

# عقد الوساطة المالية في سوق الاوراق المالية بين الرضائية والاذعان

CONTRACT OF FINANCIAL MEDIATION ON FINANCIAL MARKET BETWEEN  
CONSENT AND OBEDIENCE

م. فيصل عدنان عبد شيباع  
الجامعة المستنصرية/ كلية الادارة والاقتصاد



## المخلص

يعتبر عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية من العقود التي تمتاز بطابعها الخاص, نظرا لخصوصية المصالح التي يمثلها هذا العقد, اذ يظهر فيه تقييد لمبدأ سلطان الارادة, من خلال فرض شروط على حرية التعاقد بشكل عام وتقييد لحرية العميل في التفاوض على شروط العقد. فغالبا ما تعرض على العميل طالب الخدمة عقودا نموذجية تحدد فيها بنود التعاقد مسبقا وشروطه التي يجب ان يتقيد بها كلا طرفي التعاقد. ان اطار مهنة الوساطة الذي وصفه المشرع لنشاط الوسيط في تعاملات سوق الاوراق المالية, يضيف عليها بعض السمات منها انها منظمة, ومقننة وليست مهنة حرة, وان النشاط فيها يمارس بشكل قصري من اشخاص مهنيين, فضلا عن ان المشرع قيدهم بخطر الاعمال الاخرى عند ممارستهم لهذا النشاط, اي فرض عليهم مبدأ التفرغ في العمل, باستثناء المصارف التي يمكن ان تمارس شتى العمليات المصرفية.

## Abstract

The contract of financial mediation in the stock market is considered as one of the most important contracts around the negotiation of financial securities, and occupying an outstanding place in the commercial transaction for the specialist interests of exercise in this field. The study aims at analyzing and reasearching into definition of mediation contract within a financial market, important of stockbroker and its lawful nature. The trading operations begin with buisnessmen-agent issuing to the stockbroker who transmits the order to market for executing it as the businessman-agent had wish, he is considered as an agent of his customer who buys the stocks and the shares when the name of the agent is not mentioned in the contract of buying or selling. The mediator is, therefore a fundamental element to make successful and financial market which motivates investment inside it as a result, therefore the profession of the financial mediation in the stock-exchange has become a speciality requiring a great know ledge and mastery.

## مقدمة

الوساطة في تعاملات سوق الأوراق المالية (البورصة)<sup>(١)</sup> تمثل نشاط يقوم على تقديم خدمة لشخص يرغب في بيع أو شراء ورقة مالية في سوق الأوراق المالية، من خلال التقريب بين شخصين أو أكثر لأبرام اتفاق، ومن ثم يكون الوسيط في مركز وسط بين العميل والغير. وممارسة هذا النشاط بشكل معتاد يجعل منه خاضعا لاحكام النشاط الاقتصادي. ويُعد نشاط الوساطة أو السمسرة من المهن العريقة التي تمتاز بقيمتها الكبيرة في مختلف المجتمعات، اذ يتحمل الوسيط مشقة رصد الاسعار المناسبة للسلع بدلا من عميله، عندما يتدخل في عملية تداول الأوراق المالية في السوق لحساب الغير من خلال عقد يبرمه مع العميل، تنفيذا لالتزام فرضه على عاتقه القانون، بأبرام الوسطاء عقود تفويض مع زبائنهم.

وتُعد اسواق المال من اهم المجالات التي تستخدم في جمع المدخرات المالية والعمل على توجيهها لتمويل مشاريع الاستثمار المتنوعة، ولهذه الاسوق دورا كبيرا في ازدهار الاقتصاد في البلدان، وان التغييرات التي مرت بها من ابداع وابتكار مالي مستمر، وعولمة الاقتصاد، ادت الى الى ظهور ادوات مالية جديدة للتعامل في مجال تجميع المدخرات وتخصيصها الى الهيئات الاقتصادية التي تهدف الى رفع معدل نموها الاقتصادي بسبب العجز المالي الذي يصيبها.<sup>(٢)</sup>

استثمار الاموال في سوق المال يحتاج الى مجموعة اسس ومعايير تساهم في اتخاذ القرار السليم، بعضها يتعلق بالمجال الاقتصادي وبعضها بالمجال المالي، وبعضها تكون ذا طابع فني، ومن ثم فان التعامل في مجال التداول للأوراق المالية في السوق يحتمل الكثير من المخاطر. وفي ظل التعقيدات التي ترافق عمليات البيع والشراء والاستثمار والتوظيف داخل سوق الأوراق المالية، فقد زادت اهمية النشاط الذي يمارسه وسيط هذه العمليات لذلك اخذت معظم التشريعات على عاتقها، ومنها التشريع العراقي، وجوب تدخل المشرع لتنظيم هذه العمليات، حتى لا يتعرض المستثمرين لاستغلال المضاربين المحترفين، فاكنتسبت الوساطة اهمية كبيرة خاصة بعد زيادة اعداد المدخرين من الاشخاص والشركات لاستثمار اموالهم في مجال الأوراق المالية.

(١) كلمة البورصة مشتقة من اسم أحد الصيارفة في مدينة بروج BURGES في بلجيكا، اذ كتب على باب الفندق الذي يملكه و بعلامات بارزة عبارة bourse، أي بورصة الأموال، فكان التجار يجتمعون لتبادل الصفقات أمام ذلك الفندق، ثم حصل تطور في التبادل التجاري ليحل بعد ذلك اسم صاحب الفندق، و هكذا أصبحت كلمة البورصة BOURSE هي التسمية التي اطلقت على سوق تداول الأوراق المالية نسبة إليه. للتفصيل أنظر: صالح ارشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية وفقا للقانون رقم ١٩٩٢/٩٥ في شأن سوق رأس المال، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٦.

(٢) محمد صالح الحناوي، جلال ابراهيم العبد، بورصة الأوراق المالية بين النظرية والتطبيق، الدار الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٩.

## اهمية الدراسة

تكمن اهمية الموضوع من خلال الدور المتطور الذي اصبحت تؤديه سوق الاوراق المالية في الوقت الحاضر, في شراء وبيع الاوراق المالية من خلال وسيط مالي معتمد حصراً, لذلك عُد مبدأ الوساطة من اهم المبادئ التي تقوم عليها التعاملات المالية في السوق. ونسعى من خلالها الى التعرف على خطورة التعامل في مجال تداول الاوراق المالية, اذ ان القواعد العامة التي تقوم على مبدأ حرية التعاقد في ابرام العقود وترتيب اثارها سمحت للوسيط المهني المتخصص بالاستئثار بوضع بنود العقد واملأ شروطه التي تخدم مصالحه على عميله, مما تسبب بحدوث اختلال في المراكز العقدية للطرفين. فضلاً عن التعرف على اهم العوامل التي تقييد الحرية التعاقدية للعميل عند تعاقد مع الوسيط المالي.

## اشكالية الدراسة

الاوراق المالية تمثل القلب النابض للاسواق المالية في معظم دول العالم, ولها دور اساسي في انشاء الشركات المساهمة وتطورها ومن ثم الدفع باتجاه نمو الاقتصاد الوطني, لذلك تبرز اهمية تأطيرالتعاملات التي تقع عليها من خلال الاجابة على التساؤلات الآتية :

١. ما هي طبيعة عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية ؟
٢. ما هي الاتجاهات الحديثة في تكييف طبيعة هذه العلاقة ؟
٣. ما هو تأثير مبدأ الرضائية في عقد وساطة الاوراق المالية بشكلها المادي وعند قيدها في الحساب ؟
٤. هل ان عقد وساطة الاوراق المالية هو عقد اذعان ؟ وما تأثير العوامل التي تحد من حرية العميل في عقد الوساطة في اسباب صفة الاذعان عليه؟

## منهجية الدراسة

ظاهرياً يبدو ان موضوع التعاقد في سوق الاوراق المالية سهلاً بسيطاً, لكنه في حقيقة الأمر يغلب عليه التعقيد, نظراً لخصوصية الموضوع بوصف الاوراق المالية حديثة العهد في مجال التعاملات المالية فقد اعتمدنا في طرحه على المنهج التحليلي للمعلومة من خلال الطرح العلمي لها وعرضها بشكل يتناسب مع التطور الذي شهده العالم في مجال الاسواق المالية بالاستعانة بالمصادر والمراجع القانونية وما متوافر من معلومات على شبكة الانترنت, وما جرى عليه القضاء والفقهاء المقارن, فضلاً عن المنهج الوصفي من خلال الاحاطة ببعض المبادئ العامة في التعاقد ومقارنتها مع المفاهيم التي اخص بها هذا العقد وتأثيرها على مبدأ حرية التعاقد واقترب العقد من صفة الاذعان.

## المبحث الاول

### ماهية عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية

يتم عقد الوساطة بين طرفين احدهما يمثل المستثمر (البائع او المشتري) اما الطرف الثاني في العقد فهو الوسيط<sup>(٣)</sup> والآخر قد يكون شخصا طبيعيا او شخصا معنويا, بحسب التشريعات المختلفة, والشخص المعنوي الذي يتخذ مهنة الوساطة في السوق يمارس اعماله في تداول الاوراق المالية من خلال شخص طبيعي يمثله, وقد اشترط القانون ممارسة هذا النشاط من قبل اشخاص حددهم القانون على سبيل الحصر بثلاثة, الشركات التي تؤسس خصيصا لممارسة النشاط الخاص بتداول الاوراق المالية والاستثمارات, المصارف المخولة بموجب قانون المصارف, الشركات التي تنشأ وفقا لقانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته وتكون متخصصة في المجالات انفة الذكر.<sup>(٤)</sup> ومن اجل ضبط عملية التداول داخل السوق, فان التشريعات المختلفة, فضلا عن الجهات صاحبة الاختصاص فيه, اعتبرت ان التداول لا يكون صحيحا اذا جرى خارج السوق, او بدون تدخل الوسطاء المخولين قانونا بهذه المهمة, ومن ثم فان هؤلاء يحتكرون عمليات الوساطة, الأمر الذي يقتضي التعريف بهذا العقد في مطلب اول ثم بيان طبيعته القانونية في مطلب ثاني.

#### المطلب الاول : التعريف بعقد الوساطة في سوق الاوراق المالية

الوساطة تحمل اكثر من معنى, فقد يكون المقصود منها ذلك العمل الذي يؤديه الوسيط عندما يتوسط بين المتنازعين, للوصول الى حل ودي بينهما, او يكون وسيطا بين متعاقدين من اجل ابرام العقد او تنفيذه.<sup>(٥)</sup> الوساطة لغة من الفعل وسط, وسطاً.... وساطة فهو واسطة, وسط فيهم وساطة اي تدخل بينهم بالحق العدل, اما الاسم في الوساطة فهو الشفاعة.<sup>(٦)</sup> اما اصطلاحا فان الوساطة بين التجار يراد بها المتوسط بين

(٣) الوسيط هو شخص طبيعي او معنوي يتخذ شكل شركة او مصرف, بحسب التشريعات, يقوم بالتعاملات الخاصة في بيع او شراء الاوراق المالية وتنفيذها لحساب الغير (العميل) مقابل حصوله على عمولة معينة, ولا تهم طبيعة الوسيط بقدر اهمية النشاط الذي يزاوله, فهو يتوسط بين البائعين والمشتريين للاوراق المالية في السوق, وذلك يتطلب خبرة ودراية في هذا المجال فضلا عن الترخيص اللازم.

(٤) م/ ١ من القسم ٥ القانون المؤقت لسوق الاوراق المالية الصادر بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المرقم ٧٤ في ١٩ نيسان ٢٠٠٤ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٩٨٣ في حزيران ٢٠٠٤, ص ٥٩. ويهدف هذا التعاقد الى حسن تنظيم التعامل بالاوراق المالية وتجنب الغش عندما يترك امر التعامل بين البائع والمشتري بشكل مباشر, د. طعمة الشمري, شرح قانون الشركات التجارية الكويتي, مؤسسة دار الكتب, الكويت, ١٩٨٥, ط ١, ص ٢٤٥.

(٥) د. عبد الرحمن صالح الاطرم, الوساطة التجارية في المعاملات المالية, دار اشبيليا للنشر والتوزيع, ط ١, بيروت, ١٩٩٥, ص ٣٩.

(٦) الشيخ الامام احمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي, مختار الصحاح, بيروت, مكتبة لبنان, باب الواو, ٢٠١٢, ص ٣٠٠.

