حماية المستثمر من الشروط التعسفية
-دراسة قانونية في عقد الوساطة التجارية-

أ.م.د. مدحت صالح غايب
أستاذ القانون التجاري المساعد
جامعة تكريت /كلية الحقوق
أ. شيخي محمد الأمين
باحث دكتوراه
جامعة أبو بكر بلقايد/كلية الحقوق

ملخص:

إن عقد الوساطة التجارية من العقود المهمة في الوقت الحاضر بسبب تأثيرها على النشاط التجاري في البلد عامة وحركة سوق الأوراق المالية على وجه الخصوص، إذ لا يمكن أن تتم التعاملات التجارية من بيع وشراء في هذه السوق إلا بدخول أطراف آخرين هدفهم التوسط بين البائع والمشتري لإنجاح هذه العملية وهم ما يسمون بالوسطاء أو الوسيط إذ أن قانون سوق الأوراق المالية العراقي رقم (74) لسنة 2004 المعدل اشترط أن تحصر كافة التعاملات في سوق الأوراق المالية بالوسطاء المخولين من قبل السوق لذلك نكون أمام طرفين الأول محترف ومهني وهو الوسيط والثاني طرف ضعيف قليل الخبرة وهو المستثمر في الأوراق المالية وهو أشبه بعقد الاستهلاك الذي نحاول في هذا البحث معالجة الشروط التعسفية التي يمكن أن تدرج من قبل الوسيط ويضار منها الطرف الآخر الضعيف المستثمر وذلك في مبحثين نخصص الأول للتعريف بالشروط التعسفية وعقد الوساطة وفي الثاني كيفية معالجة تلك الشروط .

Abstract

The contract mediation of commerce of contracts task at present for impact on a business in the country and the stock market. They could not be trading of buying and selling in the market except by entering other parties whose aim is to mediate between the seller and the buyer to make the

transaction a success .They are called intermediaries or intermediaries .The Iraqi stock Exchange law no(74) for year 2004 stipulated that all transactions in the stock market be restricted to brokers au theorized by the market .There for ,there are two parties :the first is a professional the mediator , the second is a little weak .He is an investor insecurities in this research we try to address the arbitrary condition that can be included by the mediator and other weak party .We will discuss these topics in two section , the first is devoted to the definition of arbitrary conditions and the mediation contract and in the second how to deal with those conditions .

المقدمة

بادئ ذي بدء نقول أن عقد الوساطة يقوم بين طرفين الأول هو المستثمر في سوق الأوراق المالية الذي يبيع ويشتري بالأوراق المالية والذي غالبا ما يكون من صغار المستثمرين في سوق الأوراق المالية الذين ليس لديهم الخبرة والدراية الكافية لوضع السوق والوضع المالي للأوراق المالية والذي لو علم بها بشكل تام لأثر ذلك على قراره بالاستثمار في الأوراق المالية ، والطرف الثاني هو الوسيط وهو تاجر محترف مهني لديه المعلومات والخبرة الكافية لإبرام العقود التجارية الخاصة بالأوراق المالية لذلك نحن نقترب هنا من عقود الاستهلاك ،فالوسيط هو الطرف القوي في العلاقة العقدية أما المستثمر فيمثل الطرف الأضعف في هذه العلاقة والمستهلك لخدمة التوسط في بيع وشراء الأوراق المالية ، لذلك يمكن للوسيط أن يضمن في عقد الوساطة شروطا يمكن أن تكون شروطا تعسفية كونه الطرف الأقوى وما على الطرف الآخر سوى القبول بها ، وغالبا ما تكون هذه الشروط مجحفة بحق الطرف القابل (المستثمر) بسبب إيجادها لالتزامات إضافية تثقل كاهله أو تزيد حقوقا أخرى ينتفع بها الطرف الآخر المحترف (شركات الوساطة) مما يجعل من المنطقي أن يمتد نطاق الحماية الى الشروط التي يمكن أن تعد شروطا تعسفية والتي تؤدي الى أحداث اختلال بالتوازن العقدي بين الطرفين .

والسؤال هنا هو كيف يمكن أن نحمي المستثمر في سوق الأوراق المالية من الشروط التي يضعها الوسيط والمتمثل بشركات الوساطة والتي تؤدي الى اختلال التوازن

العقدي بين المستثمر والوسيط ، وهل يمكن أن نعتمد على الحلول والمعالجات للشروط التعسفية التي جاءت بها القواعد العامة في القانون المدني في عقود الإذعان أم أن هذه الحلول لم تعد تلاؤم التطور العلمي والتكنولوجي والفني الحاصل بالحياة الاقتصادية والاجتماعية ،لذا يهدف البحث الى تحديد القواعد القانونية التي يمكن الاستناد إليها في معالجة الاختلال في التوازن العقدي لعقد الوساطة عن طريق معرفة ماهية الشروط التعسفية وما هو عقد الوساطة وما هي الشروط التي يمكن أن يتضمنها عقد الوساطة وتعد شروطا تعسفية ، كل ذلك مبينين موف القانون العراقي مقارنة بالقوانين الأخرى وخاصة المصري والفرنسي .

وبسبب حداثة مواضيع الاستثمار في سوق الأوراق المالية، والتطور الحاصل بالشروط التعسفية نتيجة التطور العلمي والفني والتكنولوجي في السلع والخدمات ، وقلة البحوث التي كتبت في هذا الاختصاص ، ومحاولة الربط بين حماية المستهلك في قوانين حماية المستهلك وحماية المستثمر في سوق الأوراق المالية باعتبار أن الأخير هو مستهلك لخدمات التوسط في بيع وشراء الأوراق المالية من اجل إصباغ حماية اكبر للمستثمر، اخترنا هذا الموضوع .

