



قسم القانون التجاري

الطبيعة القانونية لعقد التخصيم في الأوراق المالية

The legal nature of the factoring contract in securities

بحث مستل من اطروحة الدكتوراه الخاصة بالباحث

اسم الباحث:

مصطفى أحمد مصطفى الزريقات

لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

في موضوع " التنظيم القانوني للتخصيم في الأوراق المالية "

-دراسة مقارنة--

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور / أحمد السيد لبيب إبراهيم علي

أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري في

كلية الحقوق / جامعة المنصورة

٢٠٢٥

المقدمة

أولاً: موضوع البحث:

في إطار التنامي المتزايد لحجم الأعمال التجارية كمّاً ونوعاً، أضحت هنالك حاجة ماسة للتاجر للسيولة النقدية اللازمة لإتمامها، وكذلك حاجته لضمان مخاطر عدم تحصيل ديونه الآجلة، وفي ظل أن روح هذه الأعمال وما يميزها عما سواها هو السرعة في إتمامها، والذي لا يتماشى في بعض الأحيان مع مقتضيات الأعمال المصرفية من إجراءات وصعوبات قد يواجهها التاجر إذا ما لجأ إليها لتوفير جزء من هذه الاحتياجات ، إذ أنها تقتصر على الشق الأول من احتياجاته - السيولة النقدية- فحسب.

وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور التخصيم، حيث أن التخصيم هو عملية تجارية تتمثل بشراء ديون الدائنين على مدينهم، إذ يقوم ممول متخصص يدعى "المخضم" بشراء كل أو بعض ديون التاجر " العميل" ؛ وذلك لقاء توفير التمويل اللازم للتاجر بموجب اتفاق بينهما " عقد التخصيم"، يحدد بموجبه عمولة وفوائد المخضم مقابل ما يقدمه من خدمات لعميله، حيث أن دور التخصيم لا ينحصر فقط في التمويل؛ وإنما يمتد لتقديم خدمات أخرى، والمتمثلة بتحصيل ديون التاجر لدى مدينه، وكذلك يقدم عقد التخصيم ضماناً للتاجر من مخاطر عدم سداد ديون مدينه لدى استحقاقها وتحصيلها، كما يوفر عقد التخصيم الخدمات الإدارية بما في ذلك إدارة الحسابات وإمسك الدفاتر، وهذا ناهيك عن دوره في تقديم الاستشارات والمعلومات عن المدينين المحتملين .

ولما كان التخصيم يقدم بكل هذا وذاك للمشروعات والأعمال التجارية، كان لازماً على الأسواق المالية تبني التخصيم كأحد الأدوات المالية غير المصرفية لتوفير خدماته للمستثمرين في سوق الأوراق المالية، بحيث يمكن لشركات السمسرة المزاوله لعمليات شراء الأوراق المالية بالهامش اللجوء إلى شركات التخصيم لبيع ديونهم المترتبة على المستثمرين في الشراء بالهامش لها؛ وذلك مقابل توفير الخدمات المالية والإدارية والضمانات وتحصيل الديون لدى استحقاقها، على أن تتلقى شركات التخصيم العمولة والفوائد مقابل ذلك بموجب عقد التخصيم.

إذ يقوم عقد التخصيم في الأوراق المالية على أساس مبدأ سلطان الإرادة؛ حيث يحدد بمقتضاه الآثار القانونية المترتبة عليه، وإن سكتت إرادة المتعاقدين -المخضم وشركات السمسرة- في تحديد أثر ما، فإنه

يتم الرجوع إلى القواعد القانونية النازمة له، وإن خلت، فهذا يجب تحديد الطبيعة القانونية لعقد التخصيم في الأوراق المالية؛ وذلك كي يتسنى لنا معرفة أي القواعد القانونية واجبة التطبيق على هذا العقد.

ثانياً: أهمية البحث:

تظهر أهمية البحث في كون عقد التخصيم عموماً حديث النشأة، وخصوصاً في سوق الأوراق المالية، بيد أنه قد لعب دوراً جوهرياً كأحد الأدوات التمويلية الحديثة غير المصرفية، إذ بات من أحد الركائز الأساسية للتمويل في سوق الأوراق المالية، لذا فإنه لا بد من تحديد طبيعته القانونية للمساهمة في مساعدة القضاء والفقهاء والشرّاح في تحديد أي القواعد القانونية واجبة التطبيق عليه؛ وذلك في ظل غياب إرادة المتعاقدين وخلو التشريع الناظم له من تنظيم بعض أحكامه.

ثالثاً : إشكالية البحث:

تتمحور مشكلة هذا البحث في محاولة الوصول إلى التكييف القانوني لعقد التخصيم في الأوراق المالية؛ وذلك للتعرف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على هذا العقد ؟ لتحديد طبيعته القانونية.

رابعاً : منهجية البحث:

سنقوم باستخدام المنهج الوصفي التحليلي لما يتناسب مع طبيعة البحث ، حيث سنقوم بوصف عقد التخصيم في الأوراق وتحليل القواعد القانونية النازمة له، كما سنقوم باستخدام المهج المقارن، وذلك للوقوف على التنظيم القانوني له لدى المشرع المصري ، ومقارنته بالمشرع الأردني؛ وذلك للإفادة من تجربة المشرع المصري في تنظيم بعض أحكامه ونفاذي مكامن قصوره.

خامساً : خطة البحث:

وبناءً على ما سبق، سنقسم هذا البحث إلى مبحثين، حيث سنتناول في المبحث الأول ماهية عقد التخصيم في الأوراق المالية، وذلك باستعراض مفهوم هذا العقد وخصائصه، وسنتطرق في المبحث الثاني

إلى الأساس القانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية، وذلك باستعراض الأسس القانونية المستبعدة منها والمتبعة .

المبحث الأول

ماهية عقد التخصيم في الأوراق المالية

تمهيد وتقسيم:

يعد التخصيم أحد أقدم أدوات التمويل التجاري التي ظهرت في العصر القديم فمدونة حمورابي أول تشريع يحوي بين نصوصه قواعد ناظمة له، وعلى الرغم من عراقة التخصيم وأهميته في إيجاد السيولة النقدية اللازمة للحفاظ على ديمومة عجلة الاقتصاد، إلا أن بعض الدول العربية لم تنظم أحكامه كما دولتي العراق ولبنان، ومنها من نظم أحكام التخصيم كأحد الخدمات المالية غير المصرفية وأناطت بالبنك المركزي سلطة الرقابة عليه كما المشرع الأردني^(١)، والمشرع السعودي^(٢)، ومنها من نظم أحكامه كأداة مالية غير مصرفية وأناط بالهيئة العامة للرقابة المالية سلطة الرقابة عليه كما المشرع المصري^(٣)، والجدير بالذكر أن التخصيم لا ينحصر في ميدان تمويل المشروعات التجارية وشراء الديون التجارية فحسب، بل يقدم خدماته إلى سوق الأوراق المالية .

إذ تعد الأوراق المالية من أهم الركائز الأساسية في تطوير التجارة على الصعيدين المحلي والدولي، حيث تعتبر عاملاً أساسياً في انتقال رؤوس الأموال، ولما يتطلب ذلك من إيجاد رؤوس أموال كبيرة، فكان لا بد من إيجاد آلية تسهل من عملية انتقال تلك الأوراق المالية، فظهرت عملية شراء الأوراق المالية بالهامش، وهي من أهم الأدوات المستخدمة في التعامل بالأوراق المالية لما توفره من أموال كافية لشراء تلك الأوراق من قبل المستثمرين، ولما لها من دور في الموازنة بين العرض والطلب في سوق الأوراق المالية^(٤).

(١) نظام شركات التمويل الأردني رقم (١٠٧) لسنة ٢٠٢١، الصادر في الجريدة الرسمية رقم ٥٧٦١ بتاريخ ٢٠٢١/١٢/١ على الصفحة رقم (٥٢٤١) .

(٢) نظام مراقبة شركات التمويل السعودي رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢، الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (٥١) بتاريخ ١٤٣٣/٨/١٣ هجري الموافق ٢٠١٢/٧/٣ ميلادي .

(٣) قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨، الصادر في الجريدة الرسمية - العدد ٣٢ مكرر (ج) بتاريخ ١٤/٨/٢٠١٨، الصفحة رقم (٢٦) .

(٤) م . د . هدى عنيد حسان، بيع الأوراق المالية بالهامش وأثره على نمو سوق العراق للأوراق المالية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، المجلد ١، العدد ٩، ١٤/١١/٢٠٢٣، ص ٣٢٩ .

وعلى ضوء وجود أدوات مالية كما شراء الأوراق المالية بالهامش والبيع على المكشوف، توفر التمويل اللازم للحفاظ على تداول الأوراق المالية، من خلال جلب المستثمرين لضخ الأموال في سوق الأوراق المالية، إلا أننا بحاجة ماسة أيضاً لحماية هؤلاء المستثمرين من مخاطر تحصيل حقوقهم وإدارة نشاطهم وتوفير التمويل اللازم لهم، وعليه ظهر عقد التخصيم في الأوراق المالية الذي يقدم بدوره جل الخدمات التي يحتاجها المستثمرين في سوق الأوراق المالية .

وفي سبيل تحقيق هذه الأهداف، ومحاولة لتوفير سبل التمويل اللازمة للمستثمرين وحمايتهم من مخاطر تحصيل ديونهم في سوق الأوراق المالية، إجازات الهيئة العامة للرقابة المالية في مصر إبرام عقد تخصيص للحقوق المالية الناشئة عن عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش^(٥)، على خلاف المشرع الأردني، والذي حظر إبرام عقد التخصيم في الأوراق المالية^(٦).

وللوقوف على الطبيعة القانونية لعقد التخصيم في الأوراق المالية، كان لا بد لنا من استعراض التنظيم التشريعي له؛ ليتسنى لنا التعرف على الأحكام القانونية النازمة له لدى كل من المشرعين المصري والأردني، وللتعرف على التنظيم التشريعي لهذا العقد، يكون لازماً علينا التطرق إلى تعريفه وأنواعه وخصائصه العامة منها والخاصة .

وعليه ، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : مفهوم عقد التخصيم في الأوراق المالية.

المطلب الثاني : خصائص عقد التخصيم في الأوراق المالية.

(٥) راجع في ذلك ، نص المادة الثالثة من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم ، وتجدر الإشارة إلى أن الهيئة قد استحدثت هذا العقد بموجب قرارها رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ والقاضي بتعديل أحكام المادة الثالثة من القرار رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ ، إذ أضافت الهيئة إمكانية أن يكون المدين من بين المستثمرين في عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش ، أي بمعنى موافقتها على إبرام عقد التخصيم في الأوراق المالية .

(٦) راجع في ذلك نص المادة ، نص المادة (٥/٦) من نظام شركات التمويل رقم (١٠٧) لسنة ٢٠٢١ .

المطلب الأول

مفهوم عقد التخصيم في الأوراق المالية

تمهيد وتقسيم :

بادئ ذي بدء، لا بد لنا من الإشارة إلى وجوب التفرقة بين عقد التخصيم^(٧) ونشاط التخصيم، إذ يعرف عقد التخصيم على أنه العقد الذي يتولى بمقتضاه أحد المتخصصين ويسمى المحصل (المخصم) بتحصيل حقوق لحسابه الخاص، كانت ثابتة للمتعاقدين معه، وقام بالوفاء لقيمتها؛ وذلك مقابل التزام المتعاقد معه بدفع عمولة محددة^(٨).

فيما يخص نشاط التخصيم فقد عرفته الموسوعة القانونية الفرنسية بأن نشاط التخصيم هو تقنية من القانون التجاري، تتولى من خلالها مؤسسة مالية تحمل مخاطر تحصيل فواتير مؤسسة تجارية مقابل عمولة، وتحل من خلالها في حقوق هذه الأخيرة^(٩)، كما يعرفه بعض الفقهاء الفرنسيين على أنه: قيام المحصل المحترف لهذا النشاط بالوفاء بقيمة الفواتير إلى الصانع أو التاجر، مقابل تحويل حقوق هذا الأخير التي في ذمة عملائه، وحصوله على الفوائد والعمولة المتفق عليها^(١٠).

إذن يتضح لنا أن عقد التخصيم ينظر له من حيث العلاقة بين أطرافه، أما نشاط التخصيم فينظر له من حيث العلاقة بين شركة التخصيم "المخصم" والجهة صاحبة الصلاحية في الرقابة على هذا النشاط، هذا فيما يتعلق بالتخصيم عموماً، أما عن التخصيم في الأوراق المالية، فإنه يلزم تعريف هذا العقد وما هي صورته وأنواعه؟، ووهل يجب التفرقة بين عقد التخصيم في الأوراق ونشاط التخصيم في الأوراق المالية؟ .

وعليه، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، وذلك على النحو التالي:

(٧) فقد نصت الفقرة عشرون من قانون تنظيم نشاطي التاجر التمويلي والتخصيم رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨ في المادة الأولى منه ، ، على أنه يعرف عقد التخصيم بأنه "عقد تمويل ينشأ بين المخصم و البائع يقوم المخصم بمقتضاه بشراء الحقوق المالية الحلية والمستقبلية الناشئة عن بيع السلع وتقديم الخدمات وفقاً لأحكام هذا القانون".

(٨) د . نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكترينغ، الطبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت - لبنان ، ٢٠١٣، ص ٣٧ .

(٩) مصطفى تركي الجوراني، اثار عقد الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ، ٢٠١٧ ، ص ٣١ .

(١٠) د . خالد حسن أحمد لطفي، نشاط التخصيم (FACTORING) كأداة من أدوات التمويل الحديثة ودوره في نمو الاقتصاد، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية - مصر ، ٢٠٢٢ ، ص ٣٤ & ٣٥ .

