف، وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية بالشكل الجوهري، تعد مسألة موضوعية تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، أما تنفيذ الشكل الذي يتطلبه قانون الموضوع وإجراءاته، وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية بالشكل الخارجي، فهو فقط الذي يدخل في مفهوم فكرة الشكل^(٧٦).

وبناء على ذلك، يرجع إلى قانون الموضوع للبحث عما إذا كانت الرسمية مستلزمة لانعقاد التصرف، فإذا كانت مستلزمة فلا ينعقد التصرف بغيرها، ولو كان قانون بلد الإبرام لا يتطلبها، غير أنه يكفي لانعقاده اتباع الأوضاع التي تتطلبها الرسمية في بلد الإبرام^(٧٧)، وبذلك تنحصر فكرة الشكل في مفهوم ضيق، بينما تتسع فكرة الموضوع لتشمل ما أسمته المذكرة الإيضاحية بالشكل الجوهري، أي مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد^(٧٨)، وبهذا المفهوم الضيق لفكرة الشكل أخذت محكمة النقض المصرية إذ قررت في حكمها الصادر في ١٧ مايو لعام ١٩٧٣ م بأن: "القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصره الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني، فتخضع للقانون الذي يحكم موضوع التصرف"^(٧٩).

بينما ذهب الاتجاه الثاني يمثل غالبية الفقه الفرنسي والمصري إلى وجوب إخضاع الشكل المطلوب لانعقاد التصرف لقانون محل الإبرام، إذ يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة ما إذا كان الشكل لازماً

(٧٥) د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٩، ص ٦٠٤.

(٧٦) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٤٨ وما بعدها.

(٧٧) د. ماهر السداوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن، ملتزم الطبع والنشر مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٩٩.

(٧٨) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٥.

(٧٩) مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، السنة ٢٤، الجزء الثاني، ص ٧٧٢.

لانعقاد التصرف من عدمه^(٨٠)، ويستند أصحاب هذا الرأي في تبرير ما يذهبون إليه، بأن إخضاع الشكل اللازم لانعقاد العقد للقانون الذي يحكم موضوعه، وليس لقانون محل الإبرام - كما يذهب الرأي المخالف - يتنافى مع فكرة التيسير على المتعاملين ومع الاعتبارات العملية التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام، إذ القول بذلك يوجب على المتعاملين الرجوع إلى قانون غير قانون المكان الذي يتم فيه إبرام التصرف، وهو قانون يتعذر عليهم العلم بأحكامه، ومن ثم فإن اعتبارات التيسير تحتم الاكتفاء باتباع أحكام قانون الدولة التي أبرم فيها العقد حتى بالنسبة إلى الأشكال التي تعد ركناً لإبرام العقد وشرطاً لصحته دون التقيد بما يقضي به القانون الذي يحكم موضوع التصرف^(٨١).

فضلاً عن أن القول بتطبيق القانون الذي يحكم الموضوع على مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف قد يؤدي — فيما لو كان الشكل الذي يوجبه هذا القانون هو الرسمية — إلى استحالة إبرام التصرف في بعض الفروض، وذلك لأن الرسمية تتطلب في أغلب الأوقات تدخل موظف رسمي هو الكاتب العدل أو الموثق وهذا الموظف يخضع في قيامه بوظيفته لقانون دولته، ومن ثم فإنه إذا لم يجد المتعاقدون في بلد الإبرام موظفاً مختصاً يقوم بإفراغ تصرفهم في الشكل الرسمي المطلوب، ولو لم يكن في هذا الدولة قنصلية تابعة للدولة التي يتعين تطبيق قانونها على موضوع التصرف، فإنه يمتنع عليهم إبرام التصرف في الدولة التي يوجدون على إقليمها، ويرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة اتساع فكرة الشكل لتشمل مسألة لزومه أو عدم لزومه لانعقاد التصرف^(٨٢).

