



الجامعة العربية الأمريكية

كلية الدراسات العليا

التنظيم القانوني لعقد الفاكورنج وإمكانية تطبيقه في فلسطين "دراسة مقارنة"

مقدم من الطالبة

رحمة عبد الكريم سلمان

إشراف

الدكتور يوسف شندي

قُدِّمت هذه الدراسة لنيل درجة الماجستير في القانون التجاري، الجامعة العربية الأمريكية،

جنين - فلسطين

2017

التنظيم القانوني لعقد الفاكورنج وإمكانية تطبيقه في فلسطين

(دراسة مقارنة)

من قبل الطالبة

رحمة عبد الكريم سلمان

نوقشت بتاريخ 19 / 7 / 2017م

أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع

.....
.....
.....

1- الدكتور يوسف شندي (مشرفاً ورئيساً)

2- الدكتور محمود دودين (ممتحناً خارجياً)

3- الدكتور أنس أبو العون (ممتحناً داخلياً)

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي وزهرة تعبي التي تفتحت بعد سهر الليالي ورأت نور الشمس
في مقتبل عمري لوجه الله تعالى الذي أنعم علي بالكثير الكثير من النعم،،، ولكل
طالب علم.

إليك يا أبي،،،

إلى عينيك اللتين شقيتا خوفاً علي، إليك لأكرمك فلا شيء يوفيك من التكريم حقه،
فلطالما كنت أنتظر فرصة كهذه لأعبر عن حبي لك بكلام جميل يا صاحب الجميل
الذي لا يرد، فشكراً لك على كل شيء يا كل شيء. فأنت خلف ما بلغت وما سأبلغ،
علمتني كيف أكون مقاتلة بأقوى سلاح ألا وهو إسمك الموجود خلف اسمي، فقد
كبرت على هداياك وكبرت هداياك بكبري يا رجل الهدايا، فأنت كنت وما زلت تغرقني
بالهدايا، فماذا سيعني إن هديتك رسالتي هذه لقاء كل ما قدمته لي؟ كنت تنتظر
بلهفة أن تراني حاملة رسالة الماجستير، وها أنا اليوم أقف أمامك شامخة محققة
حلمك، واعلم أن رضائك عليّ هو سبب سيري بهذا الطريق فارضى عني دائماً يا
أبي.

وإليك يا أمي،،،

يا بؤرة عيني يا بؤرة النور التي عبرت بها نحو الأمل والأمني، يا من غمر الفخر
عينيك، يا من ملأت أركانني فرحة، دعوني أخرج عن كل نصوص الدنيا لأقول لك يا
أمي أنت الدنيا يا أبلغ وأعمق من الوصف، أهديك رسالتي لأنك تستحقين التكريم،
فاقبلوها يا مطلقاً في الذاكرة يا سيدة هذا الكون.

إليكم يا إخوتي،،،

يا نور حياتي،،، يا رمز الحب والنبيل والأمل والعطاء والشرف والبهاء.

إليك يا وطني ،،

فدعني أقبل تراكب وأحملني أنا ورسالتني في حضنك الدافئ.

إليك يا مشرفني الرائع،،

بل الأكثر من رائع،، يا بحرًا من العلم والمعرفة، يا من عجز لساني عن إيفائه
حقه ومكانته وقدره، يا من عجز القلم عن تسطير الكلمات لتجسيد علمه وخزائن
معرفته، يا من أبت اللغة العربية أن تلخص كرم أخلاقه وحسن تعامله لعجزها عن
استيعاب مكونات محاسنه. الدكتور يوسف شندي.

الشكر والتقدير

الحمد والشكر لله تعالى الذي أنعم علي بالكثير من النعم ، فلولا نعمة العقل والعلم والإدراك والإبصار والقدرة على الكتابة والصبر وغيرها الكثير الكثير من النعم لما رأيت هذه الرسالة النور، فلك يا ربي كل الحمد وكل الشكر.

كما وأتقدم بالشكر الجزيل والعرفان الجميل للمشرف الرائع الدكتور يوسف شندي الذي لم يتوانى ولم يبخل في إمدادي بالتوجيهات والتعليمات التي دأنتني على الصواب والتي انعكست في ثنايا رسالتي، فكل الإحترام وكل التقدير له.

كما وأتقدم بالشكر والإمتنان لأساتذتي الرائعين في الجامعة العربية الأمريكية في كلية الحقوق، ولطاقم العاملين في مكتبة الجامعة العربية الأمريكية وعلى رأسهم الأستاذ حسن السعيد الذي بذل كل الجهد في سبيل تأمين الكثير من المراجع والكتب اللازمة لرسالتي، فنعم الرجل المناسب في المكان المناسب.

كما وأتقدم بالشكر للأساتذة أعضاء لجنة الإشراف والمناقشة الذين ضحوا بجزء من وقتهم الثمين لأجل مناقشة رسالتي.

وأخيراً أشكر كل من أرشدني وساعدني في جامعات الوطن والجامعات خارج الوطن على الخروج بهذه الرسالة المتواضعة.

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	قرار اللجنة
ج	الإهداء
هـ	الشكر والتقدير
و	فهرس المحتويات
ي	الملخص باللغة العربية
1	المقدمة
6	الفصل الأول: التنظيم القانوني لعقد الفاكورتونج في القانون المقارن
7	المبحث الأول: ماهية عقد الفاكورتونج
7	المطلب الأول: المفهوم القانوني لعقد الفاكورتونج وخصائصه
8	الفرع الأول: المفهوم القانوني لعقد الفاكورتونج في ظل التشريعات الوطنية وإتفاقية أوتاوا
8	أولاً: المفهوم القانوني لعقد الفاكورتونج في ظل التشريعات الوطنية
10	ثانياً: المفهوم القانوني لعقد الفاكورتونج في ظل إتفاقية أوتاوا
13	الفرع الثاني: خصائص وسمات عقد الفاكورتونج المميزة له
13	أولاً: عقد الفاكورتونج عقد إئتماني تمويلي
15	ثانياً: عقد الفاكورتونج عقد مركب
18	ثالثاً: عقد الفاكورتونج عقد متعدد الأطراف
19	رابعاً: عقد الفاكورتونج عقد ذو طابع تجاري دولي
20	المطلب الثاني: الشروط القانونية لتكوين عقد الفاكورتونج وقوابله المتنوعة
21	الفرع الأول: الشروط القانونية لتكوين عقد الفاكورتونج
20	أولاً: الشروط الشكلية اللازمة لإنشاء عقد الفاكورتونج
21	ثانياً: الشروط الموضوعية اللازمة لإنشاء عقد الفاكورتونج
23	الفرع الثاني: القوابل المتنوعة لعقد الفاكورتونج على الصعيدين المحلي والدولي
23	أولاً: عقد الفاكورتونج من حيث طبيعة الوفاء
24	ثانياً: عقد الفاكورتونج من حيث مخاطر عدم وفاء المدينين

25	ثالثاً: عقد الفاكوتونج من حيث مجال التطبيق
26	رابعاً: عقد الفاكوتونج باستخدام الحقوق التجارية متعددة الأطراف
27	خامساً: عقد الفاكوتونج الظاهر والمستتر
28	المبحث الثاني: الآثار المترتبة على عقد الفاكوتونج وكيفية إنقضائه
28	المطلب الأول: الإلتزامات المفروضة على الشركة المشترية للديون (الفاكوترايزور - الوسيط)
29	الفرع الأول: الإلتزام بتحصيل الديون والوفاء
31	الفرع الثاني: الإلتزام بتقديم المعلومات والإستشارات الفنية
32	الفرع الثالث: الإلتزام بضمان عدم الرجوع أو الرجوع على بائع الديون
33	المطلب الثاني: الإلتزامات المفروضة على بائع الديون التجارية (الفاكوترايزوري)
33	الفرع الأول: الإلتزام بتحرير الفواتير
33	الفرع الثاني: الإلتزام بتقديم الفواتير للوسيط (الفاكوترايزور) وفقاً لمبدأ الجماعية أو القصر
34	أولاً: إلتزام مؤسسة الشراء في حالة قبول الفواتير
35	ثانياً: إلتزام مؤسسة الشراء في حالة عدم قبول الفواتير
35	الفرع الثالث: الإلتزام بدفع العمولة وإخطار الوسيط (الفاكوترايزور)
38	المطلب الثالث: إنقضاء عقد الفاكوتونج
38	الفرع الأول: فسخ عقد الفاكوتونج فسخاً عادياً
38	أولاً: إنتهاء عقد الفاكوتونج المحدد المدة
41	ثانياً: إنتهاء عقد الفاكوتونج غير المحدد المدة
41	الفرع الثاني: فسخ عقد الفاكوتونج فسخاً مبتسراً
42	أولاً: فسخ عقد الفاكوتونج لعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي
43	ثانياً: فسخ عقد الفاكوتونج بسبب الإفلاس والتأخر في التنفيذ
44	الفصل الثاني: مدى إمكانية تطبيق عقد الفاكوتونج كأداة مستحدثة في علاج مشاكل تحصيل الحقوق في فلسطين
44	المبحث الأول: مدى إمكانية تطبيق عقد الفاكوتونج وأثره في تمويل المشروعات الإقتصادية في فلسطين
45	المطلب الأول: الأنظمة القانونية المطبقة على عقد الفاكوتونج في ظل التشريعات المقارنة

45	الفرع الأول: الإطار القانوني التقليدي المطبق على عقد الفاكوتونج
46	أولاً: النظرية التي تعتبر عقد الفاكوتونج عقد وكالة
46	ثانياً: النظرية التي تعتبر قاعدة الإنابة في الوفاء إطار قانوني تقليدي يطبق على عقد الفاكوتونج
47	ثالثاً: النظرية التي تعتبر قاعدة تجديد الدين إطار قانوني تقليدي يطبق على عقد الفاكوتونج
48	رابعاً: النظرية التي تعتبر قاعدة حوالة الحق إطار قانوني تقليدي يطبق على عقد الفاكوتونج
49	خامساً: النظرية التي تعتبر خصم الأوراق التجارية إطار قانوني تقليدي يطبق على عقد الفاكوتونج
50	الفرع الثاني: الإطار القانوني المستحدث المطبق على عقد الفاكوتونج
50	أولاً: قاعدة الحلول الإتفاقي كإطار قانوني مستحدث يطبق على عقد الفاكوتونج
53	ثانياً: حوالة دايلي كإطار قانوني مستحدث يطبق على عقد الفاكوتونج
54	ثالثاً: أحكام إتفاقية أوتوا كإطار قانوني مستحدث يطبق على عقد الفاكوتونج
54	المطلب الثاني: نحو إيجاد كيان قانوني مستقل منظم لتمويل المشروعات في فلسطين
55	الفرع الأول: إنشاء كيان قانوني منظم ومستقل لتمويل المشروعات في فلسطين
55	أولاً: المرحلة السابقة على إنشاء عقد الفاكوتونج
57	ثانياً: مرحلة إنعقاد عقد الفاكوتونج
58	الفرع الثاني: البحث عن قواعد قانونية منظمة تحكم عقد الفاكوتونج في فلسطين
64	الفرع الثالث: السعي نحو المصادقة من قبل دولة فلسطين على إتفاقية أوتوا الكندية
64	الفرع الرابع: مدى إمكانية تطبيق أحكام التوريق المصرفي على الديون التجارية وطرحها للإكتتاب في بورصة فلسطين
65	أولاً: الشروط القانونية للأصول الخاضعة لعملية التوريق المصرفي
67	ثانياً: الإجراءات المتبعة لتحديد الأصول محل عملية التوريق المصرفي على الديون التجارية وطرحها للإكتتاب في بورصة فلسطين
69	المبحث الثاني: كيفية تحصيل الحقوق التجارية والإشكالات المتعلقة بالتحصيل
69	المطلب الأول: كيفية تحصيل الحقوق التجارية وفق القوالب العقدية التقليدية والمستحدثة
70	الفرع الأول: قاعدة الإنابة في الوفاء كإطار قانوني تقليدي يطبق على عقد الفاكوتونج
70	أولاً: شروط قاعدة الإنابة في الوفاء
71	ثانياً: كيفية تطور علاقة المديونية في كل من قاعدة الإنابة في الوفاء وعقد الفاكوتونج
73	الفرع الثاني: قاعدة التجديد كإطار قانوني تقليدي يطبق على عقد الفاكوتونج

75	الفرع الثالث: قاعدة حوالة الحق كإطار قانوني تقليدي يطبق على عقد الفاكوتورنج
77	الفرع الرابع: قاعدة الحلول الإتفاقي كإطار قانوني مستحدث يطبق على عقد الفاكوتورنج
78	المطلب الثاني: كيفية تحصيل الحقوق التجارية وفقاً لإتفاقية أوتاوا الكندية
78	الفرع الأول: القواعد المنظمة لإتفاقية أوتاوا
79	الفرع الثاني: أسباب إستبعاد إتفاقية أوتاوا لقاعدة الحلول الإتفاقي كإطار مستحدث يطبق على عقد الفاكوتورنج
81	المطلب الثالث: الإشكالات والمعوقات المترتبة عند تحصيل الحقوق التجارية وفقاً للقوالب العقدية التقليدية والمستحدثة
81	الفرع الأول: الإشكالات المترتبة على قاعدة الإنابة في الوفاء
81	أولاً: الآثار المترتبة على قاعدة الإنابة الكاملة
83	ثانياً: الآثار المترتبة على قاعدة الإنابة القاصرة
83	ثالثاً: أسباب إستبعاد قاعدة الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لعقد الفاكوتورنج
84	الفرع الثاني: الإشكالات المترتبة على قاعدة التجديد
86	الفرع الثالث: الإشكالات المترتبة على قاعدة حوالة الحق
86	أولاً: الآثار المترتبة على قاعدة حوالة الحق
89	ثانياً: عيوب حوالة الحق الضامنة للإلتزام
91	الفرع الرابع: الإشكالات المترتبة على قاعدة الحلول الإتفاقي
96	الخاتمة
96	النتائج
98	التوصيات والمقترحات
99	قائمة المصادر والمراجع
B	الملخص باللغة الإنجليزية

التنظيم القانوني لعقد الفاكوتونج وإمكانية تطبيقه في فلسطين (دراسة مقارنة)

المخلص

اهتمت هذه الدراسة الموسومة بعنوان "التنظيم القانوني لعقد الفاكوتونج ومدى إمكانية تطبيقه في فلسطين" ببحث التنظيم القانوني لعقد الفاكوتونج في ظل إتفاقية أوتاوا والتشريعات الوطنية المقارنة، والبحث حول مدى إمكانية تطبيق هذا العقد في فلسطين في ظل التشريعات السارية، وإبراز عوائق تطبيقه القانونية والعملية ومتطلبات تطبيقه في المستقبل ومعرفة مدى إمكانية جعله نافذ ومطبق في فلسطين.

تتضمن هذه الدراسة فصلين رئيسيين، إذ يبحث الفصل الأول في التنظيم القانوني لعقد الفاكوتونج في ظل القانون المقارن، وذلك بدراسة ماهيته ببيان مفهومه القانوني في ظل التشريعات الوطنية وإتفاقية أوتاوا الكندية، و الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود، والشروط القانونية اللازمة لصياغته وإنشائه، والتطرق لأنواعه المختلفة على الصعيدين المحلي والدولي. و يبحث هذا الفصل أيضاً في الأحكام الناظمة لهذا العقد من خلال تناول إلتزامات أطرافه وبيان كيفية إنقضائه.

ويبحث الفصل الثاني في مدى إمكانية تطبيق عقد الفاكوتونج كأداة إئتمانية مستحدثة في علاج مشاكل تحصيل الحقوق في فلسطين، وذلك من خلال دراسة الأنظمة القانونية المطبقة على هذا العقد في ظل التشريعات المقارنة، والتطرق للنظريات التقليدية والمستحدثة التي تعتبر إطار قانوني يمكن أن يطبق على عقد الفاكوتونج، وبيان عدم ملاءمة هذه النظريات لأن تكون أساس قانوني يطبق على هذا العقد، والسعي نحو إيجاد كيان قانوني مستقل منظم لتمويل المشروعات في فلسطين، ومن ثم بحث كيفية تحصيل الحقوق التجارية وفق القوالب العقدية التقليدية والمستحدثة والإشكالات المتعلقة بالتحصيل وفقاً لهذه القوالب.

واشتملت الرسالة على خاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات والمقترحات، وقد تبنت الباحثة نظرية حوالة الحق كإطار قانوني يحكم عقد الفاكторинг وذلك بالإستناد للنصوص القانونية الواردة في مجلة الأحكام العدلية السارية في فلسطين، والتي تتواءم وتتسجم مع نصوص إتفاقية أوتاوا بخصوص أخذها بقاعدة حوالة الحق، وأيضاً بالإستناد لنص المادة 13 من القرار بقانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن المصارف الفلسطينية.

المقدمة

تعد مسألة تحصيل الديون التجارية من أخطر المشاكل والصعوبات التي تهدد المنشآت التجارية المتوسطة والصغيرة الحجم، والتي قد تعرضها في النهاية للتعثّر وخطر الدخول في مرحلة الإنهيار والتصفية سواءً الإختيارية أو الإجبارية¹. وإذا كان الحل المتبع في الغالب أمامها للتغلب على مشاكلها المالية، هو اللجوء للإقتراض وطلب التمويل من البنوك، إلا أنّ ذلك يثير الكثير من الصعوبات؛ إذ يؤخذ على هذه الوسيلة أنها تتطلب إجراءات طويلة ومعقدة ومكلفة أيضاً، وكذلك تتطلب توفير ضمانات شخصية وعينية قد لا تكون متوافرة لدى هذه المنشآت². وتفادياً لمثل هذه المخاطر فقد سعت هذه المشروعات الإقتصادية والتجارية للبحث عن وسائل بديلة وأدوات إئتمانية جديدة تحد وتخفف من خطر العجز المالي والإقتصادي لها، ولحل المشكلة وتجاوز كل تلك الصعوبات المتعلقة بالتمويل خصوصاً من البنوك، تمّ استحداث تقنية جديدة للتمويل من خلال ظهور نوع جديد من العقود يطلق عليه عقد الفاكторинг، أو عقد بيع الديون التجارية، إذ يمثّل هذا العقد في حقيقة الأمر وسيلة حديثة وسهلة للتمويل.

تقوم فكرة الفاكторинг على أساس قيام شركة متخصصة تسمى "شركة الفاكторинг" بشراء الديون المستحقة لأحد التجار على عملائه والتي لم يحن موعد استحقاقها بعد، مع تعجيل لكامل قيمة الدين أو جزءاً منه فوراً ومتابعة تحصيل هذه الديون في تواريخ استحقاقها، وذلك لقاء عمولة أو نسبة مئوية عن ذلك، إضافةً لتقديم شركة الفاكторинг بعض الخدمات الأخرى للتاجر، ومنها معلومات متعلقة بالأسواق، ودراسة حالة الزبائن ومدى ملاءتهم المالية، ومعلومات عن إمكانية التصدير للخارج³.

¹ هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية كأداة إئتمانية مستحدثة ودوره في علاج مشاكل التحصيل، بحث منشور، كلية الحقوق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص 197.

² ذكرى عبد الرازق محمد، عقد شراء فواتير الديون التجارية (FACTORING) من الوجهتين العملية والقانونية، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، دون ذكر سنة نشر، ص 349.

³ نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية والأدبية، طرابلس، لبنان، 2013 م، ص 22.

إنّ شركة الفاكورتونج تعد شركة متخصصة بشراء الديون، تقوم بموجب عقد الفاكورتونج بتعجيل قيمة فواتير عميلها على مدينه مقابل انتقال ملكية هذه الحقوق لها وضمان عدم الرجوع عليها أو الرجوع وذلك بحسب الإتفاق، مع التزامها بتقديم الخدمات والإستشارات له.

ونظراً لأنّ عقد الفاكورتونج النشأة، ونظراً لوجود عثرات كبيرة أمام تطبيقه، بسبب عدم تمكّن التشريعات الحديثة من استيعاب أحكامه، فقد انعقدت إتفاقية أوتاوا الكندية الدولية⁴، في (28) مايو (1988م)، سعياً لتوحيد قواعد شراء الحقوق في مجال التجارة الدولية، وقد انتهت بإتفاق مكوّن من (23) مادة بغرض خلق تشريع دولي موحد لهذا العقد، وقد وضعت العديد من التشريعات نصوصاً تنظم جوانب مختلفة لهذا العقد، تاركةً تنظيم الجوانب الأخرى للقواعد العامة لنظرية العقد. ورغم أنّ معظم الدول الغربية قد وضعت قوانين تنظم عقد الفاكورتونج، بالمقابل فإنّ هناك كثيراً من الدول العربية وضعت تشريعات خاصة تنظمه، ونحن لسنا ببعيدين عن هذا الركب، إذ لا بد أن يكون في فلسطين قانون ينظم هذا العقد، ويكون هناك إمكانية لتطبيقه، كون أنّ فلسطين حتى الآن لا يوجد فيها تنظيم لهذا العقد الجديد المستحدث.

تكمّن أهمية هذه الدراسة بالتعرف على عقد حديث متداول على الساحة الدولية، ولكنه غير منظم في فلسطين. وبالإطلاع على التنظيم القانوني لهذا العقد في عدد من الدول العربية والأجنبية، يتضح أنّ معظم هذه التشريعات قد طبقت عليه الأحكام النازمة للعقود عموماً، ومن ضمن القواعد العامة التي يمكن أن تطبق عليه أحكام الوكالة، والحلول الإتفاقي، وحوالة الحق، وأحكام عقد القرض والتجديد وقاعدة الإنابة في الوفاء، وغيرها.

وبالنسبة لفلسطين، فإنّ القوانين الفلسطينية تضمنت أحكاماً تنظم بعض هذه الموضوعات، فمثلاً يمكن تطبيق أحكام حوالة الحق الواردة في مجلة الأحكام العدلية على هذا العقد، وتطبيق أحكام الوفاء مع الحلول الواردة في القانون المدني الفلسطيني في غزة لسنة (2012م)، والذي ما زال مشروعاً في الضفة الغربية، وتطبيق أحكام قانون التجارة الأردني (12) لسنة (1966م) الساري في الضفة الغربية على خصم الأوراق التجارية، وتطبيق الأحكام الواردة في مشروع قانون التجارة الفلسطيني (2010 م) - فيما إذا أقر - بخصوص الأسناد والأسهم، وتطبيق الأحكام الواردة في قانون الشركات (12) لسنة (1964م) المتعلقة بالشركات التجارية، وأيضاً الأحكام الواردة في مشروع

⁴. إتفاقية أوتاوا الكندية المنعقدة بتاريخ/28 مايو/1988م، في مدينة أوتاوا الكندية بشأن توحيد قواعد شراء وتحصيل الحقوق التجارية (FACTORING).

قانون الشركات الفلسطيني- فيما إذا أقر- والذي تناول تعرض المنشآت لأوضاع مالية وإدارية سيئة في الباب السابع منه، والقرار بقانون رقم (9) لسنة (2010م) بشأن المصارف الفلسطينية، والذي تناول مقومات هذا العقد في المادة (13) منه. ونظراً للطبيعة الخاصة التي يمتاز بها عقد الفاكوتونج والذي تتفرد طبيعته من أن يطبق عليه الأحكام التي تحكم العقود التقليدية، كان لابد من إيجاد تنظيم خاص به في فلسطين.

وبناءً على ما سبق، فإن أهمية هذه الدراسة تتلخص في جانبين: جانب قانوني وآخر عملي:

فمن الناحية القانونية تبرز الأهمية في ظل عدم وجود تنظيم قانوني متكامل يحكم عقد الفاكوتونج في فلسطين، ما يقتضي البحث عن النصوص القانونية ذات العلاقة، والتي يمكن أن تفيد في ترسيخ عقد الفاكوتونج في فلسطين، وتهيئة البيئة القانونية لإستحداثه واستقباله في فلسطين.

ومن الناحية العملية تبرز الأهمية من ناحية ضرورة تفعيل الأحكام والنصوص القانونية الواردة في القوانين الفلسطينية المتعلقة بهذا النوع من العقود، ومواجهة الإشكاليات التي تحدث عند تطبيق أحكامها على هذا العقد في فلسطين. وكذلك التطرق للمعيقات العملية التي يتم مواجهتها أثناء عملية تحصيل الحقوق التجارية، والإجراءات الواجب إتباعها لتحصيل هذه الحقوق. والترويج لهذا العقد لما يحققه ذلك من فائدة عملية للتجار والصناع في رفع مستوى النمو الإقتصادي في فلسطين وتحريك عجلة الإقتصاد فيها.

إشكالية الدراسة

تتلخص إشكالية الدراسة في بحث التنظيم القانوني لعقد الفاكوتونج في ظل إتفاقية أوتاوا والتشريعات الوطنية المقارنة، والبحث حول مدى إمكانية تطبيق هذا العقد في فلسطين في ظل التشريعات السارية، وإبراز عوائق تطبيقه القانونية والعملية ومتطلبات تطبيقه في المستقبل، وبناءً على ذلك ستحاول الدراسة الإجابة على التساؤلات التالية:

* ماهو التنظيم القانوني الذي يحكم عملية تحصيل الحقوق التجارية بموجب عقد الفاكوتونج في فلسطين؟

* ما الأساس القانوني الذي يستند عليه هذا العقد لجعله نافذاً ومطبقاً في فلسطين؟

* ما الخصائص القانونية المميزة لهذا العقد، وما الشروط القانونية اللازمة لصياغته والتي من شأنها جعله نافذاً في فلسطين؟

* ما هي الآثار القانونية التي يربتها هذا العقد على عاتق كل طرف من أطرافه ؟

* كيف يتم تحصيل الحقوق التجارية وفق القوالب العقدية التقليدية والمستحدثة ؟

* ما العوائق القانونية والإشكالات التنفيذية الحالية والمستقبلية التي تتم مواجهتها عند تطبيق هذا العقد في فلسطين؟

* هل هناك إمكانية لتحويل الحقوق والديون التجارية لأسناد وأسهم قابلة للتداول في بورصة فلسطين؟

منهجية الدراسة

اعتمدت الباحثة في موضوع هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي للنصوص للقوانين الفلسطينية ونصوص مجلة الأحكام العدلية مقارنة بالقوانين في عدد من التشريعات العربية وخاصة التشريع الأردني والمصري والجزائري واللبناني، وكذلك التطرق لنصوص إتفاقية أوتاوا الكندية ذات العلاقة.

نطاق الدراسة

يتحدد نطاق هذه الدراسة ببحث التنظيم القانوني لعقد الفاكوتونج، وإمكانية تطبيق الأحكام الواردة في القوانين الفلسطينية ذات العلاقة، والتي تناولتها منظومة التشريعات الفلسطينية المدنية والتجارية، وذلك بالإستناد لقانون التجارة الأردني(12) لسنة(1966م) الساري المفعول في الضفة الغربية، ومشروع قانون التجارة الفلسطيني(2010م)، ومشروع القانون المدني الفلسطيني، وقانون الشركات(12) لسنة(1964م)، ومشروع قانون الشركات الفلسطيني(2010م)، والقرار بقانون رقم (9) لسنة(2010م) بشأن المصارف، وقانون البيئات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية (4) لسنة(2001م)، ومجلة الأحكام العدلية، والقانون المدني الأردني(43) لسنة(1976م)، وقد قمت بالإستعانة بالقوانين المقارنة في عدد من التشريعات العربية خاصة في مصر والجزائر، وذلك من أجل تكوين رؤيا واضحة عن موضوع الفاكوتونج المنظم فيها، كما وقمت بالتركيز على نصوص إتفاقية أوتاوا بشأن الفاكوتونج، والوقوف على مواطن الاختلاف والإتفاق فيما بينها، وبيان مواطن الفراغ التشريعي، والسعي للخروج بقواعد مناسبة تساهم في تطوير البيئة القانونية في فلسطين، ومدى إمكانية خلق تشريع دولي جديد يحكم عقد الفاكوتونج في فلسطين في مجال تحصيل الحقوق التجارية وبلاتم البيئة القانونية وبواكب الواقع الفلسطيني.

خطة الدراسة

تحقيقاً لل غاية المرجوة من هذه الدراسة، فقد قمت بتقسيمها إلى فصلين:

الفصل الأول: التنظيم القانوني لعقد الفاكترنج في القانون المقارن

الفصل الثاني: مدى إمكانية تطبيق عقد الفاكترنج كأداة مستحدثة في علاج مشاكل تحصيل الحقوق في فلسطين

الفصل الأول

التنظيم القانوني لعقد الفاكورتونج في القانون المقارن

تعد مسألة تحصيل الديون التجارية من أخطر المسائل التي تواجه الشركات التجارية والتجار، والمؤسسات والمشاريع الصغيرة والمتوسطة الحجم، إذ أنّ هناك تخوّفاً من خطر تصفيتها أو إعلان إفلاسها .

ونظراً لعدم ملاءمة القوالب العقدية التقليدية لحل هذه المسألة، كان هذا هو السبب العام والدافع المباشر نحو البحث عن تقنية جديدة ومستحدثة قانونية واقتصادية وإتيمانية لحل تلك المشكلة، وقد ساعد عقد الفاكورتونج في حلها، أو على الأقل معالجة بعضاً من جوانبها.

إنّ الهدف الرئيسي من عقد الفاكورتونج باعتباره عقداً مستحدثاً، إيجاد السيولة النقدية اللازمة لتمويل المشاريع وتسيير نشاطها والحفاظ على إستمرارها.

لقد انشغل الفقه في تفسير طبيعة عقد الفاكورتونج، لذا سأقوم بدراسة ماهية هذا العقد وذلك من خلال التطرق لمفهومه وخصائصه المميزة له، ومعرفة شروطه القانونية وقوابله وأنواعه المختلفة على الصعيدين الدولي والمحلي، وكذلك دراسة الأحكام الناظمة له وكيفية إنقضائه، وهذا ما سأتناوله في الفصل الأول من هذه الدراسة.

لذا، قمت بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية عقد الفاكورتونج

المبحث الثاني: الأحكام الناظمة لعقد الفاكورتونج وكيفية إنقضائه

المبحث الأول

ماهية عقد الفاكторинг

تقوم فكرة الفاكторинг بشكل مبسّط على إلّزام الدائن (بائع الديون التجارية- الفاكتوريزي) بأن يقدم للمؤسسة (المشترية للديون التجارية- الفاكتوريزور) كافة فواتيره وديونه التجارية المترتبة له بذمة مدينيه، فتقوم هذه المؤسسة بإنتقاء الفواتير والديون التي ترى إمكانية تحصيلها⁵.

ولتوضيح فكرة هذا العقد الحديث النشأة، سأقوم بإستعراض لمحة موجزة لإبتكاره في ظل التشريعات المقارنة، وإتفاقية أوتاوا لسنة (1988م)⁶. لذا قمت بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، إذ سأتناول في المطلب الأول، المفهوم القانوني لعقد الفاكторинг وخصائصه، أما المطلب الثاني فسوف أتناول فيه الشروط القانونية لصياغة هذا العقد، وكذلك أنواعه المختلفة على الصعيدين المحلي والدولي.

المطلب الأول

المفهوم القانوني لعقد الفاكторинг وخصائصه

تعددت التعريفات التي وضعها بعض الفقهاء الذين تناولوا دراسة عقد الفاكторинг، والتي بالرغم من تقاربها، إلا أنهم لم يتوصلوا إلى تعريف موحد لهذا العقد، لذا سأتناول في هذا المطلب المفهوم القانوني لعقد الفاكторинг من خلال إدراج بعض التعريفات التي أوردها بعض الفقه وإتفاقية أوتاوا، وكذلك سأتناول خصائصه المميزه له.

⁵. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص22.

⁶. إتفاقية أوتاوا الكندية المنعقدة بتاريخ/28 مايو/1988م، في مدينة أوتاوا الكندية بشأن توحيد قواعد شراء وتحصيل الحقوق التجارية (FACTORING).

ويشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان- الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 1432هـ-1433هـ، 2011م- 2012م، هامش رقم (61)، ص36.

Daurinzeau (Jean-Michel), convention d'Ottawa du 28 Mai 1988 sur l'affacturage international, Le revue Banque & Droit N° 19, 1991,P184.

الفرع الأول

المفهوم القانوني لعقد الفاكторинг في ظل التشريعات الوطنية وإتفاقية أوتاوا

سأتطرق في هذا الفرع للمفهوم القانوني لعقد الفاكторинг في ظل التشريعات الوطنية، ومن ثم لمفهومه وفق إتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق.

أولاً: المفهوم القانوني لعقد الفاكторинг في ظل التشريعات الوطنية

إنّ مصطلح الفاكторинг ليس له مقابل في اللغة العربية، وبالرجوع لمعاجم اللغة، فقد تبين أنّ أصل الكلمة هو (Factor)، وترجمته للعربية، تبين أنّ معناه عنصر، عامل، وكيل، مؤسسة تشتري أو تخضم ديون التجار، ومن هذا الاصل جاء مصطلح (Factoring) بمعنى شراء حسابات القبض بخضم، أو شراء أو خصم الديون أو شراء حسابات العملاء مع حق الرجوع أو بدونه⁷.

تناول بعضاً من الفقه تعريفاً لعقد الفاكторинг، فبالنسبة للفقه الفرنسي، تناول تعريفاً لهذا العقد وذلك من خلال الصورة التقليدية لتحصيل الديون، والتي تتمثل بقيام المحصل لهذا النشاط بالوفاء بقيمة الفواتير للصانع أو التاجر، مقابل تحويل حقوق هذا الأخير التي في ذمة عملائه، وحصوله على العمولات والفوائد القانونية المنفق عليها⁸.

وقد اعتبرت التعريفات الحديثة في الفقه الفرنسي، أنّ عقد الفاكторинг عملية تجارية مالية، تتمثل بشراء ديون الدائنين على زبائنهم، بحيث يقوم ممول متخصص بشراء ديون ثابتة في فواتير على زبائنه التجاريين مع ضمان خطر عدم إيفاء الديون عند الإستحقاق⁹.

⁷. الأسيوطي، معجم المصطلحات المصرفية والمالية لعام 1988م، ص 261 و 277. أنظر أيضاً: محمد عبد الحليم عمر، الفاكторинг إدارة وبيع الديون التجارية بين الواقع والمنظور الإسلامي، جامعة الأزهر، دون ذكر مكان نشر، دون ذكر بلد نشر، شوال 1424هـ، 2003م، ص 4.

⁸. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص 41.

CH. Gavalda et J. Stoufflet: Le contrat dit de factoring J.C.P., G., 1966-I-2044-6.

⁹. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (2)، ص 43.

Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz- com., 1996-I-,A-B, p.2, no.4-5.

