الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر

تخصص: قانون أعمال

الكفالة البنكية في التشريع الجزائري

من تقديم الطالبة:

عماري منال

جبالي أنفال

تحت إشراف الأستاذة:

تواتي سهيلة

لجنة المناقشة:

الإسم و اللقب	المؤسسة الأصلية	الرتبة	الصفة
السبتي عبد القادر	جامعة المدية	أستاذ محاضر ب	رئيسا
تواتي سهيلة	جامعة المدية	أستاذ محاضر أ	مشرفا
بن صاري رضوان	جامعة المدية	أستاذ محاضر ب	ممتحنا

السنة الدراسة:

2023/2022

شكر:

بسم الله و حمد لله نحمده و نستعين به و الصلاة و السلام على رسول الله سيد الخلق و هادي البشرية

أتقدم بالشكر الجزيل بإسمي و إسم زميلتي بكل الشكر و التقدير و العرفان و عظيم الإمتنان إلى أستاذتي المشرفة **تواتي سهيلة** التي أمدتنا بعلمها و توجيهها و وقوفها بجانبنا تعلمنا منها الكثير و الكثير و لم تبخل علينا بعلم أو عمل فقد كان لها الأثر الكبير في توجيهنا حتى خرجت هذه المذكرة في صورتها الحالية

كما نتقدم بالشكر إلى كل أساتذة كلية الحقوق و العلوم

إهداء

الاهداء

الحمد لله الذي و فقنا في إنجاز هذه المذكرة ولم نكن لنصل لولا فضل الله علينا أما بعد:

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من أوصاني الله بهما إحسانا إلى من أحمل إسمه بكل إفتخار قدوتي و مثلي الأعلى في الحياة الذي علمني أمور ديني و دنياي **أبي العزيز الغالي**

إلى نبع المحبة و رمز العطاء إلى من كانت المعلمة الأولى في حياتي وزرعت حب الدراسة في قلبي إلى مدرسة الحياة **أمي الغالية**

إلى من علمني الإرادة و الإصرار و المثابرة من أجل بلوغ النجاح

رفيق دربي

إلى إخوتي و أخواتي **محمد عبد الرحمان أسماء رميساء**



اسم الطالبة (عماري منال)



إهداء

الاهداء

أهدي عملي المتواضع هذا إلى من علمني مسك القلم و كتابة إسمي و محفزي في الحياة من أجل بلوغ النجاح **والدي الغالي** حفظه الله و أطال في عمره

و إلى **أمي غاليتي** و حبيبتي و معلمتي في الحياة أدامها الله و أبقاها تاجا فوق رأسي

و إلى من وقفن بجانبي كل سنين دراستي و كانو سندا لي إخوتي الغوالي

طارق صلاح و فضيل



اسم الطالبة (جبالي أنفال)

مقدمة

مقدمة

إن تطـور العمـل البنكـي عمومـا و العمليـات البنكيـة بشـكل خـاص، أصـبح يحـتم علـى العـاملين بالإلمـام التـام بمختلـف ظـروف كـل عمليـة بنكيـة، أضـف إلـى أن حاجيـات الفـرد الشخصـية و المهنيـة أصـبحت تتطلـب إجـراء مجموعـة مـن التصـرفات و المعـاملات، حيـث يجـب علـى الفـرد أن يكـون واسـع و ملـيء الذمـة، فـإن إقتضـى الحـال تأجيـل مـا عليـه مـن أمـور ماليـة، فيصـبح بـذلك مـدينا، ولهـذا كـان لابـد علـى المشـرع الجزائـري أن يوجـد أليـة أخـرى يـدفع بهـا إعسـار المـدين و غشه أو إهماله، ويضمن حق الطرف الأخر.

مـن هـذا المنطلـق ظهـر مـا يسـمى بالضـمانات الخاصـة و مـن أبرزهـا فـي التعـاملات البنكيـة الضـمانات الشخصـية و يقصـد بهـا ضـم ذمـة أو أكثـر إلـى ذمـة المـدين الأصـلي فيصـبح للـدائن أكثـر مـن مـدين واحـد، وتعـد الكفالـة أحـد أكثرهـا شـيوعا فـي المعـاملات البنكيـة و تعتبـر مـن أهـم وظـائف البنـوك، حيـث إنتشـرت فـي الوقـت الحاضـر إسـتخدامها كوسـيلة مـن وسـائل الإئتمـان التعاقدي بين التجار.

فالكفالـة البنكيـة هـي تعهـد خطـي مكتـوب يصـدر عـن البنـك بنـاء علـى طلـب طالـب الإصـدار –الزبـون- و الـذي هـو طـرف فـي صـفقة تجاريـة أو معمـلات تعاقديـة أو ماليـة مـن المسـتفيد (الطـرف الأخـر) و التـي تضـمن تنفيـذ إلتزمـات ماليـة معينـة وفقـا لصـفقة أو عقـد مبـرم بين طالب الإصدار و المستفيد.

بـالرجوع إلـى المشـرع الجزائـري الـذي عـرف الكفالـة البنكيـة فـي قـانون النقـد و القـرض و القـانون التجـاري و بـالرجوع للقـانون المـدني باعتبـاره الشـريعة الأم نجـده يعـرف الكفالـة عمومـا فـي المـادة 644 منـه "عقـد يكفـل بمقتضـاه شـخص تنفيـذ التـزام بـأن يتعهـد للـدائن بـأن يفـي بهـذا الالتـزام إذا لـم يفـي بـه المـدين نفسـه"، و هـو نفسـه التعريـف الـوارد فـي القـانون المـدني الفرنسـي ضـمن المـادة2288 منـه التـي تعـرف الكفالـة بقولهـا أن الـذي يكفـل التـزام يلتـزم تجـاه الدائن بوفاء هذا الالتزام إذا لم يوفي به المدين نفسه.

تبـرز أهميـة الكفالـة البنكيـة مـن الناحيـة النظريـة مـن خـلال الوقـوف علـى الـدور الـذي تلعبـه الكفالـة المصـرفية فـي تـوفير الإئتمـان المطلـوب فـي مجـال المعـاملات التجاريـة للـدائن و المـدين علـى حـد سـواء، إذ حتـى الـدائن يسـعى لـدى البنـك للحصـول علـى الكفالـة البنكيـة ليضـمن إسـتيفاء حقـه فـي موعـد الإسـتحقاق، أمـا أهميتهـا علـى المسـتوى العملـي فهـي تحقـق الـربح للبنـك مـن خـلال مبلـغ الفائـدة و العمولـة التـي يتحصـل عليهـا مـن عميلـه طالـب الكفالـة، وفـي حالـة قيـام البنـك بسـداد

مبلـغ الكفالــة فإنــه يعـود علــى المـدين بمـا سـدده، الأمـر الـذي أدى إلــى تنــافس البنـوك فــي تقـديم التسهيلات و تنويع الكفالة بما يتماشى مع تنوع الإلتزامات المكفولة و تطورها المستمر.

تهـدف هـذه الدراسـة لتحديـد التنظـيم القـانوني الـذي تخضـع لـه الكفالـة البنكيـة و بيـان الـدور الــذي تلعبــه فــي مجــال المعــاملات التجاريــة كــأداة إيئتمــان لضــمان حقــوق الــدائنين و تســهيل و تيسير العمل، وذلك بالوقوف على أبرز خصائصها.

ويرجـع إختيارنـا للموضـوع إلــى جملــة مـن الأ سـباب الموضـوعية و أخـرى ذاتيـة نـذكر منها:

الأسـباب الموضـوعية و المتمثلـة فـي الرغبـة فـي الدراسـة و البحـث فـي الجوانـب القانونيـة و العمليـة للكفالـة البنكيـة، أمـا الأسـباب الذاتيـة ميولنـا لمجـال القـانون البنكـي كقـانون متطـور بشـكل مسـتمر ويجمـع بـين عنصـري المـال و القـانون اللـذان يعتبـران ركيـزة أي دولـة فـي طريقهـا لنمـو و الإزدهــار، وكــذا إهتمامنــا بمجــال التشــريع البنكــي و أنواعــه للــدور الــذي يلعبــه فــي تحقيــق الإستقرار و الثقة في مجال المعاملات البنكية.

ولقـد واجهتنـا مجموعـة مـن العوائـق أثنـاء التحضـير للموضـوع مـن أبرزهـا أن المشـرع الجزائـري لـم يوضـع قـانون صـريحة حـول موضـوع الكفالـة البنكيـة بـل معظـم المـواد مسـتوحات من مفاهيم مشابها للكفالة البنكية مثل عقد التأمين، خطاب الضمان...الخ.

إستنادا إلى ماسبق نطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم الكفالة البنكية؟

للإجابــة علــى هــذه الإشــكالية إعتمــدنا فــي دراســتنا للموضــوع علــى المــنهج الوصــفي، لتحديـد معنـى بعـض المفـاهيم المتعلقـة بالكفالـة البنكيـة، كمـا إعتمـدنا علـى المـنهج التحليلـي لغـرض إسـتقراء مضـمون النصـوص القانونيـة المتعلـق بالتشـريع الجزائـري قصـد توضـيح و إبـراز مـدى إرتباطه بتنظيم الكفالة البنكية.

و للإحاطة بموضوع دراستنا قمنا بتقسيمه إلى فصلين، إذ خصصنا الفصل الأول للحديث عن الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية، و الفصل الثاني خصصناه للإطار التعاقدي للكفالة البنكية.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية

تعتبر الكفالة البنكية نوعا من أنواع التسهيلات الإئتمانية غير المباشرة يقدمها البنك خدمة لعملائه، وتصدر البنوك الكفالة بناء على طلب شخص طبيعي أو إعتباري، وتقدم في العادة إلى الدوائر الحكومية والجهات الرسمية والشركات بدلا من دفع تأمينات نقدية إلى تلك الجهات، الأمر الذي يساعد العميل على عدم تجميد أمواله النقدية، وربما تكون إجراءات إسترداد تلك التأمينات النقدية عند العميل لإلتزاماته الطويلة والمعقدة، وبالتالي تعود بالضرر عليه نتيجة تعطيل أمواله، ولكن بالإمكان تقديمها عن طريق الكفالات.

لذا سنخصص هذا الفصل لفهم و توضيح الكفالة البنكية من جوانب مختلفة، حيث سنتطرق إلى مفهوم الكفالة البنكية في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فجاء لبيان نطاق هذه الكفالة و أبرز أنواعها.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة البنكية

تعد الكفالة البنكية إحدى صور الضمان البنكي، وهي تتمم ذمة البنك الكفيل إلى ذمة عميله في ضمان الوفاء بالتزام المكفول، ذلك أنّ البنك بقدرته المالية التي تفوق قدرة الأفراد يتدخل ليكفل أحد عملائه في مواجهة دائنيه.

ومنه سوف يتم هنا إبراز التعريف بالكفالة البنكية وبيان طبيعتها القانونية (المطلب الأول)، وكذلك التحدث عن المفاهيم المشابهة للكفالة البنكية وكيفية التمييز بينها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الكفالة البنكية

تطرق المشرع الجزائري الى تعريف الكفالة في المادة (644) من القانون المدني، وهو ما إعتمدنا على توضيحه في هذا المطلب قبل الدخول في أية تفاصيل تخص الموضوع لبد من تحديد المقصود من الكفالة البنكية أولا.

الفرع الأول: تعريف الكفالة البنكية

إن تحديد المقصود من الكفالة البنكية إقتضى أن نبحث عنه لغويا و حسب ما ورد في الفقه (الفقه الإسلامي، الفقه القانوني) ، و أخيرا تعريف الكفالة البنكية حسب القانون الجزائري حيث:

أولا: التعريف اللغوي

الكفالة مشتقه لغة من الفعل كفل يكفل و الاسم كفالة فهو كافل وكفيل، المفعول مكفول، ورد الفعل كفل في معاجم اللغة العربية بمعاني متعددة منها الضم في ذلك قوله تعالى (وكفلها زكريا) أي ضمها لنفسه و في حديث الرسول عليه الصلاة و السلام بقوله (أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة) أي الذي يضمه إليه فيقال في اللغة تكفلت بالشيء، أي ألزمته نفسي و أزلت عنه الضيق، والكفل بكسر الكاف بمعنى الحظ و المثل، أما الكافل فهو القائم بالأمر مثل كافل اليتيم أي مربيه و المراعي شؤونه كما يرد أيضا معنى الكافل و الكفيل بمعنى الضامن فيقال كفل الرجل بمعنى ضمنه، أي تعهد بدفع دينه حال تمنعه السداد عن و يقال تكافل القوم بمعنى تعايشوا معا و تضامنوا في الشدائد.[1]

---

[1] أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 1945- 1946.

البنـــك أو المصـــرف: البنـــك لـفـــظ للكلمـــة الإنجليزيـــة Bank المشـــتقة بـــدورها معـــرب الكلمـة الإيطاليـة Banca التـي تعنـي المصـطبة أو المنصـة، قصـد بهـا المكـان الـذي يجتمـع فيـه كبـار التجـار لتبـادل العمـلات فـي إيطاليـا، ذلـك أن نشـوء البنـوك لأول مـرة فـي العـالم كـــان بإيطاليـا بالضـبط بمدينـة البندقيـة سـنة 1157م، اسـتعمل أول مـرة لفـظ بنـك فـي المعـاجم العربيـة سـنة 1883 مـن قبـل الأسـتاذ بطـرس البسـتاني فـي معجـم محـيط المحـيط، أمـا كلمـة مصـرف فقـد اسـتعملت فيمـا بعـد للدلالـة علـى البنـك كـون أنهـا تـؤدي نفـس المعنـى إذ هـي الفعـل صـرف الـذي يقصـد بـه في مجال النقود عملية بيع و شراء العمـلات النقدية المختلفة.[1]

ثانيا: التعريف الفقهي

أ. في الفقه الإسلامي

الفقـه الإسـلامي القـديم لـم يكـن يعـرف البنـوك التـي لـم تظهـر إلا حـديثا، لكـن هـذا لـم يمنـع مـن الكفالـة بـين الأفـراد نظـم أحكامهـا فقهـاء المسـلمين و هـي لا تكـاد تختلـف عنـدهم فـي معناهـا عـن المعنـى اللغـوي أي الضـم، الضـمان و المماثلـة و قـد قسـموا الكفالـة إلـى نـوعين رئيسـيين كفالـة البدن وكفالة المال.[2]

ب. في الفقه القانوني:

يعـرف فقهـاء القـانون الكفالـة المصـرفية بأنهـا التـزام مكتـوب مـن طـرف البنـك يتعهـد بموجبـه بتسـديد الـدين الموجـود فـي ذمـة المـدين زبـون البنـك إذا لـم يـوف بالتزامـه فـي الأجـل المحـدد، كمـا تعـرف نـوع مـن الضـمانات الشخصـية يلتـزم بموجبهـا البنـك بتنفيـذ التزامـات المـدين تجاه الدائن إذا لم يستطع الوفاء بها في أجل الاستحقاق.[3]

ثالثا: التعريف القانوني

لـم يعـرف المشـرع الجزائـري الكفالـة البنكيـة فـي الامـر رقـم 75- 58 المتضـمن قـانون النقـد و القـرض و القـانون التجـاري و بـالرجوع للقـانون المـدني باعتبـاره الشـريعة الأم نجـده

---

(1) عبـد الهـادي الفضـيلي، معـاملات البنـوك التجاريـة، مركـز الفقاهـة، السـعودية، الطبعـة الأولـى، سـنة 2008، ص 19

(2) خليـل ابـن إسـحاق المـالكي، مختصـر خليـل فـي فقـه الإمـام مالـك، دار الفكـر العربـي، مصـر، الطبعـة الأخيـرة، سنة 1981، ص 209.

(3) الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، سنة 2010، ص 68

يعرف الكفالة عموما في المادة 644 منه عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه[1]، و هو نفسه التعريف الوارد في القانون المدني الفرنسي ضمن المادة2288 منه التي تعرف الكفالة بقولها أن الذي يكفل التزام يلتزم تجاه الدائن بوفاء هذا الالتزام إذا لم يوفي به المدين نفسه[2].