لذا يمكن أن نقسم البحث الى مبحثين نبحث في الأول التعريف بالشروط التعسفية وعقد الوساطة و في الثاني معالجة هذه الشروط وكالاتي :

المبحث الأول:التعريف بالشروط التعسفية وعقد الوساطة

سيتم بحث التعريف بالشروط التعسفية وعقد الوساطة في مطلبين نبحث في الأول مفهوم بالشروط التعسفية وفي المطلب الثاني التعريف بعقد الوساطة وكالاتي :

المطلب الأول :مفهوم الشروط التعسفية

يختلف مفهوم الشرط التعسفي في القواعد التقليدية في عقود الإذعان عنه في القواعد الحديثة نتيجة التطور التقني والتكنولوجي و المعلوماتي الذي طرا على السلع والخدمات في الوقت الحاضر ،غير أنها تتفق على أن كل شرط لم يخضع للتفاوض بين طرفي العقد يعد شرطا تعسفيا بحيث يتولى احدهما صياغته وإعداده مسبقا على شكل يترتب عليه عدم تكافؤ الحقوق أو عدم التوازن في الالتزامات الناشئة بين طرفي العقد، لذا سنفرد

تعريف للشروط التعسفية في القواعد التقليدية في مقصد أول وتعريف لهذه الشروط في القواعد الحديثة في مقصد ثاني وكالاتي :

المقصد الأول : التعريف التقليدي للشرط التعسفي

إن الصورة التقليدية للتعاقد تفترض مناقشة الأطراف لشروط العقد وبحثها بحرية ، حيث تجري المساومة بين كلا الطرفين على شروط العقد ، ويحرص كل منهما على أن يتحدد العقد المبرم من حيث الحقوق والالتزامات بما يخدم مصلحته ، إلا أن ظهور المشروعات الكبيرة التي تقدم السلع والخدمات الضرورية وقيامها بوضع عقود معدة سلفا لا تقبل المناقشة لتطبق على جميع المتعاملين ظهر ما يسمى بعقود الإذعان التي تتسم بصورة عامة بأنها لا تكون مسبوقة بتفاوض بين الطرفين ، إذ إن الإيجاب فيها يصدر للناس كافة وبشروط واحدة لا يجوز النقاش فيها[1] كما هو الحال في شركات الوساطة في سوق الأوراق المالية التي تقدم عروضها وخدماتها الى الجمهور لغرض التوسط في بيع وشراء الأوراق المالية دون أن يستطيع الطرف الآخر وهو المستثمر المستهلك أن يبدي أية شروط من شأنها أن تعدل أو تلغي أو تضيف أي شرط الى عقد الوساطة هذا.

إن المفهوم التقليدي للشروط التعسفية والبحث في إمكانية تعديلها أو إلغائها ينحصر في عقود الإذعان [2]، وتعرف عقود الإذعان بأنها (العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها)[3].

إن مسالة عقود الإذعان تعد مسالة اقتصادية وجدت نتيجة التطور الاقتصادي الحديث وما نشأ بعد هذا التطور من اتساع شركات الاحتكار مما جعل الطرف الآخر طرف ضعيف لا يمكن إلا القبول بشروط العقد مثال ذلك عقود شركات الكهرباء والماء والغاز والنقل .

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا أهم الشروط الواجب توافرها في عقود الإذعان وهي:

1- احتكار أحد المتعاقدين للسلعة أو الخدمة احتكارا قانونيا أو فعليا، أي لا يوجد منافس للموجب في تقديم السلعة أو الخدمة ولا يكفي أن يكون الموجب قد وضع شروطا لا تقبل المناقشة ما دام لا يحتكر الصنف الذي يتعامل فيه[4].

2- محل العقد سلعة أو خدمة ضرورية للجميع بصفة عامة كالماء والكهرباء... ونحوهما.

3- صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة موضوعة سلفا ولا تقبل النقاش ، ففي الغالب يكون الإذعان فيصورة عقد مطبوع يحتوي على شروط تعرض للجمهور عرضا دائما وباتا بحيث يتم العقد بمجرد قبول أي شخص.

وبسبب هذه الخصائص فقد اختلف الفقه في طبيعة عقود الإذعان فبعضهم أنكر الصفة العقدية لعقود الإذعان ويرى فيها مجرد مركز قانوني منظم ، أما الآخر فيرى فيه عقدا حقيقيا وذلك لأن عدم التساوي بين الطرفين أمر لا يمكن تجنبه ، وأن أغلب العقود يتحقق فيها اضطرار أحد المتعاقدين أوكليهما للتعاقد، ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف اتجاه الآخر فهذا لا أثر له على طبيعة العقد[5].

وجدير بالذكر أن القانون المدني العراقي وتحديد في المادة (167) منه لم يحدد المقصود بالشروط التعسفية في عقود الإذعان ويتضح من ذلك أن المشرع العراقي ترك ذلك لمحكمة الموضوع التي تستقل بتقديرها ولا تكون لمحكمة التمييز رقابة عليها .

المقصد الثاني:التعريف الحديث للشرط التعسفي

بعد التطور العلمي والتكنولوجي الهائل ونتيجة لتعدد السلع والخدمات وتعقدها دعا البعض من الفقه القانوني إلى هجر الفكرة التقليدية لعقود الإذعان لتحل محلها فكرة حديثة مؤداها أن عقد الإذعان هو العقد الذي يستقل فيه احد أطرافه قبل الإبرام بتحديد مضمونه كليا أو جزئيا وينحصر دور الطرف المذعن بقبول هذا العقد دون مفاوضة أو مناقشة ولكن عدم المفاوضة والمناقشة هذه لم تأت من الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلع والخدمات كما هو الحال علية في المفهوم التقليدي بل إن صفة الإذعان تتأتى من عدم قدرة الطرف الثاني على مناقشة شروط العقد مسبقا، وقلة خبرته من النواحي الفنية والاقتصادية والقانونية والتي يمتلكها المنتج أو مقدم الخدمة وهو الطرف الأول القوي في هذه العلاقة والتي تمكنه من فرض الشروط التي يريدها دون مفاوضة من الطرف الأخر وهو المستهلك[6].

لذلك خلص الفقه إلى أن الشروط التعسفية في ظل المفهوم التقليدي التي تنحصر في عقود الإذعان لا توفر حماية كافية للمستهلكين بصورة عامة والمستثمر في عقد الوساطة على وجه الخصوص فهي لا تفي بالغرض المطلوب إذ إن اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية بات لا يقتصر على عقود الإذعان[7].

مثال على ذلك أن من يتعاقد مع وسيط لغرض بيع وشراء الأوراق المالية لا يكون مذعنا ؛ وذلك لانعدام عنصر الاحتكار في المفهوم الحديث بل أكثر من ذلك يحرص المهني أو المحترف (الوسيط) على أن تكون خدماته في متناول جميع المستثمرين، وكذلك فإن هذه الخدمات قد توجد لدى أكثر من شركة وساطة فلا يتعرض المستثمر للاذعان ، ومع ذلك فهو بحاجة إلى الحماية بسبب جهلة بظروف السوق وعدم قدرته على استثمار أمواله بصورة صحيحة لافتقاره إلى المعرفة الفنية والخبرة اللازمة والجهل القانوني بشروط العقد التي غالبا ما تكون في غير صالحه .