الفرع الأول : تعريف عقد التخصيم في الأوراق المالية.

الفرع الثاني : أنواع عقد التخصيم في الأوراق المالية .

الفرع الأول

تعريف عقد التخصيم في الأوراق المالية

ل للوصول إلى تعريف جامع ومانع لعقد التخصيم في الأوراق المالية، لا بد لنا من استعراض العريفات التشريعية والفقهية والقضائية له، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: التعريف التشريعي لعقد التخصيم في الأوراق المالية :

نصت المادة الأولى في الفقرة الثانية من قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري، على أن التخصيم هو "شراء الحقوق المالية الحالية^(١١) والمستقبلية^(١٢) الناشئة عن عمليات البيع وتقديم الخدمات"، كما نصت ذات المادة في الفقرة العشرين منها، على أنه يعرف عقد التخصيم بأنه "عقد تمويل ينشأ بين المخصم^(١٣) والبائع^(١٤)، يقوم المخصم بمقتضاه بشراء الحقوق المالية الحالية والمستقبلية الناشئة عن بيع السلع وتقديم الخدمات وفقاً لأحكام هذا القانون".

كما عرفت المادة الأولى من الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم^(١٥)، نشاط التخصيم على أنه "قيام شركة التخصيم بشراء الحقوق المالية الحالية والمستقبلية الناشئة عن بيع البضائع وتقديم الخدمات

(١١) الحقوق الحالية هي: الحقوق القائمة عند إبرام عقد التخصيم.

(١٢) الحقوق المستقبلية هي: الحقوق التي تنشأ بعد إبرام عقد التخصيم

(١٣) المخصم هو: كل جهة مرخص لها بممارسة نشاط التخصيم وفقاً لأحكام قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم .

(١٤) البائع هو: بائع السلع أو مقدم الخدمات والتي تنشأ عنها حقوق مالية .

(١٥) قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ بتاريخ ٣١/١٠/٢٠١٨، بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط

التخصيم وفقاً لأخر تعديل بتاريخ ١٦/٦/٢٠٢١ .

مع قيامها بجميع الخدمات المرتبطة بإدارة تلك الحقوق، ويتم ذلك عن طريق قيام البائع بإحالة حقوقه موضوع العقد إلى المخصص".

أما عن المشرع الأردني فقد عرف التخصيم في نظام شركات التمويل، حيث عرفت المادة الثانية منه التخصيم على أنه "نشاط مالي ينطوي على قيام الشركة^(١٦) بشراء الحقوق المالية الحالية والمستقبلية الناشئة عن بيع السلع أو تقديم الخدمات"، وهنا يتضح جلياً أن المشرع الأردني قد خالف المشرع المصري في أمرين جوهريين، أولهما هو عدم التفرقة أو التمييز بين التخصيم بوصفه نشاطاً عن التخصيم بوصفه عقداً^(١٧)؛ وذلك كون المشرع الأردني ابتداءً لم ينظم أحكام التخصيم في تشريع خاص كما المشرع المصري، كما سلف الذكر سابقاً فإن المشرع، ولدى تنظيمه لأحكام التخصيم في نظام شركات التمويل أناط بالبنك المركزي الأردني سلطة الرقابة على هذا النشاط.^(١٨)

والجدير بالذكر، أنه وعلى الرغم من تنظيم المشرع الأردني لأحكام التخصيم في نظام شركات التمويل، بيد أنه قد حظر ممارسة نشاط التخصيم في الأوراق المالية صراحةً؛ وذلك بدلالة منطوق نص المادة (٦/أ)، حيث نصت المادة على أنه "يحظر على الشركة أن تمارس أيّاً من الأنشطة التالية :..... منح

(١٦) عرف نظام شركات التمويل الأردني الشركة على أنها الشركة المالية التي تمارس نشاط التمويل والمرخصة وفقاً لأحكام النظام ذاته، وقد عرف ذات النظام نشاط التمويل على أنه النشاط الذي ينطوي على منح الائتمان المباشر ويشمل التمويل الأصغر والتأجير التمويلي والتخصيم.... إلخ .

(١٧) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد عرف عقد التخصيم على أنه : العقد الذي بمقتضاه تتحقق عملية الإدارة المالية لحساب عملاء المشروعات عن طريق تملك هذه الحقوق ، وتحصيلها لحساب المحصل الخاص كما يتحمل الخسائر المحتملة إذا كان هذا التعامل مع عملاء معسرين ، ويسمح العقد بتقليل النفقات الإدارية لقاء إعطاء المحصل عمولة ، راجع في ذلك ، **حمزة عبد يوسف و دعاء شاكر محمود** ، التخصيم : نشاط بيع وشراء الحقوق التجارية (ALFACTORING) ، بحث منشور لدى البنك المركزي العراقي – دائرة مراقبة الصيرفة - قسم مراقبة المصارف الإسلامية / شعبة العمليات والضوابط ، د.د.ن(بدون دار نشر) ، د.س (بدون سنة النشر)، ص ٧.

(١٨) المادة (٢/أ) من نظام شركات التمويل الأردني والتي عرفت البنك على أنه البنك المركزي الأردني ، كما عرفت ذات المادة المجلس على أنه مجلس إدارة البنك، كما عرفت المحافظ على أنه محافظ البنك المركزي، وبدلالة نص المادة (٧/ب) من ذات النظام والتي نصت على "أن البنك يصدر أوامر خاصة يحدد فيها الحد الأدنى لرأسمال أي من شركات التمويل ..."، كما أنه في المادة (٨) من ذات النظام قد نص على أن طلب الترخيص يقدم إلى البنك، ومن خلال استعراض النصوص السابقة يتضح لنا جلياً أن البنك المركزي هي السلطة الرقابية التي تمارس صلاحياتها على شركات التمويل، وفي إطار ذكر شركات التمويل فقد عرفت المادة (٢/أ) من ذات النظام شركة التمويل على أنها " الشركة المالية التي تمارس نشاط التمويل والمرخصة وفقاً لأحكام هذا النظام"، وقد عرفت ذات المادة نشاط التمويل على أنه "النشاط الذي ينطوي على منح الائتمان المباشر ويشمل التمويل الأصغر والتأجير التمويلي والتخصيم والتمويل العقاري والتمويل الجماعي القائم على الإقراض وتلك التي تتم منها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

قرض أو تمويل بهدف شراء أسهم أو أوراق مالية"، أي بما معناه أننا لم نعد أمام قصور تشريعي لأحكام التخصيم عموماً، والتخصيم في الأوراق المالية، بل نجد أن المشرع الأردني قد حظر ممارسة التخصيم في الأوراق بجل صوره، حيث أن المشرع الأردني لم يحددوا حدو بعض التشريعات المقارنة كما المملكة المتحدة والولايات المتحدة وبعض دول الاتحاد الأوروبي في عدم تنظيم أحكام التخصيم على وجه العموم^(١٩)، بل نظمها ومنح للبنك المركزي الأردني سلطة الرقابة عليه وحظر ممارسة نشاطه في مجال الأوراق المالية.

إلا أنه وعلى الرغم من ذلك، فإننا لا نؤيد ما نهجه المشرع الأردني؛ حيث القصور التشريعي في عدم تنظيم أحكام التخصيم في تشريع خاص، مما أوجب على المشرع الأردني ضرورة التقيد والاحتساب في تنظيم أحكام التخصيم كجزء من الخدمات المالية غير المصرفية، متناسياً الأهمية البارزة للتخصيم عموماً وللتخصيم في الأوراق المالية خصوصاً في تنمية وتطوير الاقتصاد الوطني، وليتسنى لنا جلب مستثمرين فلا بد من توفير بيئة قانونية خصبة ومؤمنة للتمكن من جلب الاستثمارات.

أما عن الأمر الثاني الذي خالف المشرع الأردني به المشرع المصري، فهو يتمثل في كون المشرع المصري قد نظم أحكام التخصيم في قانون خاص و مستقل يسمى بالقانون رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨ قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم، وقد أسند المشرع به الدور الرقابي لمتابعة أحكام هذا القانون وإصدار القرارات والضوابط اللازمة لغايات تنفيذ هذا القانون إلى الهيئة العامة للرقابة المالية^(٢٠)، أما المشرع الأردني فقد نظم أحكام التخصيم ضمن نظام شركات التمويل فيما أسند الدور الرقابي ودور منح التراخيص إصدار القرارات والضوابط التنفيذية لتنفيذ أحكام هذا النظام إلى البنك المركزي الأردني^(٢١)

وإننا نتفق مع ما اتجه إليه المشرع المصري، من حيث تنظيم أحكام التخصيم في قانون خاص ومنفصل، وذلك لما سيتم توضيحه لاحقاً لدى الخوض في تحديد الطبيعة القانونية للتخصيم والاثار المترتبة عليه ومدى تأثيره على ضبط ممارسته لهذا النشاط، كما يتفق الباحث مع إسناد صلاحيات الدور الرقابي للهيئة العامة للرقابة المالية، على خلاف المشرع الأردني الذي أسنده إلى البنك المركزي الأردني؛ وذلك كون الهيئة العامة للرقابة المالية تعنى بالخدمات المالية غير المصرفية وكونها تهدف إلى الرقابة والإشراف على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية بما في ذلك أسواق رأس المال وبورصات العقود الآجلة،

(١٩) حمزة عبد يوسف و دعاء شاكر محمود ، المرجع السابق، ص ٦.

(٢٠) نص المادة الرابعة الفقرة الثالثة والمادة الثالثة من قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري.

(٢١) راجع في ذلك ، نص المادة الثامنة من نظام شركات التمويل الأردني.

وأنشطة التأمين، والتمويل العقاري، والتأجير التمويلي والتخصيم، إذ تعمل الهيئة على سلامة واستقرار الأسواق المالية غير المصرفية، وعلى تتميتها وتوازن حقوق المتعاملين فيها، وتوفير الوسائل والنظم وإصدار القواعد التي تضمن كفاءة الأسواق وشفافية الأنشطة التي تمارس فيها.

ولا نتفق مع ما اتجه إليه المشرع الأردني، من حيث إسناد صلاحية السلطة الرقابية على التخصيم للبنك المركزي الأردني؛ وذلك كونه يعنى بالخدمات المالية المصرفية والخدمات المالية غير المصرفية كما التخصيم، مما يضعف دوره الرقابي في ظل تعدد وتباين الجهات الواجب مراقبتها، كما أنه لا يملك سلطة الرقابة على سوق الأوراق الذي ينعكس سلباً على عدم القدرة على تطبيق أحكام التخصيم في مجال الأوراق المالية، هذا وإن لم يحظر المشرع الأردني ممارسة نشاط التخصيم في الأوراق المالية، كما هو الحال في نظام شركات التمويل الأردني .

كنا نتمنى على المشرع الأردني السير على ذات النهج الذي تبناه، من حيث تنظيم أحكام التأجير التمويلي وفقاً لقانون التأجير التمويلي لسنة ٢٠٠٨^(٢٢)؛ وذلك من حيث تنظيم قانون خاص ينظم التخصيم، وتنظيم أحكام التخصيم في الأوراق المالية في طياته، أو السير على نهج المشرع المصري من حيث دمج قانون التأجير التمويلي والتخصيم في ذات القانون، وفي ذات الوقت منح هيئة الأوراق المالية الأردنية سلطة الرقابة على ممارسة هاذين النشاطين سوياً؛ وذلك بمنحها صلاحية إصدار التعليمات والقرارات والضوابط التنفيذية لممارسته في سوق الأوراق المالية ، كما فعل المشرع المصري بمنح الهيئة العامة للرقابة المالية تلك الصلاحيات.

هذا فيما يخص التعريف التشريعي للتخصيم عموماً، أما عن التعريف التشريعي لعقد التخصيم في الأوراق المالية، فلم ينص أي من التشريعي الأردني والمصري على تعريف محدد له، بيد أن المشرع المصري قد نص في المادة الثالثة من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ بتاريخ ٢٠١٨/١٠/٣١ بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم، حيث نصت المادة على أنه "، ويجوز أن يكون المدين أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو من بين المستثمرين في عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش في البورصة المصرية طبقاً للشروط التي تعتمدها الهيئة"، وهو أحد صور التخصيم في الأوراق المالية، ألا وهو تخصيص الحقوق الناشئة عن شراء الأوراق المالية بالهامش، وسنتطرق في المطلب الثاني إلى بقية صورته .

(٢٢) قانون التأجير التمويلي الأردني لسنة ٢٠٠٨، المنشور في الجريدة عدد رقم (٤٩٢٤) بتاريخ ٢٠٠٨/٨/١٧ على الصفحة رقم (٣٤٢٢) .

ما يهمنا الآن في إطار دراستنا لهذا الفرع ، هو تعريف عقد التخصيم في الأوراق المالية، وفي ظل غياب التعريف التشريعي له في التشريع المصري رغم العروج على أحد صوره، كما لم يعرف المشرع الأردني التخصيم في الأوراق المالية، فإننا سنتطرق للتعريف الفقهي له إن وجد .

ثانياً: التعريف الفقهي لعقد التخصيم في الأوراق المالية:

لم يتفق الفقهاء والشرح على تعريف موحد للتخصيم عموماً، غير أن من أوائل التعريفات التي وضعت لعقد التخصيم أنه مديونية ناشئة شراء البضائع أو الخدمات ليست ثابتة بأي إقرار رسمي من قبل المدين^(٢٣) ، فقد عرفته الموسوعة القانونية الفرنسية بأن التخصيم هو تقنية من القانون التجاري، تتولى من خلالها مؤسسة مالية تحمل مخاطر تحصيل فواتير مؤسسة تجارية مقابل عمولة، وتحل من خلالها في حقوق هذه الأخيرة^(٢٤)، كما يعرفه بعض الفقهاء الفرنسيين على أنه: قيام المحصل المحترف لهذا النشاط بالوفاء بقيمة الفواتير إلى الصانع أو التاجر، مقابل تحويل حقوق هذا الأخير التي في ذمة عملائه، وحصوله على الفوائد والعمولة المتفق عليها^(٢٥).