وأما الفقه المصري، فقد عرّفه بأنه: "العقد الذي بمقتضاه يتولى أحد المتخصصين ويسمى (المحصّل) تحصيل حقوق لحسابه الخاص كانت ثابتة للمتعاقدين، وقام بالوفاء بقيمتها، وذلك مقابل إلّتزام المتعاقد معه بدفع عمولة محددة"¹⁰.

أما الفقه اللبناني، فقد عرّفه بأنه: "عقد يتمثل بإعطاء أحد التجار تسهيلات بالدفع لزيائنه، تشجيعاً لهم على شراء بضائعه لقاء سندات أو فواتير يوقعها الزبائن لمصلحته بعد تحديد مواعيد الإستحقاق، فيقوم ذلك التاجر بعرض ما تجمّع لديه من فواتير وسندات غير مستحقة الدفع على شركة الفاكترنج المتخصصة التي تنظّم وترعى هذا النوع من العمليات المالية"¹¹. كما وقد ورد تعريف آخر لخصم الديون بأنه: "عقد تلّتزم بموجبه مؤسسة خصم الديون على سداد شخص هو

¹⁰. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، العددان 1 و2، 1991م، ص303-336.

¹¹. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 46.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك العديد من التعريفات التي أوردها الفقه إذ سماه بعض الفقهاء بوكالة التسويق إشارة للهدف الإقتصادي لعقد الفاكترنج ومجالات تطبيقه. انظر: علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة وتشريعات البلاد العربية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، رقم 527، ص561. كما وعرّفه الأستاذ الفقيه هاني دويدار أنه: "العقد الذي بمقتضاه يتولى أحد المتخصصين ويسمى المحصّل، تحصيل حقوق لحسابه الخاص كانت ثابتة للمتعاقد معه وقام بالوفاء بقيمتها، وذلك مقابل إلّتزام المتعاقد معه بدفع عمولة محددة. انظر هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، مرجع سابق، ص303. وعُرّف أيضاً بأنه: "الإلتزام الواقع على عاتق أحد المؤسسات المتخصصة بتعجيل قيمة فواتير عميلها على مدينيه، مقابل إنتقال ملكية هذه الحقوق لها، وتعهدها بعدم الرجوع على العميل، في حال إخفاقها في إستيفاء هذه الحقوق، ومساعدته بمجموعة كبيرة من الخدمات الإدارية". أنظر: هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص5. كما وسمّوه في الجزائر بعقد تحويل الفاتورة. أنظر: ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص 23. كما وقد عرّف جانب من الفقه العربي عقد تحويل الفاتورة بأنه: "مجموعة من الخدمات التي تقدمها شركة متخصصة للأشخاص أوالمؤسسات الراغبة في توكيلها إدارة حقوقها، والحصول على إعتمادات قصيرة الأجل". أنظر: تورية توفيق، وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية، رسالة ماجستير، عين شمس، دون ذكر بلد النشر، 1987م، ص16. كما وقد أورد الفقه تعريفاً فقهيّاً آخر لعقد الفاكترنج بأنه: "شراء أو خصم ديون المؤسسات التجارية التي تشتغل على المستوى المحلي أو الدولي، في حقل السلع الإستهلاكية، كما تقوم البنوك التجارية من جهتها بشراء حسابات المدينين من أوراق، سندات، فواتير، موجودة بحوزة المؤسسات التجارية والصناعية والتي تتراوح مدتها ما بين (30) يوم إلى (120) يوم؛ إذ أنّ الغرض من هذه العملية هو توفير السيولة النقدية بشكل مستمر ودون الحاجة إلى إنتظار تاريخ إستحقاق حسابات القبض. أنظر: عبد الجليل بوداح، بدائل التمويل الخارجي في المشروعات الصغيرة والمتوسطة، الدورة التدريبية الدولية، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة قسنطينة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، المغرب 25-28 مايو 2003م، ص7.

التاجر البائع بالمؤجل لمجموعة من الديون محملة على عملاء التاجر مقابل إحالة هذه الديون إليها مع الفوائد والعمولات¹².

وأما بالنسبة لفلسطين، ونظراً لعدم وجود تنظيم قانوني لهذا العقد فيها، وبسبب وجود خلاف بين الفقه حول التسمية، وأمام حداثة هذا العقد وطبيعته الخاصة، فإنه وبناءً على التعريفات السابقة، ترى الباحثة أنه بالإمكان إطلاق مصطلح فاكترنج على هذا العقد إذ يعد هذا المصطلح أفضل بكثير من التسميات الأخرى، حيث أنّ مصطلح (FACTORING) يتضمن العديد من المقومات الأساسية التي يقوم عليها هذا العقد أو تتم بها هذه الصفقة، والتي تتمثل بوجود عقدين وثلاثة أطراف، حيث يتمثل العقد الأول (بعقد البيع) أو (عقد التوريد) أي ليس بالضرورة أن يكون عقد بيع، فقد يكون عقد توريد خدمات، مثل عقد النقل أو عقد تقديم الإستشارات الطبية أو عقود الإنشاءات الدولية، والذي يتم بين المدين والمزود. وبعقد ثانٍ هو (عقد الفاكترنج أو عقد الإعتماد التجاري) والذي يتم بين الفاكتر (المحصّل) والمزود، وفي ظل هذه الصفقة الثلاثية الأطراف يقوم بائع الديون بالتنازل عن الفواتير التي في ذمة مدينيه للفاكتر والذي يقوم بدوره بالعديد من الوظائف الإدارية والمالية المتمثلة بالتحصيل والتمويل وتقديم المعلومات الفنية والإستشارية وتسهيل التصدير للخارج وذلك لقاء عمولة محددة يتقاضاها.

ومن خلال ما سبق يتبين أنّ، عقد الفاكترنج هو إتفاق يتم بين الفاكتررايزور (مشتري الديون التجارية) والفاكتررايزي (بائع الديون التجارية)، يقدم بموجبه هذا الأخير للفاكتررايزور كافة الفواتير والديون والسندات المالية التي يملكها، إذ أنّ له حق إختيار الفواتير والسندات التي يرى إمكانية استيفائها، وذلك مقابل تعجيل قيمتها للفاكتررايزي، مع تحمل مخاطر عدم وفاء المدين سواء دون الرجوع على الفاكتررايزي، أو بحق الرجوع وذلك بحسب الإتفاق وذلك لقاء عمولة معينة.

ثانياً: المفهوم القانوني لعقد الفاكترنج في ظل إتفاقية أوتاوا

قليلة هي التشريعات التي نجحت في وضع تعريف لعقد الفاكترنج، وبما أنّ هذا العقد تصبغه الصبغة التجارية الدولية، فإنّ هناك حاجة لوجود تشريع دولي يحتضن مفهومه ويوضح ماهيته، وهذا ما حققته إتفاقية أوتاوا الكندية لتوحيد شراء وتحصيل الحقوق التجارية المنعقدة في (28) مايو لعام (1988م).

¹² عبد الستار الخويلدي، خصم الديون، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مجلة دورية تصدر عن الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، مركز البحوث المالية والمصرفية، المجلد 5، العدد 2، السنة الخامسة، يونيو/1997م، ص 9.

وعلى صعيد التشريعات الدولية، فقد عرفت المادة الأولى بقراتها (أ، ب، ج) من إتفاقية أوتاوا لعام (1988م) عقد الفاكترنج الدولي، بأنه: "العقد المبرم بين موزع ومؤسسة فاكترنج والذي بموجبه يجب على الموزع أن يتنازل لشركة الفاكترنج عن الديون الناشئة عن عقد بيع أو عن أداء خدمات باستثناء الديون التي تخص بضائع أو خدمات مشتراة للإستعمال الشخصي، وتأخذ شركة الفاكترنج على عاتقها تمويل الموزع عن طريق قرض أو دفع مسبق لقيمة الدين ومسك الحسابات الخاصة بالديون، والرجوع على المدينين، مع وجوب تبليغ ذلك التنازل للمدينين"¹³.

ويُفهم من التعريف السابق، أنّ عقد الفاكترنج هو إتفاق مبرم بين طرفين هما الممول ومؤسسة الشراء والذي بموجبه يجب على العميل أن يحوّل لحساب مؤسسة الشراء ديون ناشئة عن عقود بيع لبضائع مبرمة بين العميل و زبائنه باستثناء الديون الناشئة عن الطابع الشخصي أو العائلي أو التي لا تتعلق بتجارته. كما يتعين على مؤسسة الشراء أن تقوم بإثنتين من الإلتزامات التالية على الأقل وهي:

- 1) تمويل العميل عن طريق الإعتماد أو الدفع المسبق لديونه.
- 2) الإمساك بحسابات العميل وفواتيره.
- 3) تحصيل الديون التجارية للعميل.
- 4) حماية العميل من إفلاس المدينين عن طريق تحمل تبعه هذا الإفلاس.

كما ويشير التعريف السابق إلى أنه لا بد من إخطار المدينين بانتقال الحق من العميل لشركة الشراء، وبالإستناد لما سبق يبدو أنّ موقف إتفاقية أوتاوا في مادتها الأولى كان واضحاً، إذ اعتبرت هذا العقد من عقود الإئتمان وهذا يتجلى من خلال قيام شركة الشراء بفتح اعتماد للعميل مقابل عمولة يدفعها العميل لتغطية مخاطر عدم الوفاء، فهي تمنحه إعتماد ليضمن حقوقه تجاه مدينه.

كما ويستشف من التعريف أنّ الإتفاقية ركّزت على إلتزامات مؤسسة الشراء، وقد قصرت إلتزام مؤسسة الشراء على ضمان تحقيق إثنين على الأقل من الوظائف الأربعة المذكورة أعلاه.

¹³. المادة (1) من إتفاقية أوتاوا الكندية 1988م ويشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص48.

ومن خلال المفهوم الذي أوردته إتفاقية أوتاوا توضح مجموعة من المقومات¹⁴:

1. إنَّ عمل مؤسسة الشراء يتمثل في شراء الحقوق التجارية من العميل بئمن معجّل أو مؤجّل.
 2. إنَّ الحقوق محل العقد هي حقوق تجارية خالصة، ولا يدخل في نطاقها الحقوق المالية الأخرى.
 3. أن تتوفر صفة التاجر في العميل.
 4. إنَّ الإلتزام بضمان عدم الرجوع هو إلتزام غير مطلق، أي يمكن للأطراف الإتفاق على مخالفته، إذ تستطيع مؤسسة الشراء أن تشترط في العقد حق الرجوع على العميل في حالة إعسار المدين أو تهريبه من الوفاء.
 5. إنَّ عمل مؤسسة الشراء لا ينحصر فقط بشراء الحقوق، إذ يمتد للقيام بوظائف أخرى تتمثل في تحصيل الديون التجارية والتمويل وتقديم المعلومات الفنية والإدارية وضمان الرجوع أو عدم الرجوع وذلك بحسب الإتفاق وأيضاً تقديم التسهيلات والتصدير للخارج والولوج للأسواق الدولية.
 6. إنَّ الإتفاقية أخذت صراحة بحوالة الحق كإطار قانوني تقليدي يطبق على عقد الفاكوتونج، وذلك لأنَّ مصطلح الحوالة يشمل بيع الحقوق أو الإقتراض بضمان الحقوق التجارية.
- وبالنسبة لفلسطين، يمكن الإستناد لنص المادة (13) بفقراتها (ب، د، هـ) من القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010م) بشأن المصارف الفلسطينية¹⁵، والتي تعتبر أساساً قانونياً ينطبق على عقد الفاكوتونج، إذ تناولت هذه المادة الآتي:
1. "يجوز للمصارف ممارسة الأعمال والأنشطة المصرفية التالية وفق ما تقرره سلطة النقد:
 - ب. تقديم الإئتمان بكافة أنواعه وأشكاله.
 - د. بيع وشراء أدوات السوق النقدية (الآنية والأجلة)، وسندات الدين لحسابه لخاص أو لحساب العملاء".

¹⁴. أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، 2004م، ص 19 وما بعدها.

¹⁵. انظر المادة (13 / ب، د، هـ) من القرار بقانون رقم 9 لسنة 2010 م بشأن المصارف الفلسطينية، المتوفر على موقع منظومة التشريعات الفلسطينية، ديوان الفتوى والتشريع .

هـ. شراء الديون وبيعها سواء بحق الرجوع أو بدونه".

إذ يبدو واضحاً من خلال هذا النص عملية بيع وشراء الديون سواء بضمان حق الرجوع أو بدونه، كما ويبين تقديم الإئتمان بكافة أشكاله وهذا يلخص جوهر عملية الفاكторинг.

الفرع الثاني

خصائص وسمات عقد الفاكторинг المميز له

في هذا الفرع ستتم دراسة خصائص عقد الفاكторинг وسماته التي تميزه عن غيره من العقود المشابهة له، وتتلخص أهم هذه الخصائص في اعتباره عقداً إئتمانياً تمويلياً، ومركباً من مزيج من العقود، ومتعدد الأطراف، وذو طابع تجاري دولي.

أولاً: عقد الفاكторинг عقد إئتماني تمويلي

لا جدال أنّ عقد الفاكторинг يقدم أسلوب جديد مبتكر من أساليب التمويل الحديثة، لأنّ الهدف منه هو تأمين التمويل المطلوب للدائنين الذين يملكون ديون غير مستحقة، أو ديون تواجهها عقبات أثناء التحصيل¹⁶.

ويرى الفقهاء الفرنسيين¹⁷، أنّ هذا العقد يؤمّن ثلاث خدمات، الخدمة الأولى هي خدمة القيام بالعمل، وتتمثل هذه الخدمة بقيام الفاكتورايזור (مشتري الديون التجارية) بتحصيل الديون بدلاً من الفاكتورايزي (بائع الديون التجارية). أما الخدمة الثانية، فهي خدمة مالية تتمثل بالوفاء بقيمة الديون قبل تحصيلها. وأما الخدمة الثالثة، فهي الخدمة التأمينية والتي تتمثل في تجنب الفاكتورايزي (بائع الديون التجارية) خطر عدم تسديد الدين، وهذه الخدمة يقدمها الفاكتورايזור (مشتري الديون التجارية) للفاكتورايزي (بائع الديون التجارية) قبل حلول أجل استحقاق الديون. فعقد الفاكторинг يسمح

¹⁶. مروان كوكبي، عقد الفاكторинг، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، الجزء الثاني، كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م، ص 372.

¹⁷. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (2)، ص 131.

بحصول الفاكتررايزي (بائع الديون التجارية) على حقوقه المالية أو جزءاً كبيراً منها عبر تعجيلها من شركة الفاكتررنج التي تتولى مهمة تحصيلها¹⁸، مما يرفع عن الفاكتررايزي (بائع الديون التجارية) عبء القيام بتحصيل الديون المالية، حيث أنّ الفاكتررايزور (مشتري الديون التجارية) يتولى القيام بتلك المهمة المالية، وكل ما تتطلبه من إجراءات إدارية وقانونية وقضائية¹⁹.

كما ويعد عقد الفاكتررنج وسيلة من وسائل التمويل التي تساهم في نمو النشاطات التجارية الدولية، وذلك من خلال تطبيقه على الديون العائدة للتجار على مدينهم خارج الدولة التي يمارسون فيها نشاطاتهم التجارية. كما ويدخل في إطار عمليات التسليف التي تهدف إلى تسديد أو تحصيل الديون ذات الاجل القصير أو المتوسط الأجل²⁰.

كما ويعتبر الفاكتررنج وسيلة من وسائل التمويل المؤدية إلى تخفيض نفقات تحصيل الحقوق والديون التجارية. كما ويلعب الفاكتررنج دوراً تمويلياً في تبسيط نشاط التاجر الدائن (الفاكتررايزي- بائع الديون التجارية)، وذلك من خلال تبسيط مهام المحاسبة واستيفاء ديونه وفواتيره وإعطائه معلومات نافعة ومهمة عن عملائه المدينين الذين يتعامل معهم، خاصة بالنسبة للتجار والمؤسسات التجارية الصغيرة والمتوسطة الحجم²¹.

¹⁸ . يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (2)، ص132.

CH. Gavald et J. Stoufflet: Le Contrat dit de Factoring, J.C.P.G., 1966-I-2044, no.10.

¹⁹ . يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص132.

CH. Gavald et J. Stoufflet: Le Contrat dit de Factoring, J.C.P.G., 1966-I-2044, no.5.

²⁰ . مروان كوكبي، عقد الفاكتررنج، مرجع سابق، ص 365.

²¹ . يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص 137.

Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz- com., 1996-I-,A-B,p.2, no.7.

ثانياً: عقد الفاكوتونج عقد مركب

بالرجوع إلى تكوين هذا العقد يبدو أنّ هناك إختلاف بينه وبين العقود التقليدية، كعقد البيع والوكالة والقرض وخصم الأوراق التجارية والكفالة والتأمين على الحقوق وغيرها²². ومن الواضح أنّ هذه القوالب العقدية التقليدية تعد غير ملائمة لحل مشكلة تحصيل الحقوق التجارية بأبعادها المختلفة²³، فهي لا تحلها من جميع جوانبها وأنّ الحل المتبع لحل المشكلة هو عقد الفاكوتونج. لذا سأتناول بعضاً من هذه العقود التقليدية، وأبيّن مدى عدم ملاءمتها لحل مشكلة تحصيل الحقوق التجارية مقارنة مع هذا العقد.

1) عقد الوكالة

إنّ أهم ما يميز عقد الوكالة عن عقد الفاكوتونج، أنّه في عقد الوكالة يقوم الوكيل بتنفيذ وكالته بإسم ولحساب الموكل، بينما في عقد الفاكوتونج فإنّ الفاكوتورايزور (مشتري الديون التجارية) ينفذ العقد بإسمه ولحسابه.

²². نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص156.

²³. إنّ مشكلة تحصيل الحقوق تتسم بأبعاد هي: أولاً- إنّ أهم ما يثير مخاوف وقلق البائعين هو تخلف المشتريين عن الوفاء في آجال الإستحقاق، بسبب إفسارهم أو إفلاسهم أو تعنتهم بغير وجه حق، فالبائع في غالب الاحيان لا يملك الوسائل والأدوات التي تمكنه من تحقيق ذلك، وإذا امتلكها فإنّ طابع السرعة الذي تتسم به المعاملات التجارية يقف حائلاً دون ذلك، كما أنه ليس بمنأى عن المدين حسن النية الذي يتعرض لصعوبات مالية غير متوقعة. ثانياً - لو أمن البائع جانب المدين وتيقن من قيامه بالوفاء، يتعين عليه أن ينتظر أجل الإستحقاق حتى يمكنه أن يرجع عليه، وقد تكون منشأته التجارية في أمس الحاجة إلى هذه الأموال سواء للوفاء بالتزاماتها تجاه الغير أو لتحقيق طموحات التطور التي تفرضها طبيعة المنافسة التجارية. وهو أمر يجعل البائع أمام خيارين، إما أن يشترط على مدينه الإلتزام بالوفاء الفوري للثمن، وتكون النتيجة المتحصلة هو ركود بضائعه وعجزه عن تصريفها في الأسواق، وإما أن ينتظر أجل الإستحقاق ويعجز عن الوفاء بالتزاماته أو القيام بأنشطته المختلفة، مما يؤدي إلى إنتكاس منشأته التجارية. ثالثاً- علاوة على هذا وذلك، فإنّ تحصيل الحقوق التجارية يقتضي من المنشأة الإمكانيات الإدارية والمالية للقيام بنشاط التحصيل ذاته، ولتنظيم حساباتها المتعلقة بهؤلاء المدينين مما يرهق ميزانيتها بأعباء مالية إضافية. راجع: هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية كأداة إنتمانية مستحدثة ودوره في علاج مشاكل التحصيل، مرجع سابق، ص197.

كما وأتته في عقد الوكالة يستطيع المدين أن يحتج في مواجهة الوكيل بكافة الدفع التي يحق له الإحتجاج بها تجاه الموكل²⁴، بينما في عقد الفاكوتورنج فلا يستطيع المدين أن يحتج في مواجهة الفاكوتوريزور إلا بالدفع التي تتعلق بالدين فقط ما لم يتم الإتفاق على غير ذلك²⁵.

(2) عقد القرض

يلجأ البائع للبنوك أو المؤسسات المالية لإقتراض الأموال اللازمة لمشروعه، ويعد القرض المصرفي من أكثر القروض تداولاً. وقد يكون القرض مضموناً بتأمينات عينية أو شخصية، وقد لا يكون مضموناً بأية تأمينات²⁶.

ولكن الإقتراض لا يحل جميع أبعاد المشكلة، فعقد القرض المصرفي قد يحل المشكلة من أحد جوانبها وهو جانب التمويل، كما وأنّ منح القرض يحتاج لإجراءات إدارية وقانونية تمتد لأشهر عديدة، وهنا تتعدم الأهمية في الحصول على قروض لتمويل المشاريع إذا كان الحصول على هذه القروض يفوق الأجل المفترض لحلول أجل استحقاق الديون، والتي لا تتجاوز غالباً مدة ثلاثة أشهر، كذلك فإنّ القروض غالباً ما تكون محددة الهدف، إذ لا تقبل البنوك إقراض العملاء إلا لتمويل المشروعات الإستثمارية في الوقت الذي يحتاج فيه العميل هذه القروض للوفاء بالتزاماته تجاه الغير²⁷، فالبنك دائماً يكون بحاجة لضمانات كافية سواء أكانت عينية أو شخصية لضمان تسديد القرض.

(3) عقد خصم الأوراق التجارية

إنّ خصم الأوراق التجارية يعتبر من العمليات التي تقوم بها المصارف، إذ تتمثل عملية الخصم بتظهير الورقة التجارية تظهيراً ناقلاً للملكية للمصرف قبل ميعاد إستحقاقها²⁸، لقاء دفع جزءاً من

²⁴. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (3)، ص 174.

Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz- com., 1996-I-.A-B,p.2, no.49

²⁵. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 175.

²⁶. مصطفى كمال طه وعلي البارودي، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001م، ص 645.

²⁷. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص 2.

²⁸. محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، القاهرة، 1987م، ص 960.

قيمتها للحامل بعد خصم العمولة والمصاريف. وبذلك تعد عملية الخصم أو إعادة الخصم، عملية شراء دين لأجل بيعه²⁹.

إنّ ما يميز عقد الفاكوتورنج عن عقد الخصم، هو أنّ عقد الخصم لا يرد إلاّ على الأوراق التجارية فقط دون الديون الثابتة في فواتير خطية غير الأوراق التجارية³⁰. وأما عقد الفاكوتورنج فهو يشمل كافة الديون التجارية الصحيحة الثابتة في مستندات خطية دون حصرها بالأوراق التجارية³¹.

كما ويتضح الإختلاف بينهما أنّه فيما يتعلق بحق الرجوع على الدائن، ففي عقد الخصم يبقى الدائن ضامناً للوفاء بقيمة الورقة التجارية في حالة عدم تسديد المدين قيمتها بتاريخ الإستحقاق، بينما في عقد الفاكوتورنج فإنّ الدائن يتخلص من الضمان، ولا يحق للمشتري الرجوع عليه عند عدم استيفاء الديون من المدين، مالم يتفق على خلاف ذلك³².

كما ويتضمن هذا العقد خدمات إضافية، فقد تقوم مؤسسة الفاكوتورنج بتحصيل ديون مترتبة للدائن حتى لو لم تكن داخلة ضمن موضوع هذا العقد، بينما في عقد الخصم فلا يوجد أية خدمات إضافية لا تتعلق بموضوع الخصم التجارية³³.

²⁹. راجع: ما تناولته المواد (383-386) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني الجديد 2010م في الفصل الثامن منه والتي تناولت خصم الاوراق التجارية، والتي يقابلها المواد(351-354) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة1999م، والمادة (109) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966م.

³⁰. هاني دويدار، النظام القانوني للتجارة - العقود التجارية - العقود التجارية، العمليات المصرفية - الأسناد التجارية، الإفلاس، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1997م، ص 400، ف 597.

³¹. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص2.

³². يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية ، مرجع سابق، هامش رقم (2)، ص196.

J.-P.Deschanel:Délais de Paiement,Crédit Inter-Enterprises et Relais Par les établissement .de credit, de l'escompte à=l'affacturage,petites affiches 22 juillet 1996,p.3

³³. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية ، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص197.

Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz- com., 1996-I-,A-B,p.3, No.18.

4) عقد التأمين على الحقوق

إذا لجأ البائع إلى توكيل الغير في تحصيل الحق مواجهاً بذلك المشكلة في شقها المتعلق بالعبء الإداري والمالي للقيام بنشاط التحصيل، وللاقتراض من البنوك مواجهاً بذلك المشكلة في شقها المتعلق بعدم حلول أجل استحقاق الفواتير، فمن غير الممكن له أن يبرم عقداً مستقلاً للتأمين على حقوقه لدى مدينه، كما ويمكن أن يكون نشاط التأمين على الحقوق مرتبطاً بعقد آخر كما في عقد الوكالة بالعمولة بالبيع أو النقل، حيث يلتزم الوكيل بضمان قيام المدين بالوفاء بالثمن في أجل الإستحقاق³⁴. وبسبب عدم ملاءمة القوالب العقدية التقليدية لحل المشكلة التي تواجه المنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة الحجم، كانت هناك حاجة إلى وجود عملية قانونية منتظمة تواجه المشاكل المتعلقة بتحصيل الحقوق التجارية، وهذا ما استطاع إنجازه عقد الفاكترنج³⁵.

ثالثاً: عقد الفاكترنج عقد متعدد الأطراف

تتضح ثنائية عقد الفاكترنج من خلال عملية ثلاثية الأطراف، إذ أنّ هناك علاقة بين الدائن (الفاكترنجي- بائع الديون) والمدين، سابقة على عقد الفاكترنج بموجب عقد ثنائي الطرفين، وعلاقة ثنائية بين (الفاكترنجي- بائع الديون) و (الفاكترنجي- بائع الديون) ناشئة عن عقد الفاكترنج، ويوجد أيضاً علاقة ثنائية بين (الفاكترنجي- بائع الديون) والمدين ناشئة عن عقد الفاكترنج الذي يعطي (الفاكترنجي- بائع الديون) حق الرجوع على مدين (الفاكترنجي- بائع الديون)³⁶.

إنّ لهذه العلاقات تأثير على بعضها البعض، فعلاقة المدين بالدائن تؤثر على علاقة الدائن بمؤسسة الفاكترنج، سواءً من ناحية الموافقة على إبرام عقد الفاكترنج، أو من ناحية إلزام المدين

³⁴. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى ميلاط عبد الحفيظ ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، هامش رقم (122)، ص 57.

Merlaud (Jean-Francois),le du croire,thèse,Bordeaux,1984p48.

³⁵. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى ميلاط عبد الحفيظ ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، هامش رقم (123)، ص 57.

VIVER (Jean-loup);L'affacturage:un contrat commerciala d'avenirr,la vie judiciaire3mars 1985,p.9 et 10.

³⁶. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 160.

بتسديد قيمة الدين لمؤسسة الفاكورتنج بعد شرائها تلك الديون من الدائن (الفاكورتايزي- بائع الديون). كما وأن علاقة (الفاكورتايزور- مشتري الديون) بالمدين تؤثر على علاقة (الفاكورتايزور- مشتري الديون) بالفاكورتايزي (بائع الديون)، فلا يستطيع الفاكورتايزي (بائع الديون) استيفاء الدين من المدين بعد بيعه للفاكورتايزور (مشتري الديون)، وإذا قام باستيفائه يحق للفاكورتايزور (مشتري الديون) مطالبته، أو مطالبة الإثتين معاً، استناداً لعقد الفاكورتنج³⁷.

تحدد مراكز أشخاص العلاقة القانونية بالرجوع إلى العلاقة الأساسية بين الدائن ومدينه، وإلى العلاقة بين الدائن (الفاكورتايزي- بائع الديون) و (الفاكورتايزور- مشتري الديون)، وبموجب العلاقة بين الفاكورتايزور والفاكورتايزي، يحق للفاكورتايزور (مشتري الديون) الرجوع مباشرة على المدين لإستيفاء قيمة الديون موضوع عقد الفاكورتنج³⁸.

وبناءً على ماسبق، يتبين أن طرفي عقد الفاكورتنج، هما: مؤسسة الفاكورتنج التي تشتري الديون وتسمى الفاكورتايزور، وبائع الديون ويسمى الفاكورتايزي. وأما المدين للدائن بالديون التي تصبح موضوعاً لعقد الفاكورتنج، فهو الملزم بسداد قيمة الديون في عقد الفاكورتنج.

رابعاً: عقد الفاكورتنج عقد ذو طابع تجاري دولي

يقوم عقد الفاكورتنج على عملية بيع الديون، إذ يقدم الفاكورتايزي للفاكورتايزور كافة ديونه غير المستحقة على عملائه المدينين المثبتة في سندات أو فواتير أو إقرارات أو غيرها، ويقوم الفاكورتايزور (مشتري الديون) باختيار الديون التي يثق بإمكانية إستيفائها، ويعجل من قيمتها بعد إقتطاع أرباحه منها وعمولته ونفقات العملية بحسب ما تمّ الإتفاق عليه، ويحل الفاكورتايزور (مشتري الديون) محل الفاكورتايزي (بائع الديون) في كافة حقوقه بما فيها حق الرجوع على المدينين بشرط عدم الرجوع على الفاكورتايزي (بائع الديون) في حال عدم تسديد المدينين لديونهم، أو بشرط الرجوع عليه وذلك بحسب الإتفاق، حيث أن محل هذا العقد ديون تجارية³⁹.

إنّ الطبيعة الدولية لعقد الفاكورتنج تكون ملازمة لطبيعته التجارية وذلك من خلال إقتصار تطبيقه على الديون الناشئة عن طريق عقود بيع البضائع المبرمة بين العميل وزبائنه أو عقود التوريد أو

³⁷. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 161.

³⁸. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 161.

³⁹. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 151 و152.

عقود تقديم الخدمات، بإستثناء الديون الناشئة عن المعاملات ذات الطابع الشخصي أو العائلي للعميل⁴⁰.

المطلب الثاني

الشروط القانونية لتكوين عقد الفاكورتونج وقوابه المتنوعة

يعتبر عقد الفاكورتونج كسائر العقود التي تتطلب توافر الشروط القانونية الشكلية والموضوعية لصياغته وإنعقاده، ولهذا العقد العديد من الأنواع والقواب، لذا سأتناول في هذا المطلب الشروط القانونية اللازمة لصياغته، ومن ثم سأنتقل للحديث عن قوابه وأنواعه المختلفة على الصعيدين المحلي والدولي.

الفرع الأول

الشروط القانونية لتكوين عقد الفاكورتونج

لإنشاء عقد الفاكورتونج لابد من توافر الشروط القانونية التي تتطلبها سائر العقود والمتمثلة بالشروط الشكلية والموضوعية، لذا سيكون مدار الحديث حول تلك الشروط .

أولاً: الشروط الشكلية اللازمة لإنشاء عقد الفاكورتونج

اعتمدت معظم التشريعات مبدأ اعتبار عقد الفاكورتونج من العقود الرضائية، إلا أنّ العرف قد استقر على ضرورة كتابة هذا العقد⁴¹، وإفراغه في شكل معين، نظراً لما يتضمنه من شروط متعددة ودقيقة، وتفاصيل كثيرة تتطلب الكتابة لإيضاحها. فالكتابة مهمة لتدوين حقوق والتزامات الأطراف، وأيضاً من أجل الإحتجاج بهذا العقد في مواجهة الغير⁴².

⁴⁰. ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص60.

⁴¹. قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 مارس 1995 م .

Arvet commercial –7mars1995 –Bulletin Ivmai –1996

⁴². نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص56.

ثانياً: الشروط الموضوعية اللازمة لإنشاء عقد الفاكوتونج

يجب أن تتوفر في عقد الفاكوتونج الأركان الأساسية العامة الواجب توافرها في سائر العقود، حتى يكون هذا العقد صحيحاً. وهذه الأركان هي الأهلية والرضا والمحل والسبب. وبما أن هذا العقد لا يختلف في أركانه وشروطه عن غيره من العقود الأخرى، وبما أنه تسري عليه القواعد العامة، لذا سأتناول القواعد الخاصة أو الشروط الخاصة بهذا العقد، والمتعلقة بطرفيه وموضوعه ومدته.

ثالثاً : الشروط الخاصة اللازمة لإنشاء عقد الفاكوتونج

وهي تلك الشروط المتعلقة بأطراف هذا العقد ومدته .

1 طرفا عقد الفاكوتونج

يتكون عقد الفاكوتونج من طرفين، هما المؤسسة المالية المشتريّة للديون والمسماه الفاكوتورايزور، وبائع الديون والمسمى الفاكوتورايزي، وأما المدين للدائن بالديون التي ستصبح موضوع العقد، فهو الملزم بسداد الديون في هذا العقد. فعقد الفاكوتونج ثنائي الأطراف نظراً للإتفاق المبرم بين طرفيه⁴³. ولكي تتحقق صفقة الفاكوتونج لا بد من تدخل ثلاثة أطراف هم بائع الديون (الفاكوتورايزي)، ومؤسسة الفاكوتونج المشتريّة للديون (الفاكوتورايزور) والمدين⁴⁴.

و لذا، سأقوم بدراسة طرفي هذا العقد وهما: الفاكوتورايزور (أ) والفاكوتورايزي (ب).

(أ) الفاكوتورايزور (مشتري الديون)

يقوم الفاكوتورايزور بدور أساسي في عملية الفاكوتونج؛ إذ يعتبر الطرف الممول في هذه العملية لقيامه بشراء الديون غير المستحقة وتعجيل جزءاً كبيراً من ثمنها فوراً للفاكوتورايزي (الدائن - بائع

⁴³. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 70.

⁴⁴. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (2)، ص 72.

الديون). ولذلك لا يمكن أن يقوم بهذه المهمة إلا المؤسسات المالية الضخمة التي تتخذ عادة شكل المؤسسات المالية أو الشركات التجارية المساهمة تبعاً لما تملكه من رؤوس أموال⁴⁵.

وفي لبنان مثلاً، فقد تم تأسيس أول شركة فاكورتنج عام (2000م)، سميت الشركة اللبنانية للفاكورتنج (سوليفاك)⁴⁶.

(ب) الفاكورتيزي (بائع الديون)

يعتبر الفاكورتيزي سواءً أكان شخص طبيعي أو معنوي الطرف الأساسي في هذا العقد، فهو الذي يطلق الشرارة الأولى لإبرام العقد؛ إذ أنه هو من يقرر حاجته إلى بيع ديونه التجارية المترتبة على مدينه، إما لعدم حلول تاريخ استحقاقها، وإما لتخفيف النفقات المترتبة على إستيفائها، ثم يبحث عن المؤسسة المالية التي تقوم بدور الفاكورتيزور لشراء هذه الديون، والإتفاق على شروط العقد المراد إبرامه مع الفاكورتيزور⁴⁷.