ومع ذلك فان هناك من يرى بأن عقد الوساطة في سوقا لأوراق المالية يقترب من عقود الإذعان ذلك أنه عبارة عن نماذج من العقود مطبوعة ومعدة مسبقا ،وان عنصر الاحتكار في سوق الأوراق المالية موجود على اعتبار أن أعمال التوسط في تداول الأوراق المالية يحتكرها الوسطاء المجازين دون غيرهم استنادا الى نص المادة (3/أ) من القسم الثالث من قانون سوق العراق للأوراق المالية التي تنص على انه (يكون تقييد التعاملات بالسندات كالأتي:

أ- تحضر جميع التعاملات في سوق الأوراق المالية بالوسطاء المرخصين من قبل السوق للتعاطي بمثل هذه التعاملات) ، و بحسب رأينا أن عقد الوساطة من عقود المفاوضة وليس من عقودا لإذعان ذلك أنا لطرفين يتفاوضان قبل إبرام العقد بشكل تام ،بأن الوسيط يكون ملزما بالتصرف بحسب التفويض الصادر له منا لعميل من حيث حجم وطبيعة الصفقة وزمانه أو غير ذلك،وان صفة الاحتكار غير متصورة هنا ذلك أن هناك العديد من الشركات العاملة في سوق العراق الخاصة بالوساطة يمكن الرجوع إليها بل أن هذه الشركات هي من تعلن عن رغبتها في التعاقد مع المستثمر للأوراق المالية فضلا عن أن العميل ليس دائما طرف ضعيف اقتصاديا بل قد يكون من كبار المستثمرين في السوق بل وأقوى اقتصاديا من شركة الوساطة وأخيرا فلا يتعلق الأمر بخدمة أو سلعة لا

غنى للمستهلك عنها كما هو الحال في عقود الإذعان .فطرفي عقد الوساطة هم على قدم المساواة و أن العقد يتم بحرية تفاوض كاملة .

وإزاء هذا التطور في المفهوم التقليدي في تعريف الشروط التعسفية صدرت قوانين عدة وفي مختلف الدول عالجت فيها الشروط التعسفية وأوردت فيها تعاريفالها وهو ما نجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك فقد عرف المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك رقم 95-96 من عام 1995 في الفقرة الأولى من المادة (132) من القانون والتي نصت على انه (في العقود المبرمة مابين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها أضرارا بغير المحترفين أو المستهلكين نتيجة عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد).

أما بالنسبة للتشريعات العربية الخاصة بحماية المستهلك فإنها لم تتناول تعريف الشروط التعسفية وربما يعود السبب في عدم إيراد تعريف للشروط التعسفية إلى حداثة الفكرة من جانب وتجنبها الخوض في التعاريف لان ذلك يعد عمل الفقه لا عمل التشريع من جانب أخر[8].

أما بالنسبة للقانون العراقي (قانون حماية المستهلك رقم (1) لسنة 2010) فقد تضمن هذا القانون سبعة فصول ، ابتداء من التعاريف في الفصل الأول وانتهاء في الأحكام العامة في الفصل السابع ولم نلمس في طيات هذا القانون ما يشير إلى تعريف للشروط التعسفية أو سبل معالجتها أو استبعادها أو تعديلها مما يعني إخضاع هذه الشروط للقواعد العامة في القانون المدني ومن هنا تبدو أهمية التوسع في مفهوم عقد الإذعان طبقاللقانون المدني العراقي لشمول المستثمر بالحماية الخاصة في عقود الإذعان كونه الطرف الأضعف في الرابطة التعاقدية لاسيما بإعطاء القضاء سلطة تقديرية في استبعاد أو تعديل الشروط التعسفية .

وحسب رأينا كان الأجدر بالمشرع العراقي أن يعالج هذه الشروط في قانون حماية المستهلك كونه القواعد العامة له ، وذلك لحاجة المستهلك الماسة للحماية التي يوفرها هذا القانون فيما لو أورد هذه الحماية ، وكذلك لاختلاف السلع والخدمات في الوقت الحاضر بسبب التقدم العلمي الهائل في هذا المجال والفارق الكبير في المعرفة والخبرة بين المستثمر في الأوراق المالية كطرف أول في عقد الوساطة والمهني أو المحترف (شركات الوساطة) الطرف الثاني في هذا العقد .

كما حرص الفقه على تعريف الشروط التعسفية ، فقد عرفها البعض (الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني أو المحترف نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية لغرض الحصول على ميزة مجحفة)[9].

نخلص مما سبق الى أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يضعه احد المتعاقدين بما يملكه من قدرة اقتصادية أو خبرة قانونية أو فنية وهو ما يطلق عليه المهني أو المحترف (الوسيط)والذي يترتب عليه اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد ، والتي يحصل من خلالها على ميزة فاحشة ومفرطة تشكل عبئا على الطرف الثاني (المستثمر).

المطلب الثاني:ماهية عقد الوساطة

سيتم بحث ماهية عقد الوساطة في سوق الأوراق المالية في مقصد أول وفي المقصد الثاني آلية تعاقد المستثمر مع الوسيط لنبين الكيفية التي يتم فيها تعاقد المستثمر مع وسيطة وما هي قوة الأوامر التي يصدرها المستثمر الى الوسيط وكالاتي :

المقصد الأول:التعريف بعقد الوساطة

لم يرد تعريف لعقد الوساطة في سوق الأوراق المالية في قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (74) لسنة 2004 بل اشترط فقط أن تحصر كافة التعاملات في سوق الأوراق المالية بالوسطاء المخولين من قبل السوق للتعاطي بمثل هذه التعاملات وذلك في المادة (3/أ) من القانون ، لذلك ذهب الفقه الى البحث عن تعريف لهذا العقد الذي شاع الاستعمال بصورة كبيرة في الفترة الأخيرة فمنهم من عرفه بأنه (عقد يلتزم بمقتضاه الوسيط أن يعقد باسمه الخاص ولكن لحساب مفوضه بيعا أو شراء أو غيرها من العمليات التجارية ويكون ذلك مقابل اجر)[10] ،ولكن هذا التعريف يتسم بالعمومية ولا يتناسب مع عمل الوسيط في سوق الأوراق المالية ولا يوضح أهم خصائص العقد كما انه لم يبين شرط الترخيص للوسيط ، كذلك عرف عقد الوساطة بأنه (عقد يلتزم بمقتضاه وسيط البورصة أن يقوم ببيع أو شراء الأوراق المالية المقيدة في البورصة باسم ولحساب العميل لقاء عمولة محددة ويكون ضامنا لتنفيذ العقد) ولكن التعاريف السابقة أغفلت شرط أساسي من شروط الوسيط وهو شرط الترخيص[11].