وبناء على ذلك، إذا كان القانون الذي يحكم الموضوع يستلزم الشكل الرسمي، بينما يكتفي قانون بلد الإبرام بالشكل العرفي، فإنه في هذه الحالة ينعقد التصرف صحيحاً إذا أفرغ في الشكل العرفي^(٨٣)، وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩ يونيو لعام ١٩٢٢ م "إذ قضت بصحة الهيئة الحاصلة في كندا بين فرنسيين بالشكل المحلي العرفي، رغم أن المادة (٩٣١) من القانون المدني الفرنسي تستلزم الرسمية في الهيئة"^(٨٤).

ويبدو الاتجاه الثاني هو الأولى بالاتباع في العقود المالية الخاصة ذات الطابع الدولي، لأنه الأكثر استجابة لمقتضيات التعامل الدولي التي تتطلب خضوع المتعاملين - سواء كانوا أطرافاً في العقد أم من الغير الذين يراد الاحتجاج بالعقد في مواجهتهم - لقواعد يسهل عليهم معرفتها ويتوقعون تطبيقها عليهم^(٨٥)، وبالنسبة للعقد المبرم بين الوسطاء الماليين العاملين في البورصة فإن الأمر يقتضي خضوع تلك العقود من

(٨٠) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ١٧٩ وما بعدها؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٥ وما بعدها؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٦؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مركز الأجانب وتنازع القوانين، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٥٧١.

(٨١) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٥.

(٨٢) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٦. د. ماهر السداوي، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٨٣) د. منصور مصطفى منصور، مذكرات فن القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٧، ص ١٨١؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٥ وما بعدها؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٦.

(٨٤) مصطفى ياسين الأصبحي، مصدر سابق، ص ٦٠٧.

(٨٥) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٦.

حيث الشكل لقانون الدولة التي توجد فيها السوق، وذلك لأن القوانين المنظمة لهذا السوق تكون أحكامها أمرة ومن ثم لا يجوز إبرام العقد بالمخالفة لها.

أما ما يتعلق بمسألة نوع الشكل وأوضاعه عند لزومه، فإن الفقه يجمع على أن هذه المسألة تندرج في مجال القانون الذي يحكم شكل التصرف، فيرجع لقانون محل الإبرام بالنسبة لتحديد الأوضاع الواجب مراعاتها في المحرر الرسمي، وتلك المتعلقة بالمحرر العرفي مثل: عدد النسخ المحررة، وضرورة ذكر بيانات معينة كاشتراط كتابة العقد بخط المتعاقدين من عدمه، وإمضاءها أو الاكتفاء بالختم^(٨٦).

أما بخصوص الشكل اللازم لإثبات التصرف^(٨٧)، فيكاد يجمع الفقه في كل من فرنسا ومصر على أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف، وكذلك قوة الدليل في الإثبات، تخضعان للقانون الذي يحكم شكل التصرف، وذلك مراعاة للصلة الوثيقة بين شكل التصرف وبين إثباته، إذ غالباً ما يكون استلزام شكل معين للتصرف هو لتيسير إثباته^(٨٨)، ومقتضى هذا أنه إذا كان القانون الذي يحكم شكل التصرف لا يوجب الدليل الكتابي للإثبات بينما يوجب قانون الموضوع أو قانون القاضي، فإنه يتعين الاعتماد بقانون محل إبرام التصرف، أي يجوز إثبات التصرف بغير الدليل الكتابي، والمنطق السابق يؤدي إلى أنه إذا كان القانون الذي يحكم الشكل يستلزم إثبات التصرف بالدليل الكتابي في حين أن قانون القاضي لا يشترط دليلاً كتابياً لإثبات التصرف، فإنه يلزم الاعتماد بما يستلزمه القانون الذي يحكم شكل التصرف، أي يتعين إثبات التصرف بالدليل الكتابي، غير أن جانباً من الفقه الفرنسي والمصري يرون أنه ليس هناك ما يدعو في هذا الفرض إلى إلزام القاضي بالدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون الذي يحكم شكل التصرف ما دام أن قانون القاضي لا يتطلبه، أي يسمح بإثبات التصرف بغير هذا الدليل، ولا شك أن هذا الرأي الفقهي هو الذي يتفق مع الاعتبارات العملية التي ترمي إلى التيسير على من يبرمون التصرفات القانونية، وهو ما يتلاءم في الوقت نفسه مع الحكمة التي تهدف قاعدة إخضاع الشكل لقانون بلد الإبرام إلى تحقيقها ابتداءً^(٨٩)، هذا ويميل الفقه والقضاء الراجح في فرنسا إلى إخضاع ثبوت تاريخ المحرر للقانون الذي يحكم شكل التصرف، كما أنه يدخل في مجال تطبيق هذا القانون تحديد الطرق التي تتبع لإثبات كون المحرر ثابت التاريخ إذا لم يكن يحمل هو نفسه تاريخه الثابت^(٩٠).