البائع والمشتري لأمضاء العقد, اي المتوسط بين المتعاقدين.<sup>(٧)</sup> ويعرف عقد الوساطة بأنه « عقد معاوضة يجريه الوسيط مقابل عمولة بين الطرفين لا نيابة عنهما, اذ يقوم بالتقريب بين شخصان يرغبان بالتعاقد واجراء المفاوضات بينهما». <sup>(٨)</sup> ويعرف بأنه « عقد يلتزم بموجبه الوسيط بالسعي لاتمام صفقة معينة لمن وسطه مقابل أجر». <sup>(٩)</sup> او هو «العقد الذي يبرمه الوسيط في سوق الاوراق المالية مع المستثمر مقابل عمولة محددة ومتفق عليها في العقد». <sup>(١٠)</sup> ويمكن تعريفه بأنه « العقد الذي يبرمه الوسيط , لحسابه الخاص او لحساب عملائه, متضمنا تعاملات مالية تخص بيع او شراء اوراق مالية مطروحة للتداول في السوق المالية (البورصة) في مواعيد محددة, مقابل عمولة يتلقاها الوسيط من عميله». وذلك واضح من نص المادتين (٤ و ٥) من تعليمات التداول لسنة ٢٠٠٧ الصادرة عن سوق الاوراق المالية.

ومما ورد اعلاه نستنتج ان الوسيط يلتزم بالتصرف نيابة عن المستثمر لابرام تعاقدات لمصلحته طبقا لعقد يبرم بينهما, يخوله صلاحية اتخاذ القرار المناسب للتصرف بالاوراق المالية في السوق. فينشأ عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية عند توافق ارادتي الوسيط والمستثمر, فاذا تلقى الوسيط أوامر معينة من المستثمر, فانه يلتزم طبقا لهذا العقد ببيع الاوراق المالية او شرائها بأسم ولحساب المستثمر مقابل عمولة محددة ويلتزم بضمان تنفيذ هذا العقد. <sup>(١١)</sup> وطبقا لهذه الوساطة يتعاقد المستثمر مع وسيط يقيمه مقام نفسه في عمليات التداول في سوق الاوراق المالية, وقد حددت م / ٤ من تعليمات التداول لسنة ٢٠٠٧ مضمون هذا العقد بتحديد البيانات التي يجب ان يتضمنها, الا ان احكام هذا التعاقد لم ينظمها القانون العراقي النافذ.

### المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الوساطة في سوق الاوراق المالية

لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الوساطة في سوق الاوراق المالية لابد من تحديد طبيعة عمل الوسيط, اذ تخضع علاقته مع السوق لانظمة وقواعد معينة من ناحية توافر شروط والتزامات محددة, اما علاقته مع المستثمر فهي علاقة عقدية باتفاق الفقه والقضاء, ورغم تدخل القانون في تنظيم جوانب معينة لها, الا انه لم يحددها بشكل حاسم. ومن أجل القاء الضوء على الطبيعة القانونية لعقد الوساطة في سوق الاوراق المالية الذي يجسد مهمة تنفيذ عقد التداول في البورصة, نبحث في طبيعة عمل الوسيط ومن ثم في تحديد طبيعة العلاقة التي تربطه بعميله والقواعد القانونية التي تخضع لها هذه العلاقة من خلال الفرعين الآتيين:-

(٧) د. عبد الرحمن صالح الأطرم, الوساطة التجارية في المعاملات المالية, مصدر سابق, ص ٣٧.  
 (٨) د. فايز نعيم رضوان, الوجيز في العقود التجارية, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٨, ص ١٩٠, د. عبد الرحمن بن صالح الأطرم, الوساطة التجارية في المعاملات المالية, مصدر سابق, ص ٣٧.  
 (٩) د. مراد منير فهميم, القانون التجاري - العقود التجارية وعمليات البنوك - منشأة المعارف, الاسكندرية, ١٩٨٢, ص ٥٤.  
 (١٠) د. عصام احمد البهجي, الموسوعة القانونية لبورصة الاوراق المالية في التشريعات العربية, ط١, دار الجامعة الجديدة, القاهرة, ط١, ٢٠٠٩, ص ٦٧٥.  
 (١١) حيدر فاضل حمد الدهان, النظام القانوني لعقد الوساطة في سوق الاوراق المالية, رسالة ماجستير, كلية القانون, جامعة بابل, ٢٠١٢, ص ٦.

## الفرع الاول : موضوع الوساطة في سوق الاوراق المالية

يتميز مفهوم نشاط الوسيط في سوق الاوراق المالية بكونه ثنائي الوصف، فهو يجمع بين مهني محترف متخصص في الاوراق المالية وعميل يرغب في الحصول على اكبر منفعة ممكنة من خلال تداول سندات المالية. وطبقا للقواعد العامة، فان السمسار او الدلال يقوم بأعمال مادية تتجسد في البحث عن شخص يتعاقد مع عميله او يقوم باقناع شخص معين بان يقبل هذا التعاقد، ومن ثم فان مهمته تنتهي عند تلاقي الايجاب والقبول<sup>(١٢)</sup>. اما الوساطة في سوق الاوراق المالية فانها مغايرة تماما عن ذلك، لان الوسيط فيها يتلقى أمرا من عميله بالبيع او الشراء ويقوم بدوره بالبحث لدى زملائه الوسطاء الآخرين عن عرض يتوافق مع مطلب عميله، فاذا عثر على رغبة مناسبة يقوم بالتعاقد بأسمه الشخصي، فاذا كانت رغبة عميله شراء اوراق مالية، فيلتزم بتسليمها اليه، او يسلمه الثمن ان كان مخولا ببيعها<sup>(١٣)</sup>. فيجري التعامل في بيع او شراء الاوراق المالية لحساب العملاء من خلال الوسطاء الماليين ووكلائهم المسجلين بعد استيفائهم للشروط القانونية ومنها الحصول على اجازة ممارسة المهنة<sup>(١٤)</sup>.

وحيث ان الوساطة بشكل عام من الاعمال التجارية اذا كانت بهدف تحقيق الربح، فان هذا التعامل يُعد كذلك بالنسبة للوسيط، ويترتب على اكتسابه لصفة التاجر ان يكتسب حقوقه ويلتزم بالتزاماته، على غرار ما يتمتع به من حقوق وما يلتزم به من التزامات اوجبها قوانين وانظمة وتعليمات السوق، ومهنة الوساطة في سوق الاوراق المالية تحتكرها شركات الوساطة وفقا للقانون، ويمكن للمصارف ان تمارس هذا النشاط<sup>(١٥)</sup>.

اما الأوامر التي توجه من العميل الى الوسيط فانها تمثل اعمالا مدنية الا اذا تمت من تاجر، والشخص التاجر قد يأخذ صورة شخص طبيعي او شخص معنوي، ولكل واحد منهما احكامه القانونية الخاصة<sup>(١٦)</sup> وبذلك فان المركز القانوني للوسيط في سوق المال هو تاجر يخضع لكافة التزامات التجار، واختصاص المحاكم التجارية، ويشهر افلاسه، ويتمتع في ظل بعض التشريعات، ومنها التشريع الفرنسي، بطبيعة قانونية مزدوجة، فهو تاجر فضلا عن انه موظف رسمي تم تعيينه وفقا لتعليمات السوق<sup>(١٧)</sup> وقد ذهب القضاء المصري في احكامه الى ان مسألة تحديد طبيعة العلاقة بين الوسيط والعميل تتوقف على

(١٢) ايات مولود فاتح، حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٢، ص ٢٠٠.

(١٣) د. سيد طه محمد بدوي، بورصة الاوراق المالية، عمليات بورصة الاوراق المالية الفورية والأجلة من الوجة القانونية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٩٣ في معرض نقله لرأي الفقيه الفرنسي.

**PACHE (C), Le contrat de commission appliqué en commerce de valeurs mobilières, Thèse de doctorat, Lausanne, 1956, p 14**

(١٤) انظر نص الفقرة/ أ من القسم ٣ من القانون المؤقت لسوق الاوراق المالية « تتحصر كافة التعاملات في سوق الاوراق المالية للوسطاء المخولين من قبل السوق للتعاطي بمثل هذه التعاملات »

(١٥) د. عبد الباسط كريم مولود، تداول الاوراق المالية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٢٩٤.

(١٦) انظر م/٧- اولاً من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ التي جاء نصها « يعتبر تاجرا كل شخص طبيعي او معنوي يزاول بأسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق احكام هذا القانون ».

(١٧) رضوان ربيعة، النظام القانوني للوسيط في عمليات البورصة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٥، ص ٥، ٦.



التكليف القانوني للعقد المبرم بينهما<sup>(١٨)</sup> وهذا ما سنتناوله في المطلب التالي.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الوساطة في سوق الاوراق المالية

للتكليف القانوني للعقد و تحديد طبيعته القانونية اهمية كبيرة في حصر احكامه الخاصة بالحقوق والالتزامات. و اذا كان الأصل في ابرام العقود ان تتم اصالة، الا ان ذلك لا يمنع من الوكالة في ابرامها، مع ذلك فقد منع القانون المستثمر من ابرام عقد بيع او شراء الاوراق المالية اصالة الا من خلال وسيط مالي مجاز من ادارة السوق<sup>(١٩)</sup> فيتصرف الوسيط نيابة عن عميله من خلال تفويض تحريري يصادق عليه مجلس ادارة السوق.<sup>(٢٠)</sup> وفي ذلك يتشابه مفهوم وعمل الوسيط مع مهن واعمال اخرى، كالسمسار والوكيل العادي والوكيل بالعمولة.

وفي الوقت الذي لم يرد في القانون العراقي والقوانين المقارنة تحديد لطبيعة الالتزام الملقى على عاتق الوسيط، فالحل يكمن بالرجوع الى القواعد العامة. ولا خلاف في الفقه على ان الاتفاق هو مصدر علاقة الوسيط بالعميل «المستثمر» ، ومن ثم فهي علاقة عقدية<sup>(٢١)</sup> الا ان الأختلاف كان حول تكليف هذه العلاقة، وقد تنازعت الموضوع عدة اتجاهات فقهية، سنبحث فيها من خلال التفصيل الآتي :-

#### اولاً: عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية عقد سمسرة

السمسرة او الدلالة<sup>(٢٢)</sup> احرفة يستطيع اي من الاشخاص ممارستها وفقاً للقانون عندما تتوفر لديه الخبرة والمعلومات الكافية للعمل في هذا المجال، ويفرض القانون على الشخص الراغب في ممارستها بعض الضوابط كالاهلية مثلاً، ولا يوجد اي الزام يتعلق بمكان ممارستها، ويتدخل السمسار بشكل اختياري، ويمكن ابرام عقد السمسرة بدون تدخل من السمسار، ويكون عقداً صحيحاً.<sup>(٢٣)</sup> قضاء اعتبرت محكمة النقض المصرية السمسار وكيلاً<sup>(٢٤)</sup>

اما فقها فقد ذهب البعض<sup>(٢٥)</sup> الى ان علاقة وسيط الاوراق المالية مع المستثمر

(١٨) حكم محكمة النقض المصرية/ الدائرة المدنية/ طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٧ قضائية/ جلسة ٢٨/١٢/١٩٧١، مجموعة المكتب الفني/ السنة ٢٢/ص ١١١٥/فقرة ٥

(١٩) انظر الفقرة / (١ - أ) من القسم ٣ من القانون المؤقت لاسواق الاوراق المالية لسنة ٢٠٠٤ والفقرة ٨/ من القسم ذاته.

(٢٠) محمد يوسف ياسين، البورصة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ١٧٣ .

(٢١) تعرف السمسرة بانها «عقد يلتزم بمقتضاها السمسار في نظير عمولة يتقاضاها من عميله، اما بالعثور على شخص يرتضي التعاقد مع العميل، او باقناع شخص معين، من خلال التفاوض بالتعاقد مع هذا العميل» د. علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك، الدار الجامعية ، بيروت، ١٩٨٦، ص ٨٥. بعض التشريعات ومنها التشريع المصري اطلقت تسمية «السمسار» على وسيط الاوراق المالية كما جاء في نص م/ ٨٨ من قانون تنظيم سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ .

(٢٢) كمال كامل عبد الجواد الشافعي، الاطار التنظيمي لشركات الوساطة في فلسطين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، ٢٠٠٨، ص ٥٦.

(٢٣) طعن رقم ٥٣٩ سنة ٣٩ جلسة ١٩٧٥/١/٧ سنة ٢٦ ص ١٢٤، جاء في قرارها ان السمسار وكيل يكلفه احد المتعاقدين بالتوسط لدى العاقد الآخر لاتمام صفقة بينهما بأجر يستحق له بمقتضى اتفاق صريح او اتفاق ضمني يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بابرام عقد الصفقة على يده. اورده د. احمد حسني، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٢، ص ٢٢١.