الفرع الثاني: الخصائص الكفالة البنكية

طبقا لما ورد من أحكام في المادة (644) من القانون المدني التي عرفت عقد الكفالة، يمكن من خلالها أن نستخرج خصائصها والمتمثلة في:

أولا: الكفالة عقد ضمان شخصي

الكفالة هي تأمين لصالح الدائن في حالة إمتناع المدين عن الوفاء بإلتزامه، ذلك أن التزام الكفيل بالوفاء بالدين يزيد من ثقة الدائن في حصوله على حقه فيتحقق به الضمان[3] ، والطابع الشخصي لا يقصد به التنفيذ على شخص الكفيل بحد ذاته، وإنما التنفيذ على أمواله- إضافة ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في الوفاء بالدين-أي الكفيل يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين.

ثانيا: الكفالة عقد رضائي

يتم عقد الكفالة بمجرد تراضي أو تطابق إرادة طرفيها –الكفيل والدائن-ولا يشترط فيه أي شكل للإنعقاد، أما الشكل الذي تتطلبه المادة (645) من القانون المدني فهو للإثبات وليس للإنعقاد[4].

ثالثا: الكفالة عقد تبرعي

---

(1) الامر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 78، 1975.

(2) Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, journal official du 24 mars2006 relative aux sûretés.

(3) محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص13-14.

(4) محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص70-71.

كأصل عام الكفالة من عقود التبرع بالنظر إلى أطراف العقد (الدائن والكفيل)، لأن الكفيل يلتزم بالوفاء للدائن بدون مقابل.

لكن إذا تلقى الكفيل مقابلا عن كفالته للمدين من الدائن نفسه هنا يتحول عقد الكفالة إلى عقد معاوضة وليس تبرعا.

رابعا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، لأنه لا ينشأ إلتزامات إلا في ذمة الكفيل، الذي يلتزم بالوفاء بدين المدين إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذه[1].

لكن من جهة أخرى يمكن أن يكون عقد الكفالة ملزما لجانبين إذا ما قدم الدائن مقابلا للكفيل نظير كفالته، غير أنه إذا قدم المدين مقابلا للكفيل فإن الكفالة تبقى عقدا ملزما لجانب واحد لأن المدين ليس طرفا في العقد.

خامسا: الكفالة عقد تبعي

لقيام عقد الكفالة لا بد من وجود التزام أصلي بين الدائن والمدين، ولهذا فعقد الكفالة يتبع الالتزام الأصلي من حيث الصحة والانقضاء.

وعقد الكفالة بهذه الصورة لا يتمتع بكيان مستقل عن نطاق العقد الأصلي، بل هو تابع له[2]، وفكرة التبعية يترتب عنها أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل أن يرجع على المدين الأصلي، ويترتب أيضا على صفة التبعية أن التزام الكفيل يكون في حدود التزام المكفول، وإذا كان الإلتزام الأصلي باطلا يكون التزام الكفيل باطل بالتبعية[3].

---

(1) تنص المادة (645) من القانون المدني على أنه: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة"، هذا على خلاف المشرع اليمني الذي لا يشترط شكلا معينا للإثبات، حيث يجوز طبقا للقانون اليمني إثبات الكفالة بالشهود والكتابة وغيرها من طرق الإثبات.

(2) محمد علي عبده، مرجع سابق، ص74.

(3) محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص16-17.

المطلب الثاني: تمييز الكفالة البنكية عن المفاهيم المشابهة

الفرع الأول: الكفالة البنكية و عقد تأمين الضمان

أولا: أجه الشبه:

يعرف عقد التأمين بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المؤمن بالتبادل مع شخص آخر يسمى المؤمن له بأن يقدم لهذا الأخير تعويض الخسارة لحدوث خطر معين"، ويتشابه عقد الكفالة البنكية وعقد التأمين في الأثار التي تنتج على العقدين، حيث أنّ عدم تنفيذ الإلتزام المضمون في عقد تأمين الضمان يجعل الكفيل والمؤمن في دائرة الملتزم في الوفاء.

ثانيا: أجه الإختلاف

ورغم هذا التشابه بين الأثار في العقدين إلا أنّهما يختلفان من حيث أنّ الكفيل يهدف إلى الوقوف إلى جانب المكفول ومساعدته في تقوية إئتمانه لدى دائنيه، أما بخصوص المؤمن فهو على عكس ذلك لا يقوم بمساعدة المدين بقدر ما يساعد الدائن الذي يتدخل بناء على طلبه ولحسابه.[1]

إنّ الدائن في عقد الكفالة لا يلتزم بمواجهة الكفيل بأية نفقات وإذا كان هناك نفقات فإنّ المدين المكفول هو الذي يتحملها في مواجهة الكفيل، أمّا فيما يخص تأمين الضمان فإنّ الدائن الذي يسعى ليؤمن ديونه المؤجلة ضد أخطار عدم الوفاء بها في مواعيد إستحقاقها يتحمل نفقات يرتبها عليه العقد وهي الأقساط التي يؤديها إلى المؤمن، ومن جهة أخرى فإنّ إلتزام الكفيل تابع لإلتزام المدين المكفول ، ولهذا لا بد أن يكون الإلتزام الأصلي موجودا أو صحيحا ليترتب عليه وجود إلتزام الكفيل وصحته.

يكمن الإختلاف بين الكفالة البنكية وتأمين الضمان في أنّ موضوع تأمين الضمان ليس تنفيذ الإلتزام المضمون كما هو الشأن في عقد الكفالة، وإنما التعويض عن الضرر الذي يلحقه المدين بالدائن بسبب عدم وفاء هذا المدين لديونه، كذلك فإنّ المؤمن الذي يقوم بالوفاء

(1) محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية و المصرفية (عمليات البنوك دراسة مقارنة)، مج4، دع، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008، ص 251.

بديون المدين المعسر لا يملك حق الرجوع على المؤمن (المستأمن)، في حين يرجع الكفيل على من قام بالوفاء بدينه وهو المكفول.[1]

الفرع الثاني: الكفالة البنكية وخطاب الضمان

إن لكل من الكفالة البنكية و خطاب الضمان مجموعة من الخصائص المشتركة و أخرى تختلف عن بعضها البعض حيث:

أولا: أوجه الشبه

يعرف خطاب الضمان المصرفي بأنه تعهد مكتوب صادر عن البنك بناءا على طلب عميله، يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغ معين إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب[2]، في حين أن الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بوفاء الدين إذا لم يوف به المدين المكفول، فخطاب الضمان الكفالة في أن كليهما يقصد به تحقيق غاية ائتمانية بتقوية مركز عميل البنك تجاه المكفول له أو المستفيد.

ثانيا: أجه الإختلاف

- ✓ في الكفالة يمكن للبنك أن يدفع بمطالبة العميل المدين أولا بالدين، و لا يمكنه ذلك في خطاب الضمان لأن التزامه فيه مستقل عن التزام عميله، كما يمكن للبنك في الكفالة التمسك في مواجهة المستفيد بكافة الدفوع التي يمكن أن يتمسك بها عميله المكفول المتعلقة بالالتزام الأصلي بين العميل و المستفيد، لا يمكنه ذلك في خطاب الضمان كون أن التزام البنك فيه مستقلا عن العلاقة الأصلية بين العميل و المستفيد.
- ✓ التزام البنك في عقد الكفالة التزام تبعي لالتزام العميل الأصلي فلا يطالب البنك إلا إذا لم يوف العميل التزامه و يسقط التزام البنك بوفاء العميل بالالتزام أو لأي سبب من أسباب انقضاء الدين أما التزام البنك في خطاب الضمان التزام أصلي مستقل عن التزام

---

(1) وائل نورس هناوي، دور الكفالات المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية وتنفيذ المشاريع الإقتصادية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم المالية والمصرفية، كلية الإقتصاد، جامعة دمشق، 2016، ص 30.

(2) أمقران راضية، خطابات ضمان المصرفية و موقف الشريعة الإسلامية منها، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2014، ص14

العميل فالبنك ملزم بالوفاء بالالتزام في الأجل المحدد بناءا على طلب المستفيد بصرف النظر عن العلاقة الأصلية بين هذا الأخير و عميل البنك.[1]

الفرع الثالث: الكفالة البنكية و الإعتماد المستندي

تتمثل أوجه التشابه و الإختلاف بين الكفالة البنكية و الإعتماد المستندي فيمايلي:

أولا: أوجه الشبه

إن الطرفين من العقدين هما طرف يسعى إلى البحث عن الضمان، و البنك الذي يسعى إلى تلبية مطالب عميله على أساس الثقة و العمليات التي تتم بينهما.

ثانيا: أوجه الإختلاف

إن إلتزام البنك يضيف تعزيزه في الإعتماد المستندي عن أي إلتزام أخر، وليس تابعا لالتزام البنك منشئ الإعتماد ولا مشتقا عنه[2].

المبحث الثاني: نطاق الكفالة البنكية و أنواعها و أهم تطبيقاتها

إن الكفالة البنكية من الناحية الإقتصادية أداة من أدوات الإئتمان لذلك نجد أن هناك أنظمة قانونية تتشابه معها سواء من حيث التكوين القانوني أو من حيث وظيفتها الإقتصادية.

على ضوء ذلك سوف نتناول نطاق الكفالة البنكية (المطلب الأول)، ثم أبرز أنواعها (المطلب الثاني)

المطلب الأول: نطاق الكفالة البنكية

لكل عقد نطاق يحدد محل الالتزام الذي ينظمه و الأطراف الملزمة به و حدود التزامهم كما يبين حدود تفسير هذا العقد و هو ما سوف نتطرق إليه.

الفرع الأول: نطاق الكفالة البنكية من حيث الأشخاص

(1) المرجع نفسه، ص 40- 41.

(2) رقية جبار، النظام القانوني للعمليات البنكية الدولية " الإعتماد المستندي و الكفالة البنكية"، أطروحة دكتورة، تخصص القانون الخاص، جامعة الجزائر01، 2017، ص 176

الكفالة البنكية عقد متعدد الأطراف، فنجد الكفيل الذي بالضرورة هو بنك فالكفالة البنكية عمل من أعمال البنوك[1]، قد يكون الكفيل بنكا واحدا كما قد تتعدد البنوك الكفيلة، من جهة ثانية هناك المكفول وهو المدين في الالتزام الأصلي الذي صدرت الكفالة لضمان سداد دينه إذا ما امتنع عن الوفاء بالتزامه، هذا المكفول قد يكون شخص طبيعيا كما قد يكون شخص معنويا، شخص خاصا أو شخص عاما، وطنيا أو أجنبيا لا يشترط القانون موافقته على الكفالة تتم دون علمه ورغم معارضته[2] و إضافة إلى البنك الكفيل والمدين المكفول هناك الدائن المكفول له و هو دائن المدين الأصلي الذي صدرت الكفالة لضمان دينه، تنصرف أثار الكفالة إليه فترتب له حقوق في ذمته أساسها سداد دينه، كما ترتب عليه مجموعة من الالتزامات.[3]

الفرع الثاني: نطاق الكفالة البنكية من حيث التفسير

الكفالة لا تفترض لأن الأصل براءة الذمة، ومنه وجوب التفسير الضيق للكفالة المصرفية بالاعتماد على إرادة المتعاقدين، فإذا كفل الكفيل في العقد أصل الدين فقط فلا نتوسع في تفسير أن التزامه انصرف لكفالة ملحقات الدين أيضا، و إذا كانت الكفالة محددة بمبلغ معين فلا يجوز التفسير لما يجاوز هذا المبلغ، غير أن التفسير الضيق يعني التفسير اللفظي الحرفي، فعند تحديد الدين المضمون بالكفالة يفرق القضاء الفرنسي بين الخصائص التي تأثر على مقدار التزامات الكفيل و بين ما يعد مجرد أسلوب فني لا يؤثر أي متى كان المبلغ المكفول ذاته بغض النظر عن الشكل الذي أفرغ فيه طالما أنه غير مؤثر مثالها إذا اتفق على أن القرض يكون في شكل سندات يحررها المقرض على نفسه فلا يتغير الأمر إذا أفرغ الدين في حساب بنكي مع المبلغ نفسه و هو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ 26-01-1197[4].

الفرع الثالث: نطاق الكفالة البنكية من حيث إلتزام الأطراف

---

(1) المادة 68 من الأمر 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق ل 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد و القرض.

(2) المادتين 644 و 647 من ق.م.ج.

(3) المواد 644 و من 654 إلى 669 ق .م.ج.

(4) علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 1993، ص 1142 إلى 1145.

لا تكون الالتزامات التي يرتبها عقد الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام الأصلي المكفول صحيح، أي غير باطل لسبب من أسباب البطلان، منه كانت كفالة الالتزام الصحيح صحيحة و كفالة الالتزام الباطل باطلة، لأن عقد الكفالة المصرفية عقد تابع للالتزام الأصلي كما سبق بيانه في خصائص الكفالة المصرفية، عليه لترتب الكفالة المصرفية التزامات على عاتق أطرافها لابد لها أن تكون صحيحة وصحتها مربوطة بصحة الالتزام الذي كفلته، إضافة لصحتها بذاتها بتوافر شروطها الموضوعية والشكلية المتطلبة قانونا من، كما أن نطاق التزام الأطراف بالكفالة يتحدد كذلك حسب نوع الكفالة ذاتها، محددة أو غير محددة، الأمر الذي سيأتي بيانه حين التطرق لأنواع الكفالة البنكية.[1]

الفرع الرابع: نطاق الكفالة البنكية من حيث محل الإلتزام

الكفالة المصرفية من صور الائتمان البنكي الأكثر شيوعا ذلك أنها تتم عبر توقيع البنك إذا هي قرض بالتوقيع ، و منه توفر لنا سهولة الاتفاق على عقدها، كما أنها تعتبر ضمان قوي لأن البنك يسير الذمة المالية مما يوفر الثقة و الأمان عند التعاقد،هذا كله دفع إلى إزدياد الإقبال عليها وبالتالي تعدد مجالاتها لتصل كافة النواحي الاقتصادية كالصفقات العمومية، معاملات الجمارك و غيرها[2]، غير أنه و إن اختلفت مجالات الكفالة البنكية فإن محل التزام الأساسي للبنك الكفيل فيها يظل واحد فهو يتعهد بسداد دين عميله المكفول لدائنه عند الامتناع عن السداد[3] أما بالنسبة للمدين المكفول فمحل التزامه الأساسي هو دفع مبلغ العمولة و الفائدة التي يقررها البنك نظير الكفالة و التي يتفق عليها الأطراف في عقد الكفالة فالبنك يهدف لتحقيق الربح، كما تقع على عاتق الدائن المكفول له التزامات تمثل مجموعة من الإجراءات واجب عليه إتباعها لصحة رجوعه على الكفيل.[4]

المطلب الثاني: أنواع الكفالة البنكية

تنقسم الكفالة المصرفية إلى التقسيمات التالية من حيث مصدرها (أولا)، بحسب طبيعتها (ثانيا) بحسب محلها (ثالثا).

الفرع الأول: من حيث المصدر

---

(1) محمود الكلاني، المرجع السابق، ص 247

(2) محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 238

(3) المادة 644 من ق.م.ج و المادة 68 من قانون النقد و القرض .

(4) المواد من 654 إلى 669 ق.م.ج.

تنقسم الكفالة بحسب مصدرها إلى نوعين الكفالة الإتفاقية، الكفالة القانونية و الكفالة القضائية.

أولا:الكفالة الإتفاقية

إنّ الكفالة عقد، ولذلك فهي دائما إتفاقية، فالكفالة هي التي يكون المدين قد التزم بإرادته فيها أن يقدمها للدائن بموجب إتفاق سابق بينهما، وبالتالي يعد الإتفاق مصدر إلتزام المدين بتقديم الكفيل، ويلحق بالكفالة الإتفاقية الكفالة التي يتطوع المدين بتقديمها دون أن يكون ملتزما بذلك، بل يمكن القول بأنّ الكفالة تعتبر إتفاقية في كل الأحوال التي لا يكون فيها المدين ملزما بتقديم الكفيل بناء على نص في القانون[1].