(٨٦) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٨٧) تنظر: المادة (١٢) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، التي تنص على أنه: "تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي يعد فيه الدليل أو في الوقت الذي يستطاع أو ينبغي فيه اعداده؛ وكذلك المادة (١٣) من القانون نفسه والتي تنص على أنه: "ولا - يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الاجنبي. ثانياً - يسري في شأن إجراءات الإثبات قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى".

(٨٨) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٠٧؛ د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ١٨١؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٦.

(٨٩) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ١٨٠. د. هشام على صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٧.

(٩٠) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٠٨.

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

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

فالأشكال المكتملة للأهلية والتي تأخذ صورة الإجراءات التي يلزم اتخاذها لتمكين ناقص الأهلية أو من ينوب عنه من مباشرة تصرف قانوني معين، فهذا النوع من الأشكال يرتبط ارتباطاً كاملاً بموضوع التصرف الذي يراد القيام به أي يتعلق بعنصر في الإرادة وهو الأهلية، ومن ثم فإن كل إجراء من هذه الإجراءات يخضع للقانون الذي يحكم الفكرة المسندة التي يندرج فيها كل إجراء منها^(٩١).

أما الأشكال المتعلقة بالعلانية أو بالشهر، فهي الأوضاع التي يحددها القانون ويستلزم مراعاتها وذلك بهدف إعلام الغير بالتصرف أو الاحتجاج به في مواجهتهم^(٩٢)، وهذه الأشكال تخضع لقانون موقع المال إن تعلق الأمر بشهر الحقوق العينية لاتصالها حينئذ بمركز الأموال، كما تخضع لقانون الدولة التي يحتج فيها بالعقد في مواجهة الغير إن تعلق الأمر بنفاذ العقد في حق الغير، لأن نفاذ الحقوق في مواجهة الغير يدخل في فكرة تدابير الأمن المدني وهذه تخضع للقانون الإقليمي^(٩٣).

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

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

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

فضلاً عن أن الشركات والمشروعات التجارية أصبحت ملزمة بالتعامل مع الوسطاء الماليين في البورصات من أجل شراء وبيع الأوراق المالية، ولا شك أن انتشار الوسطاء الماليين في العلاقات التجارية الدولية يرجع سببه في عصرنا الحالي إلى سهولة المواصلات وتقدم تكنولوجيا الاتصالات الأمر الذي مكن كبرى الشركات العالمية من الاعتماد عليهم^(٩٤)، في التعامل مع البورصات في الدول الأجنبية، أو بعبارة

(٩١) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٣؛ د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ١٧٦؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد وعنايت عبد الحميد، تنازع القوانين من إذ المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٥٤.

(٩٢) د. ماهر السداوي، مصدر سابق، ص ٩٦.

(٩٣) د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص ٥٩٥.

(٩٤) د. حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٥ وما بعدها.

أخرى فإن الوساطة أو الوكالة أو النيابة والتمثيل التجاري، أضحت من الأمور التي لا غنى عنها في العلاقات الخاصة الدولية، خصوصاً في ظل تزايد حركة السلع والمبادلات التجارية عبر الحدود. والغالب في تلك العلاقات أن يكون أحد أطرافها موجوداً في دولة تبعد كثيراً عن دولة إبرام العقد، واشتراط وجود ذلك الطرف بنفسه لإتمام العقد، يؤدي إلى تعطيل أعماله، وربما عزوفه عن إبرام العقد، ولذلك يكون من الأيسر والأوفق أن يجيز القانون لصاحب المصلحة في التعاقد أن يوكل، أو ينيب، شخصاً آخر في إبرام العقد^(٩٥).