(2) مدة عقد الفاكورتنج

تخضع مدة هذا العقد قانوناً لحرية التعاقد، إذ أنه بإمكان كلاً من طرفي العقد الإتفاق على تحديدها متى شاء، طالما أن ذلك لا يخالف النظام والآداب العامة⁴⁸.

أما عملياً، فإن مدة هذا العقد تكون عادةً قصيرة الأجل، خاصة أن الدين موضوع هذا العقد يكون متعلقاً بمؤسسات صغيرة ومتوسطة الحجم إجمالاً، وتختلف هذه المدة بحسب طبيعة الأموال موضوع العقد، إذ يراعى فيها تاريخ استحقاق تلك الديون⁴⁹.

⁴⁵. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 74.

⁴⁶. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 74.

⁴⁷. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 99.

⁴⁸. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 120.

⁴⁹. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 120.

الفرع الثاني

القوالب المتنوعة لعقد الفاكوتونج على الصعيد المحلي والدولي

هناك الكثير من الأنواع لعقود الفاكوتونج، فمن حيث طبيعة الوفاء هناك عقد الإعتماد المتحرك، ومن حيث مخاطر عدم وفاء المدينين هناك عقد بيع الديون مع ضمان الرجوع وعقد بيع الديون مع ضمان عدم الرجوع، ومن حيث مجال التطبيق هناك عقد شراء الحقوق التجارية الوطني أو المحلي وعقد شراء الحقوق التجارية الدولي وعقد تصدير الحقوق التجارية وعقد توريد الحقوق التجارية، وبالنسبة لعقود الفاكوتونج باستخدام الحقوق التجارية متعددة الأطراف فهناك عقد مشاركة بنك في شراء الحقوق وعقد الوفاء لدائن العميل، وأيضاً هناك عقد الفاكوتونج الظاهر وعقد الفاكوتونج المستتر، وسأقوم بتناول كل نوع من هذه الأنواع المختلفة.

أولاً: عقد الفاكوتونج من حيث طبيعة الوفاء

يتناول عقد الفاكوتونج من حيث طبيعة الوفاء عقد الإعتماد المتحرك أو ما يسمى بعقد الوفاء المعجل.

عقد الإعتماد المتحرك (Advance Factoring)

يفترض في هذا النوع من العقود فتح اعتماد متحرك من قبل الممول للعميل، بحيث يقوم الممول بأداء ثمن الحقوق إلى العميل بمجرد حصوله على تلك الحقوق، ويحدد الثمن بزهاء 80% أو 90% من قيمة الحقوق المباعة⁵⁰. حيث تأخذ هذه الطريقة شكل الخصم، لأنّ بائع الحق الشخصي يستعجل قيمة الحق قبل موعد الإستحقاق، وبحيث يضمن مشتري الحقوق مخاطر عدم وفاء المدينين، ما دام العقد قد أبرم بحسن نية⁵¹.

⁵⁰. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، هامش رقم (22)، ص 23.

Samuel Piser, "Legal Aspects of International Factoring—An American Concept Goes Abroad," *The Business Lawyer*, July 1970, p. 1506.

⁵¹. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، هامش رقم (23)، ص 23.

Peter M. Biscoe, "Law and Practice of Credit Factoring," Butterworths, London, 1975, P. 6.

ثانياً: عقد الفاكторинг من حيث مخاطر عدم وفاء المدينين

يقسم عقد الفاكторинг من حيث مخاطر عدم وفاء المدينين إلى نوعين، هما: عقد بيع الديون مع ضمان الرجوع على العميل بائع الحقوق التجارية، وعقد بيع الديون مع ضمان عدم الرجوع على العميل بائع الحقوق التجارية.

(1) عقد بيع الديون التجارية مع ضمان الرجوع على العميل (Recourse Factoring)

في هذا النوع من عقود الفاكторинг يحتفظ الممول بحق الرجوع على العميل إذا تعذر استيفاء الحقوق المباعة من المدينين⁵².

(2) عقد بيع الديون التجارية مع ضمان عدم الرجوع على العميل (Non-Recourse (Old (Line) Factoring)

في هذا النوع من العقود يتعهد الممول بعدم الرجوع على بائع الحقوق التجارية في حال تعذر استيفاء الحقوق من المدينين بسبب إعسارهم أو إفلاسهم⁵³.
بيد أنّ بائع الحقوق يضمن مشروعية الديون المترتبة في ذمة المدينين، وخلوها من النزاع⁵⁴.

⁵² يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، هامش رقم (25)، ص 24.

Peter M.Biscoe,"Law and Practice of Credit Factoring,"Butterworths,London,1975,P.6-7.Jacob S.Ziegel,"Legal Impediments tothe Financingof Dealer's Stock and Accounts Receivable, Published in"Instalment Credit,"edited by Aubrey L.Biamond,British Institute Studies in International and Comparative Law No.4,Steven& Sons;1970,P.135-136.Multistate Accounts Receivabla Financing:Conflicts in Context,"67yale L.J.1958,pp.402-404.

⁵³ يشار لذلك في:المرجع الفرنسي الوارد لدى أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، هامش رقم (27)، ص 25.

peter M.Biscoe,"Law and Practice of Credit Factoring,"p.6.

⁵⁴ يشار لذلك في:المرجع الفرنسي الوارد لدى أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، هامش رقم (28)، ص 25.

R.M.Goode,UNIDROIT,Diplomatic Conference for the Convention of InternationalFactoring,CONF.7/C.1/S.R.15

ثالثاً: عقد الفاكوتورنج من حيث مجال التطبيق

يقسم عقد الفاكوتورنج من حيث مجال التطبيق إلى أربعة أنواع هي: عقد شراء الحقوق التجارية الوطني أو المحلي، وعقد شراء الحقوق التجارية الدولي، وعقد تصدير الحقوق التجارية، وعقد توريد الحقوق التجارية.

(1) عقد شراء الحقوق التجارية الوطني أو المحلي (National Factoring)

يكون أطراف هذا العقد ضمن إقليم الدولة، حيث يتخذ الممول مشتري الحقوق والعميل بائع الحقوق والمدين موطناً واحداً⁵⁵.

(2) عقد شراء الحقوق التجارية الدولي (International Factoring)

في هذا العقد يكون أحد الأطراف المتعاقدة في إقليم دولة تختلف عن الدولة التي يستوطن بها الطرف الآخر. وقد بين مضمون المادة الثانية من إتفاقية أوتاوا لسنة (1988م) متى يكون عقد شراء الحقوق دولياً، وذلك إذا كانت الحقوق المنبثقة عن عقد البيع أو تقديم الخدمات بين طرفين يتخذان محلاً لإقامتهما دولتين متعاقبتين مختلفتين، وكان محل عمل الممول (مشتري الحقوق) دولة متعاقدة أو كان يطبق على العقد وقت شراء الحقوق التجارية قانون دولة متعاقدة⁵⁶.

(3) عقد تصدير الحقوق التجارية (Export Factoring)

يفترض هذا العقد وجود الممول مشتري الحقوق التجارية والعميل في دولة تختلف عن الدولة التي يتخذها المدين موطناً له. ولما كان تحصيل الحقوق من المدين قد يعتره بعض الإشكالات،

⁵⁵. أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، ص 28.

⁵⁶. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، هامش رقم (34)، ص 28.

R.M.Goode,"The Proposed New Factoring and Leasing Convension,"J.B.L.May 1987,P.219-221.Albert F.Reisman,"The Uniform Commercial Code and the Convension on International Factoring,"22Uniform Commercial Code Law Journal,Sum.89,Spr.1990,P.320-366,at,P.322-323.

فإنّ الممول مشتري الحقوق قد يلجا إلى تصديرها من خلال تحويل ملكيتها إلى ممول آخر في ذات دولة المدين⁵⁷.

(4) عقد توريد الحقوق التجارية (Import Factoring)

يفترض هذا العقد وجود العميل بائع الحقوق التجارية والمدين في دولة تختلف عن الدولة التي يعمل بها الممول مشتري الحقوق التجارية، فيقوم الأخير بتحويل ملكية الحقوق على مستورد لتلك الحقوق، أي ممول آخر يتخذ ذات دولة المدين موطناً له حتى يقوم بمطالبة المدين بها⁵⁸.

رابعاً: عقد الفاكوتورنج بإستخدام الحقوق التجارية متعددة الأطراف

يقسم عقد الفاكوتورنج بإستخدام الحقوق التجارية متعددة الاطراف إلى نوعين، هما: عقد مشاركة بنك في شراء الحقوق، وعقد الوفاء لدائن العميل.

(1) عقد مشاركة بنك في شراء الحقوق (Bank Participation Factoring)

يتطلب هذا العقد قيام العميل بائع الحقوق التجارية بالإتفاق مع بنك بتوقيع رهن على حقوقه المستقبلية التي تستحق إلى الممول لمصلحة البنك، ويفترض هذا العقد أنّ موعد أداء الحقوق المباعة مؤجل على تاريخ استحقاق الديون على المدين. وبالتالي فإنّ العميل بائع الحقوق التجارية لا ينتظر حتى يقوم الممول بأداء ثمن الحقوق المشتراه، بل يستعجل ذلك بإتفاقه مع البنك الذي يقوم بتلك العمليات شريطة رهن حقوق العميل المستقبلية التي تستحق لمصلحة الممول مشتري الحقوق⁵⁹.

⁵⁷. أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل بإستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، ص 28.

⁵⁸. أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل بإستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، ص 29.

⁵⁹. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل بإستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، هامش رقم (29)، ص 25.

Peter M.Biscoe, "Law and Practice of Credit Factoring," P.9.

وتتحقق فائدة البنك من هذه العملية بتدوير أمواله وزيادة حجم قروضه، ويستفيد العميل بأئح الحقوق بتعجيل قيمة حقوقه وزيادة حجم عملياته، ويستفيد الممول مشتري الحقوق التجارية بتجنب مخاطر عدم وفاء المدينين.

(2) عقد الوفاء لدائن العميل (Supplier Guarantee Factoring)

بمقتضى هذا العقد يقوم الممول بدلاً من الوفاء إلى العميل بثمن الحقوق المشتراة على المدينين بالوفاء إلى دائن العميل بأئح الحقوق التجارية، أي التاجر الذي وُرد إلى العميل المنتجات المباعة إلى العملاء⁶⁰، ويظهر هذا العقد في حال قيام العميل بدور الوسيط بين مورّد المنتجات إلى العميل وعملاء العميل، أي المدينين. ويقوم العميل بأئح الحقوق بذلك عندما لا يكون لديه مخازن لحفظ المنتجات المراد بيعها إلى العملاء.

خامساً: عقد الفاكوتورنج الظاهر والمستتر

(1) عقد الفاكوتورنج الظاهر (Disclosed Factoring)

يقوم الممول مباشرة بمقتضى هذا العقد بمطالبة المدين بأداء الدين، وذلك بعد أن يتلقى حق المطالبة من العميل، حيث يحوّل الأخير حقوقه قبل مدينه إلى الممول، الذي يتعين عليه إعلان المدين بالحوالة، بهدف نفاذها في حق الغير، أو دون القيام بذلك الإعلان.

(2) عقد الفاكوتورنج المستتر (Undisclosed Factoring)

قد يفضل العميل إخفاء العلاقة التي تربطه بالممول، من حيث طبع إعلان الحوالة على فاتورة الشراء من أجل عدم علم المدين بها، خشية أن يقلل ذلك من حجم عملائه. وقد تكون العلاقة التي تربط العميل بالممول قرض مضمون بالحقوق التجارية، ومن ثمّ فإنّ المخوّل بمطالبة المدين بالوفاء هو العميل باعتباره الدائن وليس الممول، وقد يطلق على هذا النوع من العقود اسم عقد التمويل باستخدام شراء الحقوق التجارية دون إعلان المدين (Non-Notification)

⁶⁰. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، هامش رقم (30)، ص26.

Factoring)⁶¹، ومن ثمّ فإنّ مهمة العميل تنحصر إما في إستيفاء الدين نيابة عن الممول، وإما في إستيفائها من أجل الوفاء للممول.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على عقد الفاكторинг وكيفية إنقضائه

لتوضيح الأحكام النازمة لعقد الفاكторинг، وكيفية إنقضائه، قمت بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، حيث سأتناول في المطلب الأول، الإلتزامات المفروضة على الشركة المشتريّة للديون التجارية(الوسيط- الفاكتوريزور)، أما في المطلب الثاني، سأتناول الإلتزامات المفروضة على بائع الديون التجارية(الدائن- الفاكتوريزوي)، وفي المطلب الثالث، سأتناول كيفية إنقضاء عقد الفاكторинг.

المطلب الأول

الإلتزامات المفروضة على الشركة المشتريّة للديون(الفاكتوريزور-الوسيط)

إنّ عقد الفاكторинг - بوصفه من العقود الملزمة للجانبين - يرتب إلتزامات متبادلة على عاتق طرفيه؛ إذ أنّ قيام كل طرف بما يفرضه العقد عليه، هو بمثابة أداء لحقوق الطرف الآخر. وفي هذا المطلب سأتناول الإلتزامات المفروضة على الشركة المشتريّة للديون التجارية(الوسيط- الفاكتوريزور)، وتتمثل في ثلاثة إلتزامات هي: الإلتزام بتحصيل الديون والوفاء، والإلتزام بتقديم المعلومات والإستشارات الفنية، وأخيراً، الإلتزام بضمان الرجوع أو عدم الرجوع على بائع الديون وذلك بحسب الإلتفاق، وسيكون مدار الحديث عن هذه الإلتزامات.

⁶¹ يشار لذلك في:المرجع الفرنسي الوارد لدى أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل بإستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، هامش رقم (31)، ص27.

Thomas E.Plank,"Sacred Cows and Workhorses:The Sale of Accounts and Chattel Paper Under the U.C.C.and the Effects of Violating A Fundamental Drafting Principle,"26 (2)Connecticut Law Review,Win.1994,P.408.

الفرع الأول

الإلتزام بتحصيل الديون والوفاء

إنّ مسألة تحصيل الحقوق التجارية تبرز بشكل واضح عند الإلتزام بتحصيل هذه الحقوق في مجالات التصدير⁶². وأنّ المهم في هذه العملية، هو حلول الوسيط(الشركة المشترية للديون) محل العمل بموجب السند الحلوي المرفق، فالإلتزام يصبح هنا مترتب على عاتقها في تحصيل كافة ديون العميل⁶³. وبالإطلاع على المادة الأولى من إتفاقية أوتاوا، يتضح أنّها اعتبرت هذا الإلتزام هو الإلتزام الرئيسي المُلقى على عاتق الشركة المشترية للديون أو الفواتير.

إنّ هذا الإلتزام يكون مُلقى على عاتق الوسيط (الشركة المشترية للديون)، إذ تتم عملية التحصيل والوفاء بقيمة الحقوق بقيام مؤسسة التحصيل بدفع قيمة الفواتير المحولة إليها من عملائها عن طريق إيداع القيمة في الجانب الدائن من الحساب الجاري للعميل، باعتبار أنّ التسوية عن طريق القيد في الحساب تعد أداة مبسّطة للوفاء بالحقوق المتقابلة بين المتعاملين⁶⁴.

إنّ دور العميل يقتصر على سحب الإعتمادات المقيدة في الحساب إذا رأى حاجة لذلك، مقابل إلتزامه بقيد العمولة والفوائد في الجانب المدين منه، كما ويمكنه الإستفادة من طريقة عمل الحساب الجاري، حيث أنّ القيد في الحساب يساوي الوفاء بقيمة الفواتير المقيدة، ودخولها في بوتقة

⁶². ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص 193.

⁶³. ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص 194.

⁶⁴. إنّ قيد الدين في الحساب الجاري، وإن لم يكن وفاءاً حقيقياً بالدين، إلا أنه يعادل الوفاء وفقاً للنظرية الحديثة للحساب الجاري.

ويشار لذلك في:المرجع الفرنسي الوارد لدى ذكرى عبد الرازق محمد، عقد شراء فواتير الديون التجارية (FACTORING) من الوجهتين العملية والقانونية، مرجع سابق، هامش رقم(15)، ص399.

Le Voir Le Note de M.R.Rodiere,D-1974,P.214,R.Rodiere et J.L,Rives-Lange,Droit Bancaire,D.1980,N.135.P.150.

وللمزيد أنظر: ذكرى عبد الرازق محمد، مبدأ تجديد المدفوعات في الحساب الجاري، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، 2006م، ص519 وما بعدها.

الحساب، مما يجعلها غير قابلة للتجزئة⁶⁵، وحتى يستفيد العميل من قيمة هذا الإعتماد، يجب أن تكون الفواتير المقدمة للمؤسسة مساوية لمبلغ الإعتماد دون أن تتجاوزه، وفائدة تحديد مبلغ الإعتماد هو تحديد الحد الأقصى للمخاطر التي تقبل مؤسسة الشراء تحملها بشأن مدين معين من زبائن العميل، وذلك بناءً على التحريات والمعلومات التي تتيح له كشف المركز المالي لهذا العميل المدين⁶⁶.

إنّ الإعتماد الممنوح يتفاوت من مدين لآخر وفق يساره وقدرته المالية، أما ما زاد عن قيمة الفواتير عن مبلغ الإعتماد فلا تلتزم المؤسسة بتمويله أو ضمانه، ويكون لها في هذه الحالة الخيار بين أمرين: إمّا تعديل مبلغ الإعتماد بالزيادة ليشمل هذه الفواتير الزائدة، وإمّا أن تقدم إئتمناً عن هذه الفواتير غير مقرون بخدمة الضمان، أي تقوم بالوفاء بقيمة الفواتير مع إحتفاظها بحقها في الرجوع على العميل إن لم يف المدين لدى مطالبته بها في ميعاد الإستحقاق، أما إذا رفضت المؤسسة هذا أو ذلك، فإنها تلتزم وفقاً لنصوص العقد، بأن تقوم بتحصيلها بمقتضى أحكام الوكالة العادية⁶⁷.

ولكن رفض المؤسسة ضمان بعض الفواتير قد لا يكون نهائياً، ذلك أنّ هناك ما يعرف بنظام تجديد الإعتماد أو الإعتماد القابل للتجديد، ويعني هذا أنه كلما تمّ تحصيل بعض الفواتير من قبل المؤسسة ومن ثم نقصان قيمتها الإجمالية عن مبلغ الإعتماد المحدد، فإنه يكون للعميل الحق في أن يقدم فواتير أخرى في حدود السقف المحدد للإعتماد، فإذا زادت القيمة الكلية لمبلغ الإعتماد عن قيمة الفواتير التي لم يتم تحصيلها، فإن الجزء الزائد منه يُمكن (الوسيط- الشركة المشتريّة للديون) أن تقبل فواتير أخرى في حدوده⁶⁸، وأنّ مؤسسة الشراء تملك حق إلغاء أو تعديل مبلغ الإعتماد الذي منحه للعميل، فلها أن تزيد منه أو تنتقص منه، وذلك بحسب تحرياتها المستمرة للمراكز

⁶⁵. أحمد محمود جمعة، مبدأ عدم تجزئة مفردات الحساب الجاري في الفقه والقضاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دون ذكر مكان نشر، 1979م. وللمزيد انظر: ذكرى عبد الرزاق محمد، مبدأ تجديد المدفوعات في الحساب الجاري، مرجع سابق، ص224.

⁶⁶. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة وتشريعات البلاد العربية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 2000م، رقم 530، ص 565.

⁶⁷. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، 66.

⁶⁸. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة وتشريعات البلاد العربية، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 566.

المالية لعملائها، فهي تملك تحديد مبلغ الإعتماد الجديد الذي تقبل منحه لعميلها إذا قررت الإستمرار في تمويل وضمن حقوقه بشرط ألا يمس هذا التعديل الذي تجريه بحقوق العميل وسمعته التجارية، إذ ينبغي عليها إخطاره بذلك خلال مدة معقولة لتمكينه من تسوية أموره والحصول على التمويل من مصادر أخرى، وتقادي الخسائر التي قد تترتب على ذلك⁶⁹.

الفرع الثاني

الإلتزام بتقديم المعلومات والإستشارات الفنية

إنّ دور مؤسسة الشراء لا يقتصر على الجانب المادي المتمثل بأداء الحقوق وضمانيها، بل يمتد إلى الجانب التقني والفني المتعلق بتقديم المعلومات والإستشارات الفنية، والتي تتعلق بالسوق والزبائن سواء أكان ذلك داخلياً أم خارجياً⁷⁰. ويقوم هذا الإلتزام على اعتبارين اثنين: أمّا الإعتبار الأول، فهو الذي يتمثل في أنّ مؤسسة الشراء أو الإئتمان توظف مجموعة كبيرة من الخبراء والمستشارين الماليين، الذين يدرسون السوق الداخلي والخارجي⁷¹، وبالتالي فالمؤسسة تكون على دراية كاملة دائمة حول المؤشرات المالية والإقتصادية التي تحكم السوق. أما الإعتبار الثاني، فهو يتمثل في قرب مؤسسة الشراء من متعاملي أو مديني العميل، على عكس هذا الأخير الذي غالباً ما يتواجد في بلد آخر⁷²، وأنّ هذا القرب يسمح لمؤسسة الفاكورتونج مراقبة زبائن العميل ومتابعة أوضاعهم عن قرب.

وبناءً على الإعتبارين السابقين، يصبح العميل معتمداً إعتماً شبة كلياً على التقارير التي تزوده بها مؤسسة الفاكورتونج وذلك حول الوضعية المالية للزبائن قبل التعاقد معهم، وقد تسمح هذه المعلومات بإحاطة أطراف العقد بما إذا كانت هذه المعاملات والفواتير والديون منطوية على نسبة عالية من المخاطر⁷³.

⁶⁹. تورية توفيق، وكالة تحصيل وضمن الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص 94.

⁷⁰. نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري، الطبعة الثانية، دار هومة، دون ذكر بلد النشر، 1998م، ص

150.

⁷¹. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 336.

⁷². وهذا أيضاً يدخل ضمن خاصية الطبيعة الدولية لعقد الفاكورتونج والتي سبق الإشارة لها عند التطرق لخصائص هذا العقد في المبحث الأول من هذا الفصل من هذه الدراسة تحديداً في المطلب الأول منها وخاصة في الفرع الثاني منه .

⁷³. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 337.

إن مؤسسة الشراء تتعهد بتزويد عميلها بالمعلومات اللازمة حول الإمكانيات المتوفرة في الأسواق لعقد صفقات جديدة، والبحث عن مشترين محتملين، كما وتمدّه بالمعلومات حول مراكز الزبائن المالية أو تتعهد بأن تضع خبرتها المالية والمحاسبية في مجال تنظيم الفواتير والديون بأسلوب علمي عصري حديث وفعال، وتقديم كل ما لديها من خبرة في مجال تخليص المعاملات الجمركية، وأيضاً حل النزاعات القانونية والتجارية⁷⁴.

كما وتلتزم مؤسسة الشراء بأن تقدم لعميلها كل ما يلزم قنوات التسويق الخارجية من معلومات⁷⁵، والدخول في علاقات مالية وتجارية خارجية، وتقليل مخاطر تحصيل الديون، وتعريف عميلها بها لزيادة فرص اتساع نشاطه وصفقاته التجارية، وبالتالي اتساع الديون التي تدخل ضمن إطار عقد الفاكترنج. فمؤسسة الشراء تبذل كل ما بوسعها للحصول على المعلومات وتقديمها لبائع الديون (الفاكتورايزي) دون أن يؤدي ذلك إلى إفشاء الأسرار، أو خرق السر المهني والمصرفي التي تلتزم بها مؤسسة الشراء (الفاكتورايزور - الوسيط) باعتبارها مؤسسة مالية.

الفرع الثالث

الإلتزام بضمان عدم الرجوع أو الرجوع على بائع الديون

عندما تقبل مؤسسة الشراء (الفاكتورايزور - الوسيط) بعض الفواتير، فهذا يعني أنها تضمن تحصيلها، فإذا تعذر ذلك لإعسار أو إفلاس المدين فلا يمكن لمؤسسة الشراء (الفاكتورايزور) الرجوع على بائع الديون (الفاكتورايزي)، لأنها تضمن له إستيفاء حقه حالاً أو مستقبلاً⁷⁶. وأيضاً بإمكانها الرجوع على البائع إذا كان هناك إتفاق بين الطرفين منصوص عليه في عقد الفاكترنج.

⁷⁴. مروان كوكبي، عقد الفاكترنج، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، مرجع سابق، ص 372.

⁷⁵. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الإقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، مرجع سابق، ص 311.

⁷⁶. نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري، مرجع سابق، ص 151.

المطلب الثاني

الإلتزامات المفروضة على بائع الديون التجارية (الفاكتورايزي)

هناك العديد من الإلتزامات الأساسية المفروضة على بائع الديون التجارية في عقد الفاكورتونج، والمتمثلة بثلاثة إلتزامات أساسية، لذا سأتناول في الفرع الأول الإلتزام بتحرير الفاتورة، وفي الفرع الثاني سأتناول الإلتزام بتقديم الفواتير للوسيط (الفاكتورايزور - مشتري الديون التجارية) وفقاً لمبدأ الجماعة أو القصر، أما الفرع الثالث فسأتناول فيه الإلتزام بدفع العمولة وإخطار الوسيط (الفاكتورايزور - مشتري الديون التجارية).

الفرع الأول

الإلتزام بتحرير الفواتير

ينصب عقد الفاكورتونج على نقل ملكية الحقوق الثابتة في الفواتير من الدائن الأصلي (الفاكتورايزي - بائع الديون التجارية) إلى الوسيط (الفاكتورايزور - مشتري الديون التجارية) الذي يأخذ صفة الدائن الجديد للمدين، فهو عقد ينصب على المعاملات التجارية؛ إذ أنه يخضع لأحكام وإلتزامات القانون التجاري.

الفرع الثاني

الإلتزام بتقديم الفواتير للوسيط (الفاكتورايزور) وفقاً لمبدأ الجماعة أو القصر

يعد مبدأ الجماعة روح عقد الفاكورتونج وهو ما يسمى أيضاً بمبدأ عمومية الإلتفاق، أي شمول الإلتفاق لكافة ديون العميل الدائن المستحقه لدى مدينه مع الإقتصار على مؤسسة الفاكورتونج التي أبرم معها الإلتفاق في تحصيل كافة هذه الديون، وبمقتضى هذا الشرط يلتزم العميل بتقديم كافة الفواتير الممثلة لحقوقه دون استثناء لمؤسسة الفاكورتونج المتعاقد معها، وذلك حتى يتسنى لها ممارسة حقها في اختيار وتصفية الديون بقبول بعضها ورفض البعض الآخر⁷⁷، وبموجب هذا المبدأ يلتزم البائع بأن يقدم لمؤسسة الشراء جميع فواتيره على مدينه على أن يلتزم

⁷⁷. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى ذكرى عبد الرزاق محمد، عقد شراء فواتير الديون التجارية (FACTORING) من الوجهتين العملية والقانونية، مرجع سابق، هامش رقم (78)، ص 387.

الوسيط بتعجيل قيمة حقوق العميل على مدينه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى الإلتزام بضمان عدم الرجوع على بائع الديون أو الرجوع وذلك بحسب الإتفاق⁷⁸.

ويُقصد بشرط القصر، إلتزام بائع الديون بعدم التعامل مع أي مؤسسة أخرى لشراء الحقوق، وإن أراد عكس ذلك فعليه أن يقصر التعامل بخصوص إحدى قطاعات نشاطه التي لا تغطيها مؤسسة الشراء سواءً كان قطاعاً نوعياً أو جغرافياً، وأن يتقيد قبل إبرام العقد بضرورة إعلام المؤسسة برغبته، وأن يتأكد من رفضها تغطيه مخاطر هذا النشاط⁷⁹.

أما مبدأ الجماعية فهو يقوم على إلتزامين هما: إلتزام مؤسسة الشراء في حالة قبول الفواتير، وإلتزام مؤسسة الشراء في حالة عدم قبول الفواتير.

أولاً: إلتزام مؤسسة الشراء في حالة قبول الفواتير

يترتب على العميل (بائع الديون التجارية- الفاكتررايزي) وفقاً لمبدأ الجماعية أن يقدم لمؤسسة الشراء جميع فواتيره الخاصة بحقوقه لدى مدينه⁸⁰. وعلى هذا الأساس تقوم مؤسسة الشراء بإنتقاء بعض الفواتير قليلة المخاطر⁸¹. ومن ثم تقوم بتحديد مبلغ الإعتماد لقبول تلك الفواتير.

وينبغي القول، أنّ مبلغ الإعتماد المفتوح يتباين من مدين لآخر، وهذا ما يتيح الكشف عن مركزه المالي، إذ أنّ مبلغ الإعتماد في حقيقته هو تحديد للحد الأقصى للمخاطر التي تقبل مؤسسة الشراء تحملها بشأن مدين معين من زبائن عميلها⁸². فتحديد مبلغ الإعتماد يكون لفترات معينة، كأن يحدد لفترة أسبوع أو شهر، أو ثلاثة أشهر مثلاً. وإذا ما رغب العميل بالإستفادة من التحصيل في ميعاد الإستحقاق وكانت مواعيد استحقاق الفواتير متفاوتة، فإنّ مؤسسة الشراء تمنحه الحق في سحب قيمة الفواتير في تاريخ يمثل متوسط الأجل بدلاً من إنتظار تاريخ إستحقاق كل سند فإذا

⁷⁸. ميلاط عبد الحفيظ ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص186.

⁷⁹. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص156.

⁸⁰. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 417.

⁸¹. يجوز لمؤسسة الشراء القيام بإختيار الفواتير المحالة لها من طرف البائع على أساس دراسة إستعلامية سابقة، فعلى البائع الإدلاء بجميع التفاصيل الضرورية حول عملياته وكذلك التفاصيل والمعلومات المتعلقة بمدينه.

⁸². إن ما يميز الإعتماد الممنوح للبائع هو ضمان عدم الرجوع في حالة عدم الوفاء إذ أن منح الإعتماد يعني الموافقة على تحمل مخاطر عدم الوفاء في حدود الإعتماد الممنوح .

كان بعضها يستحق بعد (50) يوماً والبعض الآخر يستحق بعد (30) يوماً، فإنَّ الأجل المتوسط لجميع هذه الفواتير يستحق بعد (40) يوماً، فمؤسسة الشراء تعجّل قيمة جزء من الفواتير ولا تدفع قيمتها كاملة⁸³.

ثانياً: إلتزام مؤسسة الشراء في حالة عدم قبول الفواتير

تلتزم مؤسسة الشراء في حالة عدم قبول بعض الفواتير بتحصيلها بموجب عقد الوكالة العادية، ويجوز لها تعجيل الحقوق الثابتة فيها مع الإحتفاظ بحقها في الرجوع على عميلها إذا ما فشلت في تحصيلها عند الإستحقاق⁸⁴، وعلى المؤسسة في النهاية أن تقدم لعميلها حساباً عن عملية التحصيل⁸⁵. كما وتلتزم المؤسسة بأن تقدم لعميلها المعلومات المتعلقة بالزبائن الذين يرغب التعامل معهم، وعن حالة واحتياجات الأسواق الخارجية أو الداخلية⁸⁶.

الفرع الثالث

الإلتزام بدفع العمولة وإخطار الوسيط (الفاكتورايزور)

يتلخص هذا الإلتزام بدفع العمولة، وإخطار الوسيط (الفاكتورايزور - مشتري الديون). لذا سيكون مدار الحديث عن إخطار الوسيط أولاً، يليه دفع العمولة ثانياً.

أولاً: إخطار الوسيط (الفاكتورايزور)

ذهبت إتفاقية أوتواو لتوحيد شراء الحقوق إلى أنّ الإخطار يكون من جانب بائع الديون (الفاكتورايزور)، وإن كان هذا الإخطار بالحلول لا يشترط أي صيغة معينة ولكن لتفادي أي

⁸³. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص 98.

⁸⁴. أنظر: النشرة الإقتصادية للبنك الأهلي المصري، المجلد 47، العدد2، القاهرة، 1994م، ص169.

⁸⁵. غازي أبو عرابي، مسؤولية البنك العقديّة عن عدم تحصيل قيمة الأوراق التجارية في التشريع الأردني، مجلة دراسات العلوم الشريعة والقانون، المجلد 27، العدد 1، أيار، 2000م، ص103 و104.

⁸⁶. إلياس ناصيف، عقد الفاكورنج وتنفيذه بواسطة المصارف، إتحاد المصارف العربية، المجلد 15، العدد17، 1995م، ص 18- 49.

إشكالات فإنّ على الأطراف إظهار مصطلح الحلّ بوضوح في الصيغة الواردة على الفاتورة المرسلّة للمدين⁸⁷.

ثانياً: دفع العمولة

العمولة في عقد الفاكْتورنج هي المقابل الذي تتقاضاه مؤسسة شراء الفواتير من عميلها مقابل الخدمات التي تُؤديها له، وهي تعدّ من العناصر الرئيسية للعقد بوصفه من عقود المعاوضة⁸⁸. إذ يتقاضى الفاكْتوريزور عمولة معينة مقابل خدماته التي يقدمها بموجب هذا العقد، وقد يضاف لهذه العمولة بعض الفوائد في بعض الحالات، وهذا ما تسعى إليه أية مؤسسة إئتمانية أو تمويلية⁸⁹.

ويبرر الفقهاء أنّ حصول الفاكْتوريزور (مشتري الديون التجارية- الوسيط) على هذه العمولة يستند لعدة عناصر، تتمثل في النفقات التي يتكبدها من أجل القيام بنشاطه، والخدمة التمويلية التي يؤديها للفاكْتوريزور (بائع الديون)، والمخاطر التي يتحملها الفاكْتوريزور (مشتري الديون- الوسيط)، وأهمها وأخطرهما خطر عدم تسديد المدين للدين محل عقد الفاكْتورنج⁹⁰. وتختلف العمولة في عقد الفاكْتورنج باختلاف الإتفاق الحاصل بين طرفيه، فقد تكون جزافية بغض النظر عن قيمة وحجم الخدمة المؤداة من الفاكْتوريزور (مشتري الديون- الوسيط) أو بالإستناد إلى معدل زمني متفق عليه، أو بنسبة مئوية من قيمة الديون موضوع العقد وهذا هو الغالب عملياً⁹¹.

⁸⁷. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، هامش رقم (468)، ص188.

Paris 23 janvier 1970, 21 janvier 1970, notes Rodière (René), et Rives Lange (Jean Louis), op. cit. p. 369.

⁸⁸. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص71.

⁸⁹. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص45.