ثانيا: الكفالة القانونية

إذا كان مصدر إلتزام المدين بتقديم كفيل هو نص القانون وصفت الكفالة بأنّها قانونية ونصت على ذلك المادة 851 من القانون المدني[2] التي تقرر أنّه إذا كان المال المقرر عليه حق الإنتفاع منقولا، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به.

كذلك نصت المادة 388 فقرة 2 من القانون نفسه التي تخول للبائع بأن يقدم كفيلا للمشتري إذا أراد إستيفاء الثمن التعرض للمشتري ورغم حق البائع الحبس، ونصت أيضا المادة 211 فقرة 2 من القانون نفسه[3]، على أنّ الدين يسقط متى إنقضى بفعل المدين وإلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى، بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين.

ثالثا: الكفالة القضائية

إذا كان مصدر إلتزام المدين بتقديم الكفيل هو حكم قضائي فإنّ الكفالة تصنف بأنّها قضائية، حيث نصت المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] التي تقرر أنّه

---

(1) مدوري تونس، منصر أسماء، النظام القانوني للكفالة المصرفية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2021، ص 12

(2) أمر رقم 75/58 ، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

(3) المرجع نفسه

(4) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.، عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

يجوز أمر بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن، ونصت أيضا المادة 40 فقرة 2 من القانون نفسه بأنّه يجوز للقاضي أن يأمر بكفالة في حالة الإستعجال في التنفيذ.

تنص المادة 667 من القانون المدني على أنّه يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين.

الفرع الثاني: من حيث الطبيعة

سوف نتعرض في أنواع الكفالة بحسب طبيعتها إلى كل من الكفالة المدنية والكفالة التجارية.

أولا: الكفالة المدنية

إنّ الكفالة عقد مدني لأنه من عقود التبرع، والتجارة تقوم على الربح والمضاربة ولا تتفق مع صفة التبرع، وجاء في نص المادة 651 فقرة 1 من القانون المدني على أن تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا بمعنى أنّها مدنية ولو كان الكفيل له علاقة تجارية بين المدين والدائن و له الأهلية التجارية لأنّها تتم على سبيل التبرع.

ثانيا: الكفالة التجارية

تعتبر الكفالة التجارية عمل تجاري ولها حالتان حيث تتمثل في الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق.

يقصد بالضمان الإحتياطي الضمان الذي يتم كتابته على الورقة التجارية أو في الورقة المتصلة بها، وهذا ما جاء في نص المادة 409 من القانون التجاري أما التظهير فقد إعتبره المشرع بمثابة كفالة تجارية وهي عبارة عن قيمة الرهن أو قيمة للضمان.[1]

الفرع الثالث: من حيث المحل

بالنسبة للكفالة حسب المحل سوف نتحدث عن الكفالة الشخصية لأنها التي تهمنا بالدرجة كبيرة.

أولا: الكفالة الشخصية

هي الكفالة العادية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يفي به المدين فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذا لم تكف أموال الأول

(1) أمر رقم 75/58 ، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل، أي على كل أمواله دون تخصص، ويترتب على ذلك أنّه لا يجوز أن يرجع الدائن على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين أولا، وكذلك لا يجوز له التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين الأصلي من أمواله، وهذا حسب نص المادة 660 من القانون المدني الجزائري[1].

المطلب الثالث: أهم تطبيقات الكفالة البنكية

يظهر إستخدام الكفالة البنكية في الكثير من التعاملات الإدارية لذلك لابد من تحديد مجالات تطبيقها.

الفرع الأول: تطبيق الكفالة البنكية في المجال الإداري

يقصد بالنشاط الإداري سلوك الإدارة العامة الذي يتمثل في تقديم الخدمات العامة و حماية النظام العام و ينظم النشاط الإقتصادي الفردي عند الضرورة، وعلى ذلك يظهر النشاط الإداري في تقديم المرافق العامة للخدمة العامة لأفراد المجتمع في مجالات مختلفة.

وكذلك القيام بعملية الضبط الإداري لحماية النظام العام ومن جهة أخرى تنظيم النشاط الإقتصادي الخاص عن طريق تسيير القروض أو منح الإعفاءات الضريبية أو منح الإعانات أو الدعم المالي للسلع الضرورية أو تخفيض الرسوم و الضرائب لتشجيع الإستثمار أو إنتاج السلع المحلية، و في هذا الإطار نجد إنتشار إستعمال الكفالة البنكية و ذلك كضمان مالي في قانون الصفقات العمومية، كما أن المشرع الجزائري لم يستغن عنها في مجالات إدارية تتمتع بنوع من الخصوصية[32].

الفرع الثاني: تطبيق الكفالة البنكية كضمان خاص لتسهيل المعاملات الإقتصادية

نجد أن المشرع الجزائري قد إشترط تقديم كفالة بنكية لكن خارج إطار قانون الصفقات العمومية سالف الذكر وذلك في عدة مجالات منها التعاملات الديوان الجزائري المهني للحبوب ، كما نجد إشتراط تقديمها في إطار الصفقات العمومية التي نظمها قانون النظام العام للغابات.

---

(1) المرجع نفسه.

(3) مرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتظمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 المؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

نستخلص في نهاية الفصل الأول أن الكفالة البنكية هي عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يعهد للدائن بأن يفي يهذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه، حيث تعتبر الكفالة المصرفية ذات طبيعة قانونية تجارية حسب المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري، إلا أنها كغيرها من العقود التي يحكمها نطاق معين ليحدد محل إلتزامها و الأطراف المتعلقة بهذا الإلتزام، أضف إلى أن الكفالة المصرفية تنقسم إلى عدة أنواع سواء حسب مصدرها (إتفاقية، قانونية، قضائية)، حسب طبيعتها إلى (مدنية، تجارية)، و أخيرا حسب محلها فنذكر الكفالة الشخصية التي نهمنا بالدرجة الأولى.

الفصل الثاني:

الإطار التعاقدي للكفالة البنكية

الفصل الثاني: الإطار التعاقدي للكفالة البنكية/ الأحكام التعاقدية

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى مفهوم الكفالة البنكية، فقدمنا لها تعريف وبينا خصائصها، أنواعها، وما يميزها عن باقي النظم القانونية المشابهة لها، سنحاول أن نتطرق في هذا الفصل إلى الإطار التعاقدي للكفالة البنكية، بالحديث عن الأحكام الملمة بهذا العقد من أركانه و الأطراف المتواجدة فيه، مرورا بالعلاقة التي تحكم أطراف هذا العقد، و صولا إلى كيفية إنقضائه و مدى فعاليته، و لذلك جاء المبحث الأول بعنوان إبرام عقد الكفالة البنكية، أما المبحث الثاني فقد خصص للحديث عن أحكام عقد الكفالة البنكية.

المبحث الأول: إبرام عقد الكفالة البنكية

إن عقد الكفالة البنكية كغيره من العقود القائم على أطراف لا يتم إلا بوجودها، كما أن هذه الأطراف تحكمها مجموعة من الأركان و الشروط و لذلك خصصنا هذا المبحث لتفصيل في ذلك حيث سنتناول في المطلب الأول أطراف هذا العقد، أما المطلب الثاني جاء لتوضيح أركان عقد الكفالة.

المطلب الأول: أطراف عقد الكفالة البنكية

إن عقد الكفالة البنكية قائم على مجموعة من الأطراف و المتمثلة في:

الفرع الأول: المستفيد

يعد المستفيد الجهة الرسمية التي تصدر لأمرها الكفالة، ويجب أن تكون هذه الجهة شخصية إعتبارية حقيقية، ولا يجوز أن يكون المستفيد في الكفالة شخصية وهمية و لاوجود لها، و يتطلب من أجل ذلك أن يكون إسم المستفيد و عنوانه واضحين في الكفالة لسهولة الرجوع إليه مستقبلا.

كما أن المستفيد هو الجهة المخولة بالرجوع على البنك المصدر للكفالة بأية مطالبة مثل التمديد، الدفع، أو لتعديل، أيضا لا يحق له تحويل الكفالة إلى جهة أخرى دون النظر إلى العلاقات التي توجد بينهما لأن الكفالة هي علاقة مباشرة.

الفرع الثاني: العميل طالب الإصدار

يعد العميل الشخص طالب الإصدار لأي كفالة هو الجهة الأولى المنشئة لأية كفالة الذي قد يكون نفسه هو الجهة المكفولة، ولكن ليس في كل الأحوال حيث من الطبيعي أن يكون الشخص طالب الإصدار شخصا طبيعيا أو شركة معينة، بينما يكون الشخص المكفول جهة أخرى.[1]

الفرع الثالث: البنك الكفيل

(1) مدوري تونس، منصر أسماء، النظام القانوني للكفالة المصرفية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2021، ص 15

هو البنك مصدر الكفالة الذي يتعهد بدفع قيمتها للمستفيد، وكفالة البنك تتمتع بالقوة و الثقة لما للبنك من ملائمة وقدرة على الدفع في أي وقت لما يتمتع به البنك من إحترام لإلتزاماته إتجاه الغير، و الكفالات تصدر عن البنوك التجارية أو المؤسسات و الشركات المالية المصرح لها بإصدار الكفالات وفق قانون النقد و النقض[1].

الفرع الرابع: البنك المراسل

يعتبر هذا البنك الجبهة التي تطلب إصدار الكفالة من قبل البنك المحلي بعد إكمال إجراءاته مع الجهة طالبة الإصدار في البلد الأجنبي، ويقوم البنك المراسل بطلب إصدار الكفالة بموجب رسالة عادية أو بموجب رسالة تلكس مشفرة لهذا الغرض و مذيلة بالتوقيع، ولبنك المراسل المعزز الذي يقوم بتعزيز الكفالة التي صدرت عن البنك المراسل الذي أقام العلاقة لغرض الإصدار مع البنك المحلي.

المطلب الثاني: أركان عقد الكفالة

الكفالة البنكية من العقود التي يضمنها عقد يكون وفق أركان وشروط و هو ما سوف نتطرق إليه.

الفرع الأول: الأركان العامة لعقد الكفالة البنكية

إن الكفالة البنكية تخضع للقواعد العامة وفق أركان تنظيمها و تحددها من أجل العمل بها، و تتمثل هذه الأركان في:

التراضي:

حيث أنّ الكفالة عقد رضائي ويتبادل فيه الطرفان رضاهما وإرادتهما المتطابقة بحيث يتعهد الكفيل بسدّ دين المدين إذا لم يفي به هذا الأخير، والمدين ليس طرفا في العقد، فالعقد يكون بين الكفيل والدائن[2].

وقد يعمل المدين بذلك حسب المادة 647 من القانون المدني الجزائري: "يجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضا رغم معارضته"[3].

---

(1) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية و الشخصية، دار الجامعة الجديدة، دط، مصر، 2007، ص 336.

(2) أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للنشر و الطبع و التوزيع، القاهرة، 1994، ص 32- 33

(3) المادة رقم 647 من الأمر 75/58 ، المرجع السابق

ويجوز لناقص الأهلية أن يكفل المدين ويكون التزامه موجودا أو صحيحا غير أن هذا التصرف الذي أنشأ هذا الالتزام يكون قابلا للإبطال حسب المادة 649 من القانون المدني الجزائري الذي كان نصها كالآتي: "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 645، وقد جاء نص المادة 645 كالآتي : **" لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات ذلك"**، ولكي يتحقق الرضا لا بدّ من توفر الأهلية، و الإرادة حيث:

أولا: وجود الإرادة:

بالنسبة للدائن يتم التعبير عن إرادته صراحة أو ضمنا تطبيقات للقاعدة العامة إذ تنص المادة 60 ق.م.ج على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عندنا، كما يكون بإتخاذ موقف لايدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه وقد يكون التعبير صريحا كما قد يكون ضمنيا، ولا صعوبة في تطبيق ذلك على إدارة الدائن فيجوز أن يكون رضاه بالكفالة صريحا أو ضمنيا، بل إن السكوت يعتبر قبولا من جانبه إذ أن إيجاد الكفيل يتمخض لمصلحته أما بالنسبة للكفيل فنظرا لخطورة إلتزامه تشترط بعض التشريعات كالقانون الفرنسي المادة 2015 أن يكون رضاه بالكفالة صريحا، و يستند هذا الرأي إلى خطورة إلتزام الكفيل، مما أدى بالإرادة التشريعية إلى إشتراط الكتابة في إثبات الكفالة لأن إلتزام الكفيل في الكفالة المدنية هو أساسا من الإلتزامات التبرعية فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع، وهناك من يرى أن حماية الكفيل تتحقق بتطبيق المادة 112ق.م.ج التي[1] تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين، فيفسر العقد لمصلحته بأنه لم يقبل الكفالة لأنه هو المدين، لكن بالنسبة للكفالة البنكية الأمر مختلف حيث أن رضا البنك الكفيل دائما يكون صريحا بناءا على عقود نموذجية معدة مسبقا.

ثانيا: صحة الإرادة

أ- الأهلية اللازمة لطرفي العقد :

هنا تختلف بين طرفي العقد، فليست نفسها بالنسبة للكفيل والدائن، حيث أنّ الأوّل تغلب عليه أهلية التبرع أي أهلية الأداء كاملة وكذلك الأمر إذا تمت المعاوضة.

(1) محمد السعيد لينـدة، الكفالة البنكية، أطروحة دكتورة، تخصص قانون الأعمال، جامعة الجزائر 01، 2018، ص 205

أما الدائن يتلقى الكفالة دون مقابل، وهي بالنسبة إليه من الأفعال النافعة التي لا ضرر فيها، وهنا تكفي فيه أهلية الإعتناء أما إذا كانت بمقابل فلا بد من توافر الأهلية لذلك، والتصريح بالرضا يمكن أن يكون ضمنيا أو صريحا حسب نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري..

ب- عيوب الإرادة:

لا تخرج الكفالة في هذا الصدد عن القاعدة العامة بحيث أن للمتعاقد الذي شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة، و الحق في إبطال طلب الكفالة و أهم مشكل يثور عند صدور تدليس أو إكراه من المدين ولو أنه ليس طرفا في العقد فليس للكفيل المدلس عليه أو المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن الدائن الأخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالتدليس أو الإكراه بالتدليس أو الإكراه[1].

محل الكفالة :

يجب أن تتوافر الشروط التالية أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروعا: أي أن يكون الالتزام موجودا وصريحا ومعيّنا أو قابلا للتعيين؛ والمشروعية هنا مرتبطة بالتعيين، لأنّ ضمان الوفاء بالالتزام على شخص آخر عمل مشروع في ذاته.

إذا كان الالتزام قابلا للإبطال وصرّح بوجوده المدين ألزم الكفيل بوفائه للدائن وإذا تقرر إبطاله بطلت كفالة الكفيل.

وقد نصت المادة 650 من القانون المدني الجزائري على أنّه "تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدّما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط، غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعيّن مدّة الكفالة، كان له أن يراجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ، وقد نصت أيضا نفس المادة عن كفالة الالتزام الشرطي؛ أي أنّ الالتزام المدني المعلّق على شرط واقف أو شرط فاسخ يمكن ضمانه بكفالة.

وإذا كان الالتزام الطبيعي" لا يلزم المدين بأدائه فلا يتصور كفالة الالتزام الطبيعي لأنّ الكفالة في هذه الحالة يترتب عليها أن يلتزم الكفيل بالتزام مدني، واجب الوفاء به، مع أنّ الدين المكفول ليس واجبا قانونيا على المدين أداؤه، وهذا ما يناقض تبعية الكفالة للالتزام

(1) المرجع نفسه، ص 206

الأصلي، طبقا لنص المادة 652 من القانون المدني الجزائري لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط المدين المكفول"[1].

السبب :

وهو الغاية من انعقاد عقد الكفالة فهو لمصلحة الطرفين الدائن والمدين وقد يكون التزام الكفيل في الحالتين بمقابل، كما قد يكون تبرعا؛ فإذا كانت للدائن وبمقابل فإنّ التزام الكفيل بالوفاء سببه هو حصوله على مصلحة ما، ويكون سبب الالتزام الدائن مستحيلا أو مخالفا للنظام العام.