وإننا لا نؤيد التعريفان السابقين؛ وذلك كون التعريف الأول اقتصر دور المخصم على تحمل المخاطر التي قد تتجم عن التخصيم، متناسياً الدور الأساسي والأهم للمخصم والمتمثل بتوفير السيولة اللازمة ودوره في إدارة الحسابات، أما فيما يخص التعريف الثاني فإننا لا نتفق معه؛ وذلك كونه حصر المخصم بالصانع والبائع ولم يشمل مقدمي الخدمات، لاسيما أن محور دراستنا يقوم على مقدمي الخدمات إذ أن مقدمي الخدمات من أكثر الفئات التي تستخدم التخصيم كأداة من أدوات التمويل، كما أنه قد حصر دور المخصم في توفير السيولة متجاهلاً دوره البارز في تحمل المخاطر وإدارة الحسابات .

ويرى جانب آخر من الفقه الانجليزي أن الفاكترينج (التخصيم) هو خصم سندات المديونية التجارية لدى منشأة الفاكترينج المتخصصة لصالح البائع، الذي يحصل على سيولة نقدية بقيمة ما باعه من بضائع في الحال من هذه المنشأة التي تقوم بتقديم سندات المديونية للمشتري في تاريخ الاستحقاق، ويتجه جانب آخر من الفقه الإنجليزي لتعريف هذا النوع من الخدمات التمويلي، بأنها نوع من أنواع الخدمات التي تمكن شركة تجارية من تحصيل أموالها من بيوع ائتمانية، حيث يقوم الوكيل التجاري بشراء الديون المقيدة بفواتير

(٢٣) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، الطبعة الأولى، مجلس النشر العلمي-لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، جامعة الكويت، ٢٠٠٤، ص ١٧ .

(٢٤) مصطفى تركي الجوراني، المرجع السابق، ص ٣١ .

(٢٥) د . خالد حسن أحمد لطفي، المرجع السابق، ص ٣٤ & ٣٥ .

الشركة، ويدفع في المقابل مبلغاً يقل قليلاً عن قيمتها النقدية الكاملة، وبعد ذلك يقدم هذه الفواتير للمشتري الأصلي، ليقوم بالوفاء له بقيمة البضائع أو الخدمات التي قدمها له البائع، كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه تقنية يرتبط فيها البنك المتخصص، في أداء تلك الخدمات لعميله بموجب اتفاق يلتزم بمقتضاه البنك بسداد بعض الديون المستحقة للعميل في مواجهة المشتريين لبضائعه، وذلك بنقل ملكية هذه الفواتير للبنك^(٢٦).

كما يعرف الفقه المصري التخصيم على أنه العقد الذي يتولى بمقتضاه أحد المتخصصين ويسمى المحصل (المخصم) بتحصيل حقوق لحسابه الخاص، كانت ثابتة للمتعاقدين معه، وقام بالوفاء لقيمتها؛ وذلك مقابل التزام المتعاقد معه بدفع عمولة محددة^(٢٧)، إلا أن الرأي الراجح في الفقه يعرفه بأنه الأنشطة التجارية أو المالية والذي يتضمن أساساً قيام البنك أو المؤسسة المالية بشراء حقوق أحد المنتجين أو التجار لدى عملائهم مقابل عمولة معينة^(٢٨).

هذا فيما يخص التعريف الفقهي للتخصيم عموماً، أما عن التعريف الفقهي للتخصيم في الأوراق المالية، فإنه لا يوجد تعريف فقهي له، فلم يتطرق أي من الفقهاء والشراح والكتاب لتعريفه، لذا فكان لا بد لنا من محاولة إيجاد تعريف للتخصيم في الأوراق قضائياً.

ثالثاً: التعريف القضائي للتخصيم في الأوراق المالية:

لم يتسنى لنا الوصول إلى أحكام قضائية تخص التخصيم عموماً، والتخصيم في الأوراق المالية على وجه الخصوص، وذلك لدى الحاكم المصرية والأردنية كذلك، فيما يخص القضاء الأردنية فالسبب هو حظر التخصيم في الأوراق المالية لدى المشرع الأردني، وفي ذات؛ فإن لندرة الشركات العاملة في مجال التخصيم؛ وذلك بسبب القصور التشريعي في تنظيم أحكامه، والذي لا يمنح المستثمر الشعور بالاستقرار والأمن المالي، في ظل غياب البيئة القانونية الخصبة لتشجيع الاستثمار في ميدان التخصيم، والذي ينعكس سلباً على الاقتصاد الوطني.

أما عن عدم القدرة للوصول لأحكام قضائية لدى القضاء المصري؛ فإن ذلك يرجع لعدة أسباب، من أبرزها هو قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (٢٧) لسنة ٢٠٢٢ الصادر بتاريخ ٢٠/٢/٢٠٢٠، والقاضي

^(٢٦) عادل حسن محمود حسن، شراء البنوك للفواتير بالجملة - دراسة تحليلية للنظامين الفرنسي والنانجلوأمريكي-، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة طنطا، ٢٠١١، ص ١٦٨ و١٥.

^(٢٧) د. نادر عبد العزيز شافي، ط٢، المرجع السابق، ص ٣٧.

^(٢٨) د. فايز نعيم رضوان، عقد شراء الديون التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، ١٩٨٦، ص ٥٩.

بإنشاء لجنة لفض المنازعات الناشئة عن التعامل في أنشطة التمويل غير المصرفي، حيث نصت المادة الأولى من القرار على أنه " تنشأ لجنة لفض المنازعات الناشئة عن التعامل في أنشطة التمويل غير المصرفي تتولى النظر في المنازعات التي تنشأ بين الجهات العاملة في مجال التمويل غير المصرفي (التمويل العقاري - التأجير التمويلي والتخصيم) وعملائها وذلك وفقاً لما تحيله إليها في هذا الشأن .

يتضح من هذا القرار توجه الهيئة العامة للرقابة المالية نحو محاولة فض المنازعات بالطرق غير القضائية، على من أن قد يحمل في طياته بعض الإيجابيات والسلبيات، فالإيجابي منها هو تخفيف العبء على السلطة القضائية، أما عن السلبي منها فهو عدم وضع آليات لفض هذه النزاعات؛ إذ اكتفت الهيئة في قرارها بوجوب تشكيل اللجنة و آلية تشكيل أعضاء اللجنة والتصويت على قراراتها، لكن دون وضع آليات لتنفيذ قراراتها وإلزامية اللجوء كإجراء استباقي قبل اللجوء إلى القضاء .

وفي السياق ، فقد ذكرت المادة الثانية من قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم^(٢٩)، على أنه "فيما عدا المنازعات والدعاوى التي يختص بنظرها مجلس الدولة، تختص المحاكم الاقتصادية بالمنازعات والدعاوى عن تطبيق أحكام القانون المرافق بما فيها منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية، وكذا الدعاوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في القانون المرافق"، أي أن أطراف النزاع الحرة في اللجوء إلى لجنة فض المنازعات أو اللجوء إلى المحكمة الاقتصادية، وهذا الأمر يسري على التخصيم في الأوراق المالية كما يسري على التخصيم عموماً.

ورغم اجازت الهيئة العامة للرقابة المالية للتخصيم في شراء الأوراق المالية بالهامش، إلا أنها لم تضع تعريفاً محدداً له^(٣٠) ، لذا فإنه يمكننا تعريف عقد التخصيم في الأوراق المالية على أنه : اتفاق مكتوب بين طرفيه، إذ يكون المخصم المرخص له بمزاولة هذا النشاط هو الطرف الأول في هذا العقد، وفي حين أن السمسار أو البائع وهو أحد الشركات العاملة في مجال الوساطة في الأوراق المالية هو الطرف الثاني للعقد، إذ يقتضي هذا الاتفاق قيام المخصم بشراء كل أو بعض الحقوق المالية الناشئة عن عمليات شراء

المالية بالهامش في البورصة المصرية المملوكة للسمسار؛ بحيث تنتقل كافة الحقوق المترتبة للسمسار في ذمة مدينه إلى المخصم .

^(٢٩) قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨ .

^(٣٠) حيث اكتفت الهيئة بالسماح بمزاولة نشاط التخصيم بدلالة نص المادة الثالثة للضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم، كما أنها اضافت المادة الرابعة مكرر لبيان الالتزامات والشروط الواجب توافرها لمزاولة شركات التخصيم نشاطها.

الفرع الثاني

أنواع عقد التخصيم في الأوراق المالية

تختلف أنواع التخصيم، باختلاف الغاية التي وجد من أجلها والهدف منه، وكما يختلف بحسب الزاوية التي ينظر إليها من خلاله، سواء من حيث طبيعة الوفاء ومحلّه، ومن حيث طبيعة الضمان، وليتسنى لنا معرفة أنواع التخصيم التي يمكن تطبيقها على التخصيم في الأوراق المالية، فلا بد لنا من استعراض الأنواع المختلفة، ودراسة أي منها ينسجم وطبيعة التخصيم في الأوراق المالية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: من حيث طبيعة الوفاء:

إذ ينقسم التخصيم من حيث طبيعة الوفاء إلى التخصيم معجل الوفاء والتخصيم مؤجل الوفاء، وذلك على الآتي:

١- التخصيم معجل الوفاء:

وهذا النوع من التخصيم هو النوع الأكثر تداولاً بين أنواع شراء الديون التجارية - التخصيم - والذي يفترض فيه اعتماد مالي متحرك، والذي تختلف قيمته سناً لاتفاق طرفي العقد وتلتزم شركة الفاكторинг (المخضم) بأداء قيمة الدين عند حصول عملية التحويل وقبل استحقاق قيمة الديون^(٣١)، أي أن شركة التخصيم تقوم بدفع المقابل المتفق عليه في العقد للبائع، على أن تقوم شركة التخصيم بتحصيل قيمة الدين عند استحقاق آجله .

٢- التخصيم مؤجل الوفاء:

وفي هذا النوع لا تقوم الشركة (المخضم) بالوفاء للعميل لديونه، وإنما يكون الوفاء بعد حلول آجله - استحقاقه - وعندئذ لا تتقاضى فائدة ولكن تتقاضى عمولة الضمان فقط، وتبقى وظيفة الضمان ملتصقة بشركة الفاكторинг (المخضم) الذي يستفيد منها العميل ولا يخضع العميل لشرط القصر الذي يرتبط بتعجيل الوفاء، وبالتالي تعامل كل فاتورة - الدين محل التخصيم - على اعتبار أنها اتفاق مستقل^(٣٢)، إذ يتلخص هذا النوع

(٣١) د. أحمد عبدالرحمن الملحم و ود. محمود أحمد الكندري ، ، المرجع السابق ص ٢٣ .

(٣٢) د. أشرف محمد حسين الصباغ، آثار عقد شراء الديون التجارية (دراسة مقارنة) (الفاكتورينغ) ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس ، ٢٠٢١ ، ص ٥٤ .

بقيام شركة التخصيم بشراء ديون عميلها البائع، إلا أنها لا تقوم بسداد مقابل عقد التخصيم عاجلاً، وينحصر دورها هنا في الضمان .

وفي البحث في أي من النوعين السابقين يمكن أن ينطبق على التخصيم في الأوراق المالية، والأكثر شيوعاً، نجد بأن النوع الأول والمتمثل بالتخصيم المعجل هو الأكثر شيوعاً في التخصيم في الأوراق المالية؛ وذلك نظراً لأن شركات السمسرة - الطرف الثاني / البائع - المزاوله لشراء الأوراق المالية بالهامش ، تقوم باتخاذ القدر الكافي من وسائل الضمان^(٣٣)، بيد أنها تحتاج إلى الخدمات الأخرى التي تقدمها شركات التخصيم والتي من أبرزها توفير التمويل اللازم، بالإضافة إلى الخدمات الأخرى مما يجعل التخصيم المعجل هو الأكثر شيوعاً في ميدان التخصيم في الأوراق المالية من النوع التخصيم المؤجل .

ثانياً: من حيث الضمان:

ويقسم هذا النوع إلى نوعين، الأول يتمثل بالتخصيم مع حق الرجوع، والثاني التخصيم مع عدم حق الرجوع ، وذلك على النحو الآتي:

١- التخصيم مع حق الرجوع :

وفي هذا النوع من عقود شراء الديون التجارية، تحتفظ شركة افاكورتينغ (المخضم) بحقها بالرجوع إلى العميل عند تعذر تحصيل قيمة الديون المحالة إليها من العميل^(٣٤)، والضمان في عقد شراء الديون التجارية هو أساس العملية القائمة بين شركة الفاكورتينغ (المخضم) والعميل^(٣٥)، إذ يقوم هذا النوع على قيام شركة التخصيم بشراء ديون البائع أو مقدم الخدمة، مع احتفاظها بالرجوع عليه في حال عدم وفاء مدين الدائن بديون لدى استحقاق آجلها .

٢- التخصيم دون حق الرجوع :

^(٣٣) للتوسع أكثر، في معرفة وسائل الضمان التي تتخذها شركات السمسرة، راجع في ذلك، قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٤ بشأن تنظيم مزاوله شركات السمسرة في الأوراق المالية وأمناء الحفظ لعمليات شراء الأوراق المالية بالهامش وفقاً لأخر تعديل بتاريخ ٨/١١/٢٠٢٣، هذا بالإضافة إلى القواعد الناظمة لمزاولته وفقاً للائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم (١٥٩) لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته .

^(٣٤) د. أحمد عبدالرحمن الملحم و د. محمود أحمد الكندري ، المرجع السابق ص ٢٤.