⁹⁰. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص279.

CH. Gavald et J. Stoufflet: Le Contrat dit de Factoring, J.C.P.G., 1966-I-2044-27.

⁹¹. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص280.

Dominique Legeais: Affacturage, Juris-Classeur, 2002, Fas.361, No.13, P.4

يُميّز الفقه بين نوعين من العمولة في هذا العقد، هما: العمولة الخاصة والعمولة العامة⁹². ويقصد بالعمولة الخاصة، أو عمولة التعجيل، أو عمولة التمويل: الفوائد المستحقة لمؤسسة الشراء عن تعجيلها الوفاء بقيمة ديون الدائن على مدينيه. ولا يجوز أن تزيد هذه الفائدة عن الحد الأقصى المقرر قانوناً للفائدة الإتفاقية⁹³.

وأما العمولة العامة، فهي العمولة التي تتقاضاها مؤسسة الشراء مقابل خدمتي الإدارة وموجب عدم الرجوع على الدائن(بائع الديون- الفاكترائيزي) عند عدم التحصيل، وهي تقابل الخدمات الإدارية التي تقدمها المؤسسة لعميلها الدائن؛ مثل تحصيل الديون وإدارة الحسابات وتقديم المساعدات والإستشارات والمعلومات.

ويعتمد تحديد سعر العمولة على العديد من العوامل، أهمها: مركز الدائن ووضع المالى والإداري، وقيمة ديونه وتاريخ استحقاقها، ومركز مدينيه المالى وسمعتهم التجارية، وحالات عدم تسديد ديونهم، ونسبة المخاطر التي قد تعترض عملية تحصيل الديون⁹⁴.

⁹². يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (2)، ص280.

Janine Les Toux: Le Contrat de Factoring,Thèse,Rennes,1977,p.106.

⁹³. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (2)، ص281.

Ca Versailles,24 nov.1989,J.C.P.,1990-II-21498,Note P.Estoupe.

⁹⁴. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (3)، ص282.

Janine Les Toux: Le Contrat de Factoring,Thèse,Rennes,1977,p.10.

المطلب الثالث

إنقضاء عقد الفاكوتونج

يعد عقد الفاكوتونج من العقود المستمرة التنفيذ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فهو يعتبر من العقود التبادلية القائمة على الإعتبار الشخصي، إلا أنّ إنتهاءه يتخذ أساليب متعددة ترتبط بأسباب الإنتهاء، فقد يكون إنتهاءه مبسراً بعد أن يختل أحد عناصر الإعتبار الشخصي فيه، أو أن يكون إنتهاءه عادياً بمقتضى القواعد العامة متى ما حل أجل إنتهائه إذا كان محدد المدة، أو بإرادة أحد الطرفين إذا كان غير محدد المدة. لذا كان لابد من الوقوف على أبعاد كل صورة من الصور القانونية والعملية للإنتهاء. لذا قمت بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، وسأتناول في الفرع الأول منه فسخ عقد الفاكوتونج فسخاً عادياً، أما الفرع الثاني فسوف أتناول فيه فسخ عقد الفاكوتونج فسخاً مبسراً.

الفرع الأول

فسخ عقد الفاكوتونج فسخاً عادياً

إنّ عقد الفاكوتونج باعتباره عقداً مستمر التنفيذ، إما أن يكون عقداً محدد المدة أو عقداً غير محدد المدة. لذا سأتناول إنتهاء عقد الفاكوتونج سواءً أكان محدد المدة، أم غير محدد المدة.

أولاً: إنتهاء عقد الفاكوتونج المحدد المدة

(1) إنتهاء عقد الفاكوتونج بإنتهاء المدة المحددة له

يلتزم المتعاقدان بالإبقاء على إلتزاماتهما في العقد وتنفيذه إلى حين إنتهاء مدة العقد، وإذا أخلّ أحدهما بهذه الإلتزامات يقع على عاتقه المسؤولية والإلتزام بالتعويض⁹⁵، وبالنسبة للكيفية التي تتحدد بها مدة العقد، فالتحديد إما أن يكون صراحةً أو ضمناً.

⁹⁵. حسن علي ذنون، دور المدة في العقود المستمرة، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1988م، ص 129.

(أ) **التحديد الصريح للمدة:** يتم بإعلان الطرفين عن الإرادة الواضحة بنص صريح في متن العقد بتحديد مدة معينة لهذا العقد⁹⁶، وتجدر الإشارة إلى أنّ المدة المحددة لهذا العقد يجب أن تكون في الحدود المعقولة بحيث لا يتعارض الحد الأدنى أو الأعلى لها مع مصلحة أحد الطرفين أو كليهما، فلا يصح أن تكون مدة العقد لشهر واحد مثلاً، فالمدة القصيرة لهذه الدرجة لا تكفي لتحقيق القدر الكافي من العمليات التجارية المتعاقبة؛ إذ أنّ الفائدة الحقيقية المرجوه في عقد الفاكوتورنج لا تأتي من عملية واحدة، وإنما من عدد كبير ومتواصل من العمليات ولفترة زمنية مناسبة، وهذا ما يفسر - إلى حد ما- وجود مبدأ الجماعية الذي يلتزم به كلا الطرفين على السواء في هذا العقد⁹⁷.

(ب) **التحديد الضمني للعقد:** إن لم يحدد المتعاقدان مدة معينة للعقد بصورة صريحة، ففي هذه الحالة يمكن استخلاص التحديد الضمني للعقد من الظروف المحيطة، والعرف التجاري الذي دأبت عليه المؤسسات المتعاملة به، والذي يقضي بأن يستمر العقد لفترة زمنية مناسبة أو أن يستمر لغاية حدوث واقعة معينة، كأن تنتهي عمليات العميل مع بلد أو تاجر معين أو تنتهي العمليات المتعلقة ببضاعة معينة، ولذا فإنّ مسألة تحديد مدة عقد الفاكوتورنج استناداً لعرف تجاري هي مسألة لا تثير أي لبس أو غموض، وإن حصل ذلك فإنّ المسألة تخضع لتقدير قاضي الموضوع⁹⁸.

(2) إنهاء عقد الفاكوتورنج قبل إنتهاء المدة المحددة

قد ينتهي العقد قبل حلول أجل إنتهائه، إما لشرطاً في العقد ذاته أو لنص في القانون، فإذا كان الإنتهاء عائداً بالإستناد إلى شرط في العقد ذاته؛ إذ لا يوجد ما يمنع قانوناً من أن يشترط أحد طرفي العقد، بأن يكون له الحق في إنتهائه قبل حلول الأجل المحدد له، ولكن استعمال هذا الحق لا بد أن يكون مبنياً على أسباب معقولة ومشروعة ومبررة للإنتهاء⁹⁹.

⁹⁶. غالباً ما تشير النماذج العقدية إلى تحديد مدة خصم الديون بفترة معينة، ابتداءً من تاريخ الإنعقاد، بحيث لا تقل عن ثلاثة أشهر (وهي أقل فترة إنتمائية ممكنة) ولا تزيد على سنة وتكون قابلة للتجديد. أي أن العقد لا يحدد تاريخاً معيناً وإنما فترة معينة في الغالب.

⁹⁷. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص 565.

⁹⁸. حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، مرجع سابق، ص 69.

⁹⁹. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى عمار حبيب جهلول، عقد خصم الديون دون حق الرجوع، الطبعة الأولى، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، 2011م، هامش رقم (108)، 211.

ومن هنا فالشرط الذي يعطي مؤسسة الشراء حق إنهاء العقد إذا إقترف العميل خطأً جسيماً أو مخالفة جوهرية خطيرة، ليس من شأنه أن يحوّل هذا العقد من محدد المدة إلى غير محدد المدة. وفوق ذلك، فإنّ هذا التحول يستوجب أن يكون هناك فترة إخطار مناسبة يبقى خلالها العقد قائماً بما يرتبه من آثار، وهو ما تتطلبه طبيعة العقد غير محدد المدة¹⁰⁰.

ولكن يكون الأمر مختلفاً حينما تشترط مؤسسة الشراء أن يكون لها الحق في إنهاء عقد الفاكوتورنج قبل حلول أجله، ويقع مثل هذا الفرض في حالات لا تحتل التأخير الذي يصحب الإخطار. وينبغي القول، أنه يجوز لأحد الطرفين أو كليهما أن يضع شرطاً في عقد الفاكوتورنج يتضمن الحق في إنجائه إذا ما قامت الأسباب الموجبة لذلك، دون أن يؤثر هذا الإشتراط على طبيعته الأصلية باعتباره عقداً محدد المدة. وفوق ذلك، يستطيع المتعاقدان الإتفاق على إنهاء العقد حتى ولو لم يشترط أحدهما أو كليهما الحق في إنجائه ابتداءً¹⁰¹.

وأما فيما يتعلق بإنهاء العقد بالإستناد لنص القانون، فإنّ القانون قد ينهي العقد قبل حلول الأجل المحدد لإنجائه في حالات معينة خاصة وأنّ هذا العقد قائماً على الإعتبار الشخصي¹⁰². لذلك فإنّ غياب شخصية أحد المتعاقدين من شأنها أن تؤثر على حسن سير تنفيذ العقد. كما وقد ينتهي العقد بفقد أهلية العميل. فالقاعدة العامة لإنقضاء عقد الفاكوتورنج المحدد المدة تتطلب بقاء الرابطة العقدية مستمرة إلى ما بعد حلول الأجل المحدد لإنجائها، وذلك يكون بمقتضى تجديد لهذا العقد بناءً على إتفاق طرفيه بشكل صريح أو ضمني.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الإتفاق الصريح لا يثير الصعوبات، بينما الإتفاق الضمني فقد تثار بصدده بعض الصعوبات، حيث أنّ التجديد الضمني عبارة عن انصراف إرادة المتعاقدين إلى الإبقاء على الرابطة التعاقدية على الرغم من إنتهاء المدة المحددة لها¹⁰³.

¹⁰⁰. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص144.

¹⁰¹. عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، بدون ذكر مكان طبع، 1950م، ص 222.

¹⁰². علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المصرفية وضمائنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م، ص 121.

¹⁰³. حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، مرجع سابق، ص 150.

فالتجديد الضمني يتخذ صوراً عدة تعبر عن نية المتعاقدين أو رغبتهما في التجديد العقد، فقد يبقى المتعاقدان مستمرين بالقيام بأعمالهما رغم حلول أجل الإنتهاء، وهذا يشكل دلالة ضمنية على رغبتهما في تجديد العقد.

ثانياً: إنهاء عقد الفاكترنج غير المحدد المدة

لكل طرف من أطراف عقد الفاكترنج غير المحدد المدة حق إنهاء رابطته بإرادته المنفردة وذلك كي لا يصير العقد مؤبداً¹⁰⁴، فيجعل الطرف الأضعف إقتصادياً واقعاً تحت رحمة الطرف الأكثر فائدةً من العقد. ولكن يجب أن يكون الإنهاء مبنياً على أسباب مشروعة تبيح له القيام بهذا التصرف. إذ ينبغي على الطرف الذي يرغب بإنهاء العقد أن يقوم بإخطار الطرف الآخر وأن يبقى هذا الإخطار لفترة مناسبة. وأما بالنسبة للإخطار فهو عبارة عن تصرف قانوني من جانب واحد لا يشترط فيه قبول الطرف الآخر، والهدف منه ايصال الرغبة في إنهاء العقد للطرف الآخر دون اشتراط طريقة معينة¹⁰⁵.

ولكن بحسب رؤية الباحثة يستحسن أن يتم الإخطار بالإنهاء بوسيلة واضحة توصل الرغبة الحقيقية للطرف الآخر بالإنهاء، وبذات الوقت تتناسب مع طبيعة هذا العقد القائمة على الإئتمان والتمويل. كما لا بد أن يبقى الإخطار لفترة زمنية كافية حتى يتسنى للمتعاقد الآخر خلالها تدبير شؤونه وتجنب الأضرار المحتملة، كأن يسعى العميل مثلاً إلى إستبدال مؤسسة الشراء التي تريد إنهاء العقد بمؤسسة شراء أخرى¹⁰⁶.

الفرع الثاني

فسخ عقد الفاكترنج فسخاً مبتسراً

هناك العديد من حالات الإخلال التي تمس عقد الفاكترنج بصورة عامة، والتي تستوجب فسخه فسخاً مبتسراً عند ظهور بوادر تدل على الإخلال قبل حلول موعد التنفيذ، كعدم التنفيذ الكلي للإلتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذ أحدها، أو التأخر في التنفيذ والإفلاس خاصة.

¹⁰⁴. عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مرجع سابق، ص 223.

¹⁰⁵. حسن علي النون، دور المدة في العقود المستمرة، مرجع سابق، ص 226.

¹⁰⁶. إلياس ناصيف، عقد الفاكترنج وتنفيذه بواسطة المصارف، مرجع سابق، ص 229.

أولاً: فسخ عقد الفاكوتونج لعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي

بما أنّ عقد الفاكوتونج يعتبر عقداً من العقود التبادلية، فإنّه يلزم لإمكانية انفساخ العقد بقوة القانون نتيجة عدم التنفيذ الكلي، أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه¹⁰⁷.

وقد تكون الإستحالة إستحالة قانونية¹⁰⁸، كأن يصدر قرار يقضي بحل المؤسسة ومنعها حالاً من القيام بنشاطها.

وأما فيما يتعلق بفسخ العقد جزئياً، فإنّ عقد الفاكوتونج ينطوي بناءه القانوني على عدة إلتزامات بقدر تعدد الفواتير محل العقد، لذا فإنّ وحدة العقد وتعدد الإلتزامات الناشئة عنه أكثر ما يميّز عقد الفاكوتونج بصورة خاصة، والعقود المستمرة التنفيذ بصورة عامة¹⁰⁹.

والسؤال الذي يطرح نفسه، هل من العدالة الحكم بفسخ عقد استمر مدة طويلة وقد يستمر مدة أطول لمجرد عدم تنفيذ أحد الإلتزامات، أي لوجود مانع قد يكون مؤقتاً مثلاً؟

للإجابة يمكن القول، إنّ القاعدة العامة في العقود المستمرة تقتضي فسخ العقد في حدود الإلتزام الذي لم ينفذ نظراً لإستقلال الإلتزامات الداخلة ضمن العقد الواحد¹¹⁰، إلا أنّ الأمر مختلفاً بخصوص عقد الفاكوتونج، حيث أنّ عدم تنفيذ أحد الإلتزامات يؤدي إلى فسخ العقد بأكمله، والسبب أنّ هذا العقد يقوم على عنصر الثقة والإئتمان¹¹¹. إذ أنّ إنتهاك أي إلتزام في عقد الفاكوتونج من شأنه أن يؤدي إلى إختلال توازن العقد، لذا لا بد من التوفيق بين مبدأ وحدة عقد المدة المستمرة التنفيذ ومبدأ إستقلال العمليات المتعاقبة الناشئة عنه.

¹⁰⁷. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى عمار حبيب جهلول، عقد خصم الديون دون حق الرجوع، مرجع سابق، هامش رقم (7)، ص173.

Clive,m,schmitthoff,op.cit.p.366.

¹⁰⁸. عزيز العكلي، شرح القانون التجاري- الشركات التجارية، الجزء الرابع، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 1998م، ص365.

¹⁰⁹. حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، مرجع سابق، ص 17.

¹¹⁰. عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر أو العقد الدوري التنفيذ، مرجع سابق، ص 188.

¹¹¹. عبد الستار الخويلدي، خصم الديون، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مرجع سابق، ص39.

ثانياً: فسخ عقد الفاكترنج بسبب الإفلاس والتأخر في التنفيذ

1) فيما يتعلق بفسخ العقد بسبب الإفلاس

فإنّ النماذج العقدية تعطي الحق لمؤسسة الشراء في إنهاء العقد دون إخطار في حالة إفلاس العميل¹¹². حيث أن حدوث الإفلاس يقضي بكف يد المفلس ويزعزع الثقة، مما يؤدي إلى عدم إستمرار العقد¹¹³، ويترتب على صدور حكم بإفلاس العميل إنتهاء عقد الفاكترنج وذلك بمجرد صدور هذا الحكم. وهذا ما تناولته أغلب القوانين والتشريعات، ومنها التشريع المصري¹¹⁴.

2) فيما يتعلق بفسخ العقد بسبب التأخر في التنفيذ

يلعب الزمن عنصراً جوهرياً في عقد الفاكترنج خاصة أنّ الفواتير تستحق في وقت محدد، فإذا كانت السندات أو الفواتير المقدمة لمؤسسة الشراء قد تأخر موعد استحقاقها يؤدي ذلك إلى ضياع الحق أو إلى صعوبة في تحصيلها، وكذلك إلحاق أضراراً بالمؤسسة¹¹⁵. وينطبق الحال إذا تأخرت المؤسسة في تنفيذ إلتزاماتها بتعجيل حقوق عميلها مما يلحق ضرراً بالعميل.

وبحسب رؤية الباحثة يمكن القول، إنّ التأخير في التنفيذ لا يترتب فسخاً للعقد، إنما قد يترتب تعويضاً عن التأخير- هذا كقاعدة عامة- ولكن في عقود الفاكترنج، فالأمر مختلف، حيث أنّ النطاق الزمني فيها يعد أمراً هاماً، فالتأخير في التنفيذ يؤدي إلى عدم التنفيذ النهائي بمقدار التأخير الحاصل، وذلك لأنّ التأخير في التنفيذ يشكل إخلالاً خطيراً لا يمكن إصلاحه بالتنفيذ اللاحق ولا حتى بالتعويض.

¹¹². يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى عمار حبيب جهلول، عقد خصم الديون دون حق الرجوع، مرجع سابق، هامش رقم (18)، ص177.

Ripert Roblot, Traité élémentaire, droit Commercial, tome I, 1990, p.840.

¹¹³. محمد سامي مذكور، علي حسن يونس، الإفلاس، دار الفكر العربي، القاهرة، دون ذكر سنة نشر، ص 236.

¹¹⁴. راجع : المادة 227 قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999م.

¹¹⁵. هذا يؤكد ما جاءت به المواد(27 و132 و175) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984م، والتي تناولت مواعيد الإستحقاق ومواعيد التقادم للحقوق الثابتة في الأوراق التجارية . وأيضاً راجع المواد (454-458) التي تناولت موضوع إستحقاق الأوراق التجارية في مشروع قانون التجارة الفلسطيني الجديد 2010م.

الفصل الثاني

مدى إمكانية تطبيق عقد الفاكورتونج كأداة مستحدثة في

علاج مشاكل تحصيل الحقوق في فلسطين

يشكل عقد الفاكورتونج أداة إئتمانية مستحدثة، فهل يمكن لهذه الأداة الإئتمانية أن تعالج مشاكل تحصيل الحقوق التجارية في فلسطين كما هو الحال في بعض الأنظمة القانونية والتشريعات المقارنة التي تعاملت مع هذا العقد بأساليب وأطر مختلفة؟

للإجابة على التساؤل المطروح قمت بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مدى إمكانية تطبيق عقد الفاكورتونج وأثره في تمويل المشروعات الاقتصادية في فلسطين

المبحث الثاني: كيفية تحصيل الحقوق التجارية والإشكالات المتعلقة بالتحصيل

المبحث الأول

مدى إمكانية تطبيق عقد الفاكورتونج وأثره في تمويل المشروعات

الاقتصادية في فلسطين

وضعت معظم التشريعات المقارنة أنظمة ومفاهيم قانونية طبقتها على عقد الفاكورتونج، وهذا ما سأتناوله في المطلب الأول من هذا المبحث، وذلك من خلال توضيح الإطار القانوني التقليدي والمستحدث المطبق على هذا العقد. وأما في فلسطين، فالأمر مختلف، إذ أنّ هناك حاجة للسعي نحو إيجاد كيان قانوني مستقل ومنظم له في فلسطين، نظراً لأنّ هذا العقد قد تناولته المادة (13) من القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010م) بشأن المصارف الفلسطينية، إلا أنه غير منظم بشكل صريح وواضح، لذا دعت الحاجة للبحث عن قواعد قانونية تحكمه في فلسطين، وهذا ما سأتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول

الأنظمة القانونية المطبقة على عقد الفاكورتونج في ظل التشريعات المقارنة

منذ أن ظهرت فكرة شراء الحقوق كانت هناك مساعي جادة لإيجاد وسيلة قانونية ينتقل بموجبها الحق الثابت محل الشراء من الدائن الأصلي بائع الديون إلى الدائن الجديد (مشتري الديون - الوسيط). ومن الواضح أنّ النظام الأنجلوسكسوني قد احتار بين أساليب مختلفة لإيجاد إطار قانوني لعقد الفاكورتونج، كالإنابة والتجديد وحوالة الحق، ولكنه في النهاية خلص إلى إطار جديد مستحدث لتحديد أسلوب هذا العقد الجديد. وقد أُنْتُ إتفاقية أوتاوا الخاصة بتوحيد قواعد شراء الحقوق في مجال التجارة الدولية مسابرة لما هو سائد في معظم بلدان العالم، حيث نادت في مادتها الخامسة¹¹⁶، باللجوء لحوالة الحق كإطار قانوني يطبق على عقد الفاكورتونج. كما تناولت في مادتها الثامنة¹¹⁷، على أنّ هذه الحوالة لا تكون نافذة في مواجهة المدينين إلا إذا تمّ إخطارهم بها. ولكن بدخول عقد الفاكورتونج إلى فرنسا من موطنه الأنجلوسكسوني، فقد لحق هذا العقد بعض التطوير الذي تمثّل في تجديد الإطار القانوني له¹¹⁸. لذا قمت بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث سأتناول في الفرع الأول منه، الإطار القانوني التقليدي أو النظريات المتداولة في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، أما الفرع الثاني، فسأتناول فيه الإطار القانوني المستحدث أو النظريات الراجعة المطبقة على هذا العقد.

الفرع الأول

الإطار القانوني التقليدي المطبق على عقد الفاكورتونج

حاول الفقه تحديد طبيعة هذا العقد من خلال وضعه في إطار بعض العقود والمفاهيم القانونية التقليدية المتشابهة معه مثل عقد الوكالة، الإنابة في الوفاء، تجديد الدين، حوالة الحق، لذا سأقوم بإستعراض هذه المفاهيم القانونية.

¹¹⁶. راجع نص المادة 5 من إتفاقية أوتاوا الكندية لعام 1988م.

¹¹⁷. راجع نص المادة 8 من إتفاقية أوتاوا الكندية لعام 1988م.

¹¹⁸. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص43.

أولاً: النظرية التي تعتبر عقد الفاكторинг عقد وكالة

يرى جانب من الفقه الفرنسي أنّ عقد الفاكторинг يشكل في حقيقته عقد وكالة، إذ يكون الدائن فيه هو الموكل، وتكون مؤسسة الفاكторинг هي الوكيل الذي يحصل الديون محل العقد، إلا أنه لا يمكن اعتبار هذا العقد عقد وكالة بالإستناد إلى حق مشتري الدين بالرجوع على بائع الديون، والسبب أنّ المشتري يطالب المدين بالوفاء بإسمه ولحسابه الخاص وليس بالوكالة عن بائع الديون¹¹⁹.

كما وأنه لا يمكن اعتبار هذا العقد عقد وكالة، وذلك لأنّ مشتري الديون يأخذ على عاتقه القيام بالإجراءات اللازمة لإستيفاء الديون موضوع هذا العقد مع ضمان الرجوع على الدائن في حالة عدم تسديد المدين بقيمة الدين، مالم يتم الإتفاق على غير ذلك. وهذا يعتبر إلتزام على مشتري الديون بضمان عدم الرجوع على الدائن عند امتناع المدين عن تسديد تلك الديون¹²⁰. وأما الوكيل فلا يضمن تسديد المدين للدين المترتب عليه، كما ولا يضمن النتيجة الجيدة عند تنفيذ الوكالة¹²¹.

ثانياً: النظرية التي تعتبر قاعدة الإنابة في الوفاء إطار قانوني يطبق على عقد الفاكторинг

الإنابة في الوفاء تعتبر عمل قانوني يحصل بموجبه المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، إذ تقتضي وجود ثلاثة أشخاص هم: المدين وهو الذي ينيب الشخص الأجنبي حتى يفي بالدين للدائن، والمناب وهو الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين في

¹¹⁹. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، مرجع سابق، ص 317.

¹²⁰. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص 213.

CH. Gavalde et J. Stoufflet: Le Contrat dit de Factoring, J.C.P.G., 1966-1-5.

¹²¹. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص 214.

Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz- com., 1996-1-,A-B,p.3-4, N° 16-24.

وفاء الدين، والمناب لديه وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه ليفي له بالدين¹²². وقد أخذت معظم التقنيات المدنية العربية¹²³، بنظرية الإنابة في الوفاء.

ولكن الأمر مختلف في عقد الفاكوتونج إذ لا يمكن اعتبار قاعدة الإنابة في الوفاء إطار قانوني يطبق على عقد الفاكوتونج، إذ تتضمن الإنابة الكاملة إبراء المنيب المدين الأصلي من الدين في الحال نظراً لحلول المناب محله، وذلك نتيجة لإستبدال المناب بالمدين الأصلي وبالتالي ليس للمناب لديه قبل الإنابة أو بعدها إلا مدين واحد، ومن الواضح أنّ الفائدة القانونية التي تحققها الإنابة الكاملة باعتبارها أداة وفاء تتجلى في أنّ التزام المدين تجاه الدائن ينقضي وينشأ التزام جديد في ذمة المناب للمناب لديه "الدائن". فالإنابة تتضمن تجديد بتغيير المدين ولكن في عقد الفاكوتونج فالعقد لا ينصب أبداً على التجديد بتغيير المدين إنما يكون دوماً بتغيير الدائن.

ثالثاً: النظرية التي تعتبر قاعدة تجديد الدين إطار قانوني يطبق على عقد الفاكوتونج

اعتبر بعض الفقه أنّ عقد الفاكوتونج هو تطبيق لإحدى صور تجديد الدين وذلك بتجديد شخص الدائن، إذ تنتقل ملكية الدين من الدائن الأساسي إلى مشتري الديون التجارية (الوسيط) الذي يشتري ذلك الدين¹²⁴.

ولكن يبدو أنّ أهمية التجديد قد قلت في الوقت الحاضر، نظراً لوجود نظم أخرى تؤدي ذات الغاية التي يحققها التجديد، فالوفاء بمقابل يمكن أن يُغني عن التجديد بتغيير المحل، وحوالة الحق يمكن أن تُغني عن التجديد بتغيير شخص الدائن، وحوالة الدين يمكن أن تُغني عن التجديد بتغيير

¹²² عبد المنعم بدرابي، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، دار النهضة العربية، دون ذكر بلد نشر، 1968م، ص 422.

¹²³ من التقنيات العربية التي أخذت بنظرية الإنابة في الوفاء: - التقنين المدني المصري في المادة 359، - التقنين المدني السوري في المادة 357، - التقنين المدني العراقي في المادة 405، - تقنين الموجبات والعقود اللبناني في المادة 1/326 و2، وتجدر الإشارة أن التقنين اللبناني متفق مع التقنين الجزائري. وأيضاً تناولتها المواد 391-393 من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 م.

¹²⁴ للتوسع حول هذا الموضوع أنظر المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (2)، ص 224.

شخص المدين، ومع ذلك فلا زالت نظرية تجديد الدين ذات أهمية كبيرة، ولا غنى عنها في معظم النظم القانونية¹²⁵، وهناك العديد من التشريعات المدنية العربية¹²⁶، التي تناولت التجديد.

ومن الواضح أنّ هذه التشريعات متفقة حول مفهوم التجديد حتى التقنين المدني الفرنسي¹²⁷ متفق معها حول مفهومه. وبالنسبة لعقد الفاكوتونج فهو عقد يتم بإتفاق طرفين فقط هما مشتري الديون وبائع الديون وأما المدين فهو ليس طرف في العقد ولكنه الملزم بتسديد الفواتير محل العقد، بينما قاعدة التجديد تشترط إتفاق كل أطراف العقد من دائن قديم ودائن جديد ومدين، وهذا يعتبر أحد أوجه الإختلاف بين قاعدة التجديد وعقد الفاكوتونج.

رابعاً: النظرية التي تعتبر قاعدة حوالة الحق إطار قانوني يطبق على عقد الفاكوتونج

حوالة الحق عقد يتم بإتفاق الدائن الأصلي والدائن الجديد يحل بمقتضاه الثاني محل الأول في حقوقه قبل مدينه، وفيها: الدائن الأصلي ويسمى المحيل، والدائن الجديد ويسمى بالمحال له، والمدين ويسمى بالمحال عليه¹²⁸، وقد تناولت العديد من التشريعات¹²⁹ هذه النظرية.

وأيضاً تناولت القوانين المستنقاة من المبادئ الرومانية خضوع عقد الفاكوتونج لحوالة الحق، ومن هذه القوانين، القانون المدني في الكيبك في المادة(1637) منه¹³⁰، والقانون المدني الإسباني

¹²⁵. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر سنة نشر، ص 528.

¹²⁶. من التقنينات المدنية العربية التي أخذت بنظرية تجديد الدين :- التقنين المدني الجزائري في المواد 287-296، - التقنين المدني المصري في المواد 352-361، - تقنين الموجبات والعقود اللبناني في المواد 320-327، - التقنين المدني العراقي في المادة 403، مشروع القانون المدني الفلسطيني في المواد 384-390.

¹²⁷. راجع المواد 1271-1281 من التقنين المدني الفرنسي والتي تناولت تجديد الدين.

¹²⁸. أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، ص52.

¹²⁹. من التشريعات التي تناولت نظرية حوالة الحق : التشريع المدني الجزائري في المواد 143 و 241 و 244 و 245 و 246 و 247، التشريع المدني المصري في المواد 303 و 305 و 308 و 309 و 310 و 311، التشريع المدني العراقي في المواد 236 و 239 و 368 و 362، قانون الموجبات والعقود اللبناني في المواد 280 و 283، مشروع القانون المدني الفلسطيني في المواد 330-342، مجلة الأحكام العدلية في المواد 673-700.

¹³⁰. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (2)، ص216.

في المادة(1526) منه¹³¹، والقانون المدني الإيطالي في المادة(1260) منه¹³²، والقانون المدني الألماني¹³³، والقانون المدني السويسري¹³⁴.

خامساً: النظرية التي تعتبر خصم الأوراق التجارية إطار قانوني يطبق على عقد الفاكوتونج
يوجد تشابه قوي بين عقد الخصم وعقد الفاكوتونج، حيث أنّ عملية خصم الأوراق التجارية تعتبر عملية شراء دين لأجل بيعه¹³⁵. فالخصم هو تعجيل حقوق الدائن على مدينه الثابتة في

¹³¹. يشار لذلك في:المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (3)، ص216.

V.J.A.Garcia-Cruces Gonzalez: El Contrato de Factoring,Tecnos,1990,Spécialement,p.42,p. 124s.,et p.243.

¹³². يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص217.

L.B.Geri,F.D.Busnelli,U.Brecci,U.Natoli:Diritto Civile,t.III,Obligazioni econtratti,Utet,1992,p.636.

¹³³. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (2)، ص217.

F.Ferrand:Droit Privé allemande,Dalloz,1997,p.317 et 625.

¹³⁴. للتوسع حول هذا الموضوع أنظر المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (3)، ص217.

P.Tercier et S. Venturi:Les contrats spéciaux, Schultess,éd.,1995.

¹³⁵. للتوسع حول هذا الموضوع أنظر المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، المرجع السابق، هامش رقم (1)، ص 222.

Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz- com., 1996-I-,A-B,p.3, N°.1.

الأوراق التجارية قبل إستحقاقها¹³⁶، فتؤمّن للدائن الأصلي إمكانية إستيفاء قيمة ديونه قبل موعد إستحقاقها¹³⁷.

الفرع الثاني

الإطار القانوني المستحدث المطبق على عقد الفاكторинг

لقد جنح المشرع الفرنسي منذ البداية في إطار فرنسة العقود الأنجلوسكسونية إلى تجديد الإطار القانوني للعقد، وذلك بأخذه بالحلول الإتفاقي، ثم استبدله لاحقاً بحالة دايلي، لذا سأتناول الإطار القانوني المستحدث المطبق على عقد الفاكторинг، وذلك من خلال التطرق لقاعدة الحلول الإتفاقي، ومن ثمّ لحالة دايلي، ويليهما أحكام وقواعد إتفاقية أوتاوا التي تعتبر إطار قانوني مستحدث يطبق على عقد الفاكторинг.

أولاً: قاعدة الحلول الإتفاقي كإطار قانوني مستحدث يطبق على عقد الفاكторинг

الحلول الشخصي: هو إستعاضة شخص وهو الموفي بشخص آخر وهو الدائن ليحل محل هذا الأخير في ذات الحق قبل المدين¹³⁸. ويقع إما بإتفاق الغير مع الدائن أو مع المدين. ومن خلال الحلول الشخصي يستطيع الدائن أن يحقق رغبته بالحصول على حقه قبل إستحقاقه¹³⁹، كما أنّ الحق ينتقل إلى الموفي بكل ماله من صفات وتوابع وتأمينات¹⁴⁰.

أخذ الفقه الفرنسي بنظرية الحلول الإتفاقي كإطار قانوني مستحدث ليطبق على عقد الفاكторинг، ويعود سبب اتخاذهم لها، صعوبة توفر الشروط القانونية التي تتطلبها المفاهيم القانونية

¹³⁶. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، المرجع السابق، هامش رقم (2)، ص 222.

F. Salinger: Factoring Law and Practice, Sweet and Maxwell, 2nd éd., 1995, No.6-23.

¹³⁷. مروان كوكبي، عقد الفاكторинг، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، مرجع سابق، ص 372.

¹³⁸. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، دون ذكر دار نشر، بغداد، 1976م، ص 454.

¹³⁹. عبد العالي صالح محمد، الوفاء مع الحلول، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1998م، ص 76.

¹⁴⁰. باسم محمد صالح، الحلول القانوني الشخصي وسيلة لإنقضاء الإلتزام وأداة رجوع على الغير، مجلة العلوم القانونية، المجلد 10، العدد 1، 1994م، ص 29.

الأخرى¹⁴¹.