ويجمع الفقه على تكييف العقد الناشئ بين مصدر الأمر بالبيع أو الشراء للأوراق المالية في سوق الأوراق المالية والوسيط بعقد الوساطة، وعقد الوساطة هو عقد يلتزم بمقتضاه الوسيط أن يعقد باسمه الخاص ولكن لحساب مفوضه بيعاً وشراءً أو غيرهما من العمليات التجارية ويكون ذلك مقابل أجر^(٩٦).

واتصاف تلك العلاقات أو العقود بالطابع الدولي، يثير مشكلة تنازع القوانين الواجبة التطبيق عليها، أي القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط (الوكيل) والعميل (الموكل)، وهو ما سنبينه على وفق ما يأتي:

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

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل

لما كانت الوساطة عقدًا بين طرفين هما الوسيط (الوكيل)، ومصدر الأمر بالشراء أو البيع للأوراق المالية في البورصة هو (الموكل)، فإن الوساطة تخضع للقاعدة العامة المتعلقة بتنازع القوانين في العقود، فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يختاره صراحة المتعاقدان، أو تدل عليه ظروف الحال وفقاً لما نصت عليه المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، وقد أخذت بذلك اتفاقية لاهاي الموقعة في ١٤ مارس لعام ١٩٧٨ م بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء والنيابة والتمثيل التجاري في المادة الخامسة التي نصت على أن: "القانون الداخلي المختار من جانب الأطراف هو الذي يحكم علاقة التمثيل بين الأصيل والوسيط"، على أن اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق يجب أن يكون صريحاً أو ناتجاً

(٩٥) د. أحمد عبد الكريم سلامه، علم قاعد التنازع، مصدر سابق، ١١٤٣.

(٩٦) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٣؛ وعرف جانب من الفقه السمسرة بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى السمسار قبل شخص آخر يسمى مصدر الأمر أو مفوض السمسار بإيجاد متعاقد لإبرام صفقة معينة مقابل أجر"؛ د. سميحة القليوبي، عقود الوكالات التجارية والسمسرة والرهن التجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٠، ص ٤٨٩.

عن تأكيد معقول من نصوص العقد والظروف الملازمة^(٩٧).

وعند انتفاء أو تخلف الإرادة الصريحة والضمنية^(٩٨)، فإن الحلول تنوعت في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى عدة اتجاهات، فالأول يذهب إلى خضوع علاقة الوسيط (الوكيل) بالزبون (الموكل) لقانون الدولة التي تم فيها التوكيل، وهو عادة قانون موطن الموكل أو محل التاجر الذي أمضى التوكيل، وذلك لأن التوكيل الذي أعطاه نشأ في هذا الموطن، ويستمد وجوده من قانونه^(٩٩)، أما الاتجاه الثاني، فيذهب إلى إخضاع العقد المبرم بين الوسيط والزبون لقانون محل الإبرام^(١٠٠)، إلا أنه ويعاب على هذا الاتجاه أن الوسيط سيجد نشاطه خاضعاً لجملة قوانين بحسب البلدان التي يتم فيها إبرام العقد، وهذا يؤدي إلى التعارض مع النظام المهني للوسطاء الذي يحد من حريتهم العقدية، إذ إن هذا النظام يؤثر تأثيراً شديداً على علاقاتهم مع عملائهم^(١٠١).