وكذلك الحال إذا كان الباعث على الكفالة غير مشروع وكان الدائن يعلم ذلك، أما إذا كانت نية الكفيل هي التبرع فهو متبرّع في هذه الحالة، أما إذا كان دافعه إلى التبرع غير مشروع وكان الدائن على علم فإنّ الكفالة تكون باطلة، وممكن أن يكون الكفالة مصلحة بين الأطراف (المدين، الدائن، الكفيل)[2].

الفرع الثاني: الشروط الخاصة لعقد الكفالة البنكية

حتى يتم إصدار أية كفالة مصرفية يجب أن تكون شاملة لجميع عناصرها الأساسية وبالأخص الشروط الواجب توافرها في عقد الكفالة المصرفية من:

- مبلغ عقد الكفالة المصرفية
- الغرض من الكفالة المصرفية
- مدة الكفالة المصرفية

أولا: مبلغ عقد الكفالة المصرفية

هو المبلغ الذي يتحدد به إلتزام المصرف تجاه المستفيد، حيث لابد من ذكر مبلغ الكفالة بالأرقام والكلمات كذلك في متنها، وذلك لأنّ إلتزام الكفيل بالدفع لا يتجاوز المبلغ المحدد في متن الكفالة أو الرصيد[3]، فالأصل أن تكون الكفالة محددة القيمة ويمكن أن تصدر الكفالة بدون

---

(1) المرجع نفسه

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات، الشخصية و العينة، عقد الكفالة)، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 52-53

(3) وائل نورس هناوي، دور الكفالات المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية و تنفيد المشاريع الإقتصادية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم العملية و المصرفية، كلية الإقتصاد، جامعة دمشق، 2016، ص 7.

تحديد مبلغ لها ويتعهد المصرف لمصدرها بكفالة عملية في كل ما يستحق للمستفيد تجاه العميل نتيجة عملية معينة.

ثانيا: الغرض من الكفالة المصرفية

يعني لكل كفالة مصرفية غرض تصدر من أجله، ويجب أن يكون الغرض محددا وواضحا غير قابل للتأويل أو للإلتباس، ويكون هذا الغرض ضمان لحقوق المستفيد المترتبة على دفعه مبلغ من المال أو تعهد ذلك المبلغ بطريقة مباشرة، فلا يجوز مثلا كفالة الغرض منها (من أجل تقديم مواد مختلفة حيث أنّ المكفول يستطيع أن يقدم هذه الكفالة ضمانة لتوريدات مختلفة، وإذا إقتصر بأحدهما فإنّ المستفيد يملك الحق بمصادرتها بصرف النظر عن طبيعة القصور[1].

ثالثا: مدة الكفالة المصرفية

يقصد بمدة الكفالة هي المدة التي تسري من خلالها الكفالة من الناحية الموضوعية، فإذا الأصل ما إنتهت دون أن يصدر عن المستفيد مطالبة ينتهي إلتزام المصرف المصدر، كما هو في الكفالة أن تصدر لمدة محددة ولكن قد تصدر الكفالة لمدة غير محددة، وفي هذه الحالة يحق للمصرف أن ينهيها في أي وقت بشرط إبلاغ من المستفيد والمكفول بذلك، وتعد الكفالة مستحقة في أي وقت خلال مدة نفاذها كحد أقصى على أن تصل إلى المصرف في الموعد المحدد ويسقط إلتزامه بدفع قيمة الكفالة بحلول موعد إنتهائها حتما ودون الحاجة إلى إعذار المستفيد أو إنذاره [2].

المبحث الثاني: أحكام عقد الكفالة

ترتب عن الكفالة آثارا فيما بين الدائن والكفيل، وهذا بسبب أن عقد الكفالة يعدّ عقدا تابعا لالتزام أصلي، وقد يتعدد الكفلاء ويكونون متضامنين فيما بينهم أو مع المدين، حسب الحالات، وبهذا فإنّ الكفيل يعد مدينا احتياطيا، كذلك إذا حلّ أجل الدين وطالبه الدائن بالوفاء، في هذه الحالة فإنّ القانون يمنحه دفوع تتعلق بعقد الكفالة ودفوع تتعلق بالدين، هذه الدفوع هي حماية قرّرها القانون له حتى يتخلّص من الوفاء. و تناولها المشرع خلال المواد 654 الى 673 من القانون المدني الجزائري وذا ما سنلقي عليه الضوء في الطلب الأول، أضف إلى أن عقد الكفالة البنكية كغيره من العقود من ماله تاريخ بدأ سوف تنتهي صلاحيته في يوم ما،

(1) المرجع نفسه، ص 8
(2) المرجع نفسه، ص 9

وذلك بناءا على مجموعة من الأسباب القانونية و الإتقافية و هو ماسوف نتطرق له في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أثار عقد الكفالة البنكية

إن تحديد أثار عقد الكفالة البنكية يظهر من خلال تحديد العلاقة التي تجمع بين مختلف أطرافها حيث:

الفرع الأول: العلاقة بين الكفيل و الدائن

علاقة الكفيل بالدائن لها وجهان، الأول يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل بالدين عند عدم وفاء المدين به، والثاني يتمثل في الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن لرد هذه المطالبة، وبعد هذا نجد أن الدائن الذي إستفى حقه من الكفيل تقع عليه واجبات يلزم بها نجاة الكفيل و تعتبر بمثابة آثار ناتجة عن واقعة الدفع، نتطرق لها فيما يلي:

أولا : مطالبة الدائن للكفيل و الضوابط التي تحكم ذلك:

للدائن الرجوع على الكفيل لمطالبته بالدين متى لم يفي المدين بذلك، و نحكم هذه الأخيرة قاعدتين أساسيتين هما:

أ-وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل: مطالبة الدائن للكفيل لا تجوز إلا عند حلول أجل الكفالة و الغالب أن يكون أجل إلتزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام المكفول، إلا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان بالاتفاق أو بناء على واقعة أخرى تؤدي لسقوط أجل التزام المدين.

فإن كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الالتزام المكفول فإن الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين أو قبله، فإن حل التزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لالتزامه لان التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبئ[1] من الالتزام الأصلي، ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له[2].

وإذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل، فإن أجل التزام الكفيل يمتد حتى يصبح مساويا لنفس أجل التزام الأصيل، ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصلي و ذلك لأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئا من التزام الأصيل، هذا وأن كل

(1) المادة 2/652 ، من الامر 58/75، المرجع السابق.

(2) محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات العينية و الشخصية ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1999 ، ص 31.

اتفاق بين الدائن والمدين على تعديل أجل الالتزام الأصلي يستفيد منه الكفيل و لكن لا يضار منه فإن مد أجل الالتزام الأصلي فإن الكفيل يستفيد من هذه المهلة سواء كان مصدرها الاتفاق أو القاضي ولا تجوز أي مطالبة قبل حلول الأجل الجديد، وأن اتفق على تعجيل أجل الالتزام الأصلي فإن الكفيل لا يضار و لا يجوز مطالبة إلا عند حلول أجل الكفالة أي موعد التزامه هو، والسبب يعود إلى الرغبة في حماية الكفيل.

لكن قد يسقط الأجل الممنوح للمدين للسداد وذلك قبل أوانه لعدة أسباب طبقا للمادة 211 ق.م وهي : الإفلاس أو الإعسار أو إضعاف تأمينات الدين، وعدم تقديم الدائن ما وعد بتقديمه من تأمينات[1]، فما هو تأثير ذلك على الكفالة ؟ وهل يؤدي إلى سقوط أجل التزام الكفيل و يلتزم بسداد الدين حالا أم لا يجوز الرجوع عليه قبل الأجل الأصلي المتفق عليه ؟

انقسم الفقه حول هذه المسألة، حيث يتجه البعض إلى القول بسقوط أجل التزام الكفيل بالتبعية لسقوط أجل التزام المدين ذلك أن الغرض من الكفالة هو تأمين الدين ضد مخاطر إعسار المدين، وقد تحقق ذلك مما أدى إلى سقوط الأجل المقرر للوفاء، إلا أن الرأي الغالب استقر على أن يبقى هذا الالتزام قائما إلى حين حلول أجله، ويظل الكفيل متمتعا بالأجل الممنوح له ولا يجوز الرجوع عليه قبل حلول هذا الأجل ولو سقط أجل الدين الذي يكفله و ذلك للأسباب التالية:

- أن تبعية الكفالة للالتزام الأصلي لا تمنع من انعقادها بشروط أخف.
- أن سحب الثقة من المدين بسبب الإعسار أو الإفلاس أمر خاص به لا بـ من الكفيل كما لا يستطيع المدين الإساءة كمركز الكفيل بفعليه.
- قواعد تفسير الكفالة تقضي الأخذ بالتفسير الأصلح للكفيل بوصفه تبرعا من جهة و بوصفه مدين أيضا يفسر الشك لصالحه من جهة أخرى.

ب-وجوب رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل

القاعدة أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل، وحده إلا بعد رجوعه على المدين وهذا ما تضمنته نص المادة 660/1[2]، ومؤدي ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولا ولا يرجع ابتداء على الكفيل و لكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين و الكفيل في آن واحد، و يقصد بالرجوع المطالبة القضائية أي رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم قضائي

(1) المادة 211 ، الامر58/75، المرجع السابق.

(2) المرجع نفسه

بإلزامه ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو إعذار المدين للوفاء بالتزامه، ويرد على هذه القاعدة إستثنائين :

الأول : إذا أشهر إفلاس المدين، وجب على الدائن التقدم في التفليسة بالدين و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

الثاني : إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على المدين فإن مجرد التنبيه بالوفاء يعتبر في ذاته رجوعا كافيا على المدين و يفتح طريق الرجوع على الكفيل.

وعليه إذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين كانت دعواه غير مقبولة، لأننا بصدد قيد قانوني على الدائن مراعاته وإلا تعرضت دعواه للدفع بعدم القبول، وهذا القيد لا يتعلق بالنظام العام، لذا لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب أن يتمسك به الكفيل أمام المحكمة، ومن ثم أوجبت شروط لصحة إبداء هذا الدفع هي:

- وجوب أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع صراحة أو ضمنيا، لأنه مقرر لمصلحته ومنه له التنازل عليه.
- يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، لأن الدائن هنا يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداء دون إمكانية أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين، وقد طبق المشرع الفكرة بوضوح في المادة 669 مدني عندما أجاز الرجوع على كفيل الكفيل إذا كان متضامنا مع الكفيل[1].
- وجوب أن يكون في رجوع الدائن على الكفيل مصلحة أو فائدة فلو كان المدين ظاهر الإعسار، فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب البدء بالرجوع على المدين، وبالمقابل للكفيل التمسك به إن كان للمدين بعض الأموال التي تكفي لسداد بعض الديوان فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفي بقية الدين من الكفيل، وهنا نشير إلى أن القاضي هو الذي يقدر ما إن كانت هناك مصلحة للكفيل في التمسك بهذا الدفع من عدمه، ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار المدين أو عجزه الظاهر عن الوفاء.

وأخيرا تجدر التنويه إلى أن الدفع بضرورة الرجوع على المدين أولا يعد من الدفوع الموضوعية لأنه لا يتعلق بوجود حق الدائن قبل الكفيل، وهو كذلك ليس من الدفوع الشكلية بل هو كما سبق وأن رأينا دفع بعدم القبول الدعوى لعدم استفاء إجراء لا بد من إستفاته.

ثانيا : الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة

(1) المرجع نفسه

1/الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي

يحق للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها، في مواجهة الدائن، ذلك لأن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول، وقد نصت المادة 1/654 على هذا بقولها : يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك الأوجه بجميع التي يحتج بها المدين[1]، وللكفيل التمسك بهذه الدفوع ولو كان متضامنا مع المدين إذ تنص المادة 666 على أنه " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين "[2].

فطبقا لهذه النصوص يستطيع الكفيل التمسك في مواجهة الدائن بكل ما يستطيع المدين الأصلي أن يدفع به هذه المطالبة، ومن هذه الدفوع ما يؤدي إلى بطلان الالتزام المكفول، كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا المحل السبب أو لتخلف الشكل القانوني كما له التمسك بالدفوع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء، التجديد، التقادم، والوفاء بمقابل اتخاذ الذمة.

وللكفيل التمسك بقابلية العقد الذي أنشأ للالتزام المكفول للإبطال لأي عيب مسا رضا المدين كغلط أو تدليس أو إكراه، و يتمسك الكفيل بهذه الدفوع باسمه هو لا باسم المدين لأن التزامه يتعلق بالالتزام المكفول و يرتبط به وجودا و عدما، ولذا فله بمقتضى حق خاص التمسك بكل سيؤدي هذا الالتزام أو يؤدي لانقضائه وله التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين ليتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه وله التمسك بهذه الدفوع ولو نزل عنها المدين فله التمسك بتقادم الالتزام المكفول حتى ولو كان المدين قد نزل عن حقه في التماسك بالتقادم أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال فليس للكفيل الحق في التمسك بهذا السبب إلا أن كان المدين متواطئ مع الدائن للإضرار بالكفيل هذا وأن التمسك بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص أهلية الكفيل فإن المادة 654 القانون المدني الجزائري في :

فقرتها الأولى نصت على أن: " إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه [3]و يتضح من هذا النص أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد، إلا أنه إذا تمسك المدين بنقص أهلية وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يستفيد من ذلك، ويبطل التزامه تبعا، و يلاحظ أن هذا النص يختلف عن حكم المادة 649 القانون المدني الجزائري،

(1) المادة 1/654 الامر58/75، المرجع السابق.
(2) المادة 666 الامر58/75، المرجع السابق.
(3) المادة 654، الامر 58/75، المرجع السابق.

الناصة على: " من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة نقصد الأهلية، بسبب كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول "، وهو النص الذي يتناول حكم فرض الكفيل بسبب نقص الأهلية و يحرم الكفيل من التمسك ببطلان تصرف المدين المكفول و يتمسك به المدين[1].

2/ الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة

زيارة على الدفوع السابقة الذكر فإن المشرع منح الكفيل دفوعا خاصة به مراعاة لصفته اعتبارا لالتزامه التبرعي، وفيما يلي يعرض لهذه الدفوع وهي : الدفع بالتجريد (المادة 660/2 مدني)، الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء (المادة 644 مدني) ، الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن (المادة 656 ق.م . ج) ، الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين (المادة 657 ق.م.ج)، الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسة المدين (المادة 658 القانون المدني الجزائري).

أ: الدفع بالتجريد

تنص المادة 2/660 القانون المدني الجزائري" ولا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، و يجب على الكفيل في هذه المسألة أن يتمسك بهذا الدفع "[2]، والدفع بالتجريد بمعنى بسيط هو أنه إذا أراد الدائن التنفيذ على الكفيل فلهذا الأخير التمسك بالتنفيذ أولا على أموال المدين و تجريده منها إذا كان له أموال كافية للوفاء بكل الدين، وهو دفع تقرر لمصلحة الكفيل باعتباره ضامنا لدين ليس له مصلحة فيه فمن باب العدل ألا ينفذ عليه بالدرجة الأولى و أموال المدين قائمة لم ينفذ عليها.

والهدف من هذا الدفع يعود إلى أن الكفيل جدير بالرعاية لأنه يوفى دينا ليس بدينه، بل بدين غيره فهو عادة يقدم خدمة للغير لتقوية ائتمانه، ولا ضرر في هذا على الدائن، إذ هو يستوفي حقه من الكفيل إن لم يستوفه من المدين، ويفرض لدراسة هذا الدفع من خلال تناول شروطه، والآثار المترتبة عليه وصورة خاصة للدفع به.

ب:شروط الدفع بالتجريد :

1/ يجب أن يكون الكفيل شخصي لا عيني:

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 69-70

(2) المادة 2/666 الامر 58/75، المرجع السابق

لأن الكفيل العيني راهن، ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة، وهو ما نصت عليه المادة 901 من القانون المدني الجزائري إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك"[1] وحق الكفيل قاصر على الدفع بتجريد المدين المكفول، ولا يحق له أن يدفع بتجريد مدين آخر غير مكفول، في حالة تعدد المدينين.