وقد استند الفقه الفرنسي في اعتبار أن عقد الفاكوتورنج هو تطبيق لنظرية الحلول الإتفاقي إلى أحكام المادة (1248) من القانون المدني الفرنسي¹⁴²، والتي تنص على الأحكام العامة للحلول الإتفاقي (Subrogation Conventionnelle)¹⁴³، كما وفرضت المادة(1250) من القانون المدني الفرنسي¹⁴⁴، لصحة الحلول الإتفاقي أن يتزامن الحلول مع الوفاء بالدين، وأن يكون الحلول صريحاً، ورغم لجوء الفقه والإجتهد القضائي الفرنسي لهذه النظرية إلا أنّ المشرع الفرنسي أقرّ قانوناً خاصاً بتاريخ(1981/1/2م) والمسمى بقانون دايلي(Daily) لتنظيم تنازل بائع الديون عن مجموعة من الديون المهنية لمشتري تلك الديون¹⁴⁵. وهذا ما جعل عقد الفاكوتورنج من العقود المسماة في فرنسا بعد صدور تشريع خاص ينظم بعض أحكامه، حيث اعتبر الفقه الفرنسي هذا العقد عقداً مسمى ومتبادل ومستمر وبعوض وتجاري وقائم على الإعتبار الشخصي¹⁴⁶.

ولكن يبدو أنّ الإجتهدات القضائية اللاحقة لصدور قانون دايلي ما زالت معتمدة على نظرية

¹⁴¹. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص239.

CH. Gavald et J. Stoufflet: Le Contrat dit de Factoring, J.C.P.G., 1966-I-378.

¹⁴². راجع المادة (1248) من القانون المدني الفرنسي.

¹⁴³. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص242.

Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz- com., 1996-I-,A-B,p.5, N°.37.

¹⁴⁴. راجع المادة (1250) من القانون المدني الفرنسي.

¹⁴⁵. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص244.

Th.Bonneau:Droit Bancaire, Montchrestien, 2e édition 1996, No.572s.

¹⁴⁶. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص245.

Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz- com., 1996-I-,A-B,p.3, N°.16.

الحلول الإتفاقي لتطبيقها على عقد الفاكوتونج¹⁴⁷.

وفي مصر، فقد تبنى الفقه المصري¹⁴⁸، تطبيق نظرية الحلول الإتفاقي على عقد الفاكوتونج، وذلك استناداً لنص المادة (327) من القانون المدني المصري، والتي نصت على أن: "للدائن الذي استوفي حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الإتفاق عن وقت الوفاء"¹⁴⁹.

وفي لبنان، بالرغم من عدم تطرق المشرع اللبناني إلى عقد الفاكوتونج بقواعد خاصة مما استدعى تحديد طبيعته القانونية في ظل القواعد القانونية اللبنانية باعتباره عقد من العقود غير المسماه وذلك وفقاً للبند (7) من المادة (167) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والتي تناولت بنصها أن العقود تقسم إلى عقود مسماه وغير مسماه¹⁵⁰. فقد أخضعه للقواعد العامة التي تحكم العقود بشكل عام، كما وأخضعه للقواعد القانونية المتعلقة بالعقود المسماه والتي تتناسب مع أحكام عقد الفاكوتونج وذلك بالإستناد للمادة (175) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والتي جاء فيها: "تكون العقود مسماه حسبما يكون القانون قد وضع أو لم يضع لها تسمية وشكلاً معينين. وتطبق القواعد المقررة في القسم الأول من هذا القانون على العقود المسماه وغير المسماه. أما القواعد المذكورة في القسم الثاني فلا تطبق على العقود غير المسماه إلا من قبل القياس وبالنظر إلى التناسب بينهما وبين العقود المسماه المعينة"¹⁵¹.

وبالنظر لخصائص عقد الفاكوتونج يتضح أنّ الدائن يستوفي دينه التجاري من مؤسسة الفاكوتونج والتي تحل محله في حقوقه، فتستطيع الرجوع على المدين مباشرة لاستيفاء الدين بتاريخ استحقاقه، دون أن يحق لها الرجوع على الدائن الأصلي عند عدم تسديد المدين لذلك الدين. ومن خلال ذلك يتضح أنّ المشرع اللبناني اعتبر نظرية الإستبدال القانوني والتي تناولتها المادة (313) من قانون

¹⁴⁷. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، هامش رقم (2)، ص 245.

Dominique Legeais:AFFACTURAGE, édition du Juris-Classeur, 2002,Fasicule 361,No.17,P.5.

¹⁴⁸. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص 44.

¹⁴⁹. المادة 327 من القانون المدني المصري.

¹⁵⁰. راجع نص المادة 7/167 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

¹⁵¹. المادة 175 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

العقود اللبناني أساساً قانونياً يصلح لأن يطبق على عقد الفاكترنج، إذ جاء فيها: "أنّ الدائن الذي قبل الإيفاء من شخص ثالث يمكنه أن يحل محله في حقوقه ويجب حينئذٍ أن يحصل الإستبدال صراحةً عند الإيفاء على الأكثر. أما تاريخ سند الإيصال المشتمل على الإستبدال فلا يعد ثابتاً بالنظر للأشخاص الآخرين فيما يختص بالإستبدال إلا من يوم صيرورة هذا التاريخ صحيحاً"¹⁵².

ثانياً: حوالة دايلي كإطار قانوني مستحدث يطبق على عقد الفاكترنج

أنشأ المشرع الفرنسي آلية جديدة للإئتمان بموجب قانون 2/ جانفي، المعدل بقانون 64/84 الصادر بتاريخ 24 جانفي 1984¹⁵³، لتنظيم علاقات المتعاملين مع المؤسسات الائتمانية¹⁵⁴، وهذه الآلية الجديدة عبارة عن سندات دين تسمح بحوالة الحقوق وتقع في مركز وسط بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الصرف. فحوالة دايلي مثلها مثل عقد الخصم، إذ بإمكانها أن تحقق عملية الخصم، غير أنّ هذا السند لا يعتبر بأي حال من الأحوال ورقة تجارية، لأنه لا يحمل بالضرورة تاريخ استحقاق محدد، كما وأنه ليس بالضرورة أن يكون وسيلة وفاء¹⁵⁵.

إنّ حوالة دايلي عبارة عن أداة لضمان الإئتمان؛ فهي تمنح الإئتمان من جهة للمستفيد منه، وتمنح ضمان هذا الإئتمان من جهة أخرى لمؤسسة الفاكترنج، فهذا السند يضمن اندماج عملية مصرفية (منح الإئتمان وضمانه)، وعملية مدنية (نقل الحقوق)، في عملية قانونية واحدة¹⁵⁶.

¹⁵². المادة 313 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

¹⁵³. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، هامش رقم(274)، ص 118.

Loi no81 -1 du2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises. Modifié par Loi no84-46 du 24 janvier 1984.

¹⁵⁴. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، هامش رقم(275)، ص 118.

Schmidt (d)et,GRAMLING(ph).La loi du 25 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ,Daloz 1981-225.

¹⁵⁵. ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص 119.

¹⁵⁶. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، هامش رقم(279)، ص 119.

legeais (D),les Conventiionnelles sur créances,283.

يبدو واضحاً أنّ حوالة دايلي تسمح للعملاء فتح مصادر تمويل، كما وتسمح للبنوك بإقتصاد النفقات والتكاليف وذلك عن طريق تخلصها من عملية التحصيل التي تبقى منوطة بالعميل، وأيضاً عن طريق نقلها الحقوق في آن واحد، إذ تعفي مؤسسة الفاكورتونج من الأعباء المالية والضريبية المستحقة بشأن الديون التجارية محل عقد الفاكورتونج.

غير أنّ الحياة العملية أكّدت فشل هذه الحوالة في أخذ مكان سند الأمر والسبب أن نفقات استخدامها بدت أكثر كلفة مما هو مفترض كما وأنها لا تضمن لمستخدمها نفس الضمانات التي يضمنها سند الأمر له¹⁵⁷.

ثالثاً: أحكام إتفاقية أوتاوا كإطار قانوني مستحدث يطبق على عقد الفاكورتونج

بالرجوع إلى أحكام إتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية، يتضح أنها تتبنى صراحة حوالة الحق كإطار قانوني لعقد الفاكورتونج، وهذا يبدو واضحاً من خلال المادتين الخامسة والثامنة منها¹⁵⁸.

ومن الواضح أنّ التشريعات الوطنية التي اجتمعت على إنشاء إتفاقية أوتاوا كانت تأخذ في معظمها بحوالة الحق، وهذا ما جعل حوالة الحق الإطار القانوني لعقد الفاكورتونج في ضوء إتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية.

المطلب الثاني

نحو إيجاد كيان قانوني مستقل منظم لتمويل المشروعات في فلسطين

نظراً لعدم وجود تنظيم قانوني لعقد الفاكورتونج في فلسطين، وبالرغم من النص عليه في القرار بقانون رقم(9) لسنة(2010م) بشأن المصارف الفلسطينية وتحديداً في المادة(13) منه، ترى الباحثة ضرورة السعي نحو إيجاد مثل هذا الكيان القانوني المنظم في فلسطين، من أجل تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة الحجم في داخل فلسطين، وتشجيع التصدير والولوج للأسواق الدولية. لذا قمت بتقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع، حيث سأتناول في الفرع الأول منه كيفية إنشاء كيان قانوني منظم ومستقل لتمويل المشروعات في فلسطين، وأخصص الثاني للبحث عن

¹⁵⁷. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى ميلاد عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، هامش رقم(280)، ص 119.

¹⁵⁸. راجع: المادتين 5و8 من إتفاقية أوتاوا 1988.

قواعد قانونية من شأنها حكم هذا العقد في فلسطين، وأخصص الثالث للسعي نحو المصادقة من قبل دولة فلسطين على إتفاقية أوتاوا الكندية، وأتناول في الفرع الرابع مدى إمكانية تطبيق أحكام التوريق المصرفي على الديون التجارية وطرحها للإكتتاب في بورصة فلسطين.

الفرع الأول

إنشاء كيان قانوني منظم ومستقل لتمويل المشروعات في فلسطين

يعد عقد الفاكترنج من العقود الجديدة المستحدثة على الساحة الدولية، ومن أجل العمل على إمكانية تطبيق هذا العقد في فلسطين، لابد من إنشاء كيان قانوني منظم ومستقل في فلسطين يراعي خصوصية وصفات ومزايا هذا العقد الجديد، فعقد الفاكترنج كسائر العقود يخضع من حيث إنشائه ونفاذه للأحكام العامة والخاصة التي تخضع لها سائر العقود مع ضرورة مراعاة طبيعته الخاصة به.

ولإنشاء عقد الفاكترنج يتطلب الأمر دراسة المرحلة السابقة على التعاقد أولاً، ويليها دراسة مرحلة التعاقد ثانياً.

أولاً: المرحلة السابقة على إنشاء عقد الفاكترنج

تتمثل المرحلة السابقة على التعاقد بالتحري عن المركز المالي للبائع ومعرفة نتيجة هذا التحري، إذ تعتمد مؤسسة الفاكترنج على المعلومات التي يصرح بها العميل الذي يرغب بالتعاقد معها. وبحسب رؤية الباحثة لابد عند تقديم طلب الحصول على الإئتمان لمؤسسة الفاكترنج (الوسيط) أن تتضمن هذه الإستمارة مجموعة من البنود أو الشروط الهامة¹⁵⁹.

¹⁵⁹ البنود أو الشروط أو البيانات الواجب توافرها عند تقديم طلب الحصول على الإئتمان: * هوية المؤسسة، * تحليل المبيعات المشمولة بالفواتير أثناء الإثني عشر شهراً الأخيرة، * طبيعة الزبائن: مؤسسات - تجار جملة - أشخاص خاصة أو عامة معنوية، * شروط دفع الديون بالنسبة المنوية التقريبية، * الديون الحالة الأجل (% مابعد 30 يوم (%، بعد 60 يوم (%، بعد 90 يوم أو أكثر (%، * وسائل التسديد سواء: بموجب شيكات (%، سندات لأمر (%، وسائل تسديد أخرى (%، * القرض التأميني: إن كان مستفيد من قرض تأميني، ما نوع القرض. * التصدير: التصدير المباشر (البيع في الخارج)، * رقم الأعمال السنوي بالنسبة للدول التالية، التصدير غير المباشر (بيوع موجهة للتصدير). * بنك بائع الديون، الرقم الإجمالي للخصوم المسموح بها، الحجم المستهلك، الدفع على المكشوف المسموح به، الحجم المستهلك من الدفع على المكشوف. * زبائن الوسيط: الاسم والعنوان الدقيق لأهم عشرين زبون أساسي للعميل، الحجم السنوي للمبيعات، شروط الدفع المسموح بها بالأيام.

وبحسب ما يرى الدكتور هشام فضلي أنّ الهدف من الإفصاح عن البيانات يمنع التحايل والغش والتدليس، فكلما كانت مفصلة ودقيقة وواضحة وشاملة فإنها تحد من المخاطر الحالية والمستقبلية التي قد تهدد عمليات الإئتمان¹⁶⁰. كما وأنّ الإلتزام بالإعلام¹⁶¹ يتطلب التحري لدى بائع الديون ولدى الغير.

وبالنسبة لـ فلسطين ترى الباحثة أنّ بإمكان الغير أن يتحرى ويستعلم عن كافة المعلومات المتعلقة ببائع الديون، وأيضاً بإمكان الغير الحصول على كافة البيانات المتعلقة بمؤسسة الشراء (الوسيط) من خلال اللجوء للسجل التجاري حيث أنّ شركة الفاكوتونج تعتبر شخصاً اعتبارياً، فلا بد من إدراجها وتسجيلها في السجل التجاري وإشهار ذلك التسجيل ذلك التسجيل عملاً بالمادة (7) من مشروع قانون الشركات الفلسطيني (2010م) - فيما إذا أقر - حيث جاء فيها أنه: "ينظّم المراقب سجلاً خاصاً بكل نوع من أنواع الشركات بأرقام متسلسلة حسب تاريخ تسجيلها وتدرج فيه التعديلات والتغييرات التي تطرأ على كل شركة بعد التسجيل"¹⁶²، حيث أنه وبموجب هذا النص بالإمكان الإطلاع على محتوى الأعمال لشركة الفاكوتونج والتعديلات والتحويلات التي تطرأ وكذلك الإطلاع على جميع العمليات، وعلى من يرغب بالحصول على أية معلومات التوجه إلى مراقب الشركات لدى وزارة الإقتصاد الوطني الفلسطيني والحصول على المعلومات لقاء عمولة معينة أو مقابل مادي رمزي. كما وأنّ هناك العديد من الجهات التي تزود بالبيانات والمعلومات اللازمة كسلطة النقد الفلسطينية والغرفة التجارية والسجلات الرسمية الموجودة في الوزارات الفلسطينية، وأيضاً يمكن الحصول على المعلومات من خلال الملفات الضريبية والجمارك وضريبة الدخل والدفاتر التجارية.

هذا فيما يتعلق بالمرحلة التي تسبق التعاقد. وسيأتي الحديث عن المرحلة الثانية ألا وهي مرحلة إنعقاد العقد.

¹⁶⁰. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص 151.

¹⁶¹. راجع: في محل الإلتزام بالإعلام: نزيه محمد صادق، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته

على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة الجديدة، دون بلد نشر، 1990م، ص 252 وما بعدها.

¹⁶². المادة 7 من مشروع قانون الشركات الفلسطيني 2010م.

ثانياً: مرحلة إنعقاد عقد الفاكторинг

نظراً للحاجة الملحة التي يتطلبها تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة الحجم، فقد دعت الحاجة في فلسطين لإنشاء كيان قانوني مستقل ومنظم ألا وهو عقد الفاكторинг، والذي يشكل آلية جديدة إئتمانية مستحدثة لتمويل المشروعات، ومن أجل إنشاء مثل هذا الكيان، فلا بد أن يمر بكافة المراحل التي تمر بها سائر العقود، وذلك بإخضاعه للأحكام العامة والخاصة التي تخضع لها كافة العقود.

وبحسب رؤية الباحثة، فإنّ عقد الفاكторинг يجب أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية من رضا وأهلية ومحل وسبب، والشروط الشكلية المتعلقة بالكتابة والتسجيل، وأيضاً الشروط الخاصة التي تتطلبها طبيعته والمتعلقة بأطرافه وموضوعه ومدته والتزامات الأطراف الواجب احترامها والإلتزام بها أثناء تنفيذ العقد، والتي قد سبق الحديث عنها في بداية هذه الدراسة في الفصل الأول منها تحديداً. وتجدر الإشارة إلى أنّ عقد الفاكторинг يعد من العقود الرضائية التي تتطلب توافر الإيجاب والقبول لإنعقادها، فالتعبير عن الإيجاب يكون دائماً من بائع الديون الذي يأخذ عادةً صفة التاجر أو مؤسسة صغيرة أو متوسطة الحجم والتي تكون بحاجة للتمويل والسيولة النقدية، فهي تملك فواتير أو سندات تجارية غير مستحقة، فتلجأ إلى مؤسسة مالية (مؤسسة الفاكторинг - الوسيط) وتعرض عليها شراء الحقوق الثابتة في هذه الفواتير أو السندات مقابل عمولة معينة، فالقبول في عقد الفاكторинг يكون دائماً من (مشتري الديون - الوسيط) وهو الذي يتحقق بعد التحري عن المركز المالي لبائع الديون وفق شروط وإجراءات قانونية.

كما وترى الباحثة أنّ الغاية والهدف الأساسي من إنشاء هذا الكيان في فلسطين هو حل مشكلة حاجات التجار للسيولة النقدية بالرغم من امتلاكهم لديون متوجبة لهم بذمة عملائهم، وأنّ هذه الديون إما أن تكون غير مستحقة وبالتالي لا يستطيعون المطالبة بها قبل تاريخ استحقاقها، وإما لأنّ تلك الديون تتطلب إجراءات قد تأخذ مدة من الزمن لتحصيلها وتحتاج لنفقات وتكاليف عالية، ولحل هذه المشكلة يلجأ التجار إلى شركة الفاكторинг لشراء ما لديهم من ديون مقابل تعجيل ثمنها لقاء جزء منها كفوائد وعمولة، وإعطائها حق الطول مكانهم للرجوع على المدينين بإسمها ولحسابها الخاص شرط عدم الرجوع على الدائنين التجاري في حال عدم وفاء المدينين بتلك الديون ما لم يتفق على غير ذلك. وتماشياً مع الضرورات الفنية والمالية فلا بد أن تكون العقود التي تيرمها شركة الفاكторинг مع عملائها واقعة على نمط ونموذج موحد.

وبحسب رؤية الباحثة لا بد أن يتضمن عقد الفاكترنج في فلسطين شروطاً تشتمل على جميع الأحكام العامة والخاصة، وعلى الرغم من أن هذا العقد يتشابه مع طائفة من العقود المسماة، إلا أنه عقد غير مسمى ويحتاج لقانون خاص به ينظمه نظراً لطبيعته الجديدة المختلفة عن العقود التقليدية، إذ أنّ له خصائصه المميزة له، لذا دعت الحاجة للبحث والتفتيش في ظل قانوننا الفلسطيني عن قواعد قانونية تنظمه وتحكمه في فلسطين، وهذا ما سيتم تناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

البحث عن قواعد قانونية منظمة تحكم عقد الفاكترنج في فلسطين

يتطلب عقد الفاكترنج لإنشائه توافر الشروط الموضوعية والشكائية التي تتطلبها سائر العقود، بالإضافة لبعض الشروط الخاصة نظراً لطبيعته الخاصة، وحتى يكون هناك إمكانية لتطبيقه في فلسطين كان هناك حاجة للبحث عن قواعد قانونية منظمة تحكم هذا العقد، وذلك من خلال إسقاط الأحكام والنصوص المنصوص عليها في القوانين الفلسطينية ذات العلاقة والتي من الممكن أن تحكم هذا العقد وتتلائم مع طبيعته.

وفيما يتعلق بالشروط الموضوعية من تراضي وأهلية ومحل وسبب، فمن الممكن تطبيق القواعد والأحكام التي تناولتها مجلة الأحكام العدلية وهي مطبقة في فلسطين بشأن الأركان الموضوعية لإنعقاد العقد¹⁶³.

وأيضاً من الممكن الإستناد لنصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني - فيما إذا أقر - والتي تتعلق بهذا الخصوص، فبالنسبة للتراضي فقد تناولته المواد (74 و75) منه¹⁶⁴، وأما الأهلية فقد

¹⁶³ راجع: مجلة الأحكام العدلية يتضح أنها تناولت في الكتاب الأول منها تحت عنوان كتاب البيوع الشروط الموضوعية

لإنعقاد العقد من تراضي (إيجاب وقبول) وأهلية ومحل وسبب .

¹⁶⁴ راجع المواد 74 و75 من مشروع القانون المدني الفلسطيني 2010م.

تداولتها المواد(100-129) منه¹⁶⁵، وأما المحل فقد تناولته المواد(130-133)¹⁶⁶، وأما السبب فقد تناولته المواد(135-138) منه¹⁶⁷.

وبحسب رؤية الباحثة، من الواضح أنّ نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني لا توجب ظهور الرضا بشكل معين، فلا بد أن يكون الرضا واضحاً وثابتاً وخالياً من العيوب كالغلط والخذاع والإكراه والغبن. ولكن من النادر وقوع مثل هذه العيوب في عقد الفاكوتونج، والسبب أنّ بائع الديون هو من يتوجه إلى شركة الفاكوتونج ليبرم اتفاق معين معها، فلا يجوز له أن يدّعي وقوع غلط حول طبيعة العقد أو حول الصفات الجوهرية للديون التجارية موضوع العقد، خاصة وأنّ هذا العقد يبرم بناءً على طلب مقدم من بائع الديون موضحاً فيه مواصفات وشروط الديون التي يريد بيعها. كما وأنه من غير الممكن أن يقع بائع الديون بالغلط بشأن سندات أو فواتير مقدمة منه للطرف الآخر. ولكن بالمقابل، قد تقع شركة الفاكوتونج بهذا الغلط إذا وافقت على شراء الديون بناءً على غلط في المعلومات التي قدمها بائع الديون عن نشاطه أو مركزه المالي والتجاري أو نشاط ومركز المدين قبل الموافقة على عقد الفاكوتونج، كما وقد تقع شركة الفاكوتونج في الغلط لقاء الأساليب الإحتيالية التي قد يمارسها بائع الديون مما يؤدي إلى إبطال أو فسخ العقد. وأما بالنسبة لوقوع الغبن فهو أيضاً من النادر وقوعه في عقد الفاكوتونج، والسبب أنه يتم وضع شروط قاسية لحماية شركة الفاكوتونج في حال إخلال بائع الديون بالتزاماته العقدية المفروضة عليه، ومن ذلك حقها في استيفاء بدل أو تعويض إضافي عن أي مبلغ تقوم بتسديده عن الديون موضوع العقد مع استحقاق الرسوم والمصاريف والفوائد القانونية.

كما وتتكون شركة الفاكوتونج من عدة أطراف فهي بمثابة مؤسسة مالية ضخمة تتخذ عادة شكل المؤسسات المالية أو الشركات التجارية المساهمة¹⁶⁸. وبحسب رؤية الباحثة فإنه بالإمكان اعتبار شركة الفاكوتونج شركة تجارية مساهمة، وبالتالي يطبق عليها الأحكام والنصوص التي تتعلق بالشركة المساهمة التي نظمها قانون الشركات الفلسطيني رقم(12) لسنة(1964م) في

¹⁶⁵. راجع المواد 100-129 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

¹⁶⁶. راجع المواد 130-133 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

¹⁶⁷. راجع المواد 135-138 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

¹⁶⁸. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص62.

الفصل الأول منه المتعلقة بتأسيس وتسجيل الشركات المساهمة¹⁶⁹، وأيضاً بالإمكان الإستناد للنصوص الواردة في المشروع المدني الفلسطيني - فيما إذا أقر - والتي تناولت الأحكام المتعلقة بالشركات المساهمة في الباب الأول منه¹⁷⁰.

وأما فيما يتعلق بالشروط الشكلية فهي المتعلقة بالكتابة والتسجيل، إذ يرى الدكتور نادر شافي أنّ العرف والممارسات التجارية استقرت على ضرورة كتابة عقد الفاكترنج، وذلك من أجل حماية وإثبات الحقوق والإلتزامات الثابتة فيه. فالكتابة وسيلة للإثبات وليس للإعقاد. معنى ذلك أنه لا يترتب أي جزء مدني على تخلفها¹⁷¹.

وبما أنّ عقد الفاكترنج يتضمن تفاصيل صغيرة ومعقدة من الصعب الإلمام بها فلا بد من كتابته، وتظهر فائدة الكتابة أيضاً من أجل الإحتجاج بهذا العقد تجاه الغير، فالكتابة تعتبر إحدى وسائل الإثبات بحسب القواعد العامة، وقد تناول قانون البيئات الفلسطيني رقم (4) لسنة (2001م) في المادة (7) منه وسائل الإثبات¹⁷². وبحسب رؤية الباحثة فإنه بالإمكان تطبيق النصوص المنصوص عليها في قانون البيئات الفلسطيني رقم (4) لسنة (2001م) والمتعلقة بكافة وسائل الإثبات على عقد الفاكترنج.

كما وتناول قانون البيئات الفلسطيني مجموعة من القيود في إثبات المسائل المدنية وذلك بصريح المادة (68) منه¹⁷³، وقد ترك الباب واسعاً لحرية الإثبات. وأما في الحالات التي يكتسب فيها عقد الفاكترنج الصفة التجارية وهذا هو الأساس في هذا النوع من العقود القائمة على الضرورات التجارية، فيجوز إثبات هذا العقد بكافة طرق الإثبات، وهذا ما تناولته المادة (5) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة (1966م)¹⁷⁴.

¹⁶⁹ راجع: النصوص الواردة في الفصل الأول من قانون الشركات الفلسطيني رقم 12 لسنة 1964م والذي تناول تأسيس وتسجيل الشركة المساهمة .

¹⁷⁰ راجع المواد 75 وما بعدها في الباب الأول من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

¹⁷¹ نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص45.

¹⁷² راجع المادة 7 من قانون البيئات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001م.

¹⁷³ راجع: المادة 68 من قانون البيئات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001م.

¹⁷⁴ راجع: المادة 5 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966م.

وبحسب رؤية الباحثة، فعقد الفاكوتونج من العقود الرضائية وبما أنّ الرضائية هي الأساس والشكلية هي الإستثناء، فمعنى ذلك أنّ عقد الفاكوتونج لايتوقف إبرامه على الكتابة إذ بالإمكان إنعقاده بتوافق إرادة الأطراف، ولكن من الأفضل أن يكون مكتوباً.

وبالإطلاع على القانون الفلسطيني، يتضح أنه لم يتناول عقد الفاكوتونج بالمقارنة مع معظم القوانين المقارنة التي تناولته والتي لم تفرض شكلاً أو قالباً معيناً لإفراغ هذا العقد فيه من أجل صحة وجوده قانوناً.

وبالنسبة لفلسطين ونظراً لكون هذا العقد غير منظم فيها، فمن الممكن تطبيق الأحكام والقواعد التي تحكم الشروط الشكلية التي تنظم عملية انتقال الديون محل عقد الفاكوتونج، حيث أنه إذا كان موضوع عقد الفاكوتونج عبارة عن سندات تجارية كسند السحب أو سند لأمر، فمن الممكن أن تطبق عليه الأحكام التي تطبق على الشروط الشكلية لعملية انتقال ملكية هذه السندات، فمثلاً سند السحب (الكمبيالة) حسب مشروع قانون التجارة الفلسطيني (2010م) قابل للإنتقال بالتظهير بحسب ما ورد في المواد (423-432) منه¹⁷⁵. وأما الشروط الشكلية للإنتقال الكمبيالة فهي الشروط القانونية لصحة التظهير، وذلك استناداً للمادة (425) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني¹⁷⁶، والتي جاء في مضمونها أن يكتب التظهير على الكمبيالة نفسها أو على ورقة متصلة بها "وصلة" ويوقعها المظهر.

وبحسب رؤية الباحثة، فمن الممكن إخضاع النشاط التجاري الذي تمارسه شركة الفاكوتونج للأحكام التي تخضع لها المؤسسات المصرفية والشركات التي نظمها القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010م) بشأن المصارف، إذ تناول النشاط والرقابة على المؤسسات المصرفية، وذلك بدلالة المادة (1) منه والتي تناولت الأعمال المصرفية¹⁷⁷. وبالرجوع لذات القانون يتضح أنّ المادة (13) منه تناولت في فقراتها (ب، د، هـ) تقديم الإئتمان بكافة أنواعه وأشكاله، وبيع وشراء أدوات السوق

¹⁷⁵. راجع: المواد 423-432 من مشروع قانون التجارة الفلسطيني 2010م.

¹⁷⁶. راجع: المواد 425 من مشروع قانون التجارة الفلسطيني 2010م.

¹⁷⁷. راجع: المادة 1 من القرار بقانون رقم 9 لسنة 2010م بشأن المصارف والتي تناولت ممارسة الأعمال المصرفية.

النقدية الآنية والآجلة وسندات الدين لحسابه الخاص أو لحساب العملاء، وشراء الديون وبيعها سواء بحق الرجوع أو بدون¹⁷⁸.

كما وترى الباحثة، أنه وبخصوص منح الإئتمان، فمن الممكن أن يتم منحه ضمن الشروط المتعلقة بتأهيل وترخيص شراء الحقوق التجارية، وبالنسبة لشركة الفاكورنج ينبغي عليها من أجل الحصول على الإئتمان أخذ الموافقة من قبل سلطة النقد الفلسطينية، ولأجل ذلك يمكن الإستناد لنص المادة (17) من ذات القانون¹⁷⁹ والتي بيّنت أنّ الإئتمان يتم منحه بموجب التعليمات الصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية. كما وبيّنت المادة(40) من ذات القانون¹⁸⁰ أنّ لسلطة النقد الحق في أن تحدد بموجب بتعليمات تصدر عنها جميع أنواع منح الإئتمان وأشكال التمويل، حيث تناولت القواعد المتعلقة بتوثيق الإئتمان وسقوفه والحدود الدنيا والعليا لأسعار الفوائد أو العوائد والعمولات التي تتقاضاها المصارف على جميع أنواع الإئتمان والتمويل وحجم الإئتمان والتمويل الممنوح في فلسطين. ومن الواضح أنّ عملية شراء الديون محصور القيام بها من قبل المصارف والمؤسسات المالية وكلها تخضع لرقابة سلطة النقد والقرض.

كما وينبغي عند تقديم طلب لتسجيل الشركة الحصول على الترخيص من قبل وزير المالية مرفقاً به مجموعة من المستندات وهي: القانون الأساسي للشركة، حصيلة الإفتتاح والتي يستخلص منها الأصول الصافية الفعلية للشركة المتوفرة أو القابلة للتحقيق والمخصصة لعمليات شراء الديون، ووصل التسجيل في السجل التجاري، وأخيراً لا بد من نشر التأهيل الذي يمنحه وزير المالية للشركة في الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية في دولة فلسطين.

وينبغي القول، أنه بالنسبة لبائع الديون التجارية فهو يعتبر الطرف الأساسي في عقد الفاكورنج وعادةً يكون من المؤسسات الصغيرة أو المتوسطة الحجم، لأنّ هذا النوع من العقد يتلاءم مع الأعمال المتوسطة الحجم ويلبي حاجاتها في التمويل، كما أنّ هذه الأخيرة عكس المؤسسات

¹⁷⁸. راجع: المادة 13 بقراتها من القانون رقم 9 لسنة 2010م بشأن المصارف الفلسطينية والتي تناولت مقومات عقد الفاكورنج.

¹⁷⁹. راجع: المادة 17 من القرار بقانون رقم 9 لسنة 2010م بشأن المصارف الفلسطينية.

¹⁸⁰. راجع: المادة 40 من القرار بقانون رقم 9 لسنة 2010م بشأن المصارف الفلسطينية.

الكبيرة، إذ ليس لها في الغالب إدارات متخصصة في متابعة المدينين وتحصيل حقوقهم مما يضطرهم إلى طلب التمويل من خلال تحويل ملكية هذه الحقوق لشركة الفاكترنج¹⁸¹.

وبالنسبة لفلسطين، فبائع الديون سواءً أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، تاجر أم غير تاجر، فإنه وبحسب ما ترى الباحثة من الممكن أن يطبق عليه القواعد العامة التي تحكم العقود بصورة عامة القائمة على حرية التعاقد، وبما أنه لا يوجد نص قانوني يمنع الأشخاص طبيعيين كانوا أم معنويين، تاجر أم غير تاجر من حوالة حقوقهم التجارية فإنه من الجائز لكل دائن بدين تجاري ثابت في فاتورة أن يلجأ لشركة الفاكترنج بهدف تحويل ملكية هذا الدين لها مقابل حلول هذه الشركة محله في دينه في مواجهة مدينه.

كما ويجدر الإلتفات للمدين، فهو وإن كان لا يعتبر طرفاً في عقد الفاكترنج إلا أنّ آثار هذا العقد تنصرف إليه فهو الملتزم بسداد قيمة الفواتير أو الديون التجارية محل العقد. وبناءً على ذلك، إذا قام المدين بالوفاء لبائع الديون فإنّ هذا الوفاء يعتبر غير مبريء لذمته ويترتب على بائع الديون الإحتفاظ بالمبلغ على سبيل الأمانة لمصلحة شركة الفاكترنج¹⁸². كما ويمكن للمدين التمسك بجميع الدفوع المتعلقة بالدين التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة بائع الديون التجارية، وأنّ الحق ينتقل لشركة الفاكترنج بعبوبه حتى لو ظهرت لاحقاً¹⁸³. كما وأنه إذا كان للمدين التمسك في مواجهة شركة الفاكترنج بكافة الدفوع المتعلقة بالحق أو الدين محل الحوالة، فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يلزم شركة الفاكترنج بالوفاء بالإلتزامات المترتبة على العقد المنشئ لهذه الديون، أو أنّ شركة الفاكترنج تخلف بائع الديون في حقوقه دون إلتزاماته¹⁸⁴.

¹⁸¹. أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، ص43.

¹⁸². أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، ص51.

¹⁸³. محمودي بشير، عقد تحويل الفاتورة، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للاشغال العمومية، دون ذكر بلد نشر، 2003م، ص 123.

¹⁸⁴. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص194.