لذلك يمكن أن نورد التعريف الأتي لعقد الوساطة بأنه (عقد بين طرفين يلتزم بمقتضاه الطرف الأول (الوسيط) المرخص من قبل سوق الأوراق المالية ببيع أو شراء الأوراق المالية داخل السوق بناء على أوامر الطرف الثاني (المستثمر) العميل لقاء عمولة محددة يدفعها الطرف الثاني للوسيط) ومن خصائص عقد الوساطة انه عقد رضائي وعقد من عقود المعاوضة وعقد ملزم لجانبين .

وهذا ما ينطبق على بيع الأوراق المالية إذ يلجأ البائع والمشتري لتوكيل أشخاص ذوي خبرة في الاستثمار بالأوراق المالية يطلق عليهم الوسطاء[12] والتي أصبح اللجوء الى الوساطة إجباريا في ظل تأكيد القوانين المعنية على حصر التعاملات في السوق بالوسطاء المخولين وإلا وقعت باطلة،لذلك يتوجب علينا أن نبين من هو الوسيط ؟فقد حظي تعريف الوسيط في سوق الأوراق المالية باهتمام تشريعي فقد عمدت بعض القوانين المعنية بالسوق لتعريفه صراحة [13] ، ولا شك أن هذا التوجه نابع من أهمية الدور الذي يقوم به هذا الوسيط . فقد عهد المشرع العراقي التعريف بالوسيط منذ إصدار قانون سوق بغداد للأوراق المالية الملغي إذ عرفت المادة الأولى منه بفقرتها السابعة الوسيط بأنه (كل شخص طبيعي أو معنوي يجاز من المجلس لممارسة الوساطة في بيع وشراء الأوراق المالية)

ومن الجدير بالملاحظة أن هذا الوضوح في التعريف السابق لا نجده في قانون السوق النافذ رقم (94) لسنة 2004 فقد ورد بالقسم الأول منه وتحت عنوان تعاريف انه (10-الوسيط تعني الشخص المخول من قبل مجلس المحافظين بموجب الفصل (1/5-أ) من هذا القانون والمتعامل في معاملات السندات في سوق الأوراق المالية أو الشخص القانوني المخول بموجب الفصل(1/5-أ) وقد يقبل المصرف كوسيط إذا خول بالعمل وفقا لتلك الصلاحية) والملاحظ على النص عدم تحديده للمقصود بالوسيط بوضوح وإنما أورد تعدادا وبصورة مختصرة للأشخاص الذين يمكنهم ممارسة الوساطة في السوق كذلك لم يكشف النص السابق عن شخصية الوسيط وما إذا كان طبيعيا أو معنويا كما انه لم يحدد طبيعة نشاط الوسيط بوضوح عندما وصفه بـ (المتعامل في معاملات السندات) علما أن السندات نوع من الأوراق المالية وليست الأوراق المالية ذاتها، كما ورد تعريف للوسيط في المادة (1) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية لسنة 2004م الصادرة عن سوق العراق للأوراق المالية والتي تنص على أن

الوسيط(شخص معنوي مجاز من المجلس لممارسة الوساطة في بيع وشراء الأوراق المالية بموجب أحكام القانون والنظام) . ويتميز هذا التعريف بكونه لا ترد عليه الملاحظات السابقة التي أوردناها على تعريف القانون المؤقت رقم (74) لسنة 2004م , وذلك ببيانه الجهة الرسمية المانحة للترخيص والمتمثلة بمجلس المحافظين , كما أنه أشار الى أحد شروط الوسيط المهمة والمتمثلة بالإجازة , وموضوع التعامل (الأوراق المالية) إلا أن التعريف حدد عمل الوسيط بالبيع والشراء للأوراق المالية دون باقي العمليات كإدارة الاستثمارات والاستشارات الاستثمارية وغيرها .

كما عرفت تعليمات تداول الأوراق المالية الصادرة عن سوق العراق للأوراق المالية لسنة 2007, وفي المادة (2) منها الوسيط بأنه (الشركة والمكتب في المصرف المرخصة من قبل مجلس المحافظين لممارسة أعمال الوساطة المالية والمقيدة في سجل وسطاء السوق) وهذا التعريف لم يخرج عن سابقة من حيث الترخيص من المجلس ، أما موقف الفقهاء من تعريف الوسيط فقد عرف الوسيط بأنه (شخص ذو دراية وكفاءة في شؤون الأوراق المالية في بورصة الأوراق المالية في المواعيد الرسمية يقوم بعقد عمليات بيع وشراء الأوراق المالية وذلك لحساب الزبائن مقابل عمولة ويعتبر مسؤولا وضامنا لصحة كل عملية)، كذلك عرفه أخر (بأنه شخص يقوم بدور الوسيط في عملية تداول الأوراق المالية بين طرفين طبقا للقوانين واللوائح المنظمة لسوق رأس المال من أجل حماية المتعاملين في السوق)[14] .

المقصد الثاني:آلية تعاقد المستثمر مع الوسيط

تنشأ علاقة الوسيط بالمستثمر عن عقد مبرم بينهما (عقد الوساطة) بموجبه يلتزم الوسيط بتنفيذ الأوامر الصادرة من المستثمر(البائع والمشتري) بالكيفية المحددة بالأمر مقابل التزام الأخير بدفع العمولة والمصاريف الناشئة عن ذلك ، والذي يسمى بعقد وساطة الأوراق المالية[15].

ويعد إبرام هذا العقد خطوة أساسية مهمة للاستثمار في السوق إذ لا يصح بيع هذه الأوراق بدونها [16] ، وهذا لا يعني ان المستثمر هو الطرف الوحيد الملزم بإبرام هذا العقد ، بل الوسيط أيضا إذ يمنع الوسيط قانونا من التعاقد على بيع وشراء الأوراق المالية من السوق لصالح أي مستثمر إلا بعد أن يبرم معه عقد وساطة يحصل بمقتضاه على توكيل من المستثمر بالبيع أو الشراء مقابل عمولة محددة [17] وإذا كان المستثمر ملزما قانونا

بالتعاقد مع أحد الوسطاء حتى يتمكن من البيع والشراء في السوق إلا انه لا يوجد ما يلزمه على التعاقد مع وسيط بعينه [18] ولهذا يمكنه أن يختار من بين الوسطاء المرخصين من يرى بتوسطه ما يحقق مصالحه وهو الاستثمار في الأوراق المالية ، ما لم يوجد نص قانوني يقيد ذلك [19].