^(٣٥) د. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية في كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية ، العددان الأول والثاني ، ١٩٩٦. ص ٣٣٠ .

إذ يترتب على عدم الحق في الرجوع عدم استطاعة شركة التخصيم بالرجوع على العميل الدائن في حال عدم تسديد المدين قيمة الديون سواء أكان ذلك نتيجة لإفلاسه أو تعنته أو لأي سبب آخر، فالذي يضمنه العميل هو مشروعية الدين ووجوده وخلوه من النزاع ولا يضمن العميل ميسرة المدين ولا استيفائه وشركة التخصيم تضمن تنفيذه^(٣٦).

وفي دراسة أي النوعين السابقين الأكثر شيوعاً في ميدان التخصيم في الأوراق المالية، فإننا نرى بأن النوع الثاني والمتمثل بالتخصيم مع عدم الحق في الرجوع هو الأكثر شيوعاً؛ وذلك كون شركات السمسرة المزولة للشراء بالهامش تتخذ أغلبية الوسائل المتاحة لضمان سداد عملها لدينه عند الاستحقاق – كما أسلفنا الذكر، بما في ذلك بضمانة الأوراق المالية المشتراة بالهامش، ولعل أكثر ما يلزمها هو التمويل وإدارة المخاطر والحسابات التي تقدمها شركة التخصيم، وإن ما يؤكد وجهة النظر هذه هو النموذج العقد التذي أعدته الهيئة العامة للرقابة المالية لتخصيم الحقوق المالية الناشئة عن شراء الأوراق المالية بالهامش، إذ لم تتضمن الحالات التي يحق بها لشركة التخصيم الرجوع على شركة السمسرة في حال تم الاتفاق على ذلك، مما يدعي باستبعاد أو صعوبة تطبيقه^(٣٧).

ثالثاً: من حيث مجال التطبيق:

تختلف أنواع التخصيم من حيث مجال التطبيق، فمنها التخصيم الدولي ومنها المحلي، كما أن هنالك تخصيم للتصدير وتخصيم للتوريد، وذلك على النحو الآتي:

١- التخصيم المحلي:

وهذا النوع هو الأكثر بساطةً وشيوعاً، حيث يمثل ٨٠-٩٠% من عقود شراء الديون التجارية، حيث يكون جميع أطرافه من بلد واحد وهذا النوع لا يطرح أي إشكاليات بالنسبة لفرق العملات أو القانون الواجب التطبيق أو القانون المنظم للصرف^(٣٨).

(٣٦) د. خليل فيكتور تادرس الجوانب القانونية والعملية لتخصيم الحقوق التجارية -دراسة مقارنة-، مجلة القانون والاقتصاد / جامعة القاهرة، العدد السابع والعشرون، ٢٠١٤، ص ١٠١.

(٣٧) قرار رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية رقم (١٧٢) لسنة ٢٠٢١ بتاريخ ١٩/١٠/٢٠٢١ بشأن نموذج عقد تخصيم لحقوق مالية ناشئة عن شراء الأوراق المالية بالهامش، للاطلاع على النموذج، متاح على الرابط الآتي: <https://fra.gov.eg/wp-content/uploads/2022/06/1725.pdf>، آخر زيارة بتاريخ: ٢٠٢٥/١/١.

(٣٨) د. ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -، ٢٠١١، ص ٤٧.

٢- التخصيم الدولي:

يكون عقد تحويل الفاتورة دولياً، إذا كانت الحقوق منبثقة عن عقد بيع المنتجات بين طرفين يتخذان محلاً لإقامتهما دولتين متعاقبتين مختلفتين، وكان محل عمل الوسيط المشتري للحقوق دولة متعاقدة، أو ينطبق على كل من عقد بيع المنتجات وقت شراء الحقوق التجارية قانون دولة متعاقدة^(٣٩)، كما لو كان أحد أطراف التعاقد كل منهم في دولة معية، كما لو قامات شركة تخصيم بشراء ديون تاجر في دولة أخرى^(٤٠)

٣- التخصيم للتصدير أو للتوريد:

يمثل التخصيم للتصدير الأساس التاريخي وهو الأول في الظهور لتمويل الصادرات البريطانية في الولايات المتحدة الأمريكية، والذي يفترض وجود ثلاثة أطراف هو المصدر والمستورد وشركة التخصيم التي تلهب تلعب دور الوسيط بين المصدر والمستورد^(٤١)، أما التخصيم للتوريد فيدخل فيه طرف رابع في العملية وهو الممول، بحيث يكون وسيطاً بين المورد والمستورد والذي يتعهد فيه المورد بتسليم عملياته في بلد معين لهذا الممول ويكون الممول والمستورد من نفس بلد الشركة التخصيم بينما البائع والمصدر من بلد آخر^(٤٢).

وعليه، فإننا نستبعد التخصيم للتصدير أو للتوريد من نطاق تطبيق أحكام هذه الأنواع على التخصيم في الأوراق المالية؛ وذلك كون عقد تخصيم الحقوق المالية الناشئة عن شراء الأوراق المالية بالهامش، يتكون من طرفين لا ثالث لهما، وإن كانت آثاره تسري على المدين، كما أن الطرف الأول في هذا العقد هو شركة التخصيم، والطرف الثاني هو شركة السمسرة المزاولة للشراء بالهامش، كما أن محل عقدهم هو الأوراق المالية المشتراة بالهامش، كما أن كلا الطرفين مقيمين وسجلين في ذات الدولة، وكذلك الأوراق المالية محل العقد مسجلة في ذات الدولة .

أما عن النوعين الأول والثاني والذان نظمهما المشرع المصري^(٤٣)، والمتمثلين بالتخصيم المحلي والدولي، فإننا نرى بأن التخصيم الدولي هو الآخر مستبعد من تطبيقه في إطار التخصيم في الأوراق؛ وذلك

(٣٩) د. أشرف محمد حسين الصباغ ، المرجع السابق ، ص ٥٨ .

(٤٠)(٤٠) د. خالد حسن أحمد لطفي، المرجع السابق، ص ٥٥ .

(٤١) د. أحمد عبدالرحمن الملحم ، د. محمود أحمد الكندري ، المرجع السابق، ص ٢٢٨ .

(٤٢) د. ميلاط عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص ٥٠ .

(٤٣) نص المادة (٣٣) من قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٦٧) لسنة ٢٠١٨ .

كون شركة التخصيم هي شركة مساهمة مصرية^(٤٤)، وفي ذات الوقت مسجلة وخاضعة لرقابة هيئة الأوراق المالية، كما أن الطرف الثاني وهي شركة السمسرة والمزاولة للشراء بالهامش، هي الأخرى مسجلة وخاضعة لرقابة الهيئة العامة للرقابة المالية^(٤٥)، وكذلك الأوراق المالية المشتراة محل العقد، وهي أيضاً مسجلة وخاضعة لرقابة الهيئة، أي كلا الطرفين ومحل عقدهم في ذات الدولة، لذا التخصيم في الأوراق المالية يتسم بأنه محلي فقط .

المطلب الثاني

خصائص عقد التخصيم في الأوراق المالية

تمهيد وتقسيم :

يتسم عقد التخصيم في الأوراق المالية بذات الخصائص التي تنتم بها العقود المشابهة الأخرى ، بيد أنه يتسم بمجموعة من الخصائص الخاصة به، وإن لعرض الخصائص العامة والخاصة لعقد التخصيم في الأوراق المالية لأثر كبير في الوصول للتكييف القانوني لهذا العقد؛ للتعرف على القواعد القانونية واجبة التطبيق عليه .

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول : الخصائص العامة لعقد التخصيم في الأوراق المالية.

الفرع الثاني : الخصائص الخاصة بعقد التخصيم في الأوراق المالية.

الفرع الأول

الخصائص العامة لعقد التخصيم في الأوراق المالية

يتسم عقد التخصيم في الأوراق المالية بعدد من الخصائص العامة التي يتسم بها بعض العقود المشابهة له، نستعرض في هذا الفرع أبرزها، وذلك على النحو الآتي:

(٤٤) نص المادة (٥٥) من قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٦٧) لسنة ٢٠١٨ .
(٤٥) نص المادة الرابعة مكرر، من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم وتعديلاته .

أولاً: عقد التخصيم من العقود الرضائية:

يعد عقد التخصيم من العقود الرضائية، إذ يكفي لإبرامه مجرد اتفاق الطرفين دون اشتراط أي شكل أو إجراء آخر فهو ينعقد بمجرد تعبير العميل عن إيجابه وبقبول المخصم له وتوافقهما فينعقد العقد أيًا كانت طريقة هذا التعبير^(٤٦)، والتراضي هو تعبير كل من الطرفين عن إرادته تعبيراً صحيحاً خالياً من العيوب^(٤٧)، وبالتالي فهو رضاء متبادل ينصب على كافة بنود التعاقد، ولأسيما بكيفية وفاء المخصم لحقوق العميل، وما إذا كانت عملية التخصيم تتضمن تعجباً لقيمة الحقوق المحالة، وكذلك الضمانات التي يقدمها العميل للمخصم لضمان استيفاء الحقوق المحالة^(٤٨).

بالرجوع إلى نموذج عقد تخصيص الحقوق المالية الناشئة عن شراء الأوراق المالية بالهامش - عقد التخصيم في الأوراق المالية - ، والمعد من الهيئة العامة للرقابة المالية^(٤٩)، فقد قضت الهيئة ووفقاً للنموذج بأن يحل العقد وفقاً لهذا النموذج على أن يتضمن بالحد الأدنى بالبيانات الواردة فيه، فهنا قد يثور هل معنى ذلك اشتراط شكلية الكتابة في ظل هذا النموذج.

ونرى بأن عقد تخصيص لحقوق مالية ناشئة عن الشراء بالهامش - عقد التخصيم في الأوراق المالية -، هو عقد رضائي إذ أن الهيئة لم تشترط صراحة شكل رسمي لانعقاد العقد، حتى يتسنى لنا القول بأنه عقد شكلي، وفي ذات الوقت يمكن لنا القول بأن شرط الكتابة - تحرير العقد ووفقاً للنموذج -، هو شرط اثبات لا شرط انعقاد، إذ أنه يمكننا القول بأنه عقد شكلي، ولا بد من اشتراط شكلية معينة كالكتابة إلى جانب ارتباط الإيجاب بالقبول وتوافقهما.

ثانياً: عقد التخصيم من العقود الملزمة لجانبين:

^(٤٦) د. توريه توفيق ، وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة عين شمس ١٩٧٨، ص ٥٤ ، وهو ما أكدته أحكام المادة (١٥/ب) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم (٢٦٤٥) بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، على الصفحة رقم (٢) .

^(٤٧) للتوسع في عيوب الرضا، أحكام المواد من ١١٥ - ١٥٦ من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم (٢٦٤٥) بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، على الصفحة رقم (٢) .

^(٤٨) د. خليل فيكتور تادرس ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

^(٤٩) قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم (١٧٢٥) لسنة ٢٠٢١ بشأن نموذج عقد تخصيص لحقوق مالية ناشئة عن عمليات شراء الأوراق بالهامش .

بمعنى أن عقد التخصيم يرتب كلا طرفيه حقوق والتزامات، يتوجب على كل منهم الوفاء بهذه الالتزامات، وهو أكدته المشرع المصري^(١)، حيث قضى بأن يتضمن عقد التخصيم المبرم بين طرفيه، حقوق والتزامات الطرفين، إذ أن عقد التخصيم في الأوراق المالية هو الآخر عقد ملزم للجانبين، حيث يترتب على كلا طرفي العقد، المخصص وشركات السمسرة المزاولة لعملية الشراء بالهامش، مجموعة من الالتزامات اتجاه الآخر .

ثالثاً: عقد التخصيم من عقود المعاوضة:

لما كان عقد التخصيم بعد بمثابة عقد ملزم لجانبين، فإنه يعد من عقود المعاوضة، حيث يتلقى كل متعاقد عوضاً على ما يعطي، وها ظاهر في عقد التخصيم؛ فالعميل يحصل على قيمة المستحقات التي أحالها للمخصص إما معجلاً أو عند الاستحقاق كما يتلقى خدمات إدارية أخرى، أما المخصص فينتقل مقابل لما يقدمه من خدمات وضمائنات، يتمثل هذا المقابل العمولات والفوائد التي يتم تحديدها حسب سلوك العميل وميزانيته وحسب معاملاته^(٢)، وهو ما يتصف به أيضاً عقد التخصيم في الأوراق المالية، إذ أن المخصص يتقاضى مقابل تخصيمه للحقوق المالية الناشئة عن الشراء بالهامش عمولات وفوائد حسب اتفاقهما، وفي ذات الوقت يقدم الخدمات لشركة السمسرة، سواء من ضمان وائتمان أو أي خدمات أخرى كما يقتضي العقد، وفي الجانب الآخر، فإن شركة السمسرة ومقابل حصولها على خدمات المخصص، تقوم بالالتزام بدفع القيمة المتفق عليها لقاء تلك الخدمات المقدمة .

رابعاً: عقد التخصيم من العقود محددة المدة:

غالباً ما تكون عقود التخصيم لمدة طويلة نسبياً؛ حتى يتسنى للمخصص تعويض المخاطر التي قد يتعرض لها نتيجة عدم تحصيل المستحقات المالية عند استحقاقها أو نتيجة لتأخر عملية التحصيل لأي سبب كان^(٣)، كما يمكن تجديده صراحة بإعلان الطرفين عن رغبتهما في التجديد قبل انتهاء المدة المحددة، بإخطار بإخطار يوجه من أحدهما للآخر^(٤)، وهو ما يتصف به عقد التخصيم في الأوراق المالية، حيث أنه من العقود العقود محددة المدة، إذ أن المشرع المصري، وعلى استعراض البند الخامس من نموذج عقد تخصيم لحقوق مالية ناشئة عن الشراء بالهامش، نجد بأنه حدد له مدة وهي سنة، ويجدد تلقائياً لمدة مماثلة ما لم يخطر أحد

(١) المادة (٧/٤٥) من قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨ .

(٢) د. أشرف محمد حسين الصباغ ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤&٢٥٣ .

(٣) د. فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص ٩٦ .

(٤) د. خليل فيكتور تادرس ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ .

الطرفين الآخر في رغبته بإنهاء العقد، قبل نهاية مدته بفترة لا تقل على ثلاثة أشهر ميلادية، كما أن لهم الحق في إنهائه ، وهو تأكيد لما جاء في قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم^(١)

خامساً: عقد التخصيم من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي :

يمثل الاعتبار الشخصي في عقد التخصيم دوراً جوهرياً في منح المخصم الحق في فسخ العقد حتى وقبل انتهاء مدته إذا اقترن بأجل محدد، متى تزعزع مركز التعاقد الآخر، حيث يبنى الاعتبار الشخصي في عقد التخصيم على عناصر شخصية تتعلق بالدائن وأحياناً بعملائه، كالسمعة التجارية في السوق، وعناصر موضوعية أخرى كقدرته المادية، ومركزه الاقتصادي، وغالباً ما يشترط المخصم في حقه بإنهاء عقد التخصيم دون إنذار في حالات عديدة منها لو اضطرب مركزه اضطراباً خطيراً ينذر بإعلان إفلاسه، كما أن العميل يحرص على ذات الأمر لدى اختياره للمخصم^(٢)، وهو ما يتصف به عقد التخصيم في الأوراق المالية على وجه الخصوص؛ وذلك للأسباب الآتية :

أولاً: في ضوء الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى لشركة التخصيم مزاولة نشاط تخصيص لحقوق مالية ناشئة عن شراء الأوراق المالية بالهامش^(٣)، والتي من بينها أن تكون شركة السمسرة محل التعاقد مع شركة التخصيم من بين الشركات الصادر لها موافقة من الهيئة بمزاولة عمليات الشراء بالهامش.

ثانياً: كون الأساس الذي يتم من خلاله التعاقد بين طرفي هذا العقد هو دراسة المركز المالي والاقتصادي والإداري لكل منهما، كما أن لحسن سمعة الشركة وسير سلوكها في السوق المالي أثر حيوي على كلا المتعاقدين.

سادساً: التخصيم عقدٌ تجاريٌّ :

إن عقد التخصيم يتصف بالتجارية؛ وذلك كون شركة التخصيم تتخذ شكل شركة مساهمة مصرية، ووفقاً للمعيار الشكلي للصفة التجارية فإن شركة التخصيم تكتسب وصف التاجر، أما البائع قد يكون تاجراً - شركة أو فرد- يجب تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية عليه، أي ألا يعتبر هذا العقد تجارياً إلا إذا

(١) نص المادة (٤/٤٥) من قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨ .

(٢) مصطفى تركي الجوراني، مرجع سابق، ص ٣١٨ و٣٠ .

(٣) راجع في ذلك ، قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم .

كان تاجراً أو بمناسبة مباشرته للأعمال التجارية، حيث اشترط المشرع المصري أن الدين محل عقد التخصيم ناشئاً عن معاملات تجارية مرتبطة بنشاط البائع والمدين^(١) .

إلا أنه، وعلى ضوء أحكام نظام شركات التمويل الأردني رقم (١٠٧) لسنة ٢٠٢١، بعدم النص على اشتراط وجوب أن يكون الدين ناشئاً عن معاملات تجارية - كما المشرع المصري - ، ووفقاً لنظرية الأعمال التجارية، فإن عقد التخصيم قد يكون تجارياً إذا كان كلا الطرفين تاجراً، وقد يكون مختلطاً كون شركة التخصيم اكتسبت صفة التاجر بحكم القانون - كون المشرع أن تكون شركة التخصيم شركة مساهمة- في حين أن عميلها ليس تاجراً بل مدنياً .

وعن دراستنا، وفي ظل أن طرفي عقد التخصيم في الأوراق المالية هما شركات الأولى تتمثل بشركة التخصيم والثانية تتمثل بشركة السمسرة المزاولة للشراء بالهامش، وأن محل العقد هو تخصيص الحقوق المالية الناشئة عن الشراء بالهامش، فإن سمة التجارية هي سمة ملاصقة لعقد تخصيص الحقوق المالية الناشئة عن الشراء بالهامش .

سابعاً: عقد التخصيم هو عقد إذعان:

ذهب جانب من الفقه بأن عقد التخصيم بعد عقد إذعان؛ فهو يتضمن عدة شروط موضوعه مسبقاً من قبل المخصص في نموذج خاص يقدم لكل طالب للتعاقد، ولا يمكن للعميل مناقشة هذه الشروط إلا فيما يتعلق بقيمة العمولة والفائدة ومدة العقد، بل ذهب للقول بأن قبول العميل هو مجرد إذعان وتسليم لشروط التي يضعها المخصص^(٢) .

فيما ذهب جانب آخر من الفقه، إلى التخفيف من حدة هذا الإذعان بالقول بأن صفة الإذعان في عقد التخصيم لا تتحقق إلا بشأن الشروط العامة، وهي شروط تتعلق بموضوع العقد^(٣)، وطريقة اختيار العملاء وقبول التعاقد وإدارة حقوق العميل واتفاق الحساب الجاري والتمويل واقتطاع أموال الضمان وغيرها، أما الشروط الخاصة^(٤) والقابلة للمناقشة مع المخصص، فهي تلك التي تتعلق بنسبة العمولة وجمال تطبيق العقد وكيفية تسليم الفواتير ومدة الائتمان والنسبة المقتطعة من الحقوق لتكوين أموال الضمان .

(١) د. أشرف محمد حسين الصباغ ، المرجع السابق ، ص ٣٦.

(٢) د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص ٣٠٦ .

(٣) د. نادر عبد العزيز شافي ، المرجع السابق ، ص ١١٦ .

(٤) د. خليل فيكتور تادرس ، المرجع السابق ، ص ١٣٦ .

ومن وجهة نظرنا، فإننا نرى عدم اتسام عقد التخصيم في الأوراق المالية على وجه عقود التخصيم عموماً؛ وذلك لسببين أولهما هو أن الشروط العامة والموضوعة من قبل المخصم قد كرسها المشرع، سواء في قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم، أو القرارات الصادرة عن الهيئة تنفيذاً له، والسبب الثاني، يتمثل في تعدد شركات التخصيم في الأسواق المالية، مما يتيح الفرصة لشركة السمسرة (العميل) بمناقشة الشروط الخاصة التفضيلية، كما أنه ينعكس على تنافس شركات التخصيم فيما بينها، والذي يصب في صالح العميل.

الفرع الثاني

الخصائص الخاصة بعقد التخصيم في الأوراق المالية

لما كان عقد الخصيم في الأوراق المالية يتسم بعدد من الخصائص العامة، التي تتشابه مع بعض العقود المشابهة له، فإن يلزم استعراض بعض الخصائص الخاصة التي يمتاز بها، لعل أبرزها ما يلي:

أولاً : عقد التخصيم وسيلة للتمويل:

أجاز المشرع المصري^(١)، للمخصم أن يقدم للعين عدة خدمات لعل أبرز هذه الخدمات تتمثل في توفير التمويل اللازم الذي يحتاجه العميل خاصة في ظل ديونه الآجلة، ويعد عقد التخصيم من العقود التي ابتكرت أسلوباً حديثاً من أساليب التمويل وحيث أن الهدف منه هو تأمين التمويل المطلوب، في ظل الديون الآجلة أو عقبات التحصيل أو تسييل الديون المجمدة للقيام بنشاطاتهم دون الحاجة للانتظار لتحقيق آجال استحقاق ديونهم^(٢).

مما يجعل التاجر يتطلع إلى التوسع في أعماله التجارية وزيادة معاملاته المالية وهو في سبيل ذلك قد يلجأ إلى عدة وسائل تعينه على ذلك ومنها الاقتراض، بيد أنه لا يخفى صعوبة وطول الإجراءات التي

(١) نص المادة (٣٦) من قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨ ، والتي قضت بأن للمخصم في إطار تقديم خدمات التخصيم للبائعين تقديم خدمات ، والتي من بينها التمويل ، كذلك راجع ، نص المادة (٢/٣) من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم ، والتي قضت بأن للمخصم القيام بكل أو بعض الخدمات والتي من بينها الخدمات المالية .

(٢) د. نادر عبد العزيز شافي ، المرجع السابق ، ص ١٣١ .

يتعرض لها للحصول عليه، ولذلك قد يفضل الحصول على ما يلزمه من تمويل لتحقيق ما يهدف إليه من التوسع عن طريق تخصيص حقوقه لدى الغير، وهو نوع من التمويل الذاتي^(١)، بأن يقوم البائع (العميل) بممارسة أعماله التجارية، ثم يقوم بإحالة الديون الناجمة عن تجارته للمخصم مقابل حصوله على قيمة هذه الديون، منقوصة نسبة العمولات أو الفوائد، وبهذا أضحي عقد التخصيم أداة من أدوات التمويل، سواء أكان تمويل كلي أو جزئي، وسواء أكان في التجارة الداخلية أو الخارجية، إلا أن السائد أنه مصدر تمويل متجدد للديون قصيرة الأجل سواء للديون المضمونة أو بموجب اتفاق صريح بين المخصم والعميل للديون متوسطة أو طويلة الأجل، بأن يقوم المخصم بالوفاء بقيمته للعميل قبل حلول أجله، مما يمنح العميل القدرة على التسرع في أعماله أو الوفاء بديونه للغير، وزيادة استثماراته^(٢) .

الجدير بالذكر، أن المشرع الأردني^(٣)، لم يذكر صراحة الخدمات التي يقدمها، بيد أنه قد ذكر ما يحظر على المخصم ممارسته، إلا أنه يمكن لنا استخلاص دور المخصم في توفير التمويل اللازم للعميل، وذلك من خلال تعريفه للتخصيم وتعريفه للنشاط التمويلي، إذ قضى بأن النشاط التمويلي يقوم بمنح الائتمان المباشر للعميل، وفي تعريف للتخصيم قضى بأنه هو شراء للحقوق المالية، أي أن يدفع ثمن هذه الحقوق المشتراة للعميل، ومن هنا يمكن لنا استخلاص أن التخصيم هو أداة تمويل .

وفي معرض دراستنا لعقد التخصيم في الأوراق المالية، فإنه يتضح لنا أن التخصيم في الأوراق المالية يعتبر وسيلة للتمويل أيضاً؛ وذلك كون المخصم يقوم بدفع ثمن الحقوق المالية المخصصة لشركة السمسرة، والمتمثلة بقيمة عمليات التمويل على الهامش، والتي قامت بها شركة السمسرة مع مدينها، وهو ما يمكن استخلاصه من البند السادس لنموذج عقد تخصيص لحقوق مالية ناشئة عن الشراء بالهامش^(٤)، والتي قضى باتفاق الطرفان على الحد الأقصى للتمويل وقيمة الدفعة المقدمة بالإضافة إلى قيمة خدمات العقد .

ثانياً : عقد التخصيم وسيلة ضمان:

(١) د. أحمد الملحم و د. محمود الكندري ، المرجع السابق ، ص ٩ .

(٢) دز خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق ، ص ٨٢&٨٣ .

(٣) نص المادة (٦/أ) من نظام شركات التمويل رقم (١٠٧) لسنة ٢٠٢٤، والتي قضت بأنه يحظر على الشركة ممارسة عدة، وتجدر الإشارة إلى أنه قد تم ذكرها على سبيل الحصر لا المثال .

(٤) قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٧٢٥) لسنة ٢٠٢١ بشأن نموذج عقد تخصيص لحقوق مالية ناشئة عن عمليات شراء أوراق مالية بالهامش .

يعد عقد التخصيم بمثابة أداة ضد مخاطر إفلاس أو إعسار المدين، إذ يفضي إلى تحمل المخصم مخاطر عدم التحصيل أو الإفلاس أو الإعسار، ومن ثم لم يعد يشغل الدائن بعدم الوفاء من مدينه، ولذا فإن المخصم يأخذ في اعتباره إبان إبرام عقد التخصيم مع العميل، القدرة المالية للمدين في تنفيذ تعهداته، وهو ما يعتمد على معلوماته المؤكدة عنه وعن مسيرته ومدى انتظامه في سداد ديونه لدى استحقاقها^(١)، فعند حلول شركة التخصيم محل العميل، ومقابل الأرباح التي تجنيها أو تتوقع أن تجنيها من عقد التخصيم، والمتمثلة في اقتطاع جزء من قيمة الدين والفوائد والنفقات والعمولات، فإن المخصم يلتزم بعدم الرجوع على العميل في حال تخلف المدين عن السداد بقيمة الديون المخصمة، إذا كان التخلف لا يعود إلى الدائن ويترتب على لك تخلص الدائن من خطر تعنت مديته عن الوفاء أو إفلاسه أو إعساره، إذ ينتقل الخطر إلى عاتق المخصم^(٢)، وهو ما يتصف به عقد التخصيم في الأوراق المالية، إذ كرس المشرع المصري الحالات التي يجوز بها للمخصم الرجوع على مدينه^(٣)، إذ قضى بأنه يجوز الاتفاق بين المخصم وشركة السمسرة على رجوع المخصم عليها إن تم الاتفاق على ذلك - وهو غير الرائج في هذه العقود - ، كما يجوز للمخصم الرجوع على شركات السمسرة في أكثر من حالة - سيتم تناولها بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الدراسة - وبمفهوم المخالفة، يمكن لنا أن نستخلص أن شركات التخصيم تكون ضامنة لعدم وفاء مستثمري شركات السمسرة المزولة لعمليات الشراء بالهامش .