الفرع الثالث

السعي نحو المصادقة من قبل دولة فلسطين على إتفاقية أوتاوا الكندية

تتجلى الغاية من الحاجة لتوقيع دولة فلسطين على إتفاقية أوتاوا والمصادقة عليها، أنّ هذه الإتفاقية جاءت موحدة للقواعد القانونية ومنظمة لعمليات شراء الحقوق التجارية الدولية، فقد دخلت هذه الإتفاقية حيّز النفاذ في الأول من أيار عام (1995م) بعد أن وقعت عليها كل من فرنسا بتاريخ 23 أيلول (1991م)، وإيطاليا بتاريخ 29 تشرين الثاني (1993م)، ونيجيريا بتاريخ 24 تشرين الأول (1994م). وقد صادقت عليها العديد من الدول العربية. لذا كان لابد من بذل الجهود والمساعي للمصادقة عليها من قبل دولة فلسطين حيث أنه بمجرد توقيعها، فإنّ ذلك يساعد في إتمام صفقات الفاكورتونج الدولية كسائر الدول الموقعة عليها، وليس فقط عمليات الفاكورتونج المحلية التي تحتاج لقانون منظم خاص بها في فلسطين ليحكمها ويطبق عليها، بل الأمر يتعدى ذلك إلى عمليات شراء الحقوق التجارية في مجال التجارة الخارجية والولوج للأسواق الدولية والتصدير للخارج وهذا يساهم في زيادة الإنتاج وزيادة الصادرات الصناعية والخدماتية وتوسيع دائرة العلاقات التجارية مما يؤدي إلى خلق فرص عمل جديدة وتحريك الدورة الإقتصادية بشكل أوسع في البيئة القانونية الفلسطينية.

وبحسب ما ترى الباحثة، فإنّ هذه الإتفاقية نظمت جوانب عقد الفاكورتونج كافة والتزامات وحقوق الأطراف خاصة، وبناءً عليه فإنه بالمصادقة عليها والأخذ والإستقاء من النصوص الواردة فيها يمكن تشكيل وإيجاد قانون مستقل وموحد ومنظم في فلسطين بخصوص الفاكورتونج .

الفرع الرابع

مدى إمكانية تطبيق أحكام التوريق المصرفي على الديون التجارية وطرحها للإكتتاب في بورصة فلسطين

تعتبر شركة الفاكورتونج مؤسسة مصرفية ذات طابع إئتماني تهدف بالدرجة الأولى إلى تمويل التجار عن طريق شراء حقوقهم الثابتة في الفواتير، ومن شأن هذه الأخيرة أن تؤدي إلى استنزاف الموارد المالية السائلة للمؤسسة بسبب شرائها لفواتير مؤجلة الإستحقاق بأموال معجلة الدفع فهي ستسعى بدورها إلى الحصول على مصادر تمويل تسمح لها بالمحافظة على قدرتها المالية والنقدية. والسؤال المطروح في هذا الفرع يدور حول مدى إمكانية تطبيق أحكام التوريق المصرفي على

الديون أو الحقوق التجارية وطرحها للإكتتاب في بورصة فلسطين، ومن خلال هذا الفرع ستتم الإجابة على هذا التساؤل.

اختلف الفقه المقارن حول علاقة عقد الفاكوتونج بعملية التوريق المصرفي، إذ يرى فريقاً أنّ التوريق عملية مركبة تجمع بين عقد الفاكوتونج وبين نقل ملكية الحقوق المحولة بمقتضى هذا العقد لمؤسسة مالية أخرى تقوم بتحويل هذه الحقوق إلى أوراق مالية قابلة للتداول في سوق المال أو البورصة¹⁸⁵. بينما يرى فريقاً آخر بعدم وجود أي علاقة تربط بين عملية التوريق المصرفي وعقد الفاكوتونج وذلك نظراً للفوارق العميقة التي تميز المصرفين¹⁸⁶.

ولكن الإشكالية التي تثار تتلخص حول مدى إمكانية توريق الحقوق التجارية المحولة من بائع الديون لشركة الفاكوتونج، أي نقل هذه الحقوق من السوق المصرفية إلى السوق المالية بعدما نقلت بسبب عقد الفاكوتونج من السوق التجارية إلى السوق المصرفية. ولأجل معالجة هذه الإشكالية يجب معرفة الشروط القانونية للأصول الخاضعة لعملية التوريق المصرفي من أجل التوصل لمدى إمكانية تطبيق أحكام التوريق على الديون التجارية وطرحها للإكتتاب في البورصة الفلسطينية.

أولاً: الشروط القانونية للأصول الخاضعة لعملية التوريق المصرفي

تمتاز الأصول المالية محل عملية التوريق المصرفي بمجموعة من الخصائص التي تساهم في جذب المستثمرين وأهمها¹⁸⁷:

- 1) الصفة الوفائية لهذه الأصول أي صلاحيتها لتسوية المعاملات التجارية وغيرها.
- 2) قابلية هذه الأصول للإنقسام لأصغر حجم، يمكن عنده تسهيل الأصل واستبداله بالنقود.
- 3) إمكانية تقييم القيمة لكل وحدة أو جزء من أجزاء الأصل المفتت عند إستحقاقه.

¹⁸⁵. أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل بإستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، ص 143.

¹⁸⁶. راجع: هشام فضلي، في مؤلفه الإستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة (التوريق)، دار الفكر الجامعي، دون ذكر بلد النشر 2004م، ص 16.

¹⁸⁷. راجع: حسين فتحي عثمان، التوريق المصرفي للديون، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، دون ذكر بلد نشر، 1999م، ص 55.

4) قابلية استرداد تكلفة الإستثمار في الأصول المالية، التي يتم التنازل عنها وتحويلها إلى الحالة النقدية.

5) أن تكون تواريخ استحقاق المتحصلات النقدية من المدينين الأصليين بها متوافقة مع تواريخ استحقاق المستثمرين الجدد لفوائد ديونهم.

6) أن تكون الأصول المالية مدعمة بضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات نقدية متوقعة.

7) قابلية الأصل المالي للتحويل لأصول مالية أخرى.

فنظام التوريق وإن كان قد ولد في أحضان الرهن العقاري وأخصها قروض المنازل إلا أنه امتد ليشمل قروض السيارات وبطاقات الإئتمان ورهن الممتلكات التجارية¹⁸⁸. كما وأنه عرف طريقه حتى إلى مجال قروض المديونية الخارجية، عن طريق بيع جزء من الديون المستحقة على الدول النامية بواسطة مؤسسة مالية تساهم فيها الدول الصناعية¹⁸⁹. ورغم انتقال نظام التوريق المصرفي ليشمل الممتلكات التجارية غير أنه لم يعرف نفس النجاح الذي حققه في سوق الرهن العقاري نظراً لمغالاة المستثمرين في معدل الفائدة المطلوب بحجة أن مخاطر الإستثمار في الممتلكات التجارية تفوق نظيرتها في الرهن العقاري¹⁹⁰.

إنّ التطور الكبير في نظام التوريق المصرفي وامتداده لمختلف أنواع الأسواق التجارية والمالية بعد أن كان محصوراً عند نشأته في سوق الرهن العقاري، أدى إلى اختلاف التشريعات المقارنة حول مسألة الأصول أو الحقوق القابلة لعملية التوريق المصرفي، وفي هذا الصدد ظهر العديد من التوجهات¹⁹¹:

التوجه الأول: ذهب إلى التحديد الحصري للأصول التي يمكن أن تكون محل لعملية التوريق¹⁹².

¹⁸⁸. عبد علي أحمد الحجازي، التوريق، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص 38.

¹⁸⁹. عبد الفتاح الجبالي، (المناظرة حول تصفية الديون الإفريقية)، مجلة السياسة الدولية، مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية بالأهرام، العدد98، القاهرة، 1989م، ص 112.

¹⁹⁰. عبد علي أحمد الحجازي، التوريق، المرجع السابق، ص 32.

¹⁹¹. أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، ص143.

¹⁹². ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص318.

التوجه الثاني: ذهب إلى عدم تحديد الأصول أو الحقوق أو الديون الخاضعة لعملية التوريق.

وقد اتجهت معظم القوانين المقارنة إلى الأخذ بمبدأ الحرية التعاقدية، ويبني أنصار هذا المبدأ رأيهم على أساس أنّ عملية التوريق هي في الأساس علاقة تعاقدية بين طرفين هما شركة التوريق والمستثمرين، وبناءً على ذلك، فإنّ لمؤسسات التوريق تسهيل ما تراه مناسباً من الأصول المالية وللمستثمرين شراء ما يرونه مناسباً من الأسهم المدعومه بهذه الأصول المالية¹⁹³، حيث أنه وبالأخذ بمفهوم هذا التوجه، فإنّ الأصل أو القاعدة العامة أنّ كل الأصول المالية سواء كانت قروض رهن عقاري أو حقوق ناجمة عن قروض السيارات أو استعمال بطاقات الإئتمان أو قروض تجارية أو حقوق تجارية أو أقساط تأمين أو قروض إمتياز تجاري أو غيرها كلها تصلح لأن تكون محلاً للتوريق.

وفي فلسطين فالأمر مختلف، إذ لا يوجد نص صريح يحدد الأصول القابلة للتوريق، ومن أجل معرفة مدى إمكانية تطبيق أحكام التوريق المصرفي على الديون التجارية وطرحها للإكتتاب في بورصة فلسطين، فلا بد من إتباع مجموعة من الإجراءات التي سأقوم بتناولها.

ثانياً: الإجراءات المتبعة لتحديد الأصول محل عملية التوريق المصرفي على الديون التجارية وطرحها للإكتتاب في بورصة فلسطين

(1) تعيين الأصول التي تستخدمها مؤسسة الفاكورتنج التي ترغب في الحصول على التمويل من خلال عملية التوريق.

(2) قيام مؤسسة الفاكورتنج بنقل ملكية هذه الأصول إلى مؤسسة التوريق من أجل إتمام عملية التوريق، حيث أنه لضمان عملية نقل الأصول وجعلها في معزل عن مخاطر الإئتمان الممنوح لمؤسسة الفاكورتنج يجب أن تتم على أساس أنها تشكل بيع حقيقي بحيث تشطب هذه الأصول من ميزانية مؤسسة الفاكورتنج نهائياً¹⁹⁴.

¹⁹³. أحمد عبد الرحمن الملح، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، ص 175.

¹⁹⁴. أحمد عبد الرحمن الملح، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، مرجع سابق، ص 147.

3) تقويم الأصول من قبل شركات خاصة ومستقلة، والهدف من ذلك إعطائها درجة استثمار أعلى من درجة الإستثمار الممنوحة لأصول مؤسسة الفاكورتونج.

4) طرح الأصول في شكل أسهم وسندات للإكتتاب العام من طرف المستثمرين الذين يكون هدفهم شراء هذه الأوراق من مؤسسات التوريد نظراً لما تقدمه هذه الأوراق من فوائد دورية إضافة إلى القيمة الإسمية لهذه السندات.

يبدو واضحاً أنّ عملية تحويل الديون التجارية إلى أوراق مالية تتم بموجب مراحل وتتطلب تنازل مؤسسة الفاكورتونج عن هذه الحقوق التجارية لمؤسسة التوريد، ومن ثم قيام مؤسسة التوريد بإصدار أوراق مالية قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية.

وفي فلسطين، من الواضح أنّ الحكومة الفلسطينية قررت ولأول مرة إصدار سندات حكومية بإسم دولة فلسطين، وذلك عن طريق آلية التوريد حيث قامت الحكومة الفلسطينية بالترتيب مع سلطة النقد بتحويل قروض مصرفية عادية إلى سندات دين تسمى توريق أي تحويل الدين إلى مكتوب بأوراق أو أسناد طويلة الأجل على الأغلب، وأنّ هذه التجربة ما هي إلا تمهيد لإصدارات مفتوحة لاحقاً¹⁹⁵. معنى ذلك أنه بالإمكان توريق الديون التجارية.

¹⁹⁵. الموقع الإلكتروني موقع ملتقى رجال الأعمال الفلسطيني، ولأول مرة إصدار سندات حكومية، تاريخ الدخول للموقع 2015/12/16 م.

المبحث الثاني

كيفية تحصيل الحقوق التجارية والإشكالات المتعلقة بالتحصيل

إنّ تحصيل الديون التجارية وفقاً للقوالب العقدية التقليدية والمستحدثة ووفقاً لإتفاقية أوتاوا الكندية واجه العديد من المشاكل والصعوبات، لذا كان لا بد من معرفة كيفية تحصيل الديون التجارية وفقاً لهذه القوالب، ومعرفة الإشكالات والمعوقات التي واجهتها عند تحصيل هذه الحقوق. وعليه، قمت بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، حيث سأتناول في المطلب الأول، كيفية تحصيل الحقوق التجارية وفقاً للقوالب العقدية التقليدية والمستحدثة، أما المطلب الثاني، فسوف أتناول فيه كيفية تحصيل الحقوق التجارية وفقاً لإتفاقية أوتاوا، بينما في المطلب الثالث، سأتناول الإشكالات والمعوقات المترتبة عند تحصيل الحقوق التجارية.

المطلب الأول

كيفية تحصيل الحقوق التجارية وفق القوالب العقدية التقليدية والمستحدثة

انتهجت العديد من التشريعات المختلفة أطر وأساليب مختلفة لتحصيل الحقوق التجارية محل عقد الفاكوتورنج، فبعض هذه التشريعات اعتمدت القوالب العقدية التقليدية في مجال تحصيل الحقوق التجارية، كقاعدة الإنابة في الوفاء وقاعدة التجديد وقاعدة حوالة الحق، وأما البعض الآخر فقد اعتمد القوالب العقدية المستحدثة كقاعدة الحلول الإتفاقي في تحصيل هذه الحقوق. لذا، قمت بتقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع، حيث سأتناول في الفرع الأول منه قاعدة الإنابة في الوفاء، وفي الفرع الثاني، قاعدة التجديد، وفي الفرع الثالث، قاعدة حوالة الحق، وأخيراً سأتناول في الفرع الرابع، قاعدة الحلول الإتفاقي.

الفرع الأول

قاعدة الإنابة في الوفاء كإطار قانوني تقليدي يطبق على عقد الفاكوتونج

الإنابة في الوفاء هي عمل قانوني يحصل بمقتضاه المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، فهي تقتضي وجود ثلاثة أشخاص منيب ومناب ومناب لديه¹⁹⁶. ولكن هل يمكن القول أنّ هذه القاعدة تستوي أن تتناسب مع عقد الفاكوتونج في تحصيل الدين، لمعرفة الإجابة يجب معرفة شروط هذه القاعدة، هذا من زاوية، ومن زاوية أخرى يجب معرفة كيفية تطور علاقة المديونية في كل من الإنابة في الوفاء وعقد الفاكوتونج.

أولاً: شروط قاعدة الإنابة في الوفاء

تناولت التقنيات المدنية العربية¹⁹⁷ هذه القاعدة، وقد قسّمت الإنابة في الوفاء في القوانين التي عالجتها إلى نوعين هما: الإنابة الناقصة والإنابة الكاملة، وأنّ الإنابة أياً كان نوعها هي عقد إذ لا بد لإنعقادها توافر الأركان العامة التي يتطلبها أي عقد.

1) الإنابة الكاملة: بالإطلاع على المادة (1/360) من القانون المدني المصري¹⁹⁸، وكذلك المادة (1/392) من مشروع القانون المدني الفلسطيني (2010م)¹⁹⁹، يتضح أنهما تكلمتا عن هذا النوع من الإنابة، وخلاصة ما جاء في مضمونها أنه إذا اتفق المتعاقدون على أن يستبدلوا إلتزام سابق بإلتزام جديد كانت هذه الإنابة تجديداً للإلتزام بتغيير المدين ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه.

وبناءً على ما جاء في النص، فإنّ الإنابة الكاملة تتضمن إبراء المنيب المدين الأصلي من الدين في الحال نظراً لحلول المناب محله، وذلك نتيجة لإستبدال المناب بالمدين الأصلي، وبالتالي ليس للمناب لديه قبل الإنابة أو بعدها إلا مدين واحد. ومن الواضح أنّ الفائدة القانونية التي تحققها

¹⁹⁶. عبد المنعم بدرأوي، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 422.

¹⁹⁷. من التقنيات المدنية العربية التي تناولت قاعدة الإنابة في الوفاء، راجع: المادة 359 من التقنين المدني المصري، والمادة 357 من التقنين المدني السوري، والمادة 405 من التقنين المدني العراقي، والمادة 326 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 294 من التقنين المدني الجزائري، والمواد 391-393 مشروع القانون المدني الفلسطيني.

¹⁹⁸. راجع: المادة 1/360 من التقنين المدني المصري.

¹⁹⁹. راجع: المادة 1/392 من مشروع القانون المدني الفلسطيني 2010م.

الإجابة الكاملة باعتبارها أداة وفاء تتجلى في أنّ إلتزام المدين تجاه الدائن ينقضي وينشأ إلتزام جديد في ذمة المناب للمناب لديه "الدائن".

(2) الإجابة الناقصة: تعتبر عقد ثنائي الأطراف ينعقد بالإتفاق القائم بين المنيب والمناب، ووفقاً لهذا العقد يتم ضم ذمة المناب لذمة المنيب للإلتزام نحو المناب لديه "الدائن"، وينفذ هذا الإتفاق برضاء الأخير ويعتبر محل إلتزام المناب وفقاً لهذه الإجابة حدود إلتزام المنيب تجاه المناب لديه.

وأما سببها فقد يكون التبرع أو الوفاء بدين للمنيب أو القرض. وتتجلى الفائدة القانونية من الإجابة الناقصة في أنها تمثل أداة ضمان وأداة وفاء.

فدائماً في الإجابة في الوفاء يكون المنيب مديناً للمناب لديه، ولذلك ينبى المناب في وفاء هذا الدين، ولكن غالباً يكون المنيب دائناً للمناب ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه، فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذي في ذمته للمنيب²⁰⁰. بينما في عقد الفاكترنج فإنّ الملزم بسداد قيمة الفواتير هو المدين الأصلي؛ فإن لم يقم بالسداد كان لمشتري الديون (الوسيط) حق الرجوع على بائع الديون إن كان يملك ذلك الحق.

وبحسب رؤية الباحثة، ففي عقد الفاكترنج لا مجال للتحدث عن إجابة قاصرة أو كاملة، كما وأنّ العقد لا ينصب أبداً على تجديد بتغيير المدين، وإنما التجديد يكون دوماً بتغيير الدائن، وهذا يعتبر وجه من أوجه الإختلاف بين الإجابة في الوفاء وعقد الفاكترنج.

وعليه، فلا بد من معرفة كيفية تطور علاقة المديونية في كل من قاعدة الإجابة في الوفاء وعقد الفاكترنج.

ثانياً: كيفية تطور علاقة المديونية في كل من قاعدة الإجابة في الوفاء وعقد الفاكترنج :

إنّ علاقة المديونية في الإجابة تتم إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين محل المدين²⁰¹، إذ أنّ الإجابة تفترض أشخاصاً ثلاثة، كما وتفترض أن تنشأ علاقة المديونية بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة. لذا يجب التمييز بين مرحلتين أساسيتين:

²⁰⁰. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، دون ذكر بلد نشر، 1985م، ص 858.

²⁰¹. تورية توفيق، وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص 150.

المرحلة الأولى: علاقة المديونية قبل الإنابة، حيث يكون هناك علاقتي مديونية منفصلتين والرابطة الوحيدة بينهما هي اشتراكهما في طرف واحد، حتى وإن كان هذا الطرف يختلف مركزه القانوني من علاقة إلى أخرى. حيث أنّ علاقة المديونية الأولى تعتبر علاقة مديونية بسيطة يفترض فيها وجود دين ودائن ومدين. وللتوضيح بمثال، فالدائن هو زيد والمدين هو عمرو، أي أنّ زيد دائن لعمرو. بينما علاقة المديونية الثانية وهي أيضاً علاقة مديونية بسيطة ويفترض فيها وجود دين ودائن ومدين. وللتوضيح مثلاً، ليكن الدائن هو قيس والمدين هو زيد وأنّ قيس بموجب هذه العلاقة دائن لزيد مع ملاحظة أنّ زيد المدين هنا هو نفسه زيد الدائن في العلاقة الأولى²⁰².

المرحلة الثانية: علاقة المديونية بعد الإنابة، وهذه الإنابة تؤدي إلى إنقضاء علاقة المديونية الأولى والثانية ونشوء علاقة مديونية جديدة بين الدائن قيس الذي كان بدوره دائن لزيد في علاقة المديونية السابقة؛ وبعد الإنابة تحوّل قيس الدائن في علاقة المديونية الثانية إلى مناب لديه أي دائن لعمرو الذي يتحول إلى مناب بعد أن كان مدين في علاقة المديونية الأولى، أما زيد فقد انسحب من علاقة المديونية الجديدة بعد أن أخذ صفة المنيب في الإنابة وبعد أن كان يحمل صفة الدائن في علاقة المديونية الأولى، وصفة المدين في علاقة المديونية الثانية²⁰³.

وبحسب رؤية الباحثة فإنّ الأمر في عقد الفاكторинг، يفترض وجود علاقة مديونية سابقة²⁰⁴ لعلاقة المديونية الثابتة في العقد، لذا يجب معرفة علاقة المديونية قبل إبرام عقد الفاكторинг وبعد إبرامه، حيث أنه في مرحلة ما قبل إبرام العقد يكون هناك علاقتي مديونية منفصلتين والرابطة الوحيدة بينهما هي اشتراكهما من طرف واحد حتى وإن كان هذا الطرف يختلف مركزه القانوني من علاقة إلى أخرى. بينما بعد إبرام عقد الفاكторинг يكون هناك علاقتي مديونية تشتركان في طرف واحد هو البائع الذي يكون دائن بقيمة الفاتورة للمشتري وبذات الوقت مدين بنفس القيمة لمؤسسة الإئتمان، وللخروج من هذه العلاقة المتشابكة يتفق البائع مع مؤسسة الإئتمان على أن تحل محله بانتقال ملكية الحقوق الثابتة في الفاتورة لحسابها مقابل إنقضاء الإلتزام الثابت عليه لدى هذه المؤسسة. ودون جدل، فعقد الفاكторинг يفترض أن يكون الوسيط دائن لبائع الديون، وأن يكون هذا الأخير دائن للمدين، وهذا يوضح الاختلاف بين عقد الفاكторинг وقاعدة الإنابة في الوفاء.

²⁰². ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص 76.

²⁰³. ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص 76.

²⁰⁴. محيي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، مرجع سابق، ص 522.

وبناءً على ما سبق، إذا أردنا أن نطبق شروط الإنابة في الوفاء على عقد الفاتورنج يتضح أنّ هناك العديد من الفوارق الجوهرية الواضحة بين التصرفين مما أدى إلى استبعادها، وهذا يعتبر من الإشكالات والمعوقات المترتبة على قاعدة الإنابة في الوفاء، والتي سيأتي الحديث عنها في المطالب الثالث من هذا المبحث .

الفرع الثاني

قاعدة التجديد كإطار قانوني تقليدي يطبق على عقد الفاتورنج

التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم يحل محله، فيكون سبباً في انقضاء الدين القديم ونشأة الدين الجديد²⁰⁵. تناولت معظم التقنيات²⁰⁶ التجديد كإطار تقليدي لإنقضاء الإلتزام. فالتجديد يتطلب توافر شروط تتشابه تماماً مع الشروط التي تتطلبها قاعدة الإنابة الكاملة في الوفاء ما عدا شرط الملاءه الذي تتفرد به الإنابة الكاملة عن تجديد الإلتزام بتغيير المدين، فجوهر التجديد هو التعديل مع الإستمرارية والتغيير²⁰⁷. فهل يمكن اعتبار قاعدة التجديد الإطار القانوني لعقد الفاتورنج؟ للإجابة على هذا السؤال، لابد من معرفة شروط التجديد التي توضح صورته وأنواعه. إذ ينبغي أن يساهم في الإتفاق على التجديد أطراف الإلتزام القديم وأطراف الإلتزام الجديد، وقد يكون طرفاً الإلتزام الجديد هما طرفاً الإلتزام القديم، وذلك عندما يكون التجديد بتغيير محل الدين، وقد يدخل في الإتفاق شخص ثالث غير الدائن والمدين في الإلتزام القديم، ويكون ذلك عندما يكون التجديد بتغيير الدائن أو تغيير المدين، وعندئذ يجب رضاه الشخص الثالث إضافة إلى رضا طرفي الإلتزام القديم²⁰⁸.

²⁰⁵. محمد لبيب شبيب، دروس نظرية الإلتزام، مرجع سابق، ص 374.

²⁰⁶. من التقنيات التي تناولت قاعدة التجديد: التقنين المدني الجزائري في المواد 287-296، وكذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني في المواد 320-327، وكذلك التقنين المدني الفرنسي في المواد 1271-1281، وكذلك التقنين المدني المصري في المادة 364، وأيضاً مشروع القانون المدني الفلسطيني في المواد 384-390، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني في القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م لم يعالج نظام التجديد، ولكن هذا لا يعني أنه لا يعرف هذا النظام وذلك بدليل نص المادة 429 منه والتي جاء فيها " إذا إتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين برئت ذمة الباقيين إلا إذا احتفظ بحقه قبلهم". و أيضاً مجلة الأحكام العدلية لم تعالج موضوع التجديد.

²⁰⁷. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار أبو المجد للطباعة، دون ذكر بلد نشر، 1996م، ص 455.

²⁰⁸. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 406.

يعد التجديد إتفاقاً مبنياً على وجود عناصر أهمها: الإتفاق بين جميع الأطراف، وسلامة الرضا، والأهلية القانونية، ووجود نية التجديد²⁰⁹. ويجب أن يساهم في الإتفاق على التجديد جميع أطراف الإلتزام القديم وجميع أطراف الإلتزام الجديد، وقد يكون طرفا الإلتزام الجديد هما طرفي الإلتزام القديم، وذلك في حالة التجديد بتغيير محل الدين أو مصدره؛ وقد يدخل في الإتفاق شخص ثالث غير الدائن والمدين في الإلتزام القديم، ويكون ذلك عندما يكون التجديد بتغيير الدائن أو بتغيير المدين، وعندئذٍ يجب رضاء هذا الشخص الثالث أيضاً فضلاً عن رضاء طرفي الإلتزام القديم²¹⁰.

وبحسب رؤية الباحثة، فإنّه في عقد الفاكترنج، فالعقد ينشأ بإتفاق طرفين فقط، هما مشتري الديون (الوسيط) وبائع الديون، وأما المدين فينقصد العقد وينشأ صحيحاً بدونه وبدون إخطاره²¹¹، وهذا يعد وجه من أوجه الإختلاف بين قاعدة التجديد وعقد الفاكترنج، الذي يشترط إتفاق كل أطراف العقد من دائن قديم ودائن جديد ومدين، حيث أنّ إخطار المدين لا يستلزم في عقد الفاكترنج إلا لفاذ العقد، بينما لإنعقاده فإنه يكفي رضاء بائع الديون والوسيط. وعليه، فإنّ الشروط اللازمة لإنعقاد العقد ونفاذه تختلف عن الشروط اللازمة لنفاذ وإنعقاد عقد الفاكترنج. والسؤال المطروح هل من الممكن اعتبار قاعدة التجديد إطاراً قانونياً لعقد الفاكترنج أم أنّ هناك إشكاليات تعيق ذلك؟ إنّ هذا التساؤل سستتم الإجابة عليه عند الحديث عن الإشكاليات المترتبة على قاعدة التجديد، والتي سأتناولها في المطلب الثالث من هذا المبحث.

²⁰⁹. ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص 87.

²¹⁰. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 406.

²¹¹. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 59.

الفرع الثالث

قاعدة حوالة الحق كإطار قانوني تقليدي يطبق على عقد الفاكوتونج

حوالة الحق عقد يتم بإتفاق الدائن الأصلي والدائن الجديد، يحل بمقتضاه الثاني محل الأول في حقوقه قبل مدينه حيث أنّ هناك ثلاثة أطراف دائن أصلي يسمى محيل ودائن جديد يسمى محال له والمدين يسمى المحال عليه²¹²، وقد تناولت مجلة الأحكام العدلية أحكام الحوالة في المواد(673-700)²¹³، وقد تناول مشروع القانون المدني الفلسطيني حوالة الحق في المواد(330-342) منه²¹⁴، وبالإطلاع على المادة(330) منه²¹⁵، يتضح أنها تناولت تعريفاً لحوالة الحق. والسؤال المطروح هل يمكن إعتبار قاعدة حوالة الحق إطاراً قانونياً لعقد الفاكوتونج؟ ولمعرفة الإجابة على هذا السؤال لابد من معرفة كيفية إنعقاد حوالة الحق ونفاذها.

تتعدّد حوالة الحق بتوافر الأركان التي تتطلبها القواعد العامه لإنعقاد العقود، وهي التراضي والأهلية والمحل والسبب، فمحل الحوالة هو الحق المراد نقله إلى المحال له، وإذا كان الحق قد انقضى قبل الحوالة فهي لا تتعدّد²¹⁶، كما ويجب مراعاة القواعد العامة في إثبات الحوالة²¹⁷، فالحوالة تتعدّد بالتراضي بين المحيل والمحال له دون حاجة لرضاء المدين. وهذا ما أكدته معظم التشريعات²¹⁸.

²¹². أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، مرجع سابق، ص 52.

²¹³. راجع: المواد 673-700 من مجلة الأحكام العدلية والتي تناولت أحكام الحوالة.

²¹⁴. راجع: المواد 330-342 من مشروع القانون المدني الفلسطيني. كما وأن القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م تناولها في المواد 993-1017.

²¹⁵. راجع: المادة 330 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، كما وتناولت المادة 303 من التقنين المدني المصري تعريفاً لحوالة الحق.

²¹⁶. محمد شريف عبد الرحمن، حوالة الإلتزام في ضوء الفقه و أحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005 م، ص 86.

²¹⁷. محمد شريف عبد الرحمن، حوالة الإلتزام في ضوء الفقه و أحكام القضاء، مرجع سابق، ص 179.

²¹⁸. راجع: المادة 303 من التقنين المدني المصري، وكذلك جاءت بذات المعنى المادة 330 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكذلك المادة 1015 من القانون المدني الأردني.

ولكن انعقاد هذه الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين أو حق الغير²¹⁹، ومن الواضح أنّ الإجراء الذي يتم به نفاذ الحوالة في مواجهة المدين هو إعلانه بها أو قبوله لها، ولا يشترط شكل خاص في قبول المدين، فيجوز أن يكون هذا القبول مكتوباً على ذات المحرر المثبت للحوالة أو في محرر مستقل²²⁰.

وبحسب ما أكدت المادة (303) من التقنين المدني المصري، والمادة(330) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، فمحل الحوالة يرد على جميع الحقوق الشخصية أياً كانت أوصافها أو طبيعتها، إذ أنّ الحقوق المؤجلة والمعلقة على شرط والحقوق المدنية والتجارية يمكن حوالتها.

بينما الحقوق العينية، فلا تصلح أن تكون محلاً لحوالة الحق كونها تنتقل من صاحبها إلى غيره بطرق وإجراءات أخرى تختلف عن الطرق والإجراءات التي تتبع في انتقال الحقوق الشخصية²²¹. فإذا كان الأصل ينادي بجواز حوالة الحق في الحقوق الشخصية إلا أن الأصل لا يجري على إطلاقه بل إنّ هناك استثناءات تقيده. فمن الواضح أنّ المادة(303) من التقنين المدني المصري، وكذلك المادة(330) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، جاء فيهما أنه يجوز للدائن أن يحوّل حقه لشخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام. وبناءً عليه، فقد تناولت المادة(304) من التقنين المدني المصري وأيضاً المادة(331) من مشروع القانون المدني الفلسطيني الإستثناءات التي جاء بها القانون، حيث جاء في مضمونها أنه لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز²²².

²¹⁹. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، بيع الدين، دراسة في فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م، ص141.

²²⁰. خالد محمد حسين إبراهيم، التصرف في الديون وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006م، ص 251.

²²¹. تجدر الإشارة إلى أنه يعتبر أهم فرق بين الحق الشخصي والحق العيني هو أنّ الحق العيني لا يتعلق بذمة مدين معين بالذات ومن ثم يتم نقله وينفذ بالإتفاق بين صاحب الحق ومن يتعاقد معه، أما النفاذ في حق الغير فلا يمكن أن يكون إلا بإعلان الإتفاق إلى مدين معين كما هو الشأن في الحوالة ولكن بإجراءات أخرى، فإذا كان الحق العيني واقعاً على عقارات حلت إجراءات التسجيل أو القيد محل إجراءات الإعلان، أما إذا كان الحق العيني واقعاً على منقول فإن القاعدة تقضي بأن الحيابة في المنقول سند الملكية من شأنها أن تكفل لمن حاز المنقول حقه قبل الغير. شفيق شحاته، محاضرات في القانون المدني "حوالة الحق في قوانين البلاد"، الطبعة الأولى، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، 1955م، ص 18-21.

²²². راجع: المادة 304 من التقنين المدني المصري، والمادة 331 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

وبحسب رؤية الباحثة، من الواضح أنّ كل من المشرعين المصري والفلسطيني، لم يتحريرا الدقة في صياغة كل من نص المادة(303)مدني مصري، والمادة(330) مشروع مدني فلسطيني .

وبناء على ما سبق، يتضح أنّ شروط إنعقاد ونفاذ الحوالة تتفق كثيراً مع أحكام وشروط نفاذ وانعقاد عقد الفاكترنج. ولكن إذا كانت الحوالة تتفق مع عقد الفاكترنج في أحكام متعلقة بشروط إنعقاد العقد ونفاذه إلا أنّ هناك إختلاف بين التصرفين في أحكام أخرى. وبهذا الصدد فهل من الممكن اعتبار قاعدة حوالة الحق إطاراً قانونياً لعقد الفاكترنج نظراً لوجود فروقات بين التصرفين وإشكالات تترتب على قاعدة حوالة الحق؟ وستكون الإجابة على هذا التساؤل عند الحديث عن الإشكاليات المترتبة على قاعدة حوالة الحق في المطلب الثالث من هذا المبحث.

الفرع الرابع

قاعدة الحلول الإتفاقي كإطار قانوني مستحدث يطبق على عقد الفاكترنج

تقوم قاعدة الحلول الإتفاقي على شروطاً هامة، ومن الواضح أنّ المشرع المدني المصري تطلب شرطاً واحداً للإتفاق على الحلول، وهو أن لا يتأخر عن وقت الوفاء. بينما المشرع المدني الفرنسي تطلب في المادة(1/1250)²²³، أن يكون الحلول صحيحاً حيث جاء فيها: "الحلول يكون إتفاقياً عندما يتفق الدائن مع الغير الذي أوفى له حقه على الحلول محله في حقوقه ودعاويه وإمتهاراته أو رهونه العقارية في مواجهة المدين ... وهذا الحلول يجب أن يكون صريحاً ..."، كما وأنّ المشرع الفرنسي في المادة ذاتها في فقرتها الثانية²²⁴، لم يلزم الأطراف بإستخدام عبارات أو ألفاظ معينة حيث أنّ الأطراف أحرار في استعمال أي صيغة يمكن أن تكشف عن نيتهم في إجراء الحلول.