أما الاتجاه الثالث، فيخضع العلاقة أو العقد المبرم بين العميل (الموكل) أي الأصل، والوسيط أي الوكيل، للقانون الذي يحكم العقد الأصلي الذي يعقده الوسيط مع الغير، أي مع الوسيط الآخر، وعادة ما يكون قانون محل تنفيذ ذلك العقد، وقانون محل الإقامة العادية للوسيط (الوكيل) في ذات الوقت، على أساس أن الوسيط - الوكيل أو النائب - هو صاحب الأداء المميز، فدوره إيجابي، ولا قيمة للوساطة - الوكالة - بدون تدخله، فضلاً عن أن عقد الوسيط (الوكيل) مع الزبون (الموكل) ينحصر دوره في الإعداد للعمل، أو التصرف الذي سيقوم بأدائه^(١٠٢)، ويبدو لنا بأن هذا الاتجاه هو الراجح، وذلك لضمان وحدة القانون الذي يطبق على العقد.

المطلب الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل

يخرج من نطاق القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط بالعميل (الموكل) كل ما تعلق بالشروط

^(٩٧) ويتمتع الاتفاقية بمدى انطباق عالمي وهذا ما أكدت عليه المادة الرابعة منها التي قررت بأن: "القانون الذي تعينه الاتفاقية ينطبق حتى ولو كان قانون دولة غير متعاقدة"، وبفضل هذا النص يمكن القول بأن الاتفاقية، في المجال المخصص لها محل القانون الدولي الخاص في الدول المتعاقدة، أي أنها تعد بمثابة قانون موحد للقانون الدولي الخاص، وحددت المادة الأولى من الاتفاقية نطاق القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الخاص والتي تتكون عندما يتصرف شخص الوسيط مع الغير لحساب شخص آخر (الأصيل)، ووفقاً لتلك الصياغة يمكن القول بأن نطاق تطبيق الاتفاقية بحيث أنها تضم معظم عقود الوسطاء، فضلاً عن أنها تنطبق عندما يتصرف الوسيط باسمه الخاص أو باسم الأصيل أو الموكل وسواء كان نشاطه احترافياً أو عرضياً، وسواء كان التمثيل قانونياً أو مجرد تمثيل اقتصادي، ولا شك أن اتساع نطاق تطبيق الاتفاقية أمر يلي مقتضيات التجارة الدولية بالنظر إلى تعاظم دور الوكلاء والممثلين التجاريين في العصر الحالي؛ د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٩٨ وما بعدها.

^(٩٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المركز العربي للطباعة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١، ص ٢٠٤؛ د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٧٣.

^(٩٩) د. محمد عبد المنعم رياض، مصدر سابق، ص ٤٦٨.

^(١٠٠) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٣.

^(١٠١) Niboyet, Traite de droit international prive Francais, sirey t. 5, 1948, n. 1398.

^(١٠٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص 1108؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

الشكلية للعقد المبرم بينهما، إذ تخضع تلك الشروط وفقاً لما استقر عليه الاتجاه الغالب فقها وقضاء وتشريعاً، كمبدأ عام لقانون محل الإبرام^(١٠٣)، وفي المقابل فإن القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط والعميل يحكم كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية مثل التراضي، والمحل، والسبب^(١٠٤)، ويستثنى من ذلك أهلية الأطراف والتي تخضع للقانون الشخصي لكل منهما^(١٠٥)، كما يحكم قانون العقد الآثار المترتبة عليه، أي الالتزامات التي تنقل كاهل طرفي العقد الوسيط والعميل مصدر الأمر بالبيع أو الشراء للأوراق المالية (الموكل)^(١٠٦)، فيحدد مدى واجب الإعلام، مهل تنفيذ الأوامر، مهل تسليم الصكوك، الرجوع عن الأوامر، فضلاً عن أنه يحكم ما إذا كان يحق للوسيط تنفيذ الأمر المصدر إليه في بورصة أجنبية، ويتولى هذا القانون تفسير الأوامر الصادرة للوسيط^(١٠٧).