ثالثاً : عقد التخصيم وسيلة للإدارة الفعالة:

أجاز المشرع المصري^(٤) يقدم المخصم خدمات إدارية عدة للعميل، ومنها إدارة الحسابات وإمساك الدفاتر المتعلقة بالحقوق التي يتم تخصيصها، كما يقدم الاستشارات والمعلومات عن المدين المحتملين، كما يقوم المخصم بتحصيل الحقوق من المدينين في مواعيد استحقاقها^(٥)، وهو ما يتصف به عقد التخصيم في الأوراق المالية، وما أكدته نموذج عقد تخصيص لحقوق مالية ناشئة عن عمليات شراء أوراق مالية بالهامش .

^(١) أشرف محمد حسين الصباغ ، المرجع السابق، ص ٤٥ .

^(٢) د. نادر عبد العزيز شافي ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ .

^(٣) نصي المادتين (٤٨&٤٣) من قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨، وراجع كذلك، البند التاسع من نموذج عقد تخصيص لحقوق مالية الناشئة عن شراء الأوراق المالية بالهامش .

^(٤) نص المادة الثانية من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم .

^(٥) للتوسع أكثر في هذه الخدمات المقدمة من المخصم، راجع في ذلك المراجع التالية: ، د. خليل فيكتور تادرس ، المرجع السابق ، ص ٨٦ وما بعدها ، د. هاني دويدار، المرجع السابق سابق ص ٣٠٧ ، وراجع د. ذكرى عبد الرزاق خليفة، عقد

المبحث الثاني

الأساس القانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية

تمهيد وتقسيم:

إن تحديد الطبيعة القانونية لعقد التخصيم في الأوراق المالية، يساعد كل من الفقه والقضاء في تحديد أي القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها عليه، وذلك في ظل غياب تشريع خاص وواضح ومحدد، يمكن من خلاله حل النزاعات التي قد تنشأ بين المخصم وعميله-شركات السمسرة-؛ على ضوء غياب اتفاق الأطراف على بعض المسائل المتنازع عليها، كما ينعكس دور تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد على المدين - المستثمرين في عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش-، والذي لا يعد طرفاً في هذا العقد، إلا أن أثره يسري عليه .

ولم يتفق الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقد التخصيم عموماً، وهو ما ينطبق بدوره على عقد التخصيم في الأوراق المالية؛ وذلك لسعي جانباً منهم لتكييفه على أنه أحد العقود المسماة، كما عقد الوكالة، أو عقد الرهن، أو عقد القرض، أو غيرها من العقود المسماة، التي تتشابه وعقد التخصيم في الأوراق المالية، فيما ذهب جانب آخر من الفقه، إلى تكيفه على أنه عقد من العقود غير المسماة^(١)، بيد أنهم قد تناسوا

شراء الديون التجارية ، دار الجامعة الجديدة القاهرة ، ٢٠١٠ ، ، ص ٣٢ ، وراجع د. عمار جهلول ، عقد خصم الديون دون حق الرجوع ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ ، ، ص ٤١ ، وراجع د. نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص ٤٥ .

(١) منعاً لتكرار وسعياً منا لتسليط الضوء على أبرز هذه النظريات التي تبناه الفقه في ضوء دراستنا، فإننا لن نتناول ما قد تناولته عديد الدراسات فيما يخص تحديد الطبيعة القانونية باعتباره أحد العقود المسماة أو غير المسماة، مع العلم أنه سيتم بعضها والتي قد يتم التطرق لبعضها في المطلب الأول من هذا المبحث ، لذا وللتوسع في النظريات التي تبناه الفقه في معرض تحديده للطبيعة القانونية لعقد التخصيم راجع كل من ، د. عمار حبيب الجهلول ، مرجع سابق ، ص ٤٣ وما بعدها ، راجع كذلك د. أحمد عبد الرحمن الملحم و د. محمود أحمد الكندري ، المرجع السابق ، ص ٥٣ وما بعدها ، راجع كذلك د. نادر عبد العزيز شافي، ط ١ ، المرجع السابق، ص ٣٠١ وما بعدها ، راجع كذلك د. د. نادر عبد العزيز شافي، ط ٢ ، المرجع السابق ، الطبعة الثانية، ص ٣٠١ وما بعدها، راجع كذلك مصطفى تركي الجوّاني، المرجع السابق ، ص ٣٥ وما

الخصائص العامة والخاصة التي يتمتع بها عقد التخصيم في الأوراق المالية - الفرع الثاني من المطلب الثاني في المبحث الأول -، إلا أن بعض التشريعات وجانب من الفقه، قد اتجه إلى تحديد الأساس القانوني لنقل المستحقات - الحقوق المالية الناشئة عن الشراء - محل عقد التخصيم؛ للوقوف على الطبيعة القانونية لهذا العقد، بيد أن هنالك أسس متبعة وأخرى مستبعدة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن هذا العقد، ومن هذه الأسس ما هو مستبعد تشريعياً وفقهياً، ومنها ما هو متبع تشريعياً ومؤيد فقهياً .

وعليه، ولتسليط الضوء على موقف المشرعين المصري والأردني، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى الأسس القانونية المستبعدة في نقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية، فيما نتطرق في المطلب الثاني إلى الأسس القانونية المتبعة في نقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول: الأسس القانونية المستبعدة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية.

المطلب الثاني: الأسس القانونية المتبعة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية.

بعدها، راجع كذلك د. خالد حسن لطفي، المرجع السابق، ص ١١٠ وما بعدها، راجع كذلك أشرف محمد الصباغ، المرجع السابق، ص ٦١ وما بعدها .

المطلب الأول

الأسس القانونية المستبعدة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية

تمهيد وتقسيم:

تتعد الأسس القانونية المستبعدة، والتي حاول الفقهاء الاعتماد عليها في تحديد الأساس القانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية، فمنهم من اتجه إلى تجارية لمحاولة إسناد الأساس القانوني عليها، ومنهم من اتجه إلى الأسس المدنية لذات الغرض، بيد أن كلا الاتجاهين قد وجهت لهما عديد الانتقادات.

وعليه، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، حيث سنتطرق في الفرع الأول إلى الأسس التجارية المستبعدة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية، فيما نتطرق في الفرع الثاني إلى الأسس المدنية المستبعدة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الأسس التجارية المستبعدة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية.

الفرع الثاني: الأسس المدنية المستبعدة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية .

الفرع الأول

الأسس التجارية المستبعدة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية

تعددت الأسس التجارية التي تبناها الفقه في كونها الأساس القانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم عموماً، ومن أبرزها الأسلوب الكمبيالي لنقل المستحقات، وكذلك قانون دايلي، وفي معرض

دراستنا للأسس القانونية لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية، فإننا سنحاول استعراض أبرز ملامح هذه الأسس ومدى إمكانية تطبيق أحدها على التخصيم في الأوراق المالية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: استبعاد الأسلوب الكمبيالي كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية:

وتتمثل الكمبيالة بمحرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون وتتضمن تعهد محررها بدفع مبلغ معين من النقود في وقت ومكان معين لأمر شخص آخر وهو المستفيد أو حاملها، ويشترط لصحة إنشائها توافر أركانها الشكلية وأركانها الموضوعية^(١)، وهو ما أكدته المشرع الأردني^(٢)، وتعتبر الكمبيالة وسيلة سهلة ومرنة لتداول الحقوق التجارية قبل حلول أجل استحقاقها بمجرد تظهيرها للغير أو تقديمها لدى أحد البنوك والحصول على قيمتها معجلاً مع حق البنك في خصم مبلغ معين من قيمتها يقابل الفائدة عن المدة الفاصلة بين تاريخ دفع المبلغ وتاريخ الاستحقاق استناداً إلى شرط التحصيل، وهو شرط ضمني يعد بمثابة تعهد العميل بضمان وجود الحق والتزامه بالرد في حالة تعذر الوفاء^(٣).

على الرغم من مزايا الكمبيالة، إلا أنها استبعدت لعدة أسباب، ومنها أن تحويل الكمبيالات للمخضم بتظهيرها لأمره يقتضي تحويل كل ورقة تجارية على حدة وهو ضياع للجهد والوقت، في حين أنه يمكن الاستعاضة عن ذلك بتحويل الفاتورة مجتمعة للمخضم بوضع عبارة تفيد نقل الحقوق الناشئة عنها للمخضم مما يخفف العبء على العميل، كذلك لارتفاع سعر الخصم وتكاليف تحصيلها لدى البنوك، كما يضاعف تعدد الكمبيالات مما يؤثر مادياً على المخضم، والذي ينعكس طردياً على عمولته، لذا لم يأخذوا المخضمين بالكمبيالة كأساس قانوني لتنظيم عقد التخصيم^(٤).

لكل ما تقدم أعلاه، فإننا نرى بعدم إمكانية الأخذ بالأسلوب الكمبيالي كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية؛ وذلك لذات الأسباب التي لم يؤخذ بها هذا الأسلوب في

(١) د. فائق محمود الشماع، الإشكاليات القانونية المتعلقة بمحل خصم الأوراق التجارية: سندات السفنجة وخصم الشيك - دراسة قانونية تأصيلية في ضوء تطبيقات القضاء الفرنسي والأردني - ، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مجلد رقم (١٠) ، العدد رقم (١) ، ٢٠١٨ ، ص ١٥١.

(٢) نص المادة (١٢٣) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ ، إذ أطلق المشرع الأردني مصطلح سند لأمر على الكمبيالة .

(٣) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٩٤ .

(٤) د. توريه توفيق، مرجع سابق، ص ٤٦٨٤٥ .

عقد التخصيم عموماً، بالإضافة إلى كون خصم الأوراق التجارية - والتي من بينها الكمبيالة-، لا تراعي محل عقد تخصيم الأوراق المالية وكذلك أطرافه، فإن أطرافه هما شركة تخصيم والأخرى شركة سمسة، وكذلك المدين هو من المستثمرين في عمليات الشراء بالهامش .

ثانياً: استبعاد حوالة دايلي Dailly كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية:

آلية خاصة أوجدها المشرع الفرنسي لتنظم على وجه الخصوص علاقات العملاء التجار مع المؤسسات الائتمانية، وهي عبارة عن سند دين يسمح بحوالة الحقوق، ومركزها وسطي بين أحكام القانون المدني وقانون الصرف، وتستخدم في حال عدم وجود أوراق تجارية تثبت حق الدائن (المحيل) على مدينه (المحال عليه)؛ هنا يمكن للمورد عميل البنك، إقامة عقد مع بنكه (المحال إليه) يتنازل فيه يتنازل أو يرهن تلك الحقوق للبنك، مقابل قرض تبرره تلك الحقوق، ويحدد في العقد شروط التعبئة الاستعمال وتحصيل الحقوق، وذلك بتقديم ملف كامل للحقوق، على أن يتولى العميل صاحب الحق عملية التحصيل، ثم تقديم وتسديد المبلغ للبنك مقابل مبلغ القرض الذي حصل عليه المحيل^(٥)، فهي آلية تسمح للعملاء بفتح مصادر تمويل وللبنوك باقتصاد النفقات، وهذا عن طريق تخلصها من عملية التحصيل التي تبقى مرتبطة بالعميل وعن طريق نقلها العديد من في ذات الوقت، فلذلك هي تتسجم ومبدأ الجماعية الذي يهيمن على التخصيم من جهة، وتعفي مؤسسات الائتمان من الأعباء المالية والضريبية المستحقة بشأن كل ورقة من هذه الأوراق من جهة أخرى^(٦).

ورغم ما يقدم هذا القانون من تسهيلات للمشروعات قصيرة ومتوسطة الأجل للحصول على ما تحتاج من اعتمادات، إلا أن المخصصين لم يأخذوا بهذا القانون، فحوالة الحق هي عبارة عن ضمان للائتمان المفتوح للعميل يمكن للبنك استرداده في حالة عدم الوفاء لدى الاستحقاق في حين أن الحوالة في عقد التخصيم هي مقابل الحصول على الائتمان وليس لضمانه، كما أن قيمة التخصيم غالباً ما يكون أقل من قيمة الفائدة التي يطلبها البنك^(٧).

ونرى ، أن ما ينطبق على عقد التخصيم عموماً هو ذاته ينطبق على عقد التخصيم في الأوراق المالية، من حيث عدم إمكانية تطبيق أحكام حوالة "Dailly" على عقد التخصيم، ولذا الأسباب المذكورة أعلاه، كما يمكننا أن نضيف إليها أن هذه الحوالة تتعارض مع جوهر عقد التخصيم، والمتمثل بأبرز خدمة

(٥) ميلاظ عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص ١١٩.

(٦) د. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية (Factoring – Affacturage) - دراسة في استخدام فكرة الائتمان لعلاج مشاكل تحصيل الحقوق التجارية-، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ٥١.

(٧) د. توريه توفيق ، مرجع سابق ، ص ١٤٩ & ١٥٠.

يقدمها المخصم للعميل - شركة السمسرة - والمتمثلة بتحصيل الحقوق المالية الناشئة عن تخصيص عمليات الشراء بالهامش من المدين (المستثمرين في الشراء بالهامش)، على خلاف حوالة دايلي، والتي تسند عملية التحصيل الحقوق المخصصة للعميل (شركات السمسرة)!.