وفوق ذلك، اشترط أن يتزامن الحلول مع الوفاء، فلا بد أن يكون الحلول مزامناً للوفاء بالدين من الغير، ولا يجوز أن يكون سابقاً ولا لاحقاً له، ولكن هناك فريق من الفقه²²⁵ يرى بإجازة الحلول السابق ويعده بمثابة وعد بالحلول، وهذا ما تطلبه قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة

²²³. المادة 1/1250 من التقنين المدني الفرنسي.

²²⁴. راجع: المادة 2/1250 من التقنين المدني الفرنسي.

²²⁵. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثالث، دون ذكر دار نشر، دون ذكر بلد نشر، بند 383، ص 689.

(313) منه²²⁶، بينما المشرع الجزائري، فقد اشترط أن يكون هناك إتفاق بين الموفي والدائن على الحلول، وهذا ما تناولته المادة(262) من التقنين المدني الجزائري²²⁷، حيث اكتفى بالإشارة إلى وجود إتفاق بين الطرفين على الحلول دون أن يكون صريحاً، إذ إكتفى بالإشارة الضمنية لإستخلاص الحلول دون الإشارة إليه صراحة²²⁸.

المطلب الثاني

كيفية تحصيل الحقوق التجارية وفقاً لإتفاقية أوتاوا الكندية

تناولت إتفاقية أوتاوا مجموعة من القواعد الموحدة لشراء الحقوق التجارية، كما وقد تضمنت العديد من الأحكام التي تعالج كيفية تحصيل الحقوق التجارية. وفوق ذلك، فقد اتضح أنّ هناك العديد من الأسباب التي دفعت بهذه الإتفاقية إلى استبعاد قاعدة الحلول الإتفاقي كإطار قانوني مستحدث لعقد الفاكورنج، لذا قمت بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث سأتناول في الفرع الأول منه القواعد المنظمة لإتفاقية أوتاوا، أما الفرع الثاني فسوف أتناول فيه أسباب استبعاد هذه الإتفاقية لقاعدة الحلول الإتفاقي كإطار قانوني لعقد الفاكورنج.

الفرع الأول

القواعد المنظمة لإتفاقية أوتاوا الكندية

بالرجوع إلى أحكام إتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية، يتضح أنها جنحت صراحةً نحو الأخذ بحالة الحق كإطار قانوني لعقد الفاكورنج²²⁹، وهذا ما تناولته المادة الخامسة منها²³⁰، ومن الواضح أنّ هذه المادة نصت على جواز الحوالة التي تتم بين الأطراف بالنسبة

²²⁶. راجع: المادة 313 من قانون العقود والموجبات اللبناني.

²²⁷. راجع: المادة 262 من التقنين المدني الجزائري.

²²⁸. محمود عبد الرحمن، الحلول الشخصي، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، دون ذكر بلد نشر، بند 126، ص 308.

²²⁹. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص 42.

²³⁰. راجع: المادة 5 من إتفاقية أوتاوا الكندية 1988م.

للحقوق الآتية أو المستقبلية، كما وتناولت في مادتها الثامنة²³¹ عدم نفاذ الحوالة في حق المدين إلا بعد إخطاره بها.

وبناءً على ما سبق، يبدو أنّ إتفاقية أوتاوا وافقت التشريع الأنجلوساكسوني، وخالفت التشريع اللاتيني وخاصة الفرنسي منه والذي أخذ بداية بقاعدة الحلول الإتفاقي كإطار قانوني لعقد الفاكورتنج ثم جنح نحو الأخذ بحوالة دايلي المستحدثة بقانون (2) كانون ثاني (1981م).

وخلاصة القول، تبين أنّ إتفاقية أوتاوا أخذت بقاعدة حوالة الحق دون غيرها، واستبعدت الأخذ بقاعدة الحلول الإتفاقي، وكما يبدو أنّ هناك العديد من الأسباب التي دفعت بهذه الإتفاقية إلى استبعاد هذه القاعدة. لذا سأقوم بإستعراض هذه الأسباب على النحو المتقدم.

الفرع الثاني

أسباب استبعاد إتفاقية أوتاوا لقاعدة الحلول الإتفاقي كإطار قانوني مستحدث يطبق على عقد الفاكورتنج

إنّ جوهر عملية شراء وتحصيل الحقوق التجارية لا ينسجم في بعض الخصائص مع طبيعة وخصائص قاعدة الحلول الإتفاقي وذلك لعدة أسباب أهمها:

(1) السبب الأول: من حيث طبيعة وهدف التصرف، فإنّ عقد الفاكورتنج ينصب على إنتقال الحق من بائع الديون وهو الدائن الأصلي إلى مشتري الديون (الوسيط) وهو الدائن الجديد، فإنّ انتقال الحق هو جوهر العملية ولا يمكن تصور العقد خارج هذا الإطار²³². بينما في الحلول الإتفاقي فإنّ الموفى له لا ينقل الحق إلى الموفى، وإنما يحل هذا الأخير محل الأول في إستيفاء الحق من المدين²³³. فالغرض قد يكون لأسباب مختلفة، ففي غالب الأحيان قد يكون من أجل التيسير على المدين ذلك أنّ هدف الموفى من حلولة محل الموفى له هو إرجاء المدين إلى ميسره ، وقد يكون

²³¹. راجع: المادة 8 من إتفاقية أوتاوا الكندية 1988م.

²³². مروان الكوكبي، عقد الفاكورتنج، مرجع سابق، ص 376.

²³³. للتوسع حول هذا الموضوع أنظر المرجع الفرنسي الوارد لدى ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، هامش رقم (316)، ص 131.

لأسباب أخرى، كما في مسألة حلول صندوق تعويض مصابي حوادث الطرق في الرجوع على المتسبب بقيمة المبالغ التي دفعها الصندوق.

(2) السبب الثاني: من حيث آثار التصرف، فإنّ نفاذ حوالة الحق في حق المدين وفي حق الغير لا يكون إلا برضا المدين أو إعلانه بالحوالة²³⁴. بينما في الحلول الإتفاقي فهو نافذ في حق المدين وفي حق الغير دون أي إجراء²³⁵، وبالعودة لأحكام عقد الفاكترنج يتضح أنها تنص في مجملها على وجوب قيام بائع الديون إلى إخطار المدين، وإعلانه بنقل حقوق ديونه التجارية، وهذا ما ذهبت إليه إتفاقية أوتاوا. ولهذا فإنّ هذا المبدأ لن يجد تطبيقه إلا في إطار حوالة الحق. بينما في عقد الفاكترنج فإنّ الدائن الأصلي لم يستوفِ الدين، وإنما نقله على سبيل ضمان الإئتمان الممنوح له من مؤسسة الإئتمان، وهذا هو نفس الأمر المتبع في حوالة الحق؛ إذ أنّ فيها ينقل المحيل الحق إلى المحال له، وهذا الأخير يحق له الرجوع عليه بدعوى الضمان، وهذه هي نفس الدعوى التي يرجع فيها الوسيط على بائع الديون في عقد الفاكترنج.

وعليه، يبدو أنّ مسألة اعتبار القوالب العقدية التقليدية والمستحدثة كإطار قانوني لعقد الفاكترنج واجهت العديد من الإشكاليات والمعوقات، والتي سأتناولها في المطلب الثالث من هذا المبحث، ومن هنا دعت الحاجة إلى إيجاد كيان مستقل ومنظم لهذا العقد، له قواعده الخاصة التي تنظمه وتميزه عن غيره نظراً لطبيعته وخصائصه التي تميزه عن سائر العقود.

²³⁴. راجع: المادة 241 من التقنين المدني الجزائري.

²³⁵. راجع: المادة 262 من التقنين المدني الجزائري.

المطلب الثالث

الإشكالات والمعوقات المترتبة عند تحصيل الحقوق التجارية وفقاً للقوالب العقدية التقليدية والمستحدثة

هناك العديد من الإشكالات والمعوقات التي تترتب على اعتبار القوالب العقدية التقليدية والمستحدثة إطار قانوني يطبق على عقد الفاكوتونج. فكان لابد من دراسة الإشكالات المترتبة على كل قالب من هذه القوالب، لذا قمت بتقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع، بحيث سأتناول في الفرع الأول منه الإشكالات المترتبة على قاعدة الإنابة في الوفاء، أما الفرع الثاني سأتناول فيه الإشكالات المترتبة على قاعدة التجديد، بينما في الفرع الثالث سأتناول الإشكالات المترتبة على قاعدة حوالة الحق، وأخيراً في الفرع الرابع سأتناول الإشكالات المترتبة على قاعدة الحلول الإتفاقي.

الفرع الأول

الإشكالات المترتبة على قاعدة الإنابة في الوفاء

يترتب على قاعدة الإنابة في الوفاء العديد من الإشكالات التي أدت إلى استبعاد تطبيقها على عقد الفاكوتونج، إذ تختلف هذه الإشكالات تبعاً لإختلاف الآثار المترتبة على صور الإنابة الكاملة والناقصة، لذا سأتناول الآثار المترتبة على قاعدة الإنابة الكاملة، ومن ثم سأنتقل للحديث عن الآثار المترتبة على قاعدة الإنابة الناقصة.

أولاً: الآثار المترتبة على قاعدة الإنابة الكاملة

1) في العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه: فإنّ التجديد بتغيير المدين، يقتضي إنقضاء الإلتزام القديم وبراءة ذمة المنيب ونشوء إلتزام جديد بمدين جديد هو المناب، ومن الواضح أنّ هذا الأمر تطلبته العديد من التشريعات²³⁶. فالمشرع الجزائري مثلاً تطلب توافر شرطان أساسيان هما نشوء الإلتزام صحيح، وأن لا يكون المناب معسراً وقت الإنابة. وللتوضيح بخصوص شرط الملاءة فهو لا يشترط إلا عند إبرام الإنابة، إذ لا يمتد إلى ما قبلها أو إلى ما بعدها، فلا يمكن للمناب لديه أن

²³⁶. يفترض المشرعين اللاتينيين أنه لصحة الإنابة الكاملة لابد من ملاءة المناب عند الإنابة، راجع: المادة 294 و 295 من التقنين المدني الجزائري، وكذلك المادة 1275 من التقنين المدني الفرنسي، وأيضاً المادة 359 وما بعدها من التقنين المدني المصري.

يتمسك بإبطال الإنابة عند حلول أجل استحقاق الدين بدافع أنّ هذا المناب غير مليء متى كان هذا المناب مليء عند إبرام الإنابة. فما الحكم لوتبين أنّ هذا المناب معسر أو غير مليء عند الإنابة، هنا يكون للمناب لديه الرجوع على المنيب وليس على المناب، ويكون رجوعه على أساس دعوى الدين الأصلي لا دعوى الضمان²³⁷.

ولكن إذا قلنا بتطبيق هذا الوضع على عقد الفاكوتونج، فماذا سيكون الحكم في مثل هذا الفرض؟

بحسب ما ترى الباحثة، يمكن القول، إنّ طبيعة الإلتزام مختلفة حيث أنّ التجديد في عقد الفاكوتونج ينبني على تجديد الدائن وليس تجديد المدين، وفوق ذلك، لا يشترط الملاءة في عقد الفاكوتونج، إذ لا معنى لملاءة الدائن في هذا العقد، كونه مثلي ولا معنى لملاءة المدين كون أنّ التجديد لم ينصب عليه، وأنّ المدين في الإلتزام الجديد هو نفسه المدين في الإلتزام القديم. ومن الواضح أنّ مشروع القانون المدني الفلسطيني تناول بين طياته قاعدة الإنابة الكاملة²³⁸.

(2) في العلاقة ما بين المنيب والمناب: إذا كان المناب مدين للمدين، فيجب معرفة قصد المناب من الإنابة، فهل يقصد تجديد الدين الذي في ذمته للمنيب عن طريق تغيير الدائن؛ أي بدلاً من أن يكون مديناً للمنيب يصبح بموجب الإنابة مديناً للمناب لديه، وبالتالي لا يكون له مجال في هذه الحالة للرجوع على المنيب، أم أنّ المناب يقصد التجديد عن طريق تغيير المدين، وبالتالي ينشأ إلتزام جديد في ذمة المناب لديه، وفي هذه الحالة يرجع المناب على المنيب.

وحسب رؤية الباحثة، فلو قلنا بتطبيق هذا الفرض على عقد الفاكوتونج، يتضح أنه لا مجال للحديث عن عنصر المديونية حول وجوده من عدمه، كما أنه لا مجال للحديث عن التجديد بتغيير المدين، والسبب أنّ عقد الفاكوتونج ينصب دائماً وأبداً على التجديد بتغيير الدائن.

(3) في العلاقة بين المناب والمناب لديه: بموجب الإنابة الكاملة والتي تقتضي التجديد بتغيير المدين، يكون المناب مديناً للمناب لديه في الإلتزام الجديد. وعليه، فإنّ له الحق في الرجوع على المنيب، حتى ولو كان المناب معسراً، ما لم يكن الإعسار قائماً وقت الإنابة، وفي هذه الحالة يجوز إبطال الإنابة والرجوع على المنيب بدعوى الدين الأصلي، كما وأنه لا يمكن للمناب أن يحتج

²³⁷. راجع : المادة 81 من التقنين المدني الجزائري، والتي جاء فيها: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله...".

²³⁸. راجع : المادة 392 من مشروع القانون المدني الفلسطيني 2010 والتي تناولت قاعدة الإنابة الكاملة.

على المناب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب في الدين الذي للمنيب في ذمة المناب.

وبحسب رؤية الباحثة، فلو قلنا بتطبيق هذا الفرض على عقد الفاكترنج فلا مجال للحديث عن الإعسار. ولكن يمكن إيجاد فرق جوهري جديد بين قاعدة الإنابة وعقد الفاكترنج هو أنّ الإلتزام الجديد يعد إلتزاماً غير مجرد بالنسبة للإلتزام الذي في ذمة المناب للمدين، فينتقل محملاً بدفوعه وضمائنه ورهونه²³⁹.

ثانياً: الآثار المترتبة على قاعدة الإنابة القاصرة

إذا كان الأساس في عقد الفاكترنج يقوم على إنقضاء الإلتزام القديم وحلول الإلتزام الجديد محله، فإنّ الإنابة القاصرة تخرج عن هذا الأساس، وبالتالي لا مجال للحديث عن آثارها باعتبارها تبعد كل البعد عن المقصد والمغزى لمضمون وموضوع عقد الفاكترنج، ولأجل ذلك يتم الإكتفاء بإسقاط أحكام الإنابة الكاملة على هذا العقد، كما وأنّ هناك أسباب لا بد من معرفتها أدت إلى استبعاد قاعدة الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لنقل الحق في عقد الفاكترنج، والتي سأقوم بتناولها.

ثالثاً: أسباب إستبعاد قاعدة الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لعقد الفاكترنج

تتلخص هذه الأسباب بوجود فوارق جوهريّة بين عقد الفاكترنج وقاعدة الإنابة في الوفاء وسيتم

توضيحها على النحو الآتي:

1) من حيث المراكز القانونية لأطراف العقد: وبحسب رؤية الباحثة، يبدو الإختلاف واضحاً من حيث الطبيعة القانونية لمراكز الأطراف وكذلك عنصر الملاءة، فبالنسبة للطبيعة القانونية في قاعدة الإنابة في الوفاء، فالأطراف هم المنيب والمناب لديه والمناب، بينما في عقد الفاكترنج، فالأطراف هم بائع الديون التجارية والمدين ومشتري الديون (الوسيط). وأما بالنسبة لعنصر ملاءة المدين، فإنّ هذا العنصر وإن كان مشترط وجوده في قاعدة الإنابة في الوفاء، إلا أنه لا جدوى ولا معنى له في عقد الفاكترنج، والسبب أنّ التجديد في هذا العقد ينصب على تغيير الدائن وليس تغيير المدين.

2) من حيث عنصر المديونية: لا داعي لأن يكون المناب مدين للمنيب أو أن يكون المنيب مدين للمناب لديه في علاقة الإنابة. بينما في عقد الفاكترنج، فعنصر المديونية هو عنصر جوهري لا يمكن تصور تمام هذه العملية بدونه، فالوسيط لا بد أن يكون دائن لبائع الديون التجارية وأنّ هذا

²³⁹. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 284.

الأخير بدوره لا بد أن يكون دائماً للمدين، وبموجب عقد الفاكوتونج، فالوسيط يكون دائماً للمدين بدلاً من بائع الديون، فعنصر المديونية هو الذي يحكم علاقة جميع الأطراف²⁴⁰.

3) من حيث تنقل دفع الحق: ففي الإنابة في الوفاء، يبقى الدين القديم في ذمة المدين الأصلي وينشأ إلى جانبه دين جديد في ذمة مدين آخر، وهذا الدين الجديد مستقل عن الدين القديم في صفاته، ولا يتأثر بدفع الدين القديم. وهذا على العكس في عقد الفاكوتونج، ففيه ينتقل الإلتزام بضماناته وصفاته ودفعه لصالح كل من مشتري الديون (الوسيط) والمدين²⁴¹. ولجميع هذه الأسباب فقد تم استبعاد قاعدة الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لنقل الحق الثابت في الفواتير بموجب عقد الفاكوتونج.

الفرع الثاني

الإشكالات المترتبة على قاعدة التجديد

للتجديد أثران: أثراً منشئاً وآخر مسقطاً، فالتجديد يترتب عليه سقوط الإلتزام القديم أو إنقضائه، إذ يعدّ سبباً من أسباب إنقضاء الإلتزام المعادل للوفاء، وبذات الوقت ينشأ إلتزاماً جديداً محل ذلك الإلتزام القديم²⁴²، وهذا ما أخذت به معظم التشريعات²⁴³، وعلى الرغم من أن الإلتزام القديم ينقضي مع ملحقته وكذلك التأمينات الضامنة له، فإنّ هناك إمكانية للإتفاق على إنتقال التأمينات التي

²⁴⁰. يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى نادر ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، هامش رقم (167)، ص 84.

Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz- com., 1996-I-A-B, p.2, no.6.

²⁴¹. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 287.

²⁴². عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 418.

²⁴³. يعد التجديد سبباً من أسباب إنقضاء الإلتزام المعادل للوفاء ومن التشريعات التي أخذت به، التقنين المدني المصري في المادة 1/356، والتقنين المدني الجزائري في المادة 1/291، والتقنين المدني الفرنسي في المادة 1278، وقانون موجبات العقود اللبناني في المادة 1/325، ومشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة 2/388، والتي جاء فيها: " يترتب على التجديد أن ينقضي الإلتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه إلتزام جديد ولا ينتقل إلى الإلتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الإلتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الإتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى ذلك".

كانت تضمن الإلتزام القديم إلى ضمان الإلتزام الجديد؛ حيث أنّ التأمينات الضامنة للإلتزام القديم لا تنتقل إلى حماية الإلتزام الجديد إلا بنص القانون أو إتفاق الطرفين²⁴⁴.

وأما فيما يتعلق بإنتقال التأمينات بإتفاق المتعاقدين، فلا بد من التمييز بين التأمينات العينية المقدمة من المدين والشخصية المقدمة من الغير، إذ لا يكون الإتفاق على التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تمّ مع التجديد في وقت واحد مع مراعاة الأحكام والمبادئ المتعلقة بالتسجيل، وأما التأمينات المقدمة من الغير سواء كانت عينية أو شخصية فهي لا تنتقل إلى الإلتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون²⁴⁵.

فالتجديد يترتب عليه أنّ الإلتزام القديم ينقضي وينشأ محله إلتزام جديد كونه سبب من أسباب إنقضاء الإلتزام وهو بذات الوقت عقد منشىء لإلتزامات جديدة. بينما في عقد الفاكوتونج فالأمر مختلف، إذ أنه لا مجال للحديث عن إنقضاء الإلتزام ونشوء إلتزام جديد يحل محله، فإذا كان التجديد سبب من أسباب إنقضاء الإلتزام فإنّ عقد شراء الديون التجارية هو سبب من أسباب إنتقال الحق وليس إنقضائه، ومن ناحية أخرى وعلى عكس التجديد الذي ينشأ فيه الإلتزام الجديد خالياً من الضمانات والتأمينات التي كان يحملها الإلتزام القديم إلا ما نص صراحة أو قانوناً على انتقاله، فإنّ عقد الفاكوتونج يضمن انتقال الحق المحال به بصفاته ودفعه وتوابعه وضماناته²⁴⁶. وعليه، فإنّ نظام التجديد لا يصلح أن يكون إطاراً قانونياً لعقد الفاكوتونج.

وأما بالنسبة للأثر المنشىء، فإنه يتمثل بإنشاء إلتزام جديد مستقل عن الإلتزام الأصلي، فإنقضاء الإلتزام الأصلي مرتبط بنشوء الإلتزام الجديد، فإذا كان الإلتزام الجديد قابلاً للإبطال أو أبطل فلا ينقضي الإلتزام الأصلي، ويبدو الأمر واضحاً بعدم دقة المشرع المصري والفلسطيني عند تنظيمها للتجديد تحت مسمى إنقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء.

²⁴⁴. من الأمثلة على نص القانون أن التأمينات تنتقل في الحساب الجاري ضماناً لرصيد الحساب بعد قطعه وإقراره.

²⁴⁵. راجع المادة 390 من مشروع القانون المدني الفلسطيني وكذلك المادة 358 من التقنين المدني المصري، وتجدر الإشارة إلى أن قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 2/325 وكذلك نظيره المدني الفرنسي في المادة 1278 والذي أضاف حقوق الإمتياز أيضاً قد خالفا القانونين الجزائري والمصري الذين استبعدا حقوق الإمتياز واكتفيا بالتأمينات الإتفاقية، أي إستبعدا التأمينات بقوة القانون لأنها تأمينات لم يقدمها المدين بإختياره بل هي تأمينات ربّتها القانون وبنائها على صفة في الإلتزام فهي لصيقة بهذه الصفة.

²⁴⁶. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص79.

الفرع الثالث

الإشكالات المترتبة على قاعدة حوالة الحق

لمعرفة الإشكاليات التي تترتب على قاعدة حوالة الحق، ينبغي دراسة آثار هذه الحوالة، ومن ثم الانتقال لعيوب الحوالة الضامنة للإلتزام.

أولاً: الآثار المترتبة على قاعدة حوالة الحق

تنشأ حوالة الحق العديد من الإلتزامات في العلاقة ما بين أطرافها الثلاثة، وسيتم توضيح ذلك:

1) فيما يتعلق بعلاقة المحال له بالمحال عليه: ينتقل الحق بمجرد إنعقاد الحوالة بين المحيل والمحال له، أي قبل أن تكون الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير بالإعلان أو القبول، إذ تنتقل ملكية الحق فيما بين المحيل والمحيل له بمجرد العقد، دون حاجة إلى أي إجراء آخر²⁴⁷. وعليه، فإذا كان الحق ينتقل إلى المحال له من وقت إنعقاد الحوالة، فإنّ على المحيل الإمتناع عن القيام بأي عمل من شأنه الإضرار بالمحال له كحوالة الحق مرة أخرى أو رهنه أو استيفاء قيمته من المحال عليه²⁴⁸.

وبناءً على ما سبق، ففي العلاقة ما بين المحال له والمحال عليه هناك مرحلة تسبق نفاذ الحوالة وأخرى تلحق نفاذها؛ وأما بخصوص المرحلة التي تسبق نفاذها فمن الواضح أنه لا يجوز للمحال له أن يطالب المحال عليه بالوفاء بالدين لإنتفاء العلاقة بينهما، ولكن هذا لا يعني إنكار صفة الدائن على المحال له في مواجهة المدين؛ إذ أنّ من حقه أن يتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل المحافظة على الحق الذي انتقل إليه، كتجديد قيد الرهن الضامن للحق أو الإمتياز أو الإختصاص قبل سقوطه بمضي المدة القانونية على إجرائه أو توقيع حجز تحفظي تحت يد مدين للمحال عليه أو قطع التقادم المسقط الساري ضد الحق المحال به أو حصول المحال له على قرار

²⁴⁷. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص494.

²⁴⁸. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الإلتزام، مرجع سابق، ص483.

بحق الدائن المحيل لقطع التقادم المسقط لمصلحة المدين المحال عليه²⁴⁹. وهذا ما جاءت به المادة (306) من القانون المدني المصري، والمادة(333) من مشروع القانون المدني الفلسطيني²⁵⁰.

وأما فيما يتعلق بالمرحلة التي تلحق نفاذ الحوالة، فإنّ المحال عليه يلتزم بالوفاء للمحال له "الدائن الجديد"، إذ يتمتع عليه الوفاء للمحيل "الدائن الأصلي"، وتكون الحوالة منتجة لآثارها وذلك في حدود المبلغ الثابت في ذمة المدين حتى تاريخ نفاذها بحقه سواء بالنسبة للمحيل أو المحال عليه أو الغير²⁵¹. وهذا ما أكدته المادة(312) من القانون المدني المصري ونظيرتها المادة(340) من مشروع القانون المدني الفلسطيني²⁵².

2) فيما يتعلق بعلاقة المحال له بالمحيل: يترتب على حوالة الحق انتقال الحق من المحيل إلى المحال له، إذ ينتقل هذا الحق بمجرد التراضي بين المحيل والمحال له. كما وينتقل مع ذات الحق ضماناته كالكفالة والإمтиاز والرهن مع مراعاة وجود التأشير بالحوالة في هامش قيد الرهن، كما وينتقل معه أفساط الدين التي حلت والفوائد المستحقة، إلا إذا تبين من الإتفاق استبعاد الفوائد السابقة استحقاقها من نطاق الحوالة، كما وتنتقل معه كافة الدعاوى المتصلة بالحق المحال به كدعوى الفسخ المتصلة بدين الثمن²⁵³.

وأما الدعاوى التي تتعارض معه فلا تعتبر من توابعه مثل دعوى البطلان، ولكن دعوى الفسخ فهي جزاء وضمنان، إذ أنها جزاء للمدين الممتنع عن تنفيذ إلتزام وضمنان للدائن للوصول إلى

²⁴⁹. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، تنقيح أحمد المراعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004م، ص 601.

²⁵⁰. راجع: المادة 306 من القانون المدني المصري، والمادة 333 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

²⁵¹. أمين دواس، القانون المدني، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2005م، ص 171.

²⁵². راجع: المادة 312 من القانون المدني المصري، وكذلك المادة 340 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

²⁵³. حسن الذنون، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، 1952م، ص272.

حقوقه²⁵⁴. وهذا ما أكدته المادة(307) من القانون المدني المصري، ونظيرتها المادة(334) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكذلك المادة(1010) من القانون المدني الأردني²⁵⁵.

كما ويترتب على حوالة الحق فيما يخص علاقة المحيل بالمحال له، ضمان المحيل وجود الحق المحال به إذا كانت الحوالة بعوض ولم يتم الإتفاق على غير ذلك.

أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يضمن المحيل حتى وجود الحق²⁵⁶، وهذا ما أكدته المادة (308) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة(244) من القانون المدني الجزائري²⁵⁷. كما ولا يضمن المحيل يسار المحال عليه ما لم يتم الإتفاق على غير ذلك، وفي حالة الإتفاق فإنّ الضمان ينصرف إلى وقت الحوالة ما لم يتم الإتفاق على غير ذلك. وأنه إذا رجع المحال له على المحيل فلا يلتزم المحيل في كل الأحوال إلا برد ما استولى عليه مع المصروفات والفوائد، وهذا ما أكدته المادة(310) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة(338) من مشروع القانون المدني الفلسطيني²⁵⁸. كما ويبقى المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية سواءً أكان ضامناً وجود الحق أم لا والتي من شأنها الإنتقاص من الحق المحال به أو توبعه أو زواله، وهذا ما أكدته المادة(311) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة(339) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأيضاً المادة(247)من القانون المدني الجزائري²⁵⁹.

3) فيما يتعلق بعلاقة المحال له بالغير: يُقصد بالغير، أي التنازع بين المحال لهم، أي عند تعدد الحوالة بحق واحد تكون الأفضلية للحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة بحق الغير، وهذا ما أكدته المادة (313) من القانون المدني المصري، وكذلك نظيرتها المادة(341) من مشروع القانون

²⁵⁴. جلال عدوي، أصول أحكام الإلتزام، دون رقم طبعة، دون ذكر دار نشر، الإسكندرية، 1996م، ص 181.

²⁵⁵. راجع: المادة 307 من القانون المدني المصري، والمادة 334 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكذلك المادة 1010 من القانون المدني الأردني.

²⁵⁶. جميل الشراوي، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، الكتاب الثاني، دون رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م، ص 258-260.

²⁵⁷. راجع: المادة 308 من القانون المدني المصري، وكذلك المادة 244 من القانون المدني الجزائري.

²⁵⁸. راجع: المادة 310 من القانون المدني المصري، والمادة 338 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

²⁵⁹. راجع: المادة 311 من القانون المدني المصري، والمادة 339 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكذلك المادة 247 من القانون المدني الجزائري.

المدني الفلسطيني، وأيضاً المادة(1015) من القانون المدني الأردني²⁶⁰. كما ويقصد بالغير، الدائن الحاجز وذلك بدلالة المادة(314) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة(342) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأيضاً المادة(1016) من القانون المدني الأردني²⁶¹.

وبناءً على ما سبق، يبدو واضحاً أنّ عقد الفاكوتونج يتفق مع الحوالة بعوض، إذ أنّ المحيل يضمن للمحال له وجود الحق لكنه لا يضمن له يسار المدين، كما أنّ الحق ينتقل للمحال له بكامل مشتملاته وضمائنه، وكافة ما يستحق من أقساط وفوائد، ويمكن للمدين أن يتمسك قبل المحال له بكافة الدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل، ولا تبرأ ذمة المدين للمحيل بعد علمه أو إعلامه بالحوالة للمحال له²⁶². ومن الواضح أيضاً أن تطابق الكثير من شروط وآثار حوالة الحق مع آلية انتقال الحق في عقد الفاكوتونج، دفع العديد من التشريعات المقارنة مثل الأنجلوسكسونية إلى تبني واعتماد حوالة الحق كأساس قانوني لعقد الفاكوتونج، وذلك على أساس أنها لا تشترط موافقة المدين أو إخطاره بالحوالة، مما جعلها تبني عقد الفاكوتونج على أساس قاعدة حوالة الحق²⁶³.

ولكن تجدر الإشارة إلى أنّ الأمر مختلفاً في القانون الفرنسي، إذ لا بد من مراعاة العديد من الإجراءات الشكلية التي يستلزمها سريان هذه الحوالة. وفوق ذلك، فهناك عيوب من شأنها أن تمس بالطابع الإئتماني للعقد وبروحه وبطبيعته، لذا كان لا بد من دراسة عيوب الحوالة الضامنة للإئتمان، والتي تشكل نوعاً من الإشكاليات التي تعيق اعتبار قاعدة حوالة الحق أساساً قانونياً لعقد الفاكوتونج، وعليه، سأتناول عيوب الحوالة الضامنة للإئتمان.

ثانياً: عيوب حوالة الحق الضامنة للإئتمان

تتلخص عيوب الحوالة الضامنة للإئتمان بالعديد من العناصر:

²⁶⁰. راجع: المادة 313 من القانون المدني المصري، وكذلك نظيرتها المادة 341 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأيضاً المادة 1015 من القانون المدني الأردني.

²⁶¹. راجع: المادة 314 من القانون المدني المصري، وكذلك المادة 342 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأيضاً المادة 1016 من القانون المدني الأردني.

²⁶². نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 208.

²⁶³. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 210.

1) من حيث وجوب إعلان المدين بالحوالة: إنّ الحوالة لا تتعقد في حق المدين والغير إلا برضا المدين أو إعلانه بالحوالة حتى تسري في مواجهته ويحتج بها على الغير²⁶⁴، وهذا الشرط يعرقل عمليات شراء الحقوق التجارية التي تتطلب السرعة والمرونة لإنجازها، ولأجل ذلك تفادت بعض التشريعات خاصة الأنجلوسكسونية هذا العائق بإبتكارها وسائل بديلة للإخطار الرسمي ومنها المشرع الأمريكي الذي ابتدع نظام تسجيل الحوالة في السجل العام المعد لذلك، أو قيدها في الدفاتر التجارية لبائع الديون²⁶⁵.

2) من حيث الغرض من الحوالة: إنّ عقد الفاكوتونج هو عقد إئتمان ووسيلة لمواجهة مشكلة تحصيل الحقوق، إذ أنّ ما يحصله الوسيط من فوائد وعمولات هو مقابل ما يقدمه من خدمات لعميله وليس من أجل المضاربة²⁶⁶، بينما حوالة الحق تفترض غالباً أنّ هناك شخص يتقدم لشراء الحق بأقل من قيمته ذلك لأنّ المحال إليه يكون مضارباً أو مستثمراً يشتري الحق بمبلغ أقل من قيمته ثم يرجع على المدين بقيمة الحق كاملاً²⁶⁷.

3) من حيث آثار الحوالة: فإنه بحسب رؤية الباحثة، ينبغي القول أنه:

أ) في حوالة الحق لا يكون رجوع المحال إليه بالحق إلا بدعوى واحدة هي دعوى الحق أو دعوى الحلول. بينما في عقد الفاكوتونج، فالوسيط لا يكون رجوعه على المدين باستعمال دعوى الحق أو دعوى الحلول فقط، بل له أيضاً الرجوع عليه بالدعوى الشخصية، فهو دائن للموفي بسبب الوفاء ومصدر هذه الدعوى هو الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب. فمشتري الديون (الوسيط) بناءً على ماسبق، يمتلك دعويان وهذا يعطي لعقد الفاكوتونج مرونة أكبر.

ب) كما وأنه في عقد الفاكوتونج لا يرجع الوسيط إلا بقدر ما دفعه. أما في حوالة الحق، فإنه يرجع بكل الدين ولو كان قد اشتراه بأقل من قيمته بإعتبار المحال إليه مضارباً. كما وأنّ الوسيط لا يرجع على المدين إلا إذا كان قد وقى الدين فعلاً عن طريق قيده في الحساب الجاري لبائع الديون. بينما في حوالة الحق يجوز للمحال له أن يرجع على المدين قبل أن يدفع ثمن الحوالة للمحيل.

²⁶⁴. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص 41.

²⁶⁵. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 72.

²⁶⁶. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 72.

²⁶⁷. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 390.

ج) كما ويضمن المحيل للمحال له وجود الحق في حالة الحوالة بعوض، وفي حالة انعدام الحق يكون للمحال له الرجوع على المحيل بالتعويض عما سببه انعدام الحق المحال من أضرار، بينما الوسيط في عقد الفاكوتونج يرجع على بائع الديون بدعوى استرداد غير المستحق.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه العيوب أدت بالعديد من التشريعات وخاصة اللاتينية منها إلى استبعاد الأخذ بنظام حوالة الحق كأساس قانوني لعقد الفاكوتونج، إذ أنها استعاضت عنها بأساليب قانونية جديدة ومستحدثة²⁶⁸.