جدير بالذكر أن هذا الشرط تمليه طبيعة التعامل في السوق كونه يحتاج الى معرفة وخبرة ودراية بالعمل المصرفي والتي يجهلها الكثير من غير المختصين مما يتوجب ضرورة توافرها لدى الوسطاء .

وفي الوقت الذي يجعل فيه القانون التعامل المباشر في السوق حقا مقصورا على الوسطاء فإن السؤال الذي يثور هنا هو مدى التزام الوسيط بالتعامل مع كل مستثمر يرغب في إبرام عقد الوساطة معه لتنفيذ أوامره بالبيع والشراء أم أن بإمكانه رفض التوسط أحيانا وفقا لما يراه مناسبا وهو ما يعد إضرارا بالمستثمر.

لقد اختلفت آراء الفقهاء بشأن ذلك فقد ذهب رأي [20] إلا أن الوسيط ملزم بقبول الأوامر التي يصدرها المستثمرين و لا يمكنه رفضها نظرا لأن المستثمرين لا يستطيعون مباشرة التعامل بأنفسهم بالسوق في ظل إلزامهم قانونا بالتعاقد عن طريق الوسطاء ، ولهذا يعد إلزام الوسيط بقبول توسطه عن المستثمر بأنه النتيجة المنطقية لاحتكاره للوساطة في السوق المقرر قانونا ، وذهب رأي أخر مؤيد للرأي الأول يضيف بأنه في حالة رفض الوسيط طلب الوساطة من المستثمر فلن يجد الأخير من يلجأ إليه في التعاقد على الأوراق المالية نظرا لصفة الاحتكار التي يتمتع بها الوسطاء لعمليات البيع والشراء في السوق ولهذا فلا يمكنهم رفض التوسط في السوق [21]. وخلافا لذلك ذهب رأي الى أن الوسيط يمكنه رفض التعامل مع بعض المستثمرين ومن ثم رفض تنفيذ أوامرهم استنادا لمبدأ حرية التجارة [22].

وبالرجوع لقانون السوق النافذ رقم (94) لسنة 2004 نجد أن صفة الاحتكار الممنوحة للوسطاء في التعامل في الأسواق المالية لا تعني الالتزام بقبول التعامل المباشر مع المستثمر ينبل يعد حقا للوسيط ولهذا فإنه لا يوجد في القانون ما يدعم إلزام الوسيط بالتعاقد مع كل من يطلب وساطته وهو من المبادئ الأساسية في حرية التعاقد ، وتطبيقا لذلك فإنه وكما يحق للمستثمر أن يختار من يشاء من بين الوسطاء لينوب عنه في التعاقد فإنه من حق الوسيط أيضا أن يختار المستثمر الذي ينوب عنه . فقد يكون

لدى الوسيط أسباب وتحفظات معقولة على رفض التعاقد مع المستثمر قد تكون تحفظات تتعلق بسمعة المستثمر ، أما القول بأن رفض الوسيط التعاقد مع المستثمر من شأنه أن يسد الباب بوجه الأخير ويحول دون إمكان تعامله في
السوق فهو احتمال ضعيف في ظل وفرة الوسطاء داخل السوق الأمر الذي يمكن المستثمر من البحث عن وسيط أخر للتعاقد معه [23] .

وتسليما بحماية المستثمرين من تعسف الوسطاء في استعمال حقهم هذا نجد انه من المناسب القول بأن إلزام الوسطاء بتلقي أوامر العملاء كمقابل لحقهم هذا إنما يطبق في الحالات التي يكون فيها المستثمر مستوفيا لما يتطلبه القانون من شروط للسماح له بالتعامل في السوق ، ولا توجد أسباب مقبولة تبرر رفض طلب الوساطة وإلا فإن القول بإلزام الوسيط بالتعاقد مع كل من يرغب في توسيطه يحتمل أن يلحق الضرر بالوسيط كونه ضامنا لتنفيذ الصفقة التي يتوسط فيها . ونفضل تدخل المشرع لحسم هذه المسألة بما يحقق التوازن بين مصالح المستثمرين والوسطاء في الوقت ذاته ، أي أن نفرق هنا فيما إذا كان المستثمر الراغب بالتعاقد مع الوسيط مستوفيا للشروط التي جاء بها قانون سوق العراق للأوراق المالية أم لا لنحدد إمكانية رفض الوسيط للتعاقد معه أم لا.

كذلك نصت المادة(11) من التعليمات التنظيمية لتداولا لأوراق المالية في سوق العراق لسنة2004على أنه (لا يجوز للوسيط أو وكيله أن يتصرف برأيها لمطلق أو أن يفرض رأيه عندما يقوم بالتعامل بالأوراق المالية لصالحا لمستثمر ما ليكون مخولا من قبل المستثمر بموجب تفويض خطي لممارسة مثل هذا التصرف) وهذا دليل آخر على منع الوسيط من التعسف باستعمال حقه في التوسط في سوق الأوراق المالية بإلزامه الحصول على تفويض من المستثمر وبالمقابل حماية للأخير الذي يعد الطرف الأضعف في هذه العلاقة العقدية ،و ذلك في منع الوسيط من التلاعب بأرصدة العملاء من الأوراق المالية والنقدية من خلال التصرف بها لصالحه دون علم أصحابها فيبيع أوراق من حساب المستثمر ويعيدها في وقت لاحق أو ينفذ الأمر بما يخالف مضمونه .

وعلى أية حال فإن توافق إرادتي الوسيط والمستثمر ينشئ عقد الوساطة بينهما يلتزم بمقتضاه الوسيط بناءا على أوامر محددة يتلقاها من المستثمر بالقيام ببيع الأوراق

المالية وشرائها باسم ولحساب المستثمر مقابل عمولة محددة ويكون ضامنا لتنفيذ العقد.

ولم ينظم القانون العراقي النافذ أحكام هذا العقد في حين تكفلت تعليمات التداول لسنة2007 ببيان مضمونه من خلال تحديد البيانات التي ينبغي أن يتضمنها العقد[24].