ويحكم قانون العقد المبرم بين الوسيط (الوكيل) والعميل (الموكل) التزام الأول بتقديم حساب من حيث تقديم المبالغ التي تصرف فيها الوسيط والمبالغ الباقية رصيد حساب والفوائد المستحقة للمبالغ التي تسلمها، كما يحكم ذلك القانون التزام العميل (الموكل) بقبول القروض، ويحدد مسؤولية الوسيط تجاه العميل في حالة عدم تنفيذ العقد، وكذلك التزام الوسيط بعدم المنافسة ونتائج مخالفته^(١٠٨)، أي أن قانون العقد يسري على المسؤولية العقدية^(١٠٩).

فضلاً عن أنه قانون العقد يحكم كل ما يتعلق بأجر أو مكافأة الوسيط إذ يتعين الرجوع إليه لتحديد متى يستحق الوسيط المكافأة أو الأجر أو العمولة ومتى لا يستحقها^(١١٠)، ويطبق هذا القانون على حق الوسيط بالرجوع على العميل في حالة نكوله^(١١١)، فضلاً عن أنه يحكم مسألة التعويضات التي يطالب بها الوسيط عند فسخ العقد واسباب وشروط الفسخ^(١١٢).

(١٠٣) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص ١٨ وما بعدها.

(١٠٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ١٦.

(١٠٥) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٨٧.

(١٠٦) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص ١٦ وما بعدها؛ د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق صفحة ٨٧.

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

محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٥.

(١٠٨) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٨٧.

(١٠٩) وتخضع المسؤولية التقصيرية لقانون محل وقوع الفعل الضار، الذي هو قانون السوق؛ محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٥.

(١١٠) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٨٨.

(١١١) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٥.

(١١٢) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٨٩؛ وقد حددت المادة الثامنة من اتفاقية لاهي لسنة ١٩٧٨ سالفه الذكر بأن القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط والزيون يحكم مسألة تكوين العقد، وصحة علاقة التمثيل بين الوسيط و الوكيل، والتزامات الأطراف وشروط تنفيذ العقد، ونتائج عدم التنفيذ وانقضاء تلك الالتزامات ويحكم

وإذا حدث ن تم التنازل أو تحويل العقد من جانب الوسيط إلى وسيط ثان برضاء العميل (الأصيل)، في تلك الحالة يتعين قبول مبدأ وحدة القانون بالنسبة للعقود التي تربط بين الطرفين، ومن ثم إخضاع الحوالة أو التنازل أو العقد، بعد استبدال الوسيط، للقانون نفسه الذي كان من الواجب تطبيقه على العقد قبل الاستبدال^(١١٣).

الخاتمة

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

أولاً: النتائج

١. إن عمليات تداول الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية، تتم عن طريق شركات الوساطة او السمسرة المرخص لها، والتي تقوم بتنفيذ أوامر عملائها والتي تتعدد صورها حسب رغبة المستثمرين.
٢. إن عمليات التداول في سوق الأوراق المالية تتم وفق قواعد وإجراءات محددة ومرسومة اما بالطرق التقليدية أو بالطرق الحديثة.
٣. إن نقطة البدء في عمليات التداول في سوق الأوراق المالية هي صدور أمر من المستثمر إلى الوسيط الذي يختاره، يعلمه برغبته في إجراء عملية من عمليات سوق الأوراق المالية سواء أكان امر بالبيع أم بالشراء.
٤. لا يمكن للمستثمر إصدار أوامره بالبيع والشراء في سوق الأوراق المالية مباشرة بل يتعين عليه اختيار وسيط مالي يصدر أوامره بالبيع والشراء من خلاله، فإذا كانت عمليات التداول في سوق الأوراق المالية تتجسد في حقيقتها بعقد بيع أو شراء للأوراق المالية، فإن هذا العقد لا ينعقد بين البائع والمشتري مباشرة، إنما عن طريق تدخل وسيط مرخص له بالتعامل في سوق الأوراق المالية، وإلا وقع هذا العقد باطلاً.
٥. تعتمد سوق الأوراق المالية في قيامها بوظائفها على أعضائها الذين يعدون الأداة لتنفيذ التعليمات والعمليات التي تحدث فيها على أساس انهم حلقة الوصل بينها وبين الأفراد، وتنص قوانين سوق الأوراق المالية على اقتصار التعامل فيها على الأشخاص المحترفين والمؤهلين كالوسطاء الماليين والمندوبين الرئيسيين، وذلك لحماية المستثمرين من تلاعب المضاربين المحترفين خاصة، وذلك نتيجة لتفاوت المستثمرين في الخبرة والدراية الكافية.
٦. إن تداول الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية يتم من خلال علاقيتين قانونيتين، الأولى: علاقة المستثمر (الأمر) بالوسيط المالي؛ والثانية: علاقة وسيط المالي بوسيط المستثمر (الأمر) الاخر، وهذه العلاقة قد تكون اجنبية في أحد عناصرها.