2/ يجب أن لا يكون الكفيل قد تنازل مقدما عن هذا الدفع :

وهذا ما نصت عليه المادة 2/660 يقولها" ... على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق[2] فهو دفع ليس من النظام العام يقع على الكفيل التمسك به وليس للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه، باعتبار أنه دفع خاص بالكفيل فإنه يجوز له أن يتنازل عنه لأنه مقرر لصالحه، وقد يتم التنازل عن الدفع في عقد الكفالة ذاته، أو بعد ذلك في اتفاق مستقل، وقد يكون هذا التنازل صريح أو ضمني و مثال النزول الضمني سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله، ومن ثمة فهو يستخلص من ظروف الحال و ملابستها و قولنا أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام يثير التساؤل عن الوقت الذي يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع؟ ذهب البعض إلى القول أنه إذا رفعت الدعوى على الكفيل، كان له الحق في التمسك بهذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، وعليه أن يتمسك بهذا الدفع قبل صدور الحكم النهائي فإذا لم يفعل، وصدر هذا الحكم بإلزامه بالدين، فلا يعلق تنفيذه على تجريد المدين من أمواله ومنه فإن هذا الدفع يتعلق بمرحلة المطالبة القضائية وليس بالتنفيذ[3].

ويذهب الرأي الغالب إلى أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين الأولى مرحلة التقاضي والثانية مرحلة التنفيذ، وتختص كل مرحلة بدفع خاص، فالمرحلة الأولى هو الدفع بعدم القبول للدعوى لرفعها على الكفيل أولا ، و يجوز التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أما الدفع بالتجريد فهو خاص بمرحلة التنفيذ حيث يستطيع الكفيل التمسك به في مواجهة الدائن عندما يشرع في التنفيذ على أمواله لذا، فإن هذا الدفع لا يسقط لعدم التمسك به في مرحلة التقاضي.

---

(1) المادة 901 الامر 58/75، المرجع السابق.

(2) المادة 660/2 الامر 58/75، المرجع السابق.

(3) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة ، الرهن الرسمي، حق الاختصاص : الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، منشأة المعارف ، الإسكندرية، سنة 1996، ص 212.

3/ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين :

وهو الشرط الوارد بنص المادة 665 من القانون المدني الجزائري، ومنه للكفيل العادي التمسك بلزوم التنفيذ على أموال المدين أولا، أما الكفيل المتضامن فليس له التمسك بهذا الدفع، فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معا، وله التنفيذ على أموال الكفيل مع المدين أولا، وهنا نقول أنه لا يجوز الاتفاق على احتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة القضائية والقانونية لأن الكفيل فيها يعتبر متضامنا بنص القانون وتقضي طبيعة التضامن في هذه الحالة حرمان الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد، أما بالنسبة للتضامن الإتفاقي، فإذا البعض يرى عدم جواز منح الكفيل المتضامن الحق في الدفع بالتجريد لأنه يتعارض مع طبيعة التضامن و احتفاظ الكفيل بهذا الدفع لا يجعله متضامنا في الواقع إلا أن الرأي الغالب يذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع مثل هذا الاتفاق إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة و حرية الكفيل في التخفيف من التزامه.

4/ يجب أن يرشد الكفيل إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين :

وهو الشرط المنصوص عليه بالمادة 661 والتي نصت على ما يلي " إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذ كانت هذه الأموال تقع خارج الأرض الجزائرية أو كانت متنازع عليها"[1]، فلكي يكون الدفع بالتجريد مقبولا و قائما على أساس يجب أن تكون للمدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها، ويقع على الكفيل عبء إثبات وجود أموال للمدين صالحة و كافية للوفاء بكل الدين، و يقوم بإرشاد الدائن إلى هذه الأموال على نفقته و مثالها مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي أرشد عنها، وهذا فضلا عن أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل.

هذا و يشترط في الأموال التي يجب أن يرشد عنها الكفيل عدة شروط هي:

أن تكون الأموال مملوكة للمدين، فالأموال الغير مملوكة له لا يعتد بها ولو كانت في حيازته.

أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها : وهو شرط الذي يتفق مع الغاية من الإرشاد وهو التنفيذ.

(1) المادة 661 الامر 58/75، المرجع السابق.

أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بكل الدين : فلا يكفي أن تكفي الأموال للوفاء بجزء من الدين أو حتى معظمه، فإن كانت الأموال التي يرشد عنها الكفيل لا تكفي لسداد الدين كله، فإنه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد وتقدير كفاية الأموال التي يرشد إليها الكفيل مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع، و يقدر قيمتها وقت النظر في النزاع بشأنها، ولا يؤخذ بعين الاعتبار إلا القيمة الصافية، فإن كانت مثقلة بحقوق عينية تبعية كالرهن، فإن قيمة المال تحدد بعد استنزال الديون المضمونة بهذا الرهن كما يلاحظ بأنه إذا كانت الأموال غير كافية للوفاء بكل الدين، فإن الدائن غير ملزم بالتنفيذ عليها، إذ لو ألزم بذلك لأدى هذا إلى إجباره بالوفاء الجزئي لحقه، وهو ما يتعارض مع القواعد العامة في الوفاء حيث تنص المادة 1/277 من القانون المدني الجزائري على أنه " لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقف بغير ذلك"[1].

أن تكون الأموال موجودة بالجزائر : وذلك لتجنب إرهاق الدائن من خلال مباشرة إجراءات معقدة عند وجود الأموال في خارج إقليم الدولة، هذا ولا يشترط أن تكون الأموال موجودة في مكان الوفاء بالدين أو في موطن المدين.

وجوب ألا تكون الأموال متنازع عليها : لأن الأموال المتنازع عليها غير مأمونة العاقبة، فقد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين ويكون المال متنازع عليه إذا كانت هناك دعوى مرفوعة في شأنه أو كان محلا لنزاع جدي.

ب-آثار الدفع بالتجريد :

يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد، وقبول المحكمة له عدة نتائج قانونية هامة تتمثل في:

1/ عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل:

يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، بل أن هذه الإجراءات تقف بمجرد إبداء الكفيل للدفع حتى تفصل المحكمة فيه و تسقط الإجراءات التي يكون الدائن قد اتخذها قبل الدفع بالتجريد، وتبطل كل الإجراءات التي تتخذ في سبيل التنفيذ على أموال الكفيل، سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضي أو تم التمسك بالدفع أثناء سير الدعوى أو بمرحلة التنفيذ إن تم التمسك به عند شروع الدائن في التنفيذ عن طريق حدوث اشكال في التنفيذ فوقف المطالبة نعني بها إذن الكف عن متابعة السير في إجراءات التنفيذ، هذا وأن

(1) المادة 1/277 الامر 58/75 المرجع السابق.

إجـراءات التنفيـذ لا يمنـع الـدائن مـن اتخـاذ الإجـراءات الـتحفظ بـه علـى أمـوال الكفيـل لأن هـذا الإجـراء لا يمـس بأصـل الحـق والعـرض منـه الحفـاظ علـى ذمـة الكفيـل الماليـة حتـى لا يتصـرف فيها.

2 / إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل:

علـى الـدائن أن يبـادر إلـى اتخـاذ إجـراءات التنفيـذ فـي مواجهـة المـدين وإلا تحمـل نتيجـة إعسـار المـدين إن تراخـي فـي التنفيـذ علـى أموالـه وعلـى الـدائن أن يبـدل فـي اتخـاذ هـذه الإجـراءات عنايـة الرجـل العـادي، و يتحمـل النتيجـة إن أصـبحت أموالـه[1] غيـر كافيـة للوفـاء بالـدين بعـد أن كانـت كافيـة عنـدما أرشـده الكفيـل إليهـا، ويقـع عـبء إثبـات تقصـير الـدائن علـى الكفيـل، وفقـا للقواعد العامة.

3 / مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملا:

إن اتخـذ الـدائن الإجـراءات التنفيذيـة علـى مـال المـدين فـي الوقـت المناسـب فـإن ذلـك يـؤدي عـادة إلـى حصـوله علـى حقـه، إلا أنـه مـن المتصـور عـدم اسـتفاء الـدائن لحقـه كـاملا بـالرغم مـن قيامـه بـالإجراءات التنفيذيـة، علـى الوجـه الصـحيح لسـبب أجنبـي لا يـد لـه فيـه، إذ قـد يظهـر دائنـون عـاديون للمـدين يزاحمـون الـدائن و يقاسـمونه حصـيلة التنفيـذ ممـا يـؤثر علـى كفايـة الأمـوال للوفـاء بالـدين، وقـد تـنخفض قيمـة أمـوال المـدين عنـد التنفيـذ بسـبب تقلبـات السـوق أو يظهـر أنـه قـد تـم تقـدير هـذه الأمـوال بـأكثر مـن قيمتهـا، والنتيجـة أن ذمـة الكفيـل لا تبـرأ إلا بقـدر مـا اسـتوفى الـدائن، مـن المـدين بعـد التنفيـذ عليـه، وهنـا للـدائن الرجـوع علـى الكفيـل بالبـاقي مـن حقـه لكـن يتعـين عليـه ليقـوم بهـذا الرجـوع أن يثبـت أنـه نفـذ علـى جميـع الأمـوال التـي دل عليهـا الكفيـل و يـتم هـذا بتقـديم محاضر الحجر وأوراق التنفيذ.

ثانيا: الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء

فـي حالـة كـان الكفيـل واحـدا فـإنّ الـدائن لـه حـق مطالبـة بكـل الـدين، إذا مـا تـوفرت الشـروط التـي يتطلبهـا القـانون للمطالبـة ، أمـا فـي حالـة التعـدد للكفـلاء لـدين واحـد، فكيـف تكـون مطالبـة الـدائن؟ وهنـا نرجـع لـنص المـادة 664 مـن القـانون المـدني الجزائـري: إذا تعـدد الكفـلاء لـدين واحـد وبعقـد واحـد وكـانوا غيـر متضـامنين فيمـا بيـنهم قُسّـم الـدين علـيهم ، ولا يجـوز للـدائن أن يطالـب كـل كفيـل إلّا بقـدر نصـيبه فـي الكفالـة، أمـا إذا كـان الكفـلاء قـد التزمـوا بعقـود متواليـة فـإنّ

(1) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 212.

كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلّا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم"، ولكي ينقسم الدين بين الكفلاء المتعددين يستلزم توافر الشروط الآتية[1]:

1_ أن يتعدد الكفلاء لدين واحد:

هنا لا ينقسم الدين بين الكفيل والمدين لأنّ الدين ليس واحدا، وهذا لاختلاف التزام الكفيل عن التزام المدين، ونجد أيضا أنّ الدين لا ينقسم بين الكفيل وكفيل الكفيل لأنّ التزام الكفيل محله ضمان الوفاء أما محل التزام كفيل الكفيل فهو ضمان الوفاء بالتزام الكفيل.

2 - أن يكون التزام الكفلاء بعقد واحد:

وهذا بسبب أنّ كل كفيل قد أدخل في اعتباره مسؤولية غيره من الكفلاء وبهذا فإنّه سيفي بجزء من الدين، وفي حالة تعددهم بعقود متوالية فالدين هنا لا ينقسم بقوة القانون ويحق للدائن مطالبة كلا منهم بكل الدين ما لم يكن الكفيل قد احتفظ لنفسه في عقد الكفالة بحق التقسيم.

3_ أن يكون المدين واحدا:

فإذا تعدد المدينون كما في حالة التزام عدة أشخاص على سبيل التضامن بنفس الدين وكفل كلا منهم أحد الكفلاء، فلا ينقسم الدين بينهم ويتوفر هذا الشرط إذا كل كفيل جميع المدينين المتضامنين.

4 - حالة عدم تضامن الكفلاء:

حيث إذا تضامنوا يحق للدائن الرجوع على كل منهم بكل الدين طبقا لأحكام التضامن ولا ينقسم الدين، حتى ولو كانا كفيلان معا نجد عقدا واحدا، أما في حالة عدم التضامن فينقسم الدين بينهم.[2]

ثالثا : الدفع بخطأ الدائن في المحافظة على التأمينات الأخرى:

وهذا ما نصت عليه المادة 656 من القانون المدني الجزائري: "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، ويقصد بالضمانات في هذه المادة: كل

(1) رقم المادة 664 من الأمر 58/75، المرجع السابق

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 60.

التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون"[1].

وهنا نجد حالة تهاون الدائن في المحافظة على التأمينات الأخرى المقدّرة لضمان دينه فتضيع بخطئه هذه الضمانات كلها أو جزءا منها، وهنا تبرؤ ذمّة الكفيل بقدر ما ضيعه المدين من ضمانات، ويحق للكفيل الدفع بهذا الخطأ في حالة مطالبة الدائن عليه بالوفاء ويتمسك الكفيل بهذا الدفع بتوفر الشروط التالية:

- خطأ الدائن في ضياع التأمين الخاص.
- حدوث ضرر للكفيل من جراء خطأ الدائن.

ويتمسك الكفيل بهذا عن طريق دفع أثناء رجوع الدائن عليه ، وله طلب ذلك عن طريق رفع دعوى على الدائن يطلب فيها الحكم ببراءته بسبب إضاعة التأمينات و يترتب على قبوله براءة ذمة الكفيل بقدرها إضاعة الدائن بخطته، و يتوجب التمسك بهذا الدفع لأن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالتقادم العام.

رابعا : الدفع بتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين:

إذ نصت المادة 657 من القانون المدني الجزائري على أنّه : " لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنّه يتخذها[2] ونجد أنّ هذه المادة تعالج تأخر الدائن في المطالبة بحقه من المدين لا تسقط حقه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه إضرار بالكفيل نتيجة لإعسار المدين، وتعذر رجوع الكفيل عليه، وفي الفقرة الثانية من نفس المادة: " غير أنّ ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضدّ المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدّم المدين للكفيل ضمانا كافيا" وهنا يحق للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات اللازمة ضدّ المدين من اجل وفاء التزامه في أجل قدره ستة أشهر من يوم إنذار الكفيل للدائن، وإذا انقضت هذه المدة دون قيام الدائن بأي إجراء ضدّ المدين، برأت ذمة الكفيل إلا إذا قدّم المدين الكفيل ضمانا [3]كافيا يضمن به الكفيل رجوعه على المدين إذا كان ملزما بالوفاء للدائن".

خامسا: الدفع بعدم تقدم الدائن للتفليسة:

(1) رقم المادة 656 من الأمر 58/75، المرجع السابق.

(2) رقم المادة 657 من الأمر58/75، المرجع السابق

(3) يمينة حوحو، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2019، ص 37-38

وهذا حسب نص المادة 658 من القانون المدني الجزائري: إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدّم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن، ومن هنا نرى أنّ الالتزام بالوفاء يكون على أموال المدين وذلك بافتراض إفلاسه بالحكم القضائي الذي أمر بالتفليسة وعيّن وكيلا لها، ومن هنا فإنّ للدائن الحق في التفليسة حتى يأخذ حقه منها[1].

وعند إهماله لإرجاع دينه يضيع حقه في المطالبة من الكفيل إلاّ بجزء ما أصاب الكفيل من ضرر بسبب إهمال الدائن في الدخول في التفليسة وفي حالة مطالبته بالوفاء لكلّ الدين جاز للكفيل التمسك في المواجهة ببراءة ذمته بالنسبة للقدر الذي أضاعه الدائن بسبب عدم تدخله في التفليسة.

3/ التزامات الدائن عند استفاء الدين تجاه الكفيل

نصت المادة 671 من القانون المدني الجزائري على " إذا وفي الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين وما هي إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 261 من نفس القانون، و ما بعدها الخاصة بالوفاء مع الحلول[2].