المبحث الثاني :معالجة الشروط التعسفية

إن الشروط التعسفية التي يمكن أن تدرج في عقد الوساطة يمكن معالجتها باللجوء الى القواعد العامة في القانون المدني أو القواعد الخاصة في قوانين حماية المستهلك كون المستثمر هو المستهلك لخدمة التوسط في بيع وشراء الأوراق المالية لذلك تختلف معالجة الشروط التعسفية في القواعد العامة (النظرية التقليدية) عما هو موجود في قوانين حماية المستهلك (النظرية الحديثة) ، لذلك سيتم البحث في هذا الموضوع في فرعين كالأتي :

المطلب الأول:معالجة الشروط التعسفية في ظل المفهوم التقليدي

1- أن المشرع العراقي في القانون المدني وكما قلنا سابقالم يحدد المقصود بالشروط التعسفية في عقود الإذعان ولكنه عالج هذه الشروط في المادة (167) منه والتي نصت على انه (....

2- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاتعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أ و تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلاكل اتفاق على خلاف ذلك.

3- ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا[25].

من خلال العرض المتقدم يتضح لنا أن معالجة الشروط التعسفية تتم بطريقتين هما تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي، وتفسير العبارات الغامضة في العقد لمصلحة الطرف المذعن.

فقد منح المشرع السلطة للقاضي بالتدخل في العقد وإعطاء سلطة تعديل أو إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها المحتكر، وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا مسألة موضوعية يعود تقديرها لقاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه، وليس على القاضي من حدود إلا ما تقضي به العدالة ، فإذا وجد شرطا تعسفيا جاز له أن يخفف من أثره أو إن يلغيه ويقع الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي في نطاق العقد باطلا لمخالفته النظام العام[26]. وقد أراد المشرع بذلك أن يحول دون أن يدرج المحتكر شرطا يفرضه على الطرف المذعن يتم بموجبه استبعاد سلطة القاضي بشأن الشروط التعسفية فتتعطل بذلك الحماية التي أقرها للطرف المذعن[27].

أما الوسيلة الثانية التي تتم بها معالجة الشرط التعسفي فهي تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا إذ إن القاعدة تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين إلا إن المشرع قد خرج عن هذه القاعدة في عقود الإذعان وحماية للطرف المذعن فلم يجز تفسير العبارات الغامضة تفسيرا ضارا بالمذعن ولو كان دائنا وذلك لأن هذا الطرف لا يكون له دخل في وضع شروط العقد إذ تكون مفروضة عليه من قبل الطرف الآخر[28].

وأخيرا يلاحظ أن أحكام القضاء العراقي تبحث في علم أو عدم علم الطرف المذعن للقضاء باعتباره شرطا ما شرطا تعسفيا ، بالرغم من وضوح نص (المادة 167 مدني عراقي) وعدم اشتراطها نفي علم الطرف المذعن لإمكان اعتبار الشرط تعسفيا ، فقد قضت محكمة التمييز بإلغاء شرط الإعفاء من المسؤولية لعدم علم المرسل به لأنه كتب بطريقة غير واضحة، وتتلخص وقائع القضية في أن عقد نقل تضمن شرطا يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية وقد ورد شرط الإعفاء ضمن شروط العقد المطبوعة وبصورة لا تسترعي الانتباه وذهبت محكمة التمييز إلى أنه "لا يحتج على المذعن بشرط عدم مسؤولية الناقل لأنه لم يكن واضحا ولم يكتب بطريقة تسترعي الانتباه[29].

وفي قرار آخر ذهبت محكمة التمييز إلى أنه "لا تعد العقود الجارية عن طريق المزايدة العلنية من عقود الإذعان"[30].

المطلب الثاني:معالجة الشروط التعسفية في ظل المفهوم الحديث

أخذت العديد من القوانين بالاتجاه الواسع للشروط التعسفية بعد أن اخفق الاتجاه التقليدي في توفير الحماية المطلوبة للمستهلك وتحقيق التوازن العقدي، فصدر

في ألمانيا تشريع اتحادي متخصص في مواجهة الشروط التعسفية في عام 1976 وكذلك الحال في إنكلترا بصدور قانون خاص بمواجهة الشروط المجحفة 1977 ، وصدر في فرنسا قانون حماية المستهلكين لعام 1978 متضمنا قواعد لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وتوالت بعد ذلك القوانين الأوربية الخاصة بالشروط التعسفية وسبل مواجهتها[31].

وقد تعددت أساليب معالجة هذه الشروط إلى ثلاثة أساليب الأول منها ما يعطي القضاء السلطة في إبطال الشروط التعسفية بعد أن يتم التعرف عليها من خلال التعريف القانوني لهذه الشروط السابق ذكرها ، والآخر يستند إلى إعداد قائمة بالشروط التي تعد تعسفية على سبيل الحصر والتي تكون تبعا لذلك باطلة ، لأنها مخالفة للنظام العام حسب هذا الرأي ، والأسلوب الثالث والأخير يجمع بين الأسلوبين السابقين من خلال إعطاء القضاء السلطة في إبطال الشروط التعسفية استنادا إلى التعريف القانوني لها وفقا لقائمة بالشروط التي يمكن عدها شروطا تعسفية [32].

ولعل أبرز هذه القوانين هو قانون 10 يناير/كانون الثاني 1978 الفرنسي والمعدل بقانون 10 فبراير/1995 فلأهمية هذا القانون سنأخذه أنموذجا لمواجهة الشروط التعسفية بهذا الأسلوب.

فبعد أن عرفت المادة (35) من القانون المذكور الشروط التعسفية قام بتحديد أسلوب معالجتها، فنص في المادة (2/132) منه على تشكيل لجنة للشروط التعسفية تتكون من (15) عضوا موزعين كالآتي:

- ثلاثة قضاة يتم اختيار الرئيس من بينهم.
- ثلاثة ممثلين عن الإدارة.
- ثلاثة خبراء قانونيين.
- ثلاثة ممثلين عن الجمعيات الاستهلاكية.
- ثلاثة ممثلين عن المهنيين.

وتختص هذه اللجنة لمعالجة الشروط التعسفية في العقود كالأتي :

1- تقوم اللجنة بمراجعة شروط العقود النموذجية للمهنيين الجاري التعامل بها وتقوم بدراسة نظام إدراج الشروط وطرق صياغتها ومدى ملائمتها

لموضوع العقد إضافة إلى قيامها بوضع قائمة بالشروط التعسفية بالاشتراك مع الإدارة.