كذلك سلطات الوسيط من إذ وجودها، ومداها، وتعديلاتها، وانتهائها، ونتائج تجاوز تلك السلطات، أو المغالاة في استعمالها، ويحكم أيضا سلطات الوسيط في التفويض في كل أو بعض اختصاصاته وفي تعيين وسيط إضافي، وسلطة الوسيط في إبرام عقد لحساب الأصيل في حالة ما إذا كان ثمة تبعة لتنازع المصالح بينهما، ويسري ذلك القانون ايضا على شرط عدم المنافسة وشرط الضمان، والتعويض عن فقدان العميل.

(١١٣) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٩٠ وما بعدها.

٧. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط الوسطاء الماليين فيما بينهم من الناحية الموضوعية، هو قانون محل وجود السوق الذي تمت فيه عملية التداول، بوصف القواعد القانونية التي تحكم علاقة الوسطاء بعضهم ببعض من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري.
٨. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط الوسطاء الماليين فيما بينهم من الناحية الشكلية، هو قانون محل إبرام التصرف وهو قانون محل وجود السوق، ضمانا لوحدة القانون التي يطبق على العلاقة.
٩. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط المستثمر (الأمير) بالوسيط المالي من الناحية الموضوعية، هو القانون نفسه الذي يحكم العلاقة بين الوسطاء الماليين، أي الذي يحكم العقد الأصلي، بوصف أن الوسيط المالي هو صاحب الأداء المميز، فيكون قانون محل وجود السوق هو الذي يحكم هذه العلاقة.
١٠. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط المستثمرين بالوسطاء الماليين من الناحية الشكلية، هو قانون محل إبرام التصرف وهو قانون محل وجود السوق، ضمانا لوحدة القانون التي يطبق على العلاقة.

ثانيا: التوصيات

١. أن يكون القانون الواجب التطبيق على الأوراق المالية هو قانون موقعها وقت تحقق السبب الناقل للحق والدين الثابت فيها أسوة بالمنقولات المادية، أي أن قانون موقعها يطبق على عمليات تداول الأسهم والسندات في سوق الأوراق المالية، أما الجانب التعاقدية فهو يخضع لقانون الإرادة وفقا للمبادئ العامة (أي القانون الذي حددته إرادة أطراف العلاقة التعاقدية ان كان هناك اتفاق على تحديده)، اما ان لم يكن هناك اتفاق على تحديده فيطبق قانون محل وجود السوق التي تمت فيه عمليات التداول.
٢. أما العمليات التي تتعلق بالأوراق المالية، فنقترح خضوعها لقانون البلد الذي يوجد فيه مركز إدارة الجهة التي أصدرت هذه الأوراق، اما العلاقة التعاقدية التي تجري بشأنها فتخضع لقانون الإرادة أما إذا لم يكن هناك اتفاق على تحديده فيطبق قانون محل وجود السوق التي تمت فيه عمليات التداول.
٣. عدم سريان قانون الإرادة إلا على الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين، إذ تنطبق القواعد الخاصة بأجراءات التداول في البورصة في جميع الأحوال بوصفها من القواعد العامة المتعلقة بالنظام العام.
٤. النص بصورة صريحة على بطلان التداول الحاصل على الأوراق المالية المقيدة في السوق، دون الاستعانة بوسيط مالي، وذلك بحصر جميع التعاملات الحاصلة على الأوراق المالية المقيدة في البورصة بالوسطاء الماليين، وأي تعامل على هذه الأوراق دون الاستعانة بوسيط يترتب عليه بطلان التعامل.
٥. عدم ترك مسألة تنظيم عمل الوسيط المالي عندما سمح أن يكون طرفا في الصفقة، للتعليمات التنظيمية، بل يجب أن يتم تنظيمها من قبل المشرع مباشرة في القانون، وذلك لخطورة المسألة النابعة من تعارض المصالح بين مصلحة الوسيط والمستثمر.
٦. النص صراحة على عدم إمكانية رفض تنفيذ أوامر المستثمرين من قبل الوسطاء ما لم يكن هنالك سبب قانوني يبرر هذا الرفض.