فالمادة 264 نصت " من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع و ما يكفله من تأمينات و ما يرد عليه من دفوع بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن[3]، و يترتب على حلول الكفيل محل الدائن أن يكون للكفيل الرجوع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص، وما يلحقه من تأمينات وعلى ذلك نصت المادة 659 القانون المدني الجزائري على أن يلتزم الدائن بأن سيلم للكفيل وقت وفاته الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع[4]، ومن تم فإن الكفيل يقوم بعد الوفاء بالدين المكفول بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وعلى هذا الأخير أن يسلمه وقت الوفاء كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، بدعوى الحلول أين يحل محل الدائن في حقوقه و أهم هذه السندات، سند الدين المكفول الموجود في يد الدائن ومخالصة من الدائن تفيد

(1) رقم المادة 658 من الأمر58/75، المرجع السابق.

(2) المادة 671 الامر 58/75، المرجع السابق.

(3) المادة 264 الامر 58/75، المرجع السابق.

(4) المادة 659 ، الامر58/75، المرجع السابق.

استيفاءه للدين فإن امتنع الدائن عن هذا كان من حق الكفيل الامتناع بدوره عن تنفيذ التزامه لأنه تصرف تنطوي على إضعاف لحق الكفيل في الرجوع و استرداد ما يستوفيه.

وعند النزاع بصدد أي من الطرفين يبدأ في التنفيذ كان للكفيل أن يودع مبلغ الدين بخزانة المحكمة، وله بعد هذا الإيداع القانوني الرجوع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة [1].

هذا و لقد نصت المادة 650/ 2 على أنه إذا كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل.

وإذا كان الدين مضمون بتأمين عقاري فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة للنقل هذا التأمين و يتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على "المدين فالنص ألزم الدائن القيام بنقل الضمانات للكفيل، ويتم النقل من خلال اتخاذ الإجراءات التي تتفق و طبيعة الضمان فإن كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عن حيازته للكفيل، أما إن كان مضمون بتأمين عقاري (رهن رسمي أو حق اختصاص) فعلى الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقله و ذلك بالتأشير على هامش القيد مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذي قرر حق الإختصاص و يتحمل الكفيل مصروفات النقل، على أي يرجع بها على المدين بعد ذلك.

الفرع الثاني: العلاقة بين البنك الكفيل و المدين

نتناول في هذا الفرع علاقة الكفيل بالمدين و كيفية رجول الكفيل عن المكفول عنه

اولا : الدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة

تنص المادة 670 القانون المدني الجزائري على أنه يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفي الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق، أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه، فإن لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه"[2].

(1) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 4

(2) المادة 670 الأمر58/75، من القانون المدني الجزائري.

وتنص المادة 672 على أنه: «يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو يغير علمه ويرجع بأصل الدين و المصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده[1]، ومن تم يكون للكفيل الذي كفل المدين، سواء كانت الكفالة بعلمه أو يغير علمه الرجوع بالدعوى الشخصية سواء كان متضامنا أو كفيلا عاديا، سواء كان شخصيا أو عينيا لكن هناك استثناء:

إذا لا يدخل في نطاق هذا النص الكفيل الذي يكفل المدين، رغم معارضته.

ولا يدخل أيضا في نطاق هذا النص الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين، وتكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الالتزام في ذمة المدين، وذلك لتأمين الدائن ضد خطر إعسار المدين ودون فائدة لهذا الأخير، وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الحق في الرجوع بناءا على دعوى الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني (المادة 141، 142 القانون المدني الجزائري) .

هذا وأن أغلبية الفقه الحديث يذهب إلى القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين طبقا للمادة 670 و 672 القانون المدني الجزائري هي دعوى مستقلة هذا و يرى أغلب الفقه إلى وجوب حرمان الكفيل من الدعوى الشخصية متى أبرمت رغم معارضة المدين أن كانت لصالح الدائن، وحده ليقتصر حقه في الرجوع على المدين بدعوى الحلول فقط، هذا و تشير إلى أن الفقه المصري يجيز للكفيل في هاتين الحالتين وعلى تقضي المشرع الفرنسي الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة[2].

شروط دعوى الكفالة

1- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين و دون معارضته:

يجمع الفقه على أن دعوى الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها، الكفالة دون معارضة المدين سواء كانت بعلم المدين أم بغير علمه، وذلك على أساس أن الكفالة تحقق في الغالب مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معا لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى المدين و

(1) المرجع نفسه.

(2) زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الامل للطباعة و النشر ، تيزي وزو، دس، ص 80-82

ثقته فيه فيقبل التعامل معه و يمنحه الائتمان، و يستوي في ذلك الكفيل العادي أو المتضامن، الكفيل المأجور أو المتبرع، الكفيل الشخص أو العيني، فيحق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين و كانت تحقق مصلحة المدين أو مصلحة الدائن و المدين معا.

وفي كل هذه الأحوال يقتصر حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الحلول وذلك لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد أسدى خدمة للمدين، ويجيز الفقه في هاتين الحالتين للكفيل، بالإضافة إلى دعوى الحلول الحق في الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة.

2/ قيام الكفيل بالوفاء للدائن

يجب أن يقوم الكفيل بوفاء الدين المكفول، والوفاء قد يتم بتقديم الشيء المستحق أصلا أو القيام بما يقوم مقامه بشرط أن يؤدي إلى براءة ذمة المدين، هذا و يرجع الكفيل على المدين ولو وفي إلا بجزء من الدين، إذا كانت الكفالة عن جزء من الدين أو قبل الدائن منه وفاء جزئي، وهنا تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التي يشترط للرجوع بها أن يكون الوفاء كليا، وللدائن أي يرجع في الوقت نفسه على المدين بما تبقى من حقه فإن كانت أموال المدين غير كافية للوفاء لكل من الكفيل والدائن فإنه يتم تقسيم المال بينهما قسمة غرماء، فالدائن لا يتقدم على الكفيل في استفاء الباقي من أموال المدين كما هو الحالة في دعوى الحلول.

3/وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله:

يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عند حلول أجله، فإن قام بالوفاء قبل الميعاد لم يكن له الرجوع على المدين إلا عند حلول الأجل، و يفقد حقه في الرجوع عليه إذا انقضي الدين لسبب ما بين ووفاء الكفيل بالدين و حلول الأجل المقصود هنا هو الأجل الأصلي للدين، فإن امتد هذا الأجل بالاتفاق أو بناءا على حكم المحكمة فإن هذا الأجل الإضافي لا يقيد الكفيل وله الوفاء بالدين بمجرد حلول الأجل الأصلي ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل نهاية الأجل الإضافي.

4/ ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل:

يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه من دين للدائن، بشرط أن يترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين، أما إن كان الوفاء قد تم بخطأ الكفيل لأن هذا الوفاء لم يكن واجب بسبب بطلان مصدر الدين أو انقضائه كليا أو جزئيا، فإنه لا وجه لرجوع

الكفيل على المدين بما وفاه[1] ولهذا السبب أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين، قبل الوفاء بالدين بعزمه على الوفاء فقد يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء وعليه فإن على المدين إبداء اعتراضه على وفاء الكفيل خلال مدة معقولة، وأن يتضمن هذا الاعتراض أسباب جدية تمنع الوفاء بالدين، ولا وجود لشكل خاص لإخطار الكفيل للمدين و لاعتراض هذا الأخير على الوفاء، فقد يتم بورقة رسمية أو عرفية أو شفاهية، فإن قام الكفيل بالوفاء دون إخطار المدين، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك الوفاء بحيث لو أثبت المدين بأن هذا الوفاء لم يفده لم يكن للكفيل أن يرجع على المدين بشيء مما وفاه و يتحمل مسؤولية وفائه الخاطئ، ما إذا قام الكفيل بإخطار المدين ورد عليه طالبا منه عدم الوفاء، مبررا أسباب ذلك، كان على الكفيل الامتناع عن الوفاء، وإن اتخذ الدائن إجراءات المطالبة القضائية في مواجهته كان عليه أن يدخل المدين في الدعوى.

هذا وإن رأى الكفيل عدم جدية اعتراضات المدين، وقام بالوفاء على مسؤولية، فإن اثبت بعد ذلك صحة هذه الاعتراضات لم يكن للكفيل الرجوع عليه ولكن يرجع على الدائن لاسترداد ما دفع بدون حق، أما إذا لم يرد المدين على إخطار الكفيل أو تراخى ووفي الكفيل لم ينسب له تقصير و يكون له أن يرجع بالدعوى الشخصية لاسترداد ما وفاء ولو ظهر أن للمدين أسباب تقضي ببطلانه،[2] إذ يتحمل تبعة تقصيره و يلتزم بأن يدفع للكفيل ما أداه ،هذا و أن موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية فإنه وطبقا للمادة 672 نصت ان يرجع الكفيل بأصل الدين و لمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده" ، اذ هنا يرجع الكفيل بأصل الدين والمصروفات.

أ. أصل الدين: وهو كل ما دفعه الكفيل إلى الدائن الإبراء ذمة المدين، و يشمل ذلك مقدار الدين الأصلي، وكذا فوائد هذا الدين لو كان ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول.

ب. المصروفات: وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة، وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل و اضطر الكفيل إلى ردها له، بالإضافة إلى ذلك ما يكون قد أنفقه في الإرشاد على أموال المدين لتجريده و مصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل، لكن لا يرجع بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه

(1) زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الامل للطباعة و النشر ، تيزي وزو، دس، ص 88

(2) المادة 672 ، الامر58/75، المرجع السابق.

من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذها ضده لأن المدين متى أخطر بها قد يسارع إلى الوفاء بالتزامه، و يتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر، هذا و بالمقابل أن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى بمصروفات التنبيه بالوفاء و مصروفات دفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل إلى اتخاذ أي إجراء بالإخطار للمدين ولهذا يلتزم بها المدين لا الكفيل.

ثانيا : الرجوع بدعوى الحلول

تنص المادة 671 القانون المدني الجزائري ان إذا وفي الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن استوفى كل حقه من المدين[1].

ونجد أن هذا النص ليس إلا تخصيصا يطبق القاعدة العامة التي وردت في المادة 261 القانون المدني الجزائري "إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال التالية: إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه"[2]، والكفيل كما رأينا ملزم بوفاء الدين عن المدين، فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول[3]، أن يكون قد وفي الدين و يستوي أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دون علمه أو رغم إرادته، سواء كانت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن.

غير أن الفرق بينها و بين الدعوى الشخصية التي تستند إلى الكفالة هو أنها لا تجوز إلا إذا كان الدائن قد استوفى كل حقه بخلاف الدعوى الشخصية، فممن وفي جزء من الدين الحق في الرجوع به على المدين.

فبالرجوع لدعوى الحلول توجب أن يكون الدائن قد استوفى كل حقه، ونصت على ذلك المادة 2/672" ولكن إذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي كل حقه من الدين"، وهو تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 265 القانون المدني الجزائري وطبقا للعبارة الأخيرة من النص فإن للدائن أن يسمح للكفيل الرجوع بدعوى الحلول قبل استفاء كل حقه ذلك أن الغرض من هذه الدعوى حماية مصلحة الدائن الذي له التنازل عن الحماية المقررة له هذا و للكفيل الاستفادة من كل التأمينات التي تضمن الدين متى وفي

(1) المادة 671 الامر58/75، المرجع السابق.

(2) المادة 261 الامر58/75، المرجع السابق.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 104

بالالتزام أو وفاه جزئيا وقام المدين بالوفاء بالجزء الباقي، أو قام شخص آخر غير المدين كالوفاء، وهنا يكون هذا الشخص و الكفيل على قدم المساواة، فيقسمان الناتج من دعوى الحلول قسمة عزماء وهو ما نصت عليه المادة 265 القانون المدني الجزائري بقولها

" فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيم بقى له من حق، رجع من حل أخيرا هو من تقدمه في الحلول، كل بقدر ما هو مستحق له، و تقاسما قسمة عزماء"[1].

يترتب على حلول الكفيل محل الدائن طبقا للمواد (671 و 261، 264 القانون المدني الجزائري) أن يكون للكفيل الرجوع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص و ما يلحقه من توابع، و عليه من دفوع على التفصيل التالي:

يرجع الكفيل بحق الدائن بماله من خصائص، وعليه فلا يمكن أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل الذي يستطيع الدائن الرجوع فيه، فلو منح الدائن أو القاضي أجل للمدين، فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع قبل الأجل الجديد.

المطلب الثاني: إنقضاء عقد الكفالة البنكية

إن عقد الكفالة البنكية كغيره من العقود له تاريخ بدأ و تاريخ إنتهاء، و أحيانا يتم إلغاء هذا العقد قبل تاريخه الأصلي لأسباب متعددة و متنوعة و بطرق مختلفة.

الفرع الأول: الطرق القانونية لإنقضاء عقد الكفالة البنكية

الأسباب القانونية لانقضاء عقد الكفالة هي مجموعة من الأسباب رتب القانون على تحققها انقضاء الالتزام و لا ترتبط بإرادة أطراف الالتزام هذه الأسباب هي الوفاء، الفسخ، اتحاد الذمة، المقاصة، التقادم حيث:

أولا:انقضاء الكفالة بالوفاء:

هي الطريق الطبيعي لانقضاء عقد الكفالة المصرفية، فإذا قام المدين أو الكفيل بوفاء الالتزام المكفول فلا يبقى للدائن أن يطالب أيهما بتنفيذ هذا الالتزام ويبرأ الكفيل ببراءة المدين و له التمسك بالدفوع التي تكون للمدين الأصلي مثل انقضاء الدين الأصلي بالوفاء، وإذا وفي المدين الالتزام بتمامه انقضت الكفالة.

(1) المادة 265 ، الامر58/75، المرجع السابق.

أما إذا كان الوفاء جزئيا فينقضي من التزام الكفيل بمقدار الجزء الذي تم الوفاء به من طرف المدين[1]، ويقع على الكفيل و المدين عبء إثبات الوفاء عملا بالقواعد العامة إذ على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه[2] .

ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفي به وأن يكون أهلا للتصرف و إذا وفي الكفيل الدين حل محل الدائن في مطالبة المدين بقيمة ما سدده.

ويصح الوفاء للدائن أو لنائبه و يعتبر ذي صفة من يقدم للمدين أو الكفيل مخالصة من الدائن ما لم يتفق أن يكون الوفاء للدائن شخصيا.

أما الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه لا يبرئ ذمة المدين و الكفيل ما لم يقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة من هذا الوفاء أو كان الوفاء قد تم بحسن نية للشخص كان الدين بحيازته كما لا يمكن إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي إلا إذا وجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك وفي حالة قيام المدين بسداد قيمة الدين دون علم الكفيل و قام هذا الأخير بالوفاء أيضا للدائن، كان وفاءه دفع غير مستحق ويلزم الدائن بالرد[3] و بالوفاء ينقضي التزام الكفيل و المدين و تنقضي معه الكفالة الصادرة إذ أنها التزام تبعي تنقضي بانقضاء سببها ألا و هو زوال الدين المضمون بالوفاء.

ونشير أنه إذا كانت الكفالة البنكية محددة المدة فبانقضاء المدة الكفالة المحددة فيها تنقضي و لو لم يتم الوفاء لعدم نشوء الالتزام الأصلي أثناء المدة إذ التزام البنك محدد بالفترة المتفق عليها في العقد.

ثانيا: انقضاء الكفالة بالفسخ:

الفسخ هو عبارة عن إنهاء عقد الكفالة قبل انتهاء مدته و تحقيق الغرض من إبرامه يمارسه طرف من أطراف العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزام أوجبه هذا العقد عليه وبالنسبة لعقد الكفالة المصرفية يرى الفقه أن الفسخ لا يتحقق إلا إذا كان الإخلال بالتزام جوهري أساسي أو إذا اتفق الأطراف على حق الفسخ إذا أخل أحدهما بأي التزام، أما الالتزامات الغير الجوهرية التي لا يترتب على عدم تنفيذها[4] الإضرار بمصلحة أحد الأطراف أو استحالة التنفيذ فلا ترتب الفسخ حالة عدم تنفيذه، تحدث المشرع الجزائري عن الفسخ بقوله أنه في العقود

(1) محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 279.

(2) المادة 323 من ق.م.ج.

(3) المادة 143 من ق.م.ج.