2- وكذلك فإن هذا القانون أجاز للحكومة و فالمادة (1/132 بند 3) أن تصدر قائمة بيانية على سبيل المثال لا الحصر بالشروط التي يمكن عدها شروطا تعسفية وتقديمها الى لجنة الشروط التعسفية تبين فيها الشروط التعسفية الممنوعة، و قد تبث بطلان العديد من الشروط بوصفها شروطا تعسفية ممنوعة

3- لمجلس الدولة الفرنسي إصدار مرسوم تبعا لطبيعة السلع والخدمات لمنع أو تخفيف أو تعديل الشروط المتعلقة بتحديد الثمن والوفاء به أو بمكونات الشيء أو تسلمه أو وثيقة المخاطر ونطاق المسؤوليات والضمانات أو شروط تنفيذ العقد ..... الخ.

4- إعداد مشروعات لقرارات إدارية موضوعها تنظيم أو منع أو تنفيذ الشروط التعسفية في العقود النموذجية والتوصية بإلغاء آو تعديل البنود التي تضمنت شروطا تعسفية وهو ما جاءت به المادة (4/132) .

أما الجزاء المترتب على وجود مثل هذه الشروط التي وردت في هذا القانون فهو جزاء مدني بحت يتمثل بجعل الشروط كأن لم تكن ، أو كأن لم تكتب ولكن الصورة النهائية لهذه اللائحة صدرت بإضافة جزاء جنائي يتمثل بالغرامة التي لا تقل عن ألف فرنك فرنسي ولا تزيد عن ألفي فرنك فرنسي على المهني، إذا أدرج أي شرط من الشروط المحظورة في العقود التي تبرم بين المهني وغير المهني أو المستهلك[34].

وأخيرا فإنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي ما يزال متمسكا بالمفهوم التقليدي للشروط التعسفية الوارد في المادة 167 من القانون المدني ، لا بل إن القضاء عمد إلى التضييق في نطاق الشروط التعسفية على الرغم من ضيقها ومن دون سند تشريعي عندما اشترط عدم علم الطرف المذعن بالشرط حتى يمكن عده شرطا تعسفيا ، في حين أن هذا المفهوم لا يستجيب لمعطيات الوقت الحاضر في ظل تمتع المهني بالقوة الاقتصادية والفنية وضعف المستهلك الاقتصادي والفني، لا بل حتى ضعف الخبرة القانونية ، ويتطلب الأمر لإعادة التوازن بين الطرفين تشريع قواعد خاصة تحمي

المستهلكين من الشروط التعسفية، مع الأخذ بنظر الاعتبار ما تقرره القوانين المقارنة في هذا الصدد .

لذا ندعو المشرع العراقي الى إعادة النظر في تحديد مفهوم عقد الإذعان والتوسع في نطاقه بقصد بسط الحماية القانونية للمستثمر الذي بات بأمس الحاجة الى هذه الحماية أمام التطور التقني والفني والتكنولوجي الهائل الذي ساعد على تطور السلع والخدمات كافه.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا هذا ، نود أن نسجل ابرز النتائج التي تم التوصل إليها :

1- في التعريف الحديث للشروط التعسفية لم يعد الاحتكار العنصر الأساسي والرئيسي في تحديد الشروط التعسفية بل أن هناك عناصر أخرى يمكن عن طريقها الوصول الى هذه الشروط منها قلة الخبرة من النواحي الفنية والاقتصادية والقانونية .

2- على الرغم من اختلاف الفقه حول تعريف الشروط التعسفية الى،أنا نستطيع أن نعرف الشرط التعسفي بأنه ذلك (الشرط الذي يضعه احد المتعاقدين بما يملكه من قدرة اقتصادية أو خبرة قانونية أو فنية وهو ما يطلق عليه المهني أو المحترف (الوسيط)والذي يترتب عليه اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد ، والتي يحصل من خلالها على ميزة فاحشة ومفرطة تشكل عبئا على الطرف الثاني (المستثمر)).

3- بعد الاطلاع على قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (94) لسنة 2004 لم نجد في طياته أي إشارة الى تعريف لعقد الوساطة ، مع العلم انه اشترط أن تحصر كافة التعاملات في سوق الأوراق المالية بالوسطاء المخولين من قبل السوق للتعاطي بمثل هذه التعاملات ،أما الوسيط فقد اهتمت اغلب التشريعات الخاصة بهذه الأسواق بتحديد تعريف خاص به على اختلاف التسمية الخاصة التي أطلقت على الوسيط .

4- إن لجوء المستثمرين الى الوسطاء في عقد الوساطة يكون إجباريا ، لذلك يقع باطلا كل تعامل للمستثمر في سوق الأوراق المالية يتم خارج هذا الإطار ، وذلك

لان المستثمرين لا تكون لديهم الخبرة الكافية في بيع وشراء الأوراق المالية مما قد يلحق الضرر بهم .

5- على الرغم من أن قانون سوق العراق للأوراق المالية النافذ قد جاء بتعريف للوسيط ، إلا أن هذا التعريف ترد علية الكثير من الانتقادات كما ذكرنا وقد تم تلافي ذلك في التعريف الوارد في التعليمات التنظيمية الخاصة بتداول الأوراق المالية لسنة 2004 و 2007 .

6- على الرغم من الاختلاف حول مسالة إمكانية الوسيط رفض التعاقد مع المستثمر إلا أن الرأي الأقرب الى الواقع والعدل هو أن الوسيط ليس باستطاعته أن يرفض التعاقد مع المستثمر إذا كان الأخير مستوفي للشروط القانونية التي جاء بها قانون سوق العراق للأوراق المالية ، إما إذا لم يكن كذلك فان الوسيط له الحرية الكافية في قبول او عدم قبول التعاقد مع المستثمر.

7- إن أهم ما جاء به القانون الفرنسي الخاص بمعالجة الشروط التعسفية لعام 1995 ، هو انه إضافة الى الجزاء المدني المتمثل بإبطال الشروط التعسفية وجعلها كأن لم تكن فان هناك جزاء جنائي متمثل بغرامة مالية لا تقل عن ألف فرنك ولا تزيد ألفي فرنك تفرض على المهني المحترف الوسيط في موضوع بحثنا إذا أدرج أي شرط من الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين المستثمرين .

قائمة الهوامش:

-د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، منشأة المعارف، الإسكندرية 2004 ، ص192 .

2-د. عامر القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001 ، ص32 .

3-د. عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في التشريع المصري ، مطبعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946 ، ص64، وفي نفس المعنى انظر.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،الجزء الأول، بغداد ، 1980ص44 وكذلك المادة(1/167) في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .

4-د.عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، منشورات محمد الداية ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص283 . وانظر د.محمد شريف عبد الرحمن ، عقود الإذعان . دار النهضة العربية ، القاهرة، 2007 ،ص48 .