المصادر

أولاً: الكتب القانونية

١. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.
٢. =====، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، دار الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦.
٣. =====، قانون العقد الدولي، المركز العربي للطباعة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١-٢٠٠٠.
٤. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، دار الحقوق، القاهرة، ١٩٩٢.
٥. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٨.
٦. جمال مرسي، النيابة في التصرفات القانونية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٠.
٧. حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٨. حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج ١١، الدار العالمية للموسوعات، القاهرة، ١٩٧٧-١٩٧٦.
٩. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط٢، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٢.
١٠. رزق الله انطاكي، السفتجة أو سند السحب، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ١٩٦٥.
١١. سميحة القليوبي، عقود الوكالات التجارية والسمسرة والرهن التجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٠.
١٢. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون مكان أو سنة نشر.
١٣. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، ط١، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠١.
١٤. عبد الباقي البكري، محمد علي البشير، زهير البشير، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢.
١٥. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ط ٢ دار النهضة العربية، ١٩٦٤.
١٦. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، ط ٩، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦.
١٧. عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، ط ١، دار النشر للجامعات، مصر، ١٩٩٨.
١٨. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، ج ١، كلية شرطة دبي، ١٩٩٧.
١٩. فؤاد رياض وسامية راشد وعنايت عبد الحميد، تنازع القوانين من إذ المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
٢٠. فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، مطابع الأهرام التجارية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
٢١. فوزي محمد سامي، فائق الشماع، القانون التجاري - الاوراق التجارية، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٦.
٢٢. ماهر السداوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن، ملتزم الطبع والنشر مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، بدون سنة نشر.
٢٣. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار الاتحاد العربي للطباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

٢٤. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ط٢، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، بدون سنة نشر.
٢٥. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، مؤسسة الثقافة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٢.
٢٦. محمد يوسف ياسين، البورصة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
٢٧. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط٢، الناشر دار النهضة العربية في القاهرة، عام ٢٠٠٢.
٢٨. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج ١، جامعة العلوم التطبيقية، الأردن، ١٩٩٨.
٢٩. منصور مصطفى منصور، مذكرات فن القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٧.
٣٠. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الفنية للطبعة والنشر بالإسكندرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.
٣١. =====، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٨.
٣٢. =====، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.

ثانيا: الأطاريح

١. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٩.

ثالثا: البحوث

١. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، تصدر عن الجمعية المصرية للاقتصاد الساسي، العدد (٢٤٥)، لعام (٦٢)، ١٩٧١.
٢. فائق الشماع، اركان التصرفات الارادية في انشاء الورقة التجارية، بحث منشور، مجلة القانون المقارن، العدد (١٣) السنة التاسعة، ١٩٨١.

رابعا: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١.
٢. قانون التجارة العراقي المُلغى رقم (١٤٩) لعام ١٩٧٠.
٣. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لعام ١٩٨٤.
٤. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨.
٥. قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

خامسا: الاتفاقيات الدولية

١. اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن الالتزامات التعاقدية.
٢. اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠.
٣. اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥١ بشأن تعيين القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي.
٤. اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ حول القانون المطبق على بيع المنقولات.
٥. اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوطاء والنيابة والتمثيل التجاري.

سادسا: المصادر الأجنبية

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