الفرع الثاني

الأسس المدنية المستبعدة لنقل المستحقات المالية في عقد تخصيص الأوراق المالية

تعددت الأسس التجارية التي تنبأها الفقه في كونها الأسس القانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم عموماً، ومن أبرزها، الوكالة العادية كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية، ومنهم من ذهب إلى اعتماد تجديد الديون كأساس قانوني، في حين ذهب البعض الآخر إلى الإنابة بالوفاء كأساس قانوني، وسنحاول استعراض هذه الأسس، والبحث في مدى إمكانية تطبيق أحدها على عقد التخصيم في الأوراق المالية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: استبعاد الوكالة العادية كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية:

قد عرف المشرع الأردني عقد الوكالة^(٨)، أنها عقد يقوم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسها في تصرف جائز معلوم، كما عرف المشرع المصري الوكالة^(٩)، أنها عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل

عمدت بعض البنوك والمؤسسات المالية الأوروبية والتي تبرم عقود التخصيم على اعتبار نفسها كوكيل عن العميل في تحصيل الأموال المشكوك في تحصيلها وغير المقبولة لدى شركات التخصيم، كما أن بعض العملاء لا يرغبون في استيفاء بعض ديونهم التي يقدمها لشركة التخصيم، وهو ما يؤيد تكيف عقد التخصيم على أنه عقد وكالة^(١٠)، ويترتب على إسباغ فكرة الوكالة على عقد التخصيم ترتيب ذات الآثار المترتبة على الوكالة ومنها أن يترتب للمدين أو المشتري أو من قدمت له الوكالة الخدمة، بوسعه أن يحتج اتجاه المخصم بذات الدفع التي كان يمكن الدفع بها اتجاه العميل يضاف إلى ذلك أن يتحمل العميل عبء

(٨) نص المادة (٨٣٣) من القانون المدني الأردني (٤٣) لسنة ١٩٧٦ .

(٩) نص المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

(١٠) د. أشرف محمد الصباغ ، المرجع السابق ، ص ٧١ .

إفلاس أو إفسار المدين أو عقبات التحصيل الخصم لهذه الحقوق، وذلك إذا كان عقد التخصيم مع حق الرجوع^(١١).

يتضح لنا مما سبق، أنه لا يمكن اعتبار الوكالة العادية أساس قانوني لنقل المستحقات المالية لعقد التخصيم عموماً وعقد التخصيم في الأوراق المالية خصوصاً؛ وذلك كون عقد الوكالة يخالف جوهر عقد التخصيم، حيث أن عقد الوكالة يقوم الوكيل بتحصيل ديون العميل باسمه لكنها لحساب العميل، إلا أنه في عقد التخصيم يتم المخصم بتحصيل الديون المخصمة - المحالة له - باسمه ولحسابه، كما أن الوكيل لا يكون ضامنًا لتحصيل الديون، بيد أنه في عقد التخصيم يختلف بحسب نوع العقد، فيما إذا كان مع حق الرجوع أو عدمه .

ثانياً: استبعاد الإنابة في الوفاء كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية:

قد عرف المشرع المصري الإنابة في الوفاء^(١٢)، على أنها إنابة المدين شخصاً أجنبياً ليفي بالدين للدائن، ففي تتم إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، إلا أن المشرع الأردني لم ينظم أحكام الإنابة في الوفاء، وعلى الرغم من وجود ثلاثة أطراف بها، وهم المدين والدائن والمناب بالوفاء كما أن لعقد التخصيم ثلاثة أطراف، إلا أنها لا تصلح للأخذ بها لعدم ملائمتها لطبيعة عقد التخصيم؛ فالمدين ينيب عنه شخصاً أجنبياً في الوفاء، بينما في عقد التخصيم فلا ينيب المدين بالوفاء، فهو يخطر بعقد التخصيم عند إبرامه ولا يؤخذ برأيه، فضلاً عن أن الإنابة بالوفاء غالباً ما تقوم على أساس وجود مديونية سابقة بين المدين والمناب، على خلاف عقد التخصيم^(١٣).

يتضح لنا مما سبق، أنه لا يمكن الأخذ بالإنابة بالوفاء في عقد التخصيم عموماً، وفي عقد التخصيم في الأوراق المالية خصوصاً لذات الأسباب سالفة الذكر، بالإضافة إلى أنه لا يتصور من المستثمرين في عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش أن ينبوا شركة التخصيم؛ كون عمليات الشراء بالهامش تتطلب وجود شركات سمسة مرخصة ومزاولة لعمليات الشراء بالهامش.

ثالثاً: استبعاد تجديد الديون كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية:

(١١) د. خليل فيكتور تادرس ، المرجع السابق ، ١٣٨ .

(١٢) نص المادة (٣٥٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

(١٣) تورية توفيق، مرجع سابق ، ص ١٥٠.

يعرف التجديد بأنه استبدال دين جديد بدين قديم، فيكون سبباً في قضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد، فالتجديد إذن هو سبب لانقضاء الالتزام، وهو في الوقت ذاته مصدر لنشوء الالتزام، فهو اتفاق على انقضاء الالتزام القديم، وعقد لإنشاء الالتزام الجديد، وهو في الحالتين تصرف قانوني، ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير في الدين وإما تغيير المدين وإما تغيير الدائن^(١٤).

والتجديد لا يصلح للأخذ به لاختلافه من حيث الأساس والموضوع عن عقد التخصيم؛ وذلك كون التجديد يؤدي إلى إنهاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد، أما عقد التخصيم فهو انتقال ذات الالتزام للمخصم، كما أن عقد التخصيم اتفاق ثنائي بين المخصم والعميل، لا يحتاج لموافقة المدين وهو أمر مفترض في التجديد، كما أن التجديد يؤدي إلى انقضاء الدين القديم وما يرتبط به من تأمينات، أما في عقد التخصيم فإن الحق ينتقل إلى المخصم بما له من خصائص وما يلحق به من توابع وتأمينات وما عليه من دفع^(١٥)، وهو ما ينطلق على عقد التخصيم في الأوراق من حيث عدم الأخذ بالتجديد ولذات الأسباب .

المطلب الثاني

الأسس القانونية المتبعة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية

تمهيد وتقسيم:

تعددت الأسس القانونية المتبعة لنقل المستحقات في عقد التخصيم عموماً، لدى كل من التشريعات والفقه، وفي إطار دراستنا المقارنة بين المشرعين المصري والأردني، يكون لازماً علينا التطرق إلى استعراض الأسس القانونية التي يمكن اتباعها لنقل المستحقات المالية في عقد التخصيم، والمتمثلة بحالة الحق أو الحلول الاتفاقية، ومحاولة أي منها قد تبناها كل من المشرعين.

وعلى ضوء أن موضوع دراستنا هو التخصيم في الأوراق المالية، لا بد لنا من دراسة أياً منها تلئم طبيعة أحكام عقد التخصيم في الأوراق المالية، وتتسجم مع مراعاة محل هذا العقد، وأي منها أخذت بعين الاعتبار الأثر الممتد للطرف الثالث - المستثمرين في عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش - والذي لا يعد طرفاً من أطراف العقد، لكن أثره يسري عليه .

(١٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٨١٣ .

(١٥) توريه توفيق، مرجع سابق، ص ١٥٢&١٥١ .

وعليه ، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى حوالة الحق كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية في عقد تخصيص الأوراق المالية، فيما نتطرق في الفرع الثاني إلى الحلول الاتفاقية كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية في عقد تخصيص الأوراق المالية .

الفرع الأول: حوالة الحق كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في لأوراق المالية.

الفرع الثاني: الحلول الاتفاقية كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية .

الفرع الأول

حوالة الحق كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية

منح المشرع المصري عقد التخصيم الحق في الاختيار بين حوالة الحق أو الحلول الاتفاقية كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عنه^(١٦)، أما عن المشرع الأردني^(١٧)، فلم ينظم أحكام انتقال الحقوق المالية في عقد التخصيم ضمن نظام شركات التمويل - التشريع الناظم لعقد التخصيم- مما يلزمنا بالرجوع إلى القواعد العامة^(١٨)، وقد عرفت المادة (٩٩٣) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ الحوالة على أنها "الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه"، في حين عرف المشرع المصري

^(١٦) نصت المادة (٣٨) من قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨ ، حيث نصت على أنه : " تنتقل الحقوق المالية من البائع إلى المخصص وفقاً لأحكام القانون المدني ، مع الالتزام بالأحكام الواردة في هذا القانون " ، وما يصدره مجلس إدارة الهيئة من قرارات في هذا الشأن " ، وعليه قام مجلس إدارة الهيئة بإصدار قراره رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم ، حيث نصت المادة الخامسة من القرار على أنه : " تنتقل الحقوق المالية من البائع إلى المخصص سواء عن طريق حوالة الحق أو الحلول الاتفاقية وفقاً لأحكام القانون المدني " .

^(١٧) نظام شركات التمويل الأردني رقم (١٠٧) لسنة ٢٠٢١ .

^(١٨) تجد الإشارة إلى أن المشرع الأردني لم ينظم أحكام حوالة الحق ، بيد أنه نظم أحكام حوالة الدين في نصوص المواد من ٩٩٣-١٠١٧ من القانون المدني الأردني ، إلا أنه وبالرجوع إلى عدة قرارات لمحكمة التمييز الأردنية ، نجد بأنه يمكن الأخذ بحوالة على اعتبار أنها عقد تخضع للقواعد العامة للعقد الواردة في القانون المدني الأردني ويتم الأخذ بعين الاعتبار طبيعة هذا العقد ومحلّه ، إلا أننا قد وجدنا أن الغالب في التعامل في حوالة الحق هو القطاع المصرفي ؛ إذ يشترط البنك على المعميل المقترض إبرام عقد حوالة حق للمقترض بذمة مدين له ويتم إخطار المدين بذلك ، راجع في ذلك ، قرارات محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية: قرار رقم (٧٦٤) لسنة ٢٠٢٣ ، وكذلك قرار تمييز رقم (٤٦٨٧) لسنة ٢٠٢٣ ، قرار تمييز رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ ، قرار تمييز رقم (٧٠٠٤) لسنة ٢٠٢٢ ، موقع قرارك .

في المادة (٣٠٣) من القانون المدني المصري رقم (١٢) لسنة ١٩٤٨ " ويجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون الحاجة إلى رضا المدين"، وإن لم يقبل المدين بالحوالة، فإنها تكون نافذة مع ذلك في مواجهته وفي مواجهة الغير متى تم إعلان المدين بها إعلاناً رسمياً^(١٩) ويكون ذلك بورقة رسمية من أوراق المحضرين، وغالباً ما تتخذ الحوالة إجراء الإعلان بالحكم أنه أيسر من الناحية العملية^(٢٠).

وحالة الحق وإن كانت صورتها واحدة، إلا أنها متنوعة الأغراض، فقد يقصد الدائن أن يبيع حقه وعندئذ يتقاضى لهذا الحق المحال له ويكون عليه ضمان البائع، وقد يقصد بأن يهب الحق للمحال له فيكون مسوغاً بنية التبرع ولا تنطوي الحوالة في هذه الحالة على المضاربة^(٢١).

يتضح لنا مما سبق، أن حوالة تتلاءم وطبقية نقل المستحقات المالية في عقد التخصيم عموماً؛ وذلك كون المدين التمسك بذات الدفع في مواجهة المخصم التي كان له التمسك بها في مواجهة البائع، وهو ما ينطبق على حوالة، هذا بالإضافة إلى وجوب إعلام أو إخطار المدين بعقد التخصيم حتى يكون نافذاً بحقه، وهو ما ينطبق على حوالة الحق، كما أن المحيل لا يلتزم بضمان وجود الحق ومشروعيته إلا وقت الحوالة، وهو ما ينطبق على عقد التخصيم .

وتجدر الإشارة، إلى أن جانباً من الفقه قد وجه انتقاد لاعتماد حوالة الحق كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية لعقد التخصيم، ويتمثل هذا النقد في كون أنه يجب إشهارها إعلانها للمدين بطريقة رسمية،

(١٩) الجدير بالذكر أن المشرع المصري قد حدد طرق إخطار المدين في عقد التخصيم على سبيل الحصر لا المثال، وهي كالآتي :

١- رسالة بريدية / بريد مسجل بعلم الوصول.

٢- إحدى الوسائل الإلكترونية الحديثة ومن بينها البريد الإلكتروني المتفق عليه بين الطرفين في العقد المبرم بينهما.

٣- أي طريقة أخرى يراها المخصم مناسبة وتوافق عليها الهيئة بشرط أن تكفل علم المدين بانتقال الحقوق المالية المخصصة

راجع في ذلك ، نص المادة الخامسة من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم .

(٢٠) مصطفى تركي الجوراني، المرجع السابق ، ص ٣٦ .

(٢١) د. أشرف محمد حسين الصباغ ، المرجع السابق ، ص ٨٧ .

وهذا يصعب تطبيقه في عقد التخصيم الذي الهدف منه الحصول على التمويل بأسلوب سهل وسريع يتلائم مع سمعة السرعة التي هي أساس القانون التجاري^(٢٢).

بيد أننا نرى بأن هذا الإعلان للمدين ما هو إلا تأكيد على موثمة حوالة الحق لعقد التخصيم؛ وذلك في ظل اشتراط الهيئة العامة للرقابة المالية ذلك-سالف الذكر الصفحة السابقة، وفيما يخص عقد التخصيم في الأوراق، فإننا نجد موثمة حوالة الحق لطبيعة هذا العقد، حيث أن المستثمرين في عملية شراء الأوراق المالية بالهامش يحق لهم التمسك بذات الدفع التي كان لهم التمسك بها إبان عقد تخصيص لحقوق مالية ناشئة عن شراء الأوراق المالية، كما أنه يتوجب على المخصم إخطار المستثمرين في عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش - مديني شركة السمسرة المزاولة للشراء بالهامش والطرف الثاني في عقد التخصيم- بتخصيمه للحقوق المالية الناشئة عن شرائهم لأوراق مالية بالهامش بواسطة شركة السمسرة .

الفرع الثاني

الحلول الاتفاقي كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية

الحلول الاتفاقي هو عبارة عن اتفاق بين المحيل والمحال له بموجبه يحل الثاني محل الأول فيما له من حقوق على المدين، لقاء أدائه قيمة هذه الحقوق للمحيل وقت الحل، ومن ثم يصبح المحال له دائناً للمدين، يستطيع أن يطالبه بالوفاء استناداً إلى الحل ويصير هو المالك ولا يكون للعميل أي سلطة في أي تصرف في الحقوق المحالة دون موافقة المخصم^(٢٣)، ومن خلال الحل الاتفاقي يستطيع الدائن أن يحقق رغبته بالحصول على حقه قبل استحقاقه، كما أن الحق ينتقل إلى المحال له بكل ما له من صفات وتوابع وتأمينات^(٢٤)، وتجدر الإشارة إلى أن الحل الاتفاقي يكون بين المحيل (البائع) والمحال له (المخصم)، ويكون صحيحاً ونافذاً في مواجهة المدين دون الحاجة لرضاه ورغم إرادته^(٢٥).

(٢٢) د. توريه توفيق ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

(٢٣) د. خليل فيكتور تادرس ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ .

(٢٤) وهو ما أكد عليه قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم ، حيث نصت المادة الخامسة من القرار على أنه : ".....ويكون الحل الاتفاقي بمقتضى اتفاق بين البائع والمخصم يتم بمقتضاه حلول المخصم محل البائع في حقوقه لدى المدين وتنتقل تلك الحقوق بأوصافها وبما يلحقها من توابع وما يكفلها من تأمينات ."

(٢٥) د. عمار حبيب جهلول ، المرجع السابق ، ص ٥٠ .

والحلول الاتفاقى يجب توافر عدة شروط به^(٢٦)، حيث يجب أن يتمثل بالصراحة والمعاصرة ، فاتفاق الحلول الاتفاقى يجب أن يكون صريحاً وواضحاً ، واتفاق الحلول إما أن يكون تاماً أو مجرد وعد بالحلول ، وهو ما يتحقق في عقد التخصيم الذى يتضمن شرطاً عاماً لا يمكن اعتباره اتفاقاً بالحلول بل وعداً بالحلول ، بمقتضاه يلتزم البائع بتحويل الديون -المقبولة- للمخصم وتسليمه مخالصة الحلول ، كما يجب أن يتم الوفاء في ذات الوقت الذى يتم فيه الاتفاق على الحلول ، إذ يجب المعاصرة بين الوفاء والحلول تفادياً للاحتيال والغش الذى قد يلجأ إليه المحيل بإعادة تحويل حق انقضى بالحلول الأول^(٢٧) .

وباستعراض كل مما سبق، فإننا نجد أن حوالة الحق ورغم الانتقادات العديدة التى طلتها، فى ظل عدم تماشياً مع السرعة أساس القانون التجارى، إلا أننا نرى بأن حوالة الحق هى الأنسب من الحلول الاتفاقى، للاعتماد عليها كأساس قانونى لنقل المستحقات المالية فى عقد التخصيم على وجه العموم، وفى عقد التخصيم فى الأوراق المالية على وجه الخصوص؛ وذلك للأسباب الآتية:

١- إن اخطار المدين بإحالة دين لشخص آخر (المخصم) لا يعد هدراً للوقت، وتعارضاً ما أهم مرتكزات القانون التجارى، بل هو حق للمدين وضمان لاستقرار التعاملات، لذا فإن حوالة تكرر هذا الالتزام على المحال له (المخصم)، وبالإضافة إلى توافقه وقرارات مجلس إدارة الهيئة - التى تعد قواعد قانونية ملزمة اظمة للتخصيم .

٢- أنه وفى عقد تخصيص الأوراق المالية - عقد تخصيص حقوق مالية ناشئة عن الشراء بالهامش-على وجه التحديد، فإننا نرى بعدم إمكانية الأخذ بالحلول الاتفاقية، وذلك كون عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش تقوم على الاعتبار الشخصى، حيث أن لشخص شركة السمسرة المزاوله للشراء بالهامش محل اعتبار لدى مدينها ألا وهم المستثمرين فى عمليات شراء الأوراق بالهامش، لذا يجب إعلانه أو إخطاره، ولربما بحاجة إلى أكثر من ذلك برضاه عن عقد التخصيم .

(٢٦) نصت المادة (٣٢٧) من القانونى المصرى رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، على أنه: "الدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ولا يصح أن يتأخر هذا التفاف عن وقت الوفاء" ، الجدير بالذكر أن المشرع الأردنى لم ينظم أحكام الحلول الاتفاقى .

(٢٧) د. توريه توفيق، مرجع سابق، ص ١٧٢، ١٧١ .

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث الطبيعة القانونية لعقد التخصيم في الأوراق، حيث تطرقنا إلى ماهية هذا العقد، وذلك باستعراض مفهومه من حيث تعريفه وأنواعه وخصائصه، كما تطرقنا إلى الأساس القانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية، إذ استعرضنا الأسس القانونية المستبعدة والانتقادات الموجهة لها، كما استعرضنا الأسس القانونية المتبعة منها.

إذ توصلنا في هذا البحث إلى التكيف القانوني لعقد التخصيم في الأوراق؛ وذلك في ضوء تنظيم المشرع المصري لبعض أحكامه، وحظر المشرع الأردني لهذا العقد، وقد توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات التي خلص إليها الباحث، وهي على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

١- حظر المشرع الأردني عقد التخصيم في الأوراق المالية، بيد أن المشرع المصري قد أجازَه؛ حيث سمحت الهيئة العامة للرقابة المالية في مصر لشركات السمسرة المزاولة لعمليات شراء الأوراق المالية بالهامش بإبرام عقد التخصيم، إذ تحل شركات التخصيم "المخصم" محل "عميلها" شركات السمسرة في ديونها على المستثمرين في عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش محل عقد التخصيم، ضمن ضوابط وشروط معينة.

٢- إن البنك المركزي الأردني هو الجهة صاحبة الاختصاص في الرقابة على شركات التخصيم لدى المشرع الأردني، بيد أنه لا يمارس دوره بشكل فعال ليساهم في توفير بيئة قانونية ملائمة و آمنة للمستثمرين، وذلك لسد الثغرات القانونية وإكمال القصور التشريعي من خلال قرارته، كما هو

الحال لدى الهيئة العامة للرقابة المالية في مصر ؛ حيث تمارس دورها الرقابي بشكل فعال بصفقتها صاحبة الاختصاص في الرقابة على عقود التخصيم.

٣- لم يضع المشرع المصري تعريفاً لعقد التخصيم في الأوراق المالية، في إطار تنظيمه لأحكام التخصيم، إذ اكتفى بالنص على أحد صوره فحسب، كما أن كلاً من الفقه والقضاء لم يضعوا تعريفاً له.

٤- إن الأساس القانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية لدى المشرع المصري هو حوالة الحق أو الحلول الاتفاقي بحسب العقد، أما عن الأساس القانوني لنقل المستحقات المالية في عقد التخصيم عموماً لدى المشرع الأردني -في ظل حظره لعقد التخصيم في الأوراق المالية- فهو الحوالة.

٥- إن عقد التخصيم في الأوراق المالية هو عقد مركب ، لا يمكن تطبيق أحكام أحد العقود المسماة عليه ؛ وذلك في ظل الخدمات التي تقدمها شركات التخصيم لعملائها -شركات السمسرة- ، كما أنه لا يمكن تطبيق أحكام العقود غير المسماة عليه ؛ كون المشرع المصري قد نظم أحكاماً خاصة به ، لذا يتم اللجوء إلى أحكام حوالة الحق أو الحلول الاتفاقي - بحسب العقد- ؛ وذلك بصفقتها هي الأساس القانوني الذي انتقلت بمقتضاها المستحقات المالية الناشئة عن هذا العقد من شركة السمسرة "العميل إلى شركة التخصيم "المخضم" ، هذا جله مقترن بمبدأ سلطان الإرادة .

ثانياً: التوصيات:

١- نوصي المشرع الأردني بإفراد تشريع خاص لعقد التخصيم كما هو الحال لدى المشرع المصري، مع الأخذ بقانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨.

٢- نوصي المشرع الأردني في إطار تنظيم تشريع خاص بعقد التخصيم، إضافة نص على قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨ -الموصي الأخذ به-، يسمح المستثمرين في عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش بأن يكونوا مدينين لشركات التخصيم، كما هو منصوص عليه في المادة الثالثة من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٦٣) لسنة ٢٠١٨ وتعديلاته بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم والصادر عن الهيئة العامة للرقابة المالية في مصر.

٣- نوصي المشرع الأردني في إطار تنظيم تشريع خاص بعقد التخصيم، إضافة نص في قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (١٧٦) لسنة ٢٠١٨ -الموصي الأخذ به-، بمنح

اختصاص الرقابة على عقد التخصيم عموماً وفي الأوراق المالية خصوصاً وطرفيه، كل من -شركات التخصيم "المخصم" وعملائهما "شركات السمسرة المزاولة للشراء بالهامش" لهيئة الأوراق المالية.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب القانونية:

أ- الكتب العامة:

- ١- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، نظرية الالتزام بوجه عام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
- ٢- د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

ب- الكتب المتخصصة:

- ١- د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق ، الطبعة الأولى ، مجلس النشر العلمي- لجنة التأليف والتعريب والنشر ، الكويت / جامعة الكويت ، ٢٠٠٤.
- ٢- د. خالد حسن أحمد لطفي، نشاط التخصيم (FACTORING) كأداة من أدوات التمويل الحديثة ودوره في نمو الاقتصاد، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية - مصر ، ٢٠٢٢.
- ٣- د. ذكري عبد الرزاق خليفة، عقد شراء الديون التجارية ، دار الجامعة الجديدة القاهرة ، ٢٠١٠ .

- ٤- د. عمار حبيب جهلول ، عقد خصم الديون دون حق الرجوع ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ .
- ٥- د. فايز نعيم رضوان ، عقد شراء الديون التجارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية - مصر ، ١٩٨٦ .
- ٦- د. مصطفى تركي الجوراني، اثار عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ، ٢٠١٧ .
- ٧- د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكторинг، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان ، ٢٠٠٥ .
- ٨- د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكторинг، الطبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت - لبنان ، ٢٠١٣ .
- ٩- د. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية (Factoring – Affacturage) - دراسة في استخدام فكرة الائتمان لعلاج مشاكل تحصيل الحقوق التجارية-، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .

ثانياً: الرسائل العلمية:

- ١- د. أشرف محمد حسين الصباغ، آثار عقد شراء الديون التجارية (دراسة مقارنة) (الفاكتورينغ) ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس ، ٢٠٢١ .
- ٢- د. توريه توفيق، وكالة تحصيل و ضمان الحقوق التجارية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة عين شمس ، ١٩٧٨ .
- ٣- د. عادل حسن محمود حسن، شراء البنوك للفواتير بالجملة - دراسة تحليلية للنظامين الفرنسي والاندلوامريكي-، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة طنطا ، ٢٠١١ .
- ٤- د. ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - ، ٢٠١١ .

ثالثاً: الأبحاث والمقالات:

- ١- حمزة عبد يوسف و دعاء شاكر محمود ، التخصيم : نشاط بيع وشراء الحقوق التجارية (ALFACTORING) ، بحث منشور لدى البنك المركزي العراقي - دائرة مراقبة الصيرفة / قسم مراقبة المصارف الإسلامية / شعبة العمليات والضوابط ، بدون سنة النشر .

- ٢- د. خليل فيكتور تادرس ، الجوانب القانونية والعملية لتخصيم الحقوق التجارية -دراسة مقارنة- ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد / جامعة القاهرة ، العدد السابع والعشرون ، ٢٠١٤ .
- ٣- د. فائق محمود الشماع، الإشكاليات القانونية المتعلقة بمحل خصم الأوراق التجارية: سندات السفنجة وخصم الشيك -دراسة قانونية تأصيلية في ضوء تطبيقات القضاء الفرنسي والأردني - ، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مجلد رقم (١٠)، العدد رقم (١) ، ٢٠١٨ .
- ٤- د. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية في كلية الحقوق / جامعة الإسكندرية ، العددان الأول والثاني ، ١٩٩٦ .
- ٥- م . د . هدى عنيد حسان، بيع الأوراق المالية بالهامش وأثره على نمو سوق العراق للأوراق المالية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، المجلد ١، العدد ٩ ، ٢٠٢٣/١١/١٤ .

فهرس المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
2	المقدمة
5	المبحث الأول : ماهية عقد التخصيم في الأوراق المالية
٧	المطلب الأول : مفهوم عقد التخصيم في الأوراق المالية

٨	الفرع الأول : تعريف عقد التخصيم في الأوراق المالية
١٥	الفرع الثاني : أنواع عقد التخصيم في الأوراق المالية
١٩	المطلب الثاني : خصائص عقد التخصيم في الأوراق المالية
١٩	الفرع الأول : الخصائص العامة لعقد التخصيم في الأوراق المالية
٢٤	الفرع الثاني : الخصائص الخاصة لعقد التخصيم في الأوراق المالية
٢٧	المبحث الثاني : الأساس القانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية
٢٩	المطلب الأول : الأسس القانونية المستبعدة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية
٢٩	الفرع الأول : الأسس التجارية المستبعدة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية
٣٢	الفرع الثاني : الأسس التجارية المستبعدة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية
٣٤	المطلب الثاني : الأسس القانونية المتبعة لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية
٣٥	الفرع الأول : حوالة الحق كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية

٣٧	الفرع الثاني : الحلول الاتفاقية كأساس قانوني لنقل المستحقات المالية الناشئة عن عقد التخصيم في الأوراق المالية.
٣٩	الخاتمة
٤١	قائمة المراجع
٤٤	فهرس المحتويات