الفرع الرابع

الإشكالات المترتبة على قاعدة الحلول الإتفاقي

إنّ السؤال المطروح بهذا الصدد أنه هل تعتبر قاعدة الحلول الإتفاقي أساساً قانونياً ليطبق على عقد الفاكوتونج؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد من معرفة مدى انسجام نظام الحلول الإتفاقي مع عقد الفاكوتونج الذي يعتبر وسيلة إئتمان. ولذا يجب دراسة عدة مسائل:

أولاً: من حيث اشتراط رضاء المدين لإنعقاد العقد ونفاذه

يتضمن عقد الفاكوتونج إتفاق بين بائع الديون التجارية والوسيط على أن يحل هذا الأخير محل الأول في مواجهة المدين، ولا يشترط في الحلول رضاء المدين ولا إعلامه حتى يكون ملزماً بالوفاء للدائن الجديد، كما ويستطيع الدائن الجديد (الوسيط) أن يتنازل عن الدين موضوع عقد الفاكوتونج²⁶⁹. فنظام الحلول الإتفاقي لا يقوم على المضاربة، وبما أنّ عقد الفاكوتونج لا يعتمد على المضاربة فإنه يجد أساسه في الحلول الإتفاقي في هذه الخاصية.

²⁶⁸. من الأساليب المستحدثة والجديدة الحلول الإتفاقي وحوالة دايلي وسيأتي تفصيلها.

²⁶⁹. نادر عبد العزيز شافي، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص 232.

ثانياً: من حيث آثار الحلول الإتفاقي

إن أحكام الحلول الإتفاقي تتسجم وتتوافق مع آلية عمل عقد الفاكوتونج، ولكن بالرغم من ذلك فقد قام المشرع الفرنسي باستحداث نظام أعطاه لعقد الفاكوتونج حتى يميز هذا العقد ويعطيه ذاتية وخاصة تميزه عن غيره وذلك باستكشافه حوالة دايلي²⁷⁰.

إن حوالة دايلي هي تقنية تحمل اسم صاحبها وتستخدم في حالة عدم وجود أوراق تجارية تثبت حق الدائن (المورد) على مدينه (الزبون)، ومن خلالها يمكن للمورد زبون البنك أن يقيم عقد مع بنكه ينتازل فيه عن تلك الحقوق أو يرهنها لصالح البنك، مقابل قرض تبرره تلك الحقوق، ويتحدد في العقد شروط التعبئة والإستعمال وتحصيل الحقوق وذلك بتقديم ملف كامل للحقوق، على أن يتولى الزبون صاحب الحق عملية التحصيل، ومن ثم تقديم وتسديد المبلغ للبنك مقابل القرض المحصل عليه سابقاً²⁷¹.

إن حوالة دايلي هي أداة لضمان الإئتمان، إذ أنها تمنح الإئتمان للمستفيد منه، وتمنح ضمان هذا الإئتمان لمؤسسة الفاكوتونج، فهذا السند يضمن اندماج عملية مصرفية وهي منح الإئتمان وضمانه وعملية مدنية وهي نقل الحقوق وذلك في عملية قانونية واحدة²⁷².

وبحسب رؤية الباحثة فحوالة دايلي آلية جديدة ومستحدثة تسمح للعملاء بفتح مصادر تمويل، وتسمح للبنوك بإقتصاد نفقات التسيير، وذلك عن طريق تخلصها من عملية التحصيل التي تبقى منوطة بالعميل، وعن طريق نقلها العديد من الحلول في آن واحد، فهي آلية تتسجم كثيراً مع مبدأ

²⁷⁰. دايلي هو إسم عضو بمجلس الشيوخ الفرنسي الذي وضع إقتراح مشروع قانون دايلي. وتتلخص وقائع هذا النظام أنه بمقتضى قانون 2 جانفي 198م المعدل بقانون 64/84 الصادر بتاريخ 24 جانفي 1984م، أنشأ المشرع الفرنسي آلية جديدة للإئتمان وهذه الآلية عبارة عن سند دين تسمح بحوالة الحقوق وتقع في مركز وسط بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الصرف.

²⁷¹. بن طلحة صليحة، معوشي بو علام، مداخلة ملقاه في الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الإقتصاديات والمؤسسات، بكلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2006م، ص1.

²⁷². يشار لذلك في: المرجع الفرنسي الوارد لدى ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة،

مرجع سابق، هامش رقم (279)، ص119.

الجماعية، هذا من زاوية، ومن زاوية أخرى، تعفي مؤسسة الإئتمان من العبء المالي والضريبي المستحق بشأن كل ورقة من هذه الأوراق.

وبناءً على ما سبق، ترى الباحثة أنه لا يمكن اعتبار النظريات السابقة أساساً قانونياً ليطبق على عقد الفاكوتورنج، إذ أنه بحسب ما بيّنت هذه الدراسة فإنّ هذه النظريات تتطوي في جوانب منها على إشكالات لا تتسجم والطبيعة القانونية لعقد الفاكوتورنج، لذا سأقوم باستعراض الجوانب التي تثير إشكالات في هذه النظريات، فمثلاً في قاعدة الإنابة في الوفاء وخاصة في الإنابة الكاملة يتضح أنّ طبيعة الإلتزام مختلفة عن عقد الفاكوتورنج، إذ أنّ التجديد في عقد الفاكوتورنج ينبني على تجديد الدائن وليس تجديد المدين، وفوق ذلك، لا يشترط الملاءة في عقد الفاكوتورنج، إذ لا معنى لملاءة الدائن في هذا العقد، كونه متلقي ولا معنى لملاءة المدين كون أنّ التجديد لم ينصب عليه، وأنّ المدين في الإلتزام الجديد هو نفسه المدين في الإلتزام القديم، هذا بالنسبة للعلاقة ما بين المنيب والمناب لديه. وأما بالنسبة للعلاقة ما بين المنيب والمناب فلا مجال للحديث عن عنصر المديونية حول وجوده من عدمه، كما أنه لا مجال للحديث عن التجديد بتغيير المدين، والسبب أنّ عقد الفاكوتورنج ينصب دائماً وأبداً على التجديد بتغيير الدائن. وأما بالنسبة للعلاقة ما بين المناب والمناب لديه فلا مجال للحديث عن الإعسار. ولكن يمكن إيجاد فرق جوهري جديد بين قاعدة الإنابة وعقد الفاكوتورنج هو أنّ الإلتزام الجديد إلتزاماً غير مجرد بالنسبة للإلتزام الذي في ذمة المناب للمدين، فينتقل محملاً بدفوعه و ضماناته ورهونه.

وبالنسبة للإنابة القاصرة، فإذا كان الأساس في عقد الفاكوتورنج يقوم على إنقضاء الإلتزام القديم وحلول الإلتزام الجديد محله، فإنّ الإنابة القاصرة تخرج عن هذا الأساس، وبالتالي لا مجال للحديث عن آثارها باعتبارها تبتعد كل البعد عن المقصد والمغزى لمضمون وموضوع عقد الفاكوتورنج. وفوق ذلك هناك العديد من الأسباب التي أدت إلى استبعاد قاعدة الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لعقد الفاكوتورنج²⁷³.

وأيضاً بخصوص قاعدة التجديد، فالتجديد يترتب عليه أنّ الإلتزام القديم ينقضي وينشأ محله إلتزام جديد كونه سبب من أسباب إنقضاء الإلتزام وهو بذات الوقت عقد منشيء لإلتزامات جديدة. بينما في عقد الفاكوتورنج فالأمر مختلف، إذ أنه لا مجال للحديث عن إنقضاء الإلتزام ونشوء إلتزام جديد يحل محله، فإذا كان التجديد سبب من أسباب إنقضاء الإلتزام فإنّ عقد شراء الديون التجارية

²⁷³. راجع: الصفحات 83 و84 من هذه الدراسة والتي تناولت تلك الأسباب.

هو سبب من أسباب انتقال الحق وليس انقضاءه، ومن ناحية أخرى وعلى عكس التجديد الذي ينشأ فيه الإلتزام الجديد خالياً من الضمانات والتأمينات التي كان يحملها الإلتزام القديم إلا ما نص صراحة أو قانوناً على انتقاله، فإنّ عقد الفاكترنج يضمن انتقال الحق المحال به بصفاته ودفعه وتوابعه وضماداته. وعليه، فإنّ نظام التجديد لا يصلح أن يكون إطاراً قانونياً لعقد الفاكترنج.

ولكن على ما يبدو أنّ قاعدة الحلول الإتفاقي هي الأقرب من غيرها لأن تكون إطار قانوني يطبق على عقد الفاكترنج فهي لا تقوم على المضاربة، وهنا يجد عقد الفاكترنج نفسه في هذه الخاصة، كما أنها عملية تحقق الإلتزام الذي يشكل قوام هذا العقد، ولكن لو كان الحلول الإتفاقي معالماً لجميع جوانب هذا العقد لما استحدثت المشرع الفرنسي آلية جديدة لإنتقال الحقوق الثابتة في الفواتير والتي أطلق عليها اسم حوالة دايلي هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنّ الباحثة تُوصي بالمصادقة من قبل دولة فلسطين على إتفاقيّة أوتاوا وأنّ هذه الإتفاقيّة قامت باستبعاد قاعدة الحلول الإتفاقي لأسباب عديدة²⁷⁴.

وبناءً على ما سبق، ترى الباحثة أنه يمكن تبني نظرية حوالة الحق إذ تعتبر هذه النظرية هي الأقرب لأن تكون أساس قانوني يطبق على عقد الفاكترنج. وقد استندت الباحثة للأحكام والنصوص القانونية التي تناولها مجلة الأحكام العدلية بخصوص الحوالة والمتمثلة بالمواد (673-700) كما أكدت الباحثة أنه من الممكن الإستناد للنصوص القانونية الموجودة في مشروع القانون المدني الفلسطيني 2012م- فيما إذا أقر- والمطبق في غزة والذي لا زال مشروعاً في الضفة الغربية والذي تناول حوالة الحق في المواد (330-342) و حوالة الدين في المواد (343-350) منه، كما واستندت الباحثة للمادة (13) من القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010م) بشأن المصارف الفلسطينية، والتي على أساسها يمكن لهذا العقد أن يجد كيانه ومقوماته، فعملية البيع والشراء واضحة في هذه المادة عندما نصت بفقرتها (د) على بيع وشراء أدوات السوق النقدية الآنية والمستقبلية، وتناولت في فقرتها (هـ) شراء الديون وبيعها سواء بحق الرجوع أو بدونه، وبتطبيق ذلك على عقد الفاكترنج يتضح أنّ العملية تتم بوجود عقدين وثلاثة أطراف، فالعقد الأول وهو عقد البيع والذي يبرم بين بائع الديون والمدين، والعقد الثاني وهو عقد الإعتماد التجاري والذي يبرم بين البائع والمشتري أو محصل الديون، وفي ظل هذه الصفة الثلاثية الأطراف يقوم بائع الديون بالتنازل عن الفواتير التي في ذمة المدين للمحصل والذي يقوم بدوره بالعديد من الوظائف الإدارية والمالية

²⁷⁴. راجع: الصفحات 79 و80 من هذه الدراسة والتي تناولت تلك الأسباب.

المتتمثلة بالتحصيل والتمويل وتقديم المعلومات الفنية والإستشارية وتسهيل التصدير للخارج وذلك لقاء عمولة محددة يتقاضاها، وهذه هي الوظائف التي جاءت بها الفقرة(ب) من ذات المادة حيث قالت تقديم الإئتمان بكافة أنواعه فعملية الإئتمان واضحة بصورة جلية للغاية.

الخاتمة

بعد الإنتهاء من دراسة موضوع هذه الرسالة، ومناقشة جزئياتها، تم الخروج بالعديد من النتائج والتوصيات وفق الآتي:

أولاً: النتائج

1. يعتبر عقد الفاكترنج من العقود التي استحدثها الواقع التجاري لتلبية الحاجات الإقتصادية والمالية للمشاريع الإنتاجية من أجل مواكبة التطور التكنولوجي في وسائل الإنتاج. فهو عقد حديث النشأة والظهور وهو نتاج تطور الفكر القانوني الذي عادة ما يؤدي إلى بروز قوالب عقدية تتسجم مع التطورات الحاصلة في المجال الإقتصادي، فهو عقد لا يزال في طور النشأة وأحكامه لا تزال في طور التبلور.
2. تبين للباحثة أنّ هذا العقد كونه وسيلة تمويلية مستحدثة يعد من أحدث وسائل التمويل التي تجنب المشاريع العديد من الصعوبات والمخاطر التي تواجهها الأساليب العقدية التقليدية .
3. تبين للباحثة أنه بما أنّ هذا العقد يحقق فائدة لأطرافه وللاقتصاد بوجه عام، فهو من ناحية أخرى يعد من وسائل التمويل الأقل خطورة مقارنة مع وسائل التمويل الأخرى، كما ويوفر للمشاريع التمويل اللازم لتوسيع نشاطها وتطويره أو إنشاء استثمارات جديدة وفوق ذلك يساهم في دفع عجلة التنمية الإقتصادية من خلال زيادة عدد المشاريع وإيجاد فرص عمل جديدة .
4. تبين للباحثة أنّ قاعدة الحلول الإتفاقي من الصعب أن تطبق على عقد الفاكترنج إلا أنه تعثر بها بعض الإشكالات حيث أن الحلول الإتفاقي يقوم على أساس انقضاء الدين ولا يشترط فيه دائماً رضاء المدين والموفي وهذا لا ينسجم مع عقد الفاكترنج والذي ينشأ برضاء الدائن والموفي ولا محل لرضاء المدين إلا لتنفيذ العقد وليس لنشأته.
5. ترى الباحثة أنّ حوالة دايلي بالرغم من أنّ المشرع الفرنسي هو الوحيد الذي انفرد بإبتكارها إلا أنها لا تصلح أن تكون إطار قانوني يطبق على عقد الفاكترنج إذ أنها تتعارض مع أهداف هذا العقد وهو تجنّب بائع الديون المشاكل الإدارية والمالية لعمليات التحصيل.
6. تبين للباحثة أن انتشار نظام الفاكترنج ساعد على وجود شركات متخصصة وأحياناً متعددة الجنسيات تقوم بشراء الديون من خلال نظام الفاكترنج بهدف تأمين التمويل اللازم على نحو من السرعة وتخفيف نفقات التحصيل.

7. تبين للباحثة أنه من أجل نجاح هذا العقد كوسيلة تمويلية في فلسطين فلا بد من توافر عدة عوامل أهمها توفير البيئة القانونية والإقتصادية، كما ولا بد أن يكون هناك حسن لإدارة شركات الفاكترنج ومراقبة فعلية لنشاطها وبذات الوقت إيجاد حلول ملائمة لحل المشاكل التي قد تتجم عند تنفيذ العقد.

8. تبين للباحثة أنّ عقد الفاكترنج ينشأ عنه علاقات قانونية متشابكة إذ أنه ثنائي الأطراف ويدخل في عملية ثلاثية الأطراف فهو يختلف في طبيعته عن العقود التقليدية التي تقتصر على وجود طرفين.

9. ترى الباحثة أنّ عقد الفاكترنج ينطوي على خصوصية وميزة معينة متعلقة بالإئتمان تجعله منفرداً عن غيره من عقود الإئتمان الكلاسيكية؛ إذ يتم استرداد الإئتمان بحسب الأصل بالرجوع على العميل متلقيه، بينما في عقد الفاكترنج فهو يتم بحسب الأصل بالرجوع على المدين لتحصيل الحق منه، وعليه فإنّ الملزم برد الإئتمان ليس المستفيد منه كما جرى عليه الأصل وإنما مدينه.

10. ترى الباحثة أنّ عقد الفاكترنج يتمتع بخصوصية من حيث طبيعة الضمان الممنوح، إذ أنّ الضمان الممنوح عادةً لضمان عقد الإئتمان يتمثل في تأمينات شخصية أو عينية، بينما الضمان الممنوح بموجب عقد الفاكترنج هو ضمان إقتصادي وليس قانوني ويتمثل في ضمان عدم الرجوع.

11. تؤيد الباحثة نظرية حوالة الحق كونها الأصلح لأن تكون إطار قانوني يطبق على عقد الفاكترنج بالرغم من أنه يعترها الكثير من العيوب وخاصة ما يتعلق بالشروط الشكلية والمتعلقة بالكتابة والإعلان والتي تتعارض مع العمليات التجارية التي تتسم بالسرعة والمرونة إلا أنها تتواءم وتتسجم مع عقد الفاكترنج وتهيء للإلتزام لإتفاقية أوتاوا الكندية الخاصة بتوحيد قواعد شراء الديون التجارية واستندت الباحثة لدعم نظرية الحوالة بالنصوص الواردة في مجلة الأحكام العدلية (673-700) بخصوص الحوالة وكذلك النصوص الواردة في مشروع القانون المدني الفلسطيني 2012م فيما -إذا أقر- والذي تناول حوالة الحق وحوالة الدين (330-350)، كما واستندت للمادة (13) من القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010م) بشأن المصارف الفلسطينية التي تناولت جميع مقومات عقد الفاكترنج والتي تعتبر النص الوحيد في قانوننا الفلسطيني الذي تناول هذا المعنى وعليه يمكن بناء تنظيم قانوني لهذا العقد.

ثانياً: التوصيات والمقترحات

1. تظهر الحاجة الماسة إلى وضع تشريع قانوني خاص بعقد الفاكترنج في فلسطين كون أن فلسطين بحاجة لهذا النوع من التمويل تبعاً للمزايا التي يقدمها هذا العقد، والتي لها دور في دفع عجلة الإقتصاد الوطني والتقدم التكنولوجي، وكون أن هذا العقد يتمتع بخصوصية شديدة تتطلب إيجاد قانون خاص ينظمه إلى جانب القواعد العامة المتضمنة للكثير من الحلول القانونية التي تتطلب البحث والإجتهد.

2. السعي إلى إيجاد الحماية القانونية للمصلحة العامة ومصحة المؤسسات المالية التي تستثمر أموالها في مجال نشاط الفاكترنج وحماية مصلحة الدائنين الذين يلجأون لبيع الديون المترتبة لهم بذمة مدينيهم بموجب هذا العقد، وبالمقابل حماية المدين الذي يلعب دور مهم في عملية الفاكترنج وبالتالي الغير الذي يتعامل مع أطراف هذا العقد، وتوفير الحماية الكاملة للمكنتبين أو المستثمرين ومساعدتهم في إختيار الأصول ذات الجودة العالية.

3. السعي إلى تدخل المشرع لتنظيم الأحكام الأساسية لهذا العقد وخاصة حصر ممارسة هذا النشاط في المؤسسات المالية والشركات المساهمة المتخصصة وتنظيم عملية تأسيسها وممارسة أعمالها.

4. السعي الجاد إلى ضرورة مصادقة دولة فلسطين على إتفاقية أوتاوا الكندية المتعلقة بشراء وتحصيل الحقوق التجارية والتي أخذت بنظرية حوالة الحق.

5. السعي إلى إنشاء فروع في البنوك الفلسطينية مرتبطة مع إحدى المجموعات الدولية لشراء الحقوق، على أن يتطور هذا الفرع مع الوقت إلى مؤسسة مالية تأخذ شكل شركة مساهمة ذات رأس مالي ضخم ومهم مكون من أسهم تتقاسمها بنسبة كبيرة البنوك الفلسطينية وبنسبة قليلة طرح بعض الأسهم للتداول الدولي، وذلك من أجل تهيئة البيئة القانونية الفلسطينية لإستقبال هذا العقد مستقبلاً.

قائمة المصادر والمراجع

❖ المصادر

1. قانون البيئات الفلسطيني رقم (4) لسنة(2001م).
2. القرار بقانون رقم (9) لسنة(2010م) بشأن المصارف الفلسطينية.
3. قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة (1966م).
4. قانون التجارة العراقي رقم(30) لسنة(1984م).
5. قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة (1999م).
6. قانون الشركات الفلسطيني رقم (12) لسنة(1964م).
7. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة(1976م).
8. القانون المدني الجزائري (1975م).
9. القانون المدني السوري رقم (84) لسنة (1949م).
10. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة(1951م).
11. القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة(2012م).
12. القانون المدني الفرنسي ط (1998م)،(1999م).
13. القانون المدني اللبناني الموجبات والعقود لسنة (1932م).
14. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948م).
15. مجلة الأحكام العدلية.
16. مشروع قانون التجارة الفلسطيني الجديد (2010 م).
17. مشروع قانون الشركات الفلسطيني(2010 م).
18. مشروع القانون المدني الفلسطيني (2010م) .
19. قانون النقد الفلسطيني رقم (5) لسنة (1995م).
20. قانون (2) جانفي 1981 المعدل بقانون (64/84) الصادر بتاريخ (24) جانفي لسنة (1984م).
21. إتفاقية أوتاوا الكندية المنعقدة بتاريخ (28) مايو (1988م) بشأن تحصيل وشراء الحقوق التجارية.

❖ المراجع العربية والأجنبية

أولاً: المراجع العربية

أ) الكتب

1. إبراهيم، خالد محمد حسين: التصرف في الديون وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006م.
2. الأسيوطي، معجم المصطلحات المصرفية والمالية، 1988م.
3. الأهواني، حسام الدين: النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار أبو المجد للطباعة، دون ذكر بلد نشر، 1996م.
4. بدرابي، عبد المنعم: النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، دار النهضة العربية، دون بلد نشر، 1968م.
5. بدوري، أحمد زكي: معجم المصطلحات القانونية.
6. بشير، محمودي: عقد تحويل الفاتورة، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال العمومية، دون ذكر بلد النشر، 2003م.
7. تناغو، سمير عبد السيد: نظرية الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.
8. جهلول، عمار حبيب: عقد خصم الديون دون حق الرجوع، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، 2011م.
9. حجازي، عبد الحي: عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، دون ذكر بلد نشر، 1950م.
10. الحجازي، عبد علي أحمد: التوريق، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
11. دواس، أمين: القانون المدني، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2005م.
12. دويدار، هاني: النظام القانوني للتجار، العقود التجارية، العمليات المصرفية، الأسناد التجارية، الإفلاس، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1997م.

13. الذنون، حسن علي: دور المدة في العقود المستمرة، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1988م.
14. الذنون، حسن علي: شرح القانون المدني العراقي، أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، 1952م.
15. الذنون، حسن علي: النظرية العامة للإلتزامات، دون ذكر دار نشر، بغداد، 1976م.
16. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط، الجزء الثالث، دون ذكر دار نشر، الإسكندرية، دون سنة نشر.
17. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، دون ذكر بلد نشر، 1985م.
18. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، تنقيح أحمد المراعي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م.
19. شافي، نادر عبد العزيز: عقد شراء الديون التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، طرابلس، 2013م.
20. شبيب، محمد لبيب: دروس نظرية الإلتزام، دون ذكر دار نشر، دون ذكر بلد نشر، 1974م-1975م.
21. شحاته، شفيق: محاضرات في القانون المدني حوالة الحق في قوانين البلاد، الطبعة الأولى، معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، جامعة الدول العربية، 1955م.
22. الشرقاوي، جميل: النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، الكتاب الثاني، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.
23. صادق، نزيه محمد: الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة الجديدة، دون ذكر بلد نشر، 1990م.
24. طه، مصطفى كمال، البارودي، علي: القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001م.

25. عبد الرحمن، محمد شريف: **حوالة الإلتزام في ضوء الفقه وأحكام القضاء**، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005م.
26. عبد الرحمن، محمود: **الحلول الشخصي، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي**، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
27. عثمان، حسين فتحي: **التوريق المصرفي للديون**، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، دون ذكر بلد النشر، 1999م.
28. عدوي، جلال: **أصول أحكام الإلتزام**، دون طبعة، دون دار نشر، الإسكندرية، 1996م.
29. العكلي، عزيز: **شرح القانون التجاري، الشركات التجارية، الجزء الرابع**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998م.
30. علم الدين، محي الدين إسماعيل: **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية**، الجزء الاول، دون ذكر دار النشر، القاهرة، 1987م.
31. عمر، محمد عبد الحليم: **الفاكتورنج إدارة وبيع الديون التجارية بين الواقع والمنظور الإسلامي**، جامعة الأزهر، القاهرة، شوال 1424هـ، 2003م.
32. عوض، علي جمال الدين: **الإعتمادات المصرفية وضماناتها**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م.
33. عوض، علي جمال الدين: **عمليات البنوك من الوجهة القانونية**، دون ذكر دار نشر، دون ذكر بلد نشر، 1998م.
34. عوض، علي جمال الدين: **عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة وتشريعات البلاد العربية**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
35. عوض، علي جمال الدين: **عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة وتشريعات البلاد العربية**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
36. فضلي، هشام: **الإستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة (التوريق)**، دار الفكر الجامعي، دون ذكر بلد النشر، 2004م.

37. فضيل، نادية: الأوراق التجارية في القانون التجاري، الطبعة الثانية، دار هومة، دون ذكر بلد نشر، 1998م.
38. مذكور، محمد سامي: يونس، علي حسن: الإفلاس، دار الفكر العربي، القاهرة، دون ذكر سنة نشر.
39. الملح، أحمد عبد الرحمن، الكندري، محمود أحمد: عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريد، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، 2004م.
40. ناصيف، إلياس: عقد الفاكوتونج وتنفيذه بواسطة المصارف، المجلد 15، العدد 171، إتحاد المصارف العربية، دون ذكر بلد نشر، 1995م.
41. النشوي، ناصر أحمد إبراهيم: بيع الدين، دراسة في فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م.

ب) الأبحاث القانونية

1. فضلي، هشام: عقد شراء الحقوق التجارية كأداة إئتمانية مستحدثة ودوره في علاج مشاكل التحصيل، بحث منشور، كلية الحقوق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
2. كوكبي، مروان: عقد الفاكوتونج، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، الجزء الثاني، كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م.
3. محمد، ذكرى عبد الرازق: عقد شراء فواتير الديون التجارية (FACTORING) من الوجهتين العملية والقانونية، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، دون ذكر سنة نشر.

ج) الرسائل الجامعية

1. توفيق، تورية: وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1987م.

2. جمعة، أحمد محمود: مبدأ عدم تجزئة مفردات الحساب الجاري في الفقه والقضاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، 1979م.
3. عبد الحفيظ، ميلاط: النظام القانوني لتحويل الفاتورة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 1432 هـ - 1433 هـ، 2011 م - 2012 م.
4. محمد، ذكرى عبد الرازق: مبدأ تجديد المدفوعات في الحساب الجاري، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، دون ذكر بلد نشر، 2006م.
5. محمد، عبد العالي صالح: الوفاء مع الحلول، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، العراق، 1998م.

(د) المجالات والدوريات القانونية

1. أبو عرابي، غازي: مسؤولية البنك العقديّة عن عدم تحصيل قيمة الأوراق التجارية في التشريع الأردني، مجلة دراسات العلوم والشريعة والقانون، المجلد 27، العدد 1، أيار 2000م.
2. الجبالي، عبد الفتاح: المناظرة حول تصفية الديون الإفريقية، مجلة السياسة الدولية، العدد 98، مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية بالأهرام، القاهرة، 1989م.
3. الخويلدي، عبد الستار: خصم الديون، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مجلة دورية تصدر عن الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، المجلد 5، العدد 2، السنة 5، يونيو، 1997م.
4. دويدار، هاني: عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، العددان 1 و2، 1991م.
5. صالح، باسم محمد: الحلول القانوني الشخصي وسيلة لإنقضاء الإلتزام وأداة رجوع على الغير، مجلة العلوم القانونية، المجلد 10، العدد 1، 1994م.
6. النشرة الإقتصادية للبنك الأهلي المصري، المجلد 47، العدد 2، القاهرة، 1994م.

(هـ) الدورات التدريبية والمداخلات

1. بوداح عبد الجليل: بدائل التمويل الخارجي في المشروعات الصغيرة والمتوسطة، الدورة التدريبية الدولية، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة قسنطينة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، المغرب، 25-28 مايو، 2003م.

2. معوشي بوعلام، بن طلحة صليحة: مداخلة ملقاه في الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الإقتصاديات والمؤسسات بكلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2006م.

و) مواقع الإنترنت

1. الموقع الإلكتروني، موقع ملتقى رجال الأعمال الفلسطيني، ولأول مرة إصدار سندات حكومية، متوفر على شبكة الإنترنت على الرابط التالي :

<http://www.pbforum.ps/ar-page.php?id>

2. الموقع الإلكتروني للنصوص الأصلية لإتفاقية أوتاوا الكندية 1988م الموجود باللغة الفرنسية، متوفر على شبكة الإنترنت، على الرابط التالي:

<http://www.conventiond'unidroit.org>.

تاريخ الدخول للموقع: 2015/12/16م.

ثانيا: المراجع الأجنبية

- Piser S., "**Legal Aspects of Internationl Factoring** – An American Concept Goes Abroad, "The Business Lawyer, July 1970.
- Plank T. E "Sacred Cows and Workhorses:**The Sale of Accounts and Chattel Paper Under the U.C.C. and Effects of Violating A Fundamental Drafting Principle**,"26 (2)Connecticut Law Review,Win.1994.
- Baudoin J. L : **Les obligation**, Yvons Blains, Inc, 4ém. édition, 1990, No.899.
- Biscoe P. M, "**Law and Practice of Credit Factoring**".
- Bonneau. Th:**Droit Bancaire, Montchrestien**, 2e édition 1996, No.572s.

- Bourdeaux G.: **Autres Moyens De Paiement Et De Recouvrement, Affacturage International**, édition du Juris – Classeur –1998–Fascicule 530–10, No.52.
- Daurinzeau J.M, **convention d'Ottawa du 28 Mai 1988 sur l'affacturage international**, Le revue Banque & Droit N° 19, 1991.
- Deschanel J. P.: **Délais de Paiement, Crédit Inter–Enterprises et Relais Par les établissement de crédit, de l'escompte à l'affacturage**, petites affiches 22 juillet 1996.
- Estoupe. P, note sous Versailles, 24 nov.1989, J.C.P, 1990–II–21498.
- Ferrand. F: **Droit Privé allemande, Dalloz**, 1997, p.317 et 625.
- Fournier M.: **Ordereau de Transfert des Créances**, Juris–Classeurs Commercial, 1990, Fas.525.
- Garcia–Cruces Gonzalez J.A.: **El Contrato de Factoring**, Tecnos, 1990, Spécialement, p.42, p. 124s.
- Gavalda C: **AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz– com**, 1996–I–A–B, no4–5.
- Gavalda Ch. et Stoufflet J: **Le contrat dit de factoring** J.C.P. G, 1966–I–2044–6.
- Geri L.B, Busnelli F.D. Brecci U. U.Natoli: **Diritto Civile**, t.III, Obligazioni econtratti, Utet, 1992.
- Goode R.M., **UNIDROIT, Diplomatic Conference for the Convention of International Factoring**, CONF.7/C.1/S.R.15
- Legeais D., **Les Conventiionnelles sur créances**, 283.

- Legeais D: **AFFACTURAGE**, édition du **Jurisque**, 2002, Fascicule 361, no. 52.
- Merlaud J.-F., **le du croire**, thèse, **Bordeaux**, 1984.
- Pissar S, **Aspects Juridiques Factoring International**, Banque, 1970.
- **Planiol et Ripert**, T.5 ,N.439.
- Roblot R, **Traité élémentaire, droit Commercial**, tome I, 1990.
- Rodière, note sous cass.com., 21 nov.1972, Dalloz et Sirey, 1947, No.213-5.
- Rodière M.R., D-1974, P.214.
- Rodière R. et, Rives-Lange J.L, **Droit Bancaire**, D.1980,N.135.
- Rodière R., note sous Paris 23 janvier 1970, 21 janvier 1970.
- Salinger. F: **Factoring Law and Practice**, **Sweet and Maxwell**, 2nd éd, 1995, No.6-23.
- Schmidt D. et GRAMLING Ph. La loi du 25 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ,Dalloz 1981-225
- Schmitth C. **Undisclosed Factoring**, "**Journal of Business Law**, 1991.
- Tercier P. et Venturi S: **Les contrats spéciaux**, **Schultess**, éd, 1995.
- Viver J.-L. **L'affacturage: un contrat commercial d'avenir**, la vie judiciaire, 3 mars 1985.
- Les Toux J.: **Le Contrat de Factoring**, Thèse, Rennes, 1977.

Arab American University

Jenin

Faculty Of Graduate Studies



**Legal Organization Of Factoring Contract and the possibility of its
application in Palestine**

(A Comparative Study)

By

Rahma Abdul karim Salman

Supervisor

Dr.Yousef Shandi

**This thesis Was submitted in partial fulfillment Of requirements for the
degree Of Master In Commercial Law, Arab American University.**

Palestine - Jenin

2017

**Legal organization of Factoring Contract and the Possibility of its
Application in Palestine**

(A comparative study)

By

Rahma Abdul karim Salman

Supervisor

Dr. Yusef Shandi

Abstract

This study; titled (Legal organization of Factoring Contract and the possibility of its application in Palestine) focuses on the legal organization of this type of contracts in light of the Ottawa Convention and the comparative national laws. It investigates the possibility of applying these contracts in Palestine given the current legislations, the main legal and practical barriers facing this application, the requirements for implementing it in the future and the potential of enforcing it in Palestine.

This study is divided into two chapters, in the first chapter it discusses the legal organization of Factoring Contract in comparative law, by analyzing its nature and fundamental legal concept under comparative legislation and the Ottawa Convention, highlighting the properties and characteristics that distinguish it from other contracts, discussing the legal conditions necessary to formulate and create it, listing its major types both domestically and internationally and finally study the contract's governing provisions including the commitments of each party and how to terminate the contract.

The second chapter studies the possibility of applying this contract in Palestine as a new credit mechanism to help tackle the debt collection problems in Palestine, by studying the legal regulations that apply to this contract under the comparative legislation and discussing the conventional and modern theories which are considered the legal framework for implementing the Factoring Contract

and explaining how these theories are unfit to act as the legal basis for this implementation. It also attempts to create an independent legal entity to regulate the financing of businesses in Palestine, then it investigates the methods of collecting commercial liabilities according the traditional and modern contractual templates and the difficulty of collection associated with these templates.

The study concluded with a number of results and recommendations and suggestions, and adopted the Assignment of Right Theory as a legal framework that governs the factoring contract on the basis of the legal texts published at the current Journal of Justice Judgements in Palestine, which is consistent with the articles of the Ottawa Convention in terms of recognizing the concept of Assignment of Right , and also on the basis of Article 13 of the Law Act number 9 for the year 2010 regarding Palestinian banking institutions.