(4) محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 282

الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك، و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات[1] ونشير أن الكفالة المصرفية و إن كانت عقد ملزم لجانب واحد غير أنها كما بينا قد تكون مصدر لالتزامات متبادلة بين الأطراف إذا ما اتفقوا عليها في العقد، فالعقد شريعة المتعاقدين منه فإن الإخلال بأحد الالتزامات المنصوص عليها في العقد أمكن المتعاقد الأخر في عقد الكفالة المطالبة بالفسخ فإن رأى القاضي أن الالتزام الذي لم يوفى قليل الأهمية بالنسبة مع ما وفي جاز له رفض طلب الفسخ القضائي، كما يمكن للأطراف الاتفاق في عقد الكفالة على اعتبار العقد مفسوخ نتيجة عدم وفاء أحد أطرافه بالالتزامات المفروض عليه فيسمى فسخا اتفاقي، وإذا انقضى التزام أحد الأطراف بسبب استحالة تنفيذه تنقضي معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بقوة القانون فنكون أمام فسخ قانوني، ويترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين للحالة التي كانا عليه قبل التعاقد و إذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض فبالنسبة لعقد الكفالة إذا دفع المدين مبلغ عمولة يستردها وتنقضي الكفالة بالفسخ[2].

نشير أن فسخ الالتزام الأصلي الذي صدرت الكفالة لضمانه يؤدي إلى انقضاء الكفالة عقد تبعي في وجودها و نفاذها للالتزام الأصلي أما فسخ عقد الكفالة لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي فهو مستقل عنها و يظل قائما لو فسخت فيزول بفسخها التزام البنك

الدائن و يظل التزام المدين قبله قائما وفقا للالتزام الأصلي المبرم بينهما[3]، ويرى جانب من أنه ليس في كل الأحوال فسخ الالتزام الأصلي يؤدي إلى انقضاء الكفالة إلا إذا كان استعمال حق الفسخ مشروعا بمعنى أن لا يكون المدين في الالتزام الأصلي هو المخطئ و عدم التنفيذ كان نتيجة خطئه، كما نشير أن حالات فسخ الكفالة المصرفية نادرة سبب ذلك تشابك علاقات دائما للوفاء بالتزاماته تجاه الدائن والمدين، كما أن المدين يسعى دائما للوفاء بالتزاماته ليحافظ على الثقة الممنوحة له من البنك ليتمكن من اللجوء إليه للحصول على الائتمان في معاملات أخرى مستقبلية[4].

(1) المادة 119 من ق.م.ج.

(2) المواد من 119 إلى 122 من ق.م.ج.

(3) محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 258

(4) المادة 304 من ق.م.ج.

ثالثا: انقضاء الكفالة بإتحاد الذمة :

نكون أمام حالة اتحاد الذمة إذا ما اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن و المدين بالنسبة إلى دين واحد، فينقضي هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، و إذا زال السبب الذي أدى و لاتحاد الذمة و كان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود بملحقاته بالنسبة إلى المعنيين بالأمر ويعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن، و عليه في الكفالة البنكية إذا اتحدت ذمة المدين في الالتزام الأصلي مع الدائن ينقضي هذا الالتزام و تنقضي معه الكفالة البنكية و من أمثله هاته الحالة اندماج الشركات التجارية أما اتحاد ذمة المدين و الكفيل (مثال أن يكون المدين بنك هو الأخر أو شركة مساهمة (في قانون النقد و القرض يشترط أن تتخذ البنوك شكل شركة مساهمة) و اندمج مع البنك الكفيل) أو اتحاد ذمة الدائن مع الكفيل في الدين (مثال أن يكون الدائن هو كذلك بنك اندمج مع البنك الكفيل أو آل الدين من الدائن إلى البنك الكفيل بموجب حوالة) فإن انقضاء الكفالة و التزام البنك الكفيل لا ينقضي معه التزام المدين الأصلي بل يبقى قائما و يتعين الوفاء به[1].

رابعا: انقضاء الكفالة بالمقاصة:

هي طريق من طرق انقضاء الالتزام الغرض منها تسهيل عملية الوفاء بمنع الوفاء المزدوج

وتتحقق المقاصة عندما يتلاقى دينان في ذمة شخصين اجتمعت في كل منهما صفة الدائن والمدين فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما[2]، حيث قرر المشرع الجزائري أن للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق له تجاهه ولو إختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع و الجودة و كان كل منهما ثابتا وخاليا من النزاع و مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاءا، و لا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها المدين، ومنه إذا ما انقضى الدين الأصلي بالمقاصة بين المدين و الدائن معه الكفالة المصرفية و المقاصة حق للمدين لا يمكن للدائن أن يرفضها، لكنها لا تقع إلا إذا تمسك، غير أنه إذا كان انقضاء الالتزام الأصلي بالمقاصة جزئيا أي بعد إجراء المقاصة بين

(1) المرجع نفسه، ص286.

(2) بن ددوش، نضرة انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، 2011، ص 11.

المدين و دين الدائن انقضى دين هذا الأخير و بقي جزء من دين المدين فهنا لا تنقضي الكفالة إذ تبقى ضامنة للجزء المتبقي من الدين الأصلي في ذمة المدين المكفول[1].

خامسا: انقضاء الكفالة بالتقادم المسقط:

التقادم هو مرور فترة زمنية معينه يرتب عليها القانون أثر باكتساب حقا فيكون تقادم مكسب أو زوال الحق فيكون تقادم مسقط، يسقط بموجبه التزام المدين بهذا الحق و لا يمكن للدائن به مطالبة المدين به[2] حيث نص المشرع الجزائري على التقادم المسقط في القسم الثالث من الفصل الثالث الخاص بانقضاء الالتزام دون الوفاء به ووضع قاعدة عامة في التقادم المسقط 15 سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك بمدد أخرى في حالات محددة، فبمرور فترة التقادم المحددة قانونا ينقضي الالتزام و لا يمكن للدائن مطالبة المدين به، غير أنه ينشأ في ذمة هذا الأخير التزام طبيعي لا يجبر على وفاءه و لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يطلبه المدين أو أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة كما ينقطع أجل التقادم إذا ما أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا و لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على مدد تقادم غير المنصوص عليها قانونا فإذا انقضى الالتزام الأصلي تنقضي معه الكفالة المصرفية الصادرة لضمانه الملحقة به وبالتالي يسقط حق الدائن في مطالبة المدين و مطالبة الكفيل بمبلغ الدين فالكفالة عقد تبعي للالتزام الأصلي الذي صدرت لضمانه و بزوال هذا الالتزام تزول[3].

سادسا: انقضاء الكفالة بقبول الدائن شيئا أخر مقابل الدين وضياع التأمينات :

في الحالة التي يقبل الدائن شيء أخر مقابل الدين تبرأ ذمة الكفيل و لو استحق هذا الشيء، إذ أن الكفالة صدرت لضمان الدين و بقبول الدائن شيء أخر مقابل الدين يفسر ذلك أنه تنازل عن حقه في الضمان و أنه استوفى حقه بقبوله لهذا الشيء كما أن إضاعة الدائن للضمانات المقررة للدين تبرأ به ذمة الكفيل بقدر هذه الإضاعة ويقصد بهذه الضمانات التأمينات المخصصة لضمان الدين و لو تقررت بعد الكفالة وكذا التأمينات المقررة بحكم القوانين[4].

---

(1) المواد 297 و 300 من ق.م.ج.

(2) بن ددوش نضرة، المرجع السابق، ص 170.

(3) المادتين 320 و 644 من ق.م.ج.

(4) المادتين 655 و 656 من ق.م.ج.

الفرع الثاني: الطرق الإتفاقية لإنقضاء عقد الكفالة البنكية

هي مجموعة من الأسباب تتعلق بإرادة أطراف عقد الكفالة المصرفية تؤدي إلى انقضاء الكفالة بإرادة الدائن و المدين في حالات التجديد المصالحة و الإنابة أو بإرادة الدائن وحده في حالة الإبراء أو بإرادة البنك الكفيل في حالة التراجع عن الكفالة، سيتم التطرق لكل هاته الحالات في مطلبنا هذا كالتالي:

أولا: انقضاء الكفالة بالإبراء:

ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكنه باطلا إذا رفضه المدين وتسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل يصبح تبرع، و لا يشترط فيه شكل خاص و لو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان فالإبراء هو تصرف بالإرادة المنفردة للدائن يهدف من خلاله التنازل عن حقه قبل المدين يخضع لأحكام التبرع و لا يشترط القانون فيه شكل معين حتى لو كان الالتزام المشمول بالإبراء يخضع للشكلية، وإذا رفض المدين الإبراء يبطل وبالتالي يظل الالتزام قائما ملزما له وبتطبيق هذه الأحكام على عقد الكفالة المصرفية يتبين لنا أنه إذا انقضى الالتزام الأصلي بإبراء الدائن للمدين تنقضي معه الكفالة المصرفية إذ هي عقد تبعي للالتزام الأصلي في وجوده و انقضاءه، و يشترط أن يكون هذا الإبراء كليا لكافة الدين المشمول بالكفالة، فإذا كان جزئي أي تنازل الدائن عن جزء من حقه قبل المدين فهنا تبقى الكفالة المصرفية ضامنة للجزء المتبقي من الدين[1].

ثانيا: انقضاء الكفالة بتراجع الكفيل عن الكفالة

إذا كانت الكفالة صدرت لضمان دين مستقبل لم ينشأ ولم تحدد مدة الكفالة فللكفيل التراجع عنها في أي وقت لشرط أن يكون الالتزام المكفول لم ينشأ بعد، وبتراجع الكفيل وسحبه لكفالته تنقضي الكفالة، إذ أن الكفالة تصرف في الأصل ملزما لجانب وحيد و هو الكفيل، بالتالي يمكن له أن يتراجع عن التزامه بشرط المبين كما يلزم الكفيل بدفع تعويض للمدين و الدائن إذا ما سبب هذا التراجع ضرر لهما، ويمكن أن تتضمن الكفالة شرط صريح بحق الكفيل في التراجع عن الكفالة في هاته الحالة يخضع التراجع لما اتفق عليه المتعاقدان في العقد[2].

---

(1) المواد 304,30,644 من ق.م.ج.

(2) المواد 106,124 و 650 من ق.م.ج.

ثالثا: انقضاء الكفالة بالتجديد:

يتجدد الالتزام بتغيير الدين باتفاق الأطراف على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد مختلف في المحل أو المصدر، أو بتغيير المدين إذا اتفق الدائن و الغير على أن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون الحاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد، أو بتغيير الدائن باتفاق بين الدائن و المدين و الغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد و يشترط في التجديد أن يكون الالتزام الجديد و القديم خالي من أسباب البطلان، و في كل الحالات السابقة يتجدد الدين و يترتب على هذا التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه و نشوء التزام جديد محله و بتجديد الدين ينقضي الالتزام الأصلي و تنقضي معه الكفالة المصرفية الصادرة لضمانه ما لم يرضى البنك الكفيل والمدين على انتقال الكفالة للالتزام الجديد ففي هاته الحالة الكفالة لا تنقضي الكفالة و تنتقل للالتزام الجديد ويصبح البنك الكفيل ملزما بالوفاء بالالتزام الجديد إذا لم يوفى، والتجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف و لا يعتبر تجديد مجرد كتابة سند بدين موجود سابق أو التغيير في زمان وفاء الالتزام أو مكانه أو كيفية دفعه [1].

رابعا: انقضاء الكفالة بالإنابة:

يقصد بها إنابة المدين لشخص أجنبي عن الالتزام ليقوم هذا الأخير بسداد دين المدين المنيب قبل الدائن المناب لديه، و يشترط رضى الدائن بها و لا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين المنيب و الغير المناب، و الإنابة لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي إذ يبقى الالتزام الأصلي للمدين إلى جانب الالتزام الجديد للغير المناب ما لم يتم الاتفاق في الإنابة على التجديد باستبدال الالتزام السابق بالالتزام الجديد بتغيير المدين، ففي هاته الحالة نكون أمام تجديد و تبرأ ذمة المدين المنيب تجاه الدائن المناب لديه مع اشتراط أن يكون الالتزام الجديد صحيح و أن لا يكون الغير المناب معسرا وقت الإنابة، وعليه في الحالة التي تعتبر الإنابة تجديدا ينقضي الالتزام الأصلي و تنقضي معه الكفالة الضامنة له ما لم يرضى الكفيل و المدين بانتقال الكفالة للالتزام الجديد فيظل الكفيل ملزما بالكفالة[2].

خامسا: انقضاء الكفالة بالمصالحة:

(1) المواد من 289 إلى 293 من ق.م.ج.

(2) المواد من 294 إلى 296 من ق.م.ج.

إذا كانت الكفالة المصرفية تنقضي بفوات المدة المحددة لسريانها أو بدفع قيمتها للدائن فإنها تنقضي كذلك بمصالحة يجريها الدائن و البنك الكفيل، و المصالحة عقد يبرمه البنك الكفيل مع الدائن تتحدد شروطه باتفاقهما، بحيث تنقضي الكفالة ليحل محلها عقد جديد هو عقد الصلح بموجبه تنقضي العلاقة بين الدائن والمدين كما تنقضي العلاقة بين الكفيل و الدائن التي نشأت على شروط عقد الكفالة لتنشأ علاقة جديدة بين الدائن و البنك تحكمها عقد الصلح و مخالفة للأطراف حرية اشتراط ما يرونه مناسب لتحقيق مصلحتهم في عقد الصلح بشرط عدم مخالفة القواعد الآمرة للقانون، من الناحية العملية يلجأ الدائن للصلح مع البنك إذا ما أراد السرعة في استيفاء حقه دون انتظار حلول أجل الدين و إتباع إجراءات الرجوع و البنك يوافق على الصلح[1] لأنه لا مصلحة له في الرفض فهو دائما يسعى لتحقيق الربح من خلال العمولة و الفائدة التي يتلقاها.

الفرع الثالث: مدى فعالية الكفالة البنكية

إن التسهيلات الإئتمانية غير مباشرة التي تقدمها البنوك تلعب دور تتزايد أهميته المحلية و الدولية فلا يكاد يخلو عقد من عقود المناقصات بتنوعها من شرط يطلب فيه من الطرف الذي يقوم بالتنفيذ أن يقدم ضمانا ماليا يمكن الرجوع إليه في حالة إخلاله بالإلتزامه، فيلجأ الشخص المطلوب منه إلى أحد البنوك التجارية و يطلب منها إصدار الكفالة لمصلحة الجهة التي تعاقد معها، وكذلك بالنسبة للتعامل مع أطراف تجارية في بلدان أخرى غالبا ما ينطوي على مخاطر أكبر من التعامل مع أطراف تجارية في البلد نفسه نظرا لبعد المسافة الجغرافية أو تطبيق شروط مختلفة في البلد الأجنبي و صعوبة تقييم الجدارة الإئتمانية للطرف التجاري الأجنبي، و بطبيعة الحال المشاكل نفسها تواجهها الشركات الأجنبية التي تسعى إلى التعامل مع التجار في البلد الأم، ففي مثل هذه الحالات وجوب تقديم ضمانات كافية لإقتضاء الحيطة و الحذر[2].

وعليه تختلف طبيعة الضمانات المطلوبة تبعا لتنوع الإئتمان المقدم، فإن تعلق الأمر بقروض قصيرة الأجل إكتفت بطلب كفالة كضمانة شخصية و إذا تعلق الأمر بقروض متوسطة أو طويلة الأجل طلبت في المقابل ضمانات عينية، وعليه فالكفالة لم تعد كما كانت سابقا في ما بين الأقرباء و إنما أصبحت من صميم و إختصاص البنوك التي أصبحت غالبا ما

(1) محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 289 .