5-د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص283 وما بعدها . وكذلك عبد الحكيم وآخرون ، مصدر السابق ، ص45 .

6-منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي ، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بابل ، السنة الأولى ، العدد الأول ، 2009، ص317.

7-د. عامر قاسم احمد ، الحماية القانونية للمستهلك ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 1998 ، ص98.

8-رباحي احمد ، اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن ، بحث منشور في مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا ، جامعة الشلف ، الجزائر ، 2011 ص340 ، كذلك انظر د. حسين عبدا لله عبد الرضا الكلابي ، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد السادس والعشرون ، العدد الأول ، 2011، ص222 .

9-السيد د. محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون سنة طبع ، ص32 ، كذلك انظر د. سعيد عبد السلام ، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ، ص50 .

10- نقلا عن عقيل فاضل حمد الدهان ، بحث بعنوان التزام الوسيط بالتبصير في عقد الوساطة في سوق العراق للأوراق المالية ، مجلة رسالة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الثاني ، 2015 ، ص125 .

11-طاهر شوقي مؤمن ، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 ، ص387.

12- أخذت العديد من التشريعات بهذه التسمية ومنها قانون سوق بغداد للأوراق المالية(م7/1) الملغي والقانون المؤقت النافذ بالقسم 10/1 منه ، وقانون الأوراق المالية الأردني المادة 1منه ، والقانون الكويتي لسنة 2010 المادة 1منه ، أما المشرع البحريني فقد اعتمد تسمية الدلال ، أما قانون سوق رأس المال المصري فقد أطلق عليه تسمية السمسار ب .أما المشرع الفرنسي في القانون النقدي والمالي رقم 1223 لسنة 2000 فقد أطلق عليه تسمية مقدم خدمات الاستثمار.ينظر د. ماهر مصطفى محمود إمام ،النظام القانوني لشركات السمسرة في الأوراق المالية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة حلوان ، مصر ، 2008 ، ص33 .

13-فقد أورد المشرع الأردني تعريفا للوسيط في المادة الثانية من قانون سوق الأوراق المالية المؤقت خلافالذلك لم يعرف المشرع المصري الوسيط (والذي أطلق عليه السمسار) غير انه أكد على ضرورة

ممارسة نشاط السمسرة في الأوراق المالية من قبل شركات السمسرة ينظر بهذا الشأن المادة 29 من قانون سوق رأس المال المصري والمادة (289) من لائحته التنفيذية .

14-د. ماهر مصطفى محمود إمام ، مصدر سابق ، ص 12 .

15-لم يطلق المشرع على هذا العقد تسمية خاصة في القانون المؤقت النافذ وكذلك التعليمات التنظيمية للتداول في السوق. بخلاف اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري فقد أطلقت عليه تسمية اتفاقية فتح الحساب ينظر المادة 256 منها ، أما التسمية السائدة في شروحات الفقه فهي عقد وساطة الأوراق المالية .

16-لم يبين القانون العراقي حكم البيع المنعقد دون تدخل الوسيط بخلاف غيره من القوانين والتي أكدت على بطلانه .

17-ينظر نص المادة (4) من تعليمات التداول لسنة 2007 في سوق العراق للأوراق المالية .

18-د. آلاء يعقوب يوسف ، مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية ، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية القانون جامعة النهرين ،المجلد8 العدد13 سنة 2005 ، ص 173.

19- إذ قيدت تعليمات التداول في سوق العراق لسنة 2007 المساهمين في شركة الوساطة في اختيار الوسيط عند التعامل في السوق فقد حظرت عليهم المادة (18) منها التداول في السوق إلا من خلال شركاتهم.

20-د. طاهر شوقي مؤمن ، مصدر سابق ، ص 257.

21- د.طاهر شوقي مؤمن ، مصدر سابق ، ص258.

22- د. صالح راشد الحمراني ، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية ، القاهرة ، 2004 ، ص 378، 379

23-تجدر الإشارة الى أن المشرع العراقي لم يضع حد أعلى لعدد الوسطاء في السوق وهذا هو توجه المشرع في العديد من الدول كمصر والكويت والأردن بخلاف المشرع اللبناني فقد وضع حد أعلى للوسطاء وذلك لدى تأكيد المادة 42 بعدم جواز تخطي عدد الوسطاء على (32) وسيطا في كل الأحوال

24- وذلك بالمادة الرابعة منها والتي جاء فيها (..على الوسيط أن يضمن الاتفاقية التي يبرمها مع مستثمره أية معلومات أو بيانات أو شروط تتطلبها التشريعات والقرارات المعمول بها وكحد أدنى يجب أن تتضمن الآتي : 1- اسم وعنوان كل من الوسيط والمستثمر 2- بيان الخدمات التي سيقدمها الوسيط للمستثمر 3- العمولات التي سيتقاضاها الوسيط من المستثمر 4- أنواع التفاوض التي يجوز للوسيط تنفيذ أوامر المستثمر بموجبها 5- تصريح بمخاطر الاستثمار بالأوراق المالية حسب الصيغة المعتمدة من قبل السوق 6- المعلومات الخاصة بالمستثمر وفقا لما يقرره السوق والهيئة)،لمزيد من التفاصيل ينظر حيدر فاضل حمد الدهان ، النظام القانوني لعقد الوساطة في سوق الأوراق المالية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل ،2012 ص 6 .

25-تقابل هذه المادة 149 من القانون المدني المصري رقم 113 لسنة 1948.

26-عبد المجيد الحكيم وآخرون ،الوجيز ، مصدر سابق ، ص159.

27-سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ،المجلد الأول ، العقد والإرادة المنفردة ، الجزء الأول ، ص185.

28-عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، الجزء الأول ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1967 ، ص159.

29-قرار رقم 977/مدنية أولى/1978 مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ، 1978، ص32.

30-ينظر قرار محكمة التمييز رقم 123 /موسعة أولى/1985/1984، أشار إليه إبراهيم المشاهدي المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني ، 2007، ص503.

31-عامر القيسي ، مصدر سابق ، ص132.

32-حمد الله محمد حمدالله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1997 ، ص62 . كذلك انظر السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص33.

33-صبري حمد خاطر ، مدى ضرورة وجود نظام خاص لحماية المستهلك ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، العدد (4) ، السنة الرابعة ، 2002 . ، ص51.

34-محمد شريف عبد الرحمن ،عقود الإذعان ، مصدر سابق ، ص134.