(٢٤) د. محمد كامل امين ملش، شرح القانون التجاري التكميلي، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥٣، ص ٢٥٣ .

(٢٥) اسيا العشي، يمنة درقيني، المركز القانوني للوسيط المالي في عمليات البورصة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق =

تتمثل بعقد دلالة (سمسرة) عادية، فيقتصر دور الوسيط المالي على تقديم النصيحة التي تلائم امكانية المستثمر في مجال استثماره للاوراق المالية عندما يعتمد عليه كمصدر للرزق، فهو بذلك يمارس عملاً مادياً برغم انه يتصرف قانونياً.

وعقد السمسرة العادية يمكن ان يرد على جميع انواع المنقولات، العقارات، العملة التي تُعد من المهن الحرة، مالم ينص القانون على خلاف ذلك، بينما الوسيط المالي تتحصر مهمته في التوسط في مجال التعاملات التي تجري في سوق الاوراق المالية.<sup>(٢٦)</sup> وهذا العمل يكون لحساب العميل ونيابة عنه، اما السمسار فلا يمثل طرفاً في العقد ولا نائباً عن احد المتعاقدين.<sup>(٢٧)</sup> ويوصف عقد السمسرة بأنه من العقود الاختيارية التي يكون اللجوء اليها حق وليس التزام، اما الوساطة المالية فتكون اجبارية في اطار استثمار الاوراق المالية.<sup>(٢٨)</sup> ولا يستطيع ان يمارسها الشخص الا بحصوله على ترخيص من الجهات المختصة، كالهيئة او السوق، ولا ينعقد التداول الخاص بالاوراق المالية صحيحاً الا اذا تم من خلال الوسطاء المدرجة اسمائهم في السوق، وفي المكان المخصص لهذه المهمة<sup>(٢٩)</sup> وذلك يجعل من الوساطة المالية مهنة مقننة منظمة وليست سمسرة حرة.

ويمكن القول ان الوساطة في سوق الاوراق المالية هي نوع من انواع السمسرة، الا انها تختلف عنها في طبيعتها ومضمون التزاماتها، فالسمسرة في القانون التجاري هي أصل الوساطة في الاوراق المالية، لكن هذا لا ينفي وجود قواعد خاصة تختص بها سوق الاوراق المالية كضمان تنفيذ العقد على سبيل المثال.

وإذا كان عقد السمسرة يسمح للعميل بان يوجه أمراً بتنفيذ صفقة معينة لاكثر من سمسار وفقاً لعقد واحد، الا ان العميل في وساطة الاوراق المالية لا يجوز له ان يعطي اوامر بيع او شراء متعددة لأكثر من وسيط واحد لنوع واحد من الاسهم وفي جلسة تداول معينة.<sup>(٣٠)</sup> ويشمل نشاط تداول الاوراق المالية في اغلب التشريعات، الاشخاص المعنوية فحسب ويتم استبعاد الاشخاص الطبيعية.

ونشير الى ان السمسرة وان عدها قانون التجارة العراقي النافذ من الاعمال التجارية، الا انه لم ينظمها كأحد العقود المسماة لذلك فان تكييف عقد الوساطة في عمليات الاوراق المالية على انه عقد سمسرة لا يفي بالجدوى منه لعدم وجود تنظيم قانوني واضح لها.

=والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية، الجزائر، ٢٠١٧، ص ١٦.

(٢٦) قصي علي الضمور، المسؤولية الجزائية عن الاعمال غير المشروعة للوسيط المالي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الاردن، ٢٠٠٩، ص ١٥ و١٦.

(٢٧) انظر الفقرة ١ من القسم ٣ من القانون المؤقت لاسواق الاوراق المالية لسنة ٢٠٠٤.

(٢٨) انظر م/ ١٨ من قانون رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

(٢٩) انظر م/ ٢٢ من التعليمات التنظيمية للتداول في سوق العراق للاوراق المالية الصادرة وفقاً للقانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤.

(٣٠) د. فؤاد محمد محمد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٤.

## ثانياً: عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية عقد وكالة عادية

الوكالة هي عقد يقوم بموجبه الوكيل بتمثيل الموكل امام الغير، ويتعاقد بأسم هذا الموكل ويعمل لحسابه وفقاً للسلطة التي خولها اياه.<sup>(٣١)</sup> بعض الفقه كيبف علاقة المستثمر بالوسيط في الاوراق المالية بانها عقد وكالة عادية.<sup>(٣٢)</sup> على اساس ان الوسيط لا تقتصر مهمته على تقريب وجهات النظر بين البائع والمشتري فحسب، بل هو احيانا يتعاقد بأسم ولحساب المستثمر ويضمن تنفيذ التعاملات وان العلاقة بينهما تخضع لاحكام الوكالة بأجر، فيكون نشاط الوسيط الغالب في عقد الوكالة مستغزراً لعقد الوساطة في الاوراق المالية<sup>(٣٣)</sup> الا ان الوكيل في الوكالة العادية يتصرف نيابة عن الموكل للقيام بتصرف قانوني، اما وسيط الاوراق المالية فانه يؤدي لحساب عميله تصرفات قانونية واعمالاً مادية من خلال التفاوض على الاوراق المالية في السوق. فاذا كان الالتزام الأصلي الذي يعمل الوسيط في الاوراق المالية على تأديته هو العثور على من يقبل التعاقد مع عميله، فانه يمارس ايضاً نشاطات اخرى منها تقديم الاستشارات والالتزام بالاعلام او الاستعلام، او التفاوض على الاوراق المالية، وان هذه الاعمال لا تُعد من قبيل التصرفات القانونية، بل هي اعمالاً مادية تنصب على اداء ذهني وعمل فكري وفني يتعهد الوسيط القيام به، والوكالة لا تسري على الاعمال المادية بل على التصرفات القانونية<sup>(٣٤)</sup>

مما ورد اعلاه، فان مهمة الوسيط تتجسد في عمل مادي يتمثل بالبحث عن شخص يقبل التعاقد بالشروط المحددة من قبل الشخص الذي لجأ الى توسيطه لغرض اتمام صفقة معينة دون ان يشترك في ابرام العقد، في حين ان الوكيل يؤدي عملاً قانونياً هو ابرام عقد بأسم الموكل ولحسابه، فهو لا يؤدي اي عمل مادي لحساب عميله.<sup>(٣٥)</sup> مع ذلك فان اشتراك كل من عقد الوساطة في الاوراق المالية وعقد الوكالة العادية ببعض الاحكام، لا اختلافهما في احكام اخرى منها ان نطاق عمل الوسيط في الاوراق المالية يقتصر على الاسواق المخصصة لتداولها، في حين ان للوكيل العادي ان يعمل في شتى المجالات التجارية. وفي عقد الوكالة العادية، الوكيل يبرم العقد بأسم ولحساب الأصيل، فلا يظهر اسم الوكيل ويلتزم الوكيل امام الأصيل بموجب عقد الوكالة. كما ان احكام الوكالة العادية تخضع لقواعد النيابة التامة في التعاقد، فتتصرف بمقتضاها

(٣١) عرف المشرع العراقي الوكالة في م/٩٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بانها «الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم.» وعرفها المشرع المصري في م/٦٩٩ من القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بانها «عقد بمقتضاها يلتزم الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل» وعرفها المشرع الفرنسي في م/١٩٤٨ من القانون المدني رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٦ بانها «العقد الذي بمقتضاه يعطي شخص لآخر سلطة ابرام تصرفات قانونية بأسمه ولحسابه.»

(٣٢) د. عصام حنفي محمود، وسطاء الاوراق المالية، مجلة كلية الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون / اسيوط، العدد ١٣، ج ٢، ٢٠٠١، ص ١٦٢.

(٣٣) د. حسان حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ١٠٩.

(٣٤) د. محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٩٥، ص ٦٥-٦٦.

(٣٥) د. محمد السيد الفقهي، القانون التجاري، الإفلاس - عمليات البنوك - العقود التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٢٢٩.

اثار التصرفات الى الموكل دون ان تمر بذمة الوكيل, مع الاحتفاظ بحق الرجوع لكل من الموكل والمتعاقد.<sup>(٣٦)</sup> ويكون التزام الوكيل ببذل عناية, اما الوسيط في بورصة التعاملات المالية فان التزامه وسط بين الالتزام ببذل عناية, والالتزام بتحقيق نتيجة, فيكون أكثر شدة من التزام الوكيل العادي.

وان ما يميز تعامل الوسطاء في البورصة صفة الاحتراف, اذ لا تقبل قائمة الاوراق المالية الا اذا كانت صادرة من وسيط تم اعتماده في السوق وفقا للقانون, فصحة التعامل في الاوراق المالية يعتمد على اجراءه من وسيط السوق المقيد فيه.<sup>(٣٧)</sup> لذلك نرى ان تكييف العلاقة التي تجمع الوسيط مع عميله باعتبارها عقد وكالة عادية يُعد تكييفا مبسطا لا يرقى الى كل النشاطات التي يقوم بها الوسيط في سوق الاوراق المالية, لذلك ينبغي التفرقة بين هذه النشاطات وتكييف كل منها وفقا لطبيعة الالتزامات والحقوق الناتجة عنها.

### ثالثا: عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية عقد وكالة بالعمولة

يعرف عقد الوكالة بالعمولة بأنه « عقد يلتزم به الوكيل بان يتعاقد بأسمه الشخصي لحساب الموكل اذا كان هذا الوكيل قد احترف هذا النوع من الوكالة او كان العقد تجاريا لتبعيته للحرفة التجارية او لان موضوعه عمل تجاري». <sup>(٣٨)</sup> مقابل اجر يدفعه الموكل يسمى عمولة<sup>(٣٩)</sup> والوكيل بالعمولة يتعاقد لحساب شخص اخر لا يظهر في العقد الذي يبرمه مع الغير<sup>(٤٠)</sup> ويكون مدينا اتجاه هذا الغير المتعاقد معه ومن ثم فهو يلتزم شخصيا بتنفيذه, حتى لو علم الغير بشخص الموكل, فلا يمكنه الرجوع على الموكل, في حال لم يلتزم الوكيل بالعمولة بتنفيذ العقد, فضلا عن ان الموكل لا يستطيع مطالبة الغير بتنفيذ الالتزام المدين به.<sup>(٤١)</sup> لكن هل يكفي تعامل الوكيل بأسمه الخاص ليكون وكيلا بالعمولة, يرى جانب من الفقه عدم كفاية ذلك, بل لابد من ان يحترف الوكيل هذا النشاط وان يكون العمل الذي يتوسط فيه عملا تجاريا وفقا لاحكام قانون التجارة<sup>(٤٢)</sup> مع ذلك فان

(٣٦) محمد يوسف ياسين, البورصة, مصدر سابق, ص ٨٧.

(٣٧) د. علي البارودي, العقود وعمليات البنوك, مصدر سابق, ص ٤٦. لم يورد قانون التجارة العراقي تعريفا للوكالة بالعمولة ولم يضع المشرع التجاري احكاما لها. على خلاف بعض التشريعات العربية والاجنبية, فقد عرف المشرع الفرنسي الوكيل بالعمولة في م/ ١٣٢-١ من قانون التجارة لسنة ٢٠٠٠ بأنه « الشخص الذي يتصرف بأسمه الخاص او تحت اسم اجتماعي نيابة عن مفوضيه نظير أجر». والوكالة بالعمولة عرفتها م/ ٨١-٢ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بانها «كل اتفاق يلتزم بموجبه الوكيل بالعمولة القيام بتصرف قانوني بأسم ولسبب موكله مقابل أجر».

(٣٨) د. اكرم ياملكي, القانون التجاري, دراسة مقارنة في الاعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية, دار الثقافة, عمان, ٢٠١٠, ص ٢٧٩.

(39) Philippe Malaurie, Laurent Avens, pirve – yves Gautire Droite civile, les contract spésiaux, Defrenois 2004- .P. 326.

(40) F. Leclerc, Droit de contrats spéciaux, 2ème éd, LGDJ, Paris, 2012, p. 567, 566

(٤١) ايات مولود فاتح, حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري, مصدر سابق, ص ٢٠٣

(٤٢) د. علي جمال الدين عوض, العقود التجارية, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٨٢, ص ١٢٧. وكذلك

Rabut albert, le droit des bourses des valeurs et des agents de change, litec- paris, 1983, p. 7

ويعود تكييف عقد الوساطة في عمليات البورصة كوكالة بالعمولة الى عام ١٨٩٢ عندما اصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارها الشهير باعتبار الوسيط وكيلا بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي وليس بأسم زبونه, فيكون وكيلا بالعمولة ضمنا, فهو ينفذ اوامر عميله ويضمن تمام تنفيذ الصفقة, وذلك ما كان واضحا في التشريع الفرنسي القديم, لا سيما مرسوم ٧

توافر هذين الشرطين لا ينفي عن العمل صفة الوكالة ولا تستبعد احكامها الاصلية في القانون المدني<sup>(٤٣)</sup>

ورغم وجود علاقة مباشرة بين الوسيط والغير لكن يبقى مصدر هذه العلاقة هو القانون<sup>(٤٤)</sup> فاذا ابرم الوسيط تصرفا لحسابه الخاص، فان ذلك لا يجعل منه وكيلًا بالعمولة.<sup>(٤٥)</sup> وقد اعتبر جانب من الفقه ان وسيط سوق الاوراق المالية يُعد وكيلًا عاديًا، اذا تم ذكر اسم المستثمر عند اجراء عملية التداول، ويكون المتعاقدون معه مسؤولون بذاتهم امام بعضهم البعض، ويُعد وكيلًا بالعمولة وتطبق عليه احكامها العامة، اذا لم يذكر اسم المستثمر.<sup>(٤٦)</sup> ويطلق عليه بعض الفقه اسم الوكالة الناقصة او غير الكاملة<sup>(٤٧)</sup> ويعتبرها البعض اجراءا لتمثيل مصالح الغير.<sup>(٤٨)</sup> وقد اعتبر جانب من الفقه<sup>(٤٩)</sup> عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية المالية عقد وكالة بالعمولة، فالوسيط يتعاقد بأسمه الشخصي ولكن لحساب المستثمر، ويبدو امام الغير وكأنه المتعاقد الاصيلي.<sup>(٥٠)</sup> فاذا تلقى الوسيط أمرا بالبيع من المستثمر، فانه يكون بائعا للمشتري، واذا تلقى امرا بالشراء، فانه يكون مشتريا بالنسبة للبائع، ويلتزم بضمان تنفيذ الصفقة كالوكيل بالعمولة. فهو يفوض بابرام العقود بأسمه، فالذي يبيع الورقة المالية لا يعرف شخص مشتريها، ويتكفل الوسيط بجميع العمليات ويحل محلهم في تنفيذ الأوامر الصادرة منهم ومن ثم فهو يضمن سلامة التعاملات التي يجريها، فيصبح في مركز الوكيل بالعمولة الضامن.<sup>(٥١)</sup> ومن ثم ينقل الحقوق التي يكسبها الى الموكل. وتتميز هذه الوكالة بخاصية الالزام، متى كانت الأوامر الصادرة من العميل مستوفية للشروط القانونية.<sup>(٥٢)</sup> وعندما يكون الوكيل غير ضامن، فلا تتوقف العمولة على قيام الغير بتنفيذ العقد<sup>(٥٣)</sup> وحيث ان الوسيط في

=اكتوبر ١٨٩٠ وتعديلاته، وقد تم التخلي عنه بعد صدور قانون ٢٢ / ١ / ١٩٨٨ الذي يتعلق ببورصة الاوراق المالية، اذ ان المشرع الفرنسي تحول من نظام الفرد كوسيط الى وساطة الشركة، وبعد صدور قانوني ٢ تموز عام ١٩٩٦ اقتضت الوساطة على مقدمي خدمات الاستثمار، والاخير شخص معنوي بالضرورة.

(٤٣) د. عبد الباسط كريم مولود، تداول الاوراق المالية، مصدر سابق، ص ١٩٩.

(٤٤) سميرة بوفامة، النظام القانوني للوساطة في عمليات البورصة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري-قسنطينة، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٣٧.

(٤٥) د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، ج ٢، ط ٢، مطبعة اتحاد الجامعات، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٢٧.

(46) Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats (régimes d'indemnisation), 10<sup>ème</sup> éd, D, 2014, p. 1240

(47) G. Ripert, R. Roblot, Droit Commercial, TRAITE de droit commercial, t.18, 1<sup>ère</sup> éd, LGDJ, Paris, 2001, P. 722

(٤٨) د. محمود مختار احمد البربري، قانون المعاملات التجارية « الالتزامات والعقود التجارية»، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٥٢. كذلك د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري المصري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ٣٣٩.

(49) BOULOC Bernard, Commissionnaire, Rep.Com, T.II, Ed.Dalloz, Paris, 1997, p. 2 et

3. Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats (régimes d'indemnisation), 10<sup>ème</sup> éd, D, 2014, p. 370

(٥٠) د. محمود مختار احمد البربري، قانون المعاملات المالية، مصدر سابق، ص ١٥١

(٥١) د. ماهر مصطفى محمود، النظام القانوني الخاص لشركات السمسرة في الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، ٢٠٠٨، ص ١٣٥.

(٥٢) د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٥٣) د. عاشور عبد الجواد، النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي وبعض القوانين العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٧.

تعاملات سوق الاوراق المالية وكيل بالعمولة ضامن, فانه لا يستحق عمولة الا بتمام تنفيذ العقد, اي انه يضمن للبائع العميل الوفاء بالثمن, اذا تم تكليفه بالبيع, واذا كلف بالشراء يضمن تسليم السندات الى العميل المشتري<sup>(٥٤)</sup>

ويرتبط الوسيط المالي شخصيا بالصفقة المبرمة, فلا وجود لعلاقة بين العملاء الذين اصدروا اوامر التداول وتختفي شخصية كل منهم عن الاخر. وبسبب غياب العلاقة المباشرة بين الموكل والطرف الاخر, فان براءة ذمة الوكيل بالعمولة تكون من خلال انتقال الحقوق المكتسبة وذلك يشكل ضرورة جوهرية.

ويعتبر الوسيط في ظل القانون الفرنسي وكلا بالعمولة ضامن, فهو يضمن تسليم الاوراق المالية التي يشتريها او تسليم ثمن تلك المباعة منها حماية للسوق, وذلك مما يميز النظام القانوني الذي يخضع له الوسيط في سوق الاوراق المالية الفرنسية.<sup>(٥٥)</sup> اما في ظل احكام القانون العراقي, فلا يوجد نص واضح يؤكد ضمان الوسيط لتنفيذ التعامل, باستثناء نص الفقرة /١٥/ من القسم/٥/ من القانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ التي اشارت بشكل غير مباشر الى هذه الخاصية, وقد اكد ذلك النظام الخاص بالايدياع والتسوية والمقاصة لسنة ٢٠٠٧ في المواد (١٨, ١٩, ٢٠, ٢١) التي تلزم الوسيط فتح حساب تسوية مصرفي خاص به لدى مصرف معين يسمى بمصرف التسوية.

وقد تعددت الاعتبارات التي استندوا عليها في هذا التكليف, فمنها ما يخص طريقة مباشرة الوسيط لعمله, فهو يلتزم بابرام التصرفات القانونية بأسمه الخاص لحساب الموكل مقابل عمولة, ومنها ما يتعلق بمحل التعاقد, اذ تُعد الاوراق المالية من المنقولات كالبضائع والسلع الاخرى التي يتعامل معها الوكيل بالعمولة<sup>(٥٦)</sup> اما الاعتبار الثالث الذي كان سندا في هذا التكليف, فهو طبيعة العمل المسند للوسيط, فاذا كان عملا تجاريا, فان احتراف نشاط الوساطة في الاوراق المالية يكون عملا ذا طبيعة تجارية.<sup>(٥٧)</sup>

وفي ظل الاحكام العامة, يشترك عقد الوكالة بالعمولة مع عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية في ان كليهما من العقود التجارية<sup>(٥٨)</sup> المسماة ذات الصفة الرضائية والاعتبار الشخصي ومن العقود الملزمة للجانبين ومن عقود المعاوضة, لكن تبقى هناك اختلافات جوهرية بينهما, اهمها حالة تعاقد الوسيط باسم ولحساب العميل احيانا, وقد يتعاقد لحسابه الشخصي, وذلك خلافا لتعاقد الوكيل بالعمولة الذي يكون بأسمه الشخصي ولحساب العميل, فيكون اصيلا في مواجهة الغير, مع ذلك تتميز الوكالة بالعمولة عن

(٥٤) يمينة حجاج, البنك الوسيط في عمليات البورصة, اطروحة دكتوراه, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة جبالتي ليايس, الجزائر, ٢٠١٩, ص ١٦٨.

(٥٥) د. احمد محمد لطفي احمد, معاملات البورصة بين النظم الوضعية والاحكام الشرعية, دار الفكر الجامعي, ط١, مصر, ٢٠١١, ص ٢٦٧.

(٥٦) د. محمود مختار احمد البربري, قانون المعاملات التجارية, مصدر سابق, ص ١٥٢. كذلك د. مصطفى كمال طه, القانون التجاري المصري, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية, ١٩٩٩, ص ٣٣٩. والقانون العراقي لم يشترط الاحتراف في ممارسة الوكالة بالعمولة, مع ذلك ذهب رأي في الفقه العراقي الى ضرورة ممارسة الوكالة بالعمولة على وجه الاحتراف. انظر في ذلك رأي د. باسم محمد صالح, القانون التجاري, القسم الاول, مطبعة جامعة بغداد, ١٩٨٧, ص ٢٢٨.

(٥٧) د. محمود سمير الشرقاوي, القانون التجاري, الجزء الثاني, العقود التجارية, الإفلاس, الأوراق التجارية, عمليات البورصة, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٨٤, ص ٢٢.

(٥٨) د. سميحة القليوبي, شرح العقود التجارية, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٢, ص ٦٦.

غيرها من الوكالات طبقا لطبيعة العملية التي يكلف بها الوكيل بالعمولة، فان كانت تجارية، فانها وكالة بالعمولة، بغض النظر عن تعاقد الوكيل بأسمه الشخصي او بأسم موكله<sup>(٥٩)</sup> فاذا كلف الوكيل بالعمولة بالبيع، فلا يضمن وفاء الغير بالثمن، واذا كلف بالشراء، فلا يكون ضامنا لحسن تسليم الغير<sup>(٦٠)</sup> وعدم ضمان وفاء الغير المتعاقد مع الوسيط بالتزامه لا يكون الا اذا جاء بشكل صريح وفقا للعقد او نص القانون او كان العرف يقضي بذلك.<sup>(٦١)</sup> فالوكيل بالعمولة يمارس نشاطه على وجه الاستقلال، وهو صاحب حرفة ويقوم بالعمل بأسمه الخاص، ويكون بذلك مماثلا لعمل الوسيط في عمليات سوق الاوراق المالية الذي يمارس عمله على وجه الاستقلال ولا يعتبر تابعا لاي من طرفي العقد ولا يرتبط معهم بعقد عمل.<sup>(٦٢)</sup>

ومن الجدير بالملاحظة ان نشاط الوسيط في الوقت الحالي لا يقتصر على عمله في تداول الاوراق المالية، بل يمارس نشاطات اخرى. ولان اختياره يوجب توافر مواصفات معينة وخبرة لا يمتلكها غيره، وان مهامه لا تتوقف عند تنفيذ اوامر العميل بالبيع او الشراء، فقد يكلف بتقديم الاستشارات فضلا عن التداول فان مركزه القانوني في العقد المبرم مع المستثمر يبدو ذا طبيعة مزدوجة تجمع بين احكام عقدي الوكالة والمقولة.

ووفقا لما انتهى اليه الفقه المصري والفرنسي<sup>(٦٣)</sup> فان عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية يعتبر عقد وكالة بالعمولة، لكن هذا التكييف لا يتوافق مع التشريع العراقي لاسباب منها، ان قانون التجارة العراقي لم ينظم عقد الوكالة بالعمولة. وان المشرع العراقي ترك مسألة تنظيم الوساطة في سوق الاوراق المالية للجنة تنظيم تعاملات السوق ومراقبتها بما لديها من سلطة لسن الانظمة في هذا المجال. وحيث انه لم ينظم عقد الوكالة بالعمولة، وان عمل الوسيط لا يقتصر على تداول الاوراق المالية في السوق، فان هذا التكييف لا ينطبق واحكام التشريع العراقي.

#### رابعا: الاتجاه الحديث في تكييف طبيعة عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية

يحتاج المدخر، الذي يروم استثمار امواله في الاوراق المالية، الى حماية لعدم مهنيته وعدم امتلاكه الخبرة الكافية في هذا المجال، وتتمثل هذه الحماية باتخاذ التدابير اللازمة وتوفير الضمانات اللائقة لتأمينه من المخاطر غير التجارية التي يمكن ان يتعرض لها الاستثمار في مجال الاوراق المالية. وعند العودة للإطار القانوني المنظم لمهنة الوساطة في سوق الاوراق المالية، نلاحظ أن دور الوسيط فيها يكتسب طابعا

(٥٩) م/١٧٦-١ من قانون التجارة المصري.

(٦٠) رائد احمد خليل، عقد الوساطة التجارية (الدلالة)، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٣، ص ٢٨.

(٦١) سيد طه محمد بدوي، عمليات بورصة الاوراق المالية الفورية والاجلة من الوجهة القانونية، مصدر سابق، ص ١٩٣، وعن الفقه الفرنسي

PACHE (C), Le contrat de commission appliqué en commerce de valeurs mobilières, op, cit, p.14

(٦٢) د. بلعزام مبروك، محاضرات في مقياس نظام البورصة، كلية الحقوق، جامعة سطيف ٢، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٣٢

(٦٣) ايات مولود فاتح، حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، مصدر سابق، ص ٢٠٢.

خاصا، فيراعى في اختياره توفر مواصفات معينة وخبرات لا يمتلكها غيره، فضلا عن ان دوره لم يُعد مقتصرًا على تنفيذ أوامر العميل في بيع او شراء الاوراق المالية، بل اضحى يختلف تبعا لاختلاف الدور الذي يمارسه، فقد يكلف الوسيط إلى جانب التفاوض في السوق بتقديم الاستشارة لعميله، لذلك ذهب رأي في الفقه الى ان العقد الذي يربطه مع هذا العميل يتميز بطبيعة مزدوجة تجمع بين عقد المقاوله وعقد الوكالة.<sup>(٦٤)</sup> وذهب رأي اخر الى ان عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية يخضع لنظام قانوني خاص، فلا يمكن تطبيق القواعد العامة في الدلالة (السمسة) عليه، بل انه يخضع الى قواعد مختلفة تجمع بين احكام الدلالة والوكالة بالعمولة والوكالة العادية، وفقا لصفة تدخله في ابرام الصفقة وطبيعة نشاطه.<sup>(٦٥)</sup> وهذا النظام يتلائم مع مركز الوسيط في السوق الذي يختلف عن مركز الدلال او الوكيل بالعمولة بسبب خضوعه للقواعد المنظمة للتعامل في سوق الاوراق المالية.<sup>(٦٦)</sup> مع ذلك فقد برز اتجاه حديث في الفقه الفرنسي يرى ان التعاقد بين الوسيط والمستثمر في سوق الاوراق المالية يكون حلقة وصل بين ما يبذله المستثمرون في الاوراق المالية من جهة وبين الجهة المصدرة لها. وفقا للتفصيل الآتي :

إذا كانت الخدمة عبارة عن استشارة استثمارية، لا يتمتع متلقيها العميل بالاختصاص، فانها يجب ان تكون محل اتفاق مكتوب ومن ثم فانها وفقا لجانب من هذا الفقه<sup>(٦٧)</sup> تُعد من عقود الانابة التي تخضع للقواعد العامة في العقود، فتكون عبارة عن وكالة او وكالة بالعمولة وفقا لأمر المستثمر المباشر او غير المباشر لاجزاء السوق.<sup>(٦٨)</sup> إذا كانت الخدمة تتعلق بمجال التفاوض في الاوراق المالية لحساب الغير، يذهب رأي في الفقه الفرنسي الى ان الوساطة الخاصة بتنفيذ أوامر المستثمر، اذا كانت خالية من تقديم الأستشارة، وهي ما يطلق عليها بالوساطة التنفيذية، فتكون عبارة عن وكالة عادية، اما اذا كان التفاوض مقترنا بالاستشارة، فان الاتفاق يكون ذا طبيعة مزدوجة يجمع بين عقد المقاوله وعقد الوكالة<sup>(٦٩)</sup>

(٦٤) د. آلاء يعقوب يوسف، مسئولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الاوراق المالية، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، جامعة النهرين، المجلد ٨، العدد ١٣، ٢٠٠٥، ص ١٧٩.

(65) BOBILLIER Charlie, La liberté contractuelle à l'épreuve du droit des marches financiers, thèse de doctorat sous la direction d'Yves Reinhard: université Jean Moulin -Lyon2015 ,3, p.94

(٦٦) ونشير الى ان المشرع الفرنسي عرف الاستشارة في مجال الاستثمار المالي في المادة (١-D٣٢١) من القانون النقدي والمالي «المستشارون في الإستثمار المالي هم أشخاص يمارسون اعتياديا مهنة النصح أو الإرشاد المتعلقة بإتمام عملية لها علاقة بالأدوات المالية، إتمام عملية بنكية أو عملية ذات صلة بها، تقديم خدمة في الإستثمار وخدمة ذات الصلة به.....». انظر رزيقة تغريب، النظام القانوني للقيم المنقولة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمور - تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٩، ص ٢٣٢.

(67) Julie Biron et Stéphane Rousseau-Pégrination civilistes autour de la relation entre l'intermédiaire de marché et l'investisseur, revue centre de droit des affaires et du commerce international, 44R.J.T.261-Université de Montréal-CANADA, 2010 , p.279

(٦٨) وتجدر الإشارة الى ان تسمية «شركات الاستثمار» لا تعني أن هذه الشركات تضطلع بالاستثمار بالمعنى الاقتصادي لهذه الكلمة ، إذ لا تقوم بصفة مباشرة بأي نشاط إنمائي لثروة صناعية او زراعية او عقارية، وانما تعني كلمة «استثمار» توظيف الأموال لتكوين محافظ اوراق مالية. د. حسني المصري، شركات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٧.

(٦٩) احمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية « السمسة» ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - بن عكنون، ٢٠٠٢، ص ٤٧.



إذا كانت الخدمة مجرد تقديم الاستشارة والإرشاد في نطاق الاستثمار، فإن هكذا اتفاق لا يظهر فيه انابة او تمثيل، ويكفي على انه عقد مقاوله او اجارة خدمات.<sup>(٧٠)</sup>

وتمارس شركات الوساطة في القانون العراقي نشاطات متعددة تتعلق بالاوراق المالية من تداول وادارة الاستثمارات وتقديم الاستشارات الاستثمارية، وكل هذه النشاطات تتعلق بتعاملات الاوراق المالية، وهذه الشركات تنفذ مهام معينة تتناسب مع توافر صفات فنية وخبرة وكفاءة ودراية فيها وفقا لنصوص قوانين اسواق المال، لذلك يغلب على عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية انه ينصب على خدمات وأراء كتقديم الاستشارة والاستعلام، فتكون المهارات والخبرة الذهنية والفنية التي تتمتع بها وتقدمها لعملائها بمثابة بيع مقابل عمولة تُعد ثمنا لعقد بيع الخدمة.<sup>(٧١)</sup> اذ ان كل شيء له قيمة مالية يمكن ان يكون محلا للبيع من الوجهة القانونية، ومع ان تعاقدها مع المستثمر بصدد بيع الاوراق المالية لحسابه يمثل اساس علاقتهما، الا ان هذا التعاقد يتميز بطبيعة قانونية خاصة وفقا للمهام التي يقوم بها الوسيط، وتوفيقا للراء التي قيلت انفا في تكييف هذه العلاقة، ذهب رأي في الفقه الى ان جمع الوسيط بين صفتي الدلال والوكيل يسبغ على علاقته مع المستثمر طبيعة مركبة، فهو يبدأ كدلال لايجاد راغب في بيع او شراء الاوراق المالية، وينتهي كوكيل عند تعاقد نيابة عن المستثمر<sup>(٧٢)</sup> وذلك يتماشى مع نص م/ (٣/١٥) من قانون سوق بغداد للاوراق المالية (الملغي) وم/٩ من القسم الخامس من القانون المؤقت لاسواق الاوراق المالية رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ وم/ ٢٢٩ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري. وبالرجوع الى نص ف/٩ من القسم/٥ من امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ « القانون المؤقت لاسواق الاوراق المالية » على الوسيط ان يعمل نيابة عن البائع او المشتري للسندات وفقا لتحويل تحريري يتماشى مع القواعد المتخذة من قبل مجلس المحافظين، تتضمن هذه القواعد على سبيل المثال لا الحصر لزوم تقديم تحويل مصدق عن علاقة الوساطة لكل عميل عن كل وثائق فتح حساب الملائمة، لا يجوز للوسطاء اجراء صفقات للسندات للعميل او التصرف باموال العميل او السندات بدون تحويل صحيح من ذلك العميل. الا ان العمومية التي جاء بها نص م/ ١٨ من الفصل ٣ « اجراءات وضع اوامر البيع والشراء من التعليمات التنظيمية، قد شمل كافة النشاطات التي يضطلع بها الوسيط في نطاق عقود التقويض او الوكالة، دون النظر الى الاختلاف في طبيعة النشاط الذي يمارسه الوسيط، ولان القانون قد ترك تنظيم عمليات السوق ومراقبتها للجنة المشكلة بهذا الخصوص، يمكننا القول ان عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية يعتبر عقداً مستقلاً تنظمه احكام خاصة.

(٧٠) د. علي فوزي الموسوي، النظام القانوني لادارة محفظة الاوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٧٩.

(٧١) د. اشرف عبد العظيم عبد القادر، حماية المستهلك من اختلال التوازن العقدي الناشئ عن استخدام الشروط النموذجية بعقود الاستهلاك، ص ٧٦، بحث منشور على شبكة الانترنت [jdi.journals.ekb.eg](http://jdi.journals.ekb.eg) تاريخ اخر زيارة في ٢٠٢٠/٥/١٥.

(٧٢) د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكوترينغ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٥، ص ٤٣.

## المبحث الثاني

## الرضائية والاذعان في عقد الوساطة في سوق الأوراق المالية

يمثل سلطان الإرادة المبدأ الذي تقوم عليه النظرية العامة للعقد في القانون المدني، ويعني أن رضا المتعاقد أساس تعاقد، فتكون له الحرية في كيفية التعاقد، وفي اختيار المتعاقد وفي تحديد مضمون هذا التعاقد. وفي هذا السياق تمتاز بعض العقود، ومنها عقد الوساطة في سوق الأوراق المالية، عن غيرها من العقود بخصائص معينة، منها عدم خضوعها لهذه النظرية بشكل تام، بحكم الدور الاقتصادي الذي تلعبه في تنمية الموارد المالية للدولة. فيلجأ المشرع إلى العمل على تقييد حرية المتعاقد في التعاقد، ولا يكفي بسلامة الرضا وخلوه من العيوب وتوافر الأهلية اللازمة للتعاقد، بل يبحث عن شروط خاصة تضيف صفة المتعاقد على الشخص المناسب لهذه العقود<sup>(٧٣)</sup> ولوجود تفاوت في الخبرات الفنية والمالية وكون الأطراف المتعاقدة ليست على قدم المساواة، فإن ذلك جعل الرضائية في عقد الوساطة في سوق الأوراق المالية بين المد والجزر للقيود القانونية والاتفاقية التي تحيط بها، كالتشككية التي يتطلبها المشرع في هذا العقد. وذلك ما سنبحثه في المطالبين الآتيين:-

## المطلب الأول: رضائية عقد الوساطة والشككية اللازمة لتنفيذ أوامر العميل

الأصل أن يكون التعاقد صحيحا بمجرد التراضي بين طرفيه، أي أن الرضائية هي الأصل في العقود، أما الكتابة فهي الاستثناء<sup>(٧٤)</sup> ويُعد الرضا عنصرا جوهريا في العقد، ومن ثم فإن حمايته تحقق التوازن في مراكز المتعاقدين<sup>(٧٥)</sup>. أما الشكل فإنه غالبا ما يكون ضروريا لاثبات التصرف القانوني وليس لاثبات صحته<sup>(٧٦)</sup> وفيما يتعلق بعقد الوساطة في سوق الأوراق المالية، فإنه يتم بمجرد اتفاق الطرفين المتعاقدين، ولا يحتاج في الأصل إلى أي إجراء شكلي، فهو يتم بمجرد تبادل الأيجاب والقبول بين طرفيه، وتوافق إرادتهما.

## الفرع الأول: خاصية الرضائية في عقد وساطة الأوراق المالية

الرضا ركن أساسي وبديهي في قيام العقد، يتبلور بموجبه مبدأ الحرية التعاقدية وإرادة الالتزام<sup>(٧٧)</sup> والرضائية تمثل الأصل في العقود ما لم يشترط القانون أو يتفق المتعاقدان على شكل معين، فإذا كانت تعني تحديد شكل العقد من قبل أطرافه فإنها تختلف عن الشككية التي يفرضها القانون في اتخاذ شكل معين يقيد من هذه الحرية<sup>(٧٨)</sup>. وهناك من يرى أن مبدأ الرضائية ومبدأ حرية التعاقد يمثلان مظهران من مظاهر مبدأ سلطان الإرادة أثناء عملية تكوين العقد، إلا أنهما يتميزان بالاستقلال، فالأول يعبر عن

(73) Voir Gérard Légiér, droit civil, les obligations, 16ed, Dalloz, 1998, p.18

(٧٤) د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج ١، القاهرة، ط ٣، ٢٠٠٠، ص ٧٤.

(75) INGRID (B) , L'esprit du code civil à travers le titre III DU LIVRE III , DEA de droit privé en general , Faculté de Nantes , France , 2003 , P.41

(76) LASBORDES(V), Les contrats déséquilibrés, Presses universitaires D'Aix-Marseille, 2000, P.152

(٧٧) الفقرة/ ٩ من القسم ٥ من القانون المؤقت لاسواق الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٤.

(٧٨) د. علي فيلال، النظرية العامة للعقد «الالتزامات»، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٣٠٧.

شكل العقد، بينما يعبر الثاني عن موضوع العقد. (٧٩)

وبالرجوع الى نص م/ ١٨ من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية في سوق العراق لسنة ٢٠٠٤ التي جاء فيها « لا يجوز للوسيط أو وكيله أن يتصرف برأيه المطلق أو أن يفرض رأيه عندما يقوم بالتعامل بالأوراق المالية لصالح المستثمر ما لم يكن مخولاً من قبل المستثمر بموجب تفويض خطي لممارسة مثل هذا التصرف». نجد ان تدخل الوسيط في عملية التفاوض في سوق الاوراق المالية يكون وفقاً لعقد يتم ابرامه مع العميل بالتزام فرضه القانون، وان مصطلح «التفويض الخطي» الذي اشار اليه النص اعلاه، يوجب على الوسيط ان يبرم عقد تفويض مع عميله يمثل المرحلة الاولى من مراحل عقد التداول في سوق الاوراق المالية، عندما يسعى المستثمر لاستثمار اوراقه المالية.

ورغم احياء النص لها، الا ان الكتابة لا تُعد شكلاً لانعقاد. لان م / ٢٦ من التعليمات سمحت بالتفويض الشفوي من المستثمر للوسيط، فضلاً عما اوضحته م/ (٥-ب) من تعليمات التداول لسنة ٢٠٠٧ التي جاء نصها « يكون تفويض المستثمر خطياً ويجوز ان يكون هاتفياً أو على شكل رسالة بالفاكس أو بالبريد الالكتروني أو أية وسيلة أخرى يتفق عليها المستثمر مع وسيطه على أن يتوثق ذلك خطياً لاحقاً». لذلك تكون الكتابة للاثبات فقط. فيتدخل الوسيط في هذا المجال بأسمه ولحساب عميله، ويتوجب عليه ان يبرم مع هذا العميل عقد وكالة<sup>(٨٠)</sup> يؤدي إلى تحرير إتفاقية فتح حساب بينهما. مع ذلك فان الكثير من التشريعات تضع شرط العقد كتابة الذي يصدر لاحقاً للأمر الهاتفي، حتى يمكن الاحتجاج به كوسيلة اثبات بين الطرفين وفي مواجهة الغير، ويبقى العقد محتفظاً بطابع الرضائية. وتبقى الشكلية هنا للاثبات في حالة حصول نزاع بين الوسيط والمستثمر بالإشارة الصريحة الى التسجيلات الالكترونية والكتابة التي تبرم بينهما، ودلالة غير مباشرة على ان يكون عقد الوساطة مكتوباً.

لكن التعبير عن الإرادة اذا كان بشكل غير دقيق، او عندما يتم اغفال بعض التفاصيل الخاصة بالتعاقد، فان هذه الرضائية كثيراً ما تسبب اساءة للمتعاقدين، فينشأ غموض في مدلول اتفاقهما، قد يسبب شكوكاً، فيكون الحل من خلال اللجوء الى التأويل لتحديد مدلول الاتفاق<sup>(٨١)</sup>

وفي نطاق التعاملات التي تجري في سوق الاوراق المالية، فان حرية التعاقد تكون مقيدة، وان الطرف الذي يتم توجيهه الايجاب اليه يجد نفسه في وضع يقبل فيه الانضمام الى تعاقد تم تنظيمه وفقاً لقواعد قانونية موضوعة مسبقاً دون اعتداد بإرادته. فيقبلها كما هي او يرفضها، وذلك لا يُعد اساساً لعقد اذعان، يكون فيه المتعاقد خاضعاً لإرادة تمليء عليه ما تشاء من شروط. لذلك تكون الرضائية في عقد الوساطة بين الوسيط والعميل متميزة عن الشكلية المطلوب توافرها في تنفيذ اوامر العملاء الموجهة للوسطاء، لان

(٧٩) د. صوفي حسن ابو طالب، ابحاث في مبدا سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٩-١٦.

(80) LAPOYADE DES CHAMPS (Christian), Droit des obligations, Ellipse, Paris, 1998, P. 23

(81) LASBORDES (V), Les contrats déséquilibrés, Op, cit , P.155

الكتابة المطلوبة هي شرط للاثبات وليست شرطاً للانعقاد. فضلاً عن ان حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة في عقود الوسيط مع عملائه تكون نسبية وليست مطلقة، نظراً لتدخل المشرع في فرض بعض الاحكام التي اوجب تضمينها في هذه العقود.

### الفرع الثاني: الشكلية اللازمة في اصدار اوامر التداول

لاستيفاء شروط الانعقاد، كثيراً ما يستلزم القانون شكلية معينة الى جانب الشروط الموضوعية الخاصة بتكوين العقد وصحته، بحيث لا ينتج التعبير عن الإرادة آثاره القانونية الا بتحقق هذه الشكلية. ونظاماً الشكلية والرضائية عملاً جنباً الى جنب، كفرنسي رهان في فترة العصور المختلفة للقانون الروماني، وكانت الغلبة للرضائية دائماً، وتحقق لها الانتصار مقابل تراجع مبدأ الشكلية<sup>(٨٢)</sup> فكان ينظر الى الشكلية كقيد على الحرية الرضائية، ثم اصبحت وسيلة لحماية الرضا وتأكيد استنارته في بعض التطبيقات، حالياً اخذت الشكلية تلعب دوراً هاماً في اظهار الرضا واسباغ صفة الامام والوعي على اوجه الالتزام واهميته، اي انها باتت احدى وسائل الدفع التي تساعد الشخص في عدم ابرام العقود او التعهدات الا بعد تفحص وتدبر.

والشكلية هي التي يترتب المشرع اثر البطلان على مخالفتها<sup>(٨٣)</sup> اما اذا لم يترتب هذا الجزاء فهي ليست شكلية، وهناك الشكلية المباشرة التي تمثل ركناً في التعاقد<sup>(٨٤)</sup> وتتصل مباشرة بموضوع تكوين التصرف القانوني، وبغياها يبطل التصرف، واخرى غير مباشرة ترتب عدم فعالية الرضا عند مخالفتها. وعندما يشترط القانون شكلاً معيناً لإرادة طرفي التعاقد، يكون العقد شكلياً<sup>(٨٥)</sup>. والشكلية التعاقدية التي تتمثل في الترخيص والموافقة تكون للتحقق من كفاءة المتعاقد واهليته وامكانيته في الدخول لممارسة هذا النشاط، ومن ثم ابرام التصرفات التعاقدية مع الغير، فهنا الشكلية لا علاقة لها بمبدأ الرضائية ولا تتعلق بحماية رضا الطرف المتعاقد<sup>(٨٦)</sup>. وغايتها في القانون المدني كركن في العقد، لحماية المتعاقد الضعيف من خلال اعلامه وتنبهه بأنه يقدم على تصرف قد يعرضه للخطورة، ومن ثم فانها تُعد بالضد من مبدأ الرضائية<sup>(٨٧)</sup> اما الشكلية الرسمية التي تظهر في بعض العقود فانها تمثل ركناً فيها، ويتم (٨٢) القانون قد يحدد شكلاً معيناً لرضا المتعاقدين، يكون في الغالب عبارة عن ورقة رسمية. د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٨٠، ص ٢٣، كذلك انظر م / (٩٠-١) من القانون المدني العراقي « اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك. »

(٨٣) احمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - ١، ٢٠١٩، ص ٣٠٧.

(٨٤) د. علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

(85) DURAND Paul, " La contrainte le'gale dans la formation de bien contractuel", Revue trimestrielle de droit civil, Librairie de recueil, N.02, Avril-Junin 1994, p.79

(٨٦) امر السوق (البورصة) هو توكيل يعطيه الزبون ل احد الوسيط من أجل ان يبيع او يشتري له اوراقاً مالية معينة في سوق الأوراق المالية، ولا ينشأ أثر هذا الأمر الا اذا تم اعطاءه الى الشخص المختص او ما يسمى بالوسيط، وعرفه البعض بأنه « عقد انابة بين الوسيط والزبون »

LE VASSEUR(M), Droit des affaires, Tome II, les valeurs mobilières, LGDJ, Paris, 1988, p.501

(87) C. Lassalas, L'inscription en compte des valeurs: la notion de propriete scripturale, L.G.D. Paris, 1997, p.219.

فرضها على كلا الطرفين، خلافا لوضع الشكلية حاليا اذ يتم فرضه على متعاقد دون الاخر، كموافقة الادارة والترخيص لأحد المتعاقدين دون الاخر.

وفي نطاق عمل الوساطة في سوق الاوراق المالية، فان الوسيط يكون في وضع الموجب دائما، وان نشاطه يخضع لتنظيم وتدخل سلطة السوق، فضلا عن ان نشاطه تم تنظيمه وفق احتكار قانوني مما يجعله، باعتباره محترفا، في موضع الايجاب، فيتم التعاقد مع من يلتمس خدماته، ولا يحق له التراجع عن ايجابه.<sup>(٨٨)</sup> وقد اشار القانون المؤقت لاسواق الاوراق المالية رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ في البند/٩ من القسم ٥ الى وجوب كتابة عقد الوساطة بين الوسيط والمستثمر، من خلال النص على عبارة « تخويل مصدق» و« تخويل معتمد». وعقد التفويض الذي يبرمه الوسيط مع عميله يكون مصدرا لابرار عقد التداول كالتزام يقع على عاتق الوسيط ويكون محله بيع او شراء ورقة مالية، فيشكل عقد التداول المرحلة التنفيذية لأمر التداول الذي يصدره العميل. ويمثل هذا التفويض الذي يصدره العميل للوسيط بداية المرحلة التحضيرية، التي تمتاز بدخول الوسيط المالي في تعاقد مباشر مع العميل، فالوسيط يتلقى تفويضا محله ابرار وتنفيذ عقد تداول الورقة المالية من العميل. وعندما يقوم الوسيط المالي بادخال أمر البورصة الذي تلقاه من عميله الى النظام الخاص بالتداول الالكتروني في البورصة لغرض تنفيذه تكون المرحلة التحضيرية قد انتهت. اما المرحلة الخاصة بابرار عقد التداول فتتمثل في سعي الوسيط المالي للبحث عن طرف مقابل في السوق ذاته، لغرض ابرار عقد معه ومن ثم يصار الى تنفيذه بموجب التعليمات الخاصة بسوق الاوراق المالية، فيكون تسليم الاوراق وتسديد اثمانها او دفع فروقات اسعارها، نهاية الصفقة.

ومهمة الوسيط في سوق الاوراق المالية تكون باستقباله أمر العميل او ما يسمى بأمر السوق<sup>(٨٩)</sup> الخاص بالبيع او الشراء ويقوم بالتحري لدى زملائه الوسطاء الاخرين عن امكانية وجود عرض مطابق لرغبة عميله، وعند العثور على هذا العرض يتعاقد معه بأسمه الشخصي ويلتزم بالتنفيذ تجاه عميله، من خلال تسليمه الاوراق التي اشتراها ان كان مشتريا، او الثمن الذي قبضه ان كان بائعا.

### الفرع الثالث: تأثير مبدأ الرضائية في عقد وساطة الاوراق المالية المقيدة في

#### الحساب

تدخل المشرع الفرنسي من أجل تأجيل تاريخ انتقال ملكية الاوراق المالية بشكلها غير المادي نظرا للأثر المترتب على تطبيق مبدأ الرضائية في التعاقد، وهو نقل ملكية الورقة عند ابرار العقد. هذا الأثر يتوقف على العقد او الاتفاق بغض النظر عن عملية القيد في الحساب، فالاخيرة لا تؤثر في عملية انتقال ملكية الورقة المالية بشكلها غير المادي<sup>(٩٠)</sup> اما القضاء الفرنسي فقد ذهب الى ان النصوص الخاصة بالغاء الشكل (88) Cass. Com.22 nov. 1988. Bull. Civ. IV.N322°. cité par : J. Granotier, Le transfert de la propriété des valeurs mobilières, thèse de doctorat, université Panthéon-Assas (Paris 2009, (2,p.125

(٨٩) يمينة حجاج، البنك الوسيط في عمليات البورصة، مصدر سابق، ص ١١٢

(90) . C. Lassalas, L'inscription en compte des valeurs: la notion de propriété scripturale, op, cit, p. 256

المادي للورقة المالية عند غياب النصوص المخالفة، لا يمكنها تعديل القواعد المتعلقة بنقل الملكية التي تكون نتيجة لابرام التعاقد<sup>(٩١)</sup> وبناء على ما جاء في اعلاه، فان انتقال ملكية الورقة المالية بشكلها غير المادي يرتب آثارا معينة اهمها:-

١. ان تاريخ انتقال الملكية الى المشتري هو تاريخ التداول وليس تاريخ القيد في الحساب.

٢. يصبح المالك الجديد للورقة المالية هو من انتقلت اليه ملكيتها، ومن ثم يأخذ صفة «المساهم» اذا كانت الورقة المتداولة عبارة عن اسهم، وصفة «الدائن المقترض» اذا كانت عبارة عن سندات استحقاق.

٣. ان من انتقلت اليه ملكية الورقة المالية يمكنه التمسك بالحق فيها في مواجهة الشركة والغير.

٤. يترتب للمشتري حقا في ممارسة الحقوق المتعلقة بالورقة المالية.<sup>(٩٢)</sup>

ونشير الى ان عملية قيد السندات محل البيع في سوق الاوراق المالية لا تتم في اليوم المحدد للتداول، بل تتراخى الى اجراء عملية التسوية والتسليم اي بعد مدة زمنية معينة، عندها يترتب للمالك الجديد حق التمسك بالملكية في مواجهة الشركة او الغير. فيبقى بائعها هو المالك الحقيقي لها امام الشركة والغير وله ان يمارس الحقوق المتصلة بها، ولا يستطيع المشتري ممارسة هذه الحقوق، اذا ما تم اعتباره مالكا جديدا وفقا لمبدأ التراضي.

لذلك يمكننا القول ان الغاء الشكل المادي للاوراق المالية المتداولة منع تطبيق مبدأ الرضائية المنصوص عليه في القواعد العامة، واصبح انتقال ملكيتها مشروطا بقيدتها في الحساب، سواء كان التصرف بين البائع والمشتري او الشركة المصدرة لها او الغير. وذلك يعود الى ان البائع والمشتري لا يتعاقدان مع شخص محدد بل مع السوق<sup>(٩٣)</sup>

### المطلب الثاني: العوامل المقيدة لحرية التعاقد في وساطة الاوراق المالية

عقود الأذعان هي « العقود التي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلعة او مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني او فعلي، او تكون المنافسة فيها محدودة النطاق».<sup>(٩٤)</sup> ويتمتع فيها احد طرفي التعاقد بحرية عرض شروطه نتيجة ما يمتاز به من وضع قانوني او فعلي، مقابل طرف آخر لا يجد امامه الا قبول العقد برمته او رفضه دون ان تكون له حرية المنافسة او التعديل على ما يرد من شروط، وذلك يتوافر عندما يحتكر احد الاطراف خدمة معينة في مرفق معين، لا

(٩١) د. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في اطار القانون الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٥، ص ٢٩٣.

(٩٢) د. محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٦٨.

(٩٣) د. علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، مصدر سابق، ص ٥٩-٦٠.

(٩٤) م/ (١٦٧-٢) مدني عراقي « اذا تم العقد بطريق الأذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقا لما تقتضيه به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

يمكن للطرف الآخر ان يستغني عنها<sup>(٩٥)</sup> ويذعن احد الاطراف للشروط التي يتم املأها عليه من الطرف الاخر, اذعانا جعل المشرع يتدخل لحمايته بنصوص خاصة, تعكس تسميتها « الاذعان » جلاء الاضطرار للقبول, الذي يمثل سمة بارزة في هذا النوع من العقود, وبذلك فهي نقيض لعقد المساومة, الذي ينتج عن رضاء واختيار, ويعبر عن ارادة مشتركة لكلا المتعاقدين, لا ارادة احدهما الفردية, وهو بذلك يمثل النموذج التقليدي للعقود, نظرا للحرية الكاملة التي يتمتع بها كلا طرفيه في وضع شروطه وبنوده, وامكانية مناقشة العروض التي يقدمها المتعاقد الثاني<sup>(٩٦)</sup> وخضوعها للقواعد العامة, ومنها قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين » لذلك لا يملك القاضي تعديل احد شروطها او اعفاء احد المتعاقدين منها.<sup>(٩٧)</sup> والشك فيها يوؤل لمصلحة المدين <sup>(٩٨)</sup> بخلاف عقود الاذعان التي يوؤل الشك فيها لمصلحة الطرف المذعن<sup>(٩٩)</sup> وتكون مجالا رحبا للشروط التعسفية, التي قد لا تخلو منها بعض عقود المساومة ايضا. وينتج عنها اختلال في التوازن بالنظر للمركز الاقتصادي والقوة التي يملكها احد المتعاقدين, والتي يستطيع من خلالها فرض شروطه على الطرف الاخر<sup>(١٠٠)</sup> وسنبحث في اهم العوامل التي تقيد من حرية التعاقد في عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية.

### الفرع الاول: أثر التقنين في عقد وساطة الاوراق المالية

تعتبر مهنة الوساطة في سوق الاوراق المالية من النشاطات المقننة<sup>(١٠١)</sup> وعندما اصبحت بهذا الوصف وسيطر عليها مجموعة من الاشخاص تم اعتمادهم بشكل خاص لهذا الغرض, اي يحتكرون هذه المهنة. برزت مسألة امكانية اعتبار عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية من عقود الاذعان<sup>(١٠٢)</sup> التي يحدد فيها المشرع

(٩٥) م / ١٦٦ من القانون المدني العراقي.

(٩٦) م / ( ١٦٧ - ٣ ) مدني عراقي « ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دانئا ».

(٩٧) م / (١٦٧-١) مدني عراقي « القبول في عقود الاذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة.

(٩٨) النشاطات المقننة هي تلك التي تخضع للقيود في السجل التجاري, والتي كثيرا ما تعنى بالمرافق ذات الطابع الخدمي, كالخدمات المقدمة في مجال التعاملات المصرفية والمالية, التأمين, الصيدلة, اسواق الاوراق المالية وغيرها....اذ ان طبيعتها ومضمونها تتطلب وجود شروط خاصة لممارستها, وان تصنيفها في هذا الاطار يعود لوجود مصالح جوهرية تستوجب تنظيمها قانونيا وتقنيا مناسباً. وتتمتع العقود التي تبرم في هذا الاطار بنظام استثنائي للحقوق والالتزامات, عندما يتدخل المشرع والهيئات المخولة صلاحية ضبط النشاط, تنظيم هذه الحقوق وعدم تركها لارادة الاطراف المتعاقدة, لتحقيق مصالح مشتركة تتمثل بالحفاظ على المصلحة العامة من جهة وحماية مصلحة العميل طالب الخدمة من تعسف مقدمها, فضلا عن اعمال معيار الضرورة الاقتصادية لتحقيق العقد. د. زائبة زيت وازو, المركز القانوني للمستهلك في مواجهة قواعد الانشطة المقننة : دراسة تطبيقية في المجال المصرفي والمالي. بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات, جامعة مولود معمري - تيزي وزو, الجزائر, العدد الرابع, نيسان ٢٠١٧, ص ٦٥٦.

(٩٩) د. ابو طالب صالح امين, دور شركات السمسرة في بيع الاوراق المالية, دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٥, ص ٩-١٠.

(١٠٠) تواتي نصير, المركز القانوني للوسيط في بورصة القيم المنقولة, المجلة الاكاديمية للبحث القانوني, عدد خاص, بجاية, الجزائر, ٢٠١٧, ص ١١٦ و ١٢٩.

(١٠١) فلة مكي, حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك, اطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة الجزائر ١, ٢٠١٦, ص ٥.

(١٠٢) احمد بعجي, تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد, مصدر سابق, ص ٣٢٤.

صفة المتعاقد المطلوب في العقد, وهو الوسيط الذي اوجب ان تتمثل صفته في احدى الشركات التي نص عليها البند/١ من القسم ٥ من القانون المؤقت لاسواق الاوراق المالية. اي ان المشرع حدد وحصر صفة المتعاقد في تعاملات الاوراق المالية المؤهلة لمزاولة النشاط الذي اسبغ عليه المشرع صفة الوسيط, فتكون هذه الصفة هي التي يتم التعاقد معها. وهذه الصفة لا يمكن الاستغناء عنها, لان اجراء التعاملات الخاصة بتداول الاوراق المالية دون المرور او الاستعانة بالوسيط مصيرها البطلان, نظرا لما تملكه هذه الصفة من خبرة ودراية وكفاءة لازمة في هذا المجال<sup>(١٠٣)</sup> وعقد الوساطة في سوق الاوراق المالية يخضع لنظام قانوني مزدوج, اولهما ما يتعلق بتلبية المصالح الخاصة لاطراف التعاقد, ويتمثل بالصفة الرضائية التي يتمتع بها من خلال خضوعه لاحكام القانون الخاص (القانون المدني والقانون التجاري), وثانيهما يتمثل بقانون السوق الذي يهدف الى تحقيق توازن بين مصلحة الدولة والمصالح الاقتصادية التي يهدف اليها التعاقد.

من كل ما سبق, يظهر لنا ان مهنة الوساطة في سوق الاوراق المالية تم تأطيرها باطار قانوني خاص تُدخل المشرع في تنظيمه بقوة, فكانت النصوص القانونية التي تتعلق باحتكار المهنة من طرف الوسطاء وبيان النظام القانوني الخاص بهم, وان ما تبقى من تنظيم احاله المشرع الى الهيئات العاملة في السوق. لذلك فان حرية اختيار بنود العقد التي يرغب فيها العميل عند تعاقد مع الوسيط تكاد تكون محدودة بقدر كبير, ومن ثم يقترب هذا العقد من عقد الاذعان لمصلحة الوسيط.

### الفرع الثاني: أثر المصلحة المالية والاقتصادية في عقد وساطة الاوراق المالية

لقد اظهر التقدم الاقتصادي الذي شهده العالم حالة عدم تساوي في المراكز القانونية, وقد بدت عدم المساواة هذه بشكل واضح في القوى الاقتصادية والاجتماعية بين المتعاقدين من خلال التعاقدات التي تبرم بين الاشخاص والشركات العملاقة التي تحتكر سلعة او خدمة ما بشكل واقعي او قانوني, عندما لجأت الى فرض شروط على هؤلاء الاشخاص الراغبين بالتعاقد دون حرية في مناقشتها, وبذلك تصدع مبدأ سلطان الارادة الذي جسد حرية التعاقد وعُد من اهم مبادئه<sup>(١٠٤)</sup> واصبحت التعاملات الاقتصادية خصوصا ما يتعلق منها بالمجالات المالية والمصرفية من النشاطات المنظمة والموجهة من حيث الصفة التي يتمتع بها الاطراف, فالمشرع حدد التعاقد مع الشخص المناسب, فمن يرغب بالتعاطي بالاوراق المالية عليه ان يترك حريته التعاقدية جانبا, ويلجأ الى الصفة التي حددها المشرع في المصرف او المؤسسة المالية<sup>(١٠٥)</sup>. فاصبح للوزن المالي والاهمية الاقتصادية في العقد دورا مهما في تحديد المركز القانوني للمتعاقد, ففوة هذين العاملين تطغى على صفة الرضائية, فتظهر

(103) Ripert (G) la règle morale dans les obligations civiles, 4<sup>éd</sup>, LGDJ, 1949, n 57, p 77

(١٠٤) ليندة شامبي, الائتمان المصرفي, اطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة الجزائر - ١, ٢٠١١, ص ٣٢ و ٤٣.  
(١٠٥) في فرنسا وفي ظل قانون ٢٢ ك ٢ لسنة ١٩٨٨ احتفظ المشرع لشركات البورصة بالاحتكار التقليدي الذي كان لسامسة الاوراق المالية الرسميون Agent de change . د. عصام احمد البهجي, الموسوعة القانونية لبورصة الاوراق المالية في التشريعات العربية, مصدر سابق, ص ٧٠٤.



ارادته في شروط التعاقد, وعندما تضعف يقترب العقد من صفة الاذعان ويشكل فيه المتعاقد الطرف المذعن.

مع ذلك ذهب الاستاذ Ripert الى عدم كفاية المعيار الاقتصادي لوحده لتحديد فكرة الاذعان, اذ انه قائم في كل الازمنة والامكنة, وان التفاوت في الدرجة فحسب هو ما يترتب عليه<sup>(١٠٦)</sup>

وبالنظر الى تعاملات السوق المالية, فان اهم النشاطات التي يتدخل فيها الوسطاء في مجال تداول الاوراق المالية هي عملية التفاوض عليها لحساب الغير, اذ انها تلعب دورا كبيرا في الحياة الاقتصادية, مما تطلب ان يكون هناك حاجة لتنظيمها من خلال اطار قانوني لحماية التدخل الذي يحصل من الوسطاء بالنيابة عن اصحاب هذه الاوراق, بوضع قواعد قانونية تنظم هذا النشاط. فهذا التدخل يتسبب بالعديد من المخاطر قد يتحملها هؤلاء الوسطاء او المتعاقدين معهم او السوق وحسابات العملاء الذين اودعوا سنداتهم ونقودهم.

لذلك جعل المشرع وظيفة كل من المصرف والمؤسسة المالية محددة من خلال توجيه النشاط شكلا واشخاصاً, فيقتصر النشاط على من يكتسب صفة المصرف ويمنع غيره من القيام به, فضلا عن المعيار الموضوعي في مزاوله نشاط التداول في سوق الاوراق المالية, لخدمة المصلحة الاقتصادية العامة, بحسن اختيار الشخص او المتعاقد بمواصفات قانونية تسبغ عليه صفة المؤسسة المالية او المصرف.<sup>(١٠٧)</sup>

ونظرا للحساسية والتعقيد التي يتميز بها نشاط الوسيط في سوق الاوراق المالية لدقة وخطورة هذا التعامل, فان تحديد سعر الورقة المالية, على سبيل المثال, يخضع لصعوبة في تقدير المخاطر الشديدة الاحتمال التي يمكن ان تلحق بها, لذلك يكون الاحتكار امرا لا بد منه. فلا يكون التوسط في تداول الاوراق المالية اختياريا بحيث يشكل حقا للمتعاملين في اللجوء اليه من عدمه, بل ان وجود الوسيط في السوق المالية يُعد أمرا الزاميا فرضه القانون, فدخول الوسيط قاعة التداول يكون حكرا على هذه الفئة, واذا تم التعاقد بدونهم فان التصرف يكون مصيره البطلان.<sup>(١٠٨)</sup>

نستنتج مما ورد اعلاه, ان عقد الوساطة في الاوراق المالية يتميز باحكام خاصة بوصفه من المهن المقننة تكرر التزامات استثنائية, اوجدها المشرع تحقيقا للمصلحة الاقتصادية في العقد, ومن ثم فان هذه الاحكام تشكل قيوداً على حرية العميل في التفاوض على شروط العقد.

(١٠٦) د. محمد صديق محمد عبد الله, موضوعية الارادة التعاقدية, دراسة تحليلية مقارنة, دار شتات للنشر والبرمجيات, مصر - الامارات, ٢٠١٢, ص ٢٦٧ و ٤٩٣.

(107) P. Alain Friers, Espaces de liberté en droit des contrats, séminaire organisé à liège, les espaces de liberté en droit des affaires, la faculté de droit de liège, 2007, p 40 et 41

(١٠٨) شامبي ليندة, الائتمان المصرفي, مصدر سابق, ص ٢٨٩.

### الفرع الثالث: أثر العلاقة التنظيمية واثرها في الحد من العلاقة العقدية في عقد الوساطة

بعض المهن تتميز بطبيعة خاصة تمس النظام العام وتحقيق المصلحة العامة, ومن ثم فان الأمر يقتضي تنظيمها من المشرع بصورة أمرة بحيث لا تترك حرية واسعة لاطراف العقد, بل تقيد بحدود معينة, ومنها تلك التعاملات التي تجري في سوق الاوراق المالية وقطاع التأمين والنشاطات التجارية الخاصة بالاستثمار والوكالات السياحية وغيرها, فالكثير من هذه الانشطة اصبحت سوقا رائجة, وشملتها التقنية الالكترونية في الابرار, فهي تخضع من حيث شروطها والقائمين عليها الى تنظيم خاص, ومن ثم يُعد باطلا كل تعامل يجري خلافا لهذا التنظيم, تبريرا لفكرة التضامن الاجتماعي التي يحتاجها المجتمع, وتهدف الى حماية الطرف الضعيف في العقد.

والحرية في اختيار المتعاقد تكون من خلال وجود التزام قانوني بالتعاقد, فيظهر الوسيط باعتباره طرفا معروفا في العلاقة التعاقدية, هذا الالتزام بالتعاقد مع اشخاص محددين, يظهر بصورة اساسية في قطاع السوق المالية الذي يخضع للرقابة والضبط من قبل الهيئات المشكلة فيه, فيلجأ المستثمر او العميل الى المصارف والمؤسسات المالية التي تحتكر عمل الوساطة, فيجد نفسه ملزما بالتعاقد على شروط محددة مسبقا

والوسائل التي تستند اليها السلطات العامة في مجال فرض رقابتها على الانشطة والمجالات المختلفة هي معيار صفة المتعاقد, لانها تحمل في طياتها مؤسسات تحقق للادارة استيفاء الشروط لاضفاء صفة المتعاقد عليها, كما هو حال المصارف والمؤسسات المالية.

ونظرا للمركز المتميز الذي يتمتع به العميل في مجال سوق الاوراق المالية نتيجة خضوعه لقواعد قانونية خاصة تدخل المشرع في تنظيمها وتأطيرها, مما اسبغ على العلاقة بين الوسيط وعميله نظام العقد الاستثنائي, ويلاحظ على هذه العلاقة ان السمة الغالبة عليها هي تدخل المشرع في فرض ارادته بحيث اصبحت سائدة على ارادة الاطراف, من خلال الصلاحيات الممنوحة للهيئات في سوق الاوراق المالية والتي قيدت من حرية العميل بهدف حماية المصلحة العامة للمتعاقدين, مع ضمان سلامة الخدمة التي يقدمها الوسيط في هذا النوع من المرافق, ومن ثم يتحقق التوازن بين المصلحة العامة المتعلقة بالجوانب المالية للمرفق ومصلحة المتعاقدين. فالتعاملات التي تجري في هذا المجال تمس مصلحة اقتصادية جوهرية للدولة ومن ثم تؤثر في النظام الاقتصادي لها.

ان كل ما ورد في اعلاه من عوامل تقرب عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية من عقد اذعان, الا ان شروط تحقق الاخير غير مكتملة, فشرط كون السلعة او الخدمة ضرورية للمتعاقد وليس له امكانية الاستغناء عنها, فان هذه الخدمة الاستثمارية التي يقدمها الوسيط تعتمد على رغبة الشخص وقبوله بشروطها المسبقة,

وقد يترتب عليها تحقيق ارباح او تكبد خسائر, ومن ثم فان من لا يرغب في مزاولتها فانه يستطيع ان يبحث عن مجالات استثمار اخرى, لذلك تنتفي صفة الاذعان عن عقد الوساطة في الاوراق المالية, وبذلك لا سلطة للقاضي في موضوع تعديل بنوده.

## الخاتمة

ان نشاط الوساطة في سوق الاوراق المالية يمثل قطاعا اقتصاديا هاما في الدولة له طبيعة خاصة لذلك لم يسمح المشرع باطلاق مبدا سلطان الارادة بشكل تام, لايجاد توازن بين العلاقة التعاقدية التي تربط المستثمر بالوسيط في عقود الوساطة في سوق الاوراق المالية و المصالح الاقتصادية التي تمثلها هيئات الرقابة والضبط المخولة داخل السوق, لتحقيق برامج التنمية الوطنية. وبناء على ما ورد في اعلاه توصلنا بحمده وتوفيقه تعالى الى النتائج والتوصيات الاتية :

### اولا. النتائج:

١. الوساطة في سوق الاوراق المالية تمثل مهنة تجارية منظمة بشكل اناة اجبارية يمارسها شخص معنوي يضمن تنفيذها لمصلحة عميله المستثمر, يتعاقد من خلالها الوسيط مع عميله المستثمر لتفويضه صلاحية تنفيذ المعاملات داخل السوق, او اتخاذ قرار للتصرف بالاوراق المالية او صلاحية مسك حساباتها وحفظها.
٢. ان اختلاف الثقافات القانونية للمتفاوضين جعل عملية التفاوض بحاجة الى ثقافات قانونية متينة, واستدعى تدخل وسطاء اصحاب اختصاص وقدرات فنية وخبرات علمية تعمل على تذليل الصعوبات والتعقيدات, ومن ثم امكانية تقديم الاستشارة لكلا طرفي التعاقد في التعاملات المختلفة او اجراء التفاوض بين الطرفين في عمليات التعاقد الضخمة ذات الطبيعة المعقدة, فضلا عن حماية المستثمرين العملاء من استغلال المضاربين المحترفين.
٣. ان المركز القانوني للوسيط وفقا للعقد المبرم مع العميل, يفرض عليه تنفيذ العقد بكل امانة وان يبذل العناية المطلوبة في ذلك, وان عدم التنفيذ قد يتسبب بمخاطر للعميل, وذلك يتطلب توفير الحماية القانونية له, من خلال تنظيم العلاقة بين الطرفين للتعاملات التي تجري في السوق.
٤. مهنة الوساطة عادة ما تمارسها شركات تجارية متخصصة لهذا الغرض, او المصارف او شركات التأمين والمؤسسات المالية الأخرى. والمشرع العراقي ترك مسألة تنظيم الوساطة في عمليات سوق المال للجنة تنظيم العمليات فيها ومراقبتها بما لديها من سلطة لسن الانظمة في هذا المجال, وذلك من افضل الضمانات لغرض تأمين حماية حقوق الاستثمار.
٥. اختلفت الاراء الفقهية في تكييف عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية بين اتجاهات متعددة, غلب عليها الاتجاه الذي اعتبره عقد وكالة بالعمولة, ثم ظهر اتجاه اعتبره عقد يجمع بين عقد الوكالة والمقاوله, وهناك في الفقه الفرنسي من اسبغ عليه اوصاف متعددة طبقا للمهمة التي يقوم بأدائها الوسيط.
٦. يحتل مبدأ سلطان الارادة اهمية في انشاء العقود التي تقوم على اساس التراضي بين الطرفين, لكن ظهور انشطة يحتكرها مهنيين متخصصيين

اصحاب مراكز مادية ومالية قوية، فضلا عن ظهور العقود النموذجية التي يمتلكها هؤلاء تسبب في تراجع تدريجي لهذا المبدأ، ولم يبق امام المتعامل معهم الا الرضوخ لها بكاملها او رفضها جملة.

٧. تبقى الرضائية في عقود الاعمال والاقتصاد ومنها عقد الوساطة المالية حجر زاوية للمصالح الاقتصادية التي تمثلها. لكن العقود النموذجية التي تُعدة مسبقا من هيئة السوق والتي تتضمن بنودا اجبارية، لا يستطيع العميل مناقشتها، خالفت بها النظرية العامة للعقد فيما يخص حرية التعاقد واختيار المتعاقد وتحديد مضمون العقد.

### التوصيات:

١. نأمل من مشرنا العراقي ان يتناول عقد الوساطة في سوق الاوراق المالية بالتنظيم القانوني بان يضع له تعريفا شاملا مع اعادة صياغة للعديد من المواد في تعليمات التداول من خلال اصدار قانون جديد خاص بسوق الاوراق المالية يعالج القصور الذي شاب نصوص القانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤.
٢. اداراج نص صريح بخصوص ضمان الوسيط للتعامل الموكل به من المتعاقد معه.
٣. توفير وعي استثماري لافراد لتعزيز ثقتهم بسوق الاوراق المالية من اجل توظيف اموالهم فضلا عن تسهيل اجراءات الدخول الى السوق.
٤. تدخل المشرع للنص على ابطال التصرفات التي تتم خلافا لتعليمات السوق، وعدم ترك الامر لسلطة السوق الادارية.