(2) أنس البكري، وليد صافي، النقود و البنوك بين النظرية و التطبيق، دار المستقبل للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 15

تعطي كفالاتها لعملائها، بإعتبار الكفالة تتميز ببساطة إجراءاتها بما يتماشى مع التجارة التي بدورها بحاجة ماسة إلى السرعة و التبسيط، مما يمكن الحصول عليها من المؤسسات المالية، عكس التأمينات العينية التي تتطلب في وقتنا الحالي شكليات و إجراءات طويلة و مكلفة، فنادرا ما تكون المؤسسة التجارية مالكة لعقارات وذلك لإعتبار محاسبية وضريبية، فالتأمينات العينية ليست دائما مؤكدة وضامنة فالتاجر المدين قد يتعرض للإفلاس وفي هذه الحالة يفرض على أصحاب التأمينات العينية إجراءات تتمثل في عدم حصولهم على حقوقهم في فترة الريبة، إضافة إلى هذا الحقوق قد تتعرض لمزاحمة أصحاب حقوق الإمتياز العامة و بصفة خاصة المستحقة للخزينة العامة، حيث يأخذون حقوقهم و فوائدها كاملة قبل إجراء أي توزيع على بقية الدائنين، لهذه الأسباب يفضل البنك الدائن الحصول على حق في مواجهة شخص أخر غير المدين أي تأمين شخصي.

و في ختام هذا الفصل نستنتج أن إبرام عقد الكفالة يكون بين أطراف معينة متمثلين في المستفيد من الكفالة و العميل، البنك الكفيل و البنك المرسل، و يكون إبرام العقد وفق شروط منها ماهو مرتبط بالكفيل (أن يكون موسرا، وجود البنك في الجزائر، أهلية كل من الكفيل و المدين) و منها ماهو متعلق بالبنك الكفيل فتتمثل في (بيان مبلغ عقد الكفالة، الغرض من الكفالة، و تحديد مدة الكفالة)، أضف إلى أن عقد الكفالة قائم على ركن الرضا بين كل الأطراف السابقة الذكر مع تحديد محل العقد و السبب منه، وأخيرا فإن عقد الكفالة المصرفية كغيره من العقود التي لها مدة إنتهاء ويكون هذا لعدة أسباب إما قانونية أو إتفاقية من أجل إنتهاء الإلتزام الأصلي.

الخاتمة

الخاتمة:

توصلنا من خلال دراستنا موضوع البحث، إلى أن عقد الكفالة من بين التأمينات الشخصية و الذي يقصد به ضم ذمة إلى ذمة أخرى من أجل الوفاء بالدين، وهذا يعطي فرصة أكبر للدائن في إستفاء حقه بتعدد الضمان العام و تدخل تحت طائلة التأمينات الشخصية ضمن أحد الوسائل التي تحقق الإئتمان، حيث أنها تختلف من حيث المقدار و الفعالية في تحقيق المراد منها.

اذا فهو عقد بين الكفيل والمدين، فقد رتب تعريف عقد الكفالة مجموعة من الخصائص يمتاز بها ، وتميزه عن بعض الأنظمة المشابهة له ، فيعتبر هذا الأخير عقد رضائي وملزم لجهة واحد إضافة إلى انه عقد تبعي.

أما أنواع الكفالة فقد اقتصر تقسيمها على ثلاثة أنواع ، و أول نوع وهو الكفالة بحسب مصدرها وقد احتوى هذا النوع على الكفالة الاتفاقية والقانونية إضافة إلى الكفالة القضائية، و النوع الثاني تمثل في الكفالة بحسب طبيعتها ودوره احتوى على الكفالة المدنية والكفالة التجارية ، لننتقل إلى النوع الخير وهو الكفالة بحسب محلها والذي اشتمل على الكفالة الشخصية.

ولقد حاولنا دراسة النظام القانوني للكفالة المصرفية من خلال شرط انعقادها وبيان نطاق تطبيقها، وذلك من خلال تحديد الأركان الموضوعية وهي الرضا والمحل والسبب إضافة إلى الركن الشكلي وهو الكتابة أي أنها الأركان العامة التي يقوم عليها أي عقد مدني.

وبما أن الكفالة عبارة عن عقد فهو يرتب بالضرورة نتائج وأثار تعود على أطراف هذا العقد، وتكمن هذه الآثار في ثلاث علاقات يرتبها هذا العقد ، علاقة بين طرفيها بين الكفيل والدائن، تتمثل في حق الدائن في مطالبة الكفيل وحقه في التنفيذ على أمواله، ويحق للكفيل رد المطالبة بما يتسنى له من دفوع ، والعلاقة الثانية تكون بين الكفيل والمدين وتتمثل في حق رجوع الكفيل على المدين في حالة وفاءه بالدين مكانه ، أما العلاقة الأخيرة فتكون بين الكفيل وغيره من الكفلاء ، وتتمثل في حق رجوع الكفيل الموفي بالدفع بالتقسيم في حالة توفر شروطه، وكذلك الحق في العودة على المدين بالدعوى الشخصية ودعوى الحلول.

وتنقضي الكفالة بصورة تبعية وذلك بانقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء وبما يعادله، إضافة إلى انقضاءها دون الوفاء بها، وذلك عن طريق الإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم، كما

تنقضي الكفالة بصفة أصلية، و يرجع ذلك إلى أسباب عامة و سباب خاصة تنتج عن خطأ الدائن وإهماله.

وأخيرا من خلال استعراض أهم أحكام الكفالة البنكية كما هو منصوص عليها في التشريع الجزائري يتبين أنها لا تعدو أن تكون ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي، وإذا كان هناك تعدد المسؤولية في الكفالة لا ينفي حتما مخاطر الإعسار، التي تهدم الكفالة لتجردها من أهم عناصرها وهو الضمان، يضل هذا الاحتمال بعيد في الكفالة البنكية غالبا ما تكون ذمته مليئة وبالتالي فاحتمال إعساره بعيد جدا، وبذلك فالكفالة البنكية تمنح ضمان قوي للدائن لاسترداد دينه.

وفي حالة إعسار المدين الأصلي باعتبار البنك كفيل متضامن ، غير انه يلاحظ وجود عوامل قد تحد من فعالية الكفالة البنكية، وتتجلى في صرامة القواعد القانونية التي تحكمها، قواعد تتسم بالبطئ والتعقيد مما يجعلها عاجزة عن مسايرة السرعة التي تتم بها المعاملات المالية.

أما تلك الصرامة فتتجلى في صفة التبعية التي تعرفها الكفالة البنكية، إذ لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين الأصلي، وعلى الأقل يجب أن يطالب الكفيل والمدين معا في وقت واحد، وبذلك فالعلاقة الأولى مرتبطة بالثانية وتابعة لها.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع:

أولا: باللغة العربية

1- الكتب:

1. خليل ابن إسحاق المالكي، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، دار الفكر العربي، مصر، 1981.
2. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1993.
3. أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للنشر و الطبع و التوزيع، القاهرة، 1994.
4. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة ، الرهن الرسمي، حق الاختصاص : الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1996.
5. رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود ،زهران التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1997.
6. محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات العينية و الشخصية ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
7. محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
8. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، مصر، سنة 2008.
9. عبد الهادي الفضيلي، معاملات البنوك التجارية، مركز الفقاهة، السعودية، سنة 2008.
10. أنس البكري، وليد صافي، النقود و البنوك بين النظرية و التطبيق، دار المستقبل للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.
11. الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، سنة 2010.
12. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات، الشخصية و العينة، عقد الكفالة)، دار الهدى، الجزائر، 2011.

13. يمينة حوحو، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2019.
14. أحمد شرف الدين، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية الإسكندرية، دون سنة.
15. زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الامل للطباعة و النشر ، تيزي وزو، دون سنة.

2- المقلات العلمية:

1- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية و المصرفية (عمليات البنوك دراسة مقارنة)، مجلد4، دون عدد، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008.
2- أسماء مرابط، محمد دمانة، كمال بوداحرة، الضمانات الشخصية المستحدثة، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، مجلد 6، عدد 2، 2019.

3-الرسائل العلمية:

1- أمقران راضية، خطابات ضمان المصرفية و موقف الشريعة الإسلامية منها، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2014.
2- وائل نورس هناوي، دور الكفالات المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية وتنفيذ المشاريع الإقتصادية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم المالية والمصرفية، كلية الإقتصاد، جامعة دمشق، 2016.
3- وائل نورس هناوي، دور الكفالات المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية و تنفيد المشاريع الإقتصادية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم العملية و المصرفية، كلية الإقتصاد، جامعة دمشق، 2016.
4- رقية جبار، النظام القانوني للعمليات البنكية الدولية " الإعتماد المستندي و الكفالة البنكية"، أطروحة دكتورة، تخصص القانون الخاص، جامعة الجزائر01، 2017.
5- محمد السعيد لينده، الكفالة البنكية، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2018.
6- محمد السعيد لينده، الكفالة البنكية، أطروحة دكتورة، تخصص قانون الأعمال، جامعة الجزائر 01، 2018.

7- مدوري تونس، منصر أسماء، النظام القانوني للكفالة المصرفية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2021.

4- النصوص القانونية:

1- القانون رقم 131 المؤرخ في 9 رمضان سنة 1367 الموافق ل 16 يوليو 1948 المتضمن القانون المدني المصري

2- الامر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 78، 1975.

3- المادة 68 من الأمر -03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق ل 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد و القرض.

4- المادة 4 من نشرة الأصول و الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 لسنة 2007.

5- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.، عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008

6- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر. ج . ج ، عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

7- نظام رقم 18-03 مؤرخ في 4 نوفمبر 2018 يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج. ر. ج . ج ، عدد 73 ، صادر في 9 ديسمبر 2018.

5- المواقع الإلكترونية:

1- (غرفة التجارة الدولية (international chamber of commerce) ICC)) منظمة تأسست سنة 1919 من طرف مؤسسات اقتصادية خاصة من دول متعددة قصد تنظيم التجارة الدولية وتوحيد قواعدها و تعزيزها، للمنظمة لجان مختلفة في مجال التحكيم، الخدمات للمصرفية، خدمات تأمين و غيرها، تمثل الغرفة عدة مؤسسات اقتصادية حول العالم منظمة إليها و منحت الغرفة مركز ملاحظ في منظمة الأمم المتحدة سنة 2016، يعود الفضل لها في إنشاء محكمة

تحكيم تجاري الدولي سنة 1923 و عدة قواعد دولية تنظم مختلف مجالات تجارة دولية)، أنظر الموقع الرسمي لغرفة تجارة الدولية :http//iccwbo.org

ثانيا: باللغة الأجنبية

1-les articles

1- Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, journal official du 24 mars2006 relative aux sûretés.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة 2
الفصل الأول: 5
الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية 5
المبحث الأول: مفهوم الكفالة البنكية 6
المطلب الأول: تعريف الكفالة البنكية 6
الفرع الأول: تعريف الكفالة البنكية 6
الفرع الثاني: الخصائص الكفالة البنكية 8
أولا: الكفالة عقد ضمان شخصي 8
ثانيا: الكفالة عقد رضائي 8
ثالثا: الكفالة عقد تبرعي 8
رابعا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد 9
خامسا: الكفالة عقد تبعي 9
المطلب الثاني: تمييز الكفالة البنكية عن المفاهيم المشابهة 10
الفرع الأول: الكفالة البنكية و عقد تأمين الضمان 10
الفرع الثاني: الكفالة البنكية وخطاب الضمان 11
الفرع الثالث: الكفالة البنكية و الإعتماد المستندي 12
المبحث الثاني: نطاق الكفالة البنكية و أنواعها و أهم تطبيقاتها 12
المطلب الأول: نطاق الكفالة البنكية 12
الفرع الأول: نطاق الكفالة البنكية من حيث الأشخاص 12
الفرع الثاني: نطاق الكفالة البنكية من حيث التفسير 13
الفرع الثالث: نطاق الكفالة البنكية من حيث إلتزام الأطراف 13

الفرع الرابع: نطاق الكفالة البنكية من حيث محل الإلتزام 14
المطلب الثاني: أنواع الكفالة البنكية 14
الفرع الأول: من حيث المصدر 14
أولا:الكفالة الإتفاقية..... 15
ثانيا: الكفالة القانونية..... 15
ثالثا: الكفالة القضائية..... 15
الفرع الثاني: من حيث الطبيعة 16
أولا: الكفالة المدنية..... 16
ثانيا: الكفالة التجارية..... 16
الفرع الثالث: من حيث المحل..... 16
أولا: الكفالة الشخصية..... 16
المطلب الثالث: أهم تطبيقات الكفالة البنكية 17
الفرع الأول: تطبيق الكفالة البنكية في المجال الإداري..... 17
الفرع الثاني: تطبيق الكفالة البنكية كضمان خاص لتسهيل المعاملات الإقتصادية..... 17
الفصل الثاني: الإطار التعاقدي للكفالة البنكية/ الأحكام التعاقدية 20
المبحث الأول: إبرام عقد الكفالة البنكية 21
المطلب الأول: أطراف عقد الكفالة البنكية..... 21
الفرع الأول: المستفيد 21
الفرع الثاني: العميل طالب الإصدار 21
الفرع الثالث: البنك الكفيل..... 21
الفرع الرابع: البنك المراسل 22
المطلب الثاني: أركان عقد الكفالة..... 22
الفرع الأول: الأركان العامة لعقد الكفالة البنكية 22
أولا: التراضي: 22

ثانيا: محل الكفالة : 24
ثالثا: السبب : 25
الفرع الثاني: الشروط الخاصة لعقد الكفالة البنكية 25
أولا: مبلغ عقد الكفالة المصرفية 25
ثانيا: الغرض من الكفالة المصرفية 26
ثالثا: مدة الكفالة المصرفية 26
المبحث الثاني: أحكام عقد الكفالة 26
المطلب الأول: أثار عقد الكفالة البنكية..... 27
الفرع الأول: العلاقة بين الكفيل و الدائن 27
الفرع الثاني: العلاقة بين البنك الكفيل و المدين 39
المطلب الثاني: إنقضاء عقد الكفالة البنكية..... 44
الفرع الأول: الطرق القانونية لإنقضاء عقد الكفالة البنكية 44
أولا:انقضاء الكفالة بالوفاء: 44
ثانيا: انقضاء الكفالة بالفسخ:..... 45
ثالثا: انقضاء الكفالة بإتحاد الذمة : 47
رابعا: انقضاء الكفالة بالمقاصة: 47
خامسا: انقضاء الكفالة بالتقادم المسقط: 48
سادسا: انقضاء الكفالة بقبول الدائن شيئا أخر مقابل الدين وضياع التأمينات : 48
الفرع الثاني: الطرق الإتفاقية لإنقضاء عقد الكفالة البنكية 49
أولا: انقضاء الكفالة بالإبراء:..... 49
ثانيا: انقضاء الكفالة بتراجع الكفيل عن الكفالة..... 49
ثالثا: انقضاء الكفالة بالتجديد:..... 50
رابعا: انقضاء الكفالة بالإنابة:..... 50
خامسا: انقضاء الكفالة بالمصالحة:..... 50

الفرع الثالث: مدى فعالية الكفالة البنكية..... 51

الخاتمة: 55

قائمة المصادر و المراجع: 58

فهرس المحتويات..... 63

الملخص: 67

الملخص:

تعتبر الكفالة البنكية هي إحدى أهم أدوات الضمان، فهي عقد يكفل بمقتضاه البنك تنفيذ إلتزام معين على العميل، بأن يتعهد لدائنه بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين.

ولقد عرفت الكفالة البنكية إنتشارا واسعا في العصر الحديث و ذلك نظرا للخدمات التي تقدمها، و تتمتع البنوك بتوفير سيولة مالية (الكفالة الشخصية)، حيث تقرب بين الدائن و المدين و تسهيل التعامل بينهما وهذا ما يساعد في إزدهار العلاقات الإقتصادية و تنوعها.

الكلمات المفتاحية: الكفالة البنكية، البنك، المشرع الجزائري، الضمان، الكفالة الشخصية

Summary:

The bank guarantee is one of the most important guarantee tools, as it is a contract whereby the bank is to implement a specific commitment to the customer, to pledge to his creditor to fulfill this commitment if the debtor does not fulfill it.

The bank guarantee has known a wide spread in the modern era, given the services they provide, and banks enjoy providing financial liquidity (personal guarantee), as it approaches the creditor and the debtor and facilitates dealing between them, and this helps in the prosperity and diversity of economic relations.

Key words: bank guarantee, bank, Algerian legislator, warranty, personal